



Bundesnetzagentur

**Beschlusskammer 11
Nationale Streitbelegungsstelle des DigiNetz-
Gesetzes**

Leitsätze aus Entscheidungen der nationalen Streitbelegungsstelle des DigiNetz-Gesetzes

Bonn 2. Mai 2022

Vorbemerkung

Die Leitsatzkartei der Beschlusskammer 11 enthält die entscheidungstragenden Leitsätze aus den Beschlüssen der Jahre 2019 bis 2021. Bei den Beschlüssen der BK11 handelt es sich um Verwaltungsakte, sie sind somit erstinstanzlich durch das zuständige Verwaltungsgericht voll überprüfbar und erwachsen erst nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist in Bestandskraft. Als Verwaltungsakte regeln die Beschlüsse den zugrundeliegenden Einzelfall, sodass die Leitsätze nicht auf jeden Fall zu übertragen sind und keine allgemeinen Grundsätze darstellen. Vielmehr gewähren sie einen Einblick in die gängige Spruchpraxis der Beschlusskammer. Da vorliegend die Entscheidungen bis zum Jahre 2021 berücksichtigt wurden, beruhen sie auf der bis dahin geltenden Fassung des Telekommunikationsgesetzes bis zum 30. November 2021. Alle Beschlüsse der Beschlusskammer 11 können im Volltext in der Beschlussdatenbank der Bundesnetzagentur unter:

https://www.bundesnetzagentur.de/SiteGlobals/Forms/Suche/BDB/Suche_BeschlussDB_Formular.html;jsessionid=5CB7C11E668DF52403568E7382FF10F6?nn=651398&chamber=000011

abgerufen werden.

Übersicht Leitsätze

Wirkung des Mitnutzungsrechts wie ein sachbezogener Verwaltungsakt	5
Vorsorgliche Antragstellung bei zivilrechtlich streitigem Eigentum zulässig.....	5
Für die Auslegung des Mitnutzungsantrags ist der Zweck des Antrags sowie erkennbare Begleitumstände heranzuziehen	6
Korrektur einer offensichtlichen Unrichtigkeit im Antrag stellt keine Antragsänderung dar	6
Mitnutzungsanträge und -rechte bei verbundenen Unternehmen.....	7
Mitnutzungsregelungen des TKG greifen nicht in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung ein.....	8
Kein Stufenverhältnis zwischen Inanspruchnahme von Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze	8
Begriff des „öffentlichen“ Versorgungsnetzes bedarf Auslegung	9
Bei der Offenlegung der Netzplanung handelt es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.....	10
Streitbeilegungsantrag gerichtet auf Informationserteilung ist zulässig	10
Bei Unzumutbarkeit einer Baukoordinierung entfällt der Anspruch auf Informationserteilung	11
§ 2 TKG schützt nicht vor Wettbewerb, sondern zielt gerade auf die Förderung wirksamen und nachhaltigen Wettbewerbs	11
Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Versagungsgrundes liegt beim Eigentümer oder Betreiber eines Versorgungsnetzes, insofern sind die allgemeinen Beweislastgrundsätze des Zivilprozesses heranzuziehen	12
Prüfungsablauf bzgl. wirtschaftlicher Tragfähigkeit eines Angebots	12
Gesetzliche Anforderungen des § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG verlangen die Angabe eines genauen Zeitplans zur Umsetzung der geplanten Mitnutzung	14
Einwand des künftigen Kapazitätsvorbehalts bedarf hinreichend präziser Investitionsplanung; Absicht des Verkaufs in Streit stehender Infrastrukturen begründet nicht per se den Kapazitätsvorbehalt	14
Grobe Idealplanung genügt nicht den Anforderungen an eine Masterplanung zum Nachweis eines Kapazitätsvorbehalts.....	15
Ertüchtigung der Leerrohre mit Mikropipes und Kostentragung.....	16
Vortrag, dass FTTB/H-Ausbau entsprechend dem Materialkonzept des Bundes erfolgen wird, bedarf Plausibilisierung.....	17
Unbeschaltete Glasfaser kann grundsätzlich tragfähige Alternative im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG sein	18
Ausnahmsweise kann die tragfähige Alternative das Angebot eines Dritten sein	19
Wahlfreiheit der betroffenen Endkunden, die sich zwischen einem schnelleren Glasfaseranschluss und der Beibehaltung eines herkömmlichen DSL-Produkts entscheiden können.....	19

Antrag auf Mitnutzung ist technologie-neutral umfassend zulässig und kann von AGG nicht auf Mitnutzung von Glasfaserinfrastrukturen reduziert werden (kein Wahlrecht der AGG):	20
Mitnutzung ist nicht unendlich	21
Kostenmaßstab bei Mitnutzung von Netzinfrastruktur in Gebäuden	21
Verursacherprinzip: Kosten, die durch die Mitnutzung entstehen sind vom Mitnutzenden zu tragen	22

Leitsätze mit Quellen aus den Beschlüssen

Wirkung des Mitnutzungsrechts wie ein sachbezogener Verwaltungsakt

BK11-21/002 Rz. 143:

„Die Beschlusskammer geht hier in Anlehnung an die Rechtsprechung des OVG Rheinland-Pfalz davon aus, dass das Mitnutzungsrecht an gebäudeinternen Infrastrukturen als Ausfluss des Rechts auf eigene Leitungseinbringung ähnlich einer auf dem Grundstück lastenden behördlichen Anordnung oder aus dem Grundeigentum fließenden Berechtigung wirkt und insoweit eine große Nähe zum sachbezogenen Verwaltungsakt aufweist. Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil 8 A 10670/02, v. 3. 7. 2002, Juris.“

BK11-21/002 Rz. 146:

[...] „Dies entspricht einer verfahrensrechtlichen Rechtsnachfolge, die keiner expliziten Tenorierung bedarf. Daraus ergibt sich auch, dass die Beigeladene zu 18, mit der erst nachträglich am 26. 2. 2021 ein Vertrag in Bezug auf Rechte an der streitgegenständlichen Infrastruktur geschlossen wurde, den an die Antragsgegnerin gerichteten Mitnutzungsantrag der Antragstellerin formell und materiell zurechnen lassen muss (s. dazu auch Rz. 160).“

Vorsorgliche Antragstellung bei zivilrechtlich streitigem Eigentum zulässig

BK11-21/002 Rz. 106:

„Die aus dem zivilrechtlichen Prozessverlauf ersichtlich werdende, gesteigerte Wahrscheinlichkeit eines Verlusts der Eigentümerstellung der Antragstellerin geht für diese einher mit der Prüfung von Alternativen wie der Geltendmachung, der Effektivität, der Kosten und des Umfangs gesetzlicher Mitnutzungsansprüche. Ihre zeitige Klärung dient der Überprüfung des Umgangs mit den bestehenden Vertragspflichten mit den betroffenen Endkunden, der Planung der weiteren Ausrichtung von Angeboten an relevante Zielgruppen, den technischen Gegebenheiten und Voraussetzungen für (bestehende und künftige) Endkundenangebote sowie der kaufmännischen Rahmenbedingungen. Die Parallelität der Klärung einer telekommunikations-rechtlich verorteten Möglichkeit einer Mitnutzung und der Rechtshängigkeit einer zivilrechtlichen, u. a. bereicherungsrechtlichen, Fragestellung lässt das Sachbescheidungsinteresse für einen Streitbeilegungsantrag nicht entfallen. [...]“

BK11-21/002 Rz. 108:

„Das Sachbescheidungsinteresse ergibt sich zuletzt auch aus dem Bedürfnis der Klärung von im Verfahren aufgeworfenen Fragestellungen des relevanten Kostenmaßstabs für die Nutzung von gebäudeinternen Netzinfrastrukturen. Der telekommunikations-rechtliche Kostenmaßstab kann auf die Höhe geltend gemachter, etwaiger zivilrechtliche Bereicherungsansprüche der Antragsgegnerin ausstrahlen und insofern das Sachbescheidungsinteresse beider Streitparteien und der Beigeladenen betreffen.“

Für die Auslegung des Mitnutzungsantrags ist der Zweck des Antrags sowie erkennbare Begleitumstände heranzuziehen

BK11-20/001 Rz. 70:

„Der Antrag der Antragstellerin ist gemäß den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts so auszulegen und hinreichend bestimmbar, dass die Antragstellerin hier nicht wörtlich ein „sollen“ der Mitnutzung durch die Beschlusskammer angeordnet bekommen möchte, sondern eine Verpflichtung zur Angebotslegung durch die Antragsgegnerin. Dies ergibt sich sowohl aus dem Zusammenhang der gesamten Antragschrift sowie auch aus dem klar geschilderten Begehr der Antragstellerin. Der Inhalt einer verpflichtenden Angebotserstellung ist insofern auch klar vollstreckbar.“

BK11-20/001 Rz. 71:

„Dabei kommt es hinsichtlich der Auslegung des Begehrs der Antragstellerin nicht nur auf den Wortlaut der Antragstellung an, sondern vielmehr auf den Zweck des Antrags sowie die erkennbaren Begleitumstände.

„Bei der Auslegung eines Antrags hat die Behörde neben dem Wortlaut auch zu berücksichtigen, ob der Antragsteller mit seiner Erklärung nicht einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, wenn Zweck des Antrags sowie erkennbare Begleitumstände dies nahelegen; das kann der Fall sein, wenn sich der Antrag bei einer strikt am Wortlaut haftenden Auslegung eindeutig und ohne weiteres erkennbar als sinnlos erwiese. Leitsatz des BVerwG, Urteil 2 C 13.04 v. 3. 3. 2005.“

BK11-20/001 Rz. 72:

„Nach den §§ 88 und 122 Abs. 1 VwGO ist auch für das gerichtliche Verständnis eines Antrags das inhaltliche Klage- bzw. Antragsbegehren maßgeblich und nicht zwangsläufig allein der formulierte Antrag, auch wenn letzterer regelmäßig ein erhebliches Moment zur Bestimmung des Begehrens ist. Nach dem verfassungsrechtlichen Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes als Auslegungshilfe ist im Zweifel zugunsten des Rechtsschutzsuchenden anzunehmen, dass er den in der Sache in Betracht kommenden Rechtsbehelf einlegen wollte, wobei Voraussetzung ist, dass dies dem erkennbaren Rechtsschutzziel entspricht und die entsprechende Auslegung vom Rechtsschutzsuchenden nicht bewusst ausgeschlossen wurde.“

Korrektur einer offensichtlichen Unrichtigkeit im Antrag stellt keine Antragsänderung dar

BK11-20/001 Rz. 76:

„Die Änderung des Antrags ist entsprechend § 173 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 1 ZPO ohne weiteres zulässig. Der Antrag wurde zwar seinem Wortlaut nach geändert, das Antragsbegehren ist aber auf den gleichen Lebenssachverhalt gestützt worden wie das bisherige Begehren. Durch die Benennung der richtigen Straßennamen im Antrag vom 7. 5. 2020 wurde der Antrag vom 4. 4. 2020 ohne

Änderung des Streitgegenstandes berichtigt, was schon nach den allgemeinen Grundsätzen keine „Klageänderung“ darstellt.“

BK11-20/001 Rz. 79:

„Inhalt und Reichweite des Antragsbegehrens werden nicht allein durch den Wortlaut des Antrags bestimmt. Dieser ist unter Berücksichtigung der Antragsbegründung auszulegen.“

BK11-20/001 Rz. 80:

„Der Wortlaut des Antrags ist nicht bindend, wenn erkennbar ist, welches Gebiet gemeint war. Dafür ist entscheidend, welchen Sinn die Erklärung aus Sicht der Beschlusskammer und der Antragsgegnerin hatte. Der Antrag ist bei objektiver Betrachtungsweise aus Sicht der Behörde und der Antragsgegnerin sowie der Verkehrssitte und Treu und Glauben auszulegen. Ergibt sich dann, dass ein anderer als der deklarierte Antragszweck gewollt ist, gilt der wirklich gewollte Zweck.“

BK11-20/001 Rz. 83:

„Bei der Falschbezeichnung handelte es sich um eine offensichtliche Unrichtigkeit, die entsprechend dem Gedanken des § 118 Abs. 1 VwGO mit einem Schreibfehler vergleichbar ist und deren Korrektur aus Gründen der Prozessökonomie keiner weiteren Voraussetzungen bedarf. Sie ist aufgrund der beigefügten Unterlagen im Antrag unverkennbar und war insofern als von Anfang an unschädlich.“

Mitnutzungsanträge und -rechte bei verbundenen Unternehmen

BK11-21/002 Rz. 112:

„Dabei folgt die Passivlegitimation aus dem Umstand, dass es sich bei der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 18 als ihre mögliche Rechtsnachfolgerin um verbundene Unternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG handelt. Die Antragstellerin sowie auch die Beigeladene zu 18 kommen als mögliche Verpflichtete gemäß § 77n Abs. 6 TKG i. V. m. § 77k Abs. 3 TKG in Betracht. Bei beiden besteht die Möglichkeit, als Verfügungsberechtigte für ein Mitnutzungsbegehren in Anspruch genommen zu werden (näheres dazu siehe unten unter Rz. 174). In der vorliegenden Fallkonstellation führt dies dazu, dass beide Unternehmen Verpflichtete des Mitnutzungsanspruchs sind. [...]“

BK11-21/002 Rz. 137:

„Die Einordnung der Antragsgegnerin und Beigeladenen zu 18 als verbundene Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG hat zur Folge, dass die Beigeladene zu 18 – mit der erst nachträglich am 26. 2. 2021 ein Vertrag in Bezug auf Rechte an der streitgegenständlichen Infrastruktur geschlossen wurde – sich den an die Antragsgegnerin gerichteten Mitnutzungsantrag der Antragstellerin formell und materiell zurechnen lassen muss (s. dazu auch Rz. 160). Hierdurch erfolgt keine

Rechtsverkürzung zulasten der Beigeladenen zu 18, denn es ist der Verbundenheit immanent, dass Rechtshandlungen innerhalb des verbundenen Unternehmens den einzelnen Gesellschaften untereinander zugerechnet werden. [...]“

Mitnutzungsregelungen des TKG greifen nicht in den Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung ein.

BK11-21/001 Rz. 89:

„Insofern die Antragsgegnerin hier mit einer Beeinträchtigung des über Art. 28 GG grundrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltungsrechts argumentiert, so ist dem entgegenzuhalten, dass dieses Recht durch den hier vorliegenden Beschluss nicht eingeschränkt wird. Zunächst ist zu beachten, dass das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht nicht uneingeschränkt gilt, sondern „im Rahmen der Gesetze“ gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Die Gemeinden sind demnach an alle Gesetze und Verordnungen des Bundes, die dieser im Rahmen der ihm von der Verfassung zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen erlässt, ebenso gebunden wie an landesgesetzliche Regelungen.“

BK11-21/001 Rz. 90:

„Das TKG ist eine gesetzliche Regelung in diesem Sinne, dessen Regelungen zur Mitnutzung zudem nicht in den unantastbaren Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung eingreifen.

Zum Leitbild der gemeindlichen Selbstverwaltung und seinen Grenzen siehe umfassend, BVerfG, Beschluss vom 19. 11. 2014, 2 BvL 2/13.“

BK11-21/001 Rz. 91:

„(...) Die Entscheidung, die im Rahmen des kommunalen Selbstverwaltungsrechts ergangen ist, unterläge im Übrigen auch gemäß Art 20 GG auch der vollen Kontrolle und Überprüfbarkeit. Sie könnte insoweit nicht so weit reichen, bundesrechtliche Anspruchsgrundlagen außer Kraft zu setzen und eine Mitnutzung, gegen die keiner der abschließend aufgeführten Versagungsgründe vorgebracht werden kann, zu untersagen.“

Kein Stufenverhältnis zwischen Inanspruchnahme von Eigentümern oder Betreibern öffentlicher Versorgungsnetze

BK11-20/006 Rz. 215:

„Die Antragsgegnerin bleibt auch nach Vertragsschluss Eigentümerin der Leerrohre und damit Verpflichtete gemäß § 77d TKG. Aufgrund der Durchsetzbarkeit und Effektivität des Mitnutzungssystems besteht ein Wahlrecht der Antragstellerin, gegenüber welchem der beiden Verpflichteten – Eigentümer und Betreiber – (oder beiden) er seine Ansprüche geltend macht. Die Antragstellerin hatte daher die Wahl, ob sie gegen die Eigentümerin und / oder die Betreiberin der öffentlichen Telekommunikationsnetze ihren Mitnutzungsanspruch geltend macht. Der

Gesetzgeber hat hierbei kein Stufenverhältnis angelegt, wonach ein Anspruchsteller seinen Mitnutzungsanspruch zum Beispiel gegen den Betreiber geltend machen muss.“

BK11-20/006 Rz. 216:

„Ein Stufenverhältnis zwischen Eigentümer und Betreiber öffentlicher Versorgungsnetze würde auch dem Grundgedanken einer zielführenden und schnellen Mitnutzung widersprechen, da auch dieser dann auf den Eigentümer und sein fehlendes Eigentumsrecht verweisen könnte. Damit würde man dauerhaft Ansprüche, die gegenüber beiden Parteien bestehen, nicht realisieren können. Häufig ist auch nicht bekannt, wer genau der Betreiber des Netzes ist, wohingegen das Eigentum regelmäßig aufgrund der örtlichen Verhältnisse und der Funktion der passiven Netzinfrastrukturen ohne Weiteres feststellbar ist.“

Begriff des „öffentlichen“ Versorgungsnetzes bedarf Auslegung

BK11-20/004 Rz. 65:

„Mangels einer allgemeinen Legaldefinition des Begriffes „öffentlich“ bedarf es einer normspezifischen Auslegung für die Ermittlung des Bedeutungsgehalts.“

BK11-20/004 Rz. 67:

„Ein systematischer Vergleich zu dem in § 3 Nr. 16a TKG geregelten Begriff des öffentlichen Telekommunikationsnetzes – der allerdings bereits mit der TKG-Novelle 2012 zur Umsetzung der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (ABl. EG L 108 vom 24. 4. 2002, S. 33) und damit früher sowie auf anderer unionsrechtlicher Basis als der Begriff des öffentlichen Kommunikationsnetzes eingeführt worden ist – zeigt, dass ein Netz dann öffentlich ist, wenn es der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Dienste dient. Diese Dienste wiederum werden als „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehend“ gekennzeichnet. Nähere Anhaltspunkte, welcher Grad an Öffentlichkeit dafür erforderlich ist, lassen sich diesen Regelungen nicht entnehmen. Dies wäre allerdings entscheidend für Rückschlüsse, ob das Fernwärmenetz der Antragsgegnerin ein öffentliches Versorgungsnetz im Sinne von § 3 Nr. 16b TKG ist.“

BK11-20/004 Rz. 69:

„Die Gesetzesbegründung führt zum Begriff des öffentlichen Versorgungsnetzes und den davon nicht erfassten Ausnahmen aus:

„Weiterhin müssen die Versorgungsdienstleistungen der Netze ausdrücklich öffentlich bereitgestellt werden. Das bedeutet, dass private Verkehrswege und geschlossene Firmen- oder Behördennetze zum Beispiel für Energie- oder Telekommunikationsdienstleistungen nicht hierunter fallen. Damit unterliegen sie auch nicht den Ansprüchen nach §§ 77a ff. Betrachtet wird dabei jeweils das Versorgungsnetz als Ganzes. Daher sind Telekommunikationsanlagen, die zum Beispiel zu Telematikzwecken an Bundesautobahnen errichtet wurden, als Teil des öffentlichen Versorgungsnetzes der Verkehrsinfrastruktur vom Begriffsumfang

umfasst, auch wenn die Telekommunikationseinrichtungen als solche nicht öffentlich zugänglich sind.“ BT-Drs. 18/8332, S. 35.“

BK11-20/004 Rz. 76:

„Anders als die Antragsgegnerin meint, muss ein öffentliches Versorgungsnetz auch nicht zwingend eine öffentliche Einrichtung im kommunalrechtlichen Sinne sein. Die Begriffe der öffentlichen Einrichtung und des öffentlichen Versorgungsnetzes sind nicht deckungsgleich. Weder der Regelung in § 3 Nr. 16b TKG, noch der Gesetzesbegründung lassen sich Anhaltspunkte für eine derart einschränkende Auslegung des Begriffs des öffentlichen Versorgungsnetzes entnehmen. Vielmehr spricht gerade die im Wortlaut der Norm enthaltene Aufzählung von Telekommunikations-, Gas- und Elektrizitätsnetzen gegen eine solche Auslegung. Entsprechend Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG werden Telekommunikationsdienstleistungen grundsätzlich durch private Anbieter erbracht. Auch die Bereitstellung von Energie und Gas erfolgt nicht zwingend durch öffentliche Einrichtungen, sondern vielfach durch privatwirtschaftliche Unternehmen. Auch der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass – bezogen auf die Mitnutzung nach § 77d TKG – mit Umsetzung der Kostensenkungsrichtlinie Regelungen im Hinblick auf Privatunternehmen und die öffentliche Hand zusammengeführt werden.“

Bei der Offenlegung der Netzplanung handelt es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

BK11-20/003 Rz.111:

„Insbesondere die von der Antragstellerin angemahnte Offenlegung der Netzplanung bzgl. der dort vorgesehenen Anschlüsse und Kapazitäten wurde nicht vorgenommen. Nach Auffassung der Beschlusskammer handelt es sich dabei um Informationen und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragsgegnerin, weil es um Details der Netzplanung geht. Dabei werden nicht nur geplante Anschlüsse, sondern auch Dimensionierungen, Belegungen und verwendete Rohrstrukturen sichtbar, die letztlich nur die eigene Netzplanung betreffen. Ein unmittelbarer Konkurrent hätte durch diese Einblicke die Möglichkeit, das Netz konkret zu kennen und daraus Erkenntnisse über Investitionen und Preiskalkulationen und damit letztlich auch über Geschäftspläne zu erlangen. Das gleiche gilt auch für die teilweise vorgenommenen Schwärzungen von Preisen für bestimmte LWL-Angebote. Im Rahmen eines eigenwirtschaftlichen Ausbaus, auf den sich die Antragsgegnerin hier stützt, besteht die Möglichkeit, Preise unterschiedlich zu gestalten. Damit müssen diese auch nicht jedem Nachfrager gegenüber offengelegt werden.“

Streitbeilegungsantrag gerichtet auf Informationserteilung ist zulässig

BK11-20/004 Rz. 58:

„Es besteht auch ein hinreichendes Sachbescheidungsinteresse der Antragstellerin. Eine Antragsablehnung käme mangels Sachbescheidungsinteresse dann

in Betracht, wenn eine Antragstellerin die Möglichkeit eines Streitbeilegungsverfahrens bloß missbräuchlich in Anspruch nimmt und nur schikanös und beleidigend agieren will.“

BK11-20/004 Rz. 59:

„(...) Vielmehr geht es der Antragstellerin darum, hinreichende Informationen über die Bauarbeiten zu haben, um die Möglichkeit einer Koordinierung zu prüfen.“

Bei Unzumutbarkeit einer Baukoordinierung entfällt der Anspruch auf Informationserteilung

BK11-20/004 Rz. 85:

„(...) Danach kann ein Informationsbegehren ganz oder teilweise abgelehnt werden, wenn die Koordinierung von Bauarbeiten unzumutbar ist.“

BK11-20/004 Rz. 88:

„Die Unzumutbarkeit einer Koordinierung in diesen Bauabschnitten folgt aber aus einer Gesamtschau der Umstände des Einzelfalles. Ein Koordinierungsantrag wäre im vorliegenden Einzelfall, selbst wenn er im Zeitpunkt des Antrags auf Informationserteilung gestellt worden wäre, unzumutbar spät erfolgt.“

BK11-20/004 Rz. 92:

„(...) Ob eine Koordinierung nach § 77i TKG in diesen Abschnitten zumutbar oder unzumutbar wäre, hängt von mehreren Faktoren ab, die derzeit nicht bekannt sind. Dazu zählen insbesondere der Verlauf des Ausschreibungsprozesses, der Bauzeitenplan für diese Abschnitte sowie Zeitpunkt und Inhalt eines möglichen Koordinierungsantrages der Antragstellerin.“

§ 2 TKG schützt nicht vor Wettbewerb, sondern zielt gerade auf die Förderung wirksamen und nachhaltigen Wettbewerbs

BK11-20/003 Rz. 219:

„(...) Denn § 2 Abs. 1 S. 2 TKG zielt auf die Förderung der Möglichkeiten von Endnutzern, Informationen abzurufen und zu verbreiten sowie Anwendungen und Dienste ihrer Wahl zu nutzen. Aus Sicht der Endnutzer ist es vorteilhaft, zwischen mehreren Anbietern wählen zu können. Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, eine Mitnutzungsgewährung zugunsten der Antragstellerin und Kundenverluste würden ihr Ausbauvorhaben unwirtschaftlich machen, ist dies eine bloße Behauptung, für die keine Anhaltspunkte vorliegen. Potenzielle Kundenverluste führen hier auch nicht zu einer anderen Bewertung. So schützt § 2 TKG wie auch die übrigen Regelungen des Gesetzes gerade nicht vor Wettbewerb, sondern zielt demgegenüber gerade auf die Förderung wirksamen und nachhaltigen Wettbewerbs. Darüber hinaus würde ein Szenario, in dem die Antragstellerin ihr Angebot entweder mittels über Marktpreis angebotenen unbeschalteten Glasfasern reali-

sieren oder eigene Tiefbauarbeiten vornehmen oder ihre Aktivitäten im Stadtgebiet von Jülich beschränken müsste, nicht den Verbraucherinteressen dienen. Denn in allen drei Optionen dürfte der Preis für Endkunden steigen oder die ihnen zur Verfügung stehende Auswahl kleiner werden. In dem dritten Szenario (Beschränkung der Geschäftstätigkeit der Antragstellerin) käme hinzu, dass den betroffenen Teilen des Jülicher Stadtgebietes eine monopolistische Struktur der Antragsgegnerin entstehen würde, was mittel- bis langfristig die dynamische Funktion des Wettbewerbs beeinträchtigen und letztlich zu höheren Endkundenpreisen, schlechterer Qualität und geringerer Auswahl zu Lasten der Endkunden führen würde.“

Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Versagungsgrundes liegt beim Eigentümer oder Betreiber eines Versorgungsnetzes, insofern sind die allgemeinen Beweislastgrundsätze des Zivilprozesses heranzuziehen

BK11-21/001 Rz.72:

„Die Darlegungs- und Beweislast liegt aufgrund des Einwendungscharakters der Versagungsgründe beim Verpflichteten. Eine Versagung der Mitnutzung kann durch die Streitbeilegungsstelle überprüft werden, so dass die ungerechtfertigte und überzogene Berufung auf Versagungsgründe unterbunden werden kann. BT-Drs. 18/8332, S. 48 f.“

BK11-21/001 Rz. 76:

„Für das Vorliegen eines Versagungsgrundes ist der in Anspruch genommene Eigentümer oder Betreiber eines Versorgungsnetzes darlegungs- und beweispflichtig. Zweifel am Vorliegen einer Kapazitätserschöpfung im Fall des § 77g Abs. 2 Nr. 2 TKG gehen daher zu seinen Lasten. Zwar ist eine dem Zivilprozess vergleichbare Behauptungs- und Beweislast dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes grundsätzlich fremd. Es kann allerdings auch im Verwaltungsverfahren eine Situation eintreten, in der entscheidungserhebliche Tatsachen unerweislich bleiben. In einer solchen Situation ist auf allgemeine Beweislastgrundsätze zurückzugreifen. Nach dem in § 77d Abs. 2 TKG geltenden Grundsatz ist ein Angebot zur Mitnutzung bei einer Nachfrage grundsätzlich zu unterbreiten. Deshalb hat der in Anspruch genommene Eigentümer oder Betreiber die diesen Anspruch ausschließenden Umstände einer Kapazitätserschöpfung darzulegen und zu beweisen.“

Prüfungsablauf bzgl. wirtschaftlicher Tragfähigkeit eines Angebots

BK11-20/006 Rz. 142:

„Gegenstand der Prüfung durch die Beschlusskammer ist die Frage, ob die angebotene Alternative wirtschaftlich tragfähig ist. Wenn die angebotene Alternative – zu den Bedingungen ihres Anbieters – als tragfähig eingestuft wird, kann die begehrte Mitnutzung abgewendet werden. In diesem Fall sind die Bedingungen des Verpflichteten bzw. des Anbieters der Alternative implizit auch für ihn

selbst tragfähig. Wird hingegen vom Petenten die Tragfähigkeit wegen unangemessener und unfairer Entgelte infrage gestellt, sind diese daraufhin zu überprüfen.

Vgl. BT-Drs. 18/8332, S. 47“

BK11-20/006 Rz. 143:

„Ergibt die Prüfung, dass die Bedingungen für den Petenten nicht fair und angemessen – und damit für ihn nicht tragfähig – sind, greift der Versagungsgrund nicht. Eine über die Feststellung der Tragfähigkeit hinausgehende Festsetzung eines fairen und angemessenen Preises für die Alternative ist indes nicht Zweck der Prüfung, denn es geht hier letztlich ausschließlich darum, ob die vorgebrachte Einwendung greift oder nicht.“

BK11-20/006 Rz. 144:

„Bei der Prüfung, ob die Bedingungen fair und angemessen sind, werden zunächst die Angebotspreise an den Marktpreisen für vergleichbare Leistungen gespiegelt. Dabei ist auf eine möglichst stabile Datenbasis zu achten, d. h., dass die Stichprobe eine genügend große Anzahl Preise enthält und diese nicht anhand willkürlich festgelegter Kriterien ausgewählt wurden. Zudem sollten möglichst Preise betrachtet werden, die bereits vertraglich vereinbart worden sind, denn bei ihnen kann davon ausgegangen werden, dass sie sowohl für Anbieter als auch Nachfrager tragfähig sind. Allerdings ist hier zu beachten, dass sie nicht unbedingt unverzerrte Wettbewerbspreise sind, sondern aufgrund von Marktmachtasymmetrien verzerrt sein können. Ob dies der Fall ist, lässt sich an den vereinbarten Preisen nicht erkennen, allerdings steigt die Wahrscheinlichkeit hierfür mit zunehmender Entfernung vom mittleren – und damit üblichen – Marktpreisniveau, d. h. dem Korridor, in dem sich die größte Anzahl der Preise häuft. Daher sind nicht Preise von den Rändern der Stichprobe für den Vergleich mit den für die Alternative angebotenen Preisen maßgeblich, sondern es ist auf das mittlere Marktpreisniveau abzustellen. Denn hier kann angenommen werden, dass Preise für die angebotene Alternative, die innerhalb der Spanne liegen, die das mittlere Marktpreisniveau bildet, fair und angemessen und damit i. d. R. sowohl für den Anbieter als auch den Nachfrager tragfähig sind. In diesen Fällen kann – sofern keine weiteren Anhaltspunkte die Tragfähigkeit der Entgelte infrage stellen – die Prüfung beendet werden.“

BK11-20/006 Rz. 145:

„Liegen indes die angebotenen Entgelte oberhalb des mittleren Marktpreisniveaus, wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob vom Einwender darzulegende besondere Umstände des Einzelfalls – z. B. wenn aufgrund besonders ungünstiger Umstände hohe Kosten unumgänglich waren –, ein höheres Entgelt rechtfertigen. Denn so kann ausgeschlossen werden, dass durch den Rückgriff auf das Marktpreisniveau der Versagungsgrund zu Unrecht zurückgewiesen wird, obwohl die Alternative zu fairen und angemessenen Bedingungen angeboten wird.

Ergibt der zweite Prüfungsschritt indes keine Gründe, die die angebotene Entgelthöhe als fair und angemessen rechtfertigen, ist die Alternative ökonomisch nicht tragfähig. Damit greift der Versagungsgrund nicht.“

Gesetzliche Anforderungen des § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG verlangen die Angabe eines genauen Zeitplans zur Umsetzung der geplanten Mitnutzung

BK11-20/001 Rz. 92:

„Allerdings sind die gesetzlichen Anforderungen aus § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG, also die Angabe eines genauen Zeitplans zur Umsetzung der beantragten Mitnutzung in dem Antrag der Antragstellerin nicht erfüllt. Richtliniengeber und Gesetzgeber haben in Art. 3 Abs. 2 S. 2 Kostensenkungsrichtlinie bzw. den diese Regelung umsetzenden § 77d Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG ausdrücklich die Angabe eines genauen Zeitplans verlangt. Grundsätzlich ist daher bei der Angabe eines Zeitplans zu erwarten, dass der Beginn der Umsetzung der Maßnahme zur Einbringung der Komponenten in die Infrastruktur, die voraussichtliche Dauer und das erwartete Enddatum genannt werden können und die Tatsache, ob ggf. Verzögerungen zu erwarten sind.“

BK11-20/001 Rz. 96:

„Der von der Antragstellerin hier genannte Zeitrahmen von etwa einem dreiviertel Jahr ab einem möglichen positiven Antwortschreiben der Antragsgegnerin (vom 4. 4. 2020 – also zwei Monate ab Antragstellung – ausgesehen) beinhaltet allerdings noch so viele Unklarheiten und gibt auch keinen Zeitrahmen an, in dem dann eine Umsetzung z. B. nach Erteilung einer Genehmigung tatsächlich erfolgen kann, dass diesem Ziel mit den Angaben nicht hinreichend Rechnung getragen wird.“

Einwand des künftigen Kapazitätsvorbehalts bedarf hinreichend präzisierte Investitionsplanung; Absicht des Verkaufs in Streit stehender Infrastrukturen begründet nicht per se den Kapazitätsvorbehalt

BK11-21/001 Rz. 75:

„Diesbezüglich hat der deutsche Gesetzgeber zum Einwand des künftigen Kapazitätsvorbehalts in der Regelung klargestellt, dass ein gesonderter Nachweis zu erfolgen hat und weiter ausgeführt: „Die Festsetzung des Prognosezeitraums von fünf Jahren ist ein Ausgleich der Belange der regelmäßig langfristig zu planenden Versorgungsnetze sowie der Haushaltsplanungen der Verwaltung einerseits und der schnelllebigen Telekommunikationsbranche andererseits. (...) Die Prognose ist zu plausibilisieren, damit nicht entfernte Planungen, die sich noch nicht hinreichend manifestiert haben, als Einwendung angeführt werden können. Grundlage für eine Konkretisierung muss deshalb die hinreichend präzisierte Investitionsplanung des Verpflichteten sein“. BT-Drs. 18/8332, S. 48

BK11-21/001 Rz. 78:

„Allein die Absicht des „Verkaufs“ der streitgegenständlichen Infrastruktur durch die Antragsgegnerin an einen potentiellen Zuschlagsempfänger und Netzbetreiber eines entsprechenden Förderverfahrens begründet nicht per se den Versagungsgrund zukünftig fehlenden Platzes. Vielmehr handelt es sich unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragsgegnerin um eine bloße Vermutung, wonach nach einer Veräußerung der streitgegenständlichen Infrastruktur für den geförderten Ausbau benötigten Kapazitäten nicht mehr zur Verfügung stünden. So wies die Antragsgegnerin selbst darauf hin, dass die Art der Dimensionierung, die der den Zuschlag erhaltende Netzbetreiber vorsehe, einzig seiner Planungshoheit unterliege, die sich nach der Netztypologie des Zuschlagsempfängers und dessen weiteren eigenwirtschaftlichen Ausbauplänen im Gemeindegebiet richte.“

BK11-21/001 Rz. 79:

„Erwähnenswert hierzu ist im Übrigen auch, dass die Antragsgegnerin auf die Rückfrage der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung, wie man einen zwingenden Erwerb durch ein im Förderverfahren den Zuschlag erhaltendes Unternehmen erreichen wolle und ob dies vergaberechtlich so zulässig sei, keine Antwort zu geben vermochte. Es bleibt damit auch hinreichend unklar, ob es überhaupt in jedem Fall zu einem Verkauf der Leerrohre im Rahmen eines Förderverfahrens kommen wird.“

BK11-21/001Rz. 80:

„Der von der Antragsgegnerin zu dieser Thematik herangezogene Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ führt diesbezüglich zu keiner anderen Beurteilung der Möglichkeit einer Mitnutzung. Auch dieses Argument führt nicht zu einer „Sperrung“ des Verkaufs. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass auch eine vermietete Infrastruktur immer verkauft werden kann, es gibt kein rechtliches Verbot o. ä., was diesen Verkauf verunmöglichen würde. Insoweit steht die Verkaufsabsicht einer Mitnutzung generell nicht entgegen: Die Antragsgegnerin selbst benennt das zivilrechtliche Grundprinzip „Kauf bricht nicht Miete“ aus §§ 566, 578 und 581 Abs. 2 BGB, welches im Ergebnis dazu führt, dass eine mitgenutzte und in Teilen vermietete Infrastruktur noch an einen Dritten verkauft werden kann. Es ändert sich in diesem Fall lediglich die personelle Zuordnung der angeordneten Mitnutzung.“

Grobe Idealplanung genügt nicht den Anforderungen an eine Masterplanung zum Nachweis eines Kapazitätsvorbehalts

BK11-20/005 Rz. 86:

„Zum einen stellt die Masterplanung – wie bereits selbst von der Antragsgegnerin vorgetragen – nur eine geplante und damit zukünftige „grobe Idealplanung“ der Infrastruktur dar, in der sich der tatsächliche Ressourcenbestand nicht wiederfindet. Damit wurde die Planung unabhängig von den real vorzufindenden Ressourcen und deren tatsächlich aktuell geplanter Verwendung erstellt und ist insofern

als „Aliud“ anzusehen. Da die Antragsgegnerin eine Realisierung der Idealplanung für den streitgegenständlichen Streckenabschnitt bislang auch aus Kostengründen nicht vorsieht und diesbezügliche Nachweise auf Basis vergebener Aufträge oder begonnener Bauarbeiten dementsprechend fehlen, verhindert dies die Berücksichtigung der Masterplanung im Rahmen der Erwägungen zur fehlenden vorhandenen Kapazität und insbesondere der Annahme des zukünftig fehlenden Platzes im streitgegenständlichen Gebiet. Gemäß den Ausführungen in der Gesetzesbegründung ist dabei vor allem auf die Haushaltsplanung der öffentlichen Verwaltung abzustellen, der Richtliniengeber benennt die Belegbarkeit des mangelnden Platzes auch „etwa durch öffentliche verfügbare Investitionspläne“. Vgl. BT-Drs. 18/8332.

BK11-20/005 Rz.87:

„Demnach ist eine Prognose zu plausibilisieren. (...)“

BK11-20/005 Rz. 89:

„Unter Zugrundelegung des Grundsatzes, wonach Zweifel am Vorliegen einer Kapazitätserschöpfung zu Lasten des Darlegungspflichtigen gehen (siehe oben unter Rz. 82) hat die Antragsgegnerin für die konkret in Anspruch genommene Strecke die Kapazitätserschöpfung nicht hinreichend dargelegt. Vielmehr bleiben ihre Angaben im Ungefähren – ohne einen konkreten Planungshorizont – oder sie stellen sich bei einem Abgleich als unhaltbar dar (siehe dazu unter Rz. 90 ff.). Die dargelegte Masterplanung entspricht einem Idealkonzept, das so nicht zwingend realisiert wird und – nach Angaben der Antragsgegnerin selbst – auch ohne Einbezug der Bestandsinfrastrukturen (also dem hier streitgegenständlichen KSR DA 50) erstellt wurde. Die Aussagekraft im Hinblick auf die nunmehr konkret geplante Erschließung – auch unter Zugrundelegung der bereits bestehenden Infrastruktur – bleibt dementsprechend unklar.“

Ertüchtigung der Leerrohre mit Mikropipes und Kostentragung

BK11-21/001 Rz. 110:

„Die von der Antragsgegnerin bereits verlegten Leerrohre in den Zuführungen zu bzw. Durchführungen innerhalb der streitgegenständlichen Bereiche, sind bislang ungefüllte DA 50-Leerrohre, ohne dass diese bereits Mikroerrohrverbünde enthalten. Würde der Antragsteller in diese Infrastrukturen ohne vorherige Ertüchtigungen durch Mikroerrohrverbünde Glasfaserleitungen einziehen, wäre ein späterer Nachzug weiterer Glasfaserkabel erschwert, wenn nicht sogar teilweise unmöglich gemacht. Die Mitnutzung würde hier zur einer Einschränkung der Eigen- bzw. weiterer Fremdnutzung des Eigentümers der Infrastruktur führen.“

BK11-21/001 Rz. 112:

„Die für die Ertüchtigung der DA 50-Leerrohre mit Mikroerrohrverbünden 7 × DA 10 notwendigen Kosten hat der Antragsteller selbst zu tragen. Es handelt

sich dabei um zusätzliche Kosten, die sich durch die Ermöglichung der Mitnutzung ergeben. Die Pflicht des Antragstellers zur Kostentragung bringt hier auch die widerstreitenden Interessen von Antragsteller und Antragsgegnerin in ein ausgewogenes Verhältnis. Denn einerseits wird die Infrastruktur und damit das Eigentum der Antragsgegnerin mit Zutun des Antragstellers aufgewertet, wobei diese Aufwertungs-Investition bei der Berechnung des Mitnutzungsentgelts durch die Antragsgegnerin zugunsten des Antragstellers entsprechend außen vor bleibt und eine Mitnutzung der übrigen passiven Infrastruktur vergünstigt. Andererseits hat der Antragsteller bereits durch die Mitnutzung der sonstigen passiven Netzinfrastrukturen erhebliche Aufwendungen erspart und den Vorteil des ersten Ausbaus eines Breitbandnetzes, was ihm eine bessere Ausgangsposition im Wettbewerb und damit eine schnellere Amortisierung seiner Investitionen ermöglicht.“

Vortrag, dass FTTB/H-Ausbau entsprechend dem Materialkonzept des Bundes erfolgen wird, bedarf Plausibilisierung

BK11-20/006 Rz. 110:

„Die künftige Kapazitätserschöpfung kann auch nicht mit dem pauschalen Vortrag der Antragsgegnerin begründet werden, der künftige FTTB/H-Ausbau solle entsprechend des Materialkonzept des Bundes erfolgen. Denn das Materialkonzept des Bundes macht Vorgaben für eine neu zu erstellende Infrastruktur, bei deren Erstellung Fördermittel in Anspruch genommen werden. Diese sehen vor, dass – auch im Hinblick auf die daran unmittelbar anknüpfende beihilferechtliche Verpflichtung zur Gewährung eines offenen Netzzugangs, die auch die Gewährung eines Leerrohrzugangs umfasst – ausreichende Kapazitäten vorhanden sein müssen, um möglichst vielen Zugangsnachfragern einen Zugang ermöglichen zu können. Insoweit ist ein Berufen auf das Materialkonzept insbesondere dann möglich, wenn mit Fördermitteln eine neue Infrastruktur errichtet wird. In diesem Fall gilt aber auch die beihilferechtliche Verpflichtung, die Dimensionierung so zu wählen, dass Wettbewerbern ein offener Netzzugang, auch zu den Leerrohren, gewährt werden kann. Unabhängig davon ist im vorliegenden Fall nicht klar, in welchem zeitlichen Rahmen es für welche Teilbereiche – die Antragsgegnerin hat einen sukzessiven Ausbau vorgetragen – es zu zusätzlichen Ausschreibungen kommen könnte und ob überhaupt eine Zuschlagserteilung erfolgt.“

BK11-21/001 Rz. 111:

„Sofern die Antragsgegnerin das Materialkonzept des Bundes zum FTTB/H-Ausbau unter Nutzung bereits vorhandener Infrastrukturen einsetzen will, scheitert eine Plausibilisierung ihres Vortrages wiederum daran, dass sie keine hinreichenden Angaben zur bereits vorhandenen und der zusätzlich geplanten Infrastruktur gemacht hat. Denn allein die Angabe von Trassenlängen ermöglicht keine Abschätzung, welche Fasern in bestehende oder geplante Leerrohre eingebracht werden könnten. Hierzu wäre insbesondere Angaben zur Dimensionierung der vorhandenen und neu errichteten Infrastruktur (Lage, Anzahl und Durchmesser der Leerrohre, bereits bestehende Belegungen sowie etwaige Rohrteiler) erforderlich gewesen.“

Unbeschaltete Glasfaser kann grundsätzlich tragfähige Alternative im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG sein

BK11-20/006 Rz. 114:

„Dass das Angebot von unbeschalteten Glasfasern im vorliegenden Einzelfall als Alternative im Sinne von § 77g Abs. 2 Nr. 6 TKG überhaupt in Betracht kommt, ergibt sich aus einer Zusammenschau der Regelungen der Kostensenkungsrichtlinie und deren Umsetzung im mitgliedstaatlichen Recht.“

BK11-20/006 Rz. 116:

„Dies legt zunächst nahe, dass das Alternativangebot den Zugang zu physischen Infrastrukturen gemäß Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie zum Gegenstand haben muss. Kabel, einschließlich unbeschalteter Glasfaserkabel, sind keine physischen Infrastrukturen im Sinne dieser Vorschrift. Allerdings ist zu beachten, dass die Richtlinie die Versagungsgründe nur beispielhaft aufzählt und dementsprechend nicht abschließend ist. Darüber hinaus nimmt die Richtlinie insgesamt – und nicht nur hinsichtlich der Versagungsgründe – gerade keine Harmonisierung der Rechtsmaterie vor, sondern legt lediglich Mindestrechte und -pflichten fest.“

BK11-20/006 Rz. 117:

„(...) Eine Beschränkung, dass das Alternativangebot auf den Zugang zu passiven Netzinfrastrukturen – dieser Begriff ist insoweit deckungsgleich mit dem Begriff der physikalischen Infrastrukturen nach Art. 2 Nr. 2 der Kostensenkungsrichtlinie (ohne unbeschaltete Glasfasern) – gerichtet sein muss, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen. Vielmehr führt der zweite Halbsatz der Norm aus, dass als Alternativen neben der Mitnutzung anderer als der beantragten passiven Netzinfrastrukturen auch geeignete Vorleistungsprodukte für Telekommunikationsdienste oder der Zugang zu bestehenden Telekommunikationsnetzen angeboten werden kann. Der Zugang zu unbeschalteten Glasfasern lässt sich, falls die grundsätzliche Geeignetheit des Vorleistungsproduktes bejaht wird, unter die beiden zuletzt genannten Beispiele fassen; in jedem Falle ist damit der Zugang zu einem bestehenden Telekommunikationsnetz verbunden.“

BK11-20/006 Rz. 118:

„Dass das Produkt unbeschaltete Glasfaser – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – als tragfähige Alternative in Betracht kommt, wird durch die in der Gesetzesbegründung zu diesem Versagungsgrund enthaltenen Ausführungen bestätigt:

Mit der Verfügbarkeit tragfähiger Alternativen stellt Nummer 6 klar, dass Mitnutzungsansprüche der wirtschaftlichen Erleichterung des Netzausbaus durch Kostensenkungen dienen und daher nicht jede Mitnutzung unabhängig von den durch sie verursachten Aufwendungen im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegt. Auch im Hinblick auf die Eingriffsintensität der Mitnutzungsansprüche kann die Nutzung bestehender regulierter Vorleistungsprodukte des Telekommunikationsmarktes in Betracht kommen. In Fällen, in denen der Netzbetreiber bereits auf der Vorleistungsebene Zugang zur passiven Netzinfrastruktur gewährt und

damit den Erfordernissen des Mitnutzungsinteressenten entspricht, kann eine weitergehende Zugangsgewährung für sein Geschäftsmodell und seine Investitionsanreize wirtschaftlich nachteilig sein und möglicherweise zu überflüssigen Netzkomponenten führen, was ineffizient wäre.

Alternativen müssen im Rahmen einer Verweigerung der Mitnutzung konkret benannt werden und tragfähig sein. Sie müssen ohne weitere Verzögerung in Anspruch genommen werden können. Die über die Vorleistungsebene hinausgehenden Regelbeispiele zielen darauf ab, den Handlungsspielraum im Sinne eines schnellen Netzausbaus zu erweitern. Dies betrifft insbesondere die Möglichkeit, über einen alternativen Weg passive Netzinfrastrukturen in Anspruch nehmen zu können. Vgl. BT-Drucksache 18/8332, S. 48 f.“

Ausnahmsweise kann die tragfähige Alternative das Angebot eines Dritten sein

BK11-20/006 Rz. 127:

„Dass – in engen Grenzen – gleichwohl die grundsätzliche Möglichkeit der Bezugnahme auf das Angebot auch eines Dritten zulässig sein kann, ergibt sich aus der Systematik des deutschen Rechts, das – dabei über die wortwörtliche Aufzählung des Art. 3 Abs. 3 Kostensenkungsrichtlinie hinausgehend – als „Spezialfall“ auch einen Open Access auf ein bestehendes Glasfasernetz in § 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG als Versagungsgrund aufführt. Diese Überbaueinrede ergibt sich aus einer systematischen Auslegung der Kostensenkungsrichtlinie.“

BK11-20/006 Rz. 128:

„Der Wortlaut der Norm als auch ihre gesetzliche Begründung stellen nicht darauf ab, dass das Netz des Infrastrukturihabers betroffen sein muss, der sich einem Mitnutzungsantrag gegenübersteht. Vielmehr wird darauf abgestellt, dass „bestehende Glasfasernetze“ überbaut werden (§ 77g Abs. 2 Nr. 7 TKG) beziehungsweise „in einem Ausbaubereich bereits Glasfasernetze bestehen“ (BT-Drs. 18/8332, S. 48). Dadurch wird deutlich, dass systematisch auch die Möglichkeit eröffnet wird, auf ein allgemeines Angebot zu verweisen, auf welches unproblematisch und ohne weitere Zugangsverhandlungen zugegriffen werden kann (wie dies bei einem Open Access der Fall ist).“

Wahlfreiheit der betroffenen Endkunden, die sich zwischen einem schnelleren Glasfaseranschluss und der Beibehaltung eines herkömmlichen DSL-Produkts entscheiden können

BK11-21/002 Rz. 230:

„Eine große Bedeutung kommt dabei den Auswirkungen eines etwaigen Wahlrechts auf die vertraglichen Beziehungen zwischen der Antragstellerin und den betroffenen Endkunden bzw. weitere mögliche Vertragsbeziehungen, die auf der Inanspruchnahme der streitgegenständlichen Infrastrukturen basieren, zu. Dabei ist davon auszugehen, dass sowohl der Aufbau aktiver Technik zum Umwandeln der optischen Signale von Glasfaserinfrastrukturen auf elektrische für Kupferinfrastrukturen als auch ein notwendiger Ausbau von Glasfaserstrukturen und das

damit verknüpfte notwendige Angebot eines Glasfaseranschlusses zu Änderungen der Verträge mit den Endkunden führen würde. Der Endkunde wäre in der Folge seines bisherigen Anschlusses bei der Antragstellerin entledigt und gezwungen, auf ein möglicherweise besseres aber regelmäßig auch teureres Anschlussprodukt umzustellen. (...) Diesbezüglich beruht die Zumutbarkeit der Mitnutzung also insbesondere auf dem (...) Ziel der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation. Gerade hier ist darauf abgestellt, dass der Endnutzer die Anwendungen und Dienste seiner Wahl nutzen können soll, was mit einer anderen Entscheidung der Beschlusskammer nicht unwesentlich eingeschränkt werden würde.“

BK11-21/002 Rz. 232:

„Nicht zuletzt würde eine entsprechende Anordnung konkrete Kundeninteressen außen vorlassen und auch hier einen grundrechtsrelevanten Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und die Eigentumsfreiheit darstellen. Die betroffenen Endkunden haben ihrerseits in den Liegenschaften der Antragsgegnerin aber bereits die Auswahl [...]. Ihre Wahlfreiheit würde übergangen und ein regulatorischer Zwang zu einem zwar hochwertigeren, aber regelmäßig auch deutlich teureren Produkt ausgeübt.“

Antrag auf Mitnutzung ist technologie-neutral umfassend zulässig und kann von AGG nicht auf Mitnutzung von Glasfaserinfrastrukturen reduziert werden (kein Wahlrecht der AGG):

BK11-21/002 Rz. 202:

„Daher sieht die Beschlusskammer keine Anhaltspunkte für ein generelles „Wahlrecht“ des Adressaten eines Mitnutzungsantrags, auf welches sich dieser in jedem Fall berufen kann. (...)“

BK11-21/002 Rz. 204:

„Letztlich besteht damit zwar die Möglichkeit, Im Rahmen der Zumutbarkeit Erwägungen anzustellen, ob es im konkreten Fall nicht hinnehmbar erscheint, dass die Mitnutzung für die beantragte Infrastruktur zu gewähren ist. Ein generell mögliches, immer einzuwendendes „Wahlrecht“ besteht bei der geltenden und kommenden gesetzgeberischen Struktur der Norm nicht.“

BK11-21/002 Rz. 224:

„Eine Bevorzugung eines digitalen Hochgeschwindigkeitsnetzes lässt sich der Vorschrift unter Bezugnahme auf das DigiNetz-Gesetz nur insofern entnehmen, als hochgeschwindigkeitsfähige Infrastrukturen gebäudeintern neu verlegt werden können, wenn diese noch nicht vorhanden sind. Hier liegt der Fall aber gerade anders, da eine Mitnutzung der bereits vorhandenen und beschalteten Infrastrukturen weiter ermöglicht werden soll.“

Mitnutzung ist nicht unendlich

BK11-21/002 Rz. 234:

„Die hier angeordnete Mitnutzung soll nämlich nicht – wie von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 15 zu Unrecht angenommen – faktisch unendlich weiter aufrechterhalten werden. Vielmehr berücksichtigt die Beschlusskammer mit der Aufnahme der Tenorziffer 3 auch bereits die Endlichkeit der Anordnung geknüpft an die Verträge zur Leistungserbringung. Aufgrund des mittlerweile sich verstärkenden Wettbewerbs bei hochleistungsfähigen Anschlüssen und der gesteigerten Bedürfnisse von Endkunden bezüglich schneller – rein glasfaserbasierte – Anschlüsse, ist von einer zeitlich begrenzten Dauer der Mitnutzung auszugehen. Dabei geht die Beschlusskammer davon aus, dass es sukzessive zur Abschaltung der streitgegenständlichen Endleitungen kommen wird.“

BK11-21/002 Rz. 267:

„Als eine weitere faire und angemessene Bedingung der angeordneten Mitnutzung ist das Ende der möglichen Mitnutzung nicht nur an das Ende der vertraglich vereinbarten Leistung über die streitgegenständlichen Infrastrukturen zwischen den betroffenen Endkunden und der Antragstellerin zu knüpfen, sondern an eine generelle Beendigung der Leistungen über die streitgegenständlichen Infrastrukturen für jeden Nutzer. Damit verwendet die Beschlusskammer aus übergeordneten wettbewerblichen Überlegungen die in § 3 Nr. 14 TKG enthaltene Legaldefinition. Der Begriff des Nutzers erfasst nicht nur Endnutzer, sondern vielmehr auch Nutzer auf der Vorleistungsebene.“

BK11-21/002 Rz. 268:

„Eine zeitliche Begrenzung der Mitnutzung erscheint als Bedingung einer Mitnutzung erforderlich und angemessen, da es sich um ältere Infrastrukturen handelt und der Zielvorgabe des DigiNetz-Gesetzes sowie dem zukünftig auch direkt im Telekommunikationsgesetz verankerten Gigabitziel bei den Regelungen Rechnung getragen werden muss.“

Kostenmaßstab bei Mitnutzung von Netzinfrastuktur in Gebäuden

BK11-21/002 Rz. 273:

„Der Entgeltmaßstab bestimmt sich im vorliegenden Fall nach § 77n Abs. 6 S. 2 TKG. Danach hat die Bundesnetzagentur, wenn sie im Rahmen der Streitbeilegung Entgelte für die Mitnutzung von Netzinfrastrukturen in Gebäuden festlegt, „...die zusätzlichen Kosten, die sich für den Gebäudeeigentümer durch die Ermöglichung der Mitnutzung der Netzinfrastuktur des Gebäudes ergeben...“ zugrunde zu legen.“

BK11-21/002 Rz. 279:

„Als zusätzliche Kosten im Sinne der Norm sind bei der Entgeltfestsetzung demnach Mehrkosten, die dem Infrastrukturanbieter allein durch die Ermöglichung

der Mitnutzung entstehen, zu berücksichtigen. Das können u. a. Kosten für zusätzlich erforderlich werdende Instandhaltungs- und Anpassungsarbeiten, vorbeugende Sicherheitsvorkehrungen zur Begrenzung negativer Auswirkungen auf die Netzsicherheit sowie spezifische Haftungs Vorkehrungen für den Schadensfall sein, die ohne die Mitnutzung nicht notwendig wären [...]“

BK11-21/002 Rz. 239:

„Hierzu ist ergänzend auch noch anzuführen, dass sich der Entgeltmaßstab auch im neuen TKG selbst für die neuen, durch die Antragsgegnerin finanzierten Glasfaserinfrastrukturen nicht ändern wird und dieser in § 149 Abs. 5 TKG2021 auch – selbst nach möglicher Übertragung an die Beigeladene zu 18 – lediglich einen Zusatzkostenmaßstab beinhaltet. BR-Drs. 325/21, S. 109.“

Verursacherprinzip: Kosten, die durch die Mitnutzung entstehen sind vom Mitnutzenden zu tragen

BK11-19/007 Rz. 49:

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

BK11-19/007 Rz. 50:

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

BK11-19/007 Rz. 51:

„Als zusätzliche Kosten der Mitnutzung können insbesondere die Kosten der Auskundung (einschließlich der Durchgängigkeitsprüfungen), des Materials (Kabel, Kabelschutzrohr, Muffen etc.), des Einbringens des Kabels, der Entfernung des Kabels nach Nutzungsende, zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen sowie der Dokumentation in den Bestandsführungssystemen der Antragsgegnerin anfallen. Sofern während der Nutzungsdauer Kosten durch die Mitnutzung – z. B. wegen zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen – verursacht werden, sind diese ebenfalls von der Antragstellerin zu tragen. Demnach sind die zusätzlichen Kosten im Einzelfall zu ermitteln.“