



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 02/022

B e s c h l u s s

Geschwärzte Fassung

- enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin und der Beigeladenen -

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Genehmigung der Abrechnung von Fahr- und Arbeitsleistungen bei der erstmaligen Einrichtung der TAE für einen analogen Anschluss nach Aufwand bei „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“

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

- Antragstellerin -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redeker, Sellner, Dahs, und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn,

Beigeladene:

1. Arcor AG & Co, vertreten durch die Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Kölner Straße 3a, 65760 Eschborn,

- Beigeladene 1 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Roland Weiss und Corinna Hötzl (Arcor),

2. COLT TELECOM GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Uta Gottschalk und Frau Sabine Hennig (COLT),

3. HanseNet Telekommunikation GmbH, Hammerbrookstraße 63, 20097 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

Behördensitz
Bonn
Tulpenfeld 4
53113 Bonn
☎ (02 28) 14-0

Telefax
(02 28)
14-88 72

X.400
S=poststelle
P=regtp
A=bund400
C=de

E-Mail
poststelle@regtp.de
Internet
<http://www.regtp.de>

Kontoverbindungen
Bundeskasse Bonn
Landeszentralbank Bonn
(BLZ 380 000 00)
Konto-Nr. 380 010 60

Bundeskasse Bonn
Postbank Köln
(BLZ 370 100 50)
Konto-Nr. 119 00-505

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Dr. Fiebig und Herr Mundt (HanseNet),

4. NEFkom Telekommunikation GmbH & Co KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Spittler-
torgraben 13, 90429 Nürnberg,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Jörn Schoof und Frau Gabriele Schams (NEFkom),

5. BT Ignite GmbH & Co, vertreten durch die Geschäftsführung, Eisenheimerstraße 11, 80260
München,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Felix Müller und Herr Peter Seufert-Heyne (BT Ignite),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer
den Regierungsdirektor Rainer Busch
den Regierungsrat z.A. Jörg Lindhorst

(Vorsitzender),
(Beisitzer 1) und
(Beisitzer 2)

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 31.10.2002

am 26.11.2002 beschlossen:

Die beantragte Änderung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“ wird
versagt.

Gründe:

I.

Gemäß § 25 Abs. 1 TKG unterliegen die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Telekom AG als marktbeherrschendem Unternehmen für Sprachtelefondienstleistungen einer ex-ante-Regulierung. Dabei erfolgt die Genehmigung der Entgelte durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post nach § 27 Abs. 1 TKG entweder auf der Grundlage der auf eine einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (Einzelgenehmigungsverfahren) oder auf der Grundlage vorgegebener Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen (Price-Cap-Verfahren).

Mit Beschluss BK 2c 01/009 vom 21.12.2001 hat die Beschlusskammer die Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung für den Zeitraum vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2004 festgelegt. Danach findet auf die Optionsangebote der Antragstellerin im Sprachtelefondienst das Einzelgenehmigungsverfahren Anwendung.

Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile für die Optionsangebote „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“ wurden zuletzt mit Beschluss BK 02/013 befristet bis zum 30.04.2003 genehmigt.

Mit Schreiben vom 25.09.2002 hat die Antragstellerin beantragt,

1. die Änderung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Optionstarife „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“ gemäß den als Anlagen beigefügten Preislisten „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“ mit Wirkung zum 01.11.2002 zu genehmigen.

Für den Fall, dass eine Entscheidung bis zum 21.10.2002 nicht getroffen werden kann, hat die Antragstellerin des weiteren beantragt,

2. die unter Punkt 1 beantragte Tarifmaßnahme zum 01.11.2002 vorläufig zu genehmigen.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 16.10.2002 im Amtsblatt Nr. 20/2002 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 458/2002 veröffentlicht.

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

Es sei zukünftig auch bei den Optionsangeboten „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“ beabsichtigt, die im Rahmen der Installation der ersten Telekommunikations-Anschluss-Einheit (1. TAE) anfallenden Service-Leistungen bei der erstmaligen Bereitstellung eines analogen An-

schlusses nach Aufwand abzurechnen.

Hierdurch solle eine Bevorzugung der BusinessCall-Kunden und eine damit verbundene Ungleichbehandlung gegenüber anderen Kunden vermieden werden. Bisher sei die erstmalige Installation einer TAE auch bei den BusinessCall-Optionstarifen von der aufwandsgerechten Bepreisung ausgenommen worden. Diese Ausnahme solle künftig entfallen.

Die aufwandsbezogene Abrechnung der Installation der 1. TAE für den analogen Anschluss bei den BusinessCall-Optionsangeboten entspreche den Maßstäben des § 24 TKG und sei damit genehmigungsfähig.

Das beantragte aufwandsbezogene Entgelt beinhalte keine unzulässigen Aufschläge. Das Vorliegen unzulässiger Aufschläge könne bereits deshalb ausgeschlossen werden, weil bei der erstmaligen Bereitstellung eines ISDN-Anschlusses für die gleichen Leistungen im Rahmen der Inhouse-Verkabelung (Fahrt- und Arbeitsleistungen) die aufwandsbezogene Entgeltposition bereits entsprechend der Preisliste „sonstige Dienstleistungen“ in Rechnung gestellt werde. Die Tarifierung für die erstmalige Bereitstellung der TAE beim analogen Anschluss in Anpassung an die Tarifierung beim ISDN-Anschluss müsse konsequenterweise ebenfalls genehmigungsfähig sein. Im übrigen werde auf die Begründung des Genehmigungsantrages in dem Verfahren BK 2a 02/018 verwiesen.

Die Beschlusskammer hat die Antragstellerin im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens BK 2a 02/018 mit Schreiben vom 14.10.2002 darauf hingewiesen, dass als Entgelte im Sinne von § 25 Abs. 1 TKG nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen, insbesondere des Schutzes der Kunden vor einem Preishöhenmissbrauch, grundsätzlich nur kalkulierte, einheitliche Entgelte in Betracht kommen können. Da die beabsichtigte Änderung der Tarifstruktur zur Folge hätte, dass die im Zusammenhang mit der Bereitstellung des T-Net Anschlusses zu erbringenden Leistungen zumindest teilweise der gesetzlich vorgesehenen Entgeltkontrolle entzogen werden, müsse die beantragte Entgeltgenehmigung voraussichtlich versagt werden.

Die Antragstellerin hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 31.10.2002 auf ihre Äußerungen im Verfahren BK 2a 02/018 Bezug genommen.

Danach enthalte das TKG keinerlei Vorgaben, wonach Entgelte nach Aufwand ausgeschlossen seien. Eine Pauschalisierung sei insbesondere dann nicht verursachungsgerecht, wenn bei den Kosten eine große Streubreite vorzufinden sei. Dies sei vorliegend der Fall, da im Wesentlichen Stundensätze und Fahrleistungen in die Kalkulation des Entgeltes einfließen. Darüber hinaus stelle die Abrechnung nach Aufwand eine im Wirtschaftsleben durchaus übliche Tarifierungsform dar.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 18.11.2002 Gelegenheit gegeben, sich gemäß § 82 S. 4 TKG zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Das Bundeskartellamt hat diesbezüglich mit Schreiben vom 25.11.2002 mitgeteilt, dass es dem Entscheidungsentwurf der Beschlusskammer zustimme.

Die Antragstellerin hat sich mit Schreiben vom 22.11.2002 ergänzend zur beantragten Tarifmaßnahme geäußert und insbesondere die nach ihren Angaben erforderlichen administrativen Arbeiten und Kosten bei der Bereitstellung der ersten TAE dargestellt.

Danach könne das einmalige Entgelt von 44,45 € (netto) für Bereitstellung des analogen Anschlusses keinesfalls die Kosten für Arbeiten in den Räumen des Kunden bei der erstmaligen Bereitstellung der DTAG abdecken.

Aufgrund der Vielzahl der denkbaren Fallkonstellationen halte die Antragstellerin die Festlegung eines Pauschalentgelts auch weiterhin weder für sachgerecht noch für sinnvoll. Wollte man dennoch das Entgelt, welches dem Kunden für entsprechende Arbeiten nach Aufwand in Rechnung gestellt werden könne, für einen [REDACTED]

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

II.

Die Entscheidung beruht auf §§ 24, 25 Abs. 1, 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i. V. m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG.
- b) Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 28 Abs. 2 TKG. Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 05.11.2002 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 04.12.2002.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 18.11.2002 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die beantragte Entgeltmaßnahme unterliegt der Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG.

- a) Es handelt sich insoweit um eine Änderung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“. Die Optionsangebote enthalten insoweit Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienstes im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG, welche bereits mehrfach genehmigt worden sind.
- b) Die Antragstellerin verfügt auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Die Entwicklung der Marktanteile der Antragstellerin und ihrer Wettbewerber zeigt, dass die

marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin nach wie vor besteht.

Zum einen erfüllt die Antragstellerin den Vermutungstatbestand des § 19 Abs. 3 GWB. So verfügt die Antragstellerin für die Märkte Teilnehmeranschlüsse, Orts- und Nahverbindungen (City-Verbindungen) sowie Fernverbindungen sowohl gemessen an den Umsatzerlösen als auch an den Verbindungsminuten jeweils über Marktanteile von über 60% in den Jahren 2000 und 2001. Insbesondere bei den Teilnehmeranschlüssen sowie den Orts- und Nahverbindungen (City-Verbindungen) liegen die Marktanteile über 90%. Außerdem zeigt die Verteilung der Marktanteile einen zersplitterten Restmarkt. Die nächstgrößeren Wettbewerber haben im Bereich Fernverbindungen Marktanteile von höchstens 10% für die Jahre 2000 und 2001 (auf Basis von Umsatz und Verbindungsminuten).

Zum anderen ergibt sich aus einer wertenden Gesamtschau nach den Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB kein erkennbarer Abbau einer marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin. Die Antragstellerin verfügt in den genannten Märkten derzeit jeweils noch über sehr hohe Marktanteile. Sie besitzt darüber hinaus über gegenüber allen Wettbewerbern erhebliche Marktanteilsvorsprünge. In Bezug auf die Finanzkraft, den Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sind wesentliche Vorteile zwar nicht zu erkennen. Für die Wettbewerber bestehen insoweit auch keine wesentlichen Marktzutrittsschranken. Entscheidend ist aber, dass die Antragstellerin derzeit in Bezug auf ihren wettbewerblichen Verhaltensspielraum aufgrund der vorzufindenden Marktstruktur, die insoweit geprägt ist durch einen dominanten Anbieter und einen zersplitterten Restmarkt, keiner ausreichenden Kontrolle durch den Wettbewerb ausgesetzt ist.

Für den Bereich der Auslandsverbindungen liegen derzeit noch keine Erkenntnisse vor, die eine marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin in Frage stellen könnten. Die Beschlusskammer behält sich jedoch vor, diese Frage nach Abschluss der aktuell laufenden Untersuchungen für Auslandsverbindungen einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

3. Verfahrensart

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG genehmigt die Regulierungsbehörde Entgelte nach § 25 Abs. 1 TKG entweder im Einzelgenehmigungsverfahren auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung oder im Price-Cap-Genehmigungsverfahren auf der Grundlage der vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittliche Änderungsrate der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen.

Eine unmittelbare Anwendung des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend aus, da aufgrund der Entscheidung der Beschlusskammer zur Zusammenfassung von Dienstleistungen und Bildung von Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002 vom 21.12.2001 (Az. BK 2c 01/009) lediglich die Standardtarife der Antragstellerin in entsprechenden Warenkörben erfasst wurden.

Daher sind im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG heranzuziehen. Allerdings ist insoweit auch die grundsätzliche Geltung der „Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002“ zu beachten.

4. Genehmigungsvoraussetzungen

a) Aufwandsbezogene Abrechnung

Die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG sind vorliegend nicht erfüllt. Danach muss die Genehmigung dann versagt werden, wenn die in dem Angebot enthaltenen Entgelte nicht den Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG einhalten, bzw. offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 TKG nicht entsprechen oder wenn sie mit dem TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

Nach ständiger Spruchpraxis der Regulierungsbehörde können dabei als Entgelte im Sinne von § 25 Abs. 1 TKG nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen, insbesondere des Schutzes der Kunden vor einem Preishöhenmissbrauch, grundsätzlich nur kalkulierte, einheitliche Entgelte in Betracht kommen (vgl. Beschl. BK 3b 99/034 vom 24.04.2000, BK 4d 02/005 vom 31.01.2002 und Spoerr in Trute/Spoerr/Bosch § 24 Rn 13). Eine Genehmigung nach individuellem Aufwand käme als Ausnahmefall allenfalls dann in Betracht, wenn eine einheitliche, standardisierte Festlegung der zur Leistungserbringung erforderlichen Tätigkeiten nicht möglich wäre (vgl.: Beschl. BK 3b 99/034 vom 24.04.2000, BK 4d 02/005 vom 31.01.2002 und Spoerr in Trute/Spoerr/Bosch § 24 Rn 13).

Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Gründe, die das Abweichen von einem standardisierten Entgelt ausnahmsweise rechtfertigen könnten, sind im Falle der Erstinstallation der TAE jedoch nicht erkennbar. Weder handelt es sich insoweit um eine bislang noch nicht angebotene Dienstleistung, bei der eine Standardisierung aufgrund fehlender Erfahrungswerte noch nicht möglich ist, noch um eine Dienstleistung, die sich beispielsweise aufgrund individueller Sonderwünsche des Kunden überhaupt nicht pauschal kalkulieren ließe. So sollen nach dem Vortrag der Antragstellerin die im Falle der Installation der 1. TAE anfallenden Fahrleistungen ohnehin pauschal abgerechnet werden. Auch die dem Antrag in dem Entgeltgenehmigungsverfahren BK 2a 02/018 beigefügte Übersicht der Antragstellerin über die denkbaren Fallkonstellationen im Hinblick auf Arbeiten in den Räumen des Kunden bei der Bereitstellung zeigt, dass eine Pauschalisierung grundsätzlich möglich ist. Ob die Antragstellerin dabei aus Gründen der Kostengerechtigkeit zwischen der Bereitstellung der 1. TAE in Einfamilienhäusern und Mehrfamilienhäusern unterscheiden möchte oder nicht, bleibt ihrer unternehmerischen Entscheidung überlassen. Denkbar ist insoweit auch, dass die Antragstellerin in ihrer zukünftigen Entgeltgestaltung berücksichtigt, ob in den Räumen des Kunden bereits ein Leerrohr oder sogar eine Innenhausverkabelung vorhanden ist.

Die vorliegend von der Antragstellerin beabsichtigte Änderung der Tarifstruktur hätte jedoch zur Folge, dass die im Zusammenhang mit der Bereitstellung des T-Net Anschlusses zu erbringenden Leistungen zumindest teilweise der gesetzlich vorgesehenen Entgeltkontrolle entzogen würden. Im Übrigen wäre auch § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV) zu beachten.

Insofern bestand für die Beschlusskammer keine andere Möglichkeit, als die beantragte Entgeltgenehmigung für die Installation der ersten TAE nach Aufwand zu versagen.

b) Ausschluss der Preselection-Möglichkeit

Wie bereits in der Entscheidung über die Genehmigung der Optionsagenbote „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“ vom 25.09.2001 (Az. BK 2c 01/014) sowie zuletzt in der Entscheidung vom 24.07.2002 (Az. BK 2a 02/013) festgestellt, stellt der in Ziffer 2.1 der zur Genehmigung vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen „BusinessCall 300, 500, 550 und 700“ konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen

Verbindungsnetzbetreiber eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen dar, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit erfüllt darüber hinaus den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, da die insoweit marktbeherrschende Antragstellerin Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Begründungen zu den genannten Entscheidungen verwiesen.

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 (§ 80 Abs.2 TKG).

Kuhmeyer

Busch

Lindhorst