

- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2b 01/010

Entwurf Stand: 04.01.2002

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Feststellung der Genehmigungspflichtigkeit der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Sprachtelefondienst an Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen anlässlich des Vertrags über das Telekom Designed Network „Kommunen Baden-Württemberg“

gegenüber der Deutschen Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

- Betroffene -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redecker, Sellner, Dahs, und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn,

Beigeladene:

1. tesion Kommunikationsnetze Südwest GmbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Kriegsbergstraße 11, 70174 Stuttgart

- Beigeladene 1 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Piepenbrock und Schuster -,

2. Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V., Königswinterer Straße 310, 53227 Bonn, ,

- Beigeladene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Rainer Lüddemann ((breko),

3. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Mathias Büning (EWE TEL),

4. Global Telesystems Netzwerk GmbH & Co. KG, Am Seestern 3, 40547 Düsseldorf, ,

- Beigeladene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Dr. Donatus Kaufmann und Herr Ullrich Haeffs (GTS),

5. FirstMark Communications GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Günther-Wagner AG
13, 30177 Hannover,

- Beigeladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Sandra Schmidt (FirstMark),

6. MCI WorldCom Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Solmsstraße 73,
60486 Frankfurt,

- Beigeladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Klaus Winkler (MCI WorldCom),

7. BT Ignite GmbH & Co., vertreten durch die Geschäftsführung, Eisenheimerstraße 11, 80687
München,

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Dr. Jens Neitzel und Herr Felix Müller (BT Ignite),

8. riodata GmbH,

- Beigeladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer, Freiligratherstrasse
1, 40479 Düsseldorf,

9. Talkline GmbH & Co KG, vertreten durch die Talkline Verwaltungs-GmbH, diese vertreten durch
die Geschäftsführung, Talklineplatz 1, 25388 Elmshorn,

- Beigeladene 9 -

Verfahrensbevollmächtigte: Herr Arne Koch und Herr Stefan Schuldt (Talkline)

10. QS Communications AG, vertreten durch den Vorstand , Matthias-Brüggen-Straße 55, 50829
Köln,

- Beigeladene 10 -

Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Stefan Weißenmeyer und Thomas Bösel (QSC)

11. Arcor AG & Co, vertreten durch die Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Kölner Straße 3a, 65760 Eschborn,

- Beigeladene 11 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Angela Stein und Herr Roland Weiss(Arcor),

12. Atlantic Telecom GmbH, Lyoner Straße 15, 60528 Frankfurt, ,

- Beigeladene 12 -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Andersen Luther, Mergenthalerallee 10-12, 65760 Eschborn,

13. Tele2 Telecommunications Services GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, In der Steele 39a, 40599 Düsseldorf,

- Beigeladene 13 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Velten, Franz, Jakoby, Kaistraße 20, 40221 Düsseldorf,

14. Versatel Deutschland GmbH & Co. KG, Unterste-Wilms-Straße 29, 44143 Dortmund,

- Beigeladene 14 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Wolfram Wessel,

15. TROPOLYS GmbH, , vertreten durch die Geschäftsführung, Hansaallee 249, 40549 Düsseldorf,

- Beigeladene 15 -

Verfahrensbevollmächtigte: Herr Peer Knauer und Herr Marco Goymann (TROPOLYS),

16. Cable&Wireless ECRC GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Landsberger Straße 155, 80687 München,

- Beigeladene 16 -

Verfahrensbevollmächtigte: Frau Dr. Jutta Merkt,

17. STAR21NEtWORKS Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Hanauer Landstraße 175-179, 60314 Frankfurt,

- Beigeladene 17 -

Verfahrensbevollmächtigte: Herr Christian Golaszweski und Herr Jörg Ascher (STAR21),

18. ISIS Multimedia Netz GmbH & Co. KG, Kaistraße 6, 40221 Düsseldorf,

- Beigeladene 18 -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer, Heumarkt 14, 50667 Köln,

19. COLT TELECOM GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Bleichstraße 52, 60313 Frankfurt/Main,

- Beigeladene 19 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Uta Gottschalk und Frau Sabine Hennig (Colt),

20. Energis GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Augustenstraße 44, 80333 München,

- Beigeladene 20 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Susanne Weiß (Energis),

21. NetCologne GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Maarweg 163, 50825 Köln,

- Beigeladene 21 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Patrik Helmes (NetCologne),

22. extr@com AG, vertreten durch den Vorstand, Wilhelm –Hale-Straße 50, 80639 München,

- Beigeladene 22 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Bernhard Stemmermann (extr@com),

23. debitel AG, vertreten durch den Vorstand, Schelmenwasenstraße 37-39, 70545 Stuttgart,

- Beigeladene 23 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Dr. Ulrike E. Bergler-Kögler und Frau Daniela Berlinger (debitel),

24. HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Hammerbrookstraße 63, 20097 Hamburg,

- Beigeladene 24 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Dr. Fiebig (HanseNet)

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Bernhard Kuhrmeyer,
den Beisitzer Rainer Busch und
den Beisitzer Gerhard Böhm

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13.09.2001

am 15.10.2001 entschieden:

1. Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Sprachkommunikation an Teilnehmer einer geschlossenen Benutzergruppe unterliegen nicht der Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG, sofern der Transport und die Vermittlung von Sprache zwischen den Teilnehmern der jeweiligen geschlossenen Benutzergruppe erfolgt (Binnenkommunikation).
2. Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Sprachtelefondienst an Teilnehmer einer geschlossenen Benutzergruppe unterliegen der Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG, sofern der Transport und die Vermittlung von Sprache zwischen Teilnehmern der geschlossenen Benutzergruppe und Dritten erfolgt (Außenkommunikation).
3. Soweit die Betroffene Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen für geschlossene Benutzergruppen abgeschlossen hat, bzw. noch abschließt, die nicht genehmigte Entgelte für die Erbringung von Sprachtelefondienstleistungen zwischen Teilnehmern der jeweiligen Benutzergruppe und Dritten enthalten, sind diese nur mit der Maßgabe wirksam, dass ein genehmigtes Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgeltes tritt.
4. Für den Fall, dass die Betroffene für die Erbringung von Außenkommunikation andere als die genehmigten Entgelte vereinbart hat, wird ihr aufgegeben, ihre Verträge über geschlossene Benutzergruppen diesbezüglich unverzüglich, spätestens jedoch bis zum 31.12.2001, anzupassen. Sofern festgestellt werden sollte, dass die Betroffene im Rahmen von Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen für geschlossene Benutzergruppen nicht genehmigte Entgelte für die Erbringung von Sprachtelefondienstleistungen zwischen Teilnehmer der jeweiligen Benutzergruppe und Dritten vereinbart, behält sich die Beschlusskammer vor, die Durchführung der betreffenden Rechtsgeschäfte im Einzelnen zu untersagen.

G r ü n d e :

I .

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Mit Schreiben vom 13.12.1999 ging bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post eine Beschwerde der Beigeladenen 1 bezüglich des von der Betroffenen mit dem Städtetag Baden-Württemberg getroffenen Vertrages über das „Telekom Designed Network Kommunen Baden-Württemberg“ (TDN Komm BW-Vertrages) ein.

Die Beschwerde beruhte im wesentlichen auf dem Vorwurf, dass die in dem Vertrag vereinbarten Entgeltregelungen nicht den Maßstäben des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG genügen und die Betroffene, soweit sie im Rahmen des Vertrages Sprachtelefondienst erbringt, nicht genehmigte Entgelte erhebt und damit gegen ihre Verpflichtung nach § 29 Abs. 1 TKG verstößt.

Die Beschwerde wurde mit Schreiben vom 09.03.2000 zur Stellungnahme an die Betroffene weitergeleitet. Dabei wurde insbesondere um Übersendung einer aktualisierten Fassung der Übersicht der Nutzer des „TDN Komm BW-Vertrages“ gebeten. Ferner wurde die Betroffene aufgefordert, die Gründe darzulegen, weshalb diese Nutzer zusammen eine geschlossene Benutzergruppe bilden.

Die erbetene Stellungnahme der Betroffenen erfolgte mit Schreiben vom 06.04.2000. Sie hat dabei im wesentlichen vorgetragen, dass aufgrund des Fehlens einer diesbezüglichen Legaldefinition im TKG insoweit auf die Vorschriften der mittlerweile außer Kraft getretenen Telekommunikations-Verleihungsverordnung (TVerleihV) zurückgegriffen werden müsse. Die Teilnehmer des „TDN Komm BW“-Vertrages bildeten danach eine sonstige geschlossene Benutzergruppe im Sinne des § 6 Abs. 2 TVerleihV, weil zwischen ihnen gesellschaftsrechtliche oder schuldrechtliche Dauerbeziehungen oder dauerhafte Verbindungen zur Verfolgung gemeinsamer beruflicher, wirtschaftlicher oder hoheitlicher Ziele bestünden.

Nach Auswertung der Stellungnahme wurde der Betroffenen mit Schreiben BK 2b (TDN Komm BW) vom 30.06.2000 mitgeteilt, dass aus Sicht der Beschlusskammer erhebliche Zweifel daran bestehen, ob es sich bei den im Rahmen des „TDN Komm BW“-Vertrages erbrachten Sprachkommunikation in allen Fällen noch um ein gewerbliches Angebot von Telekommunikation lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen und nicht bereits um ein Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 i.V.m. § 3 Nr. 15 handelt. Die Zweifel betrafen im Wesentlichen die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit der außer Kraft getretenen TVerleihV sowie die Frage, ob die Nutzer des „TDN Komm BW-Vertrages“ überhaupt die Voraussetzungen für die Bildung einer sonstigen geschlossenen Benutzergruppe erfüllen.

Ferner wurde die Betroffene ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Tatbestandsmerkmal „nicht lediglich für eine geschlossene Benutzergruppe“ i.S.v. § 3 Nr. 19 TKG das gewerbliche Angebot von Telekommunikation – einschließlich des Angebots von Übertragungswegen nur insoweit erfasst, als es sich um Binnenkommunikation zwischen den Teilnehmern ein und derselben geschlossenen Benutzergruppe handelt. Telekommunikationsleistungen, die Außenkommunikation zwischen einem Teilnehmer der geschlossenen Benutzergruppe und einem Dritten zum Gegenstand haben, seien „für die Öffentlichkeit“ und im Falle von vermittelten Sprachkommunikationsverbindungen Sprachtelefondienst im Sinne von § 3 Nr. 15 TKG.

Die Betroffene wurde in diesem Zusammenhang um ergänzende Stellungnahme und zur Übersendung entsprechender Unterlagen gebeten.

Die Betroffene hat daraufhin mit Schreiben vom 25.07.2000 mitgeteilt, dass aus ihrer Sicht die Vorschriften der TVerleihV durchaus als Auslegungsmaßstab für den Bedeutungsgehalt des Merkmals „lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“ i.S.v. § 3 Nr. 19 TKG geeignet sei. Darüber hinaus erfüllten die Nutzer des „TDN Komm BW“-Vertrages die von der Regulierungsbehörde selbst im Rahmen des Schreibens vom 30.06.2000 genannten Kriterien für die Annahme einer geschlossenen Benutzergruppe. Schließlich sei sie der Auffassung, dass sämtlicher Verkehr, d.h. sowohl der Innenverkehr als auch der Außenverkehr zwischen Teilnehmern der geschlossenen Benutzergruppe und Dritten, von der Lizenzpflicht im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG und damit auch von der Entgeltgenehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG ausgeschlossen sei.

Die eingegangenen Stellungnahmen und Unterlagen der Betroffenen wurden zur Bewertung der lizenzrechtlichen Fragestellung an die hierfür zuständige Grundsatzabteilung der Regulierungsbehörde weitergeleitet. Parallel hierzu erfolgte eine Analyse der äußerst komplexen Struktur des „TDN Komm BW“. Dabei ergaben sich weitere Fragen hinsichtlich der Mitglieder der „TDN Komm BW“ und deren Verflechtungen untereinander.

Aufgrund der im Rahmen der Vorermittlungen erlangten Erkenntnisse ist die Beschlusskammer zu der Überzeugung gelangt, dass, bevor über einzelne von der Betroffenen geschlossenen Vertragsgestaltungen für „geschlossene Benutzergruppen“ entschieden werden kann, aufgrund des Fehlens einer entsprechenden Legaldefinition im TKG zunächst eine grundsätzliche Klärung erforderlich ist, wie der Begriff „Angebot von Telekommunikation nicht lediglich für eine geschlossene Benutzergruppe“ i.S.d. § 3 Nr. 19 TKG konkret ausgelegt werden muss.

Um die Frage der Reichweite des Begriffs „geschlossene Benutzergruppe“ und dabei insbesondere seine Abgrenzung zu den Begrifflichkeiten „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ i.S.v. § 3 Nr. 19 TKG und „Angebot von Sprachtelefondienst“ i.S.v. § 25 Abs. 1“ auf breiter Basis zu erörtern, hat die Beschlusskammer am 12.07.2001 das nunmehr anhängige Feststellungsverfahren eingeleitet.

Im Rahmen dieses Verfahrens sind der Beschlusskammer eine Vielzahl – teilweise sehr umfangreicher – Stellungnahmen der Betroffenen und Beigeladenen zugegangen. Darüber hinaus wurden die unterschiedlichen Positionen in der am 13.09.2001 durchgeführten öffentlichen Verhandlung nochmals ausführlich erörtert. Danach lassen sich die Rechtsauffassungen der Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen wie folgt zusammen fassen:

Rechtsauffassung der Betroffenen:

Nach Auffassung der Betroffenen ist im Falle des „TDN Komm BW“ vom Vorliegen einer geschlossenen Benutzergruppe i.S.v. § 6 Abs. 2 der damaligen TVerleihV auszugehen. Das Angebot der Betroffenen an die Mitglieder des „TDN Komm BW“ sei daher kein Angebot „für die Öffentlichkeit“ und damit kein Angebot von Sprachtelefondienst im Sinne von § 3 Nr. 15 TKG.

„Sprachtelefondienst“ setze nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 15 TKG voraus, dass im Einzelfall die gewerbliche Bereitstellung des direkten Transportes und der Vermittlung von Sprache in Echtzeit für die „Öffentlichkeit“ erfolge. Hierbei sei danach zu unterscheiden, wie zum einen das Merkmal der „Öffentlichkeit“ einzugrenzen sei und wann zum anderen von einem Angebot

„für“ die „Öffentlichkeit“ gesprochen werden könne.

Das Merkmal „Öffentlichkeit“ sei in Anlehnung an § 3 Nr. 19 TKG dahingehend zu bestimmen, dass es sich um eine Gruppe aus beliebigen, natürlichen oder juristischen Personen handle. Insofern sei der Begriff „Öffentlichkeit“ ähnlich wie der der Allgemeinheit i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG auszulegen. Öffentlichkeit oder Allgemeinheit sei danach ein individuell nicht bestimmbarer - und damit beliebiger Personenkreis. Demgegenüber handle es sich nicht um Öffentlichkeit oder Allgemeinheit, wenn der betreffende Personenkreis nach bestimmten individuell bestimmbaren Kriterien bestimmbar sei.

Entscheidend sei damit allein, ob das Angebot für „beliebige“ natürliche Personen oder juristische Personen unterbreitet werde oder ob der Kreis der Adressaten des Angebots nach allgemeinen Merkmalen individuell bestimmbar sei. Sei der Adressatenkreis bestimmbar, dann fehle es am Tatbestandsmerkmal der „Öffentlichkeit“ unabhängig davon, ob die betreffenden Nutzer im konkreten Fall die Voraussetzungen einer geschlossenen Benutzergruppe in Sinne der damaligen TVVerleihV erfüllten.

Der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ definiere damit nicht abschließend diejenigen Fälle, in denen der betroffene Nutzerkreis nicht als „Öffentlichkeit“ anzusehen sei. Etwas anderes folge auch nicht aus dem Zusatz in § 3 Nr. 19 TKG („und nicht lediglich für geschlossene Benutzergruppen“). Dieser enthalte nur einen besonders wichtigen Anwendungsfall, in dem der Nutzerkreis nicht als „Öffentlichkeit“ anzusehen sei. Er definiere hingegen das Merkmal nicht negativ abschließend. Am Merkmal „Öffentlichkeit“ fehle es zwar immer dann, wenn eine geschlossene Benutzergruppe vorliege; umgekehrt liege aber nicht stets „Öffentlichkeit“ vor, wenn die Merkmale der geschlossenen Benutzergruppe nicht erfüllt seien.

Hieraus ergebe sich zugleich, wann ein Angebot „für“ die Öffentlichkeit unterbreitet werde. Mit dem Teilmerkmal „für“ werde eine bestimmte Beziehung zwischen dem Angebot und seinem Adressaten, der „Öffentlichkeit“ verlangt. Das Angebot werde „für“ die Öffentlichkeit erbracht, wenn es an die Öffentlichkeit adressiert sei.

Dies sei, wie bereits gesagt, immer dann der Fall, wenn es sich an einen nicht nach bestimmten Merkmalen abgrenzbaren und damit beliebigen Personenkreis richte. Es sei hingegen kein Angebot „für“ die Öffentlichkeit, wenn es sich an einen Nutzerkreis wende, der individuell bestimmbar sei.

Demgegenüber sei es nicht entscheidend, ob die aufgrund dieses Angebots erfolgende Kommunikation nur der Binnenkommunikation zwischen Mitgliedern dieses Personenkreises diene oder als Außenkommunikation im Verhältnis zwischen Mitgliedern der geschlossenen Benutzergruppe und Dritten.

Wende man diese Kriterien auf den vorliegenden Fall an, so ergebe sich, dass das Tatbestandsmerkmal „Öffentlichkeit“ unabhängig davon, ob es sich bei den Mitgliedern des „TDN Komm BW“ um eine geschlossene Benutzergruppe handle, schon deshalb nicht erfüllt sei, weil der Kreis der vom „TDN Komm BW“ erfassten Mitglieder nach bestimmten Merkmalen individuell bestimmbar sei und damit von der Öffentlichkeit, verstanden als einen individuell nicht bestimmbar Personenkreis, hinreichend abgegrenzt werden könne.

Weil das vorliegende Angebot ausschließlich an die Mitglieder des „TDN Komm BW“ gerichtet sei und dessen Mitglieder aufgrund ihrer individuellen Bestimmbarkeit nicht als „Öffentlichkeit“ anzusehen seien, fehle es auch an einem Angebot „für“ die Öffentlichkeit.

Dieses Tatbestandsmerkmal sei im übrigen auch aus einem anderen Grund nicht erfüllt. Insofern sei rechtlich bedeutsam, dass die Betroffene aufgrund des Vertrages den Mitgliedern des „TDN Komm BW“ gegenüber verpflichtet sei, eine individuell auf diese zugeschnittene Systemlösung anzubieten. Dies folge aus Abs. 2 der Präambel des verfahrensgegenständlichen TDN-Vertrages „Kommunen Baden Württemberg“. Der für den TDN-Vertrag wesentypische individuelle Zuschnitt des Leistungsangebots auf die Bedürfnisse der Mitglieder des TDN, der auch schon in der Bezeichnung zum Ausdruck komme („Telekom Designed Network“), schließe ebenfalls aus, dass sich das Angebot an einen beliebigen Nutzerkreis richte. Ein Angebot, das auf eine individuelle Nachfrage hin konzipiert werde, sei eben nicht an die Öffentlichkeit gerichtet, sondern allein an den nachfragenden Kunden.

Dem lasse sich auch nicht entgegenhalten, bei einem solchen Verständnis hätte es die Betroffene in der Hand, durch beliebige Definition der Nutzerkreises die Entgeltregulierung zu umgehen und Nutzer zu diskriminieren. Auch Angebote von Telekommunikationsdienstleistungen, die nicht für die Öffentlichkeit erbracht werden, unterlägen der Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 2 TKG. Im Rahmen dieser ex post-Kontrolle werde auch die Einhaltung des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG überprüft, und zwar im Unterschied zum ex-ante-Genehmigungsverfahren nicht einmal nur im Rahmen einer Evidenzkontrolle, sondern vollumfänglich. Das OVG Münster habe deshalb zurecht festgestellt, dass der Einwand des Schutzdefizits kein Grund sei, der eine Umwertung der gesetzlichen Vorgaben rechtfertige (OVG Münster, Beschluss vom 19.10.2000 Az. 13 B 714/99).

Selbst wenn man entgegen der zuvor dargelegten Auffassung ein Angebot „für die Öffentlichkeit nur bei Vorliegen einer geschlossenen Benutzergruppe annehmen wollte, läge hinsichtlich des „TDN Komm BW“-Vertrages kein Angebot für die Öffentlichkeit vor. Nach Auffassung der Betroffenen bildeten jedenfalls sämtliche Mitglieder der „TDN Komm BW“ eine einheitliche geschlossene Benutzergruppe im Sinne des § 6 Abs. 2 der damaligen TVerleihV.

Dabei sei es nach § 6 Abs. 2 TVerleihV unerheblich, ob der betreffende individuelle Kommunikationsvorgang zwischen den Mitgliedern der jeweiligen geschlossenen Benutzergruppe oder von Mitgliedern zu anderen Teilnehmer erfolge, die selbst nicht Mitglied der geschlossenen Benutzergruppe seien. Entscheidend sei allein, dass der Adressat des Angebots Mitglied der geschlossenen Benutzergruppe sei. Dementsprechend habe auch das VG Köln in seinem Urteil vom 06.04.2000 unter Berufung auf § 5 Abs. 1 TVerleihV festgestellt, dass Verbindungen zwischen Mitgliedern der geschlossenen Benutzergruppe und Teilnehmern des öffentlichen Telefonnetzes der Betroffenen nicht Teil des „Sprachtelefondienstes“ im Sinne von § 3 Nr. 15 TKG seien. Ausschlaggebend sei, dass die Öffentlichkeit nicht berührt sei, wenn die Sprachvermittlung für geschlossene Benutzergruppen erbracht werde (VG Köln Az. 1 K 7606/97).

Eine Differenzierung nach genehmigungsfreier Binnenkommunikation und genehmigungspflichtiger Außenkommunikation wäre auch rein tatsächlich nicht handhabbar. Dies werde bei der Frage der Lizenzpflicht nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 TKG – die von den selben Kriterien abhängig sei, wie die Frage der Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG, noch deutlicher. Würde es darauf ankommen, ob der jeweilige Vorgang der Binnenkommunikation diene oder der Außenkommunikation, dann müsste im einzelnen tatsächlich unterschieden und im Rahmen der Aufsicht kontrolliert werden können, ob die betreffende Kommunikationsverbindung auf Binnenkommunikation zwischen den Mitgliedern der geschlossenen Benutzergruppe beschränkt sei oder auch im Außenverhältnis erfolge. Dies sei jedoch nicht möglich.

Schließlich käme eine Genehmigungspflicht nur dann in Betracht, wenn die Betroffene auf dem örtlich und sachlich relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Auf dem hier sachlich relevanten Markt für sprachorientierte Systemlösungen verfüge die Betroffene jedoch nicht mehr über eine entsprechende marktbeherrschende Stellung.

Auffassung der Beigeladenen:

Im Unterschied zur Betroffenen sind die Beigeladen der Ansicht, dass der „TDN Komm BW“ Leistungen enthält, die der Entgeltregulierung unterliegen.

Nach § 2 des „TDN Komm BW“-Vertrages beabsichtige die Betroffene die Errichtung eines „Telekom Designed Network“, welches die nationale und internationale Unternehmenskommunikation der durch den Vertrag berechtigten Nutzer ermöglichen sollte. Bei den bereitgestellten „Lokationszugängen“ handele es sich in der Sache um analoge sowie „ISDN-Basis“- bzw. „ISDN-Primärmultiplex“-Anschlüsse mit ein, zwei oder 30 Nutzkanälen. Über diese Telefonanschlüsse stelle die Betroffene Telefonverbindungen zu beliebigen Rufnummern sowohl zwischen den vertraglich berechtigten Nutzern als auch zu sonstigen in- und ausländischen Teilnehmern her.

Bei diesen Leistungen handele es sich um Sprachtelefondienst im Sinne von § 25 Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 15 TKG. Dabei sei die Auffassung der Betroffenen, dass das Angebot nicht an „die Öffentlichkeit“ gerichtet sei, unzutreffend.

Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Begriff „für die Öffentlichkeit“ in § 3 Nr. 15 TKG nicht definiert sei. Aus dem Vergleich von § 3 Nr. 18 TKG („Telekommunikationsdienstleistungen“ und § 3 Nr. 19 TKG („Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“) ergebe sich allerdings, dass der Begriff „für die Öffentlichkeit“ ein Angebot „für beliebige natürliche und juristische Personen“ umfasse und von einem Angebot „lediglich für eine geschlossene Benutzergruppe“ abzugrenzen sei. Der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ sei ebenfalls nicht definiert. Bei der Auslegung könne jedoch entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht auf die in der damaligen TVerleihV verwandten Begriffe „geschlossene Benutzergruppe“, „geschlossene Benutzergruppe zusammengefasster Unternehmen“ und „sonstige geschlossene Benutzergruppe“ zurückgegriffen werden. Der Umstand, dass der Gesetzgeber die dort verwendeten Definitionen nicht in das TKG übernommen habe, zeige, dass er die Fortgeltung dieser Definitionen nicht gewollt habe.

Der damaligen TVerleihV könne darüber hinaus bei der Interpretation des Begriffs „geschlossene Benutzergruppe“ in § 3 Nr. 19 TKG auch deshalb keine Bedeutung zukommen, weil sich die der TVerleihV einerseits und dem nun geltenden TKG andererseits zugrundeliegenden Zielrichtungen deutlich unterschieden.

Im Rahmen der mit Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte außer Kraft getretenen TVerleihV sollte als Ausnahme zu den Monopolrechten der Betroffenen anderen Unternehmen die Befugnis verliehen werden, Fernmeldeanlagen zu errichten und zu betreiben. Nach § 2 ff TVerleihV sei der Telekommunikationsmarkt insoweit geöffnet worden, als auch anderen Unternehmen das Recht verliehen werden konnte, Fernmeldeanlagen, die der Vermittlung von Sprache für geschlossene Benutzergruppen dienen, zu betreiben. Dabei sei der Begriff im Vorgriff auf die vollständige Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte großzügig ausgelegt worden. Ziel sei es gewesen, anderen Unternehmen schon früh die Gelegenheit zu geben, auf den Telekommunikationsmärkten erste Erfahrungen zu sammeln, um sich auf den Wett-

bewerb vorzubereiten.

Dagegen diene die Verwendung des Begriffs „geschlossene Benutzergruppe“ in § 3 Nr. 19 TKG nicht mehr dem Zweck, eine Ausnahme vom Monopol zu statuieren. Vielmehr sei § 3 Nr. 19 TKG nunmehr über § 3 Nr. 15 TKG in engem Zusammenhang mit der Lizenzierung und Entgeltregulierung zu betrachten.

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 TKG bedürfe ein Unternehmen, das Sprachtelefondienst auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsdienste anbiete, grundsätzlich einer Lizenz. Eine Ausnahme bestehe dann, wenn Sprachtelefondienstleistungen nicht für die Öffentlichkeit erbracht werden. Eine Lizenzierung sei daher nicht erforderlich, wenn die Vermittlung von Sprache für eine „geschlossene Benutzergruppe“ erfolge. Das Merkmal „für die Öffentlichkeit“ könne daher nur als Lizenzierungserfordernis verstanden werden.

Darüber hinaus sei der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ auch für die Entgeltregulierung von Bedeutung. Ein marktbeherrschendes Unternehmen unterliege ausnahmsweise dann keiner Entgeltgenehmigungspflicht i.S.v. § 25 Abs. 1 TKG, wenn Sprachtelefondienstleistungen nicht für die Öffentlichkeit, sondern ausschließlich für eine geschlossene Benutzergruppe erbracht würden.

Der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ müsse vor dem Hintergrund der nunmehr vollzogenen Liberalisierung und des gesetzgeberischen Ziels der Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs allerdings restriktiv ausgelegt und allenfalls auf geschlossene Firmen- und Konzernnetze beschränkt werden. Die in der Vergangenheit auf § 6 Abs. 2 TVerleihV gestützte „sonstige geschlossene Benutzergruppe“ könne dagegen unter dem TKG nicht mehr anerkannt werden, da sich anderenfalls der Kreis der Nutzer, denen die Betroffene unkontrolliert Telekommunikationsleistungen erbringen würde, kaum noch eingrenzen ließe. Die Betroffene könnte insbesondere in dem Marktsegment für gewerbliche Nutzer der Entgeltregulierung dadurch entgehen, dass sie die potenziellen Abnehmer zur Bildung einer sonstigen geschlossenen Benutzergruppe anregte. Der Kreis der geschlossenen Benutzergruppe sei daher auf „echte“, d.h. tatsächlich „geschlossene“ Gruppen von Nutzern zu begrenzen, zu denen Dritten kein Zugang offen stehe, und die durch ein kommerzielles Erwerbsinteresse miteinander verbunden seien.

Die Befreiung von dem Lizenzerfordernis und der ex-ante-Regulierung sei darüber hinaus auf die Binnenkommunikation von geschlossenen Benutzergruppen zu beschränken. Sofern Telefonverbindungen zwischen Personen hergestellt werden könnten, bei denen einer der Gesprächsteilnehmer nicht der geschlossene Benutzergruppe angehöre, handele es sich um Sprachtelefondienst.

Würde man auch die Außenkommunikation von der Lizenzpflicht ausnehmen, so entstünde ein hohes „Umgehungspotential“ für das marktbeherrschende Unternehmen. Dieses könnte im Marktsegment Geschäftskunden Telekommunikationsdienstleistungen anbieten, ohne der Entgeltregulierung zu unterfallen, indem sie die avisierten Endkunden zur Bildung geschlossener Benutzergruppen in Form von Einkaufsgesellschaften anregte. Auf diese Weise könnte die gesamte Sprachtelefondienstentgeltregulierung ausgehebelt werden.

Darüber hinaus ergäbe sich ein Wertungswiderspruch, wenn man die Außenkommunikation der geschlossenen Benutzergruppe zu den entgeltregulierungsfreien Telekommunikationsdienstleistungen zählen würde. Während dem Kleingewerbetreibenden nur die regulierten Tarife zur Verfügung stünden, könnte das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Marktseg-

ment mit gewerblichen Großkunden unkontrolliert im Wettbewerb agieren. Es bestehe daher die Gefahr, dass die Betroffene gerade in diesem umkämpften und für neue Anbieter besonders lukrativen Marktsegment Konkurrenten mit unregulierten, gegebenenfalls kostenunterdeckenden Preisen vom Markt verdränge.

Ferner handele es sich bei dem „TDN Komm BW“ auch deshalb um Sprachtelefondienst, weil der Vertrag auf einem Leistungsangebot der Betroffenen beruhe, das diese beliebigen geschlossenen Benutzergruppen anbiete. Wie sich aus dem Zusammenhang ergebe, beruhe das „TDN Komm BW“ offensichtlich auf einem Angebot an beliebige Benutzergruppen. Die Betroffene habe ein Leistungspaket samt speziellem Tarifschema für Großkunden entwickelt, das sie unter der Bezeichnung „Telekom Designed Network“ vermarkte. Das „TDN Komm BW“ sei auf der Grundlage dieses Leistungsangebots entwickelt worden. Es handele sich somit auch aus diesem Grund um ein Angebot von Sprachtelefondienst.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen sei diese bei der Erbringung von Sprachtelefondienst auch marktbeherrschend. Da die im Rahmen des „TDN Komm BW“-Vertrages von der Betroffenen erbrachte Sprachkommunikation nicht lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen erfolge, könne es dahinstehen, ob ein gesonderter Markt für solche Gruppen bestehe

Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 12.09.2001 zur beabsichtigten Entscheidung insoweit Stellung genommen, dass seiner Auffassung nach eine Differenzierung zwischen Binnen- und Außenkommunikation zweifelhaft erscheine.

Es sei insbesondere zweifelhaft, ob die Begriffe der ehemaligen TVerleihV für Zwecke des TKG ohne weitere Einschränkungen herangezogen werden könnten. Die Tatsache, dass Angebote an geschlossene Benutzergruppen vor Beginn der Liberalisierung des Sprachtelefondienstes ausschließlich auf der Basis eigenständiger, das heißt vom öffentlichen Telekommunikationsnetz unabhängiger Netzwerke, betrieben werden mussten und sich die damalige Situation insoweit grundlegend von der Situation nach Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes unterscheide, erfordere eine Definition der Geschlossenen Benutzergruppe, die eine klare und handhabbare Abgrenzung von Teilnehmern in demselben Netz ermögliche. § 6 Abs. 2 TVerleihV, der dieses Problem nicht gekannt habe, erscheine hierfür nicht geeignet.

Zutreffend sei allerdings, dass sich § 3 Nr. 19 TKG des Begriffs der geschlossenen Benutzergruppe aus der TVerleihV bediene, so dass eine entsprechende Heranziehung für die Zwecke des TKG unter Berücksichtigung der heutigen Situation nahe liege. Insoweit könnte es sich jedoch allenfalls anbieten, den Begriff der geschlossenen Benutzergruppe auf die Fälle des § 4 TVerleihV zu beschränken, zumal bei diesen Fällen eine Allgemeinverfügung gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 2 TVerleihV vorgesehen war. Dies wäre am ehesten vergleichbar mit einer lizenzfreien Betätigung nach dem TKG.

Im Übrigen stimme das Bundeskartellamt grundsätzlich dem Erfordernis einer Genehmigungspflicht der Außenkommunikation zu, wenn der Sprachverkehr vollständig auf der Basis der Netzstrukturen des öffentlichen Telefonnetzes erbracht werde. Dieser Umstand führe aber gleichzeitig dazu, dass eine Unterscheidung zwischen Binnen- und Außenkommunikation kaum möglich erscheine. Es stelle sich insbesondere die Frage, ob eine geschlossene Benutzergruppe als „virtuelles Netz“ überhaupt in Betracht komme oder vielmehr nur in den Fällen angenommen werden könne, in denen ein separates Netz zur Verfügung stehe und ausschließlich zu diesem Zwecke genutzt werde. Nur im diesem Falle sei auch von einer Lizenzfreiheit des Betriebs auszugehen.

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

II.

Die Entscheidung beruht auf §§ 25 Abs. 1, 29 TKG.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i. V. m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG.
- b) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 09.10.2001 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.
- c) Die Ermächtigung der Regulierungsbehörde zur Feststellung der Genehmigungspflicht von Entgelten im Sprachtelefondienst ergibt sich vorliegend trotz fehlender ausdrücklicher Regelung aus dem Zweck der Genehmigungsregelung des § 25 Abs. 1 TKG. Die Genehmigungsvorschrift ist nicht nur Grundlage für die Erteilung und Versagung einer beantragten Genehmigung, sondern auch für die Feststellung, ob die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind. § 25 Abs. 1 TKG dient dem Sinn einer wirksamen präventiven Entgeltregulierung. Diesem Zweck entspricht es vorliegend, wenn die Regulierungsbehörde die strittige Genehmigungspflicht durch Verwaltungsakt feststellt, so dass sich die Antragstellerin im Vorfeld möglicher neuer Entgeltmaßnahmen darauf einstellen kann, einen entsprechenden Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen. Die Feststellung ist darüber hinaus auch im Interesse der Antragstellerin geboten. Es wäre insoweit nicht mit dem Sinn und Zweck des Telekommunikationsgesetzes zu vereinbaren, wenn Entgelte für eine Leistung reguliert würden, die nicht der Lizenzpflicht nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 unterliegen.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Zwischen der Betroffenen, den beigeladenen Verfahrensbeteiligten und der Regulierungsbehörde für Telekommunikation bestehen unterschiedliche Auffassungen dazu, in welchem Umfang die in dem von der Betroffenen mit dem Städtetag Baden-Württemberg geschlossenen Vertrag über das „Telekom Designed Network Kommunen Baden-Württemberg“ vereinbarten Entgelte für Telekommunikationsdienstleistungen einer Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen.

Ursächlich hierfür ist im wesentlichen ein unterschiedliches Verständnis des Regelungsinhalts der Vorschrift § 3 Nr. 19 TKG. Aufgrund der unterschiedlichen Interpretationen erachtet es die Beschlusskammer für notwendig, insbesondere die Reichweite des im TKG nicht näher erläuterten Begriffes der „geschlossenen Benutzergruppe“ einer grundsätzlichen Klärung zuzuführen.

a) Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG

Gemäß § 25 Abs. 1 TKG unterliegen Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Übertragungswegen und Sprachtelefondienst

im Rahmen der Lizenzklasse 3 und 4 nach § 6 der Genehmigungspflicht, sofern der Lizenznehmer auf dem jeweiligen Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 GWB verfügt. Dabei ist unter Sprachtelefondienst nach § 3 Nr. 15 TKG die gewerbliche Bereitstellung für die Öffentlichkeit des direkten Transportes und der Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu den Netzabschlusspunkten des öffentlichen vermittelten Netzes zu verstehen, wobei jeder Benutzer das an einen solchen Netzabschlusspunkt angeschlossene Endgerät zur Kommunikation mit einem anderen Netzabschlusspunkt verwenden kann. Vorliegend ist unstreitig, dass die im Vertrag „TDN Komm BW“ enthaltenen Leistungen auch den Transport und die Vermittlung von Sprache in Echtzeit beinhalten. Fraglich ist jedoch, ob die Leistung für die Öffentlichkeit erfolgt. § 3 Nr. 19 TKG definiert Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ insoweit als das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für beliebige natürliche oder juristische Personen. Hiervon abzugrenzen ist das gewerbliche Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen.

aa) Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit

Entgegen der Auffassung der Betroffenen kann nicht angenommen werden, dass es sich bei Angeboten, die zwar nicht an eine geschlossene Benutzergruppe gerichtet seien, die jedoch individuell auf das Bedürfnis eines einzelnen Kunden zugeschnitten werden, nicht um Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit handele. Eine solche Interpretation hätte zur Folge, dass sämtliche Telekommunikationsdienstleistungen, die in ihrer Struktur in irgend einer Weise individuell auf einzelne Kunden zugeschnitten werden, keine Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit darstellen würden. Da zu erwarten wäre, dass ein solcher Zuschnitt regelmäßig bei solchen Kunden erfolgt, die über eine Nachfragemacht verfügen, hätte dies zur Folge, dass gerade das für den Wettbewerb besonders bedeutende Segment des Sprachtelefondienstes für entsprechende Großkunden aus der ex-ante Regulierung herausfielen.

Unabhängig hiervon lässt sich weder aus dem Wortlaut, noch aus Sinn und Zweck der Regelung ableiten, dass der Begriff der „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ lediglich standardisierte Angebote umfassen sollte. Vielmehr erfasst der Begriff „Angebot“ das generelle gewerbsmäßige Anbieten von Telekommunikationsdienstleistungen, welches die Betroffene nicht nur einzelnen Kunden gegenüber erbringt, sondern gegenüber einem beliebigen Kreis von natürlichen oder juristischen Personen. Dies bedeutet, dass nach § 3 Nr. 19 TKG sämtliche Tätigkeiten, die unter das Angebot von Telekommunikation fallen, Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit darstellen. Eine Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit scheidet demnach nur dann aus, wenn sich das Angebot an eine „geschlossene Benutzergruppe“ richtet.

ab) Angebot an eine geschlossene Benutzergruppe

Als „geschlossene Benutzergruppen“ kommen dabei einerseits zusammengefasste Unternehmen im Sinne von § 4 der damaligen TVerleihV und andererseits „sonstige geschlossene Benutzergruppen im Sinne von § 6 der damaligen TVerleihV in Betracht. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass deren Mitglieder untereinander dauerhafte Geschäftsinteressen haben und deren interne Kommunikation auf dem dieser Beziehung zugrunde liegenden gemeinsamen Interesse beruht. In diesem Zusammenhang bestehen grundsätzlich auch keine Bedenken dagegen, dass sich auch Städte, Gemeinden oder Gemeindeverbände zu einer geschlossenen Benutzergruppe zusammenschließen, sofern zwischen ihnen aufgrund dauerhafter gemeinsamer gesetzlicher Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Erfüllung hoheitlicher Auf-

gaben ein entsprechendes Kommunikationsbedürfnis besteht. Nicht ausreichend für die Bildung einer geschlossenen Benutzergruppe ist jedoch, wenn zwischen den Teilnehmern nur solche Beziehungen bestehen, die ausschließlich oder überwiegend dem Zweck dienen, Telekommunikationsdienstleistungen von der Betroffenen zu besonderen Tarifen zu beziehen.

Dem von Seiten der Beigeladenen vorgetragenen Ansatz, der Begriff der geschlossene Benutzergruppe im TKG müsse restriktiv ausgelegt werden und auf selbst betriebene geschlossene Firmen- oder Konzernnetze beschränkt werden, vermag sich die Beschlusskammer nicht anzuschließen. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Auslegung des Begriffs „Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“ insbesondere im Hinblick auf die Frage des Umfangs der Lizenzierungspflicht nach § 6 Abs. 1 TKG von erheblicher Relevanz ist. Es sind diesbezüglich keinerlei Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass mit dem außer Kraft treten der TVerleihV zugleich der Raum der lizenzfreien Betätigungsmöglichkeiten von Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen eingeschränkt werden sollte. Das Anknüpfen an den Begriff „geschlossene Benutzergruppe“ spricht vielmehr dafür, dass hinsichtlich der Voraussetzungen für das Vorliegen einer solchen Benutzergruppe auf die seinerzeit im Rahmen der TVerleihV entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden sollte.

aba) Binnenkommunikation

Soweit danach zwischen Teilnehmern einer geschlossenen Benutzergruppe Telefonverbindungen hergestellt werden (Binnenkommunikation), handelt es sich dabei nicht um ein der Lizenzpflicht nach § 6 TKG unterliegendes Angebot von Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit. Da die geschlossene Benutzergruppe eine Ausnahme zur grundsätzlichen Lizenzierungs- und Genehmigungspflicht darstellt, trifft Betroffene für das Vorliegen der Voraussetzungen einer geschlossenen Benutzergruppe insoweit auch die Beweis- und Darlegungslast. Die bedeutet insbesondere, dass sie im Einzelfall nachweisen muss, dass zwischen den Mitgliedern der jeweiligen geschlossenen Benutzergruppe tatsächlich dauerhafte Verbindungen zur Verfolgung gemeinsamer beruflicher wirtschaftlicher oder hoheitlicher Aufgaben bestehen.

abb) Außenkommunikation.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch für die Außenkommunikation zwischen den Teilnehmern der geschlossenen Benutzergruppe und der Öffentlichkeit gilt. Die Betroffene ist insoweit der Ansicht, dass allein der Umstand, dass einer der Teilnehmer Mitglied einer geschlossenen Benutzergruppe sei, ausreiche, um das Merkmal der Öffentlichkeit auszuschließen. Diese Sichtweise verkennt jedoch, dass es im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung vollkommen unerheblich ist, ob die Vermittlung der Telefonverbindung zwischen Teilnehmern erfolgt, die nicht Mitglied einer geschlossenen Benutzergruppe sind, oder einem Mitglied einer geschlossenen Benutzergruppe und einem Dritten. In beiden Fällen erfolgt insoweit nämlich der Transport und die Vermittlung von Sprache zwischen Endeinrichtungen des öffentlichen vermittelnden Netzes i.S.v. § 3 Nr. 15 TKG.

Auch der Verweis der Betroffenen auf § 5 der damaligen TVerleihV greift vorliegend nicht. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass Angebote an geschlossene Benutzergruppen vor Beginn der Liberalisierung des Sprachtelefondienstes ausschließlich auf der Basis eigenständiger, das heißt vom öffentlichen Telekommunikationsnetz unabhängiger Netzwerke betrieben werden mussten. Die Betreiber solcher Netze konnten Verbindungsleistungen daher auch nur innerhalb dieses Netzwerkes erbringen. Externe Verbindungen konnten dagegen nur über das seinerzeit noch dem Monopol unterliegende öffentliche Netz der Betroffenen realisiert werden. Die Betreiber solcher Netzwerke bezogen ihre für die Außenkommunikation erforderli-

chen Verbindungsleistungen ursprünglich im Rahmen des Tarifs „Dial Benefit CN“ der Betroffenen. Dieser Tarif unterlag insoweit als Endkumentarif der Genehmigungspflicht nach § 97 Abs. 3 TKG i.V.m. §§ 4 Abs. 1, 13 PTRRegG (vgl. insoweit Genehmigungsbescheide des BMPT Az 212-3 B 3480 vom 14.10.1996 und 212-3 A 3480 vom 23.06.1997). Später wurde der abgehende Verkehr über einen besonderen Netzzugang (Anschluss für Betreiber von Corporate Networks AfCN) an die Betroffene zum Weitertransport im öffentlichen Telefonnetz übergeben. Eingehender Verkehr wurde umgekehrt am AfCN von der Betroffenen übernommen und an die internen Anschlüsse weitergeleitet. Hintergrund hierfür war das Bestreben, den Betreibern von Corporate Networks im Hinblick auf die anstehende Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte einen gegenüber normalen Endkunden verbesserten Rechtsstatus als Netzbetreiber (Anspruch auf besonderen Netzzugang; Erhöhung der Verhandlungsmacht etc.) einzuräumen. Die eigentliche Verbindungsleistung zwischen dem Anschluss des jeweiligen CN-Anbieters und dem Anschluss des Zielteilnehmer im öffentlichen Telefonnetzes wurde insoweit auch hier ausschließlich von der Betroffenen selbst erbracht. Die für diese Verbindungsleistungen erhobenen Entgelte der Betroffenen für die Überlassung des besonderen Netzzugang für Netzbetreiber von Corporate Networks unterlagen im übrigen auch der Genehmigungspflicht nach § 39 i.V.m. § 25 TKG.

Die damalige Situation unterscheidet sich jedoch grundlegend von der Situation nach Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes. Während seinerzeit separate Netzinfrastrukturen von Corporate-Network-Betreibern bestanden, erfolgt die Sprachvermittlung im Falle des „TDN Komm BW“ über das selbe Netz, über das die Betroffene auch Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit anbietet. Dies heißt mit anderen Worten, dass es sich bei dem „TDN Komm BW“ lediglich um ein „virtuelles Netz“ innerhalb des öffentlichen Telefonnetzes der Betroffenen handelt. Dabei erfolgt der Transport und die Vermittlung von Sprache vom Teilnehmeranschluss des Mitglieds einer geschlossenen Benutzergruppe zum Anschluss eines Dritten.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass auch in § 5 der damaligen TVerleihV grundsätzlich zwischen drei Fallgruppen unterschieden wurde. Danach war die Verleihung mit der Auflage versehen, Festverbindungen untereinander und Wählverbindungen zusammenzuschalten, sofern dies zur Herstellung von Sprachkommunikation zwischen Teilnehmern der geschlossenen Benutzergruppe, zwischen Teilnehmer der geschlossenen Benutzergruppe und beliebigen anderen (Öffentlichkeit) oder zwischen der Öffentlichkeit und den Teilnehmern der geschlossenen Benutzergruppe erfolgt. Hieraus folgt, dass die Außenkommunikation per se als Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit angesehen wurde, da anderenfalls eine Differenzierung unter ausdrücklicher Benennung des Merkmals „Öffentlichkeit“ nicht erforderlich gewesen wäre. Es ist insoweit kein Grund erkennbar, der dafür sprechen würde, dass dieser Sprachverkehr für die Öffentlichkeit nach den Bestimmungen des TKG nicht der Lizenzpflicht unterliegen sollte, wenn der Sprachverkehr wie im vorliegenden Fall vollständig auf der Basis der Netzstrukturen der öffentlichen Telefonnetzes erbracht wird.

Die hier vertretene Auslegung des Begriffs „Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ steht im Übrigen auch nicht in Widerspruch zur Sprachpraxis des Verwaltungsgerichts Köln. Dieses hatte in seinem Urteil vom 20.04.2000 (Az. 1 K 7607) zutreffend festgestellt, dass es sich bei Verbindungsleistungen für AfCN nicht um Sprachvermittlung für die Öffentlichkeit, sondern um Leistungen gegenüber den Corporate-Netzwerk-Betreibern handelt. Insoweit hat das Verwaltungsgericht lediglich dem von den CN-Anbietern zwischenzeitlich erlangten Netzbetreiberstatus Rechnung getragen. Es hat insoweit aber auch festgestellt, dass hierfür erhobene Entgelte als Entgelte für Verbindungsleistungen über einen besonderen Netzzugang für AfCN selbstverständlich nach §§ 39, 25 Abs. 1 TKG genehmigungsbedürftig sind.

Die von der Betroffenen vertretene Auffassung hätte dagegen zur Folge, dass Entgelte für Verbindungsleistungen von und zu Teilnehmern der geschlossenen Benutzergruppe keiner Genehmigungspflicht mehr unterlägen, sofern ein Angebot für eine geschlossene Nutzergruppe als „virtuelles Netzwerk“, das heißt ausschließlich auf der Basis der Netzstrukturen des öffentlichen Telefonnetzes realisiert wird. Hieraus ergäbe sich angesichts der Tatsache, dass insbesondere größere Unternehmen und staatliche Einrichtungen als Adressatenkreis für entsprechende Angebote in Betracht kommen, ein erhebliches Missbrauchspotential zulasten der neuen Wettbewerber.

b) Marktbeherrschende Stellung

Die Antragstellerin hat insoweit vorgetragen, dass sie im Hinblick auf Angebote für geschlossene Benutzergruppen über keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 GWB verfügt.

Wie sich aus den oben dargelegten Gründen ergibt, werden vom Begriff „Angebot für eine geschlossene Benutzergruppe“ lediglich die Verbindungsleistungen zwischen Teilnehmern der jeweiligen geschlossenen Benutzergruppe erfasst. Ob die Antragstellerin insoweit marktbeherrschend ist, kann im vorliegenden Verfahren dahinstehen, da diese Verbindungsleistungen jedenfalls keinen Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit darstellen. Sofern Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Betroffene eine möglicherweise bestehende marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, müsste darüber gegebenenfalls im Rahmen eines Verfahrens zur nachträglichen Entgeltregulierung nach § 30 Abs. 2 i.V.m. § 25 Abs. 2 TKG entschieden werden.

Sofern die Betroffene darüber hinaus den jeweiligen Teilnehmern von geschlossenen Benutzergruppen Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG anbietet, verfügt sie insoweit auch über marktbeherrschende Stellungen. Dabei konnte auf die Entscheidung der Frage, ob innerhalb des Sprachtelefondienstmarktes weitere eigenständige sachlich relevante Teilmärkte bestehen können, im vorliegenden Fall verzichtet werden. Denn auch bei der Annahme von Endkundenmärkten und Diensteanbietermärkten für Ortsverbindungen mit oder ohne Teilnehmeranschlüsse und/oder Fern- und Auslandsverbindungen – mit Ausnahme der Sprachtelefondienstverbindungen von Deutschland in die Türkei – verfügt die Antragstellerin auch auf diesen einzeln betrachtet über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Transport und die Vermittlung von Sprache zwischen Teilnehmern einer Geschlossenen Benutzergruppe und Dritten gemäß § 25 Abs. 1 TKG der Genehmigungspflicht unterliegen.

3. Nebenbestimmungen

Die mit der Feststellungsentscheidung unter Ziffer 3 und 4 festgelegten Auflagen beruhen auf § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG i.V.m. § 29 TKG.

Die der Beschlusskammer im Hinblick auf den „TDN Komm BW“, aber auch im Hinblick auf andere Angebote für geschlossene Benutzergruppen (z.B. „Best Price“) vorliegenden Unterlagen deuten darauf hin, dass die Betroffene gegenüber Teilnehmern von geschlosse-

nen Benutzergruppen nicht genehmigte Entgelte zur Anwendung bringt. Danach bestünde gemäß § 29 Abs. 2 S. 2 TKG grundsätzlich die Möglichkeit, die Durchführung dieser Rechtsgeschäfte zu untersagen. Angesichts des Umstandes, dass die Auslegung des Merkmals „Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen“ aufgrund der fehlenden Legaldefinition im TKG zweifelsohne mit gewissen Schwierigkeiten verbunden ist, hält es die Beschlusskammer unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit für ausreichend, wenn die Betroffene die von ihr geschlossenen Vereinbarungen mit Mitgliedern geschlossener Benutzergruppen unverzüglich anpasst und im Hinblick auf die Außenkommunikation ausschließlich genehmigte Entgelte verlangt. Die Beschlusskammer wird die Voraussetzungen für das Vorliegen einer geschlossenen Benutzergruppe sowie die erforderliche Anpassung der Entgelte einzelfallbezogen überprüfen. Sollte sich anlässlich dieser Prüfungen ergeben, dass die Betroffene die Auflage nicht unverzüglich umsetzen sollte, behält sich die Beschlusskammer eine Untersagung entsprechender Rechtsgeschäfte ausdrücklich vor.

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 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.

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

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs.2 TKG).

Kuhrmeyer

Busch

Böhm