



- Beschlusskammer 2 -

B e s c h l u s s

in dem Verfahren wegen

Antrag vom 02.02.2001 auf Genehmigung der Entgelte für das Optionsangebots „XXL“ im Sprachtelefondienst:

Az.: BK 2c 01/001

V e r f a h r e n s b e t e i l i g t e

1. **Deutsche Telekom AG,**
Friedrich-Ebert-Allee 140,

53113 Bonn,

vertreten durch ihren Vorstand, Dr. Ron Sommer (Vorsitzender), Josef Brauner, Detlev Buchal, Dr. Karl-Gerhard Eick, Jeffrey A. Hedberg, Dr. Hagen Hultzsch, Dr. Heinz Klinkhammer und Dipl.-Ing. Gerd Tenzer,

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. Thomas Mayen (Redeker Schön Dahs & Widmaier) und Dr. Frank Schmidt (Deutsche Telekom),
2. **Mannesmann Arcor AG & Co.,**
Kölner Straße 5,
65760 Eschbom,

vertreten durch die Mannesmann Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand, Dipl.-Ing. Harald Stöber (Vorsitzender), Dipl.-Wirtsch.-Ing. Elmar Hülsmann (Stellv. Vorsitzender), Dr. Michael Hann, Dr. Volker Ruloff und Karl-Heinz Söjke,

Beigeladene 1,

- Verfahrensbevollmächtigte: Martin Glock, Andreas Hachenberger und Margit Vanberg (Mannesmann Arcor),
3. **VIAG Interkom GmbH & Co.,**
Georg-Brauchle-Ring 23 - 25,

vertreten durch die VIAG Interkom Management GmbH München, diese vertreten durch die Ge-

- 80807 München,
- Verfahrensbevollmächtigte:
4. **QS Communications AG**,
Mathias-Brüggen-Straße 55,
50829 Köln,
- Verfahrensbevollmächtigte:
5. **Talkline GmbH**,
Talkline-Platz 1,
25388 Elmshorn,
- Verfahrensbevollmächtigte:
6. **telego! GmbH**,
Mehlbeerstraße 4,
82024 Taufkirchen bei München,
- Verfahrensbevollmächtigte:
7. **debitel AG**,
Schelmenwasserstraße 37 - 39,
70545 Stuttgart,
- Verfahrensbevollmächtigte:
8. **mediaWays GmbH**,
Hülshorstweg 30,
33415 Verl,
- geschäftsführer Dipl.-Ing. Maximilian Ardelt, Werner G. Fraas, Joachim Preisig, Lowry Stanage und Hans-Burghardt Ziemann,
- Beigeladene 2,**
- Dr. Jens Neitzel und Markus Haas (VIAG Interkom),
- vertreten durch den Vorstand Dr. Bernd Schlohbohm (Vorsitzender), Gerd Eykers und Markus Metyas
- Beigeladene 3,**
- Carsten R. Gottschalk und Dr. Stefan Weyhenmeyer (QSC),
- vertreten durch die Geschäftsführer Klaus Holgaard und Frank Schubert,
- Beigeladene 4,**
- Raoul F. Sander und Malte Piekarowitz (Talkline),
- vertreten durch die Geschäftsführer Manfred K. Wolff und Nicolas Adolph,
- Beigeladene 5,**
- Manfred K. Wolff und Nicolas Adolph (telego!),
- vertreten durch den Vorstand Peter Wagner (Vorsitzender), Herbert Kaufmann, Dr. Achim Egner, Dr. Dietrich-Wilhelm Gemmer, Dr. Thomas Homung und Rainer Krause,
- Beigeladene 6,**
- Dr. Ulrike Berger-Kögler und Daniela Zickfeld (debitel),
- vertreten durch den Geschäftsführer Bernhard Ribbrock,
- Beigeladene 7,**

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Michael Esser-Wellié und Dr. Peter Rädler (Freshfields Bruckhaus Deringer),
9. **BT Ignite GmbH & Co.,** vertreten durch die Geschäftsführer Werner G. Fraas, Stephan Mestraud und Lowry Stanage,
Georg-Brauchle-Ring 23,
80807 München, **Beigeladene 8,**
- Verfahrensbevollmächtigte: Dr. Jens Neitzel und Markus Haas (VIAG Interkom),
10. **HanseNet Tefongesellschaft mbH & Co. KG,** vertreten durch die HanseNet Telefon Geschäftsführungs-GmbH Karl-Heinz Mäver und Batu Karasar,
Hammerbrookstraße 63,
20097 Hamburg, **Beigeladene 9,**
- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Fiebig (HanseNet),
11. **Global Telesystems Netzwerk GmbH & Co. KG,** vertreten durch den Geschäftsführer Dr. Jürgen Hemichel, Johannes Theodor Jansen und Martin Rüther,
August-Thyssen-Straße 1,
40211 Düsseldorf, **Beigeladene 10,**
- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Donatus Kaufmann (GTS),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 02.04.2001 in der Besetzung

Dir Dipl.-Ing. Kuhrmeyer (Vorsitzender),
ORR Busch (Beisitzer 1) und
RD Funk (Beisitzer 2),

am 17.04.2001 entschieden:

Geschwärzte Fassung
– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

Die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebots „XXL“ gemäß den AGB „AktivPlus xxl“ und der Preisliste „AktivPlus xxl“ werden mit Wirkung zum 01.05.2001 genehmigt.

Die Genehmigung wird mit folgenden Nebenbestimmungen versehen:

1. Die Genehmigung wird bis zum 31.10.2001 befristet.
2. Der Antragstellerin wird aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens Bericht zu erstatten.
3. Der Antragstellerin wird aufgegeben, auch für Analog-Anschluss-Kunden ein zu dem Produkt „T-ISDN xxl“ äquivalentes Angebot zu gestalten und bis spätestens zum 10.08.2001 einen diesbezüglichen Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen.

Gründe

I.

Mit Beschluss BK 2c 00/004 vom 27.04.2000 hat die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post das Optionsangebot „XXL“ im Rahmen des Sprachtelefondienstes als Testbetrieb für die Zeit vom 01.06.2000 bis 31.12.2000 genehmigt. Dabei wurde die Antragstellerin verpflichtet, nach Einführung des Angebots monatlich gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen und das tatsächliche Nutzungsverhalten Bericht zu erstatten.

Der Testbetrieb wurde auf Antrag der Antragstellerin durch Beschluss BK2c 00/032 vom 08.12.2000 bis zum 30.04.2001 verlängert.

Mit Schreiben (Az.: OWP 5-2) vom 02.02.2001 hat die Antragstellerin beantragt,

die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebots „XXL“ gemäß der beigefügten AGB „AktivPlus xxl“ und Preisliste „AktivPlus xxl“ nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG ab dem 01.05.2001 zu genehmigen.

Der Antrag wurde am 14.02.2001 im Amtsblatt Nr. 3 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 72/2001 veröffentlicht.

Im Rahmen des auf Nutzer von Euro-ISDN-Mehrgeräteanschlüssen beschränkten Optionsangebots werden gegen Zahlung eines monatlichen Entgelts i.H.v. monatlich DM 12,83 netto (DM 14,89 brutto) bestimmte Inlands- und Auslandsverbindungen der DTAG besonders tarifiert. An Sonntagen und bundeseinheitlichen gesetzlichen Feiertagen erhält der Kunde die Möglichkeit, ohne zusätzliches nutzungsabhängiges Entgelt City-, Regional- und Deutschlandverbindungen

Geschwärtzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

sowie Verbindungen zu bestimmten Online-Diensten in Anspruch zu nehmen (Flat-Rate). Im Übrigen entsprechen die Verbindungsentgelte denen des Optionsangebots „AktivPlus“.

Die Antragstellerin hat im Rahmen der Antragsbegründung vom 29.09.2000 ihre grundsätzlichen Erwägungen zur Genehmigungsfähigkeit des vorgelegten Optionsangebots „XXL“ vorgetragen:

Ihrer Auffassung nach kommt ein Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht in Betracht, weil das Angebot bei den Kunden, die für dieses optierten, eine Senkung des Entgelts für Sprachtelefondienstleistungen gegenüber den im Rahmen der Price-Cap-Regulierung genehmigten Standardentgelten bewirke.

Das beantragte Optionsangebot enthalte darüber hinaus auch keine unzulässigen Abschläge i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Vielmehr sei das Optionsangebot selbst unter Anwendung der bisher von der Beschlusskammer hierfür zugrundegelegten „IC+25%“-Regel genehmigungsfähig.

Die im Rahmen des Optionstarif „XXL“ nutzungsabhängig tarifierten Verbindungen seien auf der Basis der Vorleistungskosten kostendeckend und erfüllten bereits für sich, d.h. ohne Anrechnung des monatlichen Grundentgelts, die von der Beschlusskammer angelegten Maßstäbe der Kostendeckung. Die Kammer habe dies im Rahmen der Genehmigung des Angebots „AktivPlus“ zuletzt am 25.09.00 (Az. BK2c 00/035) festgestellt.

Auch hinsichtlich der nutzungsdauerunabhängig tarifierten Verbindungsleistungen an Sonn- und Feiertagen komme ein Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbehindernder Abschläge nicht in Betracht.

Das Vorliegen eines Abschlags setze wenigstens voraus, dass der Monatspauschale des Optionsangebots „XXL“ in Höhe von 12,83 DM netto aufgrund der Kundennutzung zu Flat-Rate-Konditionen höhere Vorleistungskosten gegenüberstehen. Dies sei nicht der Fall. Die im Rahmen des Testbetriebs gesammelten Erfahrungen, die der Beschlusskammer in Form monatlicher Berichte zugänglich gemacht würden, bewiesen, dass das Optionsangebot „XXL“ kostenorientiert und damit genehmigungsfähig sei.

Die Erfahrungsberichte seien eine hinreichend verlässliche Grundlage, auf der eine Prognose über die Genehmigungsfähigkeit des Angebots abgegeben werden könne. Sie gebe detailliert Aufschluss über das gemessene durchschnittliche Telefonierverhalten der „XXL“-Kunden. Das monatliche Nutzungsverhalten der „XXL“-Kunden sei hierbei differenziert nach Inanspruchnahme von City-, Regio-/Deutschland-, Draht-Funk-, Auslands- und Onlineverbindungen ausgewiesen worden. Hinsichtlich der City-, Regio-/Deutschland- und Onlineverbindungen sei darüber hinaus weiter zwischen der Nutzung zu Flat-Rate-Konditionen und nutzungsabhängiger Tarifierung unterschieden worden. Diese Berichte wiesen die tatsächliche Inanspruchnahme der Flat-Rate-Komponente des Angebotes und damit die tatsächliche Nutzung des Netzes der Deutschen Telekom durch die Kunden aus. Bei Anwendung der „IC+25%“-Regel der Beschlusskammer auf dieses Nutzungsverhalten unter Zugrundelegung der IC-Tarife für die verschiedenen, in die unterschiedlichen IC-Entfernungszonen hergestellten Verbindungen sei das Vorliegen von Abschlägen im Rahmen des Optionsangebots „XXL“ auszuschließen.

Im Übrigen läge ein Abschlag selbst dann nicht vor, wenn die Nutzung der Flat-Rate-Komponente höher wäre, da über die Woche zusätzliche Deckungsbeiträge erwirtschaftet würden, mit denen mögliche Kostenunterdeckungen ausgeglichen würden.

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

Das beantragte Optionsangebot stelle auch keine unzulässige Koppelung dar, da jede einzelne der in diesem Paket enthaltenen Dienstleistungen (Anschluss, Sprachtelefondienst, Verbindungen zu Mobilfunknetzen, etc.) weiterhin in Form der Standard- oder anderer Optionstarife einzeln erhältlich sei. Kein Kunde sei verpflichtet, eine genehmigungspflichtige Dienstleistung in Verbindung mit einer nicht genehmigungspflichtigen Dienstleistung abzunehmen. Auch bei Inanspruchnahme des Optionsangebotes selbst habe der Kunde jederzeit weiterhin die Möglichkeit, per Call-by-Call Verbindungsangebote z.B. von Wettbewerbern zu nutzen.

Die Beigeladen 1, 5 und 8 haben sich in schriftlichen Stellungnahmen zu der beantragten Entgeltmaßnahme geäußert.

Stellungnahme der Beigeladene 1 vom 15.03.2001:

Nach Auffassung der Beigeladenen 1 ist der beantragte Optionsangebot nicht genehmigungsfähig.

Die Genehmigung sei bereits deshalb zu versagen, weil die Entgelte des Optionsangebotes offenkundig Abschlüsse enthielten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Wettbewerber auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigten (§§ 27 Abs. 3 2. Fall, 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Nach der Spruchpraxis der Beschlusskammer 2 seien gemäß der so genannten „IC + 25 % - Regel“ offenkundige Abschlüsse immer dann vorhanden, wenn die Kosten der DTAG für das Vorprodukt „Zusammenschaltung“ (IC-Kosten) zuzüglich eines Aufschlags von 25% (Preisuntergrenze) durch das beantragte Endkundenentgelt der DTAG unterschritten werde.

Um die Genehmigungsfähigkeit des Produktes „T-ISDN xxl“ anhand der „IC + 25%“-Regel zu überprüfen, sei zuerst wichtig festzustellen, welches Endkundenentgelt und welche Interconnection-Kosten bei der Anwendung der „IC + 25%“-Regel angesetzt werden müssten. Dies sei aufgrund der Bündelstruktur des Tarifes nicht in dem Maße offensichtlich, wie dies z.B. bei der Anwendung der „IC + 25%“-Regel im Rahmen der Genehmigung eines einzelnen Verbindungspreises der Fall sei.

Das Bündelprodukt „T-ISDN xxl“ bestehe aus einem ISDN-Anschluss, den Leistungsmerkmalen eines ISDN-300 Anschlusses (T-Net-Box, Anrufweiterschaltung und andere sogenannte Komfortleistungen), „Aktiv Plus“ Tarifen während der Woche und der „Sonntags-Flat-Rate“ (Sonntags für Null Pfennig telefonieren bzw. surfen). Aus Sicht der Beigeladenen 1 sei für die Genehmigungsfähigkeit des Entgelts für das Bündel „T-ISDN xxl“ auf die Genehmigungsfähigkeit der Sonntags-Flat-Rate abzustellen.

Die Sonntags-Flat-Rate als Teilprodukt des Bündels „T-ISDN xxl“ separat zu betrachten sei notwendig, um zum einen eine Diskriminierung der DTAG zwischen ihren Endkunden auszuschließen und zum anderen, um zu untersuchen ob der Wettbewerb in den von dem Tarif berührten Teilmärkten beeinträchtigt werde. Durch diese separate Betrachtung werde deutlich werden welches Endkundenentgelt und welche IC-Kosten für die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit der Sonntags-Flat-Rate heranzuziehen seien.

Die Antragstellerin biete ihren Endkunden die verbilligten Verbindungsentgelte des Tarifs „AktivPlus“ für eine Grundgebühr von 9,90 DM im Monat an. Die gleichen Verbindungsentgelte lägen sowohl im Anschlussprodukt „T-ISDN 300“ und im Produkt „T-ISDN xxl“ vor. Der

Geschwärzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

„T-ISDN 300“-Anschluss habe eine um DM 9,99 erhöhte Grundgebühr gegenüber einem „T-ISDN“-Standardanschluss. Die Grundgebühr des Tarifs „T-ISDN xxl“ sei um weitere DM 5,02 erhöht (59,90 - 54,88). Wenn der Mehrpreis von DM 15,01 von „T-ISDN xxl“ gegenüber einem Standardanschluss entsprechend dem Vortrag der Antragstellerin als Entgelt für die Sonntags-Flat-Rate angesehen würde, so wären den „T-ISDN xxl“ Kunden die „AktivPlus“-Tarife unentgeltlich gewährt. Dies käme einer Ungleichbehandlung zum einen gegenüber den „AktivPlus“-Kunden gleich, da diese eine Grundgebühr von 9,90 DM zahlen müssten um in den Genuss der verbilligten Verbindungsentgelte zu kommen. Zum anderen würden auch die Nutzer des „T-ISDN“ Standardtarifs diskriminiert, denen die günstigen Verbindungspreise des Tarifs „AktivPlus“ vorenthalten würden. Diese Ungleichbehandlung wäre sachlich nicht gerechtfertigt und würde daher gegen das Diskriminierungsverbot des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG und des § 2 TKV verstoßen. Das Entgelt für die Sonntags-Flat-Rate könne folglich nur 5,02 DM (Mehrpreis gegenüber dem Tarif „T-ISDN 300“) betragen, da die beiden Tarife („T-ISDN xxl“ und „T-ISDN 300“) mit Ausnahme der Sonntags-Flat-Rate dieselben Leistungsmerkmale umfassten. Dieser Eindruck werde auch durch die Werbung der Antragstellerin bestärkt, in der es heiße dass das Entgelt für die Flat-Rate „im geringfügig höheren monatlichen Grundentgelt von 59,90 DM enthalten“ sei. Als „geringfügig“ höheres Mehrentgelt lasse sich nur die Differenz aus dem Tarif „T-ISDN 300“ und „T-ISDN xxl“ in Höhe von 5,02 DM interpretieren, nicht aber das Mehrentgelt von 15,01 DM (Differenz aus den Grundentgelten von „T-ISDN“ und „T-ISDN xxl“).

Der Betrag von 5 DM werde von der Antragstellerin auch in einem Börsenprospekt vom Mai 2000 erwähnt. In diesem werde in Aussicht gestellt, das Optionsangebot „T-ISDN xxl“ einzuführen, „das den Kunden an Sonntagen ohne Berechnung von nutzungsabhängigen Telefonentgelten eine unbegrenzte Telefonverbindung zum Internet für ein monatliches Entgelt von 5 DM ermöglichen“ würde (vgl. Auszug aus dem Börsenprospekt der Antragstellerin vom Mai 2000, S. 97).

Aus regulierungspolitischer Sicht sei weiterhin geboten die Sonntags-Flat-Rate auch deshalb als separates Teilprodukt des Bündels zu betrachten, weil die Antragstellerin nicht in allen von dem Bündel abgedeckten Teilmärkten gleichmaßen im Wettbewerb stehe. So bestehe insbesondere der Anschlussmarkt bisher noch immer ein Quasi-Monopol der Antragstellerin. Gerade solche Bündelprodukte, die wie im Fall von „T-ISDN xxl“, auch den Anschluss enthielten, könnten von den Wettbewerbern der Antragstellerin, mangels eigener Anschlüsse, nicht angeboten werden. Die Wettbewerber seien vielmehr darauf angewiesen mit der Antragstellerin im Markt für Verbindungsleistungen zu konkurrieren. Hier bestehe jedoch bei der gegenwärtigen Produktstrategie der Antragstellerin, Bündelungsprodukte mit höheren Anschlusspreisen und niedrigeren Verbindungspreisen zu vermarkten die Gefahr, dass der Wettbewerb auf der Verbindungsebene behindert werde. Die Wettbewerber müssten sich, um mit der Antragstellerin in Teilmärkten konkurrieren zu können, in ihrer Preissetzung an den Preisen orientieren, die die Endkunden der Antragstellerin für die Teilprodukte wahrnehmen.

Der Ansicht der Antragstellerin, es läge auch dann kein Abschlag vor, wenn die Nutzung der Sonntags-Flat-Rate höhere Kosten verursacht bzw. verursachen würde, als von dem Entgelt für die Sonntags-Flat-Rate abgedeckt werde, da über die Woche zusätzliche Deckungsbeiträge erwirtschaftet würden, mit denen mögliche Kostenunterdeckungen der nutzungsunabhängig tarifierten Verbindungsleistungen an Sonn- und Feiertagen ausgeglichen werden könnten, sei demnach zu widersprechen. Da die wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung, der auf Quersubventionierungen basierenden Preisstruktur insbesondere dann auftrete, wenn Wettbewerber nur auf einem Teilmarkt mit quersubventionierten, nicht-kostendecken-

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

den Entgelten seitens der Antragstellerin, mit dieser in Konkurrenz treten bzw. treten könnten, verhinderten derartige Preisstrukturen das Entstehen von funktionsfähigem Wettbewerb dort, wo dieser andernfalls möglich wäre. Gegen derartige Preisstrukturen sei bei Unternehmen, die sich in allen Teilmärkten auf denen sie tätig seien in funktionsfähigem Wettbewerb befänden, tatsächlich nichts einzuwenden. Allerdings liege im Bereich der Telekommunikation gerade kein funktionsfähiger Wettbewerb vor, sondern ein von Marktunvollkommenheiten geprägter und aufgrund dessen regulierter Markt. Der Antragstellerin werde aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung und aufgrund der Asymmetrie des Telekommunikations-Rechts eine zusätzliche Rücksichtnamepflicht auferlegt. So sei der Antragstellerin die an sich zulässige Quersubventionierung innerhalb eines Produktbündels dann zu untersagen, wenn möglicher Wettbewerb innerhalb eines betroffenen Teilmarktes dadurch verhindert werde, dass Quersubventionierung aus einem anderen Teilmarkt vorliege, in dem die Antragstellerin eine marktbeherrschende Stellung einnehme.

Dem Endkundenentgelt von DM 5,02 seien im Rahmen der IC+25% -Regel als Interconnection-Kosten die Vorkosten für die an Sonn- und Feiertagen rabattierten Verbindungen anzusetzen. Hierbei sei zu beachten, dass sich die internen Kosten der Antragstellerin, die für das Herstellen der Verbindungen der Sonntags-Flat-Rate anfielen, von den Kosten unterschieden, die die Wettbewerber für die Erbringung derselben Leistung hätten. Während die Kostenstruktur der Antragstellerin sehr hohe Fixkosten aufweise und die variablen Kosten vergleichsweise gering und insbesondere davon abhängig seien ob eine Verbindung zu off-peak oder peak-Zeiten hergestellt werde, sei die Kostenstruktur der Wettbewerber von den nutzungsabhängigen Interconnection-Kosten bestimmt. Dies sei der Fall, da die Wettbewerber in der Regel nur als Verbindungsnetzbetreiber der Kunden aufträten und sowohl für die Zuführungs- als auch die Terminierungsleistung minutenbasierte Interconnection-Entgelte an den Teilnehmernetzbetreiber auszahlen müssten.

Um dem Zweck des TKG, den Wettbewerb zu fördern, gerecht zu werden, müsse im Rahmen der IC+25%-Regel darauf geachtet werden, dass auch die Kosten der Wettbewerber durch die angesetzten Vorkosten abgedeckt seien. Somit sei zur Ermittlung der Kostendeckung im Falle der Flat-Rate, ausschlaggebend, ob die 5,02 DM Mehrentgelt der „IC+25%-Regel“ genüge tragen würden, wobei als IC-Kosten die tatsächlich entstehenden, nutzungsabhängigen IC-Kosten der Wettbewerber für die Sonntags-Flat-Rate anzusetzen seien.

Wie viele Verbindungsminuten mit einem Kostendeckungspotential von DM 5,02 bei Zugrundelegung der nutzungsabhängigen IC-Kosten finanzierbar seien, ließe sich über die Ermittlung der durchschnittlichen Kosten pro rabattierte Verbindungsminute berechnen. Nach den Berechnungen der Beigeladenen beliefen sich diese Kosten auf 0,0363 DM pro Minute.

Aufgrund eigener Erfahrungen bei einer Tochtergesellschaft der Beigeladenen 1 könne allerdings im Falle einer verstärkten Bewerbung mit einer ansteigenden Nutzung der Einwahlmöglichkeiten in das Internet über Internet-Portale mit geographischen Rufnummern gerechnet werden.

Bei durchschnittlichen Kosten pro rabattierter Verbindungsminute von DM 0,0363, seien mit einem Endkundenentgelt von brutto DM 5,02 und netto DM 4,33 etwa 119 Minuten Sprachverbindungen bzw. Online-Verbindungen finanzierbar. Bei durchschnittlichen 5,17 Sonn- bzw. Feiertagen im Monat seien demnach etwa 23 Minuten pro Sonn- und Feiertag finanzierbar.

Geschwätzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

Nach Auffassung der Beigeladene 1 reiche die „IC+25%“-Regel in der bisherigen Form jedoch nicht aus, um eine Kosten-Preis-Schere auf Endkundenmärkten zu verhindern. Grund hierfür sei, dass die Kostensituation der Wettbewerber durch die „IC+25%“-Regel nicht ausreichend widerspiegelt werde. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde an dieser Stelle insbesondere auf den Schriftsatz der Beigeladenen 1 vom 28.03.2000 im Verfahren BK 2c-00/004 verwiesen. Neu hinzugekommen sei seit den Ausführungen in dem o.g. Schriftsatz jedoch, dass die Entgelte für das Inkasso sich zumindest für Call-by-Call Leistungen zwischenzeitlich erhöht hätten. Alleine aus diesem Grund werde der Kostensituation der Wettbewerber mit der „IC + 25%“-Regel nicht mehr genüge getan.

Auch eigene Erfahrungen mit einer Sonntags-Flat-Rate im Tarif „Happy Sunday“, den die Beigeladene 1 als Reaktion auf den „XXL“-Tarif eingeführt habe, belegten, dass eine Sonntags-Flat-Rate zum Preis von 5 DM brutto nicht kostendeckend angeboten werden könne. Die Auswertung des Nutzungsverhaltens habe ergeben, dass die Kunden, die das Optionsangebot nutzen, die Flat-Rate an jedem Sonn- und Feiertag durchschnittlich ■ (BuGG) Minuten in Anspruch nehmen würden. Es sei davon auszugehen, dass die „T-ISDN xxl“ Kunden ein ähnliches Telefonieverhalten aufwiesen und deren Nutzung der Sonntags-Flat-Rate sich ebenfalls in diesem Bereich bewege.

Durch die von der Antragstellerin vorgelegten Erfahrungsberichte sei es der Regulierungsbehörde möglich zu überprüfen, inwieweit die tatsächliche Nutzung des „XXL“-Tarifs über den berechneten maximal 23 Minuten pro relevanten Sonn- und Feiertag liege. Es spreche nach den vorstehenden Darlegungen vieles dafür, dass die Entgelte nicht kostenorientiert seien. Sollte eine Kostenunterdeckung durch die bis jetzt gelieferten Erfahrungsberichte nachweisbar oder auch nur prognostizierbar sein, so werde eine wettbewerbschädliche Verlängerung des Testbetriebes zu versagen sein. In diesem Zusammenhang sei auch zu betonen, dass es für eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Sinne des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG nicht darauf ankomme, ob es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung handele, da andernfalls eine solche Voraussetzung dazu führen könnte, dass der Marktzutritt für neue Unternehmen unmöglich werden würde. Hinreichend sei vielmehr jede Beeinträchtigung.

Bedenken gegen eine Genehmigungsfähigkeit des Optionsangebots „XXL“ ergeben sich aus Sicht der Beigeladenen 1 darüber hinaus aus der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Regelung, nach der der Spezialtarif „AktivPlus xxl“ nur für Euro-ISDN-Mehrgeräteeinschlüsse der Antragstellerin überlassen werden soll, bei denen diese als Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreingestellt sei.

- Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG:

Mit diesem Preselection-Verbot verstoße die Antragstellerin als marktbeherrschendes Unternehmen gegen die sich aus § 43 Abs. 6 TKG ergebende Verpflichtung zur Sicherstellung der Verbindungsnetzbetreiberauswahl. Das Preselection-Verbot der Antragstellerin beruhe ausschließlich darauf, dass die Antragstellerin Kunden ihres Optionsangebotes „XXL“ die dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber vertraglich untersage. Mit dem Preselection-Verbot wolle die Antragstellerin ihren Kunden von vorneherein dazu verpflichten, auf seine gesetzlich vorgesehene Auswahlmöglichkeit einer dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber zu verzichten. Sie entziehe ihm daher rechtlich die Möglichkeit, einen Verbindungsnetzbetreiber frei auszuwählen, worin ein Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG liege. Es könne dahingestellt bleiben, ob ein vertraglicher Ausschluss der Preselection-Möglichkeit - zumal in Allgemeinen Geschäftsbedingungen -

Geschwärzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

grundsätzlich ganz oder teilweise möglich sei oder ob § 43 Abs. 6 insgesamt eine privatautonome nicht abdingbare Norm darstelle. Jedenfalls sei § 43 Abs. 6 nach Sinn und Zweck des TKG nicht durch einen marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber abdingbar, so dass die Antragstellerein ein solches Verbot wirksam nicht vereinbaren könne. Dies ergebe sich aus folgenden Gründen:

Zum ersten diene die Vorschrift des § 43 Abs. 6 nicht (nur) dem Schutz des Kunden. Vielmehr sei § 43 Abs. 6 in erster Linie eine Vorschrift, die den wesentlichen Zielen der Regulierung dienen solle. Ein wesentliches Regulierungsziel sei gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation. Mit der Regelung des § 43 Abs. 6 TKG habe der Gesetzgeber eine wesentliche Voraussetzung für den Wettbewerb im Fernverkehr und den Grundstein für Anschluss- und Verbindungsmärkte geschaffen. Die Voraussetzungen für dauerhafte Voreinstellung auf einen Verbindungsbetreiber sei erst dann sichergestellt, wenn der Kunde die technische und rechtliche Möglichkeit hat, einen Verbindungsbetreiber frei auszuwählen.

Erst dadurch, dass unabhängig vom Teilnehmeranschluss der Endkunde andere Verbindungsbetreiber frei auswählen könne, wurde und werde weiterhin eine gewisse Wettbewerbsintensität auf dem Markt für Fernverbindungen geschaffen. Während Wettbewerb derzeit im Teilnehmeranschlussmarkt unstreitig kaum vorhanden sei, die Antragstellerin vielmehr noch über gut 99 % der Teilnehmeranschlüsse verfüge, hätten die Wettbewerber der Antragstellerin bei Fernverbindungen hingegen einen Marktanteil von ca. einem Drittel gewinnen können. Diese Entwicklung im Verbindungsmarkt habe ganz entscheidend auf der Vorschrift des § 43 Abs. 6 TKG beruht, die Call-by-Call sowie Preselection als für den Kunden frei wählbare Alternativen vorschreibe. Nach Erkenntnissen der Beigeladenen 1 entfielen substantielle Anteile der Wettbewerber bei (Inlands-)Fernverbindungen auf Preselection. Hieraus werde ersichtlich, dass die Einschränkung einer freien Preselection-Möglichkeit unmittelbar zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung auf dem Verbindungsmarkt führen müsse. Es würde dem Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie der Vorschrift des § 43 Abs. 6 TKG zuwiderlaufen, wenn ein marktbeherrschender Teilnehmernetzbetreiber seine Marktmacht im Teilnehmeranschlussmarkt auf den Verbindungsmarkt erstreckte, indem er durch Produkt- und Vertragsgestaltung im Teilnehmeranschlussmarkt Wettbewerb im Verbindungsmarkt beeinträchtigte. Dies gelte umso mehr, wenn die marktbeherrschende Stellung im Teilnehmeranschlussmarkt dazu verwendet werde, Verbindungsentgelte zu subventionieren, wie dies beim Optionsangebot „XXL“ durch die Möglichkeit unentgeltlicher Verbindungen an Sonn- und Feiertagen erfolge. Demnach sei § 43 Abs. 6 TKG im Lichte des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG dahin auszulegen, dass die vertragliche Abbedingung oder Einschränkung der Preselection-Möglichkeit durch einen marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber nicht möglich sei.

Bestätigt werde dieses Ergebnis auch durch § 20 Abs. 1 GWB. Danach darf ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Wettbewerber weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern. Ein Ausschluss der freien Preselection-Möglichkeit stelle eine unbillige Behinderung von Verbindungsbetreibern dar, weil die Antragstellerin ihre Marktmacht aus dem Teilnehmeranschlussmarkt auf den Verbindungsmarkt erstreckte und dadurch auf diesem Markt die Wettbewerbsmöglichkeiten ihrer Wettbewerber entgegen § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG und § 43 Abs. 6 TKG beeinträchtigen würde.

Selbstverständlich sei es nicht zu beanstanden, dass die Antragstellerin ihre Kundenbindung erhöhen und Call-by-Call- sowie Preselection-Kunden zurückgewinnen oder überhaupt eine

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

Inanspruchnahme von Konkurrenzprodukten gering halten möchte. Dies entspreche den Regeln des Wettbewerbs. Unzulässig sei es jedoch, diesen Kampf um den Kunden mit Mitteln zu führen, die in Art und Umfang nur der Antragstellerin aufgrund ihrer faktischen Monopolstellung im Teilnehmeranschlussmarkt zur Verfügung stünden und entgegen den Vorgaben des TKG und des GWB Wettbewerb behindern sollten.

Gegen die vorstehenden Argumente könne auch nicht eingewendet werden, es stehe dem Kunden frei, das Optionsangebot zu kündigen oder erst gar nicht in Anspruch zu nehmen, um sich dadurch die Preselection-Möglichkeit zu erhalten. Eine solche Betrachtungsweise würde verkennen, dass die Preselection-Möglichkeit - mit Ausnahme technischer Hindernisse - jederzeit gewährt und sichergestellt werden muss und nicht von weiteren vorangehenden Handlungen des Kunden abhängig gemacht werden darf. Dies folge unmittelbar aus § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG, wonach nur die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post die Verpflichtung ganz oder teilweise aussetzen darf und nur „solange und soweit dies aus technischen Gründen gerechtfertigt ist.“ Schließlich würde eine solche Betrachtungsweise auch verkennen, dass es nach dem Wortlaut des § 43 Abs. 6 TKG jedem Kunden freistehen müsse, sich entsprechend zu entscheiden. Durch das Preselection-Verbot würde es hingegen den entsprechend gebundenen Kunden gerade nicht mehr freistehen.

Die vorstehend skizzierte Marktöffnung im Verbindungsmarkt werde durch unzulässige Preselection-Verbote der Antragstellerin akut gefährdet und in Frage gestellt. Die Antragstellerin nutze ihre absolut dominierende Position im Bereich der Teilnehmeranschlüsse und der Ortsverbindungen mittels der Preselection-Verbote dazu aus, einen beginnenden Wettbewerb im Verbindungsmarkt zu behindern. Es sei offensichtlich, dass Kunden bei einer Zunahme von Optionsangeboten der Antragstellerin, die dieses Preselection-Verbot enthielten, für Preselection-Angebote anderer Anbieter nicht mehr oder nur noch sehr schwer erreichbar seien. Auf diesem Wege binde die Antragstellerin ihre Teilnehmeranschlusskunden auch für Fernverbindungen dauerhaft an sich und nutze ihre marktbeherrschende Stellung im Teilnehmeranschlussmarkt zur Subventionierung von Fernverbindungen. Die Anzahl von Optionsangeboten, die dieses Preselection-Verbot enthielten, sei hoch und zeige, wie systematisch die Antragstellerin ihre marktbeherrschende Stellung im Teilnehmeranschlussmarkt auf den Verbindungsmarkt ausdehne. Hinzu komme, dass die Preselection-Verbote mit Mindestvertragslaufzeiten gekoppelt würden, was den Bindungseffekt erhöht und die unmittelbaren Auswirkungen auf den Verbindungsmarkt verstärken würde.

Insbesondere bei dem Optionsangebot „XXL“ werde die Gefährdung durch spezielle Anreize verstärkt. Zum einen sei dies die Möglichkeit, Sonntags und an Feiertagen unentgeltlich zu telefonieren und zu „surfen“. Zum anderen bestehe ein zusätzlicher Anreiz darin, dass Kunden mit gleichzeitigem Bezug von „T-ISDN-XXL“ deutlich günstiger Telefonendgeräte erwerben könnten.

Die vorstehend dargelegten Bedenken gegen das Preselection-Verbot teile offenbar auch die Regulierungsbehörde. Nicht zuletzt deshalb habe sie den Entgeltgenehmigungsantrag „Talk2Friends“ (BK2c 00/026) mit Beschluss vom 10.11.2000 abgelehnt und völlig zutreffend ausgeführt, es spreche einiges dafür, dass das Preselection-Verbot „nur dem Zweck dienen soll ... auch auf dem Markt für Fernverbindungen ... verlorengegangene Marktanteile in wettbewerbswidriger Weise zurückzugewinnen.“ (S. 29). Dabei mache es keinen Unterschied, worauf sich das jeweilige Optionsangebot beziehe. So könne es nicht darauf ankommen, ob in dem Optionstarif lediglich Vergünstigungen im Ortsnetzbereich oder Vergünstigungen in allen Bereichen angeboten werden. Der zugrunde liegende Mechanismus sei in beiden Fällen der selbe: So werde als Gegenleistung für die Erbringung der Optionsleistungen dem

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

Kunden ein Verbot auferlegt, das in keinem sachlich rechtfertigbaren Zusammenhang mit der Vergünstigung stehe.

Dass dem Kunden hierbei auch vergünstigte Entgelte in Bezug auf Leistungen angeboten würden, die gerade mit den ausgeschlossenen Leistungen der Wettbewerber konkurrierten, könne nicht zur Disponibilität des § 43 Abs. 6 TKG führen. Zwar mag das kommerzielle Interesse des Kunden durch den Optionstarif vollständig befriedigt sein. Darauf, ob das Angebot einschließlich des Preselection-Verbot für den Kunden gleichsam „alles in allem günstig“ sei, könne es hier aber nicht ankommen. Die Regelung des § 43 Abs. 6 TKG ziele nicht darauf ab, das Interesse des Kunden an einem kommerziell attraktiven Angebot zu schützen mit dem Ergebnis, dass sie abdingbar wäre, wenn für den Kunden zusammen mit dem Preselection-Verbot ein insgesamt günstiges Angebot verbunden wäre. Wie dargestellt, sei § 43 Abs. 6 TKG eine Vorschrift, die auf die Verwirklichung der Regulierungsziele gerichtet sei und die daher im Sinne der asymmetrischen Regulierung den marktschwächeren Wettbewerbern die Möglichkeit einräumen solle, auch mit einem beschränkten Produkt-Portfolio die Kunden adressieren zu können. Daher liege ein Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG auch dann vor, wenn der Optionstarif „XXL“ auch bezüglich derjenigen Leistungsarten Vergünstigungen enthalten würde, deren Erbringung durch die Wettbewerber durch das Preselection-Verbot ausgeschlossen werde.

Verstoß gegen § 9 AGBG:

Das Preselection-Verbot verstoße ferner gegen § 9 Abs. 1 AGBG, so dass der Entgeltantrag auch deshalb abzulehnen sei. Nach § 9 Abs. 1 AGBG sei eine Bestimmung in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Nach § 9 Abs. 2 werde eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel angenommen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Gedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sei.

Wie oben ausgeführt sei § 43 Abs. 6 TKG jedenfalls insoweit zwingend, wie es um einen marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber gehe, der ein Preselection-Verbot mit seinen Kunden nicht vereinbaren dürfe. Auch und gerade zwingende Vorschriften könnten wesentliche Grundgedanken enthalten. Wesentliche Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung seien der Zweck und die mit der Regelung getroffenen Werteentscheidungen, die bestimmte Interessen in ihrem Kern schützen wollten. Der wesentliche Grundgedanke des § 43 Abs. 6 TKG bestehe darin, durch die Ermöglichung von Call-by-Call und Preselection zumindest auf dem Verbindungsmarkt schnell die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb zu schaffen. Zum anderen solle jeder Kunde, d. h. jeder Nachfrager von Telekommunikationsleistungen die freie - nur aufgrund technischer Aspekte einschränkbare - Möglichkeit haben, sich ohne weiteres für Fernverbindungen auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft einstellen zu lassen. Letztlich schützten beide Grundgedanken sowohl den Kunden, als auch die Verbindungsnetzbetreiber.

Eine mit den wesentlichen Grundgedanken nicht zu vereinbarende Abweichung liege vor, wenn die AGB-Regelung die gesetzliche Bewertung und Gewichtung der geschützten Interessen in nicht unerheblicher Weise missachte. Dies sei hier zu bejahen, weil durch das Preselection-Verbot Marktmacht aus dem eigenständigen und faktisch monopolartigen Teilnehmeranschlussmarkt auf den wettbewerbsintensiveren Verbindungsmarkt verlagert werde und hierdurch sowohl die Verbindungsnetzbetreiber in ihrer Wettbewerbsfähigkeit unbillig behindert, als auch die Kunden in ihrer freien Auswahlmöglichkeit gemäß § 43 Abs. 6 TKG eingeschränkt würden.

Geschwärzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

Zudem stelle die Klausel einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar. Auch dies führe zu einer Ungültigkeit der Klausel nach § 9 AGBG. Nach dem Transparenzgebot sei der Verwender verpflichtet, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen so zu gestalten, dass der rechtsunkundige Durchschnittsbürger in der Lage ist, die ihn benachteiligende Wirkung einer Klausel zu erkennen. Maßgebend seien dabei die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (so BGHZ 106, 42, 49).

Aus der von der Antragstellerin verwendeten Formulierung gehe gerade für den Laien nicht eindeutig hervor, dass eine Preselection auf einen anderen Wettbewerber nicht möglich sei. Dies rühre vor allem daher, dass die begriffliche Unterscheidung zwischen Verbindungsnetzbetreiber und Teilnehmernetzbetreiber dem Laien kaum bekannt sei. So sei in weiten Teilen der Bevölkerung allenfalls der Begriff der „Preselection“ als Gegenstück zum „Call-by-Call“ bekannt. Der Umstand, dass die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber voreingestellt sein müsse, werde dem durchschnittlichen Kunden als Selbstverständlichkeit erscheinen, da ihm nicht bewusst sei, dass zum einen zwischen Teilnehmernetzbetreiber und Verbindungsnetzbetreiber zu unterscheiden sei, dass weiterhin die Antragstellerin zunächst lediglich sein Teilnehmernetzbetreiber sei und dass er schließlich grundsätzlich im Wege der Voreinstellung (die ihm regelmäßig nur unter „Preselection“ ein Begriff ist) einen anderen Verbindungsnetzbetreiber wählen könnte.

Hier trete verschärfend noch der Umstand hinzu, dass die von der Antragstellerin adressierten Kunden häufig solche seien, die sich nicht in aller Ausführlichkeit mit den Vertragsbedingungen auseinandersetzen würden. Vielmehr betreibe die Antragstellerin bezüglich ihrer Optionstarife ein sehr aggressives Marketing, was den Kunden unter Umständen zu sehr schnellen Vertragsschlüssen veranlassen würde. Wie aggressiv das Marketing der Antragstellerin ist, zeige sich nicht zuletzt an einer einstweiligen Verfügung des Landgerichts Bonn vom 05.03.2001, in der bestimmte Vorgehensweisen der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Vermarktung ihres Optionstarifs „AktivPlus“ sogar als sittenwidrig und somit wettbewerbswidrig befunden worden seien.

Somit sei die Klausel missverständlich. Sie stelle daher auch wegen des daraus folgenden Verstoßes gegen das Transparenzgebot eine unverhältnismäßige Benachteiligung im Sinne von § 9 AGBG dar.

Entgegen der wiederholt geäußerten Auffassung der Antragstellerin sei es nicht zutreffend, dass es allein Sache der Zivilgerichte sei, zu prüfen und zu entscheiden, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen der Antragstellerin gegen das AGB-Gesetz verstießen. Zum einen ergebe sich die Zulässigkeit der Überprüfung eines Entgeltgenehmigungsantrages anhand des AGB-Gesetzes schon aus dem Wortlaut des § 27 Abs. 3 TKG, der ausdrücklich auf „andere Rechtsvorschriften“ verweise. Zum anderen zeige auch § 23 Abs. 2 TKG, dass die Regulierungsbehörde zur Prüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ermächtigt sei, da ihr ein Widerspruchsrecht zustehe, das zur Unwirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen führe. Gerade weil ein Ziel der Regulierung auch die Wahrung der Interessen der Nutzer sei (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und das AGBG dem Verbraucherschutz diene, habe die Regulierungsbehörde auch dieses Gesetz im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren zu beachten. Dies gelte umso mehr, weil die strenge Einbeziehungsvorschrift des § 2 AGBG gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 1a AGBG für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter von Telekommunikations-Dienstleistungen nicht gelte, mithin eine vorgeschaltete inhaltliche Prüfung durch die Regulierungsbehörde - jedenfalls bei offenkundigen Verstößen - auch im

Geschwärzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

Nutzerinteresse liege. Im Übrigen sei es auch völlig selbstverständlich, dass eine zuständige Behörde zivilrechtliche Vorfragen entscheiden müsse, wenn die im Verfahren einschlägigen Normen Tatbestandmerkmale enthielten, die ihrer Art nach zivilrechtlicher Natur seien und daher materiell in anderen Gesetzen, als in dem Gesetz der Ermächtigungsnorm, geregelt seien.

- Verstoß gegen das Entbündelungsgebot aus § 3 TKV:

Das Preselection-Verbot stelle weiterhin einen Verstoß gegen § 3 TKV dar. § 3 TKV solle gewährleisten, dass das marktbeherrschende Unternehmen nicht durch Bündelungen und Pauschalangebote dem Kunden unerwünschte Leistungen mit den nachgefragten Leistungen aufdränge.

Eine solche unzulässige Bündelung liege vor, wenn Leistungen nur zusammen angeboten werden, die sachlich gegeneinander abgegrenzt werden können und auch allgemein getrennt auf dem Markt nachgefragt werden.

Bei dem Optionstarif „XXL“ würden die enthaltenen Angebote für Ortsgespräche und Interneteinwahl durch das Preselection-Verbot zwingend mit denjenigen Angeboten gebündelt, die auf der Verbindungsnetzbetreiber-Ebene erbracht werden.

Wie aber zum einen die Existenz eines Marktes für Verbindungsnetzbetreiber-Produkte zeige, gebe es eine abgrenzbare Nachfrage sowie ein sachlich trennbares Angebot von Verbindungsnetzbetreiber-Leistungen. Zudem sei eine solche Trennbarkeit durch die Regelung des § 43 Abs. 6 TKG ausdrücklich gesetzlich nomiert.

Die von der Antragstellerin im Angebot „XXL“ vorgesehenen Leistungen auf dem Verbindungsnetzbetreiber-Markt seien daher in unzulässiger Weise mit den Teilnehmernetzbetreiber-Leistungen des ISDN-Anschlusses gebündelt.

- Missbrauch der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 1 GWB:

Ferner stelle die Bedingung des Preselection-Verbots einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB dar.

Die Möglichkeit der Wettbewerber der Antragstellerin, Kunden im Wege der dauerhaften Voreinstellung an sich zu binden stelle ein wesentliches Mittel zur Herstellung von Wettbewerb dar. Genau diese Möglichkeit werde durch das Preselection-Verbot jedoch eingeschränkt. Bereits hierin liegt eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

Darüber hinaus stelle das Preselection-Verbot jedoch eine unzulässige Koppelung dar. Solche unzulässigen Koppelungsgeschäfte stellten eine anerkannte Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs dar. Eine solche unzulässige Koppelung liege vor, wenn ein Anbieter eine Leistung nur unter der Bedingung erbringe, dass der Kunde zugleich weitere Leistungen von demselben Anbieter abnehme. Die Leistungen des Optionstarifs „XXL“ werden jedoch unter der Bedingung erbracht, dass der Kunde zugleich sämtliche Verbindungsnetzbetreiber-Leistungen ausschließlich über die Antragstellerin beziehe. Zwar bleibe dem Kunden die Möglichkeit, andere Verbindungsnetzbetreiber über das Call-by-Call-Verfahren auszuwählen, jedoch sei hierin keine ausreichende Kompensation der Preselection-Möglichkeit zu sehen.

Geschwärzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

So zeige die allgemeine Marktentwicklung einen Trend, der sich vom Call-by-Call abwende. Dies resultiere zum einen aus dem Interesse der Anbieter, die Kunden dauerhaft an sich zu binden und zum anderen aus dem Umstand, dass die anfängliche Bereitschaft der Kunden, durch großen Aufwand die jeweils billigsten Call-by-Call-Anbieter zu ermitteln, nunmehr dem Bedürfnis weiche, bequemerweise einen Anbieter auszuwählen, der jedenfalls im Durchschnitt ein dem Kunden günstiges Angebot offeriere.

Die ab Mitte des Jahres erheblich ansteigenden Kosten für die Abrechnung von Call-by-Call-Produkten und die bereits heute erkennbaren Auswirkungen auf die Endkundenpreise machten die fallweise Auswahl für die Kunden zusätzlich unattraktiver. Somit erfülle die Möglichkeit im Optionstarif der Antragstellerin, andere Verbindungsnetzbetreiber über Call-by-Call auszuwählen, nicht die Anforderungen, die an eine wirksame „Entkoppelung“ zu stellen wären.

Eine sachliche Rechtfertigung bestehe für die Koppelung nicht. Wie bereits dargestellt, könnten sowohl von den technischen Gegebenheiten als auch von der Marktsituation her die gekoppelten Produkte ohne weiteres getrennt voneinander angeboten werden. Zudem ist eine sachliche Rechtfertigung bereits wegen des Verstoßes gegen § 3 TKV ausgeschlossen.

Die Koppelung wirke sich, wie bereits ausgeführt, auch wettbewerbshindern aus.

- Verstoß gegen das Koppelungsverbot aus Art. 82 Abs. 2 lit. d) EGV

Das zu § 19 Abs. 1 GWB Ausgeführte gelte in gleichem Maße für Art. 82 Abs. 2 lit. d) EGV. Auch hier sei ein Koppelungsverbot ausdrücklich vorgesehen. Die Regelung des Art. 82 Abs. 2 lit. d) EGV folge den selben Maßstäben wie die Regelung zum Koppelungsverbot nach § 19 Abs. 1 GWB, weswegen auf die oben gemachten Ausführungen sowie die Ausführungen in der Klagebegründung verwiesen werde.

Stellungnahme der Beigeladenen 5 vom 16.03.2001:

Auch nach Auffassung der Beigeladenen 5 ist das beantragte Optionsangebot nicht genehmigungsfähig.

- Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG:

In den Unterlagen sei in der geschwärzten Fassung der genaue zeitliche Verlauf der Nutzung nicht ersichtlich. Es sei zu vermuten, dass gerade in den letzten Monaten die Nutzung in der gebührenfreien Zeit deutlich zugenommen habe, so dass die „IC+25%“-Regel in der letzten Zeit deutlich verletzt worden sei.

In der Berechnung der Einnahmen könne natürlich nur der Aufpreis auf einen „AktivPlus“-Tarif verrechnet werden, d.h. die Differenz zwischen der Grundgebühr „AktivPlus xxl“ und der Grundgebühr „AktivPlus“ in Höhe von 4,30 DM netto.

Das Argument der Antragstellerin auf Seite 4 des Antrags, dass ein unzulässiger Abschlag selbst dann nicht vorliegen würde, wenn die Nutzung der Flat-Rate-Komponente höher wäre, sei nicht stichhaltig, da die höheren Deckungsbeiträge unter der Woche konsequenterweise auch dem „AktivPlus“-Anteil des Angebots zugerechnet werden müssten und nicht dem „XXL“-Anteil. Nach Schätzung der Beigeladenen liege die Breakeven-Nutzungszeit bei 22 Minuten je

Sonn- und Feiertag. Diese dürfte wahrscheinlich im tatsächlichen Verhalten überschritten worden sein bzw. bald überschritten werden (insbesondere durch den Verlagerungsprozess der tatsächlichen Nutzer des Tarifs).

Die Einschränkung der Nutzung der Nummer auf die Online-Nummer 0193066 erscheine als sachlich nicht gerechtfertigt und stelle sich als eindeutiger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Telefondienstmarkt dar, um die Marktposition im Online-Markt zu stärken.

- Unzulässige Begrenzung auf ISDN-Anschlüsse:

Die zusätzliche Einschränkung der Option auf ISDN-Anschlüsse erscheine sachlich nicht gerechtfertigt, da durch die höheren ISDN-Anschlussgebühren eine marktverzerrende Quersubvention zugunsten des „XXL“-Tarifs bewusst in Kauf genommen werde, und damit eine unzulässige Kopplung zwischen dem Teilnehmeranschlussmarkt einerseits und dem Markt für Ortsnetz- und Fernverbindungsnetzleistungen andererseits vorliege.

- Unzulässige Koppelung des Ortsverbindungsmarktes mit dem Fernverbindungsmarkt:

Die AGB-Einschränkung mit Preselection auf die Antragstellerin stelle eine nicht notwendige Kopplung des Ortsverbindungsmarktes einerseits und des Fernverbindungsmarktes andererseits dar. Die unzulässige Kopplung der Märkte trete auf, da auch die angeführte Nutzungsmöglichkeit der Call-by-Call-Leistung bei weitem kein vollwertiger Ersatz für die vom Gesetzgeber im § 43 Abs. 6 TKG grundsätzlich geforderte Preselection-Leistung sei.

Zudem erscheine nach der jüngsten, vom VATM angestregten einstweiligen Verfügung zur Preselection-Einstellung bei "AktivPlus"-Tarifen diese AGB-Einschränkung grundsätzlich fragwürdig, da hierbei gegebenenfalls eine Preselection ohne weiteren schriftlichen Auftrag verändert werde.

Stellungnahme der Beigeladenen 8 vom 14.03.2001:

Auch aus Sicht der Beigeladenen 8 bestehen Bedenken gegen eine Genehmigung des Optionsangebots.

- Wegfall der ursprünglichen Entscheidungsgrundlage:

Zunächst sei zu berücksichtigen, dass der Tarif ursprünglich als reiner Akzeptanztest für eine Internet-Flat-Rate konzipiert gewesen und genehmigt worden sei (vgl. Entgeltantrag zum Verfahren BK2c 00/004 vom 18.02.2000, Seite 1 ff). Da von Seiten der Antragstellerin nunmehr offenbar ausreichende Informationen über das Nutzungsverhalten vorlägen, sei der Tarif einzustellen. Es könne nicht angehen, dass die Antragstellerin durch die Hintertür eines probeweise genehmigten Tarifs eine Sprachtelefondienst-Flat-Rate einführe.

Dies gelte um so mehr, weil die Antragstellerin mit dem Tarif „T-ISDN DSL“ inzwischen genau die Internet-Flat-Rate eingeführt habe, die der Tarif „XXL“ erproben sollte. Damit entfalle der einzige Grund für die probeweise Genehmigung des Tarifs „XXL“.

Soweit die Antragstellerin ihre Kostenkalkulation auf das bisherige Nutzungsverhalten stütze,

seien diese Zahlen nicht verlässlich. Der Tarif „XXL“ sei bislang nur probeweise zugelassen gewesen mit der Folge, dass viele Kunden den Tarif noch gar nicht ernstlich in Betracht gezogen hätten. Dies werde weiterhin bewirken, dass sich bei endgültiger Zulassung das Kundenspektrum in Richtung Massenmarkt erweitern werde. Mit der Verschiebung des Kundenkreises werde sich auch das Nutzerverhalten gravierend hin zum „normalen“ Telefonkunden hin ändern, der prozentual gesehen weniger Online-Dienste in Anspruch nehme, dafür aber überwiegend Sprachtelefondienstleistungen nutze.

- Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG:

Nach Auffassung der Beigeladenen 8 eröffne der Tarif die Möglichkeit einer verbrauchsgesteuerten Quersubventionierung und damit einer Umgehung der Entgeltgenehmigungsvorschriften. Der Verbraucher könne an durchschnittlich 4,3 Sonntagen pro Monat zwei ISDN-Kanäle für 24 Stunden kostenlos nutzen, insgesamt also rund 12.384 Nutzungsminuten pro Monat. Jede Nutzungsminute „XXL“ spare ihm den regulären Preis von 0,03 DM, im Monat also sage und schreibe 375 DM – und diese Kalkulation berücksichtige noch nicht einmal die gleichfalls dem „XXL“-Vorteil unterfallenden bundeseinheitlichen Feiertage, geschweige denn die Zeit zwischen Weihnachten und Neujahr.

Umgekehrt könne der Verbraucher für das monatliche Zusatzentgelt von 14,90 DM rund 12.384 Minuten telefonieren, komme also günstigstenfalls auf einen Minutentarif von 0,0012 DM (statt regulär 0,03 DM). Es sei aus Sicht der Beigeladenen schlicht nicht nachvollziehbar, wie die Antragstellerin angesichts dieses offenkundigen Preisdumpings behaupten könne, das Angebot sei „kostenorientiert“.

Der Tarif „XXL“ umgehe die Entgeltgenehmigung für den Ortsnetztarif der Antragstellerin. Die Antragstellerin trage insoweit selbst vor, dass die Verbraucher keineswegs nur die ursprünglich avisierten IP-Dienste nutzen würden, sondern den Tarif nahezu ausschließlich für Sprachtelefondienstverbindungen verwendeten.

Für derlei Sprachtelefondienstverbindungen habe die Regulierungsbehörde mit gutem Grund Tarife festgeschrieben, die im Interesse der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht unterstrichen werden dürfen.

Der Tarif „XXL“ stelle nach alledem eine Sprachtelefondienst-Flat-Rate dar, die sich gegenüber den Wettbewerbern diskriminierend auswirke, weil den Wettbewerbern kein Angebot für eine Sprachtelefondienst-Flat-Rate auf dem Vorleistungsmarkt unterbreitet werde.

In der am 02.04.2001 durchgeführten mündlichen Verhandlung, an der neben der Antragstellerin auch die Beigeladene 1 teilgenommen hat, wurden die jeweiligen Auffassungen nochmals ausführlich dargelegt und die Problempunkte umfassend diskutiert:

Die Beigeladene 1 bekräftigte nochmals ihre Einschätzung, dass die Antragstellerin durch den Ausschluss der Preselection-Möglichkeit ihre Marktmacht im Teilnehmeranschlussbereich in unzulässiger Weise auf den Verbindungsnetzbereich ausweite und somit die Kundenbindung erhöhe.

Als Kostendeckungspotential stünden nach Angaben der Antragstellerin ca. 15 DM pro Monat zur Abdeckung der entgeltfreien Verbindungen zur Verfügung. Nach Auffassung der Beigeladenen 1 dürften insoweit lediglich ca. 5 DM pro Monat zur Abdeckung der entgeltfreien Verbindungen zur Verfügung stehen.

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

dungen berücksichtigt werden, da bereits für einen ISDN-300 Anschluss zusätzlich ca. 10 DM zu entrichten seien.

Die verbleibenden ca. 5 DM pro Monat zur Abdeckung der entgeltfreien Verbindungen seien bereits nach ca. 20 Minuten pro Sonn- und Feiertag aufgebraucht, so dass angenommen werden müsse, dass die Kostendeckungsgrenze unterschritten werde.

Die Antragstellerin hat bezüglich der Frage der Einhaltung des Abschlagsverbots ausgeführt, dass bei Zugrundelegung der „IC+25“-Regel und ausgehend von den Erfahrungen des Testbetriebs nicht davon ausgegangen werden könne, dass das Angebot offenkundig wettbewerbsbehindemde Abschläge enthalte. Insoweit sei davon auszugehen, dass zur Finanzierung der Flat-Rate an Sonn- und Feiertagen das gesamte monatliche Grundentgelt in Höhe von 12,83 DM netto herangezogen werden könnte. Gegebenenfalls könnte auch im Falle einer entgeltigen Genehmigung die bisherige Berichtspflicht fortgeschrieben werden.

Hinsichtlich der Ausführungen der Beigeladenen 1 zu einem möglichen Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG hat sich die Antragstellerin dahingehend geäußert, dass diese Vorschrift ihrer Ansicht nach vorliegend nicht relevant sei. Der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit beruhe auf einer freien Entscheidung des Kunden. Die entsprechende Formulierung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen orientiere sich am Gesetzeswortlaut und sei daher ausreichend. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen 1 diene die Vorschrift allein dem Schutz der Endkunden.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 06.04.2001 nochmals ergänzend zu den im Rahmen der mündlichen Verhandlung diskutierten Argumenten Stellung genommen

- Keine Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG

Ihrer Auffassung nach enthalte das verfahrensgegenständliche Entgelt für den Tarif „XXL“ keine unzulässigen Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

Die Behauptung der Beigeladenen, für die Finanzierung der Flat-Rate an Sonntagen und bundeseinheitlichen gesetzlichen Feiertagen stehe nur der Differenzbetrag zwischen dem Grundbetrag für den Tarif „AktivPlus“ und demjenigen für den Tarif „XXL“, d.h. ein Gesamtbetrag in Höhe von 4,99 DM brutto zur Verfügung, sei falsch. Die Beschlusskammer 2 sei dieser auch schon in den Vorverfahren geäußerten Behauptung der Beigeladenen (vgl. etwa Bl. 6 des Beschlusses vom 27.04.2000 - BK 2c 00/004) in ihren Genehmigungen vom 27.04.2000 und 08.12.2000 zu Recht nicht gefolgt. Andernfalls wäre auch die bisherige Genehmigung des „XXL“-Tarifs im Rahmen eines Testbetriebs nicht in Betracht gekommen; denn wenn für die Finanzierung der Flat-Rate nur ein Betrag von 4,99 DM brutto zur Verfügung gestanden hätte, wäre dies auch nach den im Genehmigungsantrag vorgelegten Prognosen der Antragstellerin nicht ausreichend gewesen. Das zu erwartende durchschnittliche Nutzerverhalten, das mit dem Testbetrieb ermittelt werden sollte, wäre dann nicht mehr entscheidungserheblich gewesen

Bei dem Tarif „XXL“ handele es sich um einen eigenständigen Tarif, für den ein Grundbetrag in Höhe von 12,83 DM netto (14,89 DM brutto) zu zahlen sei. Dieser Grundbetrag stehe voll für die Finanzierung der Flat-Rate an Sonntagen und bundeseinheitlichen gesetzlichen Feiertagen zur Verfügung. Der Umstand, dass der Grundbetrag für den Tarif „XXL“ um 4,99 DM höher sei als derjenige für den Tarif „AktivPlus“, sei insofern ohne Bedeutung. Entscheidend sei nicht, welchen Betrag der jeweilige Endkunde zusätzlich bei der Inanspruchnahme des Tarifs „XXL“ zu entrichten habe, sondern alleine die jeweilige Kalkulation des betreffenden Entgeltes. Diese

Geschwätzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

aber ergebe, dass Grundbetrag in Höhe von 14,89 DM (bei Anwendung der „IC + 25%“ - Regel) nicht, auch nicht teilweise als Ausgleich für kostenunterdeckende Verbindungsminuten außerhalb der Flat-Rate benötigt werde. Er könne daher in vollem Umfang für die Finanzierung der Flat-Rate an Sonntagen und bundeseinheitlichen gesetzlichen Feiertagen herangezogen werden.

In der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2001 sei darüber diskutiert worden, ob die sog. „IC+25%“-Regel der Beschlusskammer 2 auch für die Genehmigung der vorliegenden Flat-Rate zugrunde gelegt werden könne. Dies sei aus folgenden Gründen der Fall:

In ihrer bisherigen Spruchpraxis habe die Beschlusskammer 2 bei der Prüfung von Abschlägen für Endkunden-Entgelte die der Antragstellerin entstehenden Netzkosten anhand der sog. „IC+25%“-Regel, d.h. unter Rückgriff auf die im Genehmigungsverfahren für die Zusammenschaltungstarife B.1 und B.2 ermittelten genehmigungsfähigen Kosten, ermittelt. Auch wenn über die Höhe dieser Kosten, d.h. das Ansetzen des doppelten IC-Tarifs und des Zuschlags in Höhe von 25% im einzelnen unterschiedliche Auffassungen bestünden, sei doch die grundsätzliche Vorgehensweise unstrittig. Wenn die eigenen Kosten der Antragstellerin anhand der genehmigten Entgelte für die Vorleistung plus einem angemessenen Zuschlag für Marketing, Vertrieb usw. ermittelt werden könnten, könne auf diese Entgelte für die Kostenprüfung im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens unmittelbar zurückgegriffen werden. Die Forderung nach eigenen Kostennachweisen in dem betreffenden Entgeltgenehmigungsverfahren wäre dann ein unnötiger Formalismus.

Der Heranziehung der „IC+25%“-Regel auch im vorliegenden Genehmigungsverfahren stehe ferner nicht entgegen, dass bei der Prüfung der Genehmigungsfähigkeit der Flat-Rate notwendigerweise eine Durchschnittsbetrachtung angestellt, d.h. auf den durchschnittlichen Kunden abgestellt werden müsse. Dies sei keine Besonderheit des vorliegend zur Genehmigung stehenden Entgelts, sondern ein Umstand, der allen Kostenkalkulationen - auch im Einzelgenehmigungsverfahren - immanent sei.

So ließen sich beispielsweise die Kosten für bestimmte Bearbeitungsschritte (z.B. Umschalten der Teilnehmeranschlussleitung; Auftragsmanagement usw.) nur unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Bearbeitungszeit ermitteln, die dann mit dem in der Kalkulation in Ansatz gebrachten Stundensatz multipliziert würden. Auch wenn die Bearbeitungszeiten von Einzelfall zu Einzelfall individuell jeweils unterschiedlich ausfallen würden, so sei doch im Rahmen der Entgeltgenehmigung und der Entgeltkalkulation eine Einbeziehung der jeweils individuellen unterschiedlichen Bearbeitungszeiten nicht möglich. Andernfalls müsste die Genehmigung eines einheitlichen Entgelts für eine Vielzahl von Kunden stets unzulässig sein. Dies widerspräche schon dem Umstand, dass die genehmigungspflichtigen Entgelte nach § 25 Abs. 1 TKG AGB-Produkte, d.h. für eine Vielzahl von Nutzern konzipiert seien.

Auch die Spruchpraxis der übrigen Beschlusskammern der Regulierungsbehörde habe dementsprechend die Zugrundelegung einer Durchschnittsbetrachtung nicht beanstandet. So habe beispielsweise die Beschlusskammer 4 die Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung als bundeseinheitliches durchschnittliches Entgelt genehmigt, d.h. ohne Berücksichtigung von Kostenunterschieden im Stadt-Land-Gefälle. Sie habe es hierbei ausdrücklich als "akzeptabel" bezeichnet, "einen städtischen Nutzer anteilig die Mehrkosten ländlicher Nutzer mittragen zu lassen"; denn maßgeblich für die Betrachtung sei "der vom Nutzer bestimmte Markt" (RegTP, Beschlusskammer 4, Beschluss vom 09.03.1998 - BK 4a A 1130/E23.12.97, Blatt 13 des aml. Umdrucks (sub af).).

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

Auch bei der Kalkulation und Überprüfung der Kosten für einzelne Bearbeitungsschritte habe die Regulierungsbehörde die Zugrundelegung einer durchschnittlichen Bearbeitungszeit als solche niemals beanstandet. Zu verweisen sei insoweit zunächst auf den Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 05.02.2000 im Verfahren Preselection (BK 2c 00/0035, Blatt 15/16 des amtl. Umdrucks). Verwiesen werde ferner auf den Beschluss der Beschlusskammer 2 vom 13.06.2000 betreffend die Genehmigung der Entgelte für SFV und CFV, in dem die Beschlusskammer 2 in ihrer Kostenkalkulation ausdrücklich auf einen "durchschnittlichen Beschaltungsgrad" abgestellt habe (Beschlusskammer 2, Beschluss vom 13.06.2000 - BK 2a 00/008, Blatt 11 des amtl. Umdrucks).

Da aufgrund der vorstehenden Darlegungen für die Prüfung und Entscheidung der Genehmigungsfähigkeit die „IC+25%“-Regel zugrundegelegt werden könne und müsse, gingen auch die Einwände der Beigeladenen ins Leere, dass die Antragstellerin vorliegend keine Kostennachweise vorgelegt habe. Wie bereits ausgeführt, sei die Forderung nach dem Vorliegen von Kostennachweisen entbehrlich, wenn die in Rede stehenden Netzkosten unter Rückgriff auf die Ergebnisse anderer Genehmigungsverfahren und der dort bereits durchgeführten Prüfungen ermittelt werden könnten. Dies sei der eigentliche Kern der IC+25%-Regel der Beschlusskammer 2.

Der Genehmigungsfähigkeit der Entgelte könne schließlich auch nicht entgegen gehalten werden, dass es sich bei den zugrunde gelegten Erwartungen über das künftige Nutzerverhalten "lediglich" um Prognosen handle. Sofern die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen - wie vorliegend - nur anhand künftig zu erwartender Tatsachen erfolgen könne, seien derartige Prognosen nicht nur rechtlich nicht zu beanstanden, sondern unabdingbar. Sie seien dann auch in entsprechenden Fällen in verwaltungs- und kartellrechtlichen Genehmigungsverfahren selbstverständlicher Bestandteil des behördlichen Prüf- und Entscheidungsprogramms. So könnten etwa im Rahmen der Fusionskontrolle die erwarteten Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem jeweiligen relevanten Markt (die für die Genehmigungsfähigkeit einer Fusion entscheidend sind) nur anhand von Prognosen über die Folgen des zur Genehmigung gestellten Fusionsvorhabens beurteilt werden. Ebenso könne im Bau- und Umweltrecht die Genehmigungsfähigkeit eines Bau- und Anlagenvorhabens, dessen künftige Errichtung und Betrieb beurteilt werden müsse, nur anhand von Prognosen über die künftigen Auswirkungen der zu genehmigenden Anlage erfolgen. Sofern die betreffenden Prognosen methodisch einwandfrei und hinreichend verlässlich seien, stünde der Zugrundelegung im Rahmen des jeweiligen behördlichen Genehmigungsverfahrens nichts im Wege.

Vorliegend habe die Antragstellerin erstmals ihrem Genehmigungsantrag vom 18.02.2000 eine Prognoseabschätzung über das künftige durchschnittliche Nutzerverhalten zugrunde gelegt. Diese Prognose sei anhand der im Testbetrieb in der Zeit vom 01.06.2000 bis 31.12.2000 gewonnenen Daten sowie der Verlängerung des Testbetriebs durch Tatsachen hinterlegt worden. Damit sei die Verlässlichkeit der ursprünglichen Prognoseabschätzung nochmals verstärkt worden.

Die anhand der jetzt vorliegenden Daten aufgrund des Testbetriebs überarbeitete Prognose belege, dass bei Zugrundelegung des zu erwartenden künftigen durchschnittlichen Nutzerverhaltens die „IC+25%“-Regel eingehalten und damit keine unzulässigen Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG vorliegen würden.

Der Umstand, dass die Ergebnisse des Testbetriebes zu gewissen Abweichungen und Korrekturen von der ursprünglichen Prognoseabschätzung geführt hätten, widerlege nicht die Genehmigungsfähigkeit. Ausschlaggebend sei allein, ob bei Zugrundelegung der anhand der jetzt

Geschwätzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

gewonnenen Daten überarbeiteten Prognose die Genehmigungsfähigkeit gegeben sei, d.h. die Vorgaben der „IC+25%“-Regel eingehalten würden. Dies sei - wie bereits im Genehmigungsantrag vom 02.02.2001 ausgeführt - der Fall.

- Zum sog. "Preselection-Verbot"

Die Beigeladene 1 habe in ihrer Stellungnahme vom 15.03.2001 erneut ihren schon aus den Vorläuferverfahren bekannten Vorwurf erhoben, der Tarif „XXL“ enthalte ein sog. Preselection-Verbot, das gegen § 43 Abs. 6 TKG, gegen § 19 Abs. 2 GWB und gegen § 9 AGBG verstoße. Da die Vorwürfe sachlich nicht neu seien, werde in diesem Zusammenhang davon abgesehen, hierauf im einzelnen nochmals voll umfänglich einzugehen und zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf den schriftsätzlichen Vortrag in den Vorläufergenehmigungsverfahren sowie in dem Verfahren VG Köln 1 L 298/01 verwiesen.

Die Beschlusskammer 2 habe zu Recht sowohl bei der Genehmigung für den Tarif „AktivPlus“ vom 26.07.2000 (BK 2c 00/017) als auch bei der Vorläufergenehmigung vom 08.12.2000 für den Tarif „XXL“ den Einwand der Beigeladenen als rechtlich unerheblich zurückgewiesen. Die wesentlichen Argumente ließen sich wie folgt zusammenfassen:

Durch die Regelung in Nr. 2.1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Tarif „XXL“ werde dem Endkunden, der sich für diesen Tarif entscheidet, die dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Netzbetreiber nicht verboten. Vielmehr werde ihm der Tarif „XXL“ als ein Angebot einer Preselectionleistung unterbreitet, bei dem sich der Kunde mit der Entscheidung für den Tarif „XXL“ auf eine dauerhafte Voreinstellung auf die DTAG als Verbindungsnetzbetreiberin festlege. Der Endkunde lege sich hierbei aufgrund seiner freien Willensentscheidung fest. § 43 Abs. 6 TKG sei damit vollauf Rechnung getragen. Da es sich um eine Vorschrift handle, die ausschließlich dem Schutz des Endkunden diene, komme es in diesem Zusammenhang auf die behaupteten Beeinträchtigungen der Wettbewerber der Antragstellerin nicht an.

Der in der mündlichen Verhandlung vom 02.04.2001 von der Beigeladenen 1 erhobene Vorwurf, der Hinweis in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die dauerhafte Voreinstellung auf die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber sei nicht hinreichend verständlich, könne nicht nachvollzogen werden. Die von der Antragstellerin insoweit gewählte Formulierung entspreche dem Gesetzeswortlaut in § 43 Abs. 6 TKG. Hiermit werde der Gegenstand wesentlich präziser umschrieben als mit dem von der Beigeladenen 1 stattdessen für notwendig gehaltenen Schlagwort "Preselection".

In ihrem Beschluss BK2c 00/016 vom 27.06.2000, Bl. 10, habe die Beschlusskammer 2 zutreffend festgestellt, dass die Regelung in Nr. 2.1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragstellerin nur dasjenige nachvollziehe, was für den Endkunden, der sich für den Tarif entscheide, ohnehin wirtschaftlich sinnvoll sei. Denn für ihn amortisiere sich das Grundentgelt nur, wenn er von der Antragstellerin auch City- und Fernverbindungen beziehe.

Die Beanstandung einer entsprechenden Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Tarif „Talk2Friends“ sei im Zusammenhang mit dem vorliegend verfahrensgegenständlichen Entgelt nicht entscheidungserheblich. Grund für die Beanstandung des dortigen Tarifs sei allein der Umstand gewesen, dass der „Talk2Friends“-Tarif ausschließlich ein Tarif für City-Verbindungen gewesen sei (RegTP, Beschlusskammer 2, Beschluss vom 10.11.2000 - BK 2c 00/026, Blatt 28/29). Anders als im Falle des „Aktiv-Plus“-Tarifs oder des Tarifs „XXL“ habe daher nicht darauf abgestellt werden können, dass die Entscheidung für den Ta-

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

rif für den Endkunden nur wirtschaftlich sinnvoll sei, wenn dieser von der Antragstellerin neben City- auch Fernverbindungen in Anspruch nehme.

Aus diesem Grunde habe die Beschlusskammer 2 in der Genehmigung vom 08.12.2000, d.h. einen Monat nach ihrer Entscheidung über den Tarif „Talk2Friends“, an ihrer Spruchpraxis zur Irrelevanz des Einwands vom sog. Preslection-Verbot für Tarife, die auch Fernverbindungen einschließen, festgehalten.

- Keine Diskriminierung (§ 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG) durch Verbindung der Flatrate-Komponente mit einer „AktivPlus“ - Tarifierung an Werktagen

Die Beigeladene 1 habe in ihrer Stellungnahme vom 15.03.2001 den Vorwurf erhoben, das vorliegende verfahrensgegenständliche Entgelt enthalte eine unzulässige Diskriminierung im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, weil er nur bei Inanspruchnahme des Tarifs „AktivPlus“ an Werktagen eröffnet sei. Dies sei unzutreffend.

Die beanstandete Regelung verstoße nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3. Bei dem Tarif „XXL“ handele es sich um eine Tarifvariante zum Tarif „AktivPlus“. Der Tarif „XXL“ werde deshalb nicht unter der Voraussetzung angeboten, dass der Kunde an Werktagen den Tarif „AktivPlus“ abnehme. Vielmehr handele es sich um einen einheitlichen Tarif innerhalb der „AktivPlus-Familie“, bei dem die „AktivPlus“-Tarifierung durch eine Flatrate-Komponente für Sonntage und bundeseinheitliche gesetzliche Feiertage modifiziert werde.

Die Antragstellerin sei insbesondere auch nicht durch § 3 TKV verpflichtet, die Flat-Rate als Bestandteil des Tarifs „XXL“ auch dann ihren Endkunden anzubieten, wenn diese an Werktagen zu den Bedingungen des Standardtarifs telefonieren wollten.

§ 3 Abs. 1 TKV verpflichte lediglich zur Entbündelung von in einem Paket zusammengefassten unterschiedlichen Leistungen. Die Vorschrift zwingt indes nicht zur Entbündelung von unterschiedlichen Tarifmodellen, die für dieselbe Leistung am Markt plaziert seien. Vorliegend gehe es indes ausschließlich um unterschiedliche Tarifmodelle für dieselbe Leistung, nämlich Sprachverbindungen im City- und Fernbereich. Der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 TKV sei daher von Anfang an nicht eröffnet.

- Keine unzulässige Diskriminierung (§ 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG) durch die Bindung des „XXL“-Tarifs an die Inanspruchnahme von ISDN-Anschlüssen

Auch die Regelung in Nr. 2.1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach der „XXL“-Tarif nur für Inhaber von ISDN-Anschlüssen in Anspruch genommen werden könne, verstoße nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Die Regelung diene der Förderung der ISDN-Technologie. Die Förderungswürdigkeit dieses Ziels sei bereits durch die gesetzliche Wertung in § 1 Nr. 1 TUDLV anerkannt. Dementsprechend habe auch die Regulierungsbehörde in ihrer Genehmigung vom 11.12.1998 das Ziel der Förderungswürdigkeit des ISDN-Verkehrs anerkannt und hierauf zielende Regelungen in den Tarifen nicht beanstandet (vgl. dazu Beschlusskammer 2, Beschluss vom 11.12.1998 - BK 2-1 98/028, Blatt 6 des amtl. Umdrucks).

- Die Genehmigung dürfe schließlich auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass sich die Antragstellerin dazu verpflichte, die im Angebot „XXL“ enthaltenen Leistungen im Wege des Resale als Vorleistung anzubieten. Die Anordnung einer Resale-Verpflichtung sei nicht

Geschwärzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

geeignet, einen möglichen Verstoß gegen den § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu beseitigen. Die Verpflichtung zum Angebot von Resale nach § 4 Abs. 1 TKV beziehe sich lediglich auf Leistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit. Die Flat-Rate nach Maßgabe des „XXL“-Tarifs stelle indes keine Leistung der Antragstellerin, sondern lediglich ein bestimmtes Tarifmodell dar.

Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 12.04.2001 zur beabsichtigten Entscheidung insoweit Stellung genommen, dass es der Befristung auf sechs Monate und der Auflage eines erneuten Antrags der Antragstellerin für ein Optionsangebot „XXL“ für ISDN- sowie Nicht-ISDN-Kunden zustimmt.

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

II.

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

1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i. V. m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG.
- b) Die Entscheidung erfolgt innerhalb der Frist des § 28 Abs. 2 TKG. Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 16.03.2001 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 17.04.2001.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 09.04.2001 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 82 Satz 3 TKG eingeräumt.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Geschäftsbedingungen des Optionsangebots „XXL“ unterliegt gemäß § 25 Abs. 1 TKG der Entgeltgenehmigungspflicht.

- a) Es handelt sich insoweit um ein Optionsangebot, welches Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG beinhaltet und erstmalig am 27.04.2000 als Testbetrieb genehmigt worden ist. Dementsprechend ist es bislang in keinem der bestehenden Price-Cap-Warenkörbe enthalten.
- b) Die Antragstellerin verfügt im Bereich des Angebots von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über marktbeherrschende Stellungen. Dabei kann die Marktabgrenzung letztlich dahingestellt bleiben, da die Antragstellerin auf Endkundenmärkten und Diensteanbietermärkten für Ortsverbindungen inkl. der Teilnehmeranschlüsse, Fern- und Auslandsverbindungen und einem Markt für Sprachtelefondienst – mit Ausnahme der Sprachtelefondienstverbindungen von Deutschland in die Türkei- insgesamt derzeit jeweils über eine

Geschwätzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verfügt.

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. Die Anwendung des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens scheidet vorliegend aus, weil es sich bei dem Optionsangebot „XXL“ insoweit um ein Angebot handelt, das im vorangegangenen Referenzzeitraum keine Mengen und Umsätze erzielt hat. Ohne die Kenntnis der Referenzmengen und Referenzumsätze ist die im Rahmen des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 2 S. 2 TKG erforderliche Prüfung der Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen nicht durchführbar. Daher sind im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG heranzuziehen.

4. Verfahrensgegenstand

Verfahrensgegenstand sind gemäß § 25 Abs. 1 TKG die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile für die in dem Optionsangebot enthaltenen genehmigungspflichtigen Sprachtelefondienstleistungen im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG.

5. Genehmigungsvoraussetzungen

Die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG sind vorliegend erfüllt. Danach ist die Genehmigung nur dann zu versagen, wenn die neuen Angebote 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) Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG scheidet vorliegend bezogen auf die in den neuen Optionsangeboten enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen aus, da die beantragten Tarifmaßnahmen ausschließlich Senkungen von bereits genehmigten Entgelten beinhalten.
- b) Ein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG scheidet vorliegend ebenfalls aus.

Gemäß § 27 Abs. 3 TKG hat die Regulierungsbehörde im Rahmen des Einzelgenehmigungsverfahrens zu prüfen, ob die beantragten Entgelte offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG nicht entsprechen oder mit anderen Vorschriften des TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen. Sofern dies der Fall ist, ist die Genehmigung der Entgelte zu versagen.

Offenkundigkeit liegt jedoch nur dann vor, wenn die Nichteinhaltung der Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG für die Regulierungsbehörde auf Grund bereits vorhandener Unterlagen, Kenntnisse und Erfahrungen ohne weiteres ersichtlich ist. Die Prüfung ist daher auf eine Evidenzprüfung zu beschränken.

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

ba) Kein Offenkundiger Verstoß gegen das Abschlagsverbot:

Ein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist für die beantragte Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile nicht ersichtlich.

- Kein Vorliegen eines Abschlags:

Entgelte enthalten dann Abschläge, wenn sich eine negative Differenz zwischen den beantragten Entgelten und den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung ergibt. Soweit in diesem Zusammenhang von der Beigeladenen 1 erneut gefordert wird, die Kosten der Wettbewerber als Maßstab für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung heranzuziehen, ist dem nicht zu folgen. Insoweit kann, da sich bezüglich der Entscheidungspraxis der Beschlusskammer keine neuen Erkenntnisse ergeben haben, auf die Entscheidung BK2-1 99/035 vom 16.02.2000 verwiesen werden.

Im Zusammenhang mit der Feststellung möglicher Abschläge ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Optionsangebot „XXL“ sich einerseits aus nutzungsdauerabhängig tarifierten Verbindungsentgelten, die insoweit denen des Optionsangebots „AktivPlus“ („AktivPlus“-Komponente) entsprechen, und andererseits aus nutzungsdauerunabhängig tarifierten Verbindungsleistungen an Sonn- und Feiertagen (Flat-Rate-Komponente) zusammensetzt.

Wie zuletzt in den Entscheidungen BK 2c 00/016 vom 26.07.2000 und BK 2c 00/022 vom 25.09.2000 festgestellt, ist bezüglich der im Angebot „AktivPlus“ enthaltenen Verbindungsentgelte kein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG ersichtlich. Da die in dem Optionsangebot „XXL“ enthaltenen nutzungsdauerabhängig tarifierten Entgelte für Verbindungsleistungen denen des Optionsangebots „AktivPlus“ entsprechen, liegen insoweit keine Anhaltspunkte für ein Vorliegen wettbewerbsbehindender Abschläge vor.

Bei der Beurteilung der Frage, ob das Optionsangebot „XXL“ insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltene Fat-Rate-Komponente Abschläge im oben dargestellten Sinne enthält, muss vorliegend auf eine Prognose zurückgegriffen werden.

Entsprechend der Spruchpraxis der Beschlusskammer 2 erfolgt die Entgeltprüfung nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG grundsätzlich auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Dies bedeutet, dass grundsätzlich jede einzelne Verbindungsdienstleistung den Maßstäben des § 24 TKG genügen muss.

Die Kalkulation eines nutzungsdauerunabhängigen Pauschaltarifs (Flat-Rate) basiert dagegen im wesentlichen auf einer Prognose über das durchschnittliche Nutzungsverhalten aller Kunden, die das Optionsangebot „XXL“ nutzen. Verluste, die durch überdurchschnittliche Nutzung bestimmter „XX“-Kunden verursacht werden, müssen durch zusätzliche Einnahmen der übrigen „XXL“-Kunden ausgeglichen werden. Dies hat zur Folge, dass die von der Beschlusskammer zur Bestimmung der Kosten einzelner Verbindungsdienstleistungen herangezogene „IC+25“-Regel bei Flat-Rate-Angeboten nur bedingt Anwendung finden kann, da diese auf die minutenbezogenen Interconnection-Tarife zurückgreift und bisher keine nutzungsdauerunabhängigen Vorleistungstarife existieren. Bei der Prüfung, ob ein Flat-Rate-Angebot offenkundige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthält, kann deshalb vorliegend nur darauf abgestellt werden, ob die zu erwartenden – im wesentlichen durch das Nutzungsverhalten bestimmten - durchschnittlichen Kosten für das Herstellen der vom Flat-Rate-Angebot umfassten Verbindungsleistungen durch die durchschnittlichen fixen Einnah-

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

men für das Flat-Rate-Angebot abgedeckt werden können.

Bei der somit erforderlichen Prognose zum künftigen Nutzungsverhalten der „XXL“-Kunden kann insoweit vorliegend lediglich auf die im Rahmen des seit dem 01.06.2000 laufenden Testbetriebs gesammelten Daten über das bisherige Nutzungsverhalten der „XXL“-Kunden zurückgegriffen werden. Zwar zeigen die bisherigen Erfahrungsberichte, dass

[REDACTED] (BuGG der Ast). Jedoch ist festzustellen, dass sich die der tatsächlichen Nutzung der Flat-Rate-Komponente zugrundeliegenden durchschnittlichen Netzkosten über den Berichtszeitraum auf dem Niveau des monatlichen Grundentgelts (12,83 DM netto) bewegt haben, so dass derzeit nicht von einem offenkundigen Vorliegen von Abschlägen ausgegangen werden kann. Die Entwicklung des bisherigen Nutzungsverhalten deutet vielmehr darauf hin, dass die Kosten der nutzungsunabhängig tarifierten Verbindungen von den Einnahmen des monatlichen Entgeltes abgedeckt und somit davon getragen werden können. Der noch verbleibenden Prognoseunsicherheit wird insoweit durch die Auflage Rechnung getragen, dass die Antragstellerin auch weiterhin verpflichtet bleibt, gegenüber der Regulierungsbehörde monatlich über die Nutzerzahl und das Nutzungsverhalten der „XXL“-Kunden zu berichten.

- Resale-Anspruch der Wettbewerber

Die Gefahr einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen durch einen möglichen Anstieg des Nutzungsverhaltens an Sonn- und Feiertagen wird im übrigen dadurch relativiert, dass die Antragstellerin nach § 4 Abs. 1 Telekommunikationskundenschutzverordnung (TKV) grundsätzlich verpflichtet ist, ihr Leistungsangebot so zu gestalten, dass auch Wettbewerber die vom Angebot „XXL“ umfassten Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben und ihren Kunden anbieten können. Für Wettbewerber der Antragstellerin bestünde daher die Möglichkeit, dem Optionsangebot „XXL“ vergleichbare eigene Angebote auf Resale-Basis entgegenzusetzen.

bb) Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG dürfen Entgelte einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation einräumen. Bedenken bestehen aus Sicht der Beschusskammer insoweit gegen die Bestimmung, nach der nur Kunden, die über einen Euro-ISDN-Mehrgeräteanschluss der DTAG verfügen, in den Genuss der „Sonntags- Flat-Rate“ kommen können.

Die Antragstellerin selbst hat die Ungleichbehandlung in ihrem ursprünglichen Antrag auf Genehmigung des „XXL“-Tarifs vom 18.02.2000 noch damit gerechtfertigt, dass es vor einer Einführung einer Flat-Rate-Option, die an jedermann gerichtet ist, erforderlich sei, sich zunächst ein Bild von dem zu erwartenden Kundenverhalten und der Intensität der Nutzung eines solchen Angebots zu verschaffen. Daher sei der Weg einer Einführung eines zeitlich befristeten von der Zielgruppe her eingegrenzten Flat-Rate-Tarifs gewählt worden, anhand dessen aussagefähige Erfahrungswerte gesammelt werden könnten, ohne die Funktionsfähigkeit des Netzes zu gefährden (vgl. Seite 6 der Antragsbegründung vom 18.02.2000). Aufgrund der Tatsache, dass die Antragstellerin im Rahmen des nunmehr durchgeführten

Geschwärzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

und auf eigenen Antrag hin sogar noch verlängerten Testbetriebs ausreichende Erfahrungen mit einer Flat-Rate sammeln konnte, ist eine sachliche Rechtfertigung für eine Begrenzung der Flat-Rate auf ISDN-Kunden nicht mehr erkennen. Soweit die Antragstellerin mit Schreiben vom 05.04.2001 als Begründung für Ungleichbehandlung die Förderung der ISDN-Technologie anführt, steht dies im Widerspruch zur ursprünglichen Intention, der Nachfrage von Verbrauchern nach innovativen und zukunftsweisenden Angeboten von modernen Telekommunikationsdienstleistungen Rechnung zu tragen. Der Großteil der Kunden, die derzeit noch einen über einen analogen Anschluss verfügen, würde nämlich von vorneherein von der Nutzung entsprechender, von der Nutzungsdauer unabhängiger Tarifmodelle ausgeschlossen.

Die Beschlusskammer hält es daher für unabdingbar, dass es die Antragstellerin zukünftig auch Kunden, die über einen herkömmlichen Telefonanschluss verfügen, ermöglichen muss, das Optionsangebot „XXL“ zu nutzen.

Trotz des festzustellenden Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot hat die Beschlusskammer im vorliegenden Fall von einer unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit im Interesse der großen Zahl von ca. 900.000 Kunden, die sich bereits im Rahmen des Testbetriebs für eine Nutzung des Angebots entschieden haben, zunächst von einer Versagung der Genehmigung abgesehen und das Angebot für einen kurzen Zeitraum von 6 Monaten genehmigt. Sollte die bestehende Diskriminierung bis zum Ablauf der Genehmigung nicht beseitigt werden, käme eine erneute Genehmigung allerdings nicht mehr in Betracht.

c) Kein Verstoß gegen sonstige Rechtsvorschriften

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist ein Verstoß gegen sonstige Rechtsvorschriften nicht ersichtlich.

ca) Kein Verstoß gegen § 46 Abs. 6 TKG:

Insbesondere stellt der in Ziffer 2.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber keinen Verstoß gegen § 43 Abs. 6 TKG, bzw. § 9 Abs. 1 AGBG dar.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sich aus der genannten Bestimmung eindeutig entnehmen lässt, dass mit der Inanspruchnahme des Angebots „XXL“ eine Voreinstellung auf die Antragstellerin verbunden und damit während der Vertragslaufzeit die Möglichkeit, einen anderen Verbindungsnetzbetreiber auswählen zu können, ausgeschlossen ist. Der Kunde legt sich - im Rahmen einer freien Willensentscheidung - auf die Antragstellerin als Fernverbindungsnetzbetreiber fest. § 43 Abs. 6 TKG ist damit genüge getan und eine Genehmigung dieser Regelung in diesen Fällen möglich.

Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen durch die Voreinstellung auf die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber ist nach Ansicht der Beschlusskammer vorliegend nicht zu erwarten, da ein Kunde, der das Angebot in erster Linie wegen der günstigen Verbindungsentgelte im Ortsnetzbereich in Anspruch nehmen möchte, auch weiterhin andere Verbindungsnetzbetreiber über das Call-by-Call-Verfahren auswählen kann.

Der Auffassung der Beigeladenen 1, dass es dem marktbeherrschenden Unternehmen im

Geschwätzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

Bereich der Teilnehmeranschlüsse aufgrund der nach § 43 Abs. 6 TKG bestehenden Verpflichtung nicht möglich sein soll, die Preselection-Möglichkeit des Kunden im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines auch Verbindungsnetzbetreiber-Leistungen umfassenden Optionsangebotes vertraglich auszuschließen, kann nicht gefolgt werden. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die sich aus § 43 Abs. 6 TKG ergebende Verpflichtung gerade nicht an das Tatbestandsmerkmal einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft sondern grundsätzlich für jeden Betreiber eines Telekommunikationsnetzes gilt. Einschränkungen könnten sich für das marktbeherrschende Unternehmen insoweit allenfalls unter dem Gesichtspunkt eines möglichen Verstoßes gegen das wettbewerbsrechtliche Kopplungsverbot ergeben (s.u.).

cb) Kein Verstoß gegen § 9 AGBG

Die Verpflichtung, sich für die Dauer der Inanspruchnahme des Optionsangebotes auf die Antragstellerin als Verbindungsnetzbetreiber voreinstellen zu lassen, stellt auch keine nach Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG dar. Zwar hat diese Bestimmung zur Folge, dass sich der Kunde für die Laufzeit des Vertrages nicht auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreinstellen lassen kann. Da sich der Vertragspartner in aller Regel nicht allein im Hinblick auf die vergünstigten Verbindungsleistungen im Teilnehmernetz, sondern auch wegen der vergünstigten Fernverbindungsleistungen für das Optionsangebot entscheidet, stellt der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit für ihn keinen erkennbaren Nachteil dar. Selbst für solche Kunden, die das Angebot ausschließlich im Hinblick auf die günstigen Verbindungsleistungen in Anspruch nehmen wollen, relativiert sich der Nachteil durch die verbleibende Möglichkeit, andere Verbindungsnetzbetreiber im Call-by-Call-Verfahren auswählen zu können.

cc) Kartellrechtliches Kopplungsverbot

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen verstößt die Zusammenfassung von Teilnehmernetzbetreiber-Leistungen und Verbindungsnetzbetreiber-Leistungen im Rahmen des Optionsangebots „XXL“ nicht gegen das kartellrechtliche Kopplungsverbot.

Leistungskoppelung

Ein Fall der sogenannten Leistungs-Koppelung liegt nicht vor, da der Kunde nicht gezwungen wird, Verbindungen innerhalb des Festnetzes oder vom Festnetz zu Zugängen von Online-Diensten exklusiv über die Antragstellerin zu beziehen. Ihm bleibt vielmehr unbenommen, Ferngespräche oder die Zuführung zu Online-Diensten Call-by-Call über andere Netzbetreiber zu führen.

Der Vertragsschluss wird auch nicht von der Abnahme sachlich bzw. nach dem Handelsbrauch nicht zusammengehöriger Leistungen abhängig gemacht. Üblicherweise werden über einen Teilnehmeranschluss nicht nur Verbindungen innerhalb des Teilnehmernetzes, sondern auch Fernverbindungen, Verbindungen vom Festnetz in die Mobilfunknetze, Verbindungen zum Zugang zu Online-Diensten etc. hergestellt. Für diese Verbindungen erhält der Teilnehmer in aller Regel auch eine einheitliche Gesamtrechnung. Der Umstand, dass die über einen Teilnehmeranschluss möglichen Verbindungsleistungen im Rahmen eines Optionsangebotes zusammengefasst werden, kann insoweit nicht als handelsunüblich bzw. sachfremd eingestuft werden.

Geschwärtzte Fassung

– Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten –

Konditionenkoppelung

Die vorliegende Zusammenfassung unterschiedlicher Verbindungsleistungen im Rahmen des Optionsangebots „XXL“ stellt auch keine unzulässige Konditionenkoppelung dar, da insbesondere die Gefahr einer Quersubventionierung zwischen den gekoppelten Dienstleistungen nicht besteht und der Kunde auch nicht übermäßiger Weise an das marktbeherrschende Unternehmen gebunden wird.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass, wie bereits oben dargestellt, weder die nutzungsabhängig noch die nutzungsdauerunabhängig tarifierten Verbindungsleistungen Abschläge enthalten. Es besteht daher nicht die Gefahr, dass die von der Flat-Rate-Komponente umfassten Verbindungsleistungen durch die nutzungsdauerabhängig tarifierten Entgelte mitgetragen werden müssen.

6. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung des Testbetriebs verbundenen Nebenbestimmungen war gemäß § 36 Abs. 2 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

- Bei der Festlegung der Befristung der Genehmigung (Ziffer 1 der Nebenbestimmungen) wurden die gesetzlichen Prüfungsfristen im Anschluss an den Vorlagetermin für einen möglichen Folgeantrag berücksichtigt.
- Die Auflage, der Regulierungsbehörde auch weiterhin im monatlichen Abstand über die tatsächlichen Erfahrungen hinsichtlich des prognostizierten Nutzungsverhaltens der „XXL“-Kunden Bericht zu erstatten (Ziffer 2 der Nebenbestimmungen), trägt insoweit den noch verbleibenden Prognoseunsicherheit im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Nutzungsverhalten Rechnung. Die Erfahrungsberichte ermöglichen es der Regulierungsbehörde, 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, ein äquivalentes Angebot auch für Kunden mit herkömmlichen anlogenen Anschlüssen zu gestalten und zur Genehmigung vorzulegen (Ziffer 3 der Nebenbestimmungen), war erforderlich, da eine Genehmigung ansonsten wegen des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nicht möglich gewesen wäre.

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.

Geschwärzte Fassung

- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Verfahrensbeteiligten -

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Falls die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs.2 TKG).

Kuhmeyer
(Vorsitzender)

Busch
(Beisitzer)

Funk
(Beisitzer)