



- Beschlusskammer 3 -

BK 3b-09/047

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Anordnung von Entgelten für Intra-Building-Abschnitte und Zentrale Zeichengabekanaäle

der Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

und

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

Antragsgegnerin,

Beigeladene:

1. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 88-90, 60326 Frankfurt am Main,
vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch den Vorstand,
3. Telefonica O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München
vertreten durch die Geschäftsführung,
4. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Straße 1, 52525 Heinsberg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
5. Colt Telekom GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt am Main
vertreten durch die Geschäftsführung,
6. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,
7. HanseNet Telekommunikation GmbH, Überseering 33a, 22297 Hamburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,

8. M-net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
9. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
10. MDCC Magdeburg-City-Com GmbH, Weitlingstraße 22, 39104 Magdeburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
11. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
12. KielNET GmbH, Knooper Weg 75, 24116 Kiel, vertreten durch die Geschäftsführung,
13. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
14. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

- | | |
|--------------------------|---|
| der Antragstellerin: | Rechtsanwälte Hogan & Hartson Raue
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin |
| der Antragsgegnerin: | Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs & Widmaier
Mozartstraße 4–10
53115 Bonn |
| der Beigeladenen zu 4.: | Juconomy Rechtsanwälte
Graf-Recke-Straße 82
40239 Düsseldorf |
| der Beigeladenen zu 10.: | Rechtsanwalt Hermann-Josef Piepenbrock
Friedingsstraße 7
40625 Düsseldorf – |

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

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

auf die mündliche Verhandlung vom 08.09.2009 beschlossen:

1. Im Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin wird die Geltung der in Anlage 1 des Anordnungsantrages beigefügten Ergänzungsvereinbarung mit Rückwirkung ab dem 16.11.2006 mit folgenden Änderungen angeordnet:
 - 1.1 In § 1 Ziffer 1 wird Satz 2 gestrichen.

1.2 § 2 wird durch folgende Regelung ersetzt:

„1. Die für die Bereitstellung und Überlassung der Intra-Building-Abschnitte von Vodafone und Überlassung der Zentralen Zeichengabekanäle von Vodafone und Nutzung von Infrastruktur bzw. Infrastrukturleistungen von Vodafone genehmigten Entgelte sind zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer zu zahlen. Die Entgelte werden zu Beginn der Abrechnungsperiode fällig und abgerechnet.

2. Beginnend mit der erstmaligen wechselseitigen Nutzung der Intra-Building-Abschnitte und der Zentralen Zeichengabekanäle von Vodafone durch Telekom und Vodafone werden die Entgelte hierfür gemäß Anlage 2 – Preise – dieser Ergänzungsvereinbarung in Rechnung gestellt. Nach Ablauf des Kalenderjahres erstattet Vodafone nach Rechnungsstellung durch die Deutsche Telekom einen Anteil des Bereitstellungspreises und einen Anteil des Überlassungspreises der Intra-Building-Abschnitte und ZZK entsprechend dem gemäß Punkt 3 gebildeten Minutenverhältnis. Grundlage der Erstattung ist der Zeitraum, in dem sich der jeweilige Intra-Building-Abschnitt im vorangegangenen Kalenderjahr tatsächlich in Betrieb befand (maßgebend für die Inbetriebnahme des Intra-Building-Abschnitts ist das Datum im Inbetriebnahmeprotokoll der jeweiligen Intra-Building-Abschnitte der ICAs der Deutschen Telekom).

3. Minutenverhältnis

Die Deutsche Telekom trägt die Kosten der Intra-Building-Abschnitte und ZZK entsprechend ihrer eigenen Nutzung. Die Nutzung wird durch die über diese Intra-Building-Abschnitte und ZZK generierten Verbindungsminuten für die Leistung Vodafone-B.1 ermittelt. Dabei erfolgt die Ermittlung der Verbindungsminuten netzbezogen.

Von der Deutschen Telekom werden die Verbindungsminuten generiert, die sich, ungeachtet der Verkehrsrichtung, aus der Bezahlung der Zusammenschaltungsdienste von Vodafone gem. Teil 3 der Anlage C – Dienstportfolio ergeben. Von Vodafone sind die Verbindungsminuten zu tragen, die sich aus der Differenz zwischen den von der Deutschen Telekom generierten Verbindungsminuten und den maximal möglichen Verbindungsminuten ergeben. Dabei wird bei einem 2 Mbit/s-Intra-Building-Abschnitt eine maximal mögliche Anzahl von 444.000 Verbindungsminuten pro Monat zugrunde gelegt. Dieser Wert ergibt sich daraus, dass angesichts von schwankenden Verkehrsmengen und zum Schutz der Verbindungssicherheit lediglich eine Maximalauslastung von 80 % unterstellt werden kann. Die so ermittelten Verbindungsminuten werden zueinander ins Verhältnis gesetzt.

2. Die Anordnung steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Parteien sich über die Bedingungen der Entgelterstattung oder über Einflussmöglichkeiten der Antragsgegnerin auf den Umfang der genutzten verfahrensgegenständlichen Leistungen einigen.
3. Die übrigen in der Hauptsache gestellten Anträge werden abgelehnt.
4. Das Verfahren über die hilfsweise nach § 133 TKG gestellten Anträge wird abgetrennt und unter dem Aktenzeichen BK3g-09-086 fortgeführt.

Sachverhalt

Gegenstand des Verfahrens sind die Entgelte für die von der Antragstellerin im Zuge der Erbringung der Terminierungsleistung Vodafone-B.1 bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle (ZZK).

Die Antragstellerin betreibt bundesweit ein öffentliches Telekommunikationsnetz in Form eines digitalen zellularen Mobilfunknetzes. Sie hat ihr Netz u. a. mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin zusammengeschaltet. Rechtliche Grundlage für diese Zusammenschaltung ist derzeit nach beiderseitigem Verständnis die Zusammenschaltungsvereinbarung vom 08.04.2002. Diese Vereinbarung ist von den Parteien zwischenzeitlich vertraglich mehrfach ergänzt und abgeändert worden, letztmalig mit Änderungsvereinbarung vom 23.03.2009.

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

Für die Erbringung der Terminierungsleistung Vofafone-B.1 muss die Antragstellerin auch Intra-Building-Abschnitte und Zentrale Zeichengabekanäle (ZZK) bereitstellen. Für die Bereitstellung und Überlassung dieser Intra-Building-Abschnitte ist in diesem Vertrag keine Entgeltzahlung vorgesehen. Sonstige Zusammenschaltungsvereinbarungen, die die Antragstellerin mit anderen Betreibern abgeschlossen hat, sehen die Zahlung von Entgelten für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und ZZK sowie eine Rückerstattungsregelung eines Teiles der Entgelte bei gemeinsamer Nutzung dieser Einrichtungen vor.

Der Antragstellerin wurden erstmalig mit Beschluss BK 4c-06-002/R vom 29.08.2006 verschiedene Pflichten der Zugangsgewährung auferlegt, darunter die Verpflichtung, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragstellerin zu ermöglichen. Diese Verpflichtung wurde in Ziffer I.1.1 des Beschlusses BK3b-08/017 vom 05.12.2008 aufrechterhalten. Die Entgelte für die von der Pflicht zur Zugangsgewährung erfassten Leistungen wurden der Genehmigungspflicht nach § 31 TKG unterworfen, was ebenfalls in Ziffer I.3 des angegebenen Beschlusses aufrechterhalten wurde.

Entsprechende Entgelte u. a. für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und ZZK wurden erstmalig mit Beschluss BK 3a/b-06-011 vom 16.11.2006 rückwirkend ab dem 30.08.2006 genehmigt. Bei Verhandlungen zu einer Änderungsvereinbarung Ende 2006 begehrte die Antragstellerin von der Antragsgegnerin die Vereinbarung von Entgelten für Intra-Building-Abschnitte, ZZK und ihre Kollokationsleistungen, konnte darüber mit der Antragsgegnerin jedoch keine Einigung erzielen. In Anhang G der Änderungsvereinbarung vom 27.12.2006 wurde hierzu unter Ziffer 19 „offene Verhandlungspunkte“ Folgendes festgehalten:

„2) Berücksichtigung der Kosten für den Intra-Building-Abschnitt auf Seiten von Vodafone im

Rahmen der Abrechnung von ICAs sowie für die durchzuführenden Konfigurationsmaßnahmen bei der Einrichtung, Änderung bzw. Abschaltung von IC-Diensten.

Beide Vertragsparteien sind verpflichtet, sich ernsthaft um eine Verhandlungslösung zu bemühen. Bis zur Einigung gelten, soweit diese Zusammenschaltungsvereinbarung Regelungen über die vorgenannten Verhandlungspunkte enthält, diese Regelungen als vereinbart.“

Nach Abschluss dieser Vereinbarung wurden der Antragstellerin weitere Entgeltgenehmigungen für die verfahrensgegenständlichen Leistungen mit den Beschlüssen BK3a-07-004 vom 06.06.2007 und BK 3a-08-134 vom 26.11.2008 erteilt.

Die Antragstellerin stellte der Antragsgegnerin erstmals mit Schreiben vom 24.07.2007 und mit weiteren Schreiben vom 06. und 07.08.2008 sowie vom 08.12.2008 die genehmigten Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Leistungen in Rechnung. Die Antragsgegnerin lehnte die Bezahlung dieser Rechnungen jeweils mit der Begründung ab, es fehle hierfür an einer vertrag-

lichen Grundlage. Die Antragstellerin übersandte ihr am 17.03.2008 daraufhin eine entsprechende Ergänzungsvereinbarung über die Entgeltlichkeit dieser Leistungen. Die Antragsgegnerin lehnte den Abschluss dieser Vereinbarung mit Schreiben vom 11.04.2008 mit der Begründung ab, dass die Zusammenschaltung mit Interconnection-Anschlüssen bereits abschließend geregelt sei. Mit Schreiben vom 09.07.2008 legte die Antragstellerin erneut ihre Gründe für die abzuschließende Ergänzungsvereinbarung dar und erklärte zusätzlich ihre Bereitschaft zu Verhandlungen über alternative Planungs- und Abrechnungsmodelle für ihre Zusammenschaltungsleistungen oder zu einem Abgehen vom Prinzip der bidirektionalen Zusammenschaltung. Auch dieses Verhandlungsangebot lehnte die Antragsgegnerin ab.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 21.07.2009, am 22.07.2009 vollständig mit allen Anlagen bei der Bundesnetzagentur eingegangen, einen Antrag auf Anordnung der genehmigten Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte für Intra-Building-Abschnitte, ZZK und Kollokationsleistungen eingereicht.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, ihr Antrag sei zulässig und begründet.

Die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 25 Abs. 1 S. 1 TKG sei erfüllt, weil Vertragsverhandlungen über eine Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG über die Entgelte für Leistungen, hinsichtlich derer die Antragstellerin einer Zugangsverpflichtung unterliegt, gescheitert seien. Es sei keine Einigung über eine unentgeltliche Bereitstellung der verfahrensgegenständlichen Leistungen der Antragstellerin erfolgt, vielmehr lasse sich aus Anhang G Ziffer 19 entnehmen, dass ein offener Dissens vorliege.

Die bestehende Zusammenschaltungsvereinbarung stehe einer Anordnung nicht entgegen, weil Zugangsanordnungen auch bezüglich einzelner Leistungen oder nur der für sie zu entrichtenden Entgelte beantragt werden könnten. Dies gelte auch, falls der Anspruch auf Zahlung der beantragten Entgelte bereits bestehen sollte, denn dann könnte im Verfahren nach § 25 TKG eine klarstellende und konkretisierende Regelung getroffen werden. Außerdem sei es auch bei Bestehen einer gesetzlichen oder vertraglichen Entgeltzahlungspflicht erforderlich, die Einzelheiten insbesondere der Rückerstattung von Entgelten bei gemeinsam genutzter Infrastruktur zu regeln, so dass die dem Antrag beigefügte Ergänzungsvereinbarung anzuordnen sei. Der Anordnungsgegenstand sei damit in Übereinstimmung mit § 25 Abs. 3 TKG hinreichend bestimmt.

Der Zulässigkeit des Antrages stehe nicht das gegenwärtige Bestellregime entgegen, wonach die Antragstellerin die Zusammenschaltungsanschlüsse bei der Antragsgegnerin bestellt. Denn die Antragstellerin müsse nach § 37 Abs. 1 TKG für die Nutzung der streitgegenständlichen Leistungen die genehmigten Entgelte erheben, so dass es nur auf die Nutzung dieser Leistungen ankomme, nicht aber, wer diese bestellt habe. Im Übrigen müsse sonst die dem Antrag beigefügte Ergänzungsvereinbarung schon deshalb angeordnet werden, damit die Antragstellerin ihren Verpflichtungen aus § 37 Abs. 1 TKG auch gegenüber der Antragsgegnerin nachkommen könne.

Der Antrag sei auch begründet. Die Antragstellerin sei zur Erhebung der genehmigten Entgelte verpflichtet. Für die Pflicht zur Erhebung der genehmigten Entgelte komme es nicht auf ihre Bestellung, sondern alleine auf ihre Erbringung und Nutzung an. Dies zeigten auch die Rückerstattungsregeln im Standardangebot der Antragsgegnerin für Entgelte von Inter- und Intra-Building-Abschnitten der von ihren Zusammenschaltungspartnern bestellten Zusammenschaltungsanschlüsse (ICAs), die auch von der Antragsgegnerin für die Übermittlung von Verkehr genutzt würden. Trotz der Bestellung durch die Zusammenschaltungspartner sei hier eine Kostenerstattung nach dem Verhältnis der abgewickelten Verkehrsanteile vorgesehen.

Gegen die Entgeltlichkeit der von der Antragstellerin bereitgestellten Infrastruktur könne schließlich nicht angeführt werden, dass die Antragsgegnerin keinerlei Einfluss auf die Struktur der Zusammenschaltung habe. Sie sei durch die Pflicht zu Planungsabsprachen, durch vorgeschriebene Mindestauslastungen und die Möglichkeit, Bestellungen bei unzureichender Auslastung zurückzuweisen und unzureichend ausgelastete Interconnectionanschlüsse zu kündigen, ausreichend davor geschützt, durch das Bestellrecht der Antragstellerin in für sie unwirtschaftliche

Zusammenschaltungsstrukturen getrieben zu werden. Im Übrigen sei bezeichnend, dass die Antragsgegnerin anders als die anderen mit der Antragstellerin zusammenschalteten Unternehmen kein Interesse daran gezeigt habe, sich an Planungsmaßnahmen für eine Optimierung der Zusammenschaltungsstruktur zu beteiligen, weil diese für sie keine Kostenfolgen habe. Zudem würden die Zusammenschaltungsanschlüsse zu [REDACTED] % für die Übergabe von Verkehr der Antragsgegnerin genutzt. Es stelle eine Wettbewerbsverzerrung dar, wenn alleine die Antragsgegnerin keine Entgelte für von ihr genutzte Intra-Building-Abschnitte und ZZK zahlen müsse. Dies stehe im Widerspruch zum Regulierungsziel der Förderung chancengleichen Wettbewerbs und nachhaltig wettbewerbsorientierter Telekommunikationsmärkte nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die mit Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.11.2009 genehmigten Entgelte für Intra-Building-Abschnitte, Zentrale Zeichengabekanäle und Kollokationsleistungen im Zusammenhang mit der Terminierung im Mobilfunknetz der Antragstellerin im Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin anzuordnen;
2. für die Zeit vom 30.08.2006 bis zum Erlass der Zugangsanordnung die mit Beschlüssen vom 16.11.2006, 06.06.2007 und 26.11.2008 jeweils genehmigten Entgelte für Intra-Building-Abschnitte und Zentrale Zeichengabekanäle genehmigten Entgelte rückwirkend ab dem 30.08.2006 anzuordnen;
3. zur Regelung der Einzelheiten der Entgeltzahlungspflicht die als Anlage 1 beigefügte Ergänzungsvereinbarung zur Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin nebst Preisliste mit Wirkung ab 30.08.2006, hilfsweise ab Erlass der Zugangsanordnung anzuordnen.

Für den Fall, dass die Beschlusskammer die Anträge zu 1. und 2. als unzulässig ansehen sollte, weil die Verpflichtung zur Zahlung der genehmigten Entgelte bereits unmittelbar durch § 37 Abs. 2 TKG in den Zusammenschaltungsvertrag eingeführt sei, beantragt die Antragstellerin hilfsweise im Streitschlichtungsverfahren nach § 133 TKG,

1. festzustellen, dass die Antragsgegnerin ihre aufgrund der Zusammenschaltungsvereinbarung in der Fassung der Vertragsänderung vom 22/27.12.2006 bestehende Verpflichtung verletzt hat, die von der Bundesnetzagentur mit Beschlüssen vom 16.11.2006, 06.06.2007 und 26.11.2008 jeweils genehmigten Entgelte für Intra-Building-Abschnitte und Zentrale Zeichengabekanäle ab 30.08.2006 an die Antragstellerin zu zahlen;
2. die Antragstellerin innerhalb einer von der Bundesnetzagentur bestimmten Frist zur Stellungnahme und zur Abhilfe aufzufordern,
3. für den Fall, dass die Antragstellerin ihren Verpflichtungen innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkommt, die Antragsgegnerin jeweils zur Zahlung der jeweils genehmigten Entgelte seit dem 30.08.2006 zu verpflichten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag auf Zugangsanordnung zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin sieht den Antrag bereits als unzulässig an, weil eine Zugangsanordnung gemäß § 25 Abs. 2 TKG nur ergehen könne, soweit keine vertragliche Regelung vorliegt. Eine solche sei jedoch auch hinsichtlich der streitgegenständlichen Fragen gegeben. Die Antragstellerin wolle die bestehende Zusammenschaltung in ihrer bisherigen technischen Form fortführen und begehre somit nicht die Teilanordnung einer zusätzlichen Leistung. Hinsichtlich der Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten sehe der Vertrag vor, dass diese ausschließlich durch die

Antragsgegnerin erfolge, eine entsprechende Leistungspflicht der Antragstellerin sei nicht vorgesehen. Der Vertrag regele ausdrücklich die entgeltlichen Hauptleistungen, so dass Nebenleistungen, ohne die die Hauptleistungen nicht erbracht werden könnten, unentgeltlich zu erbringen seien. Aus Anhang G Ziffer 19 ergäbe sich nichts anderes, weil sie gerade bezeuge, dass man sich nicht auf eine Entgeltlichkeit der von der Antragsgegnerin bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte geeinigt habe und ausdrücklich festgelegt sei, dass bis zur Einigung über diese Frage die geltenden Regelungen fortbestehen sollten, die keine Entgeltlichkeit dieser Einrichtungen vorsähen. Vereinbart sei ein Entgelt von Null, so dass keine Anordnung eines abweichenden Entgeltes beantragt werden könne.

Unzulässig sei es im Anordnungsverfahren nach § 25 TKG ferner, vor der Beschlusskammer einen Antrag auf Klarstellung oder Vertragsauslegung zu stellen, weil die Auslegung eines Vertrages Sache der Zivilgerichte sei.

Der Antrag sei auch unbegründet, weil alleine die Antragsgegnerin auf der Grundlage des Vertrages Zusammenschaltungsanschlüsse bereitstelle und sich dabei wegen der Bestellhoheit der Antragstellerin an deren wirtschaftlichem Kalkül ausrichten müsse. Dies zeige sich darin, dass die Netzübergänge zwischen dem Netz der Antragstellerin und dem der Antragsgegnerin überdimensioniert seien, [REDACTED]

Die bestehende Zusammenschaltungsstruktur weise auch mehr Übergabepunkte auf, als aus Sicht der Antragsgegnerin zur Terminierung von Verkehr im Mobilfunknetz der Antragstellerin erforderlich wären. Wer Art und Dimensionierung der Netzzusammenschaltung vorgibt, müsse auch mit den entsprechenden Kosten belastet werden. Die Genehmigung der Entgelte der Antragstellerin wirke sich nur in den Fällen aus, in denen Zugangspetenten bei ihr Zusammenschaltungsanschlüsse bestellten, die dann wegen deren Bestellhoheit auch entgeltpflichtig wären. Maßgeblich für die Entgeltlichkeit einer Leistung müsse sein, ob sie von der zur Zahlung verpflichteten Partei bestellt werde, ansonsten würde das Vertragsrecht durch das Bereicherungsrecht ersetzt.

Unbegründet sei zudem die beantragte Rückwirkung der Zugangsanordnung, weil Zugangsanordnungen nicht rückwirkend angeordnet werden könnten. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass die Antragsgegnerin keine Kollokationsleistungen der Antragstellerin in Anspruch nehme.

Mit Schreiben vom 30.09.2009 hat die Beschlusskammer die Verfahrensfrist nach § 25 Abs. 1 S. 2 TKG auf vier Monate verlängert und der Antragstellerin wie der Antragsgegnerin mitgeteilt, sie sei der Auffassung, dass die von der Antragstellerin bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte und ZZK Leistungen der Antragstellerin seien, deren genehmigte Entgelte gemäß § 37 Abs. 1 TKG von der Antragstellerin verlangt werden müssten und die gemäß § 37 Abs. 2 TKG an die Stelle der bisherigen vertraglichen Regelungen über die Entgeltung dieser Leistungen getreten seien. Bei der Kostenverteilung für gemeinsam genutzte Zusammenschaltungsanschlüsse sei gegenüber der von der Antragstellerin vorgeschlagenen Regelung zu berücksichtigen, dass die gegenwärtige Zusammenschaltungsstruktur wesentlich von der Antragstellerin bestimmt wurde und danach ausgerichtet sei, ihren Verkehr kostengünstig in das Netz der Antragsgegnerin zu übergeben. Deshalb sei eine Fassung der Entgeltrückerstattung erforderlich, die diesem Umstand Rechnung trage.

Die Antragsgegnerin hält an ihrer Auffassung fest, nicht zur Zahlung von Entgelten für die von der Antragstellerin bereitgestellten Intra-Building Abschnitte und ZZK verpflichtet zu sein. Die von der Antragstellerin vorgeschlagene Erstattungsregelung sei unangemessen, weil es durch deren Bestell- und Terminierungsverhaltens zu erheblichen Überkapazitäten gekommen sei. Die durchschnittliche Auslastung der ICAs über die letzten 12 Monate habe nur [REDACTED] % betragen. Solche Überkapazitäten könnten von der Antragsgegnerin bei der Bereitstellung von eigenen Leistungen hingenommen werden, weil diese von ihrem Vertragspartner bezahlt würden. Sie seien aber bei dem Bezug entgeltlicher Leistungen anderer nicht mehr hinnehmbar. In der Rückerstattung sei daher die Verkehrsmenge der Antragsgegnerin nicht ins Verhältnis zur Verkehrsmenge der Antragstellerin zu setzen, sondern zur Gesamtkapazität der insgesamt bestell-

ten ICAs. Maßstab müssten dabei die geschalteten Intra-Building-Abschnitte sein, weil viele ICAs nicht vollständig beschaltet seien. Sie schlägt daher unter Wahrung ihrer Rechtsauffassung folgende Rückerstattungsregelung vor:

1. Allgemeine Regelungen

Nach Ablauf des Kalenderjahres erstattet Vodafone nach Rechnungsstellung durch die Deutsche Telekom einen Anteil des Bereitstellungspreises und einen Anteil des Überlassungspreises der Intra-Building-Abschnitte und ZZK entsprechend dem gemäß Punkt 2 gebildeten Minutenverhältnis.

Grundlage der Erstattung ist der Zeitraum, in dem sich der jeweilige Intra-Building-Abschnitt im vorangegangenen Kalenderjahr tatsächlich in Betrieb befand (maßgebend für die Inbetriebnahme des Intra-Building-Abschnitts ist das Datum im Inbetriebnahmeprotokoll der jeweiligen Intra-Building-Abschnitte der ICAs der Deutschen Telekom).

2. Minutenverhältnis

Die Deutsche Telekom trägt die Kosten der Intra-Building-Abschnitte und ZZK entsprechend ihrer eigenen Nutzung. Die Nutzung wird durch die über diese Intra-Building-Abschnitte und ZZK generierten Verbindungsminuten ermittelt. Dabei erfolgt die Ermittlung der Verbindungsminuten netzbezogen.

Von der Deutschen Telekom werden die Verbindungsminuten generiert, die sich, ungeachtet der Verkehrsrichtung, aus der Bezahlung der Zusammenschaltungsdienste von Vodafone gem. Teil 3 der *Anlage C – Dienstportfolio* ergeben. Von Vodafone sind die Verbindungsminuten zu tragen, die sich aus der Differenz zwischen den von der Deutschen Telekom generierten Verbindungsminuten und den maximal möglichen Verbindungsminuten ergeben. Dabei wird bei einem Intra-Building-Abschnitt eine maximal mögliche Anzahl von 444.000 Verbindungsminuten pro Monat zugrunde gelegt. Dieser Wert ergibt sich daraus, dass angesichts von schwankenden Verkehrsmengen und zum Schutz der Verbindungssicherheit lediglich eine Maximalauslastung von 80 % unterstellt werden kann. Die so ermittelten Verbindungsminuten werden zueinander ins Verhältnis gesetzt.

Die Antragstellerin lehnt eine entsprechende Modifikation der von ihr beantragten Rückerstattungsregelung ab, weil die Antragsgegnerin über die einvernehmlich vorzunehmenden Planungsabsprachen einen ausreichenden Einfluss auf die Struktur der Zusammenschaltung habe. Auch habe sie nie von der Möglichkeit, nicht ausreichend ausgelastete ICAs zu kündigen, Gebrauch gemacht. Weiter stehe ihre Regelung, bei einer Überschreitung des Schwellenwertes von 48,8 Erlang Bestellungen von ICAs an anderen Orten der Zusammenschaltung verlangen zu können, einer Konzentration der Verkehrsübergabe auf wenige Orte der Zusammenschaltung entgegen. Außerdem richte sich die Zusammenschaltungsstruktur nicht alleine an einer möglichst kostengünstigen Verkehrsübergabe aus, sondern berücksichtige auch technischbetriebliche Belange, die Ausfallsicherheit und die Eignung der jeweiligen Standorte. Die Antragstellerin habe

die Planungsabsprachen bereits im Vorfeld angepasst. Die geplante Verkehrsmenge sei für das Jahr 2008 um reduziert, die Zahl der Leitungen vermindert worden. Die von der Antragsgegnerin vorgeschlagene Entgelterstattung bewirke unbilligerweise, dass die Leerstände alleine von der Antragstellerin zu tragen seien ohne Rücksicht darauf, wer diese Leerstände verursacht habe.

Es sei darauf hinzuweisen, dass die beantragte Entgeltrückerstattung sowohl derjenigen der Antragsgegnerin als auch denjenigen Abreden entspreche, die die Antragstellerin mit anderen Zusammenschaltungspartnern getroffen habe. Von diesen Regelungen könne schon wegen des

der Antragstellerin auferlegten Diskriminierungsverbotes nicht abgewichen werden. Die gegenwärtig praktizierte Form der Entgeltrückerstattung sei auch den geltenden Entgeltgenehmigungen zu Grunde gelegt. Die genehmigten Entgelte der Antragstellerin entsprächen genau denjenigen der Antragsgegnerin, so dass auch dieselbe Form der Entgelterstattung anzuwenden sei. Andernfalls würde die Antragstellerin andere als die genehmigten Entgelte verlangen, was § 37 Abs. 1 TKG widerspräche.

Der Eingang des Anordnungsantrags ist auf den Internetseiten der BNetzA (www.bnetza.de) veröffentlicht worden. In der ebenfalls am 08.09.2009 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung ist der Antrag mit den anwesenden Beteiligten des Verfahrens erörtert worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 18.11.2009 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 20.11.2009 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absieht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

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

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), aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG) und unter Wahrung der in den §§ 123 Abs. 1 S. 2 und 132 Abs. 4 S. 1 TKG vorgesehenen Anhörungs- und Abstimmungserfordernisse. Die Verlängerung des Verfahrens ist gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 TKG besonders begründet worden.

2. Hauptanträge zu 1. und 2.

Die im Anordnungsverfahren nach § 25 gestellten Hauptanträge zu 1. und 2. werden gemäß § 25 Abs. 2 TKG als unzulässig abgelehnt, weil ihnen geltende vertragliche Regelungen einer Zugangsvereinbarung entgegenstehen, denn gemäß § 37 Abs. 2 TKG sind die genehmigten Entgelte bereits an die Stelle der vereinbarten Entgeltregelungen zur verfahrensgegenständlichen Leistungen getreten, ohne dass es noch einer gesonderten Anordnung bedürfte.

Die für die Erbringung der Terminierungsleistung Vodafone-B.1 bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte und ZZK sind Leistungen der Antragstellerin im Rahmen der Zusammenschaltung am Standort ihrer Vermittlungsstelle, deren Erbringung ihr nach § 21 TKG auferlegt worden ist. Sie werden von der Antragstellerin bereitgestellt, um von der Antragsgegnerin zugeführte Verbindungen im eigenen Netz zu terminieren, was der Antragsgegnerin ermöglicht, diese Verbindung gegenüber ihrem Endkunden als Leistung zu erbringen und abzurechnen. Für den Leistungscharakter spricht auch die enge Verbindung zwischen der Terminierungsleistung Vodafono-

ne-B.1, die unzweifelhaft eine Leistung der Antragstellerin an die Antragsgegnerin ist, und der Notwendigkeit, zu ihrer Erbringung Intra-Building-Abschnitte und ZZK bereitzustellen. Denn die Verpflichtung zur Zusammenschaltung ist nur dann aufzuerlegen, wenn auch eine Verpflichtung zur Erbringung von Verbindungsleistungen erfolgt,

vgl. Beschluss BK3b-08-017 vom 05.12.2008, S. 9.

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

Tatsächlich werden alle Zusammenschaltungsanschlüsse aber für beide Verkehrsrichtungen genutzt und damit für Verbindungsleistungen beider Unternehmen. Die Antragsgegnerin erkennt dies zumindest auch für die von ihr bereitgestellten Zusammenschaltungsanschlüsse an, weil sie deren Kosten teilweise zurückerstattet, soweit sie sie selbst für die Übergabe von Verbindungen an die mit ihr zusammengeschalteten Unternehmen nutzt. Denn so erspart sie sich einen entsprechenden Aufwand durch die Bestellung von Zusammenschaltungsanschlüssen nur für die Zuführung des von ihr generierten Verkehrs. Das tut sie, obwohl sie auch hier die teilerstatteten Zusammenschaltungsanschlüsse nicht bestellt hat. Es ist kein Grund ersichtlich, warum für die Intra-Building-Abschnitte im Netz der Antragstellerin etwas anderes gelten sollte. Auch diese werden für die Terminierungsleistung der Antragstellerin an die Antragsgegnerin genutzt und wären unstreitig zu entgeltende Leistungen, wenn die Zusammenschaltung für die Terminierungsleistung der Antragstellerin getrennt von derjenigen für die Terminierung ins Netz der Antragsgegnerin erfolgte. Zudem ist die Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten und ZZK die zwingend notwendige Folge der Nutzung der Leistung Vodafone-B.1 durch die Antragstellerin, so dass sich ihre Inanspruchnahme auch auf die Zusammenschaltungsanschlüsse erstreckt und nicht davon die Rede sein kann, dass vertragliche Leistungsbeziehungen durch Bereicherungsrecht ersetzt würden. Die Existenz der Übergangsregelung in Ziffer 19 Anhang G des geltenden Vertrages ist überhaupt nur dann verständlich, wenn Intra-Building-Abschnitte und ZZK Leistungen der Antragstellerin sind.

Damit kann das Fehlen einer monetären Gegenleistung für die von der Antragstellerin bereitgestellten verfahrensgegenständlichen Leistungen nicht damit begründet werden, dass sie keine Leistungen der Antragstellerin seien. Sie beruht vielmehr auf einer entsprechenden vertraglichen Abrede. Aus Ziffer 19 des Anhangs G kann kein Dissens hergeleitet werden. Hiergegen spricht schon die Regelung am Ende von Ziffer 19, dass bis zu einer Einigung über die offenen Punkte die im Vertrag vorgesehenen Regelungen gelten sollen. Dies kann sich nicht auf technische Regelungen zur Zusammenschaltungen beziehen, weil diese kein offener Punkt sind, sondern nur darauf, dass im Vertrag jedenfalls keine monetären Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Leistungen vorgesehen sind. Für die von der Antragstellerin geforderte Anwendung von § 612 Abs. 1 ist deshalb kein Raum.

Gegen den von der Antragstellerin behaupteten offenen Dissens spricht auch, dass der Vertrag jahrelang in der beschriebenen Weise gelebt worden ist. Wären die Parteien von einem offenen Dissens ausgegangen, so wäre anzunehmen, dass die Antragstellerin zeitnah ein entsprechendes Verfahren nach § 25 TKG auf die Anordnung von Entgelten für ihre Leistung eingeleitet oder die Leistung eingestellt hätte. Es kann daher dahinstehen, ob § 37 Abs.2 TKG auch dann in vertragsmodifizierender Weise die Geltung der genehmigten Entgelte bewirkt, wenn eine Vereinbarung über die Erbringen der regulierten Leistungen zustande kommt, jedoch nicht über die zu entrichtenden Entgelte. Dafür, dass § 37 Abs. 2 TKG auch diese Fälle umfasst, spricht, dass andernfalls die Zahlung der genehmigten Entgelte durch einen offenen und damit bewussten Dissens umgangen werden könnte.

Die vertragliche Vereinbarung, dass für die verfahrensgegenständlichen Leistungen keine gesonderten Geldzahlungen zu entrichten sind, stellt ein anderes als das genehmigte Entgelt dar

und verstößt deshalb gegen § 37 Abs. 1 TKG. Dies führt nach § 37 Abs. 2 TKG dazu, dass die genehmigten Entgelte an die Stelle der vereinbarten Entgelte treten. Die privatrechtsgestaltende Wirkung von § 37 Abs. 2 TKG, die unmittelbar kraft Gesetzes eintritt, modifiziert die nach § 37 Abs. 1 TKG nichtige Entgeltvereinbarung in geltungserhaltender Weise so, dass das genehmigte Entgelt automatisch an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt,

vgl. Nödinger/Scherer in Arndt/Fetzer/Scherer, § 37, Rz. 12; Mielke, Berliner Kommentar zum TKG, § 37 Rz. 24;

ohne dass es dazu einer Anordnung nach § 25 TKG bedarf. Weil somit die mit den Hauptanträgen zu 1. und 2. erstrebten vertraglichen Regelungen bereits bestehen, waren diese Anträge nach § 25 Abs. 2 TKG als unzulässig zurückzuweisen.

3. Hauptantrag zu 3.

Die tenorierte Regelung der Entgeltrückerstattung für gemeinsam genutzte Intra-Building-Abschnitte und ZZK greift den Hauptantrag zu 3. unter Berücksichtigung des Vorschlages der Antragsgegnerin auf. Sie war nach § 25 Abs. 1 TKG anzuordnen, weil Verhandlungen über eine Entgelterstattungsregelung gescheitert sind und die gemäß § 37 Abs. 2 TKG bestehende Pflicht zur Zahlung der genehmigten Entgelte für diese Leistungen der Antragstellerin ohne diese Anordnung dazu führen würde, dass die gemeinsame Nutzung dieser Einrichtungen nicht berücksichtigt werden könnte und die Antragsgegnerin die Entgelte ohne entsprechende Abzüge zu entrichten hätte.

Die Streichung von § 1 Satz 2 war erforderlich, weil die Antragsgegnerin mit der Antragstellerin nur an deren Standorten in der Variante „customer sited“ zusammengeschaltet ist und an Standorten der Antragstellerin keine weiteren Infrastrukturleistungen, insbesondere Kollokationsleistungen, nutzt.

Die Änderung der Formulierung von § 2 Ziffer 1 Abs. 1 wurde erforderlich, weil die Pflicht der Antragsgegnerin zur Zahlung der genehmigten Entgelte bereits über § 37 Abs. 2 TKG in den Vertrag eingeführt worden ist und nicht mehr Gegenstand einer Anordnung sein kann.

Die Anordnung der Entgelterstattungsregelung ist erforderlich, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Leistungen der Vertragsparteien zwar rechtlich getrennt zu betrachten sind, tatsächlich aber nicht notwendig über getrennte, sondern aus Gründen einer gesteigerten Wirtschaftlichkeit über gemeinsam genutzte Infrastrukturen, hier Zusammenschaltungsanschlüsse, abgewickelt werden. Wie die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, werden die Verkehre dabei technisch nicht getrennt. Dies führt dazu, dass der von der Antragstellerin erbrachten Terminierungsleistung Vodafone-B.1 keine konkreten Intra-Building-Abschnitte und ZZK zugeordnet werden können, die dann alleine von der Antragsgegnerin zu entgelten wären.

Die Abwandlungen gegenüber der beantragten Form der Entgeltrückerstattung, die dem Vorschlag der Antragsgegnerin folgen, waren erforderlich, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Antragsgegnerin von der Antragstellerin mit den Intra-Building-Abschnitten und ZZK zwar entgeltliche Leistungen der Antragstellerin in Anspruch nimmt, auf deren Umfang sie aber nur eingeschränkten Einfluss hat. Die gegenseitigen Planungsabsprachen ändern nichts daran, dass das Recht zur Kapazitätsbemessung nach Ziffer 8 des Hauptteils i. V. m. Ziffer 2 Anhang B vorrangig bei der Antragstellerin liegt. Lässt die Antragsgegnerin zu, dass die Planungen der Antragstellerin trotz der vorgenommenen Reduzierungen zu erheblichen Überkapazitäten führen, dann kann dies nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden und dazu führen, dass sie die verfahrensgegenständlichen Leistungen in einem viel größeren Umfang abnehmen muss, als für den Bezug der sie allein interessierenden Leistung Vodafone-B.1 erforderlich ist.

Gegen die tenorierte Regelung kann nicht angeführt werden, dass die Struktur der Zusammenschaltung auch anderen Kriterien als dem einer möglichst kostengünstigen Übernahme folge und die Antragsgegnerin bei der Überschreitung eines Schwellenwertes von 48,8 Erlang die Zusammenschaltung an einem weiteren Ort fordere. Denn die Regelung der Antragsgegnerin

über die Zusammenschaltung an einem weiteren Ort bei Erreichen der Grenze von 48,8 Erlang in Ziffern 1.1 und 3 Teil 1 Anlage C des Zusammenschaltungsvertrages hat bei der Antragstellerin nicht zur Bestellung nicht ausgelasteter ICAs geführt. Nach den Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung entspricht eine Auslastung von 48,8 Erlang einem Netzübergang von 2 x 2 Mbit/s, eine Zusammenschaltung an den [REDACTED] würde nach dieser Auslastungsgrenze bereits bei einem Verkehrsvolumen erreicht, das [REDACTED] Intra-Building-Abschnitten mit einer Kapazität von je 2 Mbit/s entspricht. Die Antragstellerin nutzt aktuell [REDACTED], so dass selbst bei der von der Antragsgegnerin angegebenen Auslastung der ICAs von nur [REDACTED] % bei optimaler Auslastung [REDACTED] mit zugehörigen Intra-Building-Abschnitten erforderlich wären. Auch sonstige Überlegungen, die die Anzahl der Orte der Zusammenschaltung beeinflussen, führen angesichts des betroffenen Verkehrsvolumens nicht zu einer Erhöhung oder Verminderung der Anzahl der bestellten ICAs und damit auch der von der Antragstellerin bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte und ZZK. Mit der Rückerstattungsregelung werden ohnehin nur die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und ZZK erfasst, deren Anzahl bei dem zwischen den Parteien erreichten Verkehrsvolumen von der Anzahl der Orte der Zusammenschaltung unabhängig ist. Damit sind auch Ausführungen der Antragsgegnerin, dass eine alleine nach ihren Interessen optimierte Zusammenschaltungsstruktur zu einer Übergabe des Terminierungsverkehrs an weniger Orten geführt hätte, ohne Belang.

Auch die Möglichkeit der Antragsgegnerin, nicht ausreichend ausgelastete ICAs nach Anhang B Ziffer 5 der Zusammenschaltungsvereinbarung zu kündigen und damit auch die Nutzung eines von ihr zu entgeltenden Intra-Building-Abschnittes und ZZK zu beenden, führt nicht dazu, dass die Überkapazitäten, die sich aus dem Bestellverhalten der Antragstellerin ergeben, sich in Überkapazitäten bei den von der Antragstellerin zu entgeltenden Leistungen niederschlagen dürfen. Sinn und Zweck der Kündigungsmöglichkeit schlecht ausgelasteter ICAs ist nicht die Absicherung der Wirtschaftlichkeit der Bereitstellung und Überlassung von ICAs, denn diese wird bereits durch die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte abgesichert. Das Ziel dieser Regelungen ist vielmehr sicherzustellen, dass durch Minderauslastungen keine Kapazitäten blockiert werden, die anderen Zusammenschaltungspartnern dann nicht angeboten werden können. Mindestauslastungsregeln sind ein Instrument der Sicherung einer effektiven carrierbezogenen Ressourcenplanung,

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

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

Die angeordnete Form der Rückerstattung ist auch angemessen, wenn man sie unter dem Gesichtspunkt der von der Antragstellerin betonten Möglichkeit der Antragsgegnerin betrachtet, die Zahl der von ihr zu entgeltenden Intra-Building-Abschnitte und ZZK durch Kündigungen zu vermindern. Denn in diesem Fall hätte sich mit der Zahl der zu entgeltenden Einrichtungen auch die maximale Gesamtkapazität vermindert, während das der Antragsgegnerin zuzurechnende Verkehrsvolumen konstant geblieben wäre. Dadurch hätte sich die Anzahl der zu entgeltenden Intra-Building-Abschnitte und ZZK vermindert, die Antragsgegnerin hätte aber auch einen höheren Anteil an deren Entgelten tatsächlich entrichten müssen.

Insgesamt übersieht die Argumentation der Antragstellerin mit den Gestaltungsmöglichkeiten, die die Antragsgegnerin bei der Bereitstellung ihrer eigenen Zugangsleistungen hat, dass Gegenstand der Entgelterstattung hier Leistungen sind, für die die beträchtliche Marktmacht der Antragstellerin selbst festgestellt ist und auf deren Bereitstellung die Betroffene nach dem Zusammenschaltungsvertrag keinerlei Einfluss hat. Dies zeigt besonders der Vergleich mit den Zusammenschaltungspartnern der Antragstellerin: Diese bestellen gemäß Ziffer 2 Anlage 4 ihres Standardangebotes die Zusammenschaltungsanschlüsse und haben so die Kontrolle über

die von ihnen zu entgeltenden ICAs. Diese Möglichkeit hat die Antragsgegnerin gerade nicht, und sie kann wegen der fehlenden Trennung der Verkehre auch nicht abrechnungstechnisch nachgebildet werden.

Gegen diese besondere Form einer Entgelterstattung kann deshalb auch nicht eingewandt werden, dass sie gegen die der Antragstellerin nach § 19 TKG auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung verstieße. Die Gleichbehandlungsverpflichtung gebietet nur, gleichartigen Nachfragern unter gleichartigen Umständen gleichartige Vertragsbedingungen anzubieten. Die zu beurteilende Situation ist aber nicht mit derjenigen der sonstigen der Zusammenschaltungsvereinbarungen der Antragstellerin oder der Antragsgegnerin zu vergleichen. Die Antragsgegnerin weist für die Zugangsvereinbarungen zu ihrem Netz zutreffend darauf hin, dass es einen Unterschied macht, ob das Entgelt einer von ihrem Vertragspartner bestellten Einrichtung gemindert wird, wie es in Ziffer 3 Teil 1 Anlage D ihres Standardangebotes für Zusammenschaltungsleistungen festgelegt ist, oder ob sie selbst Entgelte für eine Leistung ihres Vertragspartners zu zahlen hat. Für den ersten Fall ist eine Rückerstattungsregelung, die vom Verhältnis der von beiden Parteien abgewickelten Verkehrsminuten ausgeht, ausreichend, und sie entspricht der gängigen Praxis. Für den zweiten Fall, der hier erstmals zu entscheiden ist, ist dagegen ein Schutz der entgeltpflichtigen Partei durch die Bemessung des von ihr für gemeinsam genutzte Infrastrukturen zu tragenden Entgeltanteiles am Verhältnis der ihr zuzurechnenden Verbindungsminuten zur Gesamtkapazität der Einrichtungen vorzusehen.

Die von der Antragsgegnerin vorgeschlagenen Werte für die anzusetzende optimale Auslastung von ICAs sind aus Sicht der Beschlusskammer plausibel, und zwar sowohl hinsichtlich der Spitzenauslastung zur Hauptverkehrszeit als auch hinsichtlich deren Umrechnung in Verbindungsminuten pro Monat.

Ausgangspunkt der Antragsgegnerin für die Bestimmung der anzusetzenden Spitzenauslastung sind die Erlang-Werte aus der Tabelle für die maximale Verkehrskapazität aus Ziffer 6 Anhang B des Standardvertrages der Antragsgegnerin, die sich so auch in Ziffer 1.2.4 der Anlage zum Standardangebot der Antragstellerin findet. Dies ist ebenso wenig zu beanstanden wie die Betrachtung eines ICAs mit einer Kapazität 2×2 Mbit/s als Grundlage der Zusammenschaltung. Die Werte dieser Tabelle enthalten bereits eine Differenz zwischen der theoretisch möglichen maximalen gleichzeitigen Belegung (62 Kanäle) und der netztechnisch möglichen maximalen gleichzeitigen Belegung (48,8 Erlang), deren Ziel es ist, zu verhindern, dass Anrufe mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 1% wegen Überlastung abgewiesen werden müssen. Von dieser netztechnisch maximalen Auslastung bringt die Antragsgegnerin nur 80% zum Ansatz, also entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht den Maximalwert der netztechnisch möglichen Verkehrsauslastung. Auch der Wert von 80 % ist vor dem Hintergrund plausibel, dass die Auslastungswerte, die zu einer Kündigungsmöglichkeit der Antragsgegnerin (50%) bzw. einer Verweigerung der Annahme einer Bestellung (70%) führen, nur Mindestauslastungen, aber keine optimalen Auslastungen darstellen. Bedenkt man, dass für die Projektierung einer Zusammenschaltung eine Auslastung von mindestens 70 % angesetzt wird, dann erscheint eine Auslastung von 80 % als Wert für ein angestrebtes Optimum nicht übermäßig hoch.

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

genannten 286,9 Erlang nur eine Verkehrsleistung von 68 % der möglichen Verkehrsleistung dar und liegt damit sogar unter einer Auslastung von 70 %, bei der die Antragsgegnerin eine Bestellung zurückweisen könnte. Weil zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin eine Zusammenschaltung mit [REDACTED] Orten besteht, ergibt dies rechnerisch eine Zusammenschaltung mit ca. [REDACTED] pro Ort der Zusammenschaltung [REDACTED], so dass faktisch immer ein Auslastungsgrad [REDACTED] angesetzt wird.

Die Umsetzung dieses Auslastungsgrades in Verbindungsminuten pro Monat ist aus Sicht der Beschlusskammer ebenfalls nicht zu beanstanden. Für diese Umsetzung gibt es keine standardisierten Vorgaben, sie ist vielmehr abhängig von der Verkehrsverteilung über den Tag. Es ist für die Beschlusskammer nicht nachvollziehbar, wieso die Antragstellerin diesen Wert ohne nähere eigene Angaben bestreitet, hat sie doch selbst im Verfahren zur Überprüfung ihres eigenen Standardangebotes für Zusammenschaltungsleistungen, BK 3a-06-041/S, in Ziffer 12 des Angebotsentwurfes die Mindestauslastung eines ICAs nicht in Erlang, sondern mit 150.000 Verbindungsminuten pro Monat angegeben.

Gegenüber dem Formulierungsvorschlag der Antragsgegnerin wurde in Ziffer 3 noch klargestellt, dass bei der Ermittlung des Minutenverhältnisses für den Nutzungsanteil der Antragsgegnerin nur auf die Leistung Vodafone-B.1 abzustellen ist, weil allein für diese genehmigte Entgelte vorliegen. Hierüber bestand in der mündlichen Verhandlung Einigkeit zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin.

Die Entgelterstattungsregelung war rückwirkend zum 16.11.2006, dem Datum des Erlasses der ersten Entgeltgenehmigung, anzuordnen. Die Genehmigung vertraglich vereinbarter Entgelte wirkt gem. § 35 Abs. 1 S.1 TKG zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungserbringung. Weil kein monetäres Entgelt vereinbart war, sondern die genehmigten Entgelte erst über § 37 Abs. 2 TKG in den Zusammenschaltungsvertrag eingeführt wurden, entstand die Pflicht zur Zahlung monetärer Entgelte erst mit dem Datum der ersten Entgeltgenehmigung, also am 16.11.2009.

4. Widerrufsvorbehalt

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

5. Hilfsanträge

Die von der Antragstellerin hilfsweise gestellten Anträge werden in einer separaten Entscheidung des Streitschlichtungsverfahrens nach § 133 TKG beschieden werden. Der Fristenlauf des § 133 Abs. 1 S. 2 TKG beginnt mit dem Eintritt der Potestativbedingung, also mit der Ablehnung der Hauptanträge zu 1. und 2.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

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

Bonn, den 23.11.2009

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Wieners

Dr. Geers