



B E S C H L U S S

- geschwärzte Fassung für Beigeladene -

In dem **Verwaltungsverfahren**

w e g e n

nachträglicher Regulierung der Entgelte der Endnutzerleistung Call Time 240/T-ISDN
gem. § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, § 28 TKG

a u f g r u n d

der Beschwerde

der Communication Services TELE2 GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, In der
Steele 39, 40599 Düsseldorf, Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Bornhofen,
Buchta, Örtel, Rädler, Sondermann, Berliner Allee 10, 40212 Düsseldorf,

- Beschwerdeführerin zu 1 -

der 01051 Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Stadttor 1, 40219 Düs-
seldorf, Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Piepenbrock und Schuster, Achen-
bachstr. 73, 40237 Düsseldorf,

- Beschwerdeführerin zu 2 -

der Arcor AG & Co. KG, vertreten durch den Vorstand, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760
Eschborn, Verfahrensbevollmächtigter: Herr Dr. Imre Martin Trunkó

- Beschwerdeführerin zu 3 -

sowie des Vatm, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten
e.V., vertreten durch die Geschäftsführung, Oberländer Ufer 180 – 182, 50968
Köln, Verfahrensbevollmächtigter: Herr Dr. Peter Dahlke

- Beschwerdeführer zu 4 -

g e g e n ü b e r

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

- Betroffene -

unter Beiladung der

1. Freenet.de AG, vertreten durch den Vorstand, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg,
2. 01058 Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Loschelder, Hohenstaufering 30-32, 50674 Köln
3. Telegate AG, vertreten durch den Vorstand, Fraunhoferstraße 12a, 82152 Martinsried b. München
4. COLT Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Herriotstr. 4, 50528 Frankfurt/Main
5. M-net Telekommunikations GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Splittertorgraben 13, 80469 München,

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

am 12.12.2005

durch

den Vorsitzenden Dipl. Ing. Bernhard Kuhrmeyer,

den Beisitzer Dr. Mirko Paschke und

den Beisitzer Jörg Lindhorst

auf die öffentliche mündliche Verhandlung vom 10.11.2005

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

1. Die vorliegenden Beschwerden sind unbegründet.
2. Der untersuchte Tarif wird nicht untersagt.
3. Das eingeleitete Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung wird eingestellt.

G r ü n d e :

I.

1. Verfahrensgegenstand

Der Betroffenen ist von der Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 14.12.2004 (Az. BK2a 04/045) eine allgemeine Anzeigeverpflichtung vor Einführung neuer Endkundenentgelte auferlegt worden. Im Rahmen dieser legte die Betroffene der Beschlusskammer am 30.06.2005 die geplante Einführung des Tarifs „Call Time 240/T-ISDN“ vor.

Der Tarif baut inhaltlich auf dem Tarif „Aktivplus calltime 120“ (calltime 120) auf, der bereits im Jahr 2003 unter dem damals noch geltenden Genehmigungsregime des TKG 1996 durch Beschluss der Bundesnetzagentur vom 03.09.2003 (Az. BK2a-03/011) genehmigt worden war. Der Tarif calltime 120 ist seit ca. zwei Jahren eingeführt und wird von der Betroffenen vermarktet.

Beiden Tarifen ist gemein, dass für ein gegenüber dem jeweiligen Standardtarif angehobenes monatliches Grundentgelt ein Freiminutenkontingent an sprachbasierten Telefonverbindungen (d.h. ohne Internetnutzung) eingeräumt wird. Grundlage für die seinerzeitige Genehmigung des calltime 120 war die Annahme der Kostendeckung der Budgeteinnahmen bereits bei Zugrundelegung der prognostizierten durchschnittlichen effektiven Nutzung i.H.v. 108,3 (Kosten-)Minuten.

In Abweichung vom Vorgängertarif gewährt der Tarif Call Time 240/T-ISDN das mit 240 Freiminuten verdoppelte Freiminutenkontingent ausschließlich für ISDN-Anschlüsse. Das Grundentgelt ist gegenüber dem Standardtarif Tarif Callplus/T-ISDN i.H.v. 3,45 €/Monat (netto) angehoben. Über das Freiminutenkontingent hinausgehende Verbindungsleistungen werden - mit Ausnahme vergünstigter Konditionen von City-Peak-Verbindungen (2,6 Cent/Minute) sowie für sämtliche Deutschlandverbindungen (Off-Peak: 2,2 Cent/Minute / Peak: 3,96 Cent/Minute) - grundsätzlich wie beim Standardtarif abgerechnet.

Eine Untersagung der Entgeltmaßnahme als offensichtlich missbräuchlich erfolgte innerhalb der von § 39 Abs. 3 S. 3 TKG gesetzlich vorgeschriebenen Zwei-Wochenfrist nach Anzeige nicht. Die Betroffene führte den Tarif Call Time 240 T-ISDN daraufhin zum 01. September 2005 ein.

Nach Bekanntwerden der Tarifmaßnahme legten die Beschwerdeführer zu 1 und 2 mit Schreiben vom 29. bzw. 30. August 2005 Beschwerde bei der Bundesnetzagentur ein und führten u.a. aus, dieser Tarif verstoße bei Zugrundelegung marktüblicher Nutzungsdaten gegen § 28 TKG.

Die Beschlusskammer 2 hat daraufhin nach Abschluss der Vorermittlungen, in deren Rahmen auch die Betroffene gehört wurde, ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle gemäß §§ 39 Abs. 3 S.1 i.V.m. 38 Abs. 2 - 4 und 28 TKG eingeleitet. Die Eröffnung von Amts wegen hat sie der Betroffenen am 12.10.2005 bekannt gegeben.

Hierzu aufgefordert, legte die Betroffene daraufhin ihre bereits im Rahmen der Vorermittlungen übersandte Stellungnahme in einer weitgehend entschwärzten Fassung vor. Hierauf gingen Stellungnahmen der Beschwerdeführer zu 1 bis 4 ein. Die Betroffene und die Beschwerdeführer nahmen an der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 10.11.2005 teil und nahmen anschließend erneut zum Vorwurf der Missbräuchlichkeit des Tarifs schriftlich Stellung.

2. Vortrag der Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer machen geltend, dass der Tarif Call Time 240/T-ISDN gemäß § 39 Abs. 1 S.1 i.V.m. § 150 Abs. 1 TKG und § 25 TKG 1996 genehmigungspflichtig sei. Bereits mangels Genehmigung sei der Tarif zu untersagen.

Ferner sei der Tarif wegen des Verstoßes gegen die Entgeltvorschriften des TKG (§ 39 i.V.m. § 28 TKG) zu untersagen. Hierzu führen sie im Einzelnen aus:

2.1 Unanwendbarkeit des Vergleichsmarktprinzips

Ein vom Vorwurf der Missbräuchlichkeit eventuell exkulpierender einfacher Vergleich des Tarifs mit den Angeboten der Wettbewerber sei weder aussagekräftig, noch methodisch zulässig. Die Beschwerdeführer behaupten, die Wettbewerber seien zur Quersubventionierung ihrer Angebote gezwungen, um 10-20% unterhalb des Preisniveaus des marktbeherrschenden Unternehmens zu liegen, damit überhaupt Kunden und damit Marktanteile gewonnen werden können. Sie weisen darauf hin, dass dies ihrer Ansicht nach zwar eine für Wettbewerber zulässige Wettbewerbsmaßnahme darstellt, diese dem marktbeherrschenden Unternehmen jedoch untersagt sei, da diesem wie auch im allgemeinen Wettbewerbsrecht besondere Rücksichtnahmepflichten

oblagen. Vergleichbar seien daher nicht alle, sondern nur diejenigen Wettbewerberangebote, die auch nach den für das marktbeherrschende Unternehmen geltenden Maßstäben nicht missbräuchlich seien. Dies erfordere jedoch umfangreiche Analysen der Vergleichsangebote. Unabhängig davon sei eine Vergleichsmarktbetrachtung wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht innerhalb desselben nationalen Marktes möglich.

2.2 Anwendbarkeit der Prüfformel „IC+25%“

Stattdessen müsse die bisher im Rahmen der Dumping-Prüfung nach § 24 TKG 1996 verwandte Prüfformel „IC+25 %“ Mindestmaßstab sein.

Dieser Maßstab dürfe jedenfalls nicht abgesenkt werden. Insbesondere dürfe kein Gemeinkostenabschlag erfolgen, wie er von der Betroffenen unter Hinweis auf einen systematischen Wortlautvergleich von § 28 Abs. 1 („langfristige zusätzliche Kosten“) einerseits und § 31 Abs. 1 S.1 TKG („Kosten effizienter Leistungsbereitstellung“) andererseits insbesondere vor dem Hintergrund der bisherigen Formulierung des § 24 TKG 1996 und der im Hinblick auf die Änderung des Wortlauts unterstellten Intention des Gesetzgebers gefordert werde. Bereits nach altem Recht habe die Prüfformel nur leistungsbezogene Gemeinkosten umfasst, die für Langfristbetrachtungen unabdingbar seien. Der Gesetzgeber habe mit seiner restriktiveren Formulierung zu den einzubeziehenden Kosten allenfalls allgemeine leistungsmengenneutrale Gemeinkosten (sog. overhead) herausrechnen wollen, dies entspreche auch der AKZO-Rechtsprechung des EuGH zur Kostenunterdeckung nach Art. 82 EU.

Vielmehr sei der 25%-IC-Zuschlag der Prüfformel anzuheben, da die der Formel innewohnende Relation zwischen den IC-Entgelten und den im Zuschlag enthaltenen Vertriebskosten seit dem Jahr 2000 unverändert geblieben ist, obwohl die IC-Entgelte mehrfach gesunken sind, während die im Zuschlag enthaltenen Vertriebskosten vergleichsweise stabil geblieben seien. Zum Ausgleich der tatsächlich veränderten Relation müsse der Zuschlag angehoben werden.

Im Hinblick auf die Heranziehung der Prüfformel auch für die Ermittlung der Kosten effizienter Wettbewerber im Rahmen der Preis-Kosten-Schere müsse der Zuschlag zudem gesondert angehoben werden, da die Formel für die Kostenermittlung des marktbeherrschenden Unternehmens entwickelt worden sei und die Zusatzkosten, wie insbesondere die Zusammenschaltungs-Fixkosten der Wettbewerber (z.B. für Intra-Building-Abschnitte, wie ICA-Kosten und Kollokationsraumkosten, Konfigurationsmaßnahmen u.a.) bislang unberücksichtigt lasse.

Schließlich sei die Prüfformel zwar regelmäßig als Mindestmaßstab anwendbar, wenn jedoch wie vorliegend durch den unverhältnismäßig hohen Werbeaufwand Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die konkreten Kosten von der Norm in signifikanter Weise abweichen, sei sie durch die tatsächlichen Kosten zu ersetzen.

2.3 Errechnete Kostenunterdeckung

Bereits die Betrachtung der statistisch zu erwartenden Kosten belegt nach Ansicht der Beschwerdeführerin zu 1 eine nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG unzulässige Kostenunterdeckung. So sei der vorangegangenen Genehmigung des calltime 120 auf Grund des abgerechneten Minutentaktes ein effektives (Kosten-)Minutenkontingent von 108,3 produzierten Minuten je Monat zu Grunde gelegt worden. Die Heranziehung dieses statistischen Mittelwerts sei nach wie vor zutreffend, da nach Erfahrung der Beschwerdeführerin zu 1, das Freiminutenbudget von 240 Min. i.d.R. nicht nur voll ausgeschöpft, sondern auch überschritten werde. Es müsse also eine durchschnittliche Vollausschöpfung des Freiminutenkontingents unterstellt werden. Durch die Ausweitung des Freiminutenkontingents auf 240 Minuten verdopple sich auch das zugrunde zu legende (Kosten-)Minutenkontingent auf 216,16 Minuten. Hierfür errechne sich ein durchschnittlicher Minutenpreis von 0,159 €/Minute (3,45 € / 216,6 Minuten). Dem stünden unter Heranziehung der Prüfformel „IC+25%“ Kosten in Höhe von 0,205 €/Minute gegenüber, wenn man von einer voll-

ständigen Nutzung der Freiminuten mit Ferngesprächen ausgeht. Aber auch wenn man eine übliche Verkehrsverteilung (Nah/Fern, Peak/Off-Peak) der Beschwerdeführerin zu 1 zugrunde lege, bestehe eine deutliche Unterdeckung der Kosten in Höhe von [REDACTED] €/Minute [BuGG der Beschwerdeführerin zu 1] gegenüber dem durchschnittlichen Minutenpreis von 0,0159 €.

Die Beschwerdeführer behaupten, dass die Angaben der Betroffenen zur Nutzung des Tarifs unvollständig und - soweit bekannt - intransparent und fehlerbehaftet sind, weshalb ihrer Ansicht nach ein neutraler Sachverständiger erforderlich sei. Ferner seien die Berechnungsmethoden der Betroffenen anzuzweifeln, sofern sie nicht, wie die Beschwerdeführer zu einer Kostenunterdeckung gelangen. So sei es z.B. ergebnisverfälschend, wenn die Betroffene bei Kunden, die mehr als 240 Minuten telefonierten, lediglich mit maximal 216 Kostenminuten rechne. Die Bereitstellungskosten aller Minuten seien insoweit einzubeziehen, da die über 240 Minuten hinausgehenden Verbindungsminuten vom Budgettarif mitfinanziert werden müssten. Eine Hochrechnung aufgrund der tatsächlichen Verkehrsverteilung von calltime 120er Kunden sei dagegen unzulässig, da das angesprochene Kundensegment nicht vergleichbar und der Tarif Call Time 240/T-ISDN auf ISDN-Kunden beschränkt sei, die klassischerweise ein höheres Nutzungsprofil aufwiesen.

Auch wenn unterstellt werde, dass die tatsächliche Ausnutzung des Tarifs unterhalb des statistischen Mittelwerts liegt, könne dies unter Heranziehung des empirischen Nutzungsverhaltens vergleichbarer Kunden der Beschwerdeführerin zu 1 nicht zu einer Kostendeckung führen. So geht die Beschwerdeführerin zu 1 im Rahmen einer eigenen Kostenmodellierung anhand eines Vergleichs von Gesamtkosten und abgezinsten Gesamteinnahmen auf Basis der durchschnittlichen Nutzung und Vertragsdauer von mindestens [REDACTED] (Kosten-)Minuten [BuGG der Beschwerdeführerin zu 1] aus, was nach ihrer Berechnung zu einer Mindestunterdeckung von [REDACTED] €/Monat bei einer Laufzeit von [REDACTED] Monaten [BuGG der Beschwerdeführerin zu 1] entspricht. Wahrscheinlicher als dieses Ergebnis, der ihrer Ansicht nach sehr konservativer Berechnung, sei bei unterstellten [REDACTED] (Kosten-)Minuten [BuGG der Beschwerdeführerin zu 1] und einer Laufzeit von [REDACTED] Monaten eine Kostenunterdeckung von [REDACTED] €/Monat [BuGG der Beschwerdeführerin zu 1]. Die Berechnungen der Beschwerdeführer basieren auf eigenen typischen Nutzungsprofilen, die angesichts gleicher Zielgruppen mit denen der Betroffenen identisch sein sollen. In Ergänzung zum „IC+25%“-Ansatz der Bundesnetzagentur setzt die Beschwerdeführerin zu 1 dabei vor allem einen signifikanten Einmalbetrag für die Kundenaquise sowie höhere Inkassokosten an.

Schließlich würden weder die statistische noch die prognostische Berechnung der Beschwerdeführer den untypisch hohen Werbeaufwand der Betroffenen für den verfahrensgegenständlichen Tarif erfassen. Allein dieser führe zu einer Kostenunterdeckung von über [REDACTED] €/Monat [BuGG der Beschwerdeführerin zu 1].

2.4 Unzulässigkeit der Gesamtportfoliobetrachtung bei Preis-Kosten-Scheren-Prüfungen nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Da nach Ansicht der Wettbewerber eine Quersubventionierung seitens marktbeherrschender Unternehmen grundsätzlich unzulässig sei, dürfe entgegen der im Sinne einer Gesamtportfoliobetrachtung verstehbaren Gesetzesbegründung zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (§ 26 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E) nur eine produktbezogene Betrachtung erfolgen.

2.5 Sonstige erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung durch Verdrängungsabsicht

Unabhängig davon, ob die Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG einschlägig sind, läge in jedem Fall eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG vor, da die Verdrängungsabsicht der marktbeherrschenden Betroffenen im Rahmen ihrer Werbestrategie amtsbekannt sei, was durch die erhebliche Neukundengewinnung beim verfahrensgegenständlichen Tarif (100.000 im ersten Monat), der Bezugskonzentration (Ausschluss jeglichen Call-by-Call-Bedarfs) und der immensen Sogwirkung des wie ein Flattarif wirkenden, unter Kosten

angebotenen Budgets belegt werde.

2.6 Sachliche Rechtfertigung

Schließlich bestehe nach Ansicht der Beschwerdeführer keine sachliche Rechtfertigung für eine Kostenunterdeckung.

3. Vortrag der Betroffenen

Die Betroffene macht demgegenüber geltend, dass der Tarif weder genehmigungspflichtig sei, noch gegen die Maßstäbe des § 28 TKG verstoße, weshalb das Verfahren einzustellen sei. Sie ist der Ansicht, dass eine Ex-ante-Genehmigungspflicht nur bestehe, wenn und soweit dies in einer Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 Satz i.V.m. § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG auferlegt worden ist, was nicht der Fall sei.

In Erfüllung der auferlegten Anzeigeverpflichtung habe der Tarif vielmehr ohne Beanstandung die Offenkundigkeitsprüfung nach § 39 Abs. 3 S.3 TKG durchlaufen, weshalb das Ex-post-Verfahren nach Ansicht der Betroffenen mangels neuer Tatsachen vielmehr per se im Sinne wettbewerbskonformen Verhaltens der Betroffenen determiniert und insofern einzustellen sei.

Unabhängig davon verstoße der Tarif jedoch auch nicht gegen § 28 TKG. Hierzu führt sie im Einzelnen aus:

3.1 Vorrang des Vergleichmarktpinzips

Nach Ansicht der Betroffenen ist die bislang angewandte „IC+25%“-Formel nach neuem, dem allgemeinen Wettbewerbsrecht angenäherten TKG und damit großzügigeren Maßstäben nicht mehr anwendbar. Bereits rein formal sei die Kostenorientierung durch die Vergleichsmarktbeurteilung abgelöst worden (§ 38 Abs. 2 S.3 TKG). Lege man Wettbewerberangebote zugrunde, so wäre im Ergebnis, wie auch offensichtlich bereits im Anzeigeverfahren, angesichts massiv günstigerer Wettbewerberangebote (Arcor full flat für 9,95 €, Arcor 333 zu 4,95 €) kein Missbrauchsvorwurf begründbar, wenn man berücksichtigt, dass etablierte Preise auf dem Vergleichsmarkt eine Kostendeckung indizierten.

3.2 Unanwendbarkeit der Prüfformel „IC+25%“

Inhaltlich müsse die Prüfformel neben dem Gemeinkostenabschlag zumindest um einen Erheblichkeitsabschlag für den durch das neu in § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG eingeführte Merkmal wesentlicher Wettbewerbsbeeinträchtigung und den damit verbundenen höheren Unwertgehalt reduziert werden.

Hinsichtlich der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren sei die Prüfformel bereits deshalb nicht anwendbar, weil sie die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens, jedoch nicht die Marge zwischen Vorleistungsentgelt und Endnutzerpreis effizienter Wettbewerber abbildet. Insbesondere sei die Formel produktbezogen und nicht, wie für § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG erforderlich, gesamtportfoliobezogen.

3.3 Errechnete Kostendeckung

Losgelöst von diesem Methodenstreit sei der Tarif bereits unter Verwendung der „IC+25%“-Formel nicht missbräuchlich im Sinne des § 28 TKG. Da der Tarif Call Time 240/T-ISDN ab der

240. Minute dem unstrittig kostendeckenden Standardtarif Callplus/T-ISDN gleicht, sei für die Beurteilung des Tarifs allein der neue Budgettarif zu prüfen. Dabei sei nicht mehr die maximale Auslastung des Tarifs als Grenzbetrachtung entscheidend, sondern - soweit vorhanden - gesicherte Prognosen auf Grundlage tatsächlicher Erfahrungen zum realen Verkehrsaufkommen. Dies gelte vorliegend nicht nur für den Tarif calltime 120, sondern auch für den Tarif Call Time 240/T-ISDN, für den mittlerweile 2 ½ Monate Stichproben zum Nutzungsverhalten der Tarifkunden vorlägen. Damit sei anstelle der statistisch/prognostischen Betrachtung die vorliegende messbare Verkehrsverteilung zu Grunde zu legen. Dies betreffe sowohl die Budgetausnutzung wie auch die Verteilung der Verbindungen auf Tarifzonen- und -zeiten. Habe sich aufgrund des Minutentaktes im Rahmen des calltime 120 ein effektiv telefoniertes Verbindungsvolumen i.H.v. [REDACTED] (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] ergeben und sei daher beim Call Time 240/T-ISDN ein Volumen i.H.v. [REDACTED] (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] zu erwarten gewesen, so habe die stichprobenartige Messung des Call Time 240/T-ISDN zwischenzeitlich eine tatsächliche effektive Nutzung i.H.v. nur [REDACTED] (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] ergeben. Unter Zugrundelegung der empirischen Verkehrsverteilung und den Kostenansätzen nach der „IC+25%“-Formel ergäben sich für [REDACTED] Kostenminuten [REDACTED] € Kosten pro Kunde [BuGG der Betroffenen]. Diesen stünden Einnahmen aus dem Freiminutenbudget i.H.v. 3,45 € gegenüber.

Die Werbekosten der Betroffenen seien nicht anrechenbar, da es sich um nicht leistungsbezogene Gemeinkosten handle.

3.4 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

Unabhängig von den Vermutungstatbeständen des § 28 Abs. 2 TKG liegt nach Ansicht der Betroffenen keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor. Eine wettbewerbsschädigende Wirkung hätte der Tarif in seiner erst zwei Monate anhaltenden Vermarktung nicht entwickeln können. Zudem gehe der Marktimpuls eher von fullflat-Angeboten aus (z.B. Arcor Free 333 und Free1500 sowie Flattarife der Tele2), was im übrigen den nach Ansicht der Betroffenen widerleglichen Vermutungstatbestand ausräume.

4. Stellungnahme des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt, dem nach § 123 Abs. 1 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde, sah hiervon ab.

5. Konsistenz

Die übrigen Beschlusskammern und Abteilungen der Regulierungsbehörde sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die sich aus § 132 Abs. 4 TKG i.V.m. § 10 ff GO der Bundesnetzagentur zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Informations-, Austausch- und Abstimmungspflichten wurden insofern beachtet.

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

II.

Entgelte sind gemäß §§ 39 Abs. 3 S. 1, 38 Abs. 4 S. 1 TKG von der Regulierungsbehörde zu untersagen, wenn sie gegen die Maßstäbe des § 28 TKG verstoßen. Ein solcher Verstoß kann vorliegend entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer im Ergebnis jedoch nicht festgestellt werden. Das hierauf gerichtete formelle Prüfverfahren ist daher ohne Untersagung des Tarifs zum Abschluss zu bringen.

1. Verfahrensfragen

1.1 Nachträgliche Entgeltregulierung

Der Tarif Call Time 240/T-ISDN der Betroffenen unterliegt der nachträglichen Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 4 TKG, § 28 TKG.

Die Betroffene verfügt als Anbieter von Telekommunikationsdiensten über beträchtliche Marktmacht. Eine beträchtliche Marktmacht auf den hier relevanten Märkten für die Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten ergibt sich bis zum Abschluss des laufenden Marktanalyseverfahrens nach §§ 10 ff. TKG aus den entsprechenden Feststellungen der Regulierungsbehörde im Rahmen der Beschlüsse der BK2a 04/009 vom 08.06.2004 bzw. BK 2a 04/007, BK2a 04/013 und BK2a 04/014 vom 25.06.2004. Die in den genannten, noch nach TKG (1996) getroffenen Entscheidungen enthaltene Feststellung, dass die Betroffene auf den Märkten für Sprachtelefondienstleistungen (Anschlüsse, Inlandsverbindungen und Auslandsverbindungen) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, behält auf Grund der vom Gesetzgeber getroffenen Übergangsregelungen in § 150 Abs. 1 TKG weiterhin Geltung.

Der Tarif ist gemäß der Rechtsprechung des VG Köln v. 06.09.2004, Az. 1 L 1832/04 ein Entgelt für Endnutzerleistungen, dass keiner Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen ist. Eine Genehmigungspflicht wurde der Betroffenen bislang weder gemäß § 39 Abs. 1 TKG auferlegt noch wirkt nach der Rechtsprechung des VG Köln die Entgeltgenehmigungspflicht des § 25 Abs. 1 TKG 1996 über § 150 TKG fort.

1.2 Rechtswirkung vorangegangener Anzeigeverfahren

Dem Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung steht nicht entgegen, dass die Beschlusskammer den Tarif im Rahmen der vorherigen Prüfung der Tarifanzeige nicht untersagt hat. Im Rahmen der Prüfung von Tarifanzeigen erfolgt gemäß §§ 39 Abs. 3 S. 3 TKG nur eine Offenkundigkeitsprüfung, die nicht das Ergebnis einer detaillierten Prüfung ersetzen oder vorwegnehmen kann. Der Verzicht auf eine Untersagung mangels offenkundiger Missbräuchlichkeit eines Tarifs ist nicht mit einer Genehmigung des Tarifs gleichzusetzen. Auch § 39 TKG unterscheidet insofern bewusst zwischen der Auferlegung von Genehmigungs- und Anzeigepflichten. Ein offenkundiger Verstoß gegen § 28 TKG liegt nur dann vor, wenn die Nichteinhaltung der gesetzlichen Anforderungen für die Regulierungsbehörde bereits im Rahmen gesetzlichen Prüffrist von 2-Wochen-Frist ohne weiteres ersichtlich ist. Angesichts der äußerst engen Prüfungsfrist von zwei Wochen (§ 38 Abs. 3 TKG) kann im Anzeigeverfahren in der Regel keine, abschließende Beurteilung erfolgen. Vielmehr erfolgt regelmäßig nur eine Prüfung, ob die von dem marktbeherrschenden Unternehmen bislang als Referenz vorgetragene Angaben bezüglich vergleichbarer Tarife anderer Wettbewerber plausibel erscheinen. Dieser sachnotwendig grobe Maßstab ersetzt eine detaillierte Prüfung der Maßstäbe des § 28 TKG nicht. Daher ist die Bundesnetzagentur unabhängig vom Ausgang des Anzeigeverfahrens jederzeit berechtigt und verpflichtet, bei Vorliegen konkreter Verdachtsmomente ein Ex-post-Verfahren einzuleiten.

1.3 Entscheidungsfrist

Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 38 Abs. 3 TKG. Die Verfahrenseröffnung wurde der Betroffenen mit Schreiben vom 12.10.2005 am selben Tag bekannt gegeben. Die Entscheidungsfrist endet somit am 12.12.2005.

1.4 Beteiligung

Die Entscheidung wurde gemäß § 132 Abs. 4 TKG innerhalb der Bundesnetzagentur zur Sicherstellung des Konsistenzgebots abgestimmt. Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 123 Abs. 1 S.2 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

2. Begründetheit

Nach § 28 TKG darf ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, diese Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein solcher Missbrauch kam vorliegend im Hinblick auf § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG in Betracht, der als Regelbeispiel den Fall umfasst, dass das marktbeherrschende Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, es sei denn, dass für diese Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung besteht.

Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung kam vorliegend durch Vorliegen der Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 TKG in Betracht. Beide Vermutungstatbestände liegen jedoch im Ergebnis nicht vor.

2.1 § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG

Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung wird nach § 28 Abs. 2 TKG u.a. vermutet, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt (sog. Preis-Dumping/Unter-Kosten-Schere).

2.1.1 Vorrang des Vergleichsmarktprinzips

Die seitens der Betroffenen aufgeführten Vergleichstarife belegen, dass das Entgelt der Betroffenen von einer Reihe günstigerer Tarife von Wettbewerbern unterboten wird. Der Feststellung kostenunterdeckender Entgelte steht allein das Vorliegen von preiswerteren Wettbewerbsangeboten rechtlich jedoch entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht entgegen.

Zwar ist im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 S. 3 TKG bei der Prüfung des Maßstabs des § 28 TKG vorrangig mit Hilfe der Vergleichsmarktbetrachtung ein wettbewerbskonformer Preis zu ermitteln. Dieser verfahrensökonomisch motivierte Vorrang des Vergleichsmarktprinzips als Prüfverfahren ist jedoch nicht absolut. Vielmehr berücksichtigt bereits § 38 Abs. 2 S. 3 TKG, dass das Vergleichsmarktprinzip u.U. keine Überprüfung ermöglicht und eine Kostenanalyse vorzunehmen ist. Das Vergleichsmarktprinzip wurde vom Gesetzgeber im Rahmen der Verfahrensregelung für Ex-post-Prüfungen von Zugangsleistungen in § 38 TKG vor dem Hintergrund der dort maßgeblichen Prüfung von Preis-Höhen-Missbräuchen der Kostenprüfung im Regelfall vorangestellt. Für die hier hinsichtlich Endkundenentgelten ex-post vorzunehmende Prüfung von Preis-Untergrenzen nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG ist in Abweichung von der im Zugangsbereich bewährten Regel eine Kostenanalyse erforderlich. Insoweit führt der allgemeine Verweis des § 39 Abs. 3 S. 1 2.HS TKG zur Anwendbarkeit der allgemeinen Verfahrensvorschrift des § 38 Abs. 2 bis 4 aus der Regulierung von Zugangsentgelten auch für

die Prüfung von Endnutzerleistungen im Hinblick auf die dem gesetzlichen Regelfall zugrundeliegende Motivation zu einem abweichenden Ergebnis. Anders als im Vorleistungsbereich ist im Endkundenbereich das Vergleichsmarktpinzip nicht zielführend. Es kann Wettbewerbern insbesondere bei Markteinführung und Kundenaquise im Endkundenbereich nicht generell unterstellt werden, kostendeckend zu kalkulieren, da ihnen anders als dem marktbeherrschenden Unternehmen Dumping- und Preis-Kosten-Scheren nicht untersagt sind.

Ob die vorgelegten Wettbewerberangebote im konkreten Fall als Vergleichsmaßstab ungeeignet waren, wie es die Beschwerdeführer vortragen, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, da sie im Ergebnis zumindest nicht von einer detaillierteren Prüfung widerlegt werden.

2.1.2 Anwendbarkeit der Prüfformel „IC+25 %“

Um eine handhabbare Prüfung zu ermöglichen, ohne die kompletten Kostenansätze marktbeherrschender Unternehmen im Detail analysieren zu müssen, können zur Ermittlung der langfristig zusätzlichen Kosten ersatzweise die genehmigten Entgelte für Terminierung und Zuführung (IC-Entgelte) des marktbeherrschenden Unternehmens samt eines Aufschlags für sonstige Nebenkosten (Vertrieb, Inkasso und Delkredere) herangezogen werden, bei denen eine Abbildung der dahinterstehenden effizienten Kosten samt einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals per definitionem unterstellt werden kann.

Abweichend von dem noch unter § 24 TKG 1996 von der Bundesnetzagentur verwandten Aufschlag von 25% (vgl. Beschluss v. 16.02.2000, Az. BK2-1 99/035) ist dabei vorliegend zur Berücksichtigung der nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht mehr einzubeziehenden Gemeinkosten von derzeit 11,11 % ein auf 12,5 % abgesenkter Aufschlag in Anwendung zu bringen.

Maßstab für die Dumping-Schwelle nach § 24 TKG alt war die effiziente Leistungsbereitstellung, bei der zu den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten hinzugerechnet wird. In dieser Form ist die effiziente Leistungsbereitstellung nach wie vor in § 31 Abs. 2 TKG z.B. für die Berechnung angemessener IC-Entgelte zu finden. § 28 II Nr. 1 TKG hebt dagegen, anders als noch sein Vorgänger § 24 TKG alt, ausdrücklich nur noch auf die „langfristigen zusätzlichen Kosten“ ab. Wortlaut und Systematik sprechen sich insofern eindeutig für eine Kürzung des bisherigen Kostenansatzes um die Gemeinkosten aus. Auch die diesbezüglich seitens der europäischen Kommission bevorzugte großzügigere allgemeine Heranziehung von Gemeinkosten, wie sie in Nr. 110-116 der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (98/C 265/02) zum Ausdruck kommt, steht dem Willen des Gesetzgebers letztlich nicht verbindlich entgegen.

Da Gemeinkosten über alle Leistungen hinweg nach demselben Schema berechnet werden, ist es sinnvoll, auf die bereits bei den Vorleistungen genehmigten Gemeinkostenzuschläge zurückzugreifen. Diese betragen, vorbehaltlich späterer Änderungen, derzeit einheitlich 11,11% (vgl. zuletzt Beschluss BK4d-05-015/E22.07.05, der auf BK4b-05-012/E24.05.05 verweist). Dem in den IC-Entgelten berücksichtigten Gemeinkostenzuschlag von 11,11 % entspricht danach ein herauszurechnender Gemeinkostenabschlag von 10 %. Verrechnet man diesen Abschlag auf die IC-Entgelte mit dem bisherigen Vertriebskostenzuschlag i.H.v. 25 %, so ergibt sich ein geminderter allgemeiner Zuschlag i.H.v. 12,5 % und somit die Prüfformel „IC+12,5 %“.

Ein Abschlag für das in § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG eingeführte Unwerturteil „erheblicher“ Wettbewerbsbeeinträchtigung ist dagegen vorliegend nicht erforderlich, da sich die Erheblichkeit bereits aus dem Vorliegen der Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG ergibt. Eine Verschärfung des Maßstabs gegenüber § 24 TKG 1996 ist diesbezüglich nicht ersichtlich.

Da keine Anhaltspunkte für eine Veränderung der Relation zwischen IC-Entgelten und Vertriebskosten vorliegen, erfolgt hier bis auf weiteres keine Anhebung des Aufschlags zur Korrektur der Prüfformel. Auch der hierauf gerichtete Vortrag der Beschwerdeführer bleibt insofern unsubstantiiert. Zwar ist nachvollziehbar, dass die IC-Entgelte seit 2000 um insgesamt ca. 27 %

gesunken sind, Anhaltspunkte dafür, dass die Vertriebskosten entgegen der allgemeinen Annahme einer langfristig vergleichbaren Entwicklung der Kostenbestandteile nicht im selben Maße gesunken sind, wie es die Beschwerdeführer behaupten, liegen dagegen nicht vor. Vorbehaltlich anderweitiger Erkenntnisse ist daher bis auf weiteres von einer stabilen Relation auszugehen.

Auch bislang unberücksichtigte Mehrkosten der Wettbewerber, wie sie von den Beschwerdeführern für eine Anhebung des Aufschlags geltend gemacht werden, können im Rahmen der Dumping-Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG, die die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens erfassen soll, nicht in Ansatz gebracht werden.

2.1.3 Kostendeckung

Würde man die Dumping-Prüfung wie bisher im Hinblick auf das Budget prüfen, so ist der Tarif unter Zugrundelegung des „IC+12,5 %“-Prüfmaßstabes angesichts der Budgeteinnahmen i.H.v. 3,45 €/Monat für 240 Freiminuten kostendeckend.

Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob der Umfang der tatsächlichen effektiven (Kosten-)Minuten mit ca. [REDACTED] Minuten [BuGG der Betroffenen] unterhalb des ursprünglichen Prognosewertes i.H.v. 216,6 Minuten bleibt. Sowohl bei Unterstellung der Prognose i.H.v. 216,6 effektiven (Kosten-)Minuten als auch bei den seitens der Betroffenen geltend gemachten gemessenen [REDACTED] effektiven (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] ergibt sich unter Zugrundelegung der im Rahmen der Dumping-Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG maßgeblichen Verkehrsverteilung der Betroffenen gemessen am Maßstab der Prüfformel „IC+12,5 %“ im vorliegenden Fall keine Kostenunterdeckung.

Die auf Grundlage der Verkehrsverteilung der Beschwerdeführerin zu 1 erstellte Kostenberechnung, die unter Heranziehung zusätzlicher Kostenfaktoren eine Kostenunterdeckung feststellt, kann dagegen nicht zur Beurteilung des Dumping-Vorwurfs nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG herangezogen werden.

2.1.3.1 Kosten bei [REDACTED] Minuten [BuGG der Betroffenen]

Bei Zugrundelegung der seitens der Betroffenen angegebenen [REDACTED] (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen], würde sich unter Heranziehung der Verkehrsverteilung der Betroffenen auf Basis der IC-Entgelte Produktionskosten i.H.v. [REDACTED] €/Monat [BuGG der Betroffenen] errechnen. Unter Heranziehung der Prüfformel „IC+12,5 %“ würde sich damit Gesamtkosten i.H.v. [REDACTED] €/Monat [BuGG der Betroffenen] ergeben.

Diesen Kosten stünde der Entgeltzuschlag für das Freiminutenkontingent i.H.v. 3,45 €/Monat gegenüber, welches aufgrund der Kostendeckung der außerhalb des Kontingents geltenden Konditionen des Standardtarifs in voller Höhe zur Deckung der Kontingentkosten herangezogen werden kann. Danach verbliebe ein Überschuss i.H.v. [REDACTED] €/Monat [BuGG der Betroffenen].

2.1.3.2 Kosten bei 216 Minuten

Würde man die bei der Genehmigung des Tarifs calltime 120 herangezogene Prognose von 108,3 effektiven (Kosten-)Minuten zugrundelegen und für den Tarif Call Time 240/T-ISDN mit (verdoppelten) 216,6 (Kosten-)Minuten rechnen, ergäben sich auf Grundlage der Verkehrsverteilung der Betroffenen und den IC-Entgelten Produktionskosten i.H.v. [REDACTED] €/Monat [BuGG der Betroffenen]. Damit lägen die Gesamtkosten gemäß der Prüfformel „IC+12,5 %“ bei [REDACTED] €/Minute [BuGG der Betroffenen] und wären damit immer noch mit [REDACTED] €/Monat [BuGG der Betroffenen] kostendeckend.

2.1.3.3 Modellrechnung der Beschwerdeführerin zu 1

Die Modellrechnung der Beschwerdeführerin zu 1, die zu einer Kostenunterdeckung gelangt, kann nicht zur Feststellung eines Preis-Dumpings herangezogen werden.

Die Modellrechnung basiert auf einer Reihe von Annahmen, die methodisch unzutreffend sind. Bei Ausgleich dieser ergibt sich keine der Berechnung der Beschwerdeführerin zu 1 entsprechende Kostenunterdeckung.

So legt die Beschwerdeführerin anstelle der ihr unbekanntem Verkehrsverteilung der Betroffenen oder der allgemeinen Verkehrsverteilung nach OECD-Warenkorb 2001 für Telefondienstleistungen (Privatkunden) die übliche Verkehrsverteilung eigener Kunden zugrunde. Die Dumping-Prüfung fokussiert jedoch auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens. Daher ist auf die effektive Nutzung und Verkehrsverteilung seiner Kunden abzuheben. Entsprechendes Datenmaterial der Wettbewerber kann insofern nicht herangezogen werden. Unter Verwendung der OECD-Verkehrsverteilung ergäben sich mit 216 (Kosten-)Minuten anhand der Prüfformel „IC+12,5%“ im Vergleich weniger Gesamtkosten i.H.v. 2,93 €/Monat und damit ein Überschuss von 0,52 €/Monat.

Da einmalige Anlaufkosten, wie der Werbeaufwand bei Tarifeinführung, nur zusammen mit den übrigen Kosten den langfristigen Kosten zurechenbar sind, erübrigt sich ihre Einbeziehung im Rahmen der Kostenbetrachtung. Aufgrund der starken Schwankungsbreite dieser Kostenansätze während einer Tarifaufzeit ergibt sich langfristig ein gemittelttes Kostenniveau, dass in der Prüfformel „IC+25%“ angemessen berücksichtigt ist. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der temporär besonders hohe Werbeaufwand der Betroffenen im vorliegenden Fall auf den in der Prüfformel langfristig angesetzten Mittelwert auswirkt.

2.2 § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Eine Missbräuchlichkeit ergibt sich auch dann nicht, wenn man die Preis-Kosten-Schere gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG betrachtet.

Eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere, die eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vermuten lässt, liegt vor, wenn bei Zugrundelegung des untersuchten Tarifs nach Abzug der Vorleistungskosten des marktbeherrschenden Unternehmens und der zusätzlichen eigenen Kosten effizienter Wettbewerber bei der Leistungserbringung keine angemessene Kapitalverzinsung möglich ist.

2.2.1 Vorrang des Vergleichsmarktprinzips

Auch hinsichtlich der Betrachtung der Preis-Kosten-Schere scheidet eine Heranziehung von Vergleichsmarktangeboten im konkreten Fall aus.

Unabhängig vom Vorliegen von Angeboten, die preislich unterhalb desjenigen der Betroffenen liegen, bleibt deren Kostenäquivalenz aus den bereits zu § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG ausgeführten Gründen fraglich, weshalb für eine abschließende kostenbasierte Betrachtung eine weitergehende Untersuchung erforderlich bleibt. Auch im Rahmen der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren genügt eine (einfache) Betrachtung von einzelnen Vergleichsangeboten nicht zur Ermittlung der tatsächlichen Kosten der Wettbewerber. Da eine Anforderung und Analyse der Kosten aller oder auch nur ausgewählter Wettbewerber mit einem unangemessenen Aufwand verbunden ist, ist auch bei dieser Prüfung erneut auf die Entgelte für das Angebot von Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzugreifen.

2.2.2 Anwendbarkeit der Prüfformel „IC+25%“

Auch zur Bestimmung von Preis-Kosten-Scheren ist die Prüfformel „IC+25%“ heranzuziehen.

Hiergegen spricht nicht, dass es im Rahmen von § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG anders als bei § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht um die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens geht, sondern um die Marge, die effizienten Wettbewerbern nach Abzug ihrer Kosten im Hinblick auf den Preis des marktbeherrschenden Unternehmens verbleibt.

Da auch effiziente Wettbewerber auf die Vorleistungen des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen sind und an dieser Stelle unterstellt wird, dass die Eigenleistungen effizienter Wettbewerber in der Summe nicht kostenintensiver sind und auch im Hinblick auf eine langfristige Konkurrenzfähigkeit nicht sein dürfen (vergleichbares Gesamtkostenniveau), als die des marktbeherrschenden Unternehmens, können auch im Rahmen der Bestimmung von Preis-Kosten-Scheren hilfsweise die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens als Obergrenze herangezogen werden.

Unabhängig davon, inwieweit einzelne effiziente Wettbewerber unter den Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens bleiben können, ist im Rahmen einer Grenz Betrachtung davon auszugehen, dass eine relevante Anzahl von effizienten Wettbewerbern zumindest zur Nachbildung des geprüften Tarifs auf den vollständigen Bezug aller relevanten Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen ist. Da in diesem Falle nur noch der Vertriebsbereich dazu beitragen kann, das Kostenniveau des marktbeherrschenden Unternehmens zu unterbieten, verbleibt für Effizienzvorteile dieser Wettbewerber zur Kompensation etwaiger Mehrkosten an anderer Stelle allerdings nur geringer Spielraum. Um die Kosten zu senken und damit den Preissetzungsspielraum zu erhöhen, können effiziente Wettbewerber allerdings bereits im Vorleistungsbereich kostengünstigere Eigenleistungen erbringen. Dabei ist zu unterstellen, dass effiziente Wettbewerber dabei wettbewerberimmanente Kosten, wie Kollokationsraumkosten, durch günstigere Kosten der Eigenleistungen bzw. gezielte Kundenaquisition zur höheren Auslastung von Netzelementen kompensieren können (z.B. Eigenleistungen der Verbindungsnetzbetreiber auf der Fernebene). Damit kann die Ermittlung der (Produktions-)Kosten effizienter Wettbewerber auf den Vorleistungskosten des marktbeherrschenden Unternehmens aufsetzen.

Ebenso wie bereits im Rahmen der Ermittlung der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens im Rahmen von § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG kommt zu den Vorleistungsentgelten ein Nebenkostenzuschlag für Vertriebskosten, Delkredere und Inkasso hinzu. Auch insofern ist davon auszugehen, dass effiziente Wettbewerber nicht ohne Weiteres höhere Kosten als das marktbeherrschende Unternehmen geltend machen können. Anders als im Rahmen des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG bleiben dabei die in der „IC+25 %“-Formel enthaltenen Gemeinkostenzuschläge unter § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG erhalten, da Wettbewerber sie insbesondere bei Bezug von Vorleistungen in voller Höhe als Kosten in Anschlag bringen müssen, so dass ihre Gesamtkosten die des marktbeherrschenden Unternehmens nicht langfristig übersteigen dürfen.

Auch im Rahmen der Prüfung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG können außergewöhnliche Werbeausgaben, wie seitens der Beschwerdeführer zu 1 und 2 unterstellt, nicht in Anschlag gebracht werden. Da es hier um die Ermittlung der allgemein zu erwartenden Gewinnmarge idealtypischer effizienter Wettbewerber handelt, ist an diese Ausgaben nicht nur ein langfristiger, sondern vor allem auch ein effizienter, verallgemeinerungsfähiger Maßstab anzulegen. Dieser ist im 25% Aufschlag jedoch bereits enthalten.

Auch im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung kann der Aufschlag mangels substantiierter Anhaltspunkte nicht zum Ausgleich einer unterstellt veränderten Relation von IC-Entgelten und Vertriebskosten angehoben werden.

Berücksichtigungsfähig wären lediglich bislang nicht berücksichtigte wettbewerbtypische Mehrkosten. Geltend gemacht wurden seitens der Beschwerdeführer insbesondere Zusammenschaltungs-Fixkosten der Wettbewerber, wie die Kosten für Zusammenschaltungsanschlüsse (ICA-Kosten) sowie Kosten für die Anmietung von Kollokationsraum, aber auch beim marktbeherrschenden Unternehmen bislang unberücksichtigte Einmalkosten für Konfigurationsmaßnahmen bei Tarifeinführungen oder –umstellungen. Den Mehrkosten der Wettbewerber stehen allerdings Effizienzvorteile zum Beispiel durch Fokussierung auf lukrative Kunden- oder Dienstleistungssegmente und Angebotsregionen und hierdurch eine höhere Auslastung von Netzelementen oder durch geringere bzw. flexiblere Personalkosten gegenüber, die sich letztlich ausgleichen. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob einzelne typische Mehrkosten der Wettbewerber berücksichtigungsfähig sind, da diese in der Regel durch Effizienzvorteile an anderer Stelle wettgemacht werden. Berücksichtigungsfähige wettbewerbsinduzierte Mehrkosten, die nicht gegen Effizienzvorteile gerechnet werden können, wurden vorliegend nicht angeführt. Daher ist bis auf weiteres von einer Verrechenbarkeit der Wettbewerbsvor- und nachteile nicht marktbeherrschender Unternehmen auszugehen.

2.2.3 Berechnung der Preis-Kosten-Schere

Unter Anwendung dieser Maßstäbe ist der vorliegende Tarif im Hinblick auf das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere nicht missbräuchlich.

2.2.3.1 216 (Kosten-)Minuten

Zwar errechnet sich bei Zugrundelegung der auf den Prognosen des Genehmigungsverfahrens calltime 120 beruhenden effektiven 216 (Kosten-)Minuten und der Verkehrsverteilung der Betroffenen monatliche Produktionskosten i.H.v. [] € [BuGG der Betroffenen]. Ein wie dargestellt im Rahmen der Preis-Kosten-Schere anzusetzender Aufschlag i.H.v. 25 % führt damit zu Gesamtkosten i.H.v. [] €/Monat [BuGG der Betroffenen] und damit einem Budget-bezogenen Saldo i.H.v. [] €/Monat [BuGG der Betroffenen] und folglich insoweit zu einer negativen Preis-Kosten-Schere.

2.2.3.2 [] (Kosten-)Minuten

Dies kann auch nicht bereits dadurch wett gemacht werden, dass die im Rahmen der 2 ½ Monate abdeckenden Stichproben gemessenen Nutzungswerte mit [] effektiven (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] ein geringeres Kostenprofil erzeugen würden. Zwar würden sich bei Zugrundelegung dieser Messung anhand der Verkehrsverteilung der Betroffenen nur Produktionskosten i.H.v. [] €/Monat [BuGG der Betroffenen] und somit nach der Prüfformel „IC+25%“ Gesamtkosten i.H.v. [] €/Monat [BuGG der Betroffenen] ergeben, die deutlich unterhalb dem Preis des Freiminutenkontingents i.H.v. 3,45 €/Monat liegen. Es ist jedoch äußerst fraglich, ob das bislang ermittelte empirische Datenmaterial bereits langfristig aussagekräftig ist.

Die langfristig statistisch zu unterstellende effektive Nutzung kann zwar durch tatsächlich gemessene Nutzungswerte widerlegt und bei gefestigten Nutzungsprofilen dauerhaft ersetzt werden. Bei Vorliegen empirisch ermittelter und langfristig stabiler Nutzungsdaten tritt die statistische Prognose hinter der Betrachtung tatsächlicher Kostenparameter zurück. Angesichts eines Stichprobenzeitraums von bislang erst 2 ½ Monaten dürfte dies zu verneinen sein. Zwar bestätigen die für 2 ½ Monate vorliegenden Nutzungskennwerte den im Rahmen des Vorgängertarifs calltime 120 ermittelten Trend eines geringer als prognostizierten effektiven Ausnutzungsgrades des Tarifs. Waren für die Tariflinien calltime 120 bzw. Call Time 240/T-ISDN ursprünglich 108,3 bzw. 216,6 effektive (Kosten-)Minuten erwartet worden, lag der tatsächlich ermittelte Nutzungsgrad beim Tarif calltime 120 mit [] (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] bereits [] [BuGG der Betroffenen] unter der Prognose. Die nunmehr vorliegenden Zahlen für den Tarif Call Time 240/T-ISDN liegen erneut unterhalb dieses Wertes und belegen eine Ausnutzung von nur [] (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] und damit über [] [BuGG der Betroffenen]

unterhalb der ursprünglichen Prognose. Gleichwohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen der Einführungsphase relevante Abweichungen vom langfristigen Nutzungsverhalten auftreten. Insofern kann dahingestellt bleiben, ob die von der Betroffenen vorgelegten Zahlen glaubwürdig oder fehlerbehaftet sind.

2.2.3.3 OECD-Verkehrsverteilung

Angesichts der offensichtlich von der OECD-Verteilung abweichenden Verkehrsverteilung von 240-Minuten-Budget-Kunden kann auch nicht die günstigere OECD-Verkehrsverteilung herangezogen werden.

2.2.3.4 Kundenbezogene Gesamtbetrachtung

Die Kammer geht allerdings vorliegend von einer tarifbezogenen Prüfung aus, da Verbindungsentgelte vom Endkunden als Ganzes wahrgenommen werden und allen Wettbewerbern eine entsprechende Ausrichtung ihrer Angebote möglich sein muss. Damit ist jedoch eine Verrechnung von Kosten und Einnahmen innerhalb des gesamten Tarifs zulässig, da im Hinblick auf die nach §§ 39 Abs. 3 i.V.m. 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG regulierten Endkundenentgelte ein tarifbezogener Wettbewerb um Endkunden stattfindet.

Betrachtet man den aus einem Freiminutenkontingent und vergünstigten Restminuten zusammengesetzten Gesamttarif aus Kundensicht einheitlichen Tarif in Gänze, so ergibt sich aufgrund des Überschusses aus den über das Freiminutenkontingent hinaus durchschnittlich zu erwartenden Verbindungen ein Überschuss i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen].

Sowohl aufgrund seiner Vermarktung, als auch aus der vertraglichen Verbindung stellen beide Tarifkomponenten aus Kundensicht eine Einheit dar, die es im Rahmen der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung zu berücksichtigen gilt. Nach Angaben der Betroffenen ist durchschnittlich eine effektive Gesamtverbindungsdauer von ■■■ Minuten [BuGG der Betroffenen] zugrunde zu legen. Nach Abzug der im Rahmen des Freiminutenkontingents verbrauchten 216 (Kosten-)Minuten kommen damit Einnahmen auf Grundlage des vergünstigten Standardtarifs für die verbleibenden ■■■ (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen] für eine Deckung der Budgetunterdeckung in Betracht. Unter Zugrundelegung der Verkehrsverteilung der Betroffenen ergeben sich für die durchschnittlich ■■■ Restminuten [BuGG der Betroffenen] Produktionskosten i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen] und damit unter Anwendung der Prüfformel „IC+25 %“ Gesamtkosten i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen], denen Einnahmen i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen] gegenüberstehen. Dem Saldo des Freiminutenkontingents i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen] steht somit ein Überschuss i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen] gegenüber.

Anders ausgedrückt: Unter Zugrundelegung der Verkehrsverteilung der Betroffenen ergeben sich insgesamt Produktionskosten i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen] und gemäß Prüfformel „IC+25 %“ damit Gesamtkosten i.H.v. ■■■ € [BuGG der Betroffenen]. Diesen stehen insgesamt Einnahmen i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen] (3,45 €/Monat für die 216 (Kosten-)Minuten des Freiminutenkontingents einerseits und ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen] für die darüber hinaus telefonierten ■■■ (Kosten-)Minuten [BuGG der Betroffenen]) gegenüber.

Zusammengenommen bleibt damit ein Überschuss i.H.v. ■■■ €/Monat [BuGG der Betroffenen].

2.2.3.5 Gesamtportfoliobetrachtung

Ob und wann im Einzelfall im Rahmen der Prüfung von Preis-Kosten-Scheren ausnahmsweise weitere Tariflinien zur Finanzierung umstrittener Tarife herangezogen werden dürfen, kann daher hier dahingestellt bleiben, da vorliegend bereits der Tarif als Ganzes betrachtet an sich kostendeckend ist.

2.3 sonstige Missbrauchstatbestände

Auch im übrigen ist keine missbräuchliche Wettbewerbsbeeinträchtigung oder eine anderweitig missbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Stellung erkennbar. Insbesondere ist der Tarif unbestritten nachbildbar i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Die behauptete Verdrängungsabsicht mag vorliegen, begründet jedoch ohne hinzutretende missbräuchliche Verdrängungshandlung - z.B. durch Vorliegen der Vermutungstatbestände Preis-Dumping oder Preis-Kosten-Schere - jedoch keinen Untersagungsgrund.

R e c h t s b e h e l f s b e l e h r u n g

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 beigefügt 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 (§ 137 Abs. 1 TKG).

Kuhmeyer
(Vorsitzender)

Dr. Paschke
(Beisitzer)

Lindhorst
(Beisitzer)