



- Beschlusskammer 2 -

## B e s c h l u s s

in dem V e r f a h r e n w e g e n

Entgeltgenehmigungsantrag vom 29.09.2000; Verlängerung des Testbetriebs des Optionsangebots „XXL“ im Sprachtelefondienst:

Az.: BK 2c 00/032

### V e r f a h r e n s b e t e i l i g t e

- Deutsche Telekom AG,**  
Friedrich-Ebert-Allee 140,  
  
53113 Bonn,

vertreten durch ihren Vorstand, Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Josef Brauner, Detlev Buchal, Dr. Karl-Gerhard Eick, Jeffrey A. Hedberg, Dr. Hagen Hultsch, Dr. Heinz Klinkhammer und Dipl.-Ing. Gerd Tenzer,

**Antragstellerin,**

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Thomas Mayen (Redeker Schön Dahs & Sellner) und Dr. Frank Schmidt (Deutsche Telekom),
- mediaWays GmbH,**  
Hülshorstweg 30,  
  
33415 Verl,

vertreten durch den Geschäftsführer Bernhard Ribbrock,

**Beigeladene 1,**

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Peter Rädler (Freshfields Bruckhaus Deringer),
- Talkline GmbH,**  
Talkline-Platz 1,  
  
25388 Elmshorn,

vertreten durch die Geschäftsführer Kim Frimer und Frank Schubert,

**Beigeladene 2,**

- Verfahrensbevollmächtigte: Raoul F. Sander und Malte Piekorowitz (Talkline),
4. **tesion Kommunikationsnetze Südwest GmbH und Co. KG**,  
Kriegsbergstraße 11,  
70714 Stuttgart,  
- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Martin Geppert und Anita Merten (tesion),
5. **VIAG Interkom GmbH & Co.**,  
Georg-Brauchle-Ring 23 - 25,  
80807 München,  
vertreten durch die VIAG Interkom Management GmbH München, diese vertreten durch die Geschäftsführer Dipl.-Ing. Maximilian Ardelt, Werner G. Fraas, Joachim Preisig, Lowry Stanage und Hans-Burghardt Ziermann,  
**Beigeladene 3**,  
- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Jens Neitzel und Markus Haas (VIAG Interkom),
6. **debitel AG**,  
Schelmenwasserstraße 37 - 39,  
70545 Stuttgart,  
vertreten durch den Vorstand Peter Wagner (Vorsitzender), Herbert Kaufmann, Dr. Achim Egner, Dr. Dietrich-Wilhelm Gemmer, Dr. Thomas Hornung und Rainer Krause,  
**Beigeladene 4**,  
- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Ulrike Berger-Kögler und Daniela Zickfeld (debitel),
7. **Mannesmann Arcor AG & Co.**,  
Kölner Straße 5,  
65760 Eschborn,  
vertreten durch die Mannesmann Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Dipl.-Ing. Harald Stöber (Vorsitzender) , Dipl.-Wirtsch.-Ing. Elmar Hülsmann (Stellv. Vorsitzender), Dr. Michael Hann, Dr. Volker Ruloff und Karl-Heinz Sötje,  
**Beigeladene 5**,  
- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Thomas Wandres und Roland Weiss (Mannesmann Arcor),
8. **AOL Bertelsmann Online GmbH & Co KG**,  
Millerntorplatz 1,  
20359 Hamburg,  
vertreten durch die AOL Bertelsmann Online GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Uwe Heddendorp,  
**Beigeladene 6**,  
**Beigeladene 7**,

- Verfahrensbevollmächtigte Dr. Imke Heimann (AOL),
9. **Global Telesystems Netzwerk GmbH & Co. KG**,  
August-Thyssen-Straße, 1  
40211 Düsseldorf, **Beigeladene 8**,  
vertreten durch den Geschäftsführer Dr. Jürgen Hernichel, Johannes Theodor Jansen und Martin Rüther,
- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Donatus Kaufmann (GTS),
10. **HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co. KG**,  
Hammerbrookstraße 63,  
20097 Hamburg, **Beigeladene 9**,  
vertreten durch die HanseNet Telefon Geschäftsführungs-GmbH Karl-Heinz Mäver und Batu Karasar,
- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Fiebig (HanseNet),
11. **NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH**,  
Maarweg 163,  
500825 Köln, **Beigeladene 10**,  
vertreten durch die Geschäftsführer Werner Hanff und Udo Pauck,
- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Norbert Nolte (Freshfields Bruckhaus Deringer),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 30.11.2000 in der Besetzung

Dir Dipl.-Ing. Kuhmeyer (Vorsitzender),  
ORR Busch (Beisitzer 1) und  
RD Funk (Beisitzer 2),

am 08.12.2000 entschieden:

Die beantragte Verlängerung des Testbetriebs des Optionsangebots „XXL“ wird genehmigt.

Die Genehmigung wird mit folgenden Nebenbestimmungen versehen:

1. Die Genehmigung wird bis zum 30.04.2001 befristet.
2. Die Antragstellerin wird aufgefordert, bis zum 04.02.2001 einen neuen Entgeltantrag für das Optionsangebot „XXL“ zu stellen. Dem Antrag sind prüffähige Kostenunterlagen beizufügen.
3. Der Antragstellerin wird aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens Bericht zu erstatten.
4. Die Genehmigung erfolgt mit der Maßgabe, dass die vertragliche Mindestlaufzeit während des Testbetriebs auch weiterhin einen Zeitraum von einem Monat nicht überschreiten darf und dem Kunden ein Sonderkündigungsrecht für den Fall eingeräumt wird, dass die Genehmigung über den 30.04.2001 hinaus nicht verlängert wird.
5. Der Antragstellerin wird aufgegeben, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preislisten den Testcharakter des genehmigten Probetriebs gegenüber dem Kunden deutlich hervorzuheben.
6. Der Antragstellerin wird aufgegeben, Regelungen dafür zu treffen, dass Kunden, die am Probetrieb teilgenommen haben, in die ursprüngliche Vertragssituation zurückfallen können, falls nach Ablauf der Testphase keine Genehmigung für die uneingeschränkte Markteinführung erfolgt.
7. Der Antragstellerin wird aufgegeben, in den zu veröffentlichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen deutlich zu machen, dass während der Nutzung des Angebots eine dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber (Preselection) ausgeschlossen ist.

## **Gründe**

### **I.**

Mit Beschluss BK 2c 00/004 vom 27.04.2000 hat die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post das Optionsangebot „XXL“ im Rahmen des Sprachtelefondienstes als Testbetrieb für die Zeit vom 01.06.2000 bis 31.12.2000 genehmigt. Dabei wurde die Antragstellerin verpflichtet, nach Einführung des Angebots monatlich gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen und das tatsächliche Nutzungsverhalten Bericht zu erstatten. Desweiteren wurde die Antragstellerin aufgefordert, bis zum 30.09.2000 einen neuen Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen.

Mit Schreiben (Az.: OWP 5-2) vom 29.09.2000 hat die Antragstellerin beantragt,

gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Genehmigung des Testbetriebs des Optionstarifs „XXL“ um mindestens drei Monate zu verlängern.

Der Antrag wurde am 11.10.2000 im Amtsblatt Nr. 19 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 580/2000 veröffentlicht.

Die Antragstellerin hat im Rahmen der Antragsbegründung vom 29.09.2000 ihre grundsätzlichen Erwägungen zur Notwendigkeit einer Verlängerung des Testbetriebs vorgetragen:

Ihrer Auffassung nach erhöhe eine Verlängerung des Beobachtungszeitraums die Validität der erhobenen Nutzungsdaten. Eine Verlängerung des Testbetriebs sei daher sachgerecht.

Die Verlängerung der Genehmigung des Testbetriebs des Optionsangebots „XXL“ sei auch zulässig und aus denselben Gründen wie auch bereits die Genehmigung des Testbetriebs selbst, rechtmäßig.

Wesentlicher Grund der Entscheidung der Regulierungsbehörde vom 27.04.2000, das Optionsangebot „XXL“ zunächst im Rahmen eines Testbetriebs zu genehmigen, sei die Tatsache gewesen, dass mit diesem zunächst Erfahrungen über die Nutzung durch die Kunden hätten gesammelt werden müssen, bevor belastbare Aussagen über eine Kostenorientierung des entsprechenden Entgelts gemacht werden können und eine endgültige Entscheidung über dessen Genehmigungsfähigkeit getroffen werden könne.

Die Regulierungsbehörde habe hierbei eine Testdauer von 7 Monaten für erforderlich gehalten, um eine annähernde Vorstellung des Nutzungsverhaltens bei endgültiger Etablierung des Angebots am Markt zu erhalten und insbesondere Verfälschungen durch extremes Nutzungsverhalten in den ersten Monaten aufgrund des Reizes des neuen Produktes auszuschließen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt lägen Erfahrungen lediglich eines Drei-Monats-Zeitraums vor. Folglich erscheine es frühestens am Ende der zur Zeit genehmigten Testphase möglich, das im Rahmen des Optionsangebotes „XXL“ langfristig auftretende Verbindungsaufkommen pro Kunden verlässlich abzuschätzen. Auf dieser Basis könnte über eine endgültige Genehmigung entschieden werden.

Die beantragte Verlängerung der Genehmigung biete die Gewähr, dass bei einer endgültigen Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit des in Rede stehenden Optionsangebots alle Daten des Testbetriebs herangezogen werden könnten und ermögliche so die umfassende Berücksichtigung sämtlicher im Rahmen des Testbetriebs gewonnenen Ergebnisse.

Es sei allerdings zu bedenken, dass eine von der Regulierungsbehörde angeregte Verlängerung des Testbetriebs um einen Zeitraum von 3 Monaten unter Berücksichtigung der normalen Dauer des Entgeltgenehmigungsverfahrens selbst bei Verkürzung der Veröffentlichungsfrist äußerst knapp sei, da in den Genehmigungsantrag auch die Ergebnisse für den Monat Dezember einfließen sollten. Eine Verlängerung um 4 Monate erscheine insoweit sachgerecht, da ansonsten nicht sichergestellt sei, dass den gesetzlichen Veröffentlichungsfristen und redaktionellen Vorgaben des Amtsblatts der RegTP Rechnung getragen werden könne.

Bei der Beurteilung des Antrages sei zu berücksichtigen, dass die Auswirkungen des XXL-Tarifs auf Wettbewerber äußerst gering seien. Wie die ersten gesammelten Erfahrungen

zeigen würden, handele es sich bei den bisherigen „XXL“-Beauftragungen lediglich um sogenannte „up-grades“, d.h. um eine Umstellung der Tarifwahl solcher Kunden, die bisher bereits über einen ISDN-Anschluss der Antragstellerin (i. d. Regel T-ISDN-300) verfügten. Denn nur für diese Kunden sei die Umstellung auf das T-ISDN-„XXL“-Anschlusspaket mit einem geringem Mehraufwand von DM 5,- verbunden. In deutlich geringerer Zahl konnten auch Kunden, die über einen einfachen ISDN-Anschluss verfügten, selten Kunden mit einem analogen Anschluss für die Wahl des Optionstarifes gewonnen werden. Da es sich bei „XXL“-Kunden ganz überwiegend um bereits vorherige Kunden der Antragstellerin handele, seien negative Wettbewerbsfolgen durch die Verlängerung des Testbetriebs nicht zu erwarten.

Berücksichtige man demgegenüber die Vorteile, die dieser Tarif hinsichtlich der veränderten Bedürfnisse der Endverbraucher nach einfachen und innovativen Tarifmodellen und belebenden Impulsen für den Wettbewerb mit sich brächte, überwiege in jedem Falle das allgemeine Interesse an der Verlängerung des Testbetriebs des in Rede stehenden Optionsangebots. Auf diese Weise könnten die bis zum Ende der bisherigen Testphase gesammelten Erkenntnisse im Rahmen einer endgültigen Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit des Optionsangebots berücksichtigt und fundiert über dessen Kostenorientierung entschieden werden.

Die Beigeladen 1 und 6 haben sich in schriftlichen Stellungnahmen zu der beantragten Verlängerung des Testbetriebs geäußert.

Stellungnahme der Beigeladene 1 vom 27.11.2000:

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 ist der Verlängerungsantrag nicht genehmigungsfähig.

Die Genehmigung eines Tarifs als Testbetrieb sei im TKG nicht vorgesehen. Ein Testbetrieb wäre allenfalls zulässig als Probetrieb für eine beschränkte, ausgesuchte Anzahl von Testnutzern. Mit einem solchen echten Testbetrieb könnten Erfahrungswerte über die Nutzung einer Flat-Rate gesammelt werden.

Selbst wenn man die Genehmigung eines Entgelts auf Grundlage eines für die Öffentlichkeit zugänglichen Testbetriebs für zulässig hielte, wäre jedenfalls am Maßstab der Verhältnismäßigkeit nur ein auf bestimmte Testpersonen beschränkter Testbetrieb genehmigungsfähig. In beiden Fällen könnten verlässliche Erfahrungswerte über die Nutzung einer Flat-Rate gesammelt werden. Nur der auf solche Weise beschränkte Testbetrieb verhindere eine Beeinträchtigung von Wettbewerbern.

Es bestünden darüber hinaus ernsthafte Anhaltspunkte, dass das Optionsangebot nicht kostendeckend sei und damit gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG verstoße.

Die Ausführungen der Antragstellerin zu „Verfälschungen durch extremes Nutzungsverhalten in den ersten Monaten aufgrund des Reizes des neuen Produkts“ legten die Vermutung nahe, dass in den ersten drei Monaten keine Kostendeckung vorgelegen habe. Dafür spreche auch, dass das Angebot überwiegend von Kunden mit einem T-ISDN-300-Anschluss in Anspruch genommen werde und bei diesen Kunden lediglich DM 5,- zur Kostendeckung anzusetzen seien. Es sei auch nicht zutreffend, dass es mit der Zeit zu einem sinkenden Nutzungsverhalten kommen werde. Der Tarif werde von solchen Kunden in Anspruch genommen, die an Sonn- und Feiertagen in großem Umfang telefonierten und Onlinedienste nutz-

ten. Dieser Bedarf an Telefon- und Zugangsverbindungen entfalle jedoch nicht mit Dauer der Inanspruchnahme des Tarifs.

Den zutreffenden Maßstab für die Beurteilung von Flat-Rates im Endkundenbereich habe die Beschlusskammer in ihrer Entscheidung vom 16.11.2000 (BK 2c 00/026) formuliert. Ebenso wie dort sei auch hier zu prüfen, ob das Endkundenentgelt der „IC+25%-Regel“ Rechnung trage.

Der Optionstarif „XXL“ sei auch nicht auf der Grundlage einer Interessenabwägung genehmigungs- oder verlängerungsfähig.

Zutreffend habe die Beschlusskammer in dem Verfahren BK 2c 00/026 den Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG keiner Gegenkontrolle durch eine Ermessensabwägung unterzogen. Auch vorliegend sei eine Interessenabwägung nicht sachgerecht. Nach der Systematik von § 24 Abs. 2 TKG könnte eine Interessenabwägung allenfalls als sachliche Rechtfertigung im Sinne dieser Bestimmung Berücksichtigung finden; dies wäre jedoch durch die Antragstellerin nachzuweisen. Zudem dürfe eine Interessenabwägung nicht in der Weise ins Spiel kommen, dass sie Sinn und Zweck der Entgeltregulierung sozusagen „von hinten“ aushöhle. Dementsprechend seien auch die berücksichtigungsfähigen Interessen auf die maßgeblichen Interessen der Entgeltregulierung zu beschränken.

Insbesondere lasse sich ein nicht kostendeckendes Endprodukt nicht dadurch rechtfertigen, dass auf das Interesse der Endverbraucher an preisgünstigen Produkten verwiesen werde. Ansonsten liefe die Missbrauchskontrolle ins Leere. Eine sachliche Rechtfertigung einer Kostenunterdeckung könne sich auch nicht daraus ergeben, dass es sich um ein vermeintliches „einfaches, innovatives“ Tarifmodell handele.

Im Rahmen der Entgeltregulierung sei auch ein „allgemeines Interesse“ nicht anerkennungsfähig. Maßgeblich sei vielmehr, ob die Antragstellerin eine sachliche Rechtfertigung dafür vorbringen könne, dass der von ihr zur Genehmigung gestellte Tarif nicht kostendeckend sei. Eine solche sachliche Rechtfertigung könne sich nicht daraus ergeben, dass angeblich keine negativen Wettbewerbsfolgen für andere Unternehmen zu erwarten seien. Das Gegenteil sei der Fall - und zwar sowohl im Bereich der Sprachtelefonverbindungen als auch der Online-Verbindungen. Kunden, die an Sonn- und Feiertagen den Optionstarif „XXL“ in Anspruch nehmen, fielen sowohl auf dem Markt für Call-by-Call-Leistungen, als auch für alternative Angebote im Ortsverbindungsmarkt aus. Im Bereich der Online-Verbindungen sei das Angebot diskriminierend auf den Onlinedienst T-Online zugeschnitten. Hier bestehe eine zusätzliche Beeinträchtigung der Wettbewerber von T-Online darin, dass das Optionsangebot sowohl von der Antragstellerin als auch von T-Online zur Gewinnung neuer eigener Kunden und damit zum Nachteil anderer Anbieter beworben werde. Flat-Rates, die im Zusammenhang mit einem verbundenen Unternehmen erbracht würden, könnten in besonderer Weise den Wettbewerb gefährden (Alkas in WIK-Newsletter 9/2000 S. 9 ff). Es werde „die Möglichkeit impliziert, die Marktmacht aus dem Festnetzsegment in ein verbundenes Marktsegment, beispielsweise dem Internetsegment zu übertragen“.

Stellungnahme der Beigeladenen 6 vom 28.11.2000:

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 6 ist eine Verlängerung des Testbetriebs in der beantragten Form nicht genehmigungsfähig.

Gemäß Ziffer 2.1 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen werde der Spezialtarif „XXL“ nur für Euro-ISDN-Mehrgeräteanschlüsse der Deutschen Telekom AG überlassen, bei denen die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreingestellt ist. Diese Regelung bewirke, dass es einem Kunden, der sich für das Angebot entscheide, rechtlich untersagt sei, sich für Ferngespräche auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreinstellen zu lassen („Preselection-Verbot“). Die Verpflichtung des Kunden zur dauerhaften Voreinstellung auf die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber stelle insoweit einen Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG dar.

Das „Preselection-Verbot“ verstoße ferner gegen § 9 Abs. 1 AGBG. Der Kunde werde entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn eine Regelung wie vorliegend mit wesentlichen Gedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar sei.

Die Genehmigung sei ferner deshalb zu versagen, weil die Entgelte des Optionsangebots offenkundig Abschlüge enthielten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Wettbewerber beeinträchtigten.

Aus Sicht des Endkunden verursache die „XXL“-Option für einen ISDN-Anschluss lediglich einen Mehrpreis von DM 5,02 gegenüber einem T-ISDN-300 Anschluss. Der Tarif könne nach den Berechnungen der Beigeladenen auf Grundlage der „IC+25%-Regel“ nur bis zu einer Grenze von 116 Minuten Sprachverbindungen bzw. Ortsverbindungen im Monat finanziert werden. Demnach seien pro Sonn- und Feiertag lediglich etwa 22 Minuten finanzierbar. Berücksichtige man darüber hinaus die Kostensituation der Wettbewerber, die in der „IC+25%-Regel“ nicht ausreichend wiedergespiegelt werde, dürften die finanzierbaren Minuten sogar eher bei 15 Minuten liegen.

Mit den Endgelten für „XXL“ würden darüber hinaus massiv Telefonendgeräte subventioniert, wodurch das zur Deckung der Kosten verbleibende Entgelt nochmals geringer werde und die mögliche Nutzung des Optionsangebots „XXL“ sogar noch unterhalb von 15 bzw. 22 Minuten liege. Die Antragstellerin biete insoweit am Markt Endgeräte für ISDN-Anschlüsse an, bei denen der Endgerätepreis bei gleichzeitiger Beauftragung eines „XXL“-Anschlusses um bis zu 150 DM geringer sei, als der Kauf des jeweiligen Gerätes ohne eine solche Beauftragung. Dies führe zu einer weiteren Vertiefung unzulässiger Preisabschlüge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

In der am 30.11.2000 durchgeführten mündlichen Verhandlung, an der neben der Antragstellerin die Beigeladenen 4, 6 und 7 teilgenommen haben, wurden die jeweiligen Auffassungen nochmals ausführlich dargelegt und die Problempunkte umfassend diskutiert:

Die Beigeladene 6 bekräftigte nochmals ihre Einschätzung, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss der Preselection-Möglichkeit ihre Marktmacht im Teilnehmeranschlussbereich in unzulässiger Weise auf den Verbindungsnetzbereich ausweite und somit die Kundenbindung erhöhe.

Darüber hinaus werde das Optionsangebot „XXL“ von der Antragstellerin mit dem Verkauf von im Preis reduzierten Endgeräten gekoppelt, so dass eine Quersubventionierung der Endgeräte durch das Optionsangebot „XXL“ nahe liege. Dieser Sachverhalt habe zum Zeitpunkt der ersten Entscheidung der Beschlusskammer noch nicht vorgelegen und verstärke die Vermutung, dass das Optionsangebot „XXL“ nicht kostendeckend angeboten werden könne.

Als Kostendeckungspotential stünden nach Angaben der Antragstellerin ca. 15 DM pro Monat zur Abdeckung der entgeltfreien Verbindungen zur Verfügung. Nach Auffassung der Beigeladenen 6 dürften insoweit lediglich ca. 5 DM pro Monat zur Abdeckung der entgeltfreien Verbindungen berücksichtigt werden, da bereits für einen ISDN-300 Anschluss zusätzlich ca. 10 DM zu entrichten seien.

Die verbleibenden ca. 5 DM pro Monat zur Abdeckung der entgeltfreien Verbindungen seien bereits nach ca. 20 Minuten pro Sonn- und Feiertag aufgebraucht, so dass angenommen werden müsse, dass die Kostendeckungsgrenze unterschritten werde.

Seitens der Beigeladenen 4 wurde darauf hingewiesen, dass ein wesentlicher Aspekt bei Genehmigung des Testbetriebs am 27.04.2000 in der Förderung des Zugangs zum Internet bestanden habe. Es sei daher bemerkenswert, dass der Tarif nunmehr fast ausschließlich im Hinblick auf die Sprachtelefondienstnutzung vermarktet werde. Im übrigen sei unklar, welche Auswirkungen sich für „XXL“-Kunden ergeben würden, falls keine endgültige Genehmigung erfolge.

Dass der Tarif nunmehr fast ausschließlich im Hinblick auf die Sprachtelefondienstnutzung vermarktet wird, wurde insoweit von der Antragstellerin bestätigt. Der Umstand, dass eine aktive Vermarktung des Angebots im Zusammenhang mit der Nutzung von Online-Diensten nicht mehr erfolge, sei auf neue Marktentwicklungen, wie etwa die Einführung von Full-Flat-Rates im Online-Bereich zurückzuführen, die im Zeitpunkt der Genehmigung des Probebetriebs so noch nicht absehbar gewesen seien. Die Nutzung des Optionsangebots „XXL“ als Zugangsmöglichkeit zu Onlinediensten sei eher vernachlässigbar. Für den Fall, dass keine endgültige Genehmigung des Testbetriebs erfolgt, werde dem Kunden eine Rückführung in das zuvor bestandene Vertragsverhältnis ermöglicht.

Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 08.12.2000 zur beantragten Verlängerung des Testbetriebs des Optionsangebots „XXL“ Stellung genommen.

Aus seiner Sicht erscheint die von der Beschlusskammer vorgesehene Verlängerung des Testbetriebs um vier Monate nicht gänzlich unvertretbar, begegnet aber in ihrer Begründung erheblichen Bedenken. Unter anderem erscheine es bei künftiger Genehmigung von Flatrates für Sprachtelefon- und Internetzugangsdienste erforderlich, den Testbetrieb zeitlich und hinsichtlich des Umfangs der Zielgruppe des Tarifs auf das notwendige Maß zu beschränken.

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 Rege-

lungen des Dritten Teils des TKG.

- b) Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 28 Abs. 2 TKG. Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 06.11.2000 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 08.12.2000.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 05.12.2000 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.

## 2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Verlängerung des Testbetriebs des Optionsangebots „XXL“ unterliegt gemäß § 25 Abs. 1 TKG der Entgeltgenehmigungspflicht.

- a) Es handelt sich insoweit um ein Optionsangebot, welches Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG beinhaltet und in seiner derzeitigen Form am 27.04.2000 als Testbetrieb genehmigt worden ist. Dementsprechend ist es bislang in keinem der bestehenden Price-Cap-Warenkörbe enthalten.
- b) Die Antragstellerin verfügt im Bereich des Angebots von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über marktbeherrschende Stellungen. Dabei kann die Marktabgrenzung letztlich dahingestellt bleiben, da die Antragstellerin auf Endkundenmärkten und Diensteanbietermärkten für Ortsverbindungen inkl. der Teilnehmeranschlüsse, Fern- und Auslandsverbindungen und einem Markt für Sprachtelefondienst insgesamt derzeit jeweils über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verfügt.

Soweit die Antragstellerin im Rahmen von derzeit bei der Beschlusskammer anhängigen Feststellungsverfahren geltend macht, dass sie bezüglich der Verbindungen in die Länder USA, Türkei und Dänemark über keine marktbeherrschende Stellung mehr verfüge, ist bis zum Abschluss dieser Feststellungsverfahren auch insoweit von einer Marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin auszugehen.

## 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 einzelne 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. Die Anwendung des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens scheidet vorliegend aus, weil es sich bei dem Optionsangebot „XXL“ insoweit um ein Angebot handelt, das im vorangegangenen Referenzzeitraum keine Mengen und Umsätze erzielt hat. Ohne die Kenntnis der Referenzmengen und Referenzumsätze ist die im Rahmen des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 2 S. 2 TKG erforderliche Prüfung der Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen nicht durchführbar. Daher wären im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG heranzuziehen. Allerdings ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass es sich um die Verlängerung der Genehmigung für einen Testbetrieb handelt.

## 4. Verfahrensgegenstand

Verfahrensgegenstand sind gemäß § 25 Abs. 1 TKG die Entgelte und entgeltrelevanten Be-

standteile für die in dem Optionsangebot enthaltenen genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienstleistungen im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG.

## 5. Genehmigungsvoraussetzungen

Die Verlängerung der Genehmigung des Optionsangebots „XXL“ als Testbetrieb erfolgt gemäß § 25 Abs. 1 in Verbindung mit § 27 Abs. 1 und 3 TKG.

Im Hinblick auf die grundsätzliche Zulässigkeit und Erfordernis der Genehmigung des Optionsangebots „XXL“ als Testbetrieb wird in soweit auf die entsprechenden Erwägungen in dem Beschluss BK 2c 00/004 vom 27.04.2000 Bezug genommen.

Wesentlicher Grund der Entscheidung vom 27.04.2000, dass Optionsangebot „XXL“ zunächst im Rahmen eines Testbetriebs zu genehmigen, ist der Umstand gewesen, dass wegen der bestehenden Prognoseunsicherheiten über das zukünftige Nutzungsverhalten des Zielkunden Erfahrungen gesammelt werden sollten, auf deren Grundlage eindeutige Aussagen zur Kostenorientierung des entsprechenden Entgelts gemacht werden und eine endgültige Entscheidung zur Genehmigungsfähigkeit des Tarifs getroffen werden können. Dabei hat die Beschlusskammer eine Testdauer von sieben Monaten für erforderlich gehalten, um eine annähernd ausreichende Einschätzung des Nutzungsverhaltens bei endgültiger Etablierung zu erhalten und insbesondere Ungenauigkeiten durch eine möglicher Weise in der Anlaufzeit des Tarifs außergewöhnlich hohe Nutzung des Tarifs auszuschließen.

Bei Antragstellung lagen der Regulierungsbehörde drei Erfahrungsberichte zur Entwicklung der Kundenzahlen und das tatsächliche Nutzungsverhalten für den Zeitraum von Juni bis August vor. Danach ist festzustellen, dass die Nutzung von Onlinediensten entgegen der ursprünglichen Prognose in der Flat-Rate-Zeit an Sonn- und Feiertagen kaum ins Gewicht fällt. Hinsichtlich der Nutzungsdauer bei City- und Fernverbindungen sind erhebliche Abweichungen gegenüber dem bei Antragstellung prognostizierten Nutzungsverhalten festzustellen. Insgesamt unterliegt das monatliche Nutzungsverhalten noch starken Schwankungen. Um zu gewährleisten, dass sämtliche im Rahmen des Testbetriebs gewonnen Erkenntnisse auch berücksichtigt werden können ist insoweit eine Verlängerung der am 27.04.2000 getroffenen Entscheidung erforderlich.

Den seitens der Beigeladenen gegen eine Verlängerung des Testbetriebs vorgetragenen Bedenken hat sich die Beschlusskammer aus den nachfolgenden Gründen nicht anschließen können.

Die von der Beigeladenen 1 geforderte Beschränkung des bereits genehmigten und seit mehr als sechs Monaten laufenden Testbetriebs auf einen Probebetrieb für eine beschränkte, ausgesuchte Anzahl von Testnutzern erscheint insoweit unverhältnismäßig.

Der von der Beigeladenen 1 alternativ geforderten Beschränkung des Testbetriebs auf einen bestimmten Personenkreis wird bereits jetzt dadurch Rechnung getragen, dass der Tarif auf solche Kunden begrenzt wird, die über einen Euro-ISDN-Mehrgeräteanschluss verfügen.

Entgegen der vorgetragenen Einschätzung der Beigeladenen 1, 4 und 6 ist anhand der bisherigen Erfahrungen keine eindeutige Aussage darüber möglich, ob das Optionsangebot „XXL“ offenkundig zu wettbewerbswidrigen Abschlüssen führt und damit gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG verstößt.

Entgegen den Ausführungen der Beigeladenen 6 können die Preise der Antragstellerin für ISDN-Telefon-Endgeräte im Rahmen der hier zu treffenden Entscheidung keine Berücksichtigung finden. Wird wie im vorliegenden Fall ein Preisnachlass für Telefonendgeräte von der Abnahme eines Sprachtelefondienstangebots abhängig gemacht, führt dies dann nicht zu einer Genehmigungspflicht des Gesamtangebots, wenn die in dem Gesamtangebot enthaltenen Sprachtelefondienstkomponenten einzeln angeboten und vom Endkunden auch weiterhin zu den genehmigten Tarifen in Anspruch genommen werden können. Unabhängig hiervon sind auch keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die niedrigeren Preise für ISDN- Endgeräte bei Abnahme des Optionsangebots „XXL“, wie von der Beigeladenen 6 behauptet, mit den Entgelten des Optionsangebots „XXL“ subventioniert werden müssten.

Desweiteren liegen auch keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen andere Rechtsvorschriften im Sinne von § 27 Abs. 3 TKG vor.

Insbesondere stellt der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber keinen Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG, bzw. § 9 Abs. 1 AGBG dar.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Kunden, die sich für die Inanspruchnahme des Angebots „AktivPlus XXL“ entscheiden, bekannt ist, dass damit eine Voreinstellung auf die Antragstellerin verbunden und damit während der Vertragslaufzeit die Möglichkeit, einen anderen Verbindungsnetzbetreiber auswählen zu können, ausgeschlossen ist. Sie legen sich - im Rahmen einer freien Willensentscheidung - auf die Antragstellerin als Fernverbindungsnetzbetreiber fest. § 43 Abs. 6 TKG ist damit genüge getan und eine Genehmigung dieser Regelung in diesen Fällen möglich.

Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen durch die Voreinstellung auf die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber ist nach Ansicht der Beschlusskammer vorliegend nicht zu erwarten, da ein Kunde, der das Angebot in erster Linie wegen der günstigen Verbindungsentgelte im Citybereich in Anspruch nehmen möchte, auch weiterhin andere Verbindungsnetzbetreiber über das Call-by-Call-Verfahren auswählen kann.

## 6. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung des Testbetriebs verbundenen Nebenbestimmungen war gemäß § 36 Abs. 2 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

- Bei der Festlegung der Befristung der Genehmigung (Ziff. 1 der Nebenbestimmungen) wurden die gesetzlichen Prüfungsfristen im Anschluss an den Vorlagetermin für einen möglichen Folgeantrag berücksichtigt.
- Die Frist bis zur Vorlage eines möglichen Folgeantrags erscheint ausreichend dafür, dass die Antragstellerin die Erfahrungen erlangen kann, die es ihr ermöglichen, den erforderlichen Nachweis dafür zu führen, dass sich das beantragte Optionsangebot an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert. Dieser Nachweis kann entweder auf der Grundlage entsprechender Kostennachweise auf der Basis der tatsächlichen Netznutzung oder insbesondere auch durch die Einführung äquivalenter Tarifmodelle auf der Vorleistungsebene (z.B. kapazitätsorientierte Abrechnung) geführt werden (Ziff. 2 der Nebenbestimmungen).

- Da die Angaben der Antragstellerin wegen des bestehenden Testcharakters der geplanten Maßnahme im wesentlichen auf Prognosen und Schätzungen basieren, ist es erforderlich, dass die Antragstellerin die Regulierungsbehörde in festgelegten zeitlichen Intervallen über die tatsächliche Entwicklung des Kundenaufkommens und die tatsächliche Entwicklung des Nutzungsverhaltens detailliert unterrichtet. Der Antragstellerin wird daher aufgegeben, der Regulierungsbehörde auch weiterhin im monatlichen Abstand über die tatsächlichen Erfahrungen hinsichtlich des prognostizierten Nutzungsverhaltens der „XXL“-Kunden Bericht zu erstatten (Ziff. 3 der Nebenbestimmungen).
- Die Auflage zur Verkürzung der vertraglichen Mindestlaufzeit und die Einführung eines Sonderkündigungsrecht der Kunden für den Fall der Nichtverlängerung der Genehmigung (Ziff. 4 der Nebenbestimmungen) soll den Testcharakter der geplanten Maßnahme hervorheben und dient insoweit auch dem Schutz derjenigen Kunden, die sich an dem Test beteiligen möchten.
- Die Nebenbestimmungen Ziff. 5 und 6 sind erforderlich, um den Testcharakter des genehmigten Probetriebs auch gegenüber dem Kunden hervorzuheben und dienen insoweit der Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG.
- Die Nebenbestimmung Ziff. 7 ist erforderlich, um gegenüber dem Kunden deutlich zu machen, dass während der Nutzung des Angebots eine dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber (Preselection) nicht möglich ist.

### **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 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.

Kuhrmeyer  
(Vorsitzender)

Busch  
(Beisitzer)

Funk  
(Beisitzer)