



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2c 01/012

## B e s c h l u s s

(geschwärzte Fassung)

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Genehmigung der Entgelte für das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ im Sprachtelefondienst

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

- Antragstellerin -

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

Beigeladene:

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

- Beigeladene 1 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Angela Stein (Arcor),

2. Talkline GmbH & Co KG, vertreten durch die Talkline Verwaltungs-GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung, Talklineplatz 1, 25388 Elmshorn,

- Beigeladene 2 -

Verfahrensbevollmächtigter: Malte Piekarowitz (Talkline)

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

- Beigeladene 3 -

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

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

Telefax  
(02 28)  
14-88 72

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

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

Kontoverbindungen  
Bundeskasse Bonn  
Landeszentralbank Bonn  
(BLZ 380 000 00)  
Konto-Nr. 380 010 60

Bundeskasse Bonn  
Postbank Köln  
(BLZ 370 100 50)  
Konto-Nr. 119 00-505

4. BT Ignite GmbH & Co., vertreten durch die Geschäftsführung, Eisenheimerstraße 11, 80687 München,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Felix Müller (BT Ignite),

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

- Beigeladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Malek-Kremer (HanseNet)

6. Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V., vertreten durch die Geschäftsführung, Königswinterer Straße 310, 53227 Bonn,

- Beigeladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Rainer Lüddemann (Breko)

7. COLT TELECOM GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Bleichstraße 52, 60313 Frankfurt/Main,

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Uta Gottschalk (Colt),

8. NEFkom Telekommunikation GmbH & Co KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Spittler-  
torgaben 13, 90429 Nürnberg,

- Beigeladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Frauke Kolbe (NEFkom),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer,  
den Beisitzer Rainer Busch und  
den Beisitzer Gerhard Böhm

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 31.08.2001

am 20.09.2001 beschlossen:

1. Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ gemäß der als Anlage 1 zum Entgeltgenehmigungs-

antrag beigefügten AGB „AktivPlus xxl“ und Preisliste „AktivPlus xxl“ (nicht unterstrichene Positionen) werden über den 31.10.2001 hinaus genehmigt.

2. Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ für die Bereitstellung und Überlassung des Optionsangebotes am analogen Teilnehmeranschluss entsprechend der als Anlage 1 zum Entgeltgenehmigungsantrag beigefügten AGB „AktivPlus xxl“ sowie der in der Preisliste „AktivPlus xxl“ (Leistungsumfang) aufgeführten Preispositionen 1.2 und 2.2 werden genehmigt. Danach beträgt das Entgelt für die Bereitstellung des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ für Kunden mit analogem Teilnehmeranschluss 16,84 DM (8,61 €) o. MWSt und das Entgelt für die Überlassung des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ für Kunden mit analogem Teilnehmeranschluss monatlich 16,84 DM (8,61 €) o. MWSt.
3. Die Entgelte für Verbindungen in die Russische Föderation, die Ukraine, nach Weißrussland und nach Kasachstan gemäß der dem Entgeltgenehmigungsantrag beigefügten Preisliste „AktivPlus xxl“ ab dem 01.10.2001 werden genehmigt.
4. Die Genehmigung erfolgt mit der Maßgabe, dass die Antragstellerin in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Möglichkeit, sich während der Vertragsdauer auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreinstellen zu lassen, zukünftig nicht mehr ausschließen darf.
5. Die Abweichung von der gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 TKV vorgeschriebenen Veröffentlichungsfrist von einem Monat vor dem Inkrafttreten der Entgelte wird genehmigt.

Die unter 1. – 5. erteilte Genehmigung wird mit folgenden Nebenbestimmungen versehen:

- a) Die Genehmigung wird bis zum 30.06.2002 befristet.
- b) Der Antragstellerin wird hinsichtlich der Genehmigung zu Ziffer 1. und 2. aufgegeben, im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens Bericht zu erstatten.

### **G r ü n d e :**

#### **I .**

Mit Beschluss BK2c 01/001 vom 02.04.2001 hat die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus“ der Antragstellerin genehmigt. Die Genehmigung wurde bis zum 31.10.2001 befristet. Dabei wurde der Antragstellerin aufgegeben, im Abstand von jeweils ei-

nem Monat über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Kundenverhaltens Bericht zu erstatten. Ferner wurde der Antragstellerin aufgegeben, auch für Analog-Anschluss-Kunden ein äquivalentes Angebot zu gestalten und bis spätestens zum 10.08.2001 einen diesbezüglichen Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen.

Mit Schreiben vom 20.07.2001 hat die Antragstellerin nunmehr beantragt,

1. gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionstarifs „Aktiv Plus xxl“ gemäß der als Anlage 1 beigefügten AGB „Aktiv Plus xxl“ und Preisliste „Aktiv Plus xxl“ ab dem 01.11.2001 zu verlängern,
2. gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebotes „Aktiv Plus xxl“ für die Bereitstellung und Überlassung des Optionsangebotes am analogen Teilnehmeranschluss entsprechend der als Anlage 1 beigefügten AGB sowie der in der Preisliste unter 2 (Leistungsumfang) aufgeführten Preispositionen 1.2 und 2.2 ab dem 01.10.2001 zu genehmigen.

Für den Fall, dass die Beschlusskammer entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin von dem Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin für Angebote von Sprachtelefondienstverbindungen in die Russische Föderation, die Ukraine, nach Weißrussland und nach Kasachstan ausgeht, hat diese vorsorglich und zur Wahrung ihrer Interessen und unter Aufrechterhaltung ihrer abweichenden Rechtsauffassung beantragt,

3. gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Entgelte für Verbindungen in die Russische Föderation, die Ukraine, nach Weißrussland und Kasachstan gemäß der beigefügten Preisliste „AktivPlus xxl“ ab dem 01.10.2001 zu genehmigen.

Für den Fall, dass eine endgültige Entscheidung über diese Anträge nicht rechtzeitig zur Wahrung des geplanten Einführungsstermins am 01.10.2001 erfolgen kann und keine endgültige Entscheidung ergeht hat die Antragstellerin beantragt,

4. die in den Anträgen zu 2. und 3. genannten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ ab dem 01.10.2001 vorläufig zu genehmigen sowie
5. die Veröffentlichungsfrist gem. § 29 Abs. 1 S. 4 TKV zu verkürzen.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 08.08.2001 im Amtsblatt Nr. 15/2001 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 442/2001 veröffentlicht.

Zur Begründung ihres Antrag hat die Antragstellerin im wesentlichen folgende Ausführungen gemacht.

- A) Genehmigungsfähigkeit der Verlängerung der derzeit geltenden Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“:

Das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ bewirke bei den Kunden, die für dieses optierten, eine Senkung des Entgelts für Sprachtelefondienstleistungen gegenüber den genehmigten Standardtarifen. Ein Preishöhenmissbrauch im Sinne des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG komme daher nicht in Betracht.

Es liege auch kein Verstoß gegen das Abschlagsverbot gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vor. Der Beschlusskammer sei aufgrund der monatlichen Berichterstattung das Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden bekannt. Unter Zugrundelegung des von der Beschlusskammer verwandten Kriteriums „IC+25%“ zeige sich, dass das Angebot deutlich kostendeckend sei. Insbesondere seien die nutzungsunabhängig tarifierten Verbindungsleistungen von der erhobenen Monatspauschale abgedeckt.

Soweit die Beschlusskammer wegen möglicher Diskriminierungen Bedenken gegen das Angebot gehabt hätte, werde diesem Vorwurf mit der Erweiterung des Angebotes auf Kunden mit analogen Anschlüssen Rechnung getragen.

B) Genehmigungsfähigkeit des Entgeltes für „AktivPlus xxl“ am analogen Anschluss:

Das beantragte Entgelt für die Überlassung des Optionsangebotes „AktivPlus“ am analogen Anschluss in Höhe von 9,99 € brutto sei genehmigungsfähig.

Auch hier komme ein Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht in Betracht.

Das Entgelt enthalte auch keine wettbewerbsbeeinträchtigenden Abschläge i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Der beantragte Preis decke nach Einschätzung der Antragstellerin die durch die zu erwartende durchschnittliche Nutzung des Angebotes durch Kunden mit analogen Telefonanschlüssen entstehenden Kosten. Alle Erfahrungen aus der Vergangenheit zeigten, dass ISDN-Kunden im Durchschnitt ein anderes Nutzungsverhalten an den Tag legten als Nutzer analoger Telefonanschlüsse. ISDN-Kunden zeigten sich vor allem offener gegenüber neuen innovativen Produkten und Preismodellen. Sie seien deshalb vergleichsweise häufig bereit, solche Angebote auszuprobieren, ohne im Vorfeld den wirtschaftlichen Nutzen bis ins Detail untersucht zu haben. Demgegenüber seien die Nutzer analoger Anschlüsse mit hoher Nachfrage preissensibel und gerade gegenüber neuen Angeboten eher zurückhaltend eingestellt. Sofern sie sich mit neuen Produkten beschäftigten, würden sie sehr genau verifizieren, welchen – insbesondere wirtschaftlichen Nutzen – sie hiervon hätten. Es müsse davon ausgegangen werden, dass das analoge „AktivPlus“-Angebot fast ausschließlich von Kunden genutzt werde, die hiervon nennenswerte Kostenvorteile hätten. Es sei daher zu erwarten, dass das analoge Angebot vorwiegend durch sogenannte „heavy-user“ genutzt werden wird. Die durchschnittliche Nutzung des Angebots am analogen Anschluss werde voraussichtlich über dem der ISDN-Kunden liegen. Um den gesetzlichen Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu genügen sowie unter Berücksichtigung einer „soften“ Rebalancing-Strategie der Antragstellerin sei es erforderlich, mit einem Grundentgelt an den Markt zu gehen, das eine Kostenunterdeckung des Produktes sicher ausschließe.

Das beantragte Entgelt für „AktivPlus xxl“ am analogen Anschluss verstoße auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Jedem Kunden stehe es grundsätzlich offen, sich - abhängig von seinen Präferenzschwerpunkten - für die eine oder andere der im Angebot enthaltenen Preisvarianten zu entscheiden. Aufgrund des zu erwartenden unterschiedlichen Nutzungsverhaltens sei eine unterschiedliche Preisgestaltung vorliegend darüber hinaus auch sachlich gerechtfertigt.

Die erstmalige Einführung eines Bereitstellungsentgelts für „AktivPlus“ am analogen Anschluss begründet die Antragstellerin mit der unterschiedlichen Kostensituation des ISDN- und des analogen Teilnehmeranschlusses. Diese mache es notwendig, dass wirtschaftliche Risiko, das mit einem schnellen Wechsel des Kunden auf andere Angebote verbunden sei, hinsichtlich des analogen Anschlusses stärker zu begrenzen.

Zudem zeige eine Gesamtbetrachtung der Kostensituation der Bereitstellung der verschiedenen Anschlüsse mit dem Optionsangebot, dass die Kunden analoger Anschlüsse hinsichtlich der Bereitstellung insgesamt nicht mehr zahlen müssten, als Kunden, die sich für einen ISDN-Anschluss entscheiden würden.

C) Genehmigungspflichtigkeit und –fähigkeit der Entgelte für Verbindungen in die Russische Föderation, Ukraine, nach Weißrussland und nach Kasachstan:

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass sie hinsichtlich der Angebote von Sprachtelefondienstverbindungen in die Russische Föderation, die Ukraine, nach Weißrussland und nach Kasachstan über keine marktbeherrschende Stellung mehr verfüge und die Entgelte für diese Verbindungen daher nicht mehr der Genehmigungspflicht unterlägen. Zur Begründung verweist sie diesbezüglich auf ihre Ausführungen in dem zeitgleich gestellten Entgeltgenehmigungsantrag bezüglich des Optionsangebots „AktivPlus“ (Az. BK2c 01/013).

Auch hinsichtlich der Entgelte in die o.g. GUS-Staaten sei das Vorliegen unzulässiger Aufschläge auszuschließen, da sie unter den genehmigten Standardtarifen lägen. Die Entgelte enthielten auch keine unzulässigen Abschläge i.S.d. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Auf dem Vorleistungsmarkt verfüge die Antragstellerin nach den Feststellungen der Regulierungsbehörde über keine marktbeherrschende Stellung mehr, so dass einem Vergleich mit dem Vorprodukt O.1 der Antragstellerin nur eine sehr geringe Aussagekraft zukomme. Dagegen zeige der Vergleich der beantragten Entgelte mit denjenigen der Wettbewerber, dass die Preise der Antragstellerin vorwiegend bereits seit längerer Zeit über den Wettbewerberpreisen lägen. Da nicht davon ausgegangen werden könne, dass es sich hierbei sämtlich um kostenunterdeckende Angebote handele, sei bereits dies ein Indiz dafür, dass auch die Entgelte der Antragstellerin keine Abschläge enthielten.

Darüber hinaus seien bei der Frage nach der zulässigen Preisuntergrenze die Preise auf dem Vorleistungsmarkt zu berücksichtigen. Die Höhe der Kosten, zu dem auf Basis dieser Vorleistungsangebote entsprechende Endkundenangebote effizient bereitgestellt werden könnten, werde von den beantragten Entgelten nicht unterschritten. Aufgrund der Tatsache, dass auf der Grundlage der Angebote auf dem Vorleistungsmarkt, die allen Anbietern zugänglich seien, Wettbewerber zu vergleichbaren Angeboten in der Lage seien, läge jedenfalls keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor.

Die Beigeladenen 1, 2, 3 und 6 haben im Wesentlichen - in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 23.08.2001 oder schriftlich - wie folgt Stellung genommen.

A) Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG:

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 und 6 verstoßen die beantragten Entgelte gegen das Abschlagsverbot gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Die Beigeladene 1 hat diesbezüglich ausgeführt, dass insbesondere der in dem Angebot enthaltenen Sonntags-Flatrate hohes wettbe-

werbsbehindern des Potential zukomme. Ihrer Auffassung nach müsse diese Flatrate aus dem Mehrpreis von „AktivPlus xxi“ gegenüber den Angeboten „AktivPlus“ bzw. „T-ISDN 300“ berechnet werden. Eigene Erfahrungen mit dem Tarif „Happy Sunday“ zeigten, dass unter Zugrundelegung eines Entgelts in Höhe von 5,00 DM (brutto) die Nutzung der Flatrate weit über den finanzierbaren Minuten liege. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Preisuntergrenze durch die beantragten Entgelte deutlich durchbrochen und aus diesem Grund die Genehmigung zu versagen sei.

B) Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 verstoße die Antragstellerin mit der in Ziffer 2.1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „AktivPlus xxi“ enthaltenen Regelung, nach der Kunden, die sich für das Angebot „AktivPlus xxi“ entscheiden, untersagt wird, sich für Ferngespräche auf einen anderen Fernverbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreinstellen zu lassen, gegen die sich aus § 43 Abs. 6 TKG ergebene Verpflichtung zur Sicherstellung der freien Verbindungsnetzbetreiberauswahl. Es könne dabei dahinstehen, ob ein vertraglicher Ausschluss der Preselection-Möglichkeit grundsätzlich ganz oder teilweise möglich ist oder ob es sich bei § 43 Abs. 6 TKG insgesamt um eine privatautonom abdingbare Norm handele. Jedenfalls sei § 43 Abs. 6 TKG nach Sinn und Zweck des TKG nicht durch einen marktbeherrschenden Teilnehmerbetreiber abdingbar, so dass die Antragstellerin ein solches Verbot nicht wirksam vereinbaren dürfe.

C) Verstoß gegen § 9 AGB

Der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit verstoße ferner gegen die Regelung des § 9 Abs. 1 AGB.

Das Preselection-Verbot verstoße ferner gegen § 9 Abs. 1 AGBG, so dass der Entgeltantrag auch deshalb abzulehnen sei. Nach § 9 Abs. 1 AGBG sei eine Bestimmung in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Nach § 9 Abs. 2 werde eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel angenommen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Gedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sei.

Eine mit den wesentlichen Grundgedanken nicht zu vereinbarende Abweichung liege vor, wenn die AGB-Regelung die gesetzliche Bewertung und Gewichtung der geschützten Interessen in nicht unerheblicher Weise missachte. Dies sei hier zu bejahen, weil durch das Preselection-Verbot Marktmacht aus dem eigenständigen und faktisch monopolartigen Teilnehmeranschlussmarkt auf den wettbewerbsintensiveren Verbindungsmarkt verlagert werde und hierdurch sowohl die Verbindungsnetzbetreiber in ihrer Wettbewerbsfähigkeit unbillig behindert, als auch die Kunden in ihrer freien Auswahlmöglichkeit gemäß § 43 Abs. 6 TKG eingeschränkt würden.

Zudem stelle die Klausel einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar. Auch dies führe zu einer Ungültigkeit der Klausel nach § 9 AGBG. Nach dem Transparenzgebot sei der Verwender verpflichtet, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen so zu gestalten, dass der rechtsunkundige Durchschnittsbürger in der Lage ist, die ihn benachteiligende Wirkung einer Klausel zu erkennen. Maßgebend seien dabei die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (so BGHZ 106,

42, 49).

Aus der von der Antragstellerin verwendeten Formulierung gehe gerade für den Laien nicht eindeutig hervor, dass eine Preselection auf einen anderen Wettbewerber nicht möglich sei. Somit sei die Klausel missverständlich. Sie stelle daher auch wegen des daraus folgenden Verstoßes gegen das Transparenzgebot eine unverhältnismäßige Benachteiligung im Sinne von § 9 AGBG dar.

D) Verstoß gegen § 3 TKV:

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 und 3 verstößt der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit darüber hinaus gegen § 3 TKV. § 3 TKV solle gewährleisten, dass das marktbeherrschende Unternehmen nicht durch Bündelungen und Pauschalangebote dem Kunden unerwünschte Leistungen mit den nachgefragten Leistungen aufdränge. Eine solche unzulässige Bündelung liege vor, wenn Leistungen nur zusammen angeboten werden, die sachlich gegeneinander abgegrenzt werden können und auch allgemein getrennt auf dem Markt nachgefragt werden. Bei dem Optionstarif „AktivPlus xxi“ würden die enthaltenen Angebote für Ortsgespräche und Interneteinwahl durch das Preselection-Verbot zwingend mit denjenigen Angeboten gebündelt, die auf der Verbindungsnetzbetreiber-Ebene erbracht werden. Wie aber zum einen die Existenz eines Marktes für Verbindungsnetzbetreiber-Produkte zeige, gebe es eine abgrenzbare Nachfrage sowie ein sachlich trennbares Angebot von Verbindungsnetzbetreiber-Leistungen. Zudem sei eine solche Trennbarkeit durch die Regelung des § 43 Abs. 6 TKG ausdrücklich gesetzlich normiert.

Die von der Antragstellerin im Angebot „XXL“ vorgesehenen Leistungen auf dem Verbindungsnetzbetreiber-Markt seien daher in unzulässiger Weise mit den Teilnehmernetzbetreiber-Leistungen des ISDN-Anschlusses gebündelt.

E) Verstoß gegen § 19 GWB und Art 82 EGV:

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 und 3 ist der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit auch nicht mit dem in § 19 GWB Missbrauchsverbot vereinbar.

Die Beigelade 1 hat diesbezüglich ausgeführt, dass die Möglichkeit der Wettbewerber der Antragstellerin, Kunden im Wege der dauerhaften Voreinstellung an sich zu binden, ein wesentliches Mittel zur Herstellung von Wettbewerb darstelle. Genau diese Möglichkeit werde durch das Preselection-Verbot jedoch eingeschränkt. Bereits hierin liege eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

Darüber hinaus stelle das Preselection-Verbot jedoch eine unzulässige Koppelung dar. Solche unzulässigen Koppelungsgeschäfte stellten eine anerkannte Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs dar. Eine solche unzulässige Koppelung liege vor, wenn ein Anbieter eine Leistung nur unter der Bedingung erbringe, dass der Kunde zugleich weitere Leistungen von demselben Anbieter abnehme. Die Leistungen des Optionstarifs „AktivPlus xxi“ werden jedoch unter der Bedingung erbracht, dass der Kunde zugleich sämtliche Verbindungsnetzbetreiber-Leistungen ausschließlich über die Antragstellerin beziehe. Zwar bleibe dem Kunden die Möglichkeit, andere Verbindungsnetzbetreiber über das Call-by-Call-Verfahren auszuwählen, jedoch sei hierin keine ausreichende Kompensation der Preselection-Möglichkeit zu sehen.

So zeige die allgemeine Marktentwicklung einen Trend, der sich vom Call-by-Call abwende.

Dies resultiere zum einen aus dem Interesse der Anbieter, die Kunden dauerhaft an sich zu binden und zum anderen aus dem Umstand, dass die anfängliche Bereitschaft der Kunden, durch großen Aufwand die jeweils billigsten Call-by-Call-Anbieter zu ermitteln, nunmehr dem Bedürfnis weiche, bequemerweise einen Anbieter auszuwählen, der jedenfalls im Durchschnitt ein dem Kunden günstiges Angebot offeriere.

Die ab Mitte des Jahres erheblich ansteigenden Kosten für die Abrechnung von Call-by-Call-Produkten und die bereits heute erkennbaren Auswirkungen auf die Endkundenpreise machten die fallweise Auswahl für die Kunden zusätzlich unattraktiver. Somit erfülle die Möglichkeit im Optionstarif der Antragstellerin andere Verbindungsnetzbetreiber über Call-by-Call auszuwählen, nicht die Anforderungen, die an eine wirksame „Entkoppelung“ zu stellen wären.

Eine sachliche Rechtfertigung bestehe für die Koppelung nicht. Wie bereits dargestellt, könnten sowohl von den technischen Gegebenheiten als auch von der Marktsituation her die gekoppelten Produkte ohne weiteres getrennt voneinander angeboten werden. Zudem ist eine sachliche Rechtfertigung bereits wegen des Verstoßes gegen § 3 TKV ausgeschlossen.

Die Koppelung wirke sich, wie bereits ausgeführt, auch wettbewerbshindern aus.

Das zu § 19 Abs. 1 GWB Ausgeführte gelte in gleichem Maße für Art. 82 Abs. 2 lit. d) EGV. Auch hier sei ein Koppelungsverbot ausdrücklich vorgesehen. Die Regelung des Art. 82 Abs. 2 lit. d) EGV folge den selben Maßstäben wie die Regelung zum Koppelungsverbot nach § 19 Abs. 1 GWB, weswegen auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werde.

Nach Ansicht der Beigeladenen 3 erfüllt der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit den Tatbestand des Behinderungsmissbrauch i.S.v. § 19 GWB. In der Sache handele es sich um eine Koppelungspraktik, mit der die Antragstellerin ihre marktbeherrschende Stellung im Ortsbereich missbräuchlich auf dem Markt für Fernverbindungen ausnutze. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Tarif enthielten die Einschränkung, dass die besonderen Verbindungspreise im Angebot „AktivPlus xxi“ mit Preselection auf die Antragstellerin gekoppelt sei.

Eine sachliche Rechtfertigung für diese Koppelung sei nicht erkennbar. Der Umstand, dass bei dem Angebot „AktivPlus“ eine vergleichbare Regelung fehle, zeige dass die Antragstellerin willkürlich, weil ohne sachlichen Bezug zu den mit einem Sondertarif Leistungen, einzelne Tarife mit einem Ausschluss der Preselection-Möglichkeit verknüpfe. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin werde durch die Regelung auch kein sinnvolles Kundenverhalten der Kunden nachvollzogen. Inwieweit bestimmte Sondertarife für einen Nutzer wirtschaftlich rentabel seien, hänge vom individuellen Nutzungsverhalten ab. Preselection auf einen anderen Anbieter bleibe insbesondere dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn der Kunde in hohem Maße auch wochentags Fernverbindungen nutze. Durch die Ausgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nehme die Antragstellerin dem Kunden diese Entscheidung für oder gegen eine Beendigung der Voreinstellung auf einen anderen Anbieter ab. Dass eine Sonntags-Flatrate auch ohne Vereinbarung eines Preselection-Ausschlusses wirtschaftlich sinnvoll angeboten werden könnte, zeige im übrigen das Angebot „Happy Sunday“ der Beigeladenen 1.

Die danach sachlich nicht gerechtfertigte Kopplung von Orts- und Fernverbindungen führe zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung konkurrierender Anbieter von Fernverbindungsdienstleistungen.

Befragungen von Kunden, die Angebote von Tele2 nicht mehr in Anspruch nähmen, hätten gezeigt, dass diese in einem erheblichem Maße zu „AktivPlus xxi“ und anderen Sondertarifen

der Antragstellerin gewechselt seien. Danach lasse sich auch belegen, dass ein erheblicher Anteil der zu „AktivPlus xxl“ abgewanderten Preselection-Kunden in der Folgezeit auch die Call-by-Call-Angebote der Beigeladenen 3 nicht mehr in Anspruch genommen hätten. Es zeige sich, dass die Beigeladene in großem Umfang Preselection-Kunden an den Tarif „AktivPlus xxl“ verliere und hierdurch eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung erleide. Es sei damit feststellbar, dass der Tarif „AktivPlus xxl“ eine beträchtliche Sogwirkung ausübe und zu einer Kündigung der Preselection auf die Beigeladene 3 führe.

Neben der Abwanderung bestehender Kunden zum Tarif „AktivPlus“ ergebe sich eine zusätzliche Wettbewerbsbeeinträchtigung durch das Kundenpotential, das der Beigeladenen durch den Tarif verloren gehe. Es sei wahrscheinlich, dass die Auswirkungen auf mögliche Preselection-Kunden der Beigeladenen 3 noch wesentlich ausgeprägter seien. Anhaltspunkte dafür ergäben sich aus Preselection-Aufträgen, die von Kunden der Beigeladenen 3 eingereicht würden, die jedoch aufgrund eines bestehenden Vertrages über „AktivPlus xxl“ durch die Antragstellerin zurückgewiesen würden.

Zu Unrecht berufe sich die Antragstellerin zur Rechtfertigung des Preselection-Ausschlusses auf den Beschluss 1 L 298/01 des Verwaltungsgerichts Köln. Aus diesem Beschluss ergebe sich im Gegenteil, dass bei den beschriebenen Marktverhältnissen ein Behinderungsmissbrauch anzunehmen sei. Die Kammer habe in dem genannten Beschluss einen Behinderungsmissbrauch nicht festgestellt, da die dortige Antragstellerin zu den maßgeblichen Marktverhältnissen und zu „einer darauf fußenden Prognose denkbarer Kundenwanderungen“ nichts vorgetragen habe. Umgekehrt folge hieraus, dass bei – wie hier – einzeln belegten Marktverhältnissen und insbesondere Nachweisen von Kundenwanderungen auch das Verwaltungsgericht Köln von einem Behinderungsmissbrauch durch den Preselection-Ausschluss ausgehen würde.

Der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit stelle zudem einen Konditionenmissbrauch im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB dar. Bei wirksamem Wettbewerb könnte die Antragstellerin diese Kopplung von Orts- und Fernverbindungen nicht durchsetzen. Sie würde in diesem Fall den Tarif „AktivPlus xxl“ vielmehr mit und ohne Voreinstellung auf sich selbst anbieten.

F) Fehlendes Entgelt für Änderung der dauerhaften Voreinstellung auf die Antragstellerin.

Seitens der Beigeladenen 2 wurde die Auffassung vertreten, dass es sich bei dem Optionstarif „AktivPlus xxl“ um ein „Preselection-Angebot“ der Antragstellerin handele. Dieses zeige sich darin, dass das Angebot nur für solche ISDN- und Analoganschlüsse überlassen werde, bei denen eine dauerhafte Voreinstellung als Verbindungsnetzbetreiber auf die Antragstellerin selbst erfolgt sei. Insoweit sei bedenklich, dass das Angebot für den Fall, dass der Kunde auf einen alternativen Verbindungsnetzbetreiber eingestellt ist, für die dann erforderliche Änderung bzw. Aufhebung der Voreinstellung kein eigenständiges Entgelt vorsehe. Dies stelle eine erhebliche Diskriminierung der Antragstellerin dar.

Die Antragstellerin hat sich im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 31.08.2001 insbesondere zur Frage des Preselection-Ausschlusses geäußert:

Ihrer Auffassung nach stelle die entsprechende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen keinen Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG dar. Der Optionstarif „AktivPlus xxl“ stelle lediglich ein Angebot an den Endkunden dar. Die Möglichkeit, sich für ein anderes Angebot eines Verbindungsnetzbetreibers zu entscheiden, werde gerade nicht eingeschränkt. Aus dem

Umstand, dass im Angebot „AktivPlus“ eine entsprechende Klausel fehle, lasse sich nicht schließen, dass der Tatbestand einer unzulässigen Kopplung von Orts- und Fernverbindungen erfüllt sei. Für die Genehmigungsfähigkeit spiele es im übrigen keine Rolle, ob eventuell ein Preselection-Entgelt für den Wechsel des Kunden von einem anderen Anbieter zur Antragstellerin zu erheben sei. Bei der dauerhaften Voreinstellung auf die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber handele es sich insoweit nicht um einen Leistungsbestandteil des zur Genehmigung vorgelegten Angebots, sondern lediglich um eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Angebots.

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

## II.

Die Entscheidung beruht auf §§ 24, 25 Abs. 1, 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG.

### 1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i. V. m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG.
- b) Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 28 Abs. 2 TKG. Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 20.08.2001 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 28.09.2001.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 14.09.2001 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.

### 2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

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

- 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 erstmalig am 27.04.2000 genehmigt worden ist.
- b) Die Antragstellerin verfügt im Bereich des Angebots von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über marktbeherrschende Stellungen. Dabei konnte auf die Entscheidung der Frage, ob innerhalb des Sprachtelefondienstmarktes weitere eigenständige sachlich relevante Teilmärkte bestehen können im vorliegenden Fall verzichtet werden. Denn auch bei der Annahme von Endkundenmärkten und Diensteanbietermärkten für Ortsverbindungen mit oder ohne Teilnehmeranschlüsse und/oder Fern- und Auslandsverbindungen – gegebenenfalls mit Ausnahme der Sprachtelefondienstverbindungen von Deutschland in die Türkei – verfügt die Antragstellerin auch auf diesen einzeln betrachtet über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

Vor dem Hintergrund der erst im Laufe des Verfahrens abgeschlossenen Diskussion zu den Eckpunkten zur sachlichen und räumlichen Abgrenzung von Märkten und der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ließ sich allerdings die Frage, ob innerhalb eines Marktes für Auslands-Verbindungen weitere eigenständige Märkte für Verbindungen in bestimmte Ziel-länder bzw. Regionen abgegrenzt werden können, in diesem Verfahren nicht abschließend klären. Die Beschlusskammer beabsichtigt daher, den Vortrag der Antragstellerin, im Hinblick auf Verbindungen in die Russische Föderation, die Ukraine, nach Weißrussland und nach Kasachstan nicht mehr über eine marktbeherrschende Stellung zu verfügen, im Rahmen eines separaten Feststellungsverfahrens zu behandeln.

### 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 gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend aus, weil es sich bei dem Tarif „AktivPlus xxl“ um ein Optionsangebot handelt, welches nicht in den Warenkörben der Price-Cap-Regulierung enthalten ist und daher 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 sind im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG heranzuziehen. Allerdings ist insoweit auch die grundsätzliche Geltung der „Price-Cap-Regulierung Telefondienst“ zu beachten.

### 4. Verfahrensgegenstand

Verfahrensgegenstand sind gemäß § 25 Abs. 1 TKG die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile für die in dem Optionsangebot enthaltenen genehmigungspflichtigen Sprachtelefon-dienstleistungen im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG.

### 5. Genehmigungsvoraussetzungen

Die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG sind vorliegend erfüllt. Danach ist die Genehmigung nur dann zu versagen, wenn die in dem Angebot enthaltenen Entgelte nicht den Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG einhalten, bzw. offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 TKG nicht entsprechen oder wenn sie mit dem TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

- a) Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG scheidet vorliegend bezogen auf die in dem Optionsangebot enthaltenen Entgelte für Sprachtelefon-dienstleistungen aus, da die beantragten Tarifmaßnahmen ausschließlich Senkungen von bereits genehmigten Entgelten beinhalten.
- b) Ein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend ebenfalls aus.

Gemäß § 27 Abs. 3 TKG hat die Regulierungsbehörde im Rahmen des Einzelgenehmi-

gungsverfahrens zu prüfen, ob die beantragten Entgelte offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 nicht entsprechen. Sofern dies der Fall ist, ist die Genehmigung der Entgelte zu versagen.

Offenkundigkeit liegt jedoch nur dann vor, wenn die Nichteinhaltung der Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 für die Regulierungsbehörde auf Grund bereits vorhandener Unterlagen, Kenntnisse und Erfahrungen ohne weiteres ersichtlich ist. Die Prüfung ist daher auf eine Evidenzprüfung zu beschränken.

Ein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist für die beantragte Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ nicht ersichtlich.

Insbesondere enthalten die in dem vorgelegten Angebot enthaltenen Entgelte keine Abschläge. Vom Vorliegen eines Abschlags wären nur dann auszugehen, wenn sich eine negative Differenz zwischen den beantragten Entgelten und den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung ergibt. Soweit in früheren Verfahren von Beigeladenen gefordert wurde, die Kosten der Wettbewerber als Maßstab für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung heranzuziehen, ist dem nicht zu folgen. Insoweit kann, da sich bezüglich der Entscheidungspraxis der Beschlusskammer keine neuen Erkenntnisse ergeben haben, auf die Entscheidung BK2-1 99/035 vom 16.02.2000 verwiesen werden.

Im Zusammenhang mit der Feststellung möglicher Abschläge ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ sich einerseits aus nutzungsdauerabhängig tarifierten Verbindungsentgelten, die insoweit denen des Optionsangebots „AktivPlus“ („AktivPlus“-Komponente) entsprechen, und andererseits aus nutzungsdauerunabhängig tarifierten Verbindungsleistungen an Sonn- und Feiertagen (Flat-Rate-Komponente) zusammensetzt.

#### ba) Nutzungsdauerabhängig tarifierte Entgelte

Soweit vorliegend die Verlängerung der zuletzt mit Beschluss BK 2c 01/001 vom 17.04.2001 genehmigten nutzungsdauerabhängig tarifierten Entgelte beantragt wird, sind nach wie vor keine Anhaltspunkte für ein Vorliegen von Abschlägen ersichtlich.

Auch in Bezug auf die nunmehr beantragte Einbeziehung günstigerer Verbindungsentgelte für Verbindungen in die Russische Föderation, die Ukraine, nach Weißrussland und nach Kasachstan sind keine offenkundige Abschläge ersichtlich. Zieht man als möglichen Anhaltspunkt die Höhe derjenigen Entgelte heran, die die Antragstellerin von ihren Wettbewerbern ab 01.08.2001 für Verbindungen ins Ausland (sog. O.1 - Tarife) verlangt, ist festzustellen, dass die Entgelte durchgängig über denjenigen Entgelten liegen, die die Antragstellerin von ihren Wettbewerbern für grenzüberschreitende Verbindungsleistungen verlangt. Bei einem Vergleich mit diejenigen Entgelten, die von Wettbewerbern für Verbindungen von Deutschland in die betreffenden Länder verlangt werden, ist ferner festzustellen, dass eine Vielzahl der Wettbewerber bereits jetzt Preise anbietet, die unter den nunmehr beantragten Entgelten der Antragstellerin liegen. Auch wenn zu berücksichtigen ist, dass die Entgelte von Wettbewerbern keiner sektorspezifischen Regulierung unterliegen und eine Aussage zur Kostendeckung nicht möglich ist, so sprechen die genannten Umstände insgesamt doch dafür, dass vorliegend nicht von kostenunterdeckenden Entgelten ausgegangen werden muss.

Selbst wenn unterstellt würde, dass die zur Genehmigung vorgelegten Entgelte Abschläge enthielten, würde ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG des weiteren voraussetzen, dass die Abschläge die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unterneh-

men auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen. Von einer Beeinträchtigung ist jedoch erst dann auszugehen, wenn aufgrund des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens die Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Wettbewerb beschränkt wird.

Eine solche Beschränkung der Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen durch die geplanten Entgeltmaßen ist vorliegend nach Einschätzung der Beschlusskammer nicht zu erwarten.

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin nach den Feststellungen des Beschlusses BK 4e 99/019 vom 13.12.1999 im Vorleistungsbereich selbst nicht mehr über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Dies bedeutet, dass die Wettbewerber insoweit auch nicht mehr auf Vorleistungen der Antragstellerin angewiesen sind. Sie können nach den Feststellungen des genannten Beschlusses vielmehr auf andere international tätige - teilweise auch gemessen an den Umsätzen der Antragstellerin vergleichbare - Anbieter ausweichen, die über die für die hier relevanten Leistungen notwendige Infrastruktur verfügen. Insoweit wurde auch von keinem der beigeladenen Unternehmen vorgetragen, dass eine kostendeckende Kalkulation der Endkundenleistung auf dem Niveau der zur Genehmigung vorgelegten Entgelte auf der Basis der Vorleistungspreise für Auslandsverbindungen nicht möglich wäre.

#### bb) Nutzungsdauerunabhängig tarifierte Entgelte (Flat-Rate)

Bei der Beurteilung der Frage, ob das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltene Flat-Rate-Komponente Abschläge im oben dargestellten Sinne enthält, muss vorliegend auf bereits vorliegende Erfahrungen sowie eine Prognose zurückgegriffen werden.

Entsprechend der Spruchpraxis der Beschlusskammer 2 erfolgt die Entgeltprüfung nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG grundsätzlich auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Dies bedeutet, dass grundsätzlich jede einzelne Verbindungsdienstleistung den Maßstäben des § 24 TKG genügen muss.

Die Kalkulation eines nutzungsdauerunabhängigen Pauschaltarifs (Flat-Rate) basiert dagegen im wesentlichen auf einer Prognose über das durchschnittliche Nutzungsverhalten der jeweiligen Kundengruppen, die das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ nutzen. Verluste, die durch überdurchschnittliche Nutzung bestimmter „xxl“-Kunden verursacht werden, müssen durch zusätzliche Einnahmen der übrigen „xxl“-Kunden ausgeglichen werden. Dies hat zur Folge, dass die von der Beschlusskammer zur Bestimmung der Kosten einzelner Verbindungsdienstleistungen herangezogene „IC+25“-Regel bei Flat-Rate-Angeboten nur bedingt Anwendung finden kann, da diese auf die minutenbezogenen Interconnection-Tarife zurückgreift und bisher keine nutzungsdauerunabhängigen Vorleistungstarife existieren. Bei der Prüfung, ob ein Flat-Rate-Angebot offenkundige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthält, kann deshalb vorliegend nur darauf abgestellt werden, ob die zu erwartenden – im wesentlichen durch das Nutzungsverhalten bestimmten - durchschnittlichen Kosten für das Herstellen der vom Flat-Rate-Angebot an Sonn- und Feiertagen umfassten Verbindungsleistungen durch die durchschnittlichen fixen Einnahmen für das Flat-Rate-Angebot abgedeckt werden können.

Da die in dem Angebot enthaltenen nutzungsdauerabhängig tarifierten Sprachtelefondienstleistungen an Werktagen, wie oben bereits aufgezeigt, keine Kostenunterdeckungen aufwei-

sen, können insoweit die jeweiligen fixen monatlichen Überlassungsentgelte in vollem Umfang für die Finanzierung der „Sonntags-Flat-Rate“ herangezogen werden.

- Kunden mit ISDN-Anschluss

Bei der somit erforderlichen Prognose zum künftigen Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden kann bezüglich der Kunden mit ISDN-Anschluss auf seit Einführung des „xxl-Angebots“ am 01.06.2000 gesammelte Daten über das bisherige Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden zurückgegriffen werden. Zwar zeigen die bisherigen Erfahrungsberichte, dass

[REDACTED] (BuGG der Ast). Jedoch ist festzustellen, dass sich die der tatsächlichen Nutzung der Flat-Rate-Komponente zugrundeliegenden durchschnittlichen Netzkosten seit der letzten Genehmigung kontinuierlich unterhalb des Niveaus des monatlichen Grundentgelts (12,83 DM netto) bewegt haben, so dass derzeit nicht von einem offenkundigen Vorliegen von Abschlägen ausgegangen werden kann. Die Entwicklung des bisherigen Nutzungsverhaltens deutet vielmehr darauf hin, dass die Kosten der nutzungsunabhängig tarifierten Verbindungen von den Einnahmen des monatlichen Entgeltes abgedeckt und somit davon getragen werden können. Der nach wie vor verbleibenden Prognoseunsicherheit wird insoweit durch die Auflage Rechnung getragen, dass die Antragstellerin auch weiterhin verpflichtet bleibt, gegenüber der Regulierungsbehörde monatlich über die Nutzerzahl und das Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden mit ISDN-Anschluss zu berichten.

- Kunden mit analogem Anschluss

Hinsichtlich des Nutzungsverhaltens von Kunden mit analogem Anschluss liegen der Beschlusskammer bislang keine konkreten Erfahrungsdaten vor. Ob diese Kunden, wie von der Antragstellerin vorgetragen, die Flat-Rate-Komponente tatsächlich in stärkeren Maße nutzen werden, als Kunden mit ISDN-Anschlüssen, lässt sich von der Beschlusskammer nicht hinreichender Sicherheit beurteilen. Ebenso wenig lässt sich sicher beurteilen, ob das gegenüber Kunden mit ISDN-Anschlüssen erhöhte monatliche Grundentgelt in Höhe von 16,84 DM ohne MWSt. ausreicht, eine etwaige Kostenunterdeckung in jedem Falle auszuschließen. Aufgrund der bestehenden Prognoseunsicherheiten ist eine Genehmigung auch hier nur unter der Auflage möglich, dass die Antragstellerin monatlich gegenüber der Regulierungsbehörde über die tatsächliche Nutzerzahl und das Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden mit analogem Anschluss berichtet.

- c) Die beantragte Änderung der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt auch nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, da einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienstleistungen eingeräumt wird.

Der Benachteiligung von Kunden mit analogem Teilnehmeranschluss hat die Antragstellerin insoweit dadurch Rechnung getragen, dass sie das bislang auf Kunden mit ISDN-Anschluss beschränkte Angebot dahingehend erweitert hat, dass dieses nunmehr auch von Kunden mit analogem Teilnehmeranschluss in Anspruch genommen werden kann. Die insoweit unterschiedliche Preisgestaltung in Bezug auf das einmalige Bereitstellungsentgelt und das monatliche Überlassungsentgelt begegnet insoweit keinen grundsätzlichen Bedenken. Dabei kann offen bleiben, ob die Prognose der Antragstellerin, dass Kunden mit analogem Tele-

fonanschluss möglicher Weise die nutzungsdauerunabhängig tarifierten Leistungen in höherem Maße in Anspruch nehmen werden, wie Kunden mit ISDN-Anschluss, tatsächlich eintreten wird. Jedenfalls erscheint die Preisdifferenzierung bei Berücksichtigung des von Antragstellerin vorgetragenen Zwecks eines „soft rebalancing“ sachlich gerechtfertigt.

- d) Im Hinblick auf den in Ziffer 2.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber ist festzustellen, dass dieser die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen ohne sachlichen Grund insgesamt erheblich beeinträchtigt.

Die Beschlusskammer ist in ihrer bisherigen Spruchpraxis davon ausgegangen, dass die Beschränkung von Optionsangeboten auf diejenigen Kunden, die die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreingestellt haben, nicht als offenkundiger Behinderungsmisbrauch im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 1 TKG gesehen werden kann. Diese Auffassung beruhte im Wesentlichen auf der Erwägung, dass der Kunde nicht gezwungen wird, Verbindungen innerhalb des Festnetzes oder vom Festnetz zu Zugängen von Online-Diensten exklusiv über die Antragstellerin zu beziehen und es ihm unbenommen bleibt, Ferngespräche oder die Zuführung zu Online-Diensten Call-by-Call über andere Netzbetreiber zu führen.

Die nunmehr von der Beigeladenen 3 gemachten Angaben in Bezug auf die tatsächliche Marktsituation zeigen jedoch, dass sich der Preselection-Ausschluss in der Praxis nicht durch die verbleibende Call-by-Call-Möglichkeit kompensieren lässt. Die Beigeladene 3 hat insoweit glaubhaft dargelegt, dass ein erheblicher Anteil ihrer früheren Preselection-Kunden auf den Tarif „AktivPlus xxi“ gewechselt ist und in der Folgezeit Verbindungsdienstleistungen der Beigeladenen 3 auch nicht im Wege des Call-by-Call in Anspruch genommen hat. Es ist daher davon auszugehen, dass der vertragliche Ausschluss der Preselection-Möglichkeit die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter von Fernverbindungsleistungen erheblich beeinträchtigt. Eine weitere erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ergibt sich daraus, dass diejenigen Kunden, die sich mit Inanspruchnahme des Tarifs „AktivPlus xxi“ zur dauerhaften Voreinstellung auf die Antragstellerin verpflichtet haben, während der Vertragsdauer für Preselection-Angebote anderer Anbieter von Fernverbindungsleistungen nicht zur Verfügung stehen. Den Wettbewerbern geht somit ein beträchtlicher Kundenpotential verloren.

Eine nachvollziehbare Begründung für die Notwendigkeit, die Preselection-Möglichkeit des Kunden auszuschließen, wurde von der Antragstellerin bislang nicht vorgebracht und ist auch nicht erkennbar. Soweit sich die Antragstellerin darauf beruft, dass die Regelung nur ein sinnvolles Kundenverhalten nachvollziehe, ist dies in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Der Beigeladenen 3 ist insoweit zuzustimmen, dass die Frage, inwieweit die Inanspruchnahme der Leistungen des vorliegenden Optionsangebots wirtschaftlich sinnvoll ist, vom individuellen Nutzungsverhalten des Kunden abhängig ist. Es sind daher durchaus Konstellationen denkbar, bei denen die Inanspruchnahme des Angebots „AktivPlus xxi“ für den Kunden aufgrund seines individuellen Nutzungsverhaltens auch dann wirtschaftlich sinnvoll wäre, wenn er auf einen anderen Anbieter von Fernverbindungsleistungen dauerhaft voreingestellt ist. Gerade diese Kunden werden durch den Ausschluss der Preselection-Möglichkeit davon abgehalten, günstigere Fernverbindungsleistungen anderer Anbieter – z.B. an Werktagen - zu nutzen. Die Ausschlussklausel kommt daher in Ihrer Wirkung einem Kopplungsgeschäft gleich. Zwar wird der Kunde nicht gezwungen, Fernverbindungsleistungen ausschließlich über die Antragstellerin zu beziehen. Im Ergebnis wird er aber daran gehindert, Fernverbindungsleistungen im Wege der dauerhaften Voreinstellung über einen anderen Verbindungsnetzbetreiber zu beziehen, obwohl dies möglicher Weise für ihn wirt-

schaftlich sinnvoll wäre. Der Umstand, dass bei dem Optionstarif „AktivPlus“ eine entsprechende Ausschlussklausel fehlt, zeigt im übrigen, dass die Antragstellerin durchaus in der Lage wäre, den Optionstarif „AktivPlus xxl“ auch ohne Ausschlussklausel anbieten. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin die Ausschlussklausel gegenüber der Marktgegenseite nur deshalb durchsetzen kann, weil sie über eine besondere Marktstellung verfügt.

Von der Möglichkeit, die Genehmigung wegen des offenkundigen Verstoßes gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB gemäß § 27 Abs. 3 TKG zu versagen hat die Beschlusskammer im vorliegenden Fall jedoch abgesehen, da diese die Unwirksamkeit des Angebots insgesamt zur Folge gehabt hätte. Zur Sicherstellung der Genehmigungsvoraussetzungen erscheint es insoweit ausreichend, die Genehmigung mit der Maßgabe zu erteilen, dass die Antragstellerin in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Möglichkeit zur dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber zukünftig nicht mehr ausschließen darf.

- e) Aus den oben dargestellten Gründen erfüllt der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit auch den Tatbestand des sogenannten Ausbeutungsmissbrauchs im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Danach ist ein Missbrauch dann anzunehmen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Bei wirksamem Wettbewerb könnte die Antragstellerin einen Ausschluss der Preselection-Möglichkeit nicht durchsetzen. Sie würde es in diesem Fall den Kunden überlassen, ob er Fernverbindungsleistungen über die Antragstellerin beziehen oder er sich auf einen anderen Fernverbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreinstellen würde.
- f) Ob der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit, wie von den Beigeladenen darüber hinaus vorgetragen, gegen weitere Vorschriften, beispielsweise § 43 Abs. 6 TKG, § 9 AGBG oder die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, verstößt, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

## 5. Veröffentlichungsfrist

Die Abweichung von der gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 TKV vorgeschriebenen Veröffentlichungsfrist wird nach § 29 Abs. 1 Satz 4 TKV antragsgemäß genehmigt, damit die Tarifenkungen den Kunden der Antragstellerin so schnell wie möglich zugute kommen können.

## 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 (Ziffer 1 der Nebenbestimmungen) wurden berücksichtigt, dass sowohl aufgrund tatsächlicher Erfahrungen eine neue Bewertung hinsichtlich der Prognose zum erwarteten Nutzungsverhalten erforderlich werden könnte, als auch, dass für einen überschaubaren Zeitraum Planungssicherheit bestehen muss.

- Die Auflage, der Regulierungsbehörde auch weiterhin im monatlichen Abstand über die tatsächlichen Erfahrungen hinsichtlich des prognostizierten Nutzungsverhaltens der „xxl“-Kunden Bericht zu erstatten (Ziffer 2 der Nebenbestimmungen), trägt insoweit den noch verbleibenden Prognoseunsicherheit im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Nutzungsverhalten Rechnung. Die Erfahrungsberichte werden es der Regulierungsbehörde ermöglichen, im Falle eines unerwartenden Anstiegs der durchschnittlichen Kosten gegebenenfalls die erforderlichen Schritte im Hinblick auf eine nachträgliche Überprüfung der Entgelte gemäß § 30 Abs. 1 TKG einzuleiten.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht in Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Falls die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs.2 TKG).

Kuhmeyer

Busch

Böhm