

Beschlusskammer 4

BK 4a-03-094/Z31.07.03

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
auf Anordnung der Netzzusammenschaltung gemäß § 37 TKG zwischen

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

Antragstellerin,

und

der freenet Cityline GmbH, Hamburger Chaussee 2-4, 24114 Kiel,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragsgegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte

der Antragstellerin: Rechtsanwälte Redeker, Sellner, Dahs & Widmaier
Mozartstraße 4-10
53115 Bonn

der Antragsgegnerin: Rechtsanwälte Gleiss Lutz Hootz Hirsch
Mendelssohnstraße 87
60325 Frankfurt -

hat die Beschlusskammer 4 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
durch
den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jarl Georg Knobloch,
den Beisitzer Ernst Ferdinand Wilmsmann und
den Beisitzer Matthias Wieners

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

2 Gründe

I.

Die Antragstellerin, die Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom und als solche Eigentümerin der von dieser aufgebauten Telekommunikationsnetze und der hierzu gehörenden technischen Einrichtungen ist, und die Antragsgegnerin betreiben jeweils ein öffentliches Telekommunikationsnetz.

Die Netze der beiden Parteien sind seit geraumer Zeit zusammengeschaltet. Im Rahmen dieses Zusammenschaltung hat die Antragstellerin bisher u.a. die Leistung Telekom-O.2 (Verbindungen über das Telefonnetz national der Telekom zu anderen nationalen Festnetzen) erbracht. Für diese Leistung sind seit dem 1.12.2002 die mit Beschluss BK 4a-02-033/E24.09.03 vom 29.11.2002 bis zum 30.11.2003 genehmigten und mit Verfügung Nr. 38/2002 vom 18.12.2002 zum Grundangebot erklärten Entgelte zu zahlen. Zuletzt haben die Parteien diese Entgelte am 9.7.2003 im Rahmen einer größeren Vertragsrevision vereinbart, welche mit der Einführung neuer Leistungen zur Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz zusammenhing.

Abgegolten werden mit den Entgelten sowohl die Transportleistung der Antragstellerin als auch die von ihr als Vorleistung von dem Zielnetzbetreiber eingekaufte Terminierungsleistung ICP-B.1. Die Antragstellerin hatte sich dabei bisher immer mit den Zielnetzbetreibern auf reziproke Entgelte einigen können, d.h. die Entgelte für die Terminierungsleistung ICP-B.1 entsprachen denjenigen für die Terminierungsleistung Telekom-B.1 der Antragstellerin.

Mit Anträgen vom 15.4.2003 riefen die Firmen KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH und Versatel Deutschland GmbH & Co. KG die Beschlusskammer um die Anordnung einer Zusammenschaltung mit der hiesigen Antragstellerin an, für welche der beschriebene Reziprozitätsgrundsatz erstmals nicht gelten sollte. Mit Beschlüssen BK 4c-03-019/Z15.04.03 und BK 4e-03-020/Z15.04.03 vom 26.6.2003 ordnete die Beschlusskammer daraufhin eine Zusammenschaltung unter anderem hinsichtlich der Terminierungsleistung ICP-B.1 an, wobei sie die hiesige Antragstellerin nicht auf die Zahlung reziproker, sondern vielmehr auf die Zahlung der jeweils vorläufig genehmigten, genehmigten oder teilgenehmigten Entgelte verpflichtete. Am selben Tage beantragten die genannten Firmen die Genehmigung von Entgelten, welche die bisher erhobenen Entgelte deutlich überschreiten. Die unter den Aktenzeichen BK 4a-03-070/E26.06.03 und BK 4a-03-071/Z26.06.03 geführten Verfahren sind – ebenso wie weitere Verfahren – zur Zeit ausgesetzt, um eine öffentliche Anhörung zu verschiedenen Aspekten, die bei einer Abkehr vom Reziprozitätsprinzip im Festnetz zu beachten wären, durchführen zu können.

Mit Schreiben vom 23.7.2003 erklärte die Antragstellerin der Antragsgegnerin die außerordentliche Kündigung der Leistung Telekom-O.2 mit Wirkung zum 1.8.2003 und bot zugleich eine Vertragsänderung an, wonach im Falle nicht-reziproker Entgelte für die Terminierungsleistung zusätzlich zu dem Transportentgelt für die Antragstellerin der entsprechende carrier-individuelle Auszahlungssatz zu entrichten sei. Sie begründete die Änderungskündigung damit, die Beschlusskammer werde in den oben genannten Entgeltgenehmigungsverfahren möglicherweise nicht-reziproke Entgelte (rückwirkend) genehmigen. Die Antragsgegnerin hat das Angebot auf Vertragsänderung bisher nicht angenommen.

Mit Schreiben vom 31.7.2003, Eingang per Fax am gleichen Tag, hat die Antragstellerin die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) um Anordnung der Zusammenschaltung gemäß § 37 TKG hinsichtlich der Verbindungsleistung Telekom-O.2 angerufen. Daneben hat sie den Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung ab dem 1.8.2003 beantragt. Mit Beschluss vom 1.8.2003 hat die Beschlusskammer den Parteien im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 78 TKG aufgegeben, ihr Zusammenschaltungsverhältnis hinsichtlich der Verbindungsleistung Telekom-O.2 (mit dem Stand vom 31.7.2003) fortzusetzen. In der Begründung hob die Beschlusskammer hervor, die

Anordnung ergehe, um eine mögliche rechtsgrundlose Erbringung der Leistung bzw. eine Leistungseinstellung zu verhindern. Mit der Anordnung sei kein endgültiges Urteil über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung verbunden.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, wegen der außerordentlichen Kündigung und der folgenden Nichteinigung auf eine Vertragsfortführung bestehe kein Vertragsverhältnis mehr bezüglich der Leistung Telekom-O.2. Die Kündigung stütze sich letztlich auf § 314 Abs. 1 BGB, welcher den Vertragspartnern eines Dauerschuldverhältnisses stets ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund einräume. Ein wichtiger Grund liege vor, weil eine eventuelle rückwirkende Genehmigung nicht-reziproker Terminierungsentgelte angesichts der Höhe der beantragten Entgelte und der erheblichen Anzahl von Zusammenschaltungspartnern zu einem erheblichen finanziellen Schaden der Antragstellerin führen würde, sollte diese die geänderten Auszahlungssätze nicht an ihre Zusammenschaltungspartner weiterreichen dürfen. Die Kündigung sei auch rechtzeitig ausgesprochen worden. Erst am 26.6.2003 habe sie, die Antragstellerin, definitiv Kenntnis von dem möglichen Fall des Reziprozitätsgrundsatzes erlangt, und erst am 30.6.2003 seien ihr die Entgeltanträge der Firmen KomTel und Versatel bekannt geworden. Die Kündigung von 51 Vertragsverhältnissen habe nicht nur eines erheblichen rechtlichen Prüfungsaufwandes bedurft, sondern auch beachtliche personelle und organisatorische Anstrengungen gekostet.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Antragstellerin mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Antragsgegnerin wird für den Zusammenschaltungsdienst Telekom-O.2 angeordnet.
2. Zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin werden die Bedingungen der von der Antragstellerin vorgelegten und zwischen den Parteien verhandelten Vertragsänderung der Zusammenschaltungsvereinbarung zu Anlage C, Teil 2, Telekom-O.2, Stand: 22.7.2003, angeordnet.
3. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, für die Leistung, die sie aufgrund dieser Anordnung nachfragt, die jeweils vorläufig genehmigten, genehmigten oder teilgenehmigten Entgelte und für die nicht genehmigungspflichtigen Leistungen die in den jeweils aktuellen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragstellerin festgelegten Entgelte zu zahlen.

Die Antragsgegnerin beantragt:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, der Antrag sei unbegründet, weil der zwischen den Parteien geltende Vertrag hinsichtlich der Leistung Telekom-O.2 nicht durch das Kündigungsschreiben vom 23.7.2003 beendet worden sei. Die außerordentliche Kündigung sei unwirksam gewesen. Zum einen habe die Antragstellerin den Vertrag nicht wegen einer wesentlichen Änderung der Regulierungsverhältnisse außerordentlich kündigen können. In einem solchen Fall hätte die Antragstellerin gemäß Ziffer 24.4 erster Spiegelstrich Hauptteil vielmehr ein Verhandlungsverlangen an die Antragsgegnerin herantragen müssen. Darüber hinaus sei der Antragstellerin das Festhalten am Vertrag nicht unzumutbar; die Änderung der Entgeltregulierung sei nämlich bloß eine Möglichkeit, jedoch keine feststehende Tatsache. Ferner habe die Antragstellerin eine außerordentliche Kündigung nicht vor Verhandlungen über eine Vertragsanpassung ausüben dürfen, wie sich aus der Systematik von § 313 Abs. 3 S. 2 BGB und § 314 Abs. 2 BGB ergebe. Außerdem habe der „wichtige Kündigungsgrund“ bereits mehrere Wochen vor der abschließenden Unterzeichnung der Zusammenschaltungsvereinbarung durch die Antragstellerin vorgelegen. Auch sei die Kündigung nicht innerhalb angemessener Frist im Sinne von § 314 Abs. 2 BGB ergangen. Schließlich zeige die am 21.8.2003 ausgesprochene ordentliche Kündigung der Leistung

Telekom-Z.2, welche die Antragstellerin mit der Entwicklung der Endkundenpreise begründet habe, dass die Antragstellerin in einem vergleichbaren Fall selbst keinen ausreichenden Grund für eine außerordentliche Kündigung gesehen habe.

Am 9.9.2003 hat die Beschlusskammer die sechswöchige Entscheidungsfrist gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 TKG um vier Wochen bis zum 9.10.2003 verlängert.

Die Beschlusskammer hat mit Zustimmung der Parteien von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 17.9.2003 Gelegenheit zur Stellungnahme zu einem Musterentwurf für die Beschlüsse in den Verfahren BK 4a-03-082 bis 110/Z31.07.08 und BK 4a-03-111/Z01.08.03 gegeben worden. Das Amt hat dem Entwurf zugestimmt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die schriftsätzlichen Äußerungen der Parteien im Verwaltungsverfahren, den sonstigen Inhalt der Verwaltungsakten sowie die Ausführungen unter Ziffer II. verwiesen.

II.

Der Antrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen. Die Anordnung einer Zusammenschaltung kommt nicht in Betracht, weil zwischen den Parteien eine Vereinbarung im Sinne des § 37 Abs. 1 S. 1 TKG über die Erbringung der Leistung Telekom-O.2 auch über den 31.7.2003 hinaus besteht.

Die Parteien haben sich zuletzt mit Datum vom 9.7.2003 über die Erbringung der Leistung und deren Entgeltung geeinigt. Diese Einigung ist nach wie vor wirksam. Sie ist nicht durch das Kündigungsschreiben der Antragstellerin vom 23.7.2003 beendet worden.

Für die hier allein in Betracht kommende außerordentliche Kündigung gemäß Ziffer 24.3 S. 1 Hauptteil i.V.m. § 314 Abs. 1 BGB fehlt es bereits an einem wichtigen Grund. Dabei kann dahin stehen, ob denn zum – maßgeblichen – Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung Ende Juli 2003 überhaupt eine Vertragsstörung vorlag bzw. ob durch Umstände außerhalb des Einfluss- und Risikobereichs der Antragstellerin ein so krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entstanden war, dass der Antragstellerin das – ihr ansonsten zufallende - Aufwandsrisikos nicht mehr zugemutet werden konnte (vergleiche zu letzterer Fallgruppe Heinrichs, 62. Auflage München 2003, § 313 Rn. 39). Denn jedenfalls hatte die Antragstellerin nicht hinreichend Zeit für diejenigen Anpassungsverhandlungen vorgesehen, die nach § 314 Abs. 1 BGB i.V.m. Ziffer 24.4 Hauptteil notwendig geworden wären, hätte denn eine den Risikobereich der Antragstellerin überschreitende Vertragsstörung vorgelegen.

Gemäß § 314 Abs. 1 S. 2 BGB liegt ein „wichtiger Grund“ vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei haben sich in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Fallgruppen zur Bestimmung dessen, was dem kündigenden Teil „zugemutet“ werden kann, herausgebildet. So gilt etwa, dass in Fällen, in denen die Parteien das Dauerschuldverhältnis grundsätzlich fortsetzen wollen und in denen die von außen herangetragene Störung durch eine Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse beseitigt werden kann, dem kündigenden Teil eine Fortsetzung des Vertrages zumindest solange zuzumuten ist, bis mit dem anderen Teil Verhandlungen über eine derartige Anpassung stattgefunden haben. Fristlose bzw. kurzfristige außerordentliche Kündigungen sind in diesem Fall als unverhältnismäßig ausgeschlossen (vergleiche Heinrichs, a.a.O., § 314 Rn. 9 und § 313 Rn. 26). Diesen Vorrang der Verhandlungen vor der fristlosen bzw. kurzfristigen außerordentlichen Kündigung bringt auch Ziffer 24.4 S. 1 erster Spiegelstrich Hauptteil des zwischen den Parteien geltenden Zusammenschaltungsvertrages zum Ausdruck. Denn danach kann jeder Vertragspartner bei einer „wesentlichen Änderung der regulierungsrechtlichen Rahmenbedingungen“ eine Neuaushandlung bzw. Änderung der Vereinbarung verlangen. Die

Zusammenschaltungspartner werden auf Ersuchen des einen Partners innerhalb eines Monats nach Zugang des Neuaushandlungsbegehrens Verhandlungen hierüber aufnehmen, Ziffer 24.4 S. 2 Hauptteil.

Im vorliegenden Fall nun wollten beide Parteien zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung Ende Juli 2003 die Zusammenschaltung hinsichtlich der Leistung Telekom-O.2 über den 31.7.2003 hinaus fortsetzen. Die Antragstellerin sorgte sich allein darum, dass die für diese Leistung vereinbarten Entgelte - wegen der möglichen rückwirkenden Änderung der ICP-B.1 Entgelte durch die RegTP - zukünftig eventuell nicht mehr die ihr entstehenden Kosten decken würden. Statt aber zur Beseitigung dieser angeblichen „Vertragsstörung“ die Aufnahme von Neuverhandlungen gemäß Ziffer 24.4 Hauptteil (analog) zu verlangen, erklärte die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.7.2003 die außerordentliche Kündigung der Leistung Telekom-O.2 zum 31.7.2003 und verband dies mit einem – nicht verhandelbaren – Angebot auf Änderung der entsprechenden Entgelte zum 1.8.2003. Diese kurzfristige Kündigung erlaubte es den Parteien nicht, ernsthafte Verhandlungen über die Entgelthöhe oder über etwaige praktische Einwände der Antragsgegnerin zu führen, so beispielsweise hinsichtlich der Konkretisierung der jeweiligen Entgelte, der Änderungsfrist für die Endkundenentgelte oder den Möglichkeiten für eine Abrechnungskontrolle. Die Antragstellerin hätte zumindest die Ein-Monats-Frist von Ziffer 24.4 S. 2 Hauptteil einhalten müssen. Die Antragsgegnerin musste unter diesen Umständen die außerordentliche Kündigung nicht hinnehmen; der Antragstellerin war vielmehr eine Vertragsfortführung zuzumuten. Ein „wichtiger Grund“ im Sinne des § 314 Abs. 1 BGB war damit nicht gegeben.

Darüber hinaus wäre allerdings selbst bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ die außerordentliche Kündigung verfristet gewesen. Gemäß § 314 Abs. 3 BGB kann der Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er von dem Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Kenntnis von der möglichen Aufgabe des Reziprozitätsgrundsatzes hinsichtlich der Leistung ICP-B.1 hatte die Antragstellerin am 17.4.2003 mit Zugang der Zusammenschaltungsanträge der Firmen KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH und Versatel Deutschland GmbH & Co. KG erhalten. Seit diesem Datum wusste die Antragstellerin aufgrund des von ihr selbst vor dem OVG Münster (Az.: 13 B 69/01) erstrittenen Grundsatzes der Trennung von Zusammenschaltungs- und Entgeltgenehmigungsverfahren, dass bezüglich der ICP-B.1-Entgelte ein eigenständiges Genehmigungsverfahren durchzuführen sein werde. Die Kündigung selbst erfolgte aber erst mit Schreiben vom 23.7.2003. Eine Kündigung mehr als drei Monate nach Kenntniserlangung ist jedoch auf keinen Fall mehr innerhalb „angemessener Frist.“ Ende Juli 2003 durfte die Antragsgegnerin vielmehr darauf vertrauen, dass die Antragstellerin die mögliche Aufgabe des Reziprozitätsgrundsatzes nicht mehr als „wichtigen Grund“ im Sinne von § 314 Abs. 1 BGB ansehen würde.

Über die Frage, ob sich die am 23.7.2003 erklärte außerordentliche Kündigung nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung gemäß Ziffer 12 Abs. 3 Hauptteil (zum 31.10.2003) umdeuten lässt, muss im vorliegenden Verfahren nicht entschieden werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundenbeamten 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 beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bonn, den 23.9.2003

Vorsitzender
Knobloch

Beisitzer
Wilmsmann

Beisitzer
Wieners