



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 03/012

B e s c h l u s s

- geschwärzte Fassung -

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus xxl (neu)“ vom 24.06.2003

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

- Beigeladene 1 -

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

2. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Oberländer Ufer 180 – 182, 50968 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Dirk Grewe (VATM),

3. Mobilcom CityLINE GmbH, Hamburger Chaussee 2-4, 24114 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 3 -

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

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Franziska Oelte (Mobilcom CityLINE),

4. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Landstraße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Matthias Büning und Frau Andrea Weißenfels (EWE TEL),

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

- Beigeladene 5 -

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

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

- Beigeladene 6 -

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

7. Ventelo GmbH, Am Seestern 3, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Astrid Kellermann und Herr Ullrich Haeffs (Ventelo),

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

- Beigeladene 8 -

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

9. AOL Deutschland GmbH & Co, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 9 -

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

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

- Beigeladene 10 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Rainer Lüddemann ((breko),

11. Telefonica Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Hülshorstweg 30,
33415 Verl,

- Beigeladene 11 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Michael Panienska (Telefonica Deutschland),

12. htp Hanovers Telefon Partner GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Calenberger
Esplanade, 30169 Hannover,

- Beigeladene 12 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Bianca Westerfeld (htp),

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

- Beigeladene 23 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Wilke und Herr Mundt (HanseNet),

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

- Beigeladene 14 -

- 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 Kuhmeyer
den Regierungsdirektor Rainer Busch
den Regierungsrat z.A. Jörg Lindhorst

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

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 15.08.2003

am 02.09.2003 beschlossen:

1. Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus xxl (neu)“ werden gemäß der dem Antrag beige-

- enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin sowie der Beigeladenen -

fügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preisliste „AktivPlus xxl (neu)“ genehmigt.

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

2. Die Anwendung der unter Ziffer 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogrammes „Happy Digits“ wird genehmigt.
3. Der Antragstellerin wird aufgegeben, im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebotes „AktivPlus xxl (neu)“ Bericht zu erstatten.
4. Der Antragstellerin wird ferner aufgegeben, in der Preisliste „AktivPlus (neu) xxl“ klarstellend darauf hinzuweisen, dass die unter Punkt 3 der Preisliste genannten Preise für Verbindungen zu Online-Diensten sich lediglich auf Verbindungen beziehen, bei denen die Verbindung nicht bereits Bestandteil des Online-Dienstes ist und die daher unmittelbar von der Antragstellerin im Verhältnis zu ihren Kunden erbracht werden.
5. Die Genehmigung wird bis zum 30.06.2004 befristet.

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 xxl“. Die genannten Optionstarife wurden zuletzt mit Beschluss BK 2a 03/002 vom 11.04.2003 befristet bis zum 30.09.2004 genehmigt.

Daneben möchte die Antragstellerin zukünftig einen Optionstarif AktivPlus xxl (neu) anbieten.

Mit Schreiben vom 24.06.2003 hat die Antragstellerin daher beantragt,

1. den Optionstarif „AktivPlus xxl (neu)“ gemäß den als Anlage 1 beigefügten AGB „AktivPlus xxl (neu)“ und Preislisten „AktivPlus xxl (neu)“ ab dem 01.09.2003,
2. die Anwendung der nach Maßgabe des Antrags zu Ziff. 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogrammes „Happy Digits“

gemäß § 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG zu genehmigen.

Das beantragte Optionsangebot beinhaltet im Wesentlichen:

- Ein monatliches Überlassungsentgelt in Höhe von 7,94 € (netto).
- Die Geltung der derzeit genehmigten AktivPlus-Entgelte an Wochentagen (Montag bis Freitag).
- Eine nutzungsdauerunabhängige Tarifierung der anfallenden City- und Deutschlandverbindungen an Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen (Wochenend-Flat-Rate).
- Geltung der derzeit genehmigten AktivPlus-Entgelte für Verbindungen zu Onlinediensten mit geographischer Rufnummer auch an Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen.
- Den Ausschluss der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber.
- Die Einbindung des Optionsangebots in das Programm „Happy Digits“.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 02.07.2003 im Amtsblatt Nr. 13 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 167/2003 veröffentlicht.

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

Die Antragstellerin bemühe sich fortschreitend, ihren Kunden Angebote zur Verfügung zu stellen, die die spezifischen Kundenbedürfnisse optimal befriedigten. Daher plane die Antragstellerin die Erweiterung des Angebotes der Produktfamilie AktivPlus um einen Optionstarif mit einer Wochenend-Flatrate.

Ein Preishöhenmissbrauch könne ausgeschlossen werden. Die nutzungsdauerabhängig tarifierten Entgelte seien bereits im Rahmen anderer AktivPlus-Tarife in dieser Höhe genehmigt worden. In Bezug auf die Wochenend-Flatrate bewirke das beantragte Optionsangebot bei den Kunden, die sich für dieses entscheiden, bei entsprechender Nachfrage eine Senkung gegenüber den genehmigten Standardtarifen. Die von der Regulierungsbehörde durchgeführten Marktuntersuchungen hätten insoweit gezeigt, dass es sich bei den Kunden von Optionstarifen um besonders preissensible Kunden handele, die vor der Inanspruchnahme eines Tarifes genau rechneten, ob sich der Tarif auch lohne.

Ebenso entsprächen die beantragten Entgelte offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Soweit die Tarifierung entsprechend dem Angebot „AktivPlus“ erfolge, könne ein Verstoß gegen das Abschlagsverbot bereits deshalb ausgeschlossen werden, weil es sich insoweit um bereits genehmigte Entgelte handele.

Auch die Wochenend-Flatrate stelle keinen unzulässigen Abschlag dar. Für die Finanzierung der Flatrate stünden die Einnahmen des monatlichen Überlassungsentgelts in Höhe von 7,94 € (netto) voll zu Verfügung.

Wie bei „AktivPlus xxl“ sei auch bei „AktivPlus xxl (neu)“ bei der Prüfung der Kostendeckung das durchschnittliche Nutzungsverhalten der Zielgruppe zugrunde zu legen. Für eine Abschät-

zung des zu erwartenden Nutzungsverhaltens könnten die Erfahrungen des bisherigen "xxl"-Tarifs zugrundegelegt werden. Dieses sei der RegTP aufgrund der monatlichen Berichterstattung bekannt. Die Kalkulation der Preise für das neue Angebot beruhe auf diesen Erfahrungswerten.

Die Zugrundelegung des Nutzungsverhaltens dieser Kundengruppe sei auch naheliegend, da mit dem neuen Angebot die gleiche Kundengruppe angesprochen werden solle.

Bei Berücksichtigung der nach Ansicht der Antragstellerin maßgeblichen tatsächlichen Verkehrsverteilung erzeugten die Verbindungen der Zielgruppe unter Anwendung des „IC+25%“-Maßstabes Samstags im Schnitt „Kosten“ in Höhe von netto [REDACTED] (BuGG der Ast) und Sonntags im Schnitt Kosten von netto [REDACTED] (BuGG der Ast) für City- und Deutschlandverbindungen. Insgesamt werde mit [REDACTED] (BuGG der Ast) im Durchschnitt das monatliche Überlassungsentgelt von 7,94 € (netto) nicht erreicht. Ausgehend vom heutigen Kommunikationsverhalten der Nutzergruppe könnte der Kunde seine Telefonnutzung an Samstagen sogar vervierfachen, ohne dass Preisuntergrenze unterschritten würde.

Selbst bei Berücksichtigung des „IC+25%“-Ansatzes der Regulierungsbehörde entstünden nur Kosten in Höhe von [REDACTED] (BuGG der Ast). Davon entfielen [REDACTED] (BuGG der Ast) auf die Verbindungsleistungen an Samstagen. Auch hier könne sich das Nutzungsverhalten an Samstagen verdreifachen, ohne dass es zu Abschlägen käme.

Auch sei zu berücksichtigen, dass es allenfalls zu einer Verlagerung eines Teils der Gespräche von Sonntag auf den Samstag kommen werde, so dass mit einem wesentlich höheren Telefonaufkommen, als bei „AktivPlus xxl“ nicht zu rechnen sei.

Ferner sei zu berücksichtigen, dass im Gegensatz zum bestehenden Angebot Online-Verbindungen nicht nutzungsunabhängig abgegeben werden sollen. Im Zeitraum Juli 2002 bis April 2003 habe der diesbezügliche Anteil im „AktivPlus xxl“ [REDACTED] (BuGG der Ast) betragen.

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

Die AktivPlus-Tarife verstießen auch nicht gegen sonstige wettbewerbsrechtliche Bestimmungen. Eine unzulässige Koppelung läge nicht vor, da die in dem Angebot enthaltenen Dienstleistungen auch in Form der Standardtarife und von anderen Optionsangeboten erhältlich seien.

Den Kunden, die für „AktivPlus xxl (neu)“ optierten, bleibe die Möglichkeit der Nutzung von Call-by-Call und Preselection unbenommen. Die Erfahrungen mit der bestehenden "xxl"-Flatrate hätten gezeigt, dass die Flatrate nicht zu unzulässigen Wettbewerbsbeeinträchtigungen geführt habe.

Die Marktuntersuchungen der Regulierungsbehörde zu den AktivPlus-Angeboten hätten im übrigen gezeigt, dass Kunden, die Optionsangebote nutzen, besonders Preissensibel seien.

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

Der Antrag umfasse erneut die Aufnahme einer Preselection-Ausschlussklausel in das vorliegende Options-Angebot, da die Antragstellerin insoweit an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festhalte.

Die Beigeladenen 1, 2, 5, 8, 10 und 14 haben sich schriftlich bzw. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20.03.2003 zur beantragten Tarifmaßnahme geäußert.

Beigeladene 1:

Der Ausbau der AktivPlus-Familie werde dazu führen, dass immer weniger Kunden die Call-by-Call- und Preselection-Angebote anderer Wettbewerber nutzten. Aufgrund der Quasi-Monopolstellung der Antragstellerin bei den Teilnehmeranschlussleitungen würden die Call-by-Call- und Preselection-Angebote der Wettbewerber im Falle der Einführung weiterer Flatrate-Tarife „ausgetrocknet“.

Dass nach der GFK-Studie AktivPlus-Kunden vereinzelt noch Call-by-Call-Leistungen in Anspruch nähmen und damit der Eindruck suggeriert werde, hier bestehe kaum wettbewerbsbeeinträchtigende Konkurrenz, gehe auf einen Fehler der GFK-Studie zurück. Diese unterscheidet nämlich bei den Call-by-Call-Angeboten nicht zwischen bundesweiter Ferntelefonie und Auslandstelefonaten. Nur bei Auslandstelefonaten bestünden, wenn überhaupt, noch nennenswerte Preisvorteile, die einen AktivPlus-Kunden veranlassen könnten, auf Call-by-Call-Angebote zurückzugreifen. Damit erweise sich der beantragte AktivPlus-Tarif als unzulässige Marktzutrittsschranke.

Der Antrag müsse wegen Verstoßes gegen §§ 27 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 3 TEntgV abgelehnt werden, da die Antragstellerin keine Kostenunterlagen vorgelegt habe. Die „IC+25%-Regel“ könne eine Prüfung auf der Basis von Kostenunterlagen nicht ersetzen. Im Übrigen lasse die „IC+25%“-Regel die durch das AktivPlus-Programm verursachten zusätzlichen Vertriebskosten unberührt.

Das beantragte Entgelt orientiere sich nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung i.S.v. § 24 Abs. 1 TKG. Die Antragstellerin nehme insoweit eine Mischkalkulation vor. Diese könne gegenüber dem einzelnen Kunden niemals den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen.

Im Verhältnis zum jeweiligen Kunden lägen denknottwendiger Weise entweder Aufschläge i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG oder Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vor.

Darüber hinaus würden die Wettbewerber durch den hinzuzufügenden Anschlusskostenbeitrag in Höhe von 0,4 Cent, welcher von der „IC+25%“-Regel nicht abgedeckt werde, in eine Preis-Kosten-Schere gedrängt.

Das Angebot stelle einen Behinderungsmissbrauch dar. Die Antragstellerin übertrage ihre Marktmacht im Anschlussbereich auf den Verbindungsbereich, in dem sie die monatlichen Entgelte erhöhe und den Kunden dazu veranlasse, seine insoweit höheren Ausgaben durch eine höhere Nutzung der niedrigeren Verbindungsentgelte wieder hereinzuholen. Die derzeitige Entwicklung führe zu einer Situation, in der Anbieter von Call-by-Call- und Prese-

lection-Angeboten nicht mehr überlebensfähig seien. Gerade Call-by-Call und Preselection seien nach den Vorgaben des EU-Gesetzgebers als effizientes Mittel bewertet worden, die bestehende Marktmacht aufzubrechen.

Bei der Bewertung der Sogwirkung der AktivPlus-Tarife könne auch nicht auf die GFK-Studie abgestellt werden, da diese gravierende Fehler aufweise. So unterscheide die Studie bei der Nutzung von Call-by-Call-Angeboten nicht zwischen den unterschiedlichen Zieldestinationen (Ort, Fern und Ausland), so dass sich ein vollkommen falsches Bild von den Angaben über das Nutzungsverhalten bei Call-by-Call-Angeboten ergebe. Die angeführten Prozentzahlen erlaubten auch überhaupt keine Rückschlüsse von der qualitativen Einordnung als Call-by-Call-Nutzer auf die Qualität des Call-by-Call-Nutzungsverhaltens. Daher sei es unbedingt erforderlich, die empirische Studie der Beigeladenen 5 in die Bewertung einzubeziehen.

Im übrigen weise die Antragsbegründung Widersprüche auf.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass Wettbewerber ähnliche Produkte gestalten könnten sei unzutreffend. Zumindest für Verbindungsnetzbetreiber gelte dies nicht. Der Verbraucher sei insoweit nicht bereit, an den Verbindungsnetzbetreiber eine monatliche Gebühr zu bezahlen, um in den Genuss eines vergleichbaren Tarifs zu gelangen. Dies hätte eine Befragung von Call-by-Call-Kunden gezeigt. Danach seien Call-by-Call-Kunden nicht bereit, zusätzlich zum Verbindungsentgelt ein monatliches Fix-Entgelt zu zahlen.

Widersprüchlich sei auch die Aussage der Antragstellerin, dem Kunden bleibe die Möglichkeit zu Call-by-Call und Preselection unbenommen, da sie die Preselection-Möglichkeit in dem Angebot ja gerade ausschließen möchte.

Beigeladene 2:

Die Optionstarife/Bündelprodukte der Antragstellerin müssten – auch nach Ansicht der EU-Kommission und des Bundeskartellamtes – strengeren rechtlichen Prüfungen als bisher unterzogen werden, um Marktmachtrtransfer von diesen Märkten auf wettbewerbsintensivere Märkte und eine damit einhergehende Remonopolisierung effektiver zu verhindern.

Hierzu dürften Optionstarife/Bündelprodukte der Antragstellerin nicht genehmigt werden, die noch wettbewerbsschädlichere Komponenten enthalten, als die bisher genehmigten AktivPlus-Tarife, und die sich darüber hinaus über „Flat-Strukturen“ einem laufenden Wettbewerb entzögen. Dies träfe insbesondere auch auf das vorliegende Angebot zu, mit dem die Antragstellerin einen ganz neuen Kundenkreis anspreche.

Grundsätzlich bevorzugten Bündelprodukte integrierte Unternehmen, da mit Gewinnen auf den betroffenen Teilmärkten Expansionsmaßnahmen auf anderen Teilmärkten quersubventioniert werden könnten.

Beigeladene 5:

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 5 ist der beantragte Preselection-Ausschluss aus den bereits in früheren Verfahren dargestellten Gründen unzulässig. Der Antrag sei insoweit auch

widersprüchlich, da die Antragstellerin an anderer Stelle ausführt, dass es dem Kunden unbenommen bleibe, Preselection-Angebote zu nutzen.

Die "Wochenend-Flatrate" basiere auf einer Mischkalkulation und könne sich daher nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren. Die Beschlusskammer habe in ihrer Entscheidung BK 2f 02/023 vom 09.12.02 festgestellt, dass Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens nur dann zulässig seien, wenn jede einzelne Verbindungsminute für sich betrachtet und nicht nur die Summe aller Verbindungsminuten kostendeckend sei

Das zusätzliche Entgelt des Tarifs „AktivPlus xxl (neu)“ werde den Maßstäben des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG nicht gerecht, da es die im Vergleich zu dem Tarif „AktivPlus“ entstehenden Kosten nicht auszugleichen vermag. Dabei dürfe bei der Abschlagsprüfung lediglich der Differenzbetrag von 3,40 € (= 9,22 € - 2,51 € für "AktivPlus basis" – 2,56 € für "AktivPlus" – 0,76 € für Komfortmerkmale) zugrunde gelegt werden.

Um der Beschlusskammer eine Überprüfung zu ermöglichen, die nicht allein auf Angaben der Antragstellerin beruhe, habe man bei eigenen Berechnungen die Verkehrsverteilung aus dem konkurrierenden Angebot „Arcor Preselect 760“ zugrunde gelegt.

(BuGG der Beigeladenen 5).

Der beantragte Tarif verstoße auch offenkundig gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, da Verbindungen zu Onlinediensten aus der Flatrate herausgenommen würden. Den City- und Fernverbindungen und den Verbindungen zu Onlinediensten unter geographischen Rufnummern lägen in technischer Hinsicht vollkommen gleiche Prozesse und damit auch gleiche Kosten zugrunde, die eine Differenzierung nicht rechtfertigen könnten.

Der Entgeltantrag verstoße auch gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art 82 EG-Vertrag.

Der von der Antragstellerin beantragte Tarif stelle eine Maßnahme des Verdrängungswettbewerbs dar und stehe daher mit den genannten Vorschriften nicht im Einklang. Ziel der Antragstellerin sei die faktische Abschaffung der mit der Antragstellerin konkurrierenden Telekommunikationsleistung „Preselection“.

Bereits die bestehende „Sonntags-Flatrate“ des „xxl“-Tarifes beeinträchtige die Wettbewerbsmöglichkeiten von Verbindungsnetzbetreibern. Dies zeige auch die von der Regulierungsbehörde beauftragte GFK-Studie. Danach nutzen doppelt so viele Kunden Preselection, wenn sie nicht gleichzeitig den „xxl“-Tarif der Antragstellerin in Anspruch nehmen. Der Anteil an Kunden, die Preselection früher bereits genutzt haben, mittlerweile aber nicht mehr nutzte, sei bei „xxl“-Kunden drei mal so hoch, wie bei nicht-„xxl“-Kunden. Dies lasse sich nur durch die wettbewerbsverdrängende Wirkung des „xxl“-Tarifes erklären.

Die GFK-Studie zeige auch, dass durch den neuen „xxl“-Tarif und Preselection ähnliche Zielgruppen adressiert würden. Beide Angebote zielten tendenziell auf die Mehrpersonenhaushalte in der Altersgruppe von 30-49 Jahren. Nachdem bereits der bisherige „xxl“-Tarif die Geschäftsmodelle Call-by-Call und Preselection in hohem Maße beeinträchtigte, dürfte sich

dieser Effekt durch die Einführung einer "Wochenend"-Flatrate erheblich verstärken. Nach der GFK-Studie sei die Möglichkeit, an bestimmten Tagen „kostenlos“ telefonieren zu können, von Preselection-Kunden als wichtiger eingestuft worden, als von Kunden, die noch nie Preselection genutzt haben.

Insgesamt zielt das neue Angebot also auf Kunden, denen Sprachtelefonie ausgesprochen wichtig ist und die gleichzeitig Preselection-Kunden sind. Würden diese Kunden aufgrund der „Wochenend-Flatrate“ ihr gesamtes Gesprächsvolumen auch am Wochenende über die Antragstellerin abwickeln, stelle dies eine massive Gefährdung der konkurrierenden Telekommunikationsdienstleistung Preselection dar.

Das Anbieten einer solchen Telekommunikationsdienstleistung Preselection und auch Call-by-Call werde dabei durch die gesetzlichen Vorschriften des § 43 Abs. 6 TKG ausdrücklich eingeräumt. Es müsse daher auch durch die Beschlusskammer sichergestellt werden, dass der Wettbewerb unter Beibehaltung der Dienstleistung Preselection weiter gefördert werde.

Bei der Bewertung der Angebote lohne es sich im übrigen auch, das Umfeld zu betrachten. Während es sich vorliegend um ein Angebot für Privatkunden handle, versuche die Antragstellerin auch im Geschäftskundenmarkt dem Geschäftsmodell Preselection die Grundlage zu entziehen. So seien bei den aktuell ebenfalls zur Genehmigung vorgelegten Optionsangeboten „BusinessCall 301, 501, 551 und 701“ im Unterschied zu den bisherigen „BusinessCall“-Tarifen Mindestumsätze vorgesehen. Auch diese hätten den Effekt, dass es für den Kunden ökonomisch unsinnig werde, zusätzlich Preselection-Angebote wahrzunehmen.

Sollte die „Wochenend-Flatrate“ dennoch genehmigt werden, bestünde nach Ansicht der Beigeladenen 5 wenig Zweifel, dass der marktverdrängende Effekt der Optionstarife auch zum gewünschten „Erfolg“ führen würde. Eine von der Beigeladenen 5 selbst in Auftrag gegebene Studie zu den Kundenpräferenzen sei insoweit zu dem Ergebnis gekommen, dass ein frei gewählter „Wunschtag“, an dem minutenunabhängig telefoniert werden kann, einen mehr als **■ (BuGG der Beigeladenen 5)** höheren Nutzwert hätte, wie bei der Festlegung auf einen Sonntag. Es sei also keineswegs so, dass grundsätzlich der Sonntag als attraktivster Tag für „kostenloses“ Telefonieren anzusehen sei und andere Tage demgegenüber auf geringeres Interesse stießen. Die genannte Marktstudie habe auch gezeigt, dass mindestens eine Preisdifferenz von **■ (BuGG der Beigeladenen 5)** erforderlich sei, um einen Kunden zum Anbieterwechsel zu bewegen. Der Marktbeherrscher könne daher Preselection-Angebote aus dem Markt drängen, ohne das hierfür Unterkosten-Preise im strengen Sinne erforderlich wären.

Weiteres Indiz für eine Verdrängung von Wettbewerber sei, dass die Antragstellerin mit der Einführung des neuen Angebots auf Deckungsbeiträge verzichte. Der Tarif wäre damit aufgrund des ceteris paribus sinkenden Gesamtdeckungsbeitrages (kurzfristig) nicht gewinnmaximierend, so dass hier eine marktverdrängende Absicht nicht ausgeschlossen werden kann. Das bewusste Akzeptieren eines (kurzfristig) nicht gewinnmaximierenden Absenkens des Gesamtdeckungsbeitrages sei nur dann rational, wenn der entgangene Deckungsbeitrag zukünftig durch Verdrängung verursachte erhöhte Deckungsbeiträge (über) kompensiert werde.

Eine von der Beigeladenen 5 in Auftrag gegebene Studie habe gezeigt, dass die „AktivPlus xxl“-Angebote insbesondere auf Mehrfamilienhaushalte mit gutem Einkommen abzielten. **■**

(BuGG der Beigeladenen 5).

Die Erteilung einer „Testgenehmigung“ wäre nach Ansicht der Beigeladenen 5 unzulässig.

Schon das vorübergehende Anbieten der Optionstarife auf dem Markt behindere die Wettbewerber massiv in ihrem Versuch, sich im Endkundenmarkt zu platzieren und gebe der Antragstellerin die Gelegenheit, ihre marktbeherrschende Stellung weiter auszubauen. Auch die EU-Kommission kritisiere in ihrem 8. Implementierungsbericht ausdrücklich, dass es die Regulierungsbehörde unterlassen habe, die wettbewerbsbehindernden Auswirkungen der Optionstarife für die Zukunft zu analysieren.

Beigeladene 8:

Das Angebot sei offenkundig nicht mit den Maßstäben des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vereinbar.

Für die Kostenprüfung könne insoweit lediglich die Differenz zwischen dem Entgelt für „Aktiv-Plus xxl (neu)“ in Höhe von 7,94 € (netto) und „AktivPlus“ in Höhe von 4,36 € (netto) angesetzt werden. Für die Kostenprüfung stünden demnach nur 3,58 € (netto) zu Verfügung. Die Kosten gemäß der „IC+25%-Regel“ beliefen sich dagegen ausgehend von den Zusammenschaltungskosten in Höhe von 0,0109 €/Minute und unter Berücksichtigung des von der Beschlusskammer 4 festgelegten Anschlusskostenzuschlag in Höhe von 0,004 € auf 0,186 €/Minute.

Durch ein einheitliches Entgelt von 7,94 € (netto) für analoge und ISDN-Anschlüsse fehle es bereits an einer Kostendeckung für die derzeitige "Sonntags-Flatrate".

Angesichts der eher geringeren Telefonnutzung an Samstagen müsse bei einer „Wochenend-Flatrate“ eine weitaus stärkere Bezugsbindung an die Antragstellerin erwartet werden, als beim derzeitigen Tarif „AktivPlus xxl“. Das Koppelungsangebot stelle daher eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten von Verbindungsnetzbetreibern dar.

Diese erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung alternativer Verbindungsnetzbetreiber sei sachlich nicht gerechtfertigt. Hierbei sei in erster Linie zu berücksichtigen, dass die für den beantragten Tarif beabsichtigte Koppelung von Telefonanschluss und Telefonverbindungen von alternativen Netzbetreibern nicht nachgebildet werden könne. Eine Nachbildung wäre allenfalls dann möglich, wenn die Antragstellerin insbesondere den Verbindungsnetzbetreibern auf der Vorleistungsebene den Bezug entsprechender Interconnection-Flatrates, bzw. den Resale von Anschlüssen ermöglichen würde. Beides sei bislang jedoch nicht der Fall.

Darüber hinaus stelle sich der beantragte Optionstarif als Kopplungsgeschäft dar, mit dem die Antragstellerin Angebote auf dem von ihr beherrschten Anschlussmarkt mit einem Angebot auf dem wesentlich umstritteneren Markt für Orts- und Fernverbindungen verbinde. Diese Koppelung sei geeignet, auf Kunden eine Sogwirkung dergestalt auszuüben, dass sie ihre gesamte Nachfrage nach Orts- und Fernverbindungen nur noch bei der Antragstellerin und nicht mehr bei alternativen Anbietern abdeckten. Eine derartige Bezugskonzentration habe das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 09.11.1983 (Milchaustauschfuttermittel) sowohl als sachlich nicht gerechtfertigt i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB als auch als unbillig i.S.v. § 20 Abs. 1

GWB gewertet.

Im Übrigen ergebe sich auch aus der GFK-Studie eine deutlich erkennbare Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits durch den bisherigen Tarif „AktivPlus xxl“. Diese von der GFK festgestellte Wettbewerbsbeeinträchtigung würde durch den vorliegenden Tarif noch verstärkt.

Der beantragte Preselection-Ausschluss sei aus den bereits in früheren Verfahren dargestellten Gründen unzulässig.

Beigeladene 10:

Die Beigeladene 10 hält Ziffer 3 der Preisliste „AktivPlus xxl (neu)“ für unklar. Danach sollen Verbindungen zu Onlinediensten je nach Wochentag und Tageszeit bepreist werden. Nach Ansicht der Beigeladenen 10 sollte daher klargestellt werden, ob hier tatsächlich die Nutzung von jeglichen Online-Zugangsrufnummern, nur einzelner solcher Rufnummern oder nur zu geographischen Rufnummern gemeint sei.

Beigeladene 14:

Die Genehmigungsfähigkeit des vorliegenden Angebots könne nicht aus der bereits bestehenden Genehmigung des Tarifs „AktivPlus xxl“ abgeleitet werden, da sich die Angebote sowohl in Bezug auf den Preis als auch in Bezug auf den Leistungsinhalt unterscheiden. Vielmehr unterliege die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit denselben Voraussetzungen, die auch an die Genehmigungsfähigkeit des Tarifs „AktivPlus xxl“ zu stellen waren. Dies schließe die Notwendigkeit ein, zwecks Beurteilung der Sogwirkung des Tarifs eine externe Studie einzuholen.

Es sei zu erwarten, dass die von der Antragstellerin vorgeschlagenen 7,94 € als Preis für die Sprachtelefondienst-Flatrate für 2 Tage nicht geeignet seien, die vom Angebot ausgehende Sogwirkung zu begrenzen. Das Angebot richte sich an Privatkunden, die ihren Telefonanschluss schwerpunktmäßig am Wochenende nutzten. Das Angebot bewirke daher faktisch, dass jeder Kunde, der gegenwärtig mehr als 7,94 € monatlich für Verbindungsentgelte aufwende, aus ökonomischen Gründen das Angebot der Antragstellerin als günstigstes in Anspruch nehmen werde, ohne Angebote der Wettbewerber auch nur in Erwägung ziehen zu müssen.

Der Verdacht werde dadurch verstärkt, das die Antragstellerin es bislang versäumt habe, ihren Zusammenschaltungspartnern ein korrespondierendes Vorleistungsprodukt zu unterbreiten.

Die marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin werde durch die Herausnahme der Online-Verbindungen entscheidend verstärkt, weil diese sich äußerst negativ auf den Vorleistungswettbewerb für Teilnehmeranschlüsse auswirke. Es sei unstrittig, dass die Wettbewerber mangels eines entsprechenden Vorleistungstarifs nicht in der Lage seien, den Tarif „AktivPlus xxl“ der Antragstellerin nachzubilden.

[REDACTED] (BuGG der Beigeladenen 14).

Die Antragstellerin hat sich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie mit Schreiben vom 18.08. und 21.08.2003 in Ergänzung der Antragsbegründung wie folgt geäußert:

Bei den Verbindungen zu Online-Zugangsrufnummern, welche von der Wochenend-Flatrate ausgenommen seien, handele es sich um solche, bei denen eine Leistungsbeziehung zwischen der Antragstellerin und dem Kunden bestehe. Nicht gemeint seien insoweit solche Verbindungen, bei denen die Zuführungsleistung vom Online-Diensteanbieter selbst erbracht und im Verhältnis zum Kunden auch abgerechnet werde. Soweit dies nach Auffassung der Beschlusskammer erforderlich sein sollte, sei die Antragstellerin bereit, dies im Rahmen einer Fußnote zur betreffenden Preisliste klarzustellen.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen enthalte das Angebot keine unzulässigen Abschläge. Die „IC+25%“-Regel der Regulierungsbehörde lasse den Wettbewerbern eine solide Grundlage, um selbst entsprechende Angebote kostendeckend anbieten zu können. Es sei jedoch nicht Zweck des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG, den Wettbewerbern bestimmte Margen zu garantieren.

Die Differenzierung zwischen Online-Verbindungen mit geographischen Rufnummern und Sprachtelefondienstverbindungen verstoße nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, da es sich um wesentlich verschiedene Telekommunikationsdienstleistungen handele. Zudem würden keinem bestimmten „Nachfrager“ ein Vorteil gegenüber anderen Nachfragern gewährt.

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

Allein der Umstand, dass die Preselection-Möglichkeit von „xxl“-Kunden im Vergleich zu anderen weniger stark in Anspruch genommen werde, reiche für die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens ebenso wenig aus, wie die von den Beigeladenen befürchteten Einbußen bei den Fernverbindungen. Erforderlich sei vielmehr der Nachweis, dass die Umsatzeinbußen ursächlich nicht auf der Attraktivität des Angebots, sondern auf einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Antragstellerin beruhen.

Im übrigen wäre das Optionsangebot entgegen der Darstellung der Beigeladenen auch sachlich gerechtfertigt. Es sei insoweit unzutreffend, wenn die Beigeladenen behaupteten, sie seien zu einer Nachbildung der Optionsangebote nicht in der Lage. Das von den Beigeladenen geforderte präventive Verbot des neuen Angebots würde im Gegenteil zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Einschränkung der unternehmerischen Freiheit der Antragstellerin führen.

Die von den Beigeladenen zitierte Entscheidung des Kammergerichts (Milchaustauschfüttermittel) sei hier nicht einschlägig. Dort seien nämlich Preisnachlässe auf dem beherrschten Markt von der Abnahme von Leistungen auf dem umkämpften Markt abhängig gemacht worden. Vorliegend gehe es jedoch offensichtlich um Preisnachlässe auf dem weniger stark dominierten Markt für Verbindungsleistungen.

Auch die im Auftrag der Beigeladenen 5 erstellte Studie bringe keine Gesichtspunkte zu Tage, die für die Genehmigungsfähigkeit des beantragten Tarifs „AktivPlus xxl“ von Bedeutung wä-

ren.

Die Studie weise, soweit die Antragstellerin dies erkennen könne, bereits in der Durchführung Mängel auf. So seien den befragten Kunden offensichtlich nicht die richtigen „AktivPlus xxl“-Tarife benannt worden, so dass sich aus der Studie nicht ableiten lasse, dass der Tarif insbesondere für Kunden mit analogem Anschluss interessant sei. Auch werde die von der Beigeladenen 5 behauptete marktverdrängende Wirkung der Flatrate durch die Studie nicht belegt. In der Studie sei einzig und allein die Attraktivität des Angebots von den Kunden bewertet worden. Die Bewertung der in der Studie ausgewiesenen Kundenpotentiale sei methodisch unzutreffend. Nicht jeder, der sich für ein Angebot interessiere, setze sein Interesse auch in eine Kaufentscheidung um. Im Übrigen sei es auch unzutreffend, dass sich Optionstarifsnutzer lediglich unterdurchschnittlich über Festnetztarife informierten. Das Gegenteil sei der Fall.

Sollte die Beschlusskammer dennoch Zweifel in Bezug auf die wettbewerblichen Auswirkungen des vorliegenden Angebotes haben, bestehe für sie die Möglichkeit, diese bei der Bemessung der Laufzeit der Genehmigung zu berücksichtigen.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 26.08.2003 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben vom 01.09.2003 mitgeteilt, dass das Bundeskartellamt die Erweiterung der AktivPlus-Familie um längere Flatrates bzw. um Freiminutenkontingente grundsätzlich für bedenklich halte, da damit der Grad der Beeinträchtigung der Verbindungsnetzbetreiber bzw. das Ausmaß der Bezugskonzentration steige.

Die Beschlussabteilung gehe nach den Ermittlungsergebnissen im Vorfeld des Verfahrens BK2a 03/002 weiterhin davon aus, dass eine Beeinträchtigung der Verbindungsnetzbetreiber im Sinne von §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB im Grundsatz angenommen werden könne, so dass eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen sei (vgl. Stellungnahme der Beschlussabteilung vom 09.04.2003). Der Grad der Beeinträchtigung spiele in der Abwägung eine ganz erhebliche Rolle.

Die Optionstarife wiesen Elemente eines Gesamtumsatzrabattsystems auf, 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 von Verbindungsminuten ein zeitlicher Druck ausgeübt werde, um in den Genuss der Rabattierung zu kommen. Dieser Anreiz sei bei Freiminuten-Kontingenten und Flatrates besonders hoch, da diese nach Zahlung des monatlichen Einmalbetrages aus Kundensicht keine zusätzlichen Kosten verursachten. Das zeitliche Moment sei in der Regel Auslöser erheblicher Bezugskonzentration und daher kartellrechtlich tendenziell unbillig. Von Bedeutung sei dabei auch die Stärke der Rabattierung, die bei den Pauschaltarifen „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus basis calltime 120“ höher ausfalle, als bei „AktivPlus“ und „AktivPlus basis“. Daher sei davon auszugehen, dass der Grad der Beeinträchtigung durch die Einführung der beiden Optionsangebote steigen werde, was in Zukunft zu einer Neubewertung der Interessenabwägung führen könnte.

In Einklang mit der Auffassung der Beschlusskammer sei jedoch darauf hinzuweisen, dass die Beeinträchtigung der Verbindungsnetzbetreiber durch die AktivPlus-Tarife indirekt mittels der Einführung der carrier selection im Ortsbereich abgenommen habe. Ein wesentliches Behinderungsmerkmal der AktivPlus-Tarife liege bisher darin, dass sie auch einen Rabattverbund darstellten, der Rabatte in stärker beherrschten Märkten (Ortsverbindungen) mit Rabatten aus weniger stark beherrschten Märkten bündele – insoweit bestünde durchaus eine Parallele zum Milchaustausch-

futterfall (vgl. KG, Beschluss vom 09.11.1983, Kart. 35/82, WuW/E OLG 3124-3133). Da die Marktmacht der Antragstellerin bei Ortsverbindungen voraussichtlich abnehmen werde, sei gleichzeitig ein Rückgang der Gefahr des Marktmachttransfers zu erwarten.

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 05.08.2003 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 02.10.2003.
- 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 ein Optionsangebot, welches Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienstes im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG beinhaltet.
- 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 (vgl. Beschl. BK 2a 03/002 vom 11.04.2003)

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. Hieran hat sich auch nach der mit Beschluss BK 2a 03/010 vom 22.07.2003 erfolgten Modifikation der Price-Cap-Regulierung nichts geändert.

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 dem neuen Optionsangebot enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen aus.

Für City- und Fernverbindungen an den Werktagen Montag bis Freitag sowie für Auslandsverbindungen Montag bis Sonntag sollen die zuletzt mit Beschluss BK 2a 03/002 vom 11.04.2003 genehmigten „AktivPlus“-Verbindungsentgelte angewendet werden, die insoweit bereits unterhalb der geltenden Standardtarifen liegen.

Bezüglich der Flatrate an Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen führt die Inanspruchnahme des Angebot bei entsprechender Nachfrage zu einer Senkung gegenüber den im Rahmen der Price-Cap-Regulierung genehmigten Standardtarife. Sollte sich das Angebot für den Kunden aufgrund einer veränderten Nachfrage 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 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 Optionsangebots „AktivPlus xxl (neu)“ nicht ersichtlich.

Insbesondere enthalten die in den vorgelegten Angeboten 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.

ba) Nutzungsdauerabhängig tarifierte Entgelte

Soweit vorliegend die zuletzt mit Beschluss BK 2a 03/002 vom 11.04.2003 genehmigten nutzungsdauerabhängig tarifierten „AktivPlus“-Entgelte angewendet werden sollen, 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 nutzungsdauerabhängigen 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 xxl (neu)“ insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltene Flat-Rate-Komponente Abschläge im oben dargestellten Sinne enthält, muss vorliegend im Wesentlichen auf die Prognose der Antragstellerin 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 (neu)“ nutzen. 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 Samstagen sowie 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 den Werktagen von Montag bis Freitag, wie oben bereits aufgezeigt, keine Kostenunterdeckungen aufweisen, kann insoweit das monatliche Überlassungsentgelt in Höhe von 7,94 € (netto) in vollem Umfang für die Finanzierung der „Wochenend-Flat-Rate“ herangezogen werden.

Die von den Beigeladenen vorgetragene Auffassung, nach der im Rahmen der Abschlagprüfung nur der über das monatliche Grundentgelt für „AktivPlus“ hinausgehende Mehrpreis 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 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).

Die Kosten der Flatrate hängen insoweit wesentlich vom tatsächlichen Nutzungsverhalten der Kunden ab. Für eine Abschätzung des zu erwartenden Nutzungsverhaltens hat die Antragstellerin insoweit ihre Erfahrungen mit dem bereits genehmigten Tarif „AktivPlus xxl“ zugrundegelegt.

 (BuGG der Ast). Darüber hinaus erwartet die Antragstellerin, dass eine mögliche Steigerung des Gesprächsaufkommens an Samstagen mit einer Verlagerung von Gesprächen von den Sonn- und Feiertagen verbunden sein wird und auch die Nichtberücksichtigung von Verbindungen zu Online-Diensten in der Flatrate zu einer Reduktion des zu erwartenden Verbindungsaufkommens führen dürfte.

Die von der Antragstellerin vorgenommene Prognose ist insoweit nachvollziehbar und plausibel.

Legt man wie die Antragstellerin das bisherige Nutzungsverhalten der Kunden zugrunde, so stünden dem monatlichen Überlassungsentgelt in Höhe von 7,94 € (netto) Kosten in Höhe von  gegenüber (BuGG der Ast). Zieht man hiervon den von der Antragstellerin mit  (BuGG der Ast) geschätzten Anteil an Online-Verbindungen zu geographischen Rufnummern ab, die im neuen Angebot nicht enthalten sind, verbleiben noch Kosten in Höhe von  (BuGG der Ast). Somit wäre das Angebot selbst dann noch kostendeckend,

wenn das Nutzungsverhalten eines „AktivPlus (neu)“-Kunden um ca. 46 % höher läge, wie bei einem bisherigen „AktivPlus xxl“-Kunden.

Darüber hinaus zeigt die im Vergleich zum Samstag um ein Vielfaches höhere Nutzung an Sonn- und Feiertagen (s.o.), dass die Einführung der „Sonntags-Flatrate“ zu einer deutlichen Verlagerung von City- und Fernverbindungen geführt hat. Im Falle der „Wochenend-Flatrate“ hat der Kunde nunmehr die Möglichkeit, City- und Fernverbindungen nicht nur auf die Sonn- und Feiertage zu verlagern, sondern zusätzlich auch auf den Samstag. Demnach ist es sehr wahrscheinlich, dass zumindest ein Teil der Telefongespräche, die beim bisherigen „Aktiv-Plus xxl“ von den Tagen Montag bis Freitag auf den Sonntag verschoben wurden, zukünftig bereits am Samstag und nicht mehr am Sonntag abgewickelt werden. Darüber hinaus dürfte es auch zu einer Rückverlagerung von Telefongesprächen vom Sonntag auf den Samstag kommen, da kein Grund mehr besteht Gespräche vom Samstag auf den Sonntag zu verschieben.

Von einem offenkundigen Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG kann daher zumindest derzeit nicht ausgegangen werden. Wie sich das Nutzungsverhalten zukünftig tatsächlich entwickeln wird, können allerdings nur die zukünftigen Erfahrungen zeigen.

Der verbleibenden Prognoseunsicherheit wird insoweit durch die Auflage Rechnung getragen, dass die Antragstellerin verpflichtet wird, wie bei dem bisherigen Angebot „AktivPlus xxl“ gegenüber der Regulierungsbehörde monatlich über die Nutzerzahl und das Nutzungsverhalten der Kunden des Angebots „AktivPlus xxl (neu)“ zu berichten.

Seitens einiger Beigeladener wurde gefordert, den von der Regulierungsbehörde mit Beschluss BK 4a 03/009 vom 29.04.2003 befristet bis zum 30.11.2003 genehmigten Anschlusskostenbeitrag auf die Verbindungsentgelte für die Leistung „Telekom-B.2 (Ort)“ in Höhe von 0,004 € (netto) im Rahmen der Anwendung „IC+25%“-Regel als zusätzlichen Kostenfaktor zu berücksichtigen. Diesbezüglich ist anzumerken, dass mit der zwischenzeitlich von der Antragstellerin vorgenommenen deutlichen Erhöhung des monatlichen Überlassungsentgelts für analoge Anschlüsse sowie der einmaligen Entgelte für die Bereitstellung und Übernahme von analogen und ISDN-Anschlüssen die festgestellte Kosten-Preis-Schere im Anschlussbereich beseitigt worden ist (vgl.: Beschl. BK 2a 03/016 vom 28.07.2003). Es besteht daher derzeit keine Veranlassung, die „IC+25%-Regel“ anzupassen.

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. Insbesondere stellt entgegen der Auffassung der Beigeladenen 5 auch der Umstand, dass Verbindungen zu Online-Diensten mit geographischen Rufnummern nicht von der vorliegenden Flatrate umfasst werden sollen, keinen Diskriminierungstatbestand dar. Zwar ist es für die technische Realisierung der Verbindungsleistung unerheblich, ob die Verbindung zu einem anderen Gesprächsteilnehmer oder zu einem Online-Dienst hergestellt werden soll. Allerdings stellt das bei der Inanspruchnahme von Onli-

ne-Diensten im Vergleich zur Inanspruchnahme von Sprachtelefondienstleistungen festzustellende unterschiedliche Nutzungsverhalten der Kunden einen sachlich gerechtfertigten Grund für eine Tariffdifferenzierung dar. Dies gilt um so mehr, da gerade bei einer Flatrate die Kosten maßgeblich vom tatsächlichen durchschnittlichen Nutzungsverhalten der Kunden mitbestimmt werden.

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

Ein von dem Optionsangeboten „AktivPlus xxl (neu)“ 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 lässt sich entgegen der Ansicht der Beigeladenen vorliegend nicht feststellen.

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 es sich vorliegend um einen neuen Optionstarif handelt, der in dieser Form noch nicht am Markt angeboten worden ist, beruht auch die Frage, ob durch den Tarif die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen erheblich beeinträchtigt werden, letztlich auf einer Prognoseentscheidung. Im Rahmen dieser Prognoseentscheidung kann allerdings auch auf die Erkenntnisse zurückgegriffen werden, die sich aus der im Auftrag der Regulierungsbehörde in den Monaten August und September 2002 durch die Gesellschaft für Konsumforschung (GfK) erstellte Studie über das Nachfragerverhalten bei den Optionstarifen „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus basis“ der Antragstellerin sowie der von der Regulierungsbehörde selbst im Jahr 2002 zur selben Thematik durchgeführten Anbieterbefragung ergeben haben (vgl. Beschl. BK2a 03/002 vom 11.04.2003).

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

Aufgrund der Ergebnisse der genannten Anbieterbefragung ist eine Behinderung bzw. erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von alternativen Teilnehmernetzbetreibern durch das vorliegende Angebot nicht zu erwarten. 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 Außenumsatzerlö-

sen als auch bei den Kundenzahlen der Teilnehmernetzbetreiber insgesamt ein Anstieg festzustellen. In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass sich die wettbewerbliche Situation der Teilnehmernetzbetreiber seit der Entscheidung vom 11.04.2003 auch dadurch wesentlich verbessert hat, weil die Antragstellerin mit der am 28.07.2003 genehmigten Erhöhung des monatlichen Überlassungsentgelts für den analogen Anschluss um 1,68 € (netto) auf 13,50 € (netto) der Forderung auf Schließung der Preis-Kosten-Schere im Anschlussbereich nachgekommen ist. Alles in allem sind die Teilnehmernetzbetreiber damit ebenfalls in der Lage, mit eigenen Optionstarifen im Markt zu bestehen.

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

Andererseits erscheint eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen eher unwahrscheinlich, da es bislang, soweit bekannt, noch keine Teilnehmernetzbetreiber gibt, die ihren eigenen Anschlusskunden die Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen der Antragstellerin im Wege von Preselection und Call-by-Call ermöglichen.

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

Im Hinblick auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Verbindungsnetzbetreiber lässt sich dagegen eine von dem Angebot „AktivPlus xxl“ ausgehende Sogwirkung und Bezugskonzentration nicht von vorneherein ausschließen. Hierfür spricht neben dem offensichtlichen Erfolg der bisherigen „AktivPlus 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 ebenso 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. Auch die von der Beigeladenen 5 vorgelegte Studie zum Nutzungsverhalten von „AktivPlus xxl“-Kunden bestätigt insoweit die Erkenntnis, dass diese Kunden, die sich zunächst einmal für ein AktivPlus-Angebot entschieden haben, in deutlich geringerem Maße auf Call-by-Call- und Preselection-Angebote von Wettbewerbern zurückgreifen.

Ob die festgestellten Umsatzrückgänge allerdings, wie von einigen Wettbewerbern vorgebracht, 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 unbeträchtlicher Anteil der AktivPlus-Kunden die Call-by-Call- und Preselection-Möglichkeit weiterhin nutzt. Hieran wird deutlich, dass ein großer Anteil der AktivPlus-Kunden auch wei-

terhin 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 Entgeltenehmungsverfahrens in Bezug auf eine mögliche Kostenunterdeckung überprüft worden sind. Nachdem mit der erfolgten Einführung der carrier selection im Ortsnetz ein ganz wesentlicher struktureller Wettbewerbsnachteil entfallen ist, besteht grundsätzlich auch für die Verbindungsnetzbetreiber die Möglichkeit, sämtliche in dem Angebot enthaltenen Verbindungsleistungen wirtschaftlich nachzubilden.

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 den "AktivPlus xxl (neu)"-Tarif 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.

In diesem Zusammenhang kann allerdings entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht allein auf das zu erwartende Marktergebnis abgestellt werden. Die Tatsache, dass bereits die bisherigen AktivPlus-Tarife insgesamt durchaus erfolgreich sind, stellt insoweit noch keine wettbewerbsrechtlich relevante Marktzutrittsschranke dar. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr die Frage, ob die Antragstellerin das vorliegende Angebot in Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung im Bereich des Sprachtelefondienstes in einer Weise ausgestaltet hat, die es den Verbindungsnetzbetreibern so erschweren würde, dass diese nicht mehr in der Lage wären, mit eigenen Angeboten auf den Tarif zu reagieren. Insoweit ist, wie bereits bei der oben erfolgten Prüfung des Abschlagsverbots erörtert, zunächst zu berücksichtigen, dass alle in dem Angebot "AktivPlus xxl (neu)" enthaltenen Sprachtelefondienstentgelte in Bezug auf das Vorliegen unzulässiger Abschläge hin untersucht worden sind. Damit sind die Verbindungsnetzbetreiber jedenfalls in der Lage, den in dem Angebot „AktivPlus xxl (neu)“ enthaltenen Fernverbindungstarifen mit eigenen kostendeckenden Tarifen entgegentreten. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass es der Antrag-

stellerin 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, das "AktivPlus (neu)"-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 dem Angebot "AktivPlus xxl (neu)" enthaltene Leistungsbestandteile als Vorprodukt auf der Vorleistungsebene bei der Antragstellerin zu den gleichen Bedingungen zu beziehen, wie sich die Antragstellerin diese selbst zubilligt. Unabhängig hiervon handelt es sich bei dem Optionstarif "AktivPlus xxl (neu)" um ein reines Verbindungs-Angebot für City-, Fern- und Auslandsverbindungen. Es ist daher zu erwarten, dass nach der nunmehr erfolgten Einführung der carrier-selection im Ortsbereich auch Verbindungsnetzbetreiber - beispielsweise im Wege von Preselection oder geschlossenem Call-by-Call – Angebote gestalten werden, die einen vergleichbaren Leistungsumfang aufweisen, wie das vorliegende Angebot "AktivPlus xxl (neu)".

In Bezug auf Anbieter eines offenen Call-by-Call ist festzustellen, dass sich deren Absatzchancen zumindest bezogen auf die Wochenenden sicherlich verschlechtern dürften, wenn sich der Kunde erst einmal für das Angebot „AktivPlus xxl (neu)“ entschieden hat. In diesem Falle würde es nämlich für den Kunden keinen Sinn machen, diejenigen Verbindungsleistungen, die von der Flatrate am Wochenende erfasst sind, über einen anderen Anbieter zu beziehen. Außerhalb der Flatrate besteht aber auch für Anbieter eines offenen Call-by-Call die Möglichkeit, Kunden des Angebots „AktivPlus xxl (neu)“ mit eigenen Angeboten für City- und Fernverbindungen an den Werktagen Montag bis Freitag, Auslandsverbindungen, Verbindungen in Mobilfunknetze, Verbindungen zu Onlinediensten sowie Verbindungen zu Telefontelefonierdiensten anzusprechen.

Die Wettbewerbssituation der Call-by-Call-Anbieter wird darüber hinaus auch dadurch relativiert, dass zumindest ein rational handelnder Verbraucher vor einer möglichen Entscheidung für ein Optionsangebot prüfen wird, ob sich aufgrund seines Nutzungsverhaltens offene Call-by-Call-Angebote nicht besser für ihn eignen würden.

Für den Preis des monatliche Überlassungsentgelt für „AktivPlus xxl (neu)“ könnte ein Kunde beispielsweise im Wege des Call-by-Call bei der Beigeladen 5 an Wochenenden monatlich bis zu 542 Minuten im Fernbereich und bis zu 1024 Minuten im City-Bereich telefonieren:

Preis Überlassung „AktivPlus xxl (neu)“:	9,22 €/Monat (inkl. MWSt.)
Preis City-Verbindung „Arcor call-by-call“:	0,009 €/Minute (inkl. MWSt)
Preis FernVerbindung „Arcor call-by-call“:	0,017 €/Minute (inkl. MWSt)

$$9,22 \text{ €} / 0,009 \text{ €} = 1024 \text{ Minuten (City)}$$

$$9,22 \text{ €} / 0,017 \text{ €} = 542 \text{ Minuten (Fern)}$$

Eine solche Nutzung läge insoweit um ein Vielfaches über dem durchschnittlichen Nutzungsverhalten eines „AktivPlus xxl“-Kunden:

AktivPlus (xxl) Kundennutzungsverhalten (Zeitraum Juni 02 – April 03)			
	Samstags	Sonntags	Summe
City	██████████	██████████	████
Deutschland	██████████	██████████	████

(BuGG der Ast)

Für einen Kunden mit einem solchen Nutzungsverhalten würde es sich daher durchaus rechnen, wenn er am Wochenende die Call-by-Call-Tarife der Beigeladenen 5 nutzt:

$$\begin{aligned} \text{Samstag: } & \text{██████████ Minuten} * 0,9 \text{ Cent/Min} = \text{██████████ Monat} \\ & + \\ \text{Sonntag/Feiertag: } & \text{██████████ Minuten} * 0,9 \text{ Cent/Min} = \text{██████████ Monat} \end{aligned}$$

$$\text{Samstag und Sonntag/Feiertag: } \text{██████████ Monat}$$

(BuGG der Ast)

Selbst dann, wenn der Kunde am Samstag genau so viel telefonieren würde, wie der durchschnittliche Nutzer des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ innerhalb der „Sonntagsflatrate“, würde er für die entsprechenden Call-by-Call-Verbindungsleistungen der Beigeladenen 5 einen Preis bezahlen, der immer noch deutlich unter dem Überlassungsentgelt für „AktivPlus xxl (neu)“ läge:

$$\begin{aligned} \text{Samstag: } & \text{██████████ Minuten} * 0,9 \text{ Cent/Min} = \text{██████████ Monat} \\ & + \\ \text{Sonntag/Feiertag: } & \text{██████████ Minuten} * 0,9 \text{ Cent/Min} = \text{██████████ Monat} \end{aligned}$$

$$\text{Samstag und Sonntag/Feiertag: } \text{██████████ Monat}$$

(BuGG der Ast)

Die dargestellten Beispiele zeigen insoweit, dass Call-by-Call-Angebote für potentiellen Kunden des Angebotes „AktivPlus xxl (neu)“ durchaus eine sinnvolle Alternative darstellen können, zumal sie sich beim offenen call-by-call vertraglich für eine bestimmte Zeit an einen Anbieter binden müssen.

Im Hinblick auf die eher moderaten Kündigungsfrist von jeweils 6 Werktagen und einer Mindestvertragslaufzeit von 30 Kalendertagen wären die Angebote alternativer Verbindungs-

netzbetreiber im übrigen auch für solche Kunden von Interesse, die sich zunächst für das vorliegende Angebot „AktivPlus xxl (neu)“ entschieden haben.

Angesichts des Umstandes, dass sich mit der Einführung der carrier selection im Ortsbereich einerseits und der Beseitigung der Kosten-Preis-Schere im Anschlussbereich andererseits die Wettbewerbssituation sowohl für die Teilnehmernetzbetreiber, als auch für die Verbindungsnetzbetreiber erheblich verbessert hat, dürfte von dem Angebot "AktivPlus xxl (neu)" eine wesentlich geringere Sogwirkung ausgehen, als dies im Zeitpunkt der Einführung bei den Optionstarifen „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ der Fall gewesen ist.

Das von der Beigeladenen 5 in diesem Zusammenhang zitierte Urteil des Kammergerichts vom 09.11.1983 (WuW/E OLG 3124) Milchaustauschfutter) ist vorliegend nicht einschlägig. In dem vom Kammergericht zu entschiedenen Fall ergab sich eine unbillige Sogwirkung nur deshalb, weil das betroffene Unternehmen Vergünstigungen auf dem von ihm beherrschten Markt (Milchpreiszuschlag) von der Abnahme von Leistungen auf einem umkämpften Markt (Abnahme Milchaustauschfuttermittel) abhängig gemacht und somit seine Marktmacht im beherrschten Markt auf den umkämpften Markt übertragen hat. Eine vergleichbare Konstellation läge nur dann vor, wenn die Antragstellerin im Falle der Abnahme des Angebots Vergünstigungen im Bereich der Anschlussentgelte gewähren würde. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 5 und 8 lässt sich der Vorwurf des Behinderungsmissbrauchs auch nicht allein darauf stützen, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der Anbieter von Call-by-Call- und Preselectionanbieter aufgrund der Regelung des § 43 Abs. 6 TKG TKG einem besonderen gesetzlichen Schutz genießen. Richtig ist insoweit zwar, dass der Gesetzgeber durch die Verpflichtung zur Sicherstellung der freien Verbindungsnetzbetreiberauswahl bezweckt hat, den Wettbewerb sowohl in den Orts- als auch in den Fernnetzen zu fördern. Allerdings muss auch der Antragstellerin als marktbeherrschendem Unternehmen die Möglichkeit zugestanden werden, an diesem Wettbewerb teilzunehmen, sofern sie sich dabei wettbewerbskonform verhält. Insoweit ist es nicht möglich, der Antragstellerin das Angebot neuer Optionstarife zum Schutze der Wettbewerbsmöglichkeiten von Call-by-Call- und Preselection-Anbietern ab einem bestimmten Zeitpunkt grundsätzlich zu untersagen. Genau hierauf liefe aber die Forderung der Beigeladenen hinaus.

Auch der Umstand, dass die Antragstellerin mit der Einführung des neuen Angebotes möglicher Weise auf Deckungsbeiträge verzichtet, kann entgegen der Auffassung der Beigeladenen 5 vorliegend nicht als Indiz für eine Verdrängungsabsicht herangezogen werden. Insoweit ist nämlich zu beachten, dass der Antragstellerin durch die am 01.09.2003 in Kraft tretende Erhöhung der einmaligen Entgelte für die Bereitstellung und Übernahme von analogen und ISDN-Anschlüssen sowie des monatlichen Entgelts für die Überlassung der analogen Anschlüsse zusätzliche Einnahmen in ganz erheblichem Umfange zufließen werden. Es ist daher nur naheliegend und aus ökonomischer Sicht rational, wenn die Antragstellerin diese Mehreinnahmen nun an anderer Stelle in Form von Preissenkungen an ihre Kunden zurückführt.

Soweit die Beigeladenen ihre Forderung nach einer strengeren Regulierung von Optionsangeboten auf Aussagen des Bundeskartellamtes und der EU-Kommission zu stützen versuchen, ist darauf hinzuweisen, dass diese Aussagen zu einem Zeitpunkt getroffen worden sind, in dem die oben bereits genannten Untersuchungen der wettbewerblichen Auswirkungen der AktivPlus-Tarife auf das Nachfrageverhalten der Kunden und die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter noch nicht abgeschlossen waren. In seiner nach Abschluss der Un-

tersuchungen abgegebene Stellungnahme im Entgeltgenehmigungsverfahren BK 2a 03/002 hat jedenfalls das Bundeskartellamt der Einschätzung der Beschlusskammer, dass bei den Optionsangeboten „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB nicht festzustellen sei, im Ergebnis ausdrücklich zugestimmt.

Insgesamt überwiegt daher insbesondere angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Einführung der carrier selection im Ortsnetz und der Beseitigung der Kosten-Preis-Schere im Anschlussbereich nicht nur das Interesse der Antragstellerin, sich mit eigenen Optionstarifen am Wettbewerb zu beteiligen, sondern auch das Interesse der Kunden an dem "AktivPlus xxl (neu)" 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. Anwendung der genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“

Gesichtspunkte, die vorliegend gegen eine Einbeziehung des Optionsangebots „AktivPlus xxl (neu)“ in das Kundenwertprogramm „Happy Digits“ sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere würde auch die nach dem Kundenwertprogramm maximal mögliche Rabattierung von 1% nicht zu unzulässigen Abschlägen führen.

7. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung der beantragten Änderungen der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile des Optionsangebots „AktivPlus xxl (neu)“ verbundenen Nebenbestimmungen war gemäß §§ 28 Abs. 3, 36 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 im monatlichen Abstand über die tatsächlichen Erfahrungen hinsichtlich des prognostizierten Nutzungsverhaltens der „xkl“-Kunden Bericht zu erstatten, soll gemäß § 36 Abs. 1 VwVfG sicherstellen, dass die Genehmigungsvoraussetzungen nach §§ 27 Abs. 1, 25 Abs. 1 und 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG erfüllt werden. Sie trägt insoweit der bestehenden Prognoseunsicherheit im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Nutzungsverhaltens 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. Die Auflage stellt insoweit auch keine unangemessene Belastung der Antragstellerin dar, da die Genehmigung ansonsten aufgrund der bestehenden Prognoseunsicherheiten hätte versagt werden müssen.

Die Auflage zur Klarstellung der Preisliste „AktivPlus“ beruht ebenfalls auf § 36 Abs. 1 VwVfG und dient insoweit der Preisklarheit. Für den Kunden muss sich anhand der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eindeutig erkennen lassen, für welche Leistung er welches Entgelt zu bezahlen hat. Die Diskussion in der öffentlichen mündlichen Verhandlung hat insoweit gezeigt, dass die Verwendung des Begriffes „Verbindungen zu Online-Diensten“ unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten zulässt, die eine Klarstellung sinnvoll erscheinen lassen.

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