



Beschlusskammer 2

BK 2c 04/012

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen

Antrags auf Genehmigung von Entgelten und entgeltrelevanten Bestandteilen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die dauernde Überlassung digitaler Tn-/TV-Leitungen vom 19.05.2004

der T-Systems International GmbH, Hahnstraße 43 d, 60528 Frankfurt a. M., vertreten durch die Geschäftsführung,

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Kuhrmeyer,

den Beisitzer Busch und

den Beisitzer Lindhorst

am 14.07.2004 ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

1. Die Entgelte für digitale Tn/TV-Leitungen (Digitale Ton- und TV-Festverbindungen) werden genehmigt.
2. Die Genehmigung wird auf den 31.05.2005 befristet.

Gründe:

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Antragstellerin ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Deutschen Telekom AG. Mit dem Geschäftsbereich „Media & Broadcast“ bietet sie Dienstleistungen für Rundfunkveranstalter, Medienunternehmen und Multimediaanbieter an. Teil dieses Angebots ist die Überlassung von Ton und Fernsehleitungen.

Seit einiger Zeit bietet sie speziell für den Rundfunkbereich neue Produkte mit der Bezeichnung „Digitale Ton-Festverbindungen, Digitale TV-Festverbindungen“ an. Es handelt sich dabei um unidirektionale Ton- sowie TV-Festverbindungen, die durch bestimmte Übertragungsraten und bestimmte Qualitätsparameter charakterisiert werden.

Nachdem die Antragstellerin zunächst von der Beschlusskammer vergeblich aufgefordert wurde, einen Genehmigungsantrag für die Entgelte für digitale Tn/TV-Leitungen (Digitale Ton- und TV-Festverbindungen) gemäß § 25 Abs. 1 TKG a.F. vorzulegen, leitete die Beschlusskammer von Amts wegen ein Verfahren zur Feststellung der Genehmigungspflicht digitaler Tn/TV-Leitungen ein. Dieses Feststellungsverfahren wurde mit Beschluss vom 14.05.2004 (Az.: BK2c 04/004) abgeschlossen. Die Beschlusskammer entschied, dass die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von digitalen Tn/TV-Leitungen (Digitale TV-Festverbindungen, Digitale Ton-Festverbindungen) der Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG a.F. unterliegen.

Die Antragstellerin legte daraufhin am 19.05.2004 den vorliegenden Entgeltantrag vor und beantragt die Genehmigung der Entgelte für folgende Leistungen:

Digitale Tn/TV-Leitungen (Digitale Ton- und TV-Festverbindungen) bis zum 30.09.2004 gemäß dem Antrag beigefügter Preisliste.

Dem Antrag sind außerdem beigefügt die Allgemeinen Geschäftsbedingungen „Tn/TV-Sendeanlagen und Leitungen“, die Leistungsbeschreibung „Dauemd überlassene Tn/TV-Leitungen“ sowie eine Übersicht über Absatz- und Umsatzerwartung „Dauemd überlassene Tn/TV-Leitungen“. Bezüglich der sonstigen Kostenunterlagen verweist die Antragstellerin auf die mit dem Antrag der Deutschen Telekom AG vom 30.12.1999 vorgelegten Kostenunterlagen.

Zur Begründung des Antrags führt die Antragstellerin aus, dass die digitalen Ton- und TV-Festverbindungen von ihr seit 1998 angeboten würden und die Preise und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen seit 2002 unverändert gälten. Neben den digitalen Ton- und TV-Festverbindungen biete sie analoge Tn/TV-Leitungen an, deren Genehmigung bis zum 30.09.2004 befristet sei.

Es bestünden für die digitalen Ton- und TV-Festverbindungen Parallelen zu den Kosten der analogen Tn/TV-Festverbindungen, da diese in der technischen Realisierung mit den digitalen Produkten vergleichbar seien. Daher werde auf gleiche Kostenelemente zurückgegriffen.

Darüber hinaus beabsichtige die Antragstellerin, zum Zeitpunkt des erforderlichen Folgeantrags für die analogen Tn/TV-Leitungen auch Entgelte für digitale Ton- und TV-Festverbindungen zu beantragen, die hierzu erforderlichen gemeinsamen Kostenerhebungen seien eingeleitet. Daher sei eine Genehmigung lediglich bis zum 30.09.2004 erforderlich.

Aufgrund der Vergleichbarkeit der technischen Realisierung sei es auch erlaubt, die Kostenunterlagen heranzuziehen, die dem Beschluss vom 05.09.2001 (Az.: BK2d 01/008) für analoge Tn/TV-Leitungen zugrunde liegen. Zudem lägen seitens der Kunden keine negativen Hinweise bezüglich der Höhe der Entgelte vor.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen sind nach § 8 Abs. 2 TEntgV im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post Nr. 11 vom 02.06.2004, Mitteilung Nr. 176 veröffentlicht worden.

Die gesetzlich vorgeschriebene Entscheidungsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 TKG a.F. von sechs Wochen ist von der Beschlusskammer am 24.06.2004 gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 TKG a.F. bis längstens zum 28.07.2004 verlängert worden.

Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 123 Abs.1 Satz 2 TKG mit Schreiben vom 08.07.2004 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Davon sah das Bundeskartellamt mit Schreiben vom 13.07.2004 ab.

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

II.

Die Entscheidung der Beschlusskammer beruht auf § 150 TKG i.V.m. dem Beschluss vom 14.05.2004 (Az.: BK2c 04/004), §§ 132 ff. TKG.

1. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 132 Abs.1 TKG, denn es handelt sich um eine Entscheidung nach den Regelungen des Zweiten Teils des TKG.

1.1. Die Genehmigungspflicht für Entgelte von Endnutzerleistungen ergibt sich aus der Übergangsregelung des § 150 Abs. 1 TKG i. V. m. der Verpflichtung gemäß dem Beschluss vom 14.05.2004 (Az.: BK2c 04/004).

Dieses ergibt sich zum einen aus der Systematik des Telekommunikationsgesetzes zum anderen aus der Auslegung insbesondere von § 150 Abs. 1 TKG:

Für eine Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG fehlt es an einer förmlichen Auferlegung dieser Verpflichtung i. R. d. § 13 TKG. Ebenso ist für eine Genehmigungspflicht nicht § 25 Abs. 1 TKG a.F. heranzuziehen, weil gemäß § 152 Abs. 2 TKG dieser außer Kraft getreten ist. Am 26.06.2004 ist das Telekommunikationsgesetzes vom 22.06.2004 (BGBl. I, S. 1190) in Kraft getreten (im folgenden TKG) und das Telekommunikationsgesetz vom 25.07.1996 (im folgenden TKG a.F.) außer Kraft getreten (vgl. § 152 TKG), so dass ein unmittelbares Abstützen auf die Normen des TKG a.F. nicht mehr möglich ist. Mit Inkrafttreten des TKG wird eine durch das zugrundeliegende Richtlinienpaket¹ ausgelöste neue Systematik im Bereich der Marktregulierung (Teil 2) eingeführt, die die Regulierungsverfügungen abhängig macht vom zuvor durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren (vgl. § 13 Abs. 1 TKG).

Da die Marktdefinition und Marktanalyse allein schon aufgrund des durch § 12 TKG angeordneten Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen wird, ergibt sich ein Übergangszeitraum zwischen Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes und Abschluss der Marktdefinition und Marktanalyse.

Für diese Übergangsphase hat der Gesetzgeber in § 150 Abs. 1 TKG eine explizite Übergangsregelung getroffen.

Die Auslegung des § 150 Abs. 1 TKG kommt zu dem Ergebnis, dass an die Feststellungen der marktbeherrschenden Stellung anknüpfende „Verpflichtungen“ des § 150 Abs. 1 S. 1 TKG nur solche sind, die in konkreten Verwaltungsakten der Regulierungsbehörde enthalten sind.

Aufgrund des Wortlauts des § 150 Abs. 1 S. 1 TKG, wonach die Feststellungen marktbeherrschender Stellungen und die daran anknüpfenden Verpflichtungen „wirksam bleiben“, lässt sich festhalten, dass lediglich die nach dem TKG a.F. entstandenen Verpflichtungen, die Grundlage der jeweiligen Entscheidung im Einzelfall waren, weiterhin Geltung behalten sollen. Dieses ergibt sich bereits daraus, dass diese nach § 150 Abs. 1 S. 1 TKG a.E. durch „neue Entscheidungen [...] ersetzt werden“. Die Wortwahl „ersetzen“ und „neue Entscheidungen“ lässt darauf

¹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33); Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 21); Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 7); Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 51) sowie Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 201 S. 37).

schließen, dass der Gesetzgeber hier allein von bereits bestehenden Verpflichtungen ausgegangen ist.

Dieses findet sich auch in der klarstellenden Formulierung des § 150 Abs. 1 S. 2 TKG wieder. Denn danach wird § 150 Abs. 1 S. 1 TKG auch dann angewendet, wenn die Feststellungen marktbeherrschender Stellungen lediglich Bestandteil der „Begründung“ eines Verwaltungsaktes sind. Aufgrund der konkreten Einbeziehung der „Begründung“ eines Verwaltungsaktes ist im Rückschluss auf § 150 Abs. 1 S. 1 TKG davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch hier die Wirksamkeitserstreckung lediglich auf bestehende Verpflichtungen und nicht auf die Normanwendung bezogen hat.

Des Weiteren bestätigt auch eine gesetzessystematische Betrachtungsweise aus dem Zusammenspiel von § 150 und § 152 TKG diese Deutung. In § 150 TKG werden die Übergangsvorschriften, in § 152 TKG das Inkrafttreten und Außerkrafttreten geregelt. Gemäß § 152 Abs. 2 TKG tritt das Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996 am Tag nach der Verkündung des TKG außer Kraft. Durch § 152 Abs. 1 S. 1 TKG wird am gleichen Tage das TKG in Kraft gesetzt. Damit können sich Entscheidungen der Regulierungsbehörde ab diesem Tage nicht mehr auf das TKG a.F. stützen. Hierzu gibt es lediglich die in § 152 Abs. 1 S. 2 und S. 3 TKG ausdrücklich aufgezählten Ausnahmen. Diese betreffen beispielsweise den Auskunftsanspruch und die Datenbank für 0900er-Mehrwehrdienste (§ 43a) oder mit § 96 Abs. 1 Nr. 9a bis 9f einen Teil der Bußgeldvorschriften. Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber in § 152 Abs. 1 S. 2 TKG ausdrücklich spezielle Normen für weiter anwendbar erklärt hat, muss im Umkehrschluss gefolgert werden, dass dieses für alle anderen Normen des TKG a.F. gerade nicht gilt.

Diese Sichtweise findet sich ebenfalls in den Übergangsvorschriften nach § 150 TKG wieder, was insbesondere auf die Regelungen nach § 150 Abs. 3, 8 sowie Abs. 12 S. 3 TKG zutrifft. Auch in diesen Fällen handelt es sich um behördliche Einzelfallentscheidungen, deren Fortwirkung aus Gründen der Rechtssicherheit vom Gesetzgeber explizit im Rahmen der Übergangsvorschriften herausgestellt wird.

Danach ist in Verbindung mit § 150 Abs. 1 TKG als Bezugspunkt für die Frage der Genehmigungspflicht auf die bereits getroffenen Feststellungen zur Genehmigungspflicht in den von der Regulierungsbehörde erlassenen Verwaltungsakten zurückzugreifen. Hierbei kann zum einen die unmittelbar festgestellte Genehmigungspflicht i. V. m. § 150 Abs. 1 S. 1 TKG herangezogen werden. Zum anderen kann sich die Genehmigungspflicht auch inzident aus der Begründung einer Entscheidung ergeben (vgl. hierzu den Ansatz des § 150 Abs. 1 S. 2 TKG), soweit diese für die Entscheidung tragend ist. Die Grenze der Genehmigungspflicht ergibt sich im Übrigen während des Übergangszeitraum unmittelbar aus dem geltenden Telekommunikationsgesetz, da dieses als aktuelle Wertung des Gesetzgebers in jedem Fall Berücksichtigung finden muss. Denn Verpflichtungen des § 150 Abs. 1 TKG können nur solche sein, die nach der Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens nach § 13 TKG auferlegt werden können.

Eine derartige Auslegung führt auch in ihrer praktischen Anwendung zu Ergebnissen, die verhältnismäßig sind.

Das obige Auslegungsergebnis ist geeignet, um dem deutschen Telekommunikationsmarkt gerade in der Übergangsphase vom TKG a.F. zum TKG die Gewähr einer konsistenten Regulierung zu bieten.

Der Bezug auf § 150 Abs. 1 TKG i. V. m. den bereits erlassenen Verwaltungsakten unter Berücksichtigung der Intention des aktuellen gesetzgeberischen Willens ist darüber hinaus auch erforderlich. Da das außer Kraft getretene TKG a.F. als unmittelbarer Bezugspunkt nicht mehr herangezogen werden kann, kommt als milderer Mittel mit gleicher Wirkung allenfalls eine direkte Anwendung des geltenden Telekommunikationsgesetzes in Betracht. Dieses müsste aufgrund der Regelung in § 13 TKG jedoch dazu führen, dass fast alle im Bereich der Marktregulierung vorgesehenen Regulierungsverfügungen (vgl. §§ 19, 20, 21, 24, 30, 39, 40, oder 41 Abs. 1 TKG) wegen fehlender Marktanalyse nicht zur Anwendung kämen. Dieses wiederum führte letztlich zu einem Stillstand der Regulierung bis zum Abschluss des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens, was letztlich mit den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 (ggf. auch Nr. 4) TKG nicht vereinbar wäre. Dagegen stehen keine überwiegenden Inte-

ressen des regulierten Unternehmens, da dieses nicht stärker belastet wird, als es nach Durchführung eines Marktanalyseverfahrens der Fall wäre. Schließlich ist diese Vorgehensweise auch verhältnismäßig i. e. S., da sie das regulatorische Niveau und damit auch die hergebrachte Belastung für alle Marktteilnehmer zunächst aufrecht erhält und gleichzeitig die aktuelle Entscheidung des nationalen Gesetzgebers ihre Berücksichtigung findet. Dies entspricht auch der in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/2316 S. 107 zu § 148 des TKG-Entwurfes) formulierten Intention des Gesetzes und Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 7) ergibt.

1.2. Die Antragstellerin verfügt auf den fraglichen Märkten für Tonleitungen sowie TV-Rundfunkleitungen auch über eine marktbeherrschende Stellung nach §§ 19 GWB, 25 Abs.3 TKG a.F. Diese Feststellung gilt nach § 150 TKG fort. Der Beschlusskammer liegen zudem keine Erkenntnisse vor, die auf eine geänderte Situation seit der im Bescheid vom 14.05.2004 (Az.: BK2c 04/004) vorgenommenen Marktabgrenzung und Feststellung der Marktbeherrschung schließen lassen.

Die Entscheidung ergeht mit Einverständnis der Antragstellerin als alleiniger Beteiligter ohne öffentliche mündliche Verhandlung.

2. Die materielle Prüfung des Antrags hat zur Genehmigung der beantragten Tarife geführt.

2.1. Die beantragten Entgelte werden in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang genehmigt. Die Entgelte sind genehmigungsfähig. Sie überschreiten nicht die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen digitalen Tn/TV-Leitungen um Leitungen handelt, die in ihren Strukturen analogen Tn/TV-Leitungen weitgehend ähneln und sich die wesentlichen Kostenmerkmale der analogen und der digitalen Tn/TV-Leitungen in einem vergleichbaren Rahmen bewegen. Auf Grund der weitreichenden Leistungsidentität – insbesondere hinsichtlich der Leitungsführung - zu den analogen Tn/TV-Leitungen, können die Entgelte für digitale Tn/TV-Leitungen (Digitale Ton- und TV-Festverbindungen) aus den mit Beschluss vom 19.11.2003 (Az.: BK2c 03/023) genehmigten Entgelten für analoge Tn/TV-Leitungen abgebildet werden. Unterschiede resultieren lediglich aus einzelnen produktspezifischen Übertragungstechnischen Elementen, wobei sich hier höhere Qualitäten in höheren Preisen wieder spiegeln. Daher erscheint die von der Antragstellerin vorgetragene preisliche Vergleichbarkeit der für analoge Tn/TV-Leitungen genehmigten Entgelte mit den für digitale Tn/TV-Leitungen (Digitale Ton- und TV-Festverbindungen) beantragten Entgelten plausibel.

Insoweit konnte auf die im o.g. Verfahren vorgelegten Kostenunterlagen Bezug genommen werden.

2.2. Die Beschlusskammer hat bei der Bemessung der Frist die gesetzlichen Vorgaben der §§ 35 Abs.4 TKG und 36 VwVfG sowie Sinn und Zweck der Regelungen beachtet.

Die vorgenommene Befristung bis zum 31.05.2005 berücksichtigt die Ankündigung der Antragstellerin einen kombinierten Antrag mit aktueller Kostenstudie für analoge sowie digitale Tn/TV-Leitungen (Digitale Ton- und TV-Festverbindungen) zu stellen.

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, § 137 Abs. 1 TKG.

Kuhmeyer
Vorsitzender

Busch
Beisitzer

Lindhorst
Beisitzer
(wegen Urlaub an Unterschrift
verhindert)