RegTP Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

Beschlusskammer 2

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

w e g e n

Antrags der Deutschen Telekom AG auf Genehmigung von Entgelten für digitale Standard-Festverbindungen (dSFV) / Carrier-Festverbindungen (CFV), für den Comfort-Service (dSFV) und für die Express-Entstörung (CFV) vom 21.09.2004

Az.: BK 2b 04/027

V e r f a h r e n s b e t e i l i g t e:

1.	**Deutsche Telekom AG** Friedrich-Ebert-Allee 140 53113 Bonn,	vertreten durch den Vorstand **Antragstellerin,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Dr. Roth (Rechtsanwälte Redecker, Sellner, Dahs und Widmaier)
2.	**MCI WorldCom Deutschland GmbH** Solmsstr. 83, 60486 Frankfurt/Main	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 1,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Dr. Peya (MCI WorldCom Deutschland GmbH), RA Wilkie Farr & Gallagher
3.	**EWETEL GmbH** Cloppenburger Str. 310 26133 Oldenburg,	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 2,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Büning (EWETEL GmbH)
4.	**freenet Cityline GmbH** Deelbögenkamp 4c 22297 Hamburg,	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 3,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Koch (freenet Cityline GmbH)
5.	**Arcor AG & Co. KG** Alfred-Herrhausen-Allee 1 65760 Eschborn	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 4,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Popp (Arcor AG & Co. KG)

6.	**NetCologne GmbH** Maarweg 163 50825 Köln,	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 5,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Helmes (NetCologne GmbH)
7.	**BT(Germany) GmbH & Co.oHG** Barthstrasse 22 80339 München,	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 6,**
	- Verfahrensbevollmächtigte:	Frau Drechsler (BT(Germany) GmbH & Co.oHG)
8.	**Celox Telekommunikationsdienste GmbH** Marienforsterstr. 52 53177 Bonn,	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 7,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Dr. Patt (Celox Telekommunikationsdienste GmbH)
9.	**01058 Telecom GmbH** Leopoldstr. 16 40211 Düsseldorf,	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 8,**
	- Verfahrensbevollmächtigte:	Frau Katharina Dugnus (01058 Telecom GmbH)
10.	**Vodafone D2 GmbH** Am Seestern 1 40547 Düsseldorf	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 9,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Dr. Bönsch (Vodafone D2 GmbH)
11.	**COLT Telecom GmbH** Herriotstrasse 4 60528 Frankfurt/Main	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 10,**
	- Verfahrensbevollmächtigte:	Frau Hennig (COLT Telecom GmbH)
12.	**Cable & Wireless Telecommunication Services GmbH** Rüsselsheimer Str. 22 60236 Frankfurt / Main	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 11,**
	- Verfahrensbevollmächtigte:	Frau Dr. Merkt (Cable & Wireless Telecommunication Services GmbH)
13.	**01051 Telecom GmbH** Achenbachstr. 73 40237 Düsseldorf	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 12,**

	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Dr. Schütze (Rechtsanwälte Piepenbrock & Schuster)
14.	**VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.**	vertreten durch den Vorstand **Beigeladene 13,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Dr. Dahlke (VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.)
15.	**M"net Telekommunikations GmbH** Spittlertorgraben 13 90429 Nürnberg	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 14,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Schoof (M"net Telekommunikations GmbH)
16.	**O2 (Germany) GmbH & Co. OHG** Georg-Brauchle-Ring 23-25 80992 München	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 15,**
	- Verfahrensbevollmächtigter:	Herr Ehrler (O2 (Germany) GmbH & Co. OHG)
17.	**Communications Services TELE2 GmbH** In der Steele 39 40599 Düsseldorf	vertreten durch die Geschäftsführung **Beigeladene 16,**
	- Verfahrensbevollmächtigte:	Herr Dr. Rädler (Rechtsanwälte BBORS)

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 23.11.2004 in der Besetzung

Dir Dipl.-Ing. Kuhrmeyer	(Vorsitzender),
RR z.A. Lindhorst	(Beisitzer 1) und
RD Busch	(Beisitzer 2)

am 30.11.2004 entschieden:

1. Der Antragstellerin wird auferlegt, anderen Unternehmen bis zum Erlass einer auf Grund eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens erfolgten Regulierungsverfügung für die Märkte 13 und 14 der Marktempfehlung der EU-Kommission vom 11.02.2003 (Amtsblatt der Europäischen Union L114, vom 08.05.2003) Zugang zu denjenigen Übertragungswegen zu gewähren, deren Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 25 TKG (1996) der Genehmigungspflicht unterlegen haben.

Die Entgelte für die o.g. Übertragungswege unterliegen daher auch weiterhin der Genehmi-

gungspflicht.

2. Die mit Beschluss BK 2b 03/004 vom 22.04.2003 genehmigten Entgelte für digitale Standard-Festverbindungen (dSFV) / Carrier-Festverbindungen (CFV), für den Comfort-Service (dSFV) und für die Express-Entstörung (CFV) werden befristet bis zum 31.03.2005 verlängert.

Gründe

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Auf Antrag der Deutschen Telekom AG vom 21.09.2004 hat die Beschlusskammer das vorliegende Verfahren für Entgelte für digitale SFV und CFV, für den Comfort-Service (dSFV) und für die Express-Entstörung (CFV) eingeleitet. Die Genehmigung der derzeit geltenden Tarife ist gemäß Beschluss BK 2b 03/004 vom 22.04.2003 bis zum 30.11.2004 befristet.

Digitale dSFV/CFV sind das Angebot von Übertragungswegen, die unter Einhaltung definierter Übertragungsgeschwindigkeiten und Qualitätsparameter über digitale Schnittstellen abgeschlossen werden. Das zu entrichtende Entgelt basiert auf einer längenabhängigen Entgeltstruktur. Die Antragstellerin hat diesem Verlängerungsantrag keine neuen Unterlagen zur Prüfung beigefügt und verweist diesbezüglich auf die im Entgeltverfahren BK 2b 03/004 vorgelegten Unterlagen.

Die Antragstellerin beantragt:

1. festzustellen, dass eine Genehmigungspflicht für die Entgelte der digitalen Standard- und Carrier-Festverbindungen, für den Comfort-Service (dSFV) und für die Expressentstörung (CFV) zumindest bis zum Erlass einer Regulierungsverfügung nicht besteht.

2. hilfsweise zu 1. eine Verlängerung der derzeit genehmigten Entgelte für digitale Standard- und Carrier-Festverbindungen, für den Comfort-Service (dSFV) und für die Express-Entstörung (CFV) über den 30.11.2004 hinaus, bis zum 31.03.2005.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen wurden am 20.10.2004 im Amtsblatt Nr. 21/2004 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 333/2004 veröffentlicht.

Zur Begründung ihres Antrags hat die Antragstellerin im wesentlichen folgende Ausführungen gemacht:

> Eine Genehmigungspflicht für dSFV/CFV bestehe seit Inkrafttreten des neuen TKG nicht mehr. Es gelte ausschließlich die ex post-Regulierung gem. § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG bzw. gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG, solange die Genehmigungspflicht nicht in einer Regulierungsverfügung gemäß § 13 TKG von der Regulierungsbehörde angeordnet werde.
>
> Im Rahmen des nächsten Entgeltantrags solle zum 31.03.2005 ein neues Preissystem für digitale Standard- und Carrier-Festverbindungen eingeführt werden. Die Umstellung auf das neue System erfordere komplexe Anpassungen innerhalb der abrechnungstechnischen Systeme, die erst zum 31.03.2005 abgeschlossen werden könnten. Zur Sicherstellung, dass die neue Preisstruktur für alle Kunden zeitgleich bei der Rechnungsstellung zu Grunde gelegt werden könne, sei eine Verlängerung der derzeit genehmigten Entgelte bis zum 31.03.2005 erforderlich. Insoweit seien diesem Verlängerungsantrag aus Gründen der Verfahrensöko-

nomie keine weiteren Unterlagen beigefügt. Diesbezüglich werde auf die im Entgeltverfahren für dSFV/CFV (Az. BK 2b 03/004) vorgelegten Unterlagen verwiesen.

Die Beigeladenen 1, 4, 6, 12 und 13 haben mit Schreiben vom 09.11.2004, 05.11.2004, 09.11.2004 und 19.11.2004, 24.11.2004 schriftliche Stellungnahmen eingereicht. Sie führen im Wesentlichen folgendes aus:

Beigeladene 1:

Der Antrag sei genehmigungspflichtig, jedoch nicht genehmigungsfähig.

Die Entgeltgenehmigungspflicht der CFV- und SFV – Entgelte folge bereits aus § 150 TKG Abs. 1 i.V.m. § 31 ff. TKG, § 25 TKG (1996). Bei beiden Leistungen handele es sich um Entgelte aus dem Vorleistungsbereich, da beide als Vorleistungsprodukte in Anspruch genommen werden.
Die marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin sei seit dem Beschluss vom 22.04.2003 im Verfahren BK 2b 03-004 unverändert, zumal die Antragstellerin diese in ihrem Antragschreiben vom 21.09.2004 nicht in Frage stelle.

Beigeladene 4:

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin bestehe eine Genehmigungspflicht, da weder § 150 TKG noch einer anderen Norm des TKG zu entnehmen sei, dass die Genehmigungspflicht dieser Vorleistungen bis zum Erlass einer entsprechenden Regulierungsverfügung ausgesetzt werde.

Das Preissystem entspreche nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gem. § 31 Abs. 2 TKG, wonach die Entgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten dürften. Insbesondere sei die verwendete längenabhängige Berechnungsgrundlage für den Preis einer Mietleitung zu grob und im Übrigen zu unbestimmt, so dass die Nachrechenbarkeit eines konkreten Mietleitungspreises erschwert sei.

Beigeladene 6:

Die Beigeladene regt an, die Genehmigungspflicht der antragsgegenständlichen Entgelte festzustellen und den Antrag mangels Genehmigungsfähigkeit der Entgelte abzulehnen.

Nach Auffassung der Beigeladenen könne eine genaue Abgrenzung des sachlich betroffenen Marktes hier vernachlässigt werden, da die Entscheidung vor dem Hintergrund des § 150 Abs. 1 TKG ergehe und es hier nicht auf die Frage ankomme, welcher Markt sachlich betroffen sei und welche Konsequenzen sich an diese Marktabgrenzung knüpfen. Es gehe vielmehr darum, ob in dem antragsgegenständlichen Bereich eine marktbeherrschende Stellung vorliege und welche Verpflichtungen sich nach § 150 Abs. 1 TKG bis zum Erlass einer Regulierungsverfügung hieraus ergäben.

Der am 06.09.04 ergangene Beschluss des VG Köln sei eine einstweilige Anordnung in einem vorläufigen Verfahren und basiere daher lediglich auf einer summarischen Prüfung und könne demnach keine endgültige Bestandskraft entfalten.

Des weiteren führt die Beigeladene aus, dass es sich bei beiden Produkten (SFV/CFV), trotz unterschiedlicher Benennung, um Vorleistungen handele, welche sich grundsätzlich einer ex ante-Regulierung nicht entziehen können.

Zudem seien die beantragten Entgelte nicht genehmigungsfähig, da sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung offensichtlich überschreiten und die vorgelegten Unterlagen unvollständig seien. Die Beigeladene regt an, die Antragstellerin zur Vorlage von aktuellen Kostenunterlagen aufzufordern.

Abschließend regt die Beigeladene eine Überprüfung der unterschiedlichen Preisstruktur, der technisch identischen Produkten CFV und SFV, an.

Beigeladene 12:

Die gegenständlichen Leistungen seien auch nach neuem TKG genehmigungspflichtig, jedoch nicht genehmigungsfähig.

Die Genehmigungspflicht ergebe sich aus § 150 TKG in Verb. mit § 25 Abs. 1 TKG (1996). Der Beschluss des VG Köln vom 06.09.04 spreche nicht hiergegen, da die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des Verfahrens BK 2b 03-004 weitergelte und es sich bei der antragsgegenständlichen Leistung um eine an diese Feststellung anknüpfende Verpflichtung handele.

Des weiteren führt die Beigeladene aus, dass die Entgeltgenehmigungspflicht aus § 25 Abs. 1 TKG (1996) als generelle gesetzl. Verpflichtung auch von § 150 TKG erfasst werde und sich nicht nur auf individuelle Verpflichtungen beziehe, sondern auch abstakte Verpflichtungen erfasse, wie mit Beschluss BK 4d 04-048 festgestellt.

Weiterhin sei es das Ziel der TKG-Novelle, die bisher bestehende Entgeltgenehmigungspflicht für den Vorleistungsmarkt auch weiterhin aufrecherhalten zu können. Diese Feststellung gelte für beide Leistungen (SFV/CFV), da diese lt. Beschluss BK 2b 03-004 technisch identisch seien.

Zudem ergebe sich die Genehmigungspflicht auch aus § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG. Voraussetzung hiernach wäre, dass es sich bei den gegenständlichen Mietleitungen um nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen handelt. Diese Zugangsleistungen können jedoch auf Grund der noch nicht abgeschlossenen Marktdefinitionsverfahrens noch nicht vorliegen. Lt. Beschluss BK 4c 04-048 und BK 3b 04-027 der RegTP könne dies jedoch nicht dazu führen, dass die RegTP keine Entscheidungen treffen könne. Des weiteren rügt die Beigeladene das Fehlen aktueller Kostenunterlagen.

Mit Schreiben vom 19.11.2004 hat die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme eingereicht. Sie führt u.a. aus:

Eine Genehmigungspflicht bestehe, zumindest bis zum Erlass der Regulierungsverfügung, nicht. Da eine solche bisher nicht ergangen sei und der Antragstellerin insoweit keine Zugangsverpflichtung gem. § 21 TKG auferlegt wurde, scheide eine Entgeltgenehmigungspflicht nach § 30 Abs. 2 Satz 1 TKG aus. Da § 30 Abs. 1 TKG also nicht anwendbar wäre, sei es unerheblich, ob eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG in Betracht käme.

Die nach § 21 TKG geforderte Entscheidung könne nicht über § 150 Abs. 1 TKG ersetzt werden, denn § 150 TKG enthalte nur Regelungen zur übergangsweisen Fortgeltung alter Verpflichtungen, eine „Ersetzung" von nach neuem Recht zu treffenden Entscheidungen sei nicht vorgesehen.

Die von Beigeladenen geäußerte Auffassung, die Antragstellerin sei durch die Bescheide BK 3c 00-040 u. BK 3a 01-035 zur Bereitstellung von Mietleitungen verpflichtet und dies könne daher als Zugangsverpflichtung i.S.d. § 21 TKG verstanden werden, wäre unzu-

treffend. Der erste Bescheid sei mit Vergangenheitswirkung zurückgenommen worden und der zweite sei durch das VG Köln und das OVG Münster als offensichtlich rechtswidrig außer Vollzug gesetzt worden.
Ebenso könne der Beschluss BK 4d 04-028 nicht herangezogen werden, da dieser auf § 25 Abs. 1 TKG (1996) abziele und nicht zur Anwendung des § 30 Abs. 1 TKG geeignet sei, da § 30 TKG das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Zugangsverpflichtung als nicht genügend einstuft, sondern das positive Vorliegen einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG fordert. Daher sei der von der Beigeladenen 6 gezogene Schluss, wenn eine Zugangsanordnung nach § 25 Abs. 1 TKG (1996) ergehen könne, müsse auch eine Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 TKG greifen können, unzufreffend.

Ebenso schlage der Versuch der Beigeladenen fehl, eine im Sinne von § 30 Abs. 1 TKG auferlegte Zugangsverpflichtung u. damit eine Genehmigungspflichtigkeit der Entgelte für best. CFV u. SFV auf Grundlage des § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG i.V.m § 1 Nr. 3 TUDLV a.F. herzuleiten. Zum einen wurde der Antragstellerin nie eine Universalverpflichtung auferlegt, so dass diese auch nicht über § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG fortgelten könne und zum anderen könne eine Universalverpflichtung nicht als Zugangsverpflichtung i.S.d. § 21 TKG verstanden werden.

Auch nach § 150 Abs. 1 TKG bestehe lt. Antragstellerin keine Genehmigungspflicht, da hier nur Verpflichtungen, die konkret durch Verwaltungsakt auferlegt worden sind, erfasst werden. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Weiterhin führt die Antragstellerin aus, dass die Entgelte für SFV nicht genehmigungspflichtig seien, da es sich hierbei um Endnutzerentgelte handeln würde. Die SFV könne nicht den Wholesale-Markten zugeordnet werden, da es sich nach seinen Leistungsmerkmalen und seiner daraus folgenden Preisgestaltung an Endnutzer richte. Allein der Umstand, dass einige Wettbewerber SFV nutzen um hierauf aufbauend Telekommunikationsdienste anzubieten, mache die SFV noch nicht zu einem Vorleistungsprodukt. Zudem würden die SFV und CFV unterschiedliche Leistungsmerkmale aufweisen, sodass sich die Produkte für Endkunden und Wettbewerber neben den Leistungsmerkmalen auch in der vertraglichen Ausgestaltung unterscheiden, was sachlich begründet und allgemein üblich wäre.

Eine ex ante-Genehmigungspflicht für die Entgelte für CFV und SFV bestehe bis zum Erlass einer Regulierungsverfügung nicht.
Bis zum Abschluß des zugehörigen Marktanalyseverfahrens und dem Erlaß einer etwaigen Regulierungsverfügung unterlägen diese Entgelte allein der ex post Regulierung.

Mit Datum vom 18.11.2004 hat die Antragstellerin, wie bereits angekündigt, einen Folgeantrag mit einem neuen Tarifsystem für Mietleitungen eingereicht. Das neue Tarifsystem soll nach dem Auslaufen der hier beantragten Tarifverlängerung zum 01.04.2005 eingeführt werden. Dem neuen Antrag sind umfangreiche Kostenunterlagen beigefügt.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung haben die Antragstellerin und die Beigeladenen ihre oben geschilderten Auffassungen bekräftigt. Erörtert wurde insbesondere die Frage der Genehmigungspflicht für Mietleitungen auf der Grundlage des neuen TKG. Dabei hat die Antragstellerin nochmals ihre Ansicht bekräftigt, dass bis zum Erlass einer Regulierungsverfügung für Mietleitungen allenfalls eine ex post-Regulierung in Betracht käme. Die Beigeladenen haben hingegen den Standpunkt vertreten, dass Mietleitungen - und zwar sowohl SFV und CFV - wichtige Vorleistungen für Wettbewerber der Antragstellerin darstellen. Daher sei in jedem Fall für den Übergangszeitraum bis zum Erlass einer Regulierungsverfügung eine Regulierungslücke zu vermeiden. Eine ex post Regulierung sei keinesfalls ausreichend.

Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 123 Abs.1 Satz 2 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Es hat von einer Stellungnahme abgesehen.

Das Konsistenzgebot nach § 27 Abs. 2 TKG wurde berücksichtigt.

Die Entscheidung erfolgt innerhalb der nach § 31 Absatz 6 Satz 3 TKG vorgegebenen Frist.

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

II.

Die Entscheidung der Beschlusskammer beruht auf § 150 Abs. 1 TKG, § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG i. V. mit § 21 Abs. 1 TKG sowie § 32 Nr.1 TKG, § 30 Abs. 1 TKG, § 31 Abs. 1 TKG, §§ 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.

2. Genehmigungspflicht auf Grund der Zugangsverpflichtungen

Da künftig grundsätzlich von einer Zugangsverpflichtung im Bereich Mietleitungen nach § 21 TKG auszugehen ist, liegen hier außergewöhnliche Umstände vor, die die Anwendung der Übergangsregelung gem. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG erforderlich machen. Mietleitungen bilden insbesondere eine wesentliche Vorleistung für den Netzaufbau von Wettbewerbern der Antragstellerin. Eine abschließende differenzierte Bewertung ist vor Abschluss des Marktanalyseverfahrens noch nicht möglich, so dass die Zugangsverpflichtung hier universell erfolgt. Insoweit muss der Prüfmaßstab aufrechterhalten werden.

Im Einzelnen:

a) Die Antragstellerin ist Anbieter von Telekommunikationsdiensten mit beträchtlicher Marktmacht. Die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der Antragstellerin für das Angebot von Übertragungswegen ergibt sich zuletzt aus der Feststellung der Regulierungsbehörde im Rahmen des Beschlusses der BK 2b 03/004 vom 22.04.2003. Die Feststellung marktbeherrschender Stellungen, die vor Inkrafttreten des neuen TKG getroffen wurden, behalten aufgrund der vom Gesetzgeber getroffenen Übergangsregelungen in § 150 Abs. 1 TKG unstrittig weiterhin Geltung.

b) Gemäß § 21 TKG kann die Regulierungsbehörde auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsdienste, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren.

   Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung, den Zugang zu denjenigen Übertragungswegen zu gewähren, deren Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 25 TKG (1996) der Genehmigungspflicht unterlegen haben, ist aus folgenden Erwägungen sachlich gerechtfertigt.

   Die Überlassung von Mietleitungen ist weitestgehend eine Vorleistung für den Netzaufbau bzw. -ausbau von Unternehmen, die im Wettbewerb zur Antragstellerin stehen. Die Wettbewerber bedienen sich dabei, wie in der öffentlichen mündlichen Verhandlung von den Beigeladenen vorgetragen, sowohl der SFV als auch der CFV. Da die Wettbewerber für den eigenen Netzaufbau langfristige Investitionspläne verfolgen müssen, sind sie auf eine Planungssicherheit und eine Kontinuität der wettbewerblichen Rahmenbedingungen zwingend angewiesen. Die Auferlegung der Zugangsverpflichtung dient daher einer not-

wendigen langfristigen Sicherung des Wettbewerbs bei den öffentlichen Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit, insbesondere durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern; hier durch Sicherstellung eines flächendeckenden effizienten Netzausbaus.

Auch die EU empfiehlt ausdrücklich die Mietleitungsmärkte „13. Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden", „14. Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen für Großkunden", die für eine Vorabregulierung, und damit für eine Zugangsverpflichtungen gem. § 21 TKG in Betracht kommen (Amtsblatt der Europäischen Union L114, vom 08.05.2003 [DE] Seite 48/49).

Dagegen ergeben sich für die Antragstellerin aus der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung keine unzumutbaren Nachteile. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sie bereits bislang in der Lage war, ihren Wettbewerbern im Rahmen ihres bisherigen Mietleitungsangebotes ausreichend Mietleitungskapazitäten zur Verfügung zu stellen. Insoweit ergeben sich für sie auch keine unzumutbaren Investitionsrisiken. Eine unangemessene Beeinträchtigung gewerblicher Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin ihren Wettbewerbern bislang nur im Rahmen einer an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ex ante-regulierten "Endkundenangebotes" Übertragungswege überlassen hat. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das neue TKG insoweit für Entgeltregulierung von Endkundenleistungen einen anderen Prüfungsmaßstab vorsieht, als für die Entgeltregulierung von Vorleistungsprodukten. Während die Entgelte für Vorleistungen sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren müssen, wird der Antragstellerin bei der Entgeltregulierung ihrer Endnutzerleistungen ein größerer Preissetzungsspielraum eingeräumt. Ohne Auferlegung einer Zugangsverpflichtung bestünde die Gefahr, dass sie diesen zum Nachteil ihrer Wettbewerber ausnutzen könnte.

c) Im vorliegenden Fall ergibt sich die Notwendigkeit von vorläufigen Maßnahmen zur Gewährleistung des Wettbewerbs. Es bedarf keines weiteren – die Maßnahme verzögernden - Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens (§ 12 Abs. 1 S. 1 TKG). Somit können umgehend angemessene vorläufige Maßnahmen erlassen werden. Denn es liegen außergewöhnliche Umstände vor, so dass dringend gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen (§ 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG).

Wie bereits dargelegt, unterlagen die Entgelte der Antragstellerin für das Angebot von Übertragungswegen bislang gemäß § 25 Abs. 1 TKG (1996) der Genehmigungspflicht. Aufgrund des Beschlusses des VG Köln vom 6. September 2004 (Az. 1 L 1832/04) muss davon ausgegangen werden, dass diese Genehmigungspflicht nicht gemäß § 150 Abs. 1 TKG fortgilt. Dies hätte zur Konsequenz, dass die Entgelte für Übertragungswege im Übergangszeitraum bis zum Erlass einer abschließenden Regulierungsverfügung lediglich einer nachträglichen Entgeltregulierung mit einem insoweit für das regulierte Unternehmen weniger strengen Prüfungsmaßstab unterliegen würden, als demjenigen, der nach Erlass der abschließenden Regulierungsverfügung zu erwarten wäre.

Im Hinblick auf die Feststellung, ob außergewöhnliche Umstände im Sinne des § 12 Abs 2, Nr 4 TKG vorliegen, hat die Beschlusskammer zwei Alternativen zu erwägen.

Würde die Beschlusskammer die o.g. Entgelte lediglich nach den schwächeren Maßstäben der ex post-Kontrolle regulieren, drohen nach Einschätzung der Kammer Netzbetreibern, die auf die Mietleitungen der Antragstellerin dringend angewiesen sind, erhebliche irreversible Nachteile. Käme die Beschlusskammer nach erfolgter Durchführung

des Marktdefinitions- und –analyseverfahrens zu dem Ergebnis, dass eine Zugangsverpflichtung mit der Rechtsfolge einer ex ante-Genehmigungspflicht das erforderliche und geeignete Mittel wäre, um Wettbewerbsschäden zu vermeiden, griffe diese Maßnahme zu spät. Dies gilt umso mehr, als die Beschlusskammer nach § 12 Abs. 2, Nr. 4 TKG verpflichtet ist, Maßnahmen zu treffen, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen.

Legt die Kammer bis zum Abschluss des Marktdefinitions- und –analyseverfahrens die Zugangsverpflichtung mit der Rechtsfolge der ex ante-Genehmigungspflicht auf, werden innerhalb dieses Zeitraums unmittelbare Schäden für die Wettbewerber und den Wettbewerb vermieden. Schwerwiegende Nachteile für die Antragstellerin sind auch nicht erkennbar, weil nach derzeitiger Einschätzung der Beschlusskammer im Bereich der Mietleitungen zukünftig mit der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu rechnen ist. Darüber hinaus hat die Regulierung der Entgelte sich auch bisher am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert. Zugleich wird durch die Sicherstellung wettbewerblicher Strukturen bis zum Abschluss des Marktdefinitions- und –analyseverfahrens sichergestellt, dass Nutzern ein ausreichendes Angebot an Telekommunikationsdienstleistungen zur Verfügung steht, innerhalb dessen sie Auswahlentscheidungen treffen können.

d) Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist erforderlich und geeignet, die Übertragungswege von einer Einstufung als "Endnutzerleistungen" nach TKG 1996 zu einer Einstufung als "Vorleistungsprodukte" nach neuem TKG zu überführen. Nur durch eine rasche Überführung ist es möglich, die vom Gesetzgeber sowohl nach altem Recht als auch nach neuem Recht für Mietleitungsentgelte grundsätzlich vorgesehene Genehmigungspflicht sowie den bisherigen Prüfmaßstab auch im Übergangszeitraum bis zum Abschluss der Marktanalyse sicherzustellen.

Die vorläufige Auferlegung einer Zugangsverpflichtung stellt unter den zur Verfügung stehenden Maßnahmen das mildeste Mittel dar, da aus den oben bereits genannten Gründen eine ex post-Kontrolle zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den Mietleitungsmärkten nicht ausreichend erscheint.

Schließlich stellt die Zugangsverpflichtung auch eine angemessene Maßnahme dar. Zwar ist es möglich, dass bestimmte Mietleitungen nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens aus der ex ante-Regulierung fallen könnten. Dem steht jedoch entgegen, dass gemäß § 150 Abs. 1 TKG die bislang von der Regulierungsbehörde getroffenen Feststellungen zur Marktbeherrschung im Übergangszeitraum weiter Bestand haben. Auch im Hinblick auf die an die Zugangsverpflichtung anknüpfende Rechtsfolge der Genehmigungspflicht ist keine unangemessene Belastung zu sehen, da sämtliche in Betracht kommenden Mietleitungsentgelte bereits nach altem Recht einer ex ante-Regulierung unterworfen waren.

4. Genehmigungen

Die beantragten Entgelte konnten in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang genehmigt werden.

Nach § 31 Abs. 1 TKG sind Entgelte, die nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 Satz 1 genehmigungsbedürftig sind, genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

Die Verlängerung der mit Beschluss BK 2b 03/004 vom 22.04.2003 genehmigten Entgelte konnte erfolgen, weil sich die zu Grunde liegende Sachlage nicht wesentlich geändert hat. Der Beschlusskammer sind keine geänderten Sachverhalte bekannt, die gegen eine Verlängerung der bereits genehmigten Entgelten um vier Monate sprechen.

Die Antragstellerin hat zwischenzeitlich am 18.11.2004 den angekündigten Folgeantrag für Mietleitungen eingereicht. Diesem Antrag liegen aktuelle Kostenunterlagen bei. Gegenstand dieses Antrags ist ein neues Preissystem für Mietleitungen. Diese Unterlagen werden derzeit in einem gesonderten Entgeltverfahren geprüft. Die neu beantragten Entgelte sollen darüber hinaus auch an einem internationalen Tarifvergleich gespiegelt werden, der derzeit erstellt wird. Eine kurzfristige Überprüfung der Kosten der Antragstellerin ist damit gewährleistet.

.

5. Befristung

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 31.03.2005 berücksichtigt den bereits gestellten Antrag der Antragstellerin mit aktueller Kostenstudie für Mietleitungen.

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.

Kuhrmeyer	Lindhorst	Busch
Vorsitzender	Beisitzer	Beisitzer