
Datum: 10.11.2021
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 21. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 K 6626/16
ECLI: ECLI:DE:VGK:2021:1110.21K6626.16.00

Tenor:

Es wird festgestellt, dass Ziffer I.2.3.2, Ziffer I.3.1.2 und Ziffer II. i.V.m. I.2.3.2 des Bescheids der Beklagten vom 29. Juni 2016 - BK 3a- 16/006 - rechtswidrig waren.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Klägerin wendet sich gegen Teile einer ihr von der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (im Folgenden: Bundesnetzagentur) erteilte Genehmigung von Entgelten für den Zugang im Multifunktionsgehäuse, zu Kabelkanalanlagen sowie zu der unbeschalteten Glasfaser.

2

Die Klägerin ist Eigentümerin der von ihrer Rechtsvorgängerin, der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom errichteten Telekommunikationsnetze. Sie betreibt ein bundesweites Teilnehmernetz auf der Basis der Teilnehmeranschlussleitung (TAL), mit der Endkunden an ihr Telekommunikationsnetz angebunden werden. Diese besteht teilweise (noch) aus einer Kupfer-Doppelader (CuDa) pro Teilnehmer und führt vom Hauptverteiler (HVt) über ein Hauptkabel bis zum Kabelverzweiger (KVz) und dann von dort aus über ein Verzweigungskabel weiter bis zum Abschlusspunkt der Linientechnik (APL). Daneben kann die TAL auch als Glasfaser-TAL realisiert werden.

3

4

Zur Begründung wurde hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Entgelte u.a. ausgeführt, dass die Beklagte hinsichtlich der Überlassungsentgelte für die Kalkulationsbasis nicht auf der Basis der Kostenunterlagen habe entscheiden können, da diese nicht vollständig gewesen seien. Deshalb habe sie auf der Basis des WIK-Modells aus dem Verfahren BK 3c-16/005 (TAL-Überlassungsentgelte 2016) entscheiden können. Im Rahmen der Ermittlung der Kalkulationsbasis habe sie dabei die Ziffern 30 bis 37 der Empfehlung der Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (2013/466/EU -, im Folgenden: Nichtdiskriminierungsempfehlung) herangezogen. Wegen der Einzelheiten verwies die Beschlusskammer auf die Ausführungen unter Ziffer 5.1.3.1.1 bis 5.1.3.1.3 der Genehmigung der monatlichen Entgelte für die Überlassung der TAL 2016. In der Folge wurde dann auch in Bezug auf die Gesamtabwägung (S. 23, 34, 44 des angegriffenen Beschlusses) und hinsichtlich der Abschreibungsdauern (S. 37 und 46 des angegriffenen Beschlusses) auf den Beschluss für die TAL-Überlassungsentgelte 2016 Bezug genommen.

Am 29. Juli 2016 hat die Klägerin Klage erhoben. Zur Begründung führt sie aus, dass der Beklagten bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) mehrere Fehler unterlaufen seien, die dazu geführt hätten, dass die angefochtenen Entgelte zu niedrig seien. Die Beklagte sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Kostenunterlagen der Klägerin für eine Prüfung der Entgelte nicht ausreichend seien. Auch sei die Beklagte im Rahmen des ihr zustehenden regulatorischen Ermessens zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Nettowiederbeschaffungsmethode zugrunde zu legen sei. Der Wechsel von der Brutto- zur Nettowiederbeschaffungsmethode führe nämlich für den jeweiligen Investitionszyklus zu Kostenunterdeckungen. Auch sei es falsch, dass die Kabelschächte nach 00 Jahren und die Kabelkanäle nach 00 Jahren „ihr Geld verdient“ hätten. Im regulierten Umfeld müssten bei der Annahme einer 40-jährigen Abschreibungsdauer 40 Jahre zugrunde gelegt werden. Insoweit liege auch ein Verstoß gegen Ziffer 36 der Nichtdiskriminierungsempfehlung vor. Dort werde für beide Anlagentypen eine Nutzungsdauer von 40 Jahren zugrunde gelegt. Schließlich sei es fehlerhaft, die Abschreibungsquoten aus dem realen Netz der Klägerin auf das fiktive Netz nach dem WIK-Modell zu übertragen. Insbesondere gehe es nicht an, sämtliche Kabelkanalanlagen und Kabelrohre der Klägerin als nicht replizierbare Anlagen einzustufen.

Die Klägerin beantragt, 15

festzustellen, dass der Bescheid der Beklagten vom 29. Juni 2016 - BK 3a-16/ 006 - bezüglich des monatlichen Entgelts für die Überlassung eines Viertels eines Kabelkanalrohrs in einem Mehrfachrohr nach Ziffer I.2.3.2 und Ziffer II. i.V.m. Ziffer I.2.3.2 des streitgegenständlichen Bescheides rechtswidrig ist; 16

und 17

festzustellen, dass der Bescheid der Beklagten vom 29. Juni 2016 - BK3a-16/006 - bezüglich des monatlichen Entgeltes für die Überlassung von zwei unbeschalteten Glasfasern nach Ziffer I.3.1.2 des streitgegenständlichen Bescheides rechtswidrig ist. 18

Die Beklagte beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

21

Zur Begründung wird vorgetragen, dass die Beklagte auf der Basis des WIK-Kostenmodelles habe entscheiden können, da die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen unvollständig gewesen seien. Auch habe die Beklagte die Abschreibungsdauer bezüglich der vollständig abgeschriebenen Anlagen zu Recht auf 00 bzw. 00 Jahre festgelegt. Diese Abschreibungsdauer ergebe sich aus den Kostenunterlagen der Klägerin. Zur Ermittlung des maßgeblichen Abschreibungszeitraums sei es auch sachgerecht, auf die von der Klägerin zur Verfügung gestellten Kostenunterlagen abzustellen. Letztlich werde dadurch der Zeitraum der Amortisation in der Kalkulation der Klägerin bestimmt und von dieser auch so beantragt. Auch ergebe sich diese Vorgehensweise aus Ziffer 34 Satz 2 der Nichtdiskriminierungsrichtlinie bzw. Erwägungsgrund 36 dieser Richtlinie. Im Rahmen des Annuitätenfaktors seien dann allerdings zu Recht 40 Jahre angesetzt worden (Ziffer 36 der Nichtdiskriminierungsrichtlinie). Durch den Wechsel von Brutto- auf Nettowiederbeschaffungswerte komme es im vorliegenden Zusammenhang auch nicht zu Kostenunterdeckungen; die Klägerin habe keinen Anspruch auf eine Abschreibung „unter Null“. Schließlich sei auch die Abschreibungsquote aus den Kostenunterlagen korrekt auf das WIK-Modell übergeleitet worden.

Mit rechtskräftigen Urteilen vom 11. Dezember 2019 - VG Köln 21 K 6023/16, 6024/16, 6049/16, 6050/16, 6370/16, 6493/16, 6734/16 - hat das Verwaltungsgericht Köln auf Wettbewerberklagen hin die Genehmigung der TAL-Entgelte 2016 im Verhältnis zu den Prozessbeteiligten dort aufgehoben. Auf die Urteile wird Bezug genommen. 22

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte des vorliegenden Verfahrens sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen. 23

Entscheidungsgründe 24

Die Klage ist zulässig und begründet. Der Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage steht insbesondere kein fehlendes Feststellungsbedürfnis entgegen. Das Feststellungsbedürfnis ergibt sich hier in der besonderen Konstellation des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG aus Art. 19 Abs. 4 GG. 25

BVerfG, Beschluss vom 22. November 2016 - 1 BvL 6/14 u.a. -, juris Rn. 28, 54; BVerwG, Urteil vom 29. November 2017 - 6 C 57.16 -, juris Rn. 18. 26

Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat einen Anspruch auf die begehrte Feststellung, dass Ziffer I.2.3.2, Ziffer I.3.1.2 und Ziffer II. i.V.m. I.2.3.2 des Bescheids der Beklagten vom 29. Juni 2016 rechtswidrig waren. 27

Grundlage für die Erteilung der angegriffenen Entgeltgenehmigung war § 35 Abs. 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 TKG. Insoweit ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind, § 32 Abs. 1 Satz 1 TKG. In diesem Rahmen hatte die Beklagte bei ihrer Entscheidung über die Bemessung der langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und die Zinsen für die Bemessung der regulatorischen Anlagebasis im Rahmen der Ausübung ihres regulatorischen Beurteilungsspielraumes die Nichtdiskriminierungsempfehlung heranzuziehen. 28

Z.B. VG Köln, Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6023/16 -, juris Rn. 55 ff., Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6049/16 -, juris Rn. 63 ff. und Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6734/16 -, juris Rn. 60 ff.

Nachdem die Beklagte sich nicht wirksam auf die Übergangsvorschrift nach Nr. 40 der Nichtdiskriminierungsrichtlinie berufen konnte, hatte sie nach Nr. 30 ff. der Nichtdiskriminierungsrichtlinie für die Bemessung der regulatorischen Anlagebasis ein Next-Generation-Access-Netzwerk (im Folgenden: NGA-Netz) zu modellieren. 30

Z.B. VG Köln, Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6023/16 -, juris Rn. 88 ff., 96 ff.; Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6049/16 -, juris Rn. 96 ff., 104 ff. und Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6734/16 -, juris Rn. 93 ff., 101 ff. 31

Dies hat die Beklagte im TAL-Beschluss 2016 aber gerade nicht getan, vielmehr hat sie dort kein NGA-Netz sondern ein Kupfernetz modelliert. Dieser Mangel aus dem TAL-Beschluss 2016 schlägt auf den vorliegenden Beschluss durch, da dieser in den diesbezüglichen Passagen durchgängig auf den - rechtskräftig aufgehobenen - TAL-Beschluss 2016 Bezug genommen hat. 32

Zum diesbezüglichen Mangel des TAL-Beschlusses 2016 vgl. VG Köln, Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6023/16 -, juris Rn. 90 f., Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6049/16 -, juris Rn. 98f. und Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6734/16 -, juris Rn. 95 f. 33

Dass hier eine abweichende Beurteilung geboten sein sollte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Das Gegenteil ist der Fall: Es war hier Aufgabe der Beklagten auch hinsichtlich der Kabelkanalrohrüberlassungsentgelte bzw. der Entgelte für die Glasfaserüberlassung ein modernes NGA-Netz zu modellieren. Weshalb stattdessen ein Kupfernetz modelliert wurde, ist nicht nachvollziehbar. Die „Kupferrückrechnungsvorschrift“ nach Nr. 37 Satz 2 bis 4 der Nichtdiskriminierungsempfehlung hilft der Beklagten schon deshalb nicht weiter, da es hier nicht um eine „Kupferrückrechnung“ (sondern eben um eine Kabelkanalrohr- und Glasfasernutzung) geht. 34

Abgesehen davon dispensieren Nr. 37 Satz 2 bis 4 der Nichtdiskriminierungsempfehlung auch im Falle der „Kupferrückrechnung“ nicht von der Modellierung eines NGA-Netzes, vgl. VG Köln, Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6023/16 -, juris Rn. 92 ff., Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6049/16 -, juris Rn. 100 ff. und Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6734/16 -, juris Rn. 97 ff.. 35

Das Gericht war nicht zur Prüfung gehalten, ob die zutreffende Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ein niedrigeres oder ein höheres Entgelt ergeben hätte. Denn die vorgenannten Fehler der Beklagten betreffen einen Bereich, der ihrem regulatorischen Beurteilungsspielraum zuzurechnen ist. Diesen auszufüllen ist alleine Sache der Beklagten. Dem steht nicht entgegen, dass die Berechnung der regulatorischen Kapitalbasis durch die Vorgaben der Nichtdiskriminierungsempfehlung vorgeprägt wird. Denn auch die Nichtdiskriminierungsempfehlung eröffnet der Beklagten regulatorische Spielräume. 36

Vgl. VG Köln, Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6023/16 -, juris Rn. 140 und Urteil vom 11. Dezember 2019 - 21 K 6734/16 -, juris Rn. 145. 37

Der Mangel kann nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, da die Klägerin ihn nicht gerügt hat. Zum einen stellt die Mahnung, die Tatsachengerichte sollten nicht "gleichsam ungefragt" auf Fehlersuche gehen, keinen Rechtssatz dar, sondern umschreibt eine Maxime richterlichen 38

Handelns, die die Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 86 Abs. 1 VwGO) nicht in Frage stellt.

BVerwG, Beschluss vom 4. Oktober 2006 - 4 BN 26.06 - , juris Rn. 7. 39

Zum anderen liegt eine *Fehlersuche* im vorliegenden Fall nicht vor, da sich der eben genannten Fehler aufdrängt: Der hier angegriffene Beschluss verweist auf den TAL 2016 - Beschluss der nämlichen Beschlusskammer, diesen hat das Verwaltungsgericht jedoch schon - rechtskräftig - aufgehoben. An alledem ändert auch der Umstand nichts, dass es vorliegend um eine Fortsetzungsfeststellungsklage geht. Denn im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage kann die gerichtliche Feststellung eines *bestimmten* Rechtswidrigkeitsgrundes nicht verlangt werden. 40

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 1989 - 7 B 43.89 -, Buchholz 11 Art 2 GG Nr 59. 41

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. 42

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 709 ZPO. 43

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 137 Abs. 3 TKG, § 135, § 132 Abs. 2 VwGO. Die Kammer hatte zwar in den Urteilen vom 11. Dezember 2019 - VG Köln 21 K 6023/16, 6024/16, 6049/16, 6050/16, 6370/16, 6493/16, 6734/16 - die Revision zugelassen, dort wurde sie aber nicht eingelegt. Damit wurden die hier relevanten Fragen bereits durch die genannten Urteile entschieden. 44

Rechtsmittelbelehrung 45

Die Nichtzulassung der Revision kann von den Beteiligten durch Beschwerde angefochten werden. Die Beschwerde ist schriftlich innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. 46

Statt in Schriftform kann die Einlegung der Beschwerde auch als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) erfolgen. 47

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a VwGO und der ERVV einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel, auf dem das Urteil beruhen kann, bezeichnet werden (§ 133 Abs. 3 VwGO). 48

Die Beteiligten müssen sich bei der Einlegung und Begründung der Revision durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum 49

Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung im Übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen.

Die Beschwerdeschrift sollte zweifach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung eines elektronischen Dokuments bedarf es keiner Abschriften. 50

Beschluss 51

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 50.000 Euro festgesetzt. 52

Gründe 53

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache für die Klägerin ist es angemessen, den Streitwert auf den festgesetzten Betrag zu bestimmen (§ 52 Abs. 1 GKG). Dabei hat das Gericht berücksichtigt, dass das Verfahren nach den nachvollziehbaren Angaben der Klägerin für sie nur geringe wirtschaftliche Bedeutung hat. Allein der Umstand, dass in der Klagebegründung wirtschaftlich bedeutsame Rechtsfragen angesprochen werden, ändert daran nichts. 54

Toussaint, in: BeckOK KostR. Dörndorfer/Wendtland/ Gerlach/Diehn, 34. Edition Stand: 1. Oktober 2021, § 52 GKG Rn. 9. 55

Rechtsmittelbelehrung 56

Gegen diesen Beschluss kann 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 Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte - ERVVO VG/FG - vom 7. November 2012, GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden. 57

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. 58

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt. Die Beschwerdeschrift sollte dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften. 59