



- Beschlusskammer 2 -

Az.: BK2a 04/007

B e s c h l u s s

geschwärzte Fassung

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrags auf Verlängerung der Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus xxi“ vom 21.04.2004

der Deutschen Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

- Antragstellerin -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redecker, Sellner, Dahs und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn,

Beigeladene:

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

- Beigeladene 1 -

Verfahrensbevollmächtigter: Rainer Lüddemann (breko)

2. 01051 Telecom GmbH, Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 2 -

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

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

Behördensitz
Bonn
Tulpenfeld 4
53113 Bonn
☎ (02 28) 14-0

Telefax
(02 28)
14-88 72

X.400
S=poststelle
P=regtp
A=bund400
C=de

E-Mail
poststelle@regtp.de
Internet
<http://www.regtp.de>

Kontoverbindungen
Bundeskasse Bonn
Landeszentralbank Bonn
(BLZ 380 000 00)
Konto-Nr. 380 010 60

Bundeskasse Bonn
Postbank Köln
(BLZ 370 100 50)
Konto-Nr. 119 00-505

- Beigeladene 3 -

Verfahrensbevollmächtigter: Dirk Seitz (freenet),

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

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Peter Dahlke (VATM)

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

- Beigeladene 5 -

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

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

- Beigeladene 6 -

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

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

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Pascal Koppetsch (NetCologne),

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

- Beigeladene 8 -

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

9. COLT Telecom Holding GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main,

- Verfahrensbevollmächtigter: Sabine Hennig (COLT),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

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

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 21.06.2004

am 25.06.2004 beschlossen:

1. Die Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ gemäß der dem Antrag beigefügten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preisliste „AktivPlus xxl“ wird über den 30.06.2004 hinaus bis zum 30.06.2005 verlängert.

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

2. Die Genehmigung der Anwendung der unter Ziffer 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogrammes „Happy Digits“ wird über den 30.06.2004 hinaus bis zum 30.06.2005 verlängert.
3. Der Antragstellerin wird aufgegeben, weiterhin im Abstand von jeweils einem Monat gegenüber der Regulierungsbehörde über die Entwicklung der Kundenzahlen sowie des tatsächlichen Nutzungsverhaltens des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ Bericht zu erstatten.

G r ü n d e :

I .

Die Antragstellerin bietet als Inhaberin einer bundesweiten Lizenz Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 auf der Basis eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes an. Neben den Standardtarifen umfasst das Angebot der Antragstellerin unter anderem auch den Optionsta-

rif „AktivPlus xxl“. Dieser wurde mit Beschluss BK2a 03/012 vom 02.09.2003 als Optionstarif „AktivPlus xxl (neu)“ befristet bis zum 30.06.2004 genehmigt und mit Beschluss BK2a 03/022 vom 19.11.2003 in Bezug auf die in dem Angebot enthaltenen Entgelte für bestimmte Auslandsverbindungen modifiziert.

Mit Schreiben vom 21.04.2004 hat die Antragstellerin beantragt, gemäß § 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG

1. die Genehmigung des Optionstarifs „AktivPlus xxl“ gemäß den als Anlage 1 beigefügten AGB und Preislisten „AktivPlus xxl“ über den 30.06.2004 hinaus zu verlängern.
2. die weitere Anwendung der nach Maßgabe des Antrags zu Ziff. 1 genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“ zu genehmigen.

Das beantragte Optionsangebot beinhaltet im Wesentlichen:

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

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 05.05.2004 im Amtsblatt Nr. 9 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 129/2004 veröffentlicht.

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

Der Tarif „AktivPlus xxl“ sei auch weiterhin genehmigungsfähig.

Bezüglich der Genehmigungsvoraussetzungen werde auf die Entscheidungsbegründung in dem Verfahren BK2a 03/012 verwiesen.

Mit Beschluss der Regulierungsbehörde vom 02.09.2003 habe diese die Einhaltung des Maßstabes des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG bestätigt. Ein Preishöhenmissbrauch könne daher ausgeschlossen werden.

Auch ein offenkundiger Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG sei in dem o.a. Verfahren verneint worden. Die grundsätzlich im Rahmen von Prognosen liegende Restunsicherheit sei

durch die monatlichen Berichte der Antragstellerin über die Nutzung des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ nunmehr beseitigt. Hieraus sei ersichtlich, dass eine Kostendeckung nach der von der Regulierungsbehörde angewendeten „IC+25%-Regel“ auf jeden Fall gewährleistet sei.

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot sei in dem damaligen Verfahren ebenso verneint worden.

Auch ein Verstoß gegen sonstige Rechtsvorschriften - insbesondere ein Behinderungsmissbrauch – hätten von der Regulierungsbehörde nicht festgestellt werden können. Insoweit hätten sich die Voraussetzungen für eine kartellrechtliche Bewertung nicht geändert. Die Kostendeckung gewährleiste zudem die Nachbildbarkeit des Produktes durch Wettbewerber. Ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften könne daher auch weiterhin ausgeschlossen werden.

Die Antragstellerin beabsichtige, gemäß ihrer Antragspraxis erneut bei „AktivPlus xxl“ die „dauerhafte Voreinstellung“ auf sich selbst in das Optionsangebot aufzunehmen. Ihrer Ansicht nach stelle diese Klausel keine unzulässige Wettbewerbsbeeinträchtigung dar.

Durch die beantragte Genehmigung der Anwendung des gemäß Ziff. 1 genehmigten Tarifs im Kundenwertprogramm „Happy Digits“ solle erreicht werden, dass „AktivPlus xxl“ auch weiterhin als Grundlage für das Kundenwertprogramm „Happy Digits“ zur Anwendung komme.

Die Beigeladenen 2, 5 und 8 haben sich schriftlich bzw. in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21.06.2004 wie folgt zur beantragten Tarifmaßnahme geäußert und im übrigen auf Stellungnahmen in früheren Verfahren verwiesen.

Beigeladene 2:

- Die Kostenunterlagen seien unzureichend. Weder seien dem Antrag Prognosen und Berichte über Verbindungsdauern der Kunden, noch über die Kundenzahlen beigelegt. Beides seien jedoch notwendige Voraussetzungen und stellten auch kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis dar. Insbesondere die Entwicklung der Kundenzahlen lasse sich den Geschäftsberichten entnehmen.

Die von der Antragstellerin gemäß der Auflage in dem Beschluss BK2a 03/012 monatlich vorzulegenden Berichte über Kundenzahlen sowie das tatsächliche Nutzungsverhalten seien dem Verfahren beizufügen und den Beigeladenen zur Verfügung zu stellen.

Eine Nichtvorlage dieser Berichte und ihre Nichtoffenlegung beeinträchtigten die Beteiligungsrechte der Beigeladenen maßgeblich, da der gesamte Antrag ohne die von der Antragstellerin als auch die von der Beschlusskammer als essentiell für die Genehmigungsfähigkeit eingestuftten Berichte nicht prüfbar sei.

Es werde daher beantragt, die von der Antragstellerin seit Einführung der Optionstarife „AktivPlus xxl“ sowie „AktivPlus xxl (neu)“ der Beschlusskammer vorgelegten monatlichen Berichte zum Gegenstand dieses Verfahrens zu machen. Hilfsweise müssten die Berichte zumindest in geschwärzter Fassung den Akten beigelegt werden, damit dann im Gerichtsverfahren ihre ungeschwärzte Vorlage verlangt werden könne.

Zumindest müsse den Beigeladenen mitgeteilt werden, welche Fragen und Informationswünsche der Beschlusskammer in den Berichten abgefordert worden seien.

Alle als wesentlich angesehenen Verfahrensunterlagen müssten zur Verfahrensakte genommen werden, um sie nicht einer späteren rechtlichen Überprüfung zu entziehen.

- Es seien keine Kostenunterlagen gemäß § 2 TEntgV vorgelegt worden.
- Die „IC+25%“-Regel sei als Maßstab für die Prüfung des Aufschlagsverbotes des § 24 Abs. 1 Nr. 1 TKG ungeeignet.
- Die „IC+25%“-Regel sei veraltet und müsse angepasst werden.
- Bei City-Verbindungen müssten höhere Vorleistungskosten angesetzt werden (local plus double transit), da diese teilweise über die Grenzen des GEZB hinweggingen.
- Bei der Prüfung der Nachbildbarkeit müssten auch die höheren Kosten der Wettbewerber für Nebenkosten, bspw. für die Bereitstellung und Überlassung von ICAs berücksichtigt werden.
- Die „IC+25%“-Regel berücksichtige auch nicht die Entwicklungs- und Umstellungskosten der Antragstellerin für den neuen „AktivPlus xxi“-Tarif.
- Wegen der Gefahr von Nachzahlungen durch eine spätere Korrektur der genehmigten IC-Entgelte dürften nur die von der Antragstellerin beantragten IC-Entgelte bei der Anwendung der „IC+25%“-Regel herangezogen werden.

Den Unterlagen seien keine Hinweise zu entnehmen, inwieweit sich die Beeinträchtigung des Wettbewerbs seit dem letzten Antrag verändert habe. Der bloße Verweis auf den alten Antrag widerspreche dem Ziel und Zweck der Befristung, welches darin bestehe, die Entkundenentgelte immer wieder neu auf ihre Wettbewerbsbeeinträchtigungen hin zu überprüfen.

Beigeladene 5

- Das beantragte Preselection-Verbot verstoße gegen § 43 Abs. 6 TKG, § 9 AGBG, § 3 TKV, § 19 Abs. 1 GWB sowie gegen Art. 82 Abs. 2 lit. d) EG-Vertrag.
- Die Beigeladene 5 ist auch weiterhin der Auffassung, dass das zusätzliche Entgelt für „AktivPlus xxi“ die entstehenden Kosten nicht ausgleichen könne und daher unzulässige Abschläge i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthalte.
- Ebenso sieht die Beigeladene 5 auch weiterhin einen Verstoß gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG als gegeben an.
- Der beantragte Tarif stelle schließlich eine Maßnahme des Verdrängungswettbewerbs dar und stehe daher nicht mit §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag im Einklang.

Beigeladene 8:

- Der Verweis auf die Nutzungsberichte könne die Vorlage von Kostenunterlagen nach § 2 Abs. 1 TEntgV nicht ersetzen. Nach pflichtgemäßem Ermessen müsse die Beschlusskammer den Antrag bereits gemäß § 2 Abs. 3 TEntgV ablehnen. Der Antrag enthalte nämlich insbesondere keine Angaben zu den in Zukunft erwarteten Umsätzen. Auch ein Ersatz für die Kostenunterlagen durch Vergleichsmarktbetrachtungen sei nicht ersichtlich. Dementsprechend sei eine sachgerechte Prüfung des Antrags am Maßstab des § 24 TKG nicht möglich.
- Hilfsweise werde die Hinzuziehung der monatlichen Erfahrungsberichte über die Nutzung des Tarifs „AktivPlus xxl (neu)“ beantragt.
- Bei der Abschlagsprüfung der Flatrate dürfe als anrechenbarer Teil entsprechend der Auffassung des Verwaltungsgerichts Köln nur derjenige Anteil des Überlassungsentgelts herangezogen werden, der über das Überlassungsentgelt für das Optionsangebot „AktivPlus“ hinausgehe. Bei Heranziehung nur der Differenz von „AktivPlus xxl“ gegenüber „AktivPlus“ sei eine Kostendeckung für die Flatrate-Komponente nicht erkennbar.
- Der Tarif verstoße im übrigen auch gegen §§ 19, 20 GWB und Art. 82 EG-Vertrag.

Von den AktivPlus-Angeboten gehe eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus. Diese zeige sich bereits daran, dass in der Gruppe von 16,87 Millionen Kunden, die in besonderem Maße als wettbewerbsorientiert einzustufen seien, 11,04 Mio. Kunden einen AktivPlus-Tarif nutzten, dagegen nur 1,33 Millionen Angebote von Teilnehmernetzbetreibern und 4,5 Millionen Preselection-Angebote von Verbindungsnetzbetreibern.

Dabei sei entgegen der Auffassung der Beschlusskammer unerheblich, ob der Erfolg der AktivPlus-Tarife Folge der Bündelung mit Telefonanschlüssen oder Folge günstiger Verbindungsentgelte sei.

Im übrigen bestehe die von der Beschlusskammer angenommene Preisattraktivität des „AktivPlus xxl“-Tarifes im Verhältnis zu Angeboten von Wettbewerbern nicht. Ausgehend von den bereits im Verfahren BK2a 04/006 vorgelegten durchschnittlichen Nutzungszahlen eines durchschnittlichen Preselection-Kunden der Beigeladenen sei festzustellen, dass dieser bei Nutzung der Verbindungspreise der Beigeladenen wesentlich günstiger telefonieren könne als bei Nutzung des „AktivPlus xxl“-Tarifs.

Der Tarif „AktivPlus xxl“ sei darüber hinaus auch aufgrund eines immer noch fehlenden ausreichendem Resale-Angebots für Verbindungsnetzbetreiber nicht nachbildbar. Da der Gesetzgeber davon auszugehen scheine, dass ein entbündeltes Resale bis zum 30.06.2008 nicht angeboten werden solle, müsse bis dahin mangels Nachbildbarkeit auch die Genehmigungsfähigkeit des primär auf eine Bündelung mit Telefonanschlüssen abzielenden Tarifs „AktivPlus xxl“ verneint werden.

Falls die Beschlusskammer dagegen an ihrer Praxis festhalten und für die kartellrechtliche Beurteilung nur die Nachbildbarkeit von Orts- und Fernverbindungen prüfen sollte, könnte an diesem Maßstab eine sachliche Rechtfertigung bzw. die Billigkeit i.S.v. §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB nur dann bejaht werden, wenn der Antragstellerin die Bündelung des hier beantragten Tarifs „AktivPlus xxl“ mit Telefonanschlüssen untersagt werde.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 23.06.2004 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben vom 25.06.2004 mitgeteilt, dass es weiterhin geboten sei, die kartellrechtlichen Wirkungen der verschiedenen Optionsangebote der Antragstellerin in ihrer Gesamtheit zu prüfen. Dazu seien auch Informationen über die Kundenentwicklung und das Kundenverhalten bei den Teilnehmer- und Verbindungsnetzbetreibern erforderlich. Des Weiteren werde auf die Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 27.05.2004 zum Optionsangebot 10 Cent-Tarif verwiesen. Im Übrigen sieht das Bundeskartellamt im Hinblick auf die kurze Frist von einer Stellungnahme ab.

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 27.05.2004 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet somit am 30.06.2004.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 82 Satz 3 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.
- d) Eine von der Beigeladenen 2 behauptete Verletzung von Beteiligungsrechten durch Nichtoffenlegung der von der Antragstellerin aufgrund einer Auflage in dem Beschluss BK2a 03/012 monatlich vorzulegenden Erfahrungsberichte ist nicht gegeben. Diese Erfahrungsberichte beinhalten insoweit Kundenzahlen, Angaben über die durchschnittliche Nutzung von City-, Regio/Deutschland-, Auslands-, Draht-Funk- Verbindungen, sowie Verbindungen zu Online-Diensten mit geographischen Rufnummern durch „AktivPlus xxl“-Kunden. Die in den Erfahrungsberichten enthaltenen Daten stellen insoweit eindeutig Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin dar. Wie die umfangreichen Stellungnahmen in früheren Verfahren belegen, ist es den Beigeladenen, die als Wettbewerber über eigene Erfahrungen in dem mit dem Optionsangebot „AktivPlus xxl“ adressierten Kundensegment verfügen, auch ohne Kenntnis dieser Daten möglich, im Rahmen des rechtlichen Gehörs sachgerechte und fundierte Stellungnahmen abzugeben.

2. Sachentscheidungs Voraussetzungen

Die beantragte Entgeltmaßnahme unterliegt der Genehmigungspflicht gemäß § 25 Abs. 1 TKG.

- a) Sie betrifft insoweit ein Optionsangebot, welches Leistungselemente aus dem Bereich des Sprachtelefondienstes im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG beinhalten.
- b) Die Antragstellerin verfügt auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG weiterhin über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

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

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

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

3. Verfahrensart

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG genehmigt die Regulierungsbehörde Entgelte nach § 25 Abs. 1 TKG entweder im Einzelgenehmigungsverfahren auf der Grundlage der auf die einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung oder im Price-Cap-Genehmigungsverfahren auf der Grundlage der vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittliche Änderungsrate der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen.

Eine unmittelbare Anwendung des Price-Cap-Genehmigungsverfahrens gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend aus, da aufgrund der Entscheidung der Beschlusskammer zur Zusammenfassung von Dienstleistungen und Bildung von Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002 vom 21.12.2001 (Az. BK 2c 01/009) lediglich die Standardtarife der Antragstellerin in entsprechenden Warenkörben erfasst wurden. Hieran hat sich auch nach der mit Beschluss BK 2a 03/010 vom 22.07.2003 erfolgten Modifikation der Price-Cap-Regulierung nichts geändert.

Daher sind im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG heranzuziehen. Allerdings ist insoweit auch die grundsätzliche Geltung der „Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst ab 2002“ zu beachten.

4. Verfahrensgegenstand

Verfahrensgegenstand ist gemäß § 25 Abs. 1 TKG die beantragte Genehmigung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile für die in dem Optionsangebot „AktivPlus xxl“ enthaltenen

Sprachtelefondienstleistungen im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG.

5. Genehmigungsvoraussetzungen

Die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG sind vorliegend weiterhin erfüllt. Danach ist die Genehmigung nur dann zu versagen, wenn die in dem Angebot enthaltenen Entgelte nicht den Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG einhalten, bzw. offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 TKG nicht entsprechen oder wenn sie mit dem TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

a) Kein Preishöhenmissbrauch

Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG scheidet vorliegend bezogen auf die in dem neuen Optionsangebot enthaltenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen aus.

Für City- und Fernverbindungen an den Werktagen Montag bis Freitag sowie für Auslandsverbindungen Montag bis Sonntag sollen die zuletzt mit Beschlüssen BK 2a 03/002 vom 11.04.2003 und BK2a 03/022 vom 19.11.2003 genehmigten „AktivPlus“-Verbindungsentgelte angewendet werden, die insoweit bereits unterhalb der geltenden Standardtarife liegen.

Bezüglich der Flatrate an Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen führt die Inanspruchnahme des Angebot bei entsprechender Nachfrage zu einer Senkung gegenüber den im Rahmen der Price-Cap-Regulierung genehmigten Standardtarife. Sollte sich das Angebot für den Kunden aufgrund einer veränderten Nachfrage nicht mehr rechnen, bestünde im Übrigen die Möglichkeit, das betreffende Optionsangebot zu kündigen und einen geeigneteren Tarif auszuwählen.

b) Kein Verstoß gegen das Verbot wettbewerbswidriger Abschlüsse

Ein offenkundiger Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend ebenfalls aus.

Gemäß § 27 Abs. 3 TKG hat die Regulierungsbehörde im Rahmen des Einzelgenehmigungsverfahrens zu prüfen, ob die beantragten Entgelte offenkundig den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 nicht entsprechen. Sofern dies der Fall ist, ist die Genehmigung der Entgelte zu versagen.

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

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

Insbesondere enthalten die in den vorgelegten Angeboten enthaltenen Entgelte keine Abschlüsse.

Anwendbarkeit des „IC+25%“-Maßstabes

Hinsichtlich der in dem Optionsangebot enthaltenen Entgelte für City- und Fernverbindungen Verbindungsleistungen im Inland kann sich die Prüfung von Optionsangeboten in Bezug auf wettbewerbswidrige Abschläge wegen der grundsätzlichen Geltung der Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst darauf erstrecken, ob zwischen den beantragten Entgelten und den entsprechenden Interconnection-Entgelten ein ausreichender Abstand gegeben ist (vgl. Beschluss BK 2c 01/009 vom 21.12.2001).

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

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

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

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

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

Kundengruppen zu verteilen.

Mit ihrer Forderung nach einer Vorlage umfassender Kostenunterlagen verkennen die Beigeladenen auch den Umstand der grundsätzlichen Geltung der Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst, die in erster Linie einen Preishöhenmissbrauch verhindern und einen flexiblen Preissetzungsspielraum gewähren soll. Des Weiteren verschließen sich die Beigeladenen der Erkenntnis, dass die Regulierungsbehörde aufgrund der im Interconnection-Bereich durchgeführten Regulierungsverfahren bereits die effizienten Kosten der Netznutzung ermittelt hat.

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

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

Gegen eine Bezugnahme auf die genehmigten Interconnection-Entgelte lässt sich auch nicht einwenden, dass die zuletzt mit Beschluss BK4c 03/123 vom 28.11.2003 erfolgte Genehmigung dieser Entgelte im Wesentlichen auf einem internationalen Preisvergleich beruht habe. Die Beigeladene 8 verkennt insoweit, dass gemäß § 3 Abs. 3 TEntgV bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung neben den vorgelegten Kostennachweisen zusätzlich insbesondere Preise und Kosten solcher Unternehmen als Vergleich herangezogen werden sollen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren Märkten im Wettbewerb anbieten.

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

Entgegen der von den Beigeladenen vorgetragenen Auffassung besteht insoweit keine Veranlassung, die Höhe des Zuschlags von 25% einer neuen Überprüfung zu unterziehen. Das Oberverwaltungsgericht Münster hat diesbezüglich in seinen die Genehmigung der Optionsangebote „AktivPlus xxl“ und „AktivPlus calltime 120“ betreffenden Beschlüssen 13 B 2621/03, 13 B 2624/03, 13 B 2623/03 und 13 B 2689/03 vom 29.01.2004 eindeutig festge-

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

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

ba) Nutzungsdauerabhängig tarifierte Entgelte

Soweit vorliegend die zuletzt mit Beschlüssen BK 2a 03/002 vom 11.04.2003 und BK2a 03/022 vom 17.11.2003 genehmigten nutzungsdauerabhängig tarifierten „AktivPlus“-Entgelte angewendet werden sollen, sind nach wie vor keine Anhaltspunkte für ein Vorliegen von Abschlägen ersichtlich.

Wegen der grundsätzlichen Geltung der Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst kann sich die Prüfung in Bezug auf wettbewerbswidrige Abschläge nur darauf erstrecken, ob zwischen den beantragten Entgelten und den entsprechenden Interconnection-Entgelten ein ausreichender Abstand gegeben ist (vgl. Beschluss BK 2c 01/009 vom 21.12.2001). Wendet man daher vorliegend bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die „IC+25%“-Regel (vgl. Beschluss BK 2-1 99/035 vom 16.02.2000) an, so ist festzustellen, dass auch nach der erfolgten Umstellung der Interconnection-Entgelte auf die EBC-Systematik sämtliche in dem vorgelegten Optionsangebot enthaltenen nutzungsdauerabhängigen Entgeltpositionen für City-, Regional- und Deutschlandverbindungen kostendeckend angeboten werden können. Auch hinsichtlich der in dem Optionsangebot enthaltenen Entgeltpositionen für Sprachtelefondienstverbindungen in das Ausland sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die abweichend von den bisher erteilten Genehmigungsentscheidungen die Annahme wettbewerbsbeeinträchtigender Abschläge i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG rechtfertigen würden.

bb) Nutzungsdauerunabhängig tarifierte Entgelte (Flat-Rate)

Während die Entscheidung BK2a 03/012 vom 02.09.2003 bei der Beurteilung der Frage, ob das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltene Flat-Rate-Komponente Abschläge im oben dargestellten Sinne enthält, im Wesentlichen auf der Prognose der Antragstellerin beruhte, kann seitens der Beschlusskammer nunmehr auf-

grund der von der Antragstellerin nunmehr zusätzlich auf die von der Antragstellerin vorgelegten Erfahrungsberichte zurückgegriffen werden.

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

Die Kalkulation eines nutzungsdauerunabhängigen Pauschaltarifs (Flat-Rate) basiert dagegen im Wesentlichen auf einer Prognose über das durchschnittliche Nutzungsverhalten der jeweiligen Kundengruppen, die das Optionsangebot „AktivPlus xxl“ nutzen. Verluste, die durch überdurchschnittliche Nutzung bestimmter „xxl“-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. Bei der Prüfung, ob ein Flat-Rate-Angebot offenkundige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthält, kann deshalb vorliegend nur darauf abgestellt werden, ob die zu erwartenden – insbesondere durch das beobachtete Nutzungsverhalten bestimmten - durchschnittlichen Kosten für das Herstellen der vom Flat-Rate-Angebot an Sonn- und Feiertagen umfassten Verbindungsleistungen durch die durchschnittlichen fixen Einnahmen für das Flat-Rate-Angebot abgedeckt werden können.

Da die in dem Angebot enthaltenen nutzungsdauerabhängig tarifierten Sprachtelefondienstleistungen an Werktagen, wie oben bereits aufgezeigt, keine Kostenunterdeckungen aufweisen, können insoweit die jeweiligen fixen monatlichen Überlassungsentgelte in vollem Umfang für die Finanzierung der „Wochenend-Flat-Rate“ herangezogen werden.

Die auch diesmal wieder von einigen Beigeladenen vorgetragene Auffassung, nach der im Rahmen der Abschlagprüfung nur der über das monatliche Grundentgelt für „AktivPlus“ hinausgehende Mehrpreis zugrunde gelegt werden dürfe, hält die Beschlusskammer weiterhin für unzutreffend. Da es sich bei den insoweit in Rede stehenden Tarifierungsarten im Wesentlichen um Entgelte für die gleichen Sprachtelefondienstleistungen handelt, kann eine pauschalierende Betrachtung nicht von vorne herein ausgeschlossen werden (so auch VG Köln Beschluss vom 04.04.2001 Az. 1 L 298/01).

Ebenso ist auch der Ansatz der Beigeladenen, dass das monatliche Entgelt für die Flat-Rate-Komponente entsprechend den Nutzungsanteilen der Verbindungsarten an Werktagen aufgeteilt werden müsse, verfehlt. Die Kalkulation dieses Entgeltes basiert gerade nicht auf der spezifischen Nutzung bestimmter Verbindungsarten an Werktagen, sondern auf der tatsächlichen Nutzung des Tarifs an Samstagen sowie Sonn- und Feiertagen. Dies bedeutet, dass sowohl die Kosten für City-, als auch Fern-Verbindungen vollständig abgedeckt sein müssen. Ein Spielraum für unzulässige Quersubventionierungen ist damit gerade nicht gegeben.

- Kunden mit ISDN-Anschluss

Bei der somit erforderlichen Prognose zum künftigen Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden kann bezüglich der Kunden mit ISDN-Anschluss auf seit Einführung des „xxl-Angebots“ am 01.10.2003 gesammelte Daten über das bisherige Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden zurückgegriffen werden.

[REDACTED]

(BuGG). Der Kostendeckungsgrad der „xxl“-Flatrate hat sich im Übrigen durch die Senkung EBC-Entgelte zum 1.12.2003 noch einmal erhöht. Der nach wie vor 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 mit ISDN-Anschluss zu berichten.

- Kunden mit analogem Anschluss

Hinsichtlich des Nutzungsverhaltens von Kunden mit analogem Anschluss ist festzustellen,

[REDACTED]

(BuGG), so dass derzeit nicht von einem offenkundigen Vorliegen von Abschlägen ausgegangen werden kann. Die Entwicklung des bisherigen Nutzungsverhaltens deutet vielmehr darauf hin, dass die Kosten der nutzungsunabhängig tarifierten Verbindungen auch weiterhin von den Einnahmen des monatlichen Entgeltes abgedeckt und somit davon getragen werden können. Aufgrund der nach wie vor bestehenden Prognoseunsicherheiten ist eine Genehmigung jedoch auch hier nur unter der Auflage möglich, dass die Antragstellerin monatlich gegenüber der Regulierungsbehörde über die tatsächliche Nutzerzahl und das Nutzungsverhalten der „xxl“-Kunden mit analogem Anschluss berichtet.

c) Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Die beantragte Verlängerung der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ verstößt auch nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Einzelnen Nachfragern werden insoweit keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienstleistungen eingeräumt. Insbesondere stellt auch der Umstand, dass Verbindungen zu Online-Diensten mit geographischen Rufnummern nicht von der vorliegenden Flatrate umfasst werden sollen, keinen Diskriminierungstatbestand dar. Zwar ist es für die technische Realisierung der Verbindungsleistung unerheblich, ob die Verbindung zu einem anderen Gesprächsteilnehmer oder zu einem Online-Dienst hergestellt werden soll. Allerdings stellt das bei der Inanspruchnahme von Online-Diensten im Vergleich zur Inanspruchnahme von Sprachtelefondienstleistungen festzustellende unterschiedliche Nutzungsverhalten der Kunden einen sachlich gerechtfertigten Grund für eine Tariffdifferenzierung dar. Dies gilt um so mehr, da gerade bei einer Flatrate die Kosten maßgeblich vom tatsächlichen durchschnittlichen Nutzungsverhalten der Kunden mitbestimmt werden.

Kein Verstoß gegen sonstige Vorschriften

Gemäß § 27 Abs. 3 TKG wäre die beantragte Genehmigung auch dann zu versagen, wenn die Entgelte offenkundig mit dem Telekommunikationsgesetz oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stünden.

Insbesondere ist entgegen der Auffassung einiger Beigeladener ein von dem Optionsangebot „AktivPlus xxl“ ausgehender Verstoß gegen das sich aus §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag ergebende Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auch weiterhin nicht feststellen.

Entgegen der Befürchtungen der Beigeladenen im Vorverfahren ist es nach der Ausweitung der „xxl“-Flatrate auf den Samstag nicht zu einem dramatischen Anstieg der Kundenzahlen gekommen. Zwar nutzen mittlerweile knapp ■ Mio. Kunden (**BuGG**). Den neuen Tarif. Dem steht jedoch ein Rückgang von fast ■ Mio. Kunden (**BuGG**) beim nicht mehr vertriebenen Optionstarif „AktivPlus xxl sunday“ gegenüber. Die Gesamtzahl der „AktivPlus xxl“-Kunden (alt und neu) ist im Zeitraum Oktober 2003 bis April 2004 lediglich von ca. ■ Mio. Kunden (**BuGG**) auf ■ Mio. Kunden (**BuGG**) angestiegen, wobei ■ (**BuGG**).

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

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

Im Übrigen kann bezüglich der Vereinbarkeit des vorliegenden Optionsangebotes mit §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG-Vertrag vollumfänglich auf die diesbezüglichen umfassenden Ausführungen im Beschluss BK2a 03/012 vom 02.09.2003 verwiesen werden.

d) Unzulässigkeit des Ausschlusses der Preselection-Möglichkeit

Wie bereits in der Entscheidung über die Genehmigung des Optionsangebotes „AktivPlus xxl“ vom 20.09.2002 (Az. BK 2c 01/012), in der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebots „AktivPlus basis“ vom 28.03.2002 (Az. BK 2a 02/002), in der Entscheidung über die Verlängerung des Optionsangebote „AktivPlus“, „AktivPlus basis“ und „AktivPlus xxl“ vom 29.11.2002 (Az. BK2a 02/019) sowie zuletzt in der Entscheidung BK2a 03/012 über die Genehmigung des vorliegenden Optionsangebotes festgestellt, stellt der in Ziffer 2.1 der jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkludent enthaltene Ausschluss der Möglichkeit der dauerhaften Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB dar, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Der Ausschluss der Preselection-Möglichkeit erfüllt darüber hinaus den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, da die insoweit marktbeherrschende Antragstellerin Entgelte oder Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Begründungen zu den genannten Entscheidungen verwiesen.

Im Hinblick auf die beantragte Wiederaufnahme der betreffenden Klausel war die Genehmigung daher gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 und 2 GWB i.V.m. § 27 Abs. 3 GWB zu versagen.

6. Anwendung der genehmigten Entgelte im Rahmen des Kundenwertprogramms „Happy Digits“

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

7. Nebenbestimmungen

Im Hinblick auf die mit der Genehmigung der Verlängerung der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ verbundenen Nebenbestimmungen war gemäß §§ 28 Abs. 3, 36 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.

Bei der Festlegung der Befristung der Genehmigung wurde berücksichtigt, dass sowohl aufgrund tatsächlicher Erfahrungen eine neue Bewertung hinsichtlich der Prognose zum erwarteten Nutzungsverhalten erforderlich werden könnte, als auch, dass für einen überschaubaren Zeitraum Planungssicherheit bestehen muss.

Die Auflage, der Regulierungsbehörde auch im monatlichen Abstand über die tatsächlichen Erfahrungen hinsichtlich des prognostizierten Nutzungsverhaltens der „xxl“-Kunden Bericht zu erstatten, soll gemäß § 36 Abs. 1 VwVfG sicherstellen, dass die Genehmigungsvoraussetzungen nach §§ 27 Abs. 1, 25 Abs. 1 und 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG erfüllt werden. Sie trägt insoweit der weiterhin bestehenden Prognoseunsicherheit im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Nutzungsverhaltens Rechnung. Die Erfahrungsberichte werden es der Regulierungsbehörde ermöglichen, im Falle eines unerwartenden Anstiegs der durchschnittlichen Kosten gegebenenfalls die erforderlichen Schritte im Hinblick auf eine nachträgliche Überprüfung der Entgelte gemäß § 30 Abs. 1 TKG einzuleiten. Die Auflage stellt insoweit auch keine unangemessene Belastung der Antragstellerin dar, da die Genehmigung ansonsten aufgrund der bestehenden Prognoseunsicherheiten hätte versagt werden müssen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht in Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und

den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

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

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

Kuhmeyer

Busch

Lindhorst