



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 02/010

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

- Beigeladene 1 -

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

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

- Beigeladene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Carsten Popp (Arcor),

3. BT Ignite GmbH & Co., vertreten durch die Geschäftsführung, Elsenheimerstraße 11, 80687 München,

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

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Felix Müller (BT Ignite),

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

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Malte Piekarowitz (HanseNet),

5. COLT TELECOM GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Uta Gottschalk (COLT),

6. debitel AG, vertreten durch den Vorstand, Schelmenwasenstraße 37-39, 70545 Stuttgart,

- Beigeladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Dr. Ulrike E. Bergler-Kögler (debitel),

7. Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. (breko), vertreten durch die Geschäftsführung, Königswinterer Straße 310, 53227 Bonn,

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Rainer Lüddemann (breko),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer	(Vorsitzender),
den Regierungsdirektor Rainer Busch	(Beisitzer 1) und
den Regierungsrat z.A. Jörg Lindhorst	(Beisitzer 2)

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14.06.2002

am 28.06.2002 beschlossen:

Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ werden über den 30.06.2002 hinaus genehmigt.

In Bezug auf die beantragte Änderung von Punkt 2.1 der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen („Preselection-Ausschluss“) wird die Genehmigung versagt.

Die Genehmigung wird mit folgenden Nebenbestimmungen versehen:

1. Die Genehmigung wird bis zum 31.12.2002 befristet.
2. Der Antragstellerin aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ Bericht zu erstatten.

G r ü n d e :

I .

Mit Beschluss BK2c 01/012 vom 20.09.2001 hat die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ der Antragstellerin befristet bis zum 30.06.2002 genehmigt.

Mit Schreiben vom 19.04.2001 hat die Antragstellerin nunmehr beantragt,

die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionstarifs „Aktiv Plus xxl“ zu verlängern,

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 02.05.2002 im Amtsblatt Nr. 08/2002 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 230/2002 veröffentlicht.

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

- A) Ihrer Ansicht nach ist die beantragte Verlängerung der genehmigten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ genehmigungsfähig.

Da seit der zuletzt ausgesprochenen Genehmigung keine Produktänderung vorgenommen worden sei, habe sich auch an den Genehmigungsvoraussetzungen nichts geändert. Darüber hinaus zeigten die der Beschlusskammer monatlich zu erstattenden Berichte über das Nutzungsverhalten von „xxl“-Kunden, dass dieses Angebot in Kombination mit dem ISDN-Anschluss kostendeckend sei.

Durch die Nutzung des Optionsangebots „AktivPlus“ erwirke der Kunde eine Reduzierung der Entgelts für nationale und internationale Verbindungen gegenüber den genehmigten Standard-

tarifen. Da die Standardtarife bereits im Rahmen des letzten Price-Cap-Verfahrens auf das Vorliegen unzulässiger Abschläge hin überprüft worden seien, komme ein Preishöhenmissbrauch im Sinne des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht in Betracht.

Es liege auch kein Verstoß gegen das Abschlagsverbot gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vor. Seit April 2000 weise die Antragstellerin in monatlichen Berichten gegenüber der Regulierungsbehörde die Entwicklung des Nutzungsverhaltens für ISDN-Kunden und seit November 2001 für Kunden mit einem analogen Anschluss nach. Diese Berichte belegten, dass unter Zugrundelegung des von der Beschlusskammer verwandten Kriteriums „IC+25%“ das Angebot „AktivPlus xxl“ am ISDN-Anschluss deutlich kostendeckend sei. Das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ werde Kunden mit analogem Anschluss erst seit November des vergangenen Jahres angeboten. Daher lägen zwar noch keine belastbaren statistischen Aussagen zur Einhaltung der „IC+25%“-Regel noch nicht vor. Die ersten Erfahrungen zeigten aber, dass die Prognose der Antragstellerin über das erwartete Nutzungsverhalten dieser Kunden ungefähr zuträfe. Wie in der Einführungsphase von „xxl“ am ISDN-Anschluss seien hier noch weitere Einschwingeffekte zu erwarten.

Das vorliegend beantragte Angebot entspreche im übrigen sowohl hinsichtlich seiner Preise wie auch Konditionen demjenigen, das die Beschlusskammer bereits in ihrer Entscheidung vom 20.09.2001 auf eine Vereinbarkeit mit dem TKG überprüft habe.

Mit Schreiben vom 03.05.2002 hat die Antragstellerin der Beschlusskammer eine Übersicht über die Mengen- und Umsatzentwicklung ihrer Optionstarife sowie die ab dem 01.07.2002 vorgesehenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Preisliste für das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ zugeleitet. In dem Schreiben hat die Antragstellerin zudem darauf hingewiesen, dass ihr Antrag zur Wahrung wirtschaftlicher und rechtlicher Interessen auch die Wiederaufnahme der von der Beschlusskammer in der Entscheidung vom 20.09.2001 untersagten Preisection-Ausschluss-Klausel in Punkt 2.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „AktivPlus xxl“ einschließe.

Die Beigeladenen 1 und 2 haben sich - in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14.06.2002 oder schriftlich - wie folgt zur beantragten Verlängerung des Angebots „AktivPlus xxl“ geäußert.

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.

Bei der Abschlagsprüfung dürfe entgegen der bisherigen Entscheidungspraxis der Beschlusskammer nicht das volle monatliche Grundentgelt in Höhe von 7,61 € (inkl. MWSt.) in Ansatz gebracht werden. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass sich die Angebote „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus“ bis auf die „Sonntags-Flatrate“ inhaltlich entsprächen. Die Heranziehung des gesamten monatlichen Entgelts in Höhe von 7,61 € zu Finanzierung der Flat-Rate-Komponente hätte zu Folge, dass die „AktivPlus“-Tarife den „AktivPlus xxl“-Kunden de facto unentgeltlich gewährt würden. Dies käme einer Ungleichbehandlung sowohl gegenüber „AktivPlus“-Kunden als auch gegenüber Nutzern der Standardtarife gleich. Folglich könne daher nur der über das monatliche Grundentgelt für „AktivPlus“ (5,06 € inkl. MWSt.) hinausgehende Mehrpreis in Höhe von 2,55 € (inkl. MWSt.) zugrunde gelegt werden. Es sei davon auszugehen, dass dieser Mehrpreis zur Kostendeckung der „Sonntags-Flat-Rate“ bei weitem nicht ausreiche. Dies zeig-

ten insbesondere auch eigene Erfahrungen mit dem Tarif „Happy Sunday“ der Beigeladenen 2. Da der Abschlag die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigt, müsse die beantragte Verlängerung der Genehmigung versagt werden.

Die Beigeladene 1 geht darüber hinaus davon aus, dass für die Entgeltkontrolle nutzungszeitunabhängiger Entgelte eine einzelleistungs-bezogene Betrachtung erforderlich sei. Das Pauschalentgelt müsse insoweit dem Nutzungsverhalten für die einzelnen Verbindungsarten zugeordnet werden. Die bislang von der Beschlusskammer vorgenommener einheitliche Betrachtung könne seit dem Beschluss BK 2c 01/009 vom 21.12.2001 zur Price-Cap-Regulierung nicht mehr aufrecht erhalten werden. In diesem Beschluss habe die Beschlusskammer wegen der zu erwartenden unterschiedlichen Wettbewerbsintensitäten getrennte Körbe für City-, Fern- und Auslandsverbindungen gebildet. Sei es jedoch unzulässig, eine Quersubventionierung zwischen den Körben bei Einzelleistungen vorzunehmen, dann müsse es auch oder erst recht unzulässig sein, wenn das regulierte Unternehmen einzelne Verbindungsleistungen bündele und innerhalb eines Bündels die verbotene Quersubventionierung vornehme. Um eine unzulässige Quersubventionierung zu vermeiden, müsse folglich eine dienstleistungsbezogene Betrachtung des Entgelts für die Flatrate-Komponente erfolgen. Das nach Auffassung der Beigeladenen 1 anzusetzende Entgelt in Höhe 2,55 € müsse daher entsprechend den Nutzungsanteilen der Verbindungsarten an Werktagen aufgeteilt werden. Die sich daraus ergebenden Teilbeträge müssten sich für die spezifische Nutzung einer bestimmten Nutzungsart als kostendeckend erweisen.

Dieser Ansatz decke sich mit den Überlegungen der Monopolkommission in ihrem zweiten Sondergutachten. Diese gehe davon aus, dass Bündelprodukte in ihre Einzelkomponenten aufgeteilt werden und den jeweiligen Körben zugeordnet werden müssten. Die Entgeltkontrolle erfolge dann für die einzelnen Komponenten anhand der jeweiligen erwarteten Nutzungsanteile.

Bei diesem dienstebezogenen Ansatz ergebe sich erst recht eine offensichtliche wettbewerbsbeeinträchtigende Kostenunterdeckung im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

b) Verstoß gegen das Behinderungsverbot i. S. v. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und Art. 82 Abs. 2 d) EG-Vertrag

Nach Ansicht der Beigeladenen 1 und 2 würde eine Genehmigung des Tarifs „AktivPlus xxl“ zudem gegen das Verbot nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und Art. 82 Abs. 2 d) EG-Vertrag ergebende Behinderungsverbot verstoßen.

ba) Preselection-Verbot

Die Beschlusskammer habe der Antragstellerin im Beschluss vom 20.09.2001 (BK 2c 01/012) untersagt, die Gewährung des Tarifs „AktivPlus xxl“ von einer dauerhaften Voreinstellung auf sich selbst abhängig zu machen, da in dieser Regelung ein Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB zu sehen sei. Die Antragstellerin habe dessen ungeachtet auch in ihrem Antrag vom 19.04.2002 die Verlängerung des Tarifs mit einer entsprechenden Klausel beantragt. In Übereinstimmung mit der Beschlusskammer vom 20.09.2001 müsse eine Genehmigung dieses Preselection-Verbots versagt werden.

bb) Unzulässige Produkt-Bündelung

Beim Angebot „AktivPlus xxl“ handele es sich zudem um einen unzulässige Bündelungstarif. Der Kunde habe ein erhöhtes monatliches Überlassungsentgelt zu zahlen, könne dafür aber gegenüber den Standardtarifen günstigere Preise für Orts-, Fern- und Auslandsverbindungen, Verbindungen in die Mobilfunknetze sowie die nutzungsunabhängige Inanspruchnahme Orts- und Fernverbindungen an Sonn- und Feiertagen nutzen. Bei der Beurteilung derartiger Bündel-tarife komme es darauf an, ob das anbietende marktbeherrschende Unternehmen seinen Wettbewerbern den Zugang zu dem von ihm beherrschten Markt durch leistungsfremdes Ver-halten behindere. Zum Bereich leistungsfremder Praktiken gehörten nach der Rechtsprechung des Kammergerichts insbesondere Verhaltensweisen, die darauf angelegt seien, die Ware nicht im Leistungsvergleich der verschiedenen Bezugsquellen durchzusetzen, sondern darauf, den Abnehmer in der Möglichkeit zu beschränken, jederzeit das unter den konkreten Gege-benheiten für ihn günstigste Angebot frei auszuwählen und ohne wirtschaftliche Nachteile den Marktpartner zu wechseln (WuW/OLG 3124/3130).

Im Tarif „AktivPlus xxl“ würden Produkte mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität gebün-delt. Wie die Beschlusskammer in ihrem Beschluss zu Price-Cap-Regulierung vom 21.12.2001 (BK 2c 01/009) festgestellt habe, bestehe zwischen Verbindungen im Ortsnetz, Fernverbin-dungen und Auslandsverbindungen ein wesentliches Gefälle an Wettbewerbsintensität. Die Bündelung dieser Leistungen in einem Angebot habe zur Folge dass es zu einer Marktmacht-übertragung von weniger intensiv beworbenen Märkten auf kompetitivere Märkte komme.

Vom Tarif „Aktiv Plus xxl“ gehe eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkei-ten der Wettbewerber aus. Dies zeige die erhebliche Steigerung der Anzahl der Kunden bei den „AktivPlus“-Tarifen. Nach eigenen Angaben der Antragstellerin habe sich die Anzahl der Kunden in diesem Bereich innerhalb eines Jahres von 5,8 Mio. auf 9,2 Mio. steigern können, was fast einer Verdoppelung entspreche.

Im Unterschied zu den Wettbewerbern, die im Jahr 2001 bei Fern- und Auslandsverbindungen Marktanteilsverluste verzeichnet hätten, habe die Antragstellerin aufgrund ihrer Optionsange-bote ihren Anteil an den Verbindungsminuten steigern können. Die massive Steigerung von Kunden bei den „AktivPlus“-Tarifen und die damit verbundene Steigerung der abgewickelten Verbindungsminuten habe die Antragstellerin jedoch nur unter Inkaufnahme von erheblichen Umsatzverlusten bei Fern- und Auslandsverbindungen durchführen können.

Die Senkung der Preise für Fern- und Auslandsverbindungen sei somit abweichend von der allgemeinen Marktentwicklung erfolgt.

Durch die Ausgestaltung des Tarifs „AktivPlus xxl“ habe die Antragstellerin eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung zu Lasten der Wettbewerber bewirkt. Kunden, die günstigere Tarife für Ortsverbindungen bekommen wollten, könnten dies nur dadurch, indem sie ein zusätzliches Entgelt für ein Produkt entrichten, das günstigere Preise nicht nur für Orts- sondern auch für Fernverbindungen biete. Aufgrund der nur unwesentlich über Wettbewerbsniveau liegenden Preise würden Kunden des Optionsangebotes bewogen, sämtliche TK-Leistungen aus einer Hand zu beziehen. Wegen der nur geringen Preisunterschiede lohne sich ein Wechsel zu ei-nem anderen Anbieter nicht. Damit gingen potentielle Kunden für alternative Anbieter verloren. Zugleich würden den alternativen Anbietern Kunden entzogen. So habe eine von der Beigela-denen 1 durchgeführte Kundenbefragung gezeigt, dass diese auch nach Untersagung des Preselection-Ausschlusses durch die Beschlusskammer weiterhin in erheblichem Umfange Preselection-Kunden an die Antragstellerin verliere. Die Möglichkeit, das Angebot „AktivPlus

xxl“ mit einem Preselection-Angebot eines Wettbewerbers zu kombinieren, werde in der Praxis kaum wahrgenommen. Auch die Möglichkeit des Call-by-Call werden nur von wenigen früheren Preselection-Kunden der Beigeladenen 1 genutzt.

Insgesamt bewirke der Tarif somit eine spürbare Sogwirkung zur Antragstellerin.

Diese Sogwirkung sei sachlich nicht gerechtfertigt. Es handele sich insoweit um Nachfragesteigerungen, die durch leistungsfremdes Verhalten bewirkt worden seien.

Vorliegend diene die Bündelung offensichtlich nicht einer Effizienzerhöhung, da sie zu erheblichen Umsatzeinbußen geführt habe.

Selbst eine effizienzerhöhende Bündelung wäre jedoch unzulässig, da es anderen Anbietern nicht möglich sei, mit den Bündelprodukten der Antragstellerin zu konkurrieren.

Die Möglichkeit, sich mit günstigeren Preisen für Fern- und Auslandsverbindungen gegenüber dem Tarif „AktivPlus xxl“ zu etablieren, bestehe aufgrund der sehr geringen Margen nicht.

Darüber hinaus seien die Wettbewerber auch nicht in der Lage, den Optionstarif „AktivPlus xxl“ nachzubilden.

Dies gelte insbesondere auch im Hinblick auf die von der Beschlusskammer 3 ausgesprochene Verpflichtung, ihre AGB-Produkte im Ortsbereich zum Wiederverkauf anzubieten. Das bisher von der Antragstellerin vorgelegte Angebot erweise sich in vielfacher Hinsicht als völlig ungeeignet. Insbesondere habe die Antragstellerin ihren Wettbewerbern bislang noch kein Angebot für eine Vorleistungs-Flat-Rate unterbreitet.

Nach Meinung der Beigeladenen 2 ermögliche der Tarif „AktivPlus xxl“ darüber hinaus die Möglichkeit des Verdrängungswettbewerbs (Predation). Folge man der Auffassung der Beschlusskammer, wonach das vollständige monatliche Überlassungsentgelt in Höhe von 7,61 € zu Finanzierung der „Sonntags-Flat-Rate“ herangezogen werden könne, ergebe sich daraus, dass das gesamte monatliche Überlassungsentgelt für den Tarif „AktivPlus“ in Höhe von 5,06 € einen positiven Deckungsbeitrag darstelle. Damit lasse sich schlussfolgern, dass der Tarif „AktivPlus xxl“ sich dann negativ auf den Gesamtdeckungsbetrag der Antragstellerin auswirke, wenn die durch die tatsächliche Nutzung der „Sonntags-Flat-Rate“ verursachten Kosten das Mehrentgelt des Tarif „AktivPlus xxl“ in Höhe von 2,55 € übersteigen und Kunden vom Tarif „AktivPlus“ oder von den Standardtarifen der Antragstellerin zum Tarif „AktivPlus xxl“ wechselten.

Damit wäre der Tarif aufgrund des sinkenden Gesamtdeckungsbeitrages (kurzfristig) nicht gewinnmaximierend, so dass hier Predation nicht auszuschließen sei.

Zwar stelle eine in Kauf genommene Senkung des Gesamtdeckungsbeitrages keine hinreichende Bedingung für eine Verdrängungsstrategie dar. In der bewussten Akzeptanz eines sinkenden Gesamtdeckungsbeitrages liege jedoch ein Indiz für Verdrängungswettbewerb. So sei es u.a. für (potentielle) alternative Anbieter einer „Sonntags-Flat-Rate“ bei dem vorliegenden Nutzungsverhalten offensichtlich nicht möglich, den 8,4 Mio. „AktivPlus“-Kunden der Antragstellerin ein kostendeckendes Angebot zu unterbreiten, da diese durch einen Wechsel zu „AktivPlus xxl“ die Sonntags-Flat-Rate für das nicht kostendeckende Mehrentgelt in Höhe von 2,55 € beziehen könnten.

c) Verletzung des Verbotes unbilliger Behinderung i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 bewirke der Tarif „AktivPlus“ zudem eine unbillige Behinderung konkurrierender Anbieter von Fernverbindungen, sowie von Ortsverbindungen i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB.

Die Antragstellerin nutze ihre Doppelstellung im Ortsnetz und im Marktsegment der Fern- und Auslandsverbindungen aus, um Kunden an sich zu ziehen. Das Vertragsverhältnis, welches sie aufgrund ihrer monopolartigen Stellung zu nahezu sämtlichen Geschäfts- und Privatkunden im Ortsnetz halte, diene ihr als Mittel, ihren Absatz auf dem Marktsegment der Fernverbindungen zu steigern.

Die im Tarif „AktivPlus xxl“ liegende Behinderungsmaßnahme sei auch unbillig, da diese auf eine „Hebelwirkung“ auf einem anderen Markt ziele. Die Antragstellerin erziele die erhebliche Steigerung an Kunden und die damit verbundene Steigerung der abgewickelten Minuten unter Inkaufnahme fallender Umsätze. Das Preisgefüge ziele spezifisch auf die Verlagerung von Nachfragepotential für Fernverbindungen.

Zudem erweise sich der Tarif als unbillig, da er den Endkunde die Möglichkeit eines exakten Preisvergleichs nehme. Für den Kunden sei nicht erkennbar, welcher Anteil des zusätzlichen Überlassungsentgelts auf die „Sonntags-Flat-Rate“ entfalle.

d) Verstoß gegen § 3 TKV

Nach Ansicht der Beigeladenen 2 verstoße die vorgenommene Bündelung gegen § 3 TKV. Danach sei eine unzulässige Bündelung dann anzunehmen, wenn Leistungen nur zusammen angeboten würden, die sachlich gegeneinander abgegrenzt werden könnten und auch allgemein getrennt auf dem Markt nachgefragt würden.

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 intendiert.

Die Antragstellerin hat sich im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 14.06.2002 insbesondere zum Vorwurf des Behinderungsmissbrauchs geäußert:

Es sei zwar zutreffend, dass sich die Kundenzahl im Bereich der „AktivPlus“-Angebote insgesamt verdoppelt habe. Bei dem Angebot „AktivPlus xxl“ bestehe jedoch keine Sogwirkung zwischen den einzelnen Leistungskomponenten. Dass das Angebot als solches erfolgreich sei und daher auch eine Sogwirkung entfalte sei insoweit unerheblich. Auch dem marktbeherrschenden Unternehmen müsse es möglich sein, am Leistungswettbewerb teilzunehmen.

Bei der Bewertung sogenannter Bündelprodukte müsse im übrigen zwischen dem Fall der Zwangskoppelung und der hier vorliegenden wirtschaftlichen Konditionenkoppelung differenziert werden. Ein Behinderungsmissbrauch könne bei einer Konditionenkoppelung nur dann in Betracht kommen, wenn sie in ihrer faktischen Wirkung einer Zwangswirkung gleichkomme. Erforderlich sei, dass den von der Maßnahme ausgehenden Auswirkungen eine gewisse wettbewerbliche Erheblichkeit zukomme.

Solche erheblichen Auswirkungen seien beim vorliegenden Angebot „AktivPlus xxl“ nicht gegeben. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass es dem Kunden im Rahmen des „AktivPlus xxl“ möglich bleibe, Fernverbindungen durch Call-by-Call oder Preselection über andere Anbieter zu beziehen. Andere Teilnehmernetzbetreiber seien in der Lage, ähnliche Produkte zu gestalten. Auch Verbindungsnetzbetreiber könnten das Tarifniveau der Antragstellerin durchaus nachbilden, da sowohl die nutzungsdauerabhängig tarifierten Entgelte, als auch das Entgelt für die Flat-Rate-Komponente mindestens 25 % über den als Vorleistungskosten anzusetzenden Interconnection-Entgelten lägen. Es sei in diesem Zusammenhang auch festzustellen, dass die Preise anderer Verbindungsnetzbetreiber für Fernverbindungen zum Teil sehr deutlich unter denen im Rahmen des vorliegenden Angebots lägen. Eine erhebliche Hürde für einen Wechsel des Kunden auf einen anderen Wettbewerber bestehe daher nicht. Dies werde auch daran deutlich, dass auch „AktivPlus xxl“-Kunden in erheblichem Umfang auf Verbindungsleistungen alternativer Anbieter nutzten. So bewege sich die Zahl der „AktivPlus xxl“-Kunden, die durch Call-by-Call oder Preselection zu anderen Verbindungsnetzbetreiber wechselten, im sechsstelligen Bereich. Da es somit bereits an einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerber fehle, komme es vorliegend auf eine sachliche Rechtfertigung nicht mehr an.

Ingesamt gehe der Anreiz das vorliegende Optionsangebot vor allem von den günstigen Preisen aus. Die Forderung der Beigeladenen auf Versagung des Tarifs laufe daher im Ergebnis auf einen garantierten Bestandsschutz für Wettbewerber hinaus.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 24.06.2002 Gelegenheit gegeben, sich gemäß § 82 S. 4 TKG zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

Es stimmt der Beschlusskammer zu, dass die derzeit vorliegenden Erkenntnisse eine abschließende Beurteilung der Optionsangebote nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 GWB noch nicht erlauben und unterstützt insoweit ausdrücklich die Ermittlungsabsicht der Beschlusskammer.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sollte dabei insbesondere geprüft werden, ob die Flat-Rate-Komponente von „AktivPlus xxl“ für sich gesehen eine unbillige Sogwirkung entfalte, da hiervon ein erheblicher Bündelungseffekt ausgehe. Darüber hinaus sollte aber auch die in dem Angebot enthaltene „AktivPlus“-Komponente im Hinblick auf ihre sachliche Rechtfertigung untersucht werden.

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 27.05.2002 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 28.06.2002.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 24.06.2002 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 auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Die Entwicklung der Marktanteile der Antragstellerin und ihrer Wettbewerber zeigt, dass die marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin nach wie vor besteht.

Zum einen erfüllt die Antragstellerin den Vermutungstatbestand des § 19 Abs. 3 GWB. So verfügt die Antragstellerin für die Märkte Teilnehmeranschlüsse, Orts- und Nahverbindungen (City-Verbindungen) sowie Fernverbindungen sowohl gemessen an den Umsatzerlösen als auch an den Verbindungsminuten jeweils über Marktanteile von über 60% in den Jahren 2000 und 2001. Insbesondere bei den Teilnehmeranschlüssen sowie den Orts- und Nahverbindungen (City-Verbindungen) liegen die Marktanteile über 90%. Außerdem zeigt die Verteilung der Marktanteile einen zersplitterten Restmarkt. Die nächstgrößeren Wettbewerber haben im Bereich Fernverbindungen Marktanteile von höchstens 10% für die Jahre 2000 und 2001 (auf Basis von Umsatz und Verbindungsminuten).

Zum anderen ergibt sich aus einer wertenden Gesamtschau nach den Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB kein erkennbarer Abbau einer marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin. Die Antragstellerin verfügt in den genannten Märkten derzeit jeweils noch über sehr hohe Marktanteile. Sie besitzt darüber hinaus über einen gegenüber allen Wettbewerbern erhebliche Marktanteilsvorsprünge. In bezug auf die Finanzkraft, den Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten sind wesentliche Vorteile zwar nicht zu erkennen. Für die Wettbewerber bestehen insoweit auch keine wesentlichen Marktzutrittsschranken. Entscheidend ist aber, dass die Antragstellerin derzeit in bezug auf ihren wettbewerblichen Verhaltensspielraum aufgrund der vorzufindenden Marktstruktur, die insoweit geprägt ist durch einen dominanten Anbieter und einen zersplitterten Restmarkt, keiner ausreichenden Kontrolle durch den Wettbewerb ausgesetzt ist.

Für den Bereich der Auslandsverbindungen liegen derzeit noch keine Erkenntnisse vor, die eine marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin in Frage stellen könnten. Die Beschluss-

kammer behält sich jedoch vor, diese Frage nach Abschluss der aktuell laufenden Untersuchungen für Auslandsverbindungen einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

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 einzelnen 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.

Eine unmittelbare Anwendung des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend aus, da aufgrund der Entscheidung der Beschlusskammer zur Zusammenfassung von Dienstleistungen und Bildung von Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002 vom 21.12.2001 (Az. BK 2c 01/009) lediglich die Standardtarife der Antragstellerin in entsprechenden Warenkörben erfasst wurden.

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 im Sprachtelefondienst ab 2002“ zu beachten.

4. Verfahrensgegenstand

Verfahrensgegenstand sind gemäß § 25 Abs. 1 TKG die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile für die in dem Optionsangebot enthaltenen genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienstleistungen 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) Kein Preishöhenmissbrauch

Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG scheidet vorliegend bezogen auf die in dem Optionsangebot enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen aus, weil der Entgeltgenehmigungsantrag lediglich die Verlängerung von bereits genehmigten Entgelten zu Gegenstand hat.

b) Kein Verstoß gegen das Verbot wettbewerbswidriger Abschlüsse

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 Einzelgenehmigungsverfahrens 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 Ent-

gelte 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 xxi“ 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 xxi“ 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 01/012 vom 20.09.2001 genehmigten nutzungsdauerabhängig tarifierten Entgelte beantragt wird, sind nach wie vor keine Anhaltspunkte für ein Vorliegen von Abschlägen ersichtlich.

Wegen der grundsätzlichen Geltung der Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst kann sich die Prüfung in Bezug auf wettbewerbswidrige Abschläge nur darauf erstrecken, ob zwischen den beantragten Entgelten und den entsprechenden Interconnection-Entgelten ein ausreichender Abstand gegeben ist (vgl. Beschluss BK 2c 01/009 vom 21.12.2001). Wendet man daher vorliegend bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die „IC+25%“-Regel (vgl. Beschluss BK 2-1 99/035 vom 16.02.2000) an, so ist festzustellen, dass auch nach der erfolgten Umstellung der Interconnection-Entgelte auf die EBC-Systematik sämtliche in dem vorgelegten Optionsangebot enthaltenen nutzungsdauerabhängig Entgeltpositionen für City-, Regional- und Deutschlandverbindungen kostendeckend angeboten werden können. Auch hinsichtlich der in dem Optionsangebot enthaltenen Entgeltpositionen für Sprachtelefondienstverbindungen in das Ausland sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die abweichend von den bisher erteilten Genehmigungsentscheidungen die Annahme wettbewerbsbeeinträchtigender Abschläge i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG rechtfertigen würden.

bb) Nutzungsdauerunabhängig tarifierte Entgelte (Flat-Rate)

Bei der Beurteilung der Frage, ob das Optionsangebot „AktivPlus xxi“ 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 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 – insbesondere durch das beobachtete 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 aufweisen, können insoweit die jeweiligen fixen monatlichen Überlassungsentgelte in vollem Umfang für die Finanzierung der „Sonntags-Flat-Rate“ herangezogen werden.

Die Auffassung der Beigeladenen 1 und 2, nach im Rahmen der Abschlagprüfung nur der über das monatliche Grundentgelt für „AktivPlus“ (5,06 € inkl. MWSt.) hinausgehende Mehrpreis in Höhe von 2,55 € (inkl. MWSt.) zugrunde gelegt werden dürfe, ist unzutreffend. Da es sich bei den insoweit in Rede stehenden Tarifierungsarten im Wesentlichen um Entgelte für die gleichen Sprachtelefondienstleistungen handelt, kann eine pauschalierende Betrachtung nicht von vorne herein ausgeschlossen werden (so auch VG Köln Beschluss vom 04.04.2001 Az. 1 L 298/01).

Ebenso ist auch der Ansatz der Beigeladenen 1, dass das monatliche Entgelt für Flat-Rate-Komponente entsprechend den Nutzungsanteilen der Verbindungsarten an Werktagen aufgeteilt werden müsse, verfehlt. Der Kalkulation dieses Entgeltes basiert gerade nicht auf der spezifischen Nutzung bestimmter Verbindungsarten an Werktagen, sondern auf der tatsächlichen Nutzung des Tarifs an Sonn- und Feiertagen. Dies bedeutet, dass sowohl die Kosten für City-, als auch Fern-Verbindungen vollständig abgedeckt sein müssen. Ein Spielraum für unzulässige Quersubventionierungen ist damit gerade nicht gegeben.

- 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]

[REDACTED] (BuG der ASt). 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 nur Erfahrungsberichte für den Zeitraum Dezember 2001 bis April 2002 vor seit vor. [REDACTED]

[REDACTED] (BuG der ASt) Allerdings ist auch hier festzustellen, dass sich die der tatsächlichen Nutzung der Flat-Rate-Komponente zugrundeliegenden durchschnittlichen Netzkosten bis auf eine Ausnahme kurz nach Einführung des Angebots kontinuierlich unterhalb des Niveaus des monatlichen Grundentgelts (8,61 € 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. Aufgrund der nach wie vor bestehenden Prognoseunsicherheiten ist eine Genehmigung jedoch 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) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die beantragte Änderung der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt auch nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Einzelnen Nachfragern werden insoweit keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienstleistungen eingeräumt.

Der Benachteiligung von Kunden mit analogem Teilnehmeranschluss hat die Antragstellerin insoweit bereits im letzten Genehmigungsverfahren dadurch Rechnung getragen, dass sie das bislang auf Kunden mit ISDN-Anschluss beschränkte Angebot dahingehend erweitert hat, dass dieses 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. [REDACTED]

[REDACTED] (BuG der ASt) , so

dass bereits aus diesem Grunde eine Preisdifferenzierung gerechtfertigt erscheint.

d) Kein Verstoß gegen sonstige Vorschriften

Gemäß § 27 Abs. 3 TKG wäre die beantragte Genehmigung auch dann zu versagen, wenn die Entgelte offenkundig mit dem Telekommunikationsgesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stünden.

da) Kein Behinderungsmissbrauch

Nach den der Beschlusskammer bislang vorliegenden Erkenntnissen kann derzeit nicht davon ausgegangen werden, dass das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ gegen das in § 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag geregelte Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verstößt.

Voraussetzung hierfür wäre zunächst eine Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen. Der Begriff der Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten in § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist ebenso wie der Begriff der Behinderung in § 20 Abs. 1 GWB wertneutral auszulegen (Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB § 20 Abs. 1 Rdnr. 116). Erforderlich ist danach eine objektive Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Wettbewerb, wobei die Beeinträchtigung in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise vorliegen muss (Schultz in Langen/Bunte, KartR § 19 Rdnr. 135).

Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen wäre daher dann anzunehmen, wenn das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ dazu führt, dass Kunden den Bezug von Sprachtelefondienstleistungen bei der Antragstellerin konzentrieren, so dass die Wettbewerber in ihren Absatzmöglichkeiten eingeschränkt werden. Indiz hierfür könnte das erheblichen Anwachsens der Nutzerzahlen von [REDACTED] im April 2001 auf [REDACTED] im April 2002 sein. Auf eine Einschränkung der Absatzmöglichkeiten von Wettbewerbern deutet auch die von der Beigeladenen 1 durchgeführte Kundenbefragung hin.

Allerdings reicht eine vorliegend durchaus wahrscheinliche Behinderung, bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen für einen Missbrauchvorwurf noch nicht aus. Dieser setzt zusätzlich voraus, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens als unbillig, bzw. als sachlich nicht gerechtfertigt eingestuft werden muss. Erforderlich ist insoweit eine Interessenabwägung der Beteiligten, d.h. des marktbeherrschenden Unternehmens und der in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigten Unternehmen (Schultz in Langen/Bunte KartR § 19 Rdnr. 138). Der sowohl bei § 19 Abs. 4 Nr. 1 TKG, als auch § 20 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen Zielsetzung des Gesetzes, Wettbewerb zu eröffnen und die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern, kommt in diesem Zusammenhang erhöhte Bedeutung zu (Schultz in Langen/Bunte KartR § 19 Rdnr. 138). Eine (behindernde) Verhaltensweise des Marktbeherrschers liegt damit vor allem dann im Bereich des Missbrauchs, wenn sie sich in erheblichem Maße als Marktzutrittsschranke auswirkt. Dies bedeutet, dass das durchaus legitime Interesse der marktbeherrschenden Unternehmens an einer an Kundenpräferenzen orientierten Produktgestaltung gegebenenfalls hinter den Interessen der Wettbewerber an der Öffnung einer Offenhaltung der Märkte zurückstehen muss. Dabei kann allerdings der Umstand, dass es sich bei „AktivPlus xxl“ offenkundig um einen erfolgreichen Tarif handelt, alleine noch nicht als kartellrechtliche relevante Marktzutrittsschranke gewertet werden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Wettbewerber in der

Lage sind, mit entsprechenden eigenen Tarifmaßnahmen auf die von dem Optionstarif „AktivPlus“ möglicher Weise ausgehende Beeinträchtigung zu reagieren. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, ob sich aus dem Umstand, dass ISDN-Kunden die Nutzung des Optionstarif „AktivPlus xxl“ lediglich 2,20 € mehr zahlen müssen, als für das bis auf die „Flat-Rate“-Komponente an Sonn- und Feiertagen inhaltsgleiche Optionsangebot „AktivPlus“, eine sachlich nicht gerechtfertigte Sogwirkung zu lasten der Wettbewerber ausgehen könnte. Darüber stellt sich die Frage, ob bereits von der in dem Angebot enthaltenen „AktivPlus“-Komponente eine Sogwirkung ausgeht, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in sachlich nicht gerechtfertigter Weise beeinträchtigt.

Ob der Tatbestand einer unbilligen Behinderung, bzw. sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung anderer Unternehmen im vorliegenden Fall tatsächlich erfüllt ist, lässt sich anhand der der Beschlusskammer zur Verfügung stehenden Unterlagen, Erkenntnisse und Erfahrungen derzeit mit hinreichender Sicherheit nicht belegen.

Die Beschlusskammer beabsichtigt allerdings, die tatsächlichen Auswirkungen des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ auf das Kundenverhalten im Zeitraum bis zum Eingang des nächsten Verlängerungsantrags im Herbst diesen Jahres durch eine umfassende Befragung von Endkunden, von Wettbewerbern und der Antragstellerin zu ermitteln. Darüber hinaus soll im Rahmen der Befragung geklärt werden, ob sich der Optionstarif tatsächlich, wie von den Beigeladenen vorgetragen, als Marktzutrittsschranke auswirkt. Sollten sich anhand der Ergebnisse der Befragungen neue Erkenntnisse ergeben, die eine Genehmigungsfähigkeit des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ in Frage stellen, käme eine weitere Genehmigung in seiner jetzigen Form nicht mehr in Betracht.

e) Kein Verstoß gegen § 3 TKV

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 2 verstößt die Zusammenfassung von genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienstleistungen und nicht genehmigungspflichtigen Telekommunikationsdienstleistungen im Rahmen eines pauschalierten Angebotes auch nicht gegen § 3 TKV.

Durch die sich aus § 43 Abs. 6 TKG ergebende Verpflichtung der Antragstellerin zur Sicherstellung einer freien Verbindungsnetzbetreiberauswahl wird insoweit gewährleistet, dass insbesondere Orts- und Fern-Verbindungsleistungen unabhängig von einander nachgefragt werden können.

f) Unzulässigkeit des Ausschlusses der Preselection-Möglichkeit

Wie bereits in der Entscheidung über die Genehmigung des Optionsanbots „AktivPlus xxl“ vom 20.09.2002 (Az. BK 2c 01/012) und zuletzt in der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebots „AktivPlus basis“ vom 28.03.2002 (Az. BK 2a 02/002) festgestellt, stellt der in Ziffer 2.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „AktivPlus xxl“ konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen dar, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit erfüllt darüber hinaus den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, da die insoweit marktbeherrschende Antragstellerin Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abwei-

chen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Begründungen zu den genannten Entscheidungen verwiesen.

Im Hinblick auf die beantragte Wiederaufnahme der betreffenden Klausel war die Genehmigung daher gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 und 2 GWB i.V.m. § 27 Abs. 3 GWB zu versagen.

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.

6. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung der Verlängerung des Optionsangebots „AktivPlus xxi“ 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.

Darüber hinaus soll durch die kurze Befristung sichergestellt werden, dass für den Fall, dass sich aus den durch die vorgesehen Befragungen der Marktteilnehmer neue Erkenntnisse in Bezug auf die Genehmigungsfähigkeit des Angebots „AktivPlus xxi“ ergeben sollten, diese möglichst zeitnah Berücksichtigung finden können.

- Die Auflage, der Regulierungsbehörde auch weiterhin im monatlichen Abstand über die tatsächlichen Erfahrungen hinsichtlich des prognostizierten Nutzungsverhaltens der „xxi“-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 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 (§ 80 Abs.2 TKG).

Kuhmeyer

Busch

Lindhorst