

Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

- Beschlußkammer 2 -

E n t s c h e i d u n g

der Beschlußkammer 2, in der Besetzung

Ltd. Dir Dipl.-Ing. Kuhrmeyer	(Vorsitzender),
RD Funk	(Beisitzer 1) und
Ang Busch	(Beisitzer 2),

im Verfahren wegen

Untersagung der Durchführung der Rechtsgeschäfte "dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber", die ein nicht genehmigtes Entgelt enthalten,

gegen die

Deutsche Telekom AG,

gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand,
Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Detlev
Buchal, Dr. rer. nat. Hagen Hultsch, Dr.
Heinz Klinkhammer, Dr. Joachim Kröske,
Dr. Herbert May, Dipl.-Ing. Gerd Tenzer,

Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

Verfahrensgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

- Rechtsanwältin Martina Errens
(Deutsche Telekom AG),
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Mayen
(Rechtsanwälte Prof. Redeker und Part-
ner, Bonn) und
- Rechtsanwalt Dr. Joachim Peckert
(Deutsche Telekom AG),

auf Grund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 28.01.98:

Der Verfahrensgegnerin wird die Durchführung der Rechtsgeschäfte "dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber" insoweit untersagt, wie in diesen ein nicht genehmigtes Entgelt bzw. ein Nachzahlungsvorbehalt verlangt werden.

Auf § 96 Abs. 1 Nr. 6 und 7 TKG wird hingewiesen.

...

I.

Sachverhalt

Das Verfahren wurde mit Schreiben der Beschlußkammer (Gz.: BK 2b) vom 23.01.98 eingeleitet, in dem die Verfahrensgegnerin davon in Kenntnis gesetzt wurde, daß die Beschlußkammer folgende Entscheidung zu treffen beabsichtigt:

Der Deutschen Telekom wird die Durchführung des Rechtsgeschäfts "Dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber" nach § 29 Abs. 2 Satz 2 TKG insoweit untersagt, wie hierfür ein nicht genehmigtes Entgelt bzw. ein Nachzahlungsvorbehalt vereinbart oder gefordert werden.

Der Beschlußkammer lagen Kopien von Auftragsbestätigungen oder auftragsbezogenen Schreiben der Verfahrensgegnerin (Niederlassung 2 Düsseldorf vom 12.01.98, Niederlassung 2 Frankfurt am Main vom 14.01.98 und Niederlassung Ansbach vom 15.01.98) vor, in denen diese für die Ausführung von Aufträgen über die dauerhafte Voreinstellung eines anderen Verbindungsnetzbetreibers ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere die Vertragsbedingungen und Preise "Dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber" vereinbarte oder deren Vereinbarung forderte. Die Vertragsbedingungen und Preise "Dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber" bestimmen ein einmaliges, vom Endkunden zu entrichtendes Entgelt in Höhe von 94,99 DM (mit USt). Ausweislich der vorliegenden Schreiben der Verfahrensgegnerin wird dieses Entgelt vorläufig nicht eingefordert, sondern ist erst später bei Rechnungsstellung zu zahlen.

Die Verfahrensgegnerin hat sich mit Schriftsatz (Gz.: VV2A3, Dr. Joachim Peckert) vom 27.01.98 sowie in der mündlichen Verhandlung geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Begründung

1.) Die Voraussetzungen für ein Verfahren nach § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG. Dies

gilt auch insoweit, als die Entscheidung sich auch auf § 30 TKV stützt, denn systematisch ist diese Regelung Bestandteil des § 29 TKG. Die Regelung des § 30 TKV enthält ausweislich ihrer Begründung eine Klarstellung zu § 29 Abs. 1 Satz 1 TKG und schließt damit eine Lücke. Im übrigen ergibt sich dieser systematische Zusammenhang auch aus der vergleichbaren Regelung des § 23 des Postgesetzes (PostG) vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3294).

Hieraus folgt,

- daß der Lizenznehmer verpflichtet ist, ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte zu verlangen (a),
- daß Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, mit der Maßgabe wirksam sind, daß das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt (b),
- daß bei Vereinbarung eines genehmigungspflichtigen Entgelts, für das eine Genehmigung nach dem Gesetz oder eine vorläufige Anordnung der Regulierungsbehörde nicht vorliegt, und für das auch kein genehmigtes Entgelt existiert, das an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt, die Vereinbarung unwirksam ist (c), und
- daß die Regulierungsbehörde unter den in Buchstabe b) und c) bestimmten Voraussetzungen die Durchführung eines Rechtsgeschäfts untersagen kann.

2.) Bei der Untersagung nach § 29 Abs. 2 Satz 2 TKG wird das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen ausgeübt. Insgesamt hat die Verfahrensgegnerin ein zu enges Verständnis des § 29 TKG und seines Regelungsbereichs.

a) Die Genehmigungspflicht des Entgelts und der entgeltrelevanten Bestandteile für die dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsbetreiber ergibt sich aus § 25 Abs. 1 TKG. Dies ist bereits im Bescheid der Beschluskammer (Gz.: BK 2b) vom 06.01.98 festgestellt worden. Im einzelnen gilt folgendes.

aa) Das Entgelt und die entgeltrelevanten Bestandteile für die dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsbetreiber sind Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile für

das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG. Die Regelungen des § 43 Abs. 6 Satz 1, nach der Betreiber von Telekommunikationsnetzen - ab dem 01.01.98 (vgl. § 100 Abs. 2 TKG) - in ihren Netzen sicherzustellen haben, daß jeder Nutzer die Möglichkeit hat, den Verbindungsnetzbetreiber - im Sinne des § 3 Nr. 23 TKG - frei auszuwählen, und zwar durch eine dauerhafte Voreinstellung, die im Einzelfall des Verbindungsaufbaues durch die Wahl einer Verbindungsnetzbetreiberkennzahl ersetzt werden kann, bewirkt, daß diese Verbindungsnetzbetreiberauswahl für Betreiber von Sprachtelefondienstteilnehmernetzen integraler Bestandteil des Angebots von Sprachtelefondienst im Sinne des § 3 Nr. 15 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 TKG ist. Entsprechendes gilt übrigens auch in Bezug auf die in § 43 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 100 Abs. 2 TKG bestimmte Netzbetreiberportabilität.

ab) Die Verfahrensgegnerin verfügt auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über eine marktbeherrschende Stellung nach § 22 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen. Der Verfahrensgegnerin war bis zum Ablauf des 31.12.97 das ausschließliche Recht verliehen worden, Sprachtelefondienst nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 TKG zu erbringen (§ 99 Abs. 1 Buchstabe b) TKG). Für die Zeit nach dem Ablauf des 31.12.97 wurde ihr eine Lizenz (Nummer 97 04 517) der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG erteilt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Alleinstellung der Verfahrensgegnerin seit Erlöschen des ausschließlichen Rechts nach § 99 Abs. 1 Buchstabe b) TKG überhaupt spürbar abgenommen hat.

b) Die Verfahrensgegnerin verstößt gegen die Verpflichtung nach § 29 Abs. 1 TKG, denn sie verlangt ein von der Regulierungsbehörde nicht genehmigtes Entgelt. Ein genehmigtes Entgelt für die Leistung "dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber" existiert nicht.

ba) Im Sinne des § 29 Abs. 1 TKG wird ein Entgelt nicht erst dann verlangt, wenn es gefordert, d. h. in Rechnung gestellt wird (Abwicklung des Rechtsgeschäfts), sondern bereits dann, wenn es vereinbart wird (Begründung des Rechtsgeschäfts) und auch bereits schon dann, wenn unter seiner Zugrundelegung der Abschluß einer Vereinbarung beabsichtigt wird (Vorbereitung des Rechtsgeschäfts). Dies ergibt sich sowohl aus dem natürlichen Wortsinn als auch aus der Begründung zu § 29 TKG. Dort (vgl. BT-Drs. 13/3609 S. 44, 45) wird in Bezug auf die Fassung des § 28 E-TKG, die unverändert zum § 29 TKG geworden ist (vgl. insbesondere BT-Drs. 13/4864(neu) S. 21), ausgeführt, daß der Regulierungsbehörde die Befugnis zur Untersagung der Rechtsgeschäfte eingeräumt wird, die das Unternehmen unter Zugrundelegung nichtgenehmigter Tarife zu schließen beabsichtigt. Unerheblich ist, daß

diese Ausführungen Bestandteil der Begründung zu Absatz 2 sind, denn eine Untersagung nach Absatz 2 scheidet dann aus, wenn die Verpflichtung nach Absatz 1 erfüllt ist. Dies bedeutet, daß bereits die Absicht, ein nicht genehmigtes Entgelt zu vereinbaren, gegen die sich aus § 29 Abs. 1 TKG ergebende Verpflichtung verstößt. Deswegen erfaßt die Untersagungsbefugnis nach dem Willen des Gesetzgebers bereits den beabsichtigten Abschluß des Rechtsgeschäfts.

bb) Die von der Verfahrensgegnerin vertretene Auffassung, die von ihr abgeschlossenen Rechtsgeschäfte seien aufschiebend bedingt, wobei der Bedingungseintritt in der Genehmigung des Entgelts durch die Regulierungsbehörde und ggf. dessen Veröffentlichung zu sehen sei, verstößt gegen die Verpflichtung des § 29 Abs. 1 TKG. Diese Verpflichtung soll gerade sicherstellen, daß zum einen keine anderen Entgelte als die genehmigten verlangt werden, und daß zum anderen auch alle Entgelte, die der Regulierung unterliegen, zur Genehmigung vorgelegt werden und nicht ohne Genehmigung verlangt werden (vgl. Begründung zu § 28 E-TKG, BT-Drs. 13/3609 S. 44/45). Zumindest aus dem zweiten Teil dieser Begründung ("nicht ohne Genehmigung verlangt werden") ergibt sich, daß Entgeltgenehmigungen keine Rückwirkung entfalten, sondern nur ex nunc, d. h. für den Zeitraum nach ihrer Erteilung, gelten. Dieser Grundsatz wird auch durch § 29 Abs. 2 TKV bekräftigt, der bestimmt, daß bei genehmigungspflichtigen Entgelten und entgeltrelevanten Bestandteilen Allgemeiner Geschäftsbedingungen die Veröffentlichung - nach Absatz 1 - nicht vor Erteilung der Genehmigung erfolgen darf. Diese Regelung soll ausweislich ihrer Begründung verhindern, daß die Veröffentlichungsfristen durch "Vorveröffentlichung" oder "Vorratsveröffentlichung" noch nicht genehmigter Entgelte abgekürzt bzw. umgangen werden. Hieraus folgt dann erst recht, daß "Vorvereinbarungen" oder "Vorratsvereinbarungen" noch nicht genehmigter Entgelte, d. h. ein aufschiebend bedingtes Verlangen des Entgelts mit Bedingungseintritt "Genehmigung des Entgelts durch die Regulierungsbehörde", nicht statthaft sind. Der Grundsatz, daß die Genehmigung des Entgelts vor dessen Verlangen erfolgen muß, gilt unabhängig davon, ob zum Inkrafttreten des Entgelts noch eine - zwischenzuschaltende - Veröffentlichung erforderlich ist.

c) Die Regelung des § 29 Abs. 2 Satz 1 TKG läuft vorliegend ins Leere, denn in Ermangelung einer erteilten Genehmigung für das Entgelt der Dienstleistung "dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber" kann kein genehmigtes Entgelt an die Stelle des verlangten - nicht genehmigten - Entgelts treten. Es handelt sich vorliegend deshalb nicht um einen Fall des Abweichens von genehmigten Entgelten, sondern um die Vereinbarung von Leistungen ohne Entgeltgenehmigung. Für diesen Fall bestimmt § 30 TKV, daß die Vereinbarung unwirksam ist. Im vorliegenden Fall erstreckt sich die Unwirksamkeit

nur auf die Gegenleistung des Kunden, denn die Verfahrensgegnerin ist nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG verpflichtet, die dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsbetreiber sicherzustellen (oben II.2 lit. aa). Die Vereinbarung eines Entgelts oder eines entsprechenden Nachzahlungsvorbehalts sind rechtsgeschäftlich nicht begründbar.

ca) Entgegen der Auffassung der Verfahrensgegnerin bedeutet “unwirksam” in § 30 TKV nicht schwebende Unwirksamkeit, sondern Nichtigkeit. Die Regelung des § 30 TKV entspricht der des § 13 Abs. 2 Satz 3 TKV 1995 (BGBl. I S. 2020), in deren Begründung folgendes ausgeführt wird:

“Vereinbart die Deutsche Telekom AG mit ihren Kunden andere als die genehmigten Entgelte, so ergibt sich aus Satz 3 die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, da die Entgeltvereinbarung als wesentlicher Bestandteil des Vertrages gegen den Genehmigungsvorbehalt des § 5 Abs. 1 PTRegG verstößt. Durch die Anordnung der Nichtigkeit des Vertrages wird klargestellt, daß es sich um ein beidseitig verbotenes Rechtsgeschäft im Sinne von § 134 BGB handelt.”

cb) Bei den Rechtsgeschäften “dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsbetreiber” erstreckt sich die Nichtigkeit wegen § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG nicht auf das gesamte Rechtsgeschäft, sondern nur auf die Entgeltvereinbarung, denn insoweit bestimmt das Gesetz etwas anderes.

d) Entgegen der Auffassung der Verfahrensgegnerin ermächtigt § 29 Abs. 2 Satz 2 zur Untersagung im vorgenommenen Umfang. Die Regelung des § 29 Abs. 2 Satz 2 TKG erstreckt sich hinsichtlich der Rechtsfolge nicht nur auf den in Satz 1 bestimmten Fall des Abweichens von genehmigten Entgelten, sondern auch auf den Regelungsbereich des § 30 TKV.

da) Die Vorbereitung, der Abschluß wie auch die Abwicklung des Rechtsgeschäfts werden, wenn sie ein anderes als das genehmigte Entgelt enthalten, von der Rechtsfolge des § 29 Abs. 2 Satz 2 TKG abgedeckt, denn der Bedeutungsgehalt des Wortes “Durchführung” erstreckt sich auf alle Phasen, d. h. Vorbereitung, Abschluß und Abwicklung, eines Rechtsgeschäfts. Auch der Gesetzgeber ging von diesem Verständnis des Wortes “Durchführung” aus (oben II.2 lit. ba).

db) Die Rechtsfolge des § 29 Abs. 2 Satz 2 TKG besteht nicht nur bei dem in Satz 1 bestimmten Fall des Abweichens von genehmigten Entgelten, sondern auch im Fall des § 30 TKV. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Systematik (oben II.1) der

Regelung. Unter den Wortlaut "ein anderes als das genehmigte Entgelt" sind beide Fälle subsumierbar, sowohl ein Entgelt, das von dem genehmigten Entgelt abweicht (Satz 1), als auch ein Leistungsentgelt, für dessen Leistung überhaupt noch kein Entgelt genehmigt worden ist (§ 30 TKV). Wenn die Untersagungsbefugnis in den Fällen des § 29 Abs. 2 Satz 1 TKG besteht, in denen das abweichende Entgelt durch das genehmigte ersetzt wird, dann muß sie erst recht dann gegeben sein, wenn das verlangte Entgelt nach § 30 TKV unwirksam, d. h. nichtig, ist.

e) Die Untersagung ist geeignet und erforderlich, das Entgeltgenehmigungserfordernis nach § 25 Abs. 1 TKG (oben II.2 lit. a) sicherzustellen. Dieses Erfordernis würde andernfalls in Fällen wie den vorliegenden ins Leere laufen. Sie ist auch verhältnismäßig.

ea) Das Genehmigungserfordernis besteht insbesondere zur Erfüllung der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG bestimmten Regulierungsziele. Die Interessen der Nutzer, d. h. auch der in § 41 TKG bestimmte Kundenschutz, werden nur dann gewahrt, wenn Entgelte, die nach den Regelungen des TKG genehmigt worden sind, verlangt werden (oben II.2 lit. b). Gleiches gilt hinsichtlich der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Markt des Angebots von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG (oben II.2 lit. a). Die Handlungsweise der Verfahrensgegnerin behindert insbesondere das Entstehen des seit dem 01.01.98 gewollten Wettbewerbs auf diesem Markt und damit dessen Funktionsfähigkeit, denn sie verunsichert in nicht unerheblicher Weise die Kunden. Die entgegenstehende Auffassung der Verfahrensgegnerin ist unbeachtlich, denn sie beruht auf einer nicht zutreffenden Grundlage (oben II.2 lit. b und c). Dies gilt insbesondere für die von der Verfahrensgegnerin in ihrem Schriftsatz in Aussicht gestellte Erklärung.

eb) Demgegenüber tritt das Interesse der Verfahrensgegnerin, vor der Genehmigung des Entgelts (oben II.2 lit. b und c) einen vertraglichen Anspruch auf Ersatz der Kosten zu haben, die bei der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber entstehen, zurück. Entgegen der Auffassung der Verfahrensgegnerin enthält die Untersagung keinen Eingriff in ihre Vertragsfreiheit. Die Vertragsfreiheit, die nur im Rahmen der Rechtsordnung besteht, wird bereits durch die Regelung des § 30 TKV eingeschränkt. Entsprechendes gilt hinsichtlich des von der Verfahrensgegnerin geltend gemachten Eingriffs in ihr geschütztes Eigentum (Artikel 14 GG). Selbst wenn Rechtsbeeinträchtigungen der Verfahrensgegnerin vorlägen, so wären diese ausschließlich von ihr zu vertreten. Der Verfahrensgegnerin ist spätestens seit dem 01.08.96 (Inkrafttreten des TKG) bekannt, daß sie zum 01.01.98 verpflichtet ist, die Leistung "dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber" anzubieten (oben II.2 lit. aa). Ihre Vorstellungen hinsichtlich des

Entgelts und der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für diese Leistung verlautbarte sie jedoch erst Mitte Dezember 1997. Auch zu diesem Zeitpunkt wäre es ihr möglich gewesen, einen entsprechenden Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen. So wurde beispielsweise die von der Verfahrensgegnerin unter dem 10.12.97 beantragte Genehmigung der Sondertarife "Verbindungen nach den USA/Kanada und Frankreich zwischen Weihnachten und Neujahr" am 18.12.97 vom Bundesminister für das Post und Telekommunikation, der Regulierungsbehörde nach § 98 TKG, nach § 97 Abs. 3 TKG i. V. m. § 4 Abs. 1 PTRRegG erteilt. Die Zustimmung der Mitglieder des Regulierungsrates beim Bundesministerium für Post und Telekommunikation war - in diesem Fall - im Wege der Umfrage nach § 12 Abs. 4 PTRRegG i. V. m. § 7 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Regulierungsrates eingeholt worden.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht in Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muß den Kläger, den Beklagten und den Streitgegenstand 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.

Falls die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

Bonn, den 05.02.98

Kuhrmeyer
(Vorsitzender)

Funk
(Beisitzer 1)

Busch
(Beisitzer 2)