

Dienststelle BK 3	Geschäftszeichen BK 3d-06-004	☎/Fax 14-4630	Bonn 06.06.06
Betreff <b>Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle betr. Resale DSL</b>			

Vfg.

## 1. Vermerk:

### 1.1 Sachverhalt

Aufgrund einer Entscheidung der Beschlusskammer 3 aus dem Jahr 2003 (Beschluss BK3a-03/010 vom 18.07.03 bzw. 15.08.03) vertreibt die Deutsche Telekom AG (DT AG) seit 2004 DSL-Anschlüsse im Wege des „Resale“ an ISP, die diese DSL-Anschlüsse dann auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Endkunden weiter vermarkten.

Nachfrager von Resale DSL können die DSL-Anschlüsse der DT AG derzeit in den drei am Endkundenmarkt verfügbaren Bandbreiten 1 Mbit/s, 2 Mbit/s und 6 Mbit/s einkaufen; 16 Mbit/s-Anschlüsse will die DT AG in nächster Zeit ebenfalls im Wege des Wiederverkaufs anbieten.

Der Abschlag gegenüber dem jeweiligen monatlichen Überlassungsentgelt auf dem Endkundenmarkt beträgt 11,5 Prozent. Die Bereitstellungsentgelte für Resale DSL-Anschlüsse liegen 7,5 Prozent unter den jeweiligen Endkundenentgelten. Für den Fall, dass dem Endkunden des Resellers erstmals ein DSL-Anschluss der Betroffenen bereitgestellt wird, zahlt die Betroffene einen sog. „Markterschließungszuschuss“ an den jeweiligen Reseller in Höhe von 20 € für den 1 Mbit-Anschluss, 60 € für den 2 Mbit-Anschluss und 80 € für den 6 Mbit-Anschluss.

Über entsprechende Resale-Verträge mit der Betroffenen verfügen nach dem aktuellen Kenntnisstand der Beschlusskammer derzeit 25 Unternehmen.

Am 06.04.06 hat die Beschlusskammer ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle gemäß § 38 TKG gegen die DT AG wegen der Entgelte für das Produkt „DSL-Resale“ eingeleitet, weil ihr aufgrund

- einer Beschwerdeschrift der Communication Services Tele 2 GmbH vom 22.09.05 und dem als Anlage zu dieser Beschwerdeschrift beigefügten Gutachten des WIK sowie einer gemeinsamen Beschwerdeschrift des BREKO-Verbandes und dessen Mitgliedsunternehmen Versatel-Berlin vom 17.03.06, das am 21.03.06 bei der Beschlusskammer eingegangen ist,
- der daraufhin im Rahmen von Vorermittlungen angestellten behördeninternen Untersuchungen und Berechnungen und
- von Vertragsunterlagen, die die DTAG am 05.04.06 im Rahmen des Verfahrens BK3-06 / 003 („NetRental“) vorgelegt hat,

hinreichende Tatsachen i.S.v. § 38 Abs. 2 S. 1 TKG bekannt geworden waren, die die Annahme rechtfertigen, dass die Entgelte, die die DT AG in den „DSL Resale“-Verträgen vereinbart hatte und dementsprechend verlangte, nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügten.

Insbesondere bestand der begründete Verdacht, dass durch die Preisgestaltung von „DSL Resale“ die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt beeinträchtigt (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG) und einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste eingeräumt werden (§ 28 Abs. 1 Nr. 3 TKG).

Die Verfahrenseinleitung ist der DTAG mit Schreiben vom 06.04.06 gemäß § 38 Abs. 2 S. 2 TKG mitgeteilt worden.

Mit Schreiben vom 29.05.06 hat die DT AG die Beschlusskammer über ihre Absicht informiert, ihre derzeitigen Resale DSL-Konditionen mit Wirkung ab dem 01.06.06 „noch attraktiver zu gestalten, indem der bisherige Abschlag von 11,5 % auf 20 % erhöht wird“, und dazu eine entsprechend überarbeitete Preisliste vorgelegt. Daraus geht hervor, dass sämtliche Entgelte, für die bisher ein Rabatt in Höhe von 11,5% gewährt wurde (Überlassungsentgelte – Ziffer 1 der Preisliste -, Wechselentgelt für Upgrade eines bestehenden DSL-Anschlusses – Ziffer 2.2 der Preisliste -, Entgelt für die Übernahme eines T-DSL oder Resale DSL-Anschlusses – Ziffer 2.3 der Preisliste – und die Entgelte für sämtliche zusätzliche Leistungen wie Erhöhter Upstream und Fast Path – Ziffer 3 der Preisliste -) künftig mit 20% rabattiert werden sollen. Die Bereitstellungsentgelte und die bandbreitenabhängigen Markterschließungszuschüsse sollen in unveränderter Höhe fortgelten.

Zugleich hat die DT AG die Resale DSL-Nachfrager über diese neuen Resale DSL-Entgeltkonditionen, die ab dem 01.06.06 gelten sollen, informiert.

## 1.2 Bewertung

Infolge der von der DT AG gegenüber ihren Vertragspartnern ab dem 01.06.06 angebotenen neuen Resale DSL-Entgeltbedingungen ist der ursprüngliche Gegenstand des am 06.04.06 eingeleiteten Verfahrens der nachträglichen Entgeltkontrolle weggefallen.

Gegenstand eines amtswegig eingeleiteten Verwaltungsverfahrens ist grundsätzlich die durch einen konkreten Sachverhalt in Verbindung mit einer entsprechenden Einleitungsentscheidung näher abgegrenzte Verwaltungsrechtssache. (vgl. Kopp/Ramsauer VwVfG, 7. Aufl., § 9 Rdnr. 24).

Dementsprechend sind Gegenstand des am 06.04.06 eröffneten Ex-post-Entgeltverfahrens diejenigen Entgelte, wie sie die DT AG zu jenem Zeitpunkt in ihren Resale DSL-Verträgen vereinbart hatte, mithin mit einer Marge in Höhe von 11,5 Prozent auf die Überlassungs- und Übernahmeentgelte sowie die Entgelte für zusätzliche Leistungen. In dieser konkreten Ausgestaltung waren die Resale DSL-Entgelte auch Gegenstand der Beschwerde der Tele2 und der gemeinsamen Beschwerde des BREKO-Verbandes und dessen Mitgliedsunternehmen Versatel sowie der daraufhin im Rahmen von Vorermittlungen angestellten konkreten Berechnungen der Beschlusskammer und der ökonomischen Fachabteilung der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit ein Verstoß gegen die Maßstäbe des § 28 TKG vorliegt. Insbesondere wegen der Anknüpfung an die behördeninternen Berechnungen über das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere, die notwendigerweise nur auf der Grundlage konkreter Entgelte erfolgen können, ist deutlich geworden, dass nicht „abstrakte“ Resale DSL-Entgeltbedingungen, sondern die oben dargestellten konkreten Entgelte Gegenstand der Prüfung im Rahmen des Ex-post-Entgeltverfahrens sind. Diese Beschwerden und das Ergebnis der daraufhin erfolgten behördeninternen Berechnungen waren – wie im Eröffnungsvermerk vom 06.04.06 ausdrücklich dargelegt worden ist - Anlass für die Einleitung des Verfahrens. Dies ist auch der DT AG in der Mitteilung über die Einleitung des Verfahrens so mitgeteilt worden.

In dieser ursprünglichen Ausgestaltung, wie sie Anlass für die Eröffnung und Grundlage des Verfahrens waren, werden die Resale DSL-Entgelte nach dem neuen, den Vertragspartnern inzwischen verbindlich von der DTAG unterbreiteten Angebot ab dem 01.06.06 nicht mehr zur Anwendung gelangen. Damit ist der Untersuchungsgegenstand während der Dauer des maximal zweimonatigen Verfahrens weggefallen.

Gegen diese Sicht spricht in diesem Fall auch nicht der mögliche Einwand, dass die DT AG es dann in der Hand hätte, durch ggf. nur marginale Änderungen der Entgeltbedingungen den Gegenstand eines Ex-post-Entgeltverfahrens beseitigen und damit (absichtlich) eine Erledigung herbeiführen zu können mit der Folge, dass sie wegen der ex-nunc-Wirkung einer

Untersagungsentscheidung nach § 38 Abs. 4 TKG für die Dauer eines neuen Ex-Post-Verfahrens weiter missbräuchliche Entgelte erheben könnte.

Denn die von der DT AG beabsichtigte Änderung der Resale DSL-Entgelte ist nicht nur marginal, sondern wegen der Erhöhung von 11,5 Prozent auf 20 Prozent, mithin um 8,5 Prozentpunkte bzw. über 70 Prozent, so wesentlich, dass infolge dessen die monatlichen Resale-Zusatzkosten eines effizienten Wettbewerbers auf Basis dieser neuen Konditionen nach Einschätzung der Beschlusskammer künftig abgedeckt werden. Von einer absichtlichen Herbeiführung einer Erledigungswirkung durch Beseitigung der verfahrensgegenständlichen Entgelte kann hier daher nicht ausgegangen werden kann.

Im Rahmen dieses Verfahrens hatten die Beschlusskammer und die ökonomische Fachabteilung im Hinblick auf das nach § 38 Abs. 4 S. 2 TKG eröffnete Ermessen, zugleich mit der Untersagung Entgelte anordnen zu können, die den Maßstäben des § 28 TKG entsprechen, Untersuchungen angestellt, ab welcher Abschlagshöhe eine Preis-Kosten-Schere nicht mehr besteht. Unter Zugrundelegung der derzeit marktüblichen Gegebenheiten – keine Erlösmöglichkeit von einmaligen Bereitstellungsentgelten für den DSL-Anschluss bzw. Erlösmöglichkeit nur für DSL 1000er-Anschlüsse (wie von der mit der DT AG konzernrechtlich verbundenen T-Online praktiziert), Beibehaltung der Markterschließungszuschüsse (wie von der DT AG auch weiterhin vorgesehen) – sind danach Resale-Abschläge in der von der DT AG nunmehr angebotenen Größenordnung errechnet worden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Prüfbericht der Abteilung 1 vom 30.05.06 verwiesen.

In diesem Zusammenhang ist entsprechend dem Hinweis der Beschlusskammer 2 in ihrer Stellungnahme vom 01.06.06 allerdings ausdrücklich festzuhalten, dass die von der Beschlusskammer und der Abteilung 1 vorgenommenen Untersuchungen für einen Resale-Abschlag speziell für DSL-Anschlüsse erfolgt sind und daher nicht ohne Weiteres auf den analog- und ISDN-Bereich übertragen werden können.

Der ermittelte Abstand für einen Wiederverkauf von DSL-Anschlüssen dürfte sich aufgrund der bereits jetzt von einigen Anbietern von DSL-Anschlüssen unterstellten Annahme längerer Kundenverweildauern (s. Beschluss BK 3-06-003 vom 22.05.06 „NetRental“, S. 24) und der vermehrten Neuakquisition von breitbandigeren und höherpreisigen Anschlüssen, insbesondere DSL 6000- und künftig auch DSL 16000-Anschlüssen, noch weiter erhöhen. Hierdurch sowie infolge der prognostizierten Steigerung der DSL-Endkundenzahlen und folglich auch der Absatzzahlen für Resale DSL (s. dazu auch „NetRental“-Beschluss, S. 23) sind weitere Effizienzsteigerungen und damit einhergehende Kosteneinsparungen der Reseller zu erwarten. Von daher eröffnet das neue Resale DSL-Angebot der DT AG eine Marge für DSL-Reseller, die sich im Sinne eines Trends, der sich mit fortschreitender Zeit von selbst verstärkt, künftig weiter zu ihren Gunsten entwickeln wird, und die folglich einen Missbrauchsvorwurf gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG unter dem Blickwinkel einer Preis-Kosten-Schere im Sinne von Abs. 2 Nr. 2 derzeit nicht mehr trägt. Hiervon geht auch die Abteilung 1 in ihrem Prüfbericht aus.

Darüber hinaus werden durch die neuen Resale DSL-Entgeltkonditionen nach den derzeitigen Erkenntnissen der Beschlusskammer auch keine neuen Tatsachen begründet, die die Annahme rechtfertigen, dass sie gegen weitere Maßstäbe des § 28 TKG verstoßen.

Es bestehen derzeit insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass die erhebliche Anhebung des Abschlags ein unzulässiges Preis-Dumping bewirkt, indem die Wettbewerbsmöglichkeiten der infrastrukturbasierten Wettbewerber, die DSL-Anschlüsse auf der Basis eigener oder angemieteter Teilnehmeranschlussleitungen am Endkundenmarkt anbieten, beeinträchtigt werden.



Unter diesem Gesichtspunkt müsste ein Missbrauch beim bekannt werden neuer Tatsachen und der daraufhin geführten Vorermittlungen ggf. in einem gesonderten Verwaltungsverfahren nach § 38 TKG überprüft werden. Soweit neue Entgelte, die während eines laufenden Verfahrens angeboten werden, nicht schon offenkundig gegen (andere) Maßstäbe des § 28 TKG verstoßen - wie dies aus den dargelegten Gründen vorliegend nicht der Fall ist -, blieben der Beschlusskammer in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium angesichts der ohnehin knapp bemessenen Verfahrensfrist von maximal zwei Monaten (§ 38 Abs. 3 TKG) unter Umständen nur noch wenig Zeit, um die diese geänderten Entgelte unter einen ggf. qualitativ anderen Missbrauchsvorwurf, etwa unter Dumping- anstatt Preis-Kosten-Scheren-Maßstäben, und damit in einem anderen Prüfprogramm zu untersuchen. In verfahrensrechtlicher Sicht kommt hinzu, dass die neuen Entgelte und ein möglicherweise deshalb neu zu erhebender Missbrauchsvorwurf ggf. auch nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

Weil – wie dargelegt – der ursprüngliche Gegenstand des Verfahrens infolge der neuen Resale DSL-Entgeltbedingungen entfallen ist und sich das Verfahren damit erledigt hat, ist es durch Einstellung zu beenden.

### **1.3 Formales Vorgehen für die Einstellung des Verfahrens**

Nach § 131 Abs. 2 TKG ist eine Verfahrensbeendigung ohne Entscheidung den Beteiligten schriftlich mitzuteilen.

Ein Verfahren wird nicht mit einer Entscheidung abgeschlossen, wenn keine Entscheidung in der Sache getroffen wird. Dies ist z.B. – wie hier - bei der Einstellung des Verfahrens (Wegfall des Anlasses für Verfahrenseinleitung von Amts wegen) der Fall (vgl. Ruffert, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 2005, § 131, Rn. 12.)

Es hat eine schriftliche Mitteilung an alle Verfahrensbeteiligten zu ergehen. Die Beendigungsmitteilung ist nur dann Verwaltungsakt, wenn mit ihr eine Kostenentscheidung ergeht oder wenn zugleich über den Streit um den Eintritt der Erledigung entschieden wird. Beides ist hier nicht der Fall. Daher handelt es sich um eine Verfahrenshandlung ohne Regelungscharakter. (vgl. Ruffert, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum TKG, 2005, § 131, Rn. 13; zum TKG 1996 vgl. Mayen, in Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG-Kommentar, 2002, § 76 Rdnr. 30).

Ein förmlicher, mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehener Beschluss der Kammer ist mithin nicht erforderlich.

Mit Schreiben vom 31.05.06 hat die Beschlusskammer das Bundeskartellamt (BKartA) von ihrer Absicht unterrichtet, das Verfahren einzustellen und die dafür wesentlichen Gründe mitgeteilt. Mit Schreiben vom 01.06.06 hat das BKartA mitgeteilt, dass es auf eine Stellungnahme verzichtet.

Mit Vermerk vom 31.05.06 sind das Präsidium, die Abteilungen und die Beschlusskammern 2 und 4 ebenfalls über die beabsichtigte Einstellung des Verfahrens und die wesentlichen Gründe unterrichtet worden. Hierzu hat die Beschlusskammer 2 unter dem 01.06.06 eine Stellungnahme abgegeben, die Gegenstand einer gemeinsamen Besprechung am 02.06.06 war. Diesbezüglich wird auf das Schreiben vom 01.06.06 und das Kurzprotokoll der Besprechung verwiesen.

## **2. Einstellung**

Das mit Verfügung vom 06.04.06 eingeleitete Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung betr. die Entgelte für die Leistung Resale DSL – Az.: BK 3d-06-004) wird aus den unter Ziffer 1 dargelegten Gründen eingestellt.

### **3. Unterrichtung der DT AG**

Unterrichtung der DTAG als Betroffene des Verfahrens über die Einstellung des Verfahrens mit dem als Anlage 1 beigefügten Schreiben.

### **4. Unterrichtung der übrigen Beteiligten**

Unterrichtung der Beigeladenen des Verfahrens über die Einstellung des Verfahrens mit dem als Anlage 2 beigefügten Schreiben.

### **5. Abschriften**

Kopie dieser Verfügung mit Anlage 1 an Benutzergruppe mit BuG. Anlage 1 an BKartA, BMWi und BMF

### **6. z.d.A.**

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Wieners

Dr. Schölling