



Beschlusskammer 3

BK 3g-11-001

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der Telekom Deutschland GmbH, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 11.11.2010 wegen rückwirkender einzelvertraglicher Genehmigung von Entgelten für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu besonderen Zeiten,

Beigeladene:

1. M-net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. Vodafone D2 GmbH, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. QSC AG, Mathias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
6. htp GmbH, Mailänder Str. 2, 30539 Hannover, vertreten durch die Geschäftsführung
7. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragstellerin:

Deutsche Telekom AG,
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand

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

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

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Matthias Wieners und
den Beisitzer Dipl.-Kfm. Axel Schug

beschlossen:

1. Für die Zeit vom 01.04.2002 bis zum 30.06.2003 werden folgende Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu besonderen Zeiten genehmigt:

1. 1. Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu besonderen Zeiten

Anzahl der Schaltungen im Zeitfenster:	HvT-Standorte im Zeitfenster		
	1 bis 3	4 bis 6	7 bis 9
1	133,10 €	-	-
2 bis 3	118,55 €	-	-
4 bis 12	44,01 €	81,58 €	109,25 €
13 bis 24	25,87 €	38,26 €	55,94 €
25 bis 52	21,43 €	25,56 €	28,67 €
ab 53	18,12 €	19,63 €	20,58 €

- 1.2. Projekte zu besonderen Zeiten

Für die Bereitstellung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung im Rahmen von Projekten zu besonderen Zeiten wird eine Abrechnung nach Aufwand entsprechend den AGB-Stundensätzen gemäß der AGB-Preisliste „Sonstige Dienstleistungen“ der Antragstellerin genehmigt.

2. Die Genehmigung in Ziffer 1. gilt für die Vertragsverhältnisse der Antragstellerin über die Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung mit den Unternehmen:
 - Vodafone D2 GmbH
 - EWE TEL GmbH
 - HanseNet Telekommunikation GmbH
 - htp GmbH
 - Versatel Süd GmbH
 - Versatel West GmbH (als Nachfolgerin der Versatel Deutschland GmbH & Co. KG).
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin ist durch Ausgliederung der Festnetzsparte T-Home aus der Deutschen Telekom AG und anschließender Verschmelzung auf die T-Mobile Deutschland GmbH sowie gleichzeitiger Umfirmierung seit dem 30.03.2010 Gesamtrechtsnachfolgerin für das vormalig von der Deutschen Telekom AG betriebene bundesweite öffentliche Telefonnetz.

Die Deutsche Telekom AG ist ihrerseits Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom. Sie war bis zur Ausgliederung der Festnetzsparte und anschließender Verschmelzung auf die T-Mobile Deutschland GmbH Eigentümerin der Telekommunikationsnetze der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom und der hierzu gehörenden technischen Einrichtungen.

Im Wesentlichen auf Grund der vormaligen Monopolstellung ihrer Rechtsvorgängerin verfügte die Deutsche Telekom AG während des gesamten Geltungszeitraums des Telekommunikationsgesetzes vom 25.07.1996, BGBl. I S. 1120 (im Folgenden „TKG 1996“) über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Netzzugangsdienstleistungen im Teilnehmeranschlussbereich. Dies ergaben jeweils die im Rahmen von Missbrauchs- und Entgeltregulierungsverfahren für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) regelmäßig angestellten Ermittlungen. Wegen dieser marktbeherrschenden Stellung war die Deutsche Telekom AG nach Maßgabe der Bestimmungen des TKG 1996 gesetzlich dazu verpflichtet, ihren Wettbewerbern auf Nachfrage Zugang zu ihrem Netz und im Rahmen dessen Zugang zu ihrer TAL zu gewähren.

Dementsprechend schloss sie seit Ende 1997 mit über 90 Wettbewerbsunternehmen Verträge über den Zugang zur TAL ab und legte sie gemäß § 6 Abs. 1 NZV bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) vor. Zu diesen Unternehmen gehören mit Ausnahme der Citykom Münster GmbH auch die Unternehmen, deren Vertragsverhältnisse Gegenstand dieses Entgeltgenehmigungsverfahrens sind.

Für die 17 Zugangsvarianten waren - je nach Ausführung - unterschiedliche monatliche Überlassungs- und einmalige Bereitstellungsentgelte sowie Kündigungsentgelte vorgesehen. Bei den einmaligen Bereitstellungsentgelten wurde zwischen Entgelten für die „Übernahme“ und solchen für die „Neuschaltung“ differenziert. Außerhalb der im Vertrag bestimmten Zeitfenstern bot die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin als zusätzliche Leistungen zwei Varianten der Bereitstellung zu besonderen Zeiten an, nämlich den „Zugang zur TAL zu besonderen Zeiten“ sowie „Projekte zu besonderen Zeiten“. Für diese Leistungen wurden regelmäßig Zusatzvereinbarungen abgeschlossen. Diese enthielten bezifferte Entgelte sowie in Ziffer 3.2 einen Preisgenehmigungsvorbehalt und insbesondere die in Abs. 4 dieser Ziffer enthaltene Regelung, nach der eine Leistungspflicht der Deutschen Telekom AG nur ab dem Zeitpunkt der Erteilung und für die Dauer einer vorläufigen oder endgültigen Entgeltgenehmigung bestehe.

Die Entgelte für die zusätzlichen Leistungen „Schalten zu besonderen Zeiten“ waren während des Geltungszeitraums des TKG 1996 regelmäßig Gegenstand von Entgeltgenehmigungsverfahren, so auch des Verfahrens BK4a-02-004/E 31.01.02 auf Grund des Antrages der Deutschen Telekom AG vom 31.01.2002, mit dem das Unternehmen neue Entgelte für die Zeit ab dem 01.04.2002 beantragte. Zur Vorbereitung dieses Entgeltgenehmigungsverfahrens kündigte die Betroffene die Zusatzvereinbarungen über Leistungen zu besonderen Zeiten im Dezember 2001 zum 31.03.2002 mit der ausdrücklichen Begründung, zu den nach Abschluss des Verfahrens genehmigten Entgelten neue Verträge abzuschließen. Diese Neuabschlüsse erfolgten dann mit Vereinbarungen vom 28.03.2002 bzw. 30.04.2002 (Versatel Deutschland GmbH & Co. KG). In diesen Verträgen ist auch die Fortsetzung der Zusatzvereinbarung über Leistungen zu besonderen Zeiten ausdrücklich vereinbart, lediglich in der Vereinbarung mit der Versatel Deutschland GmbH & Co. KG wird diese Zusatzvereinbarung nicht erwähnt. Leistungen zu besonderen Zeiten wurden jedoch gegenüber den Beigeladenen zu 1. und 5., der Versatel Ost GmbH und der Citykom Münster GmbH nicht erbracht.

Mit Bescheid BK4a-02-004/E 31.01.02 vom 11.04.2002 genehmigte die damals zuständige Beschlusskammer 4 die Entgelte für Leistungen zu besonderen Zeiten teilweise für den Zeitraum vom 01.04.2002 bis zum 30.06.2003 und lehnte den Antrag im Übrigen ab. Die Genehmigung erstreckte sich ausweislich Ziffer 2 des Tenors auf alle bisher geschlossenen und noch bis zum 02.05.2002 zu schließenden Verträge über den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitung.

Wegen der Einzelheiten des damaligen Verfahrens, insbesondere des Vortrags der damaligen Verfahrensbeteiligten, wird auf die Entscheidung BK4a-02-004/E 31.01.02 vom 11.04.2002 und die zugehörigen Verwaltungsakten verwiesen.

Gegen den Bescheid BK4a-02-004/E 31.01.02 vom 11.04.2002 erhoben einige der damaligen TAL-Nachfrager, nämlich die Beigeladenen zu 1., 3., 4., 5. und 6. und 10 sowie die HanseNet Telekommunikation GmbH, die Versatel Süd GmbH, die Versatel Ost GmbH und die mittlerweile in die Versatel West GmbH überführten Versatel Deutschland GmbH & Co. KG und Citykom Münster GmbH Klage. Die Beigeladene zu 2. hatte ebenfalls gegen die Entscheidung geklagt, nahm ihre Klage aber zurück, nachdem sie eine Klagevermeidungsvereinbarung mit der Bundesnetzagentur abgeschlossen hatte, in der ihr für den Fall einer Aufhebung des beklagten Bescheides die Gleichbehandlung mit den (weiter) klagenden Unternehmen zugesichert worden war.

Mit Urteilen 1 K 4166/02, 1 K 4167/02 und 1 K 4341/02 des VG Köln vom 19.11.2009 wurde der Bescheid BK4a-02-004/E 31.01.02 hinsichtlich der in Ziffer 1 a), 1b) und 1 d) seines Tenors genehmigten Bereitstellungsentgelte, Kündigungsentgelte und Entgelte für Schaltungen zu besonderen Zeiten aufgehoben. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass der Bescheid auf den von der Antragstellerin angegebenen Stundensätzen beruhe, obwohl der Prüfbericht der Fachabteilung diese als nicht nachgewiesen angesehen habe. Ebenfalls fehlten die im Prüfbericht der Fachabteilung für notwendig erachteten schriftlichen Nachweise der Einzelkosten je Kostenstelle für die Ermittlung der Gemeinkostenzuschlagssätze. Bereits zuvor hatte das VG Köln in seiner Entscheidung 1 K 2630/00 vom 18.03.2004 festgestellt, dass die Entgelte für die Leistung „Voranfrage“ nicht der Entgeltgenehmigungspflicht unterliegen.

Mit Schreiben vom 04.10.2010 zog die Antragstellerin ihren auf Grund der Teilaufhebung des Beschlusses BK4a-02-004/E 31.01.02 noch anhängigen Antrag vom 31.01.2002 zurück. Unter dem 11.11.2010 hat sie sodann einen neuen Entgeltgenehmigungsantrag für den vom Beschluss BK4a-02-004/E 31.01.02 vom 11.04.2002 erfassten Zeitraum für Bereitstellungsentgelte, Kündigungsentgelte und Entgelte für Schaltungen zu besonderen Zeiten gestellt und diesem überarbeitete und ergänzte Kostenunterlagen hat. In der mündlichen Verhandlung hat sie ihren Antrag um einen Hilfsantrag ergänzt. In der dem Antrag beigefügten Preisliste Anlage 1 fehlten jedoch bezifferte Entgelte für die „Zusätzlichen Leistungen zu besonderen Zeiten“. Diese wurden erst mit Schreiben vom 23.12.2010 nachgereicht.

Im Beschluss BK 3c-10-111 vom 19.01.2011 wurde deshalb der Antrag auf die Genehmigung von Entgelten für „Zusätzliche Leistungen zu besonderen Zeiten“ als unzulässig zurückgewiesen und das Schreiben vom 23.12.2010 als neuer Antrag gewertet.

Wegen der Unklarheiten über die anzuwendende Vertragslage fragte die Beschlusskammer mit Schreiben vom 23.02.2011 bei den Unternehmen, gegenüber denen im Genehmigungszeit Leistungen zu besonderen Zeiten erbracht wurden und deren Vertragsverhältnisse Gegenstand dieses Entgeltgenehmigungsverfahrens sind, an, ob sie die im Verfahren BK4a-02-004/E 31.01.02 als während des Genehmigungszeitraumes vereinbart ansehen. Dem wurde nicht widersprochen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die im Beschluss BK4a-02-004/E 31.01.02 genehmigten Entgelte während des Genehmigungszeitraumes vereinbart waren. Dies ergebe sich sowohl aus den Kündigungsschreiben vom Dezember 2001 als auch aus der Klausel im TAL-Vertrag, nach der die genehmigten Entgelte während des Genehmigungszeitraumes an die Stelle der vereinbarten Entgelte träten. Der allen Vertragsparteien bewusste Zweck der Übergangsvereinbarungen sei es gewesen, den TAL-Vertrag mit allen seinen Zusatzvereinbarungen zu erfassen. So seien die Zusatzvereinbarungen auch gelebt worden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Genehmigung der in Anlage 1 – Preisliste – in der Fassung vom 23.11.2010 enthaltenen einmaligen Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung einzelvertragsbezogen bezüglich der im Genehmigungszeitraum mit folgenden Unternehmen bestehenden Verträge für den Zeitraum vom 01.04.2002 bis zum 30.06.2003:

- Vodafone Holding GmbH
- QSC AG
- Versatel Ost GmbH
- EWE TEL GmbH
- HanseNet Telekommunikation GmbH
- htp GmbH
- M-net Telekommunikations GmbH
- Versatel Süd GmbH
- Versatel West GmbH (als Nachfolgerin der Versatel Deutschland GmbH & Co. KG und als Rechtsnachfolgerin der Citykom Münster GmbH).

Hilfsweise beantragt sie,

die jeweils einzelvertraglich vereinbarten Entgelte zu genehmigen, soweit sie niedriger sind als die Entgelte, für die am 11.11.2010 die Genehmigung beantragt wurde.

Die im Verfahren BK3c-10-111 vorgelegten Antragsunterlagen, die auch für dieses Verfahren herangezogen wurden, umfassen neben dem Antragsschreiben eine Preisliste mit den beantragten Entgelten (Anlage 1), eine Leistungsbeschreibung (Anlage 2), Umsatz, Absatzmengen, Kosten- und Deckungsbeitragsentwicklung (Anlage 3), ein Gutachten des Fraunhofer Instituts für Materialfluss und Logistik zu den Bearbeitungszeiten beim Prozess TAL (Anlage 4), Kostennachweise nach § 2 TEntGV zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (Anlage 5) sowie eine Gesamtübersicht der Einzel- und Gesamtkostenstellen (Anlage 6). Zudem hat die Antragstellerin eine um die aus ihrer Sicht zu schützenden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschwärzte Fassung zur Weitergabe an die Beigeladenen des Entgeltregulierungsverfahrens beigefügt.

Im Verlauf des Verfahrens hat sie darüber hinaus in mehreren Schreiben auf schriftliche Fragen der Beschlusskammer geantwortet bzw. ergänzend zu ihrem Antrag und dem Vortrag von Wettbewerbern Stellung genommen sowie auf entsprechende Anforderungen der Beschlusskammer zusätzliche Unterlagen übersandt. Die Beigeladenen zu 1., 3., 4., 5. sowie die HanseNet Telekommunikation GmbH und die Versatel AG haben im Verfahren BK3c-10-111 schriftliche Stellungnahmen angegeben. Für den Inhalt dieser Stellungnahmen, die auch in diesem Verfahren berücksichtigt wurden, wird auf den Beschluss BK3c-10-111 vom 19.01.2011 verwiesen.

Die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen sind am 28.02.2011 über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Ebenfalls mit Schreiben vom 28.02.2011 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Beschlussentwurf gegeben worden. Mit Schreiben vom 01.03.2011 hat das Bundeskartellamt mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absieht.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen der Antragstellerin sind auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur sowie im Amtsblatt Nr. 2 vom 26.01.2011 als Mitteilung Nr. 23 veröffentlicht worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten dieses Verfahrens sowie der beigezogenen Akten der Verfahren BK 4a-02-004 und BK3c-10-111 Bezug genommen und auf die Ausführungen unter II. verwiesen.

II. Gründe

Die von der Antragstellerin mit Antrag vom 23.12.2010 beantragten Entgelte werden in der aus dem Tenor dieses Beschlusses ersichtlichen Höhe für die in Ziffer 2 des Tenors genannten Verträge genehmigt. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die gesetzliche Grundlage für die hier zu treffende Entscheidung sind die Vorschriften des TKG 1996 und die auf dessen Basis erlassenen Verordnungen, insbesondere die TEntgV, sowie für den Zugang zur Doppelader-Metalleitung (Kupfer-TAL) die Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und Rates vom 18. 12.2000 über den Zugang zum entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL-VO).

Der Umstand, dass die maßgebenden Vorschriften über die Entgeltregulierung durch das am 26.06.2004 in Kraft getretene TKG 2004 und das gleichzeitig außer Kraft getretene TKG 1996 geändert worden seien, hat nicht zur Folge, dass die genannten Bestimmungen des TKG 1996 für die Zeit ab dem 26.06.2004 unanwendbar geworden sind. Denn für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen der Beschlusskammer ist in Fällen wie dem vorliegenden grundsätzlich die während des Genehmigungszeitraums geltende Rechtslage maßgeblich,

vgl. VG Köln, Urteil 21 K 408/07 vom 22.10.2008, Bl. 11 des amtl. Umdrucks.

Grundlage für die Entscheidung über den Entgeltantrag ist § 39 1. Alternative TKG 1996. Danach gelten für die Regulierung der Entgelte für die Gewährung eines Netzzugangs nach § 35 TKG 1996 die §§ 24, 25 Abs. 1 und 3, die §§ 27, 28, 29, 30 Abs. 1 und 3 und § 31 TKG 1996 entsprechend. Auf den Zugang zur Doppelader-Metalleitung (Kupfer-TAL) ist zusätzlich TAL-VO) anzuwenden.

1. Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 66 Abs. 1, 73 Abs. 1 S. 1 TKG 1996.

Gemäß § 135 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz TKG konnte ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, weil sich zum einen sämtliche Beteiligte damit einverstanden erklärt haben und zum anderen eine solche keinen weiteren Erkenntnisgewinn gebracht hätte und daher für die Überzeugungsbildung der Beschlusskammer nicht erforderlich war.

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 den Teilen 2 und 4 des Gesetzes handelt, war gemäß § 82 S. 3 TKG 1996 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.

1.1 Zulässigkeit des Hauptantrages

Die Anträge auf Genehmigung der Entgelte für Leistungen zu besonderen Zeiten für die Vertragsverhältnisse mit den Beigeladenen zu 1. und 5., der Versatel Ost GmbH und der Citykom Münster GmbH sind unzulässig. Die Antragstellerin hat für die beantragten Genehmigungen kein Bescheidungsinteresse, weil sie nach eigenem Vortrag diese Leistungen im entscheidungserheblichen Zeitraum zwischen dem 01.04.2002 und 30.06.2003 gegenüber diesen Unternehmen nicht erbracht hat.

Der Hauptantrag ist hinsichtlich der Entgelte für die Beigeladenen zu 3., 4. und 6. sowie der HanseNet Telekommunikation GmbH, der Versatel Süd GmbH und der Versatel West GmbH

(als Nachfolgerin der Versatel Deutschland GmbH & Co. KG) ebenfalls unzulässig. Gemäß § 39 Var. 1 TKG 1996 unterliegen die Entgelte für den besonderen Netzzugang der Genehmigungspflicht. Eine Genehmigung ist nur zulässig, soweit sie für individuell vertraglich vereinbarte Entgelte erteilt wird,

BVerwG, Urteil 6 C 19/02 vom 16.07.2003, Rz. 15.

Daraus folgt, dass ein Genehmigungsantrag nur insoweit zulässig ist, als er sich auf individuell vereinbarte Entgelte bezieht. Weil die Genehmigung eines Entgeltes, das höher ist als das mit dem Nachfrager vereinbarte, nicht zulässig ist, besteht für einen solchen Genehmigungsantrag kein Bescheidungsinteresse. § 39 Var. 1 TKG 1996 ist auch hinsichtlich dieser Verfahrensfrage anwendbar, obwohl es um die Genehmigung der Entgelte für den Zugang zum Teilnehmeranschluss gemäß Art. 3 Abs. 1 TAL-VO geht. Denn die Entgeltregelung in Art. 3 Abs. 3 TAL-VO regelt lediglich den Entgeltmaßstab und Art. 4 Abs. 1 und 2 TAL-VO die Eingriffsbefugnisse, nicht aber das Verfahren zur Durchsetzung des Entgeltmaßstabes. Insbesondere folgt aus der Befugnis gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a) TAL-VO, ggfs. eine Änderung des Standardangebotes zu bewirken, kein Anspruch des Zugangsverpflichteten auf Erteilung einer vertragsunabhängigen Genehmigung. Denn die Befugnis, das Standardangebot (bzw. die allgemeinen Geschäftsbedingungen) des regulierten Unternehmens zu ändern, erfolgt durch die Vorgabe eines Grundangebotes gemäß § 6 Abs. 5 Satz 1 NZV. Die Möglichkeit der Grundangebotserklärung begründet gerade keinen Anspruch auf eine abstrakte Genehmigung und steht einer Beschränkung auf die einzelvertragsbezogene Genehmigung gerade nicht entgegen,

BVerwG, a.a.O. Rz. 22ff.

Die Beschränkung auf die Einzelvertragsgenehmigung dient der Wahrung der Privatautonomie,

BVerwG, a.a.O. Rz. 18f, 30.

Der Zugangsnachfrager soll frei mit dem Zugangsverpflichteten über den Zugang verhandeln und entsprechende Vereinbarungen treffen können. Die Genehmigung niedrigerer als vereinbarter Entgelte greift in das Verhandlungs- und Vertragsrecht des Nachfragers nicht ein, weil geringere Entgelte gerade seinem Interesse entsprechen.

Die der Beschlusskammer vorliegenden Verträge über Leistungen zu besonderen Zeiten enthalten durchweg vereinbarte Entgelte, die weder den beantragten noch den im Beschluss BK 4a-02-004/E 31.01.02 genehmigten Entgelten entsprechen. Eine Vereinbarung über bezifferte Entgelte enthalten die Vereinbarungen vom 28.03.2002, mit denen die unbefristete Fortsetzung der Zusatzvereinbarung über Leistungen zu besonderen Zeiten vereinbart wurde, regelmäßig nicht. In einigen dieser Vereinbarungen oder vorausgehenden Vereinbarungen finden sich entweder ein isolierter Verweis auf die Inrechnungstellung nach § 29 TKG 1996 oder die Regelung, dass bis zum 31.03.2002 beantragte Entgelte nicht von der Vereinbarung umfasst seien und nach § 29 TKG 1996 in Rechnung gestellt würden. In § 29 TKG 1996 ist geregelt, dass das regulierte Unternehmen ausschließlich die genehmigten Entgelte verlangen darf und anderweitig vereinbart Entgelte durch die Genehmigung ersetzt werden. Weil also alleine auf die genehmigten Entgelte Bezug genommen wird, kann aus der Klausel auch keine Vereinbarung der im Rahmen des jeweiligen Genehmigungsverfahrens beantragten Entgelte oder sonstiger höherer Entgelte entnommen werden.

Die Antragstellerin kann sich bezüglich der Entgeltpositionen, für die die Vereinbarung kein beziffertes Entgelt ausweist, nicht auf die Generalklausel in Anlage 7 des TAL-Vertrages berufen. Es ist schon fraglich, ob diese Klausel wirksam ist, weil sie die Leistungserbringung vor der Erteilung einer Genehmigung ausschließt,

vgl. hierzu BVerwG, Urteil 6 C 19/02 vom 21.01.2004, Rz. 51.

Auf diese Frage kommt es hier nicht an, denn die Klausel enthält gerade keine hinreichend eindeutige Vereinbarung der am 31.01.2002 und erst recht nicht der mit Schreiben vom 23.12.2010 beantragten Entgelte. Denn der Umstand der Erwähnung des Antrages begründet nicht die Vereinbarung der Entgelte. Die beantragten Entgelte werden weder genannt, noch wird die Bedeutung des Antrages für den Vertrag festgelegt. Gerade der Leistungsvorbehalt bis zur Ge-

Genehmigung eines und nicht des beantragten Entgeltes spricht dafür, dass die genehmigten Entgelte vereinbart werden sollten. Dies folgt aus dem Inhalt der Kündigungsschreiben vom Dezember 2001, in denen die Antragstellerin als Grund für die Kündigung die Anpassung der Verträge an die neuen Entgelte angab, was ihren Vertragspartnerinnen beim Abschluss der Vereinbarungen vom 28.03.2003 bewusst sein musste. Sofern in der Übergangsvereinbarung mit der Versatel Deutschland GmbH & Co. KG vom 30.04.2002 die Zusatzvereinbarung über Leistungen zu besonderen Zeiten nicht aufgelistet ist, geht die Beschlusskammer angesichts der Umstände des Vertragsschlusses, des anschließenden weiteren Bezuges der betroffenen Leistungen und einer fehlenden entgegenstehenden Stellungnahme des betroffenen Unternehmens davon aus, dass mit dem TAL-Vertrag auch die Zusatzvereinbarung über Leistungen zu besonderen Zeiten fortgesetzt werden sollte.

Die Antragstellerin und Nachfrager der Leistungen zu besonderen Zeiten haben daher in den für den Genehmigungszeitraum maßgeblichen Verträgen nicht die von der Antragstellerin beantragten Entgelte vereinbart und überhaupt keine Abrede über bezifferte Entgelte getroffen. Fehlt eine Abrede über die Vergütung, so ist nach § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Die übliche Vergütung sind hier die genehmigten Entgelte, die gemäß § 29 TKG 1996 vom Lizenznehmer ausschließlich zu erheben sind, nicht aber die beantragten Entgelte, die nur auf den einseitigen Preisvorstellungen der Antragstellerin beruhen. Diese Annahme der Vereinbarung der genehmigten Entgelte über die Anwendung von § 632 Abs. 2 BGB widerspricht dem Einzelvertragsprinzip nicht. Denn wie oben dargelegt, beabsichtigt das Einzelvertragsprinzip den Schutz der Privatautonomie der Vertragsparteien. Die Vertragsparteien werden aber auch durch das TKG 1996 nicht dazu verpflichtet, ihre Privatautonomie detaillierter und intensiver auszuüben als im allgemeinen Zivilrecht. Unterlassen es die – im Übrigen rechtskundigen bzw. rechtskundig beratenen – Parteien, eine ausdrückliche Abrede über die vereinbarten Entgelte zu treffen, so kann die so entstandene Lücke über § 632 Abs. 2 BGB gefüllt werden. Weil dies zur Vereinbarung der mit Beschluss BK 4a-02-004/E 31.01.02 genehmigten Entgelte führt, ist jedoch der Hauptantrag auf Genehmigung der beantragten Entgelte unzulässig.

1.2 Zulässigkeit des Hilfsantrages

Soweit der Hauptantrag wegen einer Abweichung vom vertraglich Vereinbarten unzulässig ist, ist jedenfalls der Hilfsantrag zulässig, weil dieser jeweils auf das vertraglich vereinbarte Entgelt abstellt.

1.3 Verletzung der Beteiligtenrechte

Die den Beigeladenen im Beschlusskammerverfahren gemäß § 75 Abs. 1 TKG 1996 einzuräumenden Beteiligtenrechte sind nicht dadurch unzulässig verkürzt worden, dass ihnen nur solche Fassungen des Entgeltantrages zur Verfügung gestellt worden sind, in denen die Passagen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin enthalten, entnommen bzw. geschwärzt worden sind. Die durch Schwärzungen geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entsprechen im Wesentlichen den vom VG Köln in den Verfahren 1 K 4166/02, 4167/02, und 4341/02 anerkannten. Gegen die Schutzwürdigkeit der Geheimnisse kann insbesondere nicht eingewandt werden, dass die Schutzwürdigkeit durch Zeitablauf entfallen ist. Die Antragstellerin bietet die hier gegenständliche Leistung weiterhin am Markt an und aus den geschwärzten Informationen lassen sich auch Rückschlüsse auf das aktuelle Geschäft bzw. den Betrieb ziehen,

vgl. zum Maßstab auch VG Köln, Beschluss 1 K 6878/02 vom 22.09.2009, Rz. 20ff.

2. Genehmigungspflicht

Die Entgelte für die zusätzliche Leistung „Schalten zu besonderen Zeiten“ für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sind genehmigungspflichtig. Die Genehmigungspflicht ergibt sich aus § 39 1. Alt. i.V.m. §§ 35 Abs. 1, 24, 25 Abs. 1, 27 TKG 1996. Danach unterliegen die Ent-

gelte für die Gewährung eines besonderen Netzzugangs durch das marktbeherrschende Unternehmen der ex-ante-Genehmigung. Die Genehmigungspflichtigkeit ergibt sich auch für die der TAL-VO unterfallenden Entgelte für den Zugang zur Kupfer-TAL aus den genannten Vorschriften des TKG 1996, weil die TAL-VO in Artikel 3 Abs. 3 nur ausspricht, dass sich die Entgelte an den Kosten zu orientieren haben, und in Art. 4 Abs. 1 und 2 TAL-VO der nationalen Regulierungsbehörde die Befugnis einräumt, die Einhaltung dieses Grundsatzes bei der Gestaltung von Tarifen und Standardverträgen durchzusetzen. In der TAL-VO wird aber nicht geregelt, durch welches Verwaltungsverfahren dies sichergestellt werden soll, so dass die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für eine Entgeltgenehmigungspflicht auch die der TAL-VO unterfallenden Entgelte umfasst.

Für die weitere Begründung wird auf Ziffern 2 und 3 der Gründe des Beschlusses BK4a-02-004/E 31.01.02 vom 11.04.2002 verwiesen.

3. Art der Entgeltgenehmigung

Die Entscheidung über die Genehmigung der Entgelte erfolgt gemäß §§ 39, 24, 27 Abs. 4 TKG 1996 i.V.m. § 7 TEntgV und Art. 3 Abs. 3 TAL-VO (nur für den Zugang zur Kupfer-TAL) nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG 1996 auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienstleistungen entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

4. Genehmigungsfähigkeit der Entgelte

Die Genehmigungsfähigkeit der beantragten Entgelte richtet sich für diejenigen des Zugangs zur Doppelader-Metalleitung (Kupfer-TAL) nach dem TKG 1996 sowie nach der TAL-VO; für die übrigen Zugangsvarianten richtet sie sich ausschließlich nach dem TKG 1996. Die Entgelte für Leistungen zu besonderen Zeiten differenzieren nicht zwischen den Arten der TAL, zu denen Zugang gewährt wird. Nach § 39 1. Alternative i. V. m. § 27 Abs. 3 TKG 1996 ist die Genehmigung der Entgelte für die Gewährung eines offenen Netzzugangs nach § 35 TKG 1996 zu versagen, wenn die Entgelte nicht den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 nach Maßgabe des Absatzes 2 oder offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 TKG 1996 nicht entsprechen oder mit sonstigen Vorschriften des TKG 1996 oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen. Als andere Rechtsvorschrift ist hier für den Zugang zur Kupfer-TAL insbesondere die unmittelbar geltende TAL-VO zu beachten, die in Art. 3 Abs. 3 festlegt, dass sich die Entgelte für den Zugang an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren haben, und die für diese Zugänge an die Stelle von § 24 Abs. 1 S. 1 TKG 1996 tritt.

4.1 Vorliegen der Anforderungen nach § 27 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TKG 1996

Die von der Antragstellerin beantragten Entgelte sind in der aus dem Tenor dieser Entscheidung ersichtlichen Höhe zu genehmigen.

Die unter Ziffer 1 tenorierten Entgelte entsprechen den nach §§ 39, 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG 1996 für die Erteilung der Anordnung zu Grunde zu legenden Anforderungen des § 24 TKG 1996 bzw. für den Zugang zur Kupfer-TAL Art. 3 Abs. 3 TAL-VO.

Gemäß §§ 39, 27 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1 TKG 1996 sind Entgelte für die Gewährung eines besonderen Netzzugangs auf der Grundlage der auf die einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu genehmigen. Dabei haben sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren, § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 TKG 1996 i.V.m. § 3 Abs. 1 TEntgV bzw. Art. 3 Abs. 3 TAL-VO. Der Begriff der Orientierung Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in § 24 Abs. 1 S. 1 TKG 1996 und der Begriff der Kostenorientierung der Preise in Art. 3 Abs. 3 der TAL-VO unterscheiden sich inhaltlich nicht und erfordern deshalb keine Differenzierung in der Beurteilung der beantragten Entgelte,

vgl. VG Köln, Urteil 1 K 4166/02 vom 19.11.2009, S 14 f.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter Ziffer II.4.2 des Beschlusses BK 3c-10-111 vom 19.01.2011 verwiesen.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bedeutet der Begriff der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht, dass ihr nach Feststellung dieser Kosten noch ein Preissetzungsspielraum zustünde. Der Begriff der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung soll u. a. dem Umstand Rechnung tragen, dass aus Praktikabilitätsgründen, etwa bei der Bildung von Tarifen, eine exakte Abbildung der Kosten in den Entgelten unmöglich sein kann,

vgl. BeckTKG-Kommentar-Schuster/Stürmer, 2. Aufl. 2000, § 24 Rz. 14.

Auch das Urteil des EuGH vom 24. April 2008 (Rs. C-55/06), das sich intensiv mit dem Begriff der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungserbringung auseinandergesetzt hat, erwähnt einen solchen Preissetzungsspielraum nicht.

Der Begriff der Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist zudem in Zusammenschau mit § 3 Abs. 3 TEntgV zu sehen, der die Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Kosten jenseits der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bei der Entgeltgenehmigung regelt. Der Spielraum, der durch den Wortlaut des § 24 Abs. 1 S.1 TKG 1996 eröffnet wird, wird durch § 3 Abs. 4 TEntgV dahin ausgefüllt, dass eine Berücksichtigung von über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegenden *nachgewiesenen* Kosten nur möglich ist, wenn für diese Aufwendungen im Rahmen der Leistungsbereitstellung eine rechtliche Verpflichtung besteht oder sonst eine sachliche Rechtfertigung gegeben ist.

Außerdem ist gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 i.V.m. § 24 Abs. 2, § 27 Abs. 2 und 3 TKG 1996 zu prüfen, ob die Entgelte Aufschläge enthalten, die nur auf Grund der marktbeherrschenden Stellung durchsetzbar sind, Abschlüsse enthalten, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigen, und ob die Entgelte gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG 1996 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, § 3 Abs. 2 TEntgV.

Die nach § 24 TKG 1996, § 3 Abs. 1 TEntgV vorzunehmende Prüfung, ob und inwieweit sich die von der Antragstellerin zur Genehmigung vorgelegten Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren, ist grundsätzlich auf Basis der vom beantragenden Unternehmen vorgelegten Kostennachweise nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 TEntgV vorzunehmen.

Hiervon ausgehend ist die Antragstellerin deshalb verpflichtet, ihrem Genehmigungsantrag Unterlagen beizufügen, die bei objektiver Betrachtung ausreichend sind, um der Beschlusskammer innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist des TKG 1996 ein Bild von den tatsächlich bei den einzelnen Leistungen entstehenden Kosten (Ist-Kosten) zu verschaffen. Die Beschlusskammer muss auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen in die Lage versetzt werden, die Methodik der Preis- und Kostenkalkulation, die rechnerische und sachliche Richtigkeit sowie die technische Plausibilität zu überprüfen und sodann die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu bestimmen.

Demzufolge muss eine Kostenkalkulation, die den Anforderungen von § 2 Abs. 1 und Abs. 2 TEntgV gerecht wird, insbesondere eine transparente Darlegung der Ermittlungsmethodik der Ist-Kosten beinhalten (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TEntgV). In den Kostenunterlagen ist daher auf eine verständliche Art und Weise zu erörtern, wie die Inputparameter miteinander verknüpft werden und wie sich aus ihnen das Endergebnis (die Gesamtkosten je Dienstleistung) ableiten lässt. Die Lieferung einer sog. „Black-Box“, die lediglich Dateneingabe und Datenausgabe ohne Darlegung des Rechenweges erkennen lässt, reicht nicht aus.

Das Mengengerüst gemäß Bestandssystemen der Antragstellerin und das Preisgerüst, das der Kostenberechnung zugrunde liegt, sowie ggf. die Kapazitätsauslastung sind offenzulegen

(§ 2 Abs. 2 Nr. 3 und 4 TEntgV). Dabei ist es erforderlich, dass wesentliche Parameter des Mengen- und Preisgerüsts nicht nur als Einzelangaben, sondern auch in aggregierter Form, vorrangig als Bundesdurchschnittswerte, ausgewiesen sind und so eine Beurteilung anhand von Referenzwerten ermöglicht wird.

Da die Beschlusskammer nach § 3 Abs. 1 TEntgV die vom beantragenden Unternehmen vorgelegten Nachweise dahingehend zu überprüfen hat, ob und inwieweit sich die beantragten Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren, müssen die Kostenunterlagen der Antragstellerin schließlich eine Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zulassen. Die vorgelegten Ist-Kostennachweise müssen die Beschlusskammer deshalb in die Lage versetzen, durch geeignete Modifizierungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Prüfungsmaßstab der Entgelte zu ermitteln. Korrekturen der wesentlichen Eingangsgrößen und eine Quantifizierung der Auswirkung dieser Korrekturen im Hinblick auf die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung der jeweiligen Dienstleistung müssen innerhalb des Genehmigungsverfahrens durchführbar sein.

Legt das beantragende Unternehmen die in § 2 Abs. 1 und 2 TEntgV genannten Unterlagen nicht vollständig vor, kann die Beschlusskammer gemäß § 2 Abs. 3 TEntgV einen Entgeltantrag ablehnen.

4.1.1 Bewertung der Kostenunterlagen

Den Entgelten für das Schalten zu besonderen Zeiten liegen einmalige Produkt- und Angebotskosten zugrunde. Diese setzen sich nach der Kalkulation der Antragstellerin aus Prozesskosten, ggf. anteiligen Kosten der Vergabe an Auftragnehmer, etwaig erforderlichen Materialkosten, Fakturierungskosten und Gemeinkosten zusammen.

Das VG Köln hat in seinen Urteilen 1 K 3441/02, 1 K 4166/02 und 1 K 4167/02 vom 19.11.2009, die die weitgehende Aufhebung des Beschlusses BK 4a-02-004/E31.01.02 vom 11.04.2002 bezüglich der jeweiligen Klägerinnen beinhalten, vorrangig ausgeführt, dass

- die für eine „sachgerechte Ermittlung und Berechnung“ der Stundensätze notwendige „Gesamtschau nicht möglich“ gewesen sei, „weil die Beigeladene“ (hier Antragstellerin) „nicht über eine in das Gesamtrechnenwerk ihres Unternehmens integrierte Kostenträgerrechnung“ verfügte,
- die Stundensätze damit „aus fachlicher Sicht nicht nachgewiesen“ gewesen seien und
- bei „den Gemeinkostenzuschlagssätzen die schriftlichen Nachweise der zugrunde liegenden Einzelkosten je Kostenstelle“ gefehlt hätten.

In diesem Zusammenhang hat das VG Köln auch kritisiert, dass die Kostennachweise laut Prüfbericht der Fachabteilung der Bundesnetzagentur unzureichend waren und die Beschlusskammer dennoch auf Basis der Kostenunterlagen entschieden hatte.

Die Antragstellerin hat ihre Kostennachweise unter Beachtung der Ausführungen des VG Köln nachgebessert (Anlage 6 des Entgeltantrages). Die Unterlagen genügen damit den Vorgaben des § 2 Abs. 1 und 2 TEntgV und konnten daher als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden. Die Bewertung der Beschlusskammer erfolgt in Einklang mit dem Prüfbericht der Fachabteilung. Bei der Beurteilung wurde berücksichtigt, dass der überwiegende Teil der Kostenunterlagen auf ein vergleichsweise frühes Stadium der Entgeltregulierungsverfahren zurückgeht.

Für die Ermittlung der Stundensätze, der Gemeinkosten und der Prozesszeiten wird auf die entsprechenden Ausführungen unter Ziffer II.4.2.1 des Beschlusses BK 3c-10-111 verwiesen.

4.1.2 Ermessensausübung gemäß § 2 Abs. 3 TEntgV

Nach § 2 Abs. 3 TEntgV kann – wie oben bereits erwähnt – die Bundesnetzagentur einen Entgeltantrag ablehnen, wenn das antragstellende Unternehmen die in § 2 Abs. 1 und 2 genannten Unterlagen nicht vollständig vorgelegt hat.

Die Beschlusskammer ist nach pflichtgemäßer Abwägung aller ihr zum Zeitpunkt der Entscheidung bekannten Tatsachen und darauf gründenden maßgeblichen Gesichtspunkte zu dem Ergebnis gekommen, ihr durch § 2 Abs. 3 TEntgV eröffnetes Ermessen dahingehend auszuüben, den Entgeltantrag nicht insgesamt abzulehnen bzw. allein auf der Grundlage einer alternativen Erkenntnismöglichkeit zu bescheiden. Hierfür war maßgeblich, dass die Kostenunterlagen in weiten Teilen den Vorgaben des § 2 Abs. 1 und 2 TEntgV entsprechen und damit eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermöglichen.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass eine Entscheidung auf Basis der nur in einzelnen Punkten unvollständigen Kostenunterlagen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in stärkerem Maße gerecht wird als eine Ablehnung des Entgeltantrags.

Zu den Einzelheiten der Ermessenausübung wird im Übrigen auf Ziffer II.4.2.2 des Beschlusses BK3c-10-111 vom 19.01.2011 verwiesen.

4.1.3 Bewertung der Entgelte für das Schalten zu besonderen Zeiten im Hinblick auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

Die beantragten Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte enthalten Aufschläge nach § 24 Abs. 2 Nr.1 TKG 1996, die einer vollständigen Genehmigung entgegenstehen. Die Genehmigung gemäß Tenor beinhaltet daher gegenüber den Antragswerten Entgeltreduzierungen. Die Reduzierungen der Tarife für das Schalten zu besonderen Zeiten folgen aus gebotenen Korrekturen gemäß Beschluss BK 3c-10-111 vom 19.01.2011 im Hinblick auf den Zeitansatz für das „Schalten am HVt bei der Übernahme“ (Ziffer 4.2.3.1.2.1), die Fahrzeiten (Ziffer 4.2.3.1.2.2), die Stundensätze (Ziffer 4.2.3.1.2.4) und die Gemeinkosten (Ziffer 4.2.3.1.2.5).

Die Tarife für das Schalten zu besonderen Zeiten sind neben den Regelbereitstellungsentgelten zu entrichten, sofern die Bereitstellung außerhalb der Regelarbeitszeit erfolgt. Dementsprechend sind die betreffenden Tarife ausschließlich auf Grundlage derjenigen Kosten zu bewerten, die durch die Bereitstellung außerhalb der Regelarbeitszeiten zusätzlich anfallen. Dabei handelt es sich nach der Kalkulation der Antragstellerin - außer um die Kosten durch zusätzlich auftretende Fahrzeiten - um Aufwendungen aufgrund tarifvertraglicher Verpflichtungen, die nach § 21 Abs. 1 Satz 2 PostPersRG auf die Antragstellerin übergegangen sind. Danach musste die Antragstellerin im Genehmigungszeitraum für Arbeitsleistungen in besonderer Schicht - unabhängig von der tatsächlich zu verzeichnenden Arbeitszeit - zwei Arbeitstunden hinzurechnen.

Die Schaltungen zu besonderen Zeiten wurden im Genehmigungszeitraum in einstündigen „Zeitfenstern“ am Dienstag, Mittwoch oder Freitag bzw. in einem zweistündigen Zeitfenster am Samstag vorgenommen. Der vorstehend genannte Arbeitszeitausgleich in Höhe von 2 Stunden erfolgte dienstags, mittwochs und samstags. Für Arbeiten in dem Zeitfenster am Freitag war keine besondere Schicht fällig. Die Entgelte für das Schalten zu besonderen Zeiten und die betreffende Kostenkalkulation sind nach der Anzahl der Schaltungen im Zeitfenster (1 / 2 bis 3 / 4 bis 12 / 13 bis 24 / 25 bis 52 / ab 53) sowie darüber hinaus nach der Anzahl der betroffenen HVt-Standorte (1 bis 3 / 4 bis 6 / 7 bis 9) untergliedert. Auf diese Weise ergeben sich 14 unterschiedliche Tarife.

Bei der Berechnung der Zeitansätze für die einzelnen Varianten werden für jedes Zeitfenster unterschiedliche mögliche Verteilungen der Schaltungen auf die HVt-Standorte aufgelistet und die daraus resultierenden Zusatzzeiten (aus zusätzlichen Fahrzeiten und besonderen Schichten) quantifiziert. Anschließend werden – unter Berücksichtigung einer Gleichverteilung über die vier Zeitfenster - die durchschnittlichen Zusatzzeiten für die jeweiligen Varianten gebildet. Diese werden mit dem betreffenden Stundensatz multipliziert und um die Gemeinkosten erhöht.

Die Kalkulation der Antragstellerin enthält einen detaillierten Nachweis für die zusätzlichen Fahrzeiten, der in dem Entgeltantrag für den vorausgegangenen Genehmigungszeitraum noch nicht vorlag und deshalb zu einzelnen Entgelterhöhungen gegenüber den zuvor geltenden Tarifen führt. Zusätzliche Fahrzeiten ergeben sich dadurch, dass die bei der Ermittlung der Regelbereitstellungskosten berücksichtigten Bündelvorteile - durch mehrfaches Schalten an einem HVt bzw. durch Anfahren mehrerer HVt in einem täglichen „Rundkurs“ - beim Schalten zu be-

sonderen Zeiten u. a. aufgrund der engen Zeitfenster nur in deutlich geringerem Umfang zu verzeichnen sind. Die zusätzliche Fahrzeit wird ermittelt als Differenz zwischen der außerhalb der Regelarbeitszeit unterstellten Fahrzeit und der bereits durch die Regelbereitstellungsentgelte abgedeckten durchschnittlichen Fahrzeiten. Werden also beispielsweise von einer Kraft zwei Schaltungen durchgeführt, so ergibt sich die hier relevante Fahrzeit, indem von der für das Schalten zu besonderen Zeiten erforderlichen Fahrzeit die zweifache durchschnittliche auftragsbezogene Fahrzeit der Regelbereitstellung abgezogen wird.

Die Berechnungen der Antragstellerin waren wie folgt zu korrigieren:

- Die Antragstellerin geht in ihrer Kostenkalkulation davon aus, dass in einem einstündigen Zeitfenster maximal ■ Schaltungen, in dem 2-stündigen Schaltfenster am Samstag maximal ■ Schaltungen von einer Arbeitskraft durchgeführt werden können. Bedingt durch die nur 1-stündigen Zeitfenster sind dabei Schaltungen am Dienstag, Mittwoch und Freitag von einer Arbeitskraft jeweils lediglich an einem HVt möglich, am Samstag hingegen an bis zu zwei HVt.

Zur Bestimmung der maximal durch eine Kraft durchführbaren Schaltungen wurde die zur Verfügung stehende Zeit je Schaltfenster (60 Minuten bzw. 120 Minuten) von der Antragstellerin durch die für das Schalten am HVt bei der Übernahme benötigte Zeit (ungewichtetes Mittel aus den Schaltzeiten aller 17 Produktvarianten) geteilt. Da die Zeit je Schaltvorgang am HVt gemäß Ziffer 4.2.3.1.2.1 des Beschlusses vom 19.01.2011 zu verringern war, hat sich die Zahl der in den Zeitfenstern möglichen Schaltungen je Kraft gegenüber den Angaben der Antragstellerin erhöht. Darüber hinaus hat die Beschlusskammer bei der Ermittlung des korrigierten Wertes im Gegensatz zur Antragstellerin nicht auf einen ungewichteten, sondern auf einen – mit den prognostizierten Absatzmengen des Jahres 2002 - gewichteten Mittelwert zurückgegriffen. Dadurch wird verhindert, dass sich höhere Montagezeiten bei Produktvarianten, die nur sehr selten nachgefragt werden, in gleichem Maße in der Berechnung auswirken wie niedrigere Schaltzeiten bei den häufigen Produktvarianten.

Die Zahl der in Abhängigkeit von den durchzuführenden Schaltungen notwendigen Arbeitskräfte hat direkte Auswirkungen auf die Höhe der insgesamt anfallenden Zeitzuschläge und damit der zusätzlich erforderlichen Arbeitszeiten. Nach der Neuberechnung der Beschlusskammer können im einstündigen Schaltfenster von einer Kraft bis zu ■ Schaltungen (statt ■), im zweistündigen Schaltfenster bis zu ■ Schaltungen (statt ■) am HVt erledigt werden. Daher wird am Dienstag und Mittwoch jeweils erst nach Erreichen von ■ Schaltungen, am Samstag nach ■ Schaltungen ein weiterer Zeitzuschlag fällig.

- Die größere Zahl möglicherer Schaltungen durch eine Kraft wirkt sich nicht nur auf die besonderen Schichten, sondern ebenfalls auf die zusätzlich erforderlichen Fahrzeiten aus, weil tendenziell weniger Kräfte für die Durchführung der Schaltungen benötigt werden und daher auch weniger Fahrzeiten anfallen.
- Da in die Kostenermittlung darüber hinaus sowohl die durchschnittliche Fahrzeit zum HVt bei der Regelbereitstellung als auch die Stundensätze und Gemeinkosten einfließen, haben des weiteren die unter Ziffer 4.2.3.1.2.4 und 4.2.3.1.2.5 des Beschlusses vom 19.01.2011 dargestellten Änderungen direkte Konsequenzen hinsichtlich der Tarife für das Schalten zu besonderen Zeiten.

Die Beschlusskammer hat bei ihren Berechnungen auch einzelne Fehler der Antragstellerin, die diese in dem Entgeltgenehmigungsverfahren BK 4a-02-004/E31.01.02 mit Schreiben vom 06.03.2002 bestätigte, korrigiert.

4.2 Versagungsgründe gemäß § 27 Abs. 3 TKG 1996

Es liegen auch keine Versagungsgründe gemäß § 27 Abs. 3 TKG 1996 vor.

4.2.1 Preishöhenmissbrauch

Zwar waren die beantragten Entgelte in dem von der Antragstellerin geforderten Umfang teilweise überhöht, jedoch kann sie diese, soweit sie unangemessen sind, bereits aufgrund der vorliegenden Genehmigung nicht i. S. v. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 durchsetzen. Soweit die Entgelte genehmigt werden, beinhalten sie keine Aufschläge.

4.2.2 Preis-Kosten-Schere

Insbesondere ist von der Genehmigung der Entgelte für die Leistungen zu besonderen Zeiten nicht deshalb abzusehen, weil diese Entgelte eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere gemäß Art. 82 EG-Vertrag begründen. Hierzu wird auf Ziffer 4.3.2 des Beschlusses BK 3c-10-111 vom 19.01.2011 verwiesen

4.2.3 Sonstige Versagungsgründe

Schließlich ist eine Diskriminierung nach § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG 1996, die dadurch eintreten könnte, dass die Konditionen für andere Produkte der Antragstellerin deren Nachfragern ungerichtfertigte Vorteile einräumen, nicht erkennbar. Auch sind Verstöße gegen andere Rechtsvorschriften nicht ersichtlich.

5. Umfang der Genehmigung

Die Genehmigung nach Haupt- und Hilfsantrag umfasst die tenorierten Entgelte in den im Tenor genannten Verträgen. Abweichend vom Wortlaut des Antrages wurden nicht die Entgelte im Vertrag mit der Vodafone Holding GmbH, sondern mit der Vodafone D2 GmbH genehmigt, weil diese Rechtsnachfolgerin der Arcor AG & Co. ist und eine solche Auslegung des Antrags dem Interesse der Antragstellerin entspricht.

Die Genehmigung erstreckt sich nicht auf andere Vertragsverhältnisse, namentlich solche mit Unternehmen, die nicht gegen die Entgeltgenehmigung BK4a-02-004/E 31.01.02 geklagt haben. Hierzu wird auf Ziffer II.5 des Beschlusses BK 3c-10-111 vom 19.01.2010 verwiesen.

6. Geltungszeitraum und Befristung der Genehmigung

Die Genehmigung der Entgelte gilt für sämtliche Varianten antragsgemäß für den Zeitraum vom 01.04.2002 bis zum 30.06.2003.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss 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 beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 1 TKG.

Bonn, den 02.03.2011

Vorsitzender	Beisitzer	Beisitzer
Wilmsmann	Wieners	Schug