



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 03/002

## B e s c h l u s s

~~geschwärzte Fassung~~

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 xxl“ vom 31.01.2003

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

- Beigeladene 2 -

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

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

3. 01051 Telecom GmbH, Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Velten Franz Jacoby, Achenbachstraße 73, 40237 Düsseldorf,

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

- Beigeladene 4 -

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

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

- Beigeladene 5 -

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

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

- Beigeladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Wilke (HanseNet),

7. NEFkom Telekommunikation GmbH & Co KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Spittlergraben 13, 90429 Nürnberg,

- Beigeladene 7 -

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

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

- Beigeladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Felix Müller und Frau Karina Dobner (BT Ignite),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

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

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 20.03.2003

am 11.04.2003 beschlossen:

1. Die Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Optionsangebote „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ wird über den 30.04.2003 hinaus bis zum 30.09.2004 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. 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 den Standardtarifen umfasst das Angebot der Antragstellerin unter anderem auch die Optionstarife „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxi“.

Die genannten Optionsangebote wurden von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in ihrer jetzigen Form zuletzt mit Beschluss BK 2a 02/019 vom 29.11.2002 befristet bis zum 30.04.2003 genehmigt. Dabei wurde der Antragstellerin im Hinblick auf das Angebot „AktivPlus xxi“ aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulie-

rungsbehörde für Telekommunikation und Post über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebots Bericht zu erstatten.

Mit Schreiben vom 31.01.2003 hat die Antragstellerin nunmehr beantragt,

die Verlängerung der derzeit geltenden 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 01.05.2003 zu genehmigen.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 19.02.2003 im Amtsblatt Nr. 4 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 46/2003 veröffentlicht.

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

Da seit der letzten Genehmigungen vom 29.11.2002 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 scheide ebenfalls aus, da einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienst eingeräumt würden.

Die AktivPlus-Tarife verstießen auch nicht gegen sonstige wettbewerbsrechtliche Bestimmungen. Sie bewirkten keine übermäßige Sogwirkung, so dass eine unzulässige Konditionenkopplung nicht vorläge. Die der Regulierungsbehörde mit Schreiben vom 23.08.2002 übersandten Daten belegten, dass von den Tarifen keine Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgehen könne, da Call-by-Call und Preselection von den Kunden auch weiterhin in Anspruch genommen werde.

Auch die Wettbewerber hätten die Möglichkeit, ähnliche Produkte zu gestalten. Die Antragstellerin nehme mit den vorliegenden Tarifen durch wettbewerbskonformes Verhalten am Wettbewerb teil.

Der Antrag umfasse im Übrigen erneut die Aufnahme eines Preselection-Ausschlussklausel in die vorliegenden Options-Angebote, da die Antragstellerin insoweit an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festhalte.

Die Beigeladenen 1, 3 und 4 haben sich schriftlich bzw. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20.03.2003 zur beantragten Tarifmaßnahme geäußert.

Beigeladene 1:

Die Beigeladene 1 habe bereits in zahlreichen Verfahren, zuletzt im Genehmigungsverfahren BK 2a 02/019, 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.

Im übrigen sei davon auszugehen, dass die Kosten der Sonntagsflat-Rate durch das im Vergleich zu AktivPlus zusätzliche Eintrittsentgelt von 2,55 € (brutto) auch weiterhin nicht abgedeckt würden.

Die Beigeladene habe darüber hinaus in den letzten Monaten einen verstärkten Zugang von Verbindungen in ihr Netz festgestellt. Es erscheine daher auch fraglich, ob das von der Beschlusskammer zugrunde gelegte Eintrittsentgelt von 7,61 € zur Kostendeckung der Flatrate ausreiche.

Beigeladene 3:

Aufgrund der von der Antragstellerin ebenfalls bei der Regulierungsbehörde beantragten Erhöhung der Vorleistungsentgelte für Interconnection-Verbindungsleistungen von bis zu 70 % bestehe die konkrete Gefahr einer Verteuerung in diesem Bereich. Es sei daher erforderlich, die beiden Verfahren aufeinander abzustimmen, um nicht sehenden Auges inkonsistente Entscheidungen in Kauf zu nehmen. Zumindest sollte erwogen werden, eine Genehmigung unter der auflösenden Bedingung zu erteilen, sofern aus dem Verfahren eine Erhöhung der Zusammenschaltungsentgelte resultieren sollte oder die Entscheidung nur für einen Zeitraum von wenigen Wochen zu befristen.

Im Übrigen führten die Produktbündel der Antragstellerin aufgrund der tatsächlichen Auswirkungen auf das Kundenverhalten zu einem Behinderungsmissbrauch im Sinne der §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EGV. So zeige der bei Beigeladenen 3 festzustellende starke Rückgang der Nachfrage an Sonntagen (█ **BuGG**), dass das Nachfrageverhalten eindeutig von den Produktbündeln der Antragstellerin bestimmt werde.

Beigeladene 4:

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 4 seien die AktivPlus-Optionsangebote nach wie vor objektiv geeignet, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Sinne von §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB hervorzurufen.

Eine sachliche Rechtfertigung der von den antragsgegenständlichen Tarifen ausgehenden

Wettbewerbsbeeinträchtigungen bestehe nicht. Die Antragstellerin nutze mit den Optionsangeboten unverändert ihre marktbeherrschende Stellung im Ortsnetz zur Erhöhung ihrer Marktanteile im Bereich der Fern- und Auslandsverbindungen aus und erreiche unzulässige massive Kundenbindungen dadurch, dass Endkunden bei durchschnittlicher Betrachtung die Preisangebote von Wettbewerbern ausblendeten.

Eine sachliche Rechtfertigung der Wettbewerbsbeeinträchtigung könne insbesondere nicht aus der Carrier Selection im Ortsnetz abgeleitet werden, da es als fraglich angesehen werden müsse, ob und in welchem Ausmaß Wettbewerber der Antragstellerin im Genehmigungszeitraum der AktivPlus-Tarife zum Angebot von Ortsverbindungen in der Lage sein werden. Die Marktanteilsentwicklung im Ortsnetz sei jedenfalls gegenwärtig völlig unbekannt.

Eine sachliche Rechtfertigung der durch die Optionsangebote hervorgerufenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen scheiterten jedenfalls daran, dass eine Nachbildung der Bündelung von Telefonanschluss und Orts- sowie Fernverbindungen in den Optionstarifen der AktivPlus-Produktgruppe durch eigene Angebote der Wettbewerber derzeit nicht möglich sei.

Die Antragstellerin hat sich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie mit Schreiben vom 24.03.2003 in Ergänzung der Antragsbegründung wie folgt 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 die Antragstellerin gem. § 43 Abs. 6 TKG (n. F.) gesetzlich zur Ermöglichung einer Carrier Selection im Ort verpflichtet worden sei. Hierdurch würden selbst solche Verbindungsnetzbetreiber 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 wären. Im Übrigen würden sämtliche in den Optionsangeboten enthaltenen Verbindungstarife die von der Beschlusskammer zugrundegelegte „IC+25%-Regel“ einhalten.

Zu den in der mündlichen Verhandlung von der Beschlusskammer geäußerten Bedenken gegen die Bestimmung, dass der „AktivPlus xxl“-Tarif nur von Anschlusskunden der Antragstelle-

rin in Anspruch genommen werden kann, sei folgendes anzumerken.

Die Antragstellerin habe diese Klausel nur deshalb in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen, um einen Missbrauch durch andere Netzbetreiber zu verhindern. Für diese bestünde nämlich ansonsten die Möglichkeit, von ihren Anschlüssen nur zum Schein Verbindungen für bei ihnen angemeldete Endkunden aufzubauen, in Wahrheit indessen selbst als Netzbetreiber – ohne dass dem entsprechende Endkundennachfrage zugrunde läge – Verbindungen von eigenen Anschlüssen in ihrem Netz in das Netz der Antragstellerin herzustellen und diese unter Inanspruchnahme von „AktivPlus xxl“ über einen langen Zeitraum hinweg aufrecht zuhalten. Sie könnten dann für solche „Luftverbindungen“ – als Verbindungsnetzbetreiber die ihnen zustehenden Auszahlungsbeträge für die Leistung ECB-B.1 in Anspruch nehmen, müssten aber gleichzeitig für den von ihnen selbst erzeugten Anruf wegen der nach „AktivPlus xxl“ eröffneten Flatrate an Sonntagen und bundesweiten gesetzlichen Feiertagen keine Endkundenentgelte zahlen.

Unabhängig davon gehe von der Klausel auch keine beeinträchtigende Wirkung von Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Wettbewerber i.S.v. § 19 Abs. 4 GWB aus. Insoweit sei nämlich zu berücksichtigen, dass sämtliche am Markt agierenden Teilnehmernetzbetreiber ihren eigenen Anschlusskunden die Inanspruchnahme von Fernverbindungsleistungen der Antragstellerin im Wege von Call-by-Call und Preselection verwehrt. Das wettbewerbliche Interesse der betreffenden Teilnehmernetzbetreiber sei vielmehr darauf gerichtet, dass die bei ihnen angeschalteten Anschlusskunden auch Ferngespräche nicht bei der Antragstellerin in Anspruch nähmen. Daher wäre es aus wettbewerblichen Aspekten für die Antragstellerin sogar unschädlich, wenn die betreffende Vertragsklausel entfielen. Sie sei aber gleichwohl - und ausschließlich deshalb – notwendig, um die dargelegten Missbrauchsmöglichkeiten auszuschließen.

Unabhängig von früheren Entgeltgenehmigungsverfahren wurden auf Veranlassung der Beschlusskammer im Zeitraum zwischen Juli und September 2002 Befragungen der Nachfrager, Wettbewerber und der Antragstellerin durchgeführt, um die von den „AktivPlus“-Tarifen ausgehenden tatsächlichen Auswirkungen einerseits auf das Kundenverhalten und andererseits auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter zu untersuchen. Nachdem die Auswertung dieser Befragungen abgeschlossen worden ist, können die Ergebnisse nunmehr in das Verfahren einbezogen und insoweit auch berücksichtigt werden.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 07.04.2003 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben vom 09.04.2003 mitgeteilt, dass sie der Einschätzung der Beschlusskammer, dass bei den hier betroffenen Bündelangeboten ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB nicht festzustellen sei, im Ergebnis zustimmt.

Die Beschlussabteilung teile dabei zunächst die Auffassung der Beschlusskammer, dass eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Teilnehmernetzbetreiber nach den Ermittlungen nicht angenommen werden könne.

Die Beschlussabteilung geht allerdings davon aus, dass eine Beeinträchtigung der Verbindungsnetzbetreiber im Grundsatz angenommen werden könne. Die Frage der Erheblichkeit dieser Beeinträchtigung ist nach Auffassung der Beschlussabteilung ein qualitatives Merkmal, welches im Zusammenhang der für §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB vorzunehmenden Interessenabwägung auszufüllen sei. Nach den Ermittlungen sei ein Rückgang der Verbindungsnetzbetreiber-Anteile bei den Kunden, die die hier betroffenen Optionsangebote nutzten, zu erkennen. Dieser Rückgang könne auch auf die Inanspruchnahme der Optionsangebote zu-

rückgeführt werden. Dabei ist es aus Sicht der Beschlussabteilung an dieser Stelle nicht entscheidend, ob hier der Bündelungseffekt oder lediglich die Attraktivität der Angebote die Ursache sei.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes sei im Rahmen des Merkmals der Unbilligkeit bzw. sachlichen Rechtfertigung nach § 19 Abs. 4 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB vorzunehmen. Von Bedeutung sei dabei insbesondere die Zielsetzung der Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB, die auf Offenhaltung der (beherrschten) Märkte gerichtet sei. Eine (behindernde) Verhaltensweise des Marktbeherrschers liege damit vor allem dann im Bereich des Missbrauchs, wenn sie sich in erheblichem Ausmaß als Marktzutrittsschranke auswirke. In diesem Fall müsse das – im Ausgangspunkt legitime – Interesse der marktbeherrschenden Antragstellerin an einer an Kundenpräferenzen orientierten Produktdifferenzierung und –rabattierung hinter den Interessen der Wettbewerber im gesetzlichen Interesse der Offenhaltung der Märkte zurückstehen. Dabei könne die Tatsache, dass die Bündelprodukte erfolgreich seien, allein noch nicht als kartellrechtlich relevante Marktzutrittsschranke gewertet werden. Vielmehr müssten hier weitere Umstände hinzutreten. Bei der Einordnung der Produkte als Rabattsystem sei beispielsweise bedeutsam, ob der Erfolg des Produktes auf die konkrete Ausgestaltung der Rabattstaffeln beruhe, die eine Bezugskonzentration auslösen könnten. Darüber hinaus könne auch der Umstand, dass die Wettbewerber auf das Verhalten der Antragstellerin nicht hinreichend reagieren könnten, zu berücksichtigen sein. Das Ausmaß der Marktbeherrschung auf der einen Seite und der Behinderung auf der anderen Seite spiele bei der Interessenabwägung eine wesentliche Rolle.

Die Beschlussabteilung gehe bei diesen Grundsätzen zunächst davon aus, dass die Bündelprodukte Elemente eines Gesamtumsatzrabattsystems aufwiesen, bei dem die Berechnungsgrundlage für den Rabatt in dem in einer Referenzperiode erzielten Umsatz bestehe. In der AktivPlus-Familie würden verschiedene Arten von Festnetztelefonaten rabattiert, die innerhalb eines Monats getätigt würden, so dass beim Bezug ein zeitlicher Druck ausgeübt werde, um in den Genuss der Rabattierung kommen zu können. Dieses zeitliche Moment sei in der Regel Auslöser erheblicher Bezugskonzentration und daher kartellrechtlich tendenziell unbillig.

Die Ermittlungen führten jedoch im vorliegenden Falle auch nach Ansicht der Beschlussabteilung zu dem Ergebnis, dass die Interessen der hier beeinträchtigten Verbindungsnetzbetreiber gegenüber den Interessen der Antragstellerin nicht überwögen.

Hierbei sei allerdings nicht (allein) ausschlaggebend, ob die Wettbewerber die Produkte der Antragstellerin nachbilden könnten. Denn nach allgemeinem Kartellrecht könne eine Verhaltensweise missbräuchlich sein, obwohl sich die Wettbewerber genauso verhalten könnten. Gerade Gesamtumsatzrabatte seien in der Hand eines Marktbeherrschers auch dann problematisch, wenn Wettbewerber solche Rabattsysteme ebenfalls einsetzen könnten.

Vielmehr falle aus der Sicht der Beschlussabteilung hier maßgeblich ins Gewicht, dass der Grad der Beeinträchtigung, das Ausmaß der Bezugskonzentration als eher gering anzusehen sei. Gegen eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Verbindungsnetzbetreiber, die in der Interessenabwägung entsprechendes Gewicht haben könnte, spreche auch das geringe Interesse der betroffenen Wettbewerber an den Ermittlungen selbst. Das genaue Ausmaß der Beeinträchtigung von Call-by-Call und Preselection sei mangels Angaben der betroffenen Unternehmen nicht nachweisbar gewesen.

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 10.03.2003 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 11.04.2002.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 82 Satz 3 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme 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 Sprachtelefondienstes 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 (GWB).

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 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.

### 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 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 die beantragte Höhe der in den Optionsangeboten enthaltenen Sprachtelefondienst-Entgelte im Vergleich zur letzten Genehmigungen unverändert geblieben ist.

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 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 Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxl“ nicht ersichtlich.

Insbesondere enthalten die in den vorgelegten Angeboten enthaltenen Entgelte keine Abschlüsse. Vom Vorliegen eines Abschlusses 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 Abschlüsse ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei den Optionsangeboten "AktivPlus" und „AktivPlus basis“ um ausschließlich nutzungsdauerabhängig tarifizierte Verbindungsstarife handelt, während sich das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ einerseits aus nutzungsdauerabhängig tarifizierten Verbindungsentgelten, die insoweit denen des Optionsangebots „AktivPlus“ („AktivPlus“-Komponente) entsprechen, und andererseits aus nutzungsdauerunabhängig tarifizierten Verbindungsleistungen an Sonn- und Feiertagen (Flat-Rate-Komponente) zusammensetzt.

ba) Nutzungsdauerabhängig tarifizierte Entgelte

Soweit vorliegend die Verlängerung der zuletzt mit Beschluss BK 2a 02/019 vom 29.11.2002 genehmigten nutzungsdauerabhängig tarifizierten Entgelte beantragt wird, sind nach wie vor keine Anhaltspunkte für ein Vorliegen von Abschlüssen ersichtlich.

Wegen der grundsätzlichen Geltung der Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst kann sich die Prüfung in Bezug auf wettbewerbswidrige Abschlüsse 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 tarifizierte 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 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 tarifizierten 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 auch diesmal wieder von der Beigeladene 1 vorgetragene Auffassung, nach der 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, hält die Beschlusskammer weiterhin für unzutreffend. Da es sich bei den insoweit in Rede stehenden Tarifierungsarten im Wesentlichen um Entgelte für die glei-

chen 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 die Flat-Rate-Komponente entsprechend den Nutzungsanteilen der Verbindungsarten an Werktagen aufgeteilt werden müsse, verfehlt. Die 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] (BuGG 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 Erfahrungsberichte für den Zeitraum Dezember 2001 bis Dezember 2002 vor.

[REDACTED] (BuGG 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 deutlich 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 auch weiterhin 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.

bc) Keine Verknüpfung mit zukünftigen Entscheidungen

Entgegen der Forderung der Beigeladenen 3 kann bei der vorliegenden Entscheidung der Aspekt, dass die Antragstellerin bei der Beschlusskammer 4 einen Antrag auf Genehmigung von Entgelten für Anschlusskostenbeiträge gemäß § 43 Abs. 6 TKG gestellt hat (Az. BK 4a 03/009), keine Berücksichtigung finden. Unabhängig davon, dass es der Beschlusskammer derzeit überhaupt nicht möglich ist, den Ausgang dieses Verfahrens zu prognostizieren, handelt es sich um sachlich und rechtlich unabhängig voneinander zu behandelnde Verfahren.

c) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

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

Kein Behinderungsmissbrauch

Die Beschlusskammer ist in ihren Beschlüssen BK 2a 02/010 vom 28.06.2002, BK 2a 02/011 vom 05.07.2002 sowie zuletzt BK 2a 02/029 vom 29.11.2002 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 von der Beschlusskammer allerdings auch angekündigt, die tatsächlichen Auswirkungen der Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxl“ auf das Kundenverhalten im Rahmen umfassender Befragungen sowohl der Endkunden, der Wettbewerber als auch der Antragstellerin zu untersuchen. Dabei sollte insbesondere geklärt werden, ob sich die „AktivPlus“-Angebote tatsächlich, wie von einigen Wettbewerbern vorgetragen, als Marktzutrittsschranke auswirken.

Entsprechend dieser 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.

Nach Auswertung der Untersuchungsergebnisse ist festzustellen, dass sich ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag auch weiterhin nicht nachweisen lässt.

Ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag setzt zunächst voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen andere Unternehmen in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise beeinträchtigt, bzw. behindert. Dabei ist der Begriff der Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten in § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ebenso, wie der Begriff der Behinderung in § 20 Abs. 1 GWB eher weit auszulegen (vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rdnr. 112, Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20 Rdnr. 116). Ausreichend ist danach jedes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, welches sich in irgendeiner Weise auf die Wettbewerbschancen anderer Wettbewerber auswirkt.

da) Keine Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Teilnehmernetzbetreibern:

Aufgrund der Ergebnisse der durchgeführten Anbieterbefragung ist derzeit keine Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von alternativen Teilnehmernetzbetreibern festzustellen. Danach bieten  $\frac{3}{4}$  der befragten Teilnehmernetzbetreiber als Reaktion auf die „AktivPlus“-Optionsangebote der DTAG selbst Optionstarife an. Die mit diesen Optionstarifen erzielten Außenumsätze weisen dabei steigende Tendenz auf. Auch ist im Bereich der Optionstarife von Teilnehmernetzbetreibern ein Anstieg der Kundenzahlen zu verzeichnen. Schließlich ist sowohl bei den Außenumsatzerlösen als auch bei den Kundenzahlen der Teilnehmernetzbetreiber insgesamt ein Anstieg festzustellen. Alles in allem sind die Teilnehmernetzbetreiber damit ebenfalls in der Lage, erfolgreich mit Optionstarifen im Markt zu bestehen.

Ein Behinderungstatbestand zu Lasten der Teilnehmernetzbetreiber könnte sich allerdings aus dem Unstand ergeben, dass der Optionstarif „AktivPlus xxi“ aufgrund seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen nur von solchem Kunden genutzt werden kann, die über einen Anschluss bei der Antragstellerin verfügen.

Die Begründung der Antragstellerin, mit der Beschränkung auf Kunden mit Anschluss bei der Antragstellerin solle einem Missbrauch durch andere Netzbetreiber vorgebeugt werden, ist insoweit wenig überzeugend, da nach eigenen Angaben der Antragstellerin derzeit kein Teilnehmernetzbetreiber Preselection bzw. Call-by-Call anbietet.

Andererseits wäre eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in der Tat eher unwahrscheinlich, wenn die Behauptung der Antragstellerin, dass sämtliche Teilnehmernetzbetreiber ausnahmslos selbst ihren eigenen Anschlusskunden die Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen der Antragstellerin im Wege von Preselection und Call-by-Call verwehren, zutreffend ist.

Da nach eigener Aussage der Antragstellerin ein Wegfall der Beschränkung auf eigene Anschlusskunden unter wettbewerblichen Aspekten unschädlich wäre und ein Missbrauch durch Wettbewerber eher unwahrscheinlich erscheint, regt die Beschlusskammer an, diese

Beschränkung spätestens im Zusammenhang mit der nächsten das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ betreffenden Entgeltmaßnahme aufzuheben. Anderenfalls behält sich die Beschlusskammer vor, die sich aus der Kopplung ergebenden Auswirkungen auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Wettbewerber näher zu untersuchen und die Klausel zukünftig zu untersagen.

db) Keine Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Verbindungsnetzbetreibern:

Im Hinblick auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Verbindungsnetzbetreiber lässt sich dagegen eine von den AktivPlus-Tarifen ausgehende Sogwirkung und Bezugskonzentration nicht von vorneherein ausschließen. Hierfür spricht neben dem offensichtlichen Erfolg dieser Tarife - insgesamt wurden bislang mehr als 10 Millionen Verträge abgeschlossen - der Umstand, dass bei gleichzeitigem Anstieg der Kundenzahlen bei den AktivPlus-Tarifen nach den Angaben der Wettbewerber ein sowohl mengen- als auch umsatzmäßiger Rückgang bei den Call-by-Call- und Preselection-Verbindungen zu verzeichnen ist. Diese Vermutung wird insoweit auch durch die Ergebnisse der Befragungen von Antragstellerin und Endkunden gestützt, wonach AktivPlus-Kunden die Call-by-Call- und Preselection-Möglichkeit im Verhältnis zu anderen Kunden der Antragstellerin in geringerem Maße in Anspruch nehmen. So beläuft sich nach den Erkenntnissen der Kundenbefragung der Anteil der Preselection-Nutzer bei allen Kunden auf 8 %, bei den AktivPlus-Kunden dagegen nur auf 4 %. Bei der Call-by-Call-Nutzung beträgt der prozentuale Anteil 36 % bei allen Kunden und 30 % bei den AktivPlus-Kunden.

Ob die festgestellten Umsatzrückgänge allerdings, wie von einigen Wettbewerbern vorge- tragen, durch einen sich aus der Zusammenfassung unterschiedlicher Verbindungsleistungen zu einem gemeinsamen Optionstarif ergebenden Bündelungseffekt oder lediglich durch die im Vergleich zu den Standardtarifen günstigeren Verbindungsentgelte verursacht sind, lässt sich vorliegend nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen.

Anhand der ermittelten Daten ist jedenfalls auch erkennbar, dass zumindest ein nicht ganz unbedeutender Anteil der AktivPlus-Kunden die Call-by-Call- und Preselection-Möglichkeit weiterhin nutzt. Hieran wird deutlich, dass ein großer Anteil der AktivPlus-Kunden auch weiterhin sehr preisbewusst handelt und auch nach der Entscheidung für einen der AktivPlus-Tarife für Angebote anderer Wettbewerber zugänglich bleibt. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass sämtliche in den AktivPlus-Angeboten enthaltenen Verbindungsentgelte im Rahmen dieses Entgeltgenehmigungsverfahrens in Bezug auf mögliches Dumping überprüft worden sind. Auch für die Verbindungsnetzbetreiber bestand somit grundsätzlich die Möglichkeit, zumindest die in den Angeboten enthaltenen Fern- und Auslandsverbindungsleistungen wirtschaftlich nachzubilden. Es kommt hinzu, dass mit der bevorstehenden Einführung der carrier selection im Ortsnetz ein gegebenenfalls noch bestehender struktureller Nachteil entfallen wird.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass sich eine von den AktivPlus-Tarifen ausgehende Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten bzw. Behinderung der Verbindungsnetzbetreiber nicht mit hinreichender Sicherheit belegen lässt.

dc) Keine Unbilligkeit bzw. sachliche Rechtfertigung

Selbst wenn vorliegend eine durch die AktivPlus-Tarife verursachte Beeinträchtigung der

Wettbewerbsmöglichkeiten bzw. Behinderung der Verbindungsnetzbetreiber angenommen werden könnte, würde sich diese wegen der zuvor festgestellten nur geringen Auswirkungen nicht in erheblicher Weise auf den Wettbewerb auf dem Markt auswirken. Überdies wären etwaige Beeinträchtigungen und Behinderungen von Wettbewerbern nach Auffassung der Beschlusskammer auch i.S.v. § 19 Abs 4 Nr. 1 GWB sachlich gerechtfertigt bzw. i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB nicht unbillig.

Die genannten Begriffe sind insoweit inhaltlich identisch und erfordern nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Interessenabwägung aller beteiligten Unternehmen unter Berücksichtigung des auf die Freiheit des Wettbewerbs abzielenden Gesetzeszweckes des GWB. Von Bedeutung ist hierbei insbesondere die Zielsetzung der Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB, marktbedingte Marktzugangsbehinderungen Dritter zu unterbinden (vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rdnr. 112, § 20 Rdnr. 116). Als sachlich nicht gerechtfertigt bzw. unbillig einzustufen wäre eine Verhaltensweise vor allem dann, wenn sie sich in erheblichem Ausmaß als Marktzutrittsschranke auswirken würde. Es ist daher vorliegend zu entscheiden, ob das durch §§ 19, 20 GWB gesetzlich geschützte Interesse der Wettbewerber an der Offenhaltung der Märkte das Interesse der Antragstellerin an einer an Kundenpräferenzen orientierten Produktdifferenzierung bzw. Produktbündelung überwiegt.

Dabei kann die Tatsache, dass die AktivPlus-Tarife insgesamt durchaus erfolgreich sind, allein noch nicht als wettbewerbsrechtlich relevante Marktzutrittsschranke gewertet werden. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr die Frage, ob und inwieweit die Verbindungsnetzbetreiber in der Lage sind, mit eigenen Angeboten auf die AktivPlus-Tarife zu reagieren. Insoweit ist, wie bereits im Zusammenhang mit der oben erfolgten Prüfung des Abschlagsverbots erörtert, zunächst zu berücksichtigen, dass alle in AktivPlus-Angeboten enthaltenen Sprachtelefondienstentgelte in Bezug auf das Vorliegen unzulässiger Abschläge hin untersucht worden sind. Damit sind die Verbindungsnetzbetreiber jedenfalls in der Lage, den in den AktivPlus-Angeboten enthaltenen Fernverbindungstarifen mit eigenen kostendeckenden Tarifen entgegenzutreten. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass es der Antragstellerin aufgrund ständiger Spruchpraxis der Beschlusskammer nicht gestattet ist, Kunden durch Ausschluss der Preselection-Möglichkeit auf andere Verbindungsnetzbetreiber an sich zu binden.

Des weiteren ist fraglich, ob und inwieweit Verbindungsnetzbetreiber, wie von den Beigeladenen gefordert, in der Lage sein müssen, die AktivPlus-Angebote selbst vollständig wirtschaftlich nachzubilden. Insoweit ist festzustellen, dass die Antragstellerin in ihrer Eigenschaft als Teilnehmernetzbetreiberin derzeit möglicher Weise noch über einen besseren Endkundenzugang verfügt, als dies bei den Verbindungsnetzbetreibern der Fall ist. Allerdings bestünde auch für Verbindungsnetzbetreiber grundsätzlich die Möglichkeit, ihre Geschäftsmodelle entsprechend umzustellen und sämtliche in den AktivPlus-Angeboten enthaltene Leistungsbestandteile als Vorprodukt auf der Vorleistungsebene bei der Antragstellerin zu den gleichen Bedingungen zu beziehen, wie sich die Antragstellerin diese selbst zubilligt. Dabei stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob sich das Ziel eines sich dauerhaft selbst tragenden Wettbewerbs nicht überhaupt nur dann erreichen lässt, wenn es dem Anbieter gelingt, selbst einen unmittelbaren Zugang zum Endkunden aufzubauen. Unabhängig hiervon ist festzustellen, dass die Nutzung der AktivPlus-Angebote - abgesehen von „AktivPlus xtl“ - nicht davon abhängt, ob der Kunde über einen Telefonanschluss bei der Antragstellerin verfügt. Es handelt sich insoweit bei den AktivPlus-Tarifen im Wesentlichen um reine Verbindungs-Angebote für City-, Fern- und Auslandsverbindungen. Es ist daher zu erwarten, dass mit der unmittelbar bevorstehenden Einführung der carrier-selection im Orts-

bereich auch Verbindungsnetzbetreiber - beispielsweise im Wege von Preselection oder geschlossenem Call-by-Call – Angebote gestalten werden, die einen vergleichbaren Leistungsumfang aufweisen, wie die vorliegenden AktivPlus-Angebote. Angesichts der eher moderaten Kündigungsfrist von jeweils 6 Werktagen und Mindestvertragslaufzeit von 30 Kalendertagen wären diese Angebote dann auch für solche Kunden von Interesse, die sich bislang für ein „AktivPlus“-Angebot entschieden haben. Es ist daher zu erwarten, dass sich die AktivPlus-Tarife zukünftig noch weniger als Marktzutrittsschranke auswirken werden.

Insgesamt überwäge daher insbesondere angesichts der bestehenden Einführung der carrier-selection im Ortsnetz nicht nur das Interesse der Antragstellerin, sondern auch das Interesse der Kunden an der Fortgeltung der Genehmigung der vorliegenden AktivPlus-Angebote eindeutig das Interesse der Verbindungsnetzbetreiber an einer Versagung der beantragten Genehmigung.

#### 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 der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebots „AktivPlus“ „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxl“ vom 29.11.2002 (Az. BK2a 02/019) festgestellt, stellt der in Ziffer 2.1 der jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber 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 §§ 28 Abs. 3, 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.

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).

Kuhrmeyer

Busch

Lindhorst