



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 04/013

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 des Optionsangebots „enjoy Tarif“ vom 28.05.2004

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, vertreten durch die Geschäftsführung,
Stadttor 1, 40219 Düsseldorf,

- Beigeladene 1 -

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

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

- Beigeladene 2 -

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

3. VATM, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten, vertreten durch den Vorstand, Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln,

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Peter Dahlke (VATM),

4. freenet Cityline GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Dirk Seitz (freenet),

5. NetCologne GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Maarweg 163, 50825 Köln,

- Beigeladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Patrick Helmes (NetCologne),

6. HanseNet Telekommunikation GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Übersee- ring 39a, 22297 Hamburg,

- Beigeladene 6 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Heitzer und Herr Wilke (HanseNet),

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

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Ronald Weiss und Karsten Popp (Arcor),

8. telegate AG, vertreten durch den Vorstand, Fraunhoferstraße 12a, 82152 Martinsried bei München,

- Beigeladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Johann Dietsch und Volker Köllmann (telegate),

9. (breko, Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V., vertreten durch den Vorstand, Königswinterer Straße 310, 53227 Bonn,

- Beigeladene 9 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Rainer Lüddemann (breko),

10. VarTec Telecom Europe, Ltd., vertreten durch die Geschäftsführung, 60528 Frankfurt/Main,

- Beigeladene 10 -

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

11. Hannovers Telefon Partner GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Mailänder Straße 2, 30539 Hannover,

- Beigeladene 11 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Bianca Westerfeld (htp),

12. MCI WorldCom Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Solmsstraße 73-75, 60486 Frankfurt am Main,

- Beigeladene 12 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Andreas Peya (MCI WorldCom),

13. BT (Germany) GmbH & Co. OHG, vertreten durch die Geschäftsführung, Barthstraße 22, 80339 München,

- - Beigeladene 13 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Felix Müller und Katharina Dugnus (BT),

14. 01058 Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Leopoldstrasse 16 40211 Düsseldorf,

- Beigeladene 14 -

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

15. EWE TEL GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung,
Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg,

- Beigeladene 15 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Almut Scholz und Hans-Joachim Heder (EWE TEL),

16. TALKLINE GmbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführung, Talkline-Platz 1,
25337 Elmshorn,

- Beigeladene 16 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Arne Koch und Matthias Klumpp (Talkline),

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 21.06.2004

am 25.06.2004 beschlossen:

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

In Bezug auf die beantragte Änderung von Punkt 2.1 der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen „enjoy Tarif“ (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. Der Antragstellerin wird aufgegeben, im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebotes „enjoy Tarif“ Bericht zu erstatten.
4. Die Genehmigung wird bis zum 31.03.2005 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 basis calltime 120“, „AktivPlus xxl“, „AktivPlus xxl sunday“ und „AktivPlus Mobilfunk und Ausland“.

Daneben möchte die Antragstellerin zukünftig den Optionstarif „enjoy Tarif“ anbieten.

Die Antragstellerin hat daher mit Schreiben vom 28.05.2004 gemäß § 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG beantragt,

1. den Optionstarif „enjoy Tarif“ zu einem monatlichen Überlassungsentgelt von 4,03 € (netto) und zu einem Preis für nutzungsabhängige City- und Deutschlandverbindungen von 10,34 Cent (netto) pro Stunde gemäß der als Anlage dem Antrag beigefügten AGB und Preisliste „enjoy Tarif“ ab dem 01.07.2004 zu genehmigen,
2. hilfsweise den Optionstarif „enjoy Tarif“ zu einem monatlichen Überlassungsentgelte von 4,03 € (netto) und zu einem Preis für nutzungsabhängige City- und Deutschlandverbindungen von 10,34 Cent (netto) pro Stunde gemäß der als Anlage dem Antrag beigefügten AGB und Preisliste „enjoy Tarif“ ab dem 01.07.2004 vorläufig zu genehmigen,
3. die Anwendung der nach Maßgabe des Antrags zu Ziffer 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ zu genehmigen.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 02.06.2004 im Amtsblatt Nr. 11/2004 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 163 veröffentlicht.

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

Nachdem entgegen ihrer Auffassung im Verfahren BK2a 04/006 der von ihr beantragte „10

Cent-Tarif“ wegen Kostenunterdeckung im Beschluss vom 27.05.2004 negativ beschieden worden sei, plane die Antragstellerin einen hinsichtlich Verbindungsentgelt und monatlichem Überlassungsentgelt modifizierten Tarif auf den Markt zu bringen.

Die Antragstellerin halte dabei an der Preissystematik des „10 Cent-Tarifs“ mit einer Stundentaktung rund um die Uhr fest. Gegenüber dem abgelehnten „10 Cent-Tarif“ werde das monatliche Überlassungsentgelt auf 4,03 € (netto) und das Verbindungsentgelt für eine Telefonverbindung bis zu einer Stunde auf 10,34 Cent (netto) bzw. 12 Cent (brutto) erhöht. Damit komme die Antragstellerin der Forderung der Beschlusskammer nach höheren Entgelten zur Absicherung von Prognoseunsicherheiten im überaus ausreichendem Maße nach, obwohl sie die Erforderlichkeit einer solchen Erhöhung weiterhin ausdrücklich bestreite.

Die Berechnung, aufgrund derer die Beschlusskammer im o.a. Verfahren einen zusätzlichen Aufschlag zur Sicherstellung der Kostendeckung für erforderlich halte, sei für sie nicht nachvollziehbar. Bereits die Annahme, dass zur Darstellung der Dynamisierung des Nutzungsverhaltens beim „10 Cent-Tarif“ die „xxl sunday“ Kunden zugrundegelegt worden seien, sei nicht richtig. Der von ihr verwendete Dynamisierungsfaktor habe sich auf die Nutzungsdaten der „xxl weekend“ Kunden bezogen. Insofern wäre die von der Beschlusskammer festgestellte Prognoseunsicherheit bei den „xxl weekend“ Daten bereits bereinigt.

Dass die Antragstellerin dennoch den von der Beschlusskammer geforderten Sicherheitsaufschlag von 33% bei der Entgeltfestlegung des Nachgängertarifes berücksichtige, beruhe vorbehaltlich ihrer Rechtsauffassung beim „10 Cent-Tarif“ auf dem Erfordernis, zeitgerecht einen in den wesentlichen Grundzügen vergleichbaren Tarif auf dem Markt platzieren zu können.

Ab dem 01.07.2004 solle dann unter dem Produktnamen „enjoy Tarif“ das neue Optionsangebot vermarktet werden.

Die Grundzüge des „enjoy Tarifs“ ließen sich wie folgt beschreiben:

- Es sei ein monatliches Überlassungsentgelt in Höhe von 4,03 € (netto) zu zahlen.
- Dafür könne der Kunde für ein Entgelt in Höhe von 10,34 Cent (netto) pro Stunde City- und Deutschlandverbindungen führen. Ab der 61. Minute gelte eine neue Stundentaktung für 10,34 (netto).
- Draht-Funk und Auslandsgespräche seien nicht von der Stundentaktung erfasst.
- Der Tarif sei – wie der „AktivPlus xxl“ – auf Sprachtelefondienstleistungen beschränkt. Verbindungen zu Online-Rufnummern seien von der „enjoy“-Tarifizierung ausgenommen. Online-Verbindungen würden weiterhin minutengetaktet und gemäß der Tarifzeiten in den Tarifzonen City und Deutschland unterschiedlich bepreist.

Der Leistungsumfang des „enjoy Tarifs“ sei identisch mit dem am 19.03.2004 beantragten „10 Cent-Tarif“, Änderungen seien nur hinsichtlich des monatlichen Überlassungs- und Verbindungsentgelts vorgenommen worden. Gemäß Beschluss vom 27.05.2004 halte die Beschlusskammer die Preissystematik einer Stundentaktung grundsätzlich als mit den Maßstäben des TKG vereinbar. Es würden lediglich die beim „10 Cent-Tarif“ beantragten Entgelte beanstandet und die Kostendeckung anhand einer berechneten Abweichung von der Nutzungsprognose der Antragstellerin ausgewiesen. Auch wenn die Antragstellerin diesen zusätzlichen Sicher-

heitsabstand nicht für erforderlich halte, sei dieser durch die Erhöhung der Entgelte beim „enjoy Tarif“ berücksichtigt worden. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass eine schnelle Entscheidung zum „enjoy Tarif“ möglich sei, so dass der beantragte Optionstarif zum 01.07.2004 eingeführt werden könne.

Sollte die Regulierungsbehörde zum Zeitpunkt der Entscheidung über diesen Antrag davon ausgehen, dass Vorschriften des neuen TKG zugrundegelegt werden müssten, erbitte die Antragstellerin vorsorglich einen rechtzeitigen rechtlichen Hinweis und behalte sich für diesen Fall weitere Ausführungen vor.

Die geplante Tarifmaßnahme entspräche den Maßstäben des § 24 Abs. 2 TKG und sei daher genehmigungsfähig.

a) Kein Aufschlag im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG

Das monatlich zu zahlende Entgelt in Höhe von 4,03 € (netto) beinhalte keine unzulässige Aufschläge. Gegen Zahlung des Überlassungsentgelts erhalte der Kunde das Recht, die Stundentaktung für Deutschland- und City-Verbindungen zu nutzen und damit bei entsprechendem Nutzungsverhalten günstiger zu telefonieren als zum sonst geltenden Standardtarif. Online-Verbindungen erhalte der Kunde zu den günstigen, genehmigten AktivPlus-Tarifen.

Wie auch die im August 2002 von der Regulierungsbehörde durchgeführte Marktuntersuchung gezeigt habe, handele es sich gerade bei den Kunden von Optionstarifen um sehr preissensible Kunden. Diese rechneten vor Inanspruchnahme des Tarifes genau durch, ob das Angebot für sie vorteilhaft sei. Es sei somit davon auszugehen, dass sich nur solche Kunden für den Tarif entschieden, für die er sich auch tatsächlich lohne. Das beantragte Optionsangebot bewirke bei den Kunden dann eine Senkung des Entgelts für Sprachtelefondienstleistungen gegenüber den im Rahmen der Price-Cap-Regulierung genehmigten Standardtarifen. Ein Preishöhermissbrauch könne daher ausgeschlossen werden.

Auch enthalte das Verbindungsentgelt in Höhe von 0,1034 € (netto) pro Stunde für City- und Deutschlandverbindungen bei entsprechender Nutzung keinen unzulässigen Aufschlag.

b) Kein Abschlag im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Ebenso liege kein Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vor. Bereits das beantragte Optionsangebot „10 Cent-Tarif“ sei auch unter Anwendung der nach der ständigen Spruchpraxis der Beschlusskammer maßgeblichen „IC+25%“-Formel kostendeckend gewesen und habe einen ausreichenden Finanzierungsspielraum zur Abdeckung eines möglicherweise höheren Gesprächsaufkommens enthalten. Dies gelte erst recht für den vorliegenden „enjoy Tarif“.

Bezüglich der Abschlagsprüfung nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG unter Zugrundelegung der „IC+25%“-Regel bestünden allerdings zwischen der Beschlusskammer und der Antragstellerin unterschiedliche Auffassungen. Nach Auffassung der Antragstellerin sei bei der Berechnung der Preisuntergrenze die tatsächliche Verkehrsverteilung über die einzelnen Netzelemente zu beachten, während nach Auffassung der Beschlusskammer

die jeweils „teuerste“ mögliche Verbindung ausschlaggebend sei. Die Antragstellerin halte insoweit an ihrer Auffassung fest.

Die Entgeltkalkulation des „enjoy Tarifes“ basiere wie beim „10 Cent-Tarif“ auf dem Nutzungsverhalten der „xxl weekend“-Kunden. Zur Begründung dieser nach Auffassung der Antragstellerin richtigen Prognosebasis werde auf die Ausführungen in dem Antrag und in den Stellungnahmen im Entgeltgenehmigungsverfahren BK2a 04/006 verwiesen. In diesem Verfahren habe man die Kostendeckung unter anderem anhand einer Nutzungsprognose auf der Basis der Verkehrssteigerung bei einem Kunden des Optionsangebotes „AktivPlus xxl weekend“ dargelegt. Diese Methode sei ebenso für den Nachweis der Kostendeckung des „enjoy Tarifs“ geeignet.

Im Folgenden sei die Darstellung der Genehmigungsfähigkeit anhand der „worst case“-Betrachtung der Regulierungsbehörde durchgeführt worden.

Für Inlandsgespräche fielen beim „enjoy Tarif“ für jede angefangene Stunde 10,34 Cent (netto) an. Zudem stünde auch das Überlassungsentgelt in Höhe von 4,03 € (netto) vollumfänglich zur Kostendeckung zur Verfügung. Die Verbindungsentgelte zuzüglich des Grundentgelts reichten zur Finanzierung des „enjoy Tarif“ vollumfänglich aus. Zum Nachweis des Nutzungsverhaltens werde auf die dem Antrag als Anlage beigefügte Darstellung der Genehmigungsfähigkeit des Optionstarifs „enjoy Tarif“ verwiesen.

Nach der „IC+25%“-Regel ergäben sich Einnahmen in Höhe von ■■■■ € (netto) (**BuGG**) pro Monat. Dem stünden bei Zugrundelegung der „IC+25%“-Regel Kosten in Höhe von ■■■■ € (netto) (**BuGG**) gegenüber. Insofern ergebe sich eine Kostendeckung des Optionsangebotes bereits aus den Verbindungsentgelten. Das zusätzliche monatliche Grundentgelt von 4,03 € (netto) stehe demnach vollumfänglich als Puffer zur Kostendeckung für den Fall von Abweichungen vom prognostizierten Nutzungsverhalten zur Verfügung. Insgesamt summiere sich damit der Betrag zur Absicherung dynamischer Nutzungseffekte auf ■■■■ € (netto) (**BuGG**). Damit könne in jedem Fall ein Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausgeschlossen werden.

Noch deutlicher werde diese Folgerung aus der ebenfalls dem Antrag beigefügten zusätzlichen Darstellung der maximalen Dynamisierung sowohl der Gesprächsdauer als auch der Verbindungsanzahl.

Gerade anhand dieser Darstellung würden die hohen Steigerungsfaktoren deutlich. Daraus gehe hervor, dass z.B. bei der Betrachtung der City-Verbindungen selbst bei einer Steigerung um ■■■■ (**BuGG**) das Grundentgelt noch eine ca. ■■■■%ige (**BuGG**) Erhöhung der Anzahl von Verbindungen zulasse, ohne dass eine Kostenunterdeckung eintrete. Bei Deutschlandverbindungen könne in diesem Fall die Erhöhung der Anzahl der Verbindungen ■■■■% (**BuGG**) betragen. Mit diesen großen Steigerungsfaktoren sei eine mehr als ausreichende Reserve für dynamische Effekte vorhanden und die Genehmigungsfähigkeit des Tarifs damit gewährleistet.

Auch die Verbindungen zu den Online-Diensten würden kostendeckend angeboten. Für die Verbindungen würden Entgelte erhoben, die den nutzungsabhängigen Verbindungsentgelten der AktivPlus-Familie entsprächen.

Eine Kostenunterdeckung könne damit für den „enjoy Tarif“ insgesamt ausgeschlossen

werden.

c) Vereinbarkeit mit § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG

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

d) Vereinbarkeit mit sonstigen Rechtsvorschriften

Ein Verstoß gegen sonstige Vorschriften, hier insbesondere ein Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, komme nicht in Betracht. Der „enjoy Tarif“ beinhalte keine Kopplung von Leistungen, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf eine Weise beeinträchtigen, die für den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt erheblich sei und für die es keinen sachlich gerechtfertigten Grund gebe.

Zum angeblichen Verstoß gegen § 19 GWB wurde bereits in den vorausgegangenen Regulierungsverfahren zum „10 Cent-Tarif“ von den Wettbewerbern umfassend vorgetragen. Es sei behauptet worden, der „10 Cent-Tarif“ enthalte eine unzulässige Kopplung, die zu einer Sogwirkung führe. Da davon auszugehen sei, dass auch im Entgeltgenehmigungsverfahren zum „enjoy Tarif“ vergleichbare Vorwürfe vorgetragen würden, werde insoweit auf die Ausführungen der Antragstellerin im Verfahren BK 2a 04/006 und dort insbesondere auf die Stellungnahme vom 17.05.2004 verwiesen, in der umfassend zur fehlenden Wettbewerbsbeeinträchtigung vorgetragen worden sei.

Zudem könne bezüglich der Beeinträchtigung von Teilnehmernetzbetreibern auf den Beschluss BK2a 03/012 Bezug genommen werden.

Auch für Verbindungsnetzbetreiber könne eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht angenommen werden. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Call-by-Call- und nach der Spruchpraxis der Beschlusskammer auch von Preselection-Angeboten der Wettbewerber bleibe auch bei Nutzung des „enjoy Tarif“ weiterhin bestehe. Die von den Wettbewerbern im „10 Cent-Tarif“-Verfahren behauptete Auswirkung auf Call-by-Call-Angebote durch Einführung des „enjoy Tarifs“ könne gerade nicht festgestellt werden. So belege die von der Regulierungsbehörde im August/September 2002 beauftragte GfK-Studie, dass Optionstarif-Kunden der Antragstellerin auch weiterhin preisbewusst blieben und sich informierten. Zusätzlich zeige die von dem Unternehmen freenet.de am 23.04.2004 im Verfahren BK2a 04/006 vorgelegte infas-Studie, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung des Call-by-Call-Marktes durch einen Tarif wie den „enjoy Tarif“ ausgeschlossen werden könne.

Aus der Studie ergebe sich, dass gerade Call-by-Call-Kunden grundsätzlich kein Interesse an mehrstufigen Tarifen wie dem „enjoy Tarif“ hätten. Danach würden Call-by-Call Nutzer von einem monatlichen Überlassungsentgelt und einem zusätzlichen Verbindungsentgelt bei vorheriger Anmeldung abgeschreckt. Dies sei aber die Voraussetzung für eine Inanspruchnahme des „enjoy Tarifs“.

Es fehle also bereits an einer Beeinträchtigung der Teilnehmer- und Verbindungsnetz-

betreiber.

Des Weiteren könnten die Wettbewerber die notwendige Ursächlichkeit der Bündelung für die behauptete Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht begründen. Im o.a. „10 Cent“-Verfahren hätten sie keine Belege dafür vorgelegt, dass die behaupteten Rückgänge ihre Ursache in einer Sogwirkung des Tarifs hätten. Dieser Nachweis werde auch beim „enjoy Tarif“ nicht gelingen, da aufgrund der obigen Ausführungen davon ausgegangen werden müsse, dass ein Rückgang von Verbindungsminuten – unterstellt er liege tatsächlich vor – in der Attraktivität des Preismodells begründet sei.

Darüber hinaus läge selbst bei Feststellung einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung kein Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB vor, da die Beeinträchtigung in diesem Fall sachlich gerechtfertigt sei. Wettbewerber könnten nämlich ähnliche Produkte gestalten und täten dies auch bereits (so z.B. der HanseNet-Tarif „bestCall“). Mit der Erhöhung der Entgelte im „enjoy Tarif“ ergebe sich ein größerer Preissetzungsspielraum für die Wettbewerber, so dass die Möglichkeit der Nachbildung dieses Tarifs erst recht nicht in Zweifel gezogen werden könne.

Zusammenfassend könne auch beim „enjoy Tarif“ festgehalten werden, dass ein Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB allein deswegen schon ausgeschlossen werden könne, weil durch den „enjoy Tarif“ keine unzulässige Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen erfolge. Weder sei eine übermäßige Sogwirkung bzw. Bezugskonzentration festzustellen, noch könnte eine solche Beeinträchtigung auf die beanstandete Bündelung zurückgeführt werden.

e) Preselection-Ausschluss

Die Antragstellerin beabsichtige, gemäß ihrer Antragspraxis bezüglich der AktivPlus-Familie auch bei dem neuen „enjoy Tarif“ die „dauerhafte Voreinstellung“ auf sich selbst in das Optionsangebot aufzunehmen. Ihrer Ansicht nach stelle diese Klausel keine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung dar.

f) Hilfsweise Beantragung einer vorläufigen Genehmigung

Die hilfsweise beantragte vorläufige Genehmigung erfolge für den Fall, dass es der Beschlusskammer wider Erwarten nicht möglich sein sollte, den Hauptantrag schnell zu entscheiden. Alle Argumente seien im „10 Cent“-Verfahren bereits ausgetauscht worden, so dass keine sachlich gerechtfertigten Gründe für eine Verschiebung des geplanten Einführungstermins und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Nachteile mehr gegeben seien.

g) Anwendung der geänderten Tarife im Rahmen von „Happy Digits“

Durch die beantragte Genehmigung der Anwendung der geänderten Tarife im Kundenwertprogramm „Happy Digits“ solle erreicht werden, dass das neue Optionsangebot „enjoy Tarif“ im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ berücksichtigt werden könne. Aufgrund der maximal möglichen Rabattierung von 1% könnten offenkundige Abschläge auch bei Anwendung von „Happy Digits“ ausgeschlossen werden. Dies gelte auch bei der aktionsweisen Rabattierung von 3% im Monat Dezember.

Die Beigeladenen 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14 und 15 hatten im Verfahren BK2a 04/006, das insoweit den in seiner Struktur mit dem „enjoy Tarif“ vergleichbaren „10 Cent-Tarif“ zum Gegenstand gehabt hat, folgende grundsätzlichen Bedenken gegen die Genehmigung eines solchen Angebotes geäußert:

a) Verletzung der Beteiligungsrechte

Die fehlende Offenlegung der als Anlage dem Entgeltgenehmigungsantrag beigefügten Darstellung der Genehmigungsfähigkeit stelle eine Verletzung von Beteiligungsrechten dar. Nicht alle in der Anlage enthaltenen Angaben könnten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis eingestuft werden. Insbesondere unterlägen die Angaben zur Kalkulationsmethodik keinem Geheimhaltungsanspruch.

b) Fehlen von Kostennachweisen

Die Antragstellerin habe nicht die nach § 2 TEntgV erforderlichen Kostennachweise vorgelegt.

c) Kein Preissetzungskorridor

Das Gesetz fordere bei Pauschaltarifen eine „Punktlandung“. Bei Abweichungen liege entweder ein Aufschlag oder ein Abschlag vor. Ein Preissetzungskorridor bestehe nicht. Daher seien vorliegend auch Aufschläge nicht auszuschließen.

d) Bedenken gegen die Geeignetheit der „IC+25%“-Regel zur Bestimmung von Abschlägen

- Die „IC+25%“-Regel berücksichtige nicht die Auswirkungen aus der Einführung nicht reziproker Terminierungsentgelte für Teilnehmernetzbetreiber.
- Die „IC+25%“-Regel berücksichtige nicht die „Entwicklungs- und Umstellkosten“ für den „enjoy Tarif“.
- Bei der Anwendung der „IC+25%“-Regel seien nicht die von der Beschlusskammer 4 genehmigten Entgelte, sondern die von der Antragstellerin beantragten Entgelte zu berücksichtigen. Anderenfalls sei es vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen im Vorleistungsbereich nicht möglich, die benötigten Rückstellungen für eventuelle Nachzahlungen zu bilden.
- Da erst wenige Teilnehmernetzbetreiber ihre Telekommunikationsnetze mit sämtlichen lokalen Einzugsbereichen der Antragstellerin zusammengeschaltet hätten, sei als Tarifzone grundsätzlich die Tarifzone III (double transit) zugrunde zu legen.
- Bei der Abbildung von City-Verbindungen sei zu berücksichtigen, dass zahlreiche City-Verbindungen über die Grenzen des Ortsbereich hinausgingen. Auch bei City-Verbindungen müssten daher als Vorleistungskosten die EBC-Entgelte „local“+“double transit“ zugrundegelegt werden.

- Die bisherige Anwendung der „IC+25%“-Regel benachteilige solche Wettbewerber, die nicht alle Zusammenschaltungspunkte auf lokaler Ebene erschlossen hätten.
- Da die Vertriebskosten nicht im gleichen Umfange gesunken seien wie die Netzkosten, sei eine Anpassung des Zuschlags für die Vertriebskosten erforderlich. Der bisherige Wert könne insoweit nicht mehr ausreichen, alle Kosten abzudecken.
- Die Bedenken der Beschlusskammer, eine ständige Überprüfung bei jeder neuen Genehmigung sei in der Praxis nicht handhabbar, überzeugten nicht. Eine Überprüfung sei jedenfalls dann erforderlich, wenn sich die Zusammenschaltungsentgelte verändern würden.
- Die „IC+25%“-Regel könne die gesetzlich vorgesehene Prüfung auf der Grundlage von Kostennachweisen nicht ersetzen.
- Die Genehmigung der Interconnection-Entgelte beruhe nicht auf Kostenunterlagen, sondern auf einem internationalen Preisvergleich. Sie könne daher nicht als Ersatz für fehlende Kostenunterlagen herangezogen werden.
- Die „IC+25%“-Regel stelle die Nachbildbarkeit für Wettbewerber nicht sicher. So lägen die Kosten bei Wettbewerbern mit weniger als den maximal möglichen Zusammenschaltungspunkten über der „IC+25%“-Grenze. Auch würde die „IC+25%“-Formel nicht die Kosten für die Interconnection-Anschlüsse berücksichtigen. Die Nachbildbarkeit sei daher im Rahmen der Prüfung von § 27 Abs. 3 TKG i.V.m. §§ 19, 20 GWB zu prüfen .

e) Vorliegen von Abschlägen i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG

- Der Tarif basiere auf einer Mischkalkulation. Diese sei per Definition nicht mit der nach § 24 TKG geforderten Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vereinbar.
- Der Tarif führe aufgrund seiner Struktur zwingend zu unzulässigen Abschlägen, da die Verbindungen ab einer bestimmten Verbindungsdauer nicht mehr kostendeckend erbracht werden könne.
- Die Annahme eines Preissetzungskorridors für Endkundenentgelte sei rechtswidrig.
- Das Nutzungsverhalten aus dem Optionsangebot „AktivPlus xxl“ könne nicht auf ein Angebot wie den Tarif mit Stundentaktung übertragen werden, da sich dieser aufgrund seiner Struktur besonders für Langtelefonierer eigne. Bei einer richtigen Flatrate komme es dagegen auf die Anzahl und Dauer der geführten Gespräche nicht an, wohingegen bei dem Tarif mit Stundentaktung jedes Gespräch Kosten verursache.
- Da es sich um einen nutzungsabhängigen Tarif handele, komme eine Übertragung des Prüfungsmaßstabes aus dem „AktivPlus xxl“-Verfahren nicht in Betracht. Die Beschlusskammer müsse daher jede einzelne Verbindungsleistung in Bezug auf Einhaltung des § 24 TKG prüfen. Der Besonderheit der extremen Taktlänge sei dadurch Rechnung zu tragen, dass eine entsprechend längere Gesprächsdauer zugrundegelegt werde.

- Grundlage für die Prognose der Beschlusskammer müsse der von der Antragstellerin benannte Zielkunde sein. Soweit Nachfragesteigerungen beim Zielkunden aus der Referenz des „AktivPlus xxl“-Kunden abgeleitet würden, weil diese die höchste Nutzungsintensität hätten, sei dies nicht zutreffend. Während es bei einer Flatrate auf Anzahl und Dauer der Gespräche nicht ankomme, sei bei einem Tarif mit Stundentaktung sowohl die Anzahl als auch das Verhalten bei kurzen Gesprächen für die Nutzungskosten bestimmend.
- Es sei zu erwarten, dass der Tarif von preisbewussten Kunden nur für längere Verbindungen genutzt werde, dagegen bei kürzeren Gesprächen auf Call-by-Call ausgewichen werde. Die besondere Preissensitivität von Call-by-Call-Kunden belegten insoweit auch eigene Erfahrungen der Beigeladenen 5. Danach betrage die durchschnittliche Gesprächsdauer ihrer Call-by-Call-Kunden mit ■■■ Minuten (BuGG) um ■■■ (BuGG) über der durchschnittlichen Gesprächsdauer ihrer Preselection-Kunden von ■■■ Minuten (BuGG). Dies zeige, dass Kunden bewusst Call-by-Call nutzen, wenn sie eine nennenswerte Ersparnis erwarten, was in der Regel bei längeren Gesprächen der Fall sei. Übertragen auf einen Tarif mit Stundentaktung sei zu erwarten, dass die Kunden bei erwarteten kürzeren Gesprächen vermehrt auf Call-by-Call zurückgreifen werden, um die relativ hohe „Gesprächspauschale“ zu vermeiden. Dieser zusätzliche Effekt führe im Ergebnis zu einer zweifach verlängerten Gesprächsdauer. Einerseits würden preisbewusste Kunden für kürzere Gespräche gerade nicht den stundengetakteten Tarif nutzen, andererseits bewirke die quasi zeitunabhängige Taktung, dass einzelne Gespräche „künstlich“ verlängert würden.
- In Bezug auf die Kostendeckung könne auf Erfahrungen des Unternehmens Tele2 Italia SpA (Tele2 Italia) zurückgegriffen werden. Dieses Unternehmen biete als Reaktion auf den Tarif „Hello Sempre“ der Telecom Italia den Tarif „Senza Tempo“ an. Beide Tarife wiesen eine ähnliche Struktur wie das stundengetaktete Angebot der Antragstellerin aus, lägen aber vom Preisniveau ca. 20% über dem im Verfahren BK2a 04/006 beantragten „10 Cent-Tarif“. Im Vergleich zum Nutzungsverhalten des durchschnittlichen Preselection-Kunden von TELE2 Italia sei das Verbindungsminutenvolumen bei Kunden des Tarifes „Senza Tempo“ um den Faktor ■■■ (BuGG) und die Anzahl der Verbindungen um den Faktor ■■■ (BuGG) angestiegen. Insoweit müsse auch bei einem stundengetakteten Angebot von einem vergleichbaren Anstieg der Gesprächsdauer und der Gesprächszahl ausgegangen werden. Während der Tarif „Senza Tempo“ gerade noch kostendeckend sei, sei dies bei dem „10 Cent-Tarif“ nicht mehr der Fall gewesen.
- Die Grenze zur Kostenunterdeckung liege nach eigenen Berechnungen der Beigeladenen 4 bei ■■■ Minuten (BuGG). Kunden der Beigeladenen 4 telefonierten im Schnitt jedoch fast ■■■ Minuten (BuGG).
- Bei der Beigeladenen 10 telefonierten die Kunden insoweit im Schnitt ■■■ Minuten (BuGG) und führten im Schnitt ■■■ Gespräche pro (BuGG).
- Beim Tarif Arcor ISDN 765 der Beigeladenen 7 führe der Kunde bei einer Verkehrsmenge von ■■■ Minuten (BuGG) und einer durchschnittlichen Gesprächslänge von ■■■ Sekunden (BuGG) im Monate ■■■ Gespräche (BuGG).
- Die Beigeladene 6 biete mit dem Tarif „best Call“ einem vergleichbaren Tarif an. Bei diesem stellten die Kunden monatlich im Citybereich durchschnittlich ■■■ Verbindungen

(BuGG) in der Hauptzeit und ■ Verbindungen (BuGG) in der Nebenzeit her. In der Hauptzeit betrage die durchschnittliche Gesprächslänge ■ Minuten (BuGG), in der Nebenzeit ■ Minuten (BuGG). Im Fernbereich stellten die Kunden durchschnittlich ■ Verbindungen (BuGG) in der Hauptzeit und ■ Verbindungen (BuGG) in der Nebenzeit her. In der Hauptzeit betrage die durchschnittliche Gesprächslänge ■ Minuten (BuGG), in der Nebenzeit ■ Minuten (BuGG).

f) Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen

- Tarife mit Stundentaktung beeinträchtigten die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter.
- Tarife mit Stundentaktung zielten auf die Kundengruppe der Vieltelefonierer ab, die ansonsten alternative Verbindungsnetzbetreiber nutzen würden. Die Kostenunterdeckung führe auch deshalb zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung von Verbindungsnetzbetreibern, weil die Antragstellerin den Tarif auf der Basis der Fixkosten ihres vorhandenen Netzes anbieten könne, konkurrierende Verbindungsnetzbetreiber Zuführungs- und Terminierungsleistungen dagegen auf Minutenbasis nachfragen müssten.
- Im Falle einer Genehmigung müssten die Beigeladenen mit Kundenverlusten und erheblichen Umsatzeinbrüchen rechnen.

g) Sachliche Rechtfertigung

- Die Einführung kostenunterdeckender Tarife lasse sich nicht durch den Wettbewerbsdruck durch Mobilfunkangebote rechtfertigen. Insoweit sei es vielmehr erforderlich, die Terminierungsentgelte in die Mobilfunknetze im Hinblick auf eine Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu überprüfen.

h) Diskriminierung

- Tarife mit Stundentaktung verstießen gegen das Diskriminierungsverbot, da Kunden, die längere Gespräche führten, gegenüber Kunden mit kürzeren Gesprächen bevorzugt würden.

i) Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB

- Von Tarifen mit Stundentaktung gehe eine erhebliche Bezugskonzentration aus. Diese sei noch stärker als bei den anderen AktivPlus-Tarifen, da nicht zu erwarten sei, dass Kunden, die sich für einen Tarif mit Stundentaktung entschieden hätten, sich auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreinstellen ließen und damit zu rechnen sei, dass die Nutzung von Call-by-Call massiv sinken werde. Die Unterscheidung in längere und kürzere Gespräche führe zu massiven Umsatzeinbußen der Wettbewerber.
- Durch die Erhebung eines monatlichen Überlassungsentgelts werde für den Kunden ein Anreiz gesetzt, das Überlassungsentgelt möglichst durch Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen der Antragstellerin zu amortisieren. Der Erfolg dieser Strategie zeige sich am rasanten Anstieg der Anzahl an AktivPlus-Kunden auf mittlerweile über

11 Millionen.

- Von Tarifen mit Stundentaktung gehe ein erheblicher Bündelungseffekt bzw. eine wettbewerbsbehindernde Sogwirkung aus. Dieser bewirke, dass Wettbewerbern wichtige Marktanteile verloren gingen. Wettbewerber würden von der Lieferung gleichartiger Leistungen an die Abnehmer ausgeschlossen.
- In diesem Zusammenhang sei nach Ansicht des Bundesgerichtshofes (BGH) auch zu beachten, dass Kunden alleine aus „Trägheit“ den Wechsel zu einem anderen Anbieter scheuten. Der BGH nehme im Ergebnis eine wettbewerbswidrige Sogwirkung an, wenn das Angebot eines marktbeherrschenden Unternehmens geeignet sei, den Kunden dergestalt zu binden, dass seine Flexibilität und Wechselbereitschaft zu alternativen Wettbewerbern nachhaltig beeinflusst werde.
- Das Bundeskartellamt und die Monopolkommission hätten in der Vergangenheit auf die wettbewerbswidrige Wirkung von Optionsangeboten hingewiesen. Ein Angebot mit Stundentaktung würde insoweit zweifelsfrei eine neue Dimension einnehmen. Die Grenze des Tolerierbaren werde hiermit überschritten.
- Tarife mit einer Stundentaktung zielten auf eine Rückgewinnung von preisbewussten Kunden ab, die seit der Marktöffnung konkurrierende Angebote nutzten. Die Antragstellerin missbrauche insoweit ihre marktbeherrschende Stellung zur Verdrängung von Wettbewerbern.
- Die Optionsangebote der Antragstellerin seien insbesondere für Verbindungsnetzbetreiber, die über keinen eigenen Anschluss verfügen, nicht nachbildbar, da kein geeignetes Resaleprodukt am Markt vorhanden sei.
- Auch die Bündelung von Orts- und Fernverbindungen mit einem Preis von 12 Cent pro Stunde sei für Verbindungsnetzbetreiber nicht möglich (Beigeladene 2).
- Aufgrund fehlender Fakturierungs- und Inkassoerträge sei es den Verbindungsnetzbetreibern auch nicht möglich, gegenüber den Kunden Grundgebühren abzurechnen.
- Auch sei es nicht möglich, den Tarif als Call-by-Call-Angebot nachzubilden, da hierfür eine vorherige Anmeldung erforderlich wäre.
- Die Antragstellerin habe größtenteils nur fixe bzw. sprungfixe Netzkosten zu tragen, die von der Gesprächsdauer unabhängig seien, während den Verbindungsnetzbetreibern für jede Verbindungsminute variable Kosten entstünden.
- Zur mangelnden Nachbildbarkeit trage bei, dass sich die Kundengruppen bei den Wettbewerbern von denen der Antragstellerin unterschieden. Kunden von Wettbewerbern seien insoweit preissensibler und rationaler.
- Die Antragstellerin nutze ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Anschlussmarkt aus und bündele diese mit einer 60-Minutentaktung für Verbindungen. Ein Vergleich mit konkurrierenden Angeboten sei daher nicht mehr möglich.

- Die Antragstellerin übertrage durch kontinuierlichen Ausbau der monatlichen Entgelte ihre marktbeherrschende Stellung aus dem Anschlussmarkt in den Verbindungsmarkt.
- Die festzustellende Wettbewerbsbeeinträchtigung eines stundengetakteten Tarifs lasse sich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass nicht marktbeherrschende Anbieter ähnliche Produkte anböten.
- Auch der Vergleich mit anderen europäischen Ländern könne aufgrund unterschiedlicher Marktbedingungen nicht als Rechtfertigung herangezogen werden.
- Die von der Antragstellerin genannten Beispiele (HanseNet, Telecom Italia und British Telecom) seien aufgrund einer unterschiedlichen Tarifstruktur auch nicht mit dem vorliegenden Angebot vergleichbar.

j) Sonstiges

- Das erneut vorgesehene Preselection-Verbot sei nach wie vor wettbewerbswidrig.
- Die Anwendung des Tarifs im Rahmen des Programms „Happy Digits“ sei ebenfalls nicht genehmigungsfähig.

Die Beschlusskammer hat die für ökonomische und rechtliche Grundsatzfragen bei der Regulierungsbehörde zuständigen Abteilungen 1 und 2 am 02.06.2004 um Mitteilung gebeten, ob aus Sicht der Grundsatzabteilungen Bedenken bestehen, die beantragten Entgelte zu genehmigen.

Die Abteilung 1 hat diesbezüglich am 09.06.2004 mitgeteilt, dass ausgehend von der bei ihr vorliegenden Informationsbasis nach der von der Antragstellerin vorgenommenen Anhebung der Entgelthöhe keine Bedenken gegen die Genehmigung der Entgelte bestünden. In einem beigefügten Grundsatzvermerk kommt die Abteilung 1 zu folgendem Ergebnis:

Die Antragstellerin beabsichtigt offenbar, den Anteil der monatlich fixen Entgeltbestandteile im Sprachtelefondienst künftig deutlich zu steigern. Im Rahmen dieser strategischen Zielsetzung komme der Ausweitung von Optionsangeboten - insbesondere von Pauschalentgelten - zentrale Bedeutung zu.

Vor diesem Hintergrund könnten folgende grundsätzliche Aussagen zur kalkulatorischen Logik, zu Wettbewerbswirkungen und zu einer sachgerechten regulatorischen Behandlung pauschaler Entgeltelemente getroffen werden:

Die Prüfung wettbewerbsbehindernder Preisabschläge stehe gegenwärtig im Zentrum der Regulierung von Endkundenentgelten. Die Antragstellerin habe insbesondere durch die Einführung von Optionstarifen versucht, auch preissensible Kunden (wieder) an sich zu binden. Zunehmend gewinnen vollständig oder teilweise pauschalierte Entgelte im Sprachtelefondienst an Bedeutung.

Pauschalentgelte setzten Anreize zur Ausdehnung des Gesprächsvolumens. Pauschalent-

gelte für Gespräche in Nebenzeiten (z.B. „AktivPlus xxl) zielen auf eine gleichmäßigere Auslastung vorhandener Netzkapazitäten. Umfassende Pauschalentgelte (z.B. „10-Cent-Tarif“) beschränkten ihre Anreizwirkung nicht auf geschwächte Zeiten. Pauschalentgelte seien aus kostenrechnerischer Perspektive daher differenziert zu beurteilen.

Bei der Kalkulation von Pauschalentgelten bestünden - von regulatorischen Vorgaben abstrahierend - zwischen dem marktbeherrschenden, vertikal integrierten Netzbetreiber und seinen Wettbewerbern grundlegende Unterschiede. Alternative Anbieter seien in erheblichem Umfang auf zeitabhängig tarifizierte Vorleistungen angewiesen. Die Antragstellerin könne intern insbesondere deshalb anders kalkulieren, weil

- bei unterausgelasteten Kapazitäten in Nebenzeiten für deren zusätzliche Nutzung Grenzkosten nahe Null anzusetzen sei,
- bei rückläufigem Verkehrsvolumen im schmalbandigen Festnetz unterausgelastete Kapazitäten auch in der Hauptzeit entstehen könnten, für deren zusätzliche Nutzung ebenfalls Grenzkosten nahe Null anzusetzen seien,
- Risiken einzelner potenziell kostenunterdeckender Pauschalentgelte angesichts der Masse und Struktur ihrer Kunden einfacher zu kompensieren seien.

Aufgrund dieser Unterschiede eigneten sich Pauschalentgelte in besonderer Weise für Verdrängungspreisstrategien.

Grundsätzlich könne die Diskriminierung von Wettbewerbsunternehmen mit Hilfe von Preis-Kosten-Scheren-Tests verhindert werden. Dies werfe in der Praxis aber Probleme hinsichtlich der Prognose des künftigen Nutzerverhaltens auf. Außerdem würden befriedigende Ergebnisse nur dann erzielt, wenn die zugrunde gelegten Vorleistungsentgelte die Kostenkalkulation eines rationalen Unternehmens hinreichend genau widerspiegeln.

Die Vorleistungsentgelte müssten Wettbewerbern eine volkswirtschaftlich effiziente Kalkulationsgrundlage für Pauschalentgelte bieten. In diesem Zusammenhang wird teilweise die Einführung von kapazitätsorientierten Vorleistungsentgelten gefordert. Diese reflektierten die Kostentreiber am besten, brächten aber erhebliche Probleme bei der Umsetzung mit sich. Insbesondere kleinere Netzbetreiber hätten bei der vertraglich im voraus festzulegenden Kapazität höhere Risiken zu tragen.

Kapazitätsorientierte Zusammenschaltungsentgelte könnten für Pauschalentgelte, die auf eine Glättung der Verkehrskurve zwischen Haupt- und Nebenzeit zielen, einen möglichen Lösungsansatz darstellen. Allerdings sei evident, dass dieser Ansatz allenfalls langfristig zu verfolgen sei. Für Pauschalentgelte, die auch die Hauptverkehrsstunde umfassten, dürften sie zu keiner besseren Nachbildbarkeit führen. Aufgrund geringerer Kundenzahlen und anderer Kundenstruktur hätten Wettbewerber ggf. sogar höhere Risiken zu tragen.

Alternativ könnten die Entgelte von Haupt- und Nebenzeiten stärker gespreizt werden. Wettbewerber wären dann eher in der Lage, pauschale Entgeltmodelle zu geschwächten Zeiten anzubieten.

Zusammenfassend sei festzustellen, dass Pauschalentgelte unabhängig vom zugrunde liegenden Vorleistungsregime und selbst bei Kostendeckung eines Angebotes grundsätzlich eine Gefahr für den Wettbewerb darstellten. Der etablierte Betreiber habe eine breitere

Kundenbasis und damit bessere Möglichkeiten der Risikoallokation. Gleichzeitig unterschieden sich die Kundenstrukturen der Antragstellerin und ihrer Konkurrenten mitunter erheblich. So erreichten Wettbewerber fast ausschließlich preissensible Kunden, die grundsätzlich durch eine überdurchschnittliche Nutzungsintensität gekennzeichnet seien. Daher ergeben sich für alternative Anbieter bei der Kalkulation von Pauschalentgelten erhöhte Risiken. Um diesem Aspekt hinreichend Rechnung zu tragen, sollten bei Preis-Kosten-Scheren-Tests entsprechende Sicherheitsmargen einbezogen werden. Auf diese Weise könne gewährleistet werden, dass von Pauschalentgelten keine substantiellen Wettbewerbsbeeinträchtigungen ausgingen.

Die Abteilung 2 hat diesbezüglich am 08.06.2004 mitgeteilt, dass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zu § 19 Abs. 4 GWB aus kartellrechtlicher Sicht Bedenken lediglich in Bezug auf die erneut beantragte Verpflichtung zur dauerhaften Voreinstellung auf das Netz der Antragstellerin bestünden.

Die Sogwirkung, die von dem Tarif der Antragstellerin auf den Kunden ausgeübt werde, sei wettbewerbskonform. Sogwirkungen seien Resultate von Wettbewerbsmaßnahmen, durch die der Abnehmer veranlasst werde, mehr Produkte von einem Anbieter zu beziehen und von Angeboten anderer Anbieter abzusehen. Diese seien solange zulässig, wie sie dem Kunden eine Auswahlmöglichkeit am Markt beließen. Sobald der Abnehmer vertraglich oder durch Schaffung eines wirtschaftlichen Anreizes daran gehindert werde, einen objektiven Vergleich der Angebote nach Preis und Qualität vorzunehmen, sei die Sogwirkung wettbewerbschädlich und damit unzulässig. Dies sei jedoch beim „enjoy Tarif“ nicht der Fall, da dem Telefonkunden die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit bleibe, auch andere Anbieter für Einzelgespräche auszuwählen.

Es bestehe keine unzulässige Kostenunterdeckung, so dass Wettbewerber einen gleichen oder ähnlichen Tarif nachbilden könnten. Gegebenfalls habe die Antragstellerin die hierfür erforderlichen Vorleistungen zu gewähren; im Streitfall könnte die Regulierungsbehörde entsprechende Verpflichtungen anordnen. Somit bestehe potentielle Marktkonkurrenz, aus der der Kunde das für ihn günstigste Modell auswählen könne.

Die AGB's der Antragstellerin enthielten zudem keine unzulässig langen Kündigungsfristen. Der Kunde könne also kurzfristig aus dem Vertrag aussteigen und zu einem anderen Anbieter wechseln. Somit könne er flexibel reagieren, wenn er feststellen sollte, dass sich der Tarif nicht rentiere oder es günstigere Angebote auf dem Markt gebe.

Nach der jetzigen Wettbewerbssituation bestünden weiterhin alternative Angebote, die neben dem Tarif der Antragstellerin für den Kunden rentabel seien. Zwar setzten sich deren Preis anders zusammen, als der „flatrate“-ähnliche „enjoy Tarif“, doch führe dies nicht dazu, dass ein Preisvergleich ausgeschlossen sei. Auch beim „enjoy Tarif“ könne der Kunde überschlägig berechnen, was ihn das Telefonat in der Minute koste. Er könne damit als Alternative auch andere Modelle, wie z.B. Call-by-Call zum Vergleich heranziehen, um das günstigste Angebot für sein Telefonierverhalten zu finden. Er behalte somit seine vollständige wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit.

Bei kurzen Telefonaten unter 5 Minuten zum Beispiel könnte sich ein preissensibler Kunde trotz der Vereinbarung des „enjoy Tarifs“ für ein günstigeres Call-by-Call-Angebot entscheiden, ohne dadurch die Vorteile des vorliegenden Tarifes aufzugeben. Es bestehe somit ein durchaus realistisches Nebeneinander der Geschäftsmodelle „enjoy Tarif“ und Call-by-Call.

Nach der Stellungnahme des Bundeskartellamtes sei jedoch zu berücksichtigen, dass es auch wettbewerbswidrig sein könne, wenn Call-by-Call und Preselection in ihrem Bestand gefährdet seien. Dies gelte selbst dann, wenn die Konkurrenten den neuen Tarif nachbilden könnten. Hierzu sei allerdings anzumerken, dass diese Modelle wohl nur schützenswert seien, soweit ihr Bestand aus wettbewerbsverzerrenden Einflüssen beeinträchtigt werde. Sollten sie aus Kundensicht neben neuen Angeboten („Flatrates“) unattraktiv werden, erscheine es wettbewerbsrechtlich nicht geboten, ihren Bestand zu schützen, selbst wenn sie im TKG als Geschäftsmodelle genannt würden.

Insgesamt verblieben aufgrund dieser flexiblen Entscheidungsfähigkeit dem Kunden verschiedene Anbieter zur Auswahl, so dass grundsätzlich keine Bedenken gegen den beantragten Tarif erkennbar seien.

Die Beigeladenen 1, 2, 3, 4, 7, 12 und 15 haben sich schriftlich, bzw. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 21.06.2004 zur beantragten Entgeltmaßnahme geäußert und insoweit im Wesentlichen auf die bereits im Verfahren BK2a 04/006 abgegebenen Stellungnahmen verwiesen. Ergänzend hierzu wurden insbesondere folgende Bedenken vorgetragen.

Beigeladene 1:

- Die vollständige Schwärzung der Antragsunterlagen stelle eine Verletzung ihrer Beteiligungsrechte dar. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, warum im Auftrag der Antragstellerin durchgeführte Umfragen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis eingestuft worden seien, dass sich das Ergebnis von Umfragen duplizieren lasse.

Auch sei unverständlich, warum den Beigeladenen trotz ausdrücklicher Bitte nicht die Stellungnahmen des Bundeskartellamtes übersandt würden.

Spätestens bis zu einem Gerichtsverfahren sei eine vollständige Übersicht über die internen Beratungen innerhalb der Regulierungsbehörde mit dem Präsidium und mit externen Gutachtern, bspw. dem WIK vorzulegen.

Auch die in der Stellungnahme der Antragstellerin vom 21.06.2004 geschwärzten Marktanteile seien unberechtigt. Wenn sie aus öffentlichen Quellen gewonnen worden seien, stellen sie keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar.

Kenntnisse, die die Antragstellerin im Zusammenhang mit Netzzusammenschaltungen gewonnen habe, dürften nicht verwertet werden, da sie nur unter Verletzung vertraglicher und gesetzlicher Verpflichtungen hätten gewonnen werden können.

- Bei der Bewertung der Prognose der Antragstellerin müsse ein höherer Sicherheitszuschlag angenommen werden, als die in der Begründung des Beschlusses BK2a dargestellte Gesamtabweichung von 33,5% bei Einführung des Optionsangebotes „AktivPlus xxl sunday“.
- Auch nach der geringfügigen Anhebung der Entgelte würde das vorliegende Angebot zu Abschlägen führen und wäre daher für Wettbewerber nicht mehr nachbildbar.

- Der Tarif greife gezielt ein Kundensegment an, in dem die Beigeladene 1 ihre größten Verbindungsumsätze erziele (■■■■% BuGG).
- Es sei denkbar, dass die Erhöhung der Entgelte unter Umständen den Effekt hätte, dass sich die durchschnittliche Verbindungsdauer verlängert. Dieser Effekt sei von der Antragstellerin nicht hinreichend berücksichtigt worden.
- Ein Verkauf unter Einstandspreis verstoße gegen § 20 Abs. 4 GWB. Es sei insoweit nicht zulässig, dass monatliche Überlassungsentgelt, welches nach Ansicht der Beigeladenen 1 dem Anschlussbereich zugerechnet werden müsse, zur Subvention von Verbindungsentgelten heranzuziehen.
- Während die Antragstellerin gegenüber ihren Kunden eine zusätzliche monatliche Grundgebühr durchsetzen könne, würden Kunden von Call-by-Call-Anbieter eine solche Grundgebühr nicht akzeptieren.
- Die Behauptung der Antragstellerin, die Sogwirkung habe ihre Ursache nicht in der Bündelung, sondern in der Attraktivität des Preises, sei unzutreffend. Die Attraktivität des vorliegenden Optionsangebots sei alleine darin begründet, dass die Antragstellerin Gespräche ab einer gewissen Gesprächsdauer unter Einstandspreis verkaufe.
- Da das Angebot voraussetze, dass der Kunde über einen Anschluss der Antragstellerin verfüge, werde dieser von einem Wechsel zu einem anderen Anbieter abgehalten.
- Von dem Angebot gehe eine unzulässige Sogwirkung aus. Dass Verbindungsnetzbetreiber seit der Öffnung im Ortsnetzmarkt Marktanteile hätten gewinnen können, beruhe zum Großteil auf nicht kostendeckenden Einführungspreisen.
- Die vom Bundeskartellamt als Schwelle für weitere Optionsangebote angesehene Bestandsgefährdung der Geschäftsmodelle Call-by-Call und Preselection werde spätestens mit dem vorliegenden Antrag überschritten.
- Die Antragstellerin müsse anhand der von ihr nach § 2 TEntgV vorzulegenden Angaben über die erzielten Umsätze in den zurückliegenden, dem Antrags- und den Folgejahren nachweisen, dass das beantragte Entgelt keinen unzulässigen Behinderungsmissbrauch darstelle.
- Die „IC+25%“-Regel müsse im Hinblick auf die Nachbildbarkeit der Angebote dahingehend modifiziert werden, dass insoweit auch die höheren Kosten der Wettbewerber bspw. für Interconnection-Anschlüsse oder durch höhere Nutzungen des Kunden durch die Formel abgedeckt werden könnten.
- Die fehlende Nachbildungsmöglichkeit durch die Wettbewerber stehe im Übrigen auch einer sachlichen Rechtfertigung entgegen.
- So lange es offensichtlich schwierig sei, ein adäquates Vorleistungsprodukt auszuweisen, müsse der vorliegende Antrag abgelehnt werden.
- Sollte der Tarif trotz der Bedenken der Beigeladenen genehmigt werden, müsste diesen wenigstens eine angemessene Reaktionszeit eingeräumt und die Genehmigung frühestens zum 01.09.2004 ausgesprochen werden.

Beigeladene 2:

- Der „enjoy Tarif“ werfe neue Fragen auf, die im Verfahren zum „10 Cent-Tarif“ weder diskutiert, noch geklärt worden seien. Eine vorläufige Genehmigung zum 01.07.2004 scheidet wegen der gegenüber Endkunden rechtlich nicht zulässigen Rückwirkung aus.
- Der „enjoy Tarif“ stelle aus Sicht der Beschlusskammer eine Flatrate für Endkunden dar. Eine solche Flatrate sei nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte unzulässig, solange die Antragstellerin keine entsprechende Vorleistungsflatrate anbiete.
- Die geringfügige Anhebung von Grund- und Verbindungsentgelt führe weiterhin nicht zu einer Kostendeckung.
- Unabhängig von der fehlenden Kostendeckung beinhalte der „enjoy Tarif“ eine unzulässige Marktverschließungstendenz.

Beigeladene 3:

- Trotz der Erhöhung der Entgelte sei der Tarif nach wie vor kostenunterdeckend.
- Die Rechtsprechung des OVG Münster zur „IC+25%“-Regel könne auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden, da es sich lediglich um eine summarische Prüfung im Rahmen eines Eilverfahrens gehandelt habe.
- Die zunehmende Ausweitung von Optionsangeboten führe spätestens hier zu einer Bestandsgefährdung von Preselection und Call-by-Call. Insoweit müsse die Beschlusskammer bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Tarifes die Marktverhältnisse in einer Gesamtschau berücksichtigen. Nur auf diese Weise könne der Grad der ausgehenden Wettbewerbsbeeinträchtigung verlässlich beurteilt werden.
- Von dem Tarif gehe eine erhebliche Sogwirkung aus, da die Kunden, die sich für das Angebot entschieden haben, dieses verstärkt in Anspruch nehmen, in der Annahme, die höheren monatlichen Ausgaben auch kompensieren zu können. Angebote von Verbindungsnetzbetreibern würden entsprechend weniger stark genutzt.
- Aufgrund einer fehlenden Vorleistungsflatrate könne das Angebot von Verbindungsnetzbetreibern auch nicht nachgebildet werden. Mit Blick auf das Diskriminierungsverbot sei die Antragstellerin verpflichtet, auch ihren Wettbewerbern ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Dies fordere im übrigen auch die in Kürze in Kraft tretende TKG-Novelle. Danach sei der Marktbeherrscher zukünftig bei Einführung eines neuen Endkundenproduktes verpflichtet, seinen Wettbewerbern ein Angebot über wesentliche Vorprodukte vorzulegen. Anderenfalls könne die Regulierungsbehörde nach § 39 Abs. 4 TKG (neu) den Tarif ohne weitere Prüfung ablehnen.
- Die Beschlusskammer müsse bei ihrer Entscheidung ferner berücksichtigen, dass von dem Angebot eine erheblich psychologische Wirkung ausgehen könnte. Insoweit zeige die Erfahrungen mit „AktivPlus xxl“, dass sich Kunden für ein Angebot entschieden, das für sie unter ökonomischer Gesicht weniger günstig sei, als Angebote von Wettbewerbern.

Beigeladene 4

- Nach den Erfahrungen der Beigeladenen 4 wäre der Tarif ausgehend vom unveränderten Nutzungsverhalten ihrer Kunden gerade noch kostendeckend. Da der Tarif aufgrund seiner Struktur jedoch insbesondere Anreize für längere Gespräche setze, sei nach wie vor zu erwarten, dass die Kosten des „enjoy Tarifs“ über dem Niveau von Verbindungs- und Grundentgelt lägen.
- Von dem Tarif gehe eine erhebliche Sogwirkung aus, die dazu führe, dass der Tarif nicht nachgebildet werden könne.
- Entgegen der Auffassung der Antragstellerin lasse sich aus der von der Beigeladenen im Vorverfahren vorgelegten Infas-Studie nicht ableiten, dass Call-by-Call-Kunden grundsätzlich kein Interesse an mehrstufigen Tarifen hätten, da sie von einem monatlichen Überlassungsentgelt und einem zusätzlichen Verbindungsentgelte abgeschreckt würden. Diese Schlussfolgerung beziehe sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut einzig und allein auf die Nutzung von Call-by-Call-Angeboten und belege insoweit die fehlende Nachbildbarkeit.
- Die Abteilung 1 der Regulierungsbehörde habe im „10 Cent Tarif“-Verfahren richtiger Weise diesen Tarif kritisch bewertet und darauf hingewiesen, dass die Gefahr negativer Wettbewerbswirkungen bestehe, die insbesondere daraus resultieren könnten, dass Anbieter im offenen Call-by-Call wegen der fehlenden Möglichkeit, zweistufige Tarife zu realisieren, nicht in der Lage seien, ihren Kunden ein vergleichbares Angebot zu unterbreiten.
- Weiterhin habe die Abteilung 1 zutreffend darauf hingewiesen, dass auch Preselection-Anbieter mangels eines entbündelten Resale-Angebots für Anschlüsse keine Bündelprodukte aus Anschluss- und pauschal tarifierten Verbindungsleistungen anbieten könnten. Dem könnte sich die Beigeladene nur anschließen und dies gelte auch unverändert für den „enjoy Tarif“.
- Die Beigeladene müsse im Falle einer Genehmigung mit einem Rückgang von █% (**BuGG**) bei ihren Preselection-Kunden und █% (**BuGG**) bei ihren Call-by-Call-Kunden rechnen und mit einem Umsatzrückgang von ca. █. € (**BuGG**) pro Jahr rechnen.

Beigeladene 7:

- Die „IC+25%“-Regel sei rechtswidrig. Sie stelle insoweit einen Dritten Weg zwischen Einzelgenehmigungsverfahren und Price-Cap-Verfahren dar, den das Gesetz so nicht vorsehe.
- Die „IC+25%“-Regel lasse aufgrund der Komplexität des vorliegenden Optionsangebotes, bei dem die Genehmigungsentscheidung weitgehend auf Nutzungsprognosen beruhe, eine sachgerechte Prüfung nicht zu.
- Der Verweis im Beschluss BK2a 04/006 vom 27.05.2004 auf die Rechtsprechung des OVG Münster überzeuge nicht, da zum Zeitpunkt der Entscheidung des OVG noch höhere Interconnectionentgelte gegolten hätten.
- Die Datenbasis, auf die die Antragstellerin bei ihrer Prognose abgestellt habe, sei unklar. Einerseits verweise sie auf die langjährigen Erfahrungen mit dem Optionsangebot „Aktiv-Plus sunday“, andererseits trage sie vor, dass das zu erwartende Nutzungsverhalten noch geringer ausfalle, als bei dem zugrundegelegten „AktivPlus xxl (neu)“-Kunden. Dies gebe

Anlass zu der Besorgnis, dass die Datenbasis für die Prognose des Nutzungsverhaltens nicht konsistent sei.

- Der beantragte Tarif enthalte auch weiterhin Abschläge. Bei Zugrundelegung des Nutzungsverhaltens von Kunden des Tarifes „Arcor ISDN“ ergäben sich nach der „IC+25%“-Regel Kosten in Höhe von ■■■■ € (**BuGG**), die mit dem monatlichen Überlassungsentgelt von 4,03 € nicht ausgeglichen werden könnten. Der Tarif sei somit für die Beigeladene 2 auch nicht nachbildbar.
- Im übrigen verstoße das Optionsangebot gegen den von der Beschlusskammer selbst aufgestellten Grundsatz, nachdem jede einzelne Verbindungsleistung für sich betrachtet kostendeckend zu sein hat. Vielmehr müssten Kostenunterdeckungen durch Vielnutzer durch Kostenüberdeckungen bei Nutzern, die weniger Minuten in Anspruch nähmen, ausgeglichen werden.
- Die von der Beschlusskammer anerkannte Ausnahme für nutzungsdauerunabhängig tarifierte Dienstleistungen könne bei dem „enjoy Tarif“ nicht angenommen werden, da es sich insoweit nicht um einen Flatrate-Tarif handele. Gespräche mit einer Dauer von über einer Stunde fielen bei der Beigeladenen mit über 6% ins Gewicht, was eine nicht vernachlässigbare Größe darstelle.
- Die Wettbewerbsmöglichkeiten der Beigeladenen würden bei einer Genehmigung erheblich beeinträchtigt, da die Preselection-Möglichkeit des Kunden faktisch ausgeschlossen würde, weil eine Voreinstellung auf einen anderen Verbindungnetzbetreiber aus Sicht des Nutzers ökonomisch keinen Sinn machen würde.
- Von dem Angebot gehe daher ein erhebliches Gefährdungspotential insbesondere auf das Preselection-Geschäft der Beigeladenen aus. Die möglichen Auswirkungen habe man bereits anhand einer im Verfahren BK2a 04/006 vorgelegten Studie empirisch belegt. Obwohl die Beigeladene insoweit keine neuen Erkenntnisse erwarte, sei beabsichtigt, der Beschlusskammer bis zum 28.06.2004 eine weitere Studie nachzureichen, welche die Übertragbarkeit der Ergebnisse der erstgenannten Studie auf den vorliegenden Fall überprüfen solle. Insoweit werde der Beschlusskammer nahegelegt, vor einer Entscheidung das Ergebnis dieser Studie abzuwarten und ggf. die volle Entscheidungsfrist von 6 Wochen auszuschöpfen.
- Das vorliegende Angebot erfülle des weiteren auch den Diskriminierungsstatbestand des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG. So würde ein Kunde der ein kurzes Gespräch mit entsprechend niedrigeren Kosten führe benachteiligt, wenn er für das Gespräch den gleichen Preis bezahlen müsste, wie ein anderer Kunde, der ein längeres Gespräch mit entsprechend höheren Kosten führe.
- Von dem Angebot gehe eine höhere Sogwirkung als bei den bisherigen Tarifen „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus xxl sunday“ aus, da er sämtliche Sprachtelefondienstverbindungen erfasse und nicht nur auf den Sonntag oder das Wochenende beschränkt sei.

Beigeladene 12:

- Die Antragstellerin versuche, durch eine – rechtlich gesehen – kosmetische Anhebung der Grundgebühr und des Gesprächsentgelts, die erheblichen wettbewerbsbeeinträchtigen-

den Auswirkungen ihrer Optionspreisstrategie zu vertuschen. Es gelänge ihr aber nicht, die zahlreichen und fundierten Bedenken der Wettbewerber, des Bundeskartellamtes und der erkennenden Beschlusskammer zu entkräften.

- Die durch die Sogwirkung und Bezugskonzentration des „enjoy Tarifs“ zu erwartenden Umsatzeinbußen und die daraus resultierenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen seien nach wie vor als erheblich zu bezeichnen.

Beigeladene 14:

- Der Tarif beruhe auf einer Mischkalkulation, die insoweit nicht mit den Maßstäben des § 24 TKG vereinbar sei.
- Der von der Antragstellerin zugrunde gelegte Sicherheitsschlag für Prognoseunsicherheiten reiche nicht aus, zumal die Prognose nicht auf das Nutzungsverhalten bei dem Optionsangebot „AktivPlus xxl weekend“ gestützt werden könne.
- Bei der kartellrechtlichen Bewertung dürfe das Angebot nicht isoliert bewertet werden. Entsprechend der Stellungnahme des Bundeskartellamtes seien vielmehr die Wirkungen aller Optionsangebote in ihrer Gesamtheit entscheidend.
- Es bestehe kein sachlicher Grund für die Beschränkung des Tarifs auf Anschlüsse der Antragstellerin.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 18.06.2004 zu den im Hinblick auf § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB vorgetragenen Bedenken der Wettbewerber Stellung genommen.

Die vom Bundeskartellamt geforderte Gesamtbetrachtung aller Optionstarife im Hinblick auf ihre wettbewerbliche Auswirkung sei nicht vom Verfahrensgegenstand erfasst, der sich alleine auf die Genehmigung des vorliegenden Tarifes beziehe.

Es liege keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor. Die bisher am Markt eingeführten Optionsangebote hätten den festzustellenden Marktanteilzuwachs der Wettbewerber insgesamt bislang nicht merklich bremsen können.

Insbesondere bei Preselection sei ein besonders hoher Anstieg zu verzeichnen. Hierin dürften sich die Marktanstrengungen der Wettbewerber widerspiegeln, die seit Jahren ein stärkeres Wachstum von Preselection anstrebten, um eine direkte Kundenbeziehung zu haben. Diese Entwicklung habe sich durch die Einführung der Carrier-Selection im Ortsbereich beschleunigt.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 25.06.2004 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben vom 25.06.2004 mitgeteilt, dass sie grundsätzlich eine Prüfung des beantragten „enjoy Tarifs“ nach §§ 19, 20 GWB und Art. 82 EG-Vertrag für geboten halte, da auch dieser Tarif eine Beeinträchtigung der Wettbewerber darstelle. Zu den Kriterien bei der Interessenabwägung zur Prüfung der Erheblichkeit bzw. Unbilligkeit dieser Beeinträchtigung werde auf die Stellungnahme der Beschlussabteilung vom 27.05.2004 zum Entscheidungsentwurf zum Optionsangebot „10 Cent-Tarif“ verwiesen. Nach der Genehmigung des „enjoy Tarif“ stelle sich umso mehr die Frage, wie die Optionsangebote der Antragstellerin in ihrer Gesamtheit wirke. Die Beschluss-

abteilung rege an, für den „enjoy Tarif“ eine Genehmigungsfrist von weniger als einem Jahr zu setzen, um einerseits ausreichende Informationen über das Kundenverhalten zu erhalten und andererseits möglichen wettbewerbsschädlichen Entwicklungen frühzeitig entgegenzutreten zu können.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte sowie auf die Verfahrensakte in dem Verfahren BK2a 04/006 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.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 82 Satz 3 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.
- d) Eine von einigen Beigeladenen behauptete Verletzung von Beteiligungsrechten ist nicht gegeben.

Die von der Antragstellerin vorgenommene Schwärzung der Anlage 3 des Antrages auch in Bezug auf die Kalkulationsmethodik war berechtigt, da es sich auch insoweit eindeutig um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin gehandelt hat. Eine Offenlegung war vorliegend auch nicht geboten, da es den Beigeladenen möglich war, auch ohne die Kenntnis dieser Angaben aufgrund eigener Erfahrungen selbst eine belastbare Abschätzung in Bezug auf die Kalkulation eines solchen Angebots und insbesondere auch im Hinblick auf das für die Kostendeckung des Tarifs maßgebliche zu erwartende Nutzungsverhalten der Kunden zu treffen. Dies zeigt insoweit auch die hohe Anzahl und Umfang der in diesem Verfahren eingegangenen Stellungnahmen.

Auch die Kritik der Beigeladenen an der Nichtveröffentlichung der von der Antragstellerin auf Bitte der Beschlusskammer im Verfahren BK2a 04/006 vorgelegten Forsa-Studie ist insoweit nicht nachvollziehbar. Der Inhalt der Studie ist insoweit zweifelsfrei als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis einzustufen. Im übrigen hat die Antragstellerin die wesentlichen Ergebnisse dieser Studie bereits in ihrer Stellungnahme vom 19.04.2004 offengelegt, die insoweit auch den Beigeladenen übersandt worden ist.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen besteht auch keine Verpflichtung, die Entscheidungsfristen voll auszuschöpfen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die wesentlichen Streitfragen bereits im vorausgegangen Verfahren BK2a 04/006 ausführlich erörtert

wurden. Zudem wurde den Beigeladenen auch in diesem Verfahren die Gelegenheit gegeben, sich nochmals ausführlich zur beantragten Entgeltmaßnahme zu äußern. Auch die von der Beigeladenen 7 angekündigte Studie zu den Auswirkungen des beantragten Tarifs auf ihre Wettbewerbsmöglichkeiten liegt der Beschlusskammer vor. Aus ihr ergeben sich aber, wie von allen Verfahrensbeteiligten in der öffentlichen Mündlichen Verhandlung prognostiziert, keine grundlegend neuen Erkenntnisse.

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 beinhalten.
- b) Die Antragstellerin verfügt auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG weiterhin über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

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

Zum einen erfüllt die Antragstellerin den Vermutungstatbestand des § 19 Abs. 3 GWB. So verfügt die Antragstellerin für die Bereiche Teilnehmeranschlüsse, Orts- und Fernverbindungen sowohl gemessen an den Umsatzerlösen als auch an den Verbindungsminuten jeweils über Marktanteile von über 60% in den Jahren 2001 und 2002. Insbesondere bei den Teilnehmeranschlüssen und den Ortsverbindungen liegen die Marktanteile über 90%. Auch für den Bereich der Auslandsverbindungen liegen derzeit noch keine Erkenntnisse vor, die die bisherige marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin in Frage stellen könnten.

Zum anderen ergibt sich aus einer wertenden Gesamtschau nach den Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB kein erkennbarer Abbau einer marktbeherrschenden Stellung der Antragstellerin

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 einzelne 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 ist gemäß § 25 Abs. 1 TKG die beantragte Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile für die in dem Optionsangebot „enjoy Tarif“ enthaltenen 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.

Bei entsprechender Nachfrage führt die Inanspruchnahme des Angebot zu einer Senkung gegenüber den im Rahmen der Price-Cap-Regulierung genehmigten Standardtarifen. 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 offenkundiger Verstoß gegen das Verbot wettbewerbswidriger Abschläge i.S.d. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG dürfen Entgelte keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen, es sei denn, dass hierfür ein sachlicher Grund nachgewiesen wäre.

Das zur Genehmigung vorgelegte Optionsangebot „enjoy Tarif“ enthält offenkundig keine Abschläge im Sinne dieser Vorschrift.

Anwendbarkeit des „IC+25%“-Maßstabes

Hinsichtlich der in dem Optionsangebot enthaltenen Verbindungsleistungen im Inland kann sich die Prüfung von Optionsangeboten in Bezug auf wettbewerbswidrige Abschläge wegen der grundsätzlichen Geltung der Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst 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).

Soweit von Seiten der Beigeladenen vorgetragen wurde, ein Rabatt auf bereits genehmigte Tarife müsse automatisch zu Abschlägen i.S.d. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG führen, ist dies unzutreffend.

Gemäß den Beschlüssen der Regulierungsbehörde vom 21.12.2001 (Az. BK2c 01/009) und 22.07.2003 (Az. BK2a 03/010) unterliegen die Standardtarife der Antragstellerin für Anschlussleistungen, City-, Fern- und Auslandsverbindungen im Zeitraum vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2004 der Price-Cap-Regulierung. Die entsprechenden Standardtarife sind danach genehmigungsfähig, wenn sie die vorgegebenen Maßgrößen, die ein bestimmtes Umsatzvolumen - gebildet aus einer Referenzabsatzmenge und den zugehörigen Preisen repräsentieren - einhalten. Die Maßgrößen bilden insoweit den äußeren Rahmen, innerhalb dessen ein Preishöhenmissbrauch in jedem Falle ausgeschlossen werden kann. Der Rahmen ist dabei systembedingt an die allgemeine Preissteigerung gekoppelt, also indexiert. Die Price-Cap-Regulierung bezweckt in erster Linie den Schutz der Kunden vor überhöhten Entgelten und soll sicherstellen, dass das Entgeltniveau des marktbeherrschenden Unternehmens eine durch (Mindest-)Senkungsvorgaben bzw. genau definierte Preiserhöhungsspielräume vorgegebene Obergrenzen nicht überschreitet.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass bei einer Übererfüllung der Senkungsvorgabe oder Nichtausnutzung eines Erhöhungsspielraums automatisch ein Verstoß gegen das Dumpingverbot angenommen werden könnte. So hat die Antragstellerin beispielsweise ihr Preisniveau während der Geltungszeit der ersten Price-Cap-Periode 1998 – 1999 sowohl im Korb Privatkunden, als auch im Korb Geschäftskunden um mehr als 20% abgesenkt, obwohl das damalige Price-Cap nur eine Senkung von 4,3% vorgegeben hatte.

Vom Vorliegen offenkundiger Abschläge kann vielmehr erst dann ausgegangen werden, wenn das Entgelt einer vom Price-Cap umfassten Dienstleistung so stark abgesenkt wird, dass die Kosten der betreffenden Dienstleistung offenkundig nicht mehr gedeckt werden können. Bezogen auf die City- und Fernverbindungen ist dies nach ständiger Spruchpraxis der Regulierungsbehörde immer dann der Fall, wenn das Entgelt die sich bei Anwendung der „IC+25%“-Regel ergebende Preisuntergrenze unterschreitet und damit die minutenbezogenen Kosten nicht mehr abgedeckt werden können. Diese Preisuntergrenze bildet insoweit auch eine Benchmark, auf die sich die Tarife des regulierten Unternehmens langfristig hinbewegen sollten. Mit der Festlegung der Preisuntergrenze wird darüber hinaus auch sichergestellt, dass die Wettbewerber die Angebote des regulierten Unternehmens bei Bezug entsprechender Vorleistungen vom marktbeherrschenden Unternehmen nachbilden können.

Insgesamt ergibt sich damit für die Antragstellerin ein Preissetzungskorridor, innerhalb dessen sich die jeweiligen Endkundenentgelte bewegen können, ohne gegen das Aufschlags- bzw. Dumpingverbot zu verstoßen. Dieser Spielraum verschafft der Antragstellerin insoweit auch die Möglichkeit, die im Markt üblichen Tarifiedifferenzierungen vorzunehmen und insbesondere Vieltelefonierern entsprechende Preisnachlässe zu gewähren, sowie die Zuschläge für die Finanzierung von Lasten etc. entsprechend der Nachfrageelastizität der einzelnen Kundengruppen zu verteilen.

Mit ihrer Forderung nach einer Vorlage umfassender Kostenunterlagen verkennen die Beigeladenen zum einen, dass das Gesetz in Bezug auf das Abschlagverbot des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG gemäß § 27 Abs. 3 TKG einen offenkundigen Verstoß voraussetzt und damit

anders als bei der Prüfung des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG gerade keine Prüfung anhand von Kostenunterlagen vorgesehen ist. Zum anderen vernachlässigen sie auch den Umstand der grundsätzlichen Geltung der Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst, die in erster Linie einen Preishöhenmissbrauch verhindern und einen flexiblen Preissetzungsspielraum gewähren soll. Des Weiteren verschließen sich die Beigeladenen der Erkenntnis, dass die Regulierungsbehörde aufgrund der im Interconnection-Bereich durchgeführten Regulierungsverfahren bereits die effizienten Kosten der Netznutzung ermittelt hat.

Es wäre widersinnig, wenn man im Hinblick auf die im Price-Cap enthaltenen Standardtarife von der Vorlage von Kostennachweisen absähe, die Antragstellerin dann aber im Hinblick auf die Rabatte, die insoweit lediglich Tarifvarianten für ein und dieselbe Leistung darstellen, dazu zwingen würde, die gleichen Kostenunterlagen dann doch vorzulegen, die ohnehin bereits aus den IC-Genehmigungsverfahren bekannt und geprüft sind. Insofern verfügt die Regulierungsbehörde mit der „IC+25%-Regel“ über ein sehr präzises und effektives Instrumentarium zur Bestimmung der Dumpinggrenze.

Die Anwendung der „IC+25%“-Regel beruht auf der Überlegung, dass sich die Kosten für die jeweilige Verbindungsleistung aus den Kosten für die Netzinfrastruktur sowie einem Zuschlag für sonstige Kosten, d.h. insbesondere Vertriebskosten, Inkasso und Delkredere zusammensetzen. Mit den von der Regulierungsbehörde bereits überprüften und genehmigten Zusammenschaltungsentgelten werden die Kosten der Netznutzung abgebildet, wobei für eine Verbindung im Netz für die Zuführung jeweils der Tarif B.2 „local“ und bei Terminierung der Tarif B.1 „single transit“ für eine Cityverbindung und B.1 „double transit“ für eine Fernverbindung angesetzt wird, was sowohl im City-Bereich als auch im Fernverbindungsbereich jeweils der maximalen Tarifentfernung entspricht. Hintergrund ist die Überlegung, dass es im Hinblick auf die zugrunde gelegten effizienten Netzkosten ohne Bedeutung ist, ob die Verbindungsleistung für einen Zusammenschaltungspartner oder für einen Endkunden erbracht wird.

Gegen eine Bezugnahme auf die genehmigten Interconnection-Entgelte lässt sich entgegen der Auffassung der Beigeladenen 13 auch nicht einwenden, dass die zuletzt mit Beschluss BK4c 03/123 vom 28.11.2003 erfolgte Genehmigung dieser Entgelte im Wesentlichen auf einem internationalen Preisvergleich beruht habe. Die Beigeladene 13 verkennt insoweit, dass gemäß § 3 Abs. 3 TEntgV bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung neben den vorgelegten Kostennachweisen zusätzlich insbesondere Preise und Kosten solcher Unternehmen als Vergleich herangezogen werden sollen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren Märkten im Wettbewerb anbieten.

Auch bei dem Zuschlag von 25% für Vertriebskosten, Inkasso, Delkredere etc. handelt es sich nicht um einen gegriffenen Wert. Er ist vielmehr das Ergebnis einer im Jahre 1999 insbesondere auch auf der Grundlage von Stellungnahmen der Antragstellerin und der Wettbewerber durchgeführten Untersuchung der Regulierungsbehörde (vgl. Beschluss BK2-1 99/035 vom 16.02.1999).

Entgegen der von den Beigeladenen vorgetragenen Auffassung besteht insoweit keine Veranlassung, die Höhe des Zuschlags von 25% einer neuen Überprüfung zu unterziehen. Das Oberverwaltungsgericht Münster hat diesbezüglich in seinen die Genehmigung der Optionsangebote „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus calltime 120“ betreffenden Beschlüssen 13 B 2621/03, 13 B 2624/03, 13 B 2623/03 und 13 B 2689/03 vom 29.01.2004 eindeutig festgestellt, dass die „IC+25%“-Regel als Maßstab zur Ermittlung der Dumpinguntergrenze nicht zu beanstanden und Kritik der Wettbewerber gegen die „IC+25%“-Regel insoweit

nicht nachvollziehbar ist. Das Oberverwaltungsgericht hat in den genannten Beschlüssen des Weiteren ausgeführt, dass die „IC+25%“-Regel im Verfahren BK2a 03/002 von den Wettbewerbern nicht verwaltungsgerichtlich angegriffen worden sei. Vielmehr hätten diese den Beschluss BK2a 03/002 vom 01. April 2003 bestandskräftig werden lassen. Im Übrigen könne davon ausgegangen werden, dass die Wettbewerber nach Beendigung der Markteintrittsphase Kostensenkungspotentiale wie die Antragstellerin ausnutzten und mit der Nebenkostenpauschale von 25% auskommen (vgl. OVG Münster Beschlüsse vom 29.01.2004 13 B 2621/03, 13 B 2624/03, 13 B 2623/03, 13 B 2689/03).

Die vom Oberverwaltungsgericht im Hinblick auf die AktivPlus-Angebote der Antragstellerin angestellten Erwägungen treffen insoweit auch auf den vorliegenden „enjoy Tarif“ zu. Eine von einigen Beigeladenen geforderte regelmäßige Überprüfung des Zuschlages in Bezug auf die tatsächlichen Vertriebskosten der Antragstellerin und der Wettbewerber hätte zur Folge, dass aufgrund der vorhandenen Kostensenkungspotentiale im Prinzip bei jeder neuen Genehmigung und bei jedem neuen Angebot die aktuellen Vertriebskosten der Antragstellerin und ihrer Wettbewerber untersucht werden müssten und damit die „IC+25%“-Regel in der Praxis kaum noch handhabbar wäre. Im Übrigen lässt der Vortrag der Beigeladenen unberücksichtigt, dass die „IC+25%“-Regel lediglich die absolute Preisuntergrenze für die in den Optionsangeboten enthaltenen Verbindungsentgelte bestimmt. Tatsächlich bewegt sich die überwiegende Anzahl der in den Optionsangeboten der Antragstellerin enthaltenen Verbindungsentgelte in einem deutlich höherem Abstand zu den Interconnection-Entgelten.

Flatrate-Charakter

Entgegen der Auffassung einiger Beigeladenen handelt es sich bei dem „enjoy Tarif“ seiner Struktur nach um eine Flatrate-Komponente. Für eine Gesprächspauschale von 12 Cent (brutto) erhält der Kunde die Möglichkeit, sowohl City- als auch Ferngespräche im Festnetz bis zu einer Dauer von einer Stunde zu führen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Anteil an Gesprächen mit einer Dauer von über einer Stunde im Standardfall praktisch nicht ins Gewicht fällt. Die Gesprächsdauer hat somit nur ganz geringen, d.h. vernachlässigbaren Einfluss auf die Höhe des zu zahlenden Entgelts.

Aufgrund dieses „Flatrate“-Charakters kann die Bewertung, ob der „enjoy Tarif“ offenkundige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthält, allein auf einer Prognose zum durchschnittlichen Nutzungsverhalten des angesprochenen Kundensegments beruhen. Entscheidend ist danach, in welchem Umfang der „enjoy Tarif“-Kunde im Vergleich zum Standardkunden im Durchschnitt mehr Gespräche führt (Gesprächshäufigkeit) und ob und in welchem Umfang der „enjoy Tarif“-Kunde im Vergleich zum Standardkunden im Durchschnitt längere Gespräche führt (Gesprächsdauer).

Die Kostendeckung der vorliegenden Verbindungsentgelte wird maßgeblich durch die durchschnittliche Gesprächsdauer des potentiellen Nachfragersegments bestimmt. Grund hierfür ist, dass bei Gesprächen bis zu einer Stunde die Einnahmen mit 10,34 Cent konstant bleiben, die Kosten aber abhängig von der Gesprächslänge kontinuierlich ansteigen. Die Beschlusskammer muss daher eine Abschätzung treffen, inwieweit Kunden, die den Stundentakt in Anspruch nehmen, höhere durchschnittliche Gesprächsdauern aufweisen.

Soweit es bei den Verbindungsentgelten nach den Ergebnissen dieser ersten Abschätzung zu Kostenunterdeckungen kommt, muss eine weitere Prognose getroffen werden, wie sich das durchschnittliche monatliche Gesprächsaufkommen (Gesprächshäufigkeit) im poten-

tiellen Nachfragersegment einstellen wird.

Auf der Grundlage der angestellten Prognosen ist schließlich zu prüfen, ob das monatliche Überlassungsentgelt von 4,03 € ausreicht, die bereits bei dem von der Antragstellerin selbst prognostizierten Nutzungsverhalten des potentiellen Nachfragesegments pro Gespräch entstehenden Kostenunterdeckungen zu kompensieren.

Unabhängig hiervon ist ferner eine Bewertung erforderlich, ob die von der Deutschen Telekom AG als Referenz genannten Tarifoptionen der Anbieter British Telecom, Telecom Italia und HanseNet in Bezug auf ihre wettbewerblichen Auswirkungen tatsächlich, wie von der Deutschen Telekom AG behauptet, mit dem beantragten „enjoy Tarif“ vergleichbar sind.

Prognosegenauigkeit des Antrages

Ausgehend von den Erfahrungen mit der Nutzung des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ prognostiziert die Antragstellerin in Bezug auf die Gesprächshäufigkeit einen Anstieg von ca. ■% (BuGG) und in Bezug auf die Gesprächsdauer eine Verlängerung von ca. ■% (BuGG). Träfe die Prognose der Antragstellerin zu, so stünden Kosten in Höhe von ■ € (netto) (BuGG) monatliche Einnahmen in Höhe von ■ € (BuGG) gegenüber.

Allerdings weisen die Beigeladenen zu recht darauf hin, dass die Prognose der Antragstellerin nicht berücksichtigt, dass sich das Angebot aufgrund seiner Struktur insbesondere für Langtelefonierer eignet. Während nämlich bei der Nutzung von „AktivPlus xxl“ unerheblich ist, wie viel und wie lange der Kunde telefoniert, führt die Gesprächspauschale im „enjoy Tarif“ dazu, dass insbesondere bei langen Gesprächen die größte Einsparung erzielt werden kann. Es ist daher sehr naheliegend, dass der „enjoy Tarif“-Kunde im Durchschnitt längere Gespräche führt als der durchschnittliche „AktivPlus xxl“-Kunde, bei dem es insofern in erster Linie auf ein hohes Verbindungsvolumen, nicht aber auf die durchschnittliche Gesprächsdauer ankommt. Die durchschnittliche Gesprächsdauer könnte darüber hinaus auch dadurch gesteigert werden, dass Kunden, um den Nutzen des Angebots zu optimieren, bei Gesprächen, die voraussichtlich eher kurz ausfallen werden, auf Call-by-Call-Angebote anderer Anbieter ausweichen könnten.

Auch der Umstand, dass die Flatratekomponente bei „AktivPlus xxl sunday“ auf Sonn- und Feiertage beschränkt ist, während der „enjoy Tarif“ die ganze Woche insbesondere auch in den Hauptzeiten gelten soll, stellt insoweit die Aussagekraft der Prognose der Antragstellerin in Frage.

Aus den dargestellten Gründen hält die Beschlusskammer die von der Antragstellerin aufgestellte Prämisse, aus den Erfahrungen mit dem Optionstarif „AktivPlus xxl“ über die Veränderung des Gesprächsverhaltens ließen sich stichhaltige Aussagen in Bezug auf die maximale Gesprächshäufigkeit und Gesprächsdauer beim „enjoy Tarif“ ziehen, für wenig überzeugend.

Hinzu kommt, dass die Prognosen der Antragstellerin auf den durchschnittlichen Gesprächsdauern der Standardkunden aufsetzen. Inwieweit dies repräsentativ ist, darf hinterfragt werden, da bereits eine spürbare Zahl besonders preissensibler Kunden mit hoher Nachfrage zu anderen Optionstarifen der Antragstellerin oder zu Wettbewerbern abgewandert sein dürften. Gerade diese Kunden dürften aber mit dem neu beantragten Tarif umworben werden.

Bereinigt man die auf dem Nutzungsverhalten der „AktivPlus“-Kunden um den oben Beschriebenen Verlagerungseffekt aus der Woche auf die Nebenzeit an Wochenenden, so entstünden der Antragstellerin bei Anwendung der „IC+25%“ Kosten in Höhe von ■■■■ € (**BuGG**), denen insoweit Einnahmen in Höhe von ■■■■ € (**BuGG**) gegenüberstehen würden. Dies bedeutet, dass das zusätzliche monatliche Eintrittsentgelt in vollem Umfang zur Absicherung von etwaigen Prognoseunsicherheiten zur Verfügung stünde. Nach den Erfahrungen der Beschlusskammer aus früheren Verfahren mit Angeboten, die ebenfalls Flatrate-Komponenten beinhalten, dürfte der sich ergebende Abstand zwischen den prognostizierten Kosten und Einnahmen in Höhe von über ■■■% (**BuGG**) ausreichen, Prognoseabweichungen nach oben abzudecken.

Hierfür sprächen auch die von einigen Beigeladenen in diesem Verfahren und im Verfahren BK2a 04/006 abgegebenen Prognosen. Die Wettbewerber gehen, wie die Antragstellerin, in ihren Prognosen von einem ähnlichen Anstieg in Bezug auf die Gesprächsdauer aus. Allerdings wird aufgrund eigener Erfahrungen bei der durchschnittlichen Anzahl an Gesprächen ein deutlich höherer Anstieg (ca. ■■■ (**BuGG**)) erwartet. Allerdings setzen die die Prognosen der Wettbewerber zur Gesprächsdauer insoweit bereits auf einer deutlich höheren Basis auf (bei der Beigeladenen 2 bspw. über ■ Minuten (**BuGG**)). Die Prognosen der Antragstellerin basieren dagegen auf der durchschnittlichen Gesprächsdauer des Standardkunden von ca. ■ Minuten (**BuGG**). Legt man insoweit insbesondere die von der Beigeladene 6 im Verfahren BK2a 04/006 vorgelegten Erfahrungswerte zugrunde, die insoweit mit dem Tarif „best Call“ selbst einen im Hinblick auf Struktur und Entgelthöhe mit dem Angebot der Antragstellerin weitgehend identischen Tarif anbietet, so ergäben sich auch insoweit keine Anhaltspunkte dafür, dass der „enjoy Tarif“ zu einer Kostenunterdeckung führen könnte.

Als Referenz dafür herangezogen werden, dass der vorliegende „enjoy Tarif“ keine Abschläge enthält, kann ferner angeführt werden, dass vergleichbare Tarife im Inland in anderen europäischen Ländern bereits angeboten und von den jeweiligen Regulierungsbehörden als wettbewerbsrechtlich unbedenklich bewertet worden sind.

So wird, wie bereits dargestellt, von HanseNet der Tarif „bestCall“ angeboten, der mit dem vorliegenden „enjoy-Tarif“ sowohl seiner Struktur als auch in Bezug auf das Entgeltniveau vergleichbar ist, wobei der Kunde hier sogar die Möglichkeit hat, für ein Verbindungsentgelt von ebenfalls 0,1034 € (netto) unbegrenzt zu telefonieren.

In Großbritannien bietet British Telecom (BT) mit dem Optionstarif „BT together Option 1“ in der Nebenzeit ebenfalls einen Tarif mit Stundentaktung (6 pence/Std.) an, der von der britischen Regulierungsbehörde Ofcom als nicht bedenklich eingestuft wurde.

In Italien bietet neben dem Unternehmen Tele2 Italia auch das marktbeherrschende Unternehmen Telecom Italia mit dem Tarif „Hello sempre“ eine mit dem beantragten „enjoy Tarif“ sowohl im Hinblick auf die Tarifstruktur, als auch die Entgelthöhe vergleichbare Tarifoption an. Insoweit ist festzustellen, dass die Antragstellerin mit dem neuen Angebot keinen wesentlich günstigeren Tarif anbieten würde, als dies im Inland und Ausland bislang der Fall gewesen ist.

Resumee

Nach allen Erfahrungen der Beschlusskammer im Hinblick auf die tatsächliche Entwick-

lung, das heißt die Einhaltung von Prognosen, kann davon ausgegangen werden, dass die von der Antragstellerin kalkulierte „Kostenreserve“ so bemessen ist, dass aller Voraussicht nach keine Abschlüge eintreten werden. Der verbleibenden Prognoseunsicherheit wird insoweit durch die Auflage Rechnung getragen, dass die Antragstellerin verpflichtet wird, wie bei den bisherigen Angeboten „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus xxl sunday“ gegenüber der Regulierungsbehörde monatlich über die Nutzerzahl und das Nutzungsverhalten, d.h. insbesondere über das durchschnittliche monatliche Verbindungsaufkommen und die durchschnittliche Gesprächsdauer der Kunden des Angebots „enjoy Tarif“ zu berichten.

c) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die beantragte Änderung der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebots „enjoy Tarif“ 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 Diskriminierungsstatbestand 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 Online-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.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 7 werden insbesondere auch Nutzer mit einer im Durchschnitt kürzeren Gesprächsdauer nicht gegenüber Nutzern mit durchschnittlich längeren Gesprächen diskriminiert. Jedem Nachfrager steht es insoweit frei, das für sein Nutzungsverhalten am besten geeigneten Tarif auszuwählen, wobei gerade das Angebot der Antragstellerin an verschiedenen Optionstarifen, worauf die Beigeladenen zu Recht hinweisen, durchaus differenziert ausgestaltet ist.

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 Optionsangebot „enjoy Tarif“ 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 von der Antragstellerin 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).

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es entgegen der Befürchtungen der Wettbewerber trotz der zum 1.10.2003 erfolgten es nach der Ausweitung des Optionsangebotes „AktivPlus „xxl“ auf den Samstag und der ebenfalls erfolgten Einführung des Optionsangebotes „AktivPlus basis calltime 120“ nicht zu einem dramatischen Anstieg der Kundenzahlen gekommen ist. Zwar nutzen mittlerweile knapp ■ Mio. Kunden (**BuGG**) das erweiterte „AktivPlus xxl“-Angebot. Dem steht jedoch ein Rückgang von fast ■ Mio. Kunden (**BuGG**) beim nicht mehr vertriebenen Optionstarif „AktivPlus xxl sunday“ gegenüber. Die Gesamtzahl der „AktivPlus xxl“-Kunden (alt und neu) ist im Zeitraum Oktober 2003 bis April 2004 lediglich von ca. ■ Mio Kunden (**BuGG**) auf ■ Mio. Kunden (**BuGG**) angestiegen, wobei die Zuwachsraten in den letzten Monaten eher rückläufig erscheinen.

Des Weiteren ist festzustellen, dass die Wettbewerber trotz eines insgesamt rückläufigen Verkehrsvolumens im Festnetz ihren Anteil am Verkehrsvolumen von 134 Mrd. Verkehrsminuten im Jahr 2002 auf 145 Mrd. im Jahr 2003 haben steigern können (Jahresbericht 2003 der RegTP S. 29). Dies entspricht einem prozentualen Anstieg von ca. 39% im Jahr 2002 auf ca. 42,5% im Jahr 2003.

Gegen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung spricht schließlich auch der Umstand, dass sich mit der am 01.12.2004 erfolgten Absenkung der Interconnectionentgelte die Möglichkeit der Wettbewerber, durch Aufbau eigener Infrastrukturen und den ergänzenden Zukauf von Zuführungs- und Terminierungsleistungen bei der Antragstellerin vergleichbare Angebote gestalten zu können, bzw. mit günstigeren Preisen auf das Angebot reagieren zu können, verbessert hat.

Insoweit zeigt sich, dass die von der Einführung neuer Optionsangebote ausgehende Sogwirkung in der Vergangenheit nicht in dem Umfang eingetreten ist, wie von den Wettbewerbern immer wieder behauptet.

Sollte dies wider Erwarten nach Einführung des „enjoy Tarifs“ anders sein, wäre es wünschenswert, wenn dies die Beigeladenen anhand nachvollziehbarer konkreter Daten über die Entwicklung ihrer Kunden- und Umsatzzahlen gegenüber der Beschlusskammer belegen würden.

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 Optionsangebote der Antragstellerin 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.

Ferner ist zu beachten, dass Teilnehmernetzbetreiber, wie das Beispiel der Beigeladenen 6 zeigt, durchaus in der Lage sind, mit vergleichbaren Angeboten auf den vorliegenden Tarif zu reagieren.

Ein Behinderungstatbestand zu Lasten der Teilnehmernetzbetreiber könnte sich allerdings aus dem Umstand ergeben, dass der Optionstarif „enjoy Tarif“ 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. Sofern Teilnehmernetzbetreiber überhaupt Call-by-Call ermöglichen, ist diese Möglichkeit nach den bisherigen Kenntnissen der Beschlusskammer nur für den Standardtarif der Antragstellerin möglich.

db) Keine Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Verbindungsnetzbetreibern

Im Hinblick auf die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Verbindungsnetzbetreiber lässt sich dagegen eine von dem Angebot „enjoy Tarif“ ausgehende Sogwirkung und Bezugskonzentration nicht von vornherein ausschließen. Hierfür spricht neben dem offensichtlichen Erfolg der bisherigen AktivPlus-Tarife - insgesamt wurden bislang mehr als 11 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 7 vorgelegte Studie zum Nutzungsverhalten von „enjoy Tarif“-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. Insoweit ist festzustellen, dass auch der „enjoy Tarif“ aufgrund seiner Struktur, die insbesondere auf Langtelefonierer abgestellt ist, besonderen Anreiz dazu bietet, gerade die kurzen Gespräche über Call-by-Call Anbieter abzuwickeln. 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 Entgeltenehmigungsverfahrens 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.

Die insoweit auch in diesem Verfahren wieder vorgetragene Behauptung der Wettbewerber, Verbindungsnetzbetreiber könnten den Tarif mangels eines geeigneten Vorleistungsproduktes nicht nachbilden überzeugt insoweit nicht.

Vorleistungs-Flatrate

Die für ökonomische Grundsatzfragen zuständige Abteilung 1 der Regulierungsbehörde führt in ihrem Prüfvermerk in Bezug auf die Forderung der Wettbewerber nach Einführung von kapazitätsorientierten Vorleistungsentgelten Folgendes aus.

„Diese reflektierten die Kostentreiber zwar am besten, brächten aber erhebliche Probleme bei der Umsetzung mit sich. Insbesondere kleinere Netzbetreiber hätten bei der vertraglich im voraus festzulegenden Kapazität höhere Risiken zu tragen.

Kapazitätsorientierte Zusammenschaltungsentgelte könnten für Pauschalentgelte, die auf eine Glättung der Verkehrskurve zwischen Haupt- und Nebenzeit zielen, einen möglichen

Lösungsansatz darstellen. Allerdings sei evident, dass dieser Ansatz allenfalls langfristig zu verfolgen sei. Für Pauschalentgelte, die auch die Hauptverkehrsstunde umfassten, dürften sie zu keiner besseren Nachbildbarkeit führen. Aufgrund geringerer Kundenzahlen und anderer Kundenstruktur hätten Wettbewerber ggf. sogar höhere Risiken zu tragen.“

Entbündeltes Anschluss-Resale

Des weiteren wird auch in diesem Verfahren seitens einiger Beigeladener behauptet, die Nachbildbarkeit der Angebote der Antragstellerin durch Verbindungsnetzbetreiber scheitere daran, dass diese den Verbindungsnetzbetreibern kein entbündeltes Angebot zum Resale von Anschlüssen unterbreite. Unabhängig davon, ob die Forderung im Hinblick auf die in Kürze in Kraft tretende TKG-Novellierung rechtlich überhaupt begründet wäre, stellt sich die Frage, ob Verbindungsnetzbetreiber die Angebote der Antragstellerin überhaupt vollständig nachbilden können müssen oder ob es nicht ausreicht, dass sie mit geeigneten eigenen Tarifen auf die Angebote der Antragstellerin reagieren können. Insoweit ist festzustellen, dass das Geschäftsmodell eines Verbindungsnetzbetreiber gerade darin besteht, Verbindungen anzubieten und keine Anschlüsse. Es bestehen insoweit auch keine rechtlichen Hindernisse, das Geschäftsmodell gegebenenfalls auch auf den Anschlussbereich auszuweiten, in dem der Verbindungsnetzbetreiber zu den gleichen Bedingungen wie ein Teilnehmernetzbetreiber die Teilnehmeranschlussleitung bei der Antragstellerin anmietet, um seinen Kunden auch Anschlussleistungen anbieten zu können. Nach Kenntnis der Beschlusskammer wird dies zumindest von einigen der beigeladenen Wettbewerber, bspw. der Beigeladenen 7 auch praktiziert.

Das Beispiel der Beigeladenen 7 belegt zudem, dass es entgegen der Behauptung einiger Beigeladener auch Verbindungsnetzbetreibern durchaus möglich ist, mehrstufige Verbindungsentgelte am Markt anzubieten.

Ausreichende Reaktionsmöglichkeit von Call-by-Call-Anbietern

Soweit seitens einiger Beigeladener vorgetragen wurde, mehrstufige Tarife ließen sich am Markt nicht durchsetzen, so belegt dies, dass sie mit ihren Angebot ganz offenkundig ein anderes Kundensegment bedienen, als etwa die Antragstellerin oder die Preselection-Anbieter. Ihre Angebote zielen insoweit auf solche Kunden ab, die nicht bereit sind, ein zusätzliches monatliches Überlassungsentgelt zu bezahlen, sondern die lieber von Fall zu Fall den jeweils günstigsten Anbieter auswählen.

Die Beschlusskammer teilt insoweit die von der Beigeladenen 7 vertretene Auffassung, dass von dem vorliegenden Angebot, wenn überhaupt, eher eine Sogwirkung auf die Verbindungsnetzbetreiber ausgehen dürfte, zumal es sich aufgrund der Struktur des Tarifes für den Kunden geradezu anbietet, bei Gesprächen mit absehbar kurzer Dauer auf Call-by-Call-Angebote auszuweichen.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass sich eine von dem „enjoy-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 "enjoy-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 Gesetzeszweck 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 Optionsangebote der Antragstellerin 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 "enjoy Tarif" 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 "enjoy Tarif" 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, den "enjoy Tarif" 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 "enjoy Tarif" 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 "enjoy Tarif" um ein reines Verbindungs-Angebot für City- und Fernverbindungen. Die Erfahrungen nach Einführung der Optionsangebote „AktivPlus xxl weekend“ und „AktivPlus basis calltime 120“ zeigen insoweit, dass nach der im Jahr 2003 erfolgten Einführung der carrier-selection im Ortsbereich auch

Verbindungsnetzbetreiber - beispielsweise im Wege von Preselection oder geschlossenem Call-by-Call – Angebote gestalten können, die einen vergleichbaren Leistungsumfang aufweisen, wie das vorliegende Angebot "enjoy Tarif".

In Bezug auf Anbieter eines offenen Call-by-Call ist festzustellen, dass sich deren Absatzchancen zumindest bezogen auf längere Gespräche sicherlich verschlechtern dürften, wenn sich der Kunde erst einmal für das Angebot "enjoy Tarif" entschieden hat. In diesem Falle würde es nämlich für den Kunden ab einer bestimmten Gesprächsdauer keinen Sinn mehr machen, Verbindungsleistungen einen anderen Anbieter zu beziehen. Daneben besteht aber auch für Anbieter eines offenen Call-by-Call die Möglichkeit, Kunden des Angebots "enjoy Tarif" mit eigenen Angeboten für Verbindungen in Mobilfunknetze, Verbindungen zu Onlinediensten sowie Verbindungen zu Telefonmehrwertdiensten 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.

In soweit ist zu berücksichtigen, dass der Kunde für die Inanspruchnahme ein nicht unerhebliches monatliches Überlassungsentgelt in Höhe von 4,02 € netto zu zahlen hat.

Für diesen Preis könnte ein Kunde beispielsweise im Wege des Call-by-Call bei dem derzeit günstigsten Call-by-Call-Anbieter monatlich immerhin bis zu 463 Minuten, d.h. 7 Stunden und 43 Minuten im Fernbereich und sogar bis zu 929 Minuten, d.h. 15 Stunden und 26 Minuten im City-Bereich telefonieren.

Dies zeigt, dass sich der Tarif überhaupt erst ab einem bestimmten Verkehrsvolumen auch tatsächlich lohnt.

Im Hinblick auf die eher moderate Kündigungsfrist von jeweils 6 Werktagen und einer Mindestvertragslaufzeit von 30 Kalendertagen wären die Angebote alternativer Verbindungsnetzbetreiber im übrigen auch für solche Kunden von Interesse, die sich zunächst für das vorliegende Angebot "enjoy Tarif" entschieden haben.

Angesichts des Umstandes, dass sich mit der Einführung der carrier selection im Ortsbereich der zum 1.12.2003 erfolgten Absenkung des Interconnection-Entgelte und der Beseitigung der Kosten-Preis-Schere im Anschlussbereich die Wettbewerbssituation sowohl für die Teilnehmernetzbetreiber, als auch für die Verbindungsnetzbetreiber erheblich verbessert hat, dürfte von dem Angebot "enjoy Tarif" 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 einer Beigeladenen in im Verfahren BK2a 04/006 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 An-

schlussentgelte gewähren würde. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen und auch des Bundeskartellamtes 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.

Der in der Stellungnahme des Bundeskartellamtes und einiger Beigeladener zum Ausdruck kommende Auffassung, dass es selbst dann, wenn die Konkurrenten den neuen Tarif nachbilden könnten, wettbewerbswidrig sein könne, wenn Call-by-Call und Preselection in ihrem Bestand gefährdet seien, kann sich die Beschlusskammer so allgemein nicht anschließen. Ebenso wenig wie aus dem GWB lässt sich auch aus dem TKG kein genereller Bestandsschutz für bestimmte Geschäftsmodelle, bspw. Call-by-Call und Preselection, herleiten. Einen Schutz genießen diese Geschäftsmodelle nur dann, wenn ihr Bestand aus wettbewerbsverzerrenden Einflüssen beeinträchtigt würde. Sollten sie aus Kundensicht neben neuen Angeboten („Flatrates“) unattraktiv werden, erscheint es wettbewerbsrechtlich nicht geboten, ihren Bestand zu schützen.

Auch nicht ohne weiteres anschließen kann sich die Beschlusskammer der Auffassung, dass sich derzeit allein aus der Anzahl der von der Antragstellerin angebotenen Optionsangebote ein Verstoß gegen § 19 Abs. 4 GWB ergeben könnte. Soweit jedes Optionsangebot für sich nicht als wettbewerbswidrig eingestuft werden kann, spräche aus Sicht der Beschlusskammer nichts dafür, dass sich aus einer Gesamtschau der Angebote eine Wettbewerbswidrigkeit ergeben könnte. Ungeachtet dessen wird die Beschlusskammer die weitere Marktentwicklung auch weiterhin kritisch im Auge behalten.

Auch der Umstand, dass die Antragstellerin mit der Einführung des neuen Angebotes möglicher Weise auf Deckungsbeiträge verzichtet, kann entgegen der Auffassung der Beigeladenen 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 getretene 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 Umfang zugeflossen sind. 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 wettbewerbslichen Auswirkungen der AktivPlus-Tarife auf das Nachfrageverhalten der Kunden und die Wettbewerbsmög-

lichkeiten anderer Anbieter noch nicht abgeschlossen waren. In seiner nach Abschluss der Untersuchungen abgegebenen Stellungnahmen in den Entgeltgenehmigungsverfahren BK 2a 03/002 und BK2a 03/012 hat jedenfalls das Bundeskartellamt der Einschätzung der Beschlusskammer, dass jedenfalls bei den Optionsangeboten „AktivPlus basis“, „AktivPlus“ und „AktivPlus xxl sunday“ bzw. „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus basis calltime 120“ ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB nicht festzustellen sei, im Ergebnis 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 des Kunden an innovativen und auf sein individuelles Nutzungsverhalten zugeschnittenen Optionsangeboten 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 xxl“ vom 25.06.2004 (Az. BK2a 04/007) 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 Ausbeutungsmisbrauchs 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 „enjoy Tarif“ in das Kundenwertprogramm „Happy Digits“ sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere würde auch die nach dem Kundenwertprogramm maximal mögliche Rabattierung nicht zu unzulässigen Abschlägen führen.

7. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung der beantragten Änderungen der Entgelte und ent-

geltrelevanten Bestandteile des Optionsangebots „enjoy Tarif“ 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 „enjoy“-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.

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 beigelegt 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
(Vorsitzender)

Busch
(Beisitzer)

Lindhorst
(Beisitzer)