



- Beschlusskammer 2 -

B e s c h l u s s

in dem V e r f a h r e n w e g e n

Antrag auf Genehmigung der Gewährung einer Gutschrift bei der Bestellung über elektronisches Auftragsmanagement im Sprachtelefondienst

Az.: BK 2c-00/037

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 ihren Vorstand, Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Josef Brauner, Detlev Buchal, Dr. Karl-Gerhard Eick, Jeffrey A. Hedberg, Dr. rer. nat. Hagen Hultzsch, Dr. Heinz Klinkhammer, und Dipl.-Ing. Gerd Tenzer,

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwalt Dr. Thomas Mayen (Redeker Sellner Dahs & Widmaier) und Dr. Frank Schmidt (Deutsche Telekom),

2. **VIAG INTERKOM GmbH & Co.**
Georg-Brauchle-Ring 23-25

80994 München

vertreten durch die VIAG INTERKOM Management GmbH München, diese vertreten durch die Geschäftsführer Dipl.-Ing. Maximilian Ardelt (Vorsitzender), Werner G. Fraas, Joachim Preisig, Lowry Stanage und Hans-Burghardt Ziermann,

Beigeladene 1,

- Verfahrensbevollmächtigte:

Dr. Jens Neitzel und Markus Haas (VIAG INTERKOM),

3. **TALKLINE GmbH**
Talkline-Platz 1

25388 Elmshorn

vertreten durch die Geschäftsführer Kim Frimer (Vorsitzender der Geschäftsführung) und Frank Schubert,

Beigeladene 2,

- Verfahrensbevollmächtigte:

Raoul Sander und Malte Piekarowitz (Talkline),

4. **Mannesmann Arcor AG & Co.**
Kölner Straße 12

65760 Eschborn,

- Verfahrensbevollmächtigte:
- vertreten durch die Mannesmann Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Dipl.-Ing. Harald Stöber (Vorsitzender), Dipl.-Wirtsch.-Ing Elmar Hülsmann (Stellv. Vorsitzender), Dr. Michael Hann, Bernd J. Kögler (Stellv.), Dr. Volker Ruloff und Karl-Heinz Sötje,

Beigeladene 3,
Thomas Wandres, Ronald Weiss und Karsten Popp (Mannesmann Arcor),
5. **tesion Kommunikationsnetze Südwest GmbH und Co. KG**
Kriegsbergstraße 11

70714 Stuttgart

- Verfahrensbevollmächtigter:
- vertreten durch die Geschäftsführer Stefan Niedermair, Philipp Marquart und Thomas Rehberg,

Beigeladene 4,
Rechtsanwalt Dr. Martin Geppert (Piepenbrock Schuster),
6. **MCI WorldCom Deutschland GmbH**
Solmstraße 73

60486 Frankfurt am Main

- Verfahrensbevollmächtigter:
- vertreten durch den Geschäftsführer Martin Thomas,

Beigeladene 5,
Klaus Winkler (MCI WorldCom Deutschland)

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 01.02.2001 in der Besetzung

Dir. Dipl.-Ing. Kuhrmeyer (Vorsitzender),
ORR Busch (Beisitzer 1) und
RD Funk (Beisitzer 2)

am 21.02.2001 entschieden:

1. Die beantragte Gewährung einer Gutschrift
 - a) in Höhe von 10,- DM für die Beauftragung eines Optionstarif der Antragstellerin für den Sprachtelefondienst über ein elektronisches Auftragsmanagement,
 - b) in Höhe von 20,- DM für die Beauftragung eines Teilnehmeranschlusses der Antragstellerin über ein elektronisches Auftragsmanagement,

wird vorläufig genehmigt.

Optionstarife im Sinne von Buchstabe a) sind die von der Antragstellerin unter der Bezeichnung „AktivPlus“, „AktivPlus Basis“ sowie „Select 5/10“ und „Select 5/30“ vertrieben Produkte.

Teilnehmeranschlüsse im Sinne von Buchstabe b) sind Anschlüsse des Telefonnetzes/ISDN der Antragstellerin, die keine Anschlüsse Business sind.

2. Die vorläufige Genehmigung ist mit folgenden Nebenbestimmungen versehen:
 - a) Sie ist bis zum Ablauf des 31.07.2001 befristet.
 - b) Sie erfolgt unter dem Vorbehalt des Widerrufs.

Gründe

I.

Die Antragstellerin bietet seit dem 01.07.2000 im Rahmen eines Probetriebs die elektronische Bestellung des Optionstarifs „AktivPlus“ an und gewährt dem Kunden für die Wahl dieser Form der Auftragserteilung eine Gutschrift in Höhe von 10,- DM.

Auf der Homepage der Antragstellerin (www.telekom.de/aktivplus) befindet sich eine spezielle Seite, über die die Kunden die Möglichkeit haben, ihre Bestellung abzugeben. Daneben besteht für Kunden ohne Internetzugang die Möglichkeit, eine „elektronische Bestellung“ über einen Sprachserver (Zugangskennzahl 0800 33 03000) abzugeben.

Die Beschlusskammer, die von der Antragstellerin über den Beginn und das Ziel dieses Probetriebs informiert worden ist, hat die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass von einer Entgeltgenehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG auszugehen ist.

Nach Auffassung der Antragstellerin stelle die Gutschrift stellt lediglich eine Zusatzvereinbarung bei Inanspruchnahme eines bestimmten Vertriebsweges dar und betreffe damit nicht das Entgelt für den Sprachtelefondienst. Um die Überleitung des Probetriebs in den Regelbetrieb nicht zu gefährden, werde sie aber - zur Wahrung ihrer Interessen und unter Aufrechterhaltung ihrer anderslautenden Rechtsauffassung - vorsorglich einen Entgeltgenehmigungsantrag stellen.

Nachdem aufgrund dieses Probetriebs die im Rahmen der Einführung auftretenden technischen Probleme identifiziert und beseitigt werden konnten, beabsichtigt die Antragstellerin nun die Bestellung weiterer Produkte in das elektronisches Auftragsmanagement aufzunehmen.

Mit Schreiben (Az.: OWP5-2) vom 12.12.2000 (Eingang: 13.12.2000) hat die Antragstellerin daher - entgegen ihrer anderslautenden Rechtsauffassung zur Wahrung ihrer Interessen - beantragt:

1. Die Gewährung einer Gutschrift in Höhe von 10,- DM für die Beauftragung eines Optionstarifs über ein elektronisches Auftragsmanagement ab dem 01.01.02001 zu genehmigen.
2. Die Gewährung einer Gutschrift in Höhe von 20,- DM für die Beauftragung eines Telefonanschlusses über ein elektronisches Auftragsmanagement ab dem 01.01.02001 zu genehmigen.

Der Antrag wurde am 17.01.2001 im Amtsblatt Nr. 1 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 3/2001 veröffentlicht.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 01.02.2001 ist die Entgeltgenehmigungspflicht der verfahrensgegenständlichen Gutschrift nach § 25 Abs. 1 TKG erörtert worden. Hierzu, d. h. zum Merkmal „Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile Allgemeiner Geschäftsbedingungen“ - für das Angebot von Sprachtelefondienst, haben die Antragstellerin sowie die Beigeladenen 3 und 4 mündlich sowie schriftlich und die Beigeladene 2 schriftlich - im Wesentlichen - folgendes ausgeführt:

Nach Auffassung der Antragstellerin (Stellungnahme vom 06.02.2001) besteht keine Entgeltgenehmigungspflicht.

Eine Entgeltgenehmigungspflicht scheidet aus, denn die verfahrensgegenständliche Gutschrift sei nicht Teil des Entgelts, das als Ausgleich für die Leistung „Sprachtelefondienst“ vom Endkunden erbracht werde.

Als Entgelt werde allgemein die in Geld ausgedrückte Gegenleistung für die Leistung eines Unternehmens definiert.

Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, § 24 Rdnr. 11; Schuster/Stürmer, in Beck'scher TKG-Kommentar, § 24 Rdnr. 9.

Die Entgeltlichkeit fordere hierbei eine besondere rechtliche Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung. Eine Leistung sei nur dann entgeltlich, wenn sie „kraft Gesetz oder kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung rechtlich abhängig ist von einer als Ausgleich aufgefassten eigenen Zuwendung in dem Sinne, dass sie nur zusammen mit dieser endgültig sein soll.“

OLG München, NJW, 1983, 759 (unter Bezugnahme auf den Gemeinsamen Senat für Zivilsachen des Reichsgerichts, RGZ 163, 348 (356)).

Die Gegenleistung müsse also als Ausgleich für eine empfangene Leistung erbracht werden.

OLG München, NJW, 1983, 759.

Das Entgelt für den Sprachtelefondienst müsse dementsprechend als Ausgleich für die empfangene Leistung „Sprachtelefondienst“, genauer: für die hierbei entstehenden Kosten, erbracht werden.

Entgeltrelevante Bestandteile seien diejenigen Bestandteile der AGB, die aus kaufmännischer Sicht die Höhe des eigentlichen Entgelts mitbestimmen.

Manssen, § 25 Rdnr. 5; Schuster/Stürmer, § 25 Rdnr. 7.

Als Bestandteile des eigentlichen Entgelts müssten daher auch sie Teil der Gegenleistung sein, d. h. auch sie als Ausgleich für die empfangene Leistung erbracht werden.

Die verfahrensgegenständliche Gutschrift erfülle diese Voraussetzungen nicht, denn mit ihr sollten nicht Kosten für die Erbringung von Sprachtelefondienst abgegolten bzw. Kosteneinsparungen durch den Einsatz elektronischen Auftragsmanagements abgebildet werden

Vielmehr diene die Gutschrift als Anreizprämie, die die Kunden dazu ermutigen sollte, das elektronische Auftragsmanagement der Antragstellerin stärker in Anspruch zu nehmen. Insoweit sollten von der Antragstellerin bei Kunden festgestellte Hemmschwellen überwunden werden. Die Gutschrift sei damit einer Bonusprämie vergleichbar, wie sie in Form von Sachprämien oder Geldprämien für bestimmte Zwecke des Marketings oder der Anreizsetzung im Wirtschaftsverkehr anzutreffen sei.

Auch aus dem Umstand, dass die Höhe der Gutschrift für die Beauftragung eines Optionsangebots und für die Beauftragung eines Anschlusses unterschiedlich ist, sei ersichtlich, dass der Zweck der Gutschrift gerade unabhängig von den mit dem elektronischen Auftragsmanagement verbundenen Kosten sei (, die in beiden Fällen gleich seien).

Die verfahrensgegenständliche Gutschrift werde auch nicht allein dadurch zu einem entgeltrelevanten Bestandteil, dass sie auf der Rechnung für die Bereitstellung des Optionsangebots bzw. des Anschlusses in Erscheinung trete. Hierfür bedürfe es einer speziellen rechtlichen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung, an der es bei der verfahrensgegenständlichen Gutschrift fehle.

Die Gutschrift sei auf der Rechnung lediglich ein Verrechnungsposten, dem eine gänzlich andere Leistung zugrunde liege als das Angebot von Sprachtelefondienst.

Ließe man dieses Erfordernis des rechtlichen Ausgleichungsverhältnisses entfallen, dann würde über das Tatbestandsmerkmal „entgeltrelevante Bestandteile“ der gesamte Bereich von Werbepremien, Bonusprämien usw. in die Entgeltregulierung einbezogen werden. Für eine solche Ausweitung des Regulierungsrahmens bestehe kein Bedarf, zumal eine rechtliche Kontrolle dieses Bereichs über die Zugabeverordnung und § 1 UWG gewährleistet sei.

Ebenso wenig sei es für die Annahme eines entgeltrelevanten Bestandteils maßgebend, ob die entsprechende Prämie (als Gutschrift) in Geld ausgewiesen sei oder in Form einer Sachprämie erbracht werde.

Sowohl für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise als auch aus Kundensicht könne es keinen Unterschied machen, ob die betreffende Bonusprämie unmittelbar in Geld ausgewiesen sei und ausbezahlt bzw. verrechnet werde oder einen Vermögenswert habe (, wie dies bei Sachprämien der Fall sei).

Ein solcher Ansatz würde im übrigen auch in anderen Fällen zu ähnlich unbefriedigenden Ergebnissen und unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen. So würden Leistungen, die die Antragstellerin dem Kunden als Entschädigung für erlittene Nachteile oder aus Kulanzgründen gutschreibt, in die Genehmigungspflicht einbezogen, obwohl diese offensichtlich nicht in Zusammenhang mit dem Entgelt für das Angebot von Sprachtelefondienst stehen und insbesondere auch nicht den mit dessen Erbringung entstehenden Aufwand ausgleichen sollen.

Nach Auffassung der Beigeladenen 3 (Stellungnahme vom 07.02.2001) ist die Entgeltgenehmigungspflicht gegeben.

Die verfahrensgegenständliche Gutschrift erfülle das Merkmal „Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile“ - für das Angebot von Sprachtelefondienst - im Sinne von § 25 Abs. 1 TKG.

Ein Entgelt sei die in Geld ausgedrückte Gegenleistung für die Nutzung einer Leistung.

Schuster/Stürmer, in Beck'scher TKG-Kommentar, § 24 Rdnr. 9.

Als entgeltrelevant seien solche Bestandteile der Vertragsbedingungen zu verstehen, die aus kaufmännischer Sicht die Höhe des eigentlichen Entgelts mitbestimmen.

Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, TKG § 25 Rdnr. 5.

Der Bedeutungsgehalt dieser Begriffe sei allein nach objektiven Maßstäben zu ermitteln, d. h. aus der zivilrechtlichen Dogmatik zum Synallagma. Ob ein solches vorliegt, richte sich nach dem Willen der beiden Vertragsparteien.

Emmerich, in Münchner Kommentar zum BGB, BGB vor § 320 Rdnr. 17.

Da es sich bei den fraglichen Verträgen um solche auf der Grundlage eines standardisierten Angebots der Antragstellerin handele, komme es für den Inhalt des Vertrages darauf an, wie der objektivierte Empfänger nach seinem Horizont das Angebot der Antragstellerin verstehen darf. Auf die Zweckbestimmung der Antragstellerin komme es dagegen nicht an.

Die Genehmigungspflicht der entgeltrelevanten AGB-Bestandteile stelle einen Auffangtatbestand dar, der sicherstellen soll, dass eine Umgehung der Entgeltgenehmigungspflicht nicht dadurch erfolgen kann, dass durch entsprechende Vertragsgestaltungen die eigentlichen Entgeltregelungen ausgehebelt werden können. Da mit dem Auffangtatbestand gerade Gestaltungsmissbrauch verhindert werden sollte, könne für die Beurteilung des Vorliegens eines entgeltrelevanten Bestandteils nur eine objektive Sichtweise in Betracht kommen. Unterläge dies der Bestimmung durch die Antragstellerin, so könnte diese allein durch ihren Willen den Umfang der Genehmigungspflicht definieren.

Es könne dahingestellt bleiben, ob die verfahrensgegenständliche Gutschrift sich direkt auf das Entgelt auswirkt und daher als Teil der Entgeltregelung unmittelbar verstanden werden kann (negatives Entgelt), oder ob ein entgeltrelevanter AGB-Bestandteil vorliegt.

Bei Annahme eines negativen Entgeltes stehe aus Sicht des objektiven Kunden im Vordergrund, dass die Gutschrift das tatsächliche Entgelt reduziert.

Bei Annahme eines entgeltrelevanten AGB-Bestandteils, d. h. einer das Entgelt reduzierenden Regelung, sei ebenfalls genau dieser Umstand bei der kaufmännischen Beurteilung des Gesamtangebots maßgeblich. Für den Kunden stehe im Vordergrund, dass die zu entrichtenden Entgelte bis zur Aufzehrung der Gutschrift entsprechend reduziert werden.

Ein Entgelt bzw. entgeltrelevanter Bestandteil liege zweifelsfrei vor, wenn es sich um einen Geldbetrag handelt, der unmittelbar auf die Rechnungsbeträge angerechnet wird und der somit die unmittelbar in die zu entrichtenden Rechnungsbeträge konvertiert werden kann.

Ein Entgelt bzw. entgeltrelevanter Bestandteil möge auch dann vorliegen, wenn anstelle einer in einem Geldbetrag ausgedrückten Gutschrift ein Werbegeschenk an den Kunden ausgegeben werden würde. Auf diesen hypothetischen Fall brauche jedoch vorliegend nicht eingegangen werden.

Weiterhin müsse folgender Umstand berücksichtigt werden.

Derzeit handele es sich beim elektronischen Auftragsmanagement um die Ausnahme vom Regelfall des „händischen“ Auftragsmanagements.

Sollte sich zukünftig das elektronische Auftragsmanagement durchsetzen, so würde das um die Gutschrift reduzierte Entgelt das Standardentgelt darstellen, während das derzeit reguläre Entgelt die Ausnahme wäre. In diesem Fall läge es auf der Hand, dass das nun dem Standard entsprechende, reduzierte Entgelt in vollem Umfang der Entgeltregulierung unterläge.

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 4 (Ergänzende Stellungnahme vom 06.02.2001) ist die Entgeltgenehmigungspflicht gegeben.

Das um den Betrag der verfahrensgegenständlichen Gutschrift reduzierte bzw. bereinigte Gesamtentgelt unterfalle der Entgeltregulierung nach § 25 Abs. 1 TKG.

In anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts würden Gutschriften, Geldzuschüsse oder Zuzahlungen des Unternehmers sehr wohl dem zu zahlenden Gesamtentgelt zugeordnet. In wirtschaftlicher Hinsicht stünden sie einem Preisnachlass auf den Normalpreis gleich. Dies sei im Hinblick auf das Rabattgesetz bereits mehrfach gerichtlich so entschieden worden.

Baumbach/Hefermehl, in Wettbewerbsrecht, RabattG § 1 Rdnr. 41.

Entscheidend sei die Auffassung der Verbraucher, an die sich das Angebot richte.

Baumbach/Hefermehl, RabattG § 1 Rdnr. 19.

Es komme nicht darauf an, wie der Unternehmer sein Angebot verstanden wissen möchte, denn der Verbraucher könne die Motivationslage des Unternehmers nicht umfassend erkennen. Für den Verbraucher wirke sich die Gutschrift als Nachlass auf das zu zahlende Entgelt aus.

Sofern man der Auffassung der Antragstellerin folgte, würde die vom Gesetz vorgesehene Entgeltregulierung ihren Sinn verlieren. Es wäre dann möglich, die Entgelte auf dem aktuellen Niveau zu belassen und eine Fülle von zweckbestimmten Gutschriftpositionen einzuführen.

Auf die Stellungnahmen der Beigeladenen 3 und 4 hat die Antragstellerin (Ergänzende Stellungnahme vom 08.02.2001) - im Wesentlichen - Folgendes erwidert:

Festzuhalten sei, dass die Beigeladene 3 im Kern mit ihr darüber übereinstimme, dass das Vorliegen eines Entgeltes maßgeblich von einer entsprechenden rechtlichen (synallagmatischen) Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung abhängig ist.

Diese rechtliche Verknüpfung sei nichts anderes als eine spezifische Zweckbestimmung, der eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zugrunde liege. Diese Willenserklärung sei nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) ausgehend vom subjektiven Willen des Erklärenden zu ermitteln, weshalb es info-

fern nicht auf einen rein objektiven Maßstab ankomme. Vielmehr sei der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verpflichtet, unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit zu prüfen, was der Erklärende - vorliegend die Antragstellerin - gemeint hat.

BGH, NJW 1981, 2296.

Bei Anwendung dieses Maßstabes für die Beurteilung der Zweckbestimmung der verfahrensgegenständlichen Gutschrift ergebe sich, dass der Erklärungsempfänger diese Gutschrift - nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände - nicht als Teil des Entgelts für das Angebot von Sprachtelefondienst, d. h. als zur Ausglei- chung des Aufwands für die Erbringung von Sprachtelefondienst gedachte Zahlung, verstehen durfte.

Dies ergebe sich ohne weiteres aus der als Anlage 1 zur Stellungnahme der Beigeladenen 3 beigefügten AktivPlus-Werbeunterlage der Antragstellerin. Darin sei die Gutschrift für die Bestellung über elektronisches Auftragsmanagement nicht in der Liste der Verbindungspreise aufgeführt. Vielmehr befinde sich dort folgender gesonderte Zusatz:

„AktivPlus über das Internet bestellen und 10,- DM sparen. Wenn Sie AktivPlus unter www.telekom.de/aktivplus bestellen, schreiben wir Ihnen 10,- DM auf Ihre Telefonrechnung gut.“

Nach dem Erklärungswert dieser Werbeanzeige stehe die Gutschrift in unmittelbarem Zusammenhang mit der Bestellung über elektronisches Auftragsmanagement und diene damit erkennbar nicht dem Ausgleich des für die Erbringung des Sprachtelefondienstes verbundenen Aufwands.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 4 sei nicht jede Form der Zuzahlung als Preisnachlass und damit als entgeltrelevanter Bestandteil anzusehen. Ein Preisnachlass im Sinne von § 1 RabattG müsse ebenso wie der normalerweise erhobene Preis (Normalpreis) die Voraussetzung eines Entgelts für die betreffende Leistung erfüllen, was vorliegend nicht der Fall sei.

Die betreffende Zuzahlung sei kein Preisnachlass und damit auch nicht entgeltrelevanter Bestandteil im Sinne von § 25 Abs. 1 TKG.

Dies folge aus der bei Baumbach/Hefermehl, RabattG § 1 Rdnr. 41, zitierten Entscheidung, auf die die Beigeladene 4 nicht eingegangen sei. Das dort zitierte OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 938 habe im Urteil (U 94/88) vom 12.10.1989 insofern folgendes ausgeführt:

„Der Klägerin ist im Ausgangspunkt auch darin zu folgen, daß ein Preisnachlass auch in der Form von Zuzahlungen gewährt werden kann. Ein Rabattverstoß kommt aber nur dann in Betracht, wenn es sich bei der umstrittenen Zuwendung um eine Preisminderung handelt und nicht etwa um ein Entgelt, das dem Kunden für eine Leistung gewährt wird, die er für das das Entgelt auslobende Unternehmen erbringt.“

Hiernach diene die Zuzahlung dann nicht der Ausglei- chung des mit der Erbringung der Unternehmerleistung verbundenen Aufwands und sei kein Preisnachlass, wenn sie nach der maßgeblichen rechtlichen Verknüpfung die Gegenleistung für eine Leistung des Kunden ist. Ebenso verhalte es sich im vorliegenden Fall. Die Gut-

schrift sei eine Zuzahlung für eine - anderweitige Kundenleistung, nämlich die Bestellung über elektronisches Auftragsmanagement.

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 2 (Stellungnahme vom 09.02.2001) ist die Entgeltgenehmigungspflicht gegeben.

Bei der verfahrensgegenständlichen Gutschrift handele es sich um Entgelte bzw. entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Sprachtelefondienst gemäß § 25 Abs. 1 TKG.

Mit der Gewährung der Gutschrift für den elektronischen Vertriebsweg biete die Antragstellerin neue Produkte an, denen Entgelte von den über den herkömmlichen Vertriebsweg beauftragten Produkten abweichen.

Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen, dass der verfahrensgegenständlichen Gutschrift eine gänzlich andere Leistung als das Angebot von Sprachtelefondienst zugrunde liegt, wäre es der Antragstellerin möglich, ohne Genehmigung sämtliche nach § 25 Abs. 1 TKG regulierten Sprachtelefondienstentgelte durch die Einführung von Gutschriften (für z. B. Vieltelefonierer, kinderreiche Familien, Langzeitkunden) abzuändern und damit die Genehmigungspflicht des § 25 Abs. 1 TKG zu unterlaufen.

Soweit die Antragstellerin vorträgt, für eine Ausweitung des Regulierungsrahmens auf Werbepremien, Bonusprämien und dergleichen bestehe keine Bedarf, da eine rechtliche Kontrolle über das allgemeine Wettbewerbsrecht gewährleistet sei, verkenne sie zweierlei:

Zum einen handele es sich vorliegend nicht um eine „Ausweitung“ des Regulierungsrahmens, da die verfahrensgegenständliche Gutschrift als Entgelt im Sinne der §§ 25 ff. TKG zu qualifizieren seinen und damit wegen der marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin qua Gesetz der Entgeltregulierung unterliege. Hinzu komme, das der Gesetzgeber die entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragstellerin für das Angebot von Sprachtelefondienst den „Entgelten“ im Sinne der §§ 24 ff. gleichgestellt habe. Damit sei zum Ausdruck gebracht worden, dass Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die aus kaufmännischer Sicht „Auswirkungen auf den Preis haben“

(Schuster/Stürmer, in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 25 Rdnr.7),

ebenfalls der Entgeltregulierung ex ante unterfallen sollten, soweit sie sich auf Sprachtelefondienstleistungen bezögen. Mit dieser gesetzlichen Festlegung des Regulierungstatbestandes könne jeder Streit über die Auslegung des Begriffs „Entgelt“ dahinstehen, da sämtliche Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die aus Kunden- und Marktsicht Einfluss auf den Preis eines Produktes haben, unter die Regulierungsbestimmungen des § 25 Abs. 1 TKG zu subsumieren seinen.

Zum anderen vermöge das allgemeine Wettbewerbsrecht die Genehmigungserfordernisse des TKG nicht außer Kraft zu setzen. Sinn und Zweck der Regulierungsvorschriften des 3. Teils des TKG sei es, Unternehmen, die über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfügen, einer hoheitlichen ex ante-Preisregulierung zu unterwerfen. Das Wettbewerbsrecht stelle vergleichbare Ermächtigungsgrundlagen nicht bereit. Ein wie auch immer geartetes Subsidiaritätsverhältnis zwischen der Entgeltregulierung nach dem TKG und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht gäbe es insoweit nicht.

Zur Genehmigungsfähigkeit der verfahrensgegenständlichen Gutschrift haben die Antragstellerin sowie die Beigeladnen 2 bis 4 - im Wesentlichen - Folgendes ausgeführt:

Nach Auffassung der Antragstellerin (Antrag von 12.12.2000) ist verfahrensgegenständliche Gutschrift genehmigungsfähig.

Nach Auffassung der Beigeladenen 3 (Stellungnahme vom 07.02.2001) ist die beantragte Genehmigung zu versagen.

Eine Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sei nicht ersichtlich. Aus den widersprüchlichen Angaben der Antragstellerin (Antrag, öffentliche mündliche Verhandlung, Stellungnahme vom 06.02.2001) ergebe sich vielmehr, dass nicht einmal sie selbst sich darüber klar sei, ob und in welchem Maße Kosteneinsparungen durch das elektronische Auftragsmanagement erfolgten. Insoweit bestünden zumindest begründete Zweifel daran, dass sich die nach Gewährung der verfahrensgegenständlichen Gutschrift verbleibenden Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierten.

Vielmehr liege die Vermutung nahe, dass diese Entgelte entweder unzulässige Aufschläge oder unzulässige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 TKG enthalten.

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 4 (Stellungnahmen vom 31.01. und 06.02.2001) ist die beantragte Genehmigung nach § 27 Abs. 3 TKG zu versagen.

Zum einen liege ein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vor, denn der verfahrensgegenständlichen Gutschrift komme die Wirkung einer generellen Tarifabsenkung zu. Die Optionstarife der Antragstellerin beeinträchtigten bereits derzeit - aufgrund der Entgeltstruktur - die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen.

Eine weitere Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen sei darin begründet, dass die Antragstellerin gegenüber ihren Endkunden sehr weitgehend auf das Schriftformerfordernis bzw. die Kundenunterschrift verzichte, während Wettbewerber für jeden Preselection- oder Portierungsauftrag ihr gegenüber einen schriftlichen Kundenauftrag nachweisen müssten.

Zum anderen liege auch ein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG vor, denn die beantragte Entgeltmaßnahme beinhalte eine diskriminierende Wirkung im Hinblick auf Vorleistungsmärkte. Insbesondere könnten Teilnehmernetzbetreiber bei der Antragstellerin den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nicht über ein elektronisches Auftragsmanagement und gegen Gewährung einer Gutschrift beauftragen.

Ferner liege auch ein Verstoß gegen das - derzeit noch geltende - Rabattgesetz vor, das eine andere Rechtsvorschrift im Sinne von § 27 Abs. 3 TKG darstelle.

Nach § 1 RabattG dürften Preisnachlässe (Rabatte) nur nach Maßgabe des Rabattgesetzes angekündigt und gewährt werden. Die verfahrensgegenständliche Gutschrift sei weder ein Barzahlungsnachlass (§ 4 RabattG), noch ein Mengennachlass (§§ 7 und 8 RabattG), noch ein Sondernachlass (§ 9 RabattG).

Im Übrigen habe die Antragstellerin insoweit, wie sie die Gutschrift in Höhe von 10,- DM für die Bestellung des Optionstarifs „AktivPlus“ über das elektronische Auftragsmanagement bereits beworben und gewährt habe, gegen § 29 TKG und § 29 Abs. 2 TKV verstoßen.

Hierdurch seien die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen zusätzlich gefährdet worden. Dem Nutzer werde auf den Internet-Seiten der Antragstellerin nicht mitgeteilt, dass eine Bestellung von AktivPlus - ohne Kundenunterschrift und folglich mit der Gefahr von „Slamming“! - die „Preselection Deutsche Telekom“ des Teilnehmeranschlusses zur Folge habe.

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 2 (Stellungnahmen vom 09.02.2001) ist die beantragte Entgeltmaßnahme nicht genehmigungsfähig.

Die beantragte Genehmigung sei zu versagen, weil die Entgelte den Anforderungen des § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG und des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG offenkundig nicht entsprechen.

Die Genehmigung sei schon deshalb zu versagen, weil keine kostenorientierte Preisbildung erfolge. Die Antragstellerin räume selbst ein, dass sich die verfahrensgegenständliche Gutschrift nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiere. Sie beabsichtige, Gutschriften in unterschiedlicher Höhe in Abhängigkeit von dem jeweils beauftragten Produkt anstatt in Abhängigkeit von der jeweiligen (angeblichen) Kosteneinsparung zu gewähren.

Es lägen auch Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vor. Auf den Markt der Sprachtelefonanschlüsse verfüge die Antragstellerin über einen Marktanteil von zur Zeit etwa 98,5 %. Das monatlichen Endkunden-Entgelt für einen Standardtelefonanschluss (Analoganschluss) unterschreite das monatliche Entgelt, das die Wettbewerber der Antragstellerin für die Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung zu entrichten habe. Die Preis-Kosten-Schere - zwischen den Endkunden-Entgelten und den Entgelten, die die Wettbewerber für das Vorprodukt für die Bereitstellung eines Telefonanschlusses entrichten müssen, - würde weiter vergrößert, wenn der Antragstellerin weitere Abschläge auf die - genehmigten - Sprachtelefonatarife gestattet würden.

Zwei Wettbewerber der Antragstellerin haben - unter dem 09.02. und 14.02.2001 - zur beantragten Entgeltmaßnahme schriftlich Stellung genommen und hierbei im Wesentlichen - mit den Argumenten der Beigeladenen 2, 3 und 4 - die Genehmigungspflicht bejaht und die Genehmigungsfähigkeit verneint.

Mit Schreiben vom 15.02.2001 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 82 Satz 3 TKG gegeben worden.

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

II.

Die Erteilung der vorläufigen Genehmigung (Ziffer 1 des Tenors) beruht auf § 78 TKG i. V. m. § 25 Abs. 1 TKG.

Die Beschlusskammer geht - in Bezug auf die verfahrensgegenständliche Gutschrift - bis auf Weiteres - vom Bestehen der Entgeltgenehmigungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 TKG aus.

Die Angebote „Teilnehmeranschlüsse“ und „Optionstarife“ sind Angebote von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG i. V. m. § 3 Nr. 15 TKG. Die An-

tragstellerin verfügt auf dem jeweils entsprechenden Markt auch über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 2 GWB.

Die Frage, ob es sich bei der verfahrensgegenständlichen Gutschrift um Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile Allgemeiner Geschäftsbedingungen - für das Angebot von Sprachtelefondienst - handelt, ist zwischen den Beteiligten strittig und hat sich von der Beschlusskammer bis zum Ablauf der Entscheidungsfrist am 21.02.2001 nicht zweifelsfrei beantworten lassen.

Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass - nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung - noch weitere Stellungnahmen, sowohl seitens der Beteiligten als auch seitens noch nicht Beteiligter, eingegangen sind.

Die verbleibenden Zweifel haben die Beschlusskammer veranlasst, die verfahrensgegenständliche Gutschrift ohne Nachweis der tatsächlichen, jeweils produktspezifischen Kosteneinsparung durch die Antragstellerin und ohne ein Abstellen auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vorläufig zu genehmigen.

Mit der vorläufigen Genehmigung wird sowohl dem Interesse der Antragstellerin, die verfahrensgegenständliche Gutschrift zu gewähren, als auch dem öffentlichen Interesse der Entgeltregulierung Rechnung getragen. Insbesondere wird - zeitlich begrenzt - Rechtssicherheit sowohl für die Beteiligten als auch für nicht Beteiligte geschaffen.

Die Nebenentscheidung (Ziffer 2 des Tenors) beruht auf § 36 Abs. 2 Nr. 1 und 3 VwVfG und verdeutlicht, dass es sich bei der Hauptentscheidung um eine vorläufige Regelung handelt.

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 beigelegt 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.

Kuhrmeyer
(Vorsitzender)

Busch
(Beisitzer)

Funk
(Beisitzer)