



Beschlusskammer 2

Az.: BK2a-12/004

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

w e g e n

Antrags der Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte,
Mildred-Scheel-Straße 1 53175 Bonn

vom 09.08.2012 auf Genehmigung von Entgelten für Carrier-Festverbindungen (CFV)-
Ethernet und die zugehörige Express-Entstörung

Beigeladene:

VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.
Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 1 -

Plusnet GmbH & Co. KG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50629 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 2 -

Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf,
vertreten durch den Vorstand

- Beigeladene zu 3 -

01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Straße 1, 52525 Heinsberg,
vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 4 -

Verfahrensbevollmächtigte: JUCONOMY Rechtsanwälte, Graf-Recke-Straße 82,
40239 Düsseldorf

Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstr. 88-90, 60326 Frankfurt/Main,
vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 5 -

IEN Initiative Europäischer Netzbetreiber, Dorotheenstraße 54, 10117 Berlin

- Beigeladene zu 6 -

eifel-net GmbH, Bendenstraße 31, 53879 Euskirchen, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 7 -

M-net Telekommunikations GmbH, Niederlassung Franken, Splittertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 8 -

NETCOLOGNE GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 9 -

Breko, Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Reuterstraße 159, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand

- Beigeladene zu 10 -

Vodafone D2 GmbH, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene zu 11 -

Telefonica O2 Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 12 -

EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26015 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene zu 13 -

E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene zu 14 -

BT (Germany) GmbH & Co. OHG, Barthstraße 4, 80339 München, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 15 -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte SBR Schuster Berger Bahr Ahrens,
Holstenwall 5, 20355 Hamburg

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 20.09.2012

durch

den Vorsitzenden Dir. b. d. BNetzA Dipl. Ing. Bernhard Kuhrmeyer,
den Beisitzer ORR Jörg Lindhorst sowie
die Beisitzerin RDn Judith Schölzel

am 18.10.2012

e n t s c h i e d e n:

1. Gemäß § 130 TKG werden die in Ziffer 1. des anliegenden Beschlussentwurfs tenorierten Entgelte vorläufig genehmigt.
2. Die vorläufige Genehmigung gilt bis zum Wirksamwerden einer abschließenden Entscheidung.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes und der hierzu gehörenden technischen Einrichtungen. Als solche bietet sie ethernetbasierte Carrier-Festverbindungen (CFV-Ethernet) an. Mit Regulierungsverfügung BK2-12/001 R vom 09.08.2012 wurde eine Entgeltgenehmigungspflicht für Abschlussegmente CFV-Ethernet angeordnet.

Mit Schreiben vom 09.08.2012 beantragte die Antragstellerin:

für CFV-Ethernet und die zugehörige Expressentstörung, die in der Anlage 1.1 i.V.m. der Beilage 1 und Anlage 1.2 des Antragsschreibens enthaltenen Entgelte für den Zeitraum vom 09.08.2012 bis zum 31.10.2013 zu genehmigen.

Dem Antrag wurden beigefügt:

- Leistungsbeschreibung und Preise (Anlage 1.1 i.V.m. Beilage 1)
- Leistungsbeschreibung und Preise Expressentstörung (Anlage 1.2)
- Umsatz, Absatzmengen, Deckungsbeiträge (Anlage 2.1)
- Umsatz, Absatzmengen, Deckungsbeiträge Expressentstörung (Anlage 2.2)
- Tarifikalkulation (Anlage 3)
- Kostennachweis (Anlage 4)

Die bisherige Spruchpraxis der Beschlusskammer, in CFV-Entgeltgenehmigungsverfahren kein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren durchzuführen, war in dem Verfahren BK2a-11-004 durch die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 05.10.2011 beanstandet worden. Die Beschlusskammer hatte hierauf ihre Praxis überprüft und geändert: Sie unterwirft seither die abschließenden Genehmigungsentscheidungen zu Mietleitungsentgelten einem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren. Diese geänderte Spruchpraxis führt die Beschlusskammer mit diesem Beschluss fort, in dem sie zum einen eine vorläufige Entgeltgenehmigung - ohne Durchführung eines Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens - ausspricht und zum anderen den anliegenden Beschlussentwurf in der Hauptsache konsultiert und konsolidiert.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen wurden auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur (www.bnetza.de) sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 16 vom 22.08.2012 als Mitteilung Nr. 579 veröffentlicht.

Der Antragstellerin und den Beigeladenen ist in der am 20.09.2012 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Die übrigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die sich aus § 132 Abs. 4 TKG zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Informations-, Austausch- und Abstimmungspflichten wurden beachtet.

Die Anhörung des Bundeskartellamtes nach § 123 TKG ist erfolgt.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf den anliegenden Konsultationsentwurf und die Verfahrensakten verwiesen.

II. Gründe

Die beantragten Entgelte werden in dem tenorierten Umfang vorläufig genehmigt. Diese Entscheidung beruht auf § 130 TKG sowie § 35 Abs. 3 und §§ 30 Abs. 1 S. 1 und 31 Abs. 1 TKG.

Nach § 130 TKG kann die Bundesnetzagentur bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen.

1. Anwendbarkeit

Für den Bereich des Telekommunikationsgesetzes stellt § 130 TKG eine spezialgesetzliche Ermächtigung zum Erlass vorläufiger Verwaltungsakte dar, die sich auch gerade auf vorläufige Entgeltgenehmigungen bezieht,

VG Köln, Urteil 21 K 7809/10 vom 19.09.2012, S. 17 f. des amtlichen Umdrucks, unter Verweis auf BVerwG, Urteil 6 C 3.08 vom 25.03.2009, Rn. 23.

Der Anwendung des § 130 TKG liegt vorliegend die Prämisse zugrunde, dass Konsultations- und Konsolidierungsverfahren bei Entgeltgenehmigungen nicht zwingend durchzuführen sind, sondern lediglich eine Handlungsoption darstellen, von welcher die Bundesnetzagentur gemäß §§ 10 und 24 VwVfG unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten Gebrauch machen kann, um Umstände zu ergründen, die für ihre Entscheidung von Bedeutung sein können,

vgl. dazu VG Köln, a.a.O., S. 21 ff. des amtlichen Umdrucks.

Allein für den Fall, dass sich diese Prämisse als rechtsfehlerhaft herausstellen und eine Anwendung von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren verpflichtend sein sollte, wird die vorläufige Genehmigung hilfsweise auf § 15 S. 2 TKG i.V.m. § 12 Abs. 3 TKG entsprechend bzw. auf eine unmittelbare Anwendung von Art. 7 Abs. 9 Rahmen-RL gestützt.

Danach kann die Bundesnetzagentur, wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, wegen derer sie der Ansicht ist, dass dringend – ohne das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren einzuhalten – gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen, umgehend angemessene vorläufige Maßnahmen erlassen.

2. Formelle Voraussetzungen

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1 und 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die übrigen Beschlusskammern und die Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Da es sich hier um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 des Gesetzes handelt, war gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG auch dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diesem Erfordernis wurde durch die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs mit der Bitte um Stellungnahme genügt.

Die vorliegende Entscheidung ist weder konsultiert noch konsolidiert worden. Sofern – wovon allerdings nicht ausgegangen wird – Konsultation und Konsolidierung im Rahmen eine Entgeltgenehmigungsverfahrens grundsätzlich durchzuführen sein sollten (vgl. dazu Ziffer II. 1) liegen jedenfalls – wie im Folgenden gezeigt wird – die nach § 15 S. 2 TKG i.V.m. § 12 Abs. 3 TKG entsprechend bzw. Art 7 Abs. 9 Rahmen-RL notwendigen Voraussetzungen für ein Absehen von diesen Verfahrensschritten vor.

3. Materielle Voraussetzungen

Die vorläufige Genehmigung der Entgelte nach Ziffer 1. des Tenors erfüllt die Bedingungen, die § 130 TKG an den Erlass einstweiliger Maßnahmen stellt. Gleiches gilt sofern auf die Vorschriften des § 15 S. 2 TKG i.V.m. § 12 Abs. 3 TKG entsprechend bzw. Art. 7 Abs. 9 Rahmen –RL abzustellen sein sollte.

Einstweilige Maßnahmen sind ihrem Sinn und Zweck nach darauf gerichtet, die Zeit bis zur abschließenden Entscheidung zu überbrücken. Sie ändern bzw. sichern die Rechtslage der Betroffenen bzw. der Antragstellerin für eine gewisse Zeit.

Der Erlass einer vorläufigen Maßnahme setzt derart voraus, dass eine abschließende Entscheidung mit gleicher Regelungsrichtung wahrscheinlich oder jedenfalls möglich ist (Anordnungsanspruch) und zudem das Entschließungs- und Auswahlermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten werden (Anordnungsgrund). Im Fall von § 15 S.2 TKG i.V.m. § 12 Abs. 3 TKG entsprechend bzw. Art 7 Abs. 9 Rahmen-RL bedeutet letzteres, dass außergewöhnliche Umstände vorliegen müssen, aufgrund derer aus Sicht der Bundesnetzagentur dringend gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen angemessen zu schützen.

3.1 Anordnungsanspruch

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage erscheint eine abschließende Entscheidung, welche in ihrer Richtung mit den im anliegenden Beschlussentwurf tenorierten Entgeltregelungen übereinstimmt, wahrscheinlich oder jedenfalls möglich.

Vorliegend jedenfalls sind die Genehmigungsvoraussetzungen für die tenorierten Entgelte nach § 35 Abs. 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 TKG vollständig geprüft worden. Dies ergibt sich im Einzelnen aus den Erwägungen im anliegenden Beschlussentwurf, auf die zur Vermeidung nicht notwendiger Wiederholungen verwiesen wird.

3.2 Anordnungsgrund

Mit der vorläufigen Genehmigung der tenorierten Entgelte übt die Beschlusskammer das ihr eingeräumte Entschließungs- und Auswahlermessen entsprechend dem Zweck der Ermäch-

tigung nach § 130 TKG hilfsweise nach § 15 Satz 2 und § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 entsprechend bzw. Art. 7 Abs. 9 Rahmen-RL aus und hält die gesetzlichen Grenzen des Ermessens ein. Sie ist insbesondere der Ansicht, dass wegen außergewöhnlicher Umstände dringend in der ergriffenen Weise gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen.

Die Befugnis, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, dient dem Zweck, in der Übergangszeit bis zum Erlass der abschließenden Entscheidung den Wettbewerb und die Nutzerinteressen vor Beeinträchtigungen schützen zu können.

Erstens sollen die Voraussetzungen und Bedingungen des Wettbewerbs vor Verzerrungen bewahrt bleiben. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies einmal, dass auf dem Markt für Abschlusssegmente von Mietleitungen Klarheit über wesentliche Wettbewerbsparameter, insbesondere über die Höhe der Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte, herrschen sollte. Darüber hinaus sollte aber auch eine unverschuldete finanzielle Schwächung wesentlicher Marktteilnehmer vermieden werden. Denn das Agieren auf den vorgenannten Märkten setzt eine gewisse finanzielle Solidität der Marktteilnehmer voraus.

Zweitens sind die Interessen der Nutzer, also der natürlichen Personen, die einen Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzen, ohne notwendigerweise Teilnehmer zu sein (§ 3 Nr. 14 TKG), zu schützen. Im hiesigen Kontext ist diesen Interessen am Ehesten durch einen möglichst unverzerrten Wettbewerb und durch die damit einhergehende Erfüllung der statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen gedient. Insofern besteht im vorliegenden Fall ein Gleichlauf von Wettbewerbs- und Nutzerschutz.

Die hier erteilte vorläufige Entgeltgenehmigung ist geeignet, die vorgenannten Zwecke zu erreichen.

Sie schafft einmal zumindest vorläufige Klarheit über die anwendbaren Entgelte. Dabei ist zu bedenken, dass die vorläufig genehmigten Entgelte nicht allein in summarischer Prüfung, sondern vielmehr in einer Vollprüfung ermittelt worden sind. Sie sollten daher – ohne allerdings das Ergebnis von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren vorwegnehmen zu können – mit den Ergebnissen des abschließenden Verfahrens weitestgehend übereinstimmen.

Darüber hinaus vermeidet die Erteilung der vorläufigen Entgeltgenehmigung eine unverschuldete finanzielle Schwächung der Antragstellerin und damit eine Verzerrung des Wettbewerbs auf dem Markt für Abschlusssegmente von Mietleitungen und auf sonstigen Telekommunikationsmärkten, auf denen die Antragstellerin auftritt.

Schwächung und Wettbewerbsverzerrung würden daraus resultieren, dass die Antragstellerin gemäß § 37 Abs. 3 TKG auch bei Fehlen einer Entgeltgenehmigung ihre Leistung nicht verweigern dürfte. Bei einem monatelangen Ausbleiben der Bereitstellungsentgelte für CFV-Ethernet müsste sie sowohl das Risiko einer Insolvenz von Nachfragern als auch das Zwischenfinanzierungsrisiko tragen. Diese Risiken würden, weil sie die finanzielle Handlungsfähigkeit der Antragstellerin erheblich verminderten, auf die Wettbewerbsposition der Antragstellerin sowohl auf dem Markt für Abschlusssegmente von Mietleitungen als auch auf anderen Telekommunikationsmärkten negativ ausstrahlen.

Die erteilte vorläufige Entgeltgenehmigung ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Mittel zu entdecken, welches an deren Stelle treten könnte. Es musste deshalb dringend gemäß § 15 Satz 2 und § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 Abs. 3 TKG entsprechend bzw. Art 7 Abs. 9 Rahmen-RL gehandelt werden.

Ein milderes, aber gleich wirksames Mittel ist der Beschlusskammer zum einen nicht in Form des zu veröffentlichen Konsultationsentwurfes an die Hand gegeben. Zwar erhalten mit

der Veröffentlichung sowohl die Antragstellerin als auch die Nachfrager einen durchaus vertablen Anhaltspunkt dafür, mit welcher abschließenden Entscheidung rechnen ist. Allein die Veröffentlichung verhindert aber nicht die skizzierte unverschuldete Schwächung der Wettbewerbsposition der Antragstellerin und damit die Verzerrung des Wettbewerbs auf verschiedenen Telekommunikationsmärkten.

Zum anderen ist auch die Rückwirkung der abschließenden Entscheidung nach Maßgabe des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG nicht in der Lage, die vorgenannten Beeinträchtigungen von Wettbewerbs- und Nutzerinteressen zu vermeiden. Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung trägt weder zur Planungssicherheit noch zur Vermeidung des zwischenzeitlichen Übergangs von Insolvenz- und Zwischenfinanzierungsrisiko auf die Antragstellerin bei.

Die Erteilung der vorläufigen Entgeltgenehmigung ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen dieser Genehmigung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung deren Erteilung unzulässig erscheinen ließe. Namentlich besteht kein schutzwürdiges Interesse der Nachfrager, keine Entgelte entrichten zu müssen. Denn auch während der Übergangszeit bis zum Ergehen der abschließenden Entscheidung nehmen sie die jeweiligen Leistungen in Anspruch.

4. Genehmigungszeitraum und Befristung

Die vorläufige Genehmigung endet mit dem Wirksamwerden der endgültigen Entscheidung. Die Genehmigung der Entgelte gilt gemäß der gesetzlichen Regelung des § 35 Abs. 5 S.1 TKG rückwirkend ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung, soweit die Entgelte vertraglich bereits vereinbart waren.

Diese Befristung im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ist angemessen, weil es sich vorliegend um eine vorläufige Regelung handelt und eine endgültige Prüfung der Voraussetzungen für eine Genehmigung nach § 35 Abs. 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 TKG dem Verfahren in der Hauptsache vorbehalten bleibt. Sollten sich die abschließend genehmigten Entgelte von den vorläufig genehmigten Entgelten unterscheiden, behält sich die Beschlusskammer eine Regelung zur Erstattung der im Gültigkeitszeitraum der vorläufigen Genehmigung entstandenen Differenzbeträge vor.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Ein Vorverfahren findet nicht statt (§ 137 Abs. 2 TKG). 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).

Anlage:
Konsultationsentwurf BK2a-12/004

Kuhrmeyer
(Vorsitzender)

Lindhorst
(Beisitzer)

Schölzel
(Beisitzerin)