



- Beschlusskammer 3 -

BK 3g-14/111

## B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Anordnung der Leistungsbereitstellung und von Entgelten gemäß § 25 TKG für Intra-Building-Abschnitte, Zentrale Zeichengabekanäle und Kollokationsbereiche zwischen der

der E-Plus Mobilfunk GmbH, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

und

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

Antragsgegnerin,

Beigeladene:

1. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V., Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch den Vorstand,
2. Versatel GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Straße 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. 01081 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Straße 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. M-net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragstellerin:

Orth Kluth Rechtsanwälte Partnergesellschaft mbB  
Friedrichstraße 186  
10117 Berlin

der Antragsgegnerin: Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner  
Mildred-Scheel-Straße 1  
53175 Bonn

der Beigeladenen zu 3. und 4.: Juconomy Rechtsanwälte  
Graf-Recke-Straße 82  
40239 Düsseldorf –

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch  
den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,  
den Beisitzer Matthias Wieners und  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

auf die mündliche Verhandlung vom 18.12.2014 beschlossen:

1. Im Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin wird die Geltung der in Anlage 2 des Anordnungsantrages vom 20.11.2014 beigefügten Ergänzungsvereinbarung in der Fassung vom 12.01.2015 rückwirkend ab dem 08.11.2006 mit folgenden Änderungen angeordnet:
  - 1.1 Ziffer 1.1 wird wie folgt gefasst:

Die Telekom nutzt zum Zwecke der Übergabe von Verbindungen mit der Verkehrsrichtung „Draht→Funk“ in das nationale Mobilfunknetz von E-Plus aus dem Telefonnetz der Telekom den hierzu jeweils von E-Plus bereitgestellten Intra-Building-Abschnitt je Netzanschluss von E-Plus nebst Zentralen Zeichengabekanälen sowie den zugehörigen Kollokationsbereich.
  - 1.2 Ziffer 1.5 wird wie folgt gefasst:

Der Kollokationsbereich ist die erforderliche Fläche, die für die benötigten Ports/NZAs in den Räumen der E-Plus bereitgestellt wird.
  - 1.3 Ziffer 2.1 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

Für die Bereitstellung und Überlassung der Intra-Building-Abschnitte je Netzanschluss von E-Plus an die Telekom sowie die Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen und die Überlassung von Zentralen Zeichengabekanälen sind von der Telekom an E-Plus die jeweils von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer zu zahlen.
  - 1.4 Ziffer 2.2 Absatz 2 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

Die für die in der Vergangenheit erbrachten Bereitstellungen und Überlassungen von Intra-Building-Abschnitten, Kollokationsbereichen und Zentralen Zeichengabekanälen gültigen genehmigten Entgelte, sowie die gegenwärtig geltenden genehmigten Entgelte ergeben sich aus den zum Zeitpunkt der Leistungsbereitstellungen geltenden Entgeltgenehmigungen.
  - 1.5 In Ziffer 2.2 werden die Absätze 3 und 4 durch folgende Absätze ersetzt:

Beginnend mit der erstmaligen wechselseitigen Nutzung der Intra-Building-Abschnitte je Netzanschluss und des Zentralen Zeichengabekanals durch die Telekom und E-Plus, frühestens jedoch mit Erlass der Zugangsanordnung, werden die

Entgelte hierfür gemäß den jeweils zum Zeitpunkt der Leistungsbereitstellung geltenden Entgeltgenehmigungen von E-Plus in Rechnung gestellt. Nach Ablauf des Kalenderjahres erstattet E-Plus nach Rechnungstellung durch die Telekom einen Anteil des Bereitstellungspreises des Intra-Building-Abschnitts sowie einen Anteil des Überlassungspreises der Intra-Building-Abschnitte je Netzanschluss und des Zentralen Zeichengabekanals entsprechend dem gemäß Ziffer 2.3 gebildeten Minutenverhältnis.

Grundlage für die Erstattung ist der jeweils zurückliegende Abrechnungszeitraum (Abrechnungsperiode im Fall der Überlassung, erstes Kalenderjahr im Falle der Bereitstellung), in dem sich der jeweilige Intra-Building-Abschnitt und Zentrale Zeichengabekanal im vorangegangenen Abrechnungszeitraum in Betrieb befand (maßgebend ist das Datum im Inbetriebnahmeprotokoll der jeweiligen Intra-Building-Abschnitte der ICAs der Telekom).“

1.6 Ziffer 2.3 wird wie folgt gefasst:

Die Telekom trägt die Kosten der Intra-Building-Abschnitte und ZZK entsprechend ihrer eigenen Nutzung. Die Nutzung wird durch die über die Intra-Building-Abschnitte und ZZK generierten Verbindungsminuten für die Leistung E-Plus-Draht→Funk ermittelt. Dabei erfolgt die Ermittlung der Verbindungsminuten netzbezogen.

Von der Telekom werden die Verbindungsminuten generiert, die sich aus der Bezahlung der Leistung E-Plus-Draht→Funk ergeben. Von E-Plus sind die Verbindungsminuten zu tragen, die sich aus der Differenz zwischen den von der Telekom generierten Verbindungsminuten und den maximal möglichen Verbindungsminuten ergeben. Dabei wird bei einem 2Mbit/s-Intra-Building-Abschnitt eine maximal mögliche Anzahl von 440.000 Verbindungsminuten pro Monat zugrunde gelegt. Dieser Wert ergibt sich daraus, dass angesichts der schwankenden Verkehrsmengen zum Schutz der Verbindungssicherheit eine Maximalauslastung von 80% unterstellt werden kann. Die so ermittelten Verbindungsminuten werden zueinander ins Verhältnis gesetzt.

1.7 Ziffer 4 wird wie folgt gefasst:

Diese Ergänzungsvereinbarung tritt hinsichtlich der Intra-Building-Abschnitte und der Kollokationsbereiche rückwirkend zum 16.11.2006, hinsichtlich der Zentralen Zeichengabekanäle rückwirkend zum 24.02.2011 in Kraft. Sie ist hinsichtlich der Intra-Building-Abschnitte befristet bis zum 30.06.2010.

1.8 Der Anhang zur Ergänzungsvereinbarung wird gestrichen.

2. Die Anordnung steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Parteien sich über die Bedingungen der Entgelterstattung oder über Einflussmöglichkeiten der Antragsgegnerin auf den Umfang der genutzten verfahrensgegenständlichen Leistungen einigen.

3. Im Übrigen werden die Anträge abgelehnt.

## Sachverhalt

Gegenstand des Verfahrens sind die Entgelte für die von der Antragstellerin im Zuge der Erbringung der Terminierungsleistung E-Plus-Draht→Funk bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte, Zentralen Zeichengabekanäle (ZZK) und Kollokationsbereiche.

Die Antragstellerin betreibt bundesweit ein öffentliches Telekommunikationsnetz in Form eines digitalen zellularen Mobilfunknetzes. Sie hat ihr Netz u. a. mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin zusammengeschaltet. Rechtliche Grundlage für diese Zusammenschaltung ist derzeit die Zusammenschaltungsvereinbarung vom 26.06.2003. Diese Vereinbarung ist von den Parteien zwischenzeitlich vertraglich mehrfach ergänzt und abgeändert worden, letztmalig mit Änderungsvereinbarung vom 04./08.07.2014.

Die Zusammenschaltung der Netze von Antragstellerin und Antragsgegnerin erfolgt ausschließlich am Vermittlungsstellenstandort der Antragstellerin in der Variante, dass die Antragsgegnerin mit Hilfe einer von ihr selbst bereitgestellten Carrier-Festverbindung die Verbindung zwischen ihrem eigenen Vermittlungsstellenstandort und der jeweiligen Vermittlungsstelle der Antragstellerin herstellt (sogenannte Zusammenschaltung „customer-sited“). Über diese Netzkopplung wird nach der vertraglichen Regelung sowohl Verkehr aus dem Netz der Antragstellerin in das der Antragsgegnerin als auch umgekehrt geführt.

Für die Erbringung der Terminierungsleistung E-Plus-Draht→Funk muss die Antragstellerin auch Intra-Building-Abschnitte und Zentrale Zeichengabekanäle (ZZK) bereitstellen. Dabei errichtet die Antragsgegnerin gemäß Anlage B Teil 2 Typ I Punkt 1.2 ihres Standardangebotes für die PSTN-Zusammenschaltung die dafür erforderliche Technik in den Räumlichkeiten des Zugangsnachfragers (ICP) einschließlich eines Abschlusspunktes Netztechnik (2Mbit/s-NT). Diese Technik umfasst gemäß Anhang A Punkt 3.2 des Standardangebotes der Antragsgegnerin auch Gestelle und Kabelroste, für die in Punkt 3.2.1 unterschiedliche Aufstellvarianten angegeben sind, die jeweils unterschiedlichen Flächenbedarf aufweisen. Dieser beträgt mindestens 2,5 qm. Das Standardangebot der Antragstellerin wiederum sieht vor, dass die notwendige Technik für die Zusammenschaltung an ihrem Vermittlungsstellenstandort durch den Zugangsnachfrager eingebracht und aufgebaut wird. Die dabei in Anspruch genommene Fläche bezeichnet sie als Kollokationsbereich.

Für die Bereitstellung und Überlassung der Intra-Building-Abschnitte, ZZK und Kollokationsbereiche ist im Zusammenschaltungsvertrag zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin keine Entgeltzahlung vorgesehen. Sonstige Zusammenschaltungsvereinbarungen, die die Antragstellerin mit anderen Betreibern abgeschlossen hat, sehen die Zahlung von Entgelten für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten, ZZK und Kollokationsbereichen sowie eine Rückerstattungsregelung eines Teiles der Entgelte für Intra-Building-Abschnitten und ZZK bei gemeinsamer Nutzung dieser Einrichtungen vor, die sich nach dem Verhältnis der von beiden Parteien über die Zusammenschaltung abgewickelten Verbindungsminuten richtet.

Der Antragstellerin wurden erstmalig mit Regulierungsverfügung BK 4c-06-003/R vom 30.08.2006 verschiedene Pflichten der Zugangsgewährung auferlegt, darunter die Verpflichtung, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragstellerin zu ermöglichen sowie Kollokation zu gewähren und in deren Rahmen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Kollokationen zu gewähren. Diese Verpflichtung wurde in Ziffern I.1.1 bis I.1.3 des Beschlusses BK3b-08/018 vom 05.12.2008 und mit Ziffern I.1.1 bis I.1.3 BK3b-12/005 vom 19.07.2013 aufrechterhalten. Die Entgelte für die von der Pflicht zur Zugangsgewährung erfassten Leistungen wurden der Genehmigungspflicht nach § 31 TKG unterworfen, was ebenfalls in Ziffer I.3 des angegebenen Beschlusses aufrechterhalten wurde.

Entsprechende Entgelte u. a. für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und Kollokationsbereichen wurden erstmalig mit Beschluss BK 3a/b-06-009 vom 16.11.2006 rückwirkend ab dem 30.08.2006 genehmigt. Während die Entgelte für Intra-Building-Abschnitte beziffert genehmigt wurden, erfolgte die Genehmigung der Entgelte für Kollokation-

sbereiche "nach Aufwand." Mit Schreiben vom 10.05.2007, das auf eine E-Mail vom 28.02.2007 Bezug nahm, verlangte die Antragstellerin von der Antragsgegnerin erstmals eine Vertragsanpassung zur Aufnahme der Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und Kollokationsbereichen als entgeltliche Leistungen der Antragstellerin in den Zusammenschaltungsvertrag. Die Antragsgegnerin lehnte dies mit Schreiben vom 13.06.2007 ab mit der Begründung, dass sie weder Intra-Building-Abschnitte noch Kollokationsleistungen bei der Antragstellerin abnehme.

Die Genehmigung von bezifferten Entgelten für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und von "nach Aufwand" genehmigten Entgelten für die Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen wurde auch in den folgenden Entgeltgenehmigungen BK 3a-07-003/E 29.03.07 vom 06.06.2007, BK3a-08/135/E19.09.2008 vom 26.11.2008, BK3a-10/101 vom 24.02.2011, BK 3a-12/086 vom 19.07.2013 und der vorläufigen Entgeltgenehmigung BK 3a-14/012 vom 26.11.2014 beibehalten. Seit der Entgeltgenehmigung BK3a-10/101 vom 24.02.2011 wurde der Antragstellerin auch ein pauschaliertes jährliches Überlassungsentgelt für ZZK genehmigt.

Unter dem 23.11.2009 erließ die Bundesnetzagentur auf Antrag der damaligen Vodafone D2 GmbH eine Entscheidung (BK3b-09/047) nach § 25 TKG, in der sie aussprach, dass der Erlass einer Entgeltgenehmigung wegen der privatrechtsgestaltenden Wirkung nach § 37 Abs. 2 TKG zu einer Zahlungspflicht der Zugangsnachfrager des entgeltregulierten Unternehmens führe, ohne dass weitere Vertragsanpassungen zur Auslösung der Zahlungspflicht erforderlich seien. Der Antrag auf eine entsprechende Zugangsanordnung der Vodafone D2 GmbH wurde deshalb zurückgewiesen und lediglich eine Regelung angeordnet, mit der bei der Bestimmung der von der Antragsgegnerin zu zahlenden Entgeltsumme dem Umstand Rechnung getragen wurde, dass die Bestellhöhe für Zusammenschaltungsanschlüsse bei der Vodafone D2 GmbH gelegen hatte, weil die Zusammenschaltung auf der Grundlage eines Zusammenschaltungsvertrages der Antragsgegnerin erfolgt war. Überkapazitäten müssten sich darum zu Lasten der Vodafone D2 GmbH auswirken und deshalb die Anzahl der ICAs, deren Entgelte anhand des Minutenverhältnisses der über sie abgewickelten Verkehre in beide Richtungen, auf diejenige Menge abgesenkt werden, die bei einer optimalen Auslastung von 80% der Übertragungskapazität der Zusammenschaltungsanschlüsse erforderlich gewesen wäre.

Die Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf diese Entscheidung mit Schreiben vom 30.11.2009 auf, eine entsprechende Ergänzungsvereinbarung über die entgeltliche Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und Kollokationsbereichen und die Überlassung von ZZK abzuschließen, und stellte mit Schreiben vom 03.12.2009 Entgelte für die Zeit vom 30.08.2006 bis zum 31.12.2009 in Rechnung. Die Antragsgegnerin lehnte eine Zahlung dieser Entgelte mit Schreiben vom 21.01.2010 ab.

Eine erneute Aufforderung der Antragstellerin vom 16.02.2010 zur Zahlung der in Rechnung gestellten Beträge und dem Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24.02.2010 zurück. Eine weitere Rechnung der Antragstellerin für den Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.12.2010 wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.03.2010 zurück.

Die Antragstellerin erhob daraufhin gegen die Antragsgegnerin Klage vor dem Landgericht Köln auf Zahlung der geltend gemachten Beträge für den Zeitraum vom 30.08.2006 bis zum 30.06.2010 sowie für den Zeitraum ab dem 01.07.2010 auf die Feststellung, dass die Antragsgegnerin zur Zahlung der verfahrensgegenständlichen Entgelte verpflichtet sei.

Unter dem 24.11.2010/25.01.2011 schlossen die Parteien eine Ergänzungsvereinbarung zu ihrem Zusammenschaltungsvertrag, in dem sie rückwirkend zum 01.07.2010 eine Leistungs- und Entgeltvereinbarung für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten durch die Antragstellerin trafen.

Die Klage der Antragstellerin auf Zahlung von Entgelten für den Zeitraum vom 30.08.2006 bis zum 30.06.2010 wurde vom Bundesgerichtshof mit Urteil Az. III ZR 299/13 vom 26.06.2014 ab-

gewiesen. Der Bundesgerichtshof führte aus, dass aus dem Zusammenschaltungsvertrag der Parteien aus dem Jahre 2003 durch ergänzende Vertragsauslegung keine Vereinbarung über eine entgeltliche Bereitstellung der verfahrensgegenständlichen Leistungen der Antragstellerin herausgelesen werden könne, weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Wille der Parteien ganz überwiegend vom Interesse der Antragstellerin am Bezug der Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin bestimmt war und die von der Antragstellerin im Gegenzug erbrachten Terminierungsleistungen kein solches Gewicht besessen hätten, dass von einem entsprechenden gegenläufigen und gleichläufigen Interesse der Antragsgegnerin bei Vertragsschluss am Leistungsbezug von der Antragstellerin ausgegangen werden könne. Dieses Interesse müsse aber für eine ergänzende Vertragsauslegung vorhanden sein, weil eine richterliche Vertragsauslegung nicht zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen dürfe. Die fehlende Vereinbarung einer entgeltlichen Leistungsbereitstellung könne auch nicht über § 37 Abs. 2 TKG durch die Entgeltgenehmigung ersetzt werden, weil diese immer eine entgeltliche Leistungsvereinbarung benötige, an die sie anknüpfen könne. Im Übrigen stünde es einem regulierten Unternehmen offen, eine fehlende Leistungsvereinbarung im Anordnungsverfahren nach § 25 TKG zu erwirken. Im Ergebnis würde sich die Antragsgegnerin ihrer Zahlungspflicht nicht entziehen können.

Mit Schreiben vom 14.08.2014 fragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin an, ob Verhandlungsbereitschaft über den Abschluss einer entgeltlichen Leistungsvereinbarung über den verfahrensgegenständlichen Zeitraum bestünde. Dies lehnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29.08.2014 ab.

Daraufhin hat die Antragstellerin am 20.11.2014 einen Antrag gemäß § 25 TKG auf Anordnung der Leistungsbereitstellung und der Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten, Zentralen Zeichengabekanälen und Kollokationsbereichen im Zusammenschaltungsverhältnis zur Antragsgegnerin eingereicht.

Hinsichtlich der Überlassung von ZZK lehnte die Antragsgegnerin den Abschluss einer solchen Vereinbarung mit E-Mail vom 09.01.2015 erneut ab.

Die Antragstellerin sieht ihren Antrag als zulässig an, weil keine Zugangsvereinbarung über die antragsgegenständlichen Leistungen der Anordnung gemäß § 25 Abs. 2 TKG entgegenstünde und die Antragsgegnerin weitere Verhandlungen verweigert habe. Durch den dem Antrag beigefügten Entwurf einer Ergänzungsvereinbarung seien die Anforderungen des § 25 Abs. 3 TKG erfüllt.

Die Anordnung sei auch begründet, weil die Antragstellerin nach § 37 Abs. 1 TKG und dem Diskriminierungsverbot des § 19 TKG verpflichtet sei, die genehmigten Entgelte von allen Zusammenschaltungspartnern einheitlich zu verlangen. Dies könne nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes nur über eine entsprechende Anordnung gegenüber der Antragsgegnerin erreicht werden. Diese könne auch rückwirkend erfolgen, weil Gegenstand einer Anordnung alle Regelungen sein könnten, die privatautonom getroffen werden könnten, wie dies für rückwirkende Regelungen möglich sei. Die Bundesnetzagentur habe in der Vergangenheit bereits rückwirkende Zahlungsverpflichtungen angeordnet, und die Möglichkeit einer rückwirkenden Anordnung sei durch die Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt worden.

Hinsichtlich der Erstattung der von der Antragsgegnerin gezahlten Entgelte für die gemeinsame Nutzung der verfahrensgegenständlichen Infrastrukturen ist die Antragstellerin der Auffassung, dass diese nach dem reinen Verhältnis der von den Parteien darüber abgewickelten Verkehrsminuten auszurichten seien und keine Korrekturen vorgenommen werden müssten, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Bestellohheit für Zusammenschaltungsanschlüsse bei der Antragstellerin läge, weil die Antragsgegnerin im Rahmen der Planungsabsprachen ausreichende Möglichkeiten habe, die Zusammenschaltungsstruktur zu beeinflussen. Passivität der

Antragsgegnerin bei diesen Planungsabsprachen dürfe nicht dazu führen, dass Überkapazitäten alleine von der Antragstellerin zu tragen seien.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die von der Bundesnetzagentur für den jeweiligen Zeitraum genehmigten, aus der Anlage 1 ersichtlichen Entgelte der Antragstellerin
  - a) für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten für den Zeitraum vom 30. August 2006 bis einschließlich zum 30. Juni 2010,
  - b) für die Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen ab dem 30. August 2006 und
  - c) für die Überlassung von Zentralen Zeichengabekanälen ab dem 01. Dezember 2010
 jeweils im Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin anzuordnen,
2. zur Regelung der Einzelheiten der Entgeltzahlungspflicht die als Anlage 2 beigefügte Ergänzungsvereinbarung zur Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin nebst dem Anhang (Entgelte) mit Wirkung für die genannten Zeiträume anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Antrag abzulehnen,
2. hilfsweise
  - a) die rückwirkende Anordnung der Ergänzungsvereinbarung abzulehnen und in der als Anlage 2 vorgelegten Ergänzungsvereinbarung insoweit folgende Modifikationen vorzunehmen:
    - aa) Absatz 2 letzter Satz der Präambel wird gestrichen.
    - bb) In Ziffer 2.1 Absatz 1 wird „die Bereitstellung und Überlassung der Intra-Building-Abschnitte je Netzanschluss von E-Plus an die Telekom sowie“ gestrichen.
    - cc) Ziffer 2.1 Absatz 2 wird gestrichen.
    - dd) In Ziffer 2.2 Absatz 1 wird in Satz 1 „die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und“ und Satz 2 („Die Bereitstellungsentgelte werden mit der Bereitstellung der Leistung einmalig abgerechnet.“) gestrichen.
    - ee) Ziffer 2.2 Absatz 2 wird gestrichen.
    - ff) Ziffer 4 wird wie folgt modifiziert: „Diese Ergänzungsvereinbarung tritt am Tag des Erlasses der Zugangsanordnung in Kraft.“
  - b) in Bezug auf die „Kollokationsbereiche“ in der als Anlage 2 beigefügten Ergänzungsvereinbarung folgende Streichungen vorzunehmen:

- aa) In Absatz 2, Zeile 2 der der Präambel wird „sowie Kollokationsbereiche“ gestrichen.
- bb) In Absatz 2, Zeile 3-4 wird „und Kollokationsbereichen“ gestrichen.
- cc) In Absatz 2, Zeile 11-13 wird „sowie der Vereinbarung der Leistung, Vergütung und Abrechnung der Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen ab dem 30.08.2006“ gestrichen.
- dd) In Ziffer 1.1 Zeile 4/5 wird „sowie je einen Kollokationsbereich für einen bereitgestellten Intra-Building-Abschnitt“ gestrichen.
- ee) Ziffer 1.5 wird gestrichen.
- ff) In Ziffer 2.1 Absatz 1, Zeile 2-3 wird „sowie die Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen je Intra-Building-Abschnitt“ gestrichen.
- gg) In Ziffer 2.1 Absatz 2, Zeile 3 wird „Kollokationsbereiche“ gestrichen.
- hh) In Ziffer 2.2, Absatz 1, Zeile 1/2 wird „und Kollokationsbereichen“ gestrichen.
- ii) In Ziffer 2.2 Absatz 2, Zeile 4 wird „Kollokationsbereichen gestrichen.
- c) in der als Anlage 2 vorgelegten Ergänzungsvereinbarung weitere Modifikationen vorzunehmen:
- aa) In Ziffer 1.1 wird „jeweilige“ durch „nationale“ ersetzt.
- bb) In Ziffer 2.2 Absatz 1 wird in Zeilen 4, 5 und 8 vor dem Wort „abgerechnet“ „fällig und“ ergänzt.
- cc) Ziffer 2.2 Absatz 3 wird gestrichen und durch folgende Regelung ersetzt:
- Beginnend mit der erstmaligen wechselseitigen Nutzung des Zentralen Zeichengabekanal durch die Telekom und E-Plus, frühestens jedoch mit dem Erlass der Zugangsanordnung, werden die Entgelte hierfür gemäß der Anlage – Preise (in ihrer jeweiligen Fassung, die die jeweils aktuell genehmigten Entgelte wiedergibt) dieser Ergänzungsvereinbarung von E-Plus in Rechnung gestellt. Nach Ablauf eines Kalenderjahres erstattet E-Plus nach Rechnungsstellung durch die Telekom einen Anteil des Überlassungspreises des Zentralen Zeichengabekanal entsprechend dem gemäß Ziffer 2.3 gebildeten Minutenverhältnis.
- Grundlage für die Erstattung ist der jeweils zurückliegende Abrechnungszeitraum (Abrechnungsperiode im Fall der Überlassung), in dem sich der jeweilige Zentrale Zeichengabekanal im vorangegangenen Abrechnungszeitraum in Betrieb befand (maßgebend ist das Datum im Inbetriebnahmeprotokoll der jeweiligen Intra-Building-Abschnitte des ICAs der Telekom).“
- dd) Es wird folgende Ziffer 2.3 ergänzt:
- „2.3 Die Telekom trägt die Kosten der ZZK entsprechend ihrer eigenen Nutzung. Die Nutzung wird durch die über die Intra-Building-Abschnitte und ZZK generierten Verbindungsminuten für die Leistung E-Plus-Draht→Funk ermittelt. Dabei erfolgt die Ermittlung der Verbindungsminuten netzbezogen.
- Von der Telekom werden die Verbindungsminuten generiert, die sich aus der Bezahlung der Leistung E-Plus-Draht→Funk ergeben. Von E-Plus sind die Verbindungsminuten zu

tragen, die sich aus der Differenz zwischen den von der Telekom generierten Verbindungsminuten und den maximal möglichen Verbindungsminuten ergeben. Dabei wird bei einem 2Mbit/s-Intra-Building-Abschnitt eine maximal mögliche Anzahl von 440.000 Verbindungsminuten pro Monat zugrunde gelegt. Dieser Wert ergibt sich daraus, dass angesichts der schwankenden Verkehrsmengen zum Schutz der Verbindungssicherheit eine Maximalauslastung von 80% unterstellt werden kann. Die so ermittelten Verbindungsminuten werden zueinander ins Verhältnis gesetzt.“

3. äußerst hilfsweise für den Fall, dass die Beschlusskammer eine rückwirkende Anordnung – auch in Bezug auf Kollokationsbereiche – erlässt:

a) Ziffer 4 wie folgte zu fassen:

„Diese Ergänzungsvereinbarung tritt hinsichtlich der Intra-Building-Abschnitte und Kollokationsbereiche rückwirkend zum 30.08.2006, hinsichtlich der Zentralen Zeichengabekanäle rückwirkend zum 01.12.2010 in Kraft. Sie ist hinsichtlich der Intra-Building-Abschnitte befristet bis zum 30.06.2010.“

b) Ziffer 2 Absatz 2 Satz 2 wie folgt zu modifizieren (Änderungen kursiv)

„... Zentralen Zeichengabekanälen gültigen *genehmigten* Entgelte, sowie die gegenwärtig *genehmigten* Entgelte...“

c) Ziffer 2.2 Absatz 3 Ziffer 3 wird gestrichen und durch folgende Regelungen ersetzt:

Beginnend mit der erstmaligen wechselseitigen Nutzung der Intra-Building-Abschnitte je Netzanschluss und des Zentralen Zeichengabekanal durch die Telekom und E-Plus, frühestens jedoch mit Erlass der Zugangsanordnung, werden die Entgelte hierfür gemäß der Anlage - Preise (in ihrer jeweiligen Fassung, die die jeweils aktuell genehmigten Entgelte wiedergibt) dieser Ergänzungsvereinbarung von E-Plus in Rechnung gestellt. Nach Ablauf des Kalenderjahres erstattet E-Plus nach Rechnungstellung durch die Telekom einen Anteil des Bereitstellungspreises des Intra-Building-Abschnitts sowie einen Anteil des Überlassungspreises der Intra-Building-Abschnitte je Netzanschluss und des Zentralen Zeichengabekanal entsprechend dem gemäß Ziffer 2.3 gebildeten Minutenverhältnis.

Grundlage für die Erstattung ist der jeweils zurückliegende Abrechnungszeitraum (Abrechnungsperiode im Fall der Überlassung, erstes Kalenderjahr im Falle der Bereitstellung), in dem sich der jeweilige Intra-Building-Abschnitt und Zentrale Zeichengabekanal im vorangegangenen Abrechnungszeitraum in Betrieb befand (maßgebend ist das Datum im Inbetriebnahmeprotokoll der jeweiligen Intra-Building-Abschnitte der ICAs der Telekom).“

d) Es wird folgende Ziffer 2.3 ergänzt:

„2.3 Die Telekom trägt die Kosten der Intra-Building-Abschnitte und ZZK entsprechend ihrer eigenen Nutzung. Die Nutzung wird durch die über die Intra-Building-Abschnitte und ZZK generierten Verbindungsminuten für die Leistung E-Plus-Draht→Funk ermittelt. Dabei erfolgt die Ermittlung der Verbindungsminuten netzbezogen.

Von der Telekom werden die Verbindungsminuten generiert, die sich aus der Bezahlung der Leistung E-Plus-Draht→Funk ergeben. Von E-Plus sind die Verbindungsminuten zu tragen, die sich aus der Differenz zwischen den von der Telekom generierten Verbindungsminuten und den maximal möglichen Verbindungsminuten ergeben. Dabei wird bei einem 2Mbit/s-Intra-Building-Abschnitt eine maximal mögliche Anzahl von 440.000 Verbindungsminuten pro Monat zugrunde gelegt. Dieser Wert ergibt sich daraus, dass angesichts der schwankenden Verkehrsmengen zum Schutz der Verbindungssicherheit eine Maximalauslastung

von 80% unterstellt werden kann. Die so ermittelten Verbindungsminuten werden zueinander ins Verhältnis gesetzt.“

Die Antragsgegnerin hält den Anordnungsantrag bereits für unzulässig. Hinsichtlich der Entgelte für die Bereitstellung von ZZK liege kein Scheitern der Verhandlungen vor, weil die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 14.08.2014 keine Verhandlungen über diesen Punkt, sondern nur über Intra-Building-Abschnitte und Kollokationsbereiche angeboten habe. Weiter fehle ein Sachbescheidungsinteresse, weil nicht die Höhe der Entgelte, sondern die Entgeltlichkeit der Leistungen der Antragstellerin dem Grunde nach strittig sei.

Der Anordnung stehe nach § 25 Abs. 2 TKG die Abrede über die unentgeltliche Bereitstellung der verfahrensgegenständlichen Infrastrukturen durch die Antragstellerin entgegen. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs fehle eine Vergütungsvereinbarung nicht, sondern sei eine Vereinbarung der unentgeltlichen Bereitstellung als Nebenpflicht der Antragstellerin getroffen worden, was der Bundesgerichtshof an anderer Stelle auch ausgesprochen habe. Eine Zugangsanordnung könne darum erst nach einer Kündigung des bestehenden Zusammenschaltungsvertrages getroffen werden. Die Antragstellerin wäre auch in der Lage gewesen, den Zusammenschaltungsvertrag zu kündigen. **(BuGG)** Eine Korrekturbefugnis für weiterhin geltende Verträge komme der Bundesnetzagentur jedenfalls nicht zu.

Es sei Aufgabe der Antragstellerin gewesen, die vertraglichen Voraussetzungen für die geltend gemachten Entgeltforderungen zu schaffen. Sie sei bezüglich der verfahrensgegenständlichen Leistungen das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, so dass ihr dies auch hätte möglich sein müssen. Es sei ein allgemeiner Grundsatz, dass ein Vertragspartner die vertragliche Grundlage für einen von ihm verfolgten Anspruch sich selbst schaffen müsse. Die Antragstellerin hätte darum ihre Ansprüche vor den Zivil- wie den Verwaltungsgerichten weiterverfolgen müssen.

Die Nichterhebung der verfahrensgegenständlichen Entgelte im Vergleich zu anderen Zugangsnachfragern der Antragstellerin widerspreche auch nicht dem Gleichbehandlungsgebot, weil dieses eine Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen durchaus zulasse. Eine solche Rechtfertigung liege darin begründet, dass es der Antragsgegnerin als Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht auf dem Terminierungsmarkt der Antragstellerin gegenüber dieser als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gelungen sei, für sich günstigere Vertragsbedingung zu erlangen. Es sei deshalb nicht ersichtlich, wieso diese Regelungen zum Nachteil der nicht marktmächtigen Antragsgegnerin aufgehoben werden sollten.

Für die begehrte rückwirkende Zugangsanordnung biete § 25 TKG zudem keine Grundlage. Die rückwirkende Anordnung einer Zusammenschaltung sei schon deshalb nicht möglich, weil sie für die Vergangenheit nicht mehr nachgeholt werden könne. Auch fehle ein erforderlicher Hinweis in § 25 TKG auf die Möglichkeit einer rückwirkenden Anordnung. Dies sei aber erforderlich, weil der zeitliche Geltungsbereich eines Verwaltungsaktes zu seinem Inhalt gehöre. Aus § 25 Abs. 8 TKG, der festlege, dass der Anordnungsentscheidung sofort oder innerhalb der von der Bundesnetzagentur gesetzten Frist nachzukommen sei, ergebe sich, dass das Ziel der Zusammenschaltung alleine die Durchsetzung des auf die Zukunft gerichteten Zusammenschaltungsanspruches des Zugangsnachfragers sei. Die Regelung zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen in § 35 Abs. 5 S. 1 TKG setze ebenfalls voraus, dass zum Zeitpunkt der Genehmigung bereits ein Entgelt vertraglich vereinbart sei. In den Fällen der von der Antragstellerin in Bezug genommenen gerichtlichen Entscheidungen sei dementsprechend nie die Anordnung der Entgeltlichkeit dem Grunde nach bestätigt worden, sondern nur die Anordnung konkreter Entgelthöhen. In der Vergangenheit liegende Sachverhalte könnten lediglich zum Gegenstand von Schadensersatzansprüchen nach § 44 TKG gemacht werden, über die Zivilgerichte zu entscheiden sei.

Die Anordnung eine Entgeltspflicht dem Grunde nach könne auch nicht auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 6 C 25.08 vom 25.02.2009 gestützt werden, weil die Antragstellerin nicht beim Vertragsschluss im Jahre 2003 auf ihre Rechte aus der Entgeltgenehmigung habe verzichten können. Solche hätten damals noch gar nicht bestanden. Zudem habe der Bundesgerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass keine Vereinbarung eines Entgeltes von 0 € für die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Antragstellerin getroffen worden sei, sondern jede Vergütungsvereinbarung fehle.

Eine rückwirkende Anordnung könne schließlich nicht mit den bei der Anordnung nach § 25 TKG geltenden Maßstäben der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit begründet werden. Der Grundsatz der Chancengleichheit bedeute nicht, dass geschlossene Verträge rückwirkend modifiziert werden könnten, um allen Zugangsnachfragern identische Konditionen einzuräumen, weil dieser Grundsatz nur die Frage eines möglichst ungehinderten Marktzutritts betreffe, dem Genüge getan werde, wenn ein Zugangsnachfrager zumindest dieselben Bedingungen wie ein anderes Unternehmen erhalte. Dies schließe nicht aus, dass einzelne Zugangsnachfrager bessere Zugangsbedingungen erzielen könnten. Der Maßstab der Billigkeit erfordere auch nicht, dass ein Unternehmen eine bisherige Regelung über die Unentgeltlichkeit einer von ihm zu erbringenden Leistung ab Feststellung des Vorliegens seiner beträchtlichen Marktmacht rückwirkend durch eine entgeltliche Leistungserbringung ersetzen können müsse, ohne selbst die hierfür erforderlichen vertraglichen Bedingung in der Vergangenheit geschaffen zu haben. Auch der Maßstab der Rechtzeitigkeit der Leistungserbringung stütze keine rückwirkende Anordnung, weil er rein zukunftsbezogen sei.

Selbst wenn man von der Möglichkeit einer rückwirkenden Anordnung einer entgeltlichen Leistungsbereitstellung ausgehe, scheitere diese an den an sie zu stellenden Anforderungen. Die erste Anforderung sei, dass die Voraussetzungen schon in der Vergangenheit vorgelegen haben müssen. Im Gegensatz zum rückwirkenden Erlass einer Regulierungsverfügung als Ersatz für eine gerichtlich aufgehobene Regulierungsverfügung, die Gegenstand des Urteiles BVerwG 6 C 36.10 vom 14.12.2011 gewesen sei, habe im verfahrensgegenständlichen Zeitraum kein Verwaltungsakt der Bundesnetzagentur bestanden, der nachträglich entfallen wäre und nur rückwirkend ersetzt werden müsse. Es fehle dadurch an einem Rechtschein, weshalb die Antragsgegnerin nicht mit dem rückwirkenden Erlass einer solchen Regelung habe rechnen müssen. Auch aus anderen Gründen habe die Antragsgegnerin als nicht marktmächtiges Unternehmen nicht damit rechnen müssen, dass sich die bisherigen vertraglichen Abreden wegen der gegenüber der Antragstellerin erlassenen Regulierungsverfügung ändern würden. Auch die erstmalige Inrechnungstellung habe das Vertrauen der Antragsgegnerin auf die fortdauernde Gültigkeit der unentgeltlichen Leistungsbereitstellung nicht zerstört, vielmehr sei es durch die Forderung der Antragstellerin nach Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung über die Entgeltlichkeit bestärkt worden. Entgelte für die ZZK habe die Antragstellerin weder jemals in Rechnung gestellt noch zum Gegenstand ihrer zivilrechtlichen Klagen gemacht und auch nicht in ihr Verhandlungsangebot vom 14.08.2014 einbezogen.

Sollte dennoch eine rückwirkende Zugangsanordnung erlassen werden, könne diese nur auf den Zeitpunkt des Erlasses der Entgeltgenehmigung am 08.11.2006 zurückwirken, weil keine vorangegangene Entgeltvereinbarung bestehe, auf die die Entgeltgenehmigung zurückwirken könne.

Im Falle einer Anordnung trotz der genannten entgegenstehenden Gründe müssten die dem Antrag beigefügten Vertragsunterlagen mehrfach modifiziert werden. Eine Anordnung bezüglich der Intra-Building-Abschnitte sei nicht mehr möglich, weil hierzu bereits eine Vereinbarung zwischen den Parteien bestehe und eine rückwirkende Anordnung wie dargestellt nicht möglich sei. Eine Anordnung für die Zukunft komme darum nur für die ZZK in Betracht. Für die Anordnung einer entgeltlichen Bereitstellung von Kollokationsbereichen gelte dies nur, falls die Beschlusskammer davon ausgehe, dass diese eine der Regulierungsverfügung der Antragstellerin entsprechende Leistungsbereitstellung darstellten.

Die von der Antragstellerin bereitgestellten Kollokationsbereiche seien keine Kollokationsleistungen im Sinne der Regulierungsverfügung. Die technischen Einrichtungen auf den Flächen der Antragstellerin würden nicht zum Zwecke eines Zugangs i. S. v. Ziffer 1.1 und 1.2 ihrer Regulierungsverfügung errichtet, sondern um einen ICAs „Customer Sited“ der Antragsgegnerin bereitzustellen. Die Antragstellerin errichte dabei auf ihren Flächen dieselben technischen Einrichtungen, die sie auch bei einer Zusammenschaltung „Physical Co-location“ in einer Kollokation in Räumlichkeiten der Antragsgegnerin errichte. Dies zeige, dass die Bereitstellung der Flächen ausschließlich im Interesse der Antragstellerin erfolge und nur den Zweck der Erschließung des Netzes der Antragsgegnerin habe. Ohne sie könne die Antragsgegnerin keine funktionsfähigen ICAs bereitstellen.

Die von der Antragstellerin bereitgestellten Flächen seien weiter deshalb nicht als Kollokationsflächen im Sinne von Regulierungsverfügung und Entgeltgenehmigung zu werten, weil die Antragsgegnerin kein Recht auf jederzeitigen Zutritt zu ihr besitze, wie dies Teil ihrer eigenen Kollokationsleistungen gegenüber Zugangsnachfragern sei. Dieses Zutrittsrecht sei aber für die Bestimmung einer Flächenbereitstellung als Kollokationsleistung wesentlich und werde deshalb auch in der Regulierungsverfügung ausdrücklich ausgesprochen. Die im Antrag beschriebene Ausgestaltung der Leistung „Kollokationsbereich“ sei im Zusammenschaltungsvertrag mit der Antragstellerin auch nicht abgebildet; dort beschränke sich die Mitwirkungspflicht auf die Bereitstellung von Fläche und einem Stromanschluss. Die von der Antragstellerin bereitgestellte Fläche sei für die Bereitstellung des ICAs Customer Sited wesentlich. Sollte die Antragsgegnerin hierfür Entgelte entrichten müssen, müssten diese wieder in ihre eigenen Entgelte für den ICAs Customer Sited einfließen. Im Übrigen lägen die in Rechnung gestellten Entgelte um 40 % über denjenigen einer für die Antragsgegnerin effizienten Zusammenschaltungsstruktur mit 15 Zusammenschaltungsbereichen, welche hinsichtlich der Zahl der ICAs und der notwendigen Kapazitäten ausreichend wären.

Die von Antragstellerin mit Schreiben vom 19.12.2014 vorgeschlagene Erstattungsregelung sei abzulehnen, weil die von ihr vorgeschlagene Verteilung nach dem reinen Minutenverhältnis der ausgetauschten Verbindungsleistungen nicht dem Umstand Rechnung trage, dass die Zusammenschaltungsstruktur alleine von ihrem Bestellverhalten und ihrer Interessenlage bestimmt werde. Dies führe aus Sicht der Interessenlage der Antragsgegnerin zu Überdimensionierungen: (BuGG).

Die beantragten Ergänzungen der vorgeschlagenen Zusatzvereinbarung begründeten sich wie folgt:

In Ziffer 1.1 der Zusatzvereinbarung müsse in Zeile 2 das Wort „jeweilige“ durch „nationale“ ersetzt werden, weil nur die Terminierung in das nationale Mobilfunknetz der Antragstellerin der Regulierung unterliege. Dies entspreche auch der bereits mit der Antragstellerin abgeschlossenen Zusatzvereinbarung vom 25.01.2011.

In Ziffer 2.2 seien in Abs. 1 die Regelungen zu Zeitpunkt der Fälligkeit wieder aufzunehmen, die auch in der Ergänzungsvereinbarung vom 25.01.2011 enthalten seien, weil die Bestimmung des Leitungszeitpunktes ein wesentlicher Teil der Vereinbarung sei und weitere zivilrechtliche Folgen wie die Bestimmung der Verjährung an die Fälligkeit anknüpfen.

Ziffer 2.2 Abs. 3 und Ziffer 2.3 stellten ebenfalls von der Ergänzungsvereinbarung vom 25.01.2011 abweichende Regelungen dar, ohne dass diese begründet worden seien. Die Antragstellerin beantrage die Streichung dieser Regelungen und stattdessen die Aufnahme der Regelungen für die Überlassung der ZZK, die im Verfahren BK3b-09/047 angeordnet und von den Parteien auch in der Ergänzungsvereinbarung vom 25.01.2011 vereinbart worden seien.

Hilfsweise für den Fall, dass eine rückwirkende Anordnung ausgesprochen werden sollte, sei ein Inkrafttreten der Ergänzungsvereinbarung der Antragstellerin ab dem 30.08.2006 nur für Kollokationsbereiche und Intra-Building-Abschnitte anzuordnen und bis zum 30.06.2010 zu beschränken, weil ab letzterem Zeitpunkt eine vertragliche Vereinbarung vorliege. Für die ZZK könne eine Regelung frühestens ab dem 01.12.2010 angeordnet werden. Es sei weiterhin klarzustellen, dass für die Vergangenheit ausschließlich genehmigte Entgelte erhoben werden dürften.

In der am 18.12.2014 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung ist der Antrag mit den Beteiligten des Verfahrens ausführlich erörtert worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 17.03.2015 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Mit Schreiben vom 19.03.2015 hat das Bundeskartellamt mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absieht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Parteien im Verwaltungsverfahren, den sonstigen Inhalt der Verwaltungsakten sowie auf die Ausführungen unter Ziffer II. verwiesen.

## Gründe

Die von der Antragstellerin beantragten Regelungen sind in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang anzuordnen. Soweit die Antragstellerin darüber hinausgehende Anordnungen begehrt, ist der gestellte Antrag abzulehnen. Grundlage dieser Entscheidung sind § 25 Abs. 1, 5 und 6 TKG.

### 1. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG in Verbindung mit der Geschäftsordnung der Bundesnetzagentur sind die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden. Sie hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Da es sich vorliegend um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 2 des Gesetzes handelt, war gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG auch dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diesem Erfordernis wurde durch die Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen und die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs genügt.

Die Verlängerung des Verfahrens ist gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 TKG besonders begründet worden.

## **2. Anordnung nach § 25 TKG**

Gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TKG ordnet die Bundesnetzagentur nach Anhörung der Beteiligten den Zugang an, wenn eine Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG ganz oder teilweise nicht zustande kommt und die nach dem TKG erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vorliegen.

### **2.1. Anordnungsvoraussetzungen**

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Zugangsanordnung gemäß § 25 TKG sind vorliegend erfüllt.

#### **2.1.1 Netzbetreiber**

Beide Parteien betreiben ein öffentliches Telefonnetz im Sinne des § 3 Nr. 16 TKG und somit auch ein öffentliches Telekommunikationsnetz i. S. v. § 3 Nr. 27 TKG.

#### **2.1.2 Scheitern der Verhandlungen**

Die Verhandlungen zwischen den Parteien über den Abschluss einer Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG sind gescheitert.

Gemäß § 25 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 TKG muss die Antragstellerin darlegen, wann der Zugang und welche konkreten Leistungen dabei nachgefragt worden sind und dass ernsthafte Verhandlungen stattgefunden haben oder dass Verhandlungen vom Anrufungsgegner verweigert worden sind. Die Anrufung der Beschlusskammer auf Anordnung des Zugangs setzt demnach voraus, dass zwischen den Verfahrensbeteiligten Vertragsverhandlungen aufgrund der fehlenden Einigung über die vertraglichen Bedingungen des Netzzugangs gescheitert sind.

Dies ist vorliegend der Fall. Die Antragstellerin hat spätestens mit Schreiben vom 10.05.2007 eine Vertragsanpassung zur Aufnahme der Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und Kollokationsbereichen als entgeltliche Leistungen der Antragstellerin in den Zusammenschaltungsvertrag verlangt. Die Antragsgegnerin hat dies mit Schreiben vom 13.06.2007 erstmals abgelehnt und hat diese Haltung bis zum Abschluss der ab dem 01.07.2010 wirksamen Ergänzungsvereinbarung vom 25.01.2011 für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten beibehalten. Ebenfalls seit dem 13.06.2007 abgelehnt hat sie den Abschluss einer Vereinbarung über die entgeltliche Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen durch die Antragstellerin. Die Ablehnung einer solchen Vereinbarung über die entgeltliche Überlassung von ZZK erfolgte nicht erst mit E-Mail vom 09.01.2015, sondern bereits mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 21.01.2010. Seither ließ diese keinen Anhaltspunkt für eine Änderung ihrer Haltung in dieser Frage erkennen.

#### **2.1.3 Keine entgegenstehende vertragliche Vereinbarung**

Gemäß § 25 Abs. 2 TKG ist ein Zugangsanordnungsantrag nur zulässig, soweit und solange die Beteiligten keine Zugangsvereinbarung treffen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, weil der bestehende Zusammenschaltungsvertrag zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin keine Abrede über die Bereitstellung und Überlassung der verfahrensgegenständlichen Leistungen enthält.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist im bestehenden Zusammenschaltungsvertrag keine Abrede enthalten, nach der Intra-Building-Abschnitte, ZZK und Kollokationsbereiche un-

entgeltliche Nebenleistungspflichten der Antragstellerin darstellten. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil ausgeführt, dass der Zusammenschaltungsvertrag von 2003 hierzu keine Vereinbarungen enthielte, weil die Zusammenschaltung zu diesem Zeitpunkt alleine im Interesse der Antragstellerin erfolgt sei. Eine ergänzende Vertragsauslegung finde ihre Grenze im Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und dem durch ihn bestimmten Vertragsgegenstand. Weil der Wille der Vertragsparteien und der Vertragsgegenstand zu diesem Zeitpunkt entsprechend begrenzt gewesen sei, könne er nicht auf die Erfassung der Infrastrukturleistungen der Antragstellerin erweitert werden. Diese Verschiebung der Interessenlage sei erst mit dem Erlass der Regulierungsverfügung der Antragstellerin als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Jahre 2006 erfolgt. Der Vertrag enthält also nach Feststellung des Bundesgerichtshofs gar keine Abrede über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Infrastrukturleistungen der Antragstellerin. Aus diesem Grunde ging der Bundesgerichtshof bei seiner Entscheidung davon aus, dass sich diese der Pflicht zur Zahlung der Entgelte nicht werde entziehen können,

vgl. BGH Urteil Az. III ZR 299/13 vom 26.06.2014, Rz. 18,

weil eben keinerlei Abrede über die unentgeltliche Erbringung der Leistungen als Haupt- oder Nebenleistungspflicht besteht.

Der Zulässigkeit des Anordnungsantrages steht nicht entgegen, dass nach Ansicht des VG Köln erlassene Entgeltgenehmigungen nach § 37 Abs. 2 TKG dazu führten, dass eine Zusammenschaltungsvereinbarung, die keine Vereinbarung über eine entgeltliche Leistungsbereitstellung enthält, um die genehmigten Entgelte ergänzt werde, so dass eine Anordnung nach § 25 Abs. 2 TKG nicht mehr zulässig sei,

vgl. VG Köln, Urteil 21 K 8765/09 vom 27.11.2014, S. 14 f.

Denn das VG Köln ging in diesem Urteil davon aus, dass die betroffene Zusammenschaltungsvereinbarung zumindest eine Leistungspflicht hinsichtlich der Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und ZZK enthielt, auf die § 37 Abs. 2 TKG aufsetzen konnte. Für das verfahrensgegenständliche Zusammenschaltungsverhältnis hat der Bundesgerichtshof dagegen festgestellt, dass es keine solchen Hauptleistungspflichten enthält,

vgl. BGH Urteil Az. III ZR 299/13 vom 26.06.2014, Rz. 14.

Die ab dem 01.07.2010 geltende Ergänzungsvereinbarung vom 24.11.2010/25.01.2011 steht dem Anordnungsantrag nicht entgegen, weil die Antragstellerin die beantragte Ergänzungsvereinbarung hinsichtlich der Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten in Ziffer 4 der Fassung vom 12.01.2015 auf die Zeit bis zum 30.06.2010 beschränkt hat.

#### **2.1.4 Voraussetzungen für eine Zusammenschaltungsanordnung**

Die nach § 25 Abs. 1 TKG erforderlichen Voraussetzungen für eine Zusammenschaltungsanordnung liegen für die Anordnung der Ergänzungsvereinbarung nach Anlage 2 und der genehmigten Entgelte nach Ziffer 1a) bis c) des Antrages vor. Die Antragstellerin ist mit den Regulierungsverfügungen BK 4c-06-003/R vom 30.08.2006, BK3b-08/018 vom 05.12.2008 und BK3b-12/005 vom 19.07.2013 während des Gültigkeitszeitraumes der angestrebten Ergänzungsvereinbarung dazu verpflichtet worden, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragstellerin zu ermöglichen sowie Kollokation zu gewähren und in deren Rahmen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Kollokationen zu gewähren. Die Entgelte für die von der Pflicht zur Zugangsgewährung erfassten Leistungen wurden der Genehmigungspflicht nach § 31 TKG unterworfen.

## 2.2 Anordnung der Ergänzungsvereinbarung

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 25 TKG vor, so ordnet die Beschlusskammer den Zugang an.

Die Beschlusskammer kann dabei zwischen mehreren rechtlich zulässigen Handlungsmöglichkeiten wählen. Ihr steht zwar kein Entschließungsermessen, aber ein Auswahlermessen dahingehend zu, welche von mehreren Maßnahmen ergriffen wird,

vgl. BVerwG, Beschluss 6 B 46.13 vom 05.05.2014, S. 6.

Dabei ist die Beschlusskammer nach § 25 Abs. 5 S. 1 TKG berechtigt, Regelungen zu allen Vertragsbedingungen, bezüglich derer es nicht zu einer vertraglichen Einigung gekommen ist, zu treffen. Zu den anordnungsfähigen Bedingungen einer Zugangsvereinbarung zählen sowohl technisch-betriebliche Bedingungen, die üblicherweise in einer Vereinbarung über einen Netzzugang enthalten sind, als auch Vertragsbestandteile, die im Rahmen der allgemeinen zivilrechtlichen Gesetze üblich sind. Zu diesen anordnungsfähigen Vertragsbestandteilen zählen z.B. Regelungen zur Sicherheitsleistung, ein Kündigungsrecht, Bereitstellungsfristen, Informationsrechte und Schadensersatzklauseln. Anhaltspunkte für wesentliche regelungsbedürftige Punkte ergeben sich zudem aus der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV-1996, die zentrale Bestandteile einer Zugangsvereinbarung aufzählt,

so auch Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008 § 25 Rz.19.

Ermessensleitend sind dabei die Kriterien der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit verknüpfen. Darüber hinaus kann sie die mit der Leistungserbringung verknüpften Entgelte anordnen.

### 2.2.1 Anordnung der Leistungsbereitstellung

Die Ergänzungsvereinbarung zur Erbringung der Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten, zur Überlassung von ZZK und zur Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen war mit den tenorierten Abänderungen anzuordnen, weil die Antragstellerin der Antragsgegnerin diese Leistungen tatsächlich erbringt und die Anordnung erforderlich ist, um die dafür genehmigten Entgelte vereinnahmen zu können.

#### 2.2.1.1 Intra-Building-Abschnitte und ZZK

Die für die Erbringung der Terminierungsleistung E-Plus-Draht→Funk bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte und ZZK sind Leistungen der Antragstellerin im Rahmen der Zusammenschaltung am Standort ihrer Vermittlungsstelle, deren Erbringung ihr nach § 21 TKG auferlegt worden ist. Sie werden von der Antragstellerin bereitgestellt, um von der Antragsgegnerin zugeführte Verbindungen im eigenen Netz zu terminieren, was der Antragsgegnerin ermöglicht, diese Verbindung gegenüber ihrem Endkunden als Leistung zu erbringen und abzurechnen. Für den Leistungscharakter spricht auch die enge Verbindung zwischen der Terminierungsleistung E-Plus-Draht→Funk, die unzweifelhaft eine Leistung der Antragstellerin an die Antragsgegnerin ist, und der Notwendigkeit, zu ihrer Erbringung Intra-Building-Abschnitte und ZZK bereitzustellen. Denn die Verpflichtung zur Zusammenschaltung ist nur dann aufzuerlegen, wenn auch eine Verpflichtung zur Erbringung von Verbindungsleistungen erfolgt,

vgl. Beschluss BK4c-06-003/R vom 30.08.2006, S. 9.

Der Bewertung von Intra-Building-Abschnitten und ZZK als Leistung der Antragstellerin an die Antragsgegnerin steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin diese nicht bestellt hat. Dies wäre nur dann beachtlich, wenn die Zusammenschaltungsanschlüsse nur für die Übergabe von Verkehr der Antragstellerin genutzt würden. Zur Verkehrsübergabe in umgekehrter Verkehrsrichtung müsste die Antragsgegnerin dann Zusammenschaltungsanschlüsse bei der Antragstellerin bestellen, die dann unstreitig als bestellte Leistungen zu entgelten wären.

Tatsächlich werden alle Zusammenschaltungsanschlüsse aber für beide Verkehrsrichtungen genutzt und damit für Verbindungsleistungen beider Unternehmen. Die Antragsgegnerin erkennt dies zumindest auch für die von ihr bereitgestellten Zusammenschaltungsanschlüsse an, weil sie deren Kosten seit jeher teilweise zurückerstattet, soweit sie sie selbst für die Übergabe von Verbindungen an die mit ihr zusammengeschalteten Unternehmen nutzt. Denn so erspart sie sich einen entsprechenden Aufwand durch die Bestellung von Zusammenschaltungsanschlüssen nur für die Zuführung des von ihr generierten Verkehrs. Das tut sie, obwohl sie auch hier die teiltrückerstatteten Zusammenschaltungsanschlüsse nicht bestellt hat. Es ist kein Grund ersichtlich, warum für die Intra-Building-Abschnitte im Netz der Antragstellerin etwas anderes gelten sollte. Auch diese werden für die Terminierungsleistung der Antragstellerin an die Antragsgegnerin genutzt und wären unstreitig zu entgeltende Leistungen, wenn die Zusammenschaltung für die Terminierungsleistung der Antragstellerin getrennt von derjenigen für die Terminierung ins Netz der Antragsgegnerin erfolgte. Zudem ist die Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten und ZZK die zwingend notwendige Folge der Nutzung der Leistung E-Plus-Draht→Funk durch die Antragstellerin, so dass sich ihre Inanspruchnahme auch auf die Zusammenschaltungsanschlüsse erstreckt,

vgl. Urteil VG Köln 1 K 8765/09 vom 27.11.2014, S. 15.

### **2.2.1.2 Kollokation**

Die Ergänzungsvereinbarung war auch hinsichtlich der Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen anzuordnen, weil die Antragsgegnerin bei der Nachfrage nach den Terminierungsleistungen der Antragstellerin auch von dieser bereitgestellte Flächen in Anspruch nimmt.

Der Antragstellerin ist in ihrer Regulierungsverfügung auferlegt worden, „zum Zwecke der Koppelung und Terminierung gemäß Ziffern 1. und 2. Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,“ vgl. erstmalig Beschluss BK4c-06/003/R vom 30.08.2006, Ziffer I. 1.1.3, letztmalig Beschluss BK3b-12/005, Ziffer I.3. Unter Kollokation ist die Unterbringung der für die Nutzung der Zugangsleistung erforderlichen Einrichtungen in den Räumen des marktmächtigen Netzbetreibers („physische Kollokation“), hilfsweise die Möglichkeit der Nutzung der Zugangsleistung unter gleichwertigen wirtschaftlichen, technischen und betrieblichen Bedingungen („virtuelle Kollokation“), zu verstehen,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz 13.

Daraus folgt, dass die Kollokationsverpflichtung immer in Bezug auf die in Anspruch genommene Leistung zu betrachten ist, in diesem Falle die Terminierungsleistung der Antragstellerin. Die Inanspruchnahme von Kollokation bei der Antragstellerin folgt also nicht aus der regulatorischen Verpflichtung der Antragsgegnerin, sich für die Erbringung ihrer eigenen Terminierungsleistung mit der Antragstellerin „Customer Sited“ an deren Vermittlungsstelle zusammenzuschalten, sondern aus der Tatsache, dass sie solche ICAs beidseitig auch für den Bezug der Terminierungsleistung der Antragsgegnerin nutzt. Denn die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, über eine solche Zusammenschaltung auch die Terminierungsleistung der Antragstellerin nachzufragen. Täte sie dies allerdings nicht, müsste sie für die Terminierungsleistung E-Plus-Draht→Funk separate Zusammenschaltungen bei der Antragstellerin in einer eigenen Kollokation einrichten. Diese Doppelung von ICAs und Kollokation in einer Zusammenschaltung „über Kreuz“ ist jedoch weniger wirtschaftlich als die Nutzung einer einzigen Zusammenschaltung in beide Verkehrsrichtungen und könnte die Kosten einer Kollokation für die Antragsgegnerin nicht vermeiden.

Die Bewertung der bei einer beidseitigen Zusammenschaltung ICAs „Customer Sited“ genutzten Fläche als Kollokationsleistung der Antragstellerin wird auch dadurch gestützt, dass die Antragsgegnerin auf dieser Fläche nach eigenen Angaben dieselbe Technik aufbaut wie bei einer Zusammenschaltung des Typs „Physical Co-location“ in ihren eigenen Räumen für Nachfrager

ihrer Terminierungsleistung. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin spricht diese technische Übereinstimmung gerade dagegen, dass die Flächennutzung ausschließlich der Erschließung ihres eigenen Netzes dient, weil die Antragsgegnerin über dieselbe Art von Infrastruktur, über die ein in ihren Räumen kollokierter Zugangsnachfrager ihre eigenen Verbindungsleistungen bezieht, vorliegend in den Räumlichkeiten der Antragstellerin die Leistung E-Plus-Draht→Funk bezieht. Sie dienen also aus ihrer Sicht der Erschließung des Netzes der Antragstellerin. Im Übrigen sind nicht die Eigenschaften der verwendeten Technik, sondern die über sie bezogenen Leistungen für die Bestimmung des erschlossenen Netzes maßgeblich sind. Gegen die Wertung der bereitgestellten Fläche spricht nicht, dass die Antragsgegnerin kein jederzeitiges Zutrittsrecht hierzu hat, weil dieses nicht verhindert, dass die Antragsgegnerin in den Räumlichkeiten der Antragstellerin ihren Übertragungsweg abschließt. Sie kann also auch ohne ein festgeschriebenes Betretungsrecht die Räumlichkeit nutzen, um die Zusammenschaltung mit weitgehend eigener Infrastruktur, also entbündelt, nutzen zu können.

### **2.2.2 Anordnung der Entgelte**

Für die verfahrensgegenständlichen Leistungen war die Zahlung der genehmigten Entgelte anzuordnen. Die Pflicht zur Zahlung der genehmigten Entgelte ist in Ziffer 2.2 Abs. 2 S. 2 der Ergänzungsvereinbarung niedergelegt.

Die Pflicht zur Zahlung der genehmigten Entgelte besteht auch für nach Aufwand genehmigte Entgelte, die entgegen der Auffassung von Antragstellerin und Antragsgegnerin nicht nachträglich zu pauschalieren sind, weil zum Erlasszeitpunkt der Entgeltgenehmigungen die Voraussetzungen für eine Genehmigung nach Aufwand vorlagen und eine nachträgliche Pauschalierung die Abänderung von bestandskräftigen Entgeltgenehmigungen erfordern würde.

In Ziffer 1.5 war das Wort „anteilig“ zu streichen, weil der Antragstellerin für die Kollokation Entgelte „nach Aufwand“ genehmigt worden sind und somit auch nach dem nachgewiesenen Aufwand für die vom Zugangsnachfrager tatsächlich in Anspruch genommene Fläche abgerechnet werden müssen. Die von der Antragsgegnerin zu Ziffer 2.2 Abs. 1 der Ergänzungsvereinbarung beantragten Ergänzungen zur Fälligkeit waren nicht aufzunehmen, weil die Fälligkeit wie von der Antragstellerin vorgetragen nach Ziffer 17.4 des Hauptteils der Zusammenschaltungsvereinbarung mit Zugang der Rechnung eintritt. Ein Grund für das Abweichen der Ergänzungsvereinbarung von den Regelungen des Hauptteils ist nicht erkennbar. Die von der Antragsgegnerin vorgeschlagene Formulierung wäre zudem angesichts der Rückwirkung der Anordnung für sie nachteilig, weil die Fälligkeit bereits zu einem Zeitpunkt in der Vergangenheit eingetreten wäre.

Der Anhang zur Ergänzungsvereinbarung und Verweise auf diesen Anhang innerhalb der Ergänzungsvereinbarung waren zu streichen, weil die im Anhang vorgenommene Bezifferung der Entgelte überflüssig ist, sofern sich die bezifferten Entgelte bereits aus den geltenden Entgeltgenehmigungen ergeben. Die Bezifferung der „nach Aufwand“ genehmigten Entgelte für Kollokationsbereiche kann wie eben dargelegt nicht in einem Anordnungsverfahren vorgenommen werden.

### **2.2.3 Rückerstattungsregelung**

Entsprechend den Hilfsanträgen der Antragsgegnerin zu 3 c) und 3 d) wird die von ihr beantragte Rückerstattungsregelung angeordnet. Sie war nach § 25 Abs. 1 TKG anzuordnen, weil Verhandlungen über eine Entgelterstattungsregelung gescheitert sind und die gemäß § 37 Abs. 2 TKG bestehende Pflicht zur Zahlung der genehmigten Entgelte für diese Leistungen der Antragstellerin ohne diese Anordnung dazu führen würde, dass die gemeinsame Nutzung dieser Einrichtungen nicht berücksichtigt werden könnte und die Antragsgegnerin die Entgelte ohne entsprechende Abzüge zu entrichten hätte.

Die Ergänzung der Entgelterstattungsregelung ist erforderlich, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Leistungen der Vertragsparteien zwar rechtlich getrennt zu betrachten sind, tatsächlich aber nicht über getrennte, sondern aus Gründen einer gesteigerten Wirtschaftlichkeit über gemeinsam genutzte Infrastrukturen, hier Zusammenschaltungsanschlüsse, abgewickelt werden. Die Verkehre werden dabei technisch nicht getrennt. Dies führt dazu, dass der von der Antragstellerin erbrachten Terminierungsleistung E-Plus-Draht→Funk keine konkreten Intra-Building-Abschnitte und ZZK zugeordnet werden können, die dann alleine von der Antragsgegnerin zu entgelten wären.

Die Abwandlungen gegenüber der beantragten Form der Entgeltrückerstattung, die dem Vorschlag der Antragsgegnerin folgen, waren erforderlich, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Antragsgegnerin von der Antragstellerin mit den Intra-Building-Abschnitten und ZZK zwar entgeltliche Leistungen der Antragstellerin in Anspruch nimmt, auf deren Umfang sie aber nur eingeschränkten Einfluss hat. Die gegenseitigen Planungsabsprachen ändern nichts daran, dass das Recht zur Kapazitätsbemessung nach Ziffer 8 des Hauptteils i. V. m. Anhang B Teil 2 Punkt vorrangig bei der Antragstellerin liegt. Lässt die Antragsgegnerin zu, dass die Planungen der Antragstellerin trotz der vorgenommenen Reduzierungen zu erheblichen Überkapazitäten führen, dann kann dies nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden und dazu führen, dass sie die verfahrensgegenständlichen Leistungen in einem viel größeren Umfang abnehmen muss, als für den Bezug der sie allein interessierenden Leistung E-Plus-Draht→Funk erforderlich ist.

Auch die Möglichkeit der Antragsgegnerin, nicht ausreichend ausgelastete ICAs nach Punkt 6 Anhang B Teil 2 der Zusammenschaltungsvereinbarung zu kündigen und damit auch die Nutzung eines von ihr zu entgeltenden Intra-Building-Abschnitte und ZZK zu beenden, führt nicht dazu, dass die Überkapazitäten, die sich aus dem Bestellverhalten der Antragstellerin ergeben, sich in Überkapazitäten bei den von der Antragsgegnerin zu entgeltenden Leistungen der Antragstellerin niederschlagen dürfen. Sinn und Zweck der Kündigungsmöglichkeit schlecht ausgelasteter ICAs ist nicht die Absicherung der Wirtschaftlichkeit der Bereitstellung und Überlassung von ICAs, denn diese wird bereits durch die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte abgesichert. Das Ziel dieser Regelungen ist vielmehr sicherzustellen, dass durch Minderauslastungen keine Kapazitäten blockiert werden, die anderen Zusammenschaltungspartnern dann nicht angeboten werden können. Mindestauslastungsregeln sind ein Instrument der Sicherung einer effektiven carrierbezogenen Ressourcenplanung,

vgl. Beschluss BK4-05-002/S, 1. Teilentscheidung vom 04.04.2007, S. 49 f.

Die Mindestauslastung von 50 % ist darum auch eine Mindestauslastung und keine optimale Auslastung. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin, könnte sie die verfahrensgegenständlichen Leistungen für die Verkehrsübergabe ins Netz der Antragstellerin selbst bestellen, dies in einem Umfang täte, der zu einer durchschnittlichen Auslastung von nur 50 % führen würde.

Insgesamt übersieht die Argumentation der Antragstellerin mit den Gestaltungsmöglichkeiten, die die Antragsgegnerin bei der Bereitstellung ihrer eigenen Zugangsleistungen hat, dass Gegenstand der Entgelterstattung hier Leistungen sind, für die die beträchtliche Marktmacht der Antragstellerin selbst festgestellt ist und auf deren Bereitstellung die Betroffene nach dem Zusammenschaltungsvertrag nur einen sehr begrenzten Einfluss hat. Dies zeigt besonders der Vergleich mit den Zusammenschaltungspartnern der Antragstellerin: Gemäß Ziffer 7.1 Anlage B ihres Standardangebotes werden die Orte der Zusammenschaltung, die über die verpflichtend zu erschließenden Pol Berlin, Düsseldorf/Ratingen, Hamburg und Frankfurt am Main hinausgehen, einvernehmlich festgelegt. Die Bestellung von Intra-Building-Abschnitten erfolgt durch den Zugangsnachfrager und ist für die Antragstellerin verbindlich, kann jedoch nur innerhalb der ebenfalls verbindlichen Planungsabsprachen erfolgen, die gemäß Ziffer 10.3 Anlage B einvernehmlich festgelegt werden. Das Standardangebot der Antragstellerin kennt also keine einseitige Bestellhoheit des Zugangsnachfragers. Beide Parteien haben somit die Kontrolle über die von ihnen zu entgeltenden ICAs. Diese Möglichkeit hat die Antragsgegnerin gerade nicht, und

sie kann wegen der fehlenden Trennung der Verkehre auch nicht abrechnungstechnisch nachgebildet werden.

Die von der Antragsgegnerin vorgeschlagenen Werte für die anzusetzende optimale Auslastung von ICAs sind aus Sicht der Beschlusskammer wie schon im Verfahren BK3b-09/047 plausibel, und zwar sowohl hinsichtlich der Spitzenauslastung zur Hauptverkehrszeit als auch hinsichtlich deren Umrechnung in Verbindungsminuten pro Monat.

Ausgangspunkt der Antragsgegnerin für die Bestimmung der anzusetzenden Spitzenauslastung sind die Erlang-Werte aus der Tabelle für die maximale Verkehrskapazität aus Ziffer 6 Anhang B des Zusammenschaltungsvertrages, die sich so auch in Punkt 12.1 der Anlage B zum Standardangebot der Antragstellerin findet. Dies ist ebenso wenig zu beanstanden wie die Betrachtung eines ICAs mit einer Kapazität 2 x 2 Mbit/s als Grundlage der Zusammenschaltung. Die Werte dieser Tabelle enthalten bereits eine Differenz zwischen der theoretisch möglichen maximalen Belegung (62 Kanäle) und der netztechnisch möglichen maximalen durchschnittlichen gleichzeitigen Belegung (48,8 Erlang), deren Ziel es ist, zu verhindern, dass Anrufe mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 1% wegen Überlastung abgewiesen werden müssen. Von dieser netztechnisch maximalen Auslastung bringt die Antragsgegnerin nur 80% zum Ansatz, also entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht den Maximalwert der netztechnisch möglichen Verkehrsauslastung. Auch der Wert von 80 % ist vor dem Hintergrund plausibel, dass die Auslastungswerte, die zu einer Kündigungsmöglichkeit der Antragsgegnerin (50%) bzw. einer Verweigerung der Annahme einer Bestellung (70%) führen, nur Mindestauslastungen, aber keine optimalen Auslastungen darstellen. Bedenkt man, dass für die Projektierung einer Zusammenschaltung eine Auslastung von mindestens 70 % angesetzt wird, dann erscheint eine Auslastung von 80 % als Wert für ein angestrebtes Optimum nicht übermäßig hoch.

Zugunsten der Antragstellerin wirkt sich aus, dass bei der Festlegung des Auslastungsgrades konstant von einem ICAs 2 x 2 Mbit/s ausgegangen wird und die Bündelungsgewinne nicht berücksichtigt werden, die sich ausweislich der Tabelle in Ziffer 6 Anhang B der Zusammenschaltungsvereinbarung bei höheren Anzahlen von ICAs ergeben. Beträgt für eine Zusammenschaltung mit 2 x 2 Mbit/s mit 62 Kanälen die maximale Verkehrsleistung 48,8 Erlang und somit nur 79,7 %, so beträgt sie für eine Zusammenschaltung mit 10 x 2 Mit/s und 310 Kanälen 286,9 Erlang und somit 92,5 %. Indem die verwendete Formel auch bei einer Zusammenschaltung mit 10 x 2 Mbit/s nur die maximale Verkehrsleistung einer Zusammenschaltung mit 2 x 2 Mbit/s zu Grunde legt und die entstandenen Bündelungsgewinne nicht berücksichtigt, kommt es zu einer weiteren Absenkung der vorausgesetzten Auslastung: Statt des maximalen Verkehrswertes von 286,9 Erlang kommen so  $5 \times 48,8 = 244$  Erlang als maximaler Verkehrswert zum Ansatz, von dem wieder nur 80 % berücksichtigt werden, so dass sich ein Wert von 195,2 Erlang ergibt. Dieser stellt bezogen auf die in der Tabelle in Ziffer 6 Anhang B der Zusammenschaltungsvereinbarung genannten 286,9 Erlang nur eine Verkehrsleistung von 68 % der möglichen Verkehrsleistung dar und liegt damit sogar unter einer Auslastung von 70 %, bei der die Antragsgegnerin eine Bestellung zurückweisen könnte. (BuGG)

Die Umsetzung dieses Auslastungsgrades in Verbindungsminuten pro Monat ist aus Sicht der Beschlusskammer weiterhin nicht zu beanstanden. Für diese Umsetzung gibt es keine standardisierten Vorgaben, sie ist vielmehr abhängig von der Verkehrsverteilung über den Tag.

Die Beschlusskammer hat davon abgesehen, für die Kosten der Kollokation eine Verteilung nach dem Verhältnis der darüber abgewickelten Verbindungsminuten vorzusehen, weil sie eine entsprechende Regelung auch im Verfahren zur Überprüfung des Standardangebotes der Antragsgegnerin für Zusammenschaltungen in Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin wegen fehlender Praktikabilität abgelehnt hat,

vgl. Beschluss BK3d-13/033 vom 18.12.2014, S.

Anders als bei den Intra-Building-Abschnitten und ZZK war hinsichtlich der Entgelte für Kollokationsbereiche keine Regel zum Ausgleich der Bestellhöhe der Antragstellerin aufzunehmen und

die tatsächliche Anzahl der Kollokationen hinsichtlich der von der Antragsgegnerin nachgefragten Leistungsmengen zu optimieren. Denn während Überkapazitäten bei Intra-Building-Abschnitten und ZZK ausschließlich auf das Bestellverhalten der Antragstellerin zurückzuführen sind, ist Anzahl und Lage der Zusammenschaltungsorte auf die Struktur der Netzes der Antragsgegnerin zurückzuführen, das über zahlreiche Einzugsbereiche und erheblich mehr Zusammenschaltungsorte verfügt als das Netz der Antragstellerin und zu dem die Antragsgegnerin eine zielnahe Übergabe verlangt, vgl. Punkt 2.1 und 3.1.1 Anlage D Teil 1 des Zusammenschaltungsvertrages. Weiter zielt die Antragsgegnerin auf die Verhinderung von Zusammenschaltungen über weite Entfernungen mit entsprechend langen CFV für den Übertragungsweg zwischen den Netzen ab, was sich aus der Begrenzung seiner erstattungsfähigen Länge auf 20 km ergibt, vgl. Punkt 1.1.4 Anlage D Teil 1 des Zusammenschaltungsvertrages. Diese Längenbeschränkung erhöht notwendig die Anzahl der Zusammenschaltungspunkte der Antragstellerin in der Zusammenschaltungsvariante „Customer Sited“, weil nur so die angestrebten kurzen Übertragungswege zu den Übergabepunkten der Antragsgegnerin erreicht werden können.

#### **2.2.4 Wirkungsbeginn der Anordnung**

Die (entgeltliche) Erbringung der betroffenen Leistungen konnte rückwirkend zum Datum des Erlasses der ersten Entgeltgenehmigungen für die jeweils betroffenen Leistungen der Antragstellerin am 16.11.2006 angeordnet werden. Für die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte von Intra-Building-Abschnitten war der Geltungszeitraum bis zum 30.06.2010 zu beschränken, weil ab dem 01.07.2010 die Ergänzungsvereinbarung vom 24.11.2010/25.01.2011 wirksam wurde. Dies ergibt sich bereits daraus, dass nach § 25 TKG alle vertraglichen Regelungen angeordnet werden können, die in einem rein privatrechtlichen Vertrag getroffen werden können.

Die Beschränkung der Anordnungsermächtigung auf Gegenstände der Zusammenschaltung, die nicht bereits von einer Vereinbarung der Beteiligten abgedeckt sind, gebietet die Annahme, dass die Regulierungsbehörde im Übrigen diejenigen Festlegungen treffen kann, die die Netzbetreiber in einer Zusammenschaltungsvereinbarung üblicherweise vornehmen. Die Betreiber beschränken sich in einschlägigen Vereinbarungen nicht auf die bloße Verbindung der Netze, sondern treffen vielfältige Regelungen über die Bedingungen der Zusammenschaltung.

Vgl. BVerwG MMR 2004, S. 564 (564) zur Vorläufervorschrift des § 37 TKG (1996).

Aus diesem Grunde können im Rahmen einer Zugangsanordnung Entgelte rückwirkend angeordnet werden, weil auch die Vertragsparteien rückwirkende Vereinbarungen treffen können,

vgl. Beschluss BK3b-06/012 vom 16.11.2006, S. 10 ff.

Dies wird vorliegend dadurch gestützt, dass die Zusatzvereinbarung zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin ebenfalls am 25.01.2011 mit Rückwirkung zum 01.07.2010 und nicht mit Wirkung erst ab Vertragsschluss abgeschlossen wurde.

Die rückwirkende Anordnung entspricht auch den Kriterien, die das Bundesverwaltungsgericht für die rückwirkende Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen festgelegt hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat hinsichtlich der Entgeltgenehmigungspflicht ausgeführt, dass dem marktmächtigen Unternehmen eine Genehmigungspflicht rückwirkend auferlegt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür schon in der Vergangenheit vorgelegen haben, die rückwirkend angeordnete Genehmigungspflicht für die Vergangenheit ihre Rechtsfolgen noch entfalten kann und einer Rückwirkung Gründe des Vertrauensschutzes nicht entgegenstehen,

vgl. BVerwG Urteil 6 C 36.10 vom 14.12.2011, Rz. 13.

Diese Voraussetzungen können auf die Anordnung der Entgeltlichkeit einer Leistung übertragen werden und sind hier gegeben.

Die Voraussetzungen für eine Anordnung haben während des von der rückwirkenden Anordnung erfassten Zeitraumes vorgelegen, weil die Antragstellerin durch Regulierungsverfügungen zur Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen verpflichtet war und ihr entsprechende Entgeltgenehmigungen erteilt waren.

Die rückwirkende Anordnung der Leistungserbringung kann ihre Rechtsfolgen auch noch entfalten, weil sie die Grundlage der Zahlung von Entgelten für die bereits bereitgestellten und überlassenen Infrastrukturen darstellt und für die grundsätzlich auch ein Vergütungsanspruch der Antragstellerin besteht,

vgl. BGH Urteil Az. III ZR 299/13 vom 26.06.2014, Rz. 18f.

Durch die Anordnung wird keine rückwirkende Zusammenschaltungsverpflichtung auferlegt, die wegen Zeitablaufs unmöglich zu erfüllen wäre, sondern es werden in der Vergangenheit vorgenommene Handlungen rechtlich zu (entgeltlichen) Leistungen bestimmt. Die angeordneten Leistungspflichten sind also bereits erfüllt worden. Zudem kann der regulatorische Zweck der entgeltlichen Leistungserbringung noch erreicht werden, weil er sicherstellt, dass die nach dem Grundgedanken des § 37 Abs. 2 TKG von der Antragstellerin zu erhebenden genehmigten Entgelte auch tatsächlich von der Antragstellerin vereinnahmt werden. Wenn § 37 Abs. 2 TKG nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Vereinbarung der entgeltlichen Leistungserbringung auch nicht ersetzen kann, so lässt sich aus § 37 Abs. 1 und 2 TKG doch das Ziel entnehmen, dass genehmigte Entgelte vom regulierten Unternehmen einheitlich von allen Zugangsnachfragern entrichtet werden sollen. Deshalb wird das regulierte Unternehmen in § 37 Abs. 1 TKG nicht nur verpflichtet, keine anderen als die genehmigten Entgelte zu verlangen, und die Umsetzung dieser Verpflichtung ihm selbst überlassen, sondern die genehmigten Entgelte werden unmittelbar in die abgeschlossenen Zugangsvereinbarungen in privatrechtsgestaltender Weise eingeführt. Die rückwirkende Anordnung der entgeltlichen Leistungserbringung ermöglicht so die Erreichung des Zwecks des § 37 Abs. 2 TKG. Es gibt in dieser Vorschrift keinen Hinweis für die Auffassung der Antragsgegnerin, dass § 37 Abs. 1 TKG so zu lesen wäre, dass das entgeltregulierte Unternehmen nur keine höheren als die genehmigten Entgelte verlangen könne. Auch sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung zugunsten der Antragsgegnerin können nicht vorgebracht werden und wären im Übrigen gem. § 35 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG in das Entgeltgenehmigungsverfahren einzuführen. Scheitert die Anwendung der genehmigten Entgelte daran, dass eine Leistungsabrede fehlt, dann muss diese zumindest nach § 25 TKG ersetzt werden können.

Der rückwirkenden Anordnung stehen auch keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegen. Die Antragsgegnerin konnte nicht erwarten, dass die der Antragstellerin genehmigten Entgelte ihr gegenüber nicht zur Anwendung gebracht werden würden, nachdem der Antragstellerin Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Leistungen ab dem 30.08.2006 mit Beschluss BK3a/b-06/009 vom 16.11.2006 genehmigt worden waren. Es entspricht schon nicht ihrer eigenen Praxis, Entgelte, für die sie eine Genehmigung erhalten hat, nicht zu erheben. Ein solches Vertrauen wäre ohnehin mit der erstmaligen Forderung nach Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung und der Inrechnungstellung von Entgelten mit Schreiben vom 10.05.2007 und ggf. schon mit der E-Mail vom 28.02.2007 beseitigt worden.

Der Antragsgegnerin musste auch klar sein, dass wegen § 37 Abs. 2 TKG mit einer Durchsetzung dieser Entgelt ihr gegenüber zu rechnen war. § 37 Abs. 1 und 2 TKG lässt es entgegen ihrer Argumentation nicht zu, dass ein Unternehmen günstigere Konditionen gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen aushandeln kann, denn dieses darf nicht bloß keine höheren, sondern keine anderen Entgelte als die genehmigten Entgelte verlangen, und dementsprechend treten nach § 37 Abs. 2 TKG die genehmigten Entgelte nicht nur an die Stelle der höheren, sondern aller abweichenden Entgelte. Der Ansicht der Antragsgegnerin, dass sie gegenüber der hinsichtlich ihrer Mobilfunkterminierungsleistung marktmächtigen Antragstellerin als „unterlegenes“ Unternehmen schutzwürdig sei, ist auch deshalb nicht überzeugend, weil die Zusammenschaltungsvereinbarung auf der Grundlage ihres eigenen Vertragsentwurfes zu einem Zeitpunkt

geschlossen wurde, als lediglich für ihre Terminierungs- und weitere Verbindungsleistungen eine marktbeherrschende Stellung festgestellt war und der Vertragsschluss hauptsächlich vom Interesse der Antragstellerin an der Zusammenschaltung mit dem Festnetz der Antragsgegnerin bestimmt wurde. Die Ausgestaltung der Regelungen zu den von der Antragstellerin bereitzustellenden Intra-Building-Abschnitten, Kollokationsbereichen und ZZK spiegelt also eher die im Bereich des Festnetzverbindungsleistungen marktbeherrschende Stellung der Antragsgegnerin.

Damit ist eine rückwirkende Anordnung einer (entgeltlichen) Leistungspflicht grundsätzlich möglich. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes war als Beginn der Rückwirkung das Datum des Erlasses der erstmaligen Entgeltgenehmigungen für die betroffenen Leistungen anzusetzen. Dies ist für Entgelte für Intra-Building-Abschnitte und Kollokationsbereiche der 16.11.2006 als Erlassdatum der Entgeltgenehmigung BK 3a/b-06-009 und für die Überlassungsentgelte der ZZK der 24.02.2011 als Erlassdatum der Entgeltgenehmigung BK3a-10/101. Denn erst zu diesen Zeitpunkten wurde das Vertrauen der Antragsgegnerin beseitigt, für die von der Antragstellerin erbrachten Leistungen kein Entgelt entrichten zu müssen. Weiter wird der mit der Rückwirkung zu erreichende regulatorische Zweck durch § 37 Abs. 2 TKG bestimmt. Die Genehmigung vertraglich vereinbarter Entgelte wirkt gem. § 35 Abs. 1 S.1 TKG zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungserbringung. Weil keine entgeltliche Leistungsvereinbarung vorlag, auf die die Entgeltgenehmigungen nach § 37 Abs. 2 TKG hätten einwirken können, ist die vertragliche Grundlage für die von § 37 Abs. 2 TKG statuierte Pflicht, nur genehmigte Entgelte zu erheben, auch erst mit dem Erlass der jeweils maßgeblichen Entgeltgenehmigungen zu schaffen.

### **3. Widerrufsvorbehalt**

Die Aufnahme der Widerrufsvorbehalte in Ziffer 4. des Tenors gemäß § 36 VwVfG war erforderlich. Für den Fall, dass die Parteien eine Vereinbarung über die Regelung der Entgelterstattung schließen, ist wegen des Vorrangs des Vertragsschlusses vor der Anordnung, der in den §§ 16, 25 Abs. 2 TKG zum Ausdruck kommt, die dieser Entscheidung zugrunde liegende Anordnung zu widerrufen. Gleiches gilt für den Fall, dass die Parteien eine Vereinbarung abschließen sollten, die der Antragsgegnerin Einfluss auf den Umfang der Bereitstellung der verfahrensgegenständlichen Leistungen gibt, weil deren Fehlen ein wesentlicher Grund für die Anordnung der Entgelterstattungsregelung war.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Bonn, den 20.03.2015

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Dr. Geers

Wieners