



Beschlusskammer 3

BK 3f-09/091

Beschluss

2. Teilentscheidung

In dem Verwaltungsverfahren

der PrimaCom Kabelbetriebsgesellschaft mbH & Co. KG Region Südwest, An der Ochsenwiese 3, 55124 Mainz, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,

Betroffene zu 1.,

der PrimaCom Osnabrück GmbH & Co. KG, An der Ochsenwiese 3, 55124 Mainz, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,

Betroffene zu 2.,

und

der Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG, Betastraße 6-8, 85774 Unterföhring, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,

Betroffene zu 3.,

wegen Anordnung der Entgelte für Rundfunksignallieferungen in Mainz und Osnabrück von Amts wegen gemäß § 25 TKG,

Beigeladene:

1. Vodafone AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,
2. M-Net Telekommunikationsgesellschaft GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
4. HanseNet Telekommunikation GmbH, Überseering 33a, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen zu 1. und 2.: Hogan & Hartson Raue LLP
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

der Betroffenen zu 3.: Hengeler Mueller Rechtsanwälte
Charlottenstraße 35/36
10117 Berlin –

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 Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

auf die mündliche Verhandlung vom 29.01.2010 beschlossen:

1. Der Zugang nach Ziffern 1. bis 3. des Tenors des Beschlusses BK 3f-09/058 vom 23.12.2009 wird zu den Entgeltbedingungen gewährt, die im Standardangebot der Betroffenen zu 3. in der Fassung des Beschlusses BK 3b-07/018 vom 09.03.2009 genannt sind. § 5 Abs. 4 Hauptteil wird gestrichen.
2. Für den Zugang über Übergangspunkte, die bereits am 24.08.2009 von den Betroffenen zu 1. und 2. genutzt worden sind, gelten die Entgeltbedingungen gemäß Ziffer 1. nach Maßgabe der von der Betroffenen zu 3. im Verfahren BK 3f-09/058 mit Schreiben vom 14.12.2009 vorgelegten Anlage AG 6.
3. Die Anordnungen nach Ziffern 1. und 2. sind befristet bis zum 28.02.2011.
4. Die Anordnungen nach Ziffern 1. und 2. stehen unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Parteien sich über die Entgeltbedingungen des Zugangs einigen.
5. Der mit Schreiben vom 25.01.2010 gestellte Antrag der Betroffenen zu 1. und 2. wird abgelehnt.

Gründe

I.

Mit Beschluss BK 3f-09/058 vom 23.12.2009 traf die Beschlusskammer zwischen den Betroffenen folgende Anordnungen (in Ziffern 1. bis 4. des Tenors; die hiesigen Betroffenen zu 1. und 2. sind die Antragstellerinnen zu 1. und 2., die hiesige Betroffene zu 3. die Antragsgegnerin des genannten Verfahrens):

1. „Es wird angeordnet, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin zu 1. ab dem 01.01.2010 den Zugang zu den Breitbandkabelnetzen der Netzebene 3, die im

bisherigen B1-Gebiet Mainz von der Antragsgegnerin betrieben werden, gewährt und über diesen Zugang Rundfunksignale übergibt. Dies gilt nicht, sofern die Antragstellerin zu 1. von dem jeweiligen Übergabepunkt aus mehr als 500 Wohneinheiten versorgt.

2. Es wird angeordnet, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin zu 2. ab dem 01.01.2010 den Zugang zu den Breitbandkabelnetzen der Netzebene 3, die im bisherigen B1-Gebiet Osnabrück von der Antragsgegnerin betrieben werden, gewährt und über diesen Zugang Rundfunksignale übergibt. Dies gilt nicht, sofern die Antragstellerin zu 2. von dem jeweiligen Übergabepunkt aus mehr als 500 Wohneinheiten versorgt.
3. Der Zugang nach Ziffern 1. und 2. erfolgt leistungsseitig nach Maßgabe des Standardangebotes der Antragsgegnerin in der Fassung des Beschlusses BK 3b-07/018 vom 09.03.2009 unter folgender Änderung von § 2 Abs. 2 S. 3 Hauptteil: ‚Der Vertragsstand zum Vertragsbeginn wird bis zum 15.01.2010 abgestimmt.‘
4. Die Regelung der Entgelte erfolgt in einer gesonderten Teilentscheidung.“

Bereits am 16.12.2009 hatte die Beschlusskammer gemäß § 25 Abs. 4 TKG von Amts wegen das vorliegende Hauptsacheverfahren und ein zugehöriges Eilverfahren nach § 130 TKG eingeleitet, um die in Ziffer 4. des Tenors erwähnte Teilentscheidung zur Regelung der Entgelte treffen zu können.

Die Beschlusskammer erließ die entsprechende vorläufige Entgeltanordnung mit Beschluss BK 3f-09/091 vom 23.12.2009. Vorläufig angeordnet wurden im Wesentlichen die auch vorliegend auferlegten Entgeltbedingungen.

Am 15.01.2010 meldeten die Betroffenen zu 1. und 2. in Vollzug der Zugangsanordnungen vom 23.12.2009 bei der Betroffenen zu 3. für Mainz NE4-Bestände mit [REDACTED] Ist-WE und [REDACTED] Soll-WE sowie für Osnabrück NE4-Bestände mit [REDACTED] Ist-WE und [REDACTED] Soll-WE an.

Im vorliegenden Verfahren vertiefen und ergänzen die Parteien ihre bereits im Verfahren BK 3f-09/058 vorgetragenen Erwägungen zur Entgeltanordnung, auf die sie im Übrigen verweisen.

Die Betroffenen zu 1. und 2. hatten im Verfahren BK 3f-09/058 beantragt, die Betroffene zu 3. zu verpflichten, in Änderung ihres Standardangebotes (optional) einen Normaltarif anzubieten, eine Preis-Kosten-Schere durch Senkung der Vorleistungsentgelte um 30% zu beseitigen und die im Standardangebot vorgesehenen Mindestlaufzeiten für die Überlassung von Übergabepunkten zu streichen.

Dementsprechend tragen sie auch hier zunächst vor, dass die Beschlusskammer die Betroffene zu 3. verpflichten müsse, neben der Abrechnung nach dem Pauschaltarif (Abrechnung nach Soll-WE) zumindest optional eine Abrechnung nach dem Normaltarif (Abrechnung nach Ist-WE) anzubieten.

Die zwingende Abrechnung nach dem Pauschaltarif beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten der NE4-Betreiber auf den Gestattungsmärkten erheblich und sei deshalb missbräuchlich. Eine wirtschaftlich rentable Vermarktung von Einzelnutzerverträgen sei nicht möglich.

So hätten die NE4-Betreiber keine Möglichkeit, ihre Vorleistungskosten ihrem tatsächlichen Vermarktungserfolg auf Endkundenebene anzupassen. Zudem stimme es zwar, dass die exakte Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer ENV- (Einzelnutzervertrags-)Vermarktung bei Abrechnung nach dem Pauschaltarif auch von der absoluten Entgelthöhe abhängt. Die bestehende Wettbewerbsbehinderung könne jedoch nicht allein durch eine Absenkung des Entgeltniveaus beseitigt werden. Mit Blick auf nicht voll akquirierte Objekte müssten die Pauschalentgelte derart drastisch abgesenkt werden, dass dies mit Blick auf vollvermarktete Objekte unverhältnismäßig wäre. In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass der Ab-

schluss exklusiver Gestattungsverträge keine Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, sondern Grundvoraussetzung für die Wirtschaftlichkeit des NE4-Geschäftsmodells sei.

Ferner würde eine Mischkalkulation zwischen MNV-(Mehrnutzervertrags-) und ENV-Vermarktung dem tatsächlichen Wettbewerbsgeschehen nicht gerecht werden. Es sei praxisfern, dass die NE4-Betreiber die ENV-Vermarktung durch eine Quersubventionierung aus der MNV-Vermarktung aufrecht erhielten. Dabei nehme die Bedeutung der ENV-Vermarktung gegenwärtig zu. In den letzten Jahren sei der Übertragungsweg Kabel insbesondere durch die Entwicklung von DVB-T und IPTV insgesamt zunehmend unter Druck geraten. Vor diesem Hintergrund werde es für die Unternehmen der Wohnungswirtschaft immer schwieriger, gegenüber ihren Mietern die pauschale Abrechnung eines Kabelanschlusses über die Mietnebenkosten zu rechtfertigen. Dies gelte namentlich bei – [REDACTED] – [REDACTED] – Objekten bis 10 oder 15 WE, bei denen die Wirkungen einer degressiven Preisstaffelung beschränkt seien.

Im Verhältnis zu den Endkunden habe die Betroffene zu 3. die nachteiligen Kosteneffekte der Einführung des Pauschaltarifs durch weitreichende Übergangsregelungen vorerst ausgeglichen oder zumindest spürbar abgemildert.

Darüber hinaus liege auch ein Diskriminierungsmissbrauch vor. Denn während sich die für eine wirtschaftliche ENV-Vermarktung erforderlichen Penetrationsraten für die Betroffene zu 3. allein aus den Investitionskosten für den Aufbau der NE4 ergäben, müssten die NE4-Betreiber zusätzlich die Signalkosten kalkulieren, die bei nicht voll akquirierten Objekten überproportional stiegen. Der Betroffenen zu 3. sei deshalb eine wirtschaftlich rentable Vermarktung von Einzelnutzerverträgen schon bei (deutlich) geringeren Penetrationsraten möglich als den reinen NE4-Betreibern.

Jedenfalls sei aber die Anordnung einer (optionalen) Abrechnung nach dem Normaltarif nach § 29 Abs. 3 TKG erforderlich. Eine solche Abrechnung bringe die Kabelmärkte den Regulierungszielen näher als eine zwingende Abrechnung nach dem Pauschaltarif. Hiergegen könnten auch nicht die Erwägungen der Beschlusskammer aus der vorläufigen Entgeltanordnung vom 23.12.2009 durchgreifen.

Das Risiko von Schwarznutzungen werde durch eine zwingende Abrechnung nach dem Pauschaltarif nicht verringert, sondern lediglich auf die NE4-Betreiber abgewälzt. Im Übrigen hätten die NE4-Betreiber ein eigenes Interesse, Schwarznutzungen ihrer Infrastruktur zu unterbinden. Sie führten aus diesem Grund regelmäßige Objektkontrollen durch.

Bei einer zwingenden Anwendung des Pauschaltarifs möge die Rechnungsstellung vereinfacht sein. Die sonstige Vertragspraxis zeige aber, dass auch eine Abrechnung nach Normaltarif keineswegs mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sei.

Schließlich sei es keineswegs sachgerecht, das Risiko einer nur teilweisen Vermarktung auf Endkundenebene allein den NE4-Betreibern zuzuweisen. Die Endkunden hätten ein berechtigtes Interesse, zwischen den Vermarktungsmodellen Mehrnutzervertrag und Einzelnutzervertrag wählen zu können. Diese Wahlmöglichkeit könne nur aufrechterhalten werden, wenn auch bei der ENV-Vermarktung ein funktionierender Wettbewerb zwischen der Betroffenen zu 3. und den NE4-Betreibern bestehe.

Hinsichtlich der gerügten Mindestlaufzeiten sei anzumerken, dass § 4 Abs. 1 des Standardangebotes nur eine ÜP-bezogene Kündigung vorsehe. Dies habe zur Folge, dass bei einer Versorgung mehrerer Objekte über einen ÜP die NE4-Betreiber bei Beendigung des Gestattungsvertrages für ein einzelnes Objekt den gesamten ÜP kündigen müssten – nur um diesen für die weiter zu versorgenden Objekte umgehend wieder anzumelden. Ein solches Verfahren sei den NE4-Betreibern nicht zumutbar. Hieran ändere auch § 4 Abs. 3 des Standardangebotes nichts. Denn diese Klausel ermögliche nicht, bereits bei der Anmeldung unterschiedliche Mindestlaufzeiten für einzelne über einen ÜP versorgte Häuser anzumelden. Dies wäre aber erforderlich, damit die NE4-Betreiber auch bei der Versorgung mehrerer Objekte über einen ÜP von den mit der Mindestlaufzeit verbundenen Laufzeitrabatten Gebrauch machen könnten. Zudem müssten die NE4-Betreiber, sollte eine (optionale) Abrechnung

nach dem Normaltarif angeordnet werden, auf Kündigungen einzelner WE von Endkunden reagieren können.

Des Weiteren seien die Betroffenen zu 1. und 2. überzeugt, dass die Gestaltung der Vorleistungs- und Endkundenentgelte der Betroffenen zu 3. auch bundesweit zu einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere führe. Dies schließe jedoch nicht aus, bei Erlass der auf die Betreibergesellschaften in Mainz und Osnabrück beschränkten Entgeltanordnung die besonderen Verhältnisse in diesen Gebieten zu berücksichtigen, welche unmittelbare Folge der historisch bedingt ungünstigen Vermarktungssituation in diesen Gebieten seien. Letztere sei wiederum vor allem auf die Vertragsgestaltung der B1-Kooperationen und das vertragswidrige Verhalten der Betroffenen zu 3. zurückzuführen.

Wie bereits im Zusammenhang mit der Tarifstruktur erwähnt, dürften MNV- und ENV-Vermarktung nicht als Gesamtheit betrachtet werden. Sollte dies gleichwohl geschehen, müsse dies nicht nur für die Kosten-, sondern auch für die Erlösseite gelten.

Darüber hinaus seien verschiedene Anmerkungen zu den vorläufigen Ergebnissen der PKS-Prüfung der Beschlusskammer zu machen. Mit § 1 Abs. 4 des Standardangebots habe die Betroffene zu 3. die Urheberrechtskosten bewusst auf die NE4-Betreiber abgewälzt. Bei Neuerrichtung eines ÜP müssten die NE4-Betreiber einen Baukostenzuschuss entrichten. Zudem könnten die Betroffenen zu 1. und 2. in Mainz und Osnabrück [REDACTED] unterbreiten. Auch die Betroffene zu 3. kalkuliere die Wirtschaftlichkeit von reiner TV-Signalversorgung einerseits und Zusatzdiensten wie Telefonie und Internet andererseits getrennt. Ferner gebe es konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Betroffene zu 3. ihre Endkundenprodukte in der Praxis mitunter deutlich unter AGB-Preisen anbiete.

Im Übrigen führten die Vorleistungsentgelte des Standardangebots nicht nur im Verhältnis zu den bisher betrachteten ENV- und MNV-Entgelten der Betroffenen zu 3. zu einer missbräuchlichen PKS, sondern auch im Verhältnis zu ihren Endkundenentgelten im Rahmen des Vermarktungsmodells „Kabel Anschluss Haus.“ Denn in dessen Rahmen biete die Betroffene zu 3. der Wohnungswirtschaft gleichzeitig den Abschluss des Vertrages „Kabel Anschluss Service“ an, so dass letztlich die Wohnungswirtschaft die gleichen Leistungen erhalte, die auch ein NE4-Betreiber anbiete.

Schließlich sei eine effektive Umsetzung des Verbots missbräuchlicher Preis-Kosten-Scheren nur möglich, wenn die Bundesnetzagentur eine festgestellte Preis-Kosten-Schere durch Absenkung der allein der Entgeltregulierung unterliegenden Vorleistungsentgelte beseitigen könne. Die Behauptung der Betroffenen zu 3., ihre Signallieferungsentgelte seien nicht kostendeckend, sei unglaubwürdig. Im Übrigen lasse sich dem TKG kein allgemeines Verbot der Anordnung kostenunterdeckender Preise entnehmen.

Die Betroffene zu 3. hebt dagegen hervor, die Abrechnung nach Pauschaltarif sei weder als Behinderungs- noch als Diskriminierungsmissbrauch strukturell missbräuchlich. Der Pauschaltarif setze Penetrationsanreize und disincentiviere eine sperrende Exklusivität auf Gestaltungsebene. Ausschlaggebend sei letztlich nicht die Struktur, sondern die Höhe des angebotenen Pauschaltarifs. Ein Eingriff in Tarifstrukturen wäre unverhältnismäßig.

Ferner sei in den Mindestlaufzeiten kein Behinderungsmissbrauch zu sehen. Namentlich gebe es keine starre Verkopplung von ÜP- und Objektkündigung. Vielmehr seien nach Maßgabe von § 4 Abs. 3 des Standardangebotes ÜP und einzelne WE unabhängig voneinander kündbar. Außerdem könnten die Erwägungen zu den Mindestlaufzeiten bei Bitstrom-Angeboten nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Denn anders als möglicherweise im DSL-Geschäft könnten Nachfrager von NE3-Vorleistungen durch Kündigungsfristen nicht wettbewerbshindernd vom Wechsel zu anderen Anbietern derselben Leistung abgehalten werden. Die Vorleistungen könnten bei kurzfristigen Kündigungen auch nicht beliebig ersatzweise anderen Nachfragern zur Verfügung gestellt werden. Schließlich sähen die Betroffenen zu 1. und 2. gegenüber ihren Endkunden eine Mindestvertragsdauer von zwei Jahren vor.

Mit Blick auf die PKS-Prüfung sei zu betonen, dass die Sondersituation der Betroffenen zu 1. und 2. nicht repräsentativ im Sinne des Maßstabs eines effizienten NE4-Betreibers sei. Die Verantwortung dafür könne nicht der Betroffenen zu 3. zugeschrieben werden. So könne das vorleistende Unternehmen ihre Nachfrager nicht durch Anreizstrukturen lenkend zu Markterfolgen führen. Allerdings sei sie, die Betroffene zu 3., bereit, die Anpassung der Vermarktungssituation mit dem als Anlage AG 6 vorgelegten Angebot einer längerfristigen Übergangslösung abzufedern.

Bei der Durchführung der PKS-Prüfung sei eine Mischkalkulation sowohl hinsichtlich Einzel- und Mehrnutzerverträgen als auch bezüglich der Clustergrößen durchzuführen. Außerdem seien Erlöse digitaler Zusatzdienste zu berücksichtigen, weil diese bei Zugrundelegung der Wiederbeschaffungskosten eines modernen Vollsternetzes bei einem effizienten Wettbewerber anfielen. Dies entspreche dem Ziel, Anreize für Investitionen in moderne Infrastrukturen zu setzen.

Nicht zu berücksichtigen seien dagegen Urheberrechtsentgelte. Auch mit der Fassung von § 1 Abs. 4 Standardangebot habe sich an der Praxis des vergütungsfreien Weitertransports nichts geändert. Urheberrechtsentgelte fielen weder an, wenn Kabelweitersendungsrechte auf der Grundlage eines Lizenzierungsvertrags von der Betroffenen zu 3. abgeleitet würden, noch – wie aus dem gültigen ANGA-/VG-Media-Vertrag und dem ANGA-GEMA-Vertrag ersichtlich – dann, wenn vorleistungsbezogene Rechte von den Betroffenen zu 1. und 2. direkt durch Vereinbarung mit den Verwertungsgesellschaften bezogen würden.

Ebenfalls nicht ansatzfähig seien Baukostenzuschüsse als Kosten des NE4-Netzes. Sofern überhaupt ÜP neu errichtet werden müssten, seien dies Kosten des NE3-Netzes.

Jedenfalls auf der Grundlage der am 12.02.2010 der Betroffenen zu 3. übermittelten Daten seien repräsentative Aussagen zu Margen, die von effizienten NE4-Betreibern erzielt werden können, kaum möglich. Sie deckten nur etwa 15% der abbildbaren WE ab. Zudem enthielten die Angaben zur Penetrationsrate inkonsistente Sprünge. Auch sei nicht erklärbar, weshalb die ermittelte Penetrationsrate [REDACTED] von derjenigen der Betroffenen zu 3. abweiche.

Zur eigenen Einschätzung, ob PKS vorlägen, habe die Betroffene zu 3. ihre Kalkulation für alle Clustergrößen durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PwC rechnerisch und methodisch prüfen lassen. Die Untersuchung zeige, dass bei Zugrundelegung des Maßstabs eines effizienten NE4-Betreibers insgesamt ausreichende Margen erzielt werden könnten. Selbst bei Einzelbetrachtung der Clustersegmente komme es in keinem Cluster zu einer Unterdeckung.

Schließlich sei die Feststellung einer PKS auch deshalb ausgeschlossen, weil das TKG für die von den Betroffenen zu 1. und 2. gezeichnete Konstellation keine Sanktionsmöglichkeiten vorsehe. Eine Absenkung der Vorleistungsentgelte wäre unzulässig, da die Betroffene zu 3. ansonsten zu einer rechtswidrigen kostenunterdeckenden Zugangsgewährung verpflichtet würde. Die Endkundenentgelte unterlägen dagegen keiner Regulierung und seien deshalb dem Zugriff der Beschlusskammer entzogen.

Mit Schreiben vom 25.01.2010, bei der Bundesnetzagentur am 29.01.2010 eingegangen, haben die Betroffenen zu 1. und 2. mitgeteilt, dass sie an den im Verfahren BK 3f-09/058 gestellten Anträgen festhielten, soweit diesen durch den Beschluss BK 3f-09/058 vom 23.12.2009 nicht entsprochen worden sei.

Sie beantragen,

die Entgelte und entgeltrelevanten Bedingungen anzuordnen, die im Verfahren BK 3f-09/058 mit Antrag vom 24.08.2009 geltend gemacht wurden.

Den Verfahrensbeteiligten ist in der am 29.01.2010 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 22.02.2010 hat die Beschlusskammer den Betroffenen mitgeteilt, dass die Verfahrensfrist gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 TKG auf vier Monate verlängert werde. Die Verlängerung sei erforderlich, um einige nach wie vor ausstehende Rückmeldungen von NE4-Betreibern zu ihren Bestands- und Kostenstrukturen im Verfahren berücksichtigen zu können. Zudem erhielten die Parteien so Gelegenheit, weiter über eine kommerzielle Einigung zu verhandeln. Im Übrigen lasse die Verlängerung keine Regelungslücke entstehen. Denn das diesbezügliche Rechtsverhältnis sei durch Eilbeschluss BK 3f-09/091 vom 23.12.2009 vorläufig geregelt worden.

Mit Schreiben vom 09.04.2010 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 15.04.2010 mitgeteilt, im Hinblick auf die Prüfung der Preis-Kosten-Schere weiche das hier angewandte Prüfungskonzept von dem der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach dem GWB ab. Der Sachverhalt biete jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass eine Prüfung nach allgemeiner Missbrauchsaufsicht zu einem anderen Ergebnis führen würde. Im Übrigen sehe das Bundeskartellamt von einer Stellungnahme ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Ausführungen im Beschluss BK 3f-09/058 vom 23.12.2009, S. 3ff., sowie auf die Akten verwiesen.

II.

Die Entgeltbedingungen werden im tenorierten Umfang von Amts wegen angeordnet. Der parallel zum Amtsverfahren mit Schreiben vom 25.01.2010 gestellte Antrag der Betroffenen zu 1. und 2. wird abgelehnt.

Grundlage der Entscheidung ist § 25 Abs. 1, 4, 5 und 6 TKG.

1 Amtsverfahren

1.1 Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG und der Geschäftsverteilung der Bundesnetzagentur.

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

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

Weil es sich hier um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 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 fortlaufende Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen und durch die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs genügt.

1.2 Voraussetzungen gemäß § 25 Abs. 1, 2, 4 und 6 TKG

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Entgeltanordnung von Amts wegen gemäß § 25 Abs. 1, 2, 4 und 6 TKG liegen vor.

Zwischen den Parteien wurden die technischen und betrieblichen Zugangsbedingungen mit Beschluss BK 3f-09/058 vom 23.12.2009 angeordnet. Die angeordnete Zugangsleistung der Antragstellerin unterfällt der in Ziffern 2.1.1 bis 2.1.3 der Regulierungsverfügung BK 3b-06/014 vom 17.04.2007 auferlegten Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG.

Für die einer zweiten Teilentscheidung vorbehaltenen Festlegung der Entgelte liegen weder eine Entgeltanordnung noch eine Entgeltvereinbarung vor. Die entsprechenden Verhandlungen zwischen den Parteien sind gescheitert.

Das Verfahren ist zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Ziele von Amts wegen eingeleitet worden. In pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens hat die Beschlusskammer die Verfahrenseinleitung beschlossen, um im unmittelbaren Anschluss an das Auslaufen der zwischen den Parteien ursprünglich bestehenden Zugangsvereinbarungen zum 31.12.2009 eine gemäß § 25 Abs. 8 TKG zunächst vorläufige und später endgültige vollziehbare Gesamtanordnung erlassen zu können.

1.3 Voraussetzungen gemäß § 25 Abs. 5 S. 3 i.V.m. den §§ 38 und 28 TKG

Für die Regulierung der Entgelte gelten gemäß § 25 Abs. 5 S. 3 TKG auch im Rahmen des Anordnungsverfahrens die §§ 27 bis 38 TKG. Die Entgelte für die angeordneten Zugangsleistungen wurden in Ziffer 2.2 der Regulierungsverfügung BK 3b-06/014 vom 17.04.2007 der nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des § 38 TKG unterworfen. Die Entgelte müssen dementsprechend den Vorgaben des dort in Bezug genommenen § 28 TKG genügen.

Die angeordneten Entgelte entsprechen diesen Vorgaben. Die Anordnung basiert auf dem Standardangebot der Betroffenen zu 3. in der Fassung des Beschlusses BK 3b-07/018 vom 09.03.2009. Die vorgesehenen Abweichungen vom Standardangebot greifen das von der Betroffenen zu 3. als Leistungserbringerin unterbreitete Entgeltangebot auf, welches sie mit Schreiben vom 14.12.2009 im Verfahren BK 3f-09/058 als Anlage AG 6 vorgelegt hat und an welchem sie auch im vorliegenden Verfahren festhält.

Bei sonstiger Geltung des Standardangebots sieht das Angebot der Betroffenen zu 3. für ÜP, die zum Zeitpunkt der Antragstellung am 24.08.2009 bereits an das Netz der Betroffenen zu 3. angeschlossen waren, rabattierte Zugangsentgelte vor. Dazu hat die Betroffene zu 3. sieben Kategorien unterschiedlicher Penetrationshöhen (0-40%, >40%-50% usw.) eingerichtet. Jeder ÜP lässt sich einer dieser Kategorien zuordnen. Für jede Kategorie werden (bis zum 31.12.2015) jährlich abnehmende Rabatte gewährt. Im Jahr 2010 etwa reichen diese Rabatte von 62,3% bis 6,0%, im Jahr 2011 von 53,0% bis 6,0%.

Die Abstimmung der entsprechenden Vertragsbestände erfolgte gemäß den Beschlüssen BK 3f-09/058 und BK 3f-09/091 vom 23.12.2009 am 15.01.2010 (so dass es diesbezüglich keiner weiteren Festlegungen im vorliegenden Beschluss bedarf). Darüber hinaus stimmt die Betroffene zu 3. der von den Betroffenen zu 1. und 2. geforderten Streichung von § 5 Abs. 4 Hauptteil des Standardangebotes (Versorgungsbereichsfiktion bei Abrechnung) zu.

Das Angebot der Betroffenen zu 3. ist unter den Blickwinkeln von § 28 (und § 29) TKG nicht zu beanstanden. Damit verbleibt jedoch kein Raum mehr, um die Begehr der Betroffenen zu 1. und 2. zu befriedigen und die Betroffene zu 3. zu verpflichten, (optional) einen Normaltarif anzubieten, eine Preis-Kosten-Schere durch Senkung der Vorleistungsentgelte um 30% zu beseitigen und die im Standardangebot vorgesehenen Mindestlaufzeiten für die Überlassung von Übergabepunkten zu streichen.

1.3.1 Keine Verpflichtung zum Angebot eines Normaltarifs

Die Betroffene zu 3. ist nicht zu verpflichten, (optional) einen Normaltarif anzubieten, d.h. eine Abrechnung nach Ist-WE statt nach Soll-WE. Der vorliegend angeordnete Pauschaltarif

verstößt nicht gegen § 28 TKG. Die Anordnung eines Normaltarifs lässt sich auch nicht auf § 29 Abs. 3 TKG stützen.

1.3.1.1 Kein Missbrauch, § 28 Abs. 1 S. 2 TKG

Die Versagung einer (optionalen) Normalabrechnung ist weder im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 noch von Nr. 3 TKG missbräuchlich.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, es sei denn, dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen ist gegeben, wenn die fragliche Verhaltensweise die Marktstruktur und damit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs verändert,

vgl. Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 28 Rz. 37.

Die Beschlusskammer ist allerdings nicht gehalten, eine tatsächliche Verringerung der Wettbewerbsintensität nachzuweisen. Vielmehr genügt es, wenn die objektive Eignung der verfahrensgegenständlichen Klausel zur Beeinträchtigung der Marktverhältnisse zu bejahen ist,

vgl. (zu § 19 GWB) KG, Beschluss Kart 35/82 vom 09.11.1983; siehe auch Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB / Band 2, 4. Auflage 2007, § 19 Rz. 113; vgl. auch VG Köln, Urteile 21 K 7045/05 vom 17.05.2006 und 21 K 4418/05 vom 26.10.2005.

Über die Frage der sachlichen Rechtfertigung einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung ist im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele, insbesondere des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) zu entscheiden,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 47/06 vom 18.12.2007, Rz. 31 (juris).

Nach diesen Maßstäben fehlt es an einem durch die Struktur des angeordneten Pauschalтарифes begründeten Missbrauch.

Zwar tragen die Betroffenen zu 1. und 2. vor, ihnen sei aufgrund der Tarifstruktur insbesondere eine Vermarktung von Kabelanschlüssen auf der Basis von Einzelnutzerverträgen zu wirtschaftlich rentablen Bedingungen weitgehend unmöglich. Letztendlich bestimmt die gerügte Tarifstruktur jedoch nur, wie die Vorleistungen abzurechnen sind, nämlich anhand der Anzahl der in einem versorgten Wohnobjekt befindlichen Wohneinheiten.

Das Angebot von Einzelnutzerverträgen und damit der über diesen Vertragstypus an die Betroffene zu 3. herangetragene Wettbewerb können allerdings auch bei einer solchen Tarifstruktur durchaus florieren. Ob dies der Fall ist, hängt maßgeblich von der Tariffhöhe ab. Diese Höhe bestimmt, ab welchen Auslastungsquoten ein Angebot rentabel ist und inwieweit ggf. eine sinnvolle Mischkalkulation von Einzelnutzerverträgen und Mehrnutzerverträgen erfolgen kann. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Errichtung und der Betrieb einer im gesamten Haus verlegten Verteilanlage ohnehin eine gewisse Anzahl an Nutzern pro Hausgemeinschaft voraussetzen, die die Kosten dieser Anlage tragen. Vor diesem Hintergrund benötigen die Betroffenen zu 1. und 2. schon aus Eigeninteresse eine gewisse Penetrationsrate in einem Objekt. Die Ansicht, ein Pauschalтариф sei per se missbräuchlich, überzeugt deshalb nicht. Entscheidend ist insofern im Rahmen der Tariffhöhenprüfung vielmehr der Abgleich zwischen den von der Tariftabelle vorausgesetzten und den für einen effizienten Nachfrager tatsächlich erreichbaren Auslastungsquoten.

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass vorliegend die Tariffhöhe bei Erhalt der Tarifstruktur unverhältnismäßig tief abgesenkt werden müsste und zudem eine Mischkalkulation zwischen Mehrnutzer- und Einzelnutzerverträgen praxisfern sei. Vielmehr erlauben gerade

die angeordneten Entgelte den Betroffenen zu 1. und 2. auch das Angebot von Einzelnutzerverträgen. Denn selbst in Ansehung der durch [REDACTED] geprägten Ist-Situation in Mainz und Osnabrück und also ohne Vornahme netzbezogener Effizienzkorrekturen ergibt sich auf Grundlage der angeordneten Tarife – wie unten gezeigt – keine Preis-Kosten-Schere zu Lasten der Betroffenen zu 1. und 2.

Ebenso wenig liegen hinreichend Anhaltspunkte dafür vor, dass die Betroffene zu 3. entgegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumt, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Die Betroffenen zu 1. und 2. sind zwar der Ansicht, die Betroffene zu 3. erhalte durch die externe Pauschaltarifierung insofern ungerechtfertigt Vorteile, als sich für sie die für eine wirtschaftliche ENV-Vermarktung erforderlichen Penetrationsraten allein aus den Investitionskosten für den Aufbau der NE4 ergäben, während die NE4-Betreiber zusätzlich die Signalkosten kalkulieren müssten, die bei nicht voll akquirierten Objekten überproportional stiegen.

Dieser Vortrag verkennt allerdings zum einen, dass die von der Betroffenen zu 3. verwendete AGB-Entgelttabelle im Endkundenbereich ebenfalls Pauschalentgelte vorsieht, auch wenn diese in einigen Fällen durch Übergangsregelungen abgemildert worden sein sollten. Zum anderen muss auch die Betroffene zu 3. mit den Endkundenentgelten interne Deckungsbeiträge für das NE3-Netz erwirtschaften. Am Ende steht die Betroffene zu 3. gegenüber den Betroffenen zu 1. und 2. nicht anders da als sonstige Nachfrager auch: Sofern die Betroffenen zu 1. und 2. die der Pauschaltabelle zugrunde liegenden Auslastungsannahmen unterschreiten, können sich für sie Kostennachteile, sofern sie sie jedoch überschreiten, Kostenvorteile ergeben.

1.3.1.2 Keine Anordnung eines Tarifsystems, § 29 Abs. 3 TKG

Ebenfalls nicht angezeigt ist der Erlass einer Anordnung nach § 29 Abs. 3 TKG gegenüber der Betroffenen zu 3., Zugang auch unter einem Normaltarif anzubieten.

Gemäß § 29 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch gesonderte Entscheidung verpflichten, Zugang unter bestimmten Tarifsystemen anzubieten, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Die Bundesnetzagentur hat bei Auferlegung dieser Verpflichtungen sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Effizienz und ein nachhaltiger Wettbewerb gefördert werden und die Verpflichtungen möglichst vorteilhaft für den Endnutzer sind.

Unter einem Tarifsystem ist die Abrechnung einer Leistung nach bestimmten Einheiten zu verstehen, also beispielsweise nach Zeiteinheiten, Volumeneinheiten oder Flateinheiten. Entsprechend der systematischen Stellung des § 29 Abs. 3 TKG hat die Änderung eines Tarifsystems nicht die unmittelbare Änderung einer Leistung zum Gegenstand (eine solche Änderung wäre vielmehr über § 23, § 25, § 42 oder § 126 TKG herbeizuführen). Sie kann jedoch – wie etwa auch eine Entgeltgenehmigung am Maßstab des § 31 TKG – einen Anreiz zur Änderung der Leistungserbringung entfalten. Letzteres muss allerdings nicht das Ziel einer das Tarifsystem ändernden Anordnung sein. Es kann auch nur darum gehen, eine verursachungs- und/oder nutzungsgerechte Beziehung zwischen Leistung und Abrechnungseinheit herzustellen.

Das derzeit von der Betroffenen zu 3. angebotene Tarifsystem kombiniert zwei Abrechnungseinheiten dergestalt, dass die Kosten primär auf die einzelnen in einem versorgten Haus vorhandenen Wohnungen verteilt werden, sekundär aber auch der einzelne ÜP dadurch berücksichtigt wird, dass die Gesamtzahl der hinter einem ÜP befindlichen Wohnungen die Höhe der Tarifdegression bestimmt. Die Betroffenen zu 1. und 2. begehren die Einführung eines zweiten Tarifsystems, bei dem in der vorgenannten Kombination auf die tatsächlich versorgten Wohnungen abgestellt werden soll.

Nach Auffassung der Beschlusskammer ist die begehrte Änderung nicht erforderlich, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen.

Die Betroffenen zu 1. und 2. sind der Ansicht, dass eine Tarifänderung geboten sei, weil diese den betroffenen Markt den Regulierungszielen näher bringe. Während das Regulierungsziel der wirtschaftlichen Effizienz auch bei Anordnung einer Abrechnung nach tatsächlich versorgten WE ohne Einschränkungen gewahrt bleibe, verlange das Kriterium der Wettbewerbsförderung eine zumindest optionale Einführung eines Normaltarifs. Denn andernfalls wäre den Betroffenen zu 1. und 2. eine Vermarktung von Einzelnutzerverträgen nicht mehr möglich. Die Betroffene zu 3. hätte damit gegenüber den NE4-Betreibern auf den Gestattungsmärkten einen gravierenden Wettbewerbsvorteil. Den Endnutzern würde es dagegen zum Vorteil gereichen, wenn ein funktionierender Wettbewerb auf den Endnutzermärkten und damit auch das Angebot von Einzelnutzerverträgen garantiert würde.

Tatsächlich ist einzuräumen, dass es nicht ganz fernliegend erscheint, eine Spitzabrechnung von Leistungen für wirtschaftlich effizient und wettbewerbsfördernd zu halten. Denn jedenfalls auf den ersten Blick zahlt der Nachfrager derart lediglich für die von ihm auch „genutzten“ Leistungen. Allerdings sprechen im vorliegenden Fall der Signallieferungsentgelte auch beachtliche Gründe dafür, lediglich pauschal abzurechnen.

Zwar kann die Kenntnis von Vermarktungserfolgen Dritter, welche die Betroffene zu 3. bei einer Spitzabrechnung erhält, angesichts der Vorgaben des § 17 TKG zur ohnehin einzuhaltenden Trennung von Vorleistungs- und Endkundengeschäft kaum zur Rechtfertigung eines zwingenden Pauschaltarifs herangezogen werden.

Für einen solchen Pauschaltarif spricht aber, dass es zunächst einmal das Verwendungsrisiko der Betroffenen zu 1. und 2. ist, wie viele der potenziell erreichbaren Wohnungen sie tatsächlich mit dem am ÜP erhaltenen Signalstrom versorgen. Denn aufgrund der regelmäßig exklusiven Gestattungsverträge ist die Endkundenansprache in der Regel auch nur dem jeweiligen NE4-Betreiber möglich.

Ferner erleichtert ein Pauschaltarif der Betroffenen zu 3. die Rechnungskontrolle und verlagert das Risiko von Schwarznutzungen – durchaus sachgerecht – auf diejenigen, die die Anschlussnetze betreiben und dementsprechend die Kontrolle über die Endkundenanschlüsse innehaben.

Außerdem hat die Betroffene zu 3. ein legitimes Interesse am Absatzerfolg der NE4-Betreiber insofern, als sie diesen für ihren eigenen Auftritt auf den Einspeisemärkten benötigt. Ein Pauschaltarif belohnt – sofern die zugrundeliegenden Penetrationsraten realistisch gewählt sind – größere Absatzerfolge eher als ein Normaltarif.

Schließlich ist die Einführung eines Normaltarifs auch nicht erforderlich, um den Betroffenen zu 1. und 2. die Vermarktung von Einzelnutzerverträgen zu ermöglichen. Wie im Folgenden genauer gezeigt wird, erlauben die angeordneten Tarife eine Vermarktung derartiger Verträge, ohne dass die Betroffenen zu 1. und 2. in Preis-Kosten-Scheren gerieten.

Unter den vorgenannten Aspekten ist eine Änderung des Tarifsystems zur Erreichung der Regulierungsziele nicht erforderlich.

1.3.2 Keine Preis-Kosten-Schere

Die von der Betroffenen zu 3. angebotenen und vorliegend angeordneten Entgeltbedingungen sind auch nicht mit Blick auf das in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG verankerte Verbot von Preis-Kosten-Scheren missbräuchlich.

Gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG wird ein Missbrauch im Sinne von Absatz 1 Nr. 2 vermutet, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um

einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere).

Es ist allerdings nicht notwendig, dass der Wettbewerber jeden einzelnen Endkudentarif des marktmächtigen Unternehmens verlustfrei nachbilden kann. Vielmehr muss nur sichergestellt sein, dass effiziente Wettbewerber (Vorleistungsempfänger) des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht die Tarife in Kombination nachvollziehen können, ohne Verluste zu machen,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 67.

Als effiziente Unternehmen im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG können an sich nur Wettbewerber mit effizienten Netzstrukturen berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall zeigt sich allerdings, dass selbst unter Zugrundelegung der bei den Betroffenen zu 1. und 2. vorhandenen Ist-Netzstrukturen keine Preis-Kosten-Schere auftritt. Eine Auseinandersetzung darüber, ob diese Strukturen effizient sind bzw. ob nicht für den Scherentest ohnehin auf die Netzstruktur eines im gesamten Verbreitungsgebiet der Betroffenen zu 3. agierenden Netzbetreibers abgestellt werden müsste, erübrigt sich damit. Denn die Betroffenen zu 1. und 2. sehen sich bei (effizientem) Betrieb ihres Ist-Netzes keiner Scherensituation ausgesetzt.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das von der Betroffenen zu 3. ab Beginn des Jahres 2010 ausschließlich vorgesehene Pauschaltarifierungssystem grundsätzlich bewirkt, dass mit zunehmender Kundenanzahl pro Übergabepunkt anhand der maßgeblichen Tarifclusterung ein erhebliches Kostendegressionspotenzial für den Signallieferungsbezug entsteht. So belaufen sich die monatlichen Bezugskosten für einen Einzelnutzer auf 14,20 €, während sich der Bezugstarif ab 401 Wohneinheiten auf 2,50 € pro Haushalt reduziert. Da jedoch entsprechend der Tarifierungssystematik alle versorgbaren Wohneinheiten eines Übergabepunktes bepreist werden, können bei einer geringen Penetrationsrate an tatsächlich versorgten Wohneinheiten erhebliche Stückkosten pro Haushalt auftreten. Die Rentabilität des Geschäftsmodells bemisst sich insoweit systemimmanent am Maßstab der tatsächlich durch die Antragstellerin vermarkteten Kabelanschlüsse pro Übergabepunkt. Bei einer zu geringen durchschnittlichen Penetrationsrate ergibt sich für das Geschäftsmodell der Betroffenen zu 1. und 2. zwangsläufig eine Preis-Kosten-Schere.

Hinsichtlich deren Überprüfung wurden sowohl die Betroffenen zu 1. und 2. als auch die Betroffene zu 3. zur Benennung der in ihren jeweiligen Geschäftsbereichen auf die einzelnen Cluster der Preisliste entfallenden „tatsächlich versorgten Wohneinheiten“ aufgefordert. Zur Durchführung des „Preis-Kosten-Scherentests“ waren den Signalbezugskosten ferner die den Betroffenen zu 1. und 2. entstehenden Zusatzkosten (wie Kapitalkosten für die Hausverkabelung, Vermarktungskosten, Kosten für Urheberrechte, etc.) hinzuzurechnen. Die Beschlusskammer hat sich bei der Ermittlung letztgenannter Werte nicht ausschließlich auf die von den Betroffenen zu 1. und 2. vorgetragenen Kostendaten gestützt, sondern zur Gewährleistung des gebotenen Effizienzmaßstabes auch teilweise einen Abgleich mit den im Rahmen der Überprüfung des Standardangebots der Betroffenen zu 3. gewonnenen Kostendaten einer umfangreichen Marktabfrage vorgenommen,

vgl. BK 3b-07/018 vom 11.07.2008 und vom 09.03.2009.

1.3.2.1 Ermittlung der berücksichtigungsfähigen Kosten für die PKS-Bewertung

Die Gesamtkosten der Betroffenen zu 1. und 2. als NE 4 Betreiber setzen sich aus unterschiedlichen Kostenpositionen zusammen. Neben den Signalbezugskosten sind insbesondere die Kapitalkosten für die Erstellung bzw. den Kauf des NE 4 Netzes sowie sonstige Kosten z.B. für die Kundenbetreuung, den Netunterhalt sowie die Abrechnung zu nennen. Von nachrangiger Bedeutung sind des Weiteren Kosten für Urheberrechte sowie Einmalanschlussgebühren bei der Neueinrichtung eines ÜP.

1.3.2.1.1 Signalbezugskosten

Größter Kostenblock für einen NE 4 Betreiber sind die Signalbezugskosten aus der NE3 Ebene. Für die Berechnungen wurde in einem ersten Schritt die Preisliste für ÜP Nutzung, wie sie dem KDVS Standardangebot beigelegt ist, angesetzt. Sie ist mit jeweils sinkenden Tarifen in verschiedene Cluster von 1 Haushalt (HH) bis 401-501 HH unterteilt, Cluster über 500 HH werden nicht in die Betrachtung mit einbezogen.

Zur Bestimmung der tatsächlichen Situation in Mainz und Osnabrück hat sich die Beschlusskammer seitens der Betroffenen zu 1. und 2. die Kundenzahlen, nach Clustern unterteilt, für genau jene Kunden vorlegen lassen, die an die eigene NE 4-Ebene der Betroffenen zu 3. angeschlossen sind und nach Auslaufen der jeweiligen B.1 Kooperation bei ihr verbleiben.

In einem zweiten Schritt wurden dann die Kundenzahlen der Gebiete Mainz und Osnabrück zusammengefasst und die konkreten Entgeltbedingungen gemäß Ziffer 1.a) nach Maßgabe der von der Betroffenen zu 3. im Verfahren BK 3f-09/058 mit Schreiben vom 14.12.2009 vorgelegten Anlage AG 6 berechnet.

Penetrationsrate und Clusterstruktur

Sowohl die Penetrationsrate wie auch die Clusterstruktur der Kunden sind auf Grundlage einer Pauschalabrechnung von entscheidendem Einfluss auf die sich ergebenden Bezugskosten. Da ab den Clustern mit einer Kundenstruktur größer als ein HH die Bezugskosten zunehmend deutlich unter den erzielbaren Endkundenpreisen liegen, ist speziell eine gute Auslastung in diesen Clustern notwendig, um einen ausreichenden Spread zwischen Kundenentgelt und Bezugskosten zu erzielen. Dieser Effekt verstärkt sich zudem deutlich, wenn es dem NE 4 Betreiber hinter einem ÜP gelingt, große Cluster gut auszulasten (ab 100 HH beträgt das Entgelt z.B. nur noch 5,50 € pro HH, ab 200 HH nur noch 4 €).

Datenbasis für die Region Mainz

Die Situation in Mainz ist dadurch gekennzeichnet, dass [REDACTED]. Dies sind jene Cluster, in denen noch relativ hohe Bezugskosten zwischen 7,30 € bis 14,20 € anfallen.

[REDACTED] Sie lägen in diesem regional abgegrenzten Bereich somit [REDACTED] den Endkundenpreisen der KDG von 14,20 € (zzgl. MwSt.). Die Durchschnittspenetrationsrate über alle Cluster liegt bei [REDACTED].

Datenbasis für die Region Osnabrück

Die Kundenstruktur in Osnabrück stellt sich, im Hinblick auf die Höhe der Signalbezugskosten, [REDACTED]. So sind dort [REDACTED] der Kunden den Clustern bis 20 HH zugeordnet.

[REDACTED] Sie lägen auf Basis der unrabattierten ÜP-Preisliste bei [REDACTED] pro tatsächlichem Kunde.

Datenbasis für die Gesamtbetrachtung der Kundenbestände in Mainz und Osnabrück

Da sich die Entgeltanordnung sowohl auf das Gebiet in Mainz wie auch Osnabrück erstreckt, wurden die Kundendaten addiert, um eine Gesamtbetrachtung anzustellen. [REDACTED]

Auf Basis der unrabattierten Preisliste ÜP-Nutzung würde dies zu durchschnittlichen Signalbezugskosten von [REDACTED] führen.

Berücksichtigung der für die Jahre 2010 und 2011 angebotenen Rabatte

Aufgrund der atypischen [REDACTED] Struktur der Kundencluster in den Gebieten Mainz und Osnabrück hat die Betroffene zu 3. im Verfahren BK 3f-09/058 mit Schreiben vom 14.12.2009 als Anlage AG 6 eine Rabattstaffel angeboten, die einen Grundrabatt (als Art Laufzeitrabatt) von 6 % auf die ÜP-Preisliste vorsieht, sowie für jeden ÜP auslastungsabhängig einen individuellen Rabatt. Dieser fällt umso höher aus, je schlechter die Penetration des ÜP ist (von 10% bei einer Auslastung zwischen 80 und 90 %, bis zu 60% bei einer Auslastung unter 40%). Für das Folgejahr 2011 reduziert sich die Rabattstaffel jeweils um 10% Punkte, maximal gibt es also 50% bei einer Auslastung unter 40%.

Die Beschlusskammer hat zur Berechnung der sich auf Basis dieser Rabatte ergebenden Signalbezugskosten die sich in Summe der jeweiligen Cluster ergebende Auslastung zur Grundlage des anzusetzenden Rabattes gemacht. Diese Vereinfachung ist notwendig, da entsprechende Daten für jeden einzelnen ÜP nicht vorliegen. Es kann daher für einzelne ÜP in den jeweiligen Clustern sowohl zu höheren wie auch zu niedrigeren Rabatten kommen, wobei im Gesamtergebnis eine Angleichung der Summenwerte zu prognostizieren ist.

Unter Berücksichtigung dieser Rabatte ergeben sich für das Jahr 2010 Signalbezugskosten von [REDACTED] für das Jahr 2011 von [REDACTED]. Diese Werte ergeben sich ohne jedwede Effizienzbetrachtung, also z.B. der Zusammenlegung von ÜP, der Abschaltung besonders unrentabler ÜP oder Maßnahmen, um die Auslastung der Cluster zu erhöhen.

Berücksichtigung von Neuverträgen auf Basis der ÜP-Preisliste

Bezüglich einer möglichen PKS ist zu berücksichtigen, dass Neuverträge auf Basis der unrabattierten ÜP-Preisliste abzuschließen sind. Die Beschlusskammer hat daher bei ihrer Berechnung einen Anteil an Neuverträgen von [REDACTED] angenommen.

In Summe ergeben sich somit Signalbezugskosten für das Jahr 2010 in Höhe von [REDACTED] und für das Jahr 2011 in Höhe von [REDACTED].

Gewichtung der Signalbezugskosten über die Laufzeit der Anordnung

Die Gesamtlaufzeit der Anordnung beträgt 14 Monate, davon 2 Monate im Jahr 2011 (zur Begründung dafür vgl. die Ausführungen unter Ziffer 1.4). Zur Ermittlung der durchschnittlichen Signalbezugskosten für die Gesamtlaufzeit ist daher eine Gewichtung der Bezugskosten 2010 und 2011 vorzunehmen. In Summe ergeben sich Bezugskosten von [REDACTED].

1.3.2.1.2 Zusatzkosten

Neben den Signalbezugskosten sind weitere Kostenkomponenten der Betroffenen zu 1. und 2. zu berücksichtigen, um die Bereitstellung und Überlassung des Kabelanschlusses für die eigenen Endkunden zu ermöglichen. Zu bemessen sind hierbei insbesondere die Kapitalkosten für die Erstellung bzw. den Kauf des NE 4 Netzes sowie weitere Kosten für Vertrieb, Kundenbetreuung, Netzunterhalt und Inkasso. Darüber hinaus sind auch die Kosten für Urheberrechte sowie die Einmalanschlussgebühren bei der Neueinrichtung eines ÜP in die Berechnung der maßgeblichen Eigenerstellungskosten einzubeziehen.

1.3.2.1.2.1 Kapitalkosten für die Hausverkabelung

Um das bezogene Signal an den Endkunden weiterliefern zu können, sind die Betroffenen zu 1. und 2. als Betreiber eines NE 4 Netzes für die Erstellung der Hausverkabelung zuständig. Es entstehen ihnen insoweit Kosten für die Neuerstellung oder den Kauf eines solchen Netzes, z.B. bei Übernahme eines bisherigen Konkurrenten. Maßgebliche Parameter für die Bemessung der anererkennungsfähigen Kapitalkosten für die Hausverkabelung sind die zu tätigende Investition pro Haushalt und deren Annualisierung mittels Zinssatz und Abschreibungsdauer.

Investitionswert

Der den Berechnungen zugrunde zu legende Investitionswert für die Hausverkabelung beläuft sich auf 155,09 € pro versorgter Wohnungseinheit. Nach Vortrag der Betroffenen zu 1. und 2. bemisst sich der Investitionswert demgegenüber auf [REDACTED]. Dieser Wert liegt dabei deutlich unter dem seitens der Betroffenen zu 1. und 2. im Zuge der Überprüfung des Standardangebotes der Betroffenen zu 3. im Jahr 2007 benannten Wertes von [REDACTED].

Zum Nachweis der geltend gemachten Investitionen haben die Betroffenen zu 1. und 2. im Verfahren BK3f-09-058 mit Schreiben vom 22.10.2009 auf Anfrage der Beschlusskammer hin eine entsprechende Kalkulationsübersicht für Kosten der Verkabelung bis 10 WE vorgelegt. Selbst unter der (konservativen) Prämisse, dass für Hausverkabelungen größer als 10 WE keine weiteren Degressionseffekte zu erwarten sind und der entsprechende Wert für 10 Wohneinheiten bei [REDACTED] pro verkabelter Wohneinheit unverändert bleibt, zeigt sich, dass der Wert von [REDACTED] unter Zugrundelegung der durch die Beschlusskammer abgebildeten Versorgungsstruktur für das Gesamtversorgungsgebiet der Betroffenen zu 1. und 2. zu hoch liegt. Denn im Gesamtergebnis errechnet sich hierbei ein Investitionswert für die Hausverkabelung in Höhe von 155,09 € pro versorgbarer Wohneinheit. Gewichtet mit der Gesamtpenetrationsrate im Gebiet von Osnabrück und Mainz von [REDACTED] ergibt sich ein Investitionswert von [REDACTED] pro tatsächlich versorgtem Endkunden.

Zinssatz

Der von den Betroffenen zu 1. und 2. für die Kapitalisierung der Investitionen vorgesehene kalkulatorischen Zinssatz in Höhe von [REDACTED] welcher sogar noch über dem von der Deutschen Telekom AG in deren Entgeltverfahren geforderten Zinssatz liegt, war auf 7,19 % zu reduzieren. Eine wie von den Betroffenen zu 1. und 2. gewünschte hohe Garantieverzinsung erscheint insbesondere unter der Maßgabe, dass der anererkennungsfähige Investitionswert keinem Auslastungsrisiko unterliegt, nicht angemessen.

Die Beschlusskammer hat nach sorgsamer Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte entschieden, bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als angemessene Kapitalverzinsung i. S. v. 31 Abs. 2 S.1 TKG auf den für die Festnetzsparte der Deutschen Telekom aktuell maßgeblichen kalkulatorischen Zinssatz von real 7,19 % zurückzugreifen,

vgl. Beschluss BK 3c-09/005 vom 31.03.2009 (TAL-Überlassung).

Dieser Ansatz erscheint insoweit sachlich gerechtfertigt, als die Erstellung und der Betrieb eines NE4-Netzes nach Dafürhalten der Beschlusskammer nicht risikobehafteter ist als die Erstellung einer Teilnehmeranschlussleitung, zumal die Hausverkabelung im Rahmen von „Triple-play-Angeboten“ für Zwecke des Teilnehmeranschlusses jedenfalls grundsätzlich eine Mitnutzung erfahren kann.

Abschreibungsdauer

Die für die Ableitung der Kapitalkosten maßgebliche Nutzungsdauer der Investitionen für die Hausverkabelung beläuft sich auf 20 Jahre. Demgegenüber haben die Betroffenen zu 1. und 2. die Abschreibungsdauer des Netzes variabel anhand der Vertragsdauer, für welche ein ÜP genutzt werden soll, festgelegt.

Eine derart auf aktuelle vertragliche Regelungen begrenzte Nutzungsdauer ist nicht sachgerecht. So können die entsprechenden Netze technisch und ökonomisch deutlich länger genutzt werden. Insbesondere werden entsprechende Nutzungsverträge üblicherweise auch prolongiert, oder, falls die Nutzung auf einen anderen NE4 Betreiber übergehen sollte, besteht weiterhin die Möglichkeit, das Netz zum entsprechenden Restwert zu veräußern.

Die Beschlusskammer hat daher, wie sie auch im Rahmen ihrer Entgeltfestsetzung für die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von Kupfer- und Glasfaserkabel entschieden hat,

vgl. Beschluss BK 3c-09/005 vom 31.03.09,

eine Nutzungsdauer von 20 Jahren angesetzt. Der Beschlusskammer sind keine Gründe ersichtlich, weswegen Koaxkabel aus technischen oder ökonomischen Gründen einer kürzeren Nutzungsdauer als die vorgenannten Kabelarten unterworfen sein sollten. Für die Sachgerechtigkeit der vorgenommenen Anpassung der Nutzungsdauer spricht auch, dass dem Kabel nunmehr grundsätzlich auch sämtliche Optionen auf dem Telekommunikationsmarkt (Telefon und Internet) offen stehen.

Ergebnis

Unter Berücksichtigung eines Investitionswertes von 155,09 €, eines Zinssatzes von 7,19% sowie einer Abschreibungsdauer von 20 Jahren errechnen sich unter weiterer Berücksichtigung einer Penetrationsrate von [REDACTED] monatliche Kapitalkosten in Höhe von [REDACTED] pro versorgter Wohneinheit. Dieser Wert beinhaltet bezüglich der Auslastung keinerlei Effizienz-betrachtung, was zu einem relativ hohen Ergebnis „pro versorgter Wohneinheit“ führt.

1.3.2.1.2.2 Weitere Kostenkomponenten für Eigenvermarktung

Die weiteren Kosten der Betroffenen zu 1. und 2. für die eigentliche Vermarktung der Signallieferung waren in Höhe von [REDACTED] pro Monat und Wohneinheit zu berücksichtigen. Die Betroffenen zu 1. und 2. haben demgegenüber im Rahmen ihrer PKS-Berechnung einen Wert in Höhe von [REDACTED] geltend gemacht, welcher sich aus den Positionen [REDACTED]

[REDACTED] ergibt.

Ein entsprechender Kostenansatz, speziell für die Kundenbetreuung und die notwendige Unterhaltung/Wartung des Netzes, ist grundsätzlich sachgerecht. Forderungsausfälle sowie Gemeinkosten werden darüber hinaus auch bei der Bemessung von Entgelten im hergebrachten Telekommunikationsbereich zugestanden.

Allerdings haben die Betroffenen zu 1. und 2. keinen gesonderten Nachweis der von ihnen begehrten Kostenansätze vorgelegt. Mangels detaillierter Nachweise war der Beschlusskammer insbesondere hinsichtlich der vorgetragenen Gemeinkostenpositionen, welche sich auf einen Gesamtwert von insgesamt [REDACTED] belaufen, keine Beurteilung dahingehend möglich, inwieweit eine sachgerechte Zuordnung und Verteilung dieser Kosten auf das hier maßgeblichen Produkt seitens der Betroffenen zu 1. und 2. vorgenommen wurde. Speziell bei den [REDACTED] ist zu vermuten, dass diese überwiegend auch Vertriebschienen für Endkundenprodukte zuzurechnen sind, welche nicht auf dem Bezug von Signalen der Betroffenen zu 3. beruhen.

Daher hat die Beschlusskammer in analoger Praxis zu Entgeltgenehmigungsverfahren für Vorleistungsprodukte im hergebrachten Telekommunikationsbereich, bei denen ebenfalls die Kosten nur dem Grunde, nicht aber der Höhe nach nachgewiesen worden sind, eine pauschale Kürzung des Kostensatzes der Betroffenen zu 1. und 2. (in Höhe von [REDACTED]) vorgenommen, um ein Überschreiten der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu verhindern. In die weiteren Berechnungen fließt somit der vorgenannte Kostensatz für die sonstigen Kostenkomponenten in Höhe [REDACTED] ([REDACTED]) ein.

1.3.2.1.2.3 Keine Kosten für Urheberrechte

Zusätzliche Kosten für Urheberrechte werden nicht berücksichtigt. Sollten die Betroffenen zu 1. und 2. Rechteverträge mit Verwertungsgesellschaften abschließen, so wären sie als Abnehmer von Kabelsignalleistungen gegenüber den Verwertungsgesellschaften nicht zu einer Entgeltung verpflichtet,

vgl. § 6 Nr. 2 d (iv) des ANGA/GEMA-Vertrages und § 6 Abs. 1 S. 4 des ANGA/VG-Media-Vertrages.

Sofern die Betroffenen zu 1. und 2. dagegen weiterhin die Rechte über die Betroffene zu 3. erhalten, müssen sie auch dafür keine Entgelte entrichten. Denn die Betroffene zu 3. hat im Rahmen des vorliegenden Verfahrens zugesichert, sie werde jedenfalls für die hier streitgegenständlichen Signallieferungen keine gesonderten Urheberrechtentgelte von den Betroffenen zu 1. und 2. erheben.

Im Übrigen käme es aber selbst bei Berücksichtigung von Urheberrechtentgelten nicht zur Entstehung einer Preis-Kosten-Schere. Während die Betroffenen zu 1. und 2. im Rahmen des Verfahrens BK3f-09-058 ursprünglich einen Ansatz von 7% - sowie im Zuge der Ermittlungen von zumindest noch 5,7 % - als Zuschlag auf den im jeweiligen Cluster gültigen Preis pro Wohneinheit für quantitativ gerechtfertigt erachteten, hält die Betroffene zu 3. einen entsprechenden Aufschlag – sofern er denn dem Grunde nach angesetzt werde – von lediglich maximal 4,1% für akzeptabel. Legt man hieraus den Mittelwert von 4,9% $((4,1+5,7)/2)$ zugrunde, ergäbe sich basierend auf der Kundenanzahl und Clusterstruktur der Betroffenen zu 1. und 2. in den Regionen Mainz und Osnabrück ein Kostenwert in Höhe von [REDACTED] pro Kunde und Monat. Der entsprechend erhöhte Gesamtkostenansatz von [REDACTED] (13,34€ + [REDACTED]) läge noch immer deutlich unterhalb der mit 14,70€ angesetzten Gesamterlöse.

1.3.2.1.2.4 Umlage des einmaligen Bereitstellungsentgelts für die ÜP-Nutzung

Für die Umlage des einmaligen Bereitstellungsentgeltes für die ÜP-Nutzung war den weiteren Berechnungen ein Kostensatz in Höhe von [REDACTED] pro Kunde und Monat zugrunde zu legen.

Gemäß der maßgeblichen Preisliste „ÜP-Nutzung“ ist für die Bereitstellung neuer ÜP ein Einmalentgelt in Höhe von 41,60 € an die Betroffene zu 3. zu zahlen. Die Beschlusskammer hat dementsprechend den diesbezüglichen Ansatz der Betroffenen zu 1. und 2. in Form der Ableitung annualisierter Bereitstellungskosten dem Grunde nach anerkannt, geht allerdings von einer durchschnittlichen Nutzungsdauer pro ÜP von 10 Jahren aus. Die Betroffenen zu 1. und 2. hatten zwar gefordert, jeweils von der Vertragsdauer abhängige Jahreswerte zugrunde zu legen. Ein solches Vorgehen hätte aber verkannt, dass es hier um die ökonomische Nutzungsdauer, d.h. die „Gesamtlebenszeit“ eines ÜP geht, welche gerade nicht von der Laufzeit eines einzelnen Vertrages abhängig ist.

Unter Berücksichtigung der Nutzungsdauer von 10 Jahren sowie dem maßgeblichen Zinssatz in Höhe von 7,19 % errechnet sich im Ergebnis basierend auf der Kundenanzahl und Clusterstruktur der Betroffenen zu 1. und 2. für die Regionen Mainz und Osnabrück der vorgenannte Kostenwert in Höhe von [REDACTED] pro Kunde und Monat.

1.3.2.1.3 Gesamtergebnis der berücksichtigungsfähigen Kosten

Ausgehend von den in nachstehender Tabelle zusammengefassten einzelnen Kostenkomponenten errechnen sich – in Bezug auf die Bereitstellung und Überlassung des Kabelanschlusses für die Endkunden der Betroffenen zu 1. und 2. – durchschnittliche berücksichtigungsfähige Gesamtkosten in Höhe von 13,34 €.

Berücksichtigungsfähige monatlichen Kosten der Betroffenen zu 1. und 2.	Betrag
Kosten für den Signalbezug von der Betroffenen zu 3.	■
Kapitalkosten für die Hausverkabelung	■
Kosten für „Eigenvermarktung“	■
Umlage des Bereitstellungsentgelts für die ÜP-Nutzung	■
Gesamtkosten	13,34 €

Den errechneten durchschnittlichen Gesamtkosten pro Kunde und Monat in Höhe von 13,34 € sind im Rahmen des durchzuführenden Preis-Kosten-Scherentests die maßgeblichen durchschnittlichen monatlichen Endkundenerlöse gegenüberzustellen

1.3.2.2 Ermittlung der berücksichtigungsfähigen Erlöse für die PKS-Bewertung

Zur Bestimmung eines durchschnittlichen monatlichen Endkundenpreises wurde der von den Endkunden der Betroffenen zu 3. zu entrichtende monatliche Standardpreis (abzgl. der Mehrwertsteuer) in Höhe von 14,20 € herangezogen.

Demgegenüber sind entgegen der Forderung der Betroffenen zu 3. nicht die (höheren) durchschnittlichen Endkundenerlöse der Betroffenen zu 1. und 2. den Berechnungen zugrunde zu legen. Denn die gesetzliche Maßgabe des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG eröffnet den Bezug auf die Maßgeblichkeit der Nachbildbarkeit von Endkundenangeboten des Vorleistungsgewerbers, ohne dass ein Wettbewerber dabei in eine Preis-Kosten-Schere gerät,

vgl. Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren als Mitteilung Nr. 940, S 12 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom 14.11.2007.

Ferner wurden das von den Endkunden der Betroffenen zu 3. zu zahlende (einmalige) Bereitstellungsentgelt (abzgl. der Mehrwertsteuer) in Höhe von 41,93 € auf Basis des von der Beschlusskammer akzeptierten kalkulatorischen Zinssatzes in Höhe von 7,19 % annualisiert und in einen Monatsbetrag umgerechnet. Unter Berücksichtigung einer durchschnittlichen Kundenverweildauer bzw. Vertragsdauer von 10 Jahren errechnet sich somit ein monatlicher Umlagebetrag in Höhe von 0,50 €.

Die vollumfängliche Umlage des Entgeltes für die Bereitstellung des Kabelanschlusses durch die Betroffene zu 3. ist nach Dafürhalten der Beschlusskammer insoweit angezeigt, als sich im Rahmen der Ermittlungen keine Erkenntnisse ergeben haben, dass auf seine Erhebung aktuell ganz oder teilweise verzichtet wird.

Im Ergebnis errechnet sich durch Addition der beiden vorgenannten Erlöspositionen (14,20 € + 0,50 €) ein monatlicher Durchschnittserlös je Kabelanschlusskunden in Höhe von 14,70 €, welcher den berücksichtigungsfähigen monatlichen Kosten der Betroffenen zu 1. und 2. gegenzurechnen ist.

1.3.2.3 Durchführung des Preis-Kosten-Scherentests

Aufgrund der durchgeführten Berechnungen stehen den maßgeblichen monatlichen Endkundenerlösen für Kabelanschlüsse in Höhe von 14,70 € pro Kunde berücksichtigungsfähige monatliche Kosten der Betroffenen zu 1. und 2. in Höhe von 13,34 € gegenüber. Den Betroffenen zu 1. und 2. ist es insoweit aufgrund der von der Betroffenen zu 3. angebotenen rabattierten Vorleistungsentgelte für die Signallieferung unter Hinzurechnung ihrer Zusatzkosten möglich, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu erzielen (vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Denn unter Maßgabe der von der Beschlusskam-

mer angesetzten Verzinsung von 7,19 % errechnet sich bezogen auf die relevanten Endkundenerlöse eine Kostenüberdeckung in Höhe von 1,36 € pro Kunde und Monat.

Bezüglich des ermittelten Ergebnisses ist festzuhalten, dass bei der vorgenommenen Preis-Kosten-Scherenbetrachtung durch Beibehaltung der vorhandene Ist-Kundenstruktur in den Gebieten Mainz und Osnabrück noch keine zusätzliche Effizienz hinsichtlich einer Erhöhung der derzeitigen Penetrationsraten unterstellt wurde.

Im Übrigen hätte auch die von den Betroffenen zu 1. und 2. geforderte Einbeziehung von (kostenerhöhenden) Baukostenzuschüssen in die PKS-Prüfung keine wesentlichen Anpassungen im Hinblick auf die Höhe des Berechnungsergebnisses bewirkt. Denn im Rahmen der bestehenden Altverträge wären diese Kosten ggf. zwar dann relevant, wenn bestehende Übergabepunkte verändert werden. Zu unterstellen sind in diesem Falle allerdings auch effizienzbedingte Verbesserungen einhergehend mit einem Anstieg von Clustergrößen und/oder Penetrationsraten in den Versorgungsgebieten, welche die anfallenden Mehrkosten grundsätzlich überkompensieren werden. Eine Kostenrelevanz im Rahmen von Neuverträgen hätte bereits aufgrund des nur marginalen Einbezugs dieser Kundengruppe in die Gesamtbeurteilung keine wesentliche quantitative Wirkung.

1.3.3 Kein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG

Die angeordneten Entgelte verstoßen auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG.

Nach dieser Norm liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumen, es sei denn, dass für diese Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Im vorliegenden Fall liegt es zwar nahe, dass den Betroffenen zu 1. und 2. zwar nicht für die Neubestände, wohl aber – mit den Sonderrabatten – für die Altbestände Vorteile gegenüber sonstigen Signallieferungen nachfragenden NE4-Betreibern eingeräumt werden. Letztere werden grundsätzlich die im Standardangebot enthaltenen Pauschaltarife zu entrichten haben.

Sofern eine Vorteilseinräumung vorliegen sollte, wäre sie aber sachlich gerechtfertigt. Denn die Rabatte werden lediglich für Bestände gewährt, die während der sog. B1-Kooperationen zwischen den Betroffenen aufgebaut worden sind. Diese Bestände sind geprägt von [REDACTED]. Aufgrund der Pauschalentgeltung für die B1-Kooperation bestand kein Anlass für die Betroffenen zu 1. und 2., die von ihnen versorgten NE4-Cluster von vornherein umfangreicher auszulegen bzw. diese durch Überbauung zu vergrößern. Ihre Situation unterschied sich insofern von derjenigen sonstiger NE4-Betreiber, für die aufgrund der degressiven Preistabelle der Betroffenen zu 3. ein Anreiz zum Aufbau bzw. zur Herstellung großer Cluster bestand. Diese Entwicklung [REDACTED]. Deshalb erscheint es unter Hinblick auf die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG, namentlich desjenigen auf Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, sachgerecht, für die Altbestände der Betroffenen zu 1. und 2. Übergangstarife anzuerkennen.

1.3.4 Keine missbräuchlichen Mindestlaufzeiten

Nicht missbräuchlich im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG sind schließlich die vorgesehenen Mindestlaufzeiten für ÜP-Einzelverträge.

Gemäß § 4 Abs. 1 Hauptteil des Standardangebots sind jeder ÜP und die über diesen ÜP versorgten Häuser für eine bestimmte ÜP-Mindestvertragslaufzeit anzumelden. Die Betroffene zu 3. betont, dass diese Klausel bereits mit der Anmeldung einer halbjährigen Mindestvertragslaufzeit erfüllt sei. Wird mit der Anmeldung die Kündigung (ggf. auch nur für einzelne

Häuser) erklärt, endet der ÜP-Vertrag insgesamt bzw. auch nur die Versorgung der gekündigten Häuser mit Ablauf der in § 4 Abs. 3 Hauptteil vorgesehenen Kündigungsfrist von sechs Monaten.

Bei Mindestlaufzeiten handelt es sich um sog. entgeltrelevante Bestandteile,

siehe auch Beschlüsse BK 3-06/045 vom 28.08.2007, Ziffern 1.31 und 1.32 der Begründung, und vom 08.04.2008, Ziffer 3.2.13 der Begründung.

Unter entgeltrelevanten Bestandteilen versteht man solche Klauseln, die entweder die Modalitäten der Entgeltberechnung oder der Entgeltbezahlung betreffen oder die nach der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei der Ermittlung und Festlegung des Entgeltes für eine Leistung vernünftigerweise zu berücksichtigen sind bzw., anders gewendet, solche Bestimmungen, die sich nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben bei der Entgeltbildung auswirken,

vgl. VG Köln, Urteil 1 K 2272/01 vom 08.07.2004, S. 7f. des amtlichen Umdrucks, m.w.N.

Der Begriff der entgeltrelevanten Bestandteile, der im TKG¹⁹⁹⁶ enthalten war, findet sich zwar im TKG²⁰⁰⁴ nicht mehr wieder. Gleichwohl hat das VG Köln unter Hinweis auf die Regelung des § 39 Abs. 1 S. 3 i.V.m. §§ 35 Abs. 3 S. 2 und 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG²⁰⁰⁴ und auf gemeinschaftsrechtliche Vorschriften entschieden, dass entgeltrelevante Bestandteile weiterhin im Rahmen der Entgeltvorschriften zu prüfen sind,

vgl. VG Köln, Beschluss 1 L 1832/04 vom 06.09.2004, S. 3f. des amtlichen Umdrucks; VG Köln, Urteil 1 K 7854/01 vom 04.11.2004, S. 6 des amtlichen Umdrucks; zustimmend Schuster/Ruhle, in: Beck'scher TKG Kommentar, 3. Auflage 2006, § 28 Rn. 17f.; ablehnend Mielke, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 38 Rn. 17 und 37.

Für den Einbezug entgeltrelevanter Bestandteile in den Anwendungsbereich der Entgeltregulierung spricht im Übrigen auch der Wortlaut des § 28 Abs. 1 S. 1 TKG. Denn nach dieser Vorschrift darf ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen (Hervorhebung nicht im Original).

Bei Mindestlaufzeiten handelt es sich um entgeltrelevante Bestandteile im genannten Sinne. Ein ordentlicher Kaufmann wird nämlich Mindestlaufzeiten und Mindestabnahmemengen bei der Ermittlung der vom Nachfrager insgesamt zu erbringenden Haupt- und Nebenleistungen insofern berücksichtigen, als diese das Entstehen einer Mindestabnahmedauer und eines Mindestentgelts für die Überlassung von ÜP zur Folge haben. Demzufolge unterliegen ÜP-Mindestlaufzeiten der Entgeltkontrolle.

Die Betroffenen zu 1. und 2. rügen einen Behinderungsmissbrauch aufgrund der Mindestlaufzeiten. Es sei übliche Praxis der NE4-Betreiber, über einen ÜP teilweise mehrere verschiedene Kunden aus der Wohnungswirtschaft zu versorgen. Die erforderliche Flexibilität bei der An- und Abmeldung einzelner Häuser gehe bei Geltung von Mindestlaufzeiten verloren.

In der Tat hat die Beschlusskammer bereits halbjährige Mindestüberlassungszeiten (im Bitstrombereich) für missbräuchlich angesehen,

vgl. Beschluss BK 3c-08/004 vom 13.05.2008.

Ein Behinderungsmissbrauch ist allerdings nur denkbar, wenn der Nachfrager durch die Mindestlaufzeiten spürbar Flexibilität auf dem Endkundenmarkt einbüßt. Im vorliegenden Fall kann die Beschlusskammer jedoch nicht erkennen, dass es eine solche Einbuße gibt. Denn dies würde voraussetzen, dass ein ÜP oder einzelne darüber erschlossene Häuser (diese sind – was die Betroffenen zu 1. und 2. jedenfalls zunächst verkannt hatten – gemäß § 4 Abs. 3 Hauptteil gesondert kündbar) auch für geringere Zeiträume als nur einem halben Jahr angemeldet werden sollen. Die Betroffenen zu 1. und 2. haben nicht darlegen können, dass dieser Fallgestaltung praktische Relevanz zukommt. Ebenso wenig haben die Betroffenen zu 1. und 2. aber auch die Schwere der wettbewerblichen Nachteile substantiiert, die ihnen dar-

aus erwachsen sollen, dass sie pro ÜP nur einheitliche Mindestlaufzeiten vereinbaren könnten, sich deshalb die vereinbarte Mindestlaufzeit praktisch nach dem Objekt mit der kürzesten Laufzeit richte und so auf Rabattvorteile für die länger laufenden Objekte verzichtet werden müsse.

Eine Missbräuchlichkeit der Mindestlaufzeiten kann letztlich nicht festgestellt werden.

1.4 Nebenbestimmungen

Die Befristung der Anordnungen gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG bis zum 28.02.2011 ist verhältnismäßig. Sie nimmt einerseits Rücksicht auf den Umstand, dass die Parteien für eine gewisse Frist Planungs- und Rechtssicherheit innerhalb ihrer Zusammenarbeit benötigen. Andererseits ist aber auch in Rechnung zu stellen, dass die mit Beschluss BK 3b-07/018 vom 09.03.2009 vorgeschriebene Mindestlaufzeit des Standardangebotes der Betroffenen zu 3. am 28.02.2011 endet. Zwar betrifft diese Mindestlaufzeit nur die leistungsseitigen Bedingungen des Standardangebots. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Betroffene zu 3. dies zum Anlass nimmt, um auch entgeltseitige Bedingungen zu diesem Datum zu ändern. Um einen entsprechenden Gleichlauf zu ermöglichen, wird auch die vorliegende Anordnung bis zum 28.02.2011 befristet.

Die Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG für den Fall, dass die Parteien eine Vereinbarung schließen, ist ebenfalls verhältnismäßig. Dies folgt aus dem Vorrang des Vertragsschlusses vor der Anordnung, der in § 25 Abs. 2 TKG zum Ausdruck kommt.

2 Antragsverfahren

Der mit Schreiben vom 25.01.2010 parallel zum vorliegend entschiedenen Amtsverfahren eingereichte Antrag der Betroffenen zu 1. und 2. auf Erlass einer Zugangsanordnung ist wegen Unzulässigkeit abzulehnen.

Im Antragsverfahren vor Behörden ist ein Antrag nur zulässig, wenn der Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse an der von ihm beantragten Amtshandlung hat, insbesondere sie zur Verwirklichung oder Wahrung eines Rechts benötigt und die Verwaltung nicht für unnütze, unlautere Zwecke oder sonst missbräuchlich in Anspruch nimmt,

vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Auflage 2000, § 22 Rn. 56.

Die Beschlusskammer ist gemäß § 25 Abs. 1 und 3 TKG dafür zuständig, einem um Zugangsgewährung nachsuchenden Unternehmen auf Antrag eine Rechtsgrundlage für seine Begehrt zu verschaffen. Soweit das Unternehmen indes über eine alternative Rechtsgrundlage in Form einer gemäß § 25 Abs. 4 TKG von Amts wegen erlassenen Zugangsanordnung verfügt, ist zur Wahrung seiner Rechte jedenfalls dann kein weiteres behördliches Tätigwerden im Antragsverfahren erforderlich, wenn das Antragsverfahren – wie hier – inhaltlich nicht über das durchgeführte Amtsverfahren hinausreicht. Dem Antrag auf Erlass einer weiteren Zugangsanordnung fehlt deshalb das Sachbescheidungsinteresse.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gemäß § 25 Abs. 6 S. 3 TKG können der Beschluss BK 3f-09/058 vom 23.12.2009 und dieser Beschluss nur insgesamt angegriffen werden.

Gegen beide Bescheide 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. 1 TKG.

Bonn, den 15.04.2010

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers