



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11

BK11-19/003

Beschluss

**in dem Streitbeilegungsverfahren
aufgrund des Antrages vom 29. 3. 2019**

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

– Antragstellerin –

gegen

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

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. GasLINE Telekommunikationsnetzgesellschaft deutscher Gasversorgungsunternehmen mbH & Co. KG,
Paesmühle, Paesmühlenweg 10+12, 47638 Straelen,
vertreten durch die Komplementärin,
diese vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 1 –
2. BUGLAS Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.,
Eduard-Pflüger-Str. 58, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 2 –
3. VATM Verband der Anbieter von Telefon- und Mehrwertdiensten e. V.,
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 3 –
4. Vodafone GmbH,
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 4 –
5. NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 5 –
6. EWE TEL GmbH,
Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 6 –
7. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e. V.,
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand,
– Beigeladener zu 7 –
8. 1 & 1 Versatel GmbH,
Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 8 –
9. EFN eifel-net Internet-Provider GmbH,
Bendenstraße 31-33, 54879 Euskirchen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
– Beigeladene zu 9 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB,
GENO Haus, Heilbronner Straße 41, 70191 Stuttgart,

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,
die Beisitzerin Stefanie Gille-Lindhorst und
den Beisitzer Dr. Sebastian Haslinger

auf die mündliche Verhandlung vom 8. 5. 2019 beschlossen:

1. Der von der Antragsgegnerin angebotene Mitnutzungsvertrag (Stand: 7. 3. 2019, Anlage zum Beschluss) über die Mitnutzung der in Anlage 2 des Vertrags näher bezeichneten Leerrohre zwischen einem Punkt „Punkt A“ in der Mozartstraße in der Stadt Waldshut-Tiengen und einem Punkt „Punkt B“ zwischen der Stadt Waldshut-Tiengen und der Gemeinde Dogern wird unter Aufnahme der von der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 24. 5. 2019 angebotenen und von der Antragstellerin angenommenen Alternativklauseln in Ziffer 7.1 (dort wird die Regelung aus Ziffer 1d) des Tenors des Beschlusses BK11-18/006 vom 28. 1. 2019 mit der Einfügung „oder aus Gründen höherer Gewalt“ in Absatz 4 Satz 3 übernommen), Ziffer 3 sowie Ziffer 4 Absatz 5 der Anlage1 Leistungsbeschreibung mit folgenden Modifikationen angeordnet:

- a) Die Anlage 2 (Planungsunterlagen) zur Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) auf Basis Ziffer 1 des Vertrages wird wie folgt gefasst:

„Strecke 1 – Waldshut-Tiengen

Auftragsnummer 3412854 – Die Strecken betragen [REDACTED] m. In die ersten beiden Teilstrecken soll eine weitere Leitung (Microduct) in [REDACTED] eingezogen werden. Auf der dritten Teilstrecke wird ein [REDACTED] vermietet. Auf der vierten Teilstrecke soll eine weitere Leitung (Microduct) in ein [REDACTED] eingezogen werden.“

Die weiteren Vorgaben der Anlage bleiben unter Streichung des vorletzten Satzes („Vom KVz 1A14 bis zum Kabelschacht 127 ist keine Mitnutzung möglich....“) unverändert bestehen.

- b) Die Anlage 3 „Preise für die beschriebenen Strecken“ auf Basis der Ziffer 2 des Vertrags wird wie folgt gefasst:

„Die Streckenlänge ergibt sich aus vier Teilstrecken:

Teilstrecke 1: Die Streckenlänge beträgt [REDACTED] m. Die hochrheinNET GmbH nutzt ein [REDACTED], in das sie ein Microduct einbringt und mit einem Kabel belegt.

Teilstrecke 2: Die Streckenlänge beträgt [REDACTED] m. Die hochrheinNET GmbH nutzt ein [REDACTED], in das sie ein Microduct einbringt und mit einem Kabel belegt.

Teilstrecke 3: Die Streckenlänge beträgt [REDACTED] m. Die hochrheinNET GmbH nutzt ein [REDACTED].

Teilstrecke 4: Die Streckenlänge beträgt [REDACTED] m. Die hochrheinNET GmbH nutzt ein [REDACTED], in das sie ein Microduct einbringt und mit einem Kabel belegt.

Überlassungsentgelte für die Gesamtstrecke

Überlassungsentgelt für die Gesamtstrecke von [REDACTED] m [REDACTED] €/Monat
(nachrichtlich rund [REDACTED] € pro Meter und Monat)

Verwaltungskosten für die Gesamtstrecke 3,99 €/Monat

Nachrichtlich: Summe Überlassungsentgelte ([REDACTED] €/Monat)

Die „Summe Mietentgelte“ ist auf [REDACTED] €/Monat abzuändern.

Die weiteren Vorgaben der Anlage „Preise für die beschriebenen Strecken“ bleiben unverändert bestehen.

2. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft die Zugangsgewährung zu Leerrohren zwischen Ortsteilen der Gemeinde Dogern und der Stadt Waldshut.
- 2 Die Antragstellerin, die Firma hochrheinNET GmbH, ist ein regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über eigene und fremde Netze anbietet.
- 3 Die Antragsgegnerin, die Telekom Deutschland GmbH, ist ein bundesweit tätiger Telekommunikationsanbieter mit eigenem Netz bis zum Endkunden.
- 4 Die Antragstellerin stellte mit Schreiben vom 7.11.2018 einen Antrag gemäß § 77d TKG bei der Antragsgegnerin auf Mitnutzung passiver Netzinfrastruktur um zwischen Waldshut-Tiengen und Dogern neue Hochgeschwindigkeitsnetze zu errichten. Sie beehrte die Mitnutzung von Leerrohren zwischen einem „Punkt A“ in der Mozartstraße in Waldshut-Tiengen und einem „Punkt B“ auf einer Länge von insgesamt knapp 2.600 Metern, um dort ein 12 mm-Mikroleerrohr einzuziehen. In dieses Mikroleerrohr plane sie, ein 96-faseriges Glasfaserkabel des Typs G657A1 einzublasen.
- 5 Zudem beantragte die Antragstellerin die Mitnutzung einzelner Schächte in der beantragten Trasse; die Schächte dienten als Durchgangsschächte, da dort die beantragten Leerrohre durchgingen. Für die Einbringung des Leerrohres an Punkt A müsse das Leerrohr aufgetrennt werden. Das Auftrennen des Leerrohres und erneute Verbinden werde mittels einer Reparaturmuffe nach „Telekom-Standard“ durchgeführt. Schacht A werde für die Mitnutzung der Leerrohre in Anspruch genommen, dort solle keine Muffe eingesetzt werden.
- 6 Durch die Mitnutzung der Leerrohrtrasse, so die Antragstellerin in ihrem Antrag, sei eine redundante Sicherstellung der Hoch- und Höchstgeschwindigkeitsnetze in Dogern geplant. In Dogern versorge die Antragstellerin alle Kabelverzweiger (im Folgenden: KVz) der Antragsgegnerin mittels Vectoringtechnik. Durch die Mitnutzung werde das vorhandene Backbone der Antragstellerin über Glasfaser erweitert, somit würden alle KVz in Dogern direkt mit Glasfaser aus Küssaberg versorgt.
- 7 Der Antrag enthielt einen Zeitplan, in dem für die erste Woche eine Vor-Ort-Begehung mit dem Tiefbauer und der Antragstellerin vorgesehen war. Die Antragstellerin bot an, dass ein Vertreter der Telekom dem Termin ebenfalls beiwohnen könne, sofern dies von der Antragsgegnerin gewünscht werde. Von Woche zwei bis zwölf werde die Antragstellerin das „eigene 12 mm Leerrohr [...] einziehen/einblasen“ und die erforderlichen Gruben erstellen. In den Wochen 13 bis 18 werde das 96-faserige G657A1 Glasfaserkabel in das Mikroleerrohr eingeblasen. Dieses entspreche allen erforderlichen Anforderungen und habe einen Durchmesser von 8,1 mm.

- 8 Die Antragstellerin gab außerdem die Firmen an, die sie für den Tiefbau und das Einbringen des Glasfaserkabels beauftragen wolle und versicherte deren Spezialisierung sowie das Arbeiten mit neuester Technik.
- 9 Die Antragsgegnerin schickte der Antragstellerin am 19. 12. 2018 eine E-Mail mit der Bitte um weitere Informationen, da ihrer Auffassung nach der Antrag auf Mitnutzung unvollständig sei. Am 7. und 8. 1. 2019 ergänzte die Antragstellerin die fehlenden Informationen, indem sie klarstellte, dass es sich nicht um eine Redundanzleitung, sondern um eine erstmalige Erschließung des Gebiets mit digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen handele. Die Antragstellerin erschließe bei der Mitnutzung die KVz 1A508 und 1A22 im ONKZ 7753 und realisiere im ONKZ 7753 einen FTTH Anschluss. Sie erschließe zudem die Ortschaft Grunholz in Laufenburg. In Hochsal erschließe sie die KVz 1A42 und 1A542 direkt mit Glasfaser. Für die genannten KVz bestünden Einträge in der Vectoringliste. Zudem übermittelte die Antragstellerin noch weitere Ergänzungen zu ihrem Mitnutzungsantrag, in denen sie erklärte, dass sie die Stadt Laufenburg selbst über die Autobahn A98 zwischen Laufenburg und Albrück mit Glasfaser erschließen werde. Da bei der Mitnutzung das Leerrohr auch bei der A98 zwischen den beiden Städten unterbrochen werden müsse, um eine Speedpipe und ein Kabel einzublasen, werde an diesem Leerrohrabschnitt die Glasfaser ausgeführt und ein Ring gelegt, so dass mehrere Glasfaserbündel für Laufenburg entnommen werden könnten.
- 10 Mit E-Mail vom 15. 2. 2019 erinnerte die Antragstellerin an die aus ihrer Sicht bereits überschrittene Frist zur Angebotsübermittlung. Die Antragsgegnerin reagierte darauf mit dem Hinweis, die Angelegenheit noch zu prüfen und kündigte eine Angebotsübermittlung für die 9. Kalenderwoche an.
- 11 Am 6. 3. 2019 fand eine Telefonkonferenz zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zur technischen Planung der geplanten Mitnutzung statt. Nach Angaben der Antragstellerin wurde dieser mitgeteilt, dass Tiefbauarbeiten zwischen dem KVz 1A14 und dem Kabelschacht 127 notwendig seien. Da die Antragsgegnerin angab, in diesem Abschnitt keine Infrastruktur zur Verfügung stellen zu können, forderte die Antragstellerin die Aushändigung eines Querschnitts der Leerrohrtrasse zu Prüfungszwecken an, was die Antragsgegnerin ablehnte.
- 12 Weiterhin habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin – gemäß deren Angaben – mitgeteilt, mit den im Beschluss BK11-18/006 der Beschlusskammer 11 angeordneten Entgelten nicht einverstanden zu sein und diese rechtlich zu bestreiten. Sie bot der Antragstellerin an, die gewünschten Infrastrukturen mit den beschlossenen Entgelten zu nutzen und den Mitnutzungsvertrag an die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg in Sachen Beschluss BK11-18/006 zu koppeln.
- 13 Mit E-Mail vom 8. 3. 2019 teilte die Antragstellerin mit, dass sie mit einer solchen Koppelung nicht einverstanden sei und bat um Übersendung eines regulären Angebots zur Mitnutzung der angefragten Leerrohrtrasse. Ein solches Angebot mit Stand vom 7. 3. 2019 wurde von der Antragsgegnerin am 12. 3. 2019 übermittelt und sah die

Mitnutzung von Leerrohren für drei Teilstrecken vor. Auf zwei Teilstrecken war dabei der Zuzug des Microducts der Antragstellerin in [REDACTED] vorgesehen, auf einem dritten Teilstück wurde die Mitnutzung eines [REDACTED] [REDACTED] vorgesehen und angeboten. Für alle Streckenabschnitte wurde ein monatliches Entgelt für die Streckenmiete in unterschiedlicher Höhe von [REDACTED] € bis zu [REDACTED] € pro Meter und Monat sowie Verwaltungskosten in Höhe von [REDACTED] € pro Monat und Einmalentgelte für Auftragsabwicklung und Fakturierung im Rahmen der Angebotsphase, Bereitstellungsentgelte für Projektierung und die Auftragsabwicklung und Fakturierung im Rahmen der Bereitstellungsphase angeboten. Der Sicherheitsservice soll nach Aufwand abgegolten werden.

- 14 Für das Teilstück zwischen dem Kabelschacht 127 und dem KVz 1A14 wurde gemäß den Planungsunterlagen keine Mitnutzung angeboten, da dort unter Berücksichtigung der Spruchpraxis der Bundesnetzagentur nur eine zulässige Betriebsreserve für Entstörzwecke existiere und damit kein Platz für die beabsichtigte Unterbringung der Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze in der Kabelkanalanlage vorhanden sei.
- 15 Die angebotenen Vertragsbedingungen waren die gleichen wie sie schon im Verfahren BK11-18/006 streitgegenständlich waren. Insbesondere waren die mit Beschluss angeordneten Kündigungsregelungen nicht in Ziffer 7.1 des Vertragsentwurfs übernommen worden. Daneben war in Ziffer 3 eine Bereitstellungszeit von spätestens 6 Monaten nach Vertragsschluss vorgesehen und eine Vorgabe in Ziffer 4 der Anlage 1 (Leistungsbereitstellung) sah vor, dass der Kunde für alle Maßnahmen zur Wartung und Störungsbeseitigung mindestens 14 Tage vor dem Betreten den Technischen Sicherheitsservice der Antragsgegnerin zu beauftragen habe. Die angebotenen Entgelte basierten auf den gleichen Grundannahmen wie im Verfahren BK11-18/006, differierten aber je nach angebotenen Rohr.
- 16 Die Antragstellerin beantragte in der Folge mit Antrag vom 28. 3. 2019, richtig gestellt und konkretisiert mit E-Mail vom 29. 3. 2019 bei der Bundesnetzagentur,

„eine Entscheidung durch die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 132 in Verbindung mit § 134 TKG, dass die Antragsgegnerin gem. § 77d TKG eine Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen zulässt.“
- 17 Der Antrag wurde auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle / Streitbeilegungsverfahren nach § 77n TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 7 vom 10. 4. 2019) als Mitteilung Nr. 164 veröffentlicht.
- 18 Er stand im unmittelbaren Zusammenhang mit zwei weiteren Antragstellungen in den Verfahren BK11-19/001 und BK11-19/002. In allen drei Verfahren begehrte die Antragstellerin die Mitnutzung von Leerrohren der Antragsgegnerin, um damit insgesamt eine durchgehende Streckenführung der eigenen Leitung zu erreichen.
- 19 Zur Begründung ihres Antrags auf Streitbeilegung führte die Antragstellerin an, dass das vorgelegte Vertragsangebot für die hier streitige Streckenführung zur Mitnutzung

zum einen aus ihrer Sicht unannehmbare Bedingungen enthalte und im Übrigen nicht die gesamte angefragte Strecke angeboten worden sei.

- 20 Sie forderte konkret eine Mitnutzung zu den Entgelten, die den im Verfahren BK11-18/006 angeordneten Entgelten entsprechen. Zudem sei Ziffer 7.1 im Vertragsangebot zu streichen und stattdessen folgende Regelungen aufzunehmen:

„Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Die hochrheinNET GmbH kann den Vertrag mit einer Frist von 6 Monaten zum Jahresende kündigen.

Die Telekom kann den Vertrag mit einer Frist von 18 Monaten erstmals zum Ablauf von 5 Jahren nach Vertragsschluss kündigen, sofern die Telekom die Kabelkanalkapazität schließt oder verlegt. In diesem Fall muss die Telekom der hochrheinNET GmbH – soweit möglich – eine geeignete Alternative zur Mitnutzung anbieten (z. B. in der für die Verlegung vorgesehenen Infrastruktur) oder der hochrheinNET GmbH die von der geplanten Schließung betroffene Infrastruktur zum Kauf anbieten.

Die Telekom kann den Vertrag jederzeit mit einer Frist von 18 Monaten kündigen, sofern die Telekom aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen die Kabelkanalkapazität schließen, verlegen oder auf eine andere Art so verändern muss, dass auch die Telekom selbst die Kabelkanalkapazität nicht mehr nutzen kann. Dies gilt insbesondere in Fällen höherer Gewalt oder staatlich angeordneter oder veranlasster Schließung, Verlegung oder anderer Art der Änderung. In diesem Fall muss die Telekom der hochrheinNET GmbH – soweit möglich – eine geeignete Alternative zur Mitnutzung anbieten (z. B. in der für die Verlegung vorgesehenen Infrastruktur). Die Kündigungsfrist besteht nicht, wenn dies zur Einhaltung der staatlichen Anordnung/Veranlassung erforderlich ist.

Die Telekom kann den Vertrag mit einer Frist von 18 Monaten erstmals zum Ablauf von 5 Jahren nach Vertragsschluss kündigen, wenn sie einen Eigenbedarf nachweisen kann, der eine weitere Nutzung durch die hochrheinNET GmbH aufgrund fehlender Kapazität i. S. d. § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG unmöglich macht. Die hochrheinNET GmbH kann diese Kündigung abwenden, indem sie der Telekom die entsprechenden benötigten Kapazitäten aus dem von ihr angemieteten Teil zur Verfügung stellt.“

- 21 Diese Regelung sei bereits im Beschluss BK11-18/006 getroffen worden und solle aus den gleichen wie damals bereits vorgetragenen Gründen auf die hiesige Mitnutzung ebenfalls angewandt werden.
- 22 Ziffer 3 des Vertragsangebots solle gemäß den Anforderungen der Antragstellerin so abgeändert werden, dass die Bereitstellung nach Absprache spätestens nach drei anstatt nach sechs Monaten nach Vertragsschluss stattfinden müsse, um zusätzliche Verzögerungen der Mitnutzung zu verhindern. In Ziffer 4 der Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) solle im Übrigen der Zeitraum zur Störungsbeseitigung von „14 Tagen“ in „einen Werktag“ abgeändert werden, damit im Störfall ein Fehler schnellstmöglich behoben und nicht mit einer Vorlaufzeit von 14 Tagen angemeldet werden müsse.

- 23 Für den Bereich zwischen dem KVz1A14 und dem Kabelschacht 127 solle die verfügbare Kapazität in den Leerrohren zwecks Mitnutzung angeordnet werden. Es bestehe der Verdacht, dass die Antragsgegnerin eine Leerrohrkapazität verschweige, damit die Antragstellerin eine eigene Leerrohrtrasse erstellen müsse. In der Leerrohrtrasse befänden sich in dem nicht angebotenen Teilstück zwei Leerrohre, in der sich die Antragstellerin auch zur Mitnutzung von Speedpipes bereit erkläre. Ebenso solle ein gewünschter Punkt A wie von der Antragstellerin beantragt, angeordnet werden. Es gäbe keinen ersichtlichen Grund, warum der Ein- bzw. Ausstieg nicht wie beantragt berücksichtigt worden sei, ein Anschneiden von Leerrohren und Speedpipes sei gängige Praxis und werde auch von der Antragsgegnerin praktiziert.
- 24 Mit Schreiben vom 17. 4. 2019 bat die Beschlusskammer die Antragsgegnerin, bis zum 3. 5. 2019 folgende zur Ermittlung der Mitnutzungsentgelte benötigte Informationen vorzulegen:
- Auszüge aus Megaplan, aus denen für die hier zur Mitnutzung beantragten Infrastrukturen die Anzahl der Rohrzüge je Trassenabschnitt ersichtlich ist;
 - Unterlagen, aus denen sich das Jahr der Inbetriebnahme (Aktivierung) der zur Mitnutzung beantragten Infrastrukturen je Trassenabschnitt ergibt;
 - eine lückenlose Kalkulation zu den Investitionen in den mitgenutzten Teil des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Antragsgegnerin einschließlich Kalkulationsmethoden und -parameter;
 - Unterlagen und Nachweise, inwiefern die in Anlage 3 des Vertragsentwurfs vom 7. 3. 2019 angebotenen Einmalentgelte Zusatzkosten darstellen, die infolge der Ermöglichung der beantragten Mitnutzung zu berücksichtigen sind;
 - Nachweise, inwiefern das Entgelt für Verwaltungskosten für den vorliegenden Mitnutzungsfall sachgerecht ist;
 - Unterlagen und Nachweise zu den sonstigen Folgen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan der Antragsgegnerin.
- 25 Mit Schreiben vom 2. 5. 2019 nahm die Antragsgegnerin zum Antrag Stellung. Sie legte insbesondere ausführlich dar, warum sie die im Verfahren BK11-18/006 zur Anwendung gelangten Maßstäbe zur Entgeltermittlung für unrichtig hält. Daher habe sie auch den zugrundeliegenden Beschluss BK11-18/006 beklagt. Insbesondere gab sie an, dass kein Vorrang einer projektspezifischen Kostenermittlung bestehe, die Preise aus den der Beschlusskammer vorliegenden Mitnutzungsverträge zur Entgeltermittlung herangezogen werden müssten und auch bereits abgeschriebene Investitionen hätten berücksichtigt werden müssten.
- 26 Im Einzelnen führt sie aus, dass die Beschlusskammer bei der Festlegung des Entgelts auch im Rahmen der §§ 77d und 77n Abs. 2 und 3 TKG als Nachweis der berücksichtigungsfähigen Kosten auf eine Investitionskalkulation hätte zurückgreifen müssen, die in einem Genehmigungsverfahren der sektorspezifischen Regulierung in

einem vergleichbaren Bereich vorgelegt worden sei und dort die relevanten Ist-Kosten der Antragsgegnerin auf bundesweiter Ebene korrekt dargelegt habe. § 77n Abs. 2 und 3 TKG geböte es aber jedenfalls, auf Erkenntnisse zurückzugreifen, die der Beschlusskammer bezüglich marktüblicher Preise vorlägen. Insoweit gelte für die Angemessenheit der Entgeltermittlung gemäß des DigiNetz-Gesetzes der Maßstab der Vergleichsmarktbetrachtung, was für die Nutzung der sog. „essential facilities“ gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB bereits anerkannt sei.

- 27 Insbesondere sei es darüber hinaus rechtsfehlerhaft, die Investitionskostenberechnung unter Ausblendung von Abschreibungen anhand der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu berechnen. Die Beschlusskammer hätte insofern bei der Bemessung der Entgelte einen weiten Spielraum.
- 28 Die Anordnung der Mitnutzung von passiven Netzinfrastrukturen läge im Schutzbereich von Art. 14 GG und Art. 17 Abs. 1 der Grundrechtecharta und richte sich gegen die Antragsgegnerin nicht als ein sektorspezifisch reguliertes Unternehmen, sondern als Eigentümerin passiver Netzinfrastrukturen. Die Anwendung des von der Beschlusskammer gewählten Kostenmaßstabs wirke sich im Ergebnis insofern sogar strenger aus, als die Anwendung des KeL-Maßstabs, da für Trassenverläufe, bei denen die Aktivierung zeitlich weit zurückliege, eine kostenlose Mitnutzung angeordnet werden müsse. Dies könne wohl kaum das Ergebnis bei der Ermittlung eines fairen und angemessenen Entgelts sein.
- 29 Da auch die Datenerhebung der bislang vorliegenden Mitnutzungsverträge bei der Entscheidung BK11-18/006 ausgeblieben sei, sei insofern auch der entscheidungserhebliche Sachverhalt nur unvollständig ermittelt worden. Dies sei zur Bestimmung des Maßstabs fairer und angemessener Entgelte notwendig gewesen. Der Beschluss BK11-18/006 leide an einer nicht widerspruchsfreien, plausiblen und erschöpfenden Argumentation, was insbesondere dadurch gelte, als die grundrechtlich geschützten Anbieterinteressen nicht ausreichend betrachtet und beachtet worden seien.
- 30 Bezüglich der Leerrohrkapazitäten zwischen der Rohrunterbrechung 367, die sich [REDACTED] vor dem KVz 1A14 befände und dem Kabelschacht 127 (Trasse Waldshut-Tiengen – Dogern) teilte sie mit, dass auf einer Länge von ca. [REDACTED] Rohre in der Trasse verliefen. Ein Großteil der Rohre sei mit Kabeln in bestimmten Durchmessern belegt. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Rohr werde von der Antragsgegnerin als Havariereserve zur Entstörung der in den anderen Rohren befindlichen Kabel verwendet. Aufgrund des hohen Belegungsgrades der [REDACTED] Rohre sowie des Trassenverlaufes mit einer 90 Grad-Kurve, sei das Einziehen eines Mikroleerrohres in diesem Abschnitt nicht möglich. Hinzukomme, dass sich die Leerrohranzahl zwischen der Rohrunterbrechung bis zum KVz 1A14 [REDACTED]

reduziere und aufgrund der Belegung [REDACTED] [REDACTED] das Einziehen eines Mikroleerrohres nicht möglich sei. Zudem wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass in den unterschiedlichen Trassenabschnitten zwischen KVz 1A14 und Kabelschacht 127 die Anzahl der Rohrverbünde und die entsprechende Belegungssituation variere und der entsprechende Belegungsgrad an keiner Stelle eine Mitnutzung zulasse.

- 31 Aufgrund der Trassen- und Belegungssituation könne der Antragstellerin außerdem nur [REDACTED] zwischen dem von der Antragstellerin gewünschten Ausstiegspunkt „Punkt B“ der Mitnutzungsanfrage Dogern-Laufenburg (aus dem Verfahren BK11-19/002) und dem Ausstiegspunkt „Punkt A“ der hier streitgegenständlichen Mitnutzungsanfrage Waldshut-Tiengen angeboten werden. Da die Antragstellerin die zwischen diesen Punkten A und B verlaufende Trasse durch den ihrerseits gesetzten Anfangs- und Endpunkt unterbreche, sei das Mikroleerrohr für die Antragsgegnerin zwischen diesen Schneidestellen nicht mehr ohne zusätzliche Tiefbauarbeiten nutzbar. Da die für die Antragsgegnerin nicht mehr nutzbaren Einzellängen dominieren würden, sei das Angebot einer Vermietung des kompletten Mikroleerrohres gängige Praxis.
- 32 Zu den sonstigen streitig gestellten vertraglichen Regelungen führte die Antragsgegnerin aus, dass im Hinblick auf die kündigungsbezogenen Regelungen noch keine Verhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden hätten, aber die öffentliche mündliche Verhandlung zeigen werde, ob hinsichtlich der Kündigungsfristen eine Konsensposition gefunden werden könne. Das gleiche gelte auch für die Bereitstellungsvorgaben. Für die reine Inanspruchnahme des Sicherheitsservice für eigene Arbeiten der Antragstellerin sei grundsätzlich auch eine kürzere Vorgabe als sechs Monate vorstellbar. Bezüglich der durch die Antragstellerin angemahnten Frist zur Störungsbeseitigung stellte die Antragsgegnerin klar, dass für Störungen keine 14-Tagesfrist gelte. Die Leistungsbeschreibung beziehe sich auf notwendige Arbeiten zur Störungsbeseitigung, Störungen könnten ohne Einhaltung einer Frist gemeldet werden.
- 33 Mit Schriftsatz vom 6. 5. 2019 nahm die Antragstellerin zu der von der Antragsgegnerin beanspruchten Entstörungs- und Havariereserve auf der Strecke zwischen KVz 1A14 und Kabelschacht 127 Stellung. Sie ist der Ansicht, dass beim Einziehen eines 14mm Leerrohres in ein [REDACTED] Leerrohr, welches für Havariezwecke verwendet werden solle, genügend Platz für eventuelle Zuziehungen verbleibe. Unter Bezugnahme auf die Belegungssituation der Leerrohre in diesem Streckenabschnitt fordert sie die Antragsgegnerin auf, die einzelnen Kabeldurchmesser zu nennen. Des Weiteren bezweifelt sie, dass der hier streitgegenständliche Trassenverlauf eine 90 Grad-Kurve beinhalte.
- 34 Den Beteiligten ist in der am 8. 5. 2019 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Die Antragsgegnerin erklärte eine grundsätzliche Bereitschaft, die im Verfahren BK11-18/006 angeordne-

ten Kündigungsregelungen in Ziffer 7.1 des Vertrages zu übernehmen. Sie sehe lediglich die Notwendigkeit, zusätzlich den Fall der „höheren Gewalt“ mit aufnehmen zu wollen. Dazu wolle sie im weiteren Verfahrensverlauf einen Vorschlag unterbreiten. Daneben wies die Beschlusskammer die Antragstellerin auf die in Anlage 2 (Baubeschreibung) zu Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) eingeräumten Möglichkeiten, Zwischenstellen errichten zu können, hin und bat die Antragstellerin diesbezüglich um Mitteilung, warum ihr eine solche Möglichkeit für die von ihr beantragten Zwischenstellen nicht hinreichend erscheine. Die Antragstellerin sagte eine Prüfung der Passage und einen Vortrag hierzu im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung zu.

- 35 Im weiteren Verlauf der öffentlichen mündlichen Verhandlung berief sich die Antragsgegnerin bezüglich der streitigen Strecke sowohl auf den Versagungsgrund des fehlenden Platzes gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG als auch stets hilfsweise auf die Versagungsgründe § 77g Abs. 2 Nr. 1 (fehlende technische Eignung) und Nr. 5 (zu erwartende erhebliche Störung) TKG. Die Antragstellerin gab im Übrigen an, dass sie mit den von der Antragsgegnerin neu gesetzten Ausstiegspunkten A und B an der Schnittstelle der streitgegenständlichen Mitnutzungen aus dem hiesigen sowie aus dem Verfahren BK11-19/002, die von den von ihr ursprünglich beantragten Ausstiegspunkten abwichen, einverstanden sei. Das Angebot des kompletten Mikroleerrohres sei tatsächlich gängige Praxis und würde von ihr auch so akzeptiert.
- 36 Mit Schreiben vom 13. 5. 2019 beantwortete die Antragsgegnerin das Auskunftersuchen vom 17. 4. 2019. Vorab wies sie nochmals auf ihre schon dargelegte Position hin, dass sie „... die Annahmen der Beschlusskammer zur Durchführung streckenbezogener Entgeltverfahren für unzutreffend ...“ halte. Dies generiere einen Aufwand, der in keinem Verhältnis zu den festgelegten Entgelten stehe, die nach der bisherigen Entscheidungspraxis der Beschlusskammer überdies einen Anreiz für Nachfrager schüfen, „gezielt in Streitbeilegungsverfahren zu gehen“. Die Beschlusskammer solle vermeiden, dass die Antragsgegnerin vor die Alternative gestellt werde, Entgelte anzubieten, die so niedrig – und damit nicht kostendeckend – seien, dass die Gefahr eines Streitbeilegungsverfahrens mit dem damit verbundenen Aufwand gebannt sei.
- 37 Die Antragsgegnerin legte als Anlage Ag. 6 Auszüge aus Megaplan mit Übersichten zum Verlauf und zur Anzahl der Rohrzüge je Trassenabschnitt sowie deren Anschaffungsjahren vor. Sie verwies dabei auf die Erläuterungen in ihrem Schriftsatz vom 10. 12. 2018 zum Verfahren BK11-18/006.
- 38 Eine streckengenaue Kalkulation könne auch hier – wie schon im Schriftsatz vom 10. 12. 2018 zum Verfahren BK11-18/006 dargelegt – nicht vorgelegt werden. Hilfsweise wurden als Anlage Ag. 7 zwei Kalkulationen vorgelegt (als Subanlage 1 und 2).
- 39 Die Subanlage 1 zu Anlage Ag. 7 enthielt eine Kalkulation, bei der für jeden Streckenabschnitt die Trassenkonfiguration ([REDACTED]) und die damit verbundenen Wiederbeschaffungskosten zu Tagesneupreisen errechnet wurden. Daraus wurden per Indizierung die Anschaffungs- und Herstellungskosten der

Anlagen bezogen auf das Jahr approximiert, in dem zuletzt in die betreffende Anlage investiert wurde. Ältere Anlagen wurden ebenfalls zu diesem Datum bewertet.

- 40 Mit Subanlage 2 zu Anlage Ag.7 schlug die Antragsgegnerin eine vereinfachte Methode zur Entgeltkalkulation vor, in der zwei Standardtrassenkonfigurationen ([REDACTED]) verwendet wurden. Danach könne für die jeweiligen Streckenabschnitte die Art des jeweiligen Rohres (z. B. Mikrorohr in DN 40-Rohr oder Mikrorohr in Mehrfachrohr in DN 100-Rohr) berücksichtigt werden. Eine differenzierte Berücksichtigung der Oberfläche sei weiterhin möglich. Strukturelle Parameter wie [REDACTED] ließen sich aus bundesdurchschnittlichen Werten ableiten. Damit lasse sich der Aufwand auch für eine projektspezifische Kalkulation erheblich reduzieren und insbesondere eine höhere Stabilität der ermittelten Entgelte erreichen.
- 41 Zum Entgelt für Verwaltungskosten führte die Antragsgegnerin in Anlage Ag.3 an, dass das angebotene Entgelt fair und angemessen sei und begründete dies. In diesem frühen Produktstadium könne ein belastbarer Kostenwert nicht ermittelt werden, so dass es sachgerecht sei, das angebotene KKA-Entgelt heranzuziehen.
- 42 Hinsichtlich der Auswirkungen auf ihren Geschäftsplan verwies die Antragsgegnerin auf ihre Ausführungen im Verfahren BK11-18/006 und ihre Stellungnahme zum Konsultationsdokument der Bundesnetzagentur zu Fragen der Entgeltbestimmung nach dem DigiNetz-Gesetz.
- 43 Zudem wies sie darauf hin, dass hier Teile des Backbonenetzes verwendet würden, was eine zusätzliche Herausforderung bei der Bestimmung der Rückwirkungen auf den Geschäftsplan darstelle.
- 44 Im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung teilte die Antragstellerin per E-Mail mit, dass sie das seitens der Antragsgegnerin erteilte Angebot bezüglich der Ausstiege geprüft habe. Diesbezüglich habe eine Fehlinterpretation des Angebots der Antragsgegnerin vorgelegen, so dass die Antragstellerin nunmehr das Angebot in diesem Punkt akzeptiere.
- 45 Im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Verfahren hat die Beschlusskammer am 20.5.2019 in den Räumlichkeiten der Antragsgegnerin Einsicht in das von der Antragsgegnerin verwendete System Megaplan genommen.
- 46 Mit Stellungnahme vom 24.5.2019 ging die Antragsgegnerin zum einen auf das Verhältnis von § 77c TKG und § 127 Abs. 2a Nr. 1 TKG und zum anderen auf Einzelfragen zum Verfahren ein.
- 47 Sie ist der Ansicht, dass die Antragstellerin in Kenntnis des Abweichens von Ist- und Planlage auch das finanzielle Risiko einer möglichen Vor-Ort-Untersuchung zu tragen habe. Zur Begründung führte sie aus, dass § 127 Abs. 2a Nr. 1 TKG als verfahrensrechtliches Gegenstück zu § 77c TKG anzusehen sei. Hieraus folgerte sie, dass – sofern die Antragstellerin von § 77c TKG keinen Gebrauch mache – auch der Rück-

- griff auf das – ihrer Ansicht nach – verfahrensrechtliche Gegenstück § 127 Abs. 2a Nr. 1 TKG versagt sei. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass die Antragstellerin im Rahmen ihrer Streitbeilegungsanträge und der Sachverhaltsaufklärung durch die Beschlusskammer die gesetzlich vorgesehenen Auskunftsinstrumente umgehe.
- 48 Ergänzend zu ihren bislang getätigten Ausführungen zu den Entgeltmaßstäben führte die Antragsgegnerin an, dass sich in einer Fortführung der bisherigen Beschlusspraxis das Risiko manifestiere, dass Netzbetreiber zukünftig nicht mehr bereit seien, passive Infrastrukturen in einem die Mitnutzung begünstigenden Umfang zu errichten.
- 49 Zudem legte die Antragsgegnerin alternative Klauseln zu mehreren Gesichtspunkten vor. Die bereits mündlich akzeptierte Kündigungsregelung aus dem Beschluss BK11-18/006 in Ziffer 7.1 des Vertrags, welches ein Absehen von der Kündigungsfrist in Fällen staatlicher Anordnung/Veranlassung enthält, ergänzte sie um den Zusatz „oder aus Gründen höherer Gewalt“. In Bezug auf die Bereitstellung änderte sie in Ziffer 3 des angebotenen Mitnutzungsvertrages die Bereitstellung von sechs in spätestens drei Monate nach Vertragsschluss. Eine weitere Anpassung erfolgte hinsichtlich der in Ziffer 4 Abs. 5 der Anlage 1 (Leistungsbeschreibung) enthaltenen Regelung zur Entstörung. Die Alternativklausel enthielt nunmehr eine Zusage zur sofortigen Störungsbeseitigung, ohne die Notwendigkeit des Verstreichens einer Wartezeit.
- 50 Die Antragstellerin erwiderte diese Ausführungen mit Schreiben vom 2. 6. 2019 und äußerte sich darin sowohl zu der Art und Weise der erteilten Informationen entsprechend gesetzlicher Vorgabe des § 77b TKG als auch zur Kostentragung bei Vor-Ort-Untersuchungen gem. § 77c TKG. Zunächst wies sie auf die in § 77b Abs. 2 TKG aufgeführte Vorgabe der verhältnismäßigen Erteilung von Informationen hin. Diesbezüglich machte die Antragstellerin auf die Gefahr aufmerksam, dass die Antragsgegnerin mit der Begründung, die erteilten Daten seien fehlerhaft und somit eine vorgeschaltete Vor-Ort-Untersuchung erforderlich, eine Anfrage nach § 77b TKG stets ins Leere laufen lassen könne. Sie ist der Ansicht, dass eine Vor-Ort-Untersuchung auch kein durch den Gesetzgeber vorgesehenes, anderes Mittel darstelle, um die Bereitstellung von der tatsächlichen Lage entsprechenden Informationen zu gewährleisten. Zur Begründung führte die Antragstellerin an, dass der Gesetzgeber durch das Zumutbarkeitskriterium in § 77c Abs. 2 TKG eine Vor-Ort-Untersuchung insbesondere nur für die Fälle einer gemeinsamen Nutzung oder im Rahmen der Koordinierung von Bauarbeiten als erforderlich ansehe.
- 51 Des Weiteren fehle es ihrer Ansicht nach an der Angemessenheit der Informationserteilung durch die von der Antragsgegnerin bereitgestellten Informationen. Weiter rügte sie, dass die Antragsgegnerin durch unvollständige Datenerteilungen ein Geschäftsmodell schaffe, in dem der Nachfrager stets gezwungen sei, auf seine Kosten eine Vor-Ort-Untersuchung zu veranlassen. Diesbezüglich ist die Antragstellerin der Ansicht, es könne nicht im Sinne des Gesetzes sein, dass bei jeder Informationsanfrage gemäß § 77b TKG oder Mitnutzung gemäß § 77d TKG dem Nachfrager eine Vor-Ort-

- 57 Mit Schreiben vom 3. 7. 2019 teilte die Antragsgegnerin die Faserdurchmesser und die geforderten Angaben zu den Kabelschächten auf der streitgegenständlichen Strecke mit.
- 58 Auf nochmalige Nachfrage der Beschlusskammer vom 23. 7. 2019 teilte die Antragstellerin im Übrigen mit, mit den weiteren vorgeschlagenen Vertragsklauseln der Antragsgegnerin in der Stellungnahme vom 24. 5. 2019 (siehe unter Rz. 49) einverstanden zu sein.
- 59 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 132 Abs. 5 TKG).
- 60 Am 31. 7. 2019 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Am 5. 8. 2019 teilte die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts mit, dass sie keine Anmerkungen zum Beschlussentwurf habe.
- 61 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

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

2.1 Rechtsgrundlage

- 63 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 77n Abs. 1 bis 3 TKG i. V. m. § 77d Abs. 2 TKG.

2.2 Formelle Voraussetzungen

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

2.2.1 Zuständigkeit

- 65 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77n Abs. 1 TKG i. V. m. §§ 132 Abs. 2 und 134a TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 77n TKG durch Beschlusskammern. Vorliegend handelt es sich um einen Fall gemäß § 77n Abs. 1 bis 3 TKG i. V. m. § 77d Abs. 2 TKG, in dem es um die Bedingungen der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze geht. Die Beschlusskammer entscheidet in diesen Fällen verbindlich über die Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus § 77d und 77g TKG. Gemäß § 77n Abs. 2 S. 1 TKG umfasst die Zuständigkeit der Beschlusskammer auch die Festsetzung eines Entgeltes.

2.2.2 Verfahren

- 66 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.
- 67 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 8. 5. 2019 gemäß § 135 Abs. 3 S. 1 TKG.
- 68 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.

- 69 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.
- 70 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.

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

2.2.3 Frist

- 72 Gemäß dem Grundsatz in § 77n Abs. 1 S. 2 TKG entscheidet die Bundesnetzagentur verbindlich innerhalb von vier Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags über streitige Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus § 77d TKG. Der Antrag der Antragstellerin ist vollständig und präzisiert am 29. 3. 2019 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, so dass die gesetzlich vorgesehene Regelfrist am 29. 7. 2019 geendet hätte. Die Beschlusskammer hat von der in § 77n Abs. 7 TKG vorgesehenen Möglichkeit einer Verlängerung der Entscheidungsfrist Gebrauch gemacht. Die Entscheidungsfrist endet somit spätestens am Montag, dem 30. 9. 2019. Insofern ergeht die Entscheidung fristgerecht.

2.3 Materielle Voraussetzungen

- 73 Der Streitbeilegungsantrag ist zulässig und begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen der § 77n Abs. 1 bis 3 TKG 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 Mitnutzungsantrags

- 74 Der Antrag über die Bedingungen einer Mitnutzung ist zulässig. Die Antragsgegnerin hat innerhalb der in § 77d Abs. 2 TKG genannten Frist ein Angebot abgegeben. Diesbezüglich hatten die Parteien im Vorfeld über die beantragte Mitnutzung der Leerrohrtrasse der Antragsgegnerin verhandelt, wobei keine Einigung erzielt werden konnte. Es ist im Entscheidungszeitpunkt der Beschlusskammer weiterhin keine Einigung

über die Bedingungen sowohl des „Ob“ als auch des „Wie“ der Mitnutzung zustande gekommen, so dass diese durch die Beschlusskammer festzulegen sind.

- 75 Ein Mitnutzungsantrag gemäß § 77d TKG kann – entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin – auch direkt nach Einsichtnahme in die TAK und der daraus gewonnenen Erkenntnisse unmittelbar gestellt werden. Ein Antrag gemäß § 77c TKG muss dem nicht zwingend vorausgehen, wenn der Petent ggf. durch andere Quellen Erkenntnisse über vorhandene Infrastrukturen hat. Für die Entbehrlichkeit eines zwingend vorausgehenden Antrags nach § 77c TKG spricht bereits der Gesetzeswortlaut. Denn in § 77d TKG ist die Durchführung eines Verfahrens nach § 77c TKG nicht als Voraussetzung genannt. Insoweit findet sich keine angelegte Stufenfolge der § 77c und § 77d TKG. Diese Einordnung findet auch in der Gesetzesbegründung ihre Bestätigung:

„Die Vor-Ort-Untersuchung soll das Auskunftsrecht nach § 77a Abs. 1 TKG ergänzen und ist daher auf die Ermittlung zusätzlicher Informationen gerichtet. Die in Abs. 3 im öffentlichen Interesse ausgenommenen Informationen entsprechen den Ausnahmen in den §§ 77a Abs. 4 und 77b Abs. 4“
BT-Drs 18/8332, S. 44.

- 76 Zudem ist festzustellen, dass der Begriff der Vor-Ort-Untersuchung gesetzlich weder in Art. 4 Abs. 5 S. 1 noch in Erwägungsgrund 22 der Kostensenkungsrichtlinie, in denen der Begriff wortgleich Erwähnung findet, definiert ist.
- 77 Aufgrund der Bezugnahme auf die „Netzintegrität“ in Erwägungsgrund 22 der Richtlinie kann darauf geschlossen werden, dass eine Vor-Ort-Untersuchung gerade Klarheit über den konkreten Zustand der passiven Infrastruktur und nicht über ihre generelle Existenz, Nutzung oder Befüllung geben soll.

Vgl. Stelter, in: Scheurle/Meyen, TKG, § 77c Rz. 7.

- 78 Auch die Systematik des Gesetzes spricht gegen ein zwingend vorgegebenes gestuftes Verfahren. Denn eine Benennung und Beschreibung des Versorgungsgebiets in einem Antrag gemäß § 77d TKG wäre nicht mehr notwendig, wenn dieses bereits zwingend über ein vorher durchlaufenes Verfahren gemäß § 77c TKG präzise bestimmt werden müsste. Sowohl § 77c als auch § 77d TKG sind nahezu identisch ausgestaltet und finden in § 77n TKG Erwähnung. Wenn vom Gesetzgeber ein zwingendes Stufenverhältnis angedacht gewesen wäre, hätte er in § 77c Abs. 3 und § 77g Abs. 2 TKG nicht unterschiedliche Ablehnungsgründe festlegen müssen. Vielmehr hätte dann die Aufnahme der Versagungsgründe in § 77d TKG ausgereicht.
- 79 Auch der Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes steht dieser Auslegung nicht entgegen. Primäres Ziel des Gesetzes ist es, einen flächendeckenden Aufbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen in Deutschland zu fördern und die Kosten dafür zu senken. Dieses Ziel wird durch den Beschleunigungsgedanken flankiert. Deshalb würde es dem Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes, konkret der Beschleunigung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze zuwiderlaufen, wenn vor Beantragung einer Mitnutzung zwingend eine Anfrage gemäß § 77c TKG erforderlich wäre, auch

wenn die für einen Mitnutzungsantrag notwendigen Informationen bereits aus anderen Quellen, z. B. der TAK, gewonnen werden könnten.

- 80 Insoweit die Antragsgegnerin zudem darauf hinweist, dass die Antragstellerin in Kenntnis des Abweichens von Ist- und Planlage auch das finanzielle Risiko einer möglichen Vor-Ort-Untersuchung zu tragen habe, so ist hier darauf hinzuweisen, dass bezüglich der möglicherweise bestehenden Diskrepanzen der Ist- und Planlage bei den Beauskunftungen für die Antragstellerin Ungewissheiten entstehen, die aus der Sphäre der Antragsgegnerin stammen. Zwar ist die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, bereits bestehende Informationen über passive Infrastrukturen, wenn sie bereits in der TAK oder sogar in Megaplan systematisiert sind und die vorliegende Auskunft Grundlage für die Vorbereitung eines Antrags nach § 77d TKG sein kann, noch anderweitig aufzubereiten. In Bezug auf den Informationsanspruch nach § 77b TKG ist es erforderlich, aber auch ausreichend, Informationen über passive Infrastrukturen in dem Format zu liefern, in dem diese bei dem Infrastrukturihaber vorhanden sind, z. B. in Datenbanken wie der TAK o. ä.

Vgl. BK11-18-001, Rz. 132 ff.

- 81 Davon zu trennen ist jedoch die Verpflichtung des Infrastrukturihabers, sein Informationssystem im Rahmen der Bearbeitung eines Mitnutzungsantrags auf einem aktuellen Stand zu halten, wenn er Kenntnis davon hat, dass eine Diskrepanz zwischen Plan- und tatsächlicher Lage besteht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Mitnutzungsanspruch nach § 77d TKG weitergehende Verpflichtungen umfasst als der Informationsanspruch nach § 77b TKG und damit eine detailliertere Informationsbasis erforderlich ist. Ein mögliches Mittel zur Aufklärung einer solchen Unsicherheit kann eine durch den Infrastrukturihaber initiierte Untersuchung – in welcher Form auch immer – der aktuellen Existenz, Befüllung oder Nutzung der passiven Infrastruktur darstellen, deren Kosten auch dieser zu tragen hat. Dafür spricht zum einen, dass die Unsicherheit über die Existenz, Befüllung oder Nutzung der passiven Infrastruktur in der Sphäre des Infrastrukturihabers liegt. Zum anderen entspricht es aber bereits dem originären Eigeninteresse des Infrastrukturihabers, will er einen Versagungsgrund, z. B. den des fehlenden Platzes gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG, gegen einen Mitnutzungsanspruch geltend machen und nachweisen. Dafür benötigt er selbst detaillierte Informationen über sein Netz, wie die Befüllung und Nutzung.
- 82 Dass wiederum die Vor-Ort-Untersuchung gemäß § 77c TKG ein Instrument des Antragstellers und nicht des Infrastrukturihabers darstellt, ist sowohl im Wortlaut des § 77c TKG als auch in Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 2014/61/EU und seiner Stellung im Abschnitt „Transparenz in Bezug auf physische Infrastrukturen“ angelegt, denn das Bedürfnis nach Transparenz hat derjenige, in dessen Sphäre die Information über passive Infrastruktur gerade nicht vorhanden ist. Dieses Verständnis spiegelt sich auch in dem entsprechenden Wortlaut des Erwägungsgrundes 22 zu der Richtlinie 2014/61/EU wieder. Darüber hinaus spricht auch der Sinn und Zweck des DigiNetz-Gesetzes mit Blick auf die Beschleunigung des Breitbandausbaus für eine derartige

Verpflichtung des Infrastrukturihabers mit der entsprechenden Kostentragung, sofern sie als Mittel zur Klärung der Frage des „OB“ des Vorliegens oder der generellen Ermittlung des Befüllungs- und Nutzungszustandes seiner passiven Infrastruktur eingesetzt wird. Vor diesem Hintergrund kann dem Antragsteller die Kostenlast nicht aufgebürdet werden. Nimmt der Infrastrukturihaber demgegenüber aber eine derartige Maßnahme nicht vor, so ist es die originäre Aufgabe der Beschlusskammer im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung Untersuchungen auf der Grundlage des § 127 Abs. 2a TKG vorzunehmen.

2.3.2 Begründetheit des Mitnutzungsantrags

83 Der Anspruch auf Mitnutzung ist im tenorierten Umfang begründet.

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

84 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 77d Abs. 1 und 2 TKG liegen vor. Die gegen den Mitnutzungsanspruch von der Antragsgegnerin in Bezug auf eine Teilstrecke eingewandten Versagungsgründe stehen dem geltend gemachten Mitnutzungsanspruch nicht entgegen.

85 Die Antragstellerin ist Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG. Sie hat die Zugangsgewährung zu passiven Netzinfrastrukturen des öffentlichen Versorgungsnetzes der Antragsgegnerin zu fairen und angemessenen Bedingungen beantragt. Der Antrag entsprach unstreitig den Voraussetzungen des § 77d TKG.

86 Die Antragsgegnerin ist ebenfalls Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 16b lit. a sublit. aa TKG.

87 Die von der Antragsgegnerin eingewandten Versagungsgründe gemäß § 77g Abs. 2 Nr. 1, 2 und 5 TKG (fehlende technische Eignung, fehlender Platz und zu erwartende erhebliche Störung des Versorgungsdienstes) stehen dem Mitnutzungsanspruch bezüglich der begehrten passiven Netzinfrastruktur nicht entgegen.

88 Als zulässige Versagungsgründe zählt § 77g Abs. 2 TKG insgesamt sieben Kategorien auf. Die Liste der Ablehnungsgründe ist abschließend, um Rechtsklarheit über die Versagungsgründe zu schaffen und einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Mitnutzungsinteresse und den Interessen des Verpflichteten zu ermöglichen.

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

89 Die Ausgestaltung der Versagungsgründe als abschließende Aufzählung – die auch durch den Gesetzeswortlaut („darf nur abgelehnt werden“) zum Ausdruck gebracht wird – legt eine enge Auslegung der Versagungsgründe nahe. Dies betont die Bundesregierung auch in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, wonach „die Versagungsgründe insgesamt restriktiv und zwingend abschließend auszugestalten“ sind.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 84.

- 90 Die Darlegungs- und Beweislast liegt aufgrund des Einwendungscharakters der Versagungsgründe beim Verpflichteten. Eine Versagung der Mitnutzung kann durch die Streitbeilegungsstelle überprüft werden, so dass die ungerechtfertigte und überzogene Berufung auf Versagungsgründe unterbunden werden kann.

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

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

- 91 Der von der Antragsgegnerin eingewandte Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG (fehlender Platz – Kapazitätserschöpfung) greift hier nicht durch. Gemäß den zur Verfügung stehenden Ausmaßen und unter Zugrundelegung der bestehenden Belegung, ist ein Zuzug des 10 mm Mikroleerrohres der Antragstellerin in das [REDACTED], möglich. Eine Kapazitätserschöpfung im Sinne fehlenden Platzes ist mithin nicht gegeben.
- 92 Auf dem fraglichen Stück zwischen dem Kabelschacht 127 und der Rohrunterbrechung 367 [REDACTED] vor dem KVz 1A14), welches die Antragsgegnerin der Antragstellerin nicht zur Mitnutzung angeboten hat, verlaufen auf einer Länge von ca. [REDACTED] m [REDACTED]. Ursprünglich war die Antragsgegnerin davon ausgegangen, dass es sich um [REDACTED] handeln würde, was sich aber bei der Untersuchung vor Ort als falsch herausstellte, [REDACTED]. Eines der vorhandenen [REDACTED] ist mit [REDACTED] belegt, in [REDACTED] verlaufen [REDACTED]. Zur Begründung des mangelnden Platzes hatte die Antragsgegnerin auf den bereits bestehenden Befüllungsgrad der mitzunutzenden Infrastruktur rekurriert, der den Zuzug eines von der Antragstellerin verwendeten 10 mm Mikroleerrohres nicht ermöglichen würde.
- 93 Ein Zuzug des 10 mm Mikroleerrohres in [REDACTED] ist aber gemäß gutachterlicher Einschätzung möglich.

Siehe dazu Kurzgutachten des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH vom 6. 7. 2019, Einzug von Kabeln bzw. Leerrohranlagen in bestehende Rohranlagen, Spezifische Fragen im Kontext der Verfahren BK11-19/002 und BK11-19/003, Autor: Dr. Thomas Plückebaum (im Folgenden: Kurzgutachten des WIK), Antwort zu Frage 2b), S. 3.

- 94 Gemäß gutachterlicher Einschätzung nimmt das bereits [REDACTED] nur ca. die Hälfte des zur Verfügung stehenden Innendurchmessers [REDACTED] ein, so dass nach dem Zuzug des 10 mm Mikroleerrohres der Antragstellerin immer noch [REDACTED] freier Platz im Durchmesser verbleiben. Grundsätzlich kann es bei einem Einziehen auf größeren Längen oder bei Krümmungen (Richtungswechseln im Rohr) zu Blockierungen bzw. erhöhten Zugkräften kommen, die hier aber nicht gegeben sind. Es handelt sich hier lediglich um [REDACTED] m

100 Insoweit die Antragsgegnerin hier darauf verweist, dass es bei einem Zuzug aufgrund von geringer Kapazität zu einer Störung kommen könne, besteht diese Gefahr gemäß den Ausführungen im Gutachten hier nicht.

Siehe hierzu Kurzgutachten des WIK, Antwort zu Frage 2 a), S. 2 sowie zu Frage 4, S. 3 f.

101 Das bereits bestehende [REDACTED] in dem in Rede stehenden [REDACTED] ist ein [REDACTED], das nicht empfindlich auf Reibungen mit hoher Zugkraft reagieren wird. Die Strecke, um die es hier geht, ist lediglich [REDACTED] m lang und weist zwar eine leichte Krümmung, nicht jedoch einen extremeren Richtungswechsel auf.

102 Insoweit ist nicht zu erwarten, dass es beim Zuzug zu Störungen des Versorgungsnetzes kommen wird. Im Übrigen sehen die vertraglichen Regelungen sowohl in den Planungsunterlagen (Anlage 2) wie auch in Anlage 1 (Leistungsbeschreibung), Ziffer 2 Vorgaben zur Durchführung der Arbeiten vor, die die Antragstellerin einzuhalten hat und deren Ziel auch die Vermeidung von Störungen sind. Dabei ist der Sicherheitservice der Antragsgegnerin bei allen wesentlichen Einbauarbeiten anwesend und darf auch die fachliche Ausführung der Arbeiten beobachten und ist weisungsbefugt. Solche Regelungen reichen aus, um hier eine zu erwartende Störung hinreichend vermeiden zu können.

2.3.2.2 Würdigung der vorliegenden Angebote gemäß § 77d Abs. 2 TKG

103 Die Antragsgegnerin legte am 12. 3. 2019 gegenüber der Antragstellerin ein Angebot zum Abschluss eines Mitnutzungsvertrages (Stand: 7. 3. 2019; im Folgenden: das Angebot) vor. Darin werden für die Teilstrecken 1, 2 und 3 monatliche Entgelte in Höhe von [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] angeboten. In Bezug auf die Trassenteile zwischen den Teilstrecken 1 und 2 bzw. 2 und 3 wurde kein Angebot gelegt, weil – so die Antragsgegnerin – die dortige Infrastruktur keine Kapazität für die begehrte Mitnutzung aufweise.

104 Das Angebot enthält die wesentlichen Bestandteile eines Vertrags. Die wesentlichen Regelungen, wie z. B. Kündigungsmöglichkeiten, Laufzeiten, Haftungsregelungen und Preisgestaltung, sind darin enthalten. Ebenso ist bestimmt, für welche Teile der verfahrensgegenständlichen Streckenführung das Angebot gilt bzw. auf welchen Abschnitten eine Mitnutzung nicht angeboten wird.

105 Die Antragstellerin hat das Vertragsangebot nicht angenommen, sondern hält einzelne Regelungen für unfair und unangemessen. Im Antragsschriftsatz hat sie die Festsetzung anderer Entgelte beantragt. Hinsichtlich der unstreitigen Mitnutzungsbedingungen hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit und die Autonomie der streitenden Parteien Vorrang. Die Beschlusskammer lässt sich zu den unstreitigen Teilen des

Vertragsangebots nicht ein, sondern ordnet den Vertrag auch insoweit an (siehe dazu unter Ziffer 301 ff.).

- 106 Kommt zwischen den Parteien keine Einigung über bestimmte Vertragsbedingungen zustande, entscheidet die Bundesnetzagentur gemäß § 77n Abs. 1 S. 2 TKG verbindlich über die Rechte und Pflichten des Mitnutzungsverhältnisses. Sofern die angebotenen Mitnutzungsbedingungen den Vorgaben des § 77d Abs. 2 TKG nicht genügen, sind sie von der Beschlusskammer durch diesen Vorgaben genügende Regelungen zu ersetzen. Weil es sich bei dem Streitbeilegungsverfahren um ein echtes Antragsverfahren handelt, ist die Beschlusskammer dabei an die Anträge der Streitparteien gebunden, sofern diese den gesetzlichen Maßstäben entsprechen.

Vgl. Stamm, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 133; Rz. 22 sowie Stelter a. a. O. § 77n, Rz. 11; Stelter/Bergmann, a. a. O., § 134a, Rz. 3.

- 107 Die Beschlusskammer hat die im Vertragsentwurf enthaltenen streitigen Regelungen anhand der gesetzlichen Kriterien geprüft. Zuvörderst hat sie die Längen der Teilstrecken auf Basis der von Antragsgegnerin vorgelegten Subanlage 1 zu Anlage Ag. 7 angepasst. Zu diesen Strecken hat sie ein angemessenes Mitnutzungsentgelt nach § 77n Abs. 3 TKG in Form von Überlassungsentgelten (und zwar ein monatliches Entgelt für die Streckenmiete der passiven Infrastruktur sowie für Verwaltungskosten) und Bereitstellungsentgelten (hier die Fahrpauschale für einen Sicherheitservice nach Aufwand sowie ein Entgelt für die Dokumentation der Mitnutzungen ebenfalls nach Aufwand) festgelegt.
- 108 Die ursprünglich noch streitbefangenen Regelungen zu Bereitstellungsfrist, Kündigungsmöglichkeit und Störungsbeseitigung wurden durch ein von der Antragstellerin angenommenes Angebot der Antragsgegnerin im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens modifiziert und zählten somit nicht mehr zum Streitgegenstand.

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

- 109 Die im Tenor angeordneten Entgelte sind fair und angemessen i. S. d. § 77n Abs. 2 und 3 TKG, denn damit ist sichergestellt, dass die Antragsgegnerin die Möglichkeit hat, die von der Beschlusskammer ermittelten und der Antragstellerin zuzurechnenden Kosten zu decken.

2.3.2.3.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab

- 110 Der Entgeltmaßstab bestimmt sich im vorliegenden Fall nach § 77n Abs. 3 TKG. Bei dem streitgegenständlichen Leerrohr handelt es sich um einen Teil eines öffentlichen Versorgungsnetzes i. S. d. § 3 Nr. 16b TKG, das der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dient und daher ein öffentliches Telekommunikationsnetz ist. Die passive Infrastruktur wurde für die Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten errichtet.

- 111 Legt die Bundesnetzagentur im Rahmen der Streitbeilegung Entgelte fest, so hat sie die vorgelegten Angebote zu würdigen und auf ihre Fairness und Angemessenheit gegenüber beiden Parteien zu überprüfen. Zur Bestimmung der Fairness und Angemessenheit 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 Abs. 2 und 3 sind eng an den Wortlaut der Vorgaben des Art. 3 Abs. 5 S. 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.

- 112 Die beiden Absätze stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Gemäß § 77n Abs. 2 TKG müssen die durch die Ermöglichung der Mitnutzung dem Infrastrukturihaber zusätzlich entstandenen und gegebenenfalls noch entstehenden Kosten durch das Entgelt gedeckt werden sowie über einen angemessenen Aufschlag ein Anreiz zur Gewährung von Mitnutzungen gesetzt werden. Bei der Mitnutzung von Telekommunikationsnetzen ist nach § 77n Abs. 3 TKG über die Deckung der zusätzlichen Kosten nach Abs. 2 hinaus sicherzustellen, dass der Infrastrukturihaber die Möglichkeit hat, seine Kosten zu decken. In diesem Zusammenhang sind 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.

- 113 Klarstellend weist die Beschlusskammer darauf hin, dass bei der Entgeltermittlung kein angemessener Aufschlag nach § 77n Abs. 2 TKG in dem Sinne, wie er nach Absatz 2 für nicht-Telekommunikationsnetze (z. B. im Verfahren BK11-18/005) festgelegt wurde, in Ansatz gebracht worden ist. Nach dem Gesetzeswortlaut ist bei der Festsetzung eines Mitnutzungsentgeltes nach § 77n Abs. 3 TKG auch § 77n Abs. 2 TKG zu berücksichtigen, so dass der Ansatz eines angemessenen Aufschlags nach Abs. 2 in Betracht kommen könnte. Aus der Gesetzesbegründung sowie systematischen Erwägungen lässt sich jedoch entnehmen, dass die Besonderheit der Entgeltbestimmung für die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes in der Berücksichtigung der Investitionskosten besteht. Die Entgelte nach § 77n Abs. 3 TKG sind so zu bemessen, dass die Betreiber der in Anspruch genommenen öffentlichen Telekommunikationsnetze die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken. Die Berücksichtigung von Investitionskosten ist hingegen im Rahmen des § 77n Abs. 2 TKG ausdrücklich ausgenommen und entsprechend auch die Möglichkeit, diese Kosten zu decken, nicht vorgesehen. Zweck des Aufschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG ist es daher, einen Anreiz zur Mitnutzungsgewährung zu setzen, obwohl der Nachfrager keine Investitionskosten trägt. Im vorliegenden Fall hat die Beschlusskammer Entgelte ermittelt, mit denen die Möglichkeit der Kostendeckung für den Nutzungsgeber si-

chergestellt wird. Würde zusätzlich dazu auch noch ein Zuschlag im Sinne von § 77n Abs. 2 S. 3 TKG gewährt werden, so würde die Mitnutzung überkompensiert.

Vgl. auch den Beschluss BK11-18/005 vom 5. 11. 2018, Rz. 95-100.

- 114 Da Entgelte nach Abs. 2 in der Regel keine Zinsen enthalten, würden daraus auch keine Zinsen in ein Entgelt nach Abs. 3 übernommen werden können. In Entgelten nach Abs. 3 sind aber auch die Investitionen in das mitgenutzte Netz zu berücksichtigen, was auch die Verzinsung des darin gebundenen Kapitals einschließt.

Vgl. hierzu ausführlich Beschluss BK11-18/006 vom 28.1.2019, Rz. 95 ff.

2.3.2.3.2 Vorrang projektspezifischer Kostenermittlung

- 115 Nach den gesetzlichen Vorgaben des § 77n Abs. 2 und 3 TKG ist bei der Festlegung der Mitnutzungsentgelte vorrangig auf die Kosten der Infrastruktur abzustellen, deren beantragte Mitnutzung Gegenstand des Streitbeilegungsverfahrens ist. Dies folgt aus dem Wortlaut von § 77n Abs. 3 S. 2 TKG, wonach die Möglichkeit der Deckung der Kosten des mitzunutzenden Telekommunikationsnetzes sicherzustellen ist. Hierfür sind über die zusätzlichen Kosten hinaus auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan des Infrastrukturinhabers einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz zu berücksichtigen.

- 116 Ausgangspunkt der Kostenermittlung ist eine projektspezifische Betrachtung, also die Ermittlung der Kosten der beantragten Mitnutzung des betroffenen Telekommunikationsnetzes. Die ergibt sich aus der gesetzessystematischen Verknüpfung der Absätze 2 und 3 des § 77n TKG, die zueinander in einem Stufenverhältnis stehen.

*Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 56, wonach § 77n Abs. 3 TKG den Absatz 2 als *lex specialis* ergänzt.*

- 117 Grundlage für die Ermittlung eines Mitnutzungsentgeltes nach § 77n Abs. 2 TKG sind die zusätzlichen Kosten, die sich für den Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes durch die Ermöglichung der Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastrukturen ergeben. Die Ermittlung dieser Mitnutzungsentgelte erfolgt somit projektspezifisch. Für die Ermittlung von Entgelten für die Mitnutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze ist darüber hinaus sicherzustellen, dass Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken. Hierfür sind die Auswirkungen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in die Infrastruktur zu berücksichtigen sowie die Regulierungsziele zu beachten. Auch wenn die bei der Entgeltermittlung zu berücksichtigenden Kriterien damit erweitert werden, so folgt aus einer systematischen Betrachtung, dass Gegenstand der Entgeltfestsetzung weiterhin die konkret beantragte Mitnutzung ist und also eine projektspezifische Kostenermittlung zu erfolgen hat.

- 118 Dass es auf die Kosten der tatsächlich genutzten Infrastruktur ankommt, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung. Danach soll die Streitbeilegungsstelle insbeson-

dere die Investitionen in die passiven Netzinfrastrukturen, deren Mitnutzung begehrt wird, berücksichtigen.

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

- 119 Diese Ausführungen der Gesetzesbegründung werden auch durch Art. 3 Abs. 5 und Erwägungsgrund 19 der Kostenreduzierungsrichtlinie gestützt. Dieser führt 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.“

- 120 Außerdem spricht die nach Erwägungsgrund 19 vorzunehmende Berücksichtigung von Abschreibungen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens dafür, die tatsächlichen Kosten der konkret mitgenutzten Infrastruktur zum Ausgangspunkt zu nehmen, weil – insbesondere in den Restbuchwerten – diese Abschreibungen bereits berücksichtigt sind.

- 121 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 bestimmten Infrastruktur.

- 122 Auch die Antragsgegnerin geht auf Seite 12 ihrer Stellungnahme vom 16. 4. 2018 zum Konsultationsdokument zu Fragen der Entgeltbestimmung nach dem DigiNetz-Gesetz 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.“

- 123 In ihrer Stellungnahme vom 2. 5. 2019 konzediert die Antragsgegnerin in diesem Sinne zwar, dass sich eine Mitnutzung nach § 77d TKG stets auf eine konkrete Strecke beziehe. Jedoch schränkt sie ihre Ausführungen im Folgenden insofern ein als dies keinesfalls bedeute, dass der jeweilige Infrastrukturihaber für jeden dem Streitbeilegungsverfahren unterworfenen Trassenverlauf Kostenunterlagen vorzulegen ha-

be, die jenen für Entgeltgenehmigungsverfahren nach dem sektorspezifischem Regulierungsrecht entsprechen.

- 124 Zwar geht die Antragsgegnerin zutreffend davon aus, dass sich die Mitnutzung auf eine konkrete Strecke bezieht und in ihrer Stellungnahme zu dem vorgenannten Konsultationsdokument selbst vorträgt, Investitionen für konkrete Strecken ermitteln und belegen zu können, zieht daraus jedoch eine unzutreffende Schlussfolgerung. Der von der Antragsgegnerin ins Feld geführte Maßstab der Vergleichsmarktbetrachtung, der für die Nutzung der „essential facilities“ bereits anerkannt sei, greift hier nicht, denn anders als im Kartellrecht ist in § 77n Abs. 3 TKG ein konkreter Entgeltmaßstab festgelegt. Daher kommt eine Vergleichsmarktbetrachtung, die eher als „Rückfalloption“ in den Fällen greift, in denen kein konkreter Maßstab vorhanden ist, hier nicht in Betracht.
- 125 Ausgangspunkt einer Bestimmung von Mitnutzungsentgelten ist demnach eine individuelle Kostenermittlung. Allerdings setzt dies voraus, dass der potentiell Zugangsverpflichtete Nachweise zu den ihm entstandenen und entstehenden Kosten der Mitnutzung – auch zu den Kosten der Infrastruktur, deren Mitnutzung begehrt wird – vorlegt. Zwar hat die anwaltlich vertretene Antragsgegnerin auf Nachfrage der Beschlusskammer mit Schriftsätzen vom 13. 5. 2019 und 3. 7. 2019 Fragenkataloge beantwortet und einzelne Eingangsparameter für eine Kostenermittlung benannt. Zugleich gelte aber weiterhin die Aussage in ihren Schriftsatz zum Verfahren BK11-18/006 vom 10. 12. 2018, dass ihr die vorgenannte Nachweisführung der konkret für die nachgefragte Trasse tatsächlich entstandenen Kosten nicht möglich sei.

2.3.2.3.3 Heranziehung alternativer Erkenntnisquellen

- 126 Mangels hinreichender Kostennachweise zu der tatsächlich genutzten Infrastruktur der Antragsgegnerin hat die Beschlusskammer geprüft, inwieweit ihr alternative Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen.
- 127 Um die festzusetzenden Mitnutzungsentgelte projekt- und kostenbezogen ermitteln zu können, wurden anhand von Unterlagen, die die Antragsgegnerin zur investiven Bewertung ihres Telekommunikationsnetzes im Zusammenhang mit ihrem Gesamtkostennachweis sowie im Rahmen des KKA-Verfahrens

Beschluss BK3a-19/002 vom 26.06.2019 zur Genehmigung von Entgelten für den Zugang im Multifunktionsgehäuse, zu Kabelkanalanlagen sowie zu ungeschalteten Glasfasern (im Folgenden: KKA-Entgeltgenehmigung),

bei der Bundesnetzagentur vorgelegt hatte, die projektspezifischen Kosten für die beantragte Mitnutzung approximiert.

2.3.2.3.3.1 Keine Übertragung der KKA-Entgelte

- 128 Eine bloße Übertragung der KKA-Entgelte kam vorliegend nicht in Betracht. Denn die hier begehrte Mitnutzung ist unter technischen und wettbewerblichen Gesichtspunkten nicht in einem hinreichenden Maße mit der regulierten Leistung vergleichbar.

Vgl. dazu im Einzelnen BK11-18/006, Rz. 112 ff. unter Ziffer 2.3.2.3.3.1.

- 129 Auch wenn im vorliegenden Einzelfall keine Übertragung der regulierten KKA-Entgelte erfolgte, ist dadurch nicht kategorisch ausgeschlossen, beim Fehlen von Nachweisen zu entstandenen Kosten beantragter Mitnutzungsentgelte und dem Fehlen anderer alternativer Erkenntnisquellen – gleichsam als ultima ratio – auf regulierte Entgelte zurück zu greifen. Denn die Entgelte nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) bilden in ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren gegenüber der Antragstellerin als marktmächtigem Unternehmen in einer Durchschnittsbetrachtung über alle bundesweit vorhandenen Trassenmeter die Kosten eines im Wettbewerb stehenden effizienten Unternehmens nach und sind daher – zumindest in Bezug auf die Antragsgegnerin – auch dazu geeignet, die Kosten nach § 77n Abs. 3 TKG abzudecken.

2.3.2.3.3.2 Keine Übertragung der Preise aus vorgelegten Mitnutzungsverträgen

- 130 Auch eine Heranziehung der im Zuge einer Marktabfrage der Beschlusskammer erhobenen und im Verfahren BK11-18/005 zur Bestimmung des angemessenen Aufschlags nach § 77n Abs. 2 S. 3 TKG verwerteten Preise von Mitnutzungsverträgen für die Bestimmung der Mitnutzungsentgelte kam nicht in Betracht. Denn die Beschlusskammer stellt bei der Entgeltfestsetzung für die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes gemäß § 77n Abs. 3 S. 2 TKG sicher, „... dass die Eigentümer und Betreiber des mitzunutzenden Netzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken...“. Sie berücksichtigt hierfür, neben anderen Kriterien, die Investitionen in die passiven Netzinfrastrukturen, deren Mitnutzung begehrt wird.

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

- 131 Die von der Beschlusskammer angewendete Methode ist eine wesentlich präzisere alternative Erkenntnisquelle für die projekt- und kostenbezogene Ermittlung von Mitnutzungsentgelten nach § 77 Abs. 3 TKG als die Anwendung eines Medians der vereinbarten Mitnutzungspreise aus den der Beschlusskammer im Rahmen einer Marktabfrage vorgelegten Mitnutzungsverträgen. Der Median aggregiert Preise aus dieser Vielzahl von Verträgen, die unterschiedliche passive Infrastrukturen, Streckenverläufe und -längen und sonstige vertragliche Regelungen abbilden.
- 132 Zudem spiegeln die Preise in den Verträgen Verhandlungsergebnisse wider, bei denen Vertragsparteien aus den unterschiedlichsten Interessenlagen heraus zu einem Mitnutzungspreis gelangt sind. Für die Bestimmung des Mitnutzungspreises mögen Kosten in vielen Fällen zwar eine Rolle spielen, es lässt sich aber nicht umge-

kehrt von den Mitnutzungspreisen auf die Kosten des Infrastrukturinhabers im vorliegenden Projekt schließen.

- 133 Daher hat die Beschlusskammer die ihr vorgelegten Mitnutzungsverträge zwar für die Ermittlung eines angemessenen Aufschlags im Sinne von § 77 Abs. 2 TKG – der nach der Gesetzesbegründung gerade keine Investitionskosten in die mitgenutzte Infrastruktur abbilden soll – heranziehen können; für die projekt- und kostenbezogene Ermittlung von Mitnutzungsentgelten nach § 77 Abs. 3 TKG kommen sie aber nicht in Betracht.

2.3.2.3.4 Prüfung der angebotenen Entgelte

- 134 In Ausübung des ihr vom Gesetzgeber zugestandenen weiten Spielraums hat die Beschlusskammer zunächst überprüft, ob die von den Parteien angebotenen Mitnutzungsentgelte fair und angemessen im Sinne von § 77 Abs. 2 und 3 TKG sind.
- 135 Der Streitbeilegungsstelle kommt ausweislich der Gesetzesmaterialien hinsichtlich der Konkretisierung „fairer und angemessener“ Entgelte ein weiter Ermessensspielraum zu.

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

- 136 Dabei geht die Beschlusskammer angesichts der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu punktuellen Beurteilungsspielräumen im Bereich Regulierung des Telekommunikationssektors davon aus, dass sie bei der Entgeltfestsetzung bei einzelnen Fragestellungen solche Beurteilungsspielräume auszufüllen hat (s. dazu im Einzelnen Rz. 142 ff., Rz. 151 ff. und Rz. 210 ff.).
- 137 Im Hinblick auf die gesetzlichen Maßstäbe hat die Beschlusskammer bei der Entgeltfestsetzung gemäß § 77n Abs. 3 S. 2 TKG sicherzustellen, „...dass Eigentümer oder Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten zu decken...“. Hierfür berücksichtigt sie über die Zusatzkosten hinaus auch etwaige Folgen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz.
- 138 Deshalb war zunächst zu prüfen, welche Kosten im Zusammenhang mit den vertragsgegenständlichen Entgelten zu decken sind. Dazu wurden anhand von Unterlagen, die die Antragsgegnerin zur investiven Bewertung ihres Telefonnetzes im Zusammenhang mit ihrem Gesamtkostennachweis sowie im Rahmen des KKA-Verfahrens bei der Bundesnetzagentur vorgelegt hatte, die projektspezifischen Kosten für die beantragte Mitnutzung approximiert. Sofern die von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte über den ermittelten Kosten lagen, wurde geprüft, ob die von der Antragstellerin gebotenen Entgelte die Kosten zu decken vermochten. Sofern dies zutraf oder keine darüber liegenden Kosten nachgewiesen werden konnten, wurden die von der Antragstellerin angebotenen – und damit aus ihrer Sicht fairen und angemessenen – Entgelte auch als fair und angemessen gegenüber der Antragsgegnerin

eingestuft und angeordnet, andernfalls waren die ermittelten Kosten als Entgelt festzusetzen.

139 Diese Mitnutzungsentgelte umfassen aufwandsbezogene Entgelte für die Fahrtkosten des Sicherheitsservices, der bei Arbeiten von Dritten an Anlagen der Antragsgegnerin zu beauftragen ist, für die Dokumentation der vermieteten Rohrkapazitäten nebst der neuen Rohrunterbrechungen sowie Überlassungsentgelte, und zwar ein Entgelt für Verwaltungskosten sowie ein monatliches Entgelt für die Überlassung der passiven Infrastruktur.

140 Um die festzusetzenden Mitnutzungsentgelte projekt- und kostenbezogen festlegen zu können, hat die Beschlusskammer im Rahmen dieser Prüfung

- nach umfassender Abwägung der zur Bewertung des Anlagevermögens sowie zur Ermittlung des für die Ermittlung der Kapitalkosten verwendeten Zinssatzes in Betracht kommenden methodischen Ansätze, auf Basis eines Prüfgutachtens der Fachabteilung sowie anhand von Unterlagen der Antragsgegnerin zur investiven Bewertung ihres Telefonnetzes im Zusammenhang mit ihrem Gesamtkostennachweis ermittelt, in welcher Höhe für die streitgegenständliche Trasse Investitions-, Kapital-, Betriebs- und Gemeinkosten zu decken sind, sowie anschließend geprüft, ob das von der Antragstellerin angebotene Mitnutzungsentgelt die Kosten für das gesamte Projekt zu decken vermag (dazu unter Ziffer 2.3.2.3.4.1);
- unter Einbeziehung von Unterlagen der Antragsgegnerin, des Prüfgutachtens der Fachabteilung und insbesondere der Ausführungen der Antragsgegnerin in Anlage Ag. 3 zum Schriftsatz vom 13. 5. 2019, untersucht, inwieweit die von den Parteien angebotenen Verwaltungskosten anzuordnen waren (dazu unter Ziffer 2.3.2.3.4.2);
- geprüft, ob und in welcher Höhe die von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte nach Aufwand für die Fahrtpauschale im Zusammenhang mit dem Sicherheitsservice sowie die Dokumentation der Mitnutzung anzuordnen waren (dazu unter Ziffer 2.3.2.3.4.3);
- des Weiteren geprüft, inwiefern für die Deckung von Kosten darüber hinaus Auswirkungen der begehrten Mitnutzung auf den Geschäftsplan zu berücksichtigen sind (dazu unter Ziffer 2.3.2.3.4.4).

2.3.2.3.4.1 Entgelt für die Leerrohrüberlassung

141 Für die Überlassung der Leerrohrkapazität wird ein Entgelt von ████████ € pro Monat festgesetzt, was bei der Strecke von ████████ m einem monatlichen Entgelt von rund ████████ € pro Meter und Monat entspricht. Dieses Entgelt ist fair und angemessen i. S. d. § 77n Abs. 2 und 3 TKG, denn damit ist sichergestellt, dass die Antragsgegnerin die Möglichkeit hat, die von der Beschlusskammer ermittelten und der Antragstellerin zuzurechnenden Kosten in Höhe von ████████ € pro Jahr für die gesamte Strecke zu decken.

2.3.2.3.4.1.1 Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes

- 142 Der Streitbeilegungsstelle kommt ausweislich der Gesetzesmaterialien hinsichtlich der Konkretisierung „fairer und angemessener“ Entgelte ein weiter Ermessensspielraum zu.

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

- 143 Ein Ermessensspielraum räumt der Behörde ein auf den Rechtfolgenausspruch bezogenes (Entschließungs- und Auswahl-) Ermessen ein. Dadurch wird der Behörde ermöglicht, unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks einerseits und der konkreten Umstände andererseits eine dem Einzelfall angemessene und sachgerechte Entscheidung zu treffen, in die insbesondere auch Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen einfließen können.

Vgl. Hahn, Neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Telekommunikationsrecht – Regulierungsbehördliche Letztentscheidungsrechte und verwaltungsgerichtliche Kontrolle – in Tagungsband des DAI zur 25. Jahresarbeitsstagung Verwaltungsrecht, S. 94, 99, unter Verweis auf BVerwG, Beschluss 6 B 46.13 vom 5. 5. 2014.

- 144 Ein Auswahlermessen ist in Bezug auf die Entscheidung der Bundesnetzagentur anerkannt, welche Maßnahme sie im Rahmen einer auf § 25 TKG gestützten Anordnung ergreift. Die Ermessensentscheidung hat sich dabei an den Maßstäben der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit auszurichten.

BVerwG, Urteil 6 C 24.15 vom 17. 8. 2016, BVerwGE 156, 59, juris-Rz. 22, 33.

- 145 Daneben sind in der Rechtsprechung als weitere Kategorie behördlicher Letztentscheidungsrechte Beurteilungsspielräume bei der Konkretisierung so genannter unbestimmter Rechtsbegriffe anerkannt. Der Gesetzgeber kann der Verwaltung – neben Gestaltungs- und Ermessensspielräumen – unter drei Voraussetzungen ausnahmsweise auch Beurteilungsspielräume eröffnen. Ein solcher Beurteilungsspielraum muss sich, erstens, ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben (wie z. B. in § 10 Abs. 2 S. 2 TKG) oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln sein. Zweitens muss ein hinreichend gewichtiger, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteter Sachgrund vorliegen. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn die Tatbestandsvoraussetzung(en) einer Norm wertende oder prognostische Elemente enthalten. Drittens müssen den Fachgerichten genügend Möglichkeiten und in diesem Rahmen auch die Pflicht zu einer substantiellen Kontrolle des behördlichen Handelns verbleiben.

Vgl. zu alledem Hahn, a. a. O., S. 102, unter Rückgriff auf BVerfG, Beschluss 1 BvR 1932/08 vom 8. 12. 2011 sowie Beschluss 1 BvR 857/09 vom 31. 5. 2011 (BVerfGE 129, S. 1, 22 f.).

- 146 Anerkannt sind eine Reihe von Beurteilungsspielräumen im Bereich der Marktregulierung im 2. Teil des TKG. Dabei erkennt die Rechtsprechung nicht einen umfassenden, auf das gesamte Spektrum des Merkmals der Kosten effizienter Leistungsbereit-

stellung bezogenen regulierungsbehördlichen Beurteilungsspielraum an, sondern allenfalls punktuelle Beurteilungsspielräume in Bezug auf einzelne Teilaspekte.

BVerwG, Urteil 6 C 50.15 vom 17. 8. 2016, juris-Rz. 13; Hahn a. a. O., S. 94, 105.

- 147 Punktuelle Beurteilungsspielräume sind anerkannt für die Auswahl der Methode für die Berechnung des Anlagevermögens, mit Blick auf die Methodenwahl zur Bestimmung einer angemessenen Kapitalverzinsung – sofern mehrere geeignete Methoden zu Gebote stehen (dazu unter Rz. 0) – sowie zur Entscheidung über eine Entgeltbestimmung mittels „anderer Vorgehensweisen“ i. S. v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG.

Vgl. zu alledem: Hahn, a. a. O., S. 94, 106 ff. m. w. N.

- 148 Mit Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Bestehen punktueller Beurteilungsspielräume bei der Entgeltbestimmung nach dem 2. Teil des TKG – also der Entgeltregulierung bei marktmächtigen Unternehmen – geht die Beschlusskammer davon aus, dass hinsichtlich einzelner methodischer Weichenstellungen bei der Konkretisierung fairer und angemessener Entgelte im Sinne von § 77n Abs. 3 TKG ein Beurteilungsspielraum anzunehmen ist. Ein solcher Beurteilungsspielraum ist nach der Rechtsprechung bei der Überprüfung von Kostenpositionen nicht durchgängig geboten, sondern nur in Bezug auf abgrenzbare Teilaspekte angezeigt.

Vgl. BVerwG, Urteil 6 C 10.11 vom 29. 5. 2013, juris-Rz. 31.

- 149 Aus dieser Rechtsprechung folgt aber auch, dass die in Bezug auf Art. 13 der Zugangsrichtlinie (Richtlinie 2002/19/EG vom 7. 3. 2002, ABl. L 108, S. 7) in § 31 und § 32 TKG entwickelten gerichtlichen Kontrollmaßstäbe nicht uniform gehandhabt können und müssen, sondern einer bereichsspezifisch angepassten Anwendung zugänglich und bedürftig sind.

So BVerwG, Urteil 6 C 50.15 vom 17. 8. 2016, juris-Rz. 39 f.

- 150 Soweit die Normen, für die ein Beurteilungsspielraum besteht, Gesetzesbegriffe enthalten, verlangt die Rechtsprechung – über die Kontrolle der im allgemeinen Verwaltungsrecht hergebrachten Grundsätze hinaus – eine Abwägung widerstreitender Ziele und sonstiger Belange der Regulierung. Dabei kommt es darauf an, dass die in den Kriterien ausdrücklich hervorgehobenen oder doch angelegten Kriterien plausibel und erschöpfend argumentiert sind. Bei Beurteilungsspielräumen im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren muss eine Abwägung der in den Regulierungszielen und Regulierungsgrundsätzen des § 2 Abs. 2 und 3 TKG zum Ausdruck kommenden Aspekte der Nutzerinteressen, des chancengleichen Wettbewerbs sowie der effizienten Infrastrukturinvestitionen und Innovationen enthalten sein.

Grundlegend: BVerwG, Urteil 6 C 11.10 vom 23. 11. 2011, juris-Rz. 37 ff.; Urteil 6 C 13.12 vom 25. 9. 2013, juris-Rz. 33 ff.

2.3.2.3.4.1.2 Methodischer Ansatz zur Ermittlung des Investitionswertes

- 151 Die Ermittlung der Kapitalkosten setzt eine Bewertung des Anlagevermögens voraus, die so genannte Investitionswertermittlung. Dabei wird der Wert des Anlagevermögens zu einem bestimmten Betrachtungszeitpunkt ermittelt. Je höher der ermittelte Wert des Anlagevermögens ist, desto höher fallen die Mitnutzungsentgelte aus. Zur Investitionswertermittlung werden im Wesentlichen drei mögliche Bewertungsmaßstäbe diskutiert:
- Restbuchwerte auf der Basis historischer Anschaffungs- und Herstellungswerte (RBW auf Basis AHK),
 - Nettowiederbeschaffungswerte, welche mit den Tagesgebrauchtwerten (TGW) gleich zu setzen sind, und
 - Bruttowiederbeschaffungswerte (BWBW).
- 152 Das von der Beschlusskammer beauftragte Fachreferat hat in seinem Prüfbericht einen Niveauvergleich vorgenommen, inwieweit die unterschiedlichen methodischen Ansätze unterschiedliche Ergebnisse bei den Investitionen bzw. Kapitalkosten zur Folge haben. Dabei wurden die Annuitäten für Leerrohre DN 40, Leerrohre DN 100, Mehrfachausnutzung (MFA) und Speednetrohrverbände (SNRV) jeweils gesondert ermittelt. Die Berechnung der Kapitalkosten zu Bruttowiederbeschaffungskosten führt zum höchsten Wert. Danach folgen die Kapitalkosten bei Bewertung zu Nettowiederbeschaffungswerten. Die Bewertung zu Restbuchwerten (Anschaffungs- und Herstellungskosten) führt zum niedrigsten Ergebnis. Die überschlägige Berechnung der Fachseite hat ergeben, dass die Bewertung des Anlagevermögens anhand von Bruttowiederbeschaffungskosten bei allen vier Produkten zu einer Annuität führen würde, die rund 3,5-mal höher wäre als die bei Ansatz von Anschaffungs- und Herstellungskosten ermittelte Annuität. Die sich aus der Ermittlung nach Nettowiederbeschaffungswerten ergebende Annuität wäre, wiederum bei jedem der vier genannten Produkte, circa dreimal so hoch wie diejenige nach Anschaffungs- und Herstellungskosten.
- Vgl. im Einzelnen den Prüfgutachten des Referats 113 v. 5. 8. 2019, S.32 bis 39.*
- 153 Die Beschlusskammer hat sich unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte einschließlich der in den Regulierungszielen und Regulierungsgrundsätzen des § 2 Abs. 2 und 3 TKG zum Ausdruck kommenden Aspekte der Nutzerinteressen, des chancengleichen Wettbewerbs und der effizienten Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie der Interessen der Antragsgegnerin entschieden, die Ermittlung des Anlagevermögens auf Basis historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten vorzunehmen.
- 154 Dies beruht insbesondere – wie im Einzelnen sogleich ausgeführt wird – auf Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie sowie auf der Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz. Diese führen aus, dass bei der Festlegung von Mitnutzungsentgel-

ten die Wirtschaftlichkeit der zugrundeliegenden Investitionen umfänglich zu berücksichtigen und dabei auch eine „...*etwaige[.] Abschreibung der Netzanlagen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens...*“ zu beachten ist. Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf bereits vollständig abgeschriebene Infrastrukturen eine Bewertung auf Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten vorzunehmen. Denn eine Entgeltermittlung anhand von Bruttowiederbeschaffungskosten würde im Gegensatz zur obengenannten Gesetzesbegründung auch vollständig abgeschriebene Infrastrukturen miteinbeziehen. Dies würde den Infrastrukturinhabern Entgelte zubilligen, welche höher als die zu deckenden Kosten sind. Eine solche Entgeltermittlung würde damit über das gesetzgeberische Ziel des Kostenmaßstabes in § 77n Abs. 3 TKG, zugunsten der Infrastrukturinhaber eine Kostendeckung sicherzustellen, hinausgehen.

Nutzerinteressen; § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

- 155 Bei der Abwägung der Wertansätze sind auch die Auswirkungen der zur Auswahl stehenden unterschiedlichen Vorgehensweisen der Investitionswertermittlung auf die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannten Interessen der Nutzer und insbesondere der Verbraucher in den Blick zu nehmen. Die Nutzerinteressen werden insbesondere gewahrt, wenn für die Nutzer, einschließlich behinderter Nutzer, älterer Menschen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen, der größtmögliche Nutzen in Bezug auf Preise, Auswahl und Qualität erbracht wird.

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

- 156 Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 TKG fördert die Bundesnetzagentur die Möglichkeiten der Endnutzer zum Abruf und der Verbreitung von Informationen oder der Nutzung von Anwendungen und Diensten ihrer Wahl. Diese Zielsetzung ist auch in der Kostensenkungsrichtlinie angelegt. Nach Erwägungsgrund Nr. 1 der Kostensenkungsrichtlinie müssen alle Bürger die Möglichkeit haben, Teil der digitalen Wirtschaft zu sein. Nach Erwägungsgrund Nr. 29 der Richtlinie ist ein Ausbau der digitalen Infrastruktur bis zum Endnutzer Voraussetzung für das Erreichen der Ziele der Digitalen Agenda. Diesen Nutzerinteressen wird eine Ermittlung des Investitionswertes anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten am besten gerecht.
- 157 Die Nutzerinteressen hinsichtlich des Nutzens in Bezug auf Auswahl und Qualität sind gleichlaufend mit der allgemeinen Zielsetzung der Kostensenkungsrichtlinie und des DigiNetz-Gesetzes, die auf einen beschleunigten Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze abzielen. Den Nutzerinteressen wird auch bei dieser Betrachtungsweise diejenige Methode am besten gerecht, die einen schnellen und kostengünstigen Ausbau dieser Netze fördert. Auch unter diesem Gesichtspunkt wird den Nutzerinteressen eine Ermittlung des Investitionswertes auf der Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten am besten gerecht.
- 158 Hinsichtlich des Nutzens in Bezug auf Preise ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass das verfahrensgegenständliche Mitnutzungsentgelt – wenn auch in einem relativ

geringen Maße – in die von den angeschlossenen Endnutzern verlangten Preise sowohl der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin einfließt. Dabei ist die Zielrichtung, dass zum einen die Antragstellerin über den zu zahlenden Mitnutzungspreis in der Lage ist, wettbewerblich in den Markt einzutreten und entsprechende Endkundenpreise kalkulieren zu können. Daneben darf auch die in Anspruch genommene Antragsgegnerin nicht durch zu niedrigere Entgelte in die Situation gebracht werden, dass ihre Investitionen nicht mehr amortisieren zu können. Die auf der Basis historischer Anschaffungs- und Herstellungswerte ermittelten Entgelte genügen diesem Anspruch und bringen beide Interessen miteinander in Einklang.

- 159 Etwas Anderes würde nur dann gelten, wenn der ausgewählte methodische Ansatz zu einem Entgelt führen würde, das dem Infrastrukturinhaber den kostendeckenden Betrieb seiner Infrastruktur verunmöglichen würde. Dafür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Denn alle drei zu Gebote stehenden Methoden ermöglichen dem Unternehmen am Ende des Investitionszyklus die Beschaffung einer Neuanlage aus Mitteln, die über die Kapitalkosten generiert wurden.

Prüfgutachten des Referats 113 v. 5. 8. 2019, S. 33.

Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs; § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG

- 160 Ein weiteres Ziel der Regulierung ist gemäß § 2 Nr. 2 TKG die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche. Dabei ist sicherzustellen, dass für die Nutzer der größtmögliche Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erbracht wird.
- 161 Das Ziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation umfasst zwei Stufen: Erstens soll wirksamer Wettbewerb erreicht werden, zweitens soll dieser Wettbewerb aber auch selbsttragend sowie unverzerrt in dem Sinne sein, dass namentlich regulatorische Eingriffe in Drittmärkten nicht zu Verwerfungen im Wettbewerbsgefüge führen.
- 162 Derart sind bei der Wahl des Wertansatzes für das Mitnutzungsentgelt auch die wettbewerblichen Folgen im Blick zu behalten. Diese Folgen lassen sich an den Auswirkungen ablesen, die die Verwendung der verschiedenen in Betracht kommenden Wertansätze auf die derzeitigen Wettbewerbspositionen der Mitnutzungspetenten und Infrastrukturinhaber im Allgemeinen sowie der Antragstellerin und der Antragsgegnerin im Besonderen haben.
- 163 Dabei ist zu berücksichtigen, dass Gegenstand der Entgelte nach § 77n Abs. 3 TKG die Mitnutzung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist. Regelmäßig werden sowohl der Mitnutzungspetent als auch der Infrastrukturinhaber Anbieter von Telekommunikationsdiensten sein. Sofern es sich bei der betroffenen Infrastruktur um Leerrohre handeln sollte, die z. B. von einer Kommune zu Telekommunikationszwe-

cken verlegt worden sind, wird zumindest der Betreiber der Infrastruktur ein Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste sein. Zu betrachten sind im Ergebnis die Auswirkungen auf die wettbewerbliche Stellung von Mitnutzungspetenten, Infrastrukturiern (Eigentümer oder Betreiber) sowie Telekommunikationsanbietern, die ihre Netze eigenständig ausbauen.

- 164 Die Wettbewerbsposition der Mitnutzungspetenten würde sich bei vergleichsweise niedrigeren Mitnutzungsentgelten verbessern, da dies sich kostensenkend auf deren Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen auswirken würde. Dies gilt auch für die Antragstellerin, die über die begehrte Mitnutzung den Ausbau ihres FTTC-Netzes realisieren will.
- 165 Hingegen würde sich die Situation der Infrastrukturiern am besten bei einer Ermittlung der Kapitalkosten nach Bruttowiederbeschaffungswerten darstellen, da sie dann das vergleichsweise höchste Entgelt für die Mitnutzung erzielen würden.
- 166 Im Sinne eines chancengleichen Wettbewerbes ist es aus Sicht der Beschlusskammer jedoch vorzugswürdig, eine Bewertung auf Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten vorzunehmen. Soweit man passive Infrastruktur als nicht replizierbare und wiederverwendbare Infrastrukturen ansieht, sorgt eine Entgeltermittlung auf Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten für ausgeglichene Wettbewerbsverhältnisse. Denn Entgelte auf Wiederbeschaffungsbasis werden bei der Regulierung marktbeherrschender Unternehmen für ein effizientes Netz und nicht das vorhandene Netz in Ansatz gebracht und dienen dazu, einen Preis zu bestimmen, anhand dessen Wettbewerber der Antragsgegnerin eine effiziente Make-or-buy-Entscheidung treffen können. Für ohnehin nicht replizierbare Infrastrukturen können sie keine geeigneten Investitionsanreize setzen. Aus diesem Grund, und um eine Kostenüberdeckung zu vermeiden, nimmt die Nichtdiskriminierungs- und Kostenrechnungsempfehlung der Europäischen Kommission bereits bestehende wiederverwendbare Anlagen von der Empfehlung einer Bewertung zu Wiederbeschaffungskosten aus.

Empfehlung (2013/466/EU) der Kommission vom 11. 9. 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (ABl. EU L251, S. 13), Empfehlung Nr. 33 (im Folgenden: Kostenrechnungsempfehlung), Erwägungsgründe 34 f.

- 167 Zwar bezieht sich diese Empfehlung auf Vorleistungsentgelte für den Zugang zum Netz von marktbeherrschenden Unternehmen und nicht auf Mitnutzungsentgelte nach der später ergangenen Kostensenkungsrichtlinie. Jedoch ist die ökonomische Ratio der Nichtreplizierbarkeit bestehender wiederverwendbarer Anlagen allgemeiner Art und bezieht sich auf Schächte, Gräben und Pfähle.
- 168 Darüber hinaus wird mit Blick auf bereits vollständig abgeschriebene Infrastrukturen eine Bewertung auf Basis von Anschaffungs- und Herstellungskosten dem Regulierungsziel chancengleichen Wettbewerbs besser gerecht. Denn eine alternative Entgeltermittlung anhand von Bruttowiederbeschaffungskosten würde den Infrastruk-

turinhabern Entgelte zubilligen, die höher als die zu deckenden Kosten sind. Die Infrastrukturinhaber würden somit im Wettbewerbsverhältnis zu den Infrastrukturnachfragern in nicht angemessenem Maß bevorteilt.

- 169 Auch die Wettbewerbsposition der ohne Mitnutzung von Infrastrukturen selbständig ausbauenden Telekommunikationsunternehmen wird durch die Auswahl der Methode zur Investitionswertermittlung betroffen. Denn ein vergleichsweise hohes Mitnutzungsentgelt würde dazu führen, dass der Kostenunterschied zu ihrem Eigenausbau geringer ausfallen würde bzw. der Mitnutzungsponent geringere Kostenvorteile gegenüber einem selbst ausbauenden Unternehmen realisieren könnte als bei einem geringeren Mitnutzungsentgelt. Zudem könnten diese Unternehmen dann, wenn eine Mitnutzung der von ihnen errichteten Infrastruktur beantragt würde, höhere Mitnutzungsentgelte erzielen. Auf der anderen Seite haben Mitnutzung und Eigenausbau zwar unterschiedliche Kostendimensionen, jedoch sind mit eigener Infrastruktur wesentlich andere Verfügungsmöglichkeiten, Geschäftsoptionen und Wertschöpfungstiefen verbunden als mit einer Mitnutzung. Diese ist letztlich immer mit beschränkten Zugriffsrechten, stetigen Zahlungspflichten sowie Kündigungsmöglichkeiten des Infrastrukturinhabers verbunden. Hinzu kommt, dass gerade bei einer Bestimmung des Anlagevermögens mittels Anschaffungs- und Herstellungskosten das Alter der Infrastruktur berücksichtigt wird, so dass bei erst kürzlich verlegten Infrastrukturen selbständig ausbauender Telekommunikationsanbieter höhere Entgelte ermittelt werden als bei vergleichsweise alten Anlagen. Im Falle eines neu errichteten Netzes würde die Bewertung nach Anschaffungs- und Herstellungskosten zu den gleichen Ergebnissen führen wie der Ansatz von Bruttowiederbeschaffungswerten.
- 170 Im Ergebnis spricht bei Betrachtung des Regulierungsziels der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs gemäß § 2 Nr. 2 TKG Überwiegendes für eine Ermittlung des Investitionswertes anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten.

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

- 171 Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigenden Regulierungszielen bezog sich zunächst auf das in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG a. F. verankerte Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen. Dieses Regulierungsziel ist mit der Novelle 2012 neu gefasst und, inhaltlich in wesentlichen Teilen gleich, als Regulierungsgrundsatz in § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG verankert worden.
- 172 Digitale Hochgeschwindigkeitsnetze sind neue und verbesserte Infrastrukturen im Sinne dieses Regulierungsgrundsatzes. Sie sind in § 3 Nr. 7a TKG als Telekommunikationsnetze definiert, welche die Möglichkeit bieten, Datendienste mit Geschwindigkeiten von mindestens 50 Mbit/s bereitzustellen.
- 173 Die Verfügbarkeit solcher Geschwindigkeiten wird durch die Möglichkeit der Mitnutzung gefördert. Im hier streitgegenständlichen Fall beabsichtigt die Antragstellerin,

durch die Mitnutzung ihr vorhandenes Backbone über Glasfaser zu erweitern und alle KVz in Dogern direkt mit Glasfaser zu versorgen. Im vorliegenden Fall führt, ebenso wie bei allgemeiner Betrachtung, gerade die Mitnutzung bereits vorhandener passiver Infrastrukturen und die damit verbundenen Synergieeffekte zu effizienten Investitionen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen. Denn die Mitnutzungspetenten können den Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze vorantreiben, ohne Zeit und Kosten für den Tiefbau aufwenden zu müssen. Dies spricht dafür, den Ausbau weiter zu befördern, indem für die Ermittlung der Investitionswerte ein Wertansatz gewählt wird, der zu einer vergleichsweise niedrigen Annuität und letztlich zu niedrigen Mitnutzungsentgelten führt.

- 174 Im Hinblick auf die hier zu treffende Methodenauswahl ist auch zu erwägen, dass ein zu niedriges Mitnutzungsentgelt Investitionen im Bereich neuer Infrastrukturen hemmen könnte, weil Investoren befürchten müssen, dass ihre Investitionen entwertet werden könnten. Allerdings führt der Ansatz von Anschaffungs- und Herstellungskosten bei neu errichteten Infrastrukturen zur gleichen Bewertung des Anlagevermögens wie die Verwendung von Bruttowiederbeschaffungskosten, so dass beide Ansätze die Investoren in gleichem Maße vor der Entwertung ihres Investments schützen. Hinzu kommt, dass bei Vorlage entsprechender Nachweise nach § 77n Abs. 3 S. 2, 2. Hs. TKG die Auswirkungen der Mitnutzung auf den Geschäftsplan zu berücksichtigen sind. Derlei Auswirkungen dürften gerade bei Investitionen in neue Infrastrukturen vorzufinden sein.

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

- 175 Über die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Bestehen punktueller Beurteilungsspielräume (vgl. Rz. 153) ausdrücklich genannten, sich an drei wesentlichen Regulierungszielen orientierenden Abwägungsgesichtspunkten (Nutzerinteressen, Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, Sicherstellung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen) hinaus ist zusätzlich auch das im Rahmen der TKG-Novelle 2012 ausdrücklich in das TKG aufgenommene Regulierungsziel der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) bei der Abwägung mit zu berücksichtigen. Dieses Regulierungsziel ist gleichlaufend mit der allgemeinen Zielsetzung der Kostensenkungsrichtlinie und des DigiNetz-Gesetzes. Denn diesen Regelungen wird am besten gerecht, was einen schnellen und kostengünstigen Ausbau von digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzen fördert.
- 176 Diesem Regulierungsziel wird eine Investitionswernermittlung anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten am besten gerecht. Denn ein, relativ zu den beiden anderen Methoden, geringes Mitnutzungsentgelt führt zu einem relativ hohen Maß an Mitnutzungen. Dadurch werden über Synergieeffekte Kosteneinsparungen generiert, die zu einem beschleunigten Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen führen.

- 177 Anders als etwa bei den im Rahmen von TAL-Entgelten bei replizierbaren Anlagen zu treffenden Abwägungsentscheidungen hindert bei nicht replizierbaren Anlagen wie den verfahrensgegenständlichen Leerrohren ein geringes Mitnutzungsentgelt nicht den beschleunigten Ausbau. Während bei TAL-Überlassungsentgelten immer die Überlegung in den Blick zu nehmen war, dass ein zu geringes Entgelt die von den Wettbewerbern zu treffende Make-or-buy-Entscheidung zulasten des eigenen Infrastrukturausbaus beeinflussen könnte,

vgl. z. B. BK3c-19/001 vom 26. 6. 2019 unter Ziffer 4.1.3.1.4.7, S. 65 a. E.,

greift diese Erwägung im vorliegenden Kontext nicht. Denn die Idee der Mitnutzung geht gerade davon aus, dass bereits vorhandene Infrastruktur für den beschleunigten Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen genutzt wird. Eine Make-or-buy-Entscheidung des Mitnutzungspetenten muss (und soll nach dem gesetzgeberischen Willen) solange nicht im Raum stehen, wie bereits vorhandene Infrastruktur nutzbar ist und ein Versagungsgrund nicht entgegensteht. Überdies wird, entsprechend der Kostenrechnungsempfehlung, selbst im Bereich der Regulierung marktbeherrschender Unternehmen bei bereits vorhandenen wiederverwendbaren Anlagen von einem Bruttowiederbeschaffungsansatz abgesehen (vgl. dazu auch Rz. 166 dieses Beschlusses).

- 178 Das Regulierungsziel wäre nur dann in der Abwägung neutral zu gewichten, wenn zwischen der Höhe des Mitnutzungsentgeltes und den Investitionen der Antragsgegnerin in den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen ein unmittelbarer Zusammenhang in dem Sinne bestehen würde, dass ein geringeres Mitnutzungsentgelt direkt zu einer Minderung der Investitionsmittel der Antragsgegnerin führen würden. Ein solcher Zusammenhang ist allerdings nicht nachgewiesen. Es liegen keine validen Belege vor, dass ein höheres Mitnutzungsentgelt von den Infrastrukturinhabern in neue Infrastruktur investiert werden würde.

Interesse der Antragsgegnerin

- 179 Darüber hinaus ist auch das Interesse der Antragsgegnerin als Eigentümerin und Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes zu beachten. Denn die Festlegung eines Mitnutzungsentgeltes greift in ihre Grundrechte nach Art. 12 und 14 GG ein.

Vgl. BVerwG, Urteil 6 C 13.12 vom 25. 9. 2013, juris-Rz. 39, wonach das Grundrecht auf freie Berufsausübung die Freiheit einschließt, das Entgelt für berufliche Leistungen mit dem Interessenten auszuhandeln.

- 180 Das Interesse der Antragsgegnerin ist darauf gerichtet, ein möglichst hohes Entgelt zu erzielen. Demnach wird eine Bestimmung des Anlagevermögens anhand von Bruttowiederbeschaffungskosten dem Interesse der Antragstellerin am besten gerecht, da diese Bewertung das, relativ zu den anderen methodischen Ansätzen, höchste Entgelt zur Folge hätte.

Abwägung

- 181 Demnach streiten die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 (Nutzerinteressen) und Nr. 2 TKG (chancengleicher Wettbewerb) ebenso für eine Ermittlung des Anlagevermögens anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten wie der Regulierungsgrundsatz effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG). Das Regulierungsziel des beschleunigten Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) streitet ebenfalls für diesen methodischen Ansatz.
- 182 Hingegen streiten die Interessen der Antragsgegnerin für eine Ermittlung des Investitionswertes anhand von Bruttowiederbeschaffungskosten. Allerdings kommt diesem Belang in der Abwägung nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Denn, erstens, hat das von der Beschlusskammer beauftragte Fachreferat in seinem Prüfbericht anhand einer Vergleichsrechnung dargelegt, dass alle in Betracht kommenden Bewertungsansätze für einen vollständigen Investitionszyklus zu demselben Barwert führen. Werden die Voraussetzungen und die Bedingungen für die kapitaltheoretische Erfolgsneutralität eingehalten, ist bei jedem der Bewertungsansätze zur Bestimmung der Kapitalkosten (Anschaffungswerte, Tagesgebrauchtwerte, Bruttowiederbeschaffungswerte) die Erhaltung des eingesetzten Kapitals gewährleistet. Damit ist gemeint, dass die Summe aus dem Barwert der Abschreibungen und der Zinsen auf das gebundene Kapital am Ende des Investitionszyklus genau dem ursprünglichen Anschaffungswert entspricht. Dadurch ist gewährleistet, dass das betroffene Unternehmen am Ende des Investitionszyklus eine Neuanlage aus Mitteln, die über die Kapitalkosten generiert wurden, beschaffen kann.

Vgl. im Einzelnen Prüfgutachten des Referats 113 v. 5. 8. 2019, S. 35.

- 183 Zweitens, kommt dem weiteren Interesse der Antragsgegnerin an der Erzielung einer darüber hinaus gehenden, möglichst hohen Gewinnkomponente in der Abwägung nur ein vermindertes Gewicht zu. Denn gerade dem Prinzip kapitaltheoretischer Erfolgsneutralität ist der Gedanke immanent, dass die Abschreibungen und die Zinsen keine zusätzliche Gewinnkomponente enthalten dürfen und in diesem Sinne als erfolgsneutral zu betrachten sind.

Vgl. im Einzelnen Prüfgutachten des Referats 113 v. 5. 8. 2019, S. 33.

- 184 Im Ergebnis überwiegen die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 (Nutzerinteressen) und Nr. 2 TKG (chancengleicher Wettbewerb) sowie der Regulierungsgrundsatz effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG) das zu berücksichtigende Interesse der Antragsgegnerin.

2.3.2.3.4.1.3 Bewertung der von der Antragsgegnerin hilfsweise vorgelegten Kalkulationen

- 185 Die mit dem Schriftsatz vom 13. 5. 2019 von der Antragsgegnerin hilfsweise vorgelegten Kalkulationen eigneten sich aus folgenden Gründen nicht zur Bestimmung fairer und angemessener Entgelte.
- 186 In Subanlage 1 zur Anlage Ag.7 ist zwar die Granularität der Kalkulation für eine projektbezogene Kostenermittlung geeignet; allerdings waren folgende Punkte zu beanstanden: Die Indizierungsfaktoren von [REDACTED], anhand derer ausgehend von Wiederbeschaffungskosten – ungeachtet dessen, ob es sich um Bauleistungen oder Material handelt – auf historische Anschaffungs- und Herstellungskosten geschlossen wird, sind nicht nachgewiesen. Es werden [REDACTED] in einer Trasse in die Kalkulation einbezogen, [REDACTED]. Diese Vorgehensweise hängt mit der Bewertung eines bestehenden Netzes zu Wiederbeschaffungskosten zusammen. Sie dient bei der Regulierung marktbeherrschender Unternehmen dazu, einen Preis zu bestimmen, anhand dessen Wettbewerber der Antragsgegnerin eine effiziente Make-or-buy-Entscheidung treffen können. Da nach dem DiGiNetz-Gesetz aus Gründen der Kostensenkung die Nutzung vorhandener Infrastrukturen vorzuziehen ist, ist diese von der Antragsgegnerin verwendete Vorgehensweise nicht sachgerecht. Indem je Abschnitt das jüngste Aktivierungsdatum auch für ältere Trassenbestandteile angesetzt wurde, wurden für bereits vollständig abgeschriebene Anlagen Abschreibungen und Zinsen kalkuliert, obwohl bei amortisierten Anlagen weder Investitionskosten zu decken sind noch Kapital gebunden ist, das zu verzinsen wäre. Die Grabenprofile und Investitionswerte für die Gräben konnten nur teilweise anhand vorliegender Kosteninformationen der Antragsgegnerin verifiziert werden.
- 187 Denn die als Subanlage 2 zur Anlage Ag.7 vorgelegte Berechnung basiert auf Wiederbeschaffungskosten und weist nur einen sehr geringen Projektbezug auf. Es werden nur bundeseinheitliche Standardgräben mit [REDACTED] zugrunde gelegt. Zudem wird für die Bestimmung der Restbuchwerte vom Bruttowiederbeschaffungswert ausgegangen und auf das rechnerische Durchschnittsalter von [REDACTED] Jahren abgestellt ([REDACTED]); bei [REDACTED] wird hingegen ein Durchschnittsalter von [REDACTED] Jahren angenommen. Vollständig abgeschriebene Anlagen werden nur pauschal anhand ihres Anteils aus dem KKA-Verfahren (BK3a-19/002) abgezogen. Die Preisentwicklung wird überdies vollständig ausgeblendet. Wie bei einer Verwendung von bundesweiten Trassenkonfigurationen die Oberfläche differenziert berücksichtigt werden kann, lässt die Antragsgegnerin indes offen. Hinzu tritt, dass nach ihrer eigenen Aussage in Anlage Ag.7 selbst im Bestandsführungssystem Megaplan [REDACTED] enthalten seien.

- 188 Daher wurde von der Beschlusskammer ein eigener Ansatz zur Approximation der Kosten gewählt, bei dem zum Teil auch auf Informationen und Werte aus der Subanlage 1 zurückgegriffen wurde.

2.3.2.3.4.1.4 Ermittlung der zu deckenden Kosten

Investitionskosten

- 189 Durch die Bewertung der Investitionen der Antragsgegnerin auf Basis historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten wird die Deckung der noch nicht amortisierten Investitionskosten in die Infrastruktur, deren Mitnutzung gewährt wird, ermöglicht.
- 190 Der in § 77n Abs. 3 TKG festgelegte Maßstab der Entgeltbestimmung wird in der Gesetzesbegründung näher bestimmt. Dabei macht der Gesetzgeber seine Ausgangsüberlegung deutlich, dass durch eine kostenlose Mitnutzung Investitionen entwertet werden und nachgelagerter Wettbewerb negativ beeinflusst wird. Um dies zu vermeiden ist bei der Ermittlung der Mitnutzungsentgelte die Wirtschaftlichkeit der (Erst)Investitionen zu berücksichtigen. Dabei ist eine etwaige Abschreibung der Netzanlagen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens heranzuziehen.

Vgl. Erwägungsgrund 19 der RL 2014/61/EU v. 15. 5. 2014, Abl. EU L 155, S. 4; diese Formulierung wurde sinngemäß auch in der Begründung zum DigiNetz-Gesetz übernommen, BT-Drs. 18/8332, S. 57.

- 191 Demnach geht auch der Gesetzgeber davon aus, dass bereits vorgenommene Abschreibungen refinanziert sind und daher nicht mehr über Mitnutzungsentgelte gedeckt werden müssen.
- 192 Die Berücksichtigung von bereits in früheren Jahren erfolgten Abschreibungen bei der Bewertung des Anlagevermögens führt nicht zu einer vom Gesetzgeber ungewollten kostenlosen Mitnutzung, sondern verhindert vielmehr Übererlöse auf abgeschriebene Anlagen, die sich kostensteigernd auf den Breitbandausbau auswirken und damit der Zielsetzung des DigiNetz-Gesetzes entgegenstehen würden. Daher ist für die von der Antragsgegnerin – über das Angebot der 2016 im KKA-Verfahren,

Verfahren BK3a-16/006 vom 29. 6. 2016 zur Genehmigung von Entgelten für den Zugang im Multifunktionsgehäuse, zu Kabelkanalanlagen und zu unbeschalteter Glasfaser,

von ihr beantragten Entgelte – geforderte Ansetzung von Wiederbeschaffungskosten ohne Berücksichtigung bereits erfolgter Abschreibungen kein Raum, da diese Methode nicht dem Maßstab des § 77n Abs. 3 TKG entspricht.

Ausgangsdaten

- 193 Die Kabelschächte auf der nachgefragten Strecke sind bereits alle vollständig beschrieben, so dass hierfür keine Abschreibungen und Zinsen mehr anfallen, deren Deckung bei der Berechnung des Mitnutzungsentgelts zu berücksichtigen wäre. Da-

- her war diese Anlagenklasse [REDACTED] für die Kostendeckung nicht relevant und im Weiteren nicht zu berücksichtigen.
- 194 Ausweislich der Angaben aus den mit Schreiben vom 13. 5. 2019 und 24. 5. 2019 von der Antragsgegnerin vorgelegten Megaplanunterlagen sind jedoch [REDACTED] in den Streckenabschnitten jünger als [REDACTED] Jahre. Damit sind für diese noch Abschreibungen auf Investitionen und die Verzinsung des damit gebundenen Kapitals nach § 77n Abs. 3 TKG zu berücksichtigen.
- 195 Für die verfahrensgegenständlichen Infrastrukturen wurden keine projektbezogenen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten vorgelegt und konnten auch nicht – wie z. B. im Verfahren BK11-18/006, Rz. 158 f. vorgenommen – näherungsweise anhand von Kostenunterlagen, die die Antragsgegnerin in früheren Verfahren vorgelegt hatte, abgeleitet werden.
- 196 Allerdings legt die Antragsgegnerin mit ihrem Gesamkostennachweis ein das gesamte deutschlandweite Netz der Antragstellerin abbildendes Anlagengitter vor (aktuell mit Stand vom 31. 12. 2018), in dem je Anlagenklasse u. a. die kumulierten Anschaffungs- und Herstellungskosten, die Abschreibungen für das betreffende Jahr sowie die Buchwerte zu Beginn und Ende des Jahres enthalten sind. In dem Anlagengitter sind alle [REDACTED] der Antragsgegnerin in der Anlagenklasse [REDACTED] zusammengefasst. Darin sind sämtliche von ihr genutzten [REDACTED] – abgebildet und in den kumulierten Anschaffungs- und Herstellungskosten enthalten. Die Buchwerte geben den Restwert aller noch nicht vollständig abgeschriebenen Anlagen der Anlagenklasse zu Beginn und Ende des Geschäftsjahres wieder. Daraus lassen sich mithilfe eines Schlüssels die nach § 77n Abs. 3 TKG projektspezifisch zu deckenden Kosten hilfsweise ermitteln.

Hilfsweise Ermittlung der anteiligen Abschreibungen über einen Schlüssel

- 197 Eine Aufgliederung nach Streckenabschnitten, anhand derer die Abschreibungen und Zinsen abhängig vom Jahr der Inbetriebnahme der mitgenutzten Trasse für das konkrete Projekt direkt bestimmt werden können, ist im Gesamkostennachweis nicht enthalten. Aus Sicht der Beschlusskammer können die tatsächlich gebuchten Werte aus dem Anlagengitter dennoch den richtigen Ausgangspunkt zur Bestimmung der nach § 77n Abs. 3 TKG zu deckenden Kosten bilden. Denn sie konnten mithilfe eines Schlüssels auf die einzelnen Abschnitte mit gleicher Trassenkonfiguration ([REDACTED]) der nachgefragten Strecke allokiert werden. Der Schlüssel gibt den Anteil der für ein Projekt relevanten Streckenabschnitte am gesamten Leerrohrnetz an.
- 198 Dieser Schlüssel konnte anhand von Wiederbeschaffungskosten gebildet werden, denn es liegen der Beschlusskammer sowohl Daten vor, anhand derer die Wiederbeschaffungskosten sowohl für die nachgefragten Strecken abschnittsweise bestimmt als auch die gesamten Wiederbeschaffungskosten je Anlagenklasse entnommen

werden können. Damit konnte anhand von Werten, die auf derselben Basis beruhen, der Allokationsschlüssel für die Kosten gebildet werden, indem je Anlagenklasse der abschnittsbezogene Investitionswert zu Wiederbeschaffungskosten durch die Wiederbeschaffungskosten der gesamten Anlagenklasse dividiert wurde. Die so ermittelte Verhältniszahl gibt den Anteil wieder, den die im konkreten Fall betrachtete Anlage an den gesamten Investitionskosten der Anlagenklasse hat.

$$\text{Allokationsschlüssel} = \frac{\text{Wiederbeschaffungskosten Streckenabschnitt}_{\text{Anlagenklasse}}}{\text{Gesamte Wiederbeschaffungskosten}_{\text{Anlagenklasse}}}$$

- 199 Für die Bestimmung des Allokationsschlüssels waren noch Modifikationen erforderlich, damit vollständig abgeschriebene und deshalb bereits komplett amortisierte Anlagen weder bei der Ermittlung des Investitionswerts je Strecke noch bei der Ermittlung der Gesamtinvestitionswerte der Anlagenklasse den Schlüssel verzerren. Denn die Abschreibungen aus dem Anlagengitter sowie die Verzinsung des gebundenen Kapitals anhand der Buchwerte aus dem Anlagengitter stammen ausschließlich von Anlagen, die noch nicht vollständig abgeschlossen sind. Nur für diese Elemente muss letztlich noch das ursprüngliche eingesetzte Kapital amortisiert werden. Würde dies unterbleiben, würden diese Kosten nicht korrekt zugeordnet werden. Vielmehr trügen nicht vollständig abgeschriebene Anlagen eines Projekts zu wenig, vollständig abgeschriebene indes zu viel Kosten, was einer projektbezogenen Entgeltermittlung widerspräche. Daher waren sowohl bei den streckenbezogenen Investitionswerten als auch bei den Gesamtinvestitionswerten der Anlagenklasse vollständig abgeschriebene Anlagen nicht in die Betrachtung einzubeziehen.
- 200 Die projektbezogenen Bruttowiederbeschaffungskosten für den Zähler konnten anhand der von der Antragsgegnerin im Gesamtkostennachweis vorgelegten Wiederbeschaffungspreise für die Netzkomponenten i. V. m. Informationen aus ihrem technischen Bestandsführungssystem Megaplan über die Trassenkonfiguration ([REDACTED]) sowie dem Jahr der Inbetriebnahme des jeweiligen Abschnitts bestimmt werden. Die Wiederbeschaffungskosten der Anlageklassen für den Nenner konnten ebenfalls aus dem Gesamtkostennachweis entnommen werden.
- 201 Für jeden Streckenabschnitt aus der Subanlage 1 zu Anlage Ag. 7 wurde zunächst ermittelt, in welchem Jahr der zur Mitnutzung angebotene Rohrzug aktiviert wurde; hierfür wurde hilfsweise auf das Datum des technischen Abschlusses in Megaplan zurückgegriffen. Anschließend wurden für alle in diesem Jahr zusammen verlegten Züge anhand der ZTV-TKNetz 10,

vgl. Zusätzliche technische Vertragsbedingungen der Telekom für Bauleistungen im Telekommunikations-Netz Teil 10 v. 25. 10. 2018 (ZTV-TKNetz 10), S. 21-23,

die Abmessungen des dafür notwendigen Grabens – aufgerundet auf ganze fünf Zentimeter – bestimmt. Dabei wurde zur Ermittlung der Grabenbreite zunächst von einer Verlegung der Rohrzüge nebeneinander ausgegangen. War der so errechnete Gra-

ben schmaler als 30 cm, wurde eine Mindestbreite von 30 cm angenommen, war er breiter als [REDACTED] wurde eine Verlegung in zwei Lagen übereinander angenommen und für den Graben statt der Standardtiefe von 60 cm die Tiefe auf 75 cm vergrößert.

202 Anhand der so ermittelten Grabenmaße konnten die Bruttowiederbeschaffungskosten je Abschnitt mithilfe der von der Antragsgegnerin mit ihrem Gesamtkostennachweis vorgelegten Datei *Anlage_5_04 TNP eDok 1819 KeL.xlsx* (TNP-eDok) errechnet werden. Diese, von der Bundesnetzagentur geprüfte und auch zur Bestimmung von Vorleistungsentgelten herangezogene Datei, enthält eine Kalkulation [REDACTED] Abgesehen von den Eingangsparametern [REDACTED] wurde die Kalkulationssystematik als solche beibehalten. Die Investitionskosten werden sowohl nach [REDACTED] ausgewiesen. [REDACTED] Eine detaillierte Aufnahme der Oberflächen über die Gesamtstrecke von knapp 2.600 m wäre mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden gewesen: Es hätten vor Ort anhand der Koordinaten die Trassen abgegangen, die Oberfläche erfasst und die Länge des entsprechenden Abschnitts ausgemessen werden müssen. Angesichts dessen und der unterschiedlichen im Streckenverlauf anzutreffenden [REDACTED], die im Übrigen nicht derjenigen zum Zeitpunkt der Investition entsprechen müssen, wurde hilfsweise von einer mit der in der TNP-eDok [REDACTED] ausgegangen. Anhand dieser Annahmen und Modifikationen ergeben sich auf Basis der TNP-eDok folgende gewichtete Investitionswerte [REDACTED], die in die Kalkulation übernommen wurden:

Tabelle 1: Investitionswerte für Gräben

Rohrzüge Anzahl und Innendurchmesser	Grabenmaße		Investitionswert gemäß TNP eDok
	Breite	Tiefe	
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

203 Die [REDACTED] lassen sich ebenfalls aus der TNP-eDok entnehmen und [REDACTED] in den Investitionskosten berücksichtigen; [REDACTED].

- 204 Zusammen mit den [REDACTED] ergibt sich der Investitionswert pro Meter für den betrachteten Streckenabschnitt. Vollständig abbeschriebene Anlagen wurden nicht berücksichtigt, da sie bereits amortisiert sind. Stammt eine Trasse z. B. aus dem Jahr 1968, so waren für Graben und Rohrzüge keine Investitionskosten mehr zu berücksichtigen. Wurde später – z. B. 2010 – ein Rohrteiler in einen oder mehrere Züge eingebracht, so ist dieser weder vollständig abgeschrieben noch amortisiert, so dass dessen Material- und Montageinvestitionswerte zu berücksichtigen waren.
- 205 Die Wiederbeschaffungskosten der gesamten Anlageklasse, die als Nenner für die Anteilsermittlung dienen, mussten um den Anteil bereits vollständig abgeschriebener Anlagen vermindert werden (vgl. Rz. 199). Dafür wurde das Mengengerüst nach dem Verlegejahr ausgewertet und nur die Anlagen beibehalten, die sich noch innerhalb der kalkulatorischen Nutzungsdauer von [REDACTED] Jahren befinden. Dies wurde je [REDACTED] durchgeführt. Die [REDACTED] enthalten vollständig abgeschriebene Anlagen, die nicht zu berücksichtigen waren. Die [REDACTED] enthalten keine vollständig abgeschriebenen Anlagen und wurden daher unverändert übernommen. Insgesamt belaufen sich die Bruttowiederbeschaffungskosten für die noch nicht vollständig angeschriebenen Anlagen [REDACTED] auf [REDACTED] €.

Siehe hierzu die weiteren Ausführungen im Prüfgutachten des Referats 113 v. 5. 8. 2019, S. 19 ff.

- 206 Anhand der so hergeleiteten Investitionswerte ergeben sich für die von der Antragsgegnerin angebotenen Leerrohre folgende Anteile am Gesamtinvestitionswert der Anlagenklasse [REDACTED] pro Meter Streckenabschnitt, anhand derer die aus dem Anlagengitter der Antragsgegnerin abgeleiteten Abschreibungen, Zinsen und OPEX auf die Streckenabschnitte allokiert werden:

Ermittlung der Verzinsung auf das eingesetzte Kapital

- 210 Zur Ermittlung der für die Periode zu veranschlagenden Zinsen wird das durchschnittliche in der Periode gebundene Kapital ermittelt. Hierzu wird je Anlagenklasse der Mittelwert aus den zum Beginn und zum Ende der Periode ermittelten Restwerten gebildet. Multipliziert mit dem Zinssatz ergibt sich der Zinsanteil der Kapitalkosten für die jeweilige Periode.
- 211 Die Beschlusskammer hat sich nach sorgsamer Abwägung aller hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte dazu entschieden, für die Verzinsung des eingesetzten Kapitals im vorliegenden Verfahren einen nominalen Zinssatz in Höhe von 5,80 % zu berücksichtigen. Dieser Branchenzinssatz ist auf Basis der CAPM-Methode (capital asset pricing model) ermittelt worden. Es handelt sich dabei um den von der Bundesnetzagentur im Sinne von § 32 Abs. 1 und 3 TKG festgelegten angemessenen Zinssatz. Er wird bei der Entgeltermittlung zugrunde gelegt, und zwar zunächst unabhängig davon, ob die Entgeltermittlung anhand von Wiederbeschaffungskosten oder von Anschaffungs- und Herstellungskosten erfolgt. Da bei dem von den Anschaffungs- und Herstellungskosten ausgehenden Restwertverfahren die Preiseentwicklung im Zins zu berücksichtigen ist, war hier der nominale Zinssatz anzuwenden.

Vgl. dazu Ziffer 4.1.3.2.1.5.2.2.4.6.13 (Seite 36) des Konsultationsentwurfes zum Beschluss BK3c-19/018; veröffentlicht unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2019/2019_0001bis0099/BK3-19-0018/BK3-19-0018_Konsultationsentwurf_download_bf.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

- 212 Die Beschlusskammer verweist in Bezug auf die Abwägungen zu den Fragen
- von welcher Methode konzeptionell vorzugsweise auszugehen ist,
 - wie die jeweils erforderlichen Parameter zu bestimmen sind sowie zu der Frage
 - ob eine exponentielle Glättung durchzuführen ist,
- auf die in Ziffer 4.1.3.2.1.5.2.2.1 (Seite 18) bis einschließlich Ziffer 4.1.3.2.1.5.2.2.5.3.9 (Seite 44) des Konsultationsentwurfes zum Beschluss BK3c-19/018 enthaltenen Erwägungen. Darin sind insbesondere die Erwägungen enthalten, dass
- die CAPM-Methode zurzeit die einzig valide Vorgehensweise zur Berechnung einer angemessenen Kapitalverzinsung ist;
 - ein CAPM-basierter Ansatz die Kriterien des § 32 Abs. 3 TKG erfüllt und der Erreichung der Regulierungsziele – den Nutzer- und Verbraucherinteressen, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, der Förderung effizienter Investitionen sowie schließlich auch dem Ziel der Binnenmarktförderung – dient, während zugleich die Anbieterinteressen durch diesen Ansatz nicht vernachlässigt werden;

- auch unter Berücksichtigung des Regulierungsgrundsatzes einer vorhersehbaren Regulierung nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG allein die Anwendung eines CAPM-basierten Ansatzes in Betracht kommt;
 - in der europäischen Regulierungspraxis allein die Anwendung eines CAPM-basierten Ansatzes etabliert ist;
 - in der Frage der Durchführung einer exponentiellen Glättung eine Berücksichtigung der Regulierungsziele und -grundsätze des § 2 TKG zu dem Ergebnis kommt, dass eine Glättung den in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkten am besten gerecht wird. Zwar führt die exponentielle Glättung zum Ansatz eines zugunsten der Antragsgegnerin höheren Zinssatzes, als dies ohne exponentielle Glättung im gegenwärtigen Zinsumfeld der Fall wäre. Für die Glättung spricht aber – neben der gesetzlichen Vorgabe der langfristigen Stabilität der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen gemäß § 32 Abs. 3 Nr. 4 TKG – der Regulierungsgrundsatz der Vorhersehbarkeit der Regulierung, § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG, und das Interesse der Infrastrukturinhaber. Dagegen spricht im geringen Umfang das Verbraucherinteresse an gering(er)en Entgelten und im erheblichen Umfang das Interesse der Mitnutzungsponenten. Die übrigen Regulierungsziele und -grundsätze verhalten sich im Ergebnis zu der Abwägung neutral. Im Ergebnis überwiegen die für eine exponentielle Glättung sprechenden Belange, wobei insbesondere der Vorhersehbarkeitsaspekt überwiegt.
- 213 Die Beschlusskammer macht sich im vorliegenden Verfahren die in Ziffer 4.1.3.2.1.5.2.2.1 (Seite 18) bis einschließlich Ziffer 4.1.3.2.1.5.2.2.5.3.9 (Seite 44) des Konsultationsentwurfes zum Beschluss BK3c-19/018 enthaltenen Erwägungen zur Methodik der Zinssatzermittlung, der Bestimmung der jeweils erforderlichen Parameter und der Durchführung einer exponentiellen Glättung zu Eigen.
- 214 Denn die dort enthaltenen, in Bezug auf die Festlegung der Vorgehensweise und die Setzung der einzelnen Parameter angestellten Erwägungen treffen in der Regel – insbesondere im Hinblick auf die Antragsgegnerin – auch auf die Ermittlung von Mitnutzungsentgelten zu. Denn bei der Bestimmung der Mitnutzungsentgelte sind die Regulierungsziele und -grundsätze in § 2 Abs. 2 und 3 TKG ebenfalls ausdrücklich zu berücksichtigen. Zudem enthalten die Erwägungen zur Zinssatzbestimmung – zum Beispiel im Hinblick auf die Vergleichsgruppenbildung zur Bestimmung des Beta-Wertes, die Ermittlung des risikolosen Zinses anhand von Bundesanleihen oder die Bestimmung der Kapitalquoten – keine Ansätze, die allein auf die Regulierung marktmächtiger Unternehmen zutreffen würden.
- 215 Demgegenüber hat die Antragsgegnerin keine Unterlagen oder gar Nachweise vorgelegt, die im Hinblick auf die Investition in die mitgenutzte Infrastruktur eine andere Zinssatzbestimmung in Betracht kommen lassen. Der passiven Infrastruktur, deren Mitnutzung begehrt wird, liegt keine besonders risikobehaftete Investition zugrunde. Es handelt sich um Leerrohre, die vor [REDACTED] Jahren verlegt worden und mit [REDACTED] [REDACTED] der Antragsgegnerin belegt sind. Anhalts-

punkte, dass diese Investitionen einem besonderen Risikoprofil unterlagen, sind nicht erkennbar. Daher ist die Wirtschaftlichkeit der Investition durch die Wahl des Zinssatzes nicht bedroht.

- 216 Unter Beachtung der vorgenannten Ausführungen folgt die Beschlusskammer der WACC/CAPM-Methodik. Danach wird bei der Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes – entsprechend dem WACC-Ansatz – ein gewogener Wert aus Eigen- und Fremdkapitalverzinsung bestimmt. Der Eigenkapitalzinssatz wird nach dem verfolgten CAPM-Ansatz auf Basis von längerfristigen quantitativen und qualitativen Einschätzungen festgelegt. Er errechnet sich als Summe aus dem risikolosen Zinssatz und dem Produkt aus Markttrisikoprämie und „Betafaktor“:

$$k_s = E(R_i) = R_f + \beta_i [E(R_m) - R_f], \beta_i = \frac{\text{cov}(R_i, R_m)}{\sigma_m^2}$$

wobei:

- $E(R_i)$ erwartete Rendite der Aktie i bzw. Eigenkapitalkosten der Unternehmung i bei der gegebenen Kapitalstruktur,
- β_i (standardisiertes) Maß für das nicht diversifizierbare Risiko, kurz das „Beta“ der Aktie i – präziser: das Aktienbeta misst das Risiko des Unternehmens im Vergleich zum Risiko des Gesamtmarktes),
- R_f Zinssatz für risikolose Kapitalüberlassungen,
- $[E(R_m) - R_f]$ Markttrisikoprämie, die Differenz zwischen der erwarteten Rendite des Marktportefeuilles aller vorhandenen Aktien und dem risikolosen Zinssatz.

- 217 Für die Bestimmung des Zinssatzes wurden folgende Parameter verwendet und anschließend eine exponentielle Glättung durchgeführt:

Tabelle 3: Einzelparameter zur Zinssatzbestimmung

Nr.	Operand	Parameter	Werte
		Eigenkapital	
1		Beta	0,99
2	x	Markttrisikoprämie	4,61 %
3	=	Eigenkapital-Risikoprämie	4,57 %
4	+	Risikoloser Zins	1,30 %
5	=	Eigenkapitalkostensatz nach Steuern	5,87 %
6	x	Steuererhöhungsfaktor	1,46
7	=	Eigenkapitalkostensatz vor Steuern	8,55 %
8	x	Eigenkapitalquote	37,55 %
9	=	Gewichteter Eigenkapitalsatz vor Steuern	3,21 %

Nr.	Operand	Parameter	Werte
		Fremdkapital	
10		Risikoloser Zins	1,30 %
11	+	Risikozuschlag	1,37 %
12	=	Fremdkapitalkostensatz nach Steuern	2,67 %
13	x	Steuererhöhungsfaktor	1,04
14	=	Fremdkapitalkostensatz vor Steuern	2,77 %
15	x	Verzinsliche Fremdkapitalquote	57,89 %
16		(Nachrichtlich: Unverzinsliche Fremdkapitalquote)	(4,56 %)
17	=	Gewichteter Fremdkapitalkostensatz vor Steuern	1,61 %
		Gesamtkapital	
18		Gewichteter Gesamtkapitalkostensatz vor Steuern – nominal	4,82 %
19	-	Inflationsrate	1,56 %
20	=	Gewichteter Kapitalkostensatz vor Steuern – real	3,26 %

Hinweis: Die ausgewiesenen Werte entsprechen den Ergebnissen laut Excel-Berechnungen.

218 Wie erstmals in der TAL-Entscheidung vom 31. 3. 2009,

BK3c-09/005, veröffentlicht unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2009/2009_0001bis0999/2009_001bis099/BK3-09-0005/BK3-09-0005_BKV.html, BK3c-09/005, veröffentlicht unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2009/2009_0001bis0999/2009_001bis099/BK3-09-0005/BK3-09-0005_BKV.html,

praktiziert, wurde in einem letzten Schritt unter Rückgriff auf den aktuellen Zinssatz sowie die seit der ersten TAL-Entscheidung im Jahre 1999 geltenden Zinssätze eine exponentielle Glättung nach folgender Formel durchgeführt:

$$\hat{i}_{t+1} = \alpha i_t + (1 - \alpha) \hat{i}_t,$$

mit

- t Laufindex für die Zeit,
- \hat{i}_t Prognosewert für Periode t ,
- \hat{i}_{t+1} Prognosewert für Periode $t + 1$,
- i_t Beobachtung für Periode t ,
- α Glättungsfaktor,

219 Bei diesem betriebswirtschaftlich gängigen Verfahren handelt es sich um eine Zeitreihenanalyse, bei der anhand von Vergangenheitsdaten ein Prognosewert ermittelt wird. Durch die exponentielle Glättung werden starke Ausschläge einzelner Werte abgeschwächt. Gleichzeitig erhalten Daten mit zunehmender Aktualität eine höhere Gewichtung. Je größer der Glättungsfaktor α ist, desto stärker fließen die aktuelleren Werte in das Ergebnis ein. Um die exponentielle Glättung, die auf die Stabilität des kalkulatorischen Zinssatzes zielt, mit einer möglichst weitgehenden Aktualität zu verbinden, ohne hierbei auf eine hinreichende Glättung zu verzichten, wurde der Glät-

tungsfaktor auf 0,3 und damit auf den höchsten der in der Literatur als üblich angesehenen Werte festgelegt.

Vgl. z. B. Bamberg/Baur/Krapp, Statistik, 15. Auflage 2009, S. 202.

- 220 Durch die Ergänzung des CAPM um die exponentielle Glättung, die die jeweils neu ermittelten Werte nur in Höhe von 30 % berücksichtigt, sowie die dargestellten Durchschnittsbildungen aus Daten längerer Zeiträume im Rahmen der Quantifizierung der einzelnen Berechnungsgrößen des kalkulatorischen Zinssatzes wird der langfristigen Stabilität der Rahmenbedingungen Rechnung getragen.
- 221 Folgende Daten sind dabei in die Berechnung eingeflossen:

Tabelle 4: Angemessener nominaler TK-Kapitalkostensatz

Jahr	Kalkulatorischer Zinssatz Festnetz real		Kalkulatorischer Zinssatz Festnetz nominal	
	ungeglättete Werte	geglättete Werte	ungeglättete Werte	geglättete Werte
1999	8,75 %		10,00 %	
2000	8,75 %	8,75 %	10,00 %	10,00 %
2001	8,75 %	8,75 %	10,60 %	10,18 %
2002	8,75 %	8,75 %	10,60 %	10,31 %
2003	7,96 %	8,51 %	9,20 %	9,97 %
2004	7,96 %	8,35 %	9,20 %	9,74 %
2005	7,15 %	7,99 %	8,35 %	9,32 %
2006	7,15 %	7,74 %	8,35 %	9,03 %
2007	8,07 %	7,84 %	9,47 %	9,16 %
2008	8,07 %	7,91 %	9,47 %	9,26 %
2009	5,51 %	7,19 %	7,51 %	8,73 %
2010	6,92 %	7,11 %	7,94 %	8,49 %
2011	6,92 %	7,05 %	7,94 %	8,33 %
2012	6,12 %	6,77 %	7,07 %	7,95 %
2013	6,13 %	6,58 %	7,10 %	7,69 %
2014	5,30 %	6,20 %	6,46 %	7,32 %
2015	5,20 %	5,90 %	6,44 %	7,06 %
2016	5,02 %	5,63 %	6,40 %	6,86 %
2017	4,17 %	5,20 %	5,65 %	6,50 %
2018	4,11 %	4,87 %	5,57 %	6,22 %
2019	3,26 %	4,39 %	4,82 %	5,80 %

- 222 Die so durchgeführte exponentielle Glättung ergibt einen nominalen kalkulatorischen Zinssatz von 5,80 % für das Jahr 2019, der in die weiteren Berechnungen übernommen wurde.
- 223 Hingegen konnte der von der Antragsgegnerin in den angebotenen Entgelten verwendete Zinssatz in Höhe von 9,46 % für die Entgeltermittlung nicht verwendet werden. Es handelt sich dabei um den gleichen Zinssatz, den die Antragsgegnerin im Jahr 2016 im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren bei den Beschlusskammern 2 und 3 der Bundesnetzagentur angesetzt hatte. Allerdings stehen dem die in Ziffer 4.1.3.2.1.5.2.2.1 (Seite 18) bis einschließlich Ziffer 4.1.3.2.1.5.2.2.5.3.9 (Seite 44) des Konsultationsentwurfes zum Beschluss BK3c-19/018 genannten Erwägungen entgegen, die sich die Beschlusskammer im vorliegenden Streitbeilegungsverfahren, wie auch die Erwägungen zum Zinssatz im Übrigen, zu Eigen macht.

224 Die Zinsen für eine Periode sind anhand des in ihr durchschnittlich gebundenen Kapitals zu bestimmen. Hierzu wird je Anlageklasse der Mittelwert aus den zum Beginn und zum Ende des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres ermittelten Buchwerten gebildet. Zu Beginn des Jahres 2018 betrug der Restwert in der Anlagenklasse [REDACTED] €, am Jahresende [REDACTED] €, so dass im Jahr 2018 das durchschnittlich Kapital in Höhe von [REDACTED] € gebunden war. Verzinst mit dem Nominalzinssatz von 5,80 % ergeben sich Zinsen in Höhe von [REDACTED] € für die Anlagenklasse [REDACTED], die mit den in Rz. 206 hergeleiteten und in Tabelle 2 ausgewiesenen Anteilen am Gesamtinvestitionswert der Anlagenklasse auf die verfahrensgegenständlichen Streckenabschnitte allokiert werden.

Miet- und Betriebskosten (OPEX)

225 Die Miet- und Betriebskosten wurden aus dem von der Fachabteilung geprüften Gesamtkostennachweis der Antragsgegnerin entnommen. Infolge der Prüfungsfeststellungen wurde der reale kalkulatorische Zinssatz auf 4,39 % angepasst. Die Kostenart Energie war um 10,41 % zu kürzen, denn in dem Konzernverrechnungspreis – der dem von der Bundesnetzagentur festgesetzten Entgelt für Kollokationsstrom entspricht – sind bereits Gemeinkosten und Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG enthalten, so dass es ohne diese Kürzung bei der Produktkalkulation zu einer Doppelverrechnung dieser Kosten käme. Zudem war im Gesamtkostennachweis die fehlerhafte Weitergabe von Primärkostenanpassungen an die interne Leistungsverrechnung zu korrigieren. Anpassungen, die dem Kostenmaßstab der effizienten Leistungsbereitstellung des § 32 Abs. 1 TKG geschuldet sind, wurden hingegen nicht übernommen. Danach beliefen sich für die Anlagenklasse [REDACTED] im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr (2018) die Mietkosten auf [REDACTED] €, und die Betriebskosten auf [REDACTED] €.

Vgl. Prügutachten Referat 113 v. 5. 8. 2019, S. 31 f.

226 Die Miet- und Betriebskosten wurden ebenfalls anhand der in Rz. 206 hergeleiteten und in Tabelle 2 ausgewiesenen Anteilsfaktoren am Gesamtinvestitionswert der Anlagenklasse auf die verfahrensgegenständlichen Streckenabschnitte allokiert.

Gemeinkosten

227 Die Abschreibungen, Zinsen, Miet- und Betriebskosten waren noch mit Gemeinkosten zu beaufschlagen. Wie bei den Einzelkosten wurden auch hier die Werte des Jahres 2018 verwendet.

228 In ihrem Kostennachweis weist die Antragsgegnerin Gemeinkosten in Höhe von [REDACTED] € aus, wovon [REDACTED] entfallen. Die Überlassung von Leerrohrkapazitäten ordnet die Antragsgegnerin [REDACTED] zu, sodass die hier ermittelten Einzelkosten mit den Gemeinkosten für [REDACTED] zu beaufschlagen waren. Infolge

2.3.2.3.4.1.5 Möglichkeit der Kostendeckung für die mitgenutzte Infrastruktur

- 239 Die Antragstellerin hat durchgängig ein Überlassungsentgelt von 0,05 € pro Meter und Monat angeboten. Es deckt weder auf den Teilstrecken 1 bis 3, noch über die gesamte nachgefragte Strecke die in Tabelle 7 ermittelten Kosten der Mitnutzung.
- 240 Demgegenüber bot die Antragsgegnerin die in nachstehender Tabelle ausgewiesenen Überlassungsentgelte an:

Tabelle 8: Von der Antragsgegnerin für die Leerrohrüberlassung angebotene Entgelte

Teilstrecke	Länge	Entgelt		
		pro Monat und Meter	gesamt pro Monat	gesamt pro Jahr
█	█	█	█	█
█	█	█	█	█
█	█	█	█	█
█	█	█	█	█

* Nachrichtlich: mittleres Entgelt über die Gesamtstrecke.

- 241 Insgesamt würde die Antragsgegnerin mit ihrem Angebot für die Überlassung Erlöse von █ € pro Jahr generieren, was um █ € pro Jahr über den nach Tabelle 7 zu deckenden Kosten liegt.
- 242 Da das von der Antragstellerin angebotene Überlassungsentgelt von 0,05 € pro Meter und Monat die Kosten nicht deckt und die von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte weit über den von der Beschlusskammer ermittelten Kosten liegen, waren die in Tabelle 7 ausgewiesenen, von der Antragstellerin zu deckenden Kosten dem Entgelt zugrunde zu legen und ein faires und angemessenes Entgelt für die überlassene Leerrohrkapazität in Höhe von █ € pro Monat anzuordnen. Dies entspricht bei der vertragsgegenständlichen Strecke von █ m einem monatlichen Entgelt von rund █ € pro Meter.

2.3.2.3.4.2 Verwaltungskosten

- 243 Für die laufenden Verwaltungskosten wird für die Gesamtstrecke ein Entgelt von 3,99 € pro Monat angeordnet.
- 244 Die Antragstellerin hat, durch ihre Bezugnahme auf die im Verfahren BK11-18/006 festgelegten Entgelte, die Zahlung von Verwaltungskosten in Höhe von 1,98 € pro Monat angeboten.
- 245 Das von der Antragsgegnerin angebotene Entgelt von 5,11 € entspricht dem Antragswert im Verfahren BK3-16/006. Eine kostenbegründende Kalkulation für die Verwaltung von Mitnutzungsverträgen nach § 77d TKG legte die Antragsgegnerin nicht vor. Sie führte aber in Anlage Ag.3 zu ihrem Schriftsatz vom 13. 5. 2019 aus, dass die Verwaltungskosten █
█
█

[REDACTED]

- 246 Richtig ist, dass die Tätigkeiten im Zusammenhang mit den angebotenen Verwaltungskosten stehen und grundsätzlich unabhängig von der technischen bzw. physischen Ausprägung der mitgenutzten Infrastruktur anfallen. Insoweit spricht vieles dafür, dass sich projektspezifische Verwaltungskosten nicht erheblich vom Durchschnitt aller Vertragsverhältnisse unterscheiden werden, so dass ein pauschales Entgelt sinnvoll erscheint. Zudem handelt es sich bei dem Mitnutzungsbegehren um eine mit dem ex-ante regulierten Zugang zu KKA vergleichbare Leistung. Nach der Leistungsbeschreibung für den Zugang zu KKA, welche mit den Kostenunterlagen im KKA-Verfahren der Bundesnetzagentur vorgelegt wurde, werden die mit dem Verwaltungsentgelt zusammenhängenden Tätigkeiten näher beschrieben. Zu den monatlichen Verwaltungskosten führt die Antragsgegnerin folgendes aus:

„In den Verwaltungskosten sind die Kosten enthalten, die notwendig sind, um das Produkt in der Überlassungsphase zu managen. Hierin enthalten sind die Kosten für das Beschwerdemanagement, für das Prebilling, für die Bearbeitung von Forderungen/Forderungsausfällen. Es sind ebenfalls Kosten für die Tätigkeiten des Produktmanagements enthalten.“

S. Anlage 2.2 zu den Kostenunterlagen im KKA-Verfahren.

- 247 Insoweit erscheint der Beschlusskammer daher eine hilfswise Übertragung des beantragten Entgelts aus dem KKA-Verfahren sachgerecht. Allerdings wurde anstelle des von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelts von 5,11 € pro Vertrag und Monat – das dem 2016 im KKA-Verfahren (BK3a-16/006) beantragten Entgelt entspricht – das 2019 im Folgeverfahren (BK3a-19/002) beantragte Entgelt in Höhe von 3,99 € pro Vertrag und Monat als fair und angemessen angeordnet, da es die derzeitigen Kosten der Antragsgegnerin für die Vertragsverwaltung abbildet.

- 248 Eine Übertragung des im Verfahren BK3a-19/002 festgesetzten regulierten Entgelts von 3,02 € pro Monat war indes nicht angezeigt. Die Differenz zum beantragten Entgelt ist dem Kostenmaßstab der effizienten Leistungserbringung des § 32 TKG geschuldet. Der hier anzuwendende Entgeltmaßstab des DigiNetz-Gesetzes sieht hingegen keine Effizienzprüfung der Kosten vor.

- 249 Eine Abrechnung je Teilstrecke war [REDACTED] weder angeboten noch angezeigt. Die im Zusammenhang mit den Verwaltungskosten stehenden Leistungen sind [REDACTED] eindeutig administrativer Natur und werden durch bestehende Vertragsverhältnisse getrieben. [REDACTED]

[REDACTED]

steht dem nicht entgegen. Zum einen umfassen die Verwaltungskosten neben ebendiesen Kosten weitere Bestandteile (insbesondere das [REDACTED] und das [REDACTED]), die sehr wohl durch das Vertragsverhältnis getrieben werden. Zudem sind auch die Kosten [REDACTED] nicht von der Anzahl der Streckenabschnitte abhängig. Sie stellen vielmehr Kosten dar, die [REDACTED] unabhängig von der abgerufenen Menge entstehen. Demgegenüber hängt das Ob und die Anzahl der Teilstrecken in einem Mitnutzungsfall von der verfügbaren Infrastruktur ab. So differenziert die Antragsgegnerin Teilstrecken z. B. danach, ob der Petent seine Leitung in ein leeres oder bereits belegtes Rohr einbringen kann oder um welche Rohrtypen es sich handelt [REDACTED]. Dies sind nicht die Kostentreiber der o. a. administrativen Tätigkeiten der Vertragsverwaltung.

Vgl. Prüfungsgutachten Referat 113 v. 5. 8. 2019, S. 56.

2.3.2.3.4.3 Bereitstellungsentgelte

- 250 Das Entgelt für Arbeitszeit und Fahrtpauschale im Zusammenhang mit dem Sicherheitservice nach Aufwand in Höhe von 41,97 € je Fahrzeug und Arbeitstag ist ebenfalls fair und angemessen.
- 251 Das von der Antragsgegnerin gegenüber dem Verfahren BK11-18/006 zusätzlich angebotene Entgelt für die Dokumentation der neuen Rohrunterbrechungen sowie der vermieteten Rohrkapazitäten in ihren Systemen nach Abschluss der Arbeiten in Höhe von 20,96 € je angefangene 15 Minuten ist fair und angemessen.
- 252 Beide Werte entsprechen der Preisliste „Installation und Instandsetzung nach Aufwand“ der Antragsgegnerin vom 1. 2. 2019. Für nach Aufwand abzurechnende Leistungen wurde diese Preisliste in der jeweils zum Zeitpunkt der Antragstellung gültigen Fassung bisher auch in Verfahren der Vorleistungsregulierung genehmigt.

2.3.2.3.4.4 Auswirkungen auf den Geschäftsplan

- 253 Durch die angeordneten Mitnutzungsentgelte hat die Antragsgegnerin die Möglichkeit ihre Kosten zu decken. Im vorliegenden Fall werden dadurch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf ihren Geschäftsplan einschließlich ihrer Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz berücksichtigt.
- 254 Die Berücksichtigung des Kriteriums der Auswirkungen auf den Geschäftsplan nach § 77n Abs. 3 S. 2 TKG bei der Entgeltfestsetzung durch die Bundesnetzagentur soll sicherstellen, dass Eigentümer oder Betreiber des mitzunutzenden öffentlichen Telekommunikationsnetzes die Möglichkeit haben, ihre Kosten einschließlich der Investitionskosten zu decken. Das Kriterium weist damit einen Kostenbezug auf.

Vgl. auch Stelter, in Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 77n, Rz. 21, der das Kriterium ebenfalls kostenbezogen interpretiert, indem er daraus den Ansatz von vereinzelnbaren Gemeinkosten und einen angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten herleiten will (siehe dazu hier

Rz. 227-231 dieses Beschlusses); ebenso Kühling/Bulowski, Zugangsrechte nach dem DigiNetzG, N&R 2017, S. 19, 28 f.

- 255 Die dem Geschäftsplan zugrundeliegenden und durch Erlöse zu deckenden Kosten werden zu einem Großteil durch die zum Netzaufbau notwendigen Tiefbauinvestitionen bestimmt, können prinzipiell aber auch andere, aus dem Zweck der Investition resultierende Bestandteile enthalten. Dabei ist zur Ermittlung der Höhe des angemessenen Mitnutzungsentgelts als rechtliches Kriterium der Gedanke der Ausgleichszahlung für eine Duldungspflicht, die als Inhalts- und Schrankenbestimmung das Eigentumsrecht ausgestaltet, heranzuziehen.

Vgl. hierzu ausführlich Kühling/Bulowski, Zugangsrechte nach dem DigiNetzG, N&R 2017, S. 19, 25 ff.

- 256 Zudem weist das Kriterium einen unmittelbaren Projektbezug auf, da die Auswirkungen der beantragten Mitnutzung zu berücksichtigen sind. Folglich sind die Auswirkungen auf den Geschäftsplan kein Selbstzweck, sondern es geht um die Deckung von Kosten, die dem Geschäftsplan zum Zeitpunkt der Investition zugrunde lagen, die aber durch wegfallende Erlöse infolge der Mitnutzung der Infrastruktur ggf. nicht mehr vollständig gedeckt werden können. Der Ausgleichsanspruch geht dabei allerdings nicht so weit, dass der Verlust jeglicher Erlöse im aktuellen Geschäft berücksichtigt werden muss, sondern nur diejenigen, für die der in der Vergangenheit für das konkrete Projekt aufgestellte Geschäftsplan die Basis bildet.
- 257 Damit ist für das streitgegenständliche Projekt noch zu prüfen, ob es über die reine Berücksichtigung der Projektkosten hinaus noch weitere Auswirkungen auf den Geschäftsplan gibt, die zu berücksichtigen wären.
- 258 Mangels konkreter Unterlagen der Antragsgegnerin für die in Rede stehenden Streckenabschnitte wurden hilfsweise anhand anderer bei der Bundesnetzagentur vorliegender Unterlagen – wie in Ziffer 2.3.2.3.4.1. beschrieben – die zu deckenden Kosten ermittelt. Die auf dieser Basis festgesetzten Mitnutzungsentgelte führen jedenfalls zu keiner langsameren Amortisation der noch nicht vollständig abgeschriebenen Strecken.
- 259 Im Gegensatz zu dem bislang bereits entschiedenen Fall (BK11-18/006) liegt das von der Antragstellerin angebotene Überlassungsentgelt bereits unter den von der Antragsgegnerin zu deckenden Kosten. Insoweit bedurfte es hier einer Prüfung, ob weitere Auswirkungen der begehrten Mitnutzung auf den Geschäftsplan zu berücksichtigen waren. Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie sowie die Gesetzesbegründung zum DigiNetz-Gesetz führen dazu aus:

„Bei Zugangsverpflichtungen ist daher immer die Wirtschaftlichkeit der genannten Investitionen umfänglich zu berücksichtigen, ausgehend von ihrem Risikoprofil, einer etwaigen erwarteten zeitlichen Staffelung der Rendite, etwaigen Auswirkungen des Zugangs auf den nachgelagerten Wettbewerb und folglich auf die Preise und die Rendite, einer etwaigen Abschreibung der Netzanlagen zum Zeitpunkt des Zugangsbegehrens, etwaigen wirtschaftlichen

Analysen, die den Investitionen zugrunde liegen (insbesondere bei den physischen Infrastrukturen, die zur Bereitstellung elektronischer Hochgeschwindigkeits-Kommunikationsdienste genutzt werden) und etwaigen Zugangsinteressenten zuvor angebotenen Möglichkeiten eines gemeinsamen Ausbaus.“

- 260 Nach dem Primat der Kostendeckung geht es darum, ob die Mitnutzung sich auf den zum Zeitpunkt der Investition aufgestellten Geschäftsplan auswirkt. Dabei dient die Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Geschäftsplan nicht dazu, jegliche Auswirkungen der Mitnutzung auf das heutige Geschäft zu kompensieren. Denn eine Art „Bestandsschutz“ der Marktposition des Nutzungsgebers läuft in der Regel dem von der Beschlusskammer im Rahmen der Entgeltfestsetzung nach § 77n Abs. 3 TKG zu berücksichtigenden Regulierungsziel nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG (Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs) sowie dem Zweck des DigiNetz-Gesetzes und § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG (Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation) zuwider.
- 261 Im konkreten Fall ist nichts dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, was zusätzlich zu den nach den Ziffern 2.3.2.3.4.1 bis 2.3.2.3.4.3 zu deckenden Kosten als Auswirkung auf den Geschäftsplan zu berücksichtigen wäre. Darüber hinausgehende Nachweise bezüglich des ursprünglichen Geschäftsplans, wonach z. B. auf einer höheren Wertschöpfungsstufe durch das Wegbrechen von Erlösen Kosten nicht mehr gedeckt werden können und somit ebenfalls entgolten werden müssten, wurden nicht dargelegt. Zu den Folgen des Zugangs in die betroffenen Infrastrukturen auf den Geschäftsplan unter Berücksichtigung der Parameter, aufgrund derer die Investitionsentscheidung getroffen wurde, machte die Antragsgegnerin keine Ausführungen, die zu einer zusätzlichen Berücksichtigung hätten führen können.
- 262 Insbesondere wurde nicht nachgewiesen, ob und ggf. welche Kosten z. B. durch Kundenabwanderungen nicht mehr gedeckt würden. Eine Kompensation von Erlösen, die wegfallen, wenn Kunden der Antragsgegnerin zur Antragstellerin abwandern, aber nicht zur Kostendeckung gemäß § 77n Abs. 3 TKG notwendig sind, würde dem Gesetzeszweck zuwiderlaufen, weil es einen Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen behindern und nicht beschleunigen würde. Überdies würde damit das Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG konterkariert.
- 263 Würde man hier auf eine Art Typisierung von Unternehmen hinsichtlich der Auswirkungen auf Geschäftspläne anhand regionaler und wettbewerblicher Gemeinsamkeiten abstellen, dürfte man an dieser Stelle auch die historische Entwicklung nicht außer Acht lassen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um das deutschlandweit tätige ehemalige Monopolunternehmen, das, in weiten Teilen hinsichtlich der Gestaltung seiner Vorleistungspreise reguliert ist und auch in der Vergangenheit keine spezifischen Geschäftspläne aufgestellt hat. Bei einem deutschlandweit tätigen Unternehmen mit einer Vielzahl von Ausbauprojekten können Risiken einzelner Projekte in einer Gesamtbetrachtung besser abgefangen werden. Insofern würde die Antrags-

gegnerin wohl einen eigenen Typ mit dem Alleinstellungsmerkmal des deutschlandweit tätigen Marktbeherrschers bilden. Dies würde dazu führen, dass man bei der Entgeltmittlung immer auch die Anwendung des regulierten Entgelts in Betracht ziehen müsste, wie es in der Literatur auch gefordert wird.

Vgl. Kühling/Bulowski, Zugangsrechte nach dem DigiNetzG, N&R 2017, S. 19, 29.

- 264 Eine Berücksichtigung von Auswirkungen auf den Geschäftsplan wäre insoweit nur dann möglich, wenn sich wettbewerblich beschränkende Auswirkungen ggf. auch auf einem lokalen Markt ergeben würden, die nicht bereits über sonstige Kosten- und wettbewerbliche Überlegungen abgefangen werden könnten. Dies könnte z.B. dann der Fall sein, wenn es für ein Regionalprojekt auch einen abgrenzbaren Geschäftsplan der Antragsgegnerin gäbe, der durch den Ausbau der Antragstellerin unmittelbar beeinträchtigt werden würde. Dazu ist im konkreten Fall aber nichts vorgetragen oder erkennbar.
- 265 Eine Beeinträchtigung von Investitionsanreizen, die letztlich über Einnahmeausfälle entstehen könnten, wird hier ebenfalls nicht gesehen. Dabei unterscheidet sich dieser Fall z. B. erheblich von einem Fall, in dem ein alternativer, nur regional agierender Netzbetreiber eine risikobehaftetere Investitionsentscheidung zur Ersterschließung eines spezifischen Gebietes mit Glasfaserinfrastruktur trifft und somit davon auszugehen ist, dass der Investitionsentscheidung explizit oder implizit ein für dieses Projekt spezifischer Geschäftsplan zugrunde liegt. Dabei ist in einem solchen Fall auch zusätzlich noch zu berücksichtigen, dass ein Berufen auf den Versagungsgrund des § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG dann möglich wäre, wenn über das bestehende Glasfasernetz ein open access gewährleistet würde. Die Systematik des Gesetzgebers sieht also eine Zugangsmöglichkeit für eine höhere Wertschöpfungsstufe vor, so dass ein Mitnutzungsanspruch generell nur dann zwingend besteht, wenn ein solcher „open access“ Zugang nicht gewährleistet wird. Über diese Möglichkeit der Zugangsgewährleistung muss sich der Investor dementsprechend auch bei den Überlegungen zu seiner Investitionsentscheidung im Klaren sein, da die gesetzliche Systematik keinen wettbewerbsfreien Raum vorsieht.
- 266 Eine solche Investitionsentscheidung beinhaltet aber generell ein deutlich höheres Erschließungsrisiko, welches auch hinsichtlich der Auswirkungen auf den Geschäftsplan bei der Ermittlung des Mitnutzungsentgelts seinen Niederschlag finden kann, wenn eine Mitnutzung dennoch ermöglicht wird. Ein solcher Betreiber hätte die Möglichkeit, die Kosten und Folgen seiner Investitionsentscheidung auch über die reinen Tiefbaukosten hinaus zu beziffern und darzulegen. Ausgangspunkt bei dieser Überlegung hinsichtlich der Berücksichtigung der Rückwirkungen auf den Geschäftsplan wäre, dass der Erstinvestor trotz Mitnutzung die gleiche, dem Erschließungsrisiko entsprechende Rendite erwarten können müsste, wie er sie auch ohne die Mitnutzung hätte erzielen können. Diese kann niemals frei von wettbewerblichen Einflüssen ermittelt werden, da es grundsätzlich keinen Ausschluss von Wettbewerb gibt. So ist es im

vorliegenden Fall zwar möglich, bei der Betrachtung nicht nur die konkret mitgenutzte Infrastruktur, hier also ein Rohr aus einer Fernleitung der Antragsgegnerin, sondern auch die verlegten Infrastrukturen der Antragsgegnerin insgesamt in dieser Trasse zu berücksichtigen und in die Überlegungen mit einzubeziehen. Hierzu hat die Antragsgegnerin allerdings außer bundesweiten Durchschnittsbetrachtungen keine Darlegungen hinsichtlich ihrer Investitionsentscheidungen in diesem Gebiet gemacht, die hier im Sinne einer Auswirkung auf den Geschäftsplan berücksichtigt werden könnten.

- 267 Letztlich stehen sich bei der Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Geschäftsplan das maßgebliche Ziel des DigiNetz-Gesetzes, die Senkung der mit dem Ausbau von hochgeschwindigkeitsfähigen Netzen verbundenen Kosten durch Hebung von Synergien, und die Regulierungsziele und -grundsätze des TKG, infrastrukturbasierter und chancengleichen Wettbewerb zu fördern gegenüber. Beide Ziele werden vom TKG und sollen durch das System der im DigiNetz-Gesetz abgebildeten Entgeltvorschriften und Streitbeilegungsmechanismen in ein ausgewogenes Verhältnis gesetzt werden.
- 268 Im konkreten Fall liegen nach dem zuvor Ausgeführten für eine Berücksichtigung weiterer Auswirkungen auf den Geschäftsplan keine Anhaltspunkte vor, die hier eine weitergehende kostenmäßige Berücksichtigung nach sich ziehen könnten.

2.3.2.3.5 Berücksichtigung der Regulierungsziele

- 269 Die so ermittelten Entgelte sind auch unter Berücksichtigung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele für diese Streitbeilegung als fair und angemessen anzusehen.

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

- 270 Die Nutzerinteressen streiten für die von der Beschlusskammer festgelegten und gegen höhere oder niedrigere Überlassungs- und Einmalentgelte.
- 271 Die Nutzerinteressen sind einerseits auf eine quantitativ und qualitativ hochwertige Versorgung und andererseits auf die Preisgünstigkeit der Versorgung mit Telekommunikationsleistungen gerichtet. Die Nutzerinteressen werden also dann gewahrt, wenn sie eine möglichst vielfältige Anbieter- und Angebotsauswahl zu einem günstigen Preisniveau in bestimmter Qualität sichern.
- 272 Mit niedrigeren Entgelten könnte die Antragsgegnerin ihre Kosten nicht decken, was sich nachteilig auf die Endkundenpreise auswirken und das Angebot negativ beeinflussen könnte. Höhere Überlassungsentgelte durch die Berücksichtigung der Investitionskosten sämtlicher – d. h. auch bereits abgeschriebener – Infrastrukturen zu Wiederbeschaffungskosten oder einer höheren Verzinsung würden dem Regulierungsziel zuwiderlaufen. Denn sie hätten höhere Endkundenentgelte zur Folge. Dies betrifft in jedem Fall die Endkunden der Antragstellerin. Sofern die Antragsgegnerin entsprechende Angebote bereitstellt und Dritte oder auch die Antragsgegnerin ihre eigenen

Kunden zukünftig über von der Antragstellerin bezogene Bitstromanschlüsse versorgen, würden die höheren Endkundenentgelte auch diese Gruppen von Endkunden betreffen.

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

- 273 Dabei ist vorliegend zu beachten, dass die Antragstellerin nicht zum Angebot von Bitstrom verpflichtet ist.
- 274 Demgegenüber werden durch die Mitnutzung keine höheren Entgelte zulasten der Endkunden der Antragsgegnerin veranlasst, da die von der Beschlusskammer festgelegten Entgelte kostendeckend sind und somit kein sachlicher Grund für zusätzliche Belastungen der Endkunden der Antragsgegnerin infolge der Mitnutzung besteht.
- 275 Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diesen höheren Entgelten ein Vorteil für die Nutzer hinsichtlich der Qualität und Vielfalt der angebotenen Dienste entsprechen würde. Denn auf der einen Seite würden die höheren Mitnutzungsentgelte die Investitionskraft der Antragstellerin schwächen. Auf der anderen Seite ist jedoch nichts dazu vorgetragen oder anderweitig ersichtlich, dass der höhere Mittelzufluss an die Antragsgegnerin zu verstärkten Investitionen im betroffenen Anschlussbereich führen würde. Selbst wenn aufgrund der höheren Endkundenentgelte verstärkte Investitionen der Antragsgegnerin erfolgen würden, stünde dem immer noch eine geminderte Investitionskraft der Antragstellerin entgegen.
- 276 Entsprechende Überlegungen gelten – wenn auch in abgeschwächter Form – auch für das Entgelt für den Verwaltungsaufwand, das bei Berücksichtigung der von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte um den Faktor 1,3 ansteigen würde.

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

- 277 Das Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs streitet gegen höhere oder niedrigere als die von der Beschlusskammer festgesetzten Entgelte.
- 278 Höhere Überlassungsentgelte für die verfahrensgegenständlichen Leerrohre würden der Antragsgegnerin wegen der damit verbundenen Kostenüberdeckung einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Denn sie hat aufgrund der überwiegend abgeschriebenen Leerrohre nur noch sehr geringe Kosten zu decken und hat daher einen deutlich größeren Spielraum bei der Preisfestsetzung gegenüber Endkunden als ihn die Antragstellerin hätte. Dieser Spielraum würde für die Antragstellerin durch höhere Entgelte – wie sie sich z. B. durch die Berücksichtigung von Kosten für bereits vollständig abgeschriebene Anlagen ergäben – noch weiter verringert.
- 279 Indes ist für eine Entgeltermittlung einschließlich der vollständig abgeschriebenen Anlagen – d. h. von Abschreibungen unter null – mit Blick auf den in § 77n Abs. 3 TKG vorgegebenen Kostenmaßstab kein Raum. Denn nach den Vorgaben in der Geset-

zesbegründung und der Kostensenkungsrichtlinie ist der ursprüngliche Investitionswert um bereits erfolgte Abschreibungen zu vermindern.

Vgl. Rz. 120 u. 190 ff. dieses Beschlusses.

- 280 Eine Entgeltfestsetzung unter Berücksichtigung von Kosten für bereits vollständig abgeschriebene Anlagen würde aber auch dem Regulierungsziel, einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, nicht gerecht, sowie dem Zweck des DigiNetz-Gesetzes widersprechen. Gerade aufgrund der hohen Investitionskosten, die mit der Verlegung von Leerrohren verbunden sind, zielen die Kostensenkungsrichtlinie und das DigiNetz-Gesetz als ihre Umsetzung in nationales Recht nicht mehr auf die Replizierung passiver Infrastrukturen ab. Vielmehr sollen Wettbewerber, um den Breitbandausbau zu beschleunigen, vorrangig bestehende Infrastrukturen (mit)nutzen und nur dort selbst bauen, wo nichts verfügbar ist. Insofern wird – unter der Prämisse der Kostendeckung – durch tendenziell niedrige Entgelte auch keine Make-or-buy-Entscheidung zulasten des Infrastrukturwettbewerbs beeinträchtigt. Daher sind bereits vollständig abgeschriebene Anlagen in den Mitnutzungsentgelten auch nicht mehr zu Wiederbeschaffungskosten oder Tagesgebrauchtwerten zu berücksichtigen – was im Übrigen im Gleichklang mit der Nichtdiskriminierungs- und Kostenrechnungsmethodenempfehlung steht.

Vgl. Kostenrechnungsempfehlung, S. 13 ff.

- 281 Denn eine diesbezügliche Berücksichtigung wäre nicht im Sinne des DigiNetz-Gesetzes, da ansonsten der Breitbandausbau gebremst statt beschleunigt würde.
- 282 Darüber hinaus erfolgt auch bei dem regulierten Zugang zu KKA der Antragsgegnerin kein Ansatz vollständig abgeschriebener, nicht replizierbarer und wiederverwendbarer Infrastrukturen, weil Entgelte auf Wiederbeschaffungsbasis aller – also auch bereits abgeschriebener – Infrastrukturen für ohnehin nicht replizierbare Infrastrukturen keine geeigneten Investitionsanreize setzen können und dem Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs zuwiderlaufen.

Vgl. KKA-Entgeltgenehmigung, Ziffer 2.3.1.3.1.3., S. 28 und Ziffer 2.3.1.3.5.1., Seite 43.

- 283 Im vorliegenden Verfahren konnte für das Projekt auf Restbuchwerte zurückgegriffen und diese auf die projektierten Strecken allokiert werden. Dagegen waren im KKA-Verfahren anhand eines Kostenmodells bundesweite, durchschnittliche Vorleistungspreise eines Referenznetzbetreibers zu ermitteln. Schon weil unklar war, wie Restbuchwerte überhaupt in ein Kostenmodell übertragen werden können, wurde eine Bewertung der nicht abgeschriebenen Anlagen auf Basis von Wiederbeschaffungskosten/Tagesneuwerten gewählt.

Vgl. KKA-Entgeltgenehmigung, Ziffer 2.3.1.3.5.1. f., Seite 43 f.; vgl. auch BK3c-19/001 vom 26.06.2019, Ziffer 4.1.3.1.2., Seite 53 und Ziffer 4.1.3.1.4.4., Seite 60.

284 Demgegenüber kommt der Ansatz eines Referenznetzbetreibers bei der Ermittlung der Mitnutzungsentgelte von vornherein nicht in Betracht, da die Kostenermittlung projektbezogen zu erfolgen hat,

Vgl. Rz. 115 ff. dieses Beschlusses.

285 Unabhängig davon kommt unter dem Gesichtspunkt des chancengleichen Wettbewerbes eine Kostentragung des Zugangspetenten für die gesamten Kosten der betroffenen Infrastruktur dann nicht in Betracht, wenn der Nutzungsgeber die von ihm errichtete passive Infrastruktur selbst nutzt. Dies dürfte regelmäßig der Fall sein (im vorliegenden Sachverhalt wird die gesamte betroffene Leerrohrstrecke auch von der Antragsgegnerin mit einem oder mehreren Kabeln genutzt). Abstrahiert vom konkreten Sachverhalt geht es um das Verhältnis der miteinander abzuwägenden Investitionsrisiken beider Parteien: einerseits vermindert der Mitnutzende sein Investitionsrisiko, als er keine Infrastruktur vollständig neu aufbauen muss. Zugleich führt die Mitnutzung auch nicht zu einer langsameren Amortisation der noch nicht refinanzierten Investitionen. Daher stellt sich umgekehrt die Frage, warum der Zugangspetent für die Dauer der (zudem angestrebten langfristigen) Nutzung die gesamten Abschreibungen und Zinsen für die mitgenutzte Infrastruktur tragen sollte,

- obwohl diese zum weit überwiegenden Teil vollständig abgeschrieben ist,
- wenn die Antragsgegnerin aus den Mitnutzungsentgelten die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten des nicht abgeschriebenen Teils decken kann und
- der Mitnutzer überdies mit dem Risiko einer Eigenbedarfskündigung belastet ist.

286 Im Ergebnis schaffen die festgesetzten Überlassungsentgelte daher einen angemessenen Ausgleich zwischen den Investitionsrisiken der Parteien. Entgelte, die auch Investitionskosten für bereits vollständig abgeschriebene Infrastruktur beinhalten, hätten vorliegend keine wettbewerbsfördernde Wirkung, sondern würden lediglich den Netzausbau und Netzbetrieb der Antragstellerin verteuern.

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

287 Ein weiteres Regulierungsziel ist es nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen.

288 Dieses Ziel wird durch höhere oder niedrigere als die festgelegten Entgelte nicht besser gefördert. Denn höhere Entgelte würden offenkundig den von der Antragstellerin auf der streitgegenständlichen Strecke beabsichtigten Ausbau eines Hochgeschwindigkeitsnetzes behindern. Auch darüber hinaus würde – wie oben in Rz. 279 f. dargelegt – der Ansatz bereits erfolgter Abschreibungen in den Mitnutzungsentgelten auch allgemein dem Gesetzeszweck des DigiNetz-Gesetzes zuwiderlaufen und den

Breitbandausbau bremsen. Demgegenüber lässt sich nicht erkennen, ob durch höhere Entgelte bei der Antragsgegnerin zusätzlich generierte Erlöse für den Ausbau von hochleistungsfähigen Next Generation Access (im Folgenden: NGA) Anschlüssen genutzt würden. Dazu ist nichts vorgetragen worden, noch ist sonst ein Anhaltspunkt für eine solche Kausalität ersichtlich. Selbst wenn dies so wäre, würde sich die Entgelthöhe allenfalls als neutral zu dem Regulierungsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG darstellen. Denn in diesem Fall führte jede Änderung der Entgelthöhe lediglich zu einer Verschiebung von Finanzmitteln zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin, die – bezogen auf die Entgeltänderung – jeweils in gleicher Weise in den Ausbau von NGA-Netzen investieren könnten. Dies gilt jedenfalls, soweit nicht durch die Entgeltfestsetzung Investitionen entwertet und dadurch nachgelagerter Wettbewerb beeinflusst würde, was aber wegen der Möglichkeit der Kostendeckung durch die festgesetzten Entgelte nicht der Fall ist.

2.3.2.3.5.4 Ergebnis der Berücksichtigung der Regulierungsziele

- 289 Demnach stehen die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 (Nutzerinteressen) und Nr. 2 TKG (chancengleicher Wettbewerb) höheren und niedrigeren als den festgesetzten Überlassungs- und Einmalentgelten entgegen.
- 290 Das Regulierungsziel des beschleunigten Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) streitet gegen höhere Entgelte, es sei denn – was nicht sicher ausgeschlossen werden kann – die Antragsgegnerin würde etwaige Mehrerlöse ihrerseits in den Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen investieren. In diesem Falle wäre der Abwägungsbelang neutral zu gewichten. Daher ist dieser Belang aus Gründen äußerster Vorsicht als neutral gewichtet worden.

2.3.2.3.6 Kein weitergehendes Interesse des Mitnutzungsverpflichteten

- 291 Die Beschlusskammer hat auch im Hinblick auf andere zu berücksichtigende Aspekte geprüft, ob ein weitergehendes Interesse der Antragsgegnerin aus ihrer speziellen gesetzlichen Verpflichtung zur Mitnutzungsgewährung resultiert, welche gesondert zu berücksichtigen gewesen wäre. § 77n Abs. 3 TKG gibt vor, dass bei der Entgeltfestsetzung für die Mitnutzung von passiven Infrastrukturen öffentlicher Telekommunikationsnetze die Möglichkeit der Kostendeckung unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf den Geschäftsplan gegeben sein muss. Die Zugangsverpflichtete und Eigentümerin hat ein berechtigtes Interesse, ihre Kosten zu decken und zugleich einen angemessenen Gewinn zu erzielen.
- 292 Eine Berücksichtigung des Interesses des Nutzungsgebers ergibt sich aus grundrechtlich geschützten Positionen der Antragsgegnerin. Die Mitnutzung berührt als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung das Eigentumsrecht der Antragsgegnerin. Zudem greift die Entgeltfestsetzung in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Antragsgegnerin ein, die das Recht umfasst, das Entgelt für berufliche Leistungen mit den jeweiligen Interessenten frei auszuhandeln.

*BVerfG, Beschluss 1 BvR 1932/08 v. 8. 12. 2011 (NVwZ 2012, S. 694, 697 f.);
BVerwG, Urteil 6 C 13.12 v. 25. 9. 2013, juris-Rz. 39.*

- 293 Die Antragsgegnerin als Nutzungsgeberin und Eigentümerin des Zugangsobjekts hat dabei aber vor allem ein berechtigtes Interesse, ihre Kosten zu decken und zugleich einen angemessenen Gewinn zu erzielen. Die Beschlusskammer hat die so verstandenen Interessen der Antragsgegnerin soweit als möglich berücksichtigt.
- 294 Im Ausgangspunkt hat die Antragsgegnerin keine Kostenunterlagen vorgelegt, aus denen sich projektspezifische Kosten ermitteln ließen. Die Beschlusskammer hat daher methodisch die anzusetzenden Entgelte auf Basis des vorliegenden Gesamtkostennachweises und im Lauf des Verfahrens übermittelter Megaplanunterlagen und hilfsweise vorgelegter Kalkulationen zur verfahrensgegenständlichen Strecke soweit wie möglich nachgebildet und mit den von den angebotenen Entgelten verglichen. Dabei hat sie diese an mehreren Stellen im Sinne einer absichernden Betrachtung zugunsten der Antragsgegnerin konservativ approximiert. Dies gilt beispielsweise für den Ansatz der von der Antragsgegnerin verwendeten Nutzungsdauer sowie die Kostenteilung nach Nutzungen.
- 295 Eine über diesen gesetzlichen Entgeltmaßstab und die hier erfolgten Annahmen 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 die zu deckenden Kosten bei Weitem übersteigen und so zu einer Übervorteilung und Gewinnmaximierung auf Kosten der Antragstellerin führen würden. Die Antragsgegnerin hat im Übrigen hier auch weiterhin die Möglichkeit, uneingeschränkt auf dem Markt zu agieren.

2.3.2.3.7 Fairness und Angemessenheit der festgesetzten Entgelte

- 296 Die Beschlusskammer hat die ermittelten Entgelte anhand der Vorgaben des § 77n Abs. 2 und 3 TKG nochmals insgesamt 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. b) der ausgewiesenen Entgelte fair und angemessen ist.
- 297 Die Interessen von Antragstellerin und Antragsgegnerin wurden hier berücksichtigt und unter Berücksichtigung der Ziele des DigiNetz-Gesetzes sowie der allgemeinen Regulierungsziele aus § 2 TKG abgewogen. In diesem Ausgleich der widerstreitenden Positionen ist zum einen das Interesse der Antragstellerin an der gesetzgeberisch eingeräumten Teilhabe an passiver Netzinfrastruktur zum Aufbau eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes zu sehen. Dieses Interesse wird durch den Gesetzgeber insofern begrenzt, als nur in besonderen Ausnahmefällen (nämlich bei Vorliegen eines Versagungsgrundes aus § 77g Abs. 2 TKG) die Mitnutzung nicht gewährt werden muss. In allen anderen Fällen besteht ein Anspruch auf Zugang zu den passiven Inf-

rastrukturen, wobei dieser Zugang dann eine entsprechende Entgeltspflichtigkeit nach sich zieht. Der Maßstab für dieses Entgelt wird von dem Gedanken geleitet, dass der verpflichtete Mitnutzungsgeber durch dieses Entgelt die Möglichkeit haben muss, seine Kosten zu decken.

- 298 Diese Kostendeckung bildet gleichzeitig auch die Obergrenze für den Interessenausgleich des Mitnutzungsverpflichteten. Denn dieser bekommt über das Entgelt bei einer Mitnutzung die Chance, die ihm entstandenen Kosten zu decken. Einen Schutz vor Wettbewerb hat der Gesetzgeber – über die in § 77g Abs. 2 Nr. 6 und 7 TKG enthaltenen Versagungsgründe der „tragfähigen Alternative“ bzw. des „Überbauschutzes“ hinaus – damit nicht einräumen bzw. kompensieren wollen. Selbst bei Vorliegen der Versagungsgründe kommt es maximal zu einer Verschiebung der Mitnutzungsnachfrage auf andere Wertschöpfungsstufen bzw. andere Glasfasernetze und nicht zum Ausschluss von Wettbewerb.
- 299 Dieser Interessenausgleich wird bei dem hier angeordneten Entgelt auch bezüglich aller weiteren zu berücksichtigenden Regulierungsziele sowie den Zielvorstellungen des DigiNetz-Gesetzes geschaffen. Denn dem Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze wird insofern Vorschub geleistet, als bestehende Synergien nutzbar gemacht werden und das Entgelt für eine solche Mitnutzung an den getätigten Investitionen gemessen und festgelegt wird.

2.3.2.4 Festlegung weiterer Mitnutzungsbedingungen

- 300 Eine Festlegung weiterer Mitnutzungsbedingungen war durch die letztlich doch erfolgte Einigung der Parteien über noch streitige Klauseln zu Kündigungsmöglichkeiten, Bereitstellung und Entstörung nicht notwendig. Durch die von der Antragstellerin erklärte Annahme der Klauseln haben sich die Parteien im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens darüber geeinigt, so dass diese dem Streitgegenstand entzogen wurden.

2.3.3 Anordnung des Vertrages

- 301 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.
- 302 Dieser Beschluss hat als Verwaltungsakt insofern privatrechtsgestaltende Wirkung, als er die Rechtsbeziehung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin auf privatrechtlicher Ebene bestimmt und gestaltet.

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

- 303 Würde die Anordnung hier lediglich darin bestehen, einzelne Bestimmungen des Angebots festzulegen und keinen Vertragsschluss anzuordnen, würde es sich nicht um eine verbindliche Entscheidung über Rechte und Pflichten handeln und das Entgelt auch nicht festgesetzt. Eine solche Anordnung hätte insofern keinen wirklich regelnden und verbindlichen Charakter, da es nach der Entscheidung über Einzelbedingungen wieder in das Belieben der Vertragsparteien gestellt wäre, wie mit dem Angebot im Weiteren verfahren werden soll. Insbesondere Infrastrukturihabern, die eine Mitnutzung verhindern wollen, wären die Möglichkeiten eröffnet, das Angebot zurückzuziehen oder es mit neuen, den Mitnutzungspetenten unangemessen belastenden Bedingungen zu versehen.
- 304 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.
- 305 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.

2.3.4 Antragsablehnung im Übrigen

- 306 Dem Antrag der Antragstellerin auf Festlegung eines Entgelts in der gleichen Höhe wie im Beschluss BK11-18/006 wurde nicht entsprochen. Auch dem Antrag der Antragsgegnerin auf Festsetzung eines höheren Entgelts wurde nicht entsprochen.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

Bonn, 9. 8. 2019

Vorsitzende

Beisitzerin

Beisitzer

Dr. Schwarz-Schilling

Gille-Lindhorst

Dr. Haslinger

Gliederung

1	Sachverhalt	5
2	Gründe	17
2.1	Rechtsgrundlage	17
2.2	Formelle Voraussetzungen	17
2.2.1	Zuständigkeit	17
2.2.2	Verfahren	17
2.2.3	Frist	18
2.3	Materielle Voraussetzungen	18
2.3.1	Zulässigkeit des Mitnutzungsantrags	18
2.3.2	Begründetheit des Mitnutzungsantrags	21
2.3.2.1	Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 77d Abs. 1 und 2 TKG (Zugangsanspruch)	21
2.3.2.1.1	Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG	22
2.3.2.1.2	Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 1 TKG	23
2.3.2.1.3	Versagungsgrund aus § 77g Abs. 2 Nr. 5TKG	23
2.3.2.2	Würdigung der vorliegenden Angebote gemäß § 77d Abs. 2 TKG	24
2.3.2.3	Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 77n Abs. 3 TKG (Tenorziffer 1 lit. b))	25
2.3.2.3.1	Anzuwendender Entgeltmaßstab	25
2.3.2.3.2	Vorrang projektspezifischer Kostenermittlung	27
2.3.2.3.3	Heranziehung alternativer Erkenntnisquellen	29
2.3.2.3.3.1	Keine Übertragung der KKA-Entgelte	30
2.3.2.3.3.2	Keine Übertragung der Preise aus vorgelegten Mitnutzungsverträgen	30
2.3.2.3.4	Prüfung der angebotenen Entgelte	31
2.3.2.3.4.1	Entgelt für die Leerrohrüberlassung	32
2.3.2.3.4.1.1	Vorliegen eines Beurteilungsspielraumes	33
2.3.2.3.4.1.2	Methodischer Ansatz zur Ermittlung des Investitionswertes	35
2.3.2.3.4.1.3	Bewertung der von der Antragsgegnerin hilfsweise vorgelegten Kalkulationen	43
2.3.2.3.4.1.4	Ermittlung der zu deckenden Kosten	44
2.3.2.3.4.1.5	Möglichkeit der Kostendeckung für die mitgenutzte Infrastruktur	59
2.3.2.3.4.2	Verwaltungskosten	59
2.3.2.3.4.3	Bereitstellungsentgelte	61
2.3.2.3.4.4	Auswirkungen auf den Geschäftsplan	61

2.3.2.3.5	Berücksichtigung der Regulierungsziele.....	65
2.3.2.3.5.1	Wahrung der Nutzerinteressen, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG	65
2.3.2.3.5.2	Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG.....	66
2.3.2.3.5.3	Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation, § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG.....	68
2.3.2.3.5.4	Ergebnis der Berücksichtigung der Regulierungsziele	69
2.3.2.3.6	Kein weitergehendes Interesse des Mitnutzungsverpflichteten.....	69
2.3.2.3.7	Fairness und Angemessenheit der festgesetzten Entgelte	70
2.3.2.4	Festlegung weiterer Mitnutzungsbedingungen	71
2.3.3	Anordnung des Vertrages	71
2.3.4	Antragsablehnung im Übrigen.....	72
	Rechtsbehelfsbelehrung.....	73