



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 03/022

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Genehmigung von Änderungen der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“

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

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

Beigelandene:

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

- Beigelandene 1 -

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

2. HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführung,
Hammerbrookstraße 63, 20097 Hamburg,

- Beigelandene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Wilke und Herr Mundt (HanseNet),

3. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Oberländer
Ufer 180 – 182, 50968 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,

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

Telefax Bonn
(02 28) 14-88 72

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

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

Kontoverbindung
Bundeskasse Trier
BBk Trier
(BLZ 585 000 00)
Konto-Nr. 585 010 03
oder 585 010 05

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Dirk Grewe (VATM),

4. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Landstraße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Matthias Büning und Frau Andrea Weißenfels (EWE TEL),

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

- Beigeladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Ellen Posch und Frau Sabine Hennig (COLT),

6. NEFkom Telekommunikation GmbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg,

- Beigeladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Jörn Schoof (NEFkom),

7. 01051 Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Piepenbrock & Schuster, Achenbachstraße 73, 40237 Düsseldorf,

8. Tele2 Telecommunication Services GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, In der Steele 39a, 40599 Düsseldorf,

- Beigeladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Velten, Franz, Jakoby, Kaistraße 20, 40221 Düsseldorf,

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer (Vorsitzender),

den Regierungsdirektor Rainer Busch
den Regierungsrat z.A. Jörg Lindhorst

(Beisitzer 1) und
(Beisitzer 2)

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 06.11.2003

am 19.11.2003 beschlossen:

1. Die mit Wirkung zum 01.12.2003 beantragten neuen Verbindungsentgelte für Auslandsverbindungen in den Optionsangeboten „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ gemäß den als Anlage 1 beigefügten Preislisten „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ werden genehmigt.
2. Die beantragte Anwendung der nach Maßgabe des Antrags zu Ziffer 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ wird genehmigt.
3. Soweit die Genehmigung das Optionsangebot „AktivPlus xxl (neu)“ betrifft, wird sie bis zum 30.06.2004 befristet. Im übrigen wird sie bis zum 30.09.2004 befristet.
4. Die beantragte Genehmigung der Änderung von Punkt 2.1 der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ (- Preselection-Ausschluss -) wird versagt.

G r ü n d e :

I.

Die Antragstellerin bietet als Inhaberin einer bundesweiten Lizenz Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 auf der Basis eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes an. Neben den Standardtarifen umfasst das Angebot der Antragstellerin unter anderem auch die Optionstarife „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl neu“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“.

Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ der Antragstellerin wurden zuletzt mit Beschluss BK 2a 03/002 vom 11.04.2003 von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post befristet bis zum 30.09.2004 genehmigt. Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus xxl (neu)“ wurde erstmalig mit Beschluss BK 2a 03/012 vom 02.09.2003 befristet bis zum 30.06.2004 genehmigt. Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ wurde ebenfalls erstmalig mit Beschluss BK 2a 03/018 vom 10.10.2003 befristet bis zum 30.09.2004 genehmigt.

Mit Schreiben vom 18.09.2003 hat die Antragstellerin gemäß § 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG beantragt,

1. die neuen Auslandspreise für „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ gemäß den als Anlage 1 beigefügten Preislisten „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ zum 01.12.2003 zu genehmigen,
2. die Voreinstellung auf die Deutsche Telekom AG als Verbindungsnetzbetreiber gemäß den als Anlage 2 beigefügten AGB „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ zu genehmigen,
3. die Anwendung der nach Maßgabe des Antrags zu Ziffer 1 und 2 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ zu genehmigen.

Der Antrag beinhaltet im Wesentlichen die Aufnahme von 12 neuen Zielländern in die Preislisten „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ sowie eine Absenkung der Preise für Auslandsverbindungen in 11 bereits in den genannten Preislisten enthaltenen Zielländer:

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 08.10.2003 im Amtsblatt Nr. 20/2003 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 316/2003 veröffentlicht. Zur Begründung ihres Antrags hat die Antragstellerin im wesentlichen folgende Ausführungen gemacht.

Die Wettbewerbssituation auf dem Markt für Auslandsverbindungen habe seit 2002 an Intensität zugenommen. Auswirkung dessen sei das Sinken des Preisniveaus für Auslandsverbindungen. Die im Rahmen der Tarifoption angebotenen Auslandsverbindungen sollten daher an die allgemeine Preisentwicklung angepasst werden. Mit Beschluss vom 12.09.2003 (BK 2a 03/014) habe die Regulierungsbehörde entsprechende Auslandspreismaßnahmen bereits in den „BusinessCall“-Optionstarifen der Antragstellerin genehmigt. Von den nunmehr beantragten Tarifmaßnahmen seien die „AktivPlus“-Optionen, welche gegenüber den Standardverbindungen vergünstigte Auslandsverbindungen enthielten, betroffen. Die neuen Entgelte sollen ab dem 01.12.2003 gelten.

Insgesamt seien von den Preismaßnahmen Verbindungen in 23 Länder betroffen. Für 11 der bereits in den „AktivPlus“-Optionsangeboten enthaltenen Auslandsverbindungen sollten die Preise gesenkt werden. Hierbei handele es sich um Griechenland, Kasachstan, Kroatien, Polen, Russland, die Slowakische Republik, Slowenien, Tschechien, die Ukraine, Ungarn, und Weißrussland.

Zusätzlich sollen 12 neue Zielländer in die Optionsangebote aufgenommen werden, bei denen der Preisabstand zum Marktpreis besonders hoch sei. Hierbei handele es sich um Bosnien, Brasilien, Bulgarien, Estland, Iran, Israel, Lettland, Litauen, Mazedonien, Mexiko, Rumänien und die VR China.

Die geplanten Preismaßnahmen entsprächen den Maßstäben des § 24 Abs. 2 TKG und seien daher genehmigungsfähig.

Ein Preishöhenmissbrauch i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG könne bereits deshalb ausgeschlossen werden, weil es sich bei den geplanten Auslandspreismaßnahmen durchgängig um

Tarifsenkungen handele. Die optionalen Verbindungspreise seien gegenüber den Standardpreisen der Antragstellerin reduziert.

Ebenso wenig lägen unzulässige Abschläge gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vor. Hier sei zunächst zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin im Vorleistungsbereich für die Interconnection-Leistung O.1 über keine marktbeherrschende Stellung verfüge und diese Leistung damit keiner Genehmigungspflicht mehr unterliege. Dieses sei bereits mit Beschluss BK 4e 99//019 vom 13.12.1999 festgestellt worden. Insofern könne die von der Beschlusskammer 2 durchgeführte Offenkundigkeitsprüfung unter Anwendung der „IC+25%-Regel“ bei der Überprüfung der Entgelte für Auslandsverbindungen hinsichtlich ihrer Kostendeckung zu falschen Ergebnissen führen.

Für die Frage nach der zulässigen Preisuntergrenze seien insofern die beantragten Entgelte den unter Wettbewerb entstandenen Preisen im Vorleistungsbereich gegenüberzustellen. Diese könnten als Hinweis auf die (Vorleistungs-)Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung von Verbindungen in die genannten Länder gegenüber den Endkunden herangezogen werden. Zu beachten sei allerdings, dass sich bezüglich der beantragten Entgelte unter Berücksichtigung des Taktgewinnes höhere effektive Einnahmen ergäben.

Der Vergleich zeige, dass die Vorleistungskosten deutlich unter den beantragten Entgelten lägen. Aufgrund der Tatsache, dass die Angebote auf dem Vorleistungsmarkt auch Wettbewerbern zugänglich seien, seien diese in der Lage, vergleichbare bzw. günstigere Angebote zu gestalten. Eine Kostenunterdeckung könne bereits aus diesen Gründen ausgeschlossen werden.

Als zusätzliches Indiz dafür, dass die beantragten Entgelte der Antragstellerin kostendeckend angeboten würden, könnten Wettbewerberpreise herangezogen werden. Der Vergleich zeige, dass es eine Reihe von Wettbewerbern mit günstigeren Angeboten gebe. Es könne nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sämtliche Wettbewerberpreise kostenunterdeckend seien. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Tarifmaßnahmen der Antragstellerin könne daher in jedem Falle ausgeschlossen werden.

Auch komme ein Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht in Betracht. Einzelnen Nachfragern würden durch die Preismaßnahmen keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefonie eingeräumt.

Schließlich könne ein Verstoß gegen sonstige Rechtsvorschriften ausgeschlossen werden. Aufgrund der Tatsache, dass Wettbewerber auf Basis der Angebote auf dem Vorleistungsmarkt zu vergleichbaren Angeboten für Auslandsverbindungen in der Lage seien, könne nicht von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgegangen werden.

Der Antrag umfasse erneut die Aufnahme einer Preselection-Ausschlussklausel in die vorliegenden Options-Angebote, da die Antragstellerin insoweit an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festhalte.

Mit der beantragten Anwendung der nach Maßgabe zu Ziffer 1 und 2 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ solle erreicht werden, dass auch die mit den Preismaßnahmen verbundenen Änderungen der Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ im Rahmen des Kundenwertprogramms Berücksichtigung finden. Aufgrund der maximal möglichen

Rabattierung von 1% könnten offenkundige Abschläge auch bei Anwendung von „Happy Digits“ ausgeschlossen werden.

Die Beigeladenen 1, 3, 7 und 8 haben sich in der am 06.11.2003 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung wie folgt zur beantragten Änderung der Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ geäußert:

Beigeladene 1:

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 führe die beantragte Preismaßnahme zu einer Diskriminierung der Standardkunden der Antragstellerin gegenüber den AktivPlus-Kunden. Die nunmehr gewährten Preisnachlässe könnten nicht durch die monatlichen Überlassungsentgelte kompensiert werden, da diese bereits für frühere Vergünstigungen, etwa für reduzierte AktivPlus-Verbindungsentgelte oder für die „xxl“- Flatrate aufgebraucht seien.

Diskriminiert würde weiterhin Kunden des Angebots „T-Net xxl“, für das die Antragstellerin keinen entsprechenden Entgeltantrag gestellt habe. Diese müssten trotz Zahlung eines vergleichbaren Aufgeldes in Höhe von 9,28 € (brutto) für mehrer Auslandsziele deutlich mehr zahlen, als bei „AktivPlus xxl“.

Eine Genehmigung würde darüber hinaus auch gegen § 27 Abs. 3 TKG i.V.m. §§ 19, 20 GWB verstoßen.

Selbst wenn die bislang genehmigten AktivPlus-Tarife entgegen der Auffassung der Beigeladenen 1 noch nicht als wettbewerbswidrig einzustufen wären, würde durch die nunmehr beantragten Entgelte die Schwelle zum unbilligen und erheblichen Behinderungsmisbrauch überschritten.

Beigeladene 3:

Die Beigeladene 3 ist der Auffassung, dass die Antragstellerin nicht berechtigt sei, während der Laufzeit einer geltenden Genehmigung Tarifänderungen vorzunehmen. Darüber hinaus hätten die Preismaßnahmen bereits in einem der vorausgegangenen Genehmigungsverfahren vorgetragen werden können. Insgesamt fehle es daher an einem Sachentscheidungsinteresse.

Der Umstand, dass die Antragstellerin nach eigenen Angaben bereits 500.000 Kunden bei „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus basis calltime 120“ gewonnen habe, belege erneut die von den „AktivPlus“-Tarifen ausgehende Sogwirkung und damit den Verstoß gegen § 27 Abs. 3 TKG i.V.m. §§ 19 und 20 GWB.

Beigeladene 7:

Nach Ansicht der Beigeladenen 7 müssten die beantragten Tarife bereits wegen fehlender Kostennachweise abgelehnt werden.

Die „AktivPlus“-Angebote seien für Wettbewerber nicht nachbildbar. Es fehle insbesondere an einer geeigneten Abrechnungsmöglichkeit von Grundgebühren gegenüber Endkunden. Zudem seien die Kunden nicht bereit, Grundgebühren an Preselection-Anbieter zu bezahlen.

Die „AktivPlus“-Angebote enthielten unzulässige Abschläge i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

Die „AktivPlus“-Angebote bewirkten eine Sogwirkung durch unzulässige Bündelprodukte. Der

Bündelungseffekt werde durch die beantragte Tarifmaßnahme noch verstärkt.

Die Antragstellerin biete den Wettbewerbern keine ausreichenden Vorleistungsprodukte an.

Die „AktivPlus“-Angebote verstießen gegen den Price-Cap-Beschluss, da inzident eine Erhöhung der T-ISDN-Anschlüsse erfolge.

Es sei nicht ausreichend dargelegt worden, wie sich die beantragte Tarifabsenkung zu den bestehen „AktivPlus“-Angeboten verhält. Entweder führe die beantragte Tarifabsenkung zu unzulässigen Abschlägen oder es müsse davon ausgegangen werden, dass bei den bereits genehmigten „AktivPlus“-Tarifen Aufschläge vorliegen.

Es fehle eine Darlegung, inwiefern die Standardinlandsverbindungen der DTAG im gleichen Umfange abgesenkt werden. Etwaige Kostensenkungen dürften nicht einseitig nur den besonders preissensitiven und damit für Wettbewerber besonders interessanten Kunden zu Gute kommen.

Während der Laufzeit der Genehmigung sei eine Änderung der genehmigten Tarife nicht möglich. Eine Verkürzung der Befristung nach § 28 Abs. 3 TKG käme nur dann in Betracht, wenn sie durch Gesetz ausdrücklich zugelassen sei oder die Voraussetzungen für eine Rücknahme oder einen Widerruf des Verwaltungsakts gegeben seien. Beides sei hier nicht der Fall.

Die Schwärzungen der Antragsunterlagen seien nicht nachvollziehbar. Es bestehe kein Geheimhaltungsinteresse an den im Internet recherchierten Daten.

Beigeladene 8:

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 8 verstößt die beantragte Entgeltmaßnahme gegen § 27 Abs. 3 i.V.m. §§ 19 und 20 GWB sowie Art. 82 EG-Vertrag.

Insoweit sei zu berücksichtigen, dass bereits die betroffenen „AktivPlus“-Angebote gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 GWB verstießen, da von ihnen eine erhebliche Sogwirkung ausgehe und die Antragstellerin aufgrund des verweigerten Resale-Angebots ihren Wettbewerbern die Möglichkeit entziehe, entsprechende Bündelungen selbst anzubieten.

Die Antragstellerin verfolge die Strategie, das fortbestehende Quasi-Monopol auf dem Anschlussmarkt für Umsatzgewinne auf dem Verbindungsmarkt auszunutzen. Dies zeige insbesondere der Umstand, dass nach eigenen Angaben der Antragstellerin mittlerweile schon mehr als 50% der gesamten Umsätze auf Anschluss- und Grundgebühren entfielen. Die Antragstellerin weiche damit, um Anteile auf dem Verbindungsmarkt zurückzugewinnen, bewusst auf einen Markt aus, auf dem die Verbindungsnetzbetreiber mangels marktfähigem Resale nicht mithalten könnten.

Die erhebliche Sogwirkung der neuen Tarife „AktivPlus basis calltime 120“ und „Aktiv Plus xxl (neu)“ werde auch daran deutlich, dass die Antragstellerin nach eigenen Angaben innerhalb von nur 2 Wochen 500.000 Kunden für die Tarife gewinnen konnte.

Die Antragstellerin hat sich in der öffentlichen Mündlichen Verhandlung vom 06.11.2003 hierzu wie folgt geäußert:

Die in der Anlage 3 zum Entgeltgenehmigungsantrag vorgenommenen Schwärzungen seien versehentlich erfolgt. Bei den Angaben handele es sich nicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, so dass gegen eine Offenlegung gegenüber den Verfahrensbeteiligten keine Einwände bestünden.

Entgegen der von den Beigeladenen vertretenen Auffassung sei eine Änderung genehmigter Entgelte selbstverständlich jederzeit möglich. Dies entspräche zum einen der ständigen Spruchpraxis der Regulierungsbehörde. Zum anderen habe die Antragstellerin jederzeit das Recht, auf die Genehmigung zu verzichten und einen neuen Genehmigungsantrag zu stellen.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen handele es sich auch nicht um eine diskriminierende Tarifgestaltung, sondern um eine übliche und zulässige Tariffifferenzierung. § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG sei daher nicht einschlägig.

Im Hinblick auf den von den Beigeladenen behaupteten Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB sei festzustellen, dass bei der Bewertung nicht allein darauf abgestellt werden dürfe, ob von den Angeboten eine Sogwirkung ausgehe. Entscheidend sei vielmehr, ob die Sogwirkung primär auf die günstigen Entgelte oder auf eine Bündelungswirkung des betreffenden Angebots zurückzuführen ist.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 13.11.2003 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Das Bundeskartellamt hat diesbezüglich mit Schreiben vom 18.11.2003 mitgeteilt, dass nach seiner Auffassung eine Ungleichbehandlung von Nachfragern i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht bereits mit dem Argument ausgeschlossen werden könne, dass jeder Nachfrager die gleiche Wahlmöglichkeiten zwischen Standard- und AktivPlus-Tarifen besitze. Vielmehr sei davon auszugehen, dass ökonomisch rational handelnde Nachfrager den jeweils für sie günstigsten Tarif wählen: Kunden mit hohem Verbindungsaufkommen bei der Antragstellerin (DTAG-„Vieltelefonierer“) würden sich daher i.d.R. für AktivPlus-Tarife entscheiden, während „Wenigtelefonierer“ i.d.R. die Standardtarife optieren würden. Ob die Klassifizierung in Wenig- und Vieltelefonierer durch den Anbieter oder den Nachfrager erfolge, könne bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht entscheidend für die Frage einer etwaigen Vorteilsgewährung sein. Insofern sei im Ergebnis durchaus anzunehmen, dass durch das Zusammenwirken von Options- und Standardtarifen Vieltelefonierern Vorteile gegenüber Wenigtelefonierern eingeräumt würde. Ob ein Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG vorliege, sei damit eine Frage der sachlichen Rechtfertigung.

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 09.10.2003 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 27.11.2003.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 82 Satz 3 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

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

- a) Sie betrifft Optionsangebote, welche Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienstes im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG beinhalten und 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 (vgl. Beschl. BK 2a 03/002 vom 11.04.2003, BK 2a 03/012 vom 02.09.2003 und BK 2a 03/018 vom 10.10.2003).
- c) Die Antragstellerin verfügt insoweit auch über das erforderliche Sachentscheidungsinteresse. Der Umstand, dass die Antragstellerin noch während der Laufzeit der genehmigten Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu) und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ eine Änderung der Entgelte beantragt hat, steht einer erneuten Entscheidung nicht entgegen. Insbesondere lässt sich aus der Vorschrift des § 28 Abs. 3 TKG, wonach erteilte Genehmigungen befristet werden sollen, nicht ableiten, dass bis zum Ablauf der Befristung keine Tarifänderungen vorgenommen werden dürfen. Der Sinn dieser Soll-Befristung besteht darin, in überschaubaren zeitlichen Abständen zu überprüfen, ob im Hinblick auf Genehmigungsvoraussetzungen - beispielsweise in Folge von Effizienzsteigerungen - wesentliche Änderungen eingetreten sind, die einer weiteren Genehmigung entgegen stehen könnten. Unabhängig davon steht es dem regulierten Unternehmen jedoch grundsätzlich frei, innerhalb der Genehmigungsfrist, neue Tarifanträge zu stellen.

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. Hieran hat sich auch nach der mit Beschluss BK 2a 03/010 vom 22.07.2003 erfolgten Modifikation der Price-Cap-Regulierung nichts geändert.

Daher sind im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27

Abs. 1 Nr. 1 TKG heranzuziehen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang auch die grundsätzliche Geltung der „Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002“ zu beachten.

4. Verfahrensgegenstand

Verfahrensgegenstand sind gemäß § 25 Abs. 1 TKG Änderungen von Entgelten und entgeltrelevanten Bestandteilen für die in den Optionsangeboten „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ enthaltenen genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienstleistungen im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG.

5. Genehmigungsvoraussetzungen

Die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG sind vorliegend erfüllt. Danach ist die Genehmigung nur dann zu versagen, 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.

a) Kein Preishöhenmissbrauch

Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG scheidet vorliegend bezogen auf die für die Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ vorgesehenen Auslandsverbindungsentgelte bereits deshalb aus, weil es sich insoweit durchgängig um Tarifsenkungen handelt und die beantragten Entgelte insoweit auch deutlich unter den genehmigten Standardtarifen für Verbindungen in die betreffenden Zielländer liegen.

b) Kein Verstoß gegen das Verbot wettbewerbswidriger Abschläge

Es liegen auch keine Hinweise dafür vor, dass die beantragten Entgelte in die insgesamt 23 Zielländer offenkundig gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG verstoßen.

Diesbezüglich ist zunächst zu beachten, dass die Entgelte der Antragstellerin für Auslandsverbindungen im Vorleistungsbereich (O.1.) nicht der Genehmigungspflicht unterliegen, weil die Antragstellerin nach den Feststellungen der Regulierungsbehörde auf diesem Markt nicht mehr marktbeherrschend ist. Aus diesem Grund ist es nicht möglich, die bei Inlandsverbindungen nach der Spruchpraxis der Beschlusskammer als Prüfungsmaßstab für das Vorliegen von Abschlägen herangezogene „IC+25%“-Regel im vorliegenden Fall anzuwenden.

Ebenso ist es nicht möglich, allein aus dem Abstand der betreffenden Verbindungsentgelte zu den entsprechenden Standardentgelten auf das Vorliegen von Abschlägen zu schließen.

Zieht man als möglichen Anhaltspunkt für das Vorliegen von Abschlägen die Höhe derjenigen Entgelte heran, die von Wettbewerbern für Verbindungen von Deutschland ins Ausland verlangt werden, so zeigt sich, dass die für die Optionstarife „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ beantragten Entgelte durchgängig und größtenteils auch deutlich über den Entgelten des jeweils günstigsten Anbieters liegen.

Übersicht: Preisvergleich mit Wettbewerbern:

Land	AktivPlus (brutto) Preis [€/Min]	Günstigster Wettbewerber (brutto) Preis [€/Min]	Platz 25 der Wettbewerber (brutto) Preis [€/Min]	Abstand zum günstigsten Wettbewerber
Bosnien- Herzegowina	0,2000	0,1600	0,2300	25,00%
Brasilien	0,2000	0,0590	0,1040	238,98%
Bulgarien	0,2000	0,0600	0,1090	233,33%
Land	AktivPlus (brutto) Preis [€/Min]	Günstigster Wettbewerber (brutto) Preis [€/Min]	Platz 25 der Wettbewerber (brutto) Preis [€/Min]	Abstand zum günstigsten Wettbewerber
China, VR	0,1490	0,0300	0,0590	396,67%
Estland	0,1490	0,0360	0,0690	313,89%
Griechenland	0,0980	0,0400	0,0690	145,00%
Iran	0,4550	0,0710	0,2190	540,85%
Israel	0,1490	0,0300	0,0576	396,67%
Kasachstan	0,2000	0,1300	0,1956	53,85%
Kroatien	0,1490	0,0400	0,0990	272,50%
Lettland	0,2000	0,1170	0,1974	70,94%
Litauen	0,2000	0,0970	0,1490	106,19%
Mazedonien	0,3020	0,1500	0,2691	101,33%
Mexiko	0,2000	0,0730	0,1590	173,97%
Polen	0,0980	0,0340	0,0690	188,24%
Rumänien	0,3020	0,0790	0,1590	282,28%
Russland	0,2000	0,0570	0,1590	250,88%
Slowakische Republik	0,0980	0,0570	0,0900	71,93%

Slowenien	0,1490	0,0530	0,1220	181,13%
Tschechische Republik	0,0980	0,0320	0,0530	206,25%
Ukraine	0,2000	0,1030	0,1500	94,17%
Ungarn	0,1490	0,0390	0,0790	282,05%
Weißrussland (Belarus)	0,2000	0,1840	0,2720	8,70%

Des weiteren ist festzustellen, dass die beantragten Entgelte durchgängig deutlich über den Preisen für die Vorleistungsprodukte auf dem Carriers-Carrier Markt liegen.

Schließlich liegen die gesenkten Entgelte fast überall auch über denjenigen Entgelten, die die Antragstellerin von anderen Netzbetreibern für Verbindungen ins Ausland (sog. O.1 - Tarife) verlangt.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerber diesbezüglich auch nicht mehr auf Vorleistungen der Antragstellerin angewiesen sind. Sie können vielmehr auf andere international tätige - teilweise auch gemessen an den Umsätzen der Antragstellerin vergleichbare - Anbieter ausweichen, die über die für die hier relevanten Leistungen notwendige Infrastruktur verfügen. Die im Vorleistungsmarkt für Verbindungen in die von der Entgeltmaßnahme betroffenen Länder verlangten Einkaufspreise bewegen sich, wie bereits oben festgestellt, ausnahmslos deutlich unter den beantragten Entgelten.

Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass in Bezug auf die abgesenkten Entgelte ein offenkundig kostenunterdeckendes Angebot erfolgt.

c) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die beantragte Änderung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ verstößt auch nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die von dem vorliegenden Entgeltgenehmigungsantrag betroffenen Optionsangebote von jedem, der sich für sie interessiert, zu den gleichen Bedingungen in Anspruch genommen werden können. Einzelnen Nachfragern werden somit gerade keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienstleistungen eingeräumt.

Im übrigen ist für die Beschlusskammer kein Grund erkennbar, der es gerechtfertigt erscheinen ließe, der Antragstellerin das im Wettbewerb übliche Instrument einer an der tatsächlichen Nachfrage der Kunden ausgerichteten Tariffdifferenzierung grundsätzlich zu verwehren.

d) Kein Verstoß gegen sonstige Vorschriften

Gemäß § 27 Abs. 3 TKG wäre die beantragte Genehmigung auch dann zu versagen, wenn die Entgelte offenkundig mit dem Telekommunikationsgesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stünden.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Insbesondere liegen der Beschlusskammer keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die beantragte Entgeltmaßnahme gegen das in §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag geregelte Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verstoßen könnte. Der oben dargestellte Vergleich mit den Preisen anderer Wettbewerber spricht vielmehr dafür, dass die Antragstellerin lediglich auf die im Bereich der Auslandsverbindungen festzustellende Preisentwicklung reagiert.

Auch seitens der am Verfahren beteiligten Wettbewerber wurden insoweit keine neuen Tatsachen vorgebracht, die im Unterschied zu den bislang erteilten Genehmigungen eine andere Bewertung der beantragten Entgeltmaßnahmen in Bezug auf §§ 19 und 20 GWB erforderlich machen würden. Seitens der Wettbewerber wird lediglich der pauschale Vorwurf erhoben, dass die ohnehin schon bestehende Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsmöglichkeiten weiter verschärft und die Schwelle zur Missbräuchlichkeit spätestens jetzt überschritten wird. Insoweit kann daher diesbezüglich vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen in den Entscheidungen BK 2a 03/002 vom 11.04.2003, BK 2a 03/012 vom 02.09.2003 sowie BK 2a 03/018 vom 10.10.2003 verwiesen werden.

6. Anwendung der genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“

Gesichtspunkte, die vorliegend gegen eine Einbeziehung der geänderten Entgelte in das Kundenwertprogramm „Happy Digits“ sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere würde auch die nach dem Kundenwertprogramm maximal mögliche Rabattierung von 1% nicht zu unzulässigen Abschlägen führen.

7. Versagung des Antrags zu Ziffer 2 (Ausschluss der Preselection-Möglichkeit)

Wie bereits in der Entscheidung über die Genehmigung des Optionsangebotes „AktivPlus xxi“ vom 20.09.2001 (Az. BK 2c 01/012), in der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebots „AktivPlus basis“ vom 28.03.2002 (Az. BK 2a 02/002), in der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebots „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxi“ vom 29.11.2002 (Az. BK 2a 02/019) sowie zuletzt in den Entscheidungen BK 03/002 vom 11.04.2003, BK 2a 03/012 vom 02.09.2003 und BK 2a 03/018 vom 10.10.2003 festgestellt, stellt der in Ziffer 2.1 der jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsbetreiber eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB 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 wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

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

Im Hinblick auf die beantragte Wiederaufnahme der betreffenden Klausel war die Genehmigung daher gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 und 2 GWB i.V.m. § 27 Abs. 3 GWB zu versagen.

8. Befristungen

Die Befristungen beruhen auf § 28 Abs. 3 TKG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Sie entsprechen insoweit den in den Entscheidungen BK 2a 03/002 vom 11.04.2003, BK 2a 03/012 vom 02.09.2003 und BK 2a 03/018 vom 10.10.2003 festgelegten Laufzeiten der Genehmigung der Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxi“, „AktivPlus xxi (neu)“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“.

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).

Kuhrmeyer
(Vorsitzender)

Busch
(Beisitzer)

Lindhorst
(Beisitzer)