



Beschlusskammer 2

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

w e g e n

Antrags der Deutschen Telekom AG bzgl. Feststellung zur Marktbeherrschung hinsichtlich International Carrier Connect-Verbindungen (ICC), Feststellung zur Genehmigungspflicht hinsichtlich ICC und Genehmigung der Entgelte für ICC vom 05.10.99

Az.: BK 2a 99/026

Verfahrensbeteiligte:

1. **Deutsche Telekom AG,**
Friedrich-Ebert-Allee 140,
53113 Bonn,

vertreten durch ihren Vorstand, Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Josef Brauner, Detlev Buchal, Dr. rer. nat. Hagen Hultzsch, Dr. Heinz Klinkhammer, Dr. Joachim Kröske, Dipl.-Ing. Gerd Tenzer, Jeffrey A. Hedberg

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Bettina Bergmann (Rechtsanwälte Prof. Redeker und Partner, Bonn) sowie Marcus Weinkopf, M. Fredebeul-Krein, Guido Schell, Roland Doll, Werner Eidmann und Lothar Knotte (Deutsche Telekom AG) -
2. **Mannesmann Arcor AG & Co.,**
Kölner Straße 5,
65760 Eschborn,

vertreten durch die Mannesmann Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Dipl.-Ing. Harald Stöber (Vorsitzender), Dipl.-Wirtsch.-Ing Elmar Hülsmann (Stellv. Vorsitzender), Dr. Michael Hann, Dr. Patricia L. Harris und Dr. Volker Ruloff,

Beigeladene 1,

- Verfahrensbevollmächtigte: Georg Merdian und Ronald Weiss (Mannesmann Arcor AG & Co.)-

3. **VIAG Interkom GmbH & Co.**,
Eisenheimer Straße 11,
80687 München,
- vertreten durch die VIAG Interkom Management GmbH München, diese vertreten durch die Geschäftsführer Maximilian Ardelt, Martin Furuseth, Werner G. Fraas, Joachim Preisig, Lowry Stanage und Hans-Burghardt Ziermann,
- Beigeladene 2,**
- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Jens Neitzel und Markus Haas (VIAG Interkom GmbH & Co.) -
4. **RSL COM Deutschland GmbH**
Lyoner Str. 9
60528 Frankfurt / Main
- vertreten durch die Geschäftsführung Lutz Meyer-Scheel (Vorsitzender), Itzhak Fisher, Patrick Israel, Richard Williams
- Beigeladene 3,**
5. **MCI WorldCom Deutschland GmbH**
Solmsstr. 75,
60486 Frankfurt / Main
- vertreten durch den Geschäftsführer Stefan Hischer,
- Beigeladene 4**
- Verfahrensbevollmächtigte Rechtsanwälte Clifford Chance, Herrn RA Martin Fischer -
6. **Global TeleSystems Netzwerk GmbH & Co KG**
August-Thyssen-Str. 1
40211 Düsseldorf
- vertreten durch die Geschäftsführung: Global TeleSystems Netzwerk Management GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Jürgen Hernichel, Johannes Theodor Jansen und Martin Rüter
- Beigeladene 5**
- Verfahrensbevollmächtigter Dr. Donatus Kaufmann -
7. **PrimeTec Deutschland GmbH**
Mainzer Landstr. 47
60239 Frankfurt / Main
- vertreten durch die Geschäftsführer Stuart W. King
- Beigeladene 6**
- Verfahrensbevollmächtigte vertreten durch die Rechtsanwälte Bruckhaus Westrick Heller Löber , Herrn RA Dr. Michael Esser-Wellie und RA Dr. Peter Rädler

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 30.11.99 in der Besetzung

Ltd. RD Dipl.-Ing. Kuhrmeyer	(Vorsitzender),
Dipl. Kfm. ROAR Schug	(Beisitzer) und
RDir Böhm	(Beisitzer)

am 30.11.99 entschieden:

Der Antrag wird abgelehnt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 05.10.99, eingegangen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post am 06.10.99, beantragt festzustellen, dass sie bzgl. International Carrier Connect-Verbindungen auf dem relevanten Markt nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Darüber hinaus hat die Antragstellerin hilfsweise beantragt, festzustellen, dass die Entgelte für die Leistung ICC wegen der fehlenden marktbeherrschenden Stellung nicht der Genehmigungspflicht unterliegen. Für den Fall einer entsprechenden Feststellung hat die Antragstellerin beantragt, die Beschlüsse zu den vorausgegangenen Entgeltanträgen zu ICC zu widerrufen.

Ebenfalls hilfsweise hat die Antragstellerin schließlich beantragt, neue Entgelte für ICC zu genehmigen.

Am 06.10.99 wurde ein Genehmigungsverfahren bzgl. der Entgelte für ICC eingeleitet.

Mit Schreiben vom 07.10.99 zog die Antragstellerin ihre Anträge nach Ziffer 5 und 6 des Antragsschreibens vom 05.10.99, die - bis zum Inkrafttreten der neuen ICC-Entgelte - die Anwendung der jeweils genehmigten CFV-Entgelte auf den mit der Cable & Wireless Deutschland GmbH abgeschlossenen ICC-Vertrag beinhalteten, zurück, da dieser Teil des Antrags wegen der Veröffentlichung eines ICC-Grundangebotes durch die RegTP entbehrlich war.

Am 15.10.99 und am 22.10.99 übermittelte die Antragstellerin auf Anfrage der Beschlusskammer mehrere Erläuterungen zum Antragsinhalt sowie den Kostennachweisen und jeweils eine korrigierte Fassung der Preisliste, die insbesondere bzgl. des Anschlusslinienteils die aktuellen CFV-Tarife, die aktuellen Haupttrassenstandorte sowie ein Ausweis der Entgelte in DM und EURO umfassen. Am 23.11.99 erhielt die Beschlusskammer eine Kalkulation zur Herleitung der Kosten speziell für das Jahr 1999.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen wurden nach § 8 Abs.2 TEntgV im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post Nr. 19 vom 20.10.99, Mitteilung Nr. 460/1999, veröffentlicht.

Die gemäß § 28 Abs. 2 TKG vorgeschriebene Entscheidungsfrist wurde mit Beschluss der Beschlusskammer vom 12.11.99 bis längstens zum 15.12.99 verlängert.

Eine geschwärzte Fassung des Entgeltantrages wurde von der Antragstellerin am 06.10.99 vorgelegt. Die Beschlusskammer hat dabei die Begründung für die von der Antragstellerin erbetene

Herausnahme der Ausführungen zur Geheimhaltungsbedürftigkeit einzelner Passagen mit Schreiben vom 20.10.99 hinterfragt. Die Erwiderung der Antragstellerin ist bei der Beschlusskammer am 08.11.99 eingegangen.

Den Beigeladenen wurde antragsgemäß Einsicht in die Verfahrensakte gewährt. Soweit im Antrag bzw. in den vorgelegten Unterlagen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin enthalten waren, wurden entsprechende Daten „geschwärzt“ bzw. herausgenommen.

Die Beigeladenen 1, 2 und 3 haben am 02.11.99, 10.11.99 bzw. 30.11.99 schriftliche Stellungnahmen zu dem Entgeltantrag abgegeben. Die Stellungnahmen der Beigeladenen wurden, soweit sie keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten, der Antragstellerin umgehend nach deren Eingang zugeleitet. Die Beigeladenen führen in ihren Stellungnahme insbesondere aus, dass der Hauptantrag der Antragstellerin abzulehnen sei, weil die Antragstellerin nach wie vor marktbeherrschend sei. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Genehmigung der neuen ICC-Entgelte ist nach Auffassung der Beigeladenen nicht genehmigungsfähig, da keine Einzelvereinbarungen abgeschlossen worden sind und sich die Tarife, vor allem wegen der generellen Führung der ICC über die Gateways, nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren würden.

Zu der Kommentierung der Beigeladenen 2 hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 22.11.99 eine Stellungnahme vorgelegt.

Der hilfsweise gestellte Entgeltantrag enthält keine Entgelte für die Expressentstörung. Die Beschlusskammer hat daher mit Schreiben vom 09.11.99 unter Hinweis auf die Feststellungsbeschlüsse zur Genehmigungspflicht der Entgelte für die Expressentstörung CFV und SFV (Az. BK 2a 99/019) vom 16.06.99 und (Az. BK 2d 99/024) vom 05.11.99 die Antragstellerin aufgefordert, den Entgeltantrag für ICC entsprechend zu ergänzen.

Dem Entgeltantrag vom 05.10.99 war keine Vereinbarung zu den neu beantragten ICC-Entgelten beigefügt. Die Antragstellerin wurde umgehend nach Antragseingang zunächst fernmündlich und dann schriftlich (Schreiben BK 2a 026/99 vom 29.10.99) auf diesen Mangel aufmerksam gemacht. Mit Schreiben vom 26.11.99 wurde die Antragstellerin aufgefordert, bis spätestens Montag, den 29.11.99, 13.00, mindestens eine abgeschlossene Vereinbarung zu übermitteln. Gleichzeitig wurde sie darauf hingewiesen, dass der Antrag andernfalls abzulehnen sei. Weder bis zum Ablauf dieser Frist noch bis zur Entscheidung der Beschlusskammer wurde der Beschlusskammer die angeforderte Vereinbarung zugesandt.

Die materielle Prüfung des Antrages, die ungeachtet der an formalen Gründen orientierten Entscheidung der Beschlusskammer durchgeführt wurde, erfolgte auf der Grundlage der von der Antragstellerin als Anlage zum Antrag beigefügten Unterlagen. Diese umfassen im Unterschied zu den vorausgegangenen Entgeltanträgen für ICC eine spezielle ICC-Kalkulation. Die Beschlusskammer hat der Antragstellerin am 15.10.99, 29.10.99 und 17.11.99 Fragenkataloge zugeleitet, die sich im Rahmen der Prüfprozesse ergaben. Zu den Fragenkatalogen legte die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.11.99, 24.11.99 und 26.11.99 sowie mit dem o. g., am 22.10.99 eingegangenen Schreiben Antworten vor.

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

II.

Die Entscheidung der Beschlusskammer beruht auf § 39 Alternative 1 TKG i. V. m. §§ 24,25 Abs. 1 TKG und i. V. m. § 6 Abs. 5 NZV.

1. Das Verfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

1.1. Die Zuständigkeit einer Beschlusskammer der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post für die Entscheidung folgt aus §§ 66 und 73 Abs. 1 Satz 1 TKG.

1.2 Das sich aus § 75 Abs. 1 TKG ergebende Recht der Beigeladenen auf Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Verfahren, das auch das Recht auf Akteneinsicht (Beck TKG-Komm/Kerkhoff, § 75, Rdn. 6, m.w.N.) und einen Anspruch auf die für die Stellungnahme erforderlichen Informationen (KG WuW/E OLG 2140, 2142) einschließt, wurde gewährt.

1.3 Die Entscheidung erfolgt innerhalb der nach § 28 Abs. 2 TKG vorgegebenen Frist, wobei nach § 28 Abs. 2 Satz 3 TKG die Sechs-Wochenfrist bis längstens zum 15.12.99 verlängert wurde.

1.4. Dem Bundeskartellamt wurde nach § 82 Satz 3 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

2 Der Antrag ist abzulehnen.

2.1 Der Hauptantrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin auf dem relevanten Markt nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, ist mangels Sachentscheidungsinteresses der Antragstellerin unzulässig.

Voraussetzung für ein Sachentscheidungsinteresse der Antragstellerin an der o.g. Feststellung wäre ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an einer Entscheidung der Beschlusskammer, das über die Feststellung oder Verneinung der Marktbeherrschung als Voraussetzung der in konkreten Verfahren zu prüfenden Vorschriften über die Regulierung von Entgelten i.S.d. §§ 25 ff. TKG hinausgeht. Ein solches Interesse ist von der Antragstellerin nicht vorgetragen worden.

Die Antragstellerin begehrt durch ihren Hauptantrag eine Entscheidung der Beschlusskammer, die diese ohnehin bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 25 TKG im Rahmen der Prüfung von Entgelтанträgen treffen muss. Es ist nicht erkennbar, welchem berechtigten Interesse die begehrte Feststellung hier in einem vorgezogenen, gesonderten Feststellungsverfahren dienen sollte.

Da sich aus dem TKG kein Anspruch auf die Durchführung des begehrten Feststellungsverfahrens ergibt und ein besonderes Feststellungsinteresse nicht dargetan ist, richtet sich die Auswahl des durchzuführenden Verfahrens nach Einfachheits- und Zweckmässigkeitsüberlegungen (§ 10 VwVfG). Die von der Beschlusskammer gewählte Verfahrensweise, die begehrte Feststellung grundsätzlich im Rahmen von Entgelтанträgen zu prüfen, soll ferner sicherstellen, dass auch zukünftig nicht jedem Entgeltverfahren Feststellungsanträge betreffend der im jeweiligen Verfahren zu prüfenden Voraussetzungen vorangestellt werden und damit unnötiger Verwaltungsaufwand erzeugt wird.

Ein besonderes Feststellungsinteresse der Antragstellerin ist hier auch deshalb nicht gegeben, weil die Beschlusskammer bereits in der jüngsten Vergangenheit in den Beschlüssen BK 2a 99/003 vom 08.03.99 und BK 2a 99/010 vom 02.06.99 zur Frage der marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin auf dem relevanten Markt Stellung genommen hat.

2.2 Der hilfweise gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Entgelte für die Leistung ICC wegen der fehlenden marktbeherrschenden Stellung nicht der Genehmigungspflicht unterliegen, wird ebenfalls aus den unter Ziffer 2.1 genannten Gründen abgelehnt.

2.3 Der Antrag, im Falle einer positiven Feststellung bzgl. der unter Ziffer 2.1 und 2.2 genannten Anträge die mit den Beschlüssen BK 2a 99/003 vom 08.03.99 und BK 2a 99/010 vom 02.06.99 erteilten Genehmigungen zu widerrufen, ist aufgrund der in den Ziffern 2.1 und 2.2 erläuterten Entscheidung gegenstandslos.

2.4 Der hilfweise Antrag, die neuen Entgelte für ICC zu genehmigen, ist aus formalen Gründen abzulehnen.

Die Beschlusskammer ist, wie bereits in den Entgeltgenehmigungsverfahren (Az. BK2 a 99/003) und (Az. Bk 2a 99/010), der durch die Antragstellerin vorgenommenen Einstufung der ICC als besonderer Netzzugang nach §§ 35,39 TKG gefolgt, da die Verbindung an einem Ende (Cross-Border) nicht in die Ausgangsbitrate zurückgeführt wird und die für Übertragungswege nach § 3 Nr. 22 TKG kennzeichnende Abschlusseinrichtung an diesem Ende fehlt.

Eine vom konkreten Einzelfall losgelöste Entgeltgenehmigung kommt im Rahmen des § 39 TKG nicht in Betracht. Genehmigungsfähig sind ausschließlich die konkreten, in den jeweiligen Verträgen enthaltenen Entgelte. Dies folgt bereits daraus, dass sich § 39 TKG nach dem Wortlaut auf „Entgelte für die Gewährung eines Netzzuganges“ bezieht. Insbesondere wäre § 6 Abs. 5 Netzzugangsverordnung entbehrlich, wenn die Entgelte von vornherein unabhängig vom einzelnen Vertrag genehmigt würden. Durch § 6 Abs. 5 soll die Regulierungsbehörde in die Lage versetzt werden, Bedingungen eines Netzzuganges, die das marktbeherrschende Unternehmen mit einzelnen Wettbewerbern abschließt, aus dem ursprünglich zweiseitigen Vertragsverhältnis in den Rang eines allgemeinen (Grund-) Angebotes zu erheben.

Diese Rechtsauffassung der Regulierungsbehörde ist der Antragstellerin durch die Beschlüsse BK2 a 99/003 vom 08.03.99 und 99/010 vom 02.06.99 sowie die Spruchpraxis der Beschlusskammer 4 (siehe z. B. Beschlüsse (Az. BK 4a A 1130/E 19.12.97) vom 02.03.98 und (Az. BK 4c A 1130/E16.01.98) vom 25.03.98 bekannt. Umso unverständlicher ist es, dass die Antragstellerin, obgleich ihr bereits mit Beschluss (Az. BK2 a 99/003) vom 08.03.99) der Vorlagetermin für einen neuen ICC-Antrag mitgeteilt wurde und sie im Rahmen des laufenden Verfahrens dreimal von der Beschlusskammer eine diesbezügliche Aufforderung erhielt, keine Vereinbarung vorgelegt hat. Nachdem die Antragstellerin somit - bis zur Vorlage des Antrages - 7 Monate sowie zuzüglich 8 Wochen innerhalb des laufenden Verfahrens Zeit hatte, eine Vereinbarung vorzulegen und dies trotz mehrfacher Ankündigung unterblieb, sah sich die Beschlusskammer aufgrund des fortgeschrittenen Verfahrensstadiums veranlasst, einen ablehnenden Bescheid zu erteilen.

Der am 29.11.99 übermittelte Auszug eines Vertrages mit der KPNQwest kann im übrigen nicht als Vereinbarung akzeptiert werden, da der für das Entgeltgenehmigungsverfahren entscheidende Bestandteil, die vereinbarten Entgelte, fehlt.

Auch die Beigeladenen 1, 2 und 5 führen in ihren Stellungnahmen aus, dass eine Ablehnung des Antrages aus formellen Gründen erforderlich ist.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

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

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

Bonn, den 30.11.99

Kuhmeyer
(Vorsitzender)

Schug
(Beisitzer)

Böhm
(Beisitzer)