



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 11
Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

BK11-23-013

Beschluss

in dem Streitbeilegungsverfahren

Michael Rack (RSM Freilassing)
Nocksteinstr. 13, 83395 Freilassing

– Antragsteller –

gegen

Stadt Freilassing
Münchener Straße 15, 83395 Freilassing
vertreten durch Herrn Bürgermeister Hiebl

– Antragsgegnerin –

Beigeladene

1. Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM),
Frankenwerft 35, 50667 Köln,
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladener zu 1 –
2. 1&1 Versatel GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 2 –
3. 1&1 Versatel Deutschland GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 3 –
4. 1&1 Telecom GmbH,
Wanheimer Straße 90, 40468 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,
Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 6 –
7. wilhelm.tel GmbH,
Heidbergstraße 101-111, 22846 Norderstedt
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 7 –
8. Bundesverband Breitbandkommunikation e. V. (BREKO),
Menuhinstraße 6, 53113 Bonn,
vertreten durch den Vorstand
– Beigeladener zu 8 –
9. Eurofiber Germany GmbH (zuvor: Vattenfall Eurofiber GmbH),
Herzog-Heinrich-Str. 8, D-80336 München,
vertreten durch die Geschäftsführung
– Beigeladene zu 9 –

Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsgegnerin: Möller Rechtsanwälte PartG mbB,
Mühlbachbogen 1a, 83022 Rosenheim

hat die Beschlusskammer 11 – Nationale Streitbeilegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes – der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

auf die mündliche Verhandlung vom 17. 1. 2023

durch

die Vorsitzende Herchenbach-Canarius

den Beisitzer Dr. Haslinger und

den Beisitzer Dr. Kutzscher

am 24. 5. 2024 beschlossen:

1. Das Angebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 (Anlage 1 zum Beschluss) über die darin näher bezeichnete und im Beschluss BK11-23-002 angeordnete Mitnutzung der unbelegten Leerrohrinfrastruktur (DN 50 sowie Mikroleerrohrverbünde 24×7) einschließlich der Kabelschächte und Kabelverzweiger in der Nocksteinstraße, der Staufenstraße sowie der Hofhamer Straße in Freilassing wird mit den nachfolgenden Modifikationen angeordnet:

- a) Auf Seite 1 des Vertragsangebots wird in den Ziffern 1., 2., 5., 6., 9., und 10. der Entgeltwert „0,97 €“ gestrichen und durch „0,11 €“ ersetzt sowie in den Ziffern 3., 7. und 11. der Entgeltwert „0,41 €“ gestrichen und durch „0,10 €“ ersetzt.
- b) In der Regelung „Mietzahlungen“ auf Seite 5 des Vertragsangebots wird der Abschnitt „Mitnutzungsentgelt“ wie folgt neu gefasst:

„Der Mieter zahlt an den Vermieter für die Mitnutzung der passiven Infrastruktur ab Beginn der Mitnutzung pro Rohrmeter folgende jährliche Überlassungsentgelte je

- *Mikroleerrohr mit 7 mm Außendurchmesser (sowohl im Mikroleerrohrverbund mit 24 Röhrchen als auch für die Einzelröhrchen der Grundstücks- bzw. Hauszuführungen)* 0,11 €/m p. a.
- *Mikroleerrohr mit 10 mm Außendurchmesser im PE-Kabelrohr mit einem Außendurchmesser von 50 mm (PE 50 × 4,6 mm)* 0,10 €/m p. a.“

- c) In der Regelung zur „Art der passiven Netzinfrastuktur“ auf Seite 2 des Vertragsangebots wird der erste Satz gestrichen und durch folgenden Satz ersetzt:

„Eine Mitnutzung eines gemeindeeigenen Leerrohrs DA 50 (PE 50 × 4,6 mm) ist nur durch das Einbringen eines Rohrteilers realisierbar, wovon eine Unterteilung durch den Mieter genutzt wird.“

- d) Die Regelung zur „Ertüchtigung – Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters“ auf Seite 3 des Vertragsangebots wird wie folgt geändert:

- I. Im ersten Absatz wird der erste Satz gestrichen und durch folgenden Satz ersetzt:

„Der Mieter bringt auf seine Kosten in die von ihm mitgenutzten gemeindeeigenen Leerrohre DA 50 (PE 50 × 4,6 mm) sieben Mikroleerrohre mit 10 mm Außendurchmesser und 1 mm Wanddicke (MR 10 × 1 mm) als Rohrteiler ein und nutzt eines der sieben Mikroleerrohre.“

- II. Nach dem ersten Absatz wird folgende Regelung als zweiter Absatz neu eingefügt:

„Der Antragsteller ist zur Mitnutzung der Mikroleerrohre mit 7 mm Außendurchmesser (sowohl im Mikroleerrohrverbund mit 24 Röhrchen als auch für die Einzelröhrchen des Grundstücks- bzw. Hauszuführungen) berechtigt. Die Mitnutzung steht unter der Bedingung, dass der Antragsteller in diese Mikroleerrohre Glasfaserkabel in der Dimensionierung von mindestens vier Glasfasern je Wohneinheit und zusätzlich zwei Fasern je Gebäude auf eigene Kosten einbringt und auf diese einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang im Sinne des § 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG gewährt.“

- e) Die Regelung „Geplante Arbeiten (Entstörmaßnahme)“ auf Seite 3 des Vertragsangebots wird wie folgt geändert:

„Geplante Arbeiten sind – mit Blick auf das Erfordernis eines Sicherheitsservice – mit einem Vorlauf von mindestens 14 Tagen gegenüber dem Vermieter schriftlich anzukündigen. Der Vermieter bestätigt den Termin innerhalb von fünf Werktagen. Sollte der Termin aus betrieblichen Gründen des Vermieters nicht möglich sein, wird der Vermieter den Termin ablehnen und einen Alternativtermin innerhalb von sechs Werktagen nach dem vom Kunden gewünschten Termin vorschlagen.“

- f) Die Regelung zur „Informationspflicht des Mieters“ auf Seite 4 des Vertragsangebots wird wie folgt geändert:

„Durch den Mieter ist innerhalb von zwei Wochen – auf Grundlage der vom Vermieter zur Verfügung zu stellenden Dokumentation seiner Bestandsinfrastruktur – zu dokumentieren,

- *welche Rohre genutzt werden (genaue Bezeichnung der genutzten Rohre – z. B. Rohrnummer/Farbkennung – und genaue Angabe der Relation mit Anfangs- und Endpunkten),*
- *welche Kabel oder Mikroleerrohre in die Rohre eingebracht wurden (insbesondere Anzahl und Typ der Mikroleerrohre bzw. Kabel).*

Sofern für die Anbindung der Bestandsinfrastruktur an das Netz des Mieters neue Leerrohre oder Schächte errichtet werden, obliegt die Dokumentationspflicht gegenüber dem Infrastrukturatlas des Bundes (ISA) dem Mieter; die Daten sind auch dem Vermieter zu übermitteln.

Der Vermieter verpflichtet sich, die von ihm für die vertragsgegenständlichen Strecken in Umsetzung seiner Verpflichtung gegenüber dem ISA zu erstellenden Infrastrukturdaten dem Mieter unverzüglich nach Abfrage zur Verfügung zu stellen, damit dieser seine vertraglichen Dokumentationspflichten erfüllen kann.

Die Daten sind sowohl seitens des Mieters als auch des Vermieters in dem für den ISA jeweils im Zeitpunkt der Zulieferung erforderlichen Format (Geodaten in Form von ETRS89.UTM-32n Koordinaten) anzugeben.“

- g) Nach dem Abschnitt „Rückbauverpflichtung bei Beendigung der Mitnutzung, An eignungsrecht“ wird folgender Abschnitt neu eingefügt:

„Vertragsdauer und Kündigungsregelung

Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Die RSM Freilassing kann den Vertrag mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende kündigen.

Das Recht beider Vertragspartner zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.

Die Kündigung bedarf der Schriftform.“

2. Der Antragsteller hat bis zum 25.6.2024 Zeit, gegenüber der Antragsgegnerin schriftlich die Annahme des von der Beschlusskammer 11 unter Ziffer 1 der Antragsgegnerin angeordneten Angebots zu erklären.
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

1 Sachverhalt

- 1 Das Verfahren betrifft einen Streit zwischen dem Antragsteller, Herrn Michael Rack, RSM Freilassing und der Antragsgegnerin, der Stadt Freilassing.
- 2 Der Antragsteller begehrt die Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze der Stadt Freilassing zu fairen und angemessenen Bedingungen, insbesondere in Bezug auf die Preise für die Bereitstellung und Nutzung des Versorgungsnetzes im Ortsteil Hofham / Neuhofham. Der Antragsteller beabsichtigt, mehrere Straßen dieses Ortsteils mit schnellem Internet über Glasfaser bis ins Haus (FTTB/FTTH) zu versorgen. Hierzu benötigt er den Zugriff u. a. auf unbelegte Leerrohre.
- 3 Der Antragsteller, Michael Rack bzw. RSM Freilassing, ist ein bei der Bundesnetzagentur gelisteter regionaler Telekommunikationsanbieter, der Telekommunikationsdienste über Richtfunk, Glasfaserdirektverbindungen und VDSL2+ anbietet.
- 4 Die Antragsgegnerin, die Stadt Freilassing im Landkreis Berchtesgadener Land ist Eigentümerin der streitgegenständlichen Infrastruktur.
- 5 In dem Verfahren BK11-23-002 hatte der Antragsteller einen Antrag auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze im Ortsteil Hofham / Neuhofham gestellt. Die Beschlusskammer hat die Antragsgegnerin in Tenorziffer 1 ihrer Entscheidung BK11-23-002 verpflichtet:

„[...] dem Antragsteller ein Angebot über die Mitnutzung ihrer unbelegten Leerrohrinfrastruktur (DN 50 sowie Mikroleerrohrverbünde 24 × 7) einschließlich der Mitnutzung der Kabelschächte und Kabelverzweiger in der Nocksteinstraße, der Staufenstraße sowie der Hofhamer Straße (siehe Anlage zum Beschluss) zu unterbreiten.“
- 6 Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller daraufhin am 30. 6. 2023 ein Angebot übermittelt. In dem Angebot sind dabei neben der Auflistung der Streckenzüge und Zahlungsmodalitäten u. a. Bestimmungen zur Art der passiven Netzinfrastruktur, Ertüchtigung, geplanten Arbeiten, Informationspflicht des Mieters und zu einer Rückbauverpflichtung enthalten.
- 7 Der Antragsteller führt in seiner E-Mail an die Beschlusskammer 11 vom 11. 7. 2023 aus, dass das Angebot der Antragsgegnerin „in dieser Art und Weise nicht angenommen werde“ und er daher die Beschlusskammer um Preisfindung und inhaltliche Überprüfung ersuche. Der Antragsteller führt weiter zu folgenden Themenkreisen aus:
- 8 Nach seinen Berechnungen, die er auf Grundlage von Preisannahmen „zum Zeitpunkt 2019“ gemacht habe, seien als Kosten für den Bau deutlich niedriger als von der Antragsgegnerin angegeben zu veranschlagen.

- 9 Der Antragssteller wendet sich gegen die von der Antragsgegnerin geforderten Preise. Die Antragsgegnerin gehe bei deren Berechnung von zu hohen Investitionskosten aus. Der Antragsteller könne sich auf Basis seiner Berechnungen folgende Preise vorstellen:
- *„0,10 EUR pro Meter pro Jahr pro 7mm Rohr (125 % zum Preis des damaligen eigenwirtschaftlichen Komplettbaus)*
 - *0,054 EUR pro Meter pro Jahr pro 10mm Rohr (257 % zum Preis des damaligen eigenwirtschaftlichen Komplettbaus)“.*
- 10 Des Weiteren macht der Antragsteller geltend, dass die im Angebot geforderte Ertüchtigung des mitzubeneutzenden Leerrohrs durch Belegung mit einem Geotextil Rohrteiler (3 × 18 mm) keiner anerkannten Regel der Technik entspreche. Daher bestehe er auf der Verwendung von 7 × 10 × 1.0 mm Subducts (Mikroleerrohren). Dies wirke sich auch auf die Kosten aus, die entsprechend niedriger ausfielen. Beanstandet werden die in der Vertragsklausel „Art der passiven Netzinfrastruktur“ und in der Klausel „Ertüchtigung Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters“ enthaltenen Formulierungen, mit denen eine Pflicht geschaffen wird, einen Geotextilrohrteiler zu verwenden:
- „Art der passiven Netzinfrastruktur: „Ein Mitnutzen eines gemeindeeigenen Leerrohrs DA 50 (PE 50x4,6mm) ist nur durch einbringen eines Geo-Textil Rohrteilers 3x18mm und Nutzung eines der drei Unterteilungen durch den Mieter auf seine Kosten realisierbar. [...]“*
- Ertüchtigung Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters: „Der Mieter hat das jeweils mitzubeneutzende Leerrohr durch Belegung mit einem Geotextil Rohrteilers 3x18mm auf eigene Kosten zu ertüchtigen. (vgl. Ziffer 3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 16.04.2021, Az. BK11-21/001). [...]“*
- 11 Der Antragsteller beanstandet zudem die Vertragsklausel zur „Informationspflicht des Mieters“. Diese sieht vor:
- „Der Mieter wird spätestens binnen 2 Wochen nach erfolgtem Kabeleinzug die von ihm an der mitgenutzten Infrastruktur des Vermieters vorgenommenen sowie die von ihm eingebrachte TK-Infrastruktur auf eigene Kosten einmessen, auswerten und dokumentieren und diese dem Vermieter in einem vom Vermieter verwendeten oder vorgegebenen digitalen Format zur Dokumentation zur Verfügung stellen. Die Daten sind im ETRS89.UTM-32n Koordinaten anzugeben. [...]“*
- 12 Der Antragsteller hinterfragt hier den Zweck dieser Informationspflicht und wie genau deren inhaltliche Erfüllung aussehen soll. Hierbei verweist der Antragsteller darauf, dass die mitzunutzende Infrastruktur bereits eingemessen und verlegt ist. Es sei unklar, was diesbezüglich weiter vermessen werden soll.

- 13 Darüber hinaus rügt der Antragsteller die Klausel zur „Rückbauverpflichtung bei Beendigung der Mitnutzung, Aneignungsrecht“. Diese regelt:

„Der Mieter ist verpflichtet, nach Kündigung des Vertrages bzw. Wegfall des Mitnutzungsrechtes oder nach Stilllegung der auf Verlangen des Vermieters die eingebrachte Infrastruktur (i. d. R. Lichtwellenleiterkabel und Muffen) binnen 2 Monaten zu beseitigen und den ordnungsgemäßen bzw. ursprünglichen Zustand wiederherzustellen wiederum mit schriftlicher Abnahme des Vermieters.

Beseitigt der Mieter die eingebrachte Infrastruktur nicht fristgerecht, so ist die Vermieterin wahlweise entweder berechtigt die eingebrachte Infrastruktur auf Kosten des Mieters selbst zu beseitigen oder durch einen Dritten beseitigen zu lassen oder sich die passive Infrastruktur selbst anzueignen. Die Aneignung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Mieter. Der Mieter stimmt dieser Aneignung bereits jetzt zu.“

- 14 Der Antragsteller wendet sich – zusammengefasst – insgesamt gegen diese Klausel und möchte insbesondere keinesfalls Rückbauten durchführen.
- 15 Überdies beanstandet der Antragsteller, dass das Angebot keine Regelung zu Kündigungsmodalitäten enthält.
- 16 Schließlich wendet sich der Antragsteller gegen die Regelungen betreffend die Einbindung eines Sicherheitsservice. Die Klausel „Ertüchtigung Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters“ lautet:

„[...] Fachgerechte Arbeiten zum Kabeleinzug bzw. an dem eingezogenen Lichtwellenleiterkabel werden allein durch den Mieter und vom Mieter beauftragte Dritte vorgenommen. In diesem Zusammenhang ist das Öffnen von Kabelschächten und Abzweigkästen nur im Beisein eines Mitarbeiters des Vermieters erlaubt (Sicherheitsservice). Dies gilt auch für ggf. erforderliche Anbindungsarbeiten an den Kabelschächten/Rohrenden. Der Sicherheitsservice des Vermieters darf die fachliche und vertragskonforme Ausführung der Maßnahme beobachten und Weisungen erteilen.“

- 17 Es fehle hier ein Textbaustein, der es dem Sicherheitsservice ermögliche, auf das Beisein aktiv zu verzichten. Die hier vorgeschlagene Regelung besage, dass Arbeiten „ausschließlich“ im Beisein des Sicherheitsservice geschehen dürfen. Dies sei verwaltungstechnisch und kostentechnisch inakzeptabel und nicht notwendig. Zudem müssten die Kosten des Sicherheitsservice im Vertrag benannt werden, da dies ein elementarer Bestandteil des Vertrags sei und anderenfalls unkalkulierbare Positionen für die Wirtschaftlichkeitsberechnung bestünden.
- 18 Der Antragsteller stellte mit E-Mails vom 11. und 13. 7. 2023 folgenden Antrag auf Eröffnung eines Streitbeilegungsverfahrens:

„Im Falle RSM Freilassing gegen Stadt Freilassing beantragen wir die Festlegung fairer und angemessener Entgelte gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG i. V. m. § 138 TKG durch die Beschlusskammer.“

- 19 Der Antrag ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur (einheitliche Informationsstelle/Streitbeilegungsverfahren nach § 149 Abs. 1 TKG) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 14 vom 26. 7. 2023 als Mitteilung Nr. 123 veröffentlicht.
- 20 Mit Schreiben vom 18. 7. 2023 hat die Beschlusskammer die Antragsgegnerin über die Antragsstellung informiert und gebeten bis zum 25. 8. 2023 eine Stellungnahme sowie eine lückenlose Kalkulation zu den am 30. 6. 2023 dem Antragsteller vorgelegten Angebotspreise zur Mitnutzung vorzulegen.
- 21 Das Verfahren war auf Wunsch der Parteien vom 2. 8. 2023 bis 13. 11. 2023 ruhend gestellt.
- 22 Am 15. 11. 2023 wurde die Antragsgegnerin erneut zur Vorlage einer Entgeltkalkulation nebst Herleitung der verwendeten Kalkulationsparameter aufgefordert.
- 23 Am 13. 12. 2023 nahm die Antragsgegnerin Stellung und erwiderte auf die Antragschrift. Die festgelegten Preise in dem von ihr vorgelegten Angebot vom 30. 6. 2023 seien angemessen i. S. v. § 138 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG. Sie legte hierfür ihre zugrundeliegende Kalkulation und eine Rechnung für die Errichtung der passiven Netzinfrastruktur vor, die sie jedoch gegenüber Dritten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse qualifiziert.
- 24 Darüber hinaus bezieht sie zu einzelnen gerügten Vertragsbedingungen Stellung. Die Regelung zur Dokumentation etwaiger eingebrachter Komponenten durch den Antragsteller entspreche dem Interesse beider Vertragsparteien. Zudem diene die Regelung zur Rückbauverpflichtung dazu, dass bei Vertragsende eingebaute Komponenten wieder entfernt würden. Dies sei eine übliche Regelung im Mietrecht; außerdem habe die Antragsgegnerin ggf. kein Interesse an den Komponenten. Ebenfalls müsse die Ertüchtigung der Infrastruktur auf Kosten des Antragstellers erfolgen.
- 25 Den Beteiligten ist in der am 17. 1. 2024 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- 26 Bereits zu Beginn der öffentlichen mündlichen Verhandlung richtete die Beschlusskammer den Hinweis zur Präklusion nicht oder verspätet vorgelegter Auskünfte oder Unterlagen an die Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin habe sich nicht in der im Schreiben zur Übersendung des Antrags gesetzten Stellungnahmefrist zu allen Einwänden, insbesondere betreffend die Vertragsklauseln geäußert. Positionen, die nicht nachgewiesen sind, könne die Beschlusskammer auch nicht berücksichtigen. Bereits im Beschlusskammerschreiben zum Eingang und zur Übersendung des Antrags, seien beide Streitparteien auf § 215 Abs. 5 TKG hingewiesen worden.
- 27 Darüber hinaus wurden die Behauptungen des Antragstellers, die Antragsgegnerin gehe bei der Entgeltberechnung von zu hohen Investitionskosten aus, erörtert. Dies betraf die Behauptung des Antragstellers, die von der Antragsgegnerin geforderten Preise seien nicht anhand der durch die Antragsgegnerin vorgelegten Kalkulationsunterlagen nachvollziehbar.

- 28 Insofern wurde der Antragsgegnerin aufgefordert, für die streitgegenständlichen Straßen Nocksteinstraße, Staufensteinstraße und Hofhamer Straße noch fehlende Kalkulationsunterlagen nachzureichen, anhand derer die mit Schreiben vom 30. 6. 2023 dem Antragsteller angebotenen Preise für die Leerrohrmitnutzung im MS-Excel-Format nachvollzogen werden können. Dem ist die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 19. 2. 2024 nachgekommen.
- 29 Zudem wurden die Rügen des Antragstellers hinsichtlich der Klauseln zur Informationspflicht, zu Rückbauverpflichtungen, zum Einsatz des Sicherheitsservice, zum Einsatz eines Geotextil-Rohrteils und hinsichtlich des Fehlens einer Klausel zu Kündigungsmöglichkeiten im Vertragsangebot der Antragsgegnerin erörtert.
- 30 Im Zuge der Erörterung erklärte die Antragsgegnerin, es sei keine Einmessung der bestehenden passiven Infrastruktur durch den Antragsteller erforderlich und mit der Klausel intendiert. Die Klausel habe lediglich das Informationsinteresse der Antragsgegnerin zum Gegenstand und betreffe „nur das, was der Mitnutzende einbringt“. Aus diesem Grund könne, so die Antragsgegnerin, die Klausel auch hinsichtlich des Umfangs der Informationspflicht abgeschwächt werden. Dementsprechend sei eine Pflicht zur Einmessung ebenso wie die Beschränkung auf das geregelte Datenformat nicht erforderlich.

Vgl. Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung v. 17. 1. 2024, S. 24 f.

- 31 Des Weiteren wurden im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung die Gründe für eine Regelung zum verpflichtenden Rückbau nach Beendigung des Mitnutzungsverhältnisses erörtert.
- 32 Auf die Frage, warum der Mitnutzungsvertrag keine Kündigungsmöglichkeit des Mieters vorsehe, erläuterte die Antragsgegnerin, dass eine solche am Ende der Vertragsverhandlungen noch vorgesehen sei. Dass die Klausel noch nicht in den Vertrag aufgenommen worden sei, liege daran, dass sie davon ausgegangen sei, zunächst die wesentlichen Eckdaten übermitteln zu müssen. Die Antragsgegnerin räumte ein, sie wisse, dass die wesentlichen Vertragsbedingungen schon im Angebot hätten enthalten sein müssen. Sie signalisierte eine generelle Bereitschaft zur Aufnahme einer entsprechenden Regelung.
- 33 Die Antragsgegnerin erläuterte zum Sinn und Zwecks der Vertragsklausel, die eine zwingende Hinzuziehung eines Sicherheitsservice regelt, dass hierdurch eine Ankündigung der Arbeiten angestrebt werde, um die Einhaltung baurechtlicher Standards nachvollziehen zu können. Auf den Vorhalt der Beschlusskammer, die Klausel lasse die Subsumtion eines unterschiedlichen Umfangs des Einsatzes eines Sicherheitsservice zu, erläuterte die Antragsgegnerin, dass zentral sei, dass die Antragsgegnerin die verkehrsrechtlichen Anordnungen treffen könne und für sie nachvollziehbar sei und ihr mitgeteilt werde, „wann, wo, welche“ Arbeiten vorgenommen werden.

- 34 Im weiteren Verlauf der öffentlichen mündlichen Verhandlung erkundigte sich die Beschlusskammer nach den Beweggründen der Antragsgegnerin für einen Geotextil-Rohrteiler. Gleichzeitig wies die Beschlusskammer auf den Beschluss des VG Köln, 1 L 2023/23 vom 5. 1. 2024 hin, worin das Gericht ausführte, dass u. a. § 138 Abs. 3 TKG Anforderungen an die Art und Qualität der zu verwendeten Kabel enthalte. Die Antragsgegnerin konnte auf Nachfrage zwar nicht erläutern, was genau ein Geotextil-Rohrteiler ist. Sie erklärte allerdings, dass es ihr nicht darauf ankomme, dass zwingend ein „Geotextilrohrteiler“ eingebracht werde, sondern nur darauf, dass im Ergebnis eine Aufteilung des Leerrohres realisiert wird.

Vgl. Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung v. 17. 1. 2024, S. 36-39.

- 35 Die Antragsgegnerin hat entgegen ihrer Zusage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung,

Vgl. Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung v. 17. 1. 2024, S. 39,
kein überarbeitetes Angebot vorgelegt.

- 36 Die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über den Entscheidungsentwurf informiert und erhielten Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 211 Abs. 5 S. 1 TKG).

- 37 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftlichen Äußerungen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren sowie den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

2 Gründe

38 Der Streitbeilegungsantrag ist im tenorierten Umfang begründet.

2.1 Rechtsgrundlage

39 Rechtsgrundlage für die Entscheidung ist § 149 Abs. 2, Abs. 3 i. V. m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 138 Abs. 2 i. V. m. § 211 Abs. 2 und § 214 TKG.

2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens

2.2.1 Zuständigkeit

40 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 149 Abs. 1, 138 Abs. 2, 211 Abs. 2 und 214 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle in den Fällen des § 149 TKG durch Beschlusskammern. Das vorliegende Verfahren hat die Bedingungen der Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze gemäß § 149 Abs. 1 bis 3 TKG i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG zum Gegenstand. Die Beschlusskammer entscheidet in diesen Fällen verbindlich über die Rechte, Pflichten oder Versagungsgründe aus § 138 TKG. Gemäß § 149 Abs. 2 S. 1 TKG umfasst die Zuständigkeit der Beschlusskammer auch die Festsetzung eines Entgeltes.

41 Zwischen den Parteien ist auch nach der in BK11-23-002 angeordneten Angebotslegung der Antragsgegnerin keine Einigung über die Bedingungen der Mitnutzung zustande gekommen. Der Antragsteller begehrt daher die Entscheidung über die Bedingungen der Mitnutzung der in Rede stehenden passiven Netzinfrastrukturen.

2.2.2 Verfahren

42 Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

43 Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 215 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 215 Abs. 3 S. 1 TKG. Die den Beteiligten, sowohl dem Antragsteller und der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen, im Beschlusskammerverfahren gemäß § 215 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind gewahrt worden.

44 Gemäß § 211 Abs. 5 TKG sind die in der Telekommunikationsregulierung tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

2.3 Entscheidung in der Sache

- 45 Der Antrag ist zulässig und im tenorierten Umfang begründet. Die Anspruchsvoraussetzungen des Streitbeilegungsantrags nach § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG i. V. m. § 138 Abs. 2 TKG liegen vor. Die angerufene nationale Streitbeilegungsstelle kann verbindlich nach § 149 TKG entscheiden. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, dem Antragsteller die Mitnutzung der in Rede stehenden passiven Netzinfrastrukturen ihres öffentlichen Versorgungsnetzes zu den im Tenor festgeschriebenen Bedingungen zu gewähren.

2.3.1 Formelle Voraussetzungen

- 46 Eine verbindliche Entscheidung der nationalen Streitbeilegungsstelle konnte vorliegend beantragt werden. Das bilaterale Angebotsverfahren musste hier nicht mehr durchgeführt werden, da das Verfahren direkt an BK11-23-002 anknüpft.
- 47 Kommt es nach dieser erzwungenen Vorlage eines Vertragsangebots wieder zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien über die Bedingungen, über deren Ausgestaltung erneut der Zugang zur betroffenen Infrastruktur vereitelt werden könnte, würde es dem Beschleunigungsgedanken des DigiNetz-Gesetzes widersprechen, erneut langwierige Verhandlungen zu verlangen, wenn die Nichteinigung bereits absehbar ist.

Vgl. VG Freiburg, Urt. v. 11. 12. 2019 4 K 6764/18, juris-Rz. 22.

- 48 Insoweit musste das bilaterale Angebotsverfahren hier nicht mehr zwingend durchgeführt werden, da das Verfahren direkt an das Verfahren BK11-23-002 anknüpft. Nach dem Beschluss BK11-23/002 hat die Antragsgegnerin dem Antragsteller die Mitnutzung zu gewähren nachdem sich die Parteien über das „Ob“ der Mitnutzung und ihre technischen Bedingungen grundsätzlich in einer Weise ausgetauscht hatten, die ihre Verwirklichung zulässt. Der Verweis der Parteien auf weitere Verhandlungen über die Bedingungen der Mitnutzung hätte erneut den Zugang des Antragstellers zur betroffenen Infrastruktur vereiteln können.

2.3.2 Materielle Voraussetzungen

- 49 Die Anspruchsvoraussetzungen des § 138 Abs. 1 und 2 TKG liegen vor.
- 50 Nach § 138 Abs. 1 S. 1 TKG können Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze bei den Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze die Mitnutzung der passiven Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu fairen und angemessenen Bedingungen, einschließlich des Mitnutzungsentgelts, beantragen. Der Antragsteller ist Eigentümer und Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 42 TKG. Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin eines öffentlichen Versorgungsnetzes nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 43 lit. a) sublit. aa) TKG.

- 51 Im vorliegenden Fall hat die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit E-Mail/Schreiben vom 30. 6. 2023 ein Angebot zur Mitnutzung der hier streitgegenständlichen passiven Netzinfrastruktur übermittelt. Der Antragsteller hat das Vertragsangebot nicht angenommen, sondern hält einzelne Regelungen für unfair und unangemessen. Darüber hinaus rügt er das Fehlen einer Kündigungsregelung.

2.3.3 Würdigung des Vertragsangebots vom 30. 6. 2023 gemäß § 138 Abs. 2 TKG – Tenorziffer 1

- 52 Die Antragsgegnerin legte dem Antragsteller mit Schreiben vom 30. 6. 2023 ein Vertragsangebot zur Mitnutzung der streitgegenständlichen Infrastruktur vor.
- 53 Das Vertragsangebot wurde von dem Antragsteller nicht angenommen. Hinsichtlich der unstreitigen Mitnutzungsbedingungen hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit und die Autonomie der streitenden Parteien Vorrang. Die Beschlusskammer lässt sich zu den unstreitigen Teilen des Vertragsangebots nicht ein, sondern ordnet das Vertragsangebot insoweit an (siehe dazu unter Ziffer 2.3.3.3).
- 54 Kommt – im Übrigen – zwischen den Parteien keine Einigung über bestimmte Vertragsbedingungen zustande, entscheidet die Bundesnetzagentur gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG verbindlich über die Rechte und Pflichten des Mitnutzungsverhältnisses. Sofern die angebotenen Mitnutzungsbedingungen den Vorgaben des § 138 Abs. 2 TKG nicht genügen, sind sie von der Beschlusskammer durch diese Vorgaben genügende Regelungen zu ersetzen, § 149 Abs. 2 TKG.
- 55 Die Beschlusskammer hat die im Vertragsentwurf enthaltenen Regelungen, soweit sie zwischen den Streitparteien streitig sind, anhand der gesetzlichen Kriterien geprüft. Sowohl hinsichtlich der Entgelte als auch der Klauseln zur
- Rückbauverpflichtung,
 - zum Sicherheitsservice und
 - zu Kündigungsregelungen
- oblag es der Beschlusskammer – mangels Einigung der Parteien –, faire und angemessene Klauseln festzulegen oder abzuändern.
- 56 Aufgrund des in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gefundenen übereinstimmenden Parteiwillens bzw. den Erläuterungen der Antragsgegnerin zu den Zielen einer Informationspflicht sowie der Aufteilung von Leerrohren hat die Beschlusskammer schließlich entsprechende Änderungen der Klauseln zur
- Informationspflicht des Mieters und
 - zu der Art der einzubringenden passiven Netzinfrastruktur und Ertüchtigung (Geo-Textil-Rohrteiler)
 - vorgenommen.

2.3.3.1 Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 149 Abs. 3 TKG – Tenorziffer 1 lit. a) und b)

- 57 Die streitig gestellten Entgelte werden wie folgt festgelegt:
- Mikroleerrohr mit 7 mm Außendurchmesser (sowohl im Mikrorohrverbund mit 24 Röhrchen als auch für die Einzelröhrchen der Grundstücks- bzw. Hauszuführungen) 0,11 €/m p. a.
 - Mikroleerrohr mit 10 mm Außendurchmesser im PE-Kabelrohr mit einem Außendurchmesser von 50 mm (PE 50 × 4,6 mm) 0,10 €/m p. a.
- 58 Weitere Entgeltpositionen, insbesondere eine Bereitstellungsgebühr, eine jährliche Grundgebühr sowie Entgelte für den Sicherheitsservice, wurden weder im Angebot beziffert noch deren Kosten begründet und nachgewiesen; sie waren daher schon dem Grunde nach nicht anzuerkennen.
- 59 Daher wird auf Seite 1 des Vertragsangebots in den Ziffern 1., 2., 5., 6., 9., und 10. der Entgeltwert „0,97 €“ gestrichen und durch „0,11 €“ ersetzt sowie in den Ziffern 3., 7. und 11. der Entgeltwert „0,41 €“ gestrichen und durch „0,10 €“ ersetzt.
- 60 Ferner wird die zunächst vorgesehene Regelung zum „Mitnutzungsentgelt“ in dem Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 unter „Mietzahlungen“ auf Seite 5:

„Der Mieter zahlt an den Vermieter für die Mitnutzung der passiven Infrastruktur ab Beginn der Mitnutzung was folgt:

Eine Bereitstellungsgebühr

sowie folgende wiederkehrende Entgelte auf Basis der oben beschriebenen Preisstruktur:

Grundgebühr/Jahr

Mitnutzungsentgelt pro Meter/Jahr

Auf Grundlage der in den Planungsunterlagen angegebenen Länge nach Angebot Annahme von xxxxx m ergibt sich ein jährliches Mitnutzungsentgelt in Höhe von netto xxxx,xx €.

gestrichen und wie folgt neu gefasst:

„Der Mieter zahlt an den Vermieter für die Mitnutzung der passiven Infrastruktur ab Beginn der Mitnutzung pro Rohrmeter folgende jährliche Überlassungsentgelte je

- *Mikroleerrohr mit 7 mm Außendurchmesser (sowohl im Mikroleerrohrverbund mit 24 Röhrchen als auch für die Einzelröhrchen der Grundstücks- bzw. Hauszuführungen)* 0,11 €/m p. a.
- *Mikroleerrohr mit 10 mm Außendurchmesser im PE-Kabelrohr mit einem Außendurchmesser von 50 mm (PE 50 × 4,6 mm)* 0,10 €/m p. a.“

- 61 Die im Tenor angeordneten Entgelte sind fair und angemessen i. S. d. § 149 Abs. 2 und 3 TKG (siehe im Einzelnen Abschnitt 2.3.3.1.4).

2.3.3.1.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab

62 Der Entgeltmaßstab für die Mitnutzung von Telekommunikationsnetzen gemäß § 138 TKG bestimmt sich im vorliegenden Fall nach § 149 Abs. 3 TKG, da es sich bei dem streitgegenständlichen Leerrohr um einen Teil eines öffentlichen Versorgungsnetzes i. S. d. § 3 Nr. 43 TKG handelt, das der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dient und daher ein öffentliches Telekommunikationsnetz ist. Die passive Infrastruktur wurde für die Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten errichtet.

63 Legt die Bundesnetzagentur im Rahmen einer Streitbeilegung Entgelte nach § 149 Abs. 2, 3 TKG fest, so hat sie die vorgelegten Angebote zu würdigen und insbesondere auf ihre Fairness und Angemessenheit gegenüber den Streitparteien zu überprüfen. Zur Bestimmung der Fairness und Angemessenheit konkretisieren § 149 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 [jetzt § 149 TKG²⁰²¹] 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.

64 Bei der Mitnutzung von Telekommunikationsnetzen – wie im vorliegenden Fall – ist nach § 149 Abs. 3 TKG über die Deckung der zusätzlichen Kosten nach Abs. 2 hinaus sicherzustellen, dass der Infrastrukturinhaber 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.

2.3.3.1.2 Vorrang projektspezifischer Kostenermittlung

65 Nach den gesetzlichen Vorgaben des § 149 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.

Vgl. BK11-18/003, Rz. 114-120; BK11-18/006 Rz. 99-109; BK11-19/001, Rz. 91-101; BK11-19/002, Rz. 122-132; BK11-19/003, Rz. 115-125.

66 Dies folgt aus dem Wortlaut von § 149 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.

- 67 Ausgangspunkt der Kostenermittlung ist eine projektspezifische Betrachtung, also die Ermittlung der Kosten der beantragten Mitnutzung des betroffenen Telekommunikationsnetzes. Dies ergibt sich aus der gesetzessystematischen Verknüpfung der Absätze 2 und 3 des § 149 TKG, die zueinander in einem Stufenverhältnis stehen.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 56, wonach § 77n [jetzt § 149 TKG²⁰²¹] Abs. 3 TKG, der Abs. 2 als lex specialis ergänzt.

- 68 Grundlage für die Ermittlung eines Mitnutzungsentgeltes nach § 149 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.

- 69 Dass es auf die Kosten der tatsächlich genutzten Infrastruktur ankommt, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung. Danach soll die Streitbeilegungsstelle insbesondere die Investitionen in die passiven Netzinfrastrukturen, deren Mitnutzung begehrt wird, berücksichtigen.

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

- 70 Diese Ausführungen der Gesetzesbegründung werden auch durch Art. 3 Abs. 5 und Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie 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.“

- 71 Ausgangspunkt einer Bestimmung von Mitnutzungsentgelten ist demnach eine individuelle Kostenermittlung. Dabei setzt dies voraus, dass der potentiell Zugangsverpflichtete belastbare Nachweise zu den ihm entstandenen und entstehenden Kosten der Mitnutzung – auch zu den Kosten der Infrastruktur, deren Mitnutzung begehrt wird – vorlegt. Die Beweislast zur Vorlage dieser Nachweise trägt insofern der Zugangsverpflichtete

- 72 Aufgrund hinreichender Kostennachweise zu im Angebot bezifferten Entgeltpositionen der Antragsgegnerin hat die Beschlusskammer alternative Erkenntnisquellen ihrer Prüfung nicht zugrunde legen müssen. Auswirkungen auf einen etwaigen Geschäftsplan hat die Antragsgegnerin nicht geltend gemacht.

2.3.3.1.3 Prüfung der Entgeltkalkulation und Festsetzung der Entgelte

- 73 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 § 149 Abs. 2 und 3 TKG sind.
- 74 Der Streitbeilegungsstelle kommt ausweislich der Gesetzesmaterialien hinsichtlich der Konkretisierung „fairer und angemessener“ Entgelte ein weiter Ermessensspielraum zu.

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

- 75 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.

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

- 76 Im Hinblick auf die gesetzlichen Maßstäbe hat die Beschlusskammer bei der Entgeltfestsetzung gemäß § 149 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.
- 77 Deshalb war zunächst zu prüfen, welche Kosten im Zusammenhang mit den vertragsgegenständlichen Entgelten zu decken sind. Daher wurde die Antragsgegnerin aufgefordert, eine lückenlose Kalkulation der Entgelte nebst Herleitung der verwendeten Kalkulationsparameter vorzulegen. Die mit den Schreiben vom 13. 12. 2023 vorgelegten Unterlagen wiesen sehr große Nachweismängel und -lücken auf. So fehlten beispielsweise z. T. Nachweise und Belege für Kalkulationsparameter, auch wurden die angewendeten Kalkulationsschritte und -methoden durchweg weder beschrieben noch erläutert, so dass die Kalkulation selbst für fachkundige Kostenrechner nicht nachvollzogen werden konnte. Aufgrund dessen wurde der Antragsgegnerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. 1. 2024 die Möglichkeit eingeräumt, eine nachgebeserte Kalkulation vorzulegen. Am 19. 2. 2024 legte die Antragsgegnerin schließlich eine weitere Kalkulation mitsamt Rechnungsbelegen vor. Diese Unterlagen bilden die Basis für die Prüfung und die ggf. daraufhin erforderliche Neufestlegung der Entgelte. Sofern die von der Antragsgegnerin angebotenen Entgelte über den ermittelten Kosten lagen,

wurde geprüft, ob die von dem Antragsteller gebotenen Entgelte die Kosten zu decken vermochten. Da dies nicht zutraf, waren die Entgelte anhand den von der Beschlusskammer ermittelten Kosten festzusetzen.

- 78 Im Angebot vom 30. 6. 2023 forderte die Antragsgegnerin Entgelte für Mikroleerrohre mit DA 7 mm (im folgenden auch MR 7) – sowohl im Rohrverbund mit $24 \times \text{MR 7}$ (im folgenden auch $\text{MRV } 24 \times 7$) als auch für einzelne MR 7 – auf der Relation Glasfaserverteiler – Grundstücksgrenze i. H. v. 0,97 €/m p. a. und 0,41 €/m p. a. für die Nutzung eines Zuges in einem PE-Kabelrohr mit DA 50 mm (im Folgenden auch PE 50-Rohr); nach dem Angebot sollte dieses vom Antragsteller mit einem Dreifach-Geotextilrohrteiler ertüchtigt werden, in der öffentlichen mündlichen Verhandlung haben sich die Parteien darauf verständigt, dass stattdessen sieben Mikroleerrohre mit DA 10 mm mit einem Millimeter Wanddicke (im Folgenden auch $\text{MR } 10 \times 1$ bzw. MR 10) in die PE 50-Rohre eingebracht werden sollen.

2.3.3.1.3.1 Prüfung der Entgeltkalkulation der Antragsgegnerin

- 79 Die Entgelte, die sich nach der zuletzt vorgelegten Kalkulation ergeben, weichen sowohl bei den Kostenträgern als auch den Kosten von den Entgelten des Vertragsangebots vom 30. 6. 2023 ab. Allerdings waren die in der Kalkulation eingestellten Gesamtkosten rechnerisch nachvollziehbar und anhand geeigneter Nachweise (Rechnungen) belegt worden. Die in der Kalkulation verwendeten Mengen- und Preisangaben ließen sich anhand der beigefügten Rechnungsbelege verifizieren bzw. korrigieren. Letzteres war lediglich bei dem Kostenwert für die oberirdischen Gehäuse erforderlich, der mit [REDACTED] € nicht dem Rechnungsbetrag von [REDACTED] € entsprach. Insgesamt konnten sie damit für die Entgeltfestsetzung durch die Beschlusskammer herangezogen werden.
- 80 Was die anschließende Ermittlung der jährlichen Kosten betrifft, so konnten grundsätzlich alle Rechenschritte nachvollzogen werden. Das methodische Vorgehen ist aus ökonomischer Sicht einfach gehalten (z. B. Zinsberechnung per [REDACTED]).
- 81 Die Nutzungsdauer von [REDACTED] Jahren für Rohre und Schächte entspricht der zu erwartenden Nutzungsdauer für bauliche Anlagen [REDACTED].

- 82 Die Nutzungsdauer für oberirdische Gehäuse (passives Element ohne aktive Übertragungstechnik) von ■ Jahren ist hingegen als zu kurz einzustufen. Hier ist eine Nutzungsdauer von 20 Jahren realistischer.

Vgl. BNetzA, Beschluss BK3a-22-003 v. 28. 6. 2022, S. 38.

- 83 Der gemäß Stadtratsbeschluss festgelegte Zinssatz in Höhe von 2,0 % ist – auch gegenüber dem Antragsteller – als angemessen einzustufen und daher nicht anzupassen. Denn er liegt nicht über dem gemäß § 42 Abs. 3 TKG ermittelten Zinssatz für die angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals von zuletzt 5,06 % (nominal) bzw. 2,96 % (real).

Vgl. BNetzA, Beschluss BK3a-23-005, v. 31. 10. 2023, S. 24 ff., 50, 59.

- 84 Darüber hinaus wurden von der Antragsgegnerin weder weitere Kosten noch Auswirkungen auf den Geschäftsplan geltend gemacht.
- 85 Die Allokation der jährlichen Gesamtkosten auf die PE 50-Rohre, MRV 24 × 7 und MR 7 entsprach nicht den Kostenträgern aus dem Angebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 und ihrem Vorgehen in ihrer Kalkulation vom 13. 12. 2023.

2.3.3.1.3.2 Entgeltfestsetzung durch die Beschlusskammer

- 86 Für die Überlassung von Mikroleerrohren mit 7 mm Außendurchmesser für die Grundstücks- bzw. Hauszuführungen ist ein Entgelt von 0,11 €/m und Jahr und für Mikroleerrohre mit 10 mm Außendurchmesser, mit den die PE-Kabelrohre mit 50 mm Außendurchmesser zu ertüchtigen sind, ein Entgelt von 0,10 €/m und Jahr festzusetzen. Die dadurch generierten Erlöse reichen aus, um die Kosten der mitgenutzten Infrastruktur der Antragsgegnerin zu decken.
- 87 Die von der Beschlusskammer ermittelten Kosten von 0,11 €/m p. a. je MR 7 liegen unter dem Preis der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 i. H. v. 0,97 €/m p. a. und über der Preisvorstellung des Antragstellers i. H. v. 0,10 €/m p. a. Für die MR 10 im PE 50-Rohr ergibt sich ein gleich gelagertes Bild: Die von der Beschlusskammer ermittelten Kosten von 0,10 €/m p. a. je MR 10 liegen unter dem von der Antragsgegnerin geforderten Preis von 0,41 €/m p. a., der allerdings für einen Zug im Dreifachrohrteiler – also einem Drittel PE 50-Rohr – galt; bei einer Ertüchtigung der PE 50-Rohre mit sieben MR 10 entspricht dies umgerechnet 0,18 €/m p. a. je MR 10 (3 Züge × 0,41 €/m p. a. / 7 MR). Demgegenüber liegen sie über den vom Antragsteller als angemessen erachteten Preis von 0,054 €/m p. a. Im Ergebnis waren daher die von der Beschlusskammer ermittelten Kosten als Entgelte anzuordnen. Im Einzelnen:
- 88 Streitgegenstand sind nach dem Angebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 die Entgelte pro Meter und Jahr für ein MR 7 (sowohl im Rohrverbund mit 24 Mikroleerrohren als auch Einzelröhrchen bei den Hauszuführungen ausgewiesen) und einen Zug in einem PE 50-Rohr. Folglich sind die ■ Kostenblöcke ■

██████████, in die der Kostennachweis gegliedert ist, auf diese beiden Kostenträger zuzuordnen.

- 89 Die von der Antragsgegnerin in ██████ Kostenblöcken ausgewiesenen Herstellereinzelnkosten wurden für die Entgeltfestlegung übernommen. Allein die Kosten für die oberirdischen Gehäuse wurden entsprechend der Feststellung in Rz. 79 von ██████ € auf ██████ € korrigiert.
- 90 Im nächsten Schritt waren die Einzelkosten der Herstellung für die Rohrverbünde mit 24 × MR 7 in der Straße i. H. v. ██████ € mit denen der MR 7 für die Stiche zu den Grundstücken / Häusern der Anwohner i. H. v. ██████ € zusammenzufassen. Im Ergebnis belaufen sich die Einzelkosten der Herstellung des Kostenträgers MR 7 auf ██████ €; die des Kostenträgers PE 50-Rohr belaufen sich auf ██████ €. Die direkten Herstellkosten der beiden Kostenträger betragen zusammen ██████ €.
- 91 Die Herstellereinzelnkosten der Kostenträger MR 7 und PE 50-Rohr sowie der auf diese noch zu verteilenden Kostenblöcke ██████ sowie ██████ sind in der Spalte *Kosten* von Tabelle 1 auf Seite 22 dargestellt.
- 92 Um die nicht direkt auf die Kostenträger entfallenden Herstellereinzelnkosten und Allgemeinkosten der Herstellung auf die Kostenträger MR 7 und PE 50-Rohr verteilen zu können, musste zunächst ein Schlüssel gebildet werden. Wegen der unterschiedlichen Nutzungsdauern waren hierfür zunächst die jährlichen Kapital- und Zinskosten zu ermitteln und diese anschließend mithilfe des Schlüssels auf die Kostenträger zu verteilen.
- 93 Anhand der Kostenanteile von MR 7 und PE 50 an deren gesamten Herstellereinzelnkosten in Höhe von ██████ € (siehe Tabelle 1) wurden Schlüssel zur Aufteilung der Kostenblöcke Herstellereinzelnkosten für ██████ gebildet, um diese Kosten auf die beiden Kostenträger MR 7 und PE 50-Rohr zu verteilen. Danach beträgt der Anteil für MR 7 ██████ % und der für PE 50-Rohre ██████ %. Wegen der – auch nach deren Korrektur von █ Jahren auf den in Rz. 82 genannten Wert von █ Jahren – kürzeren Nutzungsdauer für die Gehäuse konnten die Herstellungskosten nicht direkt zu den Herstellkosten der Kostenträger addiert werden, da sie sonst ebenfalls über die längere Nutzungsdauer der Leerrohre abgeschrieben werden würden. Deshalb waren zunächst sowohl für die Kostenträger als auch die darauf zu verteilenden Kostenblöcke ██████ die Abschreibungen und Zinsen zu ermitteln.
- 94 Anders als die Antragsgegnerin verwendet die Beschlusskammer hierfür die Annuitätenmethode, mit der ebenfalls über die gesamte Nutzungsdauer ein konstanter Betrag für Abschreibungen und Zinsen ermittelt werden kann. Sie ist aber gegenüber der von der Antragsgegnerin verwendeten ██████ vorzuziehen, da mit ihr die Zinsen ██████ exakt ██████ ermittelt werden. Anhand der

von der Antragsgegnerin verwendeten Parameter und der zuvor beschriebenen Korrekturen und Anpassungen ergeben sich die in Tabelle 1 dargestellten Annuitäten:

Tabelle 1: Berechnung der jährlichen Kapital- und Finanzierungskosten (Annuitäten)

Kostenblock	Kosten	Nutzungsdauer	Zinssatz	Annuitäten
			2,0 %	
			2,0 %	
			2,0 %	
			2,0 %	
			2,0 %	
Gesamt				

- 95 Anschließend wurden die Annuitäten der Kostenblöcke [REDACTED] anhand der oben hergeleiteten Anteile auf die Kostenträger MR 7 und PE 50-Rohr – wie in folgender Tabelle dargestellt – aufgeteilt:

Tabelle 2: Jährliche Gesamtkosten je Kostenträger

	Kostenträger MR 7	PE 50-Rohr	Summen
Kostenanteil			
Annuitäten Kostenträger			
Gesamt			

- 96 Zur Ermittlung eines längenabhängigen Entgelts musste die effektive Länge der Rohrzüge je Kostenträger (Mengengerüst) ermittelt werden.
- 97 Bei den MR 7, die für die Anbindung der Grundstücke / Gebäude genutzt werden, waren sowohl die MRV 24 × 7 als auch die einzelnen MR 7 für die eigentlichen Grundstückszuführungen zu betrachten. In dem hier gegenständlichen Gebiet wurden [REDACTED] m MRV 24 × 7 verlegt. Dies ergibt miteinander ausmultipliziert eine Rohrzuglänge von [REDACTED] m. Zusammen mit den vom Rohrverbund zu den Grundstücken abzweigenden MR 7 mit einer Gesamtlänge von [REDACTED] m ergibt sich eine gesamte Rohrzuglänge von [REDACTED] m für den Kostenträger MR 7.
- 98 Hinsichtlich der PE 50-Rohre haben sich die Parteien in der öffentlichen mündlichen Verhandlung darauf verständigt, dass sie der Antragsteller anstatt des im Angebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 geforderten Dreifach-Geotextilrohrteilers mit sieben MR 10 ausstattet. Dementsprechend sind die auf die PE 50-Rohre entfallenden Herstellkosten auf sieben MR 10-Rohrzüge aufzuteilen. Bei einer Länge der PE 50-Rohre von [REDACTED] m ergibt sich somit eine Rohrzuglänge von [REDACTED] m.

- 99 Bei den MR 7 geht die Antragsgegnerin von einem Belegungsgrad von ■ % der Rohrzuglängen aus. Dieser Wert ist aus Sicht der Kammer plausibel, denn nach der Abzweigung für eine Grundstückszuführung bleibt das restliche Rohr i. d. R. dauerhaft leer. Würden diese Strecken im Mengengerüst aufgenommen wären die Entgelte niedriger als zur Deckung der Kosten notwendig; alternativ könnte dieser Effekt auch berücksichtigt werden, wenn statt eines Meterpreises für die Relation Glasfaserverteiler – Grundstücksgrenze ein längenunabhängiges Entgelt je Grundstückszuführungsleitung ermittelt würde (Gesamtkosten je Kostenträger / Anzahl der Grundstückszuführungen). Die Parteien präferieren auch nach dieser Anregung der Beschlusskammer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung weiterhin ein längenabhängiges Entgelt für die MR 7. Hierfür musste die Rohrzuglänge von ■ m mit dem o. g. Belegungsgrad multipliziert werden, um die effektive Nutzrohrzuglängen zu erhalten, die sich auf ■ m beläuft. Bei den MR 10 in den PE 50-Rohren sieht die Beschlusskammer – wie auch die Antragsgegnerin – von der Anwendung eines Belegungsgrades ab.
- 100 Die die jährlichen Gesamtkosten je Kostenträger wurden anschließend durch die effektiven Rohrzuglängen je Kostenträger dividiert, um die in Tabelle 3 dargestellten Kosten pro Meter Rohrzug und Jahr zu erhalten, die der Entgeltfestsetzung der Beschlusskammer zugrunde gelegt wurden.

Tabelle 3: Kosten pro Meter, Rohrzug und Jahr

	Kostenträger	
	MR 7	MR 10 in PE 50-Rohr
Gesamtkosten	■ € p. a.	■ € p. a.
Effektive Rohrzuglängen	■ m	■ m
Entgelt	0,11 €/m p. a.	0,10 €/m p.a.

2.3.3.1.4 Fairness und Angemessenheit der festgesetzten Entgelte

- 101 Die Beschlusskammer hat die ermittelten Entgelte anhand der Vorgaben des § 149 Abs. 2 und 3 TKG auch 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. a) der ausgewiesenen Entgelte fair und angemessen ist.
- 102 Die Interessen von Antragsteller 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 des Antragstellers an der gesetzgeberisch eingeräumten Teilhabe an passiver Netzinfrastruktur zum Aufbau eines Netzes mit sehr hoher Geschwindigkeit im Sinne von § 3 Nr. 33 TKG zu sehen. Dieses Interesse wird durch den Gesetzgeber insofern begrenzt, als nur in besonderen Ausnahmefällen

(nämlich bei Vorliegen eines Versagungsgrundes aus § 141 Abs. 2 TKG) die Mitnutzung nicht gewährt werden muss. In allen anderen Fällen besteht ein Anspruch auf Zugang zu den passiven Infrastrukturen, wobei dieser Zugang dann eine entsprechende Entgeltpflichtigkeit 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.

- 103 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.
- 104 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.
- 105 Die so ermittelten Entgelte sind auch unter Berücksichtigung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele für diese Streitbeilegung als fair und angemessen anzusehen.
- 106 Die in diesem Streitbeilegungsverfahren relevanten Nutzerinteressen in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG streiten für die von der Beschlusskammer festgelegten Entgelte, da diese kostendeckend sind und somit infolge der Mitnutzung kein sachlicher Grund für zusätzliche Belastungen der Endkunden Dritter besteht, die über das Netz der Antragsgegnerin versorgt werden. 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. Mit niedrigeren Entgelten könnte die Antragsgegnerin ihre Kosten nicht decken. Höhere Überlassungsentgelte würden dem Regulierungsziel zuwiderlaufen. Denn sie hätten höhere Endkundenentgelte zur Folge. Dies betrifft in jedem Fall die Endkunden des Antragstellers. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass 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 des Antragstellers schwächen. Auf der anderen Seite ist jedoch nichts dazu vorgetragen oder anderweitig ersichtlich, dass der höhere Mittelzufluss an die Antragsgegnerin zu verstärkten Investitionen führen würde. Selbst wenn aufgrund der höheren Entgelte verstärkte Investitionen der Antragsgegnerin erfolgen würden, stünde dem immer noch eine geminderte Investitionskraft des Antragstellers entgegen.
- 107 Das Regulierungsziel des beschleunigten Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) streitet ebenfalls 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.

- 108 Eine über diesen gesetzlichen Entgeltmaßstab und die hier erfolgten Annahmen hinausgehende Berücksichtigung der Rechtspositionen der Antragsgegnerin war nicht geboten. Insbesondere kam eine Bestätigung der von der Antragsgegnerin 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 des Antragstellers führen würden, der seinerseits in seiner grundgesetzlichen Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG hinreichend von der Preisgestaltung betroffen ist.

2.3.3.2 Festlegung weiterer fairer und angemessener Mitnutzungsbedingungen – Tenorziffer 1 lit. c) bis g)

- 109 Die Überprüfung weiterer fairer und angemessener Mitnutzungsbedingungen durch die Beschlusskammer erstreckt sich über die Entgelte hinaus auf folgende Klauseln im Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023:

- auf Seite 2

„Art der passiven Netzinfrastruktur

Ein Mitnutzen eines gemeindeeigenen Leerrohrs DA 50 (PE 50x4,6mm) ist nur durch einbringen eines Geo-Textil Rohrteilers 3x18mm und Nutzung eines der drei Unterteilungen durch den Mieter auf seine Kosten realisierbar. [...]

- auf Seite 3

„Ertüchtigung; Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters

Der Mieter hat das jeweils mitzubeneutzende Leerrohr durch Belegung mit einem Geotextil Rohrteilers 3x18mm auf eigene Kosten zu ertüchtigen (vgl. Ziffer 3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 16.04.2021, Az. BK11-21/001).

[...]

Fachgerechte Arbeiten zum Kabeleinzug bzw. an dem eingezogenen Lichtwellenleiterkabel werden allein durch den Mieter und vom Mieter beauftragte Dritte vorgenommen. In diesem Zusammenhang ist das Öffnen von Kabelschächten und Abzweigkästen nur im Beisein eines Mitarbeiters des Vermieters erlaubt (Sicherheitsservice). [...]

„Geplante Arbeiten (Entstörmaßnahme)

[...] Die Kosten für den Sicherheitsservice sind vom Mieter gesondert zu erstatten.“

- auf Seite 4

„Informationspflicht des Mieters

Der Mieter wird spätestens binnen 2 Wochen nach erfolgtem Kabeleinzug die von ihm an der mitgenutzten Infrastruktur des Vermieters vorgenommenen sowie die von ihm eingebrachte TK-Infrastruktur auf eigene Kosten einmessen, auswerten und dokumentieren und diese dem Vermieter in einem vom Vermieter verwendeten oder vorgegebenen digitalen Format zur Dokumentation zur Verfügung stellen. Die Daten sind im ETRS89.UTM-32n Koordinaten anzugeben. [...]“

- auf Seite 6

„Rückbauverpflichtung bei Beendigung der Mitnutzung, Aneignungsrecht

Der Mieter ist verpflichtet, nach Kündigung des Vertrages bzw. Wegfall des Mitnutzungsrechtes oder nach Stilllegung der auf Verlangen des Vermieters die eingebrachte Infrastruktur (i. d. R. Lichtwellenleiterkabel und Muffen) binnen 2 Monaten zu beseitigen und den ordnungsgemäßen bzw. ursprünglichen Zustand wiederherzustellen wiederum mit schriftlicher Abnahme des Vermieters. [...]“

2.3.3.2.1 Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen

110 Im Gegensatz zu dem spezielleren Prüfungsmaßstab zu den Mitnutzungsentgelten aus § 149 Abs. 2, 3 TKG werden die weiteren Mitnutzungsbedingungen anhand des allgemeineren Prüfungsmaßstabs des § 138 Abs. 2 Nr. 1 TKG bewertet. Die sonstigen in Streit stehenden vertraglichen Regelungen werden anhand dieses Maßstabs geprüft und, sofern erforderlich, als faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung festgelegt.

111 Als Prüfungsmaßstab für die Festlegung der weiteren Mitnutzungsbedingungen hat die Beschlusskammer bereits in früheren Entscheidungen § 138 Abs. 2 S. 2 TKG herangezogen. Dieser legt als Kriterium für ein ordnungsgemäßes Angebot über die Mitnutzung im konkreten Streitfall fest, dass dieses „faire und angemessene Bedingungen für die Mitnutzung, insbesondere in Bezug auf den Preis für die Bereitstellung und Nutzung des Versorgungsnetzes sowie in Bezug auf die zu leistenden Sicherheiten und Vertragsstrafen enthalten muss.

Vgl. zum Folgenden die frühere Beschlusskammerentscheidungen Beschluss BK11-18/005 v. 5. 11. 2018, Rz. 182 und Beschluss BK11-18/006 v. 28. 1. 2019, Rz. 226.

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

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

auch die frühere Beschlusskammerentscheidungen Beschluss BK11-18/005 v. 5. 11. 2018, Rz. 186 und Beschluss BK11-18/006 v. 28. 1. 2019, Rz. 228.

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

Vgl. die Bedeutungsübersicht unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/fair>; siehe auch zum Folgenden Beschluss BK11-18/005 v. 5. 11. 2018, Rz. 88 unter Verweis auf Erwägungsgrund 14 der Kostensenkungsrichtlinie.

- 114 Dementsprechend führt auch Erwägungsgrund 19 der Kostensenkungsrichtlinie aus:

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

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

Vgl. RL 2014/61/EU, Erwägungsgrund 14.

- 116 Eine weitergehende Definition des Begriffs der fairen und angemessenen Zugangsbedingungen ist weder in der Kostensenkungsrichtlinie, noch in dem diese Richtlinie umsetzenden §§ 136-149 TKG enthalten.

- 117 Bereits im allgemeinen Wettbewerbsrecht ist die Vorstellung des fairen und angemessenen Ausgleichs in den §§ 19 und 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angelegt. Diese zielen auf einen funktionierenden, freien und fairen Wettbewerb im Umfeld einer marktbeherrschenden Stellung. Der im allgemeinen Recht angelegte Grundsatz wird für den Bereich der Telekommunikation im TKG noch einmal aufgegriffen und spezifiziert.

- 118 § 35 Abs. 4 TKG legt insoweit fest, dass alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung den Anforderungen der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit entsprechen müssen. Diese Anforderungen können auch zur Ausfüllung des Begriffs der fairen und angemessenen Bedingungen herangezogen werden, denn ihre Tauglichkeit zur Beurteilung von Vertragsbedingungen hängt nicht davon ab, ob der den Zugang gewährende Infrastrukturihaber über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die jeweiligen Kräfte- und Wettbewerbsverhältnisse zwischen Zugangspetenten und Infrastrukturihabern können auch im Rahmen der Kriterien Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit berücksichtigt werden.

- 119 Das Gebot der Billigkeit erfordert, dass die Mitnutzung zu Bedingungen angeboten wird, die den Zwecken angemessen sind, die der Mitnutzungsnachfrager (hier der Antragsteller) beim Bezug dieser Leistungen verfolgt. Belastungen und Einschränkungen des

Mitnutzungsnachfragers bei Bestellung und Bezug dieser Leistungen müssen durch schützenswerte Interessen der Antragsgegnerin gerechtfertigt sein. Umgekehrt gilt, dass der Antragsteller nicht die für sie jeweils vorteilhaftesten Bedingungen beanspruchen kann. Einmal gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Antragsgegnerin nicht zu Vertragsbedingungen verpflichtet werden kann, deren Belastungen für sie in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu dem Nutzen der Mitnutzung für den Mitnutzungsnachfrager und Wettbewerber stehen. Zweitens ist anerkannt, dass die Wettbewerber unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit keine besseren Bedingungen fordern können, als zwischen Unternehmen in einem wettbewerblichen Umfeld im Wege von Vertragsverhandlungen bzw. auf Grundlage gesetzlicher Regelungen zu erwarten wären. Dies gilt in Bezug auf die Zugangsanordnung nach § 35 TKG – einem Instrument gegen ein durch Regulierungsverfügung festgestelltes Marktversagen – und muss insofern erst recht im Falle von Mitnutzungen nach § 138 TKG gelten.

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

- 120 Das Gebot der Chancengleichheit muss nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt werden, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern, sowie flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, §§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Hieraus lässt sich folgern, dass für Wettbewerber gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden sollen. In Bezug auf die Regelung des § 35 Abs. 4 TKG folgt daraus eine Gestaltung der Vertragsbedingungen, die dem Zugangsnachfrager erlaubt, in einen chancengleichen Wettbewerb sowohl mit dem Zugangsverpflichteten als auch mit anderen Wettbewerbern zu treten. Dieser Gedanke lässt sich im Wesentlichen auf § 138 Abs. 2 TKG übertragen, da der Regelungszweck dieser Norm ebenfalls auf die Förderung leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen sowie flächendeckend angemessener und (im Sinne des DigiNetz-Gesetzes) ausreichender Dienstleistungen gerichtet ist. Dabei ist zwar zu berücksichtigen, dass den eingegangenen Investitionsrisiken, dem vorstoßenden Wettbewerb des Infrastruktureigentümers oder -betreibers und den Auswirkungen der Mitnutzung auf sein Geschäftsmodell im Bereich außerhalb des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht ein höheres Gewicht zukommt. Dies darf aber nicht dazu führen, dass die Beschränkung der eng auszulegenden Ausschlussgründe in § 141 Abs. 2 TKG durch zu restriktive Mitnutzungsbedingungen wieder ausgehebelt wird. Umgekehrt lässt sich jedoch sagen, dass eine Regelung, die nach § 35 Abs. 4 TKG dem Zugangsnachfrager zumutbar ist, erst recht für den Mitnutzungspeten als fair und angemessen i. S. v. § 138 Abs. 2 TKG anzusehen ist.

2.3.3.2.2 Art der passiven Netzinfrastruktur: Rohrteiler – Tenorziffer 1 lit. c)

- 121 Die zunächst vorgesehene Regelung zur „Art der passiven Netzinfrastruktur“ auf Seite 2 in dem Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023:

„Ein Mitnutzen eines gemeindeeigenen Leerrohrs DA 50 (PE 50x4,6mm) ist nur durch einbringen eines Geo-Textil Rohrteilers 3x18mm und Nutzung eines der drei Unterteilungen durch den Mieter auf seine Kosten realisierbar.“,

wird aufgrund des in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gefundenen übereinstimmenden Parteiwillens wie folgt geregelt:

„Eine Mitnutzung eines gemeindeeigenen Leerrohrs DA 50 (PE 50 × 4,6 mm) ist nur durch das Einbringen eines Rohrteilers realisierbar, wovon eine Unterteilung durch den Mieter genutzt wird.“

- 122 Hinsichtlich der im Vertragsangebot geforderten Ertüchtigung des mitzubeneutzenden Leerrohrs durch Einbringung eines Geotextil Rohrteilers (3 × 18 mm) haben sich die Parteien in der öffentlichen mündlichen Verhandlung darauf verständigt, dass stattdessen sieben MR 10 × 1 mm in die PE 50-Rohre eingebracht werden sollen. Der erste Satz der Regelung im Vertragsangebot zur Art der passiven Netzinfrastruktur und zur Ertüchtigung (siehe unter Abschnitt 2.3.3.2.3) wird daher entsprechend des übereinstimmenden Parteiwillen abgeändert.

- 123 Neben dem übereinstimmenden Parteiwillen ist das gefundene Ergebnis auch in technischer Hinsicht geeignet. Im Gegensatz zu dem im Angebot geforderten Geotextil Rohrteile (3 × 18 mm) entspricht die Ertüchtigung des der PE 50-Leerrohre mit sieben MR 10 dem Stand der Technik. Damit wird die technisch maximal mögliche Belegungsrate von ca. 40 % der inneren Querschnittsfläche des aufnehmenden Rohrs voll ausgeschöpft.

Vgl. z. B. Weigel / Zerson, Glasfasernetze Kabelnetze Kompaktwissen, 2. Aufl. 2022, S. 201 ff. sowie Deutsche Telekom Technik GmbH, Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen der Telekom für Bauleistungen am Telekommunikations-Netz Teil 40 (ZTV TKNetz 40), Stand Juni 2023, S. 48 ff.

2.3.3.2.3 Ertüchtigung, Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters

2.3.3.2.3.1 Rohrteiler – Tenorziffer 1 lit. d) Ziff. I.

- 124 Die zunächst vorgesehene Regelung zur „Ertüchtigung – Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters“ auf Seite 3 in dem Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023:

„Der Mieter hat das jeweils mitzubeneutzende Leerrohr durch Belegung mit einem Geotextil Rohrteilers 3x18mm auf eigene Kosten zu ertüchtigen (vgl. Ziffer 3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 16.04.2021, Az. BK11-21/001).“

wird aufgrund des in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gefundenen übereinstimmenden Parteiwillens wie folgt geregelt:

„Der Mieter bringt auf seine Kosten in die von ihm mitgenutzten gemeindeeigenen Leerrohre DA 50 (PE 50 × 4,6 mm) sieben Mikroleerrohre mit 10 mm Außendurchmesser und 1 mm Wanddicke (MR 10 × 1) als Rohrteiler ein und nutzt eines der sieben Mikroleerrohre.“

- 125 Der Antragsteller beabsichtigt, mehrere Straßen des hier streitgegenständlichen Ortsteils mit schnellem Internet über Glasfaser bis ins Haus (FTTB / FTTH) zu versorgen. Hierzu benötige er den Zugriff u. a. auf unbelegte Leerrohre, welche sich in kommunaler Verwaltung bzw. in kommunalem Eigentum befinden. Die Beschlusskammer hat die Antragsgegnerin in Tenorziffer 1 ihrer Entscheidung BK11-23-002 verpflichtet:

„[...] dem Antragsteller ein Angebot über die Mitnutzung ihrer unbelegten Leerrohrinfrastruktur (DN 50 sowie Mikroleerrohrverbünde 24 × 7) einschließlich der Mitnutzung der Kabelschächte und Kabelverzweiger in der Nocksteinstraße, der Staufenstraße sowie der Hofhamer Straße (siehe Anlage zum Beschluss) zu unterbreiten.“

- 126 Die PE 50-Rohre der Antragsgegnerin in dem streitgegenständlichen Gebiet sind nicht belegt, d. h. in ihnen liegen noch keine Mikroleerrohre oder Kabel. Ein Glasfaserkabeleinzug durch den Antragsteller in die PE 50-Rohre ohne vorherige Ertüchtigungen durch Mikroleerrohre als Rohrteiler würde einen späteren Nachzug weiterer Glasfaserkabel erschweren, wenn nicht sogar teilweise unmöglich machen. Dies hätte zur Folge, dass die Mitnutzung zu einer Einschränkung der Eigen- bzw. weiterer Fremdnutzung des Eigentümers der Infrastruktur führen würde. Um dies zu vermeiden, ist eine Regelung zu schaffen, die eine vorherige Ertüchtigung der Leerrohre vorsieht, um den Zielvorstellungen des DigiNetz-Gesetzes möglichst weitgehend entsprechen zu können.

Vgl. hierzu bereits Beschluss BK11-21/001 v. 16. 4. 2021, Rz. 110 ff.

- 127 Für eine solche Regelung spricht, dass der Antragsteller durch den bereits zeitnah geplanten Ausbau und die Erschließung der streitgegenständlichen Bereiche mit Glasfaserkabeln ein originäres Eigeninteresse an der Ertüchtigung hat und diese auch problemlos vornehmen kann. Es kann ihm daher zugebilligt und zugemutet werden, die Ertüchtigung der PE 50-Rohre mit sieben Mikroleerrohren DA 10 selbst vorzunehmen. So wird die Antragsgegnerin im Sinne eines Interessenausgleichs in die Lage versetzt, auch weiterhin über die Infrastruktur verfügen und weitere Mitnutzungsmöglichkeiten einräumen zu können. Die Streitparteien sind sich einig, dass der Antragsteller die für die Ertüchtigung der PE 50-Rohre mit sieben Mikroleerrohren MR 10 notwendigen Kosten selbst trägt.

2.3.3.2.3.2 Zugang in den Grundstückszuleitungen – Tenorziffer 1 lit. d) Ziff. II.

- 128 In die Regelung zur „Ertüchtigung – Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters“ auf Seite 3 des Vertragsangebots der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 wird nach dem ersten Absatz folgende Regelung als zweiter Absatz neu eingefügt:

„Der Antragsteller ist zur Mitnutzung der Mikroleerrohre mit 7 mm Außendurchmesser (sowohl im Mikroleerrohrverbund mit 24 Röhrchen als auch für die Einzelröhrchen der Grundstücks- bzw. Hauszuführungen) berechtigt. Die Mitnutzung steht unter der Bedingung, dass der Antragsteller in diese Mikroleerrohre Glasfaserkabel in der Dimensionierung von mindestens vier Glasfasern je Wohneinheit und zusätzlich zwei Fasern je Gebäude auf eigene Kosten einbringt und auf diese einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang im Sinne des § 141 Abs. 2 Nr. 7 TKG gewährt.“

- 129 Die Mitnutzung des Antragstellers für die betroffenen MR 7 ist dergestalt zu ermöglichen, dass der Antragsteller Glasfaserkabel mit einer Dimensionierung einbringt, durch die ausreichend Glasfasern zu Verfügung stehen, damit weiteren Telekommunikationsunternehmen die Versorgung von Endkunden über einen diskriminierungsfreien offenen Netzzugang ermöglicht wird.
- 130 Die von der Antragsgegnerin bereits verlegten Leerrohre für die Grundstückszuführungen sind bislang unbelegte MR 7; die Grundstückszuführungen enthalten somit bislang keine Glasfaserkabel. Durch den Einzug eines Glasfaserkabels wird ein späterer Nachzug weiterer Glasfaserkabel aufgrund der kleinen Durchmesser der für die Grundstückszuführung verwendeten Leerrohre unmöglich. Eine undifferenzierte Nutzung der hier vorhandenen passiven Infrastrukturen durch den Antragsteller – indem er lediglich ein einzelnes Glasfaserkabel einbringt – führt demgemäß dazu, dass keine Eigen- bzw. weitere Fremdnutzung mehr möglich wäre. Bereits im Vorgängerverfahren BK11-23-002 wies die Beschlusskammer in den Rz. 89 f. ausdrücklich darauf hin, dass eine entsprechende Dimensionierung geboten ist. Daher bedarf es dieser – das Angebot ergänzenden – Anordnung einer bestimmten Dimensionierung der einzubringenden Glasfaserkabel, damit einerseits das Vertragsangebot vom 30. 6. 2024 den Bestimmungen des vorgenannten Beschlusses entspricht und andererseits um hier eine Form der Nutzung zu gewähren, die einer Mitnutzung im wörtlichen Sinne gleichkommt und die gleiche dahinterstehende Zielvorstellung verwirklicht. Nur so kann der Zielvorstellung des DigiNetz-Gesetzes, also dem Heben von Synergieeffekten für den schnelleren Glasfaserausbau Rechnung getragen werden.
- 131 Zuvörderst ist zu konstatieren, dass es sich im vorliegenden Fall auch bezüglich der kleineren Zuführungsrohre um passive Netzinfrastrukturen im Sinne des § 3 Nr. 45 TKG und damit um für eine Mitnutzung geeignete Objekte handelt. Eine Mitnutzung solcher Infrastrukturen ist vorgesehen für öffentliche Versorgungsnetze, womit gemäß § 3 Nr. 43 TKG entstehende, betriebene oder stillgelegte physische Infrastrukturen für die

öffentliche Bereitstellung von Erzeugungs-, Leitungs- oder Verteildiensten für Telekommunikation umfasst sind. Dieser sehr weite Versorgungsnetzbegriff beinhaltet bereits Netze im Entstehen und geht von einem einheitlichen Netzbegriff aus.

Vgl. hierzu bereits Beschluss BK11-21/001 v. 16. 4. 2021, Rz. 64.

- 132 Dabei wird also nicht zwischen bereits betriebenen und sonstigen Netzen differenziert, so dass auch die Möglichkeit besteht, noch leere Infrastrukturen durch eine beantragte Mitnutzung komplett zu befüllen. Die dagegen möglichen Einwände sind abschließend in § 141 Abs. 2 TKG aufgeführt und kommen hier – wie oben festgestellt – nicht zum Tragen. Insoweit käme hier auch eine komplette Befüllung der Infrastruktur durch eine – insofern undifferenzierte – Mitnutzung generell in Betracht.
- 133 Aufgrund der besonderen Fallkonstellation, dass durch die hier angeordnete Mitnutzung eine Eigennutzung oder Nutzung durch Dritte erschwert bzw. unmöglich würde, sind dabei die Interessenlage und möglicherweise geschützte Grundrechtspositionen in besonderem Maße zu berücksichtigen, um eine mit Blick vor allem auf die Zielvorstellungen des DigiNetz-Gesetzes objektive, transparente und verhältnismäßige Entscheidung im Rahmen des § 149 Abs. 1 Nr. 1 TKG zu treffen. Dabei ergibt sich die Anforderung einer verhältnismäßigen Entscheidung, neben allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ausdrücklich aus Art. 3 Abs. 5 der Kostensenkungsrichtlinie.
- 134 Im Fall von Hauszuführungen besteht die Besonderheit darin, dass durch die Mitnutzung der passiven Infrastruktur diese faktisch nur noch durch den Petenten genutzt werden kann. Das würde im Ergebnis dazu führen, dass weder der Eigentümer noch andere Telekommunikationsunternehmen die Möglichkeit hätten, Glasfaserkabel in die Infrastruktur einzubringen und darüber Endkunden zu versorgen.
- 135 Dabei wird allerdings die Möglichkeit der vollständigen Befüllung der Infrastrukturen in den Grundstückszuführungen in dem hier vorliegenden speziellen Fall an die Bedingung eines verpflichtenden Open Access durch den Antragsteller geknüpft. Würde diese unterbleiben, bestünde die Gefahr, dass die komplett befüllte Infrastruktur einer Zugangsmöglichkeit für andere Erschließungsinteressierte entzogen würde und insbesondere die betroffenen Endkunden faktisch an einen Monopolisten gebunden wären.
- 136 Dieser Aspekt der Anordnung wahrt demgemäß nicht nur die Verbraucherinteressen durch die Sicherstellung der Angebotsvielfalt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b) TKG, sondern stellt daneben und vor allem den chancengleichen Wettbewerb sicher i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Zudem wird der Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG beschleunigt. Zwar erfährt der Antragsteller insoweit eine gewisse Einschränkung, als er hier direkt zu einem wettbewerblichen Verhalten verpflichtet wird, allerdings hat er zum einen die Möglichkeit, das angeordnete modifizierte Vertragsangebot nicht anzunehmen, wenn ihm das Risiko der Geschäftstätigkeit zu diesen Bedingungen zu hoch erscheint. Zum anderen hat er auch die Chance, über das Angebot von Vorleistungen in einem derzeit ihm exklusiv vorbehaltenen Bereich seine notwendigen Investitionen zu

amortisieren und damit letztlich auch eine bessere Ausnutzung der vorhandenen Netzkapazitäten zu erzielen. Insoweit bietet das Angebot eines diskriminierungsfreien, offenen Netzzugangs auch eine Chance für den so gestalteten Netzausbau.

- 137 Gemäß dem gesetzgeberischen Ziel obliegt es der Streitbeilegung, neben der Verfahrensbeschleunigung auch „ungerechtfertigte Mitnutzungsverweigerungen zu unterbinden und unangemessene Bedingungen für die Mitnutzung in angemessene Bedingungen zu überführen und dabei auch Wettbewerbseffekte auf den vor- und nachgelagerten Bereich zu berücksichtigen“.

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

- 138 Wenn es also hier (ausnahmsweise) dazu kommt, dass eine komplette Befüllung der vorhandenen Infrastruktur mit Glasfaserkabeln erforderlich ist, um überhaupt eine Nutzung und damit auch Mitnutzung durch einen Dritten ermöglichen zu können, so ist die Anordnung einer entsprechenden Regelung im Angebot im konkreten Fall erforderlich und angemessen und wird durch die ergänzende besondere Anordnung des Open Access abgedeckt.
- 139 Über die hier gefundene Regelung wird – wie ausgeführt – beiden Interessenlagen Rechnung getragen, ohne dabei jeweils zu weitgehend in die entsprechend grundrechtlich geschützten Sphären sowohl der kommunalen Selbstverwaltung und fiskalischen Interessen der Antragsgegnerin auf der einen Seite als auch dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Antragstellers auf der anderen Seite einzugreifen.

2.3.3.2.4 Kosten für den Sicherheitsservice – Tenorziffer 1 lit. e)

- 140 In der zunächst vorgesehenen Regelung „Geplante Arbeiten (Entstörmaßnahmen)“ auf Seite 3 des Vertragsangebots der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023:

„Geplante Arbeiten und die erforderliche Beistellung von Personal durch den Vermieter sind mit einem Vorlauf von mindestens 14 Tagen gegenüber dem Vermieter schriftlich anzukündigen. Der Vermieter bestätigt den Termin innerhalb von 5 Werktagen, sollte der Termin aus betrieblichen Gründen des Vermieters nicht möglich sein, wird der Vermieter den Termin ablehnen und soweit möglich einen Alternativtermin innerhalb von 6 Werktagen nach dem vom Kunden gewünschten Termin vorschlagen. Die Kosten für den Sicherheitsservice sind vom Mieter gesondert zu erstatten.“,

wird wie folgt geändert:

„Geplante Arbeiten sind – mit Blick auf das Erfordernis eines Sicherheitsservice – mit einem Vorlauf von mindestens 14 Tagen gegenüber dem Vermieter schriftlich anzukündigen. Der Vermieter bestätigt den Termin innerhalb von fünf Werktagen. Sollte der Termin aus betrieblichen Gründen des Vermieters nicht möglich sein, wird der Vermieter den Termin ablehnen und einen Alternativtermin innerhalb von sechs Werktagen nach dem vom Kunden gewünschten Termin vorschlagen.“

- 141 Eine Anpassung der Klausel war schon deshalb erforderlich, weil das Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2024 weder Entgelte für Leistungen des Sicherheitsservice enthält noch deren Abrechnungsmodalitäten auch nur ansatzweise substantiiert. Damit stünde die in der Regelung „Geplante Arbeiten (Entstörmaßnahmen)“ auf Seite 3 vorgesehene Kostenübernahme für den Sicherheitsservice durch den Antragsteller im Widerspruch zu den angebotenen Entgelten auf Seite 1 wie auch zur Entgeltregelung auf Seite 5 des Vertragsangebots, die beide keine Entgelte für den Sicherheitsservice aufweisen.
- 142 Überdies müsste zumindest geregelt sein, welche Leistungen der Sicherheitsservice konkret erbringt, nach welchen Mengeneinheiten (Stunden, Stück etc.) diese Leistungen wie erfasst (d. h. gegenüber dem Antragsteller nachgewiesen werden) und mit welchem Entgelt pro Leistungseinheit sie abgerechnet werden sollen. Ohne dieses Mindestmaß an Konkretisierung der Entgeltkomponenten führt die Kostenübernahmepflicht in dieser Klausel für den Antragsteller zu unkalkulierbaren Kosten, für den von ihm zwingend zu beauftragenden Sicherheitsservice.
- 143 Abgesehen von der oben angeordneten Streichung bedarf – entgegen der Ansicht des Antragstellers – die Regelung zur Inanspruchnahme des Sicherheitsservice durch die Antragsgegnerin keiner Anpassung. Insofern sind die hier und im letzten Absatz des Abschnitts „Ertüchtigung – Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters“ vorgesehenen Regelungen, dass Arbeiten ausschließlich im Beisein des seitens der Antragsgegnerin beauftragten Sicherheitsservice vollzogen werden dürfen, fair und angemessen; sie stellen Regelungen des Verantwortungsbezugs der Parteien im Zuge der operativen Umsetzung dar.
- 144 Dementsprechend ist es fair und angemessen, wenn die hierfür relevanten Arbeiten selbst fachgerecht vom Antragsteller vorgenommen werden dürfen. Das Beisein von Mitarbeitern der Antragsgegnerin hindert den Antragsteller aber nicht daran, in der gebotenen Zeit und unter Berücksichtigung des Standes der Technik die adäquaten Maßnahmen selbst vorzunehmen. Der Beaufsichtigung durch die Antragsgegnerin und der damit einhergehenden geringen Beeinträchtigung des Interesses des Antragstellers steht das berechnigte Interesse der Antragsgegnerin an Schutz und Erhalt des gemeindlichen Eigentums gegenüber. Mit Blick auf das berechnigte Eigentumsinteresse der Antragsgegnerin genügt die Regelung einer Beaufsichtigung durch Mitarbeiter der Antragsgegnerin, um die Sicherheit des Netzes der Antragsgegnerin zu wahren. Gleichzeitig genügt die Regelung dem Interesse des Antragstellers, die erforderliche Handlungsfreiheit und -flexibilität hinsichtlich der Arbeiten zu behalten. Im Übrigen steht es der Antragsgegnerin frei, von der Überwachung der Arbeiten des Antragstellers durch einen Sicherheitsservice abzusehen.

2.3.3.2.5 Informationspflicht des Mieters – Tenorziffer 1 lit. f)

- 145 Die zunächst vorgesehene Regelung zur „Informationspflicht des Mieters“ auf Seite 4 des Vertragsangebots der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023

„Der Mieter wird spätestens binnen 2 Wochen nach erfolgtem Kabeleinzug die von ihm an der mitgenutzten Infrastruktur des Vermieters vorgenommenen sowie die von ihm eingebrachte TK-Infrastruktur auf eigene Kosten einmessen, auswerten und dokumentieren und diese dem Vermieter in einem vom Vermieter verwendeten oder vorgegebenen digitalen Format zur Dokumentation zur Verfügung stellen. Die Daten sind im ETRS89.UTM-32n Koordinaten anzugeben. [...]“

wird wie folgt geregelt:

„Durch den Mieter ist innerhalb von zwei Wochen – auf Grundlage der vom Vermieter zur Verfügung zu stellenden Dokumentation seiner Bestandsinfrastruktur – zu dokumentieren,

- *welche Rohre genutzt werden (genaue Bezeichnung der genutzten Rohre – z. B. Rohrnummer/Farbkennung – und genaue Angabe der Relation mit Anfangs- und Endpunkten),*
- *welche Kabel oder Mikroleerrohre in die Rohre eingebracht wurden (insbesondere Anzahl und Typ der Mikroleerrohre bzw. Kabel).*

Sofern für die Anbindung der Bestandsinfrastruktur an das Netz des Mieters neue Leerrohre oder Schächte errichtet werden, obliegt die Dokumentationspflicht gegenüber dem Infrastrukturatlas des Bundes (ISA) dem Mieter; die Daten sind auch dem Vermieter zu übermitteln.

Der Vermieter verpflichtet sich, die von ihm für die vertragsgegenständlichen Strecken in Umsetzung seiner Verpflichtung gegenüber dem ISA zu erstellenden Infrastrukturdaten dem Mieter unverzüglich nach Abfrage zur Verfügung zu stellen, damit dieser seine vertraglichen Dokumentationspflichten erfüllen kann.

Die Daten sind sowohl seitens des Mieters als auch des Vermieters in dem für den ISA jeweils im Zeitpunkt der Zulieferung erforderlichen Format (Geodaten in Form von ETRS89.UTM-32n Koordinaten) anzugeben.“

- 146 Die Regelung ist fair und angemessen, weil sie es der Antragsgegnerin ermöglicht ihre gegenüber dem ISA bestehende Dokumentationspflicht aus dem Vertrag mit dem ISA vom 11. 10. 2022 über ihre bereits bestehende passive Netzinfrastruktur unter Nutzung der bei ihr vorhandenen Daten zu erfüllen. Die Zugrundelegung des jeweils aktuellen Datenformats ist dabei für beide Parteien zumutbar und trägt den Anforderungen des ISA Rechnung. Dies gilt unter anderem mit Blick darauf, dass beide Streitparteien bereits in der Vergangenheit Datenlieferungen an den ISA vorgenommen haben. Sowohl Eigentümer als auch Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze, die über Einrichtungen verfügen, die zu Telekommunikationszwecken genutzt werden können, sind gegenüber der Zentralen Informationsstelle des Bundes (ZIS) zur Auskunft verpflichtet. Dementsprechend hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt, in der

Vergangenheit bereits Daten nach § 79 TKG geliefert zu haben. Auch der Antragsteller ist verpflichtet seine Daten für den ISA zur Verfügung zu stellen.

147 In der öffentlichen mündlichen Verhandlung haben sich die Parteien darauf verständigt, dass die Regelung einzig dem Zweck der Dokumentation dienen soll, was in die entsprechende Leerrohrinfrastruktur durch den Antragsteller eingebracht wird. Um eine Bescheidung weiterer Mitnutzungsanträge durch die Antragsgegnerin zu ermöglichen ist die geänderte Informationspflicht erforderlich und ausreichend. Eine darüber hinausgehende Einmessungspflicht des Antragstellers ist nach übereinstimmenden Parteiwillen nicht erforderlich.

148 In Ansehung des Gesetzeszwecks, den Breitbandausbau zügig und effizient voranzubringen, ist die Regelung angemessen, da der mit ihr angestrebte Zweck der Dokumentation des Breitbandausbaus nicht außer Verhältnis zu den Interessen der Antragsgegnerin, des Antragstellers und der Allgemeinheit steht, sondern diese Interessen angemessen ausgleicht.

149 Das DigiNetz-Gesetz zielt darauf ab, einen schnellen, nachhaltigen und kostengünstigen Ausbau digitaler Hochgeschwindigkeitsnetz zu fördern.

BT-Drs. 18/8332, S. 1 f.

150 Die Regelung ist angemessen, da der mit ihr angestrebte Zweck der Dokumentation des Breitbandausbaus nicht außer Verhältnis zu den Interessen der Antragsgegnerin, des Antragstellers und der Allgemeinheit steht, sondern diese Interessen angemessen ausgleicht. Das Interesse der Antragsgegnerin besteht hier darin, Klarheit im Hinblick auf einen bestehenden und realisierten Mitnutzungsanspruch zu haben und die Erschließung des Gebiets zügig vorantreiben zu können.

151 Das im Vertrag für beide Seiten vorgesehen digitale Datenformat ist durch die Nutzbarkeit für den ISA vorgegeben und beiden Parteien bekannt. Die Vorgabe eines bestimmten Datenformats für den ISA ist erforderlich und angemessen. Vor diesem Hintergrund ist eine bloß mündliche oder telefonische Anzeige nicht hinreichend. Zugleich erleichtert die elektronische Übermittlung die Nutzbarkeit für die Antragsgegnerin mit Blick auf weitere Mitnutzungspetenten oder die Informationserteilung an den ISA, welcher elektronisch geführt wird. Vor diesem Hintergrund ist eine bloß mündliche oder telefonische Anzeige nicht hinreichend. Auch die ergänzte Informationspflicht des Vermieters ist fair und angemessen, da sie der Beschleunigung des Breitbandausbaus durch den Antragsteller dient und Doppelaufwand vermeidet.

152 Auch der dem Antragsteller für seine Dokumentationspflicht gesetzte Zeitrahmen ist verhältnismäßig. Die Vertragsregelung setzt für die Dokumentationspflicht an die Antragsgegnerin nicht an den frühesten denkbaren Zeitpunkt direkt zum Beginn der Mitnutzung an, der in einem Zeitrahmen nach Vertragsschluss bzw. Anordnung des Vertrags liegen könnte. Die Verpflichtung des Antragstellers knüpft zu seinen Gunsten auf einen u. U. späteren Zeitpunkt einer solchen Dokumentation. Dem Antragsteller stehen

zwei Wochen nach Kabeleinzug zur Verfügung, um der Antragsgegnerin im Rahmen der Dokumentationspflicht erforderliche Daten zu übermitteln.

2.3.3.2.6 Rückbauverpflichtung bei Beendigung der Mitnutzung, Aneignungsrecht

- 153 Die streitig gestellte Regelung in dem Vertragsangebot der Antragsgegnerin auf Seite 6 des Vertragsangebots der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 zur Rückbaupflicht bei Beendigung der Mitnutzung, Aneignung

„Der Mieter ist verpflichtet, nach Kündigung des Vertrages bzw. Wegfall des Mitnutzungsrechtes oder nach Stilllegung der auf Verlangen des Vermieters die eingebrachte Infrastruktur (i. d. R. Lichtwellenleiterkabel und Muffen) binnen 2 Monaten zu beseitigen und den ordnungsgemäßen bzw. ursprünglichen Zustand wiederherzustellen wiederum mit schriftlicher Abnahme des Vermieters. [...]“

ist fair und angemessen. Sie berührt nicht die berechtigten Interessen des Antragstellers.

- 154 Die von dem Antragsteller – im Ergebnis erfolglos – abgelehnte Regelung beinhaltet eine Rückbaupflicht des Mitnutzers auf seine Kosten nach Ende des Mitnutzungsverhältnisses. Grundsätzlich besteht gemäß Satz 1 der Regelung bereits die Vorgabe, dass der Mitnutzer – hier der Antragsteller – zur Wiederherstellung des „ursprünglichen“ bzw. eines „ordnungsgemäßen“ Zustands verpflichtet ist. Die Begrifflichkeiten „ursprünglich“ und „ordnungsgemäß“ konkretisieren insoweit hinreichend, dass der gewünschte Zustand der Infrastruktur derjenige ist, der vor der Mitnutzung bestand. Damit ist z. B. auch bereits geregelt, dass keine Reste der von dem Antragsteller eingebrachten Telekommunikationsinfrastruktur in der passiven Infrastruktur der Antragsgegnerin verbleiben dürfen und keine Beschädigungen dabei in Kauf genommen werden müssen.
- 155 Auch dem abgefassten Zusatz einer schriftlichen Abnahme durch den Vermieter steht ein berechtigtes Interesse der Antragsgegnerin gegenüber. Die Antragsgegnerin möchte sicherstellen, dass ggf. weitere im genutzten Leerrohr verlegte Infrastrukturen oder sonstige Einrichtungen der Antragsgegnerin nicht beeinträchtigt werden. Demgegenüber führt die Regelung im Interesse des Mitnutzers näher aus, dass der Mitnutzer bei der Rückgabe der Mietsache nur zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verpflichtet ist, aber nicht dazu, die Mietsache nach den Vorstellungen des Vermieters zu verändern.
- 156 Insgesamt entspricht die Klausel dem Leitbild eines Mietvertrages, wonach der Mieter gemäß § 546 Abs. 1 BGB die Mietsache wieder in ihren ursprünglichen Zustand zurückzusetzen hat, sofern es sich nicht um vertragsgemäße Abnutzungen handelt und die Mitnutzung an sich beendet wird oder eine Aneignung durch die Antragsgegnerin erfolgt.

- 157 Klarstellend weist die Beschlusskammer im Zusammenhang mit der Klausel darauf hin, dass die Veräußerung der im Eigentum des Antragstellers stehenden Infrastruktur mit anschließender Unternehmensnachfolge mit der Beendigung der Mitnutzung nicht gleichzusetzen ist. Im Fall der Veräußerung wird die Mitnutzung fortgeführt. Dementsprechend verfängt der Einwand des Antragstellers nicht, dass es an einem den Veräußerungsfall mit anschließender Fortführung der Mitnutzungstätigkeit regelnden Ausnahmetatbestand der Rückbaupflicht mangle. Das Interesse des Antragstellers wird vielmehr durch die Wahl der Formulierung „bei Beendigung der Mitnutzung“ gewahrt. Diese Auslegung korrespondiert zudem mit dem Vortrag der Antragsgegnerin, wonach sie einzig und allein eine Regelung des Rückbaus für den Fall der Einstellung der Mitnutzung bzw. einer Aneignung durch sie selbst vor Augen hatte.

Vgl. Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung v. 17. 1. 2024, S. 26 ff.

- 158 Die im vorgenannten Sinne zu verstehende Klausel bringt in fairer und angemessener Weise die Interessen der Vertragsparteien in Einklang und entspricht insofern auch den Geboten von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit. Dem Antragsteller wird klar die Aufgabe zugewiesen, für den ursprünglichen bzw. einen ordnungsgemäßen Zustand der Infrastruktur nach Beendigung der Mitnutzung zu sorgen. Die Klausel ist für beide Parteien kalkulierbar.

2.3.3.2.7 Vertragslaufzeit und Kündigungsregelungen – Tenorziffer 1 lit. g)

- 159 Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit war eine Ergänzung des Vertragsangebots um die folgenden Regelungen zur Vertragslaufzeit und Kündigungsklauseln für den Antragsteller und die Antragsgegnerin erforderlich:

„Vertragsdauer und Kündigungsregelung

Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Die RSM Freilassing kann den Vertrag mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende kündigen.

Das Recht beider Vertragspartner zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.

Die Kündigung bedarf der Schriftform.“

2.3.3.2.7.1 Keine Festlegung einer (Mindest-)Vertragslaufzeit

- 160 Die folgende Regelung wird im Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 nach der Regelung „Rückbauverpflichtung bei Beendigung der Mitnutzung, Aneignungsrecht“ neu eingefügt:

„Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.“

- 161 Der streitgegenständliche Vertragsentwurf sieht keine Regelung zur (Mindest-)Vertragslaufzeit vor. Dass der Mitnutzungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wird

korrespondiert mit dem Umstand, dass nur innerhalb der Fristen des bilateralen Zugangsverfahrens Versagungsgründe gegen eine Mitnutzung geltend gemacht werden können. Eine spätere Geltendmachung von Versagungsgründen ist ausgeschlossen. Sonstige Regelungen zu einer Befristung der Mitnutzung enthalten die §§ 138 ff. TKG nicht. Insbesondere sind etwaige Befristungen nicht als Mindestinhalt des Mitnutzungsangebots gem. § 138 Abs. 2 S. 2 TKG geregelt. Auch die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass eine zeitliche Befristung der Mitnutzung zwar einvernehmlich vereinbart werden kann, aber keinesfalls zwingender Inhalt eines Mitnutzungsvertrages ist. Dort heißt es:

„In die Vereinbarungen können einvernehmlich ferner andere Begleitumstände aufgenommen werden wie zum Beispiel zeitliche Begrenzungen der Mitnutzung.“

BT-Drs. 18/8332, zu § 77d TKG a. F., S. 45.

Da eine entsprechende ausdrückliche Erklärung der Streitparteien zu einer Befristung fehlt, entspricht es fairen und angemessenen Bedingungen, den Mitnutzungsvertrag auf unbestimmte Zeit zu schließen. Dies wird durch den Passus „Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen“ deklaratorisch verschriftlicht.

- 162 Diese Klausel entspricht den Geboten von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit. Die Rüge fehlender Kündigungsrechte durch den Antragsteller verdeutlicht, dass der Antragsteller zwar an einer langen Laufzeit interessiert ist, von der er sich aber angesichts möglicherweise ändernder wirtschaftlicher Überlegungen auch wieder lösen können will. Einem solchen Interesse ist insoweit am ehesten gedient, wenn keine Mindestvertragslaufzeit vorgegeben wird, sondern der Vertrag – unter Hinzufügung fairer und angemessener Kündigungsregelungen – auf unbestimmte Zeit geschlossen ist.
- 163 Darüber hinaus wahrt eine Anordnung der Vertragslaufzeit auf unbestimmte Zeit auch die Interessen der Antragsgegnerin mit Blick auf die Planbarkeit und Dauer der Anmietung.

2.3.3.2.7.2 Kündigungsregelungen

Kündigungsrecht des Antragstellers

- 164 Die folgende vertragliche Kündigungsregelung wird im Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 nach der Regelung „Rückbauverpflichtung“ neu eingefügt:
- „Die RSM Freilassing kann den Vertrag mit einer Frist von sechs Monaten zum Monatsende kündigen.“*
- 165 Dem Antragsteller wird (antragsgemäß) das Recht zuerkannt, den Vertrag jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen zu können. Die Abwägung der Interessen zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin kommt hier zu dem Ergebnis, dass Annahme einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils zum Monatsende eine geordnete Beendigung des Vertragsverhältnisses ermöglicht. Dies führt auf der einen

Seite nicht zu allzu erheblichen Einbußen bei dem Antragsteller und erlaubt der Antragsgegnerin auf der anderen Seite den Zeithorizont für eine geordnete Abwicklung des Minutzungsverhältnisses und eine Vorplanung der künftigen Nutzung der frei werdenden passiven Infrastruktur.

- 166 Bereits die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass ein Kündigungsrecht im Mitnutzungsvertrag vorgesehen werden kann:

„In die Vereinbarungen können einvernehmlich ferner andere Begleitumstände aufgenommen werden wie zum Beispiel [...] die Möglichkeit zur Kündigung der Vereinbarung.“

BT-Drs. 18/8332, zu § 77d TKG a. F., S. 45.

- 167 Das einseitige Recht des Antragstellers zur jederzeitigen Lösung aus dem Vertrag korrespondiert mit dem jederzeitigen Recht des DigiNetz-Gesetzes, eine Mitnutzung beantragen zu können.
- 168 Zudem ist die Antragsgegnerin in ihrem Vertragsangebot selbst von einem bestehenden Kündigungsrecht des Antragstellers ausgegangen. Die von der Antragsgegnerin unterbreitete Regelung zur Rückbauverpflichtung sieht nämlich vor, dass eine Kündigung des Antragstellers eine Rückbauverpflichtung (des Antragstellers) auslöst.
- 169 Auf der anderen Seite zeigt der Vortrag des Antragstellers sein erhebliches Interesse an einer Kündigungsmöglichkeit, z. B. wenn das von ihm geplante Projekt sich wirtschaftlich als nicht tragfähig erweisen sollte.
- 170 Die Abwägung der Interessen zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin kommt hier zu dem Ergebnis, dass die angeordnete Frist von sechs Monaten zum Monatsende beiden Parteien eine ordentliche Abwicklung jeweils zum Jahresabschluss ermöglicht. Die Einschränkung auf das Monatsende aus Gründen der ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung in festen Zeiträumen und mit bestimmten Planungshorizonten ist sinnvoll und dem Antragsteller im Hinblick auf seine wirtschaftliche Betätigung zuzumuten. Entsprechendes gilt für die Fortführung der Mietzahlung während der Kündigungsfrist. Ein komplett risikofreies Geschäft des Antragstellers zu Lasten der Antragsgegnerin – etwa durch eine kürzere Kündigungsfrist oder eine Aussetzung der Zahlungspflicht während der Kündigungsfrist – wäre hingegen nicht fair und angemessen.
- 171 Neben der Abwägung beiderseitiger Interessen trägt der festgelegte Zeitraum auch den Geboten von Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit Rechnung. Das ordentliche Kündigungsrecht des Antragstellers von Anbeginn des Vertrags mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten ermöglicht eine jederzeitige Loslösung vom Vertrag, die im Lichte einer funktionierenden Förderung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze durch das DigiNetz-Gesetz bei Erkennen von Ineffizienzen und mangelnder Wirtschaftlichkeit auch gegeben sein muss.
- 172 Der Antragsgegnerin wird demgegenüber kein ordentliches Kündigungsrecht zuerkannt. Dies trägt dem Grundgedanken einer generellen Verpflichtung zur Mitnutzung

Rechnung. Gründe, die im Einzelfall eine Abweichung – also die Einräumung eines Rechts zur ordentlichen Kündigung – rechtfertigen könnten, hat die Antragsgegnerin weder in ihrem Angebot noch im Laufe des Streitbeilegungsverfahrens vorgetragen. Die Antragsgegnerin hat sich weder im bilateralen Angebotsverfahren noch im Vertragsangebot vom 30. 6. 23 zu Kündigungsregelungen beider Parteien verhalten. Auch im weiteren Verfahrensverlauf hat sie keine Regelungen vorgeschlagen oder erbeten oder entsprechend der Ankündigung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung an den Antragsteller übermittelt.

Vgl. Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung S. 2 f.

173 Schließlich sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich.

Außerordentliches Kündigungsrecht

174 Aus Gründen der Fairness und Angemessenheit wird beiden Vertragspartnern das Recht zuerkannt, den Vertrag außerordentlich kündigen zu können. Daher wird die folgende vertragliche Kündigungsregelung im Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023 nach der Regelung „Rückbauverpflichtung“ neu eingefügt:

„Das Recht beider Vertragspartner zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.“

175 Für die Gewährung eines außerordentlichen Kündigungsrechts spricht, dass es fair und angemessen – für beide Vertragspartner – ist, sich von einem Vertragsverhältnis lösen zu können, dessen Fortsetzung ihnen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist.

176 Mangels außerordentlicher Kündigungsregelungen im DigiNetz-Gesetz können mit Blick auf das vergleichbare Rechtsverhältnis im Mietrecht die Grundgedanken und entsprechenden Regelungen der mietrechtlichen Kündigungsregelungen aus wichtigem Grund zur Ausfüllung der hier angeordneten Klausel im konkreten Einzelfall herangezogen werden. Beispielhaft zu nennen sind die außerordentlichen Kündigungsregelungen in § 543 Abs. 3 BGB wegen Verletzung vertraglicher Pflichten,

vgl. Beschluss BK11-18/005 v. 5. 11. 2018, Rz. 211 f.,

oder die Kündigungsmöglichkeit in § 543 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB wegen Nichtzahlung,

vgl. auch Beschluss BK11-18/005 v. 5. 11. 2018, Rz. 215,

oder die Kündigungsmöglichkeit wegen eigenmächtiger erheblicher Veränderung der Mietsache in § 543 Abs. 2 Nr. 2 BGB,

vgl. auch Beschluss BK11-18/005 v. 5. 11. 2018, Rz. 217.

177 Ein denkbarer weiterer Fall, der ein außerordentliches Kündigungsrecht auslösen würde, liegt dann vor, wenn die Schließung oder Verlegung aus von der Antragsgeg-

nerin nicht zu vertretenden Gründen notwendig wären. In diesen Fällen wäre die Antragsgegnerin gezwungen, die Infrastruktur zu verändern. Ansonsten würde die Antragsgegnerin in die Situation versetzt, eine Mitnutzung weiterhin anbieten zu müssen, auch wenn die Geschäftsgrundlage weggefallen wäre und sie selbst über die Infrastruktur nicht mehr verfügen kann.

- 178 Die beschriebene Fallkonstellation der nicht zu vertretenden Schließung und Verlegung ist vergleichbar mit Fällen, in denen aufgrund höherer Gewalt oder staatlich angeordneten oder veranlassten Sachverhalten eine außerordentliche Loslösung vom Vertrag möglich ist. Weitere Sachverhalte können zwar darüber hinausgehen, müssen sich aber immer an diesen Beispielen messen und auf ihre Vergleichbarkeit mit diesen überprüft werden.

Vgl. allgemein dazu Mayen, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 15a, Rz. 26 unter Verweis auf BVerwGE 149, 52, Rz. 29 bzw. § 113d, Rz. 8 unter Verweis auf BVerwGE 138, 186, Rz. 33 (er spricht dabei von „Leitbildern“).

- 179 Die hier angeordnete Regelung in der Ausgestaltung, dass ein generelles beiderseitiges Recht zur außerordentlichen Loslösung vom Vertrag besteht, ist als angemessen anzusehen. Auch wenn die einzelnen außerordentlichen Kündigungskonstellationen nicht ausdrücklich im angeordneten Vertragsangebot aufgeführt sind, sind sie in der Generalklausel angelegt. Die Klausel folgt den Geboten von Billigkeit, Chancengleichzeit und Rechtzeitigkeit und bringt gleichzeitig die Privatautonomie der Vertragsparteien damit in Ausgleich. Somit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die Parteien im Vorfeld des Streitbeilegungsverfahrens gerade keine Kündigungsregelungen formuliert hatten.

- 180 Über den Antrag des Antragstellers hinaus ist daher eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund sowohl für den Antragsteller als auch die Antragsgegnerin zu ergänzen.

- 181 Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen und einer Betrachtung des Einzelfalls bedarf es keiner über die gefundene außerordentliche Kündigungsregelung hinausgehenden Kündigungsregelungen. Maßgeblich ist insoweit, dass die Vereinbarung von Kündigungsregelungen – auch nach den Ausführungen in der Gesetzesbegründung – der Privatautonomie und dem Finden einer einvernehmlichen Regelung im bilateralen Verfahren entspricht. Sie sind nicht zwingende bzw. gesetzlich ausgeregelte Inhalte eines Mitnutzungsangebots.

Vgl. § 138 Abs. 2 S. 2 TKG.

Schriftformerfordernis der Kündigung

182 Die folgende Regelung zur Form der Kündigung wird eingefügt

„Die Kündigung bedarf der Schriftform.“

183 Die Regelung der Schriftform ist in Anlehnung an das mietvertragliche Rechtsverhältnis fair und angemessen und dient der Rechtsklarheit.

2.3.3.3 Anordnung des Vertragsangebots

184 Die Geltung des Vertrags zwischen den Parteien wird durch diesen Beschluss angeordnet. Der Wortlaut des § 149 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 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 § 149 Abs. 2 S. 2 und 3 TKG, dass die Bundesnetzagentur ein Mitnutzungsentgelt festsetzt.

185 Dieser Beschluss hat als Verwaltungsakt insofern privatrechtsgestaltende Wirkung, als er die Rechtsbeziehung zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin auf privatrechtlicher Ebene bestimmt und gestaltet.

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

186 Der Antragsteller hat durch die Anrufung der Nationalen Streitbeilegungsstelle gemäß § 149 Abs. 1 TKG deutlich gemacht, dass er nach positiver Bescheidung des Mitnutzungsantrags an einem vollumfänglichen Angebot interessiert ist und eine verbindliche Festsetzung durch die Beschlusskammer 11 begehrt. Die Antragsgegnerin wurde vor der Entscheidungsfindung angehört und hat im Verfahren die Möglichkeit gehabt, ihre Rechte geltend zu machen. Sie muss sich 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.

187 Grundsätzlich kann durch die angerufene Beschlusskammer die unmittelbare Geltung des Vertrags angeordnet werden.

Vgl. Beschl. BK11-18/003 v. 2. 10. 2018, Rz. 166 ff. Beschl. BK11-18/005 v. 5. 11. 2018, Rz. 240 f.; bestätigt durch die entsprechenden Verwaltungsgerichtsentscheidungen VG Gera Urt. 3 K 2157/18 Ge v. 3. 12. 2020 und VG Freiburg, Urt. 4 K 6764/18 v. 11. 12. 2019.

188 Diese Befugnis schöpft die Beschlusskammer im vorliegenden Fall hingegen aus Zweckmäßigkeitserwägungen nicht aus, sondern ordnet als Minus die verbindliche Angebotslegung mit einer Annahmefrist an.

189 Diese reduzierte Vorgehensweise erklärt sich durch den vorliegenden Einzelfall und dort vor allem die geänderten ökonomischen Rahmenbedingungen. Indem die von der Beschlusskammer als fair und angemessen erachteten Preise und Bedingungen nicht

vollumfänglich dem aus der Antragsschrift und in der öffentlichen mündlichen Verhandlung Begehr des Antragstellers entsprechen, ist es zweckmäßig, nicht den Vertrag, sondern nur das verbindliche Vertragsangebot der Antragsgegnerin mit der Möglichkeit der Annahme bis zum 25. 6. 2024 für den Antragsteller anzuordnen. Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 138 TKG, da der Antragsteller auch ein faires und angemessenes Angebot nicht annehmen muss und er, anders als die Antragsgegnerin, grundsätzlich über den Vertragsschluss und die Vertragsbindung (s. hierzu auch die Begründung zur Kündigung im Abschnitt 2.3.3.2.7) frei entscheiden kann. Die Antragsgegnerin hingegen ist an den Wortlaut und Regelungsgehalt des derart abgeänderten Vertragsangebots gebunden.

2.3.4 Annahmefrist des Antragstellers – Tenorziffer 2

- 190 Die Annahmefrist bis zum 25. 6. 2024 des Antragstellers ist fair und angemessen. Sie ist angelehnt an die Frist, in der grundsätzlich auch Rechtsmittel gegen die Anordnungsentscheidung zu erheben sind. Der Antragsteller muss die Möglichkeit haben, das angeordnete Angebot hinsichtlich der festgelegten Bedingungen insbesondere auch wirtschaftlich vollumfänglich überprüfen zu können.
- 191 Soweit in dem Zeitraum bis zur Angebotsannahme ein Eigentümerwechsel der streitgegenständlichen passiven Netzinfrastruktur stattfindet, geht das verbindliche Vertragsangebot, im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf den Rechtserwerber über. Das verbindliche Vertragsangebot stellt eine sich auf die passive Netzinfrastruktur beziehende verwaltungsrechtliche Pflicht dar.

Vgl. Schoch / Schneider / Geis, 4. EL November 2023, VwVfG § 13 Rz. 40; in Bezug auf eine telekommunikationsrechtliche Nachfolge hinsichtlich § 35 TKG so auch Säcker / Körber / Kühling / Neumann, 4. Aufl. 2023, TKG § 35 Rz. 101.

Die Pflicht geht mit der passiven Netzinfrastruktur quasi als „Annex“ mit auf den Rechteerwerber über.

BVerwG, NJW 1971, S. 1624; VGH Kassel, NVwZ 1998, S. 1315.

2.3.5 Antragsablehnung im Übrigen – Tenorziffer 3

- 192 Soweit den weiteren Anträgen des Antragstellers auf Änderung der Klauseln zur Informationspflicht des Mieters, zur Rückbauverpflichtung des Mieters, zum Sicherheitsservice und zur Regelung von Kündigungsrechten des Mieters im Vertragsangebot nicht entsprochen wurde, waren diese abzulehnen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Herchenbach-Canarius

Dr. Haslinger

Dr. Kutzscher

Anlagen:

Anlage 1..... Vertragsangebot der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023

Anlage 2..... Lesefassung mit Darstellung der Änderungen durch die
Beschlusskammer des durch diesen Beschluss modifizierten
Textes des Vertragsangebots der Antragsgegnerin vom 30. 6. 2023

Gliederung

1 Sachverhalt	6
2 Gründe	12
2.1 Rechtsgrundlage.....	12
2.2 Prozessuale Voraussetzungen des Beschlusskammerverfahrens	12
2.2.1 Zuständigkeit	12
2.2.2 Verfahren	12
2.3 Entscheidung in der Sache	13
2.3.1 Formelle Voraussetzungen	13
2.3.2 Materielle Voraussetzungen.....	13
2.3.3 Würdigung des Vertragsangebots vom 30. 6. 2023 gemäß § 138 Abs. 2 TKG – Tenorziffer 1	14
2.3.3.1 Festlegung von Mitnutzungsentgelten gemäß § 149 Abs. 3 TKG – Tenorziffer 1 lit. a) und b).....	15
2.3.3.1.1 Anzuwendender Entgeltmaßstab.....	16
2.3.3.1.2 Vorrang projektspezifischer Kostenermittlung.....	16
2.3.3.1.3 Prüfung der Entgeltkalkulation und Festsetzung der Entgelte.....	18
2.3.3.1.3.1 Prüfung der Entgeltkalkulation der Antragsgegnerin	19
2.3.3.1.3.2 Entgeltfestsetzung durch die Beschlusskammer	20
2.3.3.1.4 Fairness und Angemessenheit der festgesetzten Entgelte	23
2.3.3.2 Festlegung weiterer fairer und angemessener Mitnutzungsbedingungen – Tenorziffer 1 lit. c) bis g).....	25
2.3.3.2.1 Allgemeiner Prüfungsmaßstab für Mitnutzungsbedingungen	26
2.3.3.2.2 Art der passiven Netzinfrastruktur: Rohrteiler – Tenorziffer 1 lit. c).....	29
2.3.3.2.3 Ertüchtigung, Mieterverantwortung für den Kabeleinzug und Mitwirkungspflicht des Vermieters	29
2.3.3.2.3.1 Rohrteiler – Tenorziffer 1 lit. d) Ziff. I.	29
2.3.3.2.3.2 Zugang in den Grundstückszuleitungen – Tenorziffer 1 lit. d) Ziff. II.	31
2.3.3.2.4 Kosten für den Sicherheitsservice – Tenorziffer 1 lit. e)	33
2.3.3.2.5 Informationspflicht des Mieters – Tenorziffer 1 lit. f)	35
2.3.3.2.6 Rückbauverpflichtung bei Beendigung der Mitnutzung, Aneignungsrecht	37
2.3.3.2.7 Vertragslaufzeit und Kündigungsregelungen – Tenorziffer 1 lit. g).....	38
2.3.3.2.7.1 Keine Festlegung einer (Mindest-)Vertragslaufzeit	38
2.3.3.2.7.2 Kündigungsregelungen.....	39
2.3.3.3 Anordnung des Vertragsangebots.....	43
2.3.4 Annahmefrist des Antragstellers – Tenorziffer 2.....	44
2.3.5 Antragsablehnung im Übrigen – Tenorziffer 3	44
Rechtsbehelfsbelehrung.....	45