

Beschluss

In dem **Verwaltungsverfahren**

wegen Antrags der Deutschen Telekom AG auf Genehmigung der Entgelte für die Express-Entstörung bei International-Carrier-Connect-Verbindungen vom 02.03.2000

Az.: BK 2a 00/005

Verfahrensbeteiligte:

1. **Deutsche Telekom AG**,
Friedrich-Ebert-Allee 140,
53113 Bonn,
vertreten durch ihren Vorstand, Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Josef Brauner, Detlev Buchal, Dr. Karl-Gerhard Eick, Jeffrey A. Hedberg, Dr. Hagen Hultzsich, Dr. Heinz Klinkhammer, Dipl.-Ing. Gerd Tenzer,
Antragstellerin,
- Verfahrensbevollmächtigte: Marcus Weinkopf
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: Ronald Weiss
3. **VIAG Interkom GmbH & Co.**,
Elsenheimer 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

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in der Besetzung

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

am 27.04.2000 entschieden:

1 Genehmigung

1.1 Für die Leistung Express-Entstörung bei International Carrier Connect-Verbindungen werden - mit der unter Ziffer 1.2 genannten Einschränkung - folgende Entgelte vorläufig genehmigt:

1.1.1 Acht-Stunden-Express-Entstörung

Dauerauftrag

	jährlicher Nettopreis in DM	jährlicher Nettopreis in Euro
ICC 2 Mbit	3027,60	1548,00
ICC > 2 Mbit	4670,52	2388,00

Einzelauftrag

	jährlicher Nettopreis in DM	jährlicher Nettopreis in Euro
ICC 2 Mbit	4541,44 DM	2322,00 Euro
ICC > 2 Mbit	7005,78 DM	3582,00 Euro

1.1.2 Vier-Stunden-Express-Entstörung

alle ICC-Typen	Zuschlag von 5 % auf die geltenden ICC-Jahrestarife zuzüglich einem kundenstandortbezogenen Tarif von 3800 DM (1942,91 Euro) pro Jahr
----------------	---

Die vorläufig genehmigten Tarife treten zum 27.04.2000 in Kraft.

1.2 Die vorläufige Genehmigung nach Ziffer 1.1 erstreckt sich nur auf Entgelte bzgl. der Express-Entstörung für ICC, über deren Erbringung bereits Vereinbarungen abgeschlossen worden sind oder bis zur Veröffentlichung eines Grundangebots noch abgeschlossen werden.

1.3 Der Antrag auf eine einstweilige Anordnung der beantragten Entgelte nach § 78 TKG bis zur endgültigen Entscheidung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wird abgelehnt.

2 Nebenbestimmungen

2.1 Die Genehmigung nach den Ziffern 1.1 und 1.2 erfolgt bis zum Erlass einer endgültigen Genehmigung, längstens jedoch bis zum 30.11.2000.

2.2 Die abschließende Regelung der Entgelthöhe bleibt der endgültigen Genehmigung vorbehalten. Sofern die endgültige Genehmigung gegenüber der vorläufigen Genehmigung eine geringere Entgelthöhe feststellt, hat die Antragstellerin die Differenzbeträge ihren Kunden rückwirkend zu erstatten.

2.3 Die Antragstellerin wird aufgefordert, im Rahmen des bis zum 21.09.2000 vorzulegenden Entgeltantrages für ICC auch einen neuen Antrag bzgl. der Tarife für die Express-Entstörung zu stellen.

Gründe

I.

Auf Antrag der Deutschen Telekom AG vom 02.03.2000 hat die Beschlusskammer ein Genehmigungsverfahren für Entgelte für die Express-Entstörung bei ICC eingeleitet. Nach Ziffer 1 des Antrages sollen die Entgelte für die Express-Entstörung für ICC ab dem 12.11.99 endgültig, nach Ziffer 2 des Antrages ab dem 12.11.99 bis zur endgültigen Entscheidung im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig genehmigt werden. Der Antrag erfolgt ohne Anerkennung einer Rechtspflicht hinsichtlich der Genehmigungspflicht.

Die betreffenden Entgelte waren in den vorausgegangenen Entgeltgenehmigungsanträgen für ICC nicht enthalten, da die Antragstellerin die Genehmigungspflicht bestreitet. Die Beschlusskammer hatte die Antragstellerin darauf hin im Beschluss (Az. BK 2a 99/033) vom 11.02.99 - unter Hinweis auf die Feststellungen hinsichtlich der Genehmigungspflicht der Express-Entstörung bei Standard- und Carrier-Festverbindungen (Beschlüsse (Az. Bk 2a 99/019) vom 16.06.99 und (Az. BK 2d 99/024) vom 05.11.99) aufgefordert, unverzüglich einen Antrag für die Tarife der Express-Entstörung bei ICC zu stellen.

Der Entgeltantrag vom 02.03.2000 wurde ohne Kostennachweise übersandt.

Die Antragstellerin legte mit ihrem Schreiben vom 02.03.2000 zunächst Leitungsbeschreibungen für ICC vor, die die früheren Konditionen für die Express-Entstörung bei CFV beinhalteten und zwischenzeitliche Korrekturen nicht berücksichtigen. Auf eine entsprechende Anfrage der Beschlusskammer stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 09.03.2000 klar, dass es sich hierbei um einen Irrtum handelte und fügte korrigierte Leistungsbeschreibungen und Preislisten bei. Die Konditionen für die „Acht-Stunden-Express-Entstörung“ entsprechen danach den Bedingungen bei CFV. Zusätzlich wird noch eine „Vier-Stunden-Express-Entstörung“ angeboten, die an bestimmte Voraussetzungen (erhöhte Netz Zuverlässigkeit bzw. abschnittsweise Zweiführung) gebunden ist.

Eine geschwärzte Fassung des Entgeltantrages wurde ebenfalls mit Schreiben vom 02.03.2000 vorgelegt. Den Beigeladenen 1 und 2 wurde antragsgemäß Einsicht in die Verfahrensakte gewährt, soweit in den vorgelegten Unterlagen keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragstellerin enthalten waren.

Mit Schreiben vom 13.03.2000 forderte die Beschlusskammer ergänzende Erläuterungen zur Kostenorientierung der beantragten Tarife an. Das diesbezügliche Antwortschreiben ging bei der Beschlusskammer am 31.03.2000 ein.

Mit Schreiben vom 05.04.2000 listete die Antragstellerin aufgrund einer fernmündlichen Anfrage der Beschlusskammer die Erstattungsbeträge an die Kunden im Falle verspäteter Entstörungen auf, die in der am 09.03.2000 übersandten Fassung der Leistungsbeschreibung irrtümlich nicht aufgenommen worden waren.

Mit Schreiben vom 14.04.2000 übersandte die Antragstellerin nach entsprechender fernmündlicher und schriftlicher Aufforderung durch die Beschlusskammer vom 21.03.2000 bzw. 06.04.2000 eine Vereinbarung (mit der Cable & Wireless Deutschland GmbH), die die beantragten Entgelte für die Express-Entstörung bei ICC enthält.

Nach den Angaben der Antragstellerin ist eine Inanspruchnahme der Express-Entstörung bei ICC bislang nicht erfolgt und auch mittelfristig nicht zu erwarten.

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

II.

Die Entscheidung der Beschlusskammer beruht auf §§ 35, 39 Alternative 1 TKG i. V. m. §§ 24, 25 Abs. 1, § 27 Abs.1 Nr. 1 TKG.

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 Die Entgelte für die Express-Entstörung für ICC sind genehmigungspflichtig.

Die Genehmigungspflicht ergibt sich aus § 35 TKG i. V. m. §§ 39 Alternative 1, 25 Abs. 1 TKG. Sie folgt im wesentlichen daraus, dass die Express-Entstörung bei ICC eine Annexdienstleistung und damit einen integralen Bestandteil zu dem Angebot der ICC darstellt.

Die Genehmigungspflicht der Entgelte für ICC einschließlich der Marktbeherrschung der Antragstellerin auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt wurde zuletzt mit Beschluss (Az. BK 2a 99/033) vom 11.02.2000 festgestellt. Hinsichtlich der näheren Begründung zur Genehmigungspflicht der Express-Entstörung als Annexdienstleistung zu dem Angebot von ICC wird auf den Beschluss zur Feststellung der Genehmigungspflicht der Tarife für die Express-Entstörung bei SFV (Az. BK 2d 99/024) vom 05.11.99 verwiesen. Es ist offenkundig, dass die Genehmigungspflicht der Tarife für die Expressentstörung bei ICC nicht anders zu bewerten ist als die Genehmigungspflicht der Entgelte für die Expressentstörung bei SFV bzw. CFV.

1.3 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 gewahrt.

1.4 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 11.05.2000 verlängert wurde.

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

2. Die materielle Prüfung des Entgeltantrages hat zu einer vorläufigen Genehmigung geführt, die ex nunc wirksam wird und sich lediglich auf Entgelte bzgl. der Express-Entstörung für ICC erstreckt, über deren Erbringung bereits Vereinbarungen abgeschlossen worden sind oder bis zur Veröffentlichung eines Grundangebots noch abgeschlossen werden.

2.1 Eine endgültige Genehmigung scheidet aufgrund der nur eingeschränkten Prüffähigkeit des Entgeltantrages aus.

Der Umfang der vorzulegenden Unterlagen ergibt sich aus § 27 Abs. 4 i. V. m. § 2 Abs. 1 und 2 TEntgV.

Die Antragstellerin hat dem Entgeltantrag keinerlei Kostennachweise beigefügt. Die Beschlusskammer hat daher bei ihren Prüfungen auf die mit dem Entgeltantrag für digitale SFV und CFV vom 30.06.99 vorgelegten Kostennachweise zurückgegriffen. Diesen Unterlagen sind u. a. Angaben zu den Kosten für eine Standard-Entstörung zu entnehmen. Detaillierte Daten zu den speziellen Kosten einer Express-Entstörung fehlen jedoch auch hier. Die Antragstellerin wurde daher mit Schreiben der Beschlusskammer vom 13.03.2000 aufgefordert, zu den Unterschieden zwischen den Kosten für die Standard-Entstörung und den beantragten Entgelten für die Express-Entstörung ausführlich Stellung zu nehmen. Obgleich die Beschlusskammer der Antragstellerin eine Verlängerung des Termins für ihre Stellungnahme bis zum 31.03.2000 (ursprünglich 20.03.2000) einräumte, enthält das Schreiben der Antragstellerin vom 31.03.2000 lediglich pauschale Hinweise auf höhere Personalkosten, die in Zusammenhang mit der Express-Entstörung auftreten. Diese höheren Personalkosten werden nicht quantifiziert. Spezielle Kostennachweise für die 8-Stunden- und die 4-Stunden-Express-Entstörung fehlen demnach auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme vom 31.03.2000.

Auch unter Berücksichtigung der von der Beschlusskammer bei bisherigen Entscheidungen geforderten Weiterentwicklung von Kostennachweisen ist eine endgültige Genehmigung des Entgeltantrages nicht vertretbar.

Die vorläufige Genehmigung belastet die Antragstellerin deutlich weniger als eine Ablehnung des Antrages. Darüber hinaus gewährleistet sie, dass für die Express-Entstörung, sofern diese entgegen der Prognose der Antragstellerin doch von einzelnen Kunden nachgefragt werden sollte, ein genehmigtes Entgelt vorliegt. Für eine mögliche Nachfrage der Express-Entstörung bei ICC sprechen die Ausführungen der Beigeladenen 1 unter Ziffer 3 der betreffenden Stellungnahme, wonach die Express-Entstörung eine unverzichtbar Leistung im Rahmen der Bereitstellung von ICC darstellt.

Angesichts der geringen Inanspruchnahme der Express-Entstörung bei ICC, die bisher noch keinem einzigen Fall in Anspruch genommen worden ist, hält die Beschlusskammer den Zeitraum der vorläufigen Genehmigung für angemessen.

In zukünftigen Entgeltanträgen sind die speziellen Kosten für die Express-Entstörung - auch als Weiterentwicklung gegenüber dem Entgeltantrag für digitale Standard- und Carrier-Festverbindungen vom 30.06.99 - detailliert, etwa durch eine Prozesskostendarstellung, zu belegen. Dabei sind auch die unterschiedlichen Kosten für eine 8-Stunden- und eine 4-Stunden-Express-Entstörung nachzuweisen.

2.2 Eine vom konkreten Einzelfall losgelöste Genehmigung kommt nach § 39 TKG i. V. m. § 6 Abs. 5 NZV nicht in Betracht. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter Ziffer II.2.4 des Beschlusses (Az. BK 2a 99/026) vom 30.11.99 verwiesen.

2.3 Ferner besteht kein Anspruch auf Erteilung einer rückwirkenden Genehmigung zum 12.11.1999. Entgeltgenehmigungen nach § 39 TKG entfalten ihre Wirkungen erst ab ihrem Erlass, also für die Zukunft. Dies ergibt sich aus § 25 Absatz 1 TKG, auf den § 39 TKG verweist. Dieser ordnet eine ex-ante-Regulierung der Entgelte - im Gegensatz zu der ex-post-Regulierung des § 25 Absatz 2 TKG, auf den § 39 TKG nicht verweist - an. Der Wesensgehalt einer solchen ex-ante-Regulierung besteht darin, dass die Entgelte erst dann Wirksamkeit gegenüber dem Vertragspartner entfalten, wenn sie anhand der vorgeschriebenen Maßstäbe der §§ 24, 27 TKG überprüft und für diesen entsprechend befunden wurden. Gerade darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu der ex-post-Regulierung nach § 25 Absatz 2 TKG, wo die Entgelte zunächst gelten, bis gegebenenfalls eine Untersagungsverfügung nach § 30 Absatz 5 TKG ergeht. Nur vor diesem Hintergrund ist auch der sich in § 28 Absatz 1 Satz 2 TKG niedergeschlagene Gedanke verständlich, dass Entgeltanträge rechtzeitig vorzulegen sind.

Mangels Schutzwürdigkeit der Antragstellerin besteht auch kein Anlass zur Erteilung einer rückwirkenden Genehmigung. Die Antragstellerin kennt die gesetzlichen Anforderungen an Entgeltgenehmigungsanträge und die Fristen nach § 28 TKG seit Inkrafttreten des TKG im Jahre 1996.

2.4 Auch die einstweilige Anordnung der Entgelte für die Express-Entstörung für ICC ab dem 12.11.1999 nach § 78 TKG für die Dauer des Genehmigungsverfahrens kam hier nicht in Betracht. Der Antrag zu 2. der Antragstellerin war daher abzulehnen:

Zunächst setzt eine Anordnung nach § 78 TKG voraus, dass bereits ein Entgeltgenehmigungsverfahren vor der Beschlusskammer anhängig und noch nicht endgültig entschieden ist. Am 12.11.1999 war zweifelsfrei noch kein entsprechendes Verfahren vor der Beschlusskammer anhängig. Ausweislich des Antragsschreibens OWP6-4 der Antragstellerin datiert der entsprechende Entgeltantrag vom 02.03.2000. Eine vorläufige Genehmigung ab dem 12.11.1999 nach § 78 TKG kann schon aus diesem Grunde nicht in Betracht kommen. Denkbar wäre allenfalls eine einstweilige Anordnung ab dem Datum der Antragstellung, dem 02.03.2000.

Eine einstweilige Anordnung nach § 78 TKG setzt jedoch voraus, dass ein Anordnungsgrund für eine Eilentscheidung, mit anderen Worten Eilbedürftigkeit, besteht. Der Anordnungsgrund besteht im Verfahren nach § 78 TKG in der objektiv begründeten Besorgnis, dass durch die Verzögerung einer Entscheidung in der Hauptsache irreversible oder nur schwer behebbare Nachteile auf dem Telekommunikationsmarkt entstehen (Beck-TKG Komm/Kerkhoff, Rdn. 9 zu § 78 TKG).

Ein solcher Anordnungsgrund ist hier nicht ersichtlich. Nach Darstellung der Antragstellerin ist eine Inanspruchnahme der Express-Entstörung bei ICC bislang nicht erfolgt, so dass keine Notwendigkeit einer einstweiligen Anordnung für die Dauer des Genehmigungsverfahrens bestand. Die nunmehr erteilte vorläufige Genehmigung soll demgegenüber - wie oben dargelegt - sicherstellen, dass im Falle einer etwaigen zukünftigen Inanspruchnahme der Express-Entstörung ein genehmigtes Entgelt vorliegt.

3. Die mit der Genehmigung verbundenen Nebenentscheidungen sind gemäß § 36 Abs.1 VwVfG durch Rechtsvorschrift zugelassen.

- Eine längere Befristung des Genehmigungszeitraumes ist aufgrund der dargestellten Mängel der Kostennachweise nicht vertretbar und würde der Vorläufigkeit der Genehmigung widersprechen. Im übrigen entspricht die Befristung der entsprechenden Maßgabe der Beschlusskammer im Beschluss (Az. BK 2a 99/033) vom 11.02.2000 hinsichtlich der weiteren Entgelte für ICC.
- Die Verpflichtung der Antragstellerin, Erstattungen an ihre Kunden vorzunehmen, soweit die endgültig genehmigte Entgelte für die Express-Entstörung bei ICC geringer als die vorläufig

genehmigten Entgelte sein werden, resultiert aus dem Charakter der Vorläufigkeit und hat den Zweck, die Ergebnisse einer abschließenden Prüfung nicht vorweg zu nehmen. Erstattungen von den Kunden an die Antragstellerin werden ausgeschlossen, weil die Antragstellerin die nur vorläufige Genehmigung durch den unzureichenden Kostennachweis zu vertreten hat und die Planungssicherheit der Kunden zumindest insoweit gewährleistet sein soll, dass für die Vergangenheit in keinem Fall Nachzahlungen zu leisten sind.

- Der Vorlagetermin orientiert sich an der Befristung der Genehmigung. Er stellt sicher, dass die Prüfungen des neuen Entgeltantrages im Rahmen der gesetzlichen Prüfungsfristen vor Ablauf der Befristung erfolgen können.

Die vorstehenden Nebenbestimmungen sind erforderlich und verhältnismäßig, da die Antragstellerin hierdurch nur in zumutbarer Weise belastet wird.

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 27.04.2000

Kuhrmeyer

Schug

Böhm

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer