RegTP Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

Beschlusskammer 2

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen

des Antrags auf Genehmigung einer Verlängerung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Optionstarif „Aktiv Plus xxl sunday" im Einzelpreisgenehmigungsverfahren bis zum 30.11.2004, sowie auf Genehmigung einer modifizierten Variante ab dem 01.12.2004

Az.: BK 2a 04/016

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,

Beigeladene:

1. VarTec Telecom Europe, Ltd., vertreten durch die Geschäftsführung, 60528 Frankfurt/Main

   - Beigeladene 1 -

   Verfahrensbevollmächtigte: Loschelder Rechtsanwälte, Hohenstaufenring 30-32, 50674 Köln,

2. Arcor AG & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn,

   - Beigeladene 2 -

   Verfahrensbevollmächtigter: Roland Weiss (Arcor AG & Co.KG),

3. VATM, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten, vertreten durch den Vorstand, Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln,

   - Beigeladene 3 -

   Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Peter Dahlke (vatm),

4. 01051 Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Stadttor 1, 40219 Düsseldorf,

- Beigeladene 4 -

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

5. Communication Services TELE2 GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, In der Steele 39 a, 40599 Düsseldorf,

- Beigeladene 5 -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwälte Velten, Franz, Jakoby, Kaistraße 20, 40221 Düsseldorf,

6. Colt Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt am Main,

- Beigeladene 6 -

Verfahrensbevollmächtigte: Sabine Henning (Colt Telecom GmbH),

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

- Beigeladene 7 -

Verfahrensbevollmächtigter: Jörn Schoof (NEFkom Telekommunikation GmbH & Co.KG),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhrmeyer	(Vorsitzender)
den Regierungsrat z.A. Jörg Lindhorst	(Beisitzer 1) und
den Oberregierungsrat Jens Meyerding	(Beisitzer 2)

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 02.09.2004

am 17.09.2004 beschlossen:

Der Antrag wird aufgrund fehlender Sachentscheidungsvoraussetzung abgelehnt.

Gründe:

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Antragstellerin bietet Sprachtelefondienst auf der Basis eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes an. Neben den Standardtarifen umfasst das Angebot der Antragstellerin unter anderem auch den Optionstarif „Aktiv Plus xxl sunday". Dieser wurde mit Beschluss BK2a 03/002 vom 11.04.2003 befristet bis zum 30.09.2004 genehmigt.

Mit Schreiben vom 09.07.2004 hat die Antragstellerin beantragt,

1. die Verlängerung der derzeit geltenden Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile des Optionstarifs „Aktiv Plus xxl sunday" gemäß der als Anlage beigefügten ABG und Preislisten „Aktiv Plus xxl sunday" für den Zeitraum vom 01. Oktober 2004 bis zum 30. November 2004 zu genehmigen;

2. die Kombination des Optionstarifs „Aktiv Plus xxl sunday" nach Maßgabe des Antrags zu 1. mit dem durch Bescheid der RegTP vom 25.06.2004 (BK 2a 04/013) genehmigten Tarif „enjoy" für den Zeitraum vom 01. Oktober 2004 bis zum 30. November 2004 zu genehmigen;

3. den Optionstarif „Aktiv Plus xxl sunday" gemäß den als Anlage 3 beigefügten AGB „Aktiv Plus xxl sunday" und der als Anlage 4 beigefügten Preisliste „Aktiv Plus xxl sunday" mit Wirkung ab dem 01. Dezember 2004 zu genehmigen,

4. die Kombination des Optionstarifs „Aktiv Plus xxl sunday" nach Maßgabe des Antrages zu 3. mit dem durch Bescheid der RegTP vom 25.06.2004 (BK2a 04/013) genehmigten Tarif „enjoy" mit Wirkung ab dem 01. Dezember 2004 zu genehmigen;

5. die Kombination des Optionstarifs „Aktiv Plus xxl sunday" nach Maßgabe des Antrags zu 3. mit dem Tarif „contry Select" mit Wirkung ab dem 01. Dezember 2004 zu genehmigen;

6. die Paketangebote T-Net 100 und T-ISDN xxl sunday gemäß den als Anlage 5 beigefügten AGB und Leistungsbeschreibung und den als Anlagen 6 und 7 beigefügten Preislisten mit Wirkung ab dem 01. Dezember 2004 zu genehmigen;

7. die Anwendung der nach Maßgabe der Anträge zu 1. bis 6. genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms HappyDigits zu genehmigen.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 11.08.2004 im Amtsblatt Nr. 16 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 256/2004 veröffentlicht.

Den von ihr gestellten Antrag zu 2. auf Genehmigung der Kombination des Optionstarifs „Aktiv-Plus xxl sunday" mit dem durch Beschluss BK2a 04/013 vom 25.06.2004 genehmigten Optionstarif „enjoy"für den Zeitraum vom 01.10.2004 bis 30.11.2004 hat die Antragstellerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 02.09.2004 zurückgenommen.

Den von ihr gestellten Antrag zu 5. auf Genehmigung der Kombination des Optionstarifs „Aktiv-Plus xxl sunday" mit dem Optionstarif „country select "für den Zeitraum vom 01.10.2004 bis 30.11.2004 hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.9.2004 zurückgenommen.

Hinsichtlich der Antragsbegründung und der von der Antragstellung und von Beigeladenen schriftlich bzw. in der am 02.09.2004 vor der Beschlusskammer durchgeführten öffentlichen

mündlichen Verhandlung abgegebenen Stellungnahmen wird insoweit auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 14.09.2004 hat die Beschlusskammer die Antragstellerin um Mitteilung gebeten, ob sie ihren Antrag vor dem Hintergrund der Eilentscheidung des Verwaltungsgerichts Köln vom 06.09.2004 (Az. VG Köln 1 L 1832/04) aufrecht erhalten oder zurücknehmen möchte.

Die Antragstellerin hat diesbezüglich mit Schreiben vom 15.09.2004 mitgeteilt, dass sie aus Gründen der abschließenden Rechtssicherheit am Antrag festhalten möchte.

Die Beigeladenen 3. und 4. haben bezüglich des Schreibens der Beschlusskammer an die Antragstellerin vom 14.09.2004 festgestellt, dass aus ihrer Sicht kein Anlass bestehe, die insoweit richtige Rechtsauffassung der Beschlusskammer aufgrund der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln aufzugeben. Vielmehr sollte die Frage höchstgerichtlich durch das Bundesverwaltungsgericht geklärt werden. Die Frage, ob die Endkundenentgelte der Antragstellerin im Wege des ex-ante- oder des ex-post-Verfahrens überprüft würden, liege gemäß § 39 Abs. 1 TKG in der originären Kompetenz der Regulierungsbehörde. Es sollte daher zumindest angestrebt werden, unter Beteiligung der Wettbewerber eine Entscheidung gemäß § 39 Abs. 1 TKG zu suchen.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 15.09.2004 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

> Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben vom 17.09.2004 mitgeteilt, dass die Entscheidung der Beschlusskammer angesichts des Beschlusses der Verwaltungsgerichts Köln vom 06.09.2004 für die Beschlussabteilung nachvollziehbar sei. Im Hinblick auf eine mögliche nachträgliche Entgeltregulierung regt die Beschlussabteilung an, dass weitere Verfahren bei Gelegenheit gemeinsam abzustimmen.

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

II.

Der Antrag ist aufgrund fehlender Sachentscheidungsvoraussetzungen unbegründet.

1. <u>Formelle Rechtmäßigkeit</u>

1.1. Die Voraussetzungen für ein Verfahren nach § 116 i.V.m. § 132 Absatz 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Zweiten Teils des TKG.

1.2. Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 31 Absatz 6 Satz 2 TKG.

1.3. Die in § 132 Abs. 4 Satz 1 TKG normierten Pflichten zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte und zur Sicherstellung des Konsistenzgebotes nach § 27 Abs. 2 TKG wurden von der hier zuständigen Beschlusskammer beachtet.

1.4. Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 123 Absatz 1 Satz 2 TKG rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für die beantragte Entgeltgenehmigung sind vorliegend nicht erfüllt.

Da die Entgelte der Antragstellerin für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für Endnutzer jedenfalls bislang noch keiner Genehmigungspflicht i.S.v § 39 Abs. 1 TKG unterworfen worden sind, hätte sich eine Genehmigungspflicht vorliegend allenfalls aus der Übergangsregelung des § 150 Abs. 1 TKG i.V.m. § 25 Abs. 1 TKG (a.F.) ergeben können.

In diesem Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht Köln im Rahmen des Eilverfahrens 1 L 1832/04 mit Beschluss vom 06.09.2004 festgestellt, dass die Verpflichtungen der Deutschen Telekom AG aus dem Bescheid (BK2a 04/009) der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 08.Juni 2004 (Genehmigungspflicht für Paketangebote im Sprachtelefondienst) nicht nach § 150 Abs. 1 TKG wirksam geblieben sind.

Für die von der Antragstellerin im Eilverfahren beantragte Anordnung der aufschiebenden Wirkung bestehe nach Auffassung des Verwaltungsgerichts kein Rechtsschutzbedürfnis, da die von der Beschlusskammer getroffene Feststellung der Genehmigungspflicht verschiedener Paketangebote nach § 25 Abs. 1 TKG a.F. nicht mehr wirksam sei.

Gegen die Weitergeltung spreche zwar nicht, dass § 39 Abs. 1 TKG im Gegensatz zu § 25 Abs.1 TKG a.F. nicht mehr von "entgeltrelevanten Bestandteilen" spreche. Denn nach Auffassung des Verwaltungsgerichts betreffe § 39 Abs. 1 TKG nicht nur die eigentlichen Entgelte, sondern auch weitere endnutzerrelevante Aspekte.

Allerdings scheitere die Fortgeltung der festgestellten Genehmigungspflicht nach Ansicht des Verwaltungsgerichts an § 150 Abs. 1 TKG. Diese Vorschrift setze Art. 27 der Rahmenrichtlinie und Art. 7 der Zugangsrichtlinie um. Die Verpflichtungen, die nach diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben von den Mitgliedstaaten aufrecht zu erhalten seien, beträfen nicht die hier einschlägige Genehmigungsverpflichtung in Bezug auf Endkundenentgelte.

Zudem würde ein Wirksambleiben nach Auffassung des Verwaltungsgerichts zu einem sachwidrigen Ergebnis führen. Die ex-ante-Genehmigungspflicht von Endnutzerentgelten stelle nunmehr die Ausnahme dar. Bei einem Weitergelten der Genehmigungspflicht würde das vom Gesetzgeber vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt und eine Genehmigungspflicht selbst dann bestehen, wenn die strengen Anforderungen an die Auferlegung einer Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG nicht vorlägen.

Aus den genannten Gründen ergebe sich nach Auffassung des Verwaltungsgerichts auch der Anordnungsanspruch hinsichtlich der einstweiligen Anordnung. Der Anordnungsgrund ergebe sich aus der Haltung der Regulierungsbehörde, die vom Wirksambleiben der Verpflichtung ausgehe und in Aussicht gestellt habe, daraus Konsequenzen zu ziehen.

Obwohl sich der Tenor der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln nur auf die Paketangebote bezieht, die Gegenstand des Feststellungsverfahrens BK2a 04/009 gewesen sind, gelten die der Entscheidung des Verwaltungsgerichts zugrundeliegenden Erwägungen erst recht für solche Sprachtelefondiensttarife, bei denen wie im vorliegenden Fall des Optionstarifs „Aktiv-Plus xxl sunday“ die Feststellung der Genehmigungspflicht lediglich Bestandteil der Begründung früherer Entgeltgenehmigungen gewesen ist.

Es muss daher davon ausgegangen werden, dass das Verwaltungsgericht Köln jede weitere Entscheidung der Beschlusskammer aufheben wird, die eine Fortgeltung der Genehmigungspflicht über § 150 Abs. 1 TKG bejaht. Vor diesem Hintergrund bestand vorliegend keine andere Möglichkeit, als den Antrag aufgrund fehlenden Sachentscheidungsinteresses abzulehnen.

Hinweis:

Es wird darauf hingewiesen, dass der für alle verfahrensgegenständlichen Optionsangebote vorgesehene Ausschluss der Preselection-Möglichkeit sowie die für die Paketangebote „T-Net 100", „T-ISDN xxl" ab dem 01.12.2004 vorgesehene 3-monatige Kündigungsfrist ein im Sinne von § 28 TKG missbräuchliches Verhalten darstellen würde.

Sollte die Antragstellerin trotz dieses Hinweises an diesen AGB-Regelungen festhalten, behält sich die Beschlusskammer die Einleitung eines nachträglichen Entgeltregulierungsverfahrens nach § 39 Abs. 3 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 – 4 TKG vor.

Ebenfalls als missbräuchlich einzustufen wäre die Erhebung eines Übernahmeentgelts bei Kündigung der Paketangebote bzw. eine unzureichende Information darüber, dass der in den Paketangeboten „T-Net 100" und „T-ISDN xxl" enthaltene Optionstarif „AktivPlus xxl sunday" auch losgelöst vom Paketangebot bezogen werden kann (vgl. Beschluss BK2a 04/015 vom 27.08.2004).

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht 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 erhalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Absatz 1 TKG.

Kuhrmeyer	Lindhorst	Meyerding
Vorsitzender wegen Urlaub an der Unterzeichnung verhindert	Beisitzer	Beisitzer