

# **Kurzgutachtliche Stellungnahme**

**zur telekommunikationsrechtlichen  
Bewertung der**

**„Call & Surf“-Bündeltarife  
der Deutsche Telekom AG**

**erstellt im Auftrag**

**des Verbandes der Anbieter von Telekommunika-  
tions- und Mehrwertdiensten (VATM) e.V.**

**und**

**des Bundesverbandes Breitbandkommunikation  
e.V. (BREKO)**

**Prof. Dr. Joachim Scherer, LL.M.**

**14. Januar 2008**

**A. Gegenstand der kurzgutachtlichen Stellungnahme und Sachverhalt unter Mitarbeit der Rechtsanwälte Dr. Juliane Hagelberg, LL.M., Dr. Dominique Wagener, LL.M. und Dr. Georg Weidenbach, M.Jur., Baker & McKenzie**

**I. Untersuchungsgegenstand**

Der Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) e.V. und der Bundesverband Breitband-Kommunikation e. V. ("BREKO") haben uns beauftragt, kurzgutachtlich zu untersuchen, ob die „Call & Surf“-Bündeltarife der Deutsche Telekom AG ("DTAG") nach dem sektorspezifischen Kartellrecht des TKG angreifbar sind. Im Falle der Unvereinbarkeit der „Call & Surf“-Bündeltarife mit geltendem Telekommunikationsrecht soll aufgezeigt werden, welche Abhilfemöglichkeiten der Bundesnetzagentur („BNetzA“) zur Verfügung stehen.

Der Schwerpunkt der Untersuchung sollte beauftragungsgemäß auf der Frage des möglichen Vorliegens eines Entgeltbehinderungsmissbrauchs i.S.v. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG durch die langen Mindestvertragslaufzeiten der „Call & Surf“-Bündeltarife sowie die Zwangskoppelung von Breitbandleistungen und Telefonieleistungen seitens der DTAG im Rahmen der „Call & Surf“-Produkte liegen.

Darüber hinaus sollten – ggf. im Rahmen einer Gesamtschau – auch noch weitere Aspekte eines Entgeltbehinderungsmissbrauches nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG, wie z.B. eine etwaige Sogwirkung der „Call & Surf“-Bündelprodukte, kurz angesprochen werden.

Im Rahmen der vorliegenden, lediglich kurzgutachtlichen Untersuchung sollte den Fragen nach dem Vorliegen eines Dumping i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG, einer Preis-Kosten-Schere i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG und einer ggf. fehlenden Nachbildbarkeit der „Call & Surf“-Bündeltarife i.S.v. § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG dagegen nicht nachgegangen werden.

**II. Vertragliche Ausgestaltung der „Call & Surf“-Bündeltarife**

Seit September 2006 bietet die DTAG verschiedene Arten von „Call & Surf“-Bündeltarifen in Deutschland an: Call & Surf Comfort Plus, Call & Surf Comfort, Call & Surf Basic und Call & Surf Start. Diese „Call &

Surf<sup>cc</sup>-Bündeltarife unterscheiden sich hinsichtlich der Internet-Übertragungsrate, der optionalen Telefon-Flatrate und zusätzlicher Service-Pakete. Gemeinsam ist den Tarifen, dass sie Festnetztelefonie mit Breitband-Internetzugang zu einem einheitlichen Telekommunikationsprodukt koppeln.

Die monatlichen Kosten für die „Call & Surf“-Angebote der DTAG bewegen sich derzeit in einem Rahmen von 24,95 € - 53,95 €, wobei sie am 12. November 2007 für Call & Surf Comfort (vorläufig bis 13. Januar 2008) im Rahmen einer Marketingkampagne erneut abgesenkt wurden. Call & Surf Comfort kostet jetzt inkl. Standard-Anschluss 39,95 € monatlich (statt vorher 44,95 €) und inkl. eines ISDN-Anschlusses 43,95 € monatlich (statt vorher 48,95 €).

Mit Einführung der „Call & Surf“-Tarife der DTAG zum September 2006 wurde die eigentlich nur mehrtägige Mindestvertragslaufzeit für Telefonanschlüsse zunächst auf 12 Monate und zum 4. Juni 2007 auf 24 Monate ausgeweitet.

Darüber hinaus sehen die „Call & Surf“-Tarife eine stillschweigende Vertragsverlängerung vor (Ziff. 14.1 der AGB für „Call & Surf (2)“). Sofern „Call & Surf“-Kunden ihren Vertrag nicht bis einen Monat vor Ablauf der 24-monatigen Vertragslaufzeit kündigen, verlängert sich die Laufzeit des Vertrages automatisch um 12 Monate.

Die DTAG vertreibt sämtliche ihrer DSL-Produkte (und somit auch die „Call & Surf“-Tarife) unter der Voraussetzung, dass der entsprechende DSL-Kunde auch einen Telefonanschluss bei der DTAG bezieht. Bis zum 11. Dezember 2007 war in Ziff. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DTAG für „Call & Surf (2)“ festgelegt, dass dem „Call & Surf“-Produkt immer ein T-Net-Anschluss oder ein ISDN-Anschluss zu Grunde liegen muss. Durch die ab dem 11. Dezember 2007 geltenden AGB, die nunmehr nur einen „Standard-Anschluss“ bzw. „ISDN“ als Grundlage für „Call & Surf“ vorsehen, hat sich an der Voraussetzung des zwingenden Bezuges auch eines Telefonanschlusses der DTAG im Rahmen der „Call & Surf“-Produkte nichts geändert. Die diesbezügliche Änderung der AGB bezweckt vielmehr, die einzelnen Komponenten des Produktes noch mehr in den Hintergrund treten zu lassen, um das Produkt noch stärker als einheitliches Komplettpaket vermarkten zu können<sup>1</sup>.

---

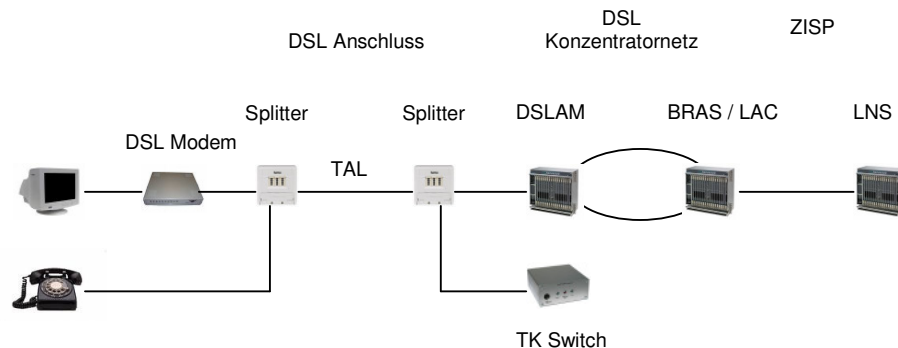
<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund ist es der DTAG u.U. leichter möglich, einen Anschluss, für den ein „Call & Surf“-Vertrag besteht, als nicht „DSL Resale“-fähig zu deklarieren.

Die aktuellen AGB der „Call & Surf“-Produkte der DTAG sowie die zuvor gültigen AGB (Stand 18. Juni 2007 und 24. September 2007) sind als **Anlage 1** beigefügt.

### III. Technischer Hintergrund der „Call & Surf“-Bündelprodukte

Im Rahmen der technischen Umsetzung der „Call & Surf“-Bündeltarife wird der schmal- und breitbandige Verkehr auf der Endkundenseite zunächst mit Hilfe eines Splitters zusammengeführt. Dann wird sowohl die Telefonkommunikation als auch die Datenkommunikation gemeinsam über ein einheitliches Kabel, die Teilnehmeranschlussleitung („TAL“), transportiert. Erst hinter dem Hauptverteiler werden Sprach- und Datenkommunikation wieder mit Hilfe eines weiteren Splitters getrennt. Der schmalbandige Sprachtelefonverkehr wird in die Vermittlungsstelle geführt, während der breitbandige Verkehr mit Hilfe einer Multiplexeinrichtung (sog. DSLAM) in das sog. Konzentratornetz weitergeleitet wird.

Diese technischen Abläufe, die den „Call & Surf“-Tarifen zu Grunde liegen, lassen sich grafisch wie folgt darstellen:



### IV. Vermarktung der „Call & Surf“-Bündelprodukte

Die „Call & Surf“-Bündelprodukte werden im Wege des Telefon-Marketing überwiegend den DTAG-Bestandskunden im Festnetztelefonbereich angeboten. Dabei wendet die DTAG nach Auskunft von Marktteilnehmern aggressive Marketingmethoden an. Über die Vertragslaufzeit der Bündeltarife von 24 Monaten sowie bezüglich der automatischen Verlängerung um weitere 12 Monate werden Kunden im Rahmen der telefonischen Vermarktung von „Call & Surf“-Tarifen regelmäßig nicht aufgeklärt. Informationen über die automatische Vertragsverlängerung sind z.B. auch auf der „Call & Surf“-Internetseite der DTAG nicht

deutlich gemacht. Andere, ebenfalls aggressive Marketingstrategien der DTAG für „Call & Surf“ wurden von Mitgliedsunternehmen des VATM als unlauterer Wettbewerb bereits erfolgreich angegriffen, siehe z.B. einstweilige Verfügung des LG Köln, Az.: 31 O 616/07, beigefügt als **Anlage 2**.

Die DTAG bewirbt und verkauft die „Call & Surf“-Bündelprodukte mit deutlichem Preisvorteil gegenüber den Einzelkomponenten Telefon und Internet (wobei für den Bezug von DSL-Produkten immer ein DTAG-Anschluss erforderlich ist, s.o. A.II.). So wird das Produkt „Call & Surf Comfort Plus“ z.B. auf der Internetseite der DTAG mit dem Hinweis beworben

„Mit dem Leistungsplus sparen Sie insgesamt monatlich 24,93 €!“.

In der Fußnote zu diesem Hinweis heißt es:

„Ersparnis im Vergleich zur Einzelbuchung“.

**Anlage 3** enthält einen Ausdruck der entsprechenden Internetseite der DTAG.

## V. Marktpositionen

### 1. Marktposition DTAG im Bereich Festnetzanschlüsse

Deutschlandweit gibt es insgesamt 38,36 Mio. Telefonanschlüsse als analoge oder ISDN-Anschlüsse (Stand: 31.12.2006)<sup>2</sup>. Nach eigenen Angaben verfügte die DTAG – bei leichtem Rückgang der Anschlusszahlen der DTAG in den ersten drei Quartalen 2007 – zum 30. September 2007 über ca. 31,6 Mio. Anschlüsse<sup>3</sup>. Dies entspricht immer noch einem

Marktanteil der DTAG in Höhe von rund **83 %**.

Der Umsatz der DTAG mit Telefonanschlüssen und -verbindungen belief sich im Geschäftsjahr 2006 auf ca. € 2,5 Mrd.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BNetzA, Jahresbericht 2006, S. 60 (Gesamtzahl der Anschlüsse ohne öffentliche Telefone (0,109 Mio.) und ISDN-Primärmultiplexanschlüsse (0,113 Mio.)).

<sup>3</sup> DTAG, Quartals-Finanzbericht 1.- 3. Quartal 2007, S. 29.

<sup>4</sup> DTAG, Geschäftsbericht 2006, S. 53.

Arcor als nächstgrößter Anbieter von Telefonanschlüssen hat lediglich 2,1 Mio. Telefonkunden (Stand: 30.06.2007). Mit Ablauf des Jahres 2006 waren insgesamt nur 4,7 Mio. Telefonanschlussleitungen der DTAG für Wettbewerber geschaltet; per 30. September 2007 waren es 5,9 Mio.<sup>5</sup>

## 2. Marktposition DTAG im Bereich Breitbandmarkt

Per zweitem Quartal 2007 gab es in Deutschland laut Einschätzung eines VATM-Mitgliedsunternehmens ungefähr 16,74 Mio. Breitbandanschlüsse<sup>6</sup>. Davon entfielen per zweitem Quartal 2007 ca. 8,0 Mio. Anschlüsse auf die DTAG<sup>7</sup>. Daraus ergibt sich ein

Marktanteil der DTAG von rund **47 %**.

Rechnet man auch das DSL-Resale-Geschäft (ca. 3,5 Mio. Anschlüsse<sup>8</sup>), das von Vorleistungen der DTAG abhängig ist, der Marktposition der DTAG hinzu, ergibt sich ein

Marktanteil der DTAG von rund **68 %**.

Die nächstgrößeren Wettbewerber der DTAG – die Unternehmen United Internet (bis Beginn 2007 allerdings nur Resale), Arcor und Hansenet – verfügen jeweils nur über etwas mehr als 2 Mio. Kunden.

## VI. Auswirkungen der „Call & Surf“-Bündelprodukte

### 1. Die „Call & Surf“-Bündeltarife führen zu einem deutlichen Kundenzuwachs bei der DTAG

Im Zeitraum vom Vermarktungsbeginn der „Call & Surf“-Bündelprodukte im September 2006 bis zum 31. März 2007 gelang es der DTAG, in Deutschland ca. 5,7 Mio. Verträge über Komplettangebote abzuschließen, wovon auf die Call & Surf-Bündelprodukte nach eigenen Angaben der DTAG ein Anteil von 70 %, d.h. von ca. 4,0 Mio. Kunden entfällt<sup>9</sup>. Im 2. Quartal 2007 kamen – legt man den von der DTAG angegebenen Anteil der „Call & Surf“-Bündelprodukte an den vermarkteten

<sup>5</sup> DTAG, Quartals-Finanzbericht 1.- 3. Quartal 2007, S. 29.

<sup>6</sup> Für das Jahr 2006 weist der Jahresbericht der BNetzA für den Breitbandmarkt 14,7 Mio. Anschlüsse deutschlandweit auf. Davon entfielen ca. 7,1 Mio. Anschlüsse auf die DTAG bzw. 10,3 Mio. inkl. Resale (vgl. DTAG, Geschäftsbericht 2006, S. 56).

<sup>7</sup> DTAG, Halbjahres-Finanzbericht 1. Halbjahr 2007, S. 28.

<sup>8</sup> DTAG, Halbjahres-Finanzbericht 1. Halbjahr 2007, S. 28.

<sup>9</sup> DTAG, Quartals-Finanzbericht 1. Quartal 2007, S. 31.

Komplettangeboten von 70 % zu Grunde – 1,2 Mio. Kunden und im 3. Quartal 2007 noch einmal weitere 1,1 Mio. Kunden für „Call & Surf“-Produkte hinzu<sup>10</sup>. In nur einem Jahr (Oktober 2006 bis September 2007) verkaufte die DTAG – bei ca. 9 Mio. Kunden für Komplettangebote insgesamt (Stand: 30.09.2007)<sup>11</sup> – somit rund 6,3 Mio. „Call & Surf“-Bündelprodukte.

Dem vorstehend dargestellten, immensen Zuwachs der DTAG bei den „Call & Surf“-Bündelprodukten steht ein nur geringer Verlust von Anschlusskunden der DTAG gegenüber: Die Anzahl neuer Kunden für Bündelprodukte der DTAG pro Quartal ist doppelt bis dreimal so groß wie die Gesamtzahl der Anschlüsse, die die DTAG 2007 sowohl an Wettbewerber als auch durch Migration zu Kabelnetzbetreibern sowie zu Mobilfunkunternehmen verloren hat (1. Quartal 2007: ca. 600.000 Anschlüsse; 2. Quartal 2007: ca. 500.000 Anschlüsse; 3. Quartal 2007: ca. 500.000 Anschlüsse<sup>12</sup>).

Die 6,3 Mio. „Call & Surf“-Kunden (Stand: 30.09.2007) der DTAG, die für 12-24 Monate (d.h. für die Dauer der entsprechenden Mindestvertragslaufzeit) an ein „Call & Surf“-Bündelprodukt gebunden sind, machen bereits **19,9 %** (Stand: 30.09.2007) aller Anschlusskunden (31,6 Mio.; Stand: 30.09.2007) der DTAG aus. Dies stellt eine nochmalige Steigerung zum Vorquartal dar. Per 30. Juni 2007 betrug das Verhältnis 16 % (5,19 Mio.) „Call & Surf“-Kunden bei 32,1 Mio. Gesamtkunden<sup>13</sup>.

Laut Einschätzung eines Mitgliedsunternehmens des VATM konnten die Wettbewerber der DTAG im Zeitraum von Oktober 2006 bis Juni 2007 auf Basis der Anmietung der Teilnehmeranschlussleitung der DTAG maximal 1,157 Mio. Neukunden für ihre Komplettangebote gewinnen. Im 2. Quartal 2007 standen rund 330.000<sup>14</sup> (TAL-)Neukunden der Wettbewerber ca. 1,19 Mio. Neukunden bei den „Call & Surf“-Bündelprodukten gegenüber. Ungeachtet deutlich höherer Preise der „Call & Surf“-Tarife gewinnt die DTAG somit mehr als viermal so viele Kunden für ihre „Call & Surf“-Bündelprodukte wie alle ihre Wettbewerber zusammen.

<sup>10</sup> DTAG, Halbjahres-Finanzbericht 1. Halbjahr 2007, S. 29 und Quartals-Finanzbericht 1.-3. Quartal 2007, S. 30.

<sup>11</sup> DTAG, Quartals-Finanzbericht 1. – 3. Quartal 2007, S. 30.

<sup>12</sup> DTAG, Quartals-Finanzbericht, 1. - 3. Quartal 2007, S. 29.

<sup>13</sup> DTAG, Halbjahres-Finanzbericht 1. Halbjahr 2007, S. 28, 29.

<sup>14</sup> Einschätzung eines Mitgliedsunternehmens des VATM.

## 2. Die langen Laufzeiten der „Call & Surf“-Bündeltarife verschließen den Markt für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen)

Die langen Mindestlaufzeiten der „Call & Surf“-Bündelprodukte von in zwischen 24 Monaten (ggf. zuzüglich einer automatischen Verlängerung) führen zu einer langfristigen Bindung der Kunden für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) an die DTAG. Die „Call & Surf“-Kunden verlieren die Freiheit, zwischen Telefonieprodukten der DTAG einerseits und Telefonieprodukten der DTAG-Wettbewerber andererseits zu wählen. Dadurch wird die für einen von Wettbewerb gekennzeichneten Markt typische Fluktuation der Festnetztelefonie-Kunden zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern beseitigt. Die durch die „Call & Surf“-Bündeltarife gebundenen Endkunden werden den Wettbewerbern langfristig als mögliche Kundenbasis entzogen.

Die 24-monatige Vertragslaufzeit von „Call & Surf“-Bündelprodukten (Einführungszeitpunkt Juni 2007) hat dazu geführt, dass Endkunden, die an „Call & Surf“-Verträge gebunden sind, frühestens im Juni 2009 den Anbieter für Festnetztelefonie wechseln können. Versucht man, für alle gegenwärtigen „Call & Surf“-Kunden der DTAG eine durchschnittliche „Wechselsperre“ bzw. verbleibende Vertragsbindung zu errechnen, ergibt sich per heute (je nach Wettbewerbereinschätzung), dass sich die TAL-Bereitstellung im Falle eines Wechselwunsches von (laut TAL-Standardangebot) 7 Arbeitstagen nunmehr im Schnitt auf über ein halbes Jahr bzw. 10 Monate verlängert hat. **Anlage 4 (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)** enthält die entsprechenden Berechnungen von drei ausgewählten Mitgliedsunternehmen des VATM bzw. des BREKO. **Diese Berechnungen wurden uns gegenüber von diesen drei Mitgliedsunternehmen des VATM bzw. des BREKO nur unter der Bedingung offen gelegt, die entsprechenden Daten Dritten, d.h. auch anderen Mitgliedsunternehmen innerhalb der Verbände, nicht zugänglich zu machen. Die drei Mitgliedsunternehmen des VATM bzw. des BREKO, deren Daten, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Anlage 4 enthalten sind, haben sich ausschließlich mit der Weitergabe der Daten an die BNetzA einverstanden erklärt.**

Selbst wenn es den Wettbewerbern der DTAG gelänge, „Call & Surf“-Kunden sofort nach Abschluss des „Call & Surf“-Vertrages für ein Wettbewerbsprodukt zu gewinnen – so dass diese Kunden also nach Ablauf der 24-monatigen Vertragslaufzeit den Anbieter wechseln würden – wäre ein solches Abwerben der „Call & Surf“-Kunden wirtschaftlich wertlos.

Der tatsächliche Wechsel des Anbieters läge zeitlich noch in weiter Ferne. Gleichwohl müsste sich der Wechselkunde mit Vertragsabschluss auf bestimmte zukünftige Vertragskonditionen des entsprechenden DTAG-Wettbewerbers festlegen. Dies wäre in einem Marktumfeld mit fallenden Preisen ein wenig attraktives Unterfangen. Durch die 24-monatige Bindung (mit automatischer Verlängerung) an ihre „Call & Surf“-Tarife beschränkt die DTAG somit faktisch die Möglichkeiten ihrer Wettbewerber, wechselwillige Endkunden an sich zu binden und verschließt damit den Markt.

Wie bereits oben unter A.V.1. dargelegt, gibt es gegenwärtig mehr als 6,3 Mio. „Call & Surf“-Kunden und ca. 38,4 Mio. Telefonanschlüsse in Deutschland. Die

„Call & Surf“-Tarife haben damit bei über **16 %** der potentiellen Festnetztelefonie-Kunden der DTAG-Wettbewerber jegliche Möglichkeit für einen zeitnahen Wechsel zu einem DTAG-Wettbewerber zerstört. Tendenz steigend!

Ein Wesensmerkmal freien Wettbewerbs, die Freiheit der Kunden, zwischen verschiedenen Anbietern frei wählen zu können bzw. die Fluktuation der Kunden zwischen den einzelnen Anbietern, wird somit durch die „Call & Surf“-Tarife in bedeutendem Umfang ausgeschaltet. Dies geschieht auf einem Markt, auf dem angesichts des Marktanteils der DTAG in Höhe von 83 % der freie Wettbewerb ohnehin schon signifikant geschwächt ist.

### **3. Sonstige Auswirkungen der „Call & Surf“-Bündeltarife**

Die vorstehenden Ausführungen fassen die Marktauswirkungen der „Call & Surf“-Tarife nicht abschließend zusammen. So soll für Zwecke dieses Kurzgutachtens z.B. nicht vertieft darauf eingegangen werden, dass die lange Laufzeit der „Call & Surf“-Tarife auch den Wettbewerb im Breitbandmarkt signifikant schwächt. Zudem werden die „Call & Surf“-Produkte nicht im Hinblick auf ihre Kosten- und Preisgestaltung überprüft. Insgesamt wird jedoch schon aus den vorstehend dargestellten Marktwirkungen der „Call & Surf“-Bündeltarife offensichtlich, dass es sich nicht um unbedeutende oder singuläre Marktbeeinträchtigungen handelt. Vielmehr wird deutlich,

dass die „Call & Surf“-Bündelprodukte flächendeckend alle Wettbewerber der DTAG erheblich schädigen.

## **B. Rechtliche Würdigung**

Die „Call & Surf“-Bündeltarife kombinieren Telekommunikationsleistungen, die verschiedenen Märkten zuzuordnen sind. Dabei handelt es sich um die Märkte für Festnetztelefonie (Endkundenmärkte für Anschluss- und Verbindungsleistungen) und für Breitbanddienste (Endkundenmärkte für Breitbandanschluss- und Breitbandverbindungsleistungen).

Die regulatorischen Rahmenbedingungen für diese verschiedenen Märkte werden unter I. dargestellt. Vor dem Hintergrund der regulatorischen Rahmenbedingungen wird unter II. geprüft, ob der „Call & Surf“-Bündeltarif den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs i.S.v. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG erfüllt.

## **I. Regulatorische Rahmenbedingungen**

Für die Märkte für Festnetztelefonie (Endkundenmärkte für Anschluss- und Verbindungsleistungen) und Breitbanddienste (Endkundenmärkte für Breitbandanschluss- und Breitbandverbindungsleistungen) bestehen die nachstehend skizzierten regulatorischen Rahmenbedingungen:

### **1. Märkte für Festnetztelefonie (Endkundenmärkte für Anschluss- und Verbindungsleistungen)**

Die Märkte für Festnetztelefonie (Endkundenmärkte für Anschluss- und Verbindungsleistungen) sind von der Bundesnetzagentur („BNetzA“) nach Maßgabe des TKG 2004 einem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren unterzogen worden (sog. Märkte 1-6).

Aufgrund ihrer Marktdefinition und -analyse<sup>15</sup> zu den Märkten 1-6 stellte die BNetzA Marktmacht der DTAG auf den Märkten 1-6 für Endkundenfestnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) fest<sup>16</sup>.

Laut Regulierungsverfügung für die Märkte 1-6 vom 23. Juni 2006 (BK 2a 06/001-R) unterliegen die Endkundertarife der DTAG für Anschluss-

<sup>15</sup> Vgl. AmtsBl. BNetzA 23/2004 vom 24. November 2004, S. 1609 f.

<sup>16</sup> Nach der Märktempfehlung 2007 sollen nur noch die Märkte 1 und 2 (Anschlussleistungen), die zudem zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst werden, „für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“, vgl. KOM C(2007)5406 rev 1.

und Verbindungsleistungen (Inland) gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG der ex post-Entgeltregulierung (Ziff. 1. b.) und Ziff. 2. der Regulierungsverfügung). Die Endkundenentgelte der DTAG für Anschluss- und Verbindungsleistungen sind der BNetzA sonach gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Die BNetzA prüft die angezeigten Endkundenentgelte dann gemäß § 39 Abs. 3 S.3 TKG auf ihre offenkundige Nichtvereinbarkeit mit § 28 TKG<sup>17</sup>.

Nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 S. 1 TKG kann die BNetzA aber auch dann, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, unverzüglich eine (erneute) Überprüfung der Entgelte einleiten. Sofern die BNetzA im Rahmen dieser Überprüfung feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, untersagt sie gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 38 Abs. 4 S.1 TKG das verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam. Gleichzeitig kann die BNetzA gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 38 Abs. 4 S. 2 TKG Entgelte anordnen, die den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

## 2. Märkte für Breitbanddienste (Endkundenmärkte für Breitbandanschluss- und Breitbandverbindungsleistungen)

Die Breitbandendkundenmärkte gehören nicht zu den in der Märkteempfehlung<sup>18</sup> der Europäischen Kommission genannten Märkten, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

Nach TKG 2004<sup>19</sup> liegt keine Marktdefinition und -analyse der Breitbandendkundenmärkte (Anschluss- und Verbindungsleistungen) vor; es

---

<sup>17</sup> Laut Jahresbericht der BNetzA für das Jahr 2006 hat die BNetzA die „Call & Surf“-Bündeltarife der DTAG bereits gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 und S. 3 TKG auf ihre offenkundige Nichtvereinbarkeit mit den Anforderungen des § 28 TKG überprüft und vorerst nicht untersagt; die BNetzA hat jedoch im Rahmen dieser Überprüfung bereits auf drohende Wettbewerbskonflikte hingewiesen und fortlaufende Berichte zur Entwicklung der Nutzungszahlen angefordert (a.a.O., S. 80).

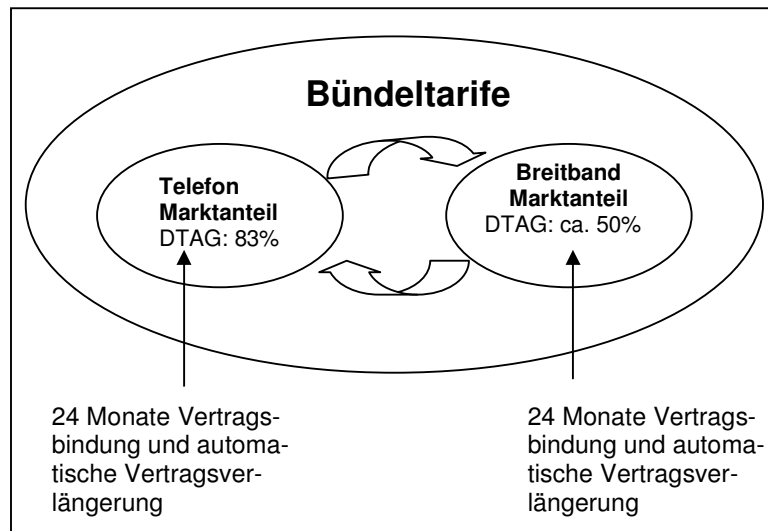
<sup>18</sup> Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und -netze für eine Vorabregulierung in Betracht kommen vom 11. Februar 2003 (C(2003)497, „Märkteempfehlung“); vgl. ebenso Märkteempfehlung 2007, KOM C(2007) 5406 rev 1.

<sup>19</sup> Auf die Beurteilung des Breitbandmarktes unter dem TKG 1996 und diesbezügliche etwaige Problemstellungen nach § 150 Abs. 1 S. 1 TKG soll für Zwecke dieses Kurzugachtens nicht näher eingegangen werden.

fehlt somit an einer telekommunikationsrechtlichen Marktdefinition und -analyse für die Breitbandendkundenmärkte.

## II. Regulatorische Bewertung

Für Zwecke einer regulatorischen und kartellrechtlichen Analyse der „Call & Surf“-Tarife können die „Call & Surf“-Produkte wie folgt dargestellt werden:



Sowohl die auf diesem Schaubild ersichtliche

- (i) lange Vertragsbindung der Kunden an die Festnetztelefoniekomponente des Tarifs (dazu im Folgenden unter 1.) als auch
- (ii) die Zwangskoppelung von Breitbanddienst und Festnetztelefonie (dazu im Folgenden unter 2.)

sind telekommunikationsrechtlich unzulässig.

Dass die „Call & Surf“-Tarife auch unabhängig von diesen langen Laufzeiten und unabhängig von der Zwangskoppelung telekommunikationsrechtlich unzulässig sind – etwa aufgrund der Sogwirkung der Bündelung – soll für Zwecke dieses Kurzgutachtens nicht weiter untersucht werden (vgl. hierzu jedoch unten, III.).

Dahingestellt bleiben soll auch, ob die Vermutungstatbestände des § 28 Abs. 2 TKG, insbesondere des § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG, durch die „Call & Surf“-Bündelprodukte erfüllt sind.

Untersucht wird im Folgenden, ob die DTAG mit ihren Call & Surf-Tarifen ihre marktbeherrschende Stellung auf den Festnetzendkundenmärkten missbraucht, indem sie Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG).

**1. Erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG auf den Märkten für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) durch überhöhte Mindestvertragslaufzeiten**

Voraussetzung für einen Verstoß gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG, der ein Einschreiten der BNetzA gem. § 39 Abs. 3 S. 1 i.V.m. 38 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 TKG gebietet, ist zunächst, dass dasjenige Unternehmen, das die Wettbewerbsmöglichkeiten seiner Konkurrenten beeinträchtigt, auf dem relevanten Markt (dazu a)) über beträchtliche Marktmacht verfügt (dazu b)). Zweitens muss eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung „bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten“ vorliegen (dazu c)). Drittens muss der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen erheblich beeinträchtigen (dazu d)). Darüber hinaus darf es keine sachliche Rechtfertigung für das Verhalten des Marktmächtigen geben (dazu e)).

**a) Markt für Festnetztelefonie als relevanter Markt**

Für die Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Vereinbarung einer 12-24-monatigen Mindestlaufzeit der „Call & Surf“-Bündelprodukte (mit automatischer Verlängerung) ist vorrangig auf den Markt für Festnetztelefonie abzustellen. Es geht bei der zentralen Marktbeeinträchtigung „Mindestvertragslaufzeit“ nämlich gerade nicht um eine etwaige Marktmacherstreckung auf den Breitbandmarkt (dazu später unter III.). Vielmehr steht die Frage der Marktverschließung auf dem „traditionellen“ Festnetztelefoniemarkt im Vordergrund. Diesem Markt entzieht die DTAG durch die „Call & Surf“-Vertragslaufzeiten langfristig mehr als 16% seines gesamten Volumens und bindet dieses Volumen an sich.

Daher spielt es für die Frage des Vorliegens eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf den Festnetztelefoniemärkten seitens der DTAG durch die Mindestlaufzeiten der „Call & Surf“-Bündelprodukte auch keine Rolle, ob der Breitbandendkundenmarkt bereits definiert und analysiert wurde.

Gleichermaßen irrelevant für die Frage des Vorliegens eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf den Märkten für Festnetztelefonie durch die Mindestlaufzeiten der „Call & Surf“-Bündelprodukte ist, ob es bereits einen Markt für „Bündelprodukte“ gibt. Zweifelsfrei ist, dass es nach wie vor einen Markt für Festnetztelefonie gibt. Dieser bleibt ohne Frage ein gesonderter Markt, da die Nachfrage nach einem Telefonanschluss nicht zwingend durch einen Breitbandanschluss bzw. ein Komplettangebot ersetzt werden kann. Solange es einen Markt für Festnetztelefonie gibt, unterliegt dieser Markt dem telekommunikationsrechtlichen Missbrauchsverbot. Der telekommunikationsrechtliche Schutz des Marktes für Festnetztelefonie kann nicht einfach deswegen komplett entfallen, weil ein Festnetztelefonieprodukt mit einem anderen Produkt gekoppelt wird. Eine zwei(!)jährige Bindung eines Telefonkunden an die DTAG wäre jedoch zweifelsohne ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und daher telekommunikationsrechtlich unzulässig<sup>20</sup> (siehe dazu noch sogleich c)).

An dieser Unzulässigkeit würde sich auch nichts ändern, wenn die zweijährige Bindung z.B. mit einem Angebot der DTAG für einen günstigen Sommerurlaub verknüpft wäre. Warum sich an der Schutzbedürftigkeit des Festnetztelefoniemarktes gegen langfristige Bindungen der Kunden etwas ändern soll, weil die mit der Telefonieleistung verknüpfte Leistung sachnäher ist als ein Urlaub (etwa ein Telefon, ein Anrufbeantworter, (kostenlose) Services wie z.B. Telefonauskunft oder eben DSL), ist nicht ersichtlich. Der telekommunikationsrechtliche Schutz eines beherrschten Marktes könnte leicht ausgehebelt und umgangen werden, wenn allein

---

<sup>20</sup> Im Verfahren Az.: BK 2a 04/015 („Paketangebote“) hatte die BNetzA wegen erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigung die Unzulässigkeit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten für Paketangebote, denen ein T-Net oder T-ISDN-Anschluss zu Grunde liegt (u.a. „T-Net/T-ISDN Calltime 120“, „T-Net/T-ISDN xxl“) angenommen (Beschluss vom 27.08.2004, S. 26 f. unter Ziff. 5.3) und diese auf sechs Werktage verkürzt. Auch die Bindung an sog. Optionstarife der DTAG („enjoy“, „Aktiv Plus“) mit einer 12-monatigen Laufzeit (seit 18.09.2006) ist – soweit bestimmte Elemente wie der generelle Ausschluss der Preselection-Möglichkeit nicht sogar bereits von der RegTP als unzulässig angesehen wurden, vgl. RegTP, Beschluss vom 20.09.2001, Az.: BK 2c 01/012 („AktivPlus xxl“-Tarif), RegTP, Beschluss vom 25.06.2004, Az.: BK 2a 04/013 („enjoy“-Tarif) – angesichts der wettbewerbsrechtlich unzulässigen Bezugskonzentration bzw. der dadurch entstehenden Sogwirkung telekommunikations- und kartellrechtlich als stark bedenklich einzustufen, vgl. auch *Holzengel/Homberts/Rosengarten*, K & R 11/2004, S. 505, 511 m.w.N.

die Verknüpfung eines marktbeherrschenden Produktes mit einem nicht-marktbeherrschenden Produkt zur kategorischen Verneinung der Schutzbedürftigkeit eines beherrschten Marktes führen würde. Die verbreitete Forderung, dass ein Bündelprodukt der Maßgabe für die am stärksten regulierte Komponente zu folgen hat<sup>21</sup>, spiegelt dies wieder.

**b) Die DTAG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem Markt für Festnetztelefonie**

§ 28 Abs. 1 S.1 TKG setzt die auf einem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren beruhende Feststellung der beträchtlichen Marktmacht desjenigen Unternehmens voraus, das nach § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt in erheblicher Weise beeinträchtigt.

Dies ergibt sich bereits aus der Definition von „beträchtlicher Marktmacht“ in § 3 Nr. 4 TKG. „Im Sinne dieses Gesetzes“ (= des TKG), so heißt es hier, „ist beträchtliche Marktmacht eines oder mehrerer Unternehmen gegeben, wenn die Voraussetzungen nach § 11 Abs. 1 Satz 3 bis 5 TKG vorliegen.“ Ebenso ergibt sich aus § 13 Abs. 1 S. 1 TKG, dass die Bundesnetzagentur nur „auf Grund einer Marktanalyse nach § 11 [...] Verpflichtungen nach [...] § 39 [ TKG]“ – der wiederum auf den hier einschlägigen § 28 TKG verweist – auferlegt. Damit wird das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ im Sinne des TKG an die Durchführung des Verfahrens nach den §§ 10, 11 TKG geknüpft<sup>22</sup>.

Das Erfordernis eines abgeschlossenen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens für die Anwendbarkeit „des der Bundesnetzagentur nach dem neuen Recht zur Verfügung stehenden Eingriffsinstrumentarium[s]“ hat das BVerwG inzwischen sogar in Bezug auf § 42 Abs. 1 TKG, der in dem o.g. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG keine Erwähnung findet, mit der Begründung bestätigt, dass die Marktaufsicht nach dem TKG 2004 „ein in sich geschlossenes System“ bilde<sup>23</sup>.

Die BNetzA hat, wie bereits unter I. dargelegt, die beträchtliche Marktmacht der DTAG auf den Märkten für Festnetztelefonie im Rahmen eines

<sup>21</sup> Vgl. 33. Sondergutachten der Monopolkommission (2002), Rn. 204; *Vogelsang*, N & R 2004, S. 18, 26; *Koenig/Braun*, K & R Beilage 2/2002, S. 1, 10; *Masing/Ehrmann*, in: *Wilms/Masing/Jochum*, TKG, 5. Lfg.: August 2005, § 28 Rn. 47; VG Köln, Urteil vom 02.05.2002, Az.: 1 K 8007/98 = MMR 2002, 636 - 637.

<sup>22</sup> Vgl. auch *Schuster/Ruhle*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 3. Auflage, § 28 Rn. 24; *Ellinghaus*, CR 11/2007, S. 698, 700.

<sup>23</sup> BVerwG, Urteil vom 18.04.2007, Az.: 6 C 21.06, Rn. 32 f. des aml. Umdrucks.

Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren festgestellt. Wie vorstehend beschrieben, hat die BNetzA nach Durchführung eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens mit Regulierungsverfügung vom 23. Juni 2006 (BK 2a 06/001-R) die Marktmacht der DTAG für Anschluss- und Verbindungsleistungen (Inland) auf den Festnetzendkundenmärkten festgestellt. Die DTAG beherrscht diese Märkte aufgrund ihrer absoluten (rund 83 % der Anschlüsse!) und relativen Marktanteile.

**c) Ausnutzung von Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 TKG**

Der Missbrauchstatbestand des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG knüpft – ebenso wie die übrigen Missbrauchstatbestände des § 28 TKG – an die Ausnutzung von Marktmacht „bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten“ gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 TKG an.

Auch die hier in Frage stehende Einführung außergewöhnlich langer Mindestvertragslaufzeiten für die „Call & Surf“-Bündeltarife stellt ein solches Ausnutzen von Marktmacht „bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten“ gemäß § 28 Abs. 1 S.1 TKG dar.

Schon aus der Formulierung „bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten“, wird deutlich, dass nicht nur das Entgelt selbst, sondern auch sonstige „entgeltrelevante Bestandteile“ Gegenstand einer Überprüfung nach § 28 Abs. 1 S.1 bzw. S. 2 TKG sein können.

„Entgeltrelevante Bestandteile“ sind nach der zum TKG 1996 ergangenen Rechtsprechung des VG Köln solche, „die entweder die Modalitäten der Entgeltberechnung oder der Entgeltbezahlung betreffen oder die nach der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei der Ermittlung und Festlegung des Entgeltes für eine Leistung vernünftigerweise zu berücksichtigen sind bzw. anders gewendet solche Bestimmungen, die sich nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben bei der Entgeltbildung auswirken<sup>24</sup>.

Im Rahmen des Entgeltbegriffes des § 28 TKG sind somit alle Umstände zu berücksichtigen, die Auswirkungen auf das Entgelt für eine bestimmte Leistung haben<sup>25</sup>.

Da eine längere Laufzeit eine längerfristige Kostenkalkulation ermöglicht, handelt es sich bei der Mindestvertragslaufzeit um einen „entgeltre-

<sup>24</sup> S. VG Köln, Urteil vom 02.05.2002, Az.: 1 K 8007/98 = MMR 2002, 636 - 637.

<sup>25</sup> Vgl. auch *Schuster/Ruhle*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 28 Rn. 18.

levanten Bestandteil“, der der Kontrolle des § 28 TKG unterliegt. Auch nach der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes“ ist die Laufzeit im Rahmen der Kostenkalkulation zu berücksichtigen.

#### d) **Erhebliche Beeinträchtigung**

§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG verlangt eine „erhebliche Beeinträchtigung“ der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen. Erheblich ist eine Beeinträchtigung dann, wenn die Beeinträchtigung auf eine für andere Unternehmen relevante Weise erfolgt, d.h. wenn die Wettbewerber durch Aktivitäten des regulierten Unternehmens nachteilig tangiert werden<sup>26</sup>.

Die langen Mindestvertragslaufzeiten der „Call & Surf“-Bündelprodukte von inzwischen 24 Monaten (mit automatischer Verlängerung), die mittel- bis langfristig sogar eine Marktverschließung der Märkte für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) herbeiführen, stellen – wie im Folgenden unter aa) dargelegt wird – schon jetzt eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerber auf dem Markt für Festnetztelefonie durch die marktmächtige DTAG dar. Die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der anderen Unternehmen wird durch die ungleichen Marktzutrittschancen der DTAG und ihrer Wettbewerber noch zusätzlich verstärkt (dazu bb)).

#### aa) **Erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerber**

Die inzwischen 24-monatigen Laufzeiten der „Call & Surf“-Bündelprodukte (mit automatischer Verlängerung) stellen eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen insbesondere bei der Gewinnung von Festnetztelefon-Neukunden dar. (Potentielle) Neukunden der Wettbewerber der DTAG werden über mehrere Monate von einem Wechsel des Telefonanbieters abgehalten und sehen vielfach in dieser Zeit von einem Wechsel wieder ab.

Dies kommt in den durch die „Wechselsperre“ deutlich verlängerten Bereitstellungszeiten von im Schnitt 6-10 Monaten zum Ausdruck (siehe oben A.VI.2.). Die in **Anlage 4 (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)**

<sup>26</sup> *Masing/Ehrmann*, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, 5. Lfg.: August 2006, § 28 Rn. 25; *Schuster/Ruhle*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 28 Rn. 38; enger – jedoch nicht in Auseinandersetzung mit § 28 TKG, sondern mit § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 1 GWB – wohl VG Köln, das eine „Beeinträchtigung nur eines Wettbewerbers nicht für ausreichend für die Erfüllung des Tatbestandes“ hält, hinzukommen müsse vielmehr, „dass durch die in Frage stehende Maßnahme der Wettbewerb als solcher weiter eingeschränkt oder gar ausgeschlossen“ [werde] (VG Köln, Beschluss vom 18.02.2005, Az.: 1 L 1870/04 = CR 4/2005, 269, 270).

beiliegenden Dokumente zeigen, dass zwischen den „Call & Surf“-Bündeltarifen und den deutlich hinausgeschobenen Bereitstellungsterminen ein klarer Zusammenhang besteht. So war im September 2007, also nach Ende der 12-monatigen Laufzeit des „Call & Surf“-Angebots vom September 2006, ein sprunghafter Anstieg von Bereitstellungsterminen der Wettbewerber zu verzeichnen. Gleichermäßen ist anhand der den Wettbewerbern von der DTAG bereits angezeigten Bereitstellungsinformationen erneut für Juni 2009 ein sprunghafter Anstieg von Bereitstellungsterminen zu erwarten. Rechnet man zurück, so wird deutlich, dass dieser zu erwartende neuerliche Anstieg der Bereitstellungstermine für die Wettbewerber im Juni 2009 genau mit dem Ende der 24-monatigen Laufzeit der ab Juni 2007 eingeführten „Call & Surf“-Tarife zusammenfällt.

Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der DTAG auf dem Markt für Festnetztelefonie führen die Mindestlaufzeiten der „Call & Surf“-Bündeltarife somit zu einer Remonopolisierung des Marktes für Festnetztelefonangebote. Die langfristige Bindung der Telefonkunden verhindert eine angemessene Fluktuation der Kunden zwischen den einzelnen Festnetztelefonie-Anbietern. Eine große Zahl an Endkunden wird durch die Mindestlaufzeiten von inzwischen 24 Monaten (mit automatischer Verlängerung) dem Wettbewerb für lange Zeit entzogen. Diese Wechselsperre tangiert die Wettbewerber nachteilig und stellt eine „erhebliche Beeinträchtigung“ i.S.v. § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG dar.

#### **bb) Ungleiche Marktzutrittschancen von DTAG und Wettbewerbern**

Die mit der 24-monatigen Wechselsperre bewirkte Marktverschließung trifft die Wettbewerber der DTAG besonders empfindlich, weil die DTAG Kunden für Bündelprodukte leichter gewinnen kann als die Wettbewerber der DTAG. Die DTAG gewinnt die Kunden für ihre „Call & Surf“-Bündelprodukte nämlich überwiegend aus der Menge der DTAG-Bestandskunden mit Telefonanschluss. Die 6,3 Mio. Kunden (Stand: 30.09.2007) der DTAG, die sich mit 12-24 Monaten Mindestvertragslaufzeit an ein „Call & Surf“-Bündelprodukt gebunden haben, machen bereits 19,9 % (Stand: 30.09.2007) aller Anschlusskunden (31,6 Mio.; Stand: 30.09.2007) der DTAG aus. Angesichts der Marktanteilsverteilung im Bereich der Festnetztelefonie (die DTAG hält ca. 83 % der Festnetzanschlüsse) fehlt es an chancengleichen Marktzutrittsbedingungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG): Für die DTAG ist es ungleich einfacher, ihre bestehenden Festnetzkunden durch die „Call & Surf“-Bündelprodukte an

sich zu binden, als es für die Wettbewerber ist, bestehende Festnetzkunden der DTAG durch Bündelprodukte abzuwerben.

All die originären Festnetztelefoniekunden, die die DTAG durch ihre „Call & Surf“-Bündelprodukte an sich gebunden hat, sind den Wettbewerbern im TAL-Geschäft für 24 Monate (ggf. aufgrund der automatischen Verlängerung sogar länger) als potentielle Neukunden entzogen. Solange die DTAG also noch weiter ihre originären Festnetzkunden – zu denen sie naturgemäß einen erleichterten Zugang hat – auf „Call & Surf“-Bündelprodukte „umstellt“, wird diese Marktverschließung rasant fortschreiten.

Die langfristige Bindung von Telefonkunden an „Call & Surf“-Tarife der DTAG führt somit zu einer weitreichenden, erheblichen Wettbewerbsbehinderung.

e) **Keine sachliche Rechtfertigung**

Die von der DTAG eingeführte, inzwischen 24-monatige Vertragslaufzeit (mit automatischer Verlängerung) der „Call & Surf“-Bündelprodukte ist sachlich nicht gerechtfertigt (§ 28 Abs. 1 S. 2 a.E. TKG).

aa) **Keine Rechtfertigung aufgrund angeblicher Marktüblichkeit der 24-monatigen Mindestvertragslaufzeiten bei Festnetzanschlüssen**

Jedenfalls für den T-Net und T-ISDN-Anschluss, der den „Call & Surf“-Bündelprodukten zu Grunde liegt, sind 24-monatige Mindestvertragslaufzeiten nicht marktüblich.

bb) **Keine Rechtfertigung aufgrund angeblicher wirtschaftlicher Notwendigkeit der Mindestvertragslaufzeiten**

Darüber hinaus kann sich die DTAG in Bezug auf die Festnetztelefoniekomponente auch nicht auf eine wirtschaftliche Notwendigkeit der Mindestvertragslaufzeiten berufen, da dem Kunden – wenn überhaupt – nur zur Realisierung des Breitbandanschlusses Hardware-Komponenten wie Router etc. vergünstigt zur Verfügung gestellt werden. Erst recht kann von einer etwaigen wirtschaftlichen Notwendigkeit deshalb nicht ausgegangen werden, weil für die „Call & Surf“-Bündelprodukte der DTAG in der Regel Bestandskunden der DTAG und nicht echte Neukunden angeworben werden.

**cc) Keine Rechtfertigung aufgrund angeblicher wirtschaftlicher Einheit der Bündelkomponenten**

Auch das Argument, die „Call & Surf“-Bündelprodukte stellten eine wirtschaftliche Einheit von Festnetz- und Breitbandkomponenten dar, vermag die lange Bindung der Telefonkunden nicht zu rechtfertigen. Unstreitig werden Festnetztelefoniekomponenten und Breitbandleistungen separat angeboten. Die DTAG macht auf die Trennbarkeit der Komponenten im Rahmen der Vermarktung von „Call & Surf“-Bündeltarifen ausdrücklich aufmerksam, indem sie in ihrer Werbung die Vorteile der Bündelung herausstellt (siehe oben A. IV.). Bei den „Call & Surf“-Bündelprodukten handelt es sich nicht um Produkte, deren Funktionalität zerstört würde, würde man das Produkt in seine Einzelkomponenten aufspalten. In solchen Fällen, in denen eine Bündelung nicht zu neuen Funktionalitäten führt, würde es dem Zweck des Telekommunikationsrechts entgegenlaufen, dürfte sich der Marktbeherrscher DTAG die Marktabstottung des Festnetztelefoniemarktes dadurch „erkaufen“, dass er Telefon- und Breitbanddienste zusammen zu einem günstigeren Preis verkauft als einzeln. Nur wenn gewährleistet ist, dass die Regulierung immer der am stärksten regulierten Komponente einer wirtschaftlichen Einheit folgt, kann eine Umgehung der strengeren Regulierungsvorschriften (hier für die Festnetzkomponenten) und damit ein Marktmissbrauch verhindert werden (vgl. bereits oben B. II. 1. a)).

**dd) Keine Rechtfertigung aufgrund angeblicher Marktüblichkeit der 24-monatigen Mindestvertragslaufzeiten bei Komplettpaketen**

Selbst wenn man auf die „marktüblichen“ Mindestvertragslaufzeiten für Komplettpakete abstellen wollte, so ist die lange Mindestvertragslaufzeit von inzwischen 24 Monaten (mit automatischer Verlängerung) angesichts der hierdurch bewirkten Marktverschließung auf dem Markt für Festnetztelefonie nicht gerechtfertigt.

Wenngleich für Komplettangebote von Festnetz- und Breitbandleistungen häufig Mindestvertragslaufzeiten vereinbart werden, bieten doch immerhin ca. 30 % der Anbieter von Telefon- und Internetanschlüssen Verträge ohne Mindestvertragslaufzeit oder mit Laufzeiten von weniger als 24 Monaten an (derzeit 3 von 10 Anbietern von Komplettangeboten, Quelle: Übersichten bei [www.dsldsl.de](http://www.dsldsl.de)). Eine wirtschaftliche (zwingende) Notwendigkeit für die langfristige Laufzeit der Telefoniekomponente

von „Call & Surf“-Bündeltarifen lässt sich angesichts dieser Marktverhältnisse nicht begründen.

Darüber hinaus handelt es sich bei allen anderen Anbietern, deren Komplettangebote eine 24-monatige Laufzeit haben, nicht um marktmächtige Unternehmen auf dem Festnetztelefoniemarkt wie die DTAG. Die DTAG kann sich nicht auf den Standpunkt zurückziehen, ihr Verhalten stelle eine „legitime Reaktion“ auf das Verhalten ihrer Wettbewerber im Bereich Komplettangebote dar. Das Verhalten des Marktmächtigen unterliegt strengeren Maßstäben<sup>27</sup> als das Verhalten von nicht marktmächtigen Unternehmen. Der Marktbeherrscher darf den Markt nicht verschließen.

**ee) Keine Rechtfertigung aufgrund etwaiger Realisierung von Preisnachlässen**

Die DTAG kann sich auch nicht darauf berufen, die Verschließung des Festnetztelefoniemarktes sei deswegen gerechtfertigt, weil sie das Angebot günstigerer Bündelprodukte erlaubt. Kann die marktbeherrschende DTAG den „Call & Surf“-Tarif ohne die langfristige Bindung der Festnetztelefoniekunden nicht zu Konditionen anbieten, die denen der Wettbewerber der DTAG entsprechen oder besser sind, so muss sie auf dieses Angebot verzichten. Das Bestreben, einen preisgünstigen Bündeltarif anzubieten, vermag die Verletzung telekommunikationsrechtlicher Verpflichtungen, denen die DTAG als Marktbeherrscher unterliegt (Markverschließung durch überlange Vertragsdauer) nicht zu rechtfertigen. Marktkonform und telekommunikationsrechtlich zulässig wäre es allein, wenn die DTAG ein günstiges Bündelprodukt ohne überlange Vertragslaufzeiten bzw. ohne weitere Abschottung des ohnehin schon beherrschten Marktes anböte.

**f) Ergebnis**

Nach alledem stellt die inzwischen 24-monatige Mindestvertragslaufzeit der „Call & Surf“-Bündeltarife (mit automatischer Verlängerung) eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.d. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG auf den Märkten für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) dar.

<sup>27</sup> So auch BNetzA im Verfahren Az.: BK 2a 05/015 („Paketangebote“), Beschluss vom 27.08.2004, S. 27 unter 5.3.2.; vgl. auch BGH, Urteil vom 30.03.2004 – KZR 1/03 = WuW/E DE-R 1284, 1286 – Der Oberhammer (dort unter d)); Masing/Ehrmann, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, 5. Lfg.: August 2005, § 28 Rn. 48.

**g) Rechtsfolge**

Die 24-monatige Vertragslaufzeit der „Call & Surf“-Bündeltarife (mit automatischer Verlängerung) ist als Missbrauch der marktmächtigen Stellung der DTAG auf den Märkten für Festnetztelefonie anzusehen und daher unzulässig.

Solange die Vertragsgestaltung der „Call & Surf“-Bündelprodukte durch die DTAG jedoch so ist, dass T-Net- oder T-ISDN-Anschluss und Breitbandkomponente nicht losgelöst voneinander, insbesondere nicht mit separaten Mindestvertragslaufzeiten, erworben werden können, wirkt sich die Unzulässigkeit der Mindestvertragslaufzeit für die Festnetztelefoniekomponente *de facto* auf das gesamte Produkt aus.

Von einer Unwirksamkeit der 24-monatigen Mindestvertragslaufzeit (mit automatischer Verlängerung) ist jedenfalls für den Festnetztelefoniebestandteil der „Call & Surf“-Bündelprodukte auszugehen.

Die derzeitigen Mindestvertragslaufzeiten für die „Call & Surf“-Bündelprodukte sind daher von der BNetzA (jedenfalls für die Festnetztelefoniekomponente) nach § 39 Abs. 3 S. 1 i.V.m. 38 Abs. 4 S. 1 TKG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG für unwirksam zu erklären.

**2. Erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.d. § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG auf den Märkten für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) durch Zwangskoppelung von Breitband- und Festnetztelefonieleistungen**

Darüber hinaus stellt auch die Zwangskoppelung von Breitband- und Festnetztelefonieleistungen<sup>28</sup> eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.d. § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG auf den Märkten für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) dar.

**a) Zwangskoppelung als erhebliche Beeinträchtigung**

Es ist allgemein anerkannt, dass ein Marktbeherrscher den Bezug seines marktbeherrschenden Produktes durch Kunden nicht davon abhängig machen darf, dass der Kunde zugleich ein weiteres Produkt des Marktbe-

---

<sup>28</sup> Ein Breitbandanschluss der DTAG kann nicht ohne Zwangskoppelung mit einem Festnetztelefonanschluss der DTAG erworben werden, siehe dazu noch unten c).

herrschers erwirbt (sog. Zwangskoppelung)<sup>29</sup>. Marktbeherrschung setzt definitionsgemäß voraus, dass der Marktbeherrscher über einen wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Die Abnehmer in einem beherrschten Markt können nicht in ausreichender Weise auf Produkte anderer Anbieter ausweichen. Werden diese Kunden nun vom Marktbeherrscher in Form einer Zwangskoppelung gezwungen, mit Erwerb des marktbeherrschenden Produktes zugleich ein weiteres Produkt zu erwerben, ermöglicht dies dem Marktbeherrscher, seinen wettbewerblich nicht kontrollierten Verhaltensspielraum in unzulässiger Weise auf das nicht marktbeherrschende Produkt zu erstrecken<sup>30</sup>.

**b) Marktbeherrschende Stellung der DTAG auf dem Breitbandendkundenmarkt**

Aufgrund des hohen Marktanteils der DTAG auf dem Markt für Breitbanddienstleistungen (47 % bzw., bei Hinzurechnung von Resellern, 68 %) ist davon auszugehen, dass die DTAG den Breitbandmarkt beherrscht<sup>31</sup>.

**c) Unzulässige Zwangskoppelung durch den Marktbeherrscher DTAG**

Da die DTAG den Erwerb von Breitbanddienstleistungen ohne Ausnahme vom Erwerb auch eines Telefonanschlusses bei der DTAG abhängig macht<sup>32</sup>, nimmt sie eine unzulässige Zwangskoppelung von Breitbanddienstleistungen und Telefonanschlüssen vor<sup>33</sup>.

Die Tatsache, dass die DTAG ein von ihr beherrschtes Produkt (Breitbanddienstleistung) mit einem *ebenfalls* von ihr beherrschten Produkt (Telefonieprodukt) zwangskoppelt, ändert an dieser Unzulässigkeit nichts.

---

<sup>29</sup> Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage, § 19, Rn. 133 a.E.; BGH, Urteil vom 4.11.2003 – KZR 16/02 („Strom und Telefon I“) = GRUR 3/2004, 255.

<sup>30</sup> Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage, § 19, Rn. 133 m.w.N.

<sup>31</sup> Zur Problematik der fehlenden Marktdefinition und –analyse für den Breitbandendkundenmarkt siehe noch unten d).

<sup>32</sup> Die Marke „Congstar“, einer Tochterfirma der DTAG, setzt für den Bezug von DSL ebenfalls „einen Telefonanschluss der Deutschen Telekom“ (vgl. [www.congstar.de/DSL--709d.html](http://www.congstar.de/DSL--709d.html)) voraus.

<sup>33</sup> Die BNetzA hat der DTAG in diesem Zusammenhang auch bereits aufgegeben, spätestens am 1.04.2008 ein Vorleistungsprodukt für DSL-Anschlüsse ohne Koppelung an herkömmliche Anschlüsse anzubieten. Die DTAG hat den Wettbewerbern jedoch bislang noch kein derartiges Angebot einschließlich Entgelten unterbreitet.

**d) Fehlende Marktdefinition und –analyse für den Breitband-  
endkundenmarkt stehen Feststellung einer unzulässigen  
Zwangskoppelung nicht entgegen**

Die Tatsache, dass die Marktbeherrschung der DTAG im Breitbandmarkt bislang von der BNetzA nicht festgestellt worden ist, hindert die BNetzA im vorliegenden Fall nicht daran, gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 38 Abs. 4 S.1 TKG i.V.m. § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG gegen die unzulässige Zwangskoppelung einzuschreiten.

Regulatorische Maßnahmen der BNetzA gegen die unzulässige Zwangskoppelung wären nur dann grundsätzlich nicht möglich, wenn die DTAG ausschließlich im Markt für Breitbandleistungen marktbeherrschend (im kartellrechtlichen Sinne) wäre, da für diesen Markt seitens der BNetzA nach TKG 2004 bislang keine Marktmacht der DTAG im Rahmen eines telekommunikationsrechtlichen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens festgestellt wurde, was jedoch grundsätzlich Voraussetzung für eine Überprüfung am Maßstab des § 28 TKG wäre (vgl. § 3 Ziff. 4 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 3-5 TKG; s. auch oben unter II. 1. b))<sup>34</sup>.

Vorliegend geht es jedoch um den Sonderfall einer Zwangskoppelung, bei dem diese aus dem telekommunikationsrechtlich nicht regulierten Breitbandmarkt heraus Auswirkungen auf den telekommunikationsrechtlich regulierten Telefoniemarkt hat und haben soll. Jede Zwangskoppelung bezweckt, die Marktposition des zwangskoppelnden Unternehmens im hinzugekoppelten Produktbereich (hier: Festnetztelefonie) zu stärken. Die Tatsache, dass die DTAG den Bezug ihrer marktbeherrschenden Breitbandleistungen nur zulässt, wenn der Kunde auch Telefonprodukte abnimmt, führt somit zu einer Verstärkung der bestehenden (und seitens der BNetzA festgestellten) Marktbeherrschung im Markt für Festnetztelefonie, insbesondere im Markt für Festnetzanschlüsse.

Da die BNetzA den Telefoniemarkt gerade deswegen definiert und analysiert hat, um Wettbewerbsunternehmen der DTAG im Bereich Festnetztelefonie zu schützen, muss nach Sinn und Zweck der Marktordnung auch die Verstärkung von Marktmacht auf diesem bereits definierten Markt die Anwendung von § 28 TKG durch die BNetzA erlauben, selbst wenn hinsichtlich des verkoppelten Produktes (Breitbandleistungen) eine Marktbeherrschung noch nicht festgestellt worden ist. Telekommunikationsrechtlich kann und muss wegen des Schutzzwecks der Norm im Rah-

<sup>34</sup> Vgl. *Schuster/Ruhle*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 28 Rn. 24.

men von § 28 TKG auch auf die Marktbeherrschung auf demjenigen Markt abgestellt werden, auf den sich die Zwangskoppelung nachteilig auswirkt (d.h. hier den Festnetztelefoniemarkt)<sup>35</sup>.

Nach alledem stellt auch die Zwangskoppelung von Festnetztelefonie- und Breitbandleistungen eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.d. § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG auf den Märkten für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) dar.

### III. Zusätzliche Missbrauchsaspekte

Die DTAG missbraucht – wie unter II. dargelegt – gemäß § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG ihre marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) durch die langen Mindestvertragslaufzeiten der „Call & Surf“-Bündelprodukte sowie durch die Zwangskoppelung von Breitbandleistungen der DTAG mit einem T-Net- bzw. T-ISDN-Anschluss. Darüber hinaus liegen weitere Missbrauchstatbestände vor, die im Rahmen dieses Kurzgutachtens jedoch im Folgenden nur kurz angedeutet werden sollen. Dabei handelt es sich zum einen um die Sogwirkung der „Call & Surf“-Bündeltarife (dazu 1.) sowie den Missbrauch von Marktmacht seitens der DTAG durch die 24-monatige Laufzeit (auch) für die Breitbandkomponente der „Call & Surf“-Tarife (dazu 2.).

#### 1. Erhebliche Beeinträchtigung gemäß § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG aufgrund der Sogwirkung der „Call & Surf“-Bündeltarife für den Breitbandendkundenmarkt

Die DTAG beeinträchtigt Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf erhebliche Weise dadurch, dass sie ihre Marktmacht vom Markt für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) auf einen Drittmarkt, den Breitbandmarkt (Breitbandanschlüsse und -verbindungen), erstreckt (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG). Die mit den „Call & Surf“-Tarifen vorgenommenen Bündelungen sind daher auch deswegen unzulässig, weil von ihnen eine unzulässige Sogwirkung<sup>36</sup> zu

<sup>35</sup> Vgl. in diesem Sinne auch VG Köln, Urteil vom 16.05.2006, Az.: 21 K 1200/05 (Rn. 31) - Telefonbuchwerbung; *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 42 Rn. 31.

<sup>36</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 30.03.2004 – KZR 1/03 = WuW/E DE-R 1284, 1286 – Der Oberhammer; dazu Anmerkung *Emmerich*, in: LMK 10/2004, 191, 192; *Groebel*, in: Berliner Kommentar zum TKG, § 28 Rn. 78; *Masing/Ehrmann*, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, 5. Lfg.: August 2005, § 28 Rn. 45, 48.

Lasten von Drittmärkten – hier dem Markt für Endkundenbreitband – ausgeht.

**a) Normadressat DTAG**

Aufgrund ihres absoluten und relativen Marktanteils (vgl. Marktdefinition und -analyse Markt 1-6) beherrscht die DTAG den Markt für Festnetztelefonie (Anschluss- und Verbindungsleistungen) (vgl. bereits oben unter I.). Die DTAG kann sich in Bezug auf Preise unabhängig von Wettbewerbern am Markt verhalten. Preisabsenkungen erfolgten zu keinem Zeitpunkt unter das Niveau der Wettbewerber und auch zeitlich unabhängig von deren Preissenkungen. Stets waren es die Wettbewerber, die auf Preissenkungen der DTAG reagieren mussten.

**b) Erhebliche Beeinträchtigung**

Diese Marktmacht nutzt die DTAG, um nicht nur die Wettbewerbsunternehmen auf dem Festnetztelefoniemarkt (vgl. dazu bereits II.), sondern auch die Wettbewerbsunternehmen auf dem Endkundenbreitbandmarkt zu behindern.

Dies zeigt sich daran, dass der Zuwachs der DTAG bei den „Call & Surf“-Bündelprodukten deutlich höher ist als der Zuwachs der Wettbewerber mit vergleichbaren Komplettangeboten. Die DTAG hat ungeachtet deutlich höherer Preise für ihre „Call & Surf“-Bündelprodukte mehr als viermal so viele Kunden für ihre „Call & Surf“-Bündelprodukte gewonnen wie alle Wettbewerber für Komplettangebote zusammen. Diese konstant hohen Zuwachsraten der DTAG – und das vor dem Hintergrund, dass die DTAG preislich nicht einmal das attraktivste Komplettangebot am Markt anbietet! – belegen die Sogwirkung der „Call & Surf“-Angebote auch für den Breitbandendkundenmarkt. Sie gehen zurück auf die Tatsache, dass die DTAG aufgrund ihres Marktanteils im Bereich Festnetztelefonie einen Kundenzugang hat, der gegenüber dem Kundenzugang der Wettbewerber unvergleichbar besser ist.

**c) Keine sachliche Rechtfertigung**

Für die zunehmende Verschließung des Breitbandmarktes kann sich die DTAG ebenfalls nicht auf sachliche Rechtfertigungsgründe berufen.

**aa) Keine sachliche Rechtfertigung durch angeblich bloß reaktives Verhalten**

Marktbeherrscher wie die DTAG können missbräuchliches Verhalten (hier: Marktverschließung) nicht damit rechtfertigen, dass der Missbrauch lediglich eine Reaktion auf das Verhalten der nichtmarktbeherrschenden Wettbewerber sei<sup>37</sup>; die Anerkennung eines solchen Rechtfertigungsgrundes liefe dem Regelungsziel der Schaffung chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) zuwider, das der Preisgestaltungsfreiheit des Marktbeherrschers enge Grenzen setzt (vgl. § 28 Abs. 2 TKG).

**bb) Keine sachliche Rechtfertigung durch den angeblichen Investitionsaufwand der DTAG**

Da von der DTAG für die Vermarktung ihrer „Call & Surf“-Bündelprodukte überwiegend auf Kunden zurückgegriffen wird, die bereits einen Breitbandanschluss besitzen, kann sich die DTAG zur Rechtfertigung auch nicht auf angebliche Investitionen ihrerseits berufen.

**cc) Keine sachliche Rechtfertigung durch angeblich hohe Anschlussverluste der DTAG**

Auch hohe Verluste im Anschlussbereich rechtfertigen kein Verhalten des Marktmächtigen, das zu einer Marktverschließung (auf zwei Märkten: Festnetz- und Breitbandmarkt!) führt. Im Übrigen hat die DTAG zwei- bis dreimal mehr „Call & Surf“-Kunden gewonnen als TAL-Anschlüsse verloren.

**2. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der DTAG durch die 24-monatige Laufzeit auch für die Breitbandkomponente der „Call & Surf“-Tarife**

Schließlich stellt auch die inzwischen 24-monatige Laufzeit für die Breitbandkomponente der „Call & Surf“-Tarife einen Missbrauch von Marktmacht dar. Auch für den Breitbandmarkt werden mittels der 24-monatigen Vertragsbindung den Wettbewerbsunternehmen durch den Marktbeherrscher potentielle Neukunden auf lange Zeit entzogen.

---

<sup>37</sup> Vgl. auch *Schuster/Ruhle*, Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 28 Rn. 67.

Angesichts der bislang fehlenden Feststellung von Marktmacht der DTAG auf dem Breitbandkundenmarkt im Rahmen einer Marktdefinition und -analyse durch die BNetzA (vgl. § 3 Ziff. 4 i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 3-5 TKG; s. auch oben unter II. 1. b)), die – lässt man einmal die bereits unter 1. dargestellte Sogwirkung der „Call & Surf“-Bündeltarife für den Breitbandkundenmarkt außer Betracht – grundsätzlich Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 28 TKG wäre<sup>38</sup>, kann die BNetzA hiergegen derzeit nicht separat vorgehen. Die verheerenden Auswirkungen der „Call & Surf“-Tarife auf den Wettbewerb im Telefonie- und im Breitbandmarkt zeigen jedoch, dass die BNetzA kurzfristig die – von ihr bereits vorbereitete – Marktanalyse für den Breitbandmarkt aktualisieren und Regulierungsmaßnahmen erlassen sollte. Dies insbesondere auch deswegen, weil zivilgerichtlicher Schutz der DTAG-Wettbewerber im Breitbandmarkt (sei es in Form von Unterlassungs- oder Schadensersatzklagen) unter Umständen nicht vergleichbar effektiv ist bzw. sein wird wie ein Vorgehen durch die BNetzA.

---

<sup>38</sup> Vgl. *Schuster/Ruhle*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, § 28 Rn. 24.

#### IV. Empfehlung

Wir empfehlen, die BNetzA über die telekommunikationsrechtliche Unzulässigkeit zu informieren und folgende Maßnahmen anzuregen:

- Untersagung der Mindestvertragslaufzeit der „Call & Surf“-Tarife (jedenfalls bzgl. deren Telefoniekomponente) durch die BNetzA gemäß § 39 Abs. 3 S. 1, 38 Abs. 2 S.1, Abs. 4 S.1 TKG i.V.m. § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG;
- Untersagung der Zwangskoppelung von Breitband(endkunden)-leistungen der DTAG mit Telefonieleistungen der DTAG durch die BNetzA gemäß § 39 Abs. 3 S. 1, 38 Abs. 2 S.1, Abs. 4 S.1 TKG i.V.m. § 28 Abs. 1 S.2 Nr. 2 TKG;
- Unverzügliche Erstellung bzw. Veröffentlichung einer Marktdefinition und -analyse nach §§ 10, 11 TKG für den Breitbandendkundenmarkt (Anschluss- und Verbindungsleistungen) und Erlass einer Regulierungsverfügung zur Verhinderung missbräuchlichen Verhaltens der DTAG.

Frankfurt am Main, 14. Januar 2008

Prof. Dr. Joachim Scherer