



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 03/018

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ 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. Arcor AG & Co KG, vertreten durch die Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Kölner Straße 3a, 65760 Eschborn,

- Beigeladene 1 -

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

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

- Beigeladene 2 -

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

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

- 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

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

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

- Beigeladene 5 -

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

6. O₂ Germany GmbH & Co OHG, vertreten durch die Geschäftsführung, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München,

- Beigeladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Frank Tuckow und Frau Marein Müller (O₂),

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

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Sabine Hennig (COLT),

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

- Beigeladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Rainer Lüddemann ((breko),

9. 01051 Telecom GmbH, Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 9 -

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

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

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

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 02.10.2003

am 10.10.2003 beschlossen:

1. Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ werden gemäß der dem Antrag beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preisliste „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ genehmigt.

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

2. Die Anwendung der unter Ziffer 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ wird genehmigt.
3. Die Genehmigung wird bis zum 30.09.2004 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“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus basis calltime 120“ und „AktivPlus xxl (neu)“.

Daneben möchte die Antragstellerin zukünftig einen Optionstarif „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ anbieten.

Mit Schreiben vom 01.08.2003, eingegangen bei der Beschlusskammer am 04.08.2003, hat die Antragstellerin daher beantragt,

1. den Optionstarif „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ gemäß den als Anlage 1 beigefügten AGB „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ und der als Anlage 2 beigefügten Preislisten „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ sowie

2. die Anwendung der nach Maßgabe des Antrags zu Ziffer 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“

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

Das beantragte Optionsangebot beinhaltet im Wesentlichen:

- Ein monatliches Überlassungsentgelt in Höhe von 2,20 € (netto).
- Vergünstigte Entgelte für Draht-Funk- und Auslandsverbindungen entsprechend den „AktivPlus-Tarifen“.
- Die Einbindung des Optionsangebots in das Programm „Happy Digits“.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 27.08.2003 im Amtsblatt Nr. 17 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 245/2003 veröffentlicht.

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

Ziel der Antragstellerin sei es, auf die unterschiedlichen Bedürfnisse nach Telekommunikationsdienstleistungen ihrer Kunden einzugehen. Daher beabsichtige die Antragstellerin die Erweiterung des Angebotes der Produktfamilie AktivPlus um einen neuen Optionstarif. Geplant sei die Einführung eines neuen Optionsangebots mit günstigen Entgelten für Draht-Funk- und Auslandsverbindungen. Diese Option solle sowohl bei der Inanspruchnahme der Standardtarife, als auch zum Optionsangebot „AktivPlus basis call 120“ zubuchbar sein.

Die Tarife für Auslands- und Draht-Funk-Verbindungen entsprächen bzw. leiteten sich von den genehmigten Preisen der AktivPlus-Familie ab.

Hinsichtlich der Genehmigungspflicht bei der Einbeziehung von Draht-Funk-Verbindungen im Rahmen von Optionsangeboten bestünden zwischen der Antragstellerin und der Regulierungsbehörde unterschiedliche Rechtsauffassungen. Insoweit werde auf die Ausführungen in den anhängigen Gerichtsverfahren zu „AktivPlus“ (OVG 13 A 22/03) und zu „Select5“ (OVG 13 A 2599/02) verwiesen. Die Antragstellung erfolge daher diesbezüglich nur vorsorglich zur Wahrung ihrer rechtlichen Interessen und unter Beibehaltung ihrer Rechtsauffassung.

Ein Preishöhenmissbrauch könne ausgeschlossen werden.

Das monatlich zu zahlende Entgelt in Höhe von 2,20 € (netto) enthalte keine missbräuchlichen Aufschläge. Gegen Zahlung des Überlassungsentgelts erhalte der Kunde vergünstigte Preise für Verbindungen in die Mobilfunknetze und zu bestimmten Auslandszielen. Das monatliche Überlassungsentgelt von 2,20 € netto errechne sich dabei aus dem monatlichen Überlassungsentgelt des „AktivPlus“ in Höhe von 4,36 € (netto) abzüglich des monatlichen Überlassungsentgelts des „AktivPlus basis“ in Höhe von 2,16 € (netto). Diese Preiskalkulation sei konsequent, da der Leistungsumfang der neuen Tarifoption ebenfalls die Differenz zwischen den Leistungsbestandteilen des „AktivPlus“ und des „AktivPlus basis“ darstelle. Da beide Überlassungsentgelte bereits überprüft und genehmigt worden seien, könne in dem hier beantragten Entgelt ebenso wenig ein Verstoß vorliegen.

Auch bei den Verbindungsentgelten lägen keine offensichtlichen Aufschläge vor. Die Inanspruchnahme der neuen Option bewirke gegenüber den im Rahmen der Price-Cap-Regulierung genehmigten Standardtarifen nämlich eine Preissenkung. Zudem entsprächen die Draht-Funk-Verbindungen und Auslandsverbindungen denen des „AktivPlus“. Die Verbindungsentgelte des „AktivPlus“ seien letztmalig mit Beschluss vom 11.04.2003 bis zum 30.09.2004 genehmigt worden (vgl. BK 2a 03/002). Ein unzulässiger Aufschlag könne daher ausgeschlossen werden.

Ebenso entsprächen die beantragten Entgelte den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

Preisdumping durch die zusätzlich zu zahlenden Monatsentgelte sei offenkundig ebenso auszuschließen wie für die beantragten Verbindungspreise. Denn diese sollten unverändert aus dem mit Beschluss vom 11.04.2003 genehmigten „AktivPlus“-Angebot übernommen werden, so dass deren Kostendeckung auch in diesem Optionsangebot gewährleistet sei.

Ein offenkundiger Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG scheide 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 Rechtsvorschriften.

Bei der Genehmigung der Optionstarife „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl“ vom 11.04.2003 sei von der Regulierungsbehörde kein Verstoß gegen sonstige Rechtsvorschriften festgestellt worden. Daher könne erst recht bei der hier beantragten, auf Draht-Funk- und Auslandsverbindungen reduzierten Tarifvariante, ein Verstoß gegen Wettbewerbsrecht ausgeschlossen werden.

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

Auch in Bezug die beantragte Anwendung der nach Maßgabe zu Ziffer 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ könne ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen werden, da die Anwendung von „Happy Digits“ auf die gesamte „AktivPlus“-Familie bereits genehmigt sei.

Die Beigeladenen 1, 5 und 9 haben sich schriftlich bzw. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 02.10.2003 zur beantragten Tarifmaßnahme geäußert.

Stellungnahme der Beigeladenen 1:

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 ist der beantragte Preselection-Ausschluss aus den bereits in früheren Verfahren dargestellten Gründen unzulässig. Die erfolgte Marktöffnung im Verbindungsmarkt werde durch das „Preselection-Verbot“ akut gefährdet und wieder in Frage gestellt. Die Antragstellerin könne ihr Quasi-Monopol im Bereich der Anschlüsse und ihre trotz „Carrier-Selection im Ortsnetz“ weiterhin dominierende Position im Bereich der Ortverbindungen dazu ausnutzen, den bei weitem noch nicht selbsttragenden Wettbewerb im Verbindungsmarkt zu behindern. Kunden, die ein Optionsangebot der Antragstellerin gewählt hätten, welches ein „Preselection-Verbot“ enthalte, seien für Preselection-Angebote anderer Anbieter überhaupt nicht mehr und im Wege des Call-by-Call nur noch sehr schwer erreichbar. Um Wiederholungen zu vermeiden, werde auf die Ausführungen in zahl-

reichen vorrausgegangenen Verfahren verwiesen.

Das beantragte Optionsangebote enthalte unzulässige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Nach Berechnungen der Beigeladenen werde bei den Verbindungen in inländische Mobilfunknetze und bei Auslandsverbindungen die Tarifuntergrenze gemäß der „IC+25%“-Regel nicht eingehalten. Es müsse daher von der Regulierungsbehörde anhand des durchschnittlichen Nutzungsverhaltens ermittelt werden, ob das zusätzliche monatliche Entgelt ausreichend bemessen ist, um die defizitären Verbindungen zu decken. Der bloße Verweis auf bereits genehmigte Angebote sei insofern nicht ausreichend.

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. Die Sogwirkung, die bereits durch die bestehenden „AktivPlus“-Tarife ausgeübt werde, solle jetzt auf spezielle Kundensegmente fokussiert werden, vorliegend auf Kunden mit überproportional vielen Mobil- und Auslandsverbindungen. Kunden, die sich für den beantragten Tarif entschieden, würden keinen Preselection-Vertrag abschließen, da hierbei nahezu das gesamte Volumen über den „Preselection“-Anbieter abgewickelt werden müsste und die bereits im Tarif „AktivPlus Mobilfunk und Ausland „ enthaltenen Vergünstigungen nur über „Call-by-Call“ der Antragstellerin genutzt werden könnte. Damit werde im Zusammenhang mit den bereits bestehenden Optionstarifen der Antragstellerin der Telekommunikationsdienstleistung „Preselection“ aber auch „Call-by-Call“-Angeboten konkurrierender Unternehmen weiter die Grundlage entzogen.

Auch das Bundeskartellamt habe in seiner Stellungnahme zu den Optionsangeboten „AktivPlus (neu)“ und „AktivPlus basis calltime 120“ zum Ausdruck gebracht, dass es die Erweiterung der „AktivPlus-Familie“ für bedenklich halte, da damit das Ausmaß der Bezugskonzentration steige. Der Zeitpunkt einer vom Bundeskartellamt für möglich gehaltenen Neubewertung der Interessenabwägung sei spätestens mit der vorliegenden Beantragung eines weiteren „AktivPlus“-Tarifes gekommen.

Die Erteilung einer „Testgenehmigung“ wäre nach Ansicht der Beigeladenen 1 ebenfalls unzulässig.

In den bisherigen Verfahren habe die Beschlusskammer regelmäßig die von der Antragstellerin vorgelegten Tarife vorübergehend genehmigt und dabei angekündigt, die tatsächlichen Auswirkungen der Optionsangebote auf das Kundenverhalten im Rahmen von Befragungen und an Hand von Unterlagen der Antragstellerin zu untersuchen und weiterzuverfolgen. Ein solches Vorgehen sei jedoch 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 zu festigen.

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.

Wie bereits ausgeführt, gebe es zahlreiche Anhaltspunkte für eine marktbeeinträchtigende Wirkung der Optionstarife. Damit könne die Beschlusskammer auch schon zum aktuellen Zeit-

punkt eine auf hinreichenden Tatsachen beruhende Einschätzung der marktbehindernden Auswirkungen auch des neuen Tarifs vornehmen und müsse nicht die tatsächlichen Auswirkungen abwarten.

Stellungnahme der Beigeladenen 5:

Der kurz nach dem Verfahren zu den Tarifen „AktivPlus xxl (neu)“ und „AktivPlus basis calltime 120“ eingereichte Antrag stelle einen weiteren Baustein der Antragstellerin in ihrer Strategie der Optionstarife dar. Der Antrag bedeute einen weiteren Versuch der Antragstellerin, auf der Basis ihrer marktbeherrschenden Stellung im Anschlussbereich ihre ebenfalls marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Carrier Selection Leistungen (Orts-, Fern, sowie für Verbindungen ins Ausland und in die Mobilfunknetze) zu verstärken. Mit ihrer Vorgehensweise, Tarife erst nach und nach bei der Kammer zur Genehmigung einzureichen, versuche die Antragstellerin offenbar, die sich aus diesen Tarifen ergebende Gesamtbelastung zulasten konkurrierender Verbindungsnetzbetreiber zu verdecken.

Die beantragte Genehmigung sei gemäß § 27 Abs. 3 TKG wegen Verstoßes gegen §§ 19 und 20 GWB sowie Art. 82 EG-Vertrag zu versagen.

Besonders bedenklich sei die mögliche Kombination des vorliegenden Angebots mit dem Angebot „AktivPlus basis calltime 120“. Eine derartige Kombination führe im Ergebnis zu dem Tarif „AktivPlus calltime 120“ da die im Tarif „AktivPlus basis“ nicht enthaltenen Verbindungen in Mobilfunknetze und ins Ausland durch den jetzt beantragten Tarif ergänzt und insgesamt das Leistungsangebot des „AktivPlus“ nachbildet werden könne. Dies bedeute nichts anderes, als dass die scheinbare Kombination eines neuen und am Markt noch nicht erprobten Tarifs („AktivPlus basis calltime 120“) tatsächlich zu einer erheblichen Verstärkung des bereits von der Antragstellerin seit langem am Markt angebotenen und zu erheblichen Wettbewerbsbelastungen führenden Tarifs „AktivPlus“ führe.

Die Beigeladene 5 habe zuletzt im Verfahren Az. BK 2a 03/011 dargestellt, dass die bereits zu diesem Zeitpunkt genehmigten Tarife der sogenannten „AktivPlus-Familie“ eine sachlich nicht gerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellten. Die kartellrechtswidrige Wirkung des Tarifs „AktivPlus“ würde durch die jetzt in der Sache beantragte Genehmigung für den Tarif „AktivPlus calltime 120“ noch deutlich verschärft.

Eine Genehmigung scheidet aber auch insoweit aus, als der jetzt beantragte Tarif mit dem Standardtarif kombiniert werde. Auch in diesem Falle müsse als sicher erwartet werden, dass der Tarif zu einer Bezugskonzentration auch bei anderen Carrier Selection-Leistungen führe. Im übrigen werde vollumfänglich auf die Ausführungen der Beigeladenen 5 in den Verfahren Az. BK 2a 03/011 und BK2a 03/012 verwiesen.

Die Genehmigung sei im übrigen auch deshalb zu versagen, weil der beantragte Tarif zu unzulässigen Abschlägen im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG führe. Der Tarif richte sich schon seinem Namen nach ausdrücklich an eine Kundengruppe, die in überproportionalem Maße Mobil- und Auslandsverbindungen in Anspruch nehme. Das im Tarif „AktivPlus basis“ auf Mobilfunk und Auslandsverbindungen entfallende Entgelt könne bei der anzunehmenden überproportionalen Nutzung dieser Verbindungsarten bei dem Spezialtarif „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ nicht ausreichend sein.

Die Beigeladene 5 gehe davon aus, dass die Beschlusskammer jedenfalls an ihrer Praxis zu

dem auch für diesen Tarif beantragten Preselection-Verbot festhalten und das Preselection-Verbot ablehnen werde.

Stellungnahme der Beigeladenen 9:

Nach Ansicht der Beigeladenen 9 führe bereits das Fehlen von Kostenunterlagen zwangsläufig zur Ablehnung gemäß § 2 Abs. 3 TEntgV. Die Regulierungsbehörde könne eine ordnungsgemäße Überprüfung nur vornehmen, wenn alle Kostenunterlagen vollständig vorliegen und von ihr gegengeprüft würden.

Insbesondere fehlten Angaben zu den Auswirkungen von Tariffdifferenzierungen auf die betroffenen Nutzergruppen sowie eine sachliche Rechtfertigung der Differenzierung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 TEntgV, Angaben zu den finanziellen Auswirkungen auf die Kunden, insbesondere im Hinblick auf die Nachfragestruktur von Privat- und Geschäftskunden gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 TEntgV, Angaben über Absatzmengen und Preiselastizitäten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 TEntgV sowie Angaben zu den erzielten bzw. erwarteten Umsätzen. Die vorgenannten Angaben seien insbesondere im Hinblick auf die Bewertung der besonderen Wirkung der vorliegenden Bündeltarife relevant.

Das zur Genehmigung vorgelegte Angebot verstoße auch gegen die Auflagen des Beschlusses zu Modifizierung der Price-Cap-Regulierung vom 22.07.2003 (Az. BK 2a 03/010), da es sich bei dem monatlichen Überlassungsentgelt in Höhe von 2,20 € (netto) um ein erhöhtes Anschlussentgelt handle, dass bis zum Abbau des in der Entscheidung BK 4a 03/009 vom 29.04.2003 festgestellten Anschlussdefizits in Bezug auf die T-ISDN Anschlüsse unzulässig sei.

Entgegen den Annahmen der Beschlusskammer in ihrem Beschluss BK 2a 03/012 ergäben sich aus der GfK-Studie ganz erhebliche Belege für eine negative, nämlich wettbewerbsbehindernde Wirkung der Optionstarife AktivPlus.

So ergebe sich beispielsweise, dass es für fast 70% aller Befragten wichtig sei, alle Tarife für Orts-, Fern- und Auslandsverbindungen von einem einzigen Anbieter zu beziehen. Durch die Struktur der „Produktfamilie“ werde erreicht, dass praktisch für jeden Nutzer etwas bereit gehalten werde, was für diesen besonders wichtig sei. Dies könne das kostenlose Telefonieren an Wochenenden ebenso sein wie für einen anderen die günstigen Auslands- oder Mobilfunkverbindungen oder für einen Dritten die nationalen Fernverbindungen. Um somit den für ihn Ausschlag gebenden Vorteil zu erhalten, biete ihm die Antragstellerin ganz gezielt das auf ihn passende Bündelprodukt an. Da es ihm jedoch wichtig sei, alle Leistungen von einem einzigen Anbieter zu beziehen, werde er nicht nur die über das einzelne AktivPlus-„Modul“ eingekaufte Leistung bei der Antragstellerin beziehen, sondern eben alle. Die Sogwirkung der Optionstarife sei somit durch die eigene Studie der Beschlusskammer belegt.

Eine Sogwirkung werde auch dadurch belegt, dass zwar 40% der Befragten AktivPlus-Kunden angegeben hätten, dass sie mit den AktivPlus-Tarifen weder Geld gespart, noch ein Sparpotential genutzt hätten, dass aber 68% der Kunden mit den Tarifen „zufrieden“ und 24% der Kunden mit den Tarifen sogar „sehr zufrieden“ seien“. Dadurch, dass ein für den Kunden verlockendes und wichtiges Modul ihm als besonders „billig“ angeboten werde, sei er zufrieden, obwohl er insgesamt kein günstiges Angebot bekommen habe. Dieses Ergebnis sei nicht auf Leistungswettbewerb zurückzuführen, sondern allein darauf, dass es der Antragstellerin ermöglicht wird, durch die Bündelangebote Kunden an sich zu binden

und die negative Komponente der sich nicht rechnenden Erhöhung des monatlichen Grundentgelts in dem nicht preissensitiven Anschlussentgelt zu verstecken.

Besonders kritisch werde dies dadurch, dass gerade Vielnutzer durch die AktivPlus-Angebote an die Antragstellerin gebunden und damit die Wettbewerber in diesem Bereich verdrängt würden.

Beachtet werden müsse darüber hinaus das ganz erhebliche Beharrungsmoment, dass diesen Tarifen innewohne. Habe sich der Kunde einmal der Verlockung ergeben und sich für einen AktivPlus-Anschluss entschieden, so bleibe er sehr lange AktivPlus-Nutzer, zahle somit die erhöhten Anschlussentgelte, ohne offenbar die „Vorteile“, die er sich durch das erhöhte Anschlussentgelt erkaufe, zu nutzen.

Schließlich seien die AktivPlus-Tarife durch andere Anbieter nicht nachbildbar. Dies gelte insbesondere für Call-by-Call-Anbieter wie die Beigeladene. So sei es nicht möglich, ein monatliches Überlassungsentgelt in Höhe von 2,20 € (netto) kostendeckend zu fakturieren und zu inkassieren. Zudem fehlten die nötigen Anschriften zur Rechnungsstellung oder Bankdaten und die Einwilligungserklärung für einen Bankeinzug. Tatsächlich wäre eine derartige Fakturierung und Inkassierung nur über die Telefonrechnung der Antragstellerin möglich, die sich jedoch weigere, derartige Entgelte für Wettbewerber in ihre Telefonrechnung einzubeziehen.

Die Antragstellerin hat sich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung wie folgt zu den Stellungnahmen der Beigeladenen geäußert:

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 9 führe die Nichtvorlage von Kostenunterlagen nicht zwangsläufig zu einer Zurückweisung nach § 2 Abs. 3 TEntgV. Vielmehr müsse die Regulierungsbehörde nach der Rechtsprechung des zuständigen Oberverwaltungsgerichts prüfen, ob eine Entscheidung auf der Grundlage anderer Erkenntnisquellen, beispielsweise anhand von Tarifvergleichen oder Kostenmodellen möglich sei.

Alle im Rahmen des Optionsangebotes vergünstigten Verbindungstarife seien für sich genommen kostendeckend.

Entgegen der Auffassung Beigeladen unterlägen die Entgelte für Verbindungen in die Mobilfunknetze auch nicht der Genehmigungspflicht.

Die „IC+25%-Regel“ der Beschlusskammer sei vorliegend bezogen auf Auslandsverbindungen auch nur bedingt anwendbar, da die Vorleistungsentgelte der Antragstellerin (O.1-Tarife) wegen fehlender Marktbeherrschung nicht mehr genehmigungspflichtig seien. Insoweit müsse darauf abgestellt werden, ob die beantragten Entgelte auf der Grundlage der im sog. Carrier-Carriers-Markt anzutreffenden Vorleistungspreise kostendeckend dargestellt werden könnten. Dies sei vorliegend der Fall.

Des weiteren spreche auch der Vergleich mit den Auslandstarifen anderer Anbieter gegen das Vorliegen unzulässiger Abschläge.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 9 stelle das monatliche Überlassungsentgelt auch kein zusätzliches Anschlussentgelt dar, sondern eindeutig ein Verbindungsentgelt dar. Diese Auffassung werde im übrigen auch durch die von der Regulierungsbehörde getroffene Entscheidung Az. BK 4a 03/009 bezüglich des Anschlusskostenbeitrags bestätigt.

Anhaltspunkte für das Vorliegen einer missbräuchlichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter seien nicht festzustellen. Die von der Regulierungsbehörde durchgeführte Verbraucherbefragung habe insoweit eindeutig gezeigt, dass gerade AktivPlus-Kunden sehr preissensibel seien und auch nach der Entscheidung für einen AktivPlus-Tarif die Angebote von Wettbewerbern weiter im Blick behielten, was sich insbesondere auch darin zeige, dass Call-by-Call- und Preselection-Angebote anderer Anbieter auch weiterhin in nicht unerheblichen Maße genutzt würden.

Entgegen der Ansicht der Beigeladenen finde auch keine Übertragung von Marktmacht aus dem beherrschten Anschlussbereich auf den weniger beherrschten Verbindungsbereich statt. Dies würde nämlich voraussetzen, dass Vergünstigungen im Anschlussbereich von der Abnahme von Leistungen im Verbindungsbereich abhängig gemacht würden. Dies sei vorliegend offensichtlich nicht der Fall.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 08.10.2003 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern. Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben vom 10.10.2003 mitgeteilt, dass es weiterhin der Auffassung sei, dass von den Optionstarifen der AktivPlus-Familie grundsätzlich eine Behinderungs- bzw. Beeinträchtigungswirkung nach §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB ausgehe und dass das Ergebnis der Abwägung der Interessenabwägung keineswegs eindeutig ausfalle. Insoweit werde auf die Stellungnahmen der Beschlussabteilung in den vorangegangenen AktivPlus-Verfahren BK 2a 03/002, BK 2a 03/011 und BK 2a 03/012 verwiesen.

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

II.

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

1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i. V. m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG.
- b) Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 28 Abs. 2 TKG. Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 20.08.2003 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 13.10.2003.
- 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 neues Optionsangebot, welches mit Auslandsverbindungen 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 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.

Ein Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG scheidet bereits deshalb aus, weil es sich um op-

tionale Angebote handelt, die für den Kunden bei entsprechender Nachfrage zu Senkungen gegenüber den Standardentgelten führen.

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 Mobilfunk und Ausland“ nicht ersichtlich.

Insbesondere enthalten die in den vorgelegten Angeboten enthaltenen Entgelte für Auslandsverbindungen in 43 Zielländer keine offenkundigen Abschlüsse. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass beantragten Entgelte denjenigen entsprechen, die bereits im Zusammenhang mit der Genehmigung der Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus xxl (neu)“ in Bezug auf das Vorliegen unzulässiger Abschlüsse hin überprüft worden sind. Insoweit kann vorliegend auf die Beschlüsse BK 2a 03/002 vom 11.04.2003 und BK 2a 03/012 vom 02.09.2003 verwiesen werden.

Die in dem Angebot ebenfalls enthaltenen vergünstigten Entgelte für Verbindungen in nationale Mobilfunknetze unterliegen nicht der Genehmigungspflicht, weil es sich hierbei nicht um das Angebot von Sprachtelefondienst handelt.

Bedenken in im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit könnten sich daher nur dann ergeben, wenn die Einbeziehung dieser Leistungen in das Angebot zu einer Erhöhung der Kosten und damit möglicher Weise zu unzulässigen Abschlüssen bei den im Angebot bereits enthaltenen Entgelten für Sprachtelefondienstleistungen führen kann. Dies käme etwa dann in Betracht, wenn die neue Leistung offenkundig kostenunterdeckend kalkuliert wurde und von den bereits in dem Angebot enthaltenen Leistungen mitgetragen werden müsste. Insoweit ist sicherzustellen, dass kein Ausgleich zwischen den genehmigungspflichtigen Leistungskomponenten und den nicht genehmigungspflichtigen Leistungskomponenten erforderlich ist, um die Kostendeckung des Tarifs insgesamt zu gewährleisten.

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Insoweit ist auch hier zu berücksichtigen, dass die für Verbindungen in nationale Mobilfunknetze dieselben Entgelte angewendet werden sollen, die so bereits in den genehmigten Optionsangeboten „AktivPlus“, „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus xxl (neu)“ enthalten sind.

Im Übrigen ist auch die Ansicht der Beigeladenen 1, dass hinsichtlich der Verbindungen in nationale Mobilfunknetze die Tarifuntergrenze gemäß der „IC+25“-Regel nicht eingehalten

werde, unzutreffend. Die vorgelegten Berechnungen berücksichtigen nämlich nicht, dass der Antragstellerin infolge von Taktungsgewinnen erheblich höhere Einnahmen zufließen, als von der Beigeladenen 1 in der Kalkulation angesetzt. Tatsächlich ist nach Einschätzung der Beschlusskammer davon auszugehen, dass sämtliche Verbindungen vom Festnetz in die nationalen Mobilfunknetz noch kostendeckend kalkuliert sind.

So läge beispielsweise der nach der Sochermethode berechnete effektive Endkundenpreis für Verbindungen in die Mobilfunknetze D1 und D2 bei einer durchschnittlichen Gesprächsdauer von 60 Sekunden immer noch um ca. 40 %, bei 120 Sekunden um ca. 12 % und selbst bei 180 Sekunden noch um ca. 4 % über der von der Beschlusskammer für den Bereich genehmigungspflichtiger Sprachtelefondienstleistungen entwickelten Preisuntergrenze "IC+25 %".

Sollten allerdings nachträglich Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Entgelte für Verbindungen in Mobilfunknetze, wie von den Beigeladenen vermutet, nicht den Maßstäben des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG entsprechen, käme gegebenenfalls eine nachträgliche Überprüfung des Entgelts in Betracht.

c) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die beantragte Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebots „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ verstoßen 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

Ein von dem Optionsangeboten „AktivPlus xxi (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 Außenumsatzerlösen 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.

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

Im Hinblick auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Verbindungsnetzbetreiber lässt sich dagegen eine von dem Angebot „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ ausgehende Sogwirkung und Bezugskonzentration nicht von vorneherein ausschließen. Hierfür spricht neben dem offensichtlichen Erfolg der bisherigen „AktivPlusTarife“ - 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.

Ob die festgestellten Umsatzrückgänge allerdings 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 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, sei es im Wege von Preselection oder des „geschlossenen“ Call-by-Call 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 basis"-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 nicht nur die in dem Angebot "AktivPlus Mobilfunk und Ausland" enthaltenen Auslandstarife sondern auch die Verbindungen in nationale Mobilfunknetze keine offenkundigen Abschläge enthalten. Damit sind die Verbindungsnetzbetreiber jedenfalls in der Lage, den in dem Angebot „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“ enthaltenen Verbindungstarifen 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, das vorliegende Angebot "AktivPlus Mobilfunk und Ausland" selbst vollständig wirtschaftlich nachzubilden. Insoweit ist festzustellen, dass die Antragstellerin in ihrer Eigenschaft als Teilnehmernetzbetreiberin derzeit möglicherweise 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 Mobilfunk und Ausland" enthaltene Leistungsbestandteile als Vorprodukt auf der Vorleistungsebene bei der Antragstellerin zu den gleichen Bedingungen zu beziehen, wie sich die Antragstellerin diese selbst zubilligt.

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 Mobilfunk und Ausland" eine wesentlich geringere Sogwirkung ausgehen, als dies im Zeitpunkt der Einführung bei den Optionstarifen „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ der Fall gewesen ist.

Entgegen der von der Beigeladenen 1 in früheren Verfahren vorgetragenen Auffassung 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 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.

Soweit die Beigeladenen 1 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 Wettbewerbsmöglich-

keiten anderer Anbieter noch nicht abgeschlossen waren. In seiner nach Abschluss der Untersuchungen abgegebenen Stellungnahme im Entgeltgenehmigungsverfahren BK 2a 03/002 hat jedenfalls das Bundeskartellamt der Einschätzung der Beschlusskammer, dass bei den Optionsangeboten „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxi“ ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB nicht festzustellen sei, im Ergebnis ausdrücklich zugestimmt.

Auch der Umstand, dass die AktivPlus-Angebote von Kunden genutzt werden, für die sich die Angebote möglicher Weise wirtschaftlich nicht rechnen, rechtfertigt entgegen der Auffassung der Beigeladenen 9 noch nicht den Vorwurf eines Behinderungsmissbrauchs.

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 Mobilfunk und Ausland" 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 xxi“ 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 in den letzten Entscheidungen über die Verlängerung des Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxi“ vom 29.11.2002 (Az. BK2a 02/019) und 11.04.2003 (Az. BK 2a 03/002) 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 Mobilfunk und Ausland" 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. Befristung

Die Befristung der Genehmigung beruht auf §§ 28 Abs. 3 TKG i.V.m. 36 VwVfG. Bei der Festlegung der Befristung der Genehmigung wurde berücksichtigt, dass sowohl aufgrund tatsächlicher Erfahrungen eine neue Bewertung hinsichtlich der wettbewerblichen Auswirkungen der neuen Tarifoptionen erforderlich werden könnte, als auch, dass für einen überschaubaren Zeitraum Planungssicherheit bestehen muss.

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