

**GIGABITBÜRO  
DES BUNDES**

Ein Kompetenzzentrum des  
Bundesministeriums für Verkehr  
und digitale Infrastruktur

Im Auftrag des



Bundesministerium  
für Verkehr und  
digitale Infrastruktur

# Leitfaden für die Verpachtung und/oder den Verkauf kommunaler Leerrohre





# Inhalt

Einleitung .....	4
<b>A. Rahmenbedingungen.....</b>	<b>5</b>
<b>I. Bedeutung der Überlassung kommunaler Leerrohrinfrastruktur für den Ausbau .....</b>	<b>5</b>
<b>II. Konstellationen der Leerrohrüberlassung (Verkauf und Verpachtung/Kommunen und kommunale Unternehmen) und deren praktische Einordnung.....</b>	<b>6</b>
1. Verkauf kommunaler Leerrohrinfrastruktur .....	6
2. Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur .....	6
<b>III. Rechtliche Rahmenbedingungen .....</b>	<b>9</b>
1. Haushaltsrecht .....	9
2. Beihilfenrecht.....	11
3. Vergaberecht .....	13
4. TKG/DigiNetzG/Wettbewerbsrecht.....	15
<b>B. Fragen in der Praxis bei Verkauf und Verpachtung .....</b>	<b>17</b>
<b>I. Abwägung Verkauf oder langfristige Verpachtung .....</b>	<b>17</b>
1. Nutzungsausrichtung .....	18
2. Haftungsrisiken .....	18
3. Bewertung.....	19
<b>II. Ablauf des Verpachtungs- oder Verkaufsprozesses .....</b>	<b>19</b>
1. Direktüberlassung.....	19
2. Ausschreibung im Falle einer Verpachtung .....	19
3. Ablauf eines Bietverfahrens im Falle eines Verkaufs.....	20
<b>III. Anforderungen an die Festlegung von: .....</b>	<b>21</b>
1. Pachtentgelt .....	21
2. Verkaufserlös .....	22
<b>C. Vertragsgestaltung und Mustertextbausteine .....</b>	<b>24</b>
<b>I. Kaufvertrag.....</b>	<b>25</b>
<b>II. Pachtvertrag.....</b>	<b>27</b>
<b>III. Mitnutzungsvertrag nach TKG .....</b>	<b>31</b>
<b>Impressum .....</b>	<b>34</b>



# Einleitung

Der Digitalisierung und dem Ausbau der dafür notwendigen Breitbandinfrastruktur kommt eine herausragende gesamtwirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung zu. Die Verfügbarkeit gigabitfähiger Telekommunikationsdienste ist die Basis für eine moderne Informationsgesellschaft und ein zentraler Standortfaktor für Unternehmen.

Für privatwirtschaftliche Unternehmen ist es jedoch häufig nicht rentabel, flächendeckend schnelles Internet auszubauen, insbesondere im ländlichen Raum. Bund und Länder haben deshalb in den letzten Jahren großvolumige Förderprogramme aufgesetzt, um den Ausbau von Breitbandnetzen dort zu fördern, wo er marktgetrieben nicht erfolgt. Zusätzlich haben viele Kommunen damit begonnen, im Zuge anfallender Tiefbauarbeiten Leerrohre mitzuverlegen, um so den Breitbandausbau zu beschleunigen, bzw. den Umfang der dafür erforderlichen Tiefbauarbeiten zu reduzieren. Hierzu muss die so errichtete Infrastruktur ausbauen- den Telekommunikationsunternehmen zur Nutzung überlassen oder an sie veräußert werden.

Im Fokus dieses Leitfadens steht mithin die Überlassung bereits bestehender oder noch zu errichtender kommunaler Leerrohrinfrastruktur durch Verkauf oder Verpachtung. Im ersten Teil des Leitfadens werden zunächst die Rahmenbedingungen erörtert, in denen sich der Verkauf und die Verpachtung von Leerrohren bewegen. Dazu gehört neben den rechtlichen und organisatorischen Voraussetzungen auch eine Einordnung der Bedeutung von kommunalen Leerrohren im Kontext der Gesamtausbausituation in Deutschland.

Im zweiten Teil gibt dieser Leitfaden praktische Hilfestellungen zu Fragen, die beim Ablauf eines Verkaufs oder einer Verpachtung von Leerrohren auftreten können. Besonders hervorzuheben ist hierbei die Abwägung zwischen dem Verkauf oder der Verpachtung von kommunaler Seite oder Anforderungen bei der Festlegung von Pachtentgelten oder Verkaufspreisen.

Als Ergänzung dazu enthält der dritte Teil des Leitfadens konkrete Textbeispiele für die Ausgestaltung von Kauf- und Pachtverträgen.

# A. Rahmenbedingungen

## I. Bedeutung der Überlassung kommunaler Leerrohrinfrastruktur für den Ausbau

Kommunale Infrastrukturen sind für den Breitbandausbau von großer Bedeutung. Denn durch die Nutzung kommunaler Infrastrukturen, wie z. B. Leerrohre und Glasfaserleitungen, können Ausbaukosten gesenkt und der Ausbau somit insgesamt beschleunigt werden. So können durch kommunale Infrastrukturen häufig Lücken in der Netztopographie geschlossen werden, welche andernfalls durch privatwirtschaftliche Unternehmen oft nur mit unverhältnismäßigem Investitionsaufwand gestemmt werden könnten.

Kommunen und ihre Unternehmen verfügen oftmals über passive Leerrohrinfrastruktur, die hinsichtlich ihrer technischen und räumlichen Eigenschaften direkt von Betreibern und Anbietern von Breitbanddiensten

genutzt werden kann. Darüber hinaus kann auch in der Errichtung neuer Infrastruktur mit anschließender Überlassung an private Telekommunikationsunternehmen ein mögliches Geschäftsmodell für Kommunen bzw. kommunale Unternehmen liegen.

Schließlich sehen viele Kommunen den Breitbandausbau auch als Bestandteil ihrer Daseinsvorsorge an. Mit der Überlassung eigener Infrastruktur an die Betreiber und Anbieter von Breitbanddiensten können Kommunen dabei einen Beitrag zur Wahrnehmung dieser Vorsorge leisten. Im Falle der Verpachtung behalten die Kommunen zudem auch das Eigentum und somit auch – je nach entsprechender Gestaltung – die langfristige Steuerungsmöglichkeit über das Netz.



## II. Konstellationen der Leerrohrüberlassung (Verkauf und Verpachtung/Kommunen und kommunale Unternehmen) und deren praktische Einordnung

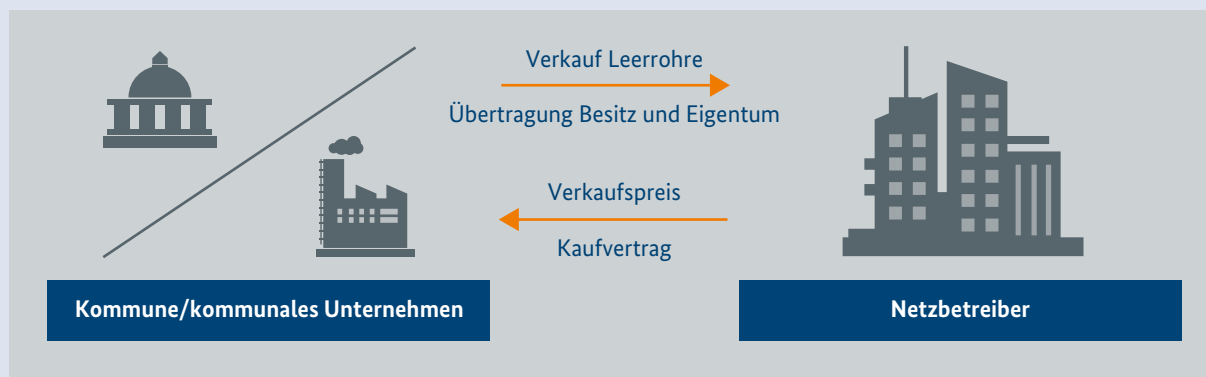
### 1. Verkauf kommunaler Leerrohrinfrastruktur

Eine denkbare Konstellation der Überlassung kommunaler Leerrohrinfrastruktur liegt in deren Verkauf. Der Verkauf kann insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn sich eine Kommune oder ein kommunales Unternehmen von der Infrastruktur sowie dem damit verbunden Geschäftsfeld trennen möchte. Dahinter können sowohl strategische, wirtschaftliche als auch rein praktische Überlegungen stehen, beispielsweise die Überführung vorhandener Leerrohrflickenteppiche in eine sinnvolle Nutzung.

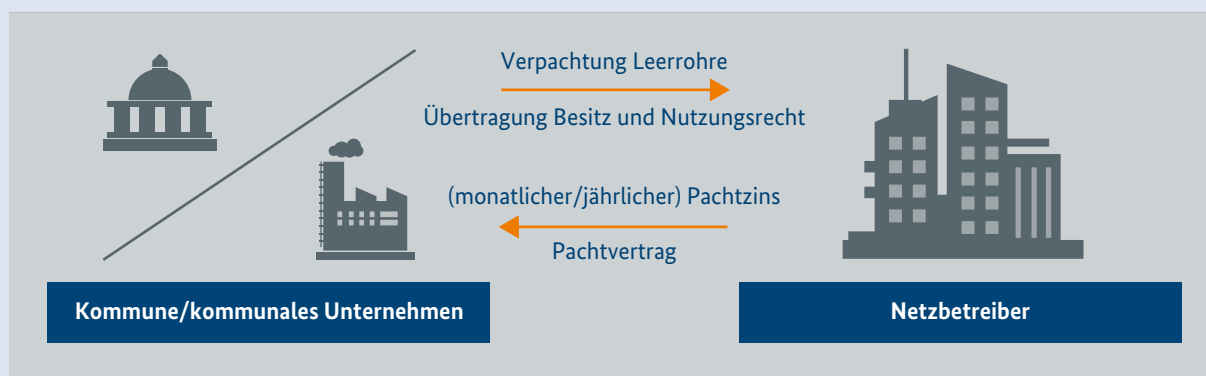
### 2. Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur

Eine größere Rolle nimmt in der Praxis hingegen die Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur ein. Im Falle einer Verpachtung behält die Kommune das Eigentum an der Infrastruktur und kann daraus möglicherweise auch ursprünglich getätigte Investitionen decken.

#### Verkauf kommunaler Leerrohrinfrastruktur (Abb. 1)



#### Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur (Abb. 2)





Im Einzelnen:

#### a) Kommunen vs. kommunale Unternehmen als Eigentümer der Leerrohrinfrastruktur

Es ist zu unterscheiden, ob Kommunen oder kommunale Unternehmen Eigentümer der Leerrohrinfrastruktur sind. Während bei der Verpachtung von Infrastruktur durch die Kommunen häufig das schlichte Setzen von Anreizen für den weiteren privatwirtschaftlichen Ausbau im Vordergrund steht, verfolgen kommunale Unternehmen mit der Verpachtung von Infrastruktur oftmals auch wirtschaftliche Ziele, etwa die Entwicklung eines neuen Geschäftsfelds oder die Aufnahme einer weiteren Sparte in den Querverbund.

Sofern ein Eigenbetrieb die Leerrohrinfrastruktur verpachten sollte, ist zu beachten, dass der Eigenbetrieb mangels Rechtspersönlichkeit nicht Inhaber von Rechten und Pflichten sein kann. Vielmehr ist die dahinterstehende Kommune Eigentümer und Verpächter im Rechtssinne.

#### b) Neue vs. vorhandene Infrastruktur

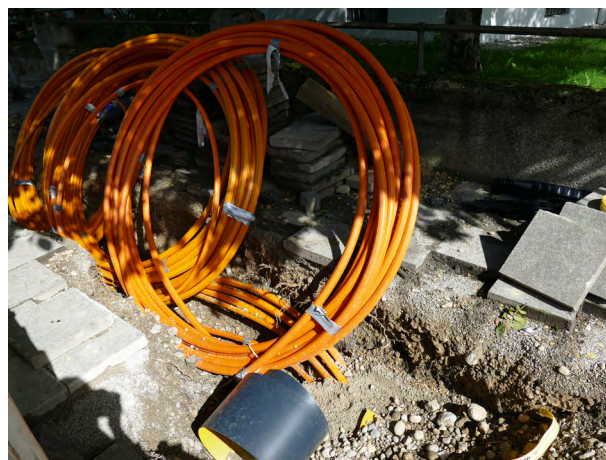
Grundsätzlich ist sowohl die Verpachtung bereits vorhandener oder aber auch noch zu errichtender Leerrohrinfrastruktur möglich und in der Praxis anzutreffen. Neue, noch zu errichtende Infrastruktur wird häufig dann Gegenstand eines Verpachtungsmodells, wenn die Kommune in Partnerschaft mit einem Telekommunikationsunternehmen die Rolle des Eigentümers der Infrastruktur einnehmen soll. Die Verpachtung vorhandener Infrastruktur kann ebenfalls Gegenstand einer Kooperation sein, ist aber häufig auch für kleinteilige Lückenschlüsse im Netzausbau anzutreffen und wird bisweilen auch rein situativ verfolgt.

#### c) Exklusive vs. nicht-exklusive Verpachtung

Die Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur kann sowohl exklusiv als auch nicht exklusiv erfolgen. Bei einer exklusiven Verpachtung pachtet das Telekommunikationsunternehmen den vollständigen physikalischen Raum des Leerrohrs an und hat somit auf der Infrastrukturebene eine exponierte Stellung im Wettbewerb. Deshalb sind bei der exklusiven Verpachtung auch besondere rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten (s. dazu unten ausführlich unter Ziff. III.).

Bei der nicht-exklusiven Verpachtung pachtet das Telekommunikationsunternehmen hingegen nur den physikalischen Raum des Leerrohrs, der zur tatsächlichen Eigennutzung für das Versorgungsangebot benötigt wird. Dies entspricht üblicherweise dem Raum einiger Glasfaserpaare. Daneben kann der restliche physikalische Raum von weiteren Telekommunikationsunternehmen gepachtet werden.

Die nicht-exklusive Verpachtung bildet somit ein Open-Access-Modell auf allen Ebenen – sprich auf der Infrastrukturebene – ab. Sie ist insbesondere über einen Leerrohrteiler darstellbar.



#### d) Pachtzins

Ein zentraler Bestandteil der Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur ist der Pachtzins. Dieser bildet die Gegenleistung, welche die Kommune für die Überlassung der Infrastruktur vom Telekommunikationsunternehmen enthält. Der Pachtzins fließt als Refinanzierungsfaktor in die Wirtschaftlichkeitsberechnungen der Kommune ein. In der Praxis sind verschiedene Modelle zur Gestaltung des Pachtzinses denkbar. Zum einen kann eine Fixpacht (oder Grundpacht) vereinbart werden, sowohl pauschal für die überlassende Infrastruktur als auch pro Mengeneinheit (z.B. pro Meter). Zum anderen kann aber auch eine variable Pacht vereinbart werden, die z.B. pro angeschlossenem Haushalt oder pro mit einem Dienst versorgten Kunden zu entrichten ist (in der Praxis insbesondere anzutreffen, wenn ein flächendeckendes Netz an ein Telekommunikationsunternehmen verpachtet werden soll). Die beiden Modelle einer Fixpacht und einer variablen Pacht können zudem auch kombiniert werden.

#### e) Verhältnis zur Mitnutzung nach TKG

Die Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur ist grundsätzlich von einer Mitnutzung von Infrastruktur nach dem TKG abzugrenzen. Während eine übliche Verpachtung auf einem vom Willen der Parteien abhängigen Vertragsverhältnis beruht, folgt eine Mitnutzung nach TKG aus einem regulatorisch vorgesehenen Tatbestand. Im Mittelpunkt stehen hier nicht die Intention und das gemeinsame Interesse der Parteien an einer wirtschaftlich oder strategisch beidseitig motivierten Transaktion, sondern die objektiv motivierte Beschleunigung des Glasfaserausbaus und die Reduktion von Kosten und öffentlicher Mittel. Konkret soll eine möglichst effiziente und synergetische Nutzung vorhandener Infrastruktur erreicht werden. Insbesondere die Einführung einer verbindlichen Mitnutzung verschiebt deshalb auch das einem gewöhnlichen Pachtvertrag innewohnende Verhandlungsgleichgewicht, da der Nachfrager einer Mitnutzung kein Interesse an einer freiwilligen Kooperation haben muss, da er seinen Mitnutzungsanspruch ggf. auch regulatorisch bei der Bundesnetzagentur als Streitschlichtungsstelle durchsetzen kann. (vgl. ausführlich dazu unten unter C).



### III. Rechtliche Rahmenbedingungen

Im Umgang mit dem Verkauf und der Verpachtung von Leerrohren sind verschiedene rechtliche Rahmenbedingungen des Haushalts-, Beihilfen- und Vergaberechts zu berücksichtigen. Während beim Beihilfen- und Vergaberecht in allen Bundesländern nationale und EU-Gesetze gelten, sind beim Haushaltsrecht die rechtlichen Regelungen in jedem Bundesland unterschiedlich und benötigen teilweise eine gesonderte Betrachtung.

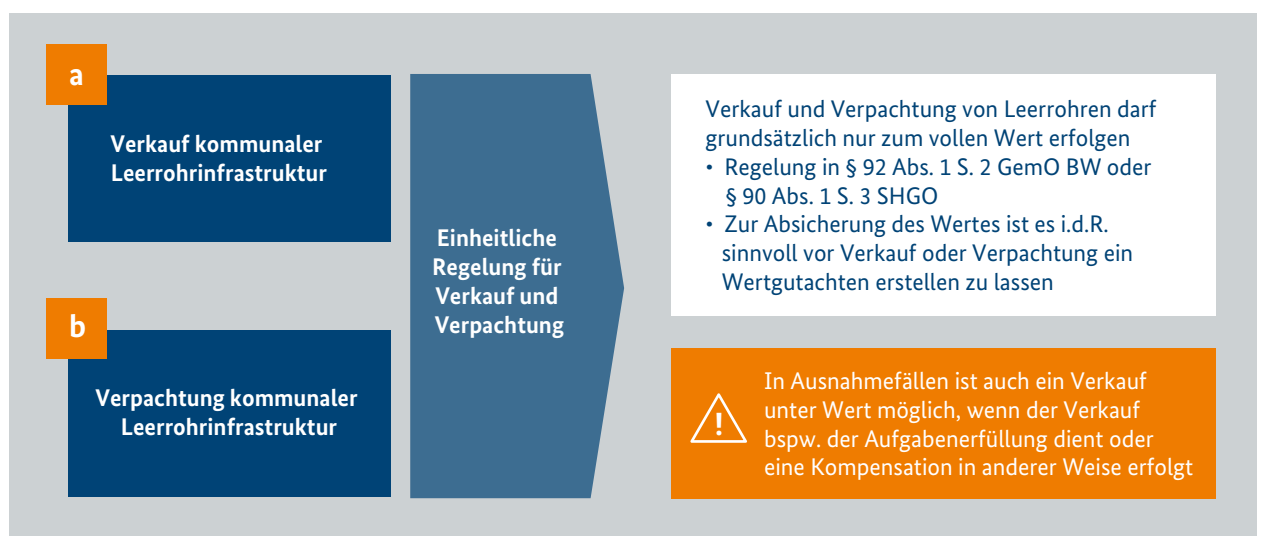
#### 1. Haushaltsrecht

Sowohl beim Verkauf als auch bei der Verpachtung muss die Kommune darauf achten die Haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen des jeweiligen Bundeslandes einzuhalten. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf den angesetzten Wert der zu verkaufenden oder zu verpachtenden Infrastruktur zu legen.

Übersicht der rechtlichen Rahmenbedingungen (Abb. 3)



Rechtliche Rahmenbedingungen des Haushaltsrechts (Abb. 4)



### a) Verkauf kommunaler Leerrohrinfrastruktur

Bei dem Verkauf kommunaler Leerrohrinfrastruktur sind die jeweils landesrechtlich geregelten haushaltsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Den Haushaltsvorschriften der Länder ist gemein, dass der Verkauf von Vermögensgegenständen grundsätzlich nur zu ihrem vollen Wert erfolgen darf (so beispielsweise § 92 Abs. 1 S. 2 GemO BW oder § 90 Abs. 1 S. 3 SHGO). Hintergrund dieser Regelung ist der haushaltsrechtliche Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, demzufolge im Falle einer Veräußerung grundsätzlich eine marktübliche Gegenleistung erzielt werden soll. Denn unter dem vollen Wert ist regelmäßig der aktuelle Verkehrswert zu verstehen. Der Verkehrswert (Marktwert) wird durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr, nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder personelle Verhältnisse, zu erzielen wäre. Im Zweifelsfall sollte daher eine Auskunft des Gutachterausschusses einzuholen sein.

Ein Verkauf unter Wert ist nur ausnahmsweise zulässig (beispielsweise, wenn der Verkauf im Interesse der Aufgabenerfüllung erfolgt oder auf anderem Wege als dem direkten Verkaufspreis eine Kompensation erfolgt) und bedarf in manchen Ländern, so beispielsweise in Baden-Württemberg, zudem der Vorlage gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde (§ 92 Abs. 3 S. 1 GemO BW). Diesen Vorgaben unterliegt grundsätzlich auch ein kommunales Unternehmen, wobei eine förmliche Vorlagepflicht gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde grundsätzlich nur für Eigenbetriebe, nicht aber für Unternehmen in Privatrechtsform besteht. Letztere haben einen größeren Bewertungsspielraum bei der Bewertung der angemessenen Konditionen.

### b) Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur

Für die Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur, und damit die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes, gelten dieselben haushaltsrechtlichen Anforderungen wie an den Verkauf (vgl. beispielsweise § 92 Abs. 2 GemO BW oder § 90 Abs. 2 SHGO). Das bedeutet, dass auch die Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur nur zu ihrem vollen Wert erfolgen darf.

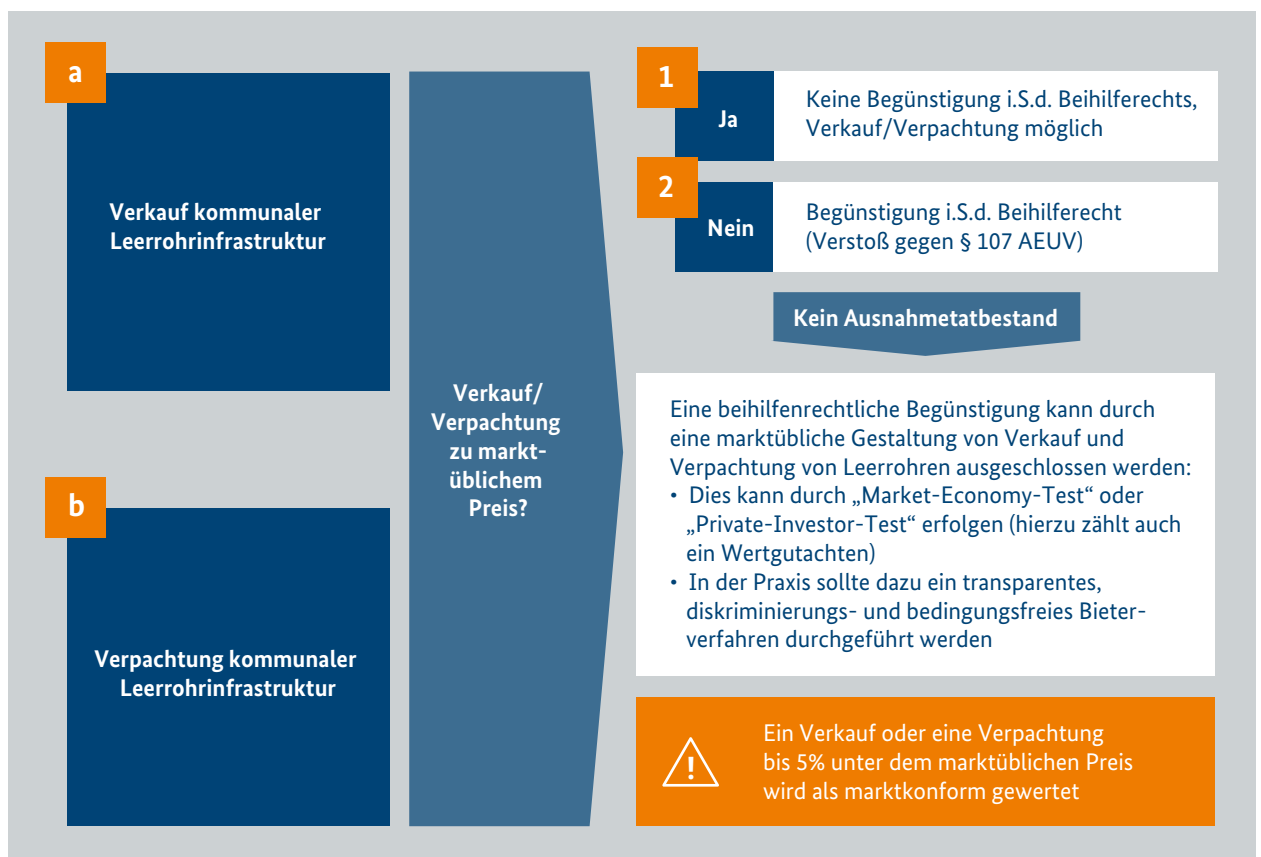
#### Praxistipp

Nach den haushaltsrechtlichen Vorgaben dürfen der Verkauf und die Verpachtung kommunaler Infrastruktur nur zum vollen Wert erfolgen. Deshalb sollte im Zweifelsfall ein entsprechendes Verkehrswertgutachten eingeholt werden. Ggf. kann aber auch auf Bewertungen aus der Vergangenheit zurückgegriffen werden.

## 2. Beihilfenrecht

Egal ob Verkauf, oder Verpachtung – bei der Überlassung eines Leerrohrnetzes sind beihilferechtliche Vorgaben zu berücksichtigen. Das betrifft primär die Bewertung der Infrastruktur bzw. die preisliche Ausgestaltung der Überlassung.

### Rechtliche Rahmenbedingungen des Beihilfenrechts (Abb. 5)



#### a) Verkauf kommunaler Leerrohrinfrastruktur

Im Rahmen des Verkaufs kommunaler Infrastruktur ist auch das EU-Beihilfenrecht zu beachten. Grundsätzlich besteht ein Verbot der Gewährung staatlicher Beihilfen (§ 107 AEUV). Im Falle des Vorliegens einer Beihilfe, für die kein Ausnahmetatbestand greift, ist die Kommune zur Anmeldung der beabsichtigten „Beihilfe“ an die Kommission verpflichtet. Diese kann der Beihilfe dann auf Grundlage von Genehmigungstatbeständen zustimmen oder die Gewährung der Beihilfe versagen.

Das Hauptaugenmerk bei der Prüfung des Vorliegens einer Beihilfe liegt vorwiegend auf dem Tatbestandsmerkmal der Begünstigung. Eine sogenannte Begünstigung liegt vor, wenn ein Unternehmen eine Leistung aus staatlichen Mitteln ohne Erbringung einer marktüblichen Gegenleistung erhält. Um das Vorliegen einer Beihilfe bestimmen zu können, stehen die Instrumente des sogenannten „Market-Economy-Test“ oder „Private-Investor-Test“ zur Verfügung. Bei diesem Test wird



sodann die Frage gestellt, ob ein privates Unternehmen im konkreten Fall und unter normalen Marktbedingungen ebenfalls die in Rede stehende Vergünstigung erhalten hätte. Beim Verkauf kommunaler Infrastruktur kann eine Begünstigung somit immer dann gegeben sein, wenn der Kaufpreis für die veräußerte Infrastruktur nicht dem marktüblichen Preis entspricht. Es gilt daher zu klären, ob ein privater Marktteilnehmer die Infrastruktur zum selben Preis und denselben Bedingungen veräußert hätte wie die Kommune. Deshalb sollte sich die Kommune beim Verkauf der Infrastruktur unabhängig von ihren städtebaulichen oder sonstigen Zielen ebenso verhalten wie ein privater Verkäufer, der unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen eine Infrastruktur veräußert.

In der Praxis bietet sich daher die Durchführung eines transparenten, diskriminierungs- und bedingungsfreien Bietverfahrens an, um eine Beihilfe in der Regel ausschließen zu können. Als Alternative hierzu kann von einem unabhängigen Sachverständigen der Verkaufswert ermittelt werden, der dann mit dem Kaufpreis festgelegt wird. Dabei wird zum Teil eine Abweichung bis zu fünf Prozent unter dem festgelegten Marktwert noch als marktkonform gewertet.

## **b) Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur**

Ebenso wie bei dem Verkauf kommunaler Infrastruktur sind auch bei der Verpachtung kommunaler Infrastruktur die beihilfenrechtlichen Anforderungen zu beachten.

Das heißt, die Kommune muss die Infrastruktur an das Telekommunikationsunternehmen zu marktüblichen Pachtbedingungen verpachten. Nach dem Maßstab des sogenannten „Market-Economy-Test“ ist die Frage, ob das begünstigte Unternehmen eine Begünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, dann zu bejahen, wenn die Telekommunikationsunternehmen bzw. die Betreiber für das Recht zur kommerziellen Nutzung der Infrastruktur weniger bezahlen, als sie bei einer vergleichbaren Infrastruktur zu normalen Marktbedingungen zahlen würden.

Deshalb müssen bei Verpachtungen marktübliche Pachtzinsregelungen zwischen der Kommune und dem Telekommunikationsunternehmen bzw. dem Betreiber vereinbart werden. Die Beurteilung der Marktüblichkeit hat dabei anhand einer wirtschaftlichen Gesamtschau des Pachtverhältnisses zu erfolgen.

Um das Risiko des Vorliegens einer unzulässigen Beihilfe zu minimieren, kann zudem auf das Instrument der De-Minimis-Beihilfe zurückgegriffen werden. Danach sind Beihilfen indes bis zu einem Bruttosubventionsäquivalent in Höhe von 500.000 Euro in drei Steuerjahren zulässig, wenn die Beihilfe der Herstellung einer Breitbandversorgung dient (vgl. die sog. „De-Minimis-Regelung“, Art. 2 VO(EU) 360/2012). Ist eine Versorgung mit einem Breitbandnetz bereits gegeben, so wird vermutet, dass eine Förderung in Höhe von 200.000 Euro in drei Jahren keine wettbewerbsverzerrende Beihilfe darstellt. Sind diese Grenzen überschritten – was bei großen Telekommunikationsunternehmen aufgrund der Vielzahl potenzieller Anwendungsfälle regelmäßig der Fall wäre – bedarf es einer beihilferechtlichen Prüfung im Einzelfall, insbesondere anhand der sog. AGVO (Allgemeine Gruppenfreistellungs-Verordnung).

### **Praxistipp**

Bei dem Verkauf kommunaler Infrastruktur sollte möglichst ein transparentes, diskriminierungs- und bedingungsfreies Bietverfahren durchgeführt oder aber ein unabhängiges Wertgutachten eingeholt werden, damit eine Veräußerung zu marktüblichen Bedingungen sichergestellt und eine beihilfenrechtliche Begünstigung ausgeschlossen werden kann. Auch die Verpachtung der kommunalen Infrastruktur muss zu marktüblichen Pachtbedingungen erfolgen. Eine Orientierung hierfür kann an der o.g. Entscheidung der Bundesnetzagentur genommen werden, wenngleich diese Parameter nur als grobe Richtwerte verstanden werden sollten und der Marktpachtpreis eigens bewertet werden müsste.

### 3. Vergaberecht

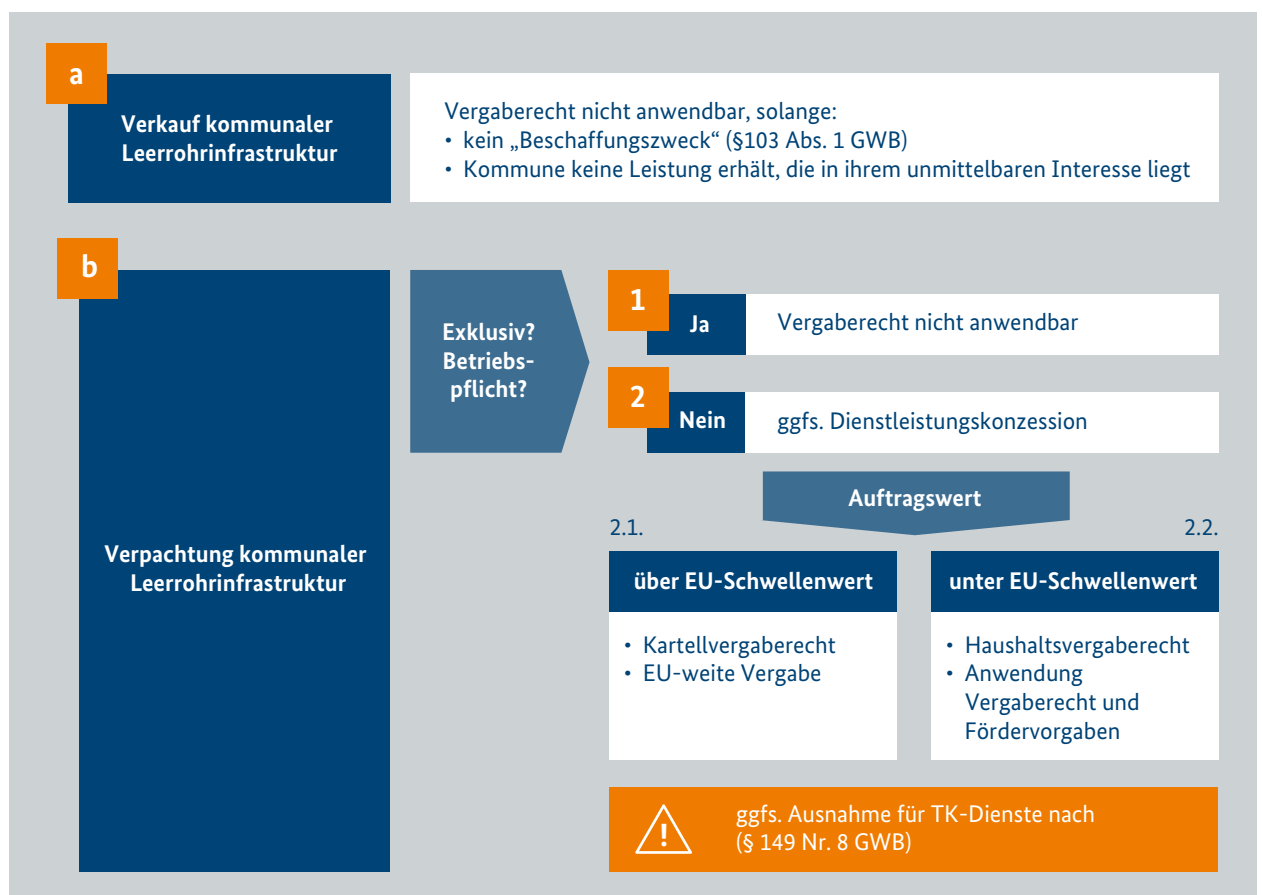
Ob und welches Vergaberecht anwendbar ist, hängt davon ab, ob die Infrastruktur verkauft oder zur Nutzung überlassen werden soll und ob dies exklusiv erfolgt.

#### a) Verkauf kommunaler Leerrohrinfrastruktur

Der Verkauf kommunaler Infrastruktur kann ungeachtet des Vergaberechts direkt erfolgen, wenn hiermit kein sogenannter „Beschaffungszweck“ verfolgt wird. Denn nach den vergaberechtlichen Vorgaben liegt ein öffentlicher Auftrag nur vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber in Verfolgung eines Beschaffungszwecks als Nachfrager einer Leistung auftritt (§ 103 Abs. 1 GWB). Die Veräußerung von kommunaler Infrastruktur durch die Kommune fällt damit grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.

Es gilt jedoch im Rahmen der kommunalen Veräußerung zu beachten, dass die Kommune dafür keine Leistung erhält, die in ihrem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse liegt. Dies könnte beispielsweise dergestalt erfolgen, wenn die Kommune die Infrastruktur als Entgelt für eine von dem Erwerber zu erbringende Leistung hingibt oder z.B. einen Preisnachlass gibt. In diesen beispielhaften Fällen wäre sodann nämlich die Verfolgung eines Beschaffungszweckes anzunehmen mit der Folge, dass die vergaberechtlichen Regularien zur Vermeidung einer Umgehung des Vergaberechts doch zu beachten sind.

#### Rechtliche Rahmenbedingungen des Vergaberechts (Abb. 6)



## b) Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur

### aa) Vorliegen einer Dienstleistungskonzession

Bei der kommunalen Verpachtung der Infrastruktur ist aus vergaberechtlicher Sicht zwischen der exklusiven und nicht-exklusiven Verpachtung zu unterscheiden. Sofern eine nicht-exklusive Verpachtung erfolgt und auch keine weitergehenden auftragsähnlichen Pflichten festgelegt werden, unterfällt diese Verpachtung nicht den Regularien des Vergaberechts und stellt somit einen gewöhnlichen zivilrechtlichen Verpachtungsvorgang dar. Sofern hingegen im Rahmen der kommunalen Verpachtung dem Telekommunikationsunternehmen eine Exklusivität eingeräumt wird, kann der konzessionsrechtliche Rahmen zu beachten sein. Denn bei der exklusiven Überlassung von Infrastruktur an ein Telekommunikationsunternehmen – gleichwohl ob diese bereits vorhanden oder aber noch zu errichten ist – kann es sich um eine sogenannte Dienstleistungskonzession handeln. Dies ist dann der Fall, wenn in Verbindung mit der Regelung einer Exklusivität das Betriebsrisiko auf den Pächter übergeht und dieser durch den Pachtvertrag das Recht zur Verwertung (was regelmäßig durch die Regelung der Exklusivität angenommen werden kann) eingeräumt erhält. Die hier skizzierten Fragestellungen sind im Einzelnen noch nicht abschließend geklärt, so dass die vorstehenden Ausführungen nur als Orientierungshilfe dienen können.

### bb) Folgen des Vorliegens einer Dienstleistungskonzession

Sobald eine Dienstleistungskonzession vorliegt und der Auftragswert für eine EU-weite Vergabe überschritten ist, unterliegt der Pachtvertrag dem Kartellvergaberecht mit entsprechenden Vorgaben zur Ausschreibung (§ 97 Abs. 1 GWB, §§ 1 ff. KonzVgV). Der Auftragswert für eine Anwendung des Kartellvergaberechts beträgt derzeit 5.350.000 Euro. Um den Auftragswert zu bestimmen, muss der maßgebliche Gesamtumsatz herangezogen werden, den der Konzessionsnehmer über die Vertragslaufzeit erzielt (§ 2 Abs. 3 KonzVgV). Je nach Länge der entsprechenden Infrastruktur ist sodann im jeweils konkreten Einzelfall zu bestimmen, ob der Schwellenwert für eine EU-weite Vergabe überschritten wird oder nicht.

### cc) Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes § 149 Nr. 8 GWB zur Vermeidung einer Ausschreibungspflicht

Führt die Bestimmung des Gesamtauftragswertes im jeweils konkreten Fall zu dem Ergebnis, dass der EU-Schwellenwert von 5.350.000 Euro überschritten sein sollte, besteht gleichwohl die Möglichkeit, dass die Regularien des Kartellvergaberechts dennoch nicht zur Anwendung kommen. Denn es gibt im Telekommunikationsbereich einen insofern gesetzlich verankerten Ausnahmetatbestand. Wengleich die genaue Reichweite des Anwendungsbereichs des Ausnahmetatbestandes im Bereich des Breitbandausbaus in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist, scheint es vertretbar, dass Pachtverträge in vielen Fällen als Konzessionen, die auf die Bereitstellung oder den Betrieb eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes bzw. die Bereitstellung eines oder mehrerer Telekommunikationsdienste gerichtet sind, vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen sind (§ 149 Nr. 8 GWB). Dies hat zur Folge, dass die Konzession nicht nach dem Vergaberecht auszuschreiben ist und direkt vergeben werden kann.

#### Praxistipp

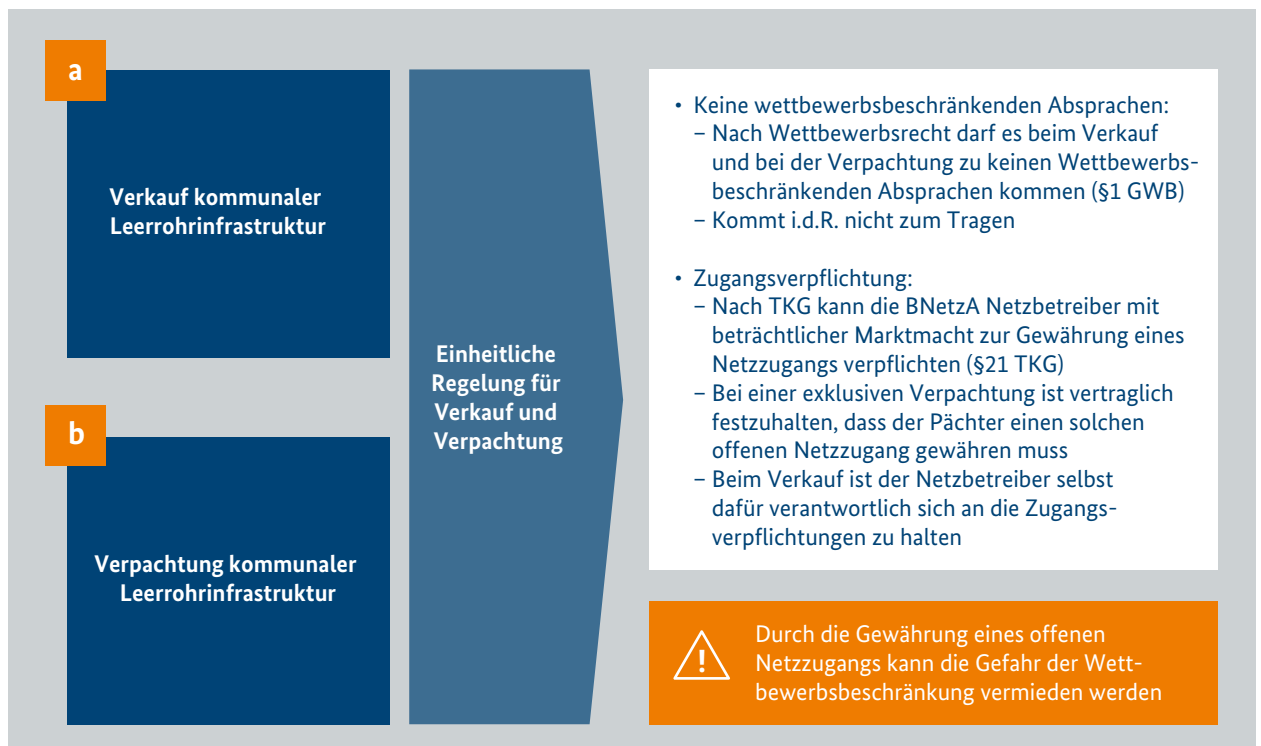
Der Verkauf kommunaler Infrastruktur unterliegt grundsätzlich nicht den vergaberechtlichen Regularien. Bei einer kommunalen Verpachtung ist eine nicht-exklusive Überlassung der Infrastruktur der rechtlich sichere Weg, da in diesem Fall die Regularien des Vergaberechts nicht greifen. Wird den Telekommunikationsunternehmen im Rahmen der kommunalen Verpachtung eine Exklusivität eingeräumt, so besteht aufgrund des Ausnahmetatbestands dennoch die Möglichkeit, dass die Konzession ohne Beachtung des Kartellvergaberechts direkt vergeben werden kann (§ 149 Nr. 8 GWB). Es empfiehlt sich in jedem Falle, einen kurzen entsprechenden Vergabevermerk zu erstellen. Aufgrund verbleibender Restrisiken bietet sich zur Minimierung selbiger dennoch die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens an.



#### 4. TKG/DigiNetzG/Wettbewerbsrecht

Durch den Abschluss eines Kauf- oder exklusiven Pachtvertrags für kommunale Leerrohrinfrastrukturen sichert sich das Telekommunikationsunternehmen einen Vorteil gegenüber Wettbewerbern am Markt. Um nicht wettbewerbsverzerrend in den Markt einzugreifen, sollte die Kommune die gesetzlichen Rahmenbedingungen berücksichtigen.

#### Rechtliche Rahmenbedingungen des TKG/DigiNetzG/Wettbewerbsrechts (Abb. 7)



##### a) Keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht darf es im Zusammenhang mit dem Verkauf bzw. der Verpachtung kommunaler Infrastruktur zu keinen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen kommen (§ 1 GWB). Das Kartellverbot verbietet solche Absprachen, die den freien Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen. Verboten sind beispielsweise Preisabsprachen,

bei denen die beteiligten Unternehmen festlegen, zu welchem Preis sie ihre vergleichbaren Produkte verkaufen. Dass der schlichte Verkauf bzw. die Verpachtung kommunaler Infrastruktur wettbewerbsverzerrend sein könnten, ist eher fernliegend, soweit mit der Überlassung nicht noch zusätzliche wettbewerbsregelnde Vereinbarungen getroffen werden.

## b) Zugangsverpflichtung

Einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung in Form einer Beschränkung des Infrastrukturwettbewerbs kann durch die Sicherstellung eines offenen Netzzugangs entgegengewirkt werden. Der Infrastrukturwettbewerb ist in den Breitbandmärkten eine wesentliche Grundlage für alle Wettbewerbsparameter wie Preise und Qualität, Service und Vielfalt der angebotenen Dienstleistung. Im Falle einer nicht-exklusiven Verpachtung kommunaler Infrastruktur ist das Kriterium des offenen Netzzugangs ohnehin gegeben.

Im Falle einer exklusiven Verpachtung kommunaler Infrastruktur sollte jedoch das Telekommunikationsunternehmen zum offenen Netzzugang verpflichtet werden. Insbesondere kann die BNetzA zur Regulierung der Telekommunikationsmärkte die Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht zur Gewährung von Zugang verpflichten (§ 21 TKG). Die Auferlegung der Zugangsverpflichtung ist das zentrale Instrument zur Förderung und Gewährleistung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten. Denn der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten ist nur möglich, wenn die Wettbewerber des ehemaligen Monopolisten Zugang zu dafür notwendigen Infrastrukturen haben.

### Praxistipp

Bei dem Verkauf bzw. bei der Verpachtung kommunaler Infrastruktur dürfen keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen getroffen werden. Die wettbewerbsrechtliche Regulierung des Marktes kann jedoch durch eine Zugangsverpflichtung – insbesondere bei einer exklusiven Verpachtung kommunaler Infrastruktur – sichergestellt werden.

# B. Fragen in der Praxis bei Verkauf und Verpachtung

## I. Abwägung Verkauf oder langfristige Verpachtung

Bei der Thematik des Vergleichs aus Sicht der Kommunen bzw. der kommunalen Unternehmen zwischen dem Verkauf oder der Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur spielen verschiedene Aspekte eine Rolle. Maßgeblich stellt sich für die Kommunen bzw. die kommunalen Unternehmen hierbei jedoch die Frage, ob eine wirtschaftliche Betätigung in Form des Verkaufs oder aber der langfristigen Verpachtung vorteilhafter ist. Im Rahmen dieser Überlegungen muss jedoch stets im Blickfeld behalten werden, dass die haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen vorgeben, dass sowohl ein Verkauf als auch eine Verpachtung der Leerrohrinfrastruktur nur zu ihrem vollen Wert erfolgen darf, ferner kann aus dem Haushaltsrecht auch die Anforderung zur Vornahme eines Szenarienvergleichs folgen (vgl. näheres hierzu auch A III).

Zur Entscheidungsfindung wird eine Kosten-Nutzen- bzw. Wirtschaftlichkeitsrechnung durchgeführt. Damit können der personelle, organisatorische und finanzielle Aufwand für verschiedene Betriebs- und Vermarktungsszenarien ermittelt und verglichen werden. Potenzielle Investoren und Kreditgeber erwarten einen möglichst genauen Überblick und umfassende Analysen zu den zu erwartenden Einnahmen aus einem Ausbauprojekt. Während einige Träger auf eine reine Amortisierung der Investitions- und laufenden Kosten abzielen (z.B. Kommunen), sind andere (v.a. kommerzielle Anbieter) zusätzlich an der Erwirtschaftung von risikoadäquaten Überschüssen interessiert.

Abwägung Verkauf oder langfristige Verpachtung (Abb. 8)





## 1. Nutzungsausrichtung

Eine Investition in den Breitbandausbau lohnt sich einerseits, wenn das Ertragsmodell wirtschaftlich sinnvoll ist. Andererseits können einer Entscheidung für den Breitbandausbau auch strategische Überlegungen zu Grunde liegen (z.B. vor dem Hintergrund einer Abwanderungsgefahr von regionalen Unternehmen oder auch Bürgern).

Generell sollten vor einer Entscheidung über die wirtschaftliche Machbarkeit eines Breitbandprojektes folgende Faktoren einbezogen werden:

- die Höhe und Verteilung von Investitionskosten und operativen Kosten
- Rentabilitäts- und Einnahmeprognosen für das Ausbauprojekt
- Finanzierungsquellen (Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital)
- die Wettbewerbssituation im regionalen Telekommunikationsmarkt (z.B. vorhandene Anbieter) sowie
- die Risikobereitschaft der Eigentümer/Gesellschafter/Investoren
- das gesamte lokale und kommunale Umfeld (z.B. wirtschaftliche Struktur, Bevölkerungsstruktur) (Bedarfserhebung)
- die Kosteneinsparung durch Nutzung von (potenziellen) Synergien mit bereits vorhandenen Versorgungsinfrastrukturen

## 2. Haftungsrisiken

Aus dem Blickwinkel der Haftungsrisiken gilt es für die Kommunen bzw. kommunalen Unternehmen Folgendes zu unterscheiden:

Bei einem Verkauf kommunaler Infrastruktur gehen mit der Übergabe des Kaufgegenstandes auch sämtliche Gefahren, Nutzungen und Lasten sowie sämtliche die Leerrohrinfrastruktur betreffenden Pflichten auf den Käufer über. Die Kommune bzw. kommunale Unternehmen als Verkäufer haften sodann im Regelfall nur noch im Rahmen der gesetzlichen Gewährleistungsregelungen.

Erfolgt hingegen eine Verpachtung der kommunalen Leerrohrinfrastruktur, so bleibt die Kommune bzw. das kommunale Unternehmen als Verpächterin und im Regelfall auch Eigentümerin weiterhin verantwortlich für die sachgemäße Wartung und Instandhaltung der Leerrohrinfrastruktur. Hinsichtlich der Instandhaltungspflicht können die Vertragsparteien die Verantwortlichkeiten individuell regeln. Die Verteilung der Verantwortlichkeit spielt insbesondere bei der exklusiven Verpachtung eine maßgebliche Rolle, da in diesem Fall das Betriebsrisiko auf den Pächter übergeht. In diesem Fall wird der Instandhaltungsbedarf wesentlich durch den Gebrauch des (alleinigen) Pächters/Betreibers bzw. durch Ereignisse aus seiner Risikosphäre ausgelöst (z.B. durch die Einbringung der aktiven Komponenten oder durch Eingriffe von Dritten, denen der Pächter und Betreiber Zugang zum Netz gewährt).

Zudem können die Kommune bzw. das kommunale Unternehmen als Eigentümer der Leerrohrinfrastruktur auch zahlreiche weitere vertragliche und gesetzliche Haftungsrisiken betreffen (bspw. Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz oder nach dem Telekommunikationsgesetz).

Grundsätzlich haftet der Verpächter beispielsweise für die Mangelfreiheit des Pachtgegenstandes oder für sonstige durch Pflichtverletzung verursachte Schäden. In diesem Zusammenhang besteht jedoch die Möglichkeit, die Haftung auf einen bestimmten Betrag in Abhängigkeit der jeweiligen Verschuldensformen zu beschränken.

### 3. Bewertung

Es empfiehlt sich im jeweils konkreten Einzelfall eine entsprechende Wirtschaftlichkeitsbetrachtung vorzunehmen und die Wirtschaftlichkeit des Verkaufs oder aber der langfristigen Verpachtung kommunaler Infrastruktur gegeneinander strategisch abzuwägen.

Hinsichtlich der Haftungsrisiken scheint vertretbar, dass diese im Rahmen eines auszugestaltenden Verkaufs der Leerrohrinfrastruktur relativ gering ist, da mit der Übergabe des Kaufgegenstandes auch die Gefahren auf den Käufer übergehen. Denn der Verkäufer hat grundsätzlich lediglich die Pflicht, dem Käufer eine mangelfreie Sache zu verschaffen. Ob eine Sache mangelhaft ist, bestimmt sich in erster Linie danach, was zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart worden ist. Ist nichts Konkretes zur Beschaffenheit oder zur Verwendung der Kaufsache vereinbart worden, ist zu fragen, ob sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art Sache erwarten kann. Ohne Vereinbarungen ist Vergleichsmaßstab

also die übliche Beschaffenheit bei Sachen gleicher Art, das heißt bei Sachen mit demselben Qualitätsstandard (§ 434 BGB). Für etwaige Mängel an der Leerrohrinfrastruktur muss der Verkäufer im Regelfall fünf Jahre haften (Verjährungsfrist für Mangelansprüche § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Die Haftung hinsichtlich einer etwaigen Verpachtung kommunaler Leerrohrinfrastruktur ist indes höher risikobehaftet. Grundsätzlich trägt die Gefahr einer zufälligen Beschädigung oder Zerstörung des Pachtgegenstandes der Verpächter. Weitere maßgebliche Aspekte neben der Gefahrtragung sind die Gewährleistung für Mängel, die Verteilung der Verantwortlichkeit bei den Instandhaltungspflichten, die Haftung für etwaige Beschädigungen, Zerstörungen und Entstörungen, die es in den jeweiligen Pachtvertragsverhältnissen zu regeln gilt. Durch eine vereinbarte Haftungsbeschränkung können die Risiken für die Vertragsparteien indes minimiert werden. Zudem sollte darauf geachtet werden, dass die Vertragsparteien eine entsprechende (Betriebs-)Haftpflichtversicherung mit einer ausreichenden Deckungssumme während der Vertragslaufzeit vorhalten können.

## II. Ablauf des Verpachtungs- oder Verkaufsprozesses

### 1. Direktüberlassung

Sofern eine Direktüberlassung der Leerrohrinfrastruktur angestrebt wird, hat der öffentliche Auftraggeber mögliche Interessenten zu ermitteln. Sodann sind Verhandlungen analog der beihilfen- und haushaltsrechtlichen Vorschriften durchzuführen und es ist ein marktüblicher Verkaufserlös bzw. Verpachtungserlös auszuhandeln, da der Verkauf bzw. die Verpachtung grundsätzlich nur zu vollem Wert erfolgen dürfen. In Zweifelsfällen sollte ein Verkehrswertgutachten analog der beihilfen- und haushaltsrechtlichen Standards eingeholt werden.

### 2. Ausschreibung im Falle einer Verpachtung

Sollte aufgrund verbleibender Restrisiken hinsichtlich des Verpachtungsprozesses zur Minimierung der Risiken die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens angestrebt werden, bietet sich bei einer Überschreitung des EU-Schwellenwertes an, die Vergabe der Dienst-

leistungskonzession an einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb auszurichten, so dass einer bekannten Eignungsprüfung (d.h. insbesondere Prüfung von Referenzen) die Angebotsprüfung folgt. Bei dieser ist in qualitativer Hinsicht ebenfalls wie „üblich“ zu verfahren, d.h., dass sich der Auftraggeber etwa ein technisches Konzept vorlegen lässt oder auch Mindestkriterien formuliert. Schwieriger ist dagegen die Beurteilung des Auswahlkriteriums „Preis“, da der Auftraggeber den Auftragnehmer (Konzessionär) in der Regel nicht bezahlt. Sollte eine (teilweise) Bezahlung vorgesehen sein, was zulässig ist, so wäre dieser zusätzliche „Preis“ als Wertungskriterium denkbar. Als weitere preisliche Anknüpfung kommt in Betracht, wenn der Konzessionär dem Auftraggeber ein Konzessionsentgelt für die Übertragung der Dienstleistung entrichtet. Schließlich ist denkbar, dass man die Höhe der Gebühren, welche der Konzessionär gegenüber den Nutzern erhebt, bewertet. Dann gilt freilich, je geringer die Gebühr, desto mehr Wertungspunkte erhält das Angebot.

Sofern der EU-Schwellenwert nicht überschritten ist und eine Dienstleistungskonzession vorliegt, so folgt bereits aus dem Haushaltsrecht, dass diese im Wettbewerb zu vergeben ist, d.h. dass möglichst drei Vergleichsangebote einzuholen sind. Ist die Dienstleistungskonzession von überörtlichem Interesse, so knüpft daran in der Regel eine Pflicht, die Vergabe auch überörtlich bekannt zu geben. Das Vergabeverfahren wird sich in aller Regel an eine Freihändige Vergabe mit oder ohne Teilnahme-wettbewerb anlehnen.

### 3. Ablauf eines Bietverfahrens im Falle eines Verkaufs

Um eine Beihilfe im Falle eines Verkaufs in der Regel ausschließen zu können, empfiehlt sich die Durchführung eines transparenten, diskriminierungs- und bedingungsfreien Bietverfahrens. Eine solches ist nach den allgemeinen beihilfenrechtlichen Grundsätzen der EU-Kommission zur Durchführung von Bietverfahren einerseits sowie nach den besonderen Vorgaben der EU-Kommission zu Beihilfen im Breitbandausbau andererseits durchzuführen.

Eine Ausschreibung gewährleistet Transparenz für alle Investoren, die beabsichtigen, ein Angebot für die Durchführung des betreffenden Projektes zu unterbreiten. Dabei sind die gleichberechtigte und diskriminierungsfreie Behandlung aller Bieter und objektive Beurteilungskriterien eine unverzichtbare Voraussetzung. Im Rahmen des Auswahlverfahrens muss das wirtschaftlichste Angebot für die Durchführung des Vorhabens anhand festgelegter objektiver Kriterien ausgewählt werden.

Die Kriterien sollten ermöglichen, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktwert entspricht. Die Kriterien sollten daher so festgelegt werden, dass sie ein wirksames wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren ermöglichen, auf dessen Grundlage der erfolgreiche Bieter eine marktübliche Rendite erzielt, aber nicht mehr. In der Praxis setzt dies die Anwendung von Ausschreibungsverfahren voraus, bei denen der „Preis“-Komponente des Angebots großes Gewicht beigemessen wird oder bei denen es aus sonstigen Gründen wahrscheinlich ist, dass ein wettbewerbsgerechtes Ergebnis erzielt wird.

Die Ausschreibung sollte in den einschlägigen Medien veröffentlicht werden. Dabei empfiehlt sich eine Veröffentlichung auf dem zentralen Portal des Bundes [www.breitbandausschreibungen.de](http://www.breitbandausschreibungen.de).

Die Plattform der Veröffentlichung richtet sich nach der Größe des Projektes und nach der Binnenmarkt-relevanz. Als Bekanntmachungsmedien benennt die Kommission neben der EU-Bekanntmachungsplattform TEDT (enotices) auch nationale Amtsblätter, Ausschreibungsblätter, regionale oder überregionale Zeitungen und Fachpublikationen und sogar Lokalzeitungen, Gemeindeanzeiger oder gar die Anschlagtafel.

Als Faustformel kann hierzu festgehalten werden: Je höher der Wert des Projektes, desto eher ist EU-weit bekannt zu geben. Einen ersten Anhaltspunkt hierzu liefern auch die jeweiligen Schwellenwerte.



### III. Anforderungen an die Festlegung von:

#### 1. Pachtentgelt

##### a) Grundsätze

Bei der Verpachtung kommunaler Infrastruktur sind die beihilferechtlichen Anforderungen zu beachten. Das heißt, die Kommune muss die Infrastruktur an das Telekommunikationsunternehmen zu marktüblichen Pachtbedingungen verpachten. Nach dem Maßstab des sogenannten „Market-Economy-Test“ ist die Frage, ob das begünstigte Unternehmen eine Begünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, dann zu bejahen, wenn die Telekommunikationsunternehmen bzw. die Betreiber für das Recht zur kommerziellen Nutzung der Infrastruktur weniger bezahlen, als sie bei einer vergleichbaren Infrastruktur zu normalen Marktbedingungen zahlen würden. Deshalb müssen bei Verpachtungen marktübliche Pachtzinsregelungen zwischen der Kommune und dem Telekommunikationsunternehmen bzw. dem Betreiber vereinbart werden. Die Beurteilung der Marktüblichkeit hat dabei anhand einer wirtschaftlichen Gesamtschau des Pachtverhältnisses zu erfolgen. Sowohl für den Ausbau nutzbare, bereits vorhandene Leerrohre, als auch neu zu errichtende Infrastruktur können grundsätzlich verpachtet werden.

Im Rahmen der Verpachtung sollte die Kommune bereits frühzeitig ihre vorhandene bzw. beabsichtigte Infrastruktur aufzeigen. Dies gilt für durch die Kommune, aber auch für durch Dritte errichtete passive kommunale Infrastruktur. Idealerweise erfolgt dies digital. Die Kommune sollte auch nachweisen, dass die betreffende Infrastruktur fachgerecht gebaut ist, damit der Netzbetreiber dies bereits in seinen Planungen berücksichtigen kann. Der Netzbetreiber bewertet dann die Infrastruktur. Darauf basierend kann dann in Zusammenarbeit mit der Kommune ein marktüblicher Pachtpreis ermittelt und vereinbart werden.

##### b) Maßstäbe der Bundesnetzagentur zu Mitnutzungsentgelten als Orientierung

Grundsätzlich sollen sich die Parteien über die monetären Konditionen bei der Überlassung von Infrastruktur einigen. Dies gilt auch im Bereich der regulierten Mitnutzung nach § 77d TKG. Grundlage für die Höhe des Mitnutzungsentgelts sind die zusätzlichen Kosten, die sich für den Eigentümer oder Betreiber des öffentlichen Versorgungsnetzes durch die Ermöglichung der Mitnutzung seiner passiven Netzinfrastrukturen ergeben. Kommen die Parteien aber zu keiner Einigung, kann die BNetzA im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens angerufen werden und ein Mitnutzungsentgelt festsetzen. Mit ihrem Beschluss zur Mitnutzung eines 33m langen Leerrohrs in städtischem Eigentum hat die Bundesnetzagentur 2018 erstmals den im DigiNetz-Gesetz in § 77n Abs. 2 TKG angelegten Kostenmaßstab für die Bestimmung fairer und angemessener Entgelte angewendet. Das festgesetzte Entgelt gewährt neben den Zusatzkosten der Mitnutzung auch einen Anreizzuschlag. Es kann in Zukunft als ein Ausgangspunkt für die Bestimmung einer marktüblichen Pachthöhe dienen. Durch den angemessenen Zuschlag soll auch ein Anreiz für die Infrastrukturbetreiber geschaffen werden, Mitnutzungen zu gewähren. Dieser Maßstab bezieht sich hier auf ein Leerrohr, welches (noch) nicht Teil eines TK-Netzes ist (ist das Leerrohr bereits Teil eines TK-Netzes, sind bei der Entgeltbestimmung auch die Folgen der Mitnutzung auf den Geschäftsplan einschließlich der Investitionen in das TK-Netz einzubeziehen, vgl. § 77b Abs. 3 TKG).

Konkret lag das Leerrohr unter einer Straßenkreuzung. Um ein Gewerbegebiet an das Hochgeschwindigkeitsnetz anzuschließen, verlegte der regionale Telekommunikationsanbieter dort seine Glasfaserkabel. Die Bundesnetzagentur ordnete einen zwischen den Parteien verhandelten Vertragsentwurf an, in dem, soweit sich die Parteien nicht einigen konnten, faire und angemessene Bedingungen festgelegt wurden. Diese Regelungen bezogen sich insbesondere auf Kündigungsregelungen und das zu zahlende Entgelt.

Das Entgelt, das die Bundesnetzagentur festlegte, entspricht den gesetzlichen Vorgaben. Das sind die im Einzelfall spezifischen Zusatzkosten der Stadt für die Ermöglichung der Mitnutzung in Höhe von circa 330 Euro, sowie ein Aufschlag von 25 Euro pro Jahr. Der Aufschlag soll als Gewinn ohne direkte Kostenentsprechung einen Anreiz zur freiwilligen Mitnutzungsgewährung bieten.

Im Vorfeld des Beschlusses hatte die Bundesnetzagentur eine umfangreiche Markterhebung hinsichtlich bereits geschlossener Mitnutzungsverträge durchgeführt und ausgewertet. Anhand der darin enthaltenen Preise wurde ein bundesweiter Meterpreis pro Jahr ermittelt, der als Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des unter anreizökonomischen Gesichtspunkten angemessenen Aufschlags dient. Er wurde grundsätzlich auf **0,25 Euro pro Meter und Jahr** festgelegt. Bei kurzen Strecken unter 100m – wie im vorliegenden Fall – wird ein **Mindestaufschlag von 25 Euro pro Jahr** angewendet, um eine ausreichende Anreizwirkung zu erzielen.

Die vorgenannten Maßstäbe können auch bei gewöhnlichen Verpachtungen als Orientierung zur Bestimmung eines marktüblichen und angemessenen Pachtentgelts herangezogen, sicher aber nicht eins-zu-eins übertragen werden. So ist die Marktüblichkeit des Pachtentgelts letztlich im Einzelfall zu ermitteln. Im Falle einer exklusiven Verpachtung wäre dabei sicherlich ein weiterer Aufschlag auf den Pachtzins vorzunehmen, um die Einräumung der Exklusivität zu kompensieren.

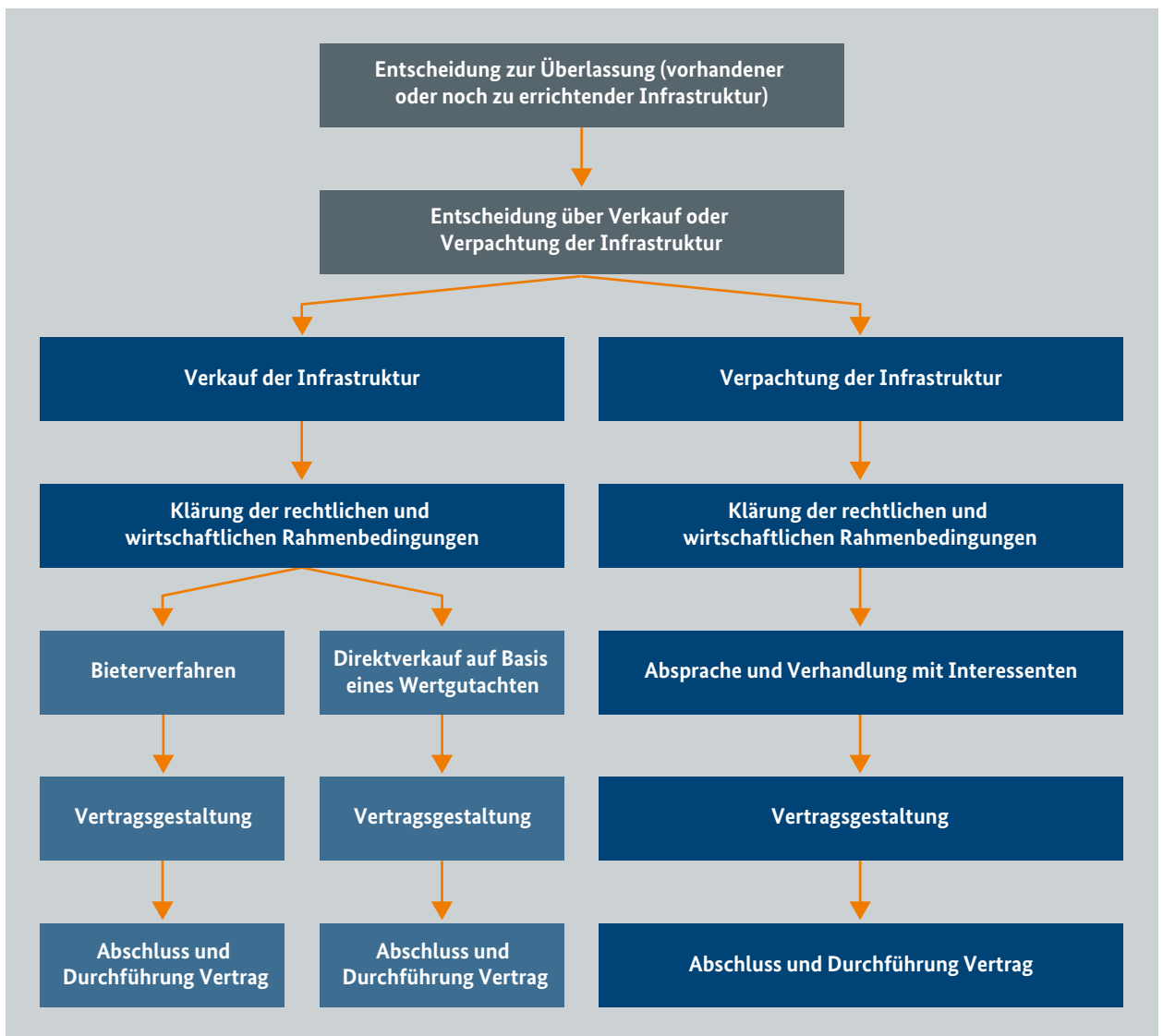
## 2. Verkaufserlös

Bei dem Verkauf vorhandener oder aber noch zu errichtender kommunaler Leerrohrinfrastruktur sind ebenfalls die beihilfenrechtlichen Anforderungen zu beachten. Das bedeutet, dass auch in diesem Falle die Kommune die Leerrohrinfrastruktur zum Marktpreis verkaufen muss, insbesondere gegen Ersatz des bei der Verwaltung entstandenen Aufwands und den anteiligen Herstellungskosten.

Auch beim Verkauf der durch die Kommune selbst oder durch Dritte errichteten Leerrohrinfrastruktur sollte die Kommune frühzeitig die Planung auf- und digital bereitstellen. Der Netzbetreiber kann die Infrastruktur bewerten um dann gemeinsam mit der Kommune einen marktüblichen Kaufpreis (Angebot und Nachfrage) vereinbaren.

## Übersicht zu den Meilensteinen beim Prozess der Überlassung kommunaler Leerrohrinfrastruktur

Zusammenfassend lässt sich der Prozess des Verkaufs und/oder der Verpachtung kommunaler Leerrohre wie folgt darstellen.



# C. Vertragsgestaltung und Mustertextbausteine

Durch die Überlassung bzw. den Verkauf bereits bestehender oder noch zu errichtender kommunaler Leerrohrinfrastruktur sollen Synergieeffekte genutzt und hierdurch Einsparpotentiale erzielt werden. Eine valide Vertragsgestaltung zwischen den Vertragsparteien ist hierbei von entscheidender Bedeutung. Denn maßgeblich ist die Verlässlichkeit und auch die hiermit verbundene Vorhersehbarkeit für die Vertragsparteien. Eine wichtige Rolle hierbei spielen beispielsweise auch zentrale Regelungen wie die Haftung der Parteien. Bei den nachfolgend dargestellten Mustertextbausteinen handelt es sich um beispielhafte Formulierungen, die jedoch im konkreten Einzelfall entsprechend dem Parteiwillen angepasst werden müssen und insbesondere für einen vollständigen Vertragsentwurf nicht abschließend sind.

Diese Mustertextbausteine sollen damit keine verbindlichen, interessengerechten Mustervertragsbestandteile darstellen, sondern vielmehr als Grundlage/Orientierungshilfe für die im konkreten Einzelfall noch auszuhandelnden Vereinbarungen dienen. Zudem sind zusätzlich erforderliche Regelungen im Falle eines geförderten Ausbaus nicht Gegenstand dieser Mustertextbausteine.

Die Mustertextbausteine bezüglich des Kaufvertrages können zur Anwendung kommen, wenn die Kommune oder das kommunale Unternehmen sich dazu entschließen, eine errichtete oder aber noch zu errichtende Leerrohrinfrastruktur an ein Telekommunikationsunternehmen zu veräußern.

Die Mustertextbausteine hinsichtlich des Pachtvertrages können bei einer exklusiven bzw. nicht-exklusiven Verpachtung außerhalb des DigiNetzG herangezogen werden.

Die dargestellten Mustertextbausteine unter dem Mitnutzungsvertrag nach TKG können mögliche Formulierungsbeispiele im Rahmen eines Vertrages über die Mitnutzung passiver Netzinfrastrukturen gemäß § 77 d TKG zwischen einer Kommune und einem Telekommunikationsunternehmen im Sinne des DigiNetzG sein.

Nachfolgende Textbausteine können in der Praxis als Orientierungshilfe bei der Vertragsgestaltung herangezogen werden:



# I. Kaufvertrag

## § (...) Kaufgegenstand

- Der Verkäufer verkauft an den Käufer die von dem Verkäufer bereits errichtete [ggf. noch zu errichtende]<sup>1</sup> passive Netzinfrastruktur, deren Umfang und Lage sich aus dem beigefügten Lageplan ergibt (**Anlage** [...]).

Zu der Verkäufer-eigenen passiven Netzinfrastruktur gehören:

[xxx (Konkretisierung des Kaufgegenstandes durch die Vertragsparteien; ggf. falls zutreffend einschließlich unbeschalteter Glasfaser; sofern Glasfaser mitverkauft werden, sollte folgender Zusatz zur Klarstellung aufgenommen werden: „Der Kaufgegenstand, der im Eigentum des Verkäufers steht, ist keine passive Netzinfrastruktur im Sinne des § 3 Nr. 17 b TKG, da er auch Glasfaserkabel mitumfasst.“)]

[soweit zutreffend:] Der Kaufgegenstand befindet sich auf Flächen, die im Eigentum Dritter stehen. Die passiven Netzinfrastrukturen wurden als Scheinbestandteile in den jeweiligen Grundstücken im Sinne des § 95 Abs. 1 BGB ausgebaut und stehen damit im Alleineigentum des Verkäufers.

- Der Verkäufer hat dem Käufer die für die ausführliche Dokumentation des Kaufgegenstandes erforderlichen Informationen gemäß **Anlage** [...] vollumfänglich, vorzugsweise in digitaler Dateiform und sofern nicht anders verfügbar in zweifelsfrei gut lesbarer Papierform zu überlassen.
- Der Verkäufer erklärt, dass der Kaufgegenstand frei von Ansprüchen und Rechten Dritter ist sowie dass alle für die Errichtung der passiven Netzinfrastruktur erforderlichen Genehmigungen und Gestattungen sowie Grunddienstbarkeiten vorliegen.

## § (...) Kaufpreis

- Der Kaufpreis für den Kaufgegenstand beträgt netto [\_\_\_\_\_]Euro, zuzüglich der jeweils gültigen gesetzlichen Umsatzsteuer.

- Der Kaufpreis wird am [\_\_\_\_\_] (TT.MM.JJJJ) fällig. Mit Eintritt der Fälligkeit ist der Kaufpreis in Höhe von [\_\_\_\_\_] Euro auf das folgende Konto des Verkäufers zu bezahlen:

Kontoinhaber: .....

Kreditinstitut: .....

IBAN: DE .....

BIC: .....

## § (...) Übergang des Kaufgegenstandes

- Der Besitzübergang (im Folgenden „Übergabe“) hinsichtlich des Kaufgegenstandes erfolgt zum [\_\_\_\_\_] (TT.MM.JJJJ).
- Mit der Übergabe des Kaufgegenstandes gehen auch Gefahr, Nutzungen und Lasten sowie sämtliche den Kaufgegenstand betreffenden Pflichten einschließlich der Verkehrssicherungspflicht auf den Käufer über. Mit dem Tag der Übergabe des Kaufgegenstandes ist auch die Übergabe der Dokumentation fällig.

<sup>1</sup> Im Folgenden sind solche Stellen durch eckige Klammern begrenzt, an denen der Vertragsersteller individuelle Angaben einträgt.

### **§ (...) Mängelhaftung**

- Der Kaufgegenstand entspricht dem Stande der Technik.
- Sollte eine Zusicherung gemäß vorstehendem Absatz nicht zutreffen, so hat der Käufer das Recht – vorbehaltlich aller weiteren gesetzlichen und vertraglichen Rechte – unverzüglich von diesem Vertrag zurückzutreten.
- Der Verkäufer wird gegebenenfalls auftretende Mängel auf seine Kosten unverzüglich beseitigen.
- Die gesetzlichen Gewährleistungsrechte bleiben unberührt.

### **§ (...) Eigentumsvorbehalt**

Der Verkäufer behält sich das Eigentum an dem von ihm übergebenen Kaufgegenstand bis zur vollständigen Bezahlung durch den Käufer vor.

## II. Pachtvertrag

### § (...) Gegenstand des Vertrages

- Gegenstand des Vertrages ist die Verpachtung der Verpächter-eigenen passiven Netzinfrastruktur im Gebiet [\_\_\_\_], dessen Ausstattung mit aktiver Netztechnik durch den Pächter einschließlich der Gewährleistung eines offenen und diskriminierungsfreien Zugangs auf Vorleistungsebene. Der Verpächter verpachtet dem Pächter den Vertragsgegenstand zum Zwecke des Betriebs eines Glasfasernetzes. Der Pächter zahlt dem Verpächter für die Überlassung der passiven Netzinfrastruktur ein Entgelt.
- Bei der Verpachtung handelt es sich um eine exklusive Überlassung der Verpächter-eigenen passiven Netzinfrastruktur. Zwischen den Vertragsparteien besteht Einigkeit darüber, dass diese exklusive Verpachtung eine Dienstleistungskonzession darstellt, die aufgrund des Ausnahmestatbestandes in § 149 Nr. 8 GWB nicht *ausschreibungspflichtig* ist.

[oder:]

*Bei der Verpachtung handelt es sich um eine **nicht-exklusive Überlassung** der Verpächter-eigenen passiven Netzinfrastruktur. Zwischen den Vertragsparteien besteht Einigkeit, dass die nicht-exklusive Überlassung einen gewöhnlichen Verpachtungsvorgang darstellt und nicht den Regularien des Vergaberechts unterfällt.*

- Das Netz muss geeignet sein, den Endkunden einen [sofern zutreffend] gigabitfähigen glasfaserbasierten Internetzugang (nachfolgend als „Gigabitnetz“) zu ermöglichen. Inhalt und Umfang der vom Pächter konkret zu erbringenden Leistungen ergeben sich aus diesem Pachtvertrag und der Leistungsbeschreibung (**Anlage [...]**). Die Verpächter-eigene passive Netzinfrastruktur ergibt sich aus dem detaillierten Lageplan (**Anlage [...]**). Die Ansprechpartner im Vertragsvollzug ergeben sich aus **Anlage [...]**.

### § (...) Verpachtung

- Der Verpächter verpachtet dem Pächter folgende Verpächter-eigene passive Netzinfrastruktur (nachfolgend als „Anlagen“ bezeichnet) gemäß beiliegendem Lageplan (**Anlage [...]**):

[xx (Konkretisierung der passiven Netzinfrastruktur inkl. Längenangabe in Meter durch die Vertragsparteien) ggf. falls zutreffend einschließlich unbeschalteter Glasfaser; sofern Glasfaser mitverpachtet werden, sollte folgender Zusatz zur Klarstellung aufgenommen werden: „Der Pachtgegenstand, der im Eigentum des Verkäufers steht, ist keine passive Netzinfrastruktur im Sinne des § 3 Nr. 17 b TKG, da er auch Glasfaserkabel mitumfasst.“)]

- Die Verpachtung erfolgt zum Zwecke seiner Ausstattung mit aktiver Technik und zum Betrieb eines Gigabitnetzes. Dem Pächter wird dabei das Recht zur [ausschließlichen/nicht-ausschließlichen (je nach dem, ob eine exklusive oder nicht-exklusive Verpachtung erfolgt)] Nutzung der Anlagen eingeräumt. Der Pächter gewährt Wettbewerbern einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu den von ihm beschalteten Netzen.
- Die vom Pächter zur Errichtung des Gigabitnetzes hinzuzufügenden aktiven Netzkomponenten werden im Folgenden „TK-Komponenten“ genannt. Die TK-Komponenten umfassen dabei insbesondere folgende Gegenstände, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist:

[xx (Konkretisierung der TK-Komponenten durch die Vertragsparteien)]

- Der Pächter verpflichtet sich, den Pachtgegenstand nur zu dem vorgenannten Zweck zu nutzen. Das Recht zur Nutzung umfasst auch Maßnahmen zur Instandhaltung, Erneuerung, Entstörung, Verlegung und zum Umbau der TK-Komponenten. Jede Änderung des Zwecks oder der Art des Betriebs bedarf der schriftlichen Zustimmung des Verpächters.
- Eine Unterverpachtung oder Untervermietung des Pachtgegenstands ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Verpächters nicht zulässig. Die Gewährleistung des offenen Zugangs für Dritte auf Vorleistungsebene ist jedoch ohne gesonderte Zustimmung zulässig und nach Maßgabe der gesetzlichen oder regulatorischen Anforderungen auch geboten.
- Die TK-Komponenten verbleiben gemäß § 95 BGB auch nach deren Einbau im Eigentum des Pächters.
- Beide Parteien verpflichten sich, bei allen Arbeiten an bzw. im Bereich der Anlagen Beeinträchtigungen der Nutzung durch die jeweils andere Partei möglichst zu vermeiden.

#### § (...) Pflichten des Verpächters

- Folgende Leistungen werden von dem Verpächter erbracht:
  - Bereitstellung der Anlagen mit Vertragsbeginn.
  - Gewährung des jederzeitigen freien Zuganges (7 Tage pro Woche/24 Stunden) zu den Anlagen.
  - Sicherung und Instandhaltung der Anlagen gemäß den anerkannten Regeln der Technik.
- Der Verpächter ist verantwortlich für die sachgemäße Wartung, Instandhaltung und Entstörung der Anlagen.

- Der Pächter hat Maßnahmen des Verpächters, die zur Instandsetzung oder Instandhaltung der Anlagen erforderlich sind, zu dulden. Der Verpächter verpflichtet sich, derartige Maßnahmen so auszuführen bzw. ausführen zu lassen, damit eine vertragsgemäße Nutzung möglichst gewährleistet ist. Geplante Veränderungen der Anlagen, die deren Nutzung durch den Pächter bzw. berechtigten Dritten einschränken, werden dem Pächter sechs Monate vorher und sofern Gefahr im Verzuge ist unverzüglich mitgeteilt.
- Zwischen den Vertragsparteien besteht das gemeinsame Verständnis, dass die Anlagen des Verpächters keine Verbindung zu etwaigen anderen Strom- und/oder Glasfasernetzen/-netzinfrastrukturen und/oder zum Betrieb dieser Netze etwaig erforderlichen Glasfasern haben.
- Der Verpächter räumt dem Pächter das Recht ein, die Anlagen nach den Bestimmungen dieses Vertrages und seiner Anlagen sowie den geltenden Bestimmungen des Telekommunikationsrechts, insbesondere des Telekommunikationsgesetzes (TKG), anzupachten und aktiv zu betreiben.
- Soweit in dieser Vereinbarung nichts anderes geregelt ist, ist keine der Vertragsparteien aufgrund dieser Vereinbarung berechtigt, rechtsgeschäftliche Erklärungen für die jeweils andere Vertragspartei abzugeben oder diese in irgendeiner Weise gegenüber Dritten zu verpflichten oder zu binden.

#### § (...) Pflichten des Pächters

- Der Pächter pachtet die Anlagen an und übernimmt den Bau der für den aktiven Betrieb erforderlichen aktiven Netzkomponenten. Der Pächter ist zum aktiven Betrieb (d.h. zur Beschaltung) der Pachtgegenstandes berechtigt, um seine Endkunden in den Gebieten [\_\_\_\_\_] gigabitfähige Produkte anbieten zu können.

- Der Pächter ist verpflichtet, unverzüglich auf Nachfrage von Dritten zu dem von ihm betriebenen Vertragsgegenstand auf Vorleistungsebene zu vorher festgestellten, gleichen, nicht-diskriminierenden Bedingungen schnellstmöglich Zugang einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung zu gewähren (Open Access, z.B. Bitstream-Zugang) und es den Dritten zu marktüblichen Konditionen ermöglichen, zeitgleich mit dem Pächter Endkundenprodukte anzubieten und bereitzustellen. Ein gesondertes Entgelt wird hierfür nicht fällig.
- Der Pächter unterrichtet den Verpächter rechtzeitig über den Zeitpunkt des Beginns der Errichtung, der Fertigstellung und der Inbetriebnahme der TK-Komponenten.
- Dieser Vertrag ersetzt nicht die für den Einbau und den Betrieb der TK-Komponenten erforderlichen behördlichen Genehmigungen, Erlaubnisse und Bewilligungen. Diese sind von dem Pächter auf eigene Kosten einzuholen.
- Der Pächter verpflichtet sich, alle Zu- bzw. Wegführungen seiner TK-Komponenten zu bzw. von den Anlagen auf seine Kosten durchzuführen bzw. durch beauftragte Unternehmen durchführen zu lassen.
- Der Pächter wird die TK-Komponenten sachgemäß unterhalten und betreiben sowie in einem verkehrssicheren Zustand erhalten.
- Der Pächter trägt die Verkehrssicherungspflicht für die Dauer von eigenen Bau-, Entstörungs- und Wartungsmaßnahmen an den TK-Komponenten.
- Leistungseinbußen oder -einschränkungen, die durch die Verwendung eigener technischer Einrichtungen oder Endgeräte des Pächters bedingt sind, gehen nicht zu Lasten des Verpächters.

### § (...) Pachtzahlung

- Der Pächter erhält von dem Verpächter kein Entgelt und keinen Zuschuss für seine Leistungen im Zusammenhang mit Pacht und Betrieb der passiven Netzinfrastruktur sowie Installation der aktiven Netzwerktechnik und Betrieb des Gigabitnetzes.
- Es wird ein Pachtentgelt in Höhe von jährlich [\_\_\_\_\_]EUR (netto) vereinbart [(alternativ kann auch eine variable Pacht oder eine Hybrid-Pacht, sprich eine Kombination aus Fixpacht und variabler Pacht, vereinbart werden)].
- Die Pflicht zur Zahlung des Pachtentgelts beginnt am [\_\_\_\_\_] (TT.MM.JJJJ).
- Sollten sich beim erstmaligen Einbau der TK-Komponenten Mängel an den Anlagen ergeben, die der Pächter nicht zu verantworten hat, beginnt die Zahlungspflicht des Pächters erst mit der endgültigen Beseitigung dieser Mängel durch den Verpächter.
- Das jährlich zu zahlende Pachtentgelt wird ab dem Beginndatum und nach Zugang der Rechnung und dann im jährlichen Turnus fällig. Das Entgelt muss spätestens 60 Tage nach Zugang der Rechnung bei dem Pächter auf dem von dem Verpächter in der Rechnung angegebenen Konto gutgeschrieben sein.
- Ist infolge des unterjährigen Beginns oder der unterjährigen Beendigung der Pflicht zur Pachtzinszahlung kein jährlich zu zahlendes volles Jahresentgelt zu entrichten, wird jeder Monat, in dem eine Nutzung des Pachtgegenstandes erfolgt, mit 1/12 des jährlichen Pachtentgeltes im entsprechenden Kalenderjahr in Rechnung gestellt.
- Bei verspäteter Zahlung ist der Verpächter ohne weiteres berechtigt, Verzugszinsen gemäß § 288 Abs. 2 BGB zu verlangen.



## § (...) Haftung

- Bei der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit haften die Vertragsparteien nach den gesetzlichen Bestimmungen. Gleiches gilt für sonstige Schäden, die auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen.
- Im Übrigen haften die Vertragsparteien nur bei schuldhafter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, d.h. solcher Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertrauen darf (sog. Kardinalpflichten). Die Haftung ist auf den Schaden beschränkt, den der haftende Vertragspartner bei Abschluss des Vertrages als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die er kannte oder hätte kennen müssen hätte voraussehen können. Der Schadensersatzanspruch ist auf den Betrag [ ] EUR beschränkt.
- Die Beschäftigten der Vertragsparteien haften dem anderen Vertragspartner persönlich nur bei Vorsatz.
- Die Haftungsvorschriften des Produkthaftungsgesetzes bleiben unberührt.
- Soweit ein nicht vorsätzlich schuldhaftes Verhalten eines Vertragspartners dazu führt, dass von dem anderen Vertragspartner Vermögensschäden von Endkunden zu ersetzen sind und deshalb ein Anspruch dieses Vertragspartners gegenüber dem schuldhaft handelnden Vertragspartner besteht, so finden auf diesen Anspruch die Haftungsbegrenzungen des § 44a TKG in der jeweils geltenden Fassung Anwendung.
- Darüber hinaus ist die Haftung der Vertragsparteien ausgeschlossen, sofern nicht gesetzlich zwingend gehaftet wird.

- Im Falle der ganz oder teilweisen Nichteinhaltung der Pflichten zum offenen Netzzugang stellt der Pächter den Verpächter auf Anforderung von allen Ansprüchen Dritter frei, die gegen den Verpächter wegen der vorgenannten Pflichtverletzung geltend gemacht werden und erstattet des Weiteren die ggf. notwendigen Kosten der Verteidigung.
- Der Pächter verfügt über eine (Betriebs-)Haftpflichtversicherung, die etwaige Schäden des Verpächters bei der Realisierung und Durchführung der Anpachtung des Vertragsgegenstandes während der Laufzeit des Vertrages abdeckt. Die Deckungssummen betragen mindestens die in § 44 a TKG genannten Haftungshöchstsummen für Personen-, Sach- und Vermögensschäden.

### III. Mitnutzungsvertrag nach TKG

#### § (...) Vertragsgegenstand

- Die Kommune gestattet dem TK-Unternehmen gem. § 77d TKG, folgende, in ihrem Eigentum stehenden, passiven Netzinfrastrukturen (nachfolgend als „Anlagen“ bezeichnet) für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze mit zu nutzen.

*[oder (falls die Kommune nicht Eigentümer der Anlage ist):]*

- Die Kommune gestattet dem TK-Unternehmen gem. § 77d TKG, folgende, im Eigentum der [...] stehende und von der Kommune betriebenen passiven Netzinfrastrukturen (nachfolgend als „Anlagen“ bezeichnet) für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze mit zu nutzen. Die Kommune versichert, dass sie zur Gewährung der Mitnutzung seitens des Eigentümers berechtigt ist.

[...]

[...]

- Das TK-Unternehmen ist verpflichtet und berechtigt, die vorgenannten Anlagen für den Einbau von Komponenten digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze gem. § 77d TKG mit zu nutzen.
- Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass die Verpflichtung zur Mitnutzung nur besteht, soweit die zu errichtenden Anlagen die aufgeführten Mindestkriterien erfüllen und die Kommune dem TK-Unternehmen sämtliche Anlagen bereitstellt; eine Verpflichtung zur Mitnutzung nur einzelner Anlagen besteht ausdrücklich nicht.
- Mit der Gestattung der Nutzung wird dem TK-Unternehmen nicht das Recht zur ausschließlichen Nutzung der Anlagen eingeräumt.

- Im Falle einer Störung kann das TK-Unternehmen im Rahmen des technisch und betrieblich Möglichen nach Absprache mit der Kommune zeitlich begrenzt für die Dauer der Störungsbeseitigung andere Anlagen der Kommune mitnutzen, um die Auswirkungen der Störung auf die Anschlusskunden gering zu halten.
- Die TK-Komponenten verbleiben gem. § 95 BGB auch nach deren Einbau im Eigentum des TK-Unternehmens.

#### § (...) Pflichten der Kommune

- Folgende Leistungen werden von der Kommune erbracht:
  - Bereitstellung der Anlagen spätestens zum [ ] im vereinbarten Umfang und in gebrauchsfähigem Zustand; Mängel sind unverzüglich zu beseitigen.
  - Gewährung des jederzeitigen freien Zuganges (7 Tage pro Woche/24 Stunden) zur Anlage.
  - Sicherung und Instandhaltung der Anlagen gemäß den anerkannten Regeln der Technik.
- Für den Betrieb, die Wartung und eventuelle Veränderungen der Anlagen ist die Kommune zuständig. Soweit Schäden an den Anlagen die Betriebsfähigkeit der TK-Komponenten beeinträchtigen oder gefährden, ist das TK-Unternehmen berechtigt, entsprechend kleinere Reparaturen an den Anlagen auf Kosten der Kommune durchführen zu lassen oder selbst durchzuführen. Die Kommune ist nicht berechtigt, ohne ausdrückliche Zustimmung des TK-Unternehmens die TK-Komponenten zu verlegen oder anderweitig in diese einzugreifen.

- Die Kommune verpflichtet sich, bei allen Arbeiten im Bereich der Anlagen Beeinträchtigungen der Nutzung durch das TK-Unternehmen zu vermeiden.
- Das TK-Unternehmen hat Maßnahmen der Kommune, die zur Instandsetzung oder Instandhaltung der Anlagen erforderlich sind, zu dulden. Geplante Veränderungen der Anlagen, die deren Nutzung durch das TK-Unternehmen einschränken, werden dem TK-Unternehmen 6 Monate vorher mitgeteilt.

#### § (...) Pflichten des TK-Unternehmens

- Dieser Vertrag ersetzt nicht die für den Einbau und den Betrieb der TK-Komponenten erforderlichen behördlichen Genehmigungen, Erlaubnisse und Bewilligungen. Diese sind von dem TK-Unternehmen auf eigene Kosten einzuholen.
- Das TK-Unternehmen verpflichtet sich, alle Zu- bzw. Wegführungen seiner TK-Komponenten zu/ von den Anlagen auf seine Kosten durchzuführen bzw. durch beauftragte Unternehmen durchführen zu lassen.
- Das TK-Unternehmen unterrichtet die Kommune rechtzeitig über den Zeitpunkt des Beginns der Errichtung und die Fertigstellung der TK-Komponenten.
- Das TK-Unternehmen wird die TK-Komponenten sachgemäß unterhalten und betreiben sowie in einem verkehrssicheren Zustand erhalten.
- Das TK-Unternehmen trägt die Verkehrssicherungspflicht für die Dauer von eigenen Bau-, Entstörungs- und Wartungsmaßnahmen an den TK-Komponenten.

- Erfüllt das TK-Unternehmen eine der von ihm übernommenen Verpflichtungen auch nach schriftlicher Aufforderung durch die Kommune nicht innerhalb der ihm gesetzten angemessenen Frist, ist die Kommune berechtigt, die erforderlichen Maßnahmen auf Kosten des TK-Unternehmens durchführen zu lassen oder selbst durchzuführen.

#### § (...) Mitnutzungsentgelt

- Für die Mitnutzung der Anlagen zahlt das TK-Unternehmen der Kommune ein jährliches Mitnutzungsentgelt in Höhe von [\_\_\_\_\_] EUR.
- Die Pflicht zur Zahlung des Mitnutzungsentgelts beginnt zum [\_\_\_\_\_] (TT.MM.JJJJ)

*[oder (falls die Anlagen noch nicht errichtet sind):]*

mit Einbau der TK-Komponenten in die Anlagen.

Sollten sich beim erstmaligen Einbau der TK-Komponenten Mängel an den Anlagen ergeben, beginnt die Zahlungspflicht erst mit der endgültigen Beseitigung der Mängel durch die Kommune.

- Das jährliche Mitnutzungsentgelt wird ab dem Beginndatum und nach Zugang der Rechnung und dann im jährlichen Turnus fällig. Das Entgelt muss spätestens 60 Tage nach Zugang der Rechnung bei dem TK-Unternehmen auf dem von der Kommune in der Rechnung angegebenen Konto gutgeschrieben sein.
- Ist infolge des unterjährigen Beginns oder der unterjährigen Beendigung dieses Vertrages kein volles Jahresentgelt zu entrichten, wird jeder Monat, in dem eine Mitnutzung erfolgte, mit 1/12 des jährlichen Mitnutzungsentgeltes im entsprechenden Kalenderjahr in Rechnung gestellt. In diesem Fall [\_\_\_\_]/12 für das erste Jahr 20[xx], welcher einem Anteil von [\_\_\_\_]EUR und [\_\_\_\_]/12 für das letzte Jahr 20[xx], welcher einem Anteil von [\_\_\_\_] EUR entspricht.

### **§ (...) Haftung**

- Die Vertragsparteien haften nach den gesetzlichen Bestimmungen.
- Das TK-Unternehmen stellt die Kommune von allen rechtskräftig festgestellten gesetzlichen Ansprüchen Dritter frei, die auf der Mitnutzung durch das TK-Unternehmen beruhen.

### **Abschließender Hinweis**

Soweit die vorstehenden Ausführungen im Rahmen dieses Leitfadens Aussagen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen, zur Vertragsgestaltung oder Empfehlungen zu Muster-Vertragsbausteinen enthalten, sind diese als Orientierungshilfe anzusehen. Die entsprechenden Ausführungen in diesem Leitfaden enthalten keine abschließende Würdigung rechtlicher Fragestellungen oder verbindliche Empfehlungen zum Umgang mit rechtlichen Fragestellungen oder zur Gestaltung von Verträgen. Die rechtliche Prüfung von rechtlichen Fragestellungen sowie die rechtssichere Vertragsgestaltung sind auf den Einzelfall bezogen vorzunehmen und ist von den verantwortlichen Kommunen, kommunalen Unternehmen oder deren Berater zu verantworten.

## Impressum

### Herausgeber

Bundesministerium für Verkehr  
und digitale Infrastruktur (BMVI)  
Invalidenstraße 44  
10115 Berlin  
[www.bmvi.de](http://www.bmvi.de)

### Druck

Bundesministerium für Verkehr  
und digitale Infrastruktur (BMVI)  
Referat Z 32, Druckvorstufe  
Hausdruckerei

### Redaktion und Gestaltung

Gigabitbüro des Bundes  
Kapelle-Ufer 4  
10117 Berlin  
[www.gigabitbuero.de](http://www.gigabitbuero.de)

### Bildnachweis

Titelbild: iStock Photo  
Alle weiteren Bilder und Grafiken:  
Gigabitbüro des Bundes

### Stand

Oktober 2020





Gigabitbüro des Bundes  
Kapelle-Ufer 4  
10117 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 2636 5040  
Fax: +49 (0) 30 2636 5042  
[kontakt@gigabitbuero.de](mailto:kontakt@gigabitbuero.de)

[www.gigabitbuero.de](http://www.gigabitbuero.de)