



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 02/019

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Verlängerung der Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ vom 20.09.2002

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 Eschborn,

- Beigeladene 1 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Roland Weiss und Corinna Hötzl (Arcor),

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

- Beigeladene 2 -

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

3. BT Ignite GmbH & Co, vertreten durch die Geschäftsführung, Eisenheimerstraße 11, 80260 München,

- Beigladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Felix Müller und Herr Peter Seufert-Heyne (BT Ignite),

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

- Beigladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Jörn Schoof und Frau Gabriele Schams (NEFkom),

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

- Beigladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Dr. Fiebig (HanseNet),

6. COLT TELECOM GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäfts-
führung,

- Beigladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Uta Gottschalk und Frau Sabine Hennig (COLT),

7. VarTec Telecom Europe Ltd., vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields, Bruckhaus, Deringer, Freiligrathstraße 1,
40479 Düsseldorf,

8. Tele 2 GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Piepenbrock und Schuster, Achenbachstraße 73,
40237 Düsseldorf

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer
den Regierungsdirektor Rainer Busch
den Regierungsrat z.A. Jörg Lindhorst

(Vorsitzender),
(Beisitzer 1) und
(Beisitzer 2)

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 05.11.2002

am 29.11.2002 beschlossen:

1. Die Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus basis“ „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ wird über den 31.12.2002 hinaus bis zum 30.04.2003 verlängert.

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

2. Die Änderung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ gemäß der als Anlage dem Antrag beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab dem 01.02.2003 wird bis zum 30.04.2003 genehmigt.
3. Der Antragstellerin wird aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebotes „AktivPlus xxi“ Bericht zu erstatten.

G r ü n d e :

I.

Die Antragstellerin bietet als Inhaberin einer bundesweiten Lizenz Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 auf der Basis eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes an. Neben dem Standardtarifen umfasst das Angebot der Antragstellerin unter anderem auch die Optionstarife „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxi“.

Das Optionsangebot „AktivPlus xxi“ der Antragstellerin wurde von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in seiner jetzigen Form zuletzt mit Beschluss BK 2a 02/010 vom

28.06.2002 und befristet bis zum 31.12.2002 genehmigt. Dabei wurde der Antragstellerin aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ Bericht zu erstatten.

Die Optionsangebote „AktivPlus basis“ und „AktivPlus“ der Antragstellerin wurden zuletzt mit Beschluss BK 2a 02/011 vom 05.07.2002 ebenfalls befristet bis zum 31.12.2002 genehmigt.

Mit Schreiben vom 20.09.2002 hat die Antragstellerin nunmehr beantragt,

1. die derzeit geltende Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Optionstarife „AktivPlus, AktivPlus basis und AktivPlus xxl“ gemäß den als Anlage 1 beigefügten AGB „AktivPlus, AktivPlus basis und AktivPlus xxl“ und Preislisten „AktivPlus, AktivPlus basis und AktivPlus xxl“ ab dem 01.01.2003 zu verlängern,
2. die Entgelte und entgeltrelevanten Änderungen der Bestimmungen der AGB für „AktivPlus und AktivPlus xxl“ gemäß der als Anlage 2 beigefügten AGB/Preislisten zum 01.02.2003 zu genehmigen.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 02.10.2002 im Amtsblatt Nr. 19 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 425/2002 veröffentlicht.

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

Da seit der letzten Genehmigungen vom 28.06.2002 („AktivPlus“ und „AktivPlus basis“) bzw. vom 05.07.2002 („AktivPlus xxl“) keine Produktänderung vorgenommen worden sei, habe sich die Sach- und Rechtslage nicht geändert, so dass die Genehmigungsvoraussetzungen weiterhin erfüllt blieben.

Ein Preishöhenmissbrauch könne ausgeschlossen werden, da die AktivPlus-Optionsangebote gegenüber den genehmigten Standardtarifen eine Reduzierung des Entgelts bewirkten. Die Standardtarife seien bereits im Rahmen des letzten Price-Cap-Verfahrens auf das Vorliegen unzulässiger Aufschläge hin überprüft worden, so dass ein Preishöhenmissbrauch nicht in Betracht komme.

Ebenso entsprächen die beantragten Entgelte offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Insbesondere habe sich seit der letzten Genehmigung der Abstand zwischen Endkundenentgelt und den entsprechenden Interconnection-Entgelten nicht verändert.

Dies gelte auch für die „xxl“-Flat-Rate an Sonn- und Feiertagen. Der entsprechende Nachweis gegenüber der Regulierungsbehörde werde zudem durch monatliche Berichte zum Nutzungsverhalten der AktivPlus „xxl“-Kunden erbracht.

Ein offenkundiger Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG scheidet ebenfalls aus, da einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienst eingeräumt würden.

Auch die beantragte Anpassung der Haupt- und Nebenzeitfenster bei „AktivPlus“ und „Aktiv-Plus xxl“ sei genehmigungsfähig. Dabei solle die Hauptzeit bei diesen Angeboten von 9 auf 7 Uhr vorverlegt werden. Die Minutenpreise selbst blieben unverändert.

Die zugrundeliegenden Entgelte für Gespräche in den peak und off peak Zeiten seien bereits mit Beschluss vom 05.07.2002 (BK 2a 02/011) genehmigt worden und würden auch weiterhin nicht verändert.

Das neue Zeitfenster und die damit verbundene Tarifierung sei bereits bei AktivPlus basis genehmigt worden. Vor diesem Hintergrund könne die beantragte Änderung der Entgelte in der Zeit von 7 – 9 Uhr keinen Preishöhenmissbrauch darstellen.

Die Aufnahme einer Klausel zur dauerhaften Voreinstellung der Kunden auf die Antragstellerin in die vorliegenden Optionsangebote werde erneut beantragt, da diese Klausel entgegen der Rechtsauffassung der Beschlusskammer keine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle.

Wie bereits mehrfach, zuletzt mit Schreiben vom 23.08.02 dargelegt, bewirkten die AktivPlus-Optionsangebote auch keine übermäßige Sogwirkung, so dass eine unzulässige Konditionenkoppelung nicht vorliege. Ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen komme daher nicht in Betracht.

Die Beigeladenen 1, 2 und 8 haben sich schriftlich bzw. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zur beantragten Tarifmaßnahme geäußert.

Beigeladene 1:

Die Beigeladene 1 habe bereits in zahlreichen Verfahren, zuletzt im Genehmigungsverfahren BK 2a 02/010 betreffend den Tarif „AktivPlus xxl“, ausführlich auf die wettbewerbsbehindernde Wirkung von Bündelprodukten, wie sie bei den verfahrensgegenständlichen Tarifen vorlägen, hingewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde insoweit auf die Stellungnahme in dem genannten Verfahren verwiesen.

Ergänzend werde darauf hingewiesen, dass die AktivPlus-Tarife nach eigener Aussage der Antragstellerin sehr erfolgreich seien. So sei die Anzahl der Nutzer dieser Tarife von 8,4 Mio. Ende 2001 auf ca. 10 Mio. im Juli 2002 angestiegen. Dies entspreche einem Anstieg von 19 %. Darüber hinaus gebe es im Verbindungsnetzbetreiber-Bereich kein „Aktiv-Plus xxl“ vergleichbares Angebot.

Ferner müssten Angebote eines marktbeherrschenden Unternehmens untersagt werden, wenn sie neben Leistungen aus wettbewerbsintensiveren Bereichen (Fern- und Online-Verbindungen) auch Leistungen umfasst, bei denen die Antragstellerin noch über eine monopolistische Stellung verfügt (Ortsverbindungen). Der Umstand dass Wettbewerber auch keine auf Fernverbindungsleistungen beschränkte Flat-Rate anböten, würde schließlich dafür sprechen, dass die Flat-Rate der Antragstellerin nicht kostendeckend sein könne.

Beigeladene 2:

Nach Auffassung der Beigeladenen 2 ist die beantragte Verlängerung zu versagen, da die Antragstellerin ihre marktbeherrschende Stellung im Ortsnetz unter Verletzung von § 19 Abs. 4

Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB sowie Art. 82 EUV ausübe.

Von den Optionstarifen gehe eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus. Diese lasse sich zum einen aus den erheblichen Kundengewinnen bei den AktivPlus-Tarifen herleiten. So sei die Zahl der Kunden von 6,8 Mio. zum 30.06.2001 über 8,4 Mio. zum 31.12.2001 auf 9,7 Mio. zum 30.06.2002 angestiegen. Darüber hinaus sei festzustellen, dass die Antragstellerin nach Schätzungen der Beigeladenen 2 ca. 73 % aller ISDN-Kunden an einen der Tarife der „AktivPlus“-Produktgruppe gebunden habe. Aufgrund der massiven Kundenbindung durch die Optionstarife habe die Antragstellerin eine unverminderte Steigerung ihres Verbindungsaufkommens bei Fern- und Auslandsverbindungen erreichen können. Kunden, die sich für ein Bündelprodukt entschieden hätten, seien deutlich weniger bereit, zu einem anderen Verbindungsnetzbetreiber zu wechseln, als Kunden mit Standardprodukten. Insoweit könne weiterhin auf die Stellungnahme der Beigeladenen 2 in dem Verfahren BK 2a 02/010 verwiesen werden.

Die somit anzunehmende Wettbewerbsbeeinträchtigung sei sachlich nicht gerechtfertigt. Die Kartellgerichte und das Schrifttum sähen eine Kundenbindung dann als unzulässig an, wenn die fraglichen Angebote Markterfolge erzielen könnten, ohne dass vom Durchschnittsverbraucher Preis und Qualität von Konkurrenzangeboten einbezogen würden. Die Tarife der „AktivPlus“-Produkte seien in einer Weise ausgestaltet, die Durchschnittsverbraucher veranlasse, die Preise anderer Konkurrenten auszublenden. Für Durchschnittsverbraucher sei insoweit maßgeblich, dass Telefonanschluss und -verbindungen „aus einer Hand“ erbracht würden (Wunsch nach Bequemlichkeit) und die hierfür verlangten Preise nicht wesentlich von den Preisen der Wettbewerber abwichen. Bei Fern- und Auslandsverbindungen nähmen die „AktivPlus“-Kunden zu einem wesentlichen Teil keine weiteren Preisvergleiche mit konkurrierenden Verbindungsnetzbetreibern mehr vor. Die marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin im Ortsnetz diene insoweit als Hebel, um eine weitgehende Bezugskonzentration der Endkunden auch für Fern- und Auslandsverbindungen zu erreichen.

Auch wenn im Rahmen der Prüfung darauf abgestellt würde, ob Wettbewerber in der Lage seien, mit entsprechenden eigenen Angeboten am Markt zu konkurrieren, könne eine sachliche Rechtfertigung der festgestellten Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht angenommen werden. Konkurrierende Anbieter von Fernverbindungsdiensten seien derzeit nicht in der Lage, die Optionstarife der „AktivPlus“-Produktgruppe nachzubilden. Insbesondere reiche auch das aktuelle Resale-Angebot der Antragstellerin offenkundig nicht aus, um wettbewerbsfähige Produkte zur „AktivPlus“-Produktgruppe zu erbringen.

Im Übrigen ist die Beigeladene 2 der Ansicht, dass die Beschlusskammer im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes verpflichtet sei, die Ergebnisse der nach der letzten Entscheidung durchgeführten Befragungen von Kunden, Wettbewerbern und der Antragstellerin zu den tatsächlichen Auswirkungen der AktivPlus-Tarife bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

Beigeladene 8:

Nach Auffassung der Beigeladenen 8 ist es erforderlich, die grundsätzliche Bedeutung der Tarifgestaltung der Antragstellerin im Rahmen der „Optionsangebote“ und der offensichtlich im Rahmen von aktuellen Price-Cap-Verfahren beantragten Erhöhungen von Grundentgelten und Absenkungen der Verbindungsentgelte deutlicher in den Blick zu nehmen. Die strategische Dimension der kontinuierlich beantragten und jeweils genehmigten Bündelprodukte laufe darauf hinaus, den Markt für Verbindungsnetzbetreiber, als dem derzeit einzigen Markt im Festnetzbereich mit nennenswerter Wettbewerbsintensität, zu unterhöhlen. Aus Kundensicht han-

dele es sich bei den vorliegenden Entgelten eindeutig um Bündelprodukte und nicht um Optionsangebote. Die Antragstellerin versuche, regulatorisch die kostenrechnerische Trennung zwischen Anschluss- und Verbindungsnetz zu überwinden und damit aufgrund der überragenden Marktmacht der Antragstellerin im Bereich der Teilnehmeranschlüsse jeden sinnvollen Wettbewerb zu verhindern, indem sie diese Marktmacht auf den Verbindungsnetzbereich übertrage.

Die Antragstellerin hat sich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie mit Schreiben vom 11.11.2002 zu den Stellungnahmen der Beigeladenen geäußert.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen fehle es bereits an einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB.

Die von den Beigeladenen behaupteten Einbußen bei den Fernverbindungen reichten als Nachweis für eine objektive Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht aus. Erforderlich sei vielmehr der Nachweis, dass die Umsatzeinbußen ursächlich gerade auf die Zusammenfassung von Orts- und Fernverbindungen in den AktivPlus-Angeboten zurückzuführen sei. Hierfür müsse man ausschließen können, dass vergleichbare Marktanteilsverluste auch dann entstünden, falls die Antragstellerin die Preise für die Orts- und Fernverbindungen aus den Optionsangeboten „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxl“ im Rahmen ihrer Standardangebote, d.h. nicht als Bündel, anbieten würde. In diesem Fall nämlich wären die behaupteten Verluste nicht ursächlich auf eine Zusammenfassung in einem Angebot zurückzuführen, sondern auf die günstigen Preise.

Im übrigen wäre das Optionsangebot entgegen der Darstellung der Beigeladenen auch sachlich gerechtfertigt.

Es sei unzutreffend, wenn die Beigeladenen behaupteten, sie seien zu einer Nachbildung der Bündelangebote nicht in der Lage. Abgesehen davon, dass es hierbei nicht darauf ankomme, ob die von der Antragstellerin vorgesehenen Bündelangebote in identischer Form nachgebildet werden könnten, ist hierbei zu berücksichtigen, dass während der Geltungsdauer der beantragten Genehmigung die gesetzliche Verpflichtung zur Ermöglichung einer Carrier Selection im Ort gem. § 43 Abs. 6 TKG (n. F.) bestehe. Hierdurch würden selbst solche Verbindungsbetreiber zum Angebot von Ortsverbindungen in die Lage versetzt, die hierzu aufgrund ihrer unternehmerischen Entscheidung, ausschließlich als Verbindungsnetzbetreiber tätig zu werden, bislang noch nicht in der Lage gewesen seien.

Es sei auch unzutreffend, dass die „Wechselkosten“ für die Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen der Wettbewerber so hoch seien, dass hierdurch die Inanspruchnahme alternativer Angebote behindert würde. Wechselkosten im eigentlichen finanziellen Sinne entstünden dem Kunden nicht. Entgegen den Behauptungen der Beigeladenen sei auch die tatsächliche Wechselbereitschaft gerade bei den Optionsangebotskunden ausgesprochen hoch. Die ganz überwiegende Anzahl von Optionsangebotskunden sei nach von der Antragstellerin selbst durchgeführten Kundenbefragungen ausgesprochen hoch. Dies werde insbesondere durch die besonders starke Inanspruchnahme von call-by-call sowie die vergleichsweise hohe Kündigungsrate bei den Optionskunden bestätigt. Dem entspreche, dass die Kunden nach eigenen Angaben aktiv und intensiv nach Tarifinformationen suchten. Sie seien hierbei eher offen für Angebote anderer Anbieter als für einen Rückwechsel auf die Standardangebote.

Der Vorwurf der Beigeladenen, die Antragstellerin koppelte im Rahmen der „AktivPlus“-Angebote Verbindungsleistungen mit dem Telefonanschluss, sei bereits deshalb haltlos, weil die Inanspruchnahme der Optionsangebote nicht davon abhängt, dass der betreffende Kunde seinen Anschluss bei der Antragstellerin habe.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 26.11.2002 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

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 28.10.2002 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 29.11.2002.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 26.11.2002 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

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

- a) Sie betrifft insoweit Optionsangebote, welche Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG beinhalten und bereits mehrfach genehmigt worden sind.
- 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 Beschlusskammer 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 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 weiterhin 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 den Optionsangeboten enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen aus.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass seit den letzten Genehmigungen die Höhe der in den Optionsangeboten enthaltenen Sprachtelefondienst-Entgelte unverändert geblieben ist. Auch in Bezug auf die ab 01.02.2003 vorgesehene Ausweitung der Hauptzeit bei „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ auf die Zeit von 7 - 9 Uhr scheidet ein Preishöhenmissbrauch aus, da die „AktivPlus“-Entgelte auch weiterhin unterhalb der entsprechenden genehmigten Standardentgelte liegen. Sollte sich das Angebot für den Kunden aufgrund der veränderten Hauptzeit nicht mehr rechnen, bestünde im übrigen die Möglichkeit, das betreffende Optionsangebot zu kündigen und einen geeigneteren Tarif auszuwählen.

b) Kein Verstoß gegen das Verbot wettbewerbswidriger Abschläge

Ein offenkundiger Verstoß der beantragten Entgeltmaßnahmen gegen das sich aus § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG ergebende Abschlagsverbot ist vorliegend ebenfalls nicht ersichtlich. Dies folgt bereits daraus, dass keines der in den betroffenen Optionsangeboten enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen gegenüber den zuletzt mit den Beschlüssen BK 2a 02/010 vom 28.06.2002 und BK 2a 02/011 vom 05.07.2002 genehmigten Entgelten abgesenkt worden ist.

c) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die beantragte Änderung der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Optionsangebote „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ 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.

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

Die Beschlusskammer ist in ihren Beschlüssen BK 2a 02/010 vom 28.06.2002 und BK 2a 02/011 vom 05.07.2002 zu dem Ergebnis gelangt, dass sich auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen, Erkenntnisse und Erfahrungen ein von den Optionsangeboten „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ ausgehender Verstoß gegen das sich aus §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag ergebende Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nicht feststellen lässt.

In den genannten Entscheidungen wurde allerdings von der Beschlusskammer angekündigt, dass beabsichtigt sei, die tatsächlichen Auswirkungen insbesondere der Optionsangebote „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ auf das Kundenverhalten im Zeitraum bis zum Eingang des nächsten Verlängerungsantrags im Herbst diesen Jahres durch eine umfassende Befragung von Endkunden, Wettbewerbern und der Antragstellerin zu ermitteln. Darüber hinaus sollte im Rahmen der Befragung geklärt werden, ob sich die „AktivPlus“-Angebote tatsächlich, wie von einigen Wettbewerbern vorgetragen, als Marktzutrittsschranke auswirken.

Entsprechend der Ankündigung wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 26.07.2002 ein umfangreicher Fragenkatalog übersandt, welcher von dieser mit Schreiben vom 23.08.2002 beantwortet wurde. Des Weiteren wurde im Auftrag der Regulierungsbehörde in den Monaten August und September durch die Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) eine Studie über das Nachfragerverhalten hinsichtlich der Optionstarife „AktivPlus“, „AktivPlus XXL“ und „AktivPlus basis“ der Antragstellerin durchgeführt, innerhalb derer mehr als 2000 Kunden befragt wurden. Schließlich wurde auf Bitte der Beschlusskammer von dem in der Regulierungsbehörde für die Marktabgrenzung und Feststellung der Marktbeherrschung im Bereich der Telekommunikation zuständigen Fachreferat ein umfassender Fragenkatalog an 38 ausgewählte Wettbewerber der Antragstellerin übersandt. Dieser wurde auf freiwilliger Grundlage von insgesamt 18 der befragten Unternehmen beantwortet.

Obwohl die Befragungen zwischenzeitlich abgeschlossen werden konnten, war es aufgrund der großen Fülle des erlangten Datenmaterials jedoch nicht möglich, innerhalb der für das Verfahren zur Verfügung stehenden Entscheidungsfrist eine abschließende Bewertung der sich aus den genannten Befragungen ergebenden Erkenntnisse abzugeben. So liegt der Beschlusskammer insbesondere noch kein abschließendes Ergebnis der durchgeführten Anbieterbefragung vor. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen bestand insoweit auch keine Verpflichtung, die außerhalb des Entgeltgenehmigungsverfahrens erlangten Daten in das Verfahren einzubeziehen.

Bis zum Abschluss der Auswertung der durchgeführten Befragungen ist daher auch weiterhin davon auszugehen, dass sich ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag nicht vorliegt. Sollte sich danach allerdings eine andere Bewertung der sich aus den betreffenden Optionsangeboten ergebenden wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen ergeben, käme eine weitere Verlängerung der Genehmigungen nicht mehr in Betracht.

e) Unzulässigkeit des Ausschlusses der Preselection-Möglichkeit

Wie bereits in der Entscheidung über die Genehmigung des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ vom 20.09.2002 (Az. BK 2c 01/012), in der Entscheidung über die Verlängerung des

Optionsangebots „AktivPlus basis“ vom 28.03.2002 (Az. BK 2a 02/002) sowie zuletzt in den Entscheidungen über die Verlängerung des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ vom 28.06.2002 (Az. BK2a 02/010) bzw. Änderung der Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxl“ festgestellt, stellt der in Ziffer 2.1 der jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsbetreiber eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB 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 abweichen, 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.

6. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung der beantragten Änderungen der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Optionsangebote „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ verbundenen Nebenbestimmungen war gemäß § 36 Abs. 2 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

Bei der Festlegung der Befristung der Genehmigung wurde 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 nach Beendigung der Auswertung der vorgesehenen Befragungen der Marktteilnehmer neue Erkenntnisse in Bezug auf die Genehmigungsfähigkeit des „AktivPlus“-Angebote 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 „xxl“-Kunden Bericht zu erstatten, 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