



Beschlusskammer 3

BK 3f-09/058

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

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

Antragstellerin zu 1.,

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

Antragstellerin zu 2.,

und

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

Antragsgegnerin,

wegen Anordnung des Zugangs zu Rundfunksignallieferungen in Mainz und Osnabrück gemäß § 25 TKG,

Beigeladene:

1. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Vodafone AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin,
3. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
4. M-Net Telekommunikationsgesellschaft GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Unitymedia NRW GmbH, Aachener Straße 746-750, 50933 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,

7. FRK – Fachverband für Rundfunkempfangs- und Kabelanlagen e.V., Bergmannstraße 26, 01979 Lauchhammer, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragstellerinnen:	Hogan & Hartson Raue LLP Potsdamer Platz 1 10785 Berlin
der Antragsgegnerin.:	Hengeler Mueller Rechtsanwälte Charlottenstraße 35/36 10117 Berlin
der Beigeladenen zu 7.:	Schalast & Partner Rechtsanwälte Mendelssohnstraße 75-77 60325 Frankfurt –

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

durch

den Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

auf die mündliche Verhandlung vom 27.10.2009 beschlossen:

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

I. Sachverhalt

Die Antragstellerinnen gehören zum Konzern der PrimaCom AG. Deren Tätigkeitsschwerpunkt liegt im Betrieb von Kabelnetzen zur Versorgung von Endkunden mit Rundfunksignalen, Internet und Telefonie. Der Konzern hat bundesweit verstreut einerseits integrierte NE3/NE4-Netze (d.h. Verbundnetze der Netzebenen 3 – örtliche Verteilnetze – und Netzebenen 4 – Hausverteilanlagen –) aufgebaut, betreibt andererseits aber auch reine NE4-Netze. So betreibt die Antragstellerin zu 1. das NE4-Netz in Mainz, die Antragstellerin zu 2. dasjenige in Osnabrück.

Die Antragsgegnerin betreibt bundesweit mit Ausnahme der Gebiete Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen die ehemals von der Deutschen Bundespost aufgebauten und vorwiegend der NE 3 zugehörigen Breitbandkabelnetze. Darüber hinaus betreibt und nutzt sie eine digitale technische Plattform sowie eine digitale Programmplattform. Die Antragsgegnerin bietet nachgelagerten NE4-Betreibern sowie Endkunden ebenfalls die Versorgung mit Rundfunksignalen, Internet und Telefonie an.

Die Geschäftsbeziehungen zwischen dem PrimaCom-Konzern und der Antragsgegnerin konzentrieren sich im Wesentlichen darauf, dass die Antragsgegnerin über ihre NE3-Netze nachgelagerte NE4-Netze des PrimaCom-Konzerns mit Rundfunksignalen versorgt.

In einigen Regionen kam und kommt es allerdings zu einer darüber hinausgehenden Zusammenarbeit. So betreiben etwa die Antragstellerinnen in den Städten Mainz und Osnabrück nicht nur ihre eigenen NE4-Netze, sondern betreuen aufgrund von ursprünglich aus den 80er Jahren stammenden sog. B.1-Kooperationsverträgen zusätzlich in verwaltungs- und geschäftsmäßiger Hinsicht auch die in diesen Städten von der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin aufgebauten NE3-Kabelnetze. Die Antragstellerinnen entrichten für die Gesamtnutzung der NE3-Netze jährliche Pauschalentgelte an die Antragsgegnerin.

Im Laufe der Jahre verbanden die Antragstellerinnen mit den NE3-Netzen nicht nur Anschlüsse von Grundstückseigentümern sowie Netze von Wohnungsunternehmen und dritten NE4-Netzbetreiber, sondern auch von ihnen selbst betriebene NE4-Netze.

An die letztgenannten Netze schlossen die Antragstellerinnen mehr als [REDACTED] Wohneinheiten (WE) in Mainz und mehr als [REDACTED] WE in Osnabrück an. Über einen ÜP werden dabei – bis auf [REDACTED] in Mainz – jeweils nicht mehr als 500 WE versorgt. Im Schnitt befinden sich hinter einem ÜP in Mainz [REDACTED] und in Osnabrück [REDACTED]. Die Versorgung erfolgt in erheblichem Umfang über Einzelnutzerverträge, nämlich in Höhe von [REDACTED] in Mainz und in Höhe von [REDACTED] in Osnabrück. In diesen Beständen vermarkten die Antragstellerinnen die Kabelanschlüsse auf Grundlage eines Gestattungsvertrags an die einzelnen Mieter und erreichen dabei eine durchschnittliche Penetrationsrate von [REDACTED] in Mainz und [REDACTED] in Osnabrück. In den restlichen, über Mehrnutzerverträge erschlossenen Beständen können dagegen in der Regel sämtliche vorhandene WE unmittelbar mit der Wohnungswirtschaft abgerechnet werden.

Mit Schreiben vom 24.06.2008 kündigte die Antragsgegnerin die [REDACTED] für Mainz und Osnabrück wirksam zum Ablauf des 31.12.2009.

[REDACTED]

Hinsichtlich der NE4-Netze ist dagegen zwischen den Parteien unstrittig, dass die Antragstellerinnen auch nach Ablauf des 31.12.2009 die von ihnen in den genannten Städten aufgebauten NE4-Netze rechtlich eigenständig werden betreiben können, dass sie aber nach diesem Zeitpunkt Signallieferungen aus den vorgelagerten NE3-Netzen nur erhalten, wenn ihnen die Antragsgegnerin Zugang zu diesen Netzen gewährt.

Auf Grundlage einer entsprechenden Marktdefinition und Marktanalyse wurden der Antragsgegnerin von der Beschlusskammer mit Regulierungsverfügung BK 3b-06/014 vom 17.04.2007 hinsichtlich des Marktes für die Belieferung von NE-4-Clustern mit bis zu 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen durch vorgelagerte Kabelnetzbetreiber verschiedene Verpflichtungen auferlegt. Diese Verpflichtungen umfassen u.a. eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG, eine nachträgliche Entgeltregulierung nach § 38 TKG sowie die Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 23 TKG. Den u.a. gegen diese Verpflichtungen gerichteten Antrag der Antragsgegnerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung lehnte das Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss 21 L 1554/07 vom 24.06.2008 ab. Die von der Antragsgegnerin in der Hauptsache erhobene Klage wurde diesbezüglich mit Urteil 21 K 2048/07 vom 21.01.2009 zurückgewiesen. Über die von der Antragsgegnerin erhobene Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hat das Bundesverwaltungsgericht noch nicht entschieden (Az. 6 B 50.09).

Der derart auferlegten Pflicht zur Erarbeitung und Veröffentlichung eines Standardangebotes für Signallieferungen kam die Antragsgegnerin nach, indem sie mit Schreiben vom 26.07.2007 der Beschlusskammer ein entsprechendes Standardangebot zur Überprüfung vorlegte. Nach Erlass einer ersten Teilentscheidung am 11.07.2008 wurde das Standardangebot mit der zweiten Teilentscheidung BK 3b-07/018 vom 09.03.2009 abschließend geprüft, geändert und mit einer Mindestlaufzeit bis zum 28.02.2011 versehen.

In ihren Verhandlungen über die ab dem 01.01.2010 gewünschte Signalversorgung der NE4-Netze in Mainz und Osnabrück erzielten die Parteien Einigkeit dahingehend, einer etwaigen Zugangsgewährung durch die Antragsgegnerin grundsätzlich die Leistungsbedingungen des o.g. Standardangebots – vorbehaltlich behördlicher oder gerichtlicher Änderungen desselben – zugrunde zu legen.

Hinsichtlich der Entgeltkonditionen blieben die Verhandlungen ohne Erfolg.

Die Antragstellerinnen forderten zuletzt mit Schreiben vom 02.07.2009 ein Abweichen von der im Standardangebot enthaltenen und von der Antragstellerin jedenfalls im Grundsatz verlangten Preisliste, und zwar u.a. in Form einer Änderung der Abrechnungseinheit (abgerechnet werden soll nicht die Zahl der in einem versorgten Objekt befindlichen WE, sondern die Zahl der in einem Objekt tatsächlich versorgten WE), einer Streichung von ÜP-Mindestüberlassungsdauern sowie der Gewährung eines Großkundenrabatts [REDACTED] auf das gesamte zu zahlende Signallieferungsentgelt. Andernfalls würde sich der Signalpreis angesichts der Objektstruktur in den B1-Gebieten gegenüber dem bisherigen Niveau der Pauschalentgelte vervielfachen.

Die Antragsgegnerin antwortete mit Schreiben vom 17.07.2009, sie könne nicht nachvollziehen, weshalb ein wirtschaftlicher Betrieb nach dem Standardangebot nicht möglich sei, sie sei aber gleichwohl bereit, die Möglichkeit eines abweichenden Angebotes zu prüfen. Dafür benötige sie zum einen eine vollständige – anonymisierte – Liste der zur Versorgung der NE4-Netze genutzten ÜP, aus der die Anzahl der maximal anschließbaren WE sowie der derzeit angeschlossenen inkassierten WE hervorgehe. Zum anderen sei eine Liste über die mit sonstigen NE4-Betreibern und mit Grundstückseigentümern abgeschlossenen ÜP-Nutzungsverträge vorzulegen.

Die Antragstellerinnen übersandten die geforderten Daten nicht. Vielmehr haben sie mit Schreiben vom 24.08.2009, mit Anlagen vollständig eingegangen am 26.08.2009, die Bundesnetzagentur um Anordnung der Zusammenschaltung angerufen.

Mit Schreiben vom 20.10.2009 haben die Antragstellerinnen den Antrag zurückgenommen, soweit er die von der Antragsgegnerin ursprünglich in § 5 Abs. 4 Hauptteil verlangte fiktive Abrechnung am nächstgelegenen ÜP betraf. Die Antragsgegnerin hatte zuvor mitgeteilt, dass sie diese Klausel entsprechend ihrer Zusage gegenüber der Beschlusskammer nicht mehr als Bestandteil des Standardangebotes ansehe. Zudem haben die Antragstellerinnen in der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2009 Klarstellungen zu Protokoll gegeben.

Die Antragstellerinnen sind der Ansicht, ihre Anträge seien zulässig und begründet.

Die von der Antragsgegnerin gegen die Zulässigkeit erhobenen Bedenken griffen nicht durch. Aus dem Gesetz ließe sich nicht entnehmen, dass die Anordnung von Entgelten nur in Verbindung mit weiteren Zugangsbedingungen möglich sei. Außerdem sei der Antrag hinreichend bestimmt. Eine Benennung einzelner ÜP sei nicht erforderlich. Das Standardangebot sei vielmehr als Rahmenvertrag ausgestaltet. Die Verhandlungen seien auch gescheitert. Die Antragsgegnerin sei zu weiteren ernsthaften Verhandlungen nicht bereit gewesen. Dies zeige sich auch an den von ihr [REDACTED].

Darüber hinaus seien die Anträge auch begründet. So liege einmal ein Behinderungsmissbrauch nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG insofern vor, als das Vertragsangebot der Antragsgegnerin eine zwingende Abrechnung nach dem Pauschaltarif vorsehe und damit unabhängig davon, ob mit den betreffenden WE tatsächlich ein Endkundenverhältnis bestehe oder nicht.

Aufgrund dieser Tarifstruktur sei den Antragstellerinnen eine Vermarktung von Kabelanschlüssen auf der Basis von Einzelnutzerverträgen zu wirtschaftlich rentablen Bedingungen weitgehend unmöglich. Bei den in Mainz und Osnabrück vorzufindenden Penetrationsraten führe die Abrechnung sämtlicher vorhandener WE nach dem Pauschaltarif zu einem explosionsartigen Anstieg der durchschnittlichen Signalkosten pro tatsächlich versorgter WE. Bei den Mehrnutzerverträgen hätte dies einen Preisanstieg von [REDACTED] in Mainz und [REDACTED] in Osnabrück, bei den Einzelnutzerverträgen einen Preisanstieg von [REDACTED] in Mainz und [REDACTED] in Osnabrück zur Folge.

Infolge der geringen Clustergrößen, bei denen die Gestattungsgeber die Entscheidung für oder gegen einen Kabelanschluss eher den einzelnen Mietern überließen, sei die Anzahl von Einzelnutzerverträgen in den bisherigen B1-Gebieten Mainz und Osnabrück vergleichsweise hoch. Dabei komme Einzelnutzerverträgen, die in anderen Gebieten auch von der Antragsgegnerin in erheblichem Umfang vermarktet würden, eine eher noch wachsende Bedeutung zu.

Die durchschnittliche Penetrationsrate bei Einzelnutzervermarktung in den B1-Gebieten bliebe hinter der Penetration in anderen Netzen zurück. Wegen der bisherigen pauschalen Abrechnung der Signallieferung für das gesamte B1-Gebiet hätten für die Antragstellerinnen keine Anreize zu einer gezielten Vermarktung in einzelnen Beständen bestanden. Ferner habe die Antragsgegnerin vertragswidrig die NE3-Netze auf dem Stand der 80er Jahre belassen und nicht modernisiert. Ein Angebot von Internet und Telefonie sei über diese Netze nicht möglich.

Im Übrigen sei aber die Vermarktung von Einzelnutzerverträgen nicht nur in Mainz und Osnabrück, sondern angesichts der drastischen Steigerungen der Signalkosten auch in anderen Gebieten nicht möglich.

Im Gegensatz dazu könne die Antragsgegnerin bei der eigenen Vermarktung von Einzelnutzerverträgen grundsätzlich unabhängig von der im jeweiligen Objekt erreichten Penetrationsrate handeln. Dies zeige sich besonders deutlich in Fällen, in denen die Antragsgegnerin parallel eigene Produkte in Objekten vertreibe, bei denen nicht alle WE von den NE4-Betreibern versorgt würden. In bestehenden Verträgen werde der Antragsgegnerin die Möglichkeit eingeräumt, Digital- und Triple-Play-Produkte auch in Beständen der Antragstellerinnen zu vermarkten. Sie müsse für dieses Recht ein mit regelmäßig [REDACTED] an die Antragstellerinnen entrichten. In der Folge kassiere die Antragsgegnerin für dieselbe WE doppelt, nämlich einerseits beim Endkunden sowie andererseits – per Pauschalabrechnung – beim NE4-Betreiber.

Die aus dem Vorgenannten folgende Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten könne nicht sachlich gerechtfertigt werden. Eine einheitliche Tarifstruktur und eine zuverlässige Tarifikalkulation seien auch bei einer Spitzabrechnung allein nach tatsächlich angeschlossenen WE gewährleistet, wie das bisherige Vorgehen der Antragsgegnerin sowie die Beispiele von Unitymedia und Kabel BW zeigten.

Zudem würden über eine Pauschalentgeltung auch Leistungen bezahlt, für welche die Antragstellerinnen keine Verwendung hätten. Einem Schwarznutzerrisiko könne mit technischen Schutzmaßnahmen hinreichend entgegengewirkt werden. Der Abrechnungsmodus sei für die Einführung von neuen digitalen Diensten unerheblich. Der Geheimnisschutz bezüglich Vermarktungserfolgen werde hinreichend geschützt, wenn die NE4-Betreiber zwischen einer Pauschal- und einer Spitzabrechnung wählen könnten.

Soweit die Beschlusskammer der Auffassung sei, die Anordnung eines abweichenden Tarifsystems sei nur unter den Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 TKG möglich, sei auch nach diesen Maßstäben die begehrte Umstellung erforderlich. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass diese Vorschrift eigenständige Bedeutung nur erlangen könne, wenn die Beseitigung eines Entgeltmissbrauchs grundsätzlich auch ohne Änderung des Tarifsystems möglich wäre. Das hier gegenständliche Tarifmodell stelle allerdings einen bereits nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG unzulässigen strukturellen Entgeltmissbrauch dar. Denn die aus dem Pauschaltarif folgenden Kostensprünge seien derart gravierend, dass die Beseitigung der Wettbewerbsbehinderung allein durch Absenkung des Entgeltniveaus realistischerweise nicht möglich sei. Auf die Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 TKG könne es deshalb nicht ankommen.

Selbst wenn aber die Maßstäbe des § 29 Abs. 3 TKG an den vorliegenden Fall angelegt würden, sei eine Tarifänderung geboten. Eine Tarifänderung sei für ein Erreichen der Regulierungsziele erforderlich, wenn sich bei der Bundesnetzagentur eine durch Tatsachen unterstützte hinreichende Überzeugung verfestigt habe, dass eine Tarifänderung den betroffenen Markt den Regulierungszielen näher bringe. Dies sei hier der Fall.

Das Regulierungsziel der wirtschaftlichen Effizienz sei auch bei Anordnung einer Abrechnung nach tatsächlich versorgten WE ohne Einschränkungen gewahrt. Denn die NE4-Betreiber hätten ein eigenes Interesse an einer möglichst umfassenden Vermarktung der einzelnen Objekte. Eine zwingende Abrechnung nach dem Pauschaltarif führe dagegen dazu, dass die NE4-Betreiber nur noch Mehrnutzerverträge anbieten könnten. Der daraus folgende „Abschlusszwang“ für die einzelnen Mieter könne nicht als Effekt einer „effizienten Netznutzung“ verstanden werden. Darüber hinaus werde das Schwarzseherrisiko nicht beseitigt, sondern auf die NE4-Betreiber abgewälzt. Letztere hätten aber auch ein eigenes Interesse an der Unterbindung unberechtigter Nutzungen. Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wären schließlich in gleicher Weise geschützt, wenn die NE4-Betreiber zwischen Pauschal- und Normalabrechnung wählen könnten.

Bei der Prüfung des Kriteriums „Förderung des Wettbewerbs“ sei auf die Wettbewerbssituation auf den dem Signallieferungsmarkt nachgelagerten Endkundenmärkten im Netzgebiet der Antragsgegnerin abzustellen. Bei zwingender Abrechnung der Signallieferungsentgelte nach dem Pauschaltarif wäre den Antragstellerinnen eine Vermarktung von Einzelnutzerverträgen nicht mehr möglich. Die Antragsgegnerin hätte damit gegenüber den NE4-Betreibern auf den Gestattungsmärkten einen gravierenden Wettbewerbsvorteil. Den Endnutzern würde es dagegen zum Vorteil gereichen, wenn ein funktionierender Wettbewerb auf den Endnutzermärkten und damit auch das Angebot von Einzelnutzerverträgen garantiert würde.

Ein weiterer Behinderungsmissbrauch sei darin zu sehen, dass für jeden ÜP eine bestimmte Mindestvertragslaufzeit vereinbart werde.

Es sei übliche Praxis der NE4-Betreiber, über einen ÜP teilweise mehrere verschiedene Kunden aus der Wohnungswirtschaft zu versorgen. Mit jedem dieser Kunden schließe der NE4-Betreiber eigene Verträge mit unterschiedlichen Laufzeiten. Sei ein solcher Vertrag ausgelaufen, könnten gleichwohl vor Ablauf der ÜP-Mindestvertragslaufzeit die entsprechenden WE nicht abgemeldet werden. Die Flexibilität der NE4-Betreiber für Vertragsabschlüsse mit der Wohnungswirtschaft werde so massiv eingeschränkt. Ferner müsse eine Kongruenz mit den Fristen auf Endkundenebene hergestellt werden. Insbesondere Einzelnutzerverträge seien für die Kunden in der Regel monatlich kündbar. Zudem werde das Änderungsrisiko allein den NE4-Betreibern zugewiesen, weil für unterjährige Bestandsänderungen unmittelbar eine Vergütungspflicht einsetzen solle. Aus diesen Gründen sei auch eine Mindestlaufzeit von lediglich 6 Monaten missbräuchlich.

Auch hier sei eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich. Ebenso wie die anderen Regionalgesellschaften sei die Antragsgegnerin bisher ohne Mindestlaufzeiten ausgekommen. Die nunmehr geforderten Regelungen wiesen das Risiko von Bestandsveränderungen einseitig den NE4-Betreibern zu.

Die Regelungen zu den ÜP-Mindestlaufzeiten seien vollumfänglich zu streichen.

Schließlich führten die vorgesehenen einmaligen Bereitstellungsentgelte und monatlichen Signallieferungsentgelte zu einer nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 TKG missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere. Die Entgelte seien durchgehend um mindestens 30% zu senken.

Eine Preis-Kosten-Schere liege bereits bei der Vermarktung von Mehrnutzerverträgen vor. Bei der Vermarktung von Einzelnutzerverträgen verschärfe sie sich nochmals erheblich. Dies zeige die ausführliche Berechnung, welche die Antragstellerinnen vorgenommen und der Beschlusskammer vorgelegt hätten.

Abgestellt werden müsse bei der Prüfung der Preis-Kosten-Schere auf die Endkundenpreise der Antragsgegnerin bei der Produktvariante „Kabelanschluss Wohnung“, die bei vollständiger Neuerrichtung der NE4 zur Anwendung gelangten. Neubauprojekte seien für die Akquise von Neukunden im Gestaltungswettbewerb von besonderer Bedeutung.

Eine etwaige Mischkalkulation zwischen Mehrnutzer- und Einzelnutzerverträgen gehe an den wettbewerblichen Realitäten auf den Gestaltungsmärkten vorbei. Eine Quersubventionierung aus dem Mehrnutzerebereich sei ausgeschlossen, weil sich auch dort mittelfristig kein angemessener Gewinn erzielen lasse.

Der für die Deutsche Telekom AG ermittelte Kapitalzinssatz von 7,19% dürfe vorliegend nicht einfach übernommen werden. Aufgrund des höheren Geschäftsrisikos der Antragstellerinnen müsse vielmehr mit einem Kapitalzinssatz von [REDACTED] kalkuliert werden.

Des Weiteren sei die Regelung zur Zahlung von Baukostenzuschüssen bei Errichtung eines ÜP ersatzlos zu streichen. Von den Antragstellerinnen an die Antragsgegnerin zu zahlende Baukostenzuschüsse seien nur zu berücksichtigen, wenn die Beschlusskammer entgegen dem Antrag die entsprechenden Regelungen nicht streiche.

Mit Blick auf Urheberrechtsentgelte sei anzumerken, dass, weil die Kabelweitersenderechte gemäß § 1 Abs. 4 Hauptteil nicht von der Antragsgegnerin übertragen würden, sich die Antragstellerinnen diese Rechte anderweitig kostenpflichtig besorgen müssten.

Marktübergreifende Quersubventionierungen der Endkundenentgelte durch die Antragsgegnerin dürften nicht berücksichtigt werden. Denn auf Grundlage der nachgefragten Vorleistung könnten auch nur reine Rundfunk-Kabelanschlüsse vermarktet werden. Ohnehin lasse der Ausbaustand der NE3-Netze in Mainz und Osnabrück kein Triple-Play-Angebot zu.

Die Antragstellerinnen beantragen:

1. Der Zugang der Antragstellerin zu 1 zu den Breitbandkabelnetzen der Netzebene 3, die im bisherigen B1-Gebiet Mainz von der Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG betrieben werden, wird angeordnet.
2. Der Zugang der Antragstellerin zu 2 zu den Breitbandkabelnetzen der Netzebene 3, die im bisherigen B1-Gebiet Osnabrück von der Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG betrieben werden, wird angeordnet
3. Der Zugang erfolgt jeweils auf Grundlage des Standardangebots der Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG in der Fassung des Beschlusses der BNetzA vom 9. März 2009 (Az. BK 3b-07/018) mit den aus der Anlage 1 ersichtlichen Änderungen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzuweisen,

hilfsweise, falls die Beschlusskammer den Antrag nicht für abweisungsreif hält:

1. Der Zugang der Antragstellerinnen zu den Breitbandkabelnetzen der Antragsgegner in Mainz und Osnabrück wird nach Maßgabe des Übergangstarifangebots der Antragsgegnerin vom 20.11.2009, beigefügt als Anlage AG6, angeordnet.
2. Der Zugangsanspruch besteht für solche ÜP, die zum Zeitpunkt der Antragstellung am 24.08.2009 bereits an das Netz der Antragsgegnerin angeschlossen sind (=„bestehende ÜP“), soweit die Antragstellerinnen spätestens eine Woche nach Zugang der Entscheidung der Beschlusskammer die ÜP, für die sie den Zugang begehren, konkret mit Angabe der Adresse benennen. Im Übrigen gelten für den Zugang die Bedingungen des Standardangebots. Soweit die Antragstellerinnen bestehende ÜP nicht innerhalb von einer Woche melden, ist der Zugangsanspruch abzulehnen.

Die Antragsgegnerin hält den Antrag der Antragstellerin für unzulässig und unbegründet.

Einmal fehle es für den Antrag an den notwendigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Der Antrag sei insofern zu unbestimmt, als nicht der Zugang zu konkreten Übergabepunkten begehrt werde. § 2 Abs. 2 Hauptteil des Standardangebots setze aber voraus, dass der Vertragsbestand vor Vertragsschluss abgestimmt werde.

Außerdem seien die Vertragsverhandlungen nicht gescheitert. Die Antragstellerinnen hätten die Beschlusskammer angerufen, obwohl die Antragsgegnerin noch mit Schreiben vom 17.07.2009 Verhandlungs- und Kompromissbereitschaft signalisiert habe.

Jedenfalls eine Leistungsanordnung könne nicht erlassen werden, denn bezüglich der Leistungsbedingungen gebe es keinen Dissens zwischen den Parteien. Außerdem – so die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.12.2009 – biete sie den Antragstellerinnen den Abschluss eines Vertrages an, der bezüglich der Leistungsbedingungen auf das Standardangebot sowie bezüglich der Entgeltbedingungen vorläufig auf den als Anlage AG 6 vorgelegten Übergangstarif (für Alt- und Neubestände) und endgültig auf die bestandskräftige Entgeltanordnung abstelle.

Die Zulässigkeit einer Entgeltanordnung sei allerdings auch fraglich. Denn Entgelte, die – wie hier – einer nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen worden und allein streitig seien, seien dem Zugangsverfahren nach § 25 TKG entzogen. Für Entgeltregulierung im Gewande der Zugangsanordnung gebe es kein rechtliches Interesse.

Der Antrag sei darüber hinaus unbegründet. Namentlich bestehe kein Anspruch auf eine Spitzabrechnung. Denn eine solche Abrechnung biete die Antragsgegnerin auch ihren eigenen Endkunden nicht an. Auch die anderen Regionalgesellschaften rechneten – zumindest optional – ihre Entgelte pauschal ab. Zudem sei der Pauschaltarif nicht kausal für angebliche Schwierigkeiten der Antragstellerinnen bei der Vermarktung. Vielmehr beruhten solche Schwierigkeiten auf den von den Antragstellerinnen selbst zu verantwortenden geringen Penetrationsraten. Ungenutzte Hausinnenverkabelungen seien nun einmal unwirtschaftlich.

Die Antragstellerinnen könnten nicht verlangen, dass das Risiko mangelnder Vermarktungserfolge im Einzelfall die Antragsgegnerin trage. Daneben bestünde aber auch ein hohes Schwarznutzer-Risiko, wenn die Vergütung nicht von objektiv nachprüfbareren Faktoren wie der Zahl der Wohnungen im Haus abhängig sei. Der Verwaltungsaufwand vermindere sich. Die Vollvermarktung von Mehrparteienhäusern sei eine Voraussetzung für die rechtlich einwandfreie Vermarktung von neuen digitalen Diensten. Die Wettbewerber müssten keine Informationen über objektbezogene Vermarktungserfolge austauschen.

Ebenso wenig wie die Voraussetzungen des § 28 TKG seien hier die Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 TKG gegeben. Es sei nicht ersichtlich, dass das verlangte Tarifsysteem erforderlich sei, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen.

Ferner fehle es an einer Preis-Kosten-Schere. Bei der entsprechenden Überprüfung sei für den Endkundenpreis der Antragsgegnerin auf die Preisliste „Kabelanschluss Wohnung“ abzustellen. Diese Preisliste finde Anwendung, wenn die Antragsgegnerin auch die jeweilige NE4 errichte und betreibe. Die Antragstellerinnen hätten diesen Umstand erst zur Mitte des Verfahrens und damit verspätet berücksichtigt.

Zur Methodik sei anzumerken, dass sich eine Preis-Kosten-Schere im Kabelanschlussgeschäft nicht auf Basis von Durchschnittsdaten je ÜP-Cluster beantworten ließe. Vielmehr seien die Daten je Einzel-ÜP und auch Kenntnisse zum jeweiligen Gestattungsvertrag, der dem betreffenden ÜP unterliege, notwendig. Jedenfalls könne man aus der Sondersituation in Mainz und Osnabrück auf das generelle NE4-Geschäft und die etwaige Notwendigkeit einer speziellen Tarifstruktur oder Entgelthöhe für Objekte bzw. ÜP [REDACTED] schließen.

Unzulässig sei eine Bepreisung nach Wiederbeschaffungskosten. Auf bloße TV-Signalversorgung ausgelegte Netze würden heute in der Regel nicht mehr neu erstellt. Die Investitionstätigkeit müsse vielmehr auf der Basis der bisherigen Investitionstätigkeit und der Zweckmäßigkeit ihrer Fortschreibung bei zukünftig verändertem Dienstportfolio prognostiziert werden. Jedenfalls dürfe nicht zu Lasten der Antragsgegnerin modellhaft ein hypothetischer und realitätsferner NE4-Betreiber unterstellt werden, der weder Netz- noch Produktoptimierung mit digitalen und Triple-Play-Diensten betreibe. Die Beschlusskammer habe in der Regulierungsverfügung zutreffend darauf hingewiesen, dass das regulatorische Ziel der Signallieferungs-Zugangsregulierung ein selbsttragender Infrastrukturwettbewerb abgekoppelter, unabhängiger Netze der NE4-Betreiber sei.

Urheberrechtskosten fielen nicht gesondert an. Es gebe diesbezüglich keine Änderung der Praxis.

Soweit es den Nachvollzug von Tarifen anlange, sei zu prüfen, ob effiziente Unternehmen die Tarife im Rahmen ihres (Triple-Play-)Gesamtangebots nachvollziehen könnten. Eine parzellierende Betrachtung sei mit dem Ziel der Regulierung, zu Investitionen in neue Leistungen anzureizen, unvereinbar. Selbst wenn man eine solche Betrachtung vornehmen wolle, seien objektiv-typisierende Bedingungen zugrunde zu legen. Jedenfalls sei eine Mischkalkulation für Einzel- und Mehrnutzerverträge angezeigt.

Die Antragstellerinnen hätten außerdem nicht dargetan, dass es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung handle. Die Beeinträchtigung einzelner Wettbewerber sei jedenfalls nicht ausreichend, um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung annehmen zu können. Abzustellen sei auf die in Mainz und Osnabrück bestehende und von den sehr hohen Endkundenpreisen der Antragstellerinnen geprägte Situation auf dem Endkundenmarkt.

Außerdem habe sich mittlerweile herausgestellt, dass das Penetrationsproblem der Antragstellerinnen nur vorgeschoben sei. Tatsächlich erzielten die Antragstellerinnen in den meisten Beständen eine sehr hohe Penetration von meist [REDACTED]

[REDACTED]. Bei etwa [REDACTED] in Osnabrück sei es vermutlich zu Doppelzahlungen gekommen.

Die begehrte Absenkung der Vorleistungsentgelte sei darüber hinaus unzulässig, weil die Antragsgegnerin zu einer kostenunterdeckenden Zugangsgewährung verpflichtet würde. Letzteres verstieße gegen Art. 14 Abs. 1 GG, weil die Opfergrenze überschritten und die Erhaltung der Unternehmenssubstanz in Frage gestellt werde. Weil aber § 25 TKG keine Handhabe zur Erhöhung der Endkundenentgelte biete, seien die Preise der Antragsgegnerin auf der Grundlage der flexiblen Entgeltverfahren nach den §§ 27ff. TKG zu regulieren.

Schließlich sei der Vortrag der Antragstellerinnen unschlüssig, soweit sie einen Behinderungsmissbrauch durch ÜP-Mindestlaufzeiten entdecken wollten. § 4 Hauptteil sei dahin ge-

hend zu verstehen, dass auch eine Mindestlaufzeit von 6 Monaten vereinbart werden könne. Wie dies zu Schwierigkeiten für das Geschäftsmodell führen sollte, erschließe sich nicht.

Den Verfahrensbeteiligten ist in der am 27.10.2009 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 18.12.2009 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 23.12.2009 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

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

II. Gründe

Dem Antrag der Antragstellerin wird dahingehend stattgegeben, dass der Zugang zu den NE3-Netzen der Antragsgegnerin in Mainz und Osnabrück und die entsprechenden leistungsseitigen Zugangsbedingungen angeordnet werden. Im Übrigen werden der Antrag der Antragstellerin sowie die Anträge der Antragsgegnerin abgelehnt.

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

1 Zuständigkeit und Verfahren

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

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

Die den Beteiligten, sowohl der Antragstellerin, der Antragsgegnerin als auch den Beigeladenen, im Beschlusskammerverfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind nicht dadurch unzulässig verkürzt worden, dass ihnen im Rahmen des Verfahrens nur solche Unterlagen – Antragsunterlagen und Stellungnahmen der Antragstellerin bzw. der Beigeladenen – zur Verfügung gestellt worden sind, in denen Passagen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, entnommen bzw. geschwärzt wurden. Mit Blick auf die Entscheidungspraxis des Bundesverwaltungsgerichtes,

vgl. BVerwG, Beschluss 20 F 1.06 vom 09.01.2007,

hält die erkennende Beschlusskammer an der bisherigen Praxis der Beschlusskammern im Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen fest.

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

Weil es sich hier um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 des Gesetzes handelt, war gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG auch dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diesem Erfordernis wurde durch die fortlaufende Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen, mündliche Unterrichtungen und durch die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs genügt.

Die Verlängerung des Verfahrens von zehn Wochen auf vier Monate ist gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 TKG besonders begründet worden.

2 Anordnung nach § 25 TKG

Gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TKG ordnet die Bundesnetzagentur, wenn eine Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG ganz oder teilweise nicht zustande kommt und die nach dem TKG erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vorliegen, nach Anhörung der Beteiligten den Zugang an. Eine Anordnung ist nach § 25 Abs. 2 TKG nur zulässig, soweit und solange die Beteiligten keine Zugangs- oder Zusammenschaltungsverbarung schließen.

2.1 Anordnungsvoraussetzungen

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

Die Antragstellerin und Antragsgegnerin betreiben jeweils ein öffentliches Telekommunikationsnetz i. S. v. § 3 Nr. 27 TKG.

Mit der Regulierungsverfügung BK 3b-06/014 vom 17.04.2007 wurde die Antragsgegnerin gemäß § 21 TKG verpflichtet, Zugang zu ihren NE3-Netzen zu gewähren und den nachfragenden Unternehmen Rundfunksignale zu übergeben.

Eine Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG ist zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Die entsprechenden Verhandlungen sind gescheitert. Die Antragstellerinnen haben die vorliegend verlangten Leistungs- und Entgeltkonditionen spätestens mit Schreiben vom 02.07.2009 bei der Antragsgegnerin nachgefragt. Mit Schreiben vom 17.07.2009 machte die Antragsgegnerin ihre diesbezügliche Verhandlungsbereitschaft abhängig davon, dass die Antragstellerinnen ihr eine Liste über die mit sonstigen NE4-Betreibern und mit Grundstückseigentümern abgeschlossenen ÜP-Nutzungsverträge in Mainz und Osnabrück vorlegen. Auf diese Verknüpfung der Signallieferungsverhandlungen mit dem Streit über etwaig fortbestehende Rechte der Antragstellerinnen bezüglich der jeweiligen NE3-Netze mussten sich die Antragstellerinnen nicht einlassen. Sie durften die Verhandlungen zu Recht als gescheitert ansehen.

Der Antrag ist hinreichend bestimmt. Einwände der Antragsgegnerin, der Antrag zielle auf einen Rahmenvertrag, während sie nur einen Vertrag anbiete, bei dem von Beginn an die konkret genutzten ÜP genannt sein müssten, greifen nicht durch. Letzten Endes handelt es sich auch bei dem von der Antragsgegnerin angebotenen Vertrag um einen Rahmenvertrag. Denn gemäß § 2 Hauptteil des Standardangebotes sind An- und Abmeldungen von Vertragsbeständen möglich. Was dagegen den Anfangsbestand an ÜP anlangt, so liegt es in der Natur der Sache, dass die Antragstellerinnen bei Antragstellung im August 2009 keine verbindliche Liste für die ab dem 01.01.2010 begehrten ÜP überreichen konnten. Eine solche Liste wäre angesichts von fast [REDACTED] versorgten WE mit einiger Wahrscheinlichkeit zu Vertragsbeginn bereits veraltet gewesen. Darüber hinaus kann es den Antragstellerinnen aber auch nicht zugemutet werden, ohne Kenntnis der zumindest vorläufigen Entgeltbedingungen verbindliche ÜP-Bestellungen für bestimmte Mindestlaufzeiten abgeben zu müssen. Es muss daher ausreichen, wenn sich die Parteien bis zum 15.01.2010 rückwirkend über den ab dem 01.01.2010 gültigen ÜP-Bestand abstimmen (siehe Ziffer 2.3).

Schließlich ist die Antragstellung auch nicht missbräuchlich. Die Antragsgegnerin trägt zwar vor, eine Leistungsanordnung sei mangels Dissens zwischen den Parteien unzulässig, und Entgelte, die – wie hier – einer nachträglichen Entgeltregulierung unterworfen worden und allein streitig seien, seien ohnehin dem Zugangsverfahren nach § 25 TKG entzogen. Für Entgeltregulierung im Gewande der Zugangsanordnung gebe es kein rechtliches Interesse.

Mit Blick auf die Leistungsanordnung ist dem entgegenzuhalten, dass die Antragsgegnerin den Antragstellerinnen zwar eine diesbezügliche Vereinbarung schriftlich angeboten hat, auf die sich die Antragstellerinnen nach erster Einschätzung der Beschlusskammer auch ohne Aufgabe von Rechtspositionen hätten einlassen können. Indes wurde das Angebot erst am

18.12.2009 und damit nicht mehr rechtzeitig im Sinne des § 25 Abs. 7 TKG unterbreitet. Denn die Verfahrensfrist endet am 28.12.2009. Aufgrund der dazwischen liegenden Feiertage wären nur noch vier Werktage verblieben, innerhalb derer die Antragstellerinnen das Angebot hätten prüfen und zeichnen und die Beschlusskammer hierauf hätte reagieren müssen. Der Antrag ist deshalb nicht missbräuchlich.

Dem Vortrag zu den Entgelten ist zuzugeben, dass es in der Praxis der Beschlusskammer tatsächlich bereits vorgekommen ist, dass ein Entgeltanordnungsantrag deshalb abgewiesen wurde, weil die Antragsgegnerin in eine Entgeltregulierung getrieben werden sollte, ohne dass die Antragstellerin tatsächlich an einer Leistungsabnahme interessiert war,

vgl. Beschluss BK 4c-05-073 / Z 26.10.05 vom 19.12.2005.

Vorliegend kann die Legitimität des Antrags jedoch nicht in Zweifel gezogen werden. Die Antragstellerinnen sind an einem Bezug der Leistung interessiert. Eine Anrufung der Beschlusskammer um Festlegung der Zugangskonditionen, zu denen nach § 25 Abs. 5 S. 1 und 3 sowie Abs. 6 TKG auch die Entgelte gehören, ist deshalb zulässig.

2.2 Gegenstand der Anordnung

Gegenstand einer Anordnung können alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung einschließlich der Entgelte sein. Zu den anordnungsfähigen Bedingungen einer Zugangsvereinbarung zählen sowohl technisch-betriebliche Bedingungen, die üblicherweise in einer Vereinbarung über einen Netzzugang enthalten sind, als auch Vertragsbestandteile, die im Rahmen der allgemeinen zivilrechtlichen Gesetze üblich sind. Zu diesen anordnungsfähigen Vertragsbestandteilen zählen z.B. Regelungen zur Sicherheitsleistung, das Kündigungsrecht, Bereitstellungsfristen, Informationsrechte und Schadensersatzklauseln. Anhaltspunkte für wesentliche regelungsbedürftige Punkte ergeben sich zudem aus der Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV-1996, die zentrale Bestandteile einer Zugangsvereinbarung aufzählt,

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

Bei dem Erlass einer Zugangsanordnung hat die Beschlusskammer eine umfassende und komplexe Abwägung vorzunehmen, bei der sie die zum Teil gegenläufigen privaten und öffentlichen Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen hat. Die Beschlusskammer darf die Anordnung mit Bedingungen in Bezug auf Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit verknüpfen.

2.3 Beantragte Leistungsanordnung

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Antragstellerinnen Zugang zu ihren NE3-Netzen in Mainz und Osnabrück zu gewähren, sofern letztere von dem jeweiligen Übergabepunkt aus nicht mehr als 500 Wohneinheiten versorgen.

Leistungsseitig erfolgt der Zugang grundsätzlich nach Maßgabe des Standardangebotes der Antragsgegnerin in der Fassung des Beschlusses BK 3b-07/018 der Bundesnetzagentur vom 09.03.2009. Dies entspricht dem Antrag der Antragstellerinnen, dem die Antragsgegnerin insofern auch zustimmt.

Geändert wird § 2 Abs. 2 S. 3 Hauptteil. Diese Norm bestimmte bisher, dass der Vertragsbestand an WE vor Vertragsschluss abgestimmt wird. Die Antragstellerinnen müssen sich aus den unter Ziffer 2.2. genannten Gründen hierauf allerdings nicht einlassen. Es genügt vielmehr, wenn die Abstimmung nach Erlass der Leistungsanordnung bis zum 15.01.2010 vonstatten geht.

2.4 Beantragte Entgeltanordnung

Abgelehnt wird der Antrag auf Erlass einer Entgeltanordnung. Die notwendige Ergänzung der Leistungsanordnung wird stattdessen in einem von Amts wegen am 16.12.2009 unter dem Aktenzeichen BK 3f-09/091 eingeleiteten zweiten Teilverfahren erfolgen. Um eine zumindest vorläufige Abwicklung von Leistung und Gegenleistung zu ermöglichen, erlässt die Beschlusskammer im letztgenannten Verfahren gleichzeitig mit der vorliegenden Leistungsanordnung eine vorläufige Entgeltanordnung gemäß § 130 TKG und führt so die Vollziehbarkeit der beiden Anordnungen herbei.

Die Auftrennung des Anordnungsverfahrens sowie die damit zwangsläufig verbundene Ablehnung des vorliegend gestellten Entgeltanordnungsantrags gründen in formeller Hinsicht auf § 25 Abs. 6 S. 1 und 2 TKG. Danach soll die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Bedingungen und der Entgelte jeweils Teilentscheidungen treffen, wenn sowohl Bedingungen einer Zugangsvereinbarung als auch die zu entrichtenden Entgelte für nachgefragte Leistungen streitig sind. Sofern die Bundesnetzagentur Teilentscheidungen trifft, gelten für diese jeweils die in § 25 Abs. 1 TKG genannten Fristen.

Die vorgenannten Bestimmungen regeln zwar positiv nur den Fall, dass sowohl die leistungs- als auch die entgeltseitigen Bedingungen streitig sind. Dieser Fall ist hier nicht gegeben. Gleichwohl sind die Bestimmungen vorliegend zumindest insofern von Bedeutung, als sich ihnen entnehmen lässt, dass das Gesetz eine faktische Verlängerung der in § 25 Abs. 1 TKG geregelten Fristen infolge einer Aufspaltung des Anordnungsverfahrens grundsätzlich anerkennt. Neben der in § 25 Abs. 6 S. 1 TKG unmittelbar geregelten Konstellation spricht nach Auffassung der Beschlusskammer überwiegendes dafür, dass auch in weiteren – durchaus eng zu begrenzenden – Ausnahmefällen eine solche faktische Fristverlängerung mittels Verfahrensaufspaltung möglich sein muss.

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Der Beschlusskammer verfügt trotz aller Ermittlungsbemühungen zum derzeitigen Zeitpunkt nur über eine Datenbasis, die nach Auffassung der Beschlusskammer erst nach weiteren Nachforschungen eine tatsächlich zufriedenstellende Güte aufweisen wird.

So lassen sich bereits die von den Antragstellerinnen in das Verfahren eingebrachten Daten zur Anzahl der in den jeweiligen Regionen auf die einzelnen Cluster der Preisliste „ÜP-Nutzung“ entfallenden „tatsächliche versorgten Wohneinheiten“ zum aktuellen Zeitpunkt für eine dauerhafte Entgeltentscheidung nicht hinreichend verifizieren. Dabei hat insbesondere die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14.12.2009 nochmals vorgetragen, dass der Antragsgegnerin ebenso wie der Beschlusskammer irreführende Angaben zu der von den Antragstellerinnen gemeldeten Versorgungsstruktur ihrer B1-Gebiete vorlägen, welche u.a. auf umfangreiche Doppelzählungen der Anzahl an versorgten Wohneinheiten beruhten. Der Beschlusskammer ist es bereits angesichts des weit fortgeschrittenen Verfahrensverlaufes nicht möglich, die von den Parteien nunmehr erst vorgetragenen Widersprüche zur tatsächlichen Versorgungsstruktur in den Regionen der Antragstellerin noch einmal abschließend – ggf. im Rahmen notwendiger Vor-Ort-Ermittlungen – überprüfen und analysieren zu können.

Eine Entgeltentscheidung könnte darüber hinaus derzeit ohnehin nur im Falle der Bejahung einer Preis-Kosten-Schere auf Basis der von den Antragstellerinnen gelieferten – und nun wieder in Frage stehenden – Strukturdaten getroffen werden. Zwar ließen sich unter Berücksichtigung allgemeiner Effizienzüberlegungen auch zum jetzigen Zeitpunkt Eckwerte zu den voraussichtlichen monatlichen Kosten und Erlösen pro Kunde und eine daraus ggf. erfolgende Anpassung der Preisliste „ÜP-Nutzung“ generieren. Allerdings wäre dabei eher zu vermuten, dass anhand der Strukturdaten anderer NE4 Betreiber innerhalb des Gesamtgebietes der Antragsgegnerin tendenziell andere Prämissen für eine Modifizierung der genannten Preisliste wirken könnten.

Ein „Alleinstellungsmerkmal“ der Antragstellerinnen für die Anpassung der Preisliste wäre auch nicht aufgrund der im TKG vorgesehenen Preis-Kosten-Scherenprüfung berechtigt. Denn nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist eine Preis-Kosten-Schere nicht für jeden Wettbewer-

ber, sondern nur mit Blick auf effiziente Unternehmen zu vermeiden. Bei der entsprechenden Prüfung wäre insoweit keine ausschließliche Beurteilung einzelner Unternehmen hinsichtlich des von ihnen erreichten Effizienzgrades, sondern lediglich eine abstrakte Einschätzung über effizientes Verhalten vorzunehmen,

vgl. „Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren,“ als Mitteilung Nr. 940/2007 veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom 14.11.2007, S. 11.

Unter Maßgabe der vorgenannten Gründe erachtet es die Beschlusskammer für sachlich geboten, auf Basis der Durchführung einer qualifizierten Abfrage der Strukturdaten von möglichst vielen der im Versorgungsgebiet der Antragsgegnerin tätigen NE4-Betreiber die bisherigen Erkenntnislücken innerhalb einer weiteren Ermittlungsperiode zu schließen.

Zudem liegt es weder im Interesse der Antragstellerinnen noch in demjenigen der Antragsgegnerin, würde die Beschlusskammer eine formell zwar endgültige, inhaltlich aber möglicherweise angreifbare Entgeltbestimmung treffen.

Die Beschlusskammer berücksichtigt dabei, dass die Zusammenarbeit der Parteien in Mainz und Osnabrück geprägt ist von dem hergebrachten B1-Kooperationsmodell und der dadurch entstandenen Sondersituation. Entscheidungen wie die vorliegende, die von Rechts wegen bei der Entgeltbestimmung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG auf ein typisiertes „effizientes Unternehmen“ abstellen müssen, mögen diese Zusammenarbeit möglicherweise nur bedingt fördern. Die Beschlusskammer sieht die Aufspaltung des Verfahrens deshalb durchaus auch als Gelegenheit für die Parteien, dem im § 25 Abs. 2 TKG verankerten Primat des verhandelten Netzzugangs gerecht werden zu können. In Kenntnis der Beschlusskammerauffassung sollte sich die Möglichkeit einer kommerziellen Einigung ergeben.

Der Ablehnung des Anordnungsantrags lässt sich nach Ansicht der Beschlusskammer nicht entgegen halten, dass die Parteien bei/nach Antragstellung möglicherweise auf den Erlass einer umfassenden vollziehbaren Anordnung nach Ablauf von vier Monaten vertraut haben. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten scheint es angemessener, einem solchen Vertrauen durch eine – gemäß § 25 Abs. 8 TKG vollziehbare – Kombination von endgültiger Leistungsanordnung und vorläufiger Entgeltanordnung gerecht zu werden als durch den Erlass einer möglicherweise unzulänglichen endgültigen Gesamtanordnung.

Aus den vorgenannten Gründen lehnt die Beschlusskammer den Antrag auf Erlass einer Entgeltanordnung ab.

3 Widerrufsvorbehalt

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

Hinweis zum Rechtsbehelf

Die Anordnung der Bundesnetzagentur kann nur insgesamt angegriffen werden, § 25 Abs. 6 S. 3 TKG. Gegen den vorliegenden Beschluss kann deshalb erst nach Ergehen einer (ggf. auch vorläufigen) zweiten Teilentscheidung Klage erhoben werden.

Bonn, den 23.12.2009

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers