

Mitnutzungsanspruch über Netzinfrastrukturen in Gebäuden gemäß § 77k Abs. 2, 3 TKG

- I. Anforderungen des Mitnutzungsanspruchs nach § 77k Absatz 2, 3 TKG
 1. Sinn und Zweck
 2. Tatbestandsvoraussetzungen

- II. Streitbeilegung gemäß § 77n Absatz 6 TKG i.V.m. § 132 und § 134a TKG
 1. Sinn und Zweck
 2. Tatbestandsvoraussetzungen

- III. TKMoG
 1. Bestimmung der Höhe des Mitnutzungsentgelts

1. Sinn und Zweck

- § 77k wurde durch das DigiNetzG (Gesetz v. 4.11.2016, BGBl. I. 2473 ff.) in das TKG eingefügt
- Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 9 Abs. 2, 3 und 5 sowie Art. 8 Abs. 1 und 2 der Kostensenkungsrichtlinie (RL 2014/61/EU v. 15.5.2014, ABl. L 155/1 ff.)
- Fokus der Vorschrift ist die Mitnutzung der gebäudeinternen Infrastruktur
- Ziel der Vorschrift ist es, zu klären, ob und inwieweit vorhandene gebäudeinterne Komponenten oder gebäudeinterne passive Netzinfrastrukturen von Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze mitbenutzt werden können, um den Abschluss in den Räumlichkeiten des Teilnehmers sicherzustellen
- Die Vorschrift begründet eine Duldungspflicht der Eigentümer

I. Anforderungen des § 77k Absatz 2, 3 TKG

2. Tatbestandsvoraussetzungen

| Tatbestandsvoraussetzungen | § 77k Abs. 2 TKG | § 77k Abs. 3 TKG |
|----------------------------|---|--|
| Antragsziel | Abschluss des Netzes in den Räumlichkeiten des Teilnehmers | Stattgabe des Mitnutzungsantrags |
| Antragsteller | Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze | Eigentümer oder Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze |
| Antragsinhalt | Mitnutzung der gebäudeinternen Netzinfrastruktur (umfasst sind alle Netzinfrastrukturen, einschließlich der Verkabelung, die sich innerhalb des Gebäudes sowie in unmittelbarem räumlichem Zusammenhang mit dem Gebäude befinden) | <ul style="list-style-type: none">• zumutbarer Mitnutzungsantrag nach § 77k Abs. 2 TKG zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen, einschließlich der Mitnutzungsentgelte• Dopplung der Netzinfrastrukturen ist technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient |
| Antragsgegner | Eigentümern oder Betreibern von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze oder von gebäudeinternen passiven Netzinfrastrukturen am Standort des Teilnehmers | Wer über Netzinfrastrukturen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verfügt |

- **Der Antrag nach § 77k Absatz 2, 3 TKG**
 - Es gibt keine gesetzliche Regelung wie für die Anträge nach den §§ 77a bis 77d, 77h und 77i TKG
 - § 77n Absatz 6 TKG gibt jeder Partei die Möglichkeit, eine Entscheidung durch die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 132 in Verbindung mit § 134a zu beantragen, wenn innerhalb von zwei Monaten keine Vereinbarung über die Mitnutzung nach § 77k Absatz 2 und 3 TKG zustande kommt
 - Somit haben die Parteien ab Antragseingang 2 Monate Zeit, sich über das ob und wie der Mitnutzung zu einigen.
 - Das Verfahren sieht folgenden Ablauf vor:
 - Antragstellung (Angebot des Antragstellers)
 - Stattgabe des Antrags (Annahme des Angebots)
 - Anders als bei der Mitnutzung nach § 77d TKG haben die Antragsgegner keine zwei Monate Zeit, um ein Angebot für die Mitnutzung zu unterbreiten. Ein Angebot des Antragsgegners ist gesetzlich gar nicht vorgesehen.
 - Es stellt sich somit die Frage, wie umfassend und konkret der Antrag sein muss, damit ihm innerhalb der gesetzlichen Frist stattgegeben werden kann (Erfordernis eines förmlichen Antrags).
 - Nach bisherigen Erfahrungen macht die BNetzA keine Vorgaben betreffend den Antrag
 - Es sollte daher unabhängig von Form und Inhalt des Antrags mit dem Beginn des Fristlaufs ab Antragseingang gerechnet werden

- **Zumutbarkeit des Antrags**
 - Die Zumutbarkeit setzt jedenfalls voraus, dass eine Doppelung der Netzinfrastrukturen technisch unmöglich oder wirtschaftlich ineffizient ist
 - Technisch unmöglich ist eine Doppelung der Netzinfrastrukturen, wenn eine Duplizierung aus technischen Gründen, vor allen Dingen wegen Platzmangels in Gebäudeschächten, ausscheidet. Wirtschaftliche Ineffizienz i.S.v. § 77k Absatz 3 2. Halbsatz besteht dann, wenn die mit der Doppelung der Netzinfrastrukturelemente verbundenen Kosten oberhalb der in langfristiger Hinsicht für die Mitnutzung anfallenden Kosten liegen (Scheurle/Mayen/Stelter, 3. Aufl. 2018, TKG § 77k Rn. 21, 22)
 - Die Doppelung der Netzinfrastrukturen ist jedoch nur ein Kriterium. Es ist darüber hinaus grundsätzlich zu prüfen, ob anhand der Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung aller – ggf. grundrechtlich fundierten – Positionen die Zumutbarkeit bejaht werden kann

- **Streitstand zur Zumutbarkeit**
 - **Fraglich ist, wer entscheiden kann, wozu der Zugang zu gewähren ist, wenn es aufgrund mehrerer Verkabelungen verschiedene Möglichkeiten gibt (Wahlrecht)**
 - **Aus der Sicht des Antragstellers müsste er wählen können, wozu er Zugang begehrt (z.B. ob zu Kupferdoppelader, Koaxialnetz oder Glasfaser). Denn wenn die Technik nicht zueinander passt, kann der Antragsteller den Teilnehmer nicht versorgen bzw. ihm entstehen Mehrkosten, um die Techniken zusammenzuführen.**
 - **Aus Sicht des Antragsgegners ist der Eingriff in das Eigentum (sofern zutreffend) und die Berufsausübungsfreiheit als höherrangig zu werten. Daher sollte der Antragsgegner wählen können, sofern gewährleistet ist, dass der Antragsteller mit der Technik „etwas anfangen“ kann**
 - **Die BNetzA hat diesen Streitstand bisher nicht entschieden**
 - **Fest steht jedenfalls, dass Netzbetreiber im Interesse der Verbraucher immer ein Recht auf Abschluss ihres Netzes beim Teilnehmer haben, unabhängig davon, welche Technologie sie verwenden.**

- **Stattgabe des Antrags zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen, einschließlich der Mitnutzungsentgelte**
 - § 77n Absatz 6 Satz 2 TKG gibt den Grundsatz vor, dass Grundlage für die Bestimmung des Entgelts die zusätzlichen Kosten sind, die sich für den Gebäudeeigentümer durch die Ermöglichung der Mitnutzung der Netzinfrastruktur des Gebäudes ergeben
 - Daraus folgt, dass der Gebäudeeigentümer nachweisen muss, welche Kosten ihm durch die Mitnutzung zusätzlich entstehen. Dieser Nachweis kann schwierig und aufwändig sein
 - Bisher gibt es keine Entscheidungen der BNetzA zur Höhe, die verallgemeinerungsfähig sind
 - Gesetzlich vorgesehen ist jedenfalls, dass die Mitnutzung dann entgeltfrei erfolgen kann, wenn der Telekommunikationsnetzbetreiber die in § 77 k Absatz 1 Satz 2 TKG vorgesehene Mitnutzungsmöglichkeit bestehender Netzinfrastruktur durch entsprechende Investitionen selbst geschaffen hat (siehe § 77n Absatz 6 Satz 3 TKG). Etwas anderes ist nur in wenigen Ausnahmefällen denkbar, in denen der durch die Mitnutzung verursachte Aufwand des Gebäudeeigentümers aufgrund technischer oder baulicher Besonderheiten besonders hoch ausfällt. Den Nachweis für einen außergewöhnlichen Aufwand hat wiederum der Hauseigentümer zu erbringen.

- **Stattgabe des Antrags zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen, einschließlich der Mitnutzungsentgelte**
 - **Künftig gilt voraussichtlich für Glasfaserinfrastruktur, die nach Inkrafttreten der TKG-Novelle 2021 errichtet wird, dass neben den zusätzlichen Kosten auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf deren Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz und deren angemessene Verzinsung berücksichtigt werden**
 - **Eine solche Regelung würde allerdings alle diejenigen benachteiligen, die bereits seit der Einführung des DigiNetzG dabei sind, ihre Gebäude mit Glasfasernetzen auszustatten und die weiterhin nur die zusätzlichen Kosten der Mitnutzung geltend machen können**
 - **Ob noch eine Änderung der Regelung vorgenommen wird, bleibt abzuwarten**

- **Stattgabe des Antrags zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen, einschließlich der Mitnutzungsentgelte**
 - Die Höhe des Mitnutzungsentgelts ist zwischen den Parteien regelmäßig streitig
 - Monatliches Entgelt bei regelmäßigen umlagefähigen Kosten
 - Aufwandsbezogenes Entgelt
 - Bei Kupferdoppelader und Koaxialnetzen wollen die Antragsteller regelmäßig eine Mitnutzung zu einem geringen Preis bzw. entgeltfrei
 - Bei Glasfaser ist wohl unstrittig, dass jedenfalls ein Entgelt anfällt, aber auch hier gehen die Vorstellungen zur Höhe weit auseinander
 - Der Nachweis der zusätzlichen Kosten wird für den Antragsgegner regelmäßig zum Problem
 - Sollten die Parteien sich nicht einigen, muss der Antragsgegner vor der Streitbeilegungsstelle der BNetzA detailliert die Zusatzkosten darlegen können, wenn er vermeiden möchte, dass die BNetzA festlegt, dass die Mitnutzung unentgeltlich erfolgen muss

- **Antragsgegner**
 - § 77k Absatz 2 TKG bestimmt, dass der Antrag bei den Eigentümern oder Betreibern von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze oder von gebäudeinternen passiven Netzinfrastrukturen zu stellen ist
 - § 77k Absatz 3 TKG verpflichtet dagegen denjenigen, der über Netzinfrastrukturen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verfügt, zur Gestattung der Mitnutzung
 - § 77n Absatz 6 TKG sieht wiederum vor, dass Grundlage für die Bestimmung der Höhe eines Entgelts die zusätzlichen Kosten sind, die sich für den Gebäudeeigentümer durch die Ermöglichung der Mitnutzung der Netzinfrastruktur des Gebäudes ergeben.
 - Art. 9 Abs. 3 der Kostensenkungsrichtlinie her (RL 2014/61/EU) definiert den „Inhaber eines Rechtes zur Nutzung“ der gebäudeinternen Netzinfrastruktur als verpflichteten Anspruchsgegner
 - Es gibt somit die Eigentümer oder Betreiber von gebäudeinternen Komponenten, die Verfügungsberechtigten, die Gebäudeeigentümer und die Inhaber eines Rechtes zur Nutzung der gebäudeinternen Netzinfrastruktur
 - Die Verwendung der unterschiedlichen Antragsgegner im Gesetzestext führt zu Unklarheiten darüber, wer tatsächlich der richtige Antragsgegner ist

▪ Streitstand Antragsgegner

Es werden verschiedene Ansichten vertreten, wer Antragsgegner ist:

- **Ansicht 1:** Ist der Gebäudeeigentümer auch Eigentümer der gebäudeinternen Netzinfrastruktur, dann gilt er automatisch auch als Betreiber und richtiger Anspruchsgegner
- Nach Ansicht 1 gilt der Netzeigentümer als Netzbetreiber und Verfügungsberechtigter i.S.v. § 77k Absatz 2, 3 TKG und damit als Antragsgegner, selbst wenn er die Netzinfrastruktur einem anderen (Netzbetreiber) überlässt. Dem Netzeigentümer wird damit, ungeachtet der tatsächlichen Verhältnisse, zumindest für den Mitnutzungsantrag nach § 77k Absatz 2, 3 TKG eine Verfügungsmacht unterstellt
- **Ansicht 2:** Die Stattgabe des Mitnutzungsantrags kann nur der Verfügungsberechtigte erteilen. Damit wird der Antragsteller geschützt, weil er nicht prüfen muss, ob jemand als Eigentümer oder als Betreiber verfügt, entscheidet ist nur, dass er verfügt, egal aus welchem Rechtsgrund.
- Für Ansicht 2 spricht, dass § 77k Absatz 3 TKG auf den Verfügungsberechtigten abstellt und auch die Kostensenkungsrichtlinie mit demjenigen, der das Recht zur Nutzung der gebäudeinternen Netzinfrastruktur innehat, auf den Verfügungsberechtigten abstellt

II. Anforderungen des § 77n Absatz 6 TKG

1. Sinn und Zweck

- § 77n setzt die wesentlichen verfahrens- und rechtsschutzbezogenen Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie um; dazu gehört die Einrichtung einer nationalen Streitbeilegungsstelle
- § 77n Absatz 6 TKG gibt den Parteien aus § 77k Absatz 2, 3 TKG die Möglichkeit, eine Entscheidung durch die Bundesnetzagentur als nationale Streitbeilegungsstelle nach § 132 TKG in Verbindung mit § 134a TKG zu beantragen, wenn innerhalb von zwei Monaten keine Vereinbarung über die Mitnutzung nach § 77k Absatz 2, 3 TKG zustande kommt
- Partei in diesem Sinn sind Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Versorgungsnetzes einerseits und Eigentümer oder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes andererseits
- § 77n Absatz 6 TKG legt die Regelentscheidungsfrist bei der Mitnutzung der Netzinfrastrukturen von Gebäuden (§ 77k) auf zwei Monate fest und setzt somit Artikel 9 Absatz 3 Satz 2 und 3 der Kostensenkungsrichtlinie um.
- Gemäß § 77n Absatz 7 TKG besteht die Möglichkeit der Verlängerung um zwei weitere Monate bei außergewöhnlichen Umständen unter einer besonderen Begründungspflicht
- Die Entscheidung der BNetzA ergeht durch Verwaltungsakt, der privatrechtsgestaltende Wirkung hat

- Keine Einigung über die Mitnutzung nach § 77k Absatz 2 und 3 TKG innerhalb von zwei Monaten
 - Die Frist beginnt mit dem Eingang des vollständigen Antrags bei dem Antragsgegner zu laufen
 - Unklar ist, wann der Antrag vollständig ist, also ob der Antrag bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen muss (z.B. genaue Beschreibung des Antragsgegenstands, Zumutbarkeit des Antrags, Ausgestaltung des Antrags, so dass er annehmbar ist)
 - § 77k Absatz 3 TKG fordert ausdrücklich die Zumutbarkeit des Antrags, ohne diese näher auszugestalten; darüber hinaus gibt es keine Pflichtangaben wie sie in § 77d Abs. 1 TKG bei einem Antrag auf Mitnutzung öffentlicher Versorgungsnetze vorgegeben sind
 - Die BNetzA setzt keine hohen Anforderungen an einen Antrag, so dass aus Gründen der Vorsicht jede Anfrage auf Mitnutzung als Antrag zu werten ist, der den Fristlauf in Gang setzt

- **Bestimmung der Entgelte durch die BNetzA**
 - **Grundsatz:** Die BNetzA setzt in dem Streitbeilegungsverfahren die Entgelte nach dem Maßstab fest, welche zusätzlichen Kosten dem Antragsgegner durch die Mitnutzung entstehen
 - **Ausnahme:** Hat der Antragsteller die vorgesehene Mitnutzungsmöglichkeit bestehender Netzinfrastruktur durch entsprechende Investitionen selbst geschaffen hat, soll er die Mitnutzung zu wirtschaftlich angemessenen Konditionen wahrnehmen können. Hat der Antragsteller selbst die Netzinfrastruktur in das Haus verlegt, kann die Mitnutzung grundsätzlich entgeltfrei erfolgen.
 - **Ausnahme von der entgeltfreien Mitnutzung:** Wenn der durch die Mitnutzung verursachte Aufwand des Gebäudeeigentümers aufgrund technischer oder baulicher Besonderheiten besonders hoch ausfällt, ist ein Entgelt für die Mitnutzung zu zahlen. Allerdings hat der Gebäudeeigentümer den Nachweis für den außergewöhnlichen Aufwand zu erbringen.

- **Rechtsschutz**
 - **Rechtsschutz ist von den von der Entscheidung Betroffenen im Wege der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht zu suchen. Aufgrund von § 137 Abs. 2 i.V.m. § 132 Abs. 2 TKG findet ein Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) nicht statt. Die Berufungsinstanz entfällt (§ 137 Abs. 3 S. 1 TKG).**
 - **Die Einlegung der Klage hat gem. § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung. Eilrechtsschutz ist deswegen im Wege des § 80 Abs. 5 S. 1, § 123 VwGO zu suchen.**

1. Bestimmung der Höhe des Mitnutzungsentgelts

- **Grundsatz:**
Die Bestimmung der Höhe des Mitnutzungsentgelts für Eigentümer oder Betreiber von gebäudeinternen Komponenten öffentlicher Telekommunikationsnetze oder Eigentümer von Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden richtet sich künftig voraussichtlich nach den Maßstäben des § 149 Absatz 2 TKG, ohne dass ein Aufschlag gewährt wird
- **Faires und angemessenes Mitnutzungsentgelt, dessen Grundlage die zusätzlichen Kosten sind, die sich für den Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes oder der sonstigen physischen Infrastruktur durch die Ermöglichung der Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastrukturen oder seiner sonstigen physischen Infrastruktur ergeben**

- **Ausnahme 1:**
Neu errichtete gebäudeinterne Infrastruktur mit sehr hoher Kapazität
Geltungsbereich:
 - ab dem Inkrafttreten des TKMoG errichtete gebäudeinterne Komponenten eines Netzes mit sehr hoher Kapazität oder
 - aufgerüstete gebäudeinterne Netzinfrastrukturen, die vollständig aus Glasfaserkomponenten bestehen
 - Errichtung der Infrastruktur auf Kosten eines Eigentümers oder Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der kein mit dem am Gebäude Verfügungsberechtigten verbundenes Unternehmen im Sinne des § 3 Nummer 69 TKG ist

Folge:

- Kostendeckendes Entgelt (d.h. über die zusätzlichen Kosten hinaus werden auch die Folgen der beantragten Mitnutzung auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das mitgenutzte öffentliche Telekommunikationsnetz und deren angemessene Verzinsung berücksichtigt)

Beachte:

Kostendeckendes Entgelt wird nur gewährt, wenn die gebäudeinterne Infrastruktur auf Kosten eines Eigentümers oder Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes errichtet wurde

Der Eigentümers oder Betreibers des öffentlichen Telekommunikationsnetzes darf kein mit dem am Gebäude Verfügungsberechtigten verbundenes Unternehmen sein

- ✓ keine (un-)mittelbare Verbindung über ein Beherrschungsverhältnis
- ✓ Keine zusammengeschlossenen Unternehmen

- **Ausnahme 2:**
Der die Mitnutzung Begehrende hat selbst Investitionen zur Herstellung dieser Infrastruktur getätigt

Geltungsbereich:

- Investitionen, die erstmalig ab Inkrafttreten des TKMoG getätigt werden

Folge:

- Mitnutzung kann entgeltfrei beansprucht werden
- Dies gilt nicht, wenn die Mitnutzung aufgrund besonderer technischer oder baulicher Gegebenheiten einen außergewöhnlichen Aufwand verursacht hat

**Bei Fragen zur Mitnutzung
gebäudeinterner Infrastrukturen
kommen Sie gerne auf uns zu!**

www.wr-recht.de

info@wr-recht.de

Standort Hamburg

Bleichenbrücke 11

20354 Hamburg

Tel.: 040 / 37669-210

Hinweise

© Der gesamte Inhalt dieser Präsentation ist ausschließliches Eigentum der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Woitag Rechtsanwaltsgesellschaft mbH . Ohne Einwilligung der Rechtsinhaberin ist jegliche Übernahme zur Vervielfältigung und zur Nutzung für werbliche Zwecke oder die Änderung des Inhalts bei Beibehaltung der wesentlichen strategischen Aussagen – auch einzelner – Vorschläge unzulässig, wenn nicht dafür die schriftliche Genehmigung der Rechtsinhaberin eingeholt wurde.