



Beschlusskammer 3

BK 3b-15/037

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 23.09.2015 im Verhältnis zur Telefónica Germany GmbH & Co. OHG wegen rückwirkender Genehmigung von Überlassungsentgelten für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung für die Zeiträume vom 01.04.2001 bis zum 31.03.2003 bzw. 30.04.2003, vom 01.05.2003 bis zum 31.03.2005 und vom 01.04.2007 bis zum 31.03.2009 sowie wegen Genehmigung bzw. hilfsweise Feststellung der Gesetzeskonformität eines Vergleichsbetrags,

Beigeladene:

1. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Telefónica Germany Management GmbH und die Telefónica Deutschland Holding AG, diese vertreten durch die Geschäftsführung bzw. den Vorstand,
2. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch den Vorstand,
3. Vodafone GmbH, Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. Versatel Deutschland GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. M-Net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

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

der Beigeladenen zu 5.: Versatel GmbH
Niederkasseler Lohweg 181-183
40547 Düsseldorf
vertreten durch die Geschäftsführung –

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 Dr. Ulrich Geers und
den Beisitzer Helmut Scharnagl

beschlossen:

1. Für das Zugangsverhältnis betreffend die Teilnehmeranschlussleitung zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1. (mitsamt ihrer jeweiligen Rechtsvorgängerinnen) und für die auf dieser Grundlage abgewickelten Leistungen werden rückwirkend folgende Überlassungsentgelte genehmigt:

- 1.1 Für den Zeitraum vom 01.04.2001 bis zum 31.03.2003:

Produkt	Preis (netto/mtl.) EURO
CuDA 2Dr	12,48 €
CuDA 2Dr mit hochbitratiger Nutzung	12,48 €
CuDA 4 Dr	22,50 €
CuDA 4 Dr mit hochbitratiger Nutzung	22,50 €
CuDA 2 Dr mit ZWR	22,75 €
CuDA 4 Dr mit ZWR	37,38 €
Zusätzlicher ZWR für CuDA 4 Dr	14,88 €
Glasfaser 1 Faser	243,99 €
Glasfaser 2 Faser	484,45 €
CCA PCM2	23,83 €
CCA PCM11	18,61 €
CCA-AsIMux	24,21 €
CCA gewichtet	22,91 €

CCA-B	14,62 €
CCA-B mit ZWR	24,34 €
CCA-P	65,70 €

1.2 Für den Zeitraum vom 01.04.2001 bis zum 30.04.2003:

Produkt	Preis (netto/mtl.) EURO
TelAsl bei OPAL analoge Telefonanschlussleitung	12,60 €
BaAsl bei OPAL Basisanschlussleitung	24,40 €
TelAsl bei ISIS-outdoor analoge Telefonanschlussleitung	21,60 €
BaAsl bei ISIS-outdoor Basisanschlussleitung	32,90 €
PmxAsl bei ISIS-outdoor Primärmultiplexanschlussleitung	283,20 €

1.3 Für den Zeitraum vom 01.05.2003 bis zum 31.03.2005:

Produkt	Preis (netto/mtl.) EURO
CuDA 2Dr Kupferdoppelader 2 Draht	11,80 €
CuDA 2Dr mit hochbitratiger Nutzung Kupferdoppelader 2 Draht für die Nutzung von übertragungstechnischen Systemen mit einer Bitrate > 144 kbit/s	11,80 €
CuDA 4 Dr Kupferdoppelader 4 Draht	21,50 €
CuDA 4 Dr mit hochbitratiger Nutzung Kupferdoppelader 4 Draht für die Nutzung von übertragungstechnischen Systemen mit einer Bitrate > 2 * 144 kbit/s	21,50 €
CuDA 2 Dr mit ZWR Kupferdoppelader 2 Draht mit Zwischenregenerator	22,75 €
CuDA 4 Dr mit ZWR Kupferdoppelader 4 Draht mit Zwischenregenerator	36,38 €

Zusätzlicher ZWR für CuDA 4 Dr	14,88 €
Glasfaser 1 Faser (Gf1)	90,50 €
Glasfaser 2 Faser (Gf2)	178,60 €
CCA-A Carrier Customer Access – Analog	22,90 €
CCA-B ohne ZWR Carrier Customer Access – Basic	14,00 €
CCA-B mit ZWR Carrier Customer Access – Basic mit ZWR	24,34 €
CCA-P Carrier Customer Access – Primary	65,70 €
TelAsl bei OPAL analoge Telefonanschlussleitung	12,60 €
BaAsl bei OPAL Basisanschlussleitung	24,40 €
TelAsl bei ISIS-outdoor analoge Telefonanschlussleitung	21,60 €
BaAsl bei ISIS-outdoor Basisanschlussleitung	32,90 €
PmxAsl bei ISIS-outdoor Primärmultiplexanschlussleitung	283,20 €

1.4 Für den Zeitraum vom 01.04.2007 bis zum 31.03.2009:

Produkt	Preis (netto/mtl.) EURO
CuDA 2Dr	10,50 €
CuDA 2Dr mit hochbitratiger Nutzung	10,50 €
CuDA 2Dr für KVz-TAL	7,55 €
CuDA 2Dr mit hochbitratiger Nutzung für KVz-TAL	7,55 €
CuDA 4 Dr	19,75 €
CuDA 4 Dr mit hochbitratiger Nutzung	19,75 €
CuDA 4Dr mit hochbitratiger Nutzung für KVz-TAL	14,05 €

CuDA 2 Dr mit ZWR	18,75 €
CuDA 4 Dr mit ZWR	39,10 €
Zusätzlicher ZWR für CuDA 4 Dr	16,55 €
CCA-A	19,80 €
CCA-B ohne ZWR	13,15 €
CCA-B mit ZWR	20,40 €
CCA-P	48,70 €
TelAsl bei OPAL	13,25 €
BaAsl bei OPAL	19,60 €
TelAsl bei ISIS-outdoor	13,25 €
BaAsl bei ISIS-outdoor	19,60 €
PMxAsl bei ISIS-outdoor	124,10 €

2. Es wird festgestellt, dass die Vereinbarung und die Zahlung des Vergleichsbetrages in Höhe von [BuGG...], der in § 2 der zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1. abgeschlossenen Vereinbarung vom 22.09.2015 enthalten ist, nicht gegen Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes verstoßen.
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist seit dem 30.03.2010 Gesamtrechtsnachfolgerin für das vormals von der Deutschen Telekom AG betriebene bundesweite öffentliche Teilnehmernetz. Die Deutsche Telekom AG ist ihrerseits Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom.

Die Deutsche Telekom AG wurde auf Grundlage des Telekommunikationsgesetzes vom 25.07.1996 (TKG¹⁹⁹⁶) verpflichtet, Nachfragern den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu gewähren. Daraufhin schloss sie seit Ende 1997 mit einer Vielzahl von Wettbewerbsunternehmen – u.a. auch mit der Beigeladenen zu 1. bzw. deren Rechtsvorgängerinnen – Verträge über den Zugang zur TAL ab. Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung wurde auch nach Erlass des Telekommunikationsgesetzes vom 22.06.2004 (TKG²⁰⁰⁴) beibehalten, und zwar zunächst mit Hilfe der Übergangsbestimmung des § 150 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴ sowie später mittels der Regulierungsverfügungen BK 4a-04-075/R vom 20.04.2005, BK 4a-07-002/R vom 27.06.2007 und BK 3g-09/085 vom 21.03.2011. Die Entgelte wurden – von einigen Glasfaservarianten abgesehen – durchgängig der Genehmigung unter Anwendung der Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und ergänzend des Missbrauchsmaßstabs unterworfen.

Von den Genehmigungen für die monatlichen TAL-Überlassungsentgelte, welche die Bundesnetzagentur bzw. ihre Vorgängerbehörde, die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, in diesem Gesamtzeitraum erlassen hatte, fochten die Beigeladene zu 1. bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen drei Genehmigungen mit Erfolg an.

Der erste Klageerfolg betraf den Beschluss BK 4a-01-001/E19.01.01 vom 30.03.2001, berichtigt mit Schreiben vom 17.04.2001, mit dem die TAL-Überlassungsentgelte – mit Ausnahme der OPAL/ISIS-Varianten – für den Zeitraum vom 01.04.2001 bis zum 31.03.2003 genehmigt worden waren.

Das VG Köln hob die Genehmigung u.a. auf Klage der HanseNet Telekommunikation GmbH als Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1. mit Urteil 1 K 3481/01 vom 27.08.2009 auf. Die gegen das Urteil des VG Köln angestrebten Revisionen wurden vom BVerwG mit Urteil 6 C 13.10 vom 23.11.2011 zurückgewiesen. Die Aufhebung der Genehmigung beruhte im Wesentlichen darauf, dass sich die Regulierungsbehörde bei der Bestimmung der Kalkulationsbasis für den Investitionswert nicht mit den verschiedenen zur Auswahl stehenden Berechnungsmethoden auseinandergesetzt und damit den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum fehlerhaft ausgefüllt hatte.

Mit Schreiben vom 29.11.2013 zog die Antragstellerin ihren auf Grund der gerichtlichen Beschlussaufhebung wieder anhängigen Antrag aus dem Jahr 2001 zurück. Am gleichen Tag stellte sie u.a. für das Zugangsverhältnis mit der Beigeladenen zu 1. einen neuen Entgeltgenehmigungsantrag. Dieser Antrag wurde von der Beschlusskammer mit Beschluss BK 3c-13/076 vom 27.01.2014 mit der Begründung abgelehnt, die Antragstellerin habe nicht die für die Genehmigungserteilung notwendigen Ist-Daten aus dem Genehmigungszeitraum vorgelegt.

Des Weiteren erfolgreich beklagt wurde der Beschluss BK 4a-03-010/E19.02.03 vom 29.04.2003, mit dem die TAL-Überlassungsentgelte für den Zeitraum vom 01.05.2003 bis zum 31.03.2005 sowie zusätzlich die Entgelte für die OPAL/ISIS-Varianten rückwirkend für den Zeitraum ab dem 01.04.2001 genehmigt worden waren.

Das VG Köln hob die Genehmigung wiederum u.a. auf Klage der HanseNet Telekommunikation GmbH als Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1. mit rechtskräftigem Urteil 21 K 3434/03 vom 07.12.2011 auf. Nach Ansicht des Gerichts waren die von der Regulierungsbehörde im streitgegenständlichen Beschluss zu den Miet-, Betriebs- und Gemeinkostenzuschlägen getroffenen Feststellungen als beurteilungsfehlerhaft zu beanstanden. Ob insbesondere in Bezug auf die Berechnung der Investitionswerte anhand des WIK-Modells weitere Beurteilungsfehler vorlagen, konnte das Verwaltungsgericht auf sich beruhen lassen.

Schließlich drang die Beigeladenen zu 1. als Rechtsnachfolgerin der HanseNet Telekommunikation GmbH auch mit einer Klage gegen den Beschluss BK 4b-07-001/E19.01.07 vom 30.03.2007 durch, mit dem die Genehmigung für die TAL-Überlassungsentgelte vom 01.04.2007 bis zum 31.03.2009 erteilt worden war.

Die Aufhebung erfolgte mit rechtskräftigem Urteil 1 K 1742/07 des VG Köln vom 12.12.2013. Zur Begründung führte das Gericht an, die Regulierungsbehörde habe sich bei der Bestimmung der Kalkulationsbasis für den Investitionswert nicht mit den verschiedenen zur Auswahl stehenden Berechnungsmethoden auseinandergesetzt und damit den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum fehlerhaft ausgefüllt.

Im Nachgang zu den vorgenannten Urteilen und im Zusammenhang mit einer Reihe weiterer Klageverfahren, die sie gegen Genehmigungsbeschlüsse der Bundesnetzagentur zu TAL-Überlassungsentgelten betreiben, schlossen die Antragstellerin und die Beigeladene zu 1. am 22.09.2015 eine Vergleichsvereinbarung ab. Einen ähnlichen Vertrag schloss die Antragstellerin mit bislang fünf weiteren Unternehmen ab.

Die Antragstellerin und die Beigeladene zu 1. vereinbarten für den Zeitraum vom 08.02.1999 bis zum 31.03.2009 in dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis rückwirkend die Geltung der ursprünglich von der Bundesnetzagentur genehmigten TAL-Überlassungsentgelte. Darüber hinaus verpflichtete sich die Antragstellerin, an die Beigela-

dene zu 1. einen aufschiebend bedingten Vergleichsbetrag in Höhe von [BuGG...] zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer zu leisten. Der genannte Betrag ergab sich aus der Multiplikation des gewichteten TAL-Überlassungsumsatzes im Zeitraum vom 08.02.1999 bis zum 31.03.2011 mit einem größenabhängigen Zuschlagsfaktor. Im Ergebnis sollen damit die wechselseitigen Chancen und Risiken bei einer Fortsetzung der Rechtsstreitigkeiten, so insbesondere die unübersichtliche Risikosituation, die unklare Rechtslage sowie die nicht vorhersehbare Dauer der Rechtsstreitigkeiten, abgegolten werden. Die Parteien einigten sich zudem auf einen Klageverzicht gegen die vorliegende Neubescheidung und auf eine aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Rücknahme der noch anhängigen Klagen gegen Genehmigungen von TAL-Überlassungsentgelten.

Mit Schreiben vom 23.09.2015, am selben Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, nahm die Antragstellerin ihre auf Grund der gerichtlichen Beschlussaufhebungen wieder anhängigen Genehmigungsanträge aus den Jahren 2003 und 2007 im Verhältnis zur Beigeladenen zu 1. zurück.

Mit weiterem Schreiben vom 23.09.2015, ebenfalls am selben Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, und ergänzt mit Schreiben vom 19.10.2015, am selben Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, beantragt die Antragstellerin in ihrem Namen sowie vorsorglich auch in demjenigen der Deutschen Telekom AG im Verhältnis zur Beigeladenen zu 1. und vorsorglich ihren Rechtsvorgängerinnen,

1. a) für den Zeitraum vom 01.04.2001 bis zum 31.03.2003 die Genehmigung der im Verfahren BK 4a-01/001 genehmigten Entgelte, die in Anlage 1 aufgeführt sind;
- b) für den Zeitraum vom 01.04.2001 bis zum 30.04.2003 die Genehmigung der im Verfahren BK 4a-03-010 genehmigten Entgelte, die in Ziffern 14 bis 18 der Anlage 2 aufgeführt sind;
- c) für den Zeitraum vom 01.05.2003 bis zum 31.03.2005 die Genehmigung der im Verfahren BK 4a-03-010 genehmigten Entgelte, die in Anlage 2 aufgeführt sind;
- d) für den Zeitraum vom 01.04.2007 bis zum 31.03.2009 die Genehmigung der im Verfahren BK 4b-07-001 genehmigten Entgelte, die in Anlage 3 aufgeführt sind;
2. a) die Genehmigung des in § 2 der Vereinbarung vom 22.09.2015 vereinbarten Vergleichsbetrages in Höhe von [BuGG...];
- b) hilfsweise zu a), die Feststellung, dass die Vereinbarung und Zahlung des in § 2 der Vereinbarung vom 22.09.2015 vereinbarten Vergleichsbetrages in Höhe von [BuGG...] nicht gegen Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes verstößt.

Von der erneuten Vorlage von Kostenunterlagen hat die Antragstellerin abgesehen.

Die Antragstellerin trägt vor, die beantragten Entgelte seien genehmigungsfähig. Dies gelte unabhängig davon, ob das TKG¹⁹⁹⁶ oder das TKG²⁰⁰⁴ Anwendung finde. Die Entgelte entsprächen den Vorgaben des § 24 TKG¹⁹⁹⁶ und enthielten insbesondere keine Aufschläge nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG¹⁹⁹⁶. Es werde insoweit auf die Ausführungen der Bundesnetzagentur in den jeweiligen Genehmigungsbescheiden Bezug genommen. Dabei sei zu bemerken, dass die Aufhebung durch das Verwaltungsgericht Köln jeweils ausschließlich aufgrund von Begründungsmängeln der streitgegenständlichen Bescheide erfolgt sei und deshalb keinen Anhalt dafür gäbe, dass materiell gegen die Entgelthöhe Bedenken bestünden. Die Entgelte genügten auch der Anforderung nach § 31 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴, da sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschritten. Zur Begründung werde wiederum Bezug auf die Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur genommen. Auch hier habe das Verwaltungsgericht die Genehmigungsbescheide allein aufgrund von Begründungsmängeln aufgehoben. Die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen böten daher keinen Grund dafür, an der Genehmigungsfähigkeit der Entgelte zu zweifeln.

Gegen die Vereinbarung und Zahlung des Vergleichsbetrages bestünden ebenfalls keine Bedenken.

Es sei rechtlich nicht geklärt, ob ein Vergleichsbetrag, wie in § 2 der Vereinbarung vom 22.09.2015 vereinbart, der Genehmigungspflichtigkeit nach § 25 Abs. 1 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 30 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴ i.V.m. der jeweiligen Regulierungsverfügung unterliege. Für eine Genehmigungspflichtigkeit könnte sprechen, dass man den Vergleichsbetrag wirtschaftlich so würdigen könnte, dass er zu einer wirtschaftlichen Entgeltminderung für die Genehmigungsperioden vom 08.02.1999 bis zum 31.03.2011 führe.

Halte die Beschlusskammer Vereinbarung und Zahlung des Vergleichsbetrages unter dem Gesichtspunkt einer Entgeltminderung für genehmigungspflichtig, würde sich die Genehmigungsfähigkeit nach § 24 Abs. 2 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 28 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴ richten.

Inhaltliche Bedenken gegen die Vergleichsbeträge mit Blick auf diese Maßgaben bestünden nicht. Im Vordergrund stehe dabei die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot nach § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 28 Abs. 1 Nr. 3 TKG²⁰⁰⁴. Eine unzulässige Diskriminierung liege nicht vor, weil für die Gewährung des Vergleichsbetrages eine sachliche Rechtfertigung vorliege. Der Schlüssel, anhand dessen der Vergleichsbetrag ermittelt worden sei, sei mit den Wettbewerbern offen erörtert worden und auf allgemeine Zustimmung gestoßen. Bevorzugt seien nur diejenigen Unternehmen, die den Aufwand verwaltungsgerichtlicher Verfahren auf sich genommen und das Risiko eingegangen seien, dass im Verhältnis zu ihnen im Falle einer Neubescheidung auch höhere Entgelte genehmigt werden könnten.

Falls die Beschlusskammer aufgrund des Umstandes, dass der Vergleich weit in der Vergangenheit liegende Zeiträume umfasst, zu dem Ergebnis komme, dass keine Genehmigungspflicht bestehe, bestehe ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin und ihrer Vertragspartner aufgrund der unklaren Rechtslage. Daher werde – hilfsweise – die Feststellung beantragt, dass Vereinbarung und Zahlung der Vergleichsbetrages nicht gegen telekommunikationsrechtliche Vorschriften verstoße. Ein Verstoß gegen § 37 TKG²⁰⁰⁴ liege dann nicht vor, wenn man davon ausgehe, dass der Vergleichsbetrag nicht genehmigungspflichtig sei. Bezüglich der Regelungen des § 24 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 28 TKG²⁰⁰⁴ gälten die gleichen Überlegungen, die auch bei einer Genehmigungspflichtigkeit der Beträge bestünden.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen sind am 26.09.2015 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur sowie am 07.10.2015 im Amtsblatt Nr. 19 als Mitteilung Nr. 1204/2015 veröffentlicht worden. Der Ergänzungsantrag vom 19.10.2015 ist an die Beigeladenen des Verfahrens weitergeleitet und zudem am 27.10.2015 ebenfalls auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Mit Schreiben vom 02.11.2015 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Das Amt hat mit Schreiben vom 04.11.2015 mitgeteilt, es sehe von einer Stellungnahme ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten dieses Verfahrens und der beigezogenen Akten der Verfahren BK 4a-01-001/E19.01.01, BK 4a-03-010/E19.02.03 BK und 4b-07-001/E19.01.07 Bezug genommen sowie auf die Ausführungen unter II. verwiesen.

II. Gründe

Die verfahrensgegenständlichen TAL-Überlassungsentgelte werden antragsgemäß für das Zugangsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1. (mitsamt ihrer jeweiligen Rechtsvorgängerinnen) in der aus dem Tenor dieses Beschlusses ersichtlichen Höhe genehmigt. Hinsichtlich der Vereinbarung und Zahlung des Vergleichsbetrags wird dagegen der in der Hauptsache gestellte Genehmigungsantrag abgelehnt; auf den Hilfsan-

trag ergeht allerdings die Feststellung, dass Vereinbarung und Zahlung des Betrags nicht gegen Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes verstoßen.

Die Entscheidung über die Genehmigungsanträge beruht, soweit es den Zeitraum zwischen dem 01.04.2001 und dem 21.06.2004 anbelangt, auf § 39 1. Alternative TKG¹⁹⁹⁶. Danach gelten für die Regulierung der Entgelte für Netzzugänge im Sinne von § 35 TKG¹⁹⁹⁶ die §§ 24, 25 Abs. 1 und 3, die §§ 27, 28, 29, 30 Abs. 1 und 3 und § 31 TKG¹⁹⁹⁶ entsprechend. Auf den Zugang zur Doppelader-Metallleitung (Kupfer-TAL) ist zusätzlich die Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und Rates vom 18.12.2000 über den Zugang zum entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL-VO) anzuwenden. Für den Zeitraum vom 22.06.2004 bis zum 31.03.2005 gelten die vorgenannten Vorschriften i.V.m. der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴. Für den Genehmigungszeitraum zwischen dem 01.04.2007 und dem 31.03.2009 finden die Normen der §§ 35 Abs. 3, 31 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG²⁰⁰⁴ i.V.m. den jeweiligen Regulierungsverfügungen Anwendung.

Die auf den Vergleichsbetrag bezogene Feststellung stützt sich – als Minus zu einer Genehmigungserteilung – ebenfalls auf die vorgenannten Vorschriften.

Die derzeit gültigen Normen des TKG, die im Entgeltregulierungsbereich in weiten Teilen auf die Gesetzesnovelle vom 03.05.2012 zurückgehen, sind dagegen nicht anzuwenden. Denn für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen der Beschlusskammer ist in Fällen wie dem Vorliegenden grundsätzlich die während des Genehmigungszeitraums geltende Rechtslage maßgeblich,

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

1. Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag der Antragstellerin vom 23.09.2015 ist zulässig.

Der Zulässigkeit steht nicht eine Bestandskraft der Ursprungsbescheide aus den Jahren 2001, 2003 und 2007 entgegen. Die vorgenannten Bescheide sind in den hier geltend gemachten Entgeltpositionen gerichtlich aufgehoben worden.

Darüber hinaus hindert auch nicht eine fortdauernde Anhängigkeit der ursprünglich in den Jahren 2001, 2003, 2007 und 2013 gestellten Entgeltgenehmigungsanträge die Zulässigkeit des Antrags. Der Antrag aus dem Jahr 2001 ist im Jahr 2013 zurückgenommen worden, der Antrag aus dem Jahr 2013 ist mit Beschluss BK 3c-13/076 vom 27.01.2014 abgelehnt worden, und die Anträge aus den Jahren 2003 und 2007 sind von der Antragstellerin am 23.09.2015 wirksam zurückgenommen worden,

vgl. zur Rücknahmebefugnis auch die Ausführungen im Beschluss BK 3c-13/036 vom 24.06.2013, Ziffer II.1.1.

Schließlich beschränkt sich der Antrag auch in zulässiger Weise auf das Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1. Denn die Aufhebung der Entgeltgenehmigungen ist jeweils nur in dem Verhältnis zwischen Antragstellerin und Beigeladener zu 1. bzw. deren jeweiligen Rechtsvorgängerinnen erfolgt,

siehe hierzu auch BVerwG, Urteil 6 C 13.12 vom 25.09.2013, Rz. 64ff.

2. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 66 Abs. 1, 73 Abs. 1 S. 1 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 S. 1 TKG²⁰⁰⁴.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten im Sinne von § 75 Abs. 1 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 135 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴. Gemäß § 75 Abs. 3 S. 1 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 135 Abs. 3 S. 1 TKG²⁰⁰⁴ hat die Beschlusskammer im Einverständnis mit den Beteiligten auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen

Verhandlung verzichtet. Angesichts des überschaubaren Sachverhalts wäre von einer solchen Verhandlung kein Erkenntnisgewinn zu erwarten gewesen.

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG²⁰⁰⁴ sind die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Dem Bundeskartellamt ist gemäß § 82 S. 3 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 123 Abs. 1 S. 2 TKG²⁰⁰⁴ rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Mit Blick auf die verfahrensgegenständlichen Überlassungsentgelte hält es die Beschlusskammer für weder verpflichtend noch zweckmäßig, den Entwurf der Genehmigungsentcheidung einem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach den §§ 13 und 12 TKG²⁰⁰⁴ zu unterziehen. Denn den für die hier betroffenen Zeiträume zu entrichtenden Vorleistungsentgelten kommt keine marktprägende Wirkung (mehr) zu, die es angezeigt sein ließe, diese aufwändigen Verfahren zu durchlaufen. Das regulatorische Geschehen im TAL-Markt wird vielmehr von den aktuellen TAL-Entgelten dominiert. Die entsprechende Genehmigung für die TAL-Überlassungsentgelte der Antragstellerin wurde zuletzt – nach Durchlauf eines Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens – mit Beschluss BK 3c-13/002 vom 26.06.2013 erteilt.

3. Genehmigungspflichtigkeit

Während die monatlichen Überlassungsentgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung genehmigungspflichtig sind, unterliegen die Vereinbarungen zu Klageverzicht, Klagerücknahmen und Vergleichsbetrag keinem Genehmigungserfordernis. Der Hauptantrag der Antragstellerin zu Ziffer 2.a) ist dementsprechend abzulehnen.

3.1 Genehmigungspflichtigkeit der monatlichen Überlassungsentgelte

Die monatlichen Überlassungsentgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sind genehmigungspflichtig.

Soweit es den Zeitraum zwischen dem 01.04.2001 und dem 21.06.2004 betrifft, ergibt sich die Genehmigungspflicht aus § 39 1. Alt. i.V.m. §§ 35 Abs. 1, 24, 25 Abs. 1, 27 TKG¹⁹⁹⁶. Für den sich anschließenden Zeitraum bis zum 31.03.2005 gelten die vorgenannten Vorschriften jeweils i.V.m. § 150 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴. Die Entgelte für die Gewährung eines besonderen Netzzugangs durch das marktbeherrschende Unternehmen unterliegen danach der ex-ante-Genehmigung. Die Genehmigungspflichtigkeit ergibt sich auch für die der TAL-VO unterfallenden Entgelte für den Zugang zur Kupfer-TAL aus den genannten Vorschriften des TKG¹⁹⁹⁶, weil die TAL-VO in Artikel 3 Abs. 3 nur ausspricht, dass sich die Entgelte an den Kosten zu orientieren haben, und in Art. 4 Abs. 1 und 2 TAL-VO der nationalen Regulierungsbehörde die Befugnis einräumt, die Einhaltung dieses Grundsatzes bei der Gestaltung von Tarifen und Standardverträgen durchzusetzen. In der TAL-VO wird aber nicht geregelt, durch welches Verwaltungsverfahren dies sichergestellt werden soll, so dass die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für eine Entgeltgenehmigungspflicht auch die der TAL-VO unterfallenden Entgelte umfasst,

vgl. wegen der weiteren Einzelheiten die Ziffern 2 und 3 der Gründe des Beschlusses BK 4a-02-004/E 31.01.02 vom 11.04.2002; siehe zudem BVerwG, Urteil 6 C 11.10 vom 23.11.2011, Rz. 13f.

Bezogen auf den Zeitraum zwischen dem 01.04.2007 und dem 31.03.2009 richtet sich die Genehmigungspflichtigkeit der verfahrensgegenständlichen Überlassungsentgelte nach den Regulierungsverfügungen BK 4a-04-075/R vom 20.04.2005 und BK 4a-07-002/R vom 27.06.2007. Hiernach unterliegen die von der Antragstellerin erhobenen Entgelte für die Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG.

Wegen der weiteren Einzelheiten – insbesondere zum Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf Seiten der Antragstellerin vor Erlass der ersten Regulierungsverfügung sowie zur Art der Entgeltgenehmigung – wird auf die Ausführungen in den Beschlüssen BK 4a-01-001/E19.01.01 vom 30.03.2001 (Ziffern II.3. und II.4.), BK 4a-03-010/E19.02.03 vom 29.04.2003 (Ziffern II.2. und II.3.) und BK 4b-07-001/E19.01.07 vom 30.03.2007 (Ziffern II.1. und II.3.) verwiesen.

3.2 Fehlende Genehmigungspflichtigkeit der Vereinbarungen zu Klageverzichten, Klagerücknahmen und Vergleichsbetrag

Nicht genehmigungspflichtig sind hingegen die Vereinbarungen zu Klageverzicht und Klagerücknahmen der Beigeladenen zu 1. und die diese Leistungen ausgleichenden Klageverzichte, Klagerücknahmen und Vergleichsbeträge der Antragstellerin. Die Versprechen zu Klageverzicht und Klagerücknahmen der Beigeladenen zu 1. stellen in der Gesamtschau kein Entgelt für die TAL-Überlassung dar. Dieselbe Wertung trifft *a fortiori* für die im Gegenzug erfolgten Klageverzichte, Klagerücknahmen und Vergleichsbeträge der Antragstellerin zu.

Unter einem Entgelt ist – in Anlehnung an § 10 Abs. 1 S. 2 Umsatzsteuergesetz – alles zu verstehen, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten. Der Entgeltbegriff umfasst damit nicht nur im synallagmatischen Verhältnis stehende Gegenleistungen des Leistungsempfängers, sondern auch die sog. entgeltrelevanten Bestandteile,

zur Anerkennung dieser Fallgruppe auch unter Geltung des TKG²⁰⁰⁴ vgl. VG Köln, Beschluss 1 L 1832/04 vom 06.09.2004, S. 3 f. des amtlichen Umdrucks, und Urteil 1 K 7854/01 vom 04.11.2004, S. 6 des amtlichen Umdrucks; ausführlich Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Auflage 2015, § 30 Rz. 20.

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

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

Als derartige entgeltrelevante Bestandteile gelten insbesondere vom Leistungsempfänger eingegangene Laufzeitvereinbarungen bzw. Abnahmeverpflichtungen, die mit Rabattierungen einhergehen und insofern zahlungsersetzend wirken,

vgl. den Vorläufigen Untersagungsbeschluss BK 3b-12/001 vom 12.04.2012, Ziffer 3.1.2 der Begründung, und die Vorläufige Einstellungsverfügung BK 3b-13/047 vom 17.12.2013, Ziffer 3.2.1 der Begründung.

Allerdings können im Einzelfall auch Vereinbarungen über Mindestüberlassungsdauern ohne im Gegenzug erfolgende Rabattierungen als entgeltrelevante Bestandteile gelten,

siehe – damals noch mit dem Verständnis der Laufzeitvereinbarung als synallagmatischer Gegenleistung – Beschluss BK 3a-08-001 vom 11.03.2008; aus neuerer Zeit Beschluss BK 3a-14/011 vom 24.04.2015.

Nach den vorgenannten Grundsätzen könnte auch eine Verpflichtung des Leistungsempfängers – im vorliegenden Fall: der Beigeladenen zu 1. – zum Verzicht auf künftige oder zur Rücknahme von laufenden Klageverfahren durchaus als zahlungsersetzende Maßnahme und damit als ein Entgelt im regulatorischen Sinne verstanden werden.

Hierbei ist indes im Blick zu behalten, dass Klageverzicht und Klagerücknahme unter dem besonderen Schutz der in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG enthaltenen Rechtsweggarantie stehen. Denn die Entscheidung, keine Klage zu erheben oder eine laufende Klage vor den Verwaltungsgerichten zurückzunehmen, ist – innerhalb der in § 92 Abs. 1 VwGO gesteckten Gren-

zen – als negative Freiheit ebenfalls von diesem Grundrecht gedeckt. Ein Genehmigungserfordernis durch eine Behörde würde hierzu in Spannung stehen. Ferner zeichnen sich die fraglichen Maßnahmen dadurch aus, dass sie vom (potenziellen) Kläger auch mit alleiniger Rücksicht auf das Eigeninteresse durch bloßes Unterlassen einer (erneuten) Klageerhebung bzw. durch Vornahme einer Prozesshandlung ausgeübt werden können, und dies teilweise auch erst Jahre nach Erlangung und Bezahlung der regulierten Leistungen. Selbst bei einer Vereinbarung, in der der Leistungsempfänger – wie hier – zusätzlich zur ursprünglichen Leistung auch Versprechen zu Klageverzicht, Klagerücknahme und Geldzahlung vom Leistungsgeber zugestanden erhält, kann es allein um die Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden und eben nicht um nachträglichen Aufwand zur Erlangung der Leistungsbereitstellung gehen.

Mit Rücksicht auf die vorgenannten Aspekte kann die Frage, ob ein Klageverzichts- und Klagerücknahmeversprechen – und damit im Zusammenhang stehende Gegenversprechen – als Entgelt und damit als durch eine Behörde erlaubnispflichtig zu qualifizieren ist oder nicht, nur durch eine Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände entschieden werden. Ausschlaggebend ist letztlich, ob das in § 27 Abs. 1 TKG²⁰⁰⁴ enthaltene Ziel der Entgeltregulierung, eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern, eine Einstufung der Klageverzichts- und Klagerücknahmeversprechen der Beigeladenen zu 1. und der damit im Zusammenhang stehenden Gegenversprechen der Antragstellerin als Entgelt erfordert.

Für diese Gesamtschau ist im vorliegenden Fall einmal zu bedenken, dass sich das von der Beigeladenen zu 1. abgegebene Klageverzichtsversprechen auf die vorliegenden Neubescheidungen und damit auf bereits vergangene Genehmigungszeiträume erstreckt. Ebenso beziehen sich die Klagerücknahmeversprechen ganz überwiegend – [BuGG...] – auf bereits abgeschlossene Genehmigungszeiträume. Die im Gegenzug erbrachten Leistungen der Antragstellerin sind sogar ausschließlich vergangenheitsbezogen. Dies gilt nicht nur für Klageverzichts- und Klagerücknahmeversprechen, sondern auch für das Zahlungsverprechen. Denn die Zahlungen stehen ausweislich der zugrunde liegenden Berechnungsformel nur im Zusammenhang mit den bis zum 31.03.2011 erfolgten TAL-Überlassungen. Anders als im Fall von auf künftige Zeiträume bezogenen Laufzeit- oder Abnahmeverpflichtungen wirken sich somit die vorliegenden Versprechen im ganz überwiegenden Schwerpunkt nicht auf die Risikolage der Antragstellerin bei der derzeitigen und künftigen TAL-Überlassung an die Beigeladene zu 1. und umgekehrt auf die Risikolage der Beigeladenen zu 1. bei der Abnahme dieser Leistungen aus. Die Gefahr, dass Klageverzicht und Klagerücknahme derzeitige Wettbewerbsmöglichkeiten dritter Unternehmen auf Telekommunikationsmärkten behindern könnten, ist deshalb vernachlässigbar gering.

Ferner ist nicht ersichtlich, dass die von der Beigeladenen zu 1. gegebenen Versprechen einerseits und die von der Antragstellerin im Gegenzug gewährten Versprechen zu Klageverzicht, Klagerücknahmen und Vergleichszahlung andererseits in einem unausgewogenen Verhältnis zueinander stünden,

davon zu unterscheiden ist eine Situation, in der die Antragstellerin Zahlungen ohne (!) von der Beigeladenen zu 1. erbrachte Verzichts- und Rücknahmeversprechen leisten wollte, siehe hierzu BVerwG, Urteil 6 C 25.08 vom 25.02.2009, Rz. 20.

Wenn auch die pekuniäre Bewertung der beiderseitigen prozessbezogenen Handlungen und damit die Feststellung des Äquivalenzverhältnisses mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sind, so erscheint es doch nachvollziehbar, dass die Antragstellerin ein gewisses „Draufgeld“ zu ihren Versprechen an die Beigeladene zu 1. auskehrt. Denn zum einen beruhen die vorliegenden Neubescheidungsverfahren auf Klageerfolgen der Wettbewerber, und zum anderen konzentrieren sich die Neubescheidungsrisiken und die verbliebenen Klagerisiken bei der Antragstellerin auf ein Unternehmen, während sie sich auf der Gegenseite auf eine Reihe von Wettbewerbern verteilen.

Tatsächlich besteht einmal ein Neubescheidungsrisiko in dem Sinne, dass bei einer Entscheidung auf neuer Tatsachenbasis die Entgelte sowohl niedriger als auch höher denn ursprünglich genehmigt ausfallen können, ohne dass allerdings bereits zum jetzigen Zeitpunkt ausgemacht wäre, in welche Richtung sich die Entgelte bewegen würden,

siehe dazu BVerwG, Urteil 6 C 13.12 vom 25.09.2013, Rz. 73; vgl. auch die Ausführungen unten in Ziffer II.4.

Darüber hinaus sehen sich die Vertragsparteien dem nicht zu vernachlässigenden Risiko ausgesetzt, dass, sollten die einander versprochenen Klageverzichte und Klagerücknahmen nicht vorgenommen werden, es zu einer Spirale von Neubescheidungen, langwierigen Gerichtsverfahren und erneuten Neubescheidungen kommen könnte, ohne dass überhaupt ein Ende der schon seit dem Jahr 2001 andauernden Streitigkeiten absehbar wäre. Denn die Anforderungen, die die Gerichte an eine Genehmigungsentscheidung stellen, sind beträchtlich.

So steht etwa der Bundesnetzagentur nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts mit Blick auf die Auswahl der bei der Investitionswertermittlung anzuwendenden Vorgehensweise ein Beurteilungsspielraum zu,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 11.10 vom 23.11.2011, Rz. 36f., und BVerwG, Urteil 6 C 13.12 vom 25.09.2013, Rz. 18ff., 30ff.

Bei der Ausfüllung (und gerichtlichen Überprüfung) des Beurteilungsspielraums ist allerdings zu beachten, dass dieser Spielraum im Hinblick auf die unionsrechtlich vorgegebene Abwägung widerstreitender Regulierungsziele eine besondere Nähe zum Regulierungsermessen aufweist. Bei einem derartigen Entscheidungsspielraum, der gewissermaßen auf der Nahtstelle zum Regulierungsermessen steht, ist die eigentliche Bewertung der Behörde jedenfalls auch darauf nachzuprüfen, ob sie im Hinblick auf die Kriterien, die in der Rechtsnorm ausdrücklich hervorgehoben oder doch in ihr angelegt sind, plausibel und erschöpfend argumentiert hat,

BVerwG, Urteil 6 C 11.10 vom 23.11.2011, Rz. 38, unter Bezug auf BVerwG, Urteil 6 C 6.10 vom 23.03.2011, Rz. 38; BVerwG, Urteil 6 C 13.12 vom 25.09.2013, Rz. 34.

Insbesondere das Erfordernis einer erschöpfenden Argumentation, verbunden mit dem Verbot eines Nachschiebens von Gründen im Gerichtsverfahren,

siehe BVerwG, Urteil 6 C 11.10 vom 23.11.2011, Rz. 40,

steigert die ohnehin vorhandene Unsicherheit über den Ausgang gerichtlicher Überprüfungen erheblich. Gleiches gilt grundsätzlich, wenn auch ggf. in abgeschwächter Form für alle weiteren Beurteilungsspielräume, die der Regulierungsbehörde über die vorgenannte Fallgestaltung hinaus eingeräumt worden sind.

Die von beiden Seiten vorgenommenen Verzichts- und Rücknahmeversprechen beseitigen damit bestehende Neubescheidungs- und Klagerisiken, ohne den Verdacht einer asymmetrischen Regelung zulasten einer Partei zu wecken.

Schließlich räumen die vereinbarten Leistungen auch keiner Partei Vorteile ein, die anderen erfolgreichen Klägern verwehrt blieben. Die Antragstellerin ist nach eigenem Bekunden bereit, mit allen mit einer Anfechtungsklage erfolgreichen TAL-Klägerinnen entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Dass dagegen sonstige Parteien, die nicht gegen die TAL-Entgelte erfolgreich vorgegangen sind, mangels eigener Verzichts- oder Rücknahmeleistungen insbesondere kein Zahlungsverprechen erhalten, ist sachlich gerechtfertigt. So hat das Bundesverwaltungsgericht betont, dass, beruhe eine unterschiedliche Behandlung lediglich auf den rechtlichen Wirkungen der im Verhältnis zu denjenigen Adressaten, die von einer Klage abgesehen hätten, eingetretenen Bestandskraft eines Verwaltungsakts, eine sachliche Rechtfertigung zweifellos gegeben sei,

siehe BVerwG, Urteil 6 C 13.12 vom 25.09.2013, Rz. 72.

Zielen damit die Parteien auf eine abschließende Regelung für einen langandauernden Rechtsstreit mit nach wie vor erheblichen Kostenrisiken ab, ohne dass die dafür gefundenen Regelungen wettbewerbsbehindernd, unausgewogen oder diskriminierend wären, so spricht in der Gesamtschau alles dafür, dass sich die Antragstellerin und die Beigeladene zu 1. mit dem Vergleichsvertrag nicht auf Preisänderungen bei der TAL-Überlassung, sondern vielmehr auf einen Gesamtausgleich im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geeinigt haben.

In der Folge sind weder die Versprechen der Beigeladenen zu 1. noch die Gegenversprechen der Antragstellerin als – genehmigungspflichtige – Entgelte im regulatorischen Sinne einzustufen.

Dementsprechend ist der Hauptantrag zu 2. lit. a) der Antragstellerin abzulehnen.

4. Genehmigungsfähigkeit der monatlichen Überlassungsentgelte

Die beantragten Überlassungsentgelte sind in vollem Umfang genehmigungsfähig.

Soweit die Vorschriften des TKG¹⁹⁹⁶ anzuwenden sind, sind die TAL-Überlassungsentgelte gemäß den §§ 39, 27 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1 TKG¹⁹⁹⁶ auf der Grundlage der auf die einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu genehmigen. Dabei haben sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren, § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 TKG¹⁹⁹⁶ i.V.m. § 3 Abs. 1 TEntgV bzw. Art. 3 Abs. 3 TAL-VO. Außerdem ist gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 i.V.m. § 24 Abs. 2, § 27 Abs. 2 und 3 TKG¹⁹⁹⁶ zu prüfen, ob die Entgelte Aufschläge enthalten, die nur auf Grund der marktbeherrschenden Stellung durchsetzbar sind, Abschlüsse enthalten, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigen, und ob die Entgelte gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

Für diejenigen TAL-Überlassungsentgelte, die den Vorschriften des TKG²⁰⁰⁴ unterfallen, ist dagegen gemäß § 35 Abs. 3 TKG²⁰⁰⁴ eine Genehmigung zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG²⁰⁰⁴ nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 TKG²⁰⁰⁴ entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG²⁰⁰⁴ vorliegen. Die Entgelte dürfen damit insbesondere weder die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschreiten noch gegen das Missbrauchsverbot des § 28 TKG²⁰⁰⁴, so namentlich gegen die darin normierten Verbote ungerechtfertigter Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Vorteilseinräumungen, verstoßen.

Die von der Antragstellerin zur Genehmigung beantragten Entgelte entsprechen diesen Anforderungen.

Wegen der Einzelheiten zur Genehmigungsfähigkeit der beantragten und bereits ursprünglich genehmigten Entgelte wird auf die entsprechenden Ausführungen in den Beschlüssen BK 4a-01-001/E19.01.01 vom 30.03.2001, BK 4a-03-010/E19.02.03 vom 29.04.2003 und BK 4b-07-001/E19.01.07 vom 30.03.2007 verwiesen.

Soweit in diesen Beschlüssen die Ausführungen hinsichtlich der Abwägung zur Kalkulationsbasis für das Anlagevermögen bzw. zu den Miet-, Betriebs- und Gemeinkostenzuschlägen defizitär gewesen sind, kommt es hierauf nach den Bestimmungen des § 79 Abs. 1 S. 1 und 2 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 131 Abs. 1 S. 1 und 2 TKG²⁰⁰⁴ i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG nicht weiter an. Denn danach bedarf eine Entscheidung keiner Begründung, soweit die Behörde einem Antrag entspricht oder einer Erklärung folgt und der Verwaltungsakt nicht in Rechte eines anderen eingreift. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Bescheidung erfolgt einmal antragsgemäß. Darüber hinaus greift sie auch nicht – wie unten noch genauer zu zeigen sein wird – in Rechte Dritter ein.

Der Verweis auf die Ausführungen im ursprünglichen Genehmigungsbeschluss ist auch ansonsten zulässig. Zwar ist die Beschlusskammer grundsätzlich gehalten, bei einer Neubescheidung eine Neuermittlung vorzunehmen, der nicht mehr die ursprünglichen Prognosedaten, sondern vielmehr Ist-Daten des Genehmigungszeitraums zugrunde liegen,

vgl. etwa Beschluss BK 3c-13/076 vom 27.01.2014, Ziffer II.5.2.2.

Im vorliegenden Fall ist indes eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu machen. Denn die Antragstellung erfolgt aufgrund eines Vergleichs zwischen der Antragstellerin und der mit Anfechtungsklagen gegen die ursprünglichen Bescheide erfolgreichen Beigeladenen zu 1., ohne dass zwischen den hier erneut genehmigten Entgelten und den sich bei einer Kostenermittlung auf neuer Datenbasis ergebenden Entgelten offenkundig regulatorisch nicht hinnehmbare Differenzen aufträten oder dass nunmehr diese Genehmigungen zu einem Verstoß gegen die Vorschrift des § 24 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 28 TKG²⁰⁰⁴ führen würden.

Von Bedeutung ist zunächst einmal, dass im vorliegenden Fall ein Vergleich zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1. geschlossen worden ist. Dieser Vergleich und die in ihm erfolgte Vereinbarung der bereits ursprünglich genehmigten Entgelte ist Ausdruck eines beiderseitigen Befriedungswillens. Die Vereinbarung ist auch unter diesbezüglich symmetrischen Machtverhältnissen, d.h. „auf gleicher Augenhöhe“ geschlossen worden. Beide Seiten hätten nämlich durchaus die Möglichkeit gehabt, auf die Durchführung einer vollständigen Neuermittlung der Entgelte durch die Beschlusskammer zu bestehen. Dass sie den Vergleich gleichwohl abgeschlossen haben, zeigt das beiderseitige Verlangen nach einem „Schlussstrich“ unter jahrelange und bis in die höchste verwaltungsgerichtliche Instanz geführte Rechtsstreitigkeiten. Die Vertragsparteien stellen letztlich den status quo ante vor den Klageerhebungen durch die Beigeladene zu 1. wieder her.

Das von der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1. verfolgte Ziel einer Rechtsbefriedigung unter Vermeidung einer Neuermittlung von Entgelten ist auch für die Entscheidungsfindung der Beschlusskammer beachtlich. Die Beschlusskammer kann sich dabei nicht nur auf das in § 10 S. 2 VwVfG enthaltene Gebot der Verfahrensökonomie stützen, wonach das Verwaltungsverfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen ist. Vielmehr ist die Idee von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit auch Teil des in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. TKG²⁰⁰⁴ niedergelegten Regulierungsziels, nach dem die Regulierung chancengleichen Wettbewerb sicherstellen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation fördern soll. Einigen sich – wie hier – das regulierte Unternehmen und der Wettbewerber unter symmetrischen (!) Machtbedingungen auf ursprünglich genehmigte Entgelte als aus ihrer Sicht wettbewerbskonforme Entgelte, ist dies als Teil des Wettbewerbsprozesses von der Beschlusskammer zunächst so hinzunehmen.

Im Vergleichsfall ist deshalb gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. TKG²⁰⁰⁴ i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 TKG²⁰⁰⁴ der Verzicht auf eine Neuermittlung von Ist-Daten des Genehmigungszeitraums grundsätzlich zulässig.

Die Zulässigkeit des dargestellten Vorgehens stößt allerdings dort an Grenzen, wo entweder die ursprünglich genehmigten Entgelte die auf Basis von neuen Daten ermittelten Entgelte offenkundig und in erheblichem Maße überschreiten würden oder aber ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des § 24 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 28 TKG²⁰⁰⁴ vorläge.

Die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anhand der bereits ursprünglich vorliegenden Datenbasis erscheint mit Blick auf die sonstigen Regulierungsziele, so insbesondere das Nutzer- und Verbraucherschutzziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. TKG²⁰⁰⁴, dann nicht mehr vertretbar, wenn damit offenkundig und in erheblichem Maße diejenigen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschritten würden, die sich bei einer Neuermittlung auf Ist-Datenbasis ergeben würden. Im vorliegenden Fall ist allerdings eine solche Offenkundigkeit nicht gegeben. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass die auf neuer Datenbasis ermittelten Entgelte nicht von Gesetzes wegen geringer ausfallen müssen als die ursprünglich genehmigten Entgelte. Das Bundesverwaltungsgericht hat vielmehr hervorgehoben, das Vorliegen neuer Erkenntnisse könne auch zur Genehmigung höherer Entgelte führen,

siehe oben, Ziffer II.3.2, m.w.N.

Auf dieser Grundlage liegen der Beschlusskammer jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass neuermittelte Entgelte wesentlich unterhalb der nunmehr genehmigten Entgelte zu lie-

gen kämen. Hiergegen spricht insbesondere der Umstand, dass gewichtige Faktoren bei der Kostenermittlung voraussichtlich unverändert blieben. So würde die Beschlusskammer auch bei einer Neuermittlung der Entgelte beispielsweise und wahrscheinlich dem Ansatz der Bruttowiederbeschaffungswerte folgen. Die diesbezüglich maßgeblichen Erwägungen würden sich wohl in der Grundstruktur an denjenigen Erwägungen orientieren, die zuletzt im Beschluss BK 3c-13/002 vom 26.06.2013 unter Ziffer II.5.1.3.1 dargelegt worden sind.

Sind damit keine Bedenken unter dem Gesichtspunkt des § 31 Abs. 2 TKG gegeben, so ist im Weiteren auch nicht ersichtlich, dass die erneut genehmigten Entgelte den Missbrauchsstatbestand des § 24 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 28 TKG²⁰⁰⁴ erfüllen würden.

Dies gilt einmal mit Blick auf die Vorschriften des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG²⁰⁰⁴. Nach der letztgenannten Norm liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das regulierte Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Eine derartige Beeinträchtigung ist insbesondere nicht darin zu sehen, dass die hiesigen Genehmigungen möglicherweise die Verhandlungsposition dritter Wettbewerber in Vergleichsverhandlungen mit der Antragstellerin bzw. die Erfolgsaussichten von gegen die Antragstellerin geführten bereicherungsrechtlichen Rückforderungsverfahren verschlechtern würden. Abgesehen von der Frage, ob hierdurch überhaupt jeweils Wettbewerbsmöglichkeiten eines Unternehmen betroffen wären, ist jedenfalls festzuhalten, dass die hiesigen Genehmigungen nur deshalb auf alter Datenbasis ergehen können, weil ihnen ein entsprechender bilateraler Vergleichsvertrag zugrunde liegt. Ohne einen solchen Vertrag müsste die Bescheidung auf neuer Datenbasis erfolgen. Dementsprechend nehmen die vorliegenden Genehmigungen auch nicht die Entgelte vorweg, die Ergebnis eines ohne Vergleichsvertrag geführten Entgeltregulierungsverfahrens in anderen Zugangsverhältnissen wären.

Ebenfalls nicht erfüllt ist der Tatbestand des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG²⁰⁰⁴. Nach der letztgenannten Vorschrift liegt ein Missbrauch auch dann vor, wenn das regulierte Unternehmen Entgelte fordert, die einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumen, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Derartige Vorteile genießt die Beigeladene zu 1. jedenfalls nicht gegenüber Wettbewerbern, die entweder von vornherein nicht gegen die Ursprungsgenehmigungen geklagt haben oder sich – ebenso wie die Beigeladene zu 1. – auf einen Vergleich mit der Antragstellerin verständigt haben, mit dem die Geltung der ursprünglich genehmigten Entgelte vereinbart worden ist.

Gegenüber Wettbewerbern, die auf die Durchführung von Genehmigungsverfahren auf neuer Datenbasis bestehen, könnten sich dagegen zwar dann Vorteile zugunsten der Beigeladenen zu 1. ergeben, sollten diese Verfahren zu höheren als den vorliegend genehmigten Entgelten führen. Allerdings wäre eine solche Vorteilseinräumung sachlich gerechtfertigt. Das Bundesverwaltungsgericht hat betont, dass, beruhe eine unterschiedliche Behandlung lediglich auf den rechtlichen Wirkungen der im Verhältnis zu denjenigen Adressaten, die von einer Klage abgesehen hätten, eingetretenen Bestandskraft eines Verwaltungsakts, sei eine sachliche Rechtfertigung zweifellos gegeben,

siehe oben, Ziffer II.3.2, m.w.N.

Nichts anderes kann in Fällen wie dem hiesigen gelten, in denen die im Verhältnis zur Beigeladenen zu 1. genehmigten Entgelte den Entgelten derjenigen Adressaten entsprechen, die von einer Klage abgesehen haben.

Abschließend ist festzuhalten, dass die neugenehmigten Entgelte mangels Unterschieds auch nicht wettbewerbsbeeinträchtigend sind bzw. dass eine von Entgeltunterschieden ausgelöste Wettbewerbsbeeinträchtigung aus den oben genannten Gründen sachlich gerechtfertigt wäre.

Derart sind die beantragten Entgelte in vollem Umfang rückwirkend genehmigungsfähig.

5. Feststellungsentscheidung hinsichtlich des einmaligen Vergleichsbetrags

Auf den unter Ziffer 2.b) des Antrags hilfsweise gestellten Feststellungsantrag der Antragstellerin hin stellt die Beschlusskammer fest, dass die Vereinbarung und die Zahlung des Vergleichsbetrages in Höhe von [BuGG...], der in § 2 der zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 1. abgeschlossenen Vereinbarung vom 22.09.2015 enthalten ist, nicht gegen Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes verstoßen.

Die entsprechende Feststellungsbefugnis der Beschlusskammer ergibt sich als Minus zu den unter Ziffer II.4. genannten Vorschriften zur Genehmigungserteilung. Soweit das TKG²⁰⁰⁴ betroffen ist, kann zudem auf die Vorschrift des § 37 Abs. 3 S. 2 TKG²⁰⁰⁴ abgestellt werden.

Der Feststellungsantrag ist auch insofern zulässig, als der Antragstellerin aufgrund der zumindest bislang unklaren Rechtslage bezüglich der Genehmigungspflichtigkeit von Vergleichsvereinbarungen ein legitimes Feststellungsinteresse zur Seite steht.

Das Feststellungsbegehren ist schließlich begründet. Die Vereinbarung und die Zahlung des Vergleichsbetrages unterfallen nicht der Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur. Zudem ist innerhalb der aus § 73 Abs. 1 S. 1 TKG¹⁹⁹⁶ bzw. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG²⁰⁰⁴ folgenden Zuständigkeiten der Beschlusskammer kein Verstoß gegen sonstige Vorschriften des TKG ersichtlich.

Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter Ziffer II.3.2 verwiesen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt (§ 137 Abs. 2 TKG).

Die Klage ist schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte - ERVVO VG/FG - vom 7.11.2012, GV. NRW. S. 548) zu erheben. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

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

Bonn, den 05.11.2015

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers

