



- Beschlusskammer 3 -

BK 3a-08-001/E 04.01.2008

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

wegen Genehmigung einer Mindestüberlassungsdauer für Netzanschlüsse,

Beigeladene:

1. Colt Telecom GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt / Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
3. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 88-90, 60326 Frankfurt / Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz, 40468 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Arcor AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
8. BREKO e.V., Hans-Böckler-Straße 3, 53225 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
9. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
10. M-net Telekommunikations GmbH, Spittlerortgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Beigeladenen zu 9: Loschelder Rechtsanwälte
 Konrad-Adenauer-Ufer 11
 50668 Köln -

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

beschlossen:

1. Die Mindestüberlassungsdauer von einem Jahr für bereitgestellte Netzanschlüsse wird genehmigt.
2. Die Genehmigung ist auflösend bedingt für den Fall, dass die per Regulierungsverfügung auferlegte Entgeltgenehmigungspflicht aufgrund rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung oder aufgrund behördlicher Entscheidung entfallen sollte.
3. Die Genehmigung ist befristet bis zum 30.11.2008.

Gründe

I.

Die Antragsstellerin betreibt ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM-Standard (Global System for Mobile Communications) und nach dem UMTS-Standard (Universal Mobile Telecommunications Standard). Zum Zwecke der Terminierung von Verbindungen mit Ursprung in anderen Netzen in ihr Mobilfunknetz vereinbarte und realisierte die Antragstellerin in der Vergangenheit Netzzusammenschaltungen mit anderen Netzbetreibern. Gegenstand dieser Verträge sind auch die Preise und Konditionen für die Zusammenschaltungsdienste der Antragstellerin.

Mit der Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R wurde die Antragstellerin dazu verpflichtet, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragsstellerin zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und zum Zwecke dieser Zugangsgewährung Kollokation zu gewährleisten sowie über den Umfang dieser Leistungen ein Standardangebot vorzulegen. Die Entgelte für die Gewährung der Zusammenschaltungsleistungen wurden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Diese Entscheidung wurde im Amtsblatt 17/06 vom 30.08.2006 veröffentlicht und der Antragstellerin am 30.08.2006 zugestellt.

Am 15.09.2006 hat die Antragstellerin Klage vor dem Verwaltungsgericht Köln gegen die Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R erhoben, nachdem sie bereits am 11.09.2006 die Ausset-

zung der Vollziehbarkeit der Regulierungsverfügung beantragt hatte. Der letztgenannte Antrag sowie ein erneuter entsprechender Antrag wurden mit Beschlüssen 1 L 1441/06 und 1 L 1603/06 des Verwaltungsgerichts Köln vom 04.10. bzw. 13.11.2006 abgelehnt. Mit Urteil 1 K 4148/06 vom 01.03.2007 hat das Verwaltungsgericht Köln unter Klageabweisung im Übrigen die mit der Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R auferlegte Entgeltgenehmigungspflicht aufgehoben. Gegen das Urteil haben sowohl die Antragstellerin als auch die Bundesnetzagentur Revision eingelegt. Über die unter dem Aktenzeichen BVerwG 6 C 15.07 geführte Revision ist noch nicht entschieden worden. Ein von der Antragstellerin gestellter Antrag, unter Abänderung der o.g. Beschlüsse des Verwaltungsgerichts die aufschiebende Wirkung ihrer Klage in Bezug auf die Entgeltgenehmigungspflicht anzuordnen, ist vom Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss BVerwG 6 VR 3.07 vom 13.06.2007 abgelehnt worden.

Im Hinblick auf die ihr auferlegte Entgeltgenehmigungspflicht reichte die Antragstellerin mit Schreiben vom 30.08.2006 einen Genehmigungsantrag für die entsprechenden Zugangsentgelte bei der Beschlusskammer 3 ein. Mit Beschluss BK 3a/b-06-008/E 30.08.06 vom 08.11.2006 genehmigte die Beschlusskammer die Entgelte für die Anrufzustellung im Mobilfunknetz der Antragstellerin sowie noch weitere beantragte Zugangsentgelte für Netzanschlüsse, Kollokation u.ä. Die letztgenannten Genehmigungen wurden allerdings nur bis zum 31.05.2007 befristet. Mit Beschluss BK 3a-07-002/E 22.03.07 vom 31.05.2007 prüfte die Beschlusskammer diese Zugangsentgelte erneut und genehmigte sie anschließend bis zum 30.11.2008.

Darüber hinaus übersandte die Antragstellerin der Beschlusskammer mit Schreiben vom 01.12.2006 ihr Standardangebot und veröffentlichte letzteres auf ihrer Internet-Homepage. Mit Teilentscheidungen BK 3a-06/043 vom 06.07. und 31.10.2007 überprüfte die Beschlusskammer dieses Angebot und versah es – nach Vornahme einiger Änderungen – mit einer Mindestlaufzeit.

Eine der erwähnten Änderungen betraf die von der Antragstellerin vorgesehene Mindestüberlassungsdauer von einem Jahr für Netzanschlüsse. Die Beschlusskammer führte hierzu im Beschluss BK 3a-06/043 vom 31.10.2007, S. 5 des amtlichen Umdrucks, folgendes aus:

„Der Regelungen zur Mindestüberlassungsdauer sind gemäß § 37 Abs. 3 S. 2 TKG zu streichen. Die in Ziffer 3.4 Anlage 6 geregelte Mindestüberlassungsdauer soll die Investitionen der Betroffenen absichern. Damit handelt es sich um eine Entgeltregelung in Form eines entgeltrelevanten Vertragsbestandteils. In dem Beschluss 1 L 1832/04 vom 06.09.2004 hat das VG Köln klargestellt, dass auch unter dem aktuellen TKG entgeltrelevante Bestandteile der Entgeltregulierung unterfallen. Eine Entgeltgenehmigung zugunsten der Betroffenen für eine Mindestüberlassungsdauer liegt jedoch nicht vor.“

Im Hinblick hierauf hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.12.2007, bei der Bundesnetzagentur am 04.01.2008 eingegangen, den verfahrensgegenständlichen Antrag eingereicht.

Die Antragstellerin beantragt rein vorsorglich, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, zur Vermeidung von rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteilen, unter Bezugnahme auf den vorgenannten Beschluss zum Standardangebot vom 31.10.2007,

für Intra-Building-Abschnitte eine Mindestüberlassungsdauer von einem Jahr zu genehmigen.

Die von der Antragstellerin eingereichten Antragsunterlagen umfassen nur das eigentliche Antragsschreiben mit einer Begründung des Regelungsinteresses und dessen wirtschaftlicher Relevanz sowie die Vorlage dreier Rahmenverträge und –vereinbarungen mit dem Vorleistungslieferanten für die Netzanschlüsse der Antragstellerin. Ein Nachweis gesonderter kostenbegründender Unterlagen ist darüber hinaus nicht erfolgt.

Die Antragstellerin trägt vor, dass auch unter Zugrundelegung der von der Beschlusskammer vertretenen Ansicht, dass es sich bei der Mindestüberlassungsdauer um eine entgeltgenehmigungspflichtige Leistung in Form eines entgeltrelevanten Vertragsbestandteiles handele, die von

ihr beantragte einjährige Mindestüberlassungsdauer genehmigungsfähig sei. Insbesondere genüge die geforderte Regelung zur Mindestüberlassungsdauer den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG und es lägen keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S.2 oder 3 TKG vor.

Bestimmungen zur Mindestüberlassungsdauer dienen grundsätzlich der Schaffung von Planungssicherheit und der Sicherstellung der Netzintegrität. Die Festsetzung einer Laufzeit von einem Jahr biete zumindest im ersten Jahr einer Zusammenschaltung mit einem Vertragspartner die Sicherheit, dessen Verkehrsmengen, das Routing und die erforderlichen Netzkapazitäten planen und auf die anderen Zusammenschaltungspartner abstimmen zu können. Anderenfalls könne ein unregelmäßiges Kündigungsgebahren bei Intra-Building-Abschnitten zu Überkapazitäten im Netz der Antragstellerin führen, da die Zusammenschaltungspartner gegebenenfalls nach Belieben kurzfristig Netzanschlüsse bestellen und wieder kündigten.

Auch sei die Genehmigung einer Mindestüberlassungsdauer von 12 Monaten insoweit sachgerecht und notwendig, als die derzeit genehmigten Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte für die Netzanschlüsse im Mobilfunkbereich anhand eines Benchmarks auf Grundlage der Entgelte für Interconnectionanschlüsse (ICAs) der Deutschen Telekom AG, T-Com, festgelegt worden seien. Im Rahmen des Verfahrens zum entsprechenden Standardangebot der T-Com (Az.: BK 4c-05-102) sei dabei seitens der zuständigen Beschlusskammer seinerzeit eine Mindestüberlassungsdauer von 12 Monaten für die vergleichbaren ICAs geprüft und akzeptiert worden. Es läge somit ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung vor, wenn nunmehr eine entsprechende Mindestüberlassungsdauer für vergleichbare Leistungen nicht genehmigt oder vereinbart werden dürfe.

Im Falle der Antragstellerin sei auch konkret zu beachten, dass sie die Bereitstellung und Überlassung von Netzanschlüssen nicht selbst realisiere, sondern vollumfänglich auf Vorleistungen eines technischen Dienstleisters ██████████ zurückgreife. Der Umfang der Leistungserbringung und die Bepreisung dieser Leistungen sei dabei über einen Rahmenvertrag sowie über weitere Rahmenvereinbarungen geregelt.

Auf Grundlage dieser Regelungen bestehe für die Antragstellerin bereits eine vertragliche Verpflichtung, alle Leistungen im Zusammenhang mit Intra-Building-Abschnitten auf Basis einer Mindestüberlassungsdauer von einem Jahr zu beziehen. Die beantragte Mindestüberlassungsdauer bilde damit lediglich die vom Vorleistungslieferanten auferlegte Mindestabnahmedauer der Netzanschlüsse ab. Könne die Antragstellerin die Verträge mit ihren Zusammenschaltungspartnern nicht mit derselben Mindestüberlassungsdauer ausgestalten wie hinsichtlich des Vorleistungsproduktes verpflichtend geregelt, so entstehe im Falle einer vorzeitigen Kündigung durch den Zusammenschaltungspartner eine temporäre Kostenunterdeckung für die Überlassung des Netzanschlusses.

Demgegenüber stelle auch das vom Zusammenschaltungspartner zu entrichtende Bereitstellungsentgelt kein angemessenes Substitut für das Fehlen einer vertraglich geregelten Mindestüberlassungsdauer dar. Ein wirtschaftlich kalkulierender Zusammenschaltungspartner ließe sich bei schlecht laufenden Geschäften nicht von einer eventuell noch nicht erfolgten Amortisation des niedrigen Bereitstellungspreises leiten, sondern träfe seine Entscheidung aufgrund anderweitiger wirtschaftlicher Erwägungen. Im Übrigen decke der Bereitstellungspreis allenfalls die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung ab und könne insoweit nicht als Deckungsbeitrag für die Kosten einer vorzeitigen Vertragsabwicklung herangezogen werden.

Seitens der Beigeladenen gingen im Laufe des Verfahrens keine schriftlichen Stellungnahmen zum Antrag der Antragstellerin ein.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen der Antragstellerin sind auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur (www.bnetza.de) sowie im Amtsblatt Nr. 2 der Bundesnetzagentur vom 30.01.2008 auf Seite 182 als Mitteilung Nr. 20/2008 veröffentlicht worden.

Auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ist im Einvernehmen mit allen Verfahrensbeteiligten verzichtet worden.

Mit Schreiben vom 28.02.2008 ist dem Bundeskartellamt (BKartA) Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Beschlussentwurf gegeben worden. Das BKartA hat mit Schreiben vom 04.03.2008 mitgeteilt, es sehe von einer Stellungnahme ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

II.

Die von der Antragstellerin beantragte Mindestüberlassungsdauer von einem Jahr für Netzanschlüsse ist zu genehmigen.

Die Entscheidung beruht auf § 35 Abs. 3 TKG i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 TKG. Danach ist für Entgelte, die gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG der Genehmigungspflicht unterliegen, eine Genehmigung zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen.

1. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG). Im Einvernehmen aller Beteiligten ist dabei auf die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung verzichtet worden (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG). Eine gesonderte Verhandlung war in der Sache auch insoweit entbehrlich, als das Begehren der Antragstellerin nach Genehmigung einer Mindestüberlassungsdauer für Netzanschlüsse von einem Jahr auf einem analogen Antrag der Beigeladenen zu 5. vom 19.11.2007 (Az. BK 3a-07-040/E 19.11.07) aufsetzt und innerhalb des dortigen Verfahrens bereits alle Beteiligten die Möglichkeit einer Erörterung des Sachverhaltes im Rahmen einer öffentlich mündlichen Verhandlung hatten. Eine erneute Verhandlung hätte zu keinem zusätzlichen Erkenntnisgewinn geführt.

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und 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 BKartA rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

2. Genehmigungspflichtigkeit

Die Genehmigungspflichtigkeit der Mindestüberlassungsdauer für Netzanschlüsse ergibt sich aus der Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R vom 29.08.2006.

In dieser Entscheidung ist die Antragstellerin in Ziffer 1. des Tenors dazu verpflichtet worden, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragstellerin zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und zum Zwecke dieser Zugangsgewährung Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren. Die hierfür von der Antragstellerin verlangten Entgelte unterliegen gemäß Ziffer 3. des Tenors der Regulierungsverfügung der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG.

Weil die durch die Regulierungsverfügung begründete Verpflichtung zur Zugangsgewährung neben der eigentlichen Verpflichtung zur Terminierung zugleich auch sämtliche zusätzliche Leistungen umfasst, welche die Inanspruchnahme der Terminierungsleistung im Netz der Antragstellerin erst ermöglichen oder für diese zwingend erforderlich sind, so namentlich Netzan schlüsse, unterliegen auch alle dafür geforderten Entgelte der Entgeltgenehmigungspflicht (vgl. § 30 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 21 TKG). Andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen.

Entgelte für die Überlassung von Netzan schlüssen sind danach genehmigungspflichtig. Zu den „Entgelten“ im Sinne der §§ 35 Abs. 3 und 30 TKG zählen indes nicht allein monetäre, sondern auch nichtmonetäre Gegenleistungen wie etwa das Versprechen einer Mindestabnahme- und Mindestzahlungsdauer. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten stellt sich die verfahrensgegenständliche Mindestüberlassungsdauer als eine solche Mindestabnahme- und Mindestzahlungsdauer dar.

Der Begriff des „Entgelts“ ist im TKG²⁰⁰⁴ nicht definiert. Gleichwohl wird man nach dem in der Rechtsordnung üblichen Wortgebrauch davon ausgehen können, dass „Entgelt“ die Gegenleistung für eine Leistung bezeichnet. So ist gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 Umsatzsteuergesetz Entgelt alles, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten (abzüglich der Umsatzsteuer). Auch das bürgerliche Recht kennt diesen Begriff. Entgeltliche Verträge zielen auf den Austausch von Leistungen ab, wobei eine rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung erforderlich ist,

vgl. Grüneberg, in: Palandt, 66. Auflage 2007, Überblick vor § 311, Rn. 8; Weidenkaff, a.a.O., § 516 Rn. 8.

Die Gegenleistung wird zwar typischerweise in Geld bestehen, kann aber auch in anderer Form erbracht werden, vgl. etwa § 480 BGB (Tausch). Ebenso ist es unerheblich, ob die Gegenleistung einen geldwerten Vorteil gewährt oder nicht,

vgl. zu letzterem Weidenkaff, a.a.O.

Ein so verstandener Entgeltbegriff verträgt sich ohne weiteres mit der in § 27 TKG niedergelegten Zielsetzung der Entgeltregulierung, eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern. Durch den nicht allein auf Geldforderungen beschränkten, sondern auf jedwede Form der Gegenleistung (z.B. Marketingleistungen, Peeringleistungen, Übertragung von Urheberrechten usw.) bezogenen Entgeltbegriff ist es möglich, das Verlangen des marktmächtigen Unternehmens nach bestimmten Verhaltensweisen der Endnutzer oder Wettbewerber umfassend zu kontrollieren und so die in § 27 TKG normierte Schutzfunktion der Entgeltregulierung vollständig zu erfüllen. Eine teleologische Beschränkung des Entgeltbegriffs ist deshalb nicht angezeigt,

so auch Schuster/Ruhle, in: Beck'scher TKG Kommentar, 3. Auflage 2006, § 28 Rn. 14; a.A. Mielke, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 38 Rn. 35 und 37.

Offen bleiben kann hingegen, ob und inwieweit der Entgeltbegriff die in § 25 TKG¹⁹⁹⁶ noch ausdrücklich erwähnten, im TKG²⁰⁰⁴ aber jedenfalls nicht mehr explizit genannten „entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ umfasst. Bei diesen Bestandteilen handelt es sich um 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.

Ursprünglich war die Beschlusskammer zwar der Auffassung, die Mindestüberlassungsdauer stelle einen solchen entgeltrelevanten Bestandteil dar,

siehe den oben zitierten Auszug aus dem Beschluss BK 3a-06/043 vom 31.10.2007, S. 5 des amtlichen Umdrucks.

Bei nochmaliger Überprüfung zeigt sich aber, dass das mit der vereinbarten Mindestüberlassungsdauer bewirkte und bezweckte Versprechen einer Mindestabnahme- und Mindestzahlungsdauer bereits Teil der Gegenleistung des Nachfragers für die Überlassung des Netzanschlusses ist.

Dass es sich bei der „Mindestüberlassungsdauer“ entgegen der Bezeichnung nicht um eine Leistung der Antragstellerin, sondern um eine Leistung des Nachfragers handelt, folgt schon daraus, dass die Antragstellerin regulatorisch ohnehin zur Bereitstellung und Überlassung der entsprechenden Netzanschlüsse verpflichtet ist und der Nachfrager deshalb keinen Wert auf eine vertragliche Mindestüberlassungsdauer zu legen braucht. Dementsprechend argumentiert die Antragstellerin auch ausschließlich mit den für sie günstigen Auswirkungen der Mindestüberlassungsdauer, nämlich zum einen mit der für ein Jahr gesicherten Abnahme der Netzanschlüsse und der damit verbundenen Planungssicherheit für die Netzauslastung und das Routing, und zum anderen mit den für mindestens ein Jahr versprochenen Zahlungseingängen, welche bereits aufgrund der vom ihrem Vorleistungslieferanten auferlegten Mindestabnahmedauer von Bezugsleistungen nötig sind, um temporäre Kostenunterdeckungen für die Überlassung von Netzanschlüssen zu vermeiden.

Das Versprechen einer Mindestgebrauchs- und Mindestzahlungsdauer stellt sich auch als eine die Geldschuld ergänzende Hauptleistung des Nachfragers im Austausch für die Überlassung des Netzanschlusses dar. Es handelt sich hierbei nicht um einen (bloß) entgeltrelevanten Bestandteil in Form einer für die Berechnung oder Abwicklung der Geldschuld maßgeblichen Nebenpflicht. Zwar zählen Gebrauchspflichten, sofern sie denn vereinbart werden, regelmäßig zu den Nebenpflichten des Mieters,

vgl. Weidenkaff, a.a.O., § 535 Rn. 84.

Bei der nach den §§ 133, 157 BGB vorzunehmenden Vertragsauslegung zeigt sich im vorliegenden speziellen Fall allerdings, dass der Gebrauch der Netzanschlüsse durch die Nachfrager für die Antragstellerin eine *conditio-sine-qua-non* darstellt, also Bedingung und Voraussetzung dafür ist, dass überhaupt ein bestimmter Netzanschluss zur Verfügung gestellt wird. Denn aus Sicht der Antragstellerin wäre die Überlassung eines Netzanschlusses ohne eine damit verbundene Mindestgebrauchs(- und Mindestzahlungs)dauer sinnlos, weil sie befürchtet, sich ansonsten in ihrer Netzplanung ständig auf sich ändernde Verkehrsströme einrichten zu müssen. Zusätzlich zur Geldschuld verlangt sie deshalb das Versprechen der Nachfrager, die Netzanschlüsse mindestens ein Jahr lang zu bezahlen und damit auch so lange zu benutzen.

Aus dem vorgenannten Grund bedarf es im vorliegenden Fall keiner Festlegung, ob und welche Rolle entgeltrelevante Bestandteile im Entgeltregulierungsregime des TKG²⁰⁰⁴ spielen,

vgl. hierzu einerseits 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; Schuster/Ruhle, a.a.O., § 28 Rn. 17f.; andererseits Mielke, a.a.O., § 38 Rn. 17 und 37.

Nach den oben dargestellten Grundsätzen verlangt die Antragstellerin mit der Vereinbarung einer Mindestüberlassungsdauer von ihren Nachfragern ein Entgelt im Sinne der §§ 35 Abs. 3 und 30 TKG. Dieses Entgelt ist genehmigungspflichtig.

3. Art der Entgeltgenehmigung

Die Überprüfung der verfahrensgegenständlichen Entgelte erfolgt gemäß § 32 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Eine nach § 32 Nr. 2 TKG grundsätzlich denkbare Regulierung im Rahmen eines Price-Cap-Verfahrens war im konkreten Fall nicht zugänglich, weil ein Entgeltkorb für die betreffenden Dienste nicht festgelegt worden ist.

4. Genehmigungsfähigkeit

Die beantragten Entgelte sind genehmigungsfähig.

Die genehmigten Entgelte überschreiten nach Überzeugung der Beschlusskammer die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht, § 31 Abs. 1 TKG. Zudem liegen für diese Entgelte keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 TKG vor.

4.1 Vorliegen der Anforderungen nach § 31 TKG

Nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG sind die Entgelte genehmigungsfähig, sofern diese die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind, § 31 Abs. 2 S. 1 TKG.

Mit Beschluss BK 3a-07-002/E 22.03.07 vom 31.05.2007 hat die Beschlusskammer allerdings bereits diejenigen Entgelte genehmigt, die den Kosten der effizienten Bereitstellung und Überlassung von Netzanschlüssen entsprechen. Die genehmigten Entgelte umfassten nicht das Versprechen einer Mindestabnahme- und Mindestzahlungsdauer. In der Folge müssten, sollte dieses Versprechen einen quantifizierbaren geldwerten Vorteil für die Antragstellerin haben, die bislang genehmigten Entgelte in der entsprechenden Höhe reduziert werden, damit das Gesamtentgeltniveau weiterhin nicht die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung übersteigt.

Im vorliegenden Fall zeigt indes eine genauere Betrachtung der Mindestüberlassungsdauer, dass diese der Antragstellerin keinen spürbaren Vermögensvorteil beispielsweise in Form eines messbaren Amortisationsbeitrags gewährt. Aufgrund der vertraglichen Bindungen mit ihrem Vorleistungslieferanten gewährleistet die Mindestüberlassungsdauer der Antragstellerin unter monetären Gesichtspunkten ohnehin ausschließlich, dass ihr mangels der Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung durch den Zusammenschaltungspartner innerhalb des ersten Bezugsjahres keine Kostenunterdeckung für die Überlassung des Netzanschlusses entsteht.

Darüber hinaus verschafft die Mindestüberlassungsdauer der Antragstellerin letztlich allein ideelle Vorteile dadurch, dass sie einen Schutz vor „Belästigungen“ durch frühzeitige Abschaltungen und damit vor der Notwendigkeit von eventuellen Umplanungen bei Netzauslastung und Routing bietet.

Unabhängig vom Sonderfall der Antragstellerin, welche nur das Risiko ihrer mit ihrem Vorleistungslieferanten vertraglich geregelten Mindestbezugsdauer auf den Zusammenschaltungspartner übertragen sehen möchte, ist zwar grundsätzlich nicht zu bestreiten, dass Mindestüberlassungsdauern bei einer Eigenrealisierung von Netzanschlüssen zu einer gewissen Erhöhung der Investitionssicherheit beitragen. Eine Mindestüberlassungsdauer von einem Jahr würde jedoch auch in diesem Falle nicht einmal ansatzweise genügen, die getätigten Investitionen vollständig amortisieren zu können,

vgl. hierzu Beschluss BK 3a-07-040 vom 28.01.2008, S. 8f. des amtlichen Umdrucks.

Aus den genannten Gründen und auch aus dem Vortrag der Antragstellerin ergibt sich letztlich durch die Gewährung einer einjährigen Mindestüberlassungsdauer kein konkret bemessbarer Vermögensvorteil für die Antragstellerin. Mangels eines bezifferbaren geldwerten Vorteils der Mindestüberlassungsdauer ist somit auch keine Überschreitung der Kosten der effizienten Leistungserbringung erkennbar. Damit ist zugleich der Umstand, dass vorliegend nicht auf Basis von Kostennachweisen abgestellt werden kann und sich de facto auch die von der Antragstellerin mit ihrem Vorleistungslieferanten vereinbarten Bezugskonditionen und Verrechnungspreise einer Kostenanalyse entziehen, nicht weiter schädlich.

4.2 Keine sonstigen Versagungsgründe

Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG liegen nicht vor. Anhaltspunkte für einen Verstoß der Entgelte gegen Bestimmungen des TKG oder sonstiger Rechtsvorschriften sind nicht ersichtlich. Insbesondere besteht kein Versagungsgrund nach § 35 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 28 TKG. Die Entgelte sind, soweit erkennbar, nicht missbräuchlich i.S.v. § 28 TKG.

Zwar können vertikale Beschränkungen etwa in Form von Mindestüberlassungsdauern durchaus negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben,

vgl. allgemein Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI. EG 2000 Nr. C 291/1, Rn. 103 ff.

Die Genehmigung einer (bloß) einjährigen Mindestüberlassungsdauer für Netzanschlüsse schränkt aber weder die Zusammenschaltungspartner noch dritte Unternehmen in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten spürbar ein. Die von der Antragstellerin verlangten und ihr auch genehmigten Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte bedingen ohnehin, dass sich der Nachfrager bereits vor Bestellung eines Netzanschlusses Gedanken über die Rentabilität einer solchen Zusammenschaltung machen muss. Es ist deshalb auch nicht ersichtlich, dass die einjährige Mindestüberlassungsdauer Unternehmen von ansonsten erwünschten Zusammenschaltungen (sei es mit der Antragstellerin, sei es mit Drittanbietern) abhalten könnte. So zeigt auch die äußerst geringe Beteiligung an diesem Verfahren, aber auch an jenem vorangegangenen der Beigeladenen zu 5. zum gleichen Sachverhalt (Az. BK 3a-07-040/E 19.11.07), dass die Nachfrager in der beantragten Überlassungsdauer keine wesentlichen Probleme erkennen können. Die einzige kritische Stellungnahme einer Beigeladenen in letztgenanntem Verfahren, welche eine Zahlungsverpflichtung trotz Kündigung befürchtet, geht schon deshalb fehl, weil trotz vereinbarter Mindestüberlassungspflicht bei einem wirksam von Seiten der Antragstellerin gekündigten Vertrag nicht nur die Leistungspflichten, sondern selbstverständlich auch die Gegenleistungspflichten erlöschen.

Die wettbewerbliche Beurteilung einer Mindestüberlassungsdauer könnte zwar insbesondere dann anders ausfallen, wenn es sich um einen dynamischeren Markt, eine längere Bindung und/oder um den Einbezug einzelner Anschlussleitungen in die Mindestüberlassungsfrist handeln würde. Der vorliegende Fall gibt indes keinen Anlass, diesbezüglich vertiefte Überlegungen anzustellen.

4.3 Ergebnis

Der Antragstellerin ist die beantragte Mindestüberlassungsdauer von einem Jahr zu genehmigen.

5. Nebenbestimmungen

Die auflösenden Bedingungen in Ziffer 2. ergeben sich daraus, dass die vorliegende Genehmigung eine entsprechende und per Regulierungsverfügung auferlegte Entgeltgenehmigungspflicht nach den §§ 30 und 31 TKG voraussetzt. Sofern eine solche Pflicht aufgrund rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung oder aufgrund behördlicher Entscheidung (etwa bei Erlass einer die Regulierungsverfügung vom 29.08.2006 ersetzenden Regulierungsverfügung) entfallen sollte, verliert auch die vorliegende Genehmigung ihre Berechtigung.

Die unter Ziffer 3. des Entscheidungstenors ausgesprochene Befristung der durch diesen Beschluss erteilten Entgeltgenehmigung erfolgte auf der Grundlage von § 35 Abs. 4 TKG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Ausschlaggebend war hierbei das Bestreben, sowohl aus verfahrensökonomischen Gründen als auch mit Blick auf den gegebenen Sachzusammenhang einen zeitlichen Gleichklang zwischen der vorliegenden und der bereits mit Beschluss BK 3a-07-002/E 22.02.07 vom 31.05.2007 für sonstige Zugangsleistungen erteilten Genehmigung, die eben bis zum 30.11.2008 befristet worden ist, herzustellen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 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 11.03.2008

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers