

Beschlusskammer 2

BK 2e 02/003

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Antrag auf Genehmigung der Anwendung des Programms „HappyDigits“

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

-Antragstellerin-

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redecker, Sellner, Dahs und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53113 Bonn

Beigeladene:

1. TELE2 Telecommunications Services GmbH, In der Steele 39a, 40599 Düsseldorf, vertreten durch den Geschäftsführer,

- Beigeladene 1 -

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

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

- Beigeladene 2 -

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

3. BT Ignite GmbH & Co., Eisenheimerstraße 11, 80687 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Dr. Georg Berger und Herr Felix Müller (BT Ignite),

4. MobilCom CityLINE GmbH, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 4 -

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

5. TelePassport AG, Juri-Gagarin-Ring 88, 99084 Erfurt, vertreten durch den Vorstand,
- Beigeladene 5 -
- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Piepenbrock und Schuster, Achenbachstraße 73, 40237 Düsseldorf,
6. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene 6 -
- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Dr. Pill und Herr Held (Vodafone D2),
7. COLT TELECOM GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt a.M., vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene 7 -
- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Uta Gottschalk und Frau Sabine Hennig (COLT TELECOM),
8. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz, 40468 Düsseldorf, vertreten durch die E-Plus Mobilfunk Geschäftsführungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene 8 -
- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Dr. Christoph Clément und Frau Susanne Heyd (E-Plus),
9. TALKLINE GmbH & Co. KG, Talkline-Platz 1, 25337 Elmshorn, vertreten durch die Talkline Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene 9 -
- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Christiane Kobe und Herr Arne Koch (Talkline),
10. AOL Deutschland GmbH & Co. KG, Millerntorplatz 1, 20359 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene 10 -
- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Velten, Franz, Jakoby, Kaistraße 20, 40221 Düsseldorf,
11. EWE Tel GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene 11 -
- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Matthias Büning,
12. HanseNet Telekommunikation GmbH, Hammerbrookstraße 63, 20097 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
- Beigeladene 12 -
- Verfahrensbevollmächtigte: Herr Malte Piekowitz und Frau Stephanie Kohl,
13. (breko, Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V., Königswinterer Straße 310, 53227 Bonn,
- Beigeladene 13 -
- Verfahrensbevollmächtigter: Herr Rainer Lüddemann ((breko),

hat die Beschlussskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in der Besetzung

des Vorsitzenden Dir Dipl.-Ing. Kuhrmeyer,

des Beisitzers ORR Busch und

des Beisitzers RR z.A. Lindhorst

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 04.03.2002

am 21.03.2002 entschieden:

1. Die beantragte Genehmigung der Gewährung von Gutschriften nach Maßgabe der Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm „HappyDigits“ auf die von der Antragstellerin in der Anlage 2 des Antrages im Einzelnen genannten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis zu einem Höchstbetrag von 3% wird versagt.
2. Die hilfsweise beantragte Verlängerung der bis zum 31.03.2002 befristeten Genehmigung vom 06.08.2001 (Az.: BK 2b 01/007) der in Anlage 2 des Antrages aufgeführten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Teilnahmebedingungen des Programms „HappyDigits“ in Höhe von 1% der Umsätze wird - mit Ausnahme der Gutschriften für analoge Telefonanschlüsse - befristet bis zum 31.12.2002 genehmigt.

Auflage:

Die Genehmigung ergeht unter der Auflage, dass die von der Antragstellerin im Rahmen des Programms „HappyDigits“ gewährten Gutschriften in ihrem Gegenwert nicht unterhalb der Einstandspreise der jeweiligen Sachprämien liegen dürfen.

Hinweis:

Es wird darauf hingewiesen, dass die Gewährung von Gutschriften für aufwandsreduzierende Maßnahmen im Zusammenhang mit der Erbringung von Sprachtelefondienstleistungen oder Aktionen, die speziell die Nutzer von Sprachtelefondienstleistungen betreffen, der Genehmigungspflicht nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin hat zum 31.10.2001 ein Rabattprogramm mit dem Namen „HappyDigits“ eingeführt, das mit Beschluss vom 06.08.2001 von der Regulierungsbehörde befristet bis zum 31.03.2002 genehmigt wurde. Danach erhalten teilnehmende Kunden mit Erwerb von umsatzabhängigen und umsatzunabhängigen Dienstleistungen und Produkten Gutschriften in Form von

Punkten, den sog. „HappyDigits“. Diese können verschenkt, gespendet, für den Erwerb von Sachprämien verwendet oder ausgezahlt werden. Die Punkte werden auf Dienstleistungen und Produkte von Unternehmen gewährt, die an dem Rabattprogramm teilnehmen. Nach Angabe der Antragstellerin stünde die Teilnahme an dem Programm jedem Unternehmen offen, soweit damit keine gesetzliche Vorschriften verletzt würden.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben (Az.: OWP5-1) vom 10.01.2002 unter Vorbehalt ihrer anderslautenden Rechtsauffassung und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zur Wahrung ihrer Interessen beantragt,

1. die Gewährung von Gutschriften gemäß den Teilnahmebedingungen für das Programm „HappyDigits“ auf die in Anlage 2 aufgeführten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis zu einem Höchstbetrag von 3% zu genehmigen.

Gemäß der von der Beschlusskammer im Beschluss vom 06.08.2001 (Az.: BK 2b 01/007) geäußerten Rechtsauffassung hinsichtlich der Bestimmtheit des unter 1. gestellten Antrags beantragt sie hilfsweise,

2. die Verlängerung der bis zum 31.03.2002 gefristeten Genehmigung vom 06.08.2001 (Az.: BK 2b 01/007) der in Anlage 2 aufgeführten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Teilnahmebedingungen des Programms „HappyDigits“.

Für den Fall, dass bis zum 28.02.2002 nicht über den Antrag entschieden werden kann, hat sie ferner hilfsweise beantragt,

3. die bis zum 31.03.2002 befristete Genehmigung vom 06.08.2001 (Az.: BK 2b 01/007) der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bonusprogramms „HappyDigits“ vorläufig zu verlängern.

Zur Begründung ihres Antrages verweist die Antragstellerin auf ihren vorangegangenen Antrag vom 08.06.2001.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 06.02.2002 im Amtsblatt Nr. 2/2002 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 76 veröffentlicht.

Die Beigeladenen haben sich schriftsätzlich bzw. in der am 04.03.2002 durchgeführten mündlichen Verhandlung wie folgt zum vorliegenden Entgeltgenehmigungsantrag geäußert:

1. Zur Genehmigungspflicht:

Nach Ansicht der Beigeladenen 2, 3, 6, 7 und 10 unterliege das Programm „HappyDigits“ der Entgeltgenehmigungspflicht der §§ 24 ff. TKG.

Das Programm „HappyDigits“ sei insoweit als Entgelt für Leistungen des Sprachtelefondienstes einzustufen, als die Punkte eine geldwerte Rückvergütung für die Inanspruchnahme von Leistungen des Sprachtelefondienstes darstellten. Die Existenz einer dritten Person (Betreiber-gesellschaft) könne nicht hiergegen sprechen, um damit die Nichtgenehmigungspflicht zu begründen. Die Antragstellerin könne ansonsten die Entgeltregulierung umgehen. Zudem ergebe sich die Entgeltrelevanz bereits aus der Eigenschaft des Rabattes als Preisnachlass, welches einen unmittelbaren Einfluss auf die Preiskalkulation hätte.

Auf die Wesentlichkeit der beantragten Entgeltänderung komme es nach Auffassung der Beigeladenen 3 und 6 im vorliegenden Fall nicht an. Nach §§ 24 ff. TKG bestehe kein Unter-

schied zwischen Erstgenehmigung und Änderungsgenehmigung. Es wäre vom Gesetzgeber gewollt, dass schließlich jede Abweichung von genehmigten Entgelten einer neuen Genehmigung bedürfe, womit die Entgeltgenehmigung nach dem TKG, insbesondere wegen des Geltungsanspruchs des § 29 TKG, keine Schwankungsbreite zulasse.

Des weiteren verweist die Beigeladene 2 auf die Begründung im Beschluss vom 06.08.2001 (Az.: BK 2b 01/007).

2. Zur Genehmigungsfähigkeit:

Nach Auffassung der Beigeladenen 2, 3, 6, 7 und 10 sei die Verlängerung des Programms „HappyDigits“ sowohl unter formellen als auch unter materiellen Gesichtspunkten nicht genehmigungsfähig.

Die Antragstellerin habe dem Antrag keine Kostenunterlagen beigefügt, so dass nach § 2 Abs. 3 TEntgV der Antrag mangels feststellbarer Kosten abzulehnen sei. Einschränkungen aus Praktikabilitätsgründen, insbesondere die Berufung darauf, dass eine Ablehnung der Entgelte wesentlicher Leistungen nachteilige Wirkungen auf die Antragstellerin hätte, seien unzulässig. Mit den fehlenden Kostennachweisen habe sich die Antragstellerin außerdem über entscheidende Normen des Entgeltgenehmigungsrechts hinweggesetzt. Die Beigeladene 3 merkt an, dass die IC+25-Regel eine bloße Kontrollgröße sei, womit die Antragstellerin nicht von der Vorlage von Kostennachweisen befreit wäre.

Auch unter materiellen Gesichtspunkten sei weder die Rabattierung von 3 % noch in Höhe von 1% genehmigungsfähig. Die im Hauptantrag genannte Spanne impliziere eine Schwankungsbreite der Entgelte, wodurch die Höhe der Entgelte der Regulierungsbehörde nicht bekannt sei. Die §§ 24 ff TKG gingen jedoch von eindeutig bestimmten Entgelten aus, da sich Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren hätten. Auch die einprozentige Absenkung bedeute, dass neben den nicht rabattierten Entgelten letztlich zwei verschiedene Entgelte für eine genehmigte Leistung existierten. Hieraus folge jedoch, dass eines der beiden Entgelte Abschläge oder Aufschläge beinhalten müsse. Damit verstoße das Programm auch gegen die Ausschließlichkeitserfordernis des § 29 TKG und beeinträchtige offenkundig die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen.

Ein Rabatt auf regulierte Sprachtelefondienstleistungen sei mit den Regulierungszielen und dem Normzweck der §§ 24 ff. TKG nicht vereinbar. Genehmigungsfähig sei ein Rabatt nur, wenn eine sachliche Rechtfertigung bspw. in Form von Kosteneinsparungen gegeben wäre. Dieses sei im vorliegenden Fall jedoch nicht vorhanden. Formen der Kundenbindung durch Preisvorteile müssten sich an die Vorschriften der Entgeltregulierung halten. Da das Rabattprogramm der Antragstellerin als marktbeherrschendes Unternehmen eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme darstelle, müsse dieses nach § 27 Abs. 3 Nr. 3 TKG berücksichtigt werden.

Es wäre nach Ansicht der Beigeladenen 2 darüber hinaus nicht nachvollziehbar, weshalb ein Rabatt bis zu 1% als nicht wettbewerbsbehindernd angesehen werde. Denn im Beschluss vom 06.08.2001 wäre die wettbewerbsbeeinträchtigende Sogwirkung „einer“ Rabattmarge durch die Regulierungsbehörde anerkannt.

Die Beigeladene 4 merkte an, dass keine Incentivierung bspw. im Vorleistungsbereich für die Abnahme von Interconnectionleistungen von Seiten der Antragstellerin etabliert werde. Des weiteren sei mit dem Programm „HappyDigits“ das Preselection-Verbot obsolet.

Die Beigeladene 2 ist der Ansicht, dass die Senkungsvorgabe des Price-Cap hinsichtlich der Anschlussentgelte durch die Rabattierung in Höhe von 1% vollständig entwertet würde. Darüber hinaus würden die wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen von Kostenunterdeckungen von Leistungen, die bereits vor der Rabattierung vorlägen, durch diese verstärkt.

Die vorliegenden Rabatte hätten keine Begründung in den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, so dass nach Auffassung der Beigeladenen 3 und 6 die IC+25 Regel hier keine Anwendung finden könne. Sie könne allenfalls zur Überprüfung dienen, ob die Preisuntergrenze einer Entgeltmaßnahme i.S.v. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG unterschritten würde, nicht jedoch für außerhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegenden wirtschaftlichen Motive.

Bisher hätten keine Wettbewerber der Antragstellerin ein ähnliches Rabattprogramm angeboten. Grund hierfür seien nach Auffassung der Beigeladenen 2 die hohen Kosten für die Konzeption, die Errichtung und den Betrieb eines Rabattprogramms. Daher sollten die Kosten, die der Antragstellerin entstehen, insbesondere die für die Einrichtung und das Betreiben der Website, berücksichtigt werden, wobei eine Nichtberücksichtigung dieser Kosten einen Abschlag nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG bedeute.

Für die Konsumenten bestehe nach Meinung der Beigeladenen 2 und 7 ein verstärkter Anreiz Verbundkäufe bei der Antragstellerin zu tätigen, um schneller die erforderliche Punktzahl zur Einlösung der Prämien bzw. der Barauszahlung zu erreichen. Auch könne kein Wettbewerber ein der Antragstellerin entsprechendes Produktportfolio anbieten, wodurch diese nicht in der Lage wären, ein entsprechendes Rabattprogramm zu entwickeln. Für potentielle Wettbewerber wirke das Programm wie Marktzutrittsschranken, für aktuelle Wettbewerber werde ein möglicher Wechsel erschwert.

Das Rabattsystem verstoße außerdem gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Die Rückzahlung an die teilnehmenden Kunden des vorliegenden Rabattprogramms stellten geminderte Entgelte und damit eine Diskriminierung der Kunden dar, die nicht am Programm teilnehmen. Diese hätten dadurch einen Nachteil, dass sie für dieselben Leistungen keine rabattierten Entgelte entrichten dürften.

Bei einer Genehmigung müsse die im Beschluss vom 06.08.2001 enthaltene Auflage beibehalten werden. Hiermit wäre sichergestellt, dass bei den Sachprämien der Rabatt von 1% nicht überschritten werden könne. Die Beschränkung der Rabattierung müsse eine stärkere Gewichtung erfahren als die Einschränkung der am Programm „HappyDigits“ teilnehmenden, kein Sprachtelefondienst anbietenden Unternehmen.

Schließlich verstoße das Rabattprogramm auch gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 2 GWB und Art. 81, 82 EGV. Im europäischen Kartellrecht seien Rabatte von marktbeherrschenden Unternehmen missbräuchlich anzusehen, wenn das Ziel eine verstärkte Kundenbindung sei. Rabatte seien nur unter dem Gesichtspunkt für erzielte Effizienzsteigerungen zulässig. Das vorliegende Programm wirke unabhängig von der Rabatthöhe wie ein Treuerabatt, von dem ein Anreiz zu Verbundkäufen ausginge. Dieser Anreiz würde zusätzlich von den Sachprämien verstärkt. Die Kundenbindung könne weiterhin durch erhöhte Marketingaktivitäten der Antragstellerin verstärkt werden. Ein Blick auf das Payback-Bonusprogramm zeige den großen Erfolg, der mit hoher Wahrscheinlichkeit auch bei „HappyDigits“ eintreten werde. Das vorliegende Programm sei jedoch nicht mit den Bonusprogrammen im Luftverkehr vergleichbar, da letztere sich lediglich auf Leistungen eines Marktes beziehe. Außerdem würde in diesen Programmen im Gegensatz zu dem der Antragstellerin ein passives Nutzungsverhalten nicht prämiert werden.

Die Antragstellerin hat sich hierzu mit Schreiben vom 06.03.2002 sowie in der öffentlichen mündlichen Verhandlung im wesentlichen wie folgt geäußert:

Die IC+25% Regel sei als Vergleichskriterium für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine von der Beschlusskammer angewendete Spruchpraxis und auch von den Gerichten anerkannt.

Der von Arcor vorgebrachte Einwand hinsichtlich der Anschlussentgelte sei nicht einleuchtend. Vor dem Hintergrund der Anhebung der Anschlussentgelte im Rahmen des Price-Cap

Systems um 4,1% könne die 1%-ige Rabattierung durch das Programm „HappyDigits“ nicht zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufgrund eines Abschlags führen. Darüber hinaus sei lediglich ein Preiserhöhungsspielraum vorgegeben, jedoch keine Verpflichtung zu einer Anhebung.

Das Programm „HappyDigits“ sei vom Wesen und seiner Wirkung nach nicht mit einem Treuerabatt vergleichbar und verstoße daher nicht gegen die Vorschriften des allgemeinen Kartellrechts. Die Beigeladenen wären nicht in der Lage gewesen, eine übermäßige Sogwirkung plausibel zu begründen. Schließlich greife auch das Argument des Vollsortimenters nicht, um eine besondere Anreizwirkung des vorliegenden Programms zu begründen.

Schließlich würden bereits Rabattprogramme einiger Wettbewerber existieren.

Die Antragstellerin hat sich mit Schreiben vom 15.03.2002 weiterhin geäußert:

Die Einbeziehung der analogen Telefonanschlüsse in das Programm „HappyDigits“ stelle keine Abkehr vom Rebalancing dar. Da die Anwendung des vorliegenden Programms auf die bereits noch bis zum 30.04.2002 gültigen Entgelte für analoge Anschlüsse nicht dem § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG widersprächen, gelte dieses erst Recht nicht für die ab dem 01.05.2002 in Kraft tretenden erhöhten Entgelte. Weiterhin argumentiert die Antragstellerin, dass zum einen die Wettbewerber in der Lage wären vergleichbare Angebote zu entwickeln, zum anderen läge das vorliegende Entgeltniveau im internationalen Vergleich im üblichen Rahmen. Im übrigen habe sich die Sachlage seit dem letzten Verfahren nicht geändert.

Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 18.02.2002 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet am 21.03.2002.

Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 28 S.3 TKG mit Schreiben vom 14.03.2002 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Das Bundeskartellamt teilte mit Schreiben vom 19.03.2002 mit, dass es die Herausnahme der analogen Anschlüsse aus dem Programm „HappyDigits“ und die Befristung der Genehmigung begrüße. Jedoch habe sie dahingehend Bedenken, als dass eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit den wettbewerblichen Wirkungen von Rabattsystemen auch Überlegungen zu Bündelprodukten beinhalten solle. So sei darüber hinaus ein faktischer Bündelungseffekt auch aus der Einbeziehung der Produkte von T-Mobile und T-Online wahrscheinlich. Des weiteren plädiert das Bundeskartellamt für eine laufende Berichtspflicht der DTAG hinsichtlich des Kundenverhaltens.

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

Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 66 i.V.m. § 73 Abs. 1 Satz 1 TKG sind erfüllt, da es sich um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Dritten Teils des TKG handelt.

2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

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

a) Bei den nach Maßgabe der Teilnahmebedingungen für das Programm „HappyDigits“ gewährten Gutschriften für Sprachtelefondienstleistungen der Antragstellerin handelt es sich um entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Sprachtelefondienst (vgl. Beschluss vom 06.08.2001 Az.: BK 2b 01/007).

b) Die Antragstellerin verfügt im Bereich des Angebots von Sprachtelefondienst nach wie vor über eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 25 Abs. 1 TKG i.V.m. § 19 GWB.

Die Entwicklung der Marktanteile der Antragstellerin und ihrer Wettbewerber 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 2000 und 2001. Insbesondere bei den Teilnehmeranschlüssen und den Ortsverbindungen liegen die Marktanteile über 90%. Außerdem zeigt die Verteilung der Marktanteile einen zersplitterten Restmarkt. Die nächstgrößeren Wettbewerber haben im Bereich Fernverbindungen Marktanteile von höchstens 10% für die Jahre 2000 und 2001 (auf Basis von Umsatz und Verbindungsminuten).

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

Auch für den Bereich der Auslandsverbindungen liegen derzeit noch keine Erkenntnisse vor, die eine marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin in Frage stellen könnten. Die Beschlusskammer behält sich jedoch vor, diese Frage nach Abschluss der aktuell laufenden Untersuchungen für Auslandsverbindungen einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

3. Verfahrensart

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

Die Anwendung des Price-Cap Genehmigungsverfahrens gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG scheidet vorliegend aus, weil das Programm „HappyDigits“ in seiner Form nicht in den mit Beschluss vom 21.12.2001 (Az.: BK2c 01/009) festgelegten Warenkörben der Price-Cap Regulierung enthalten ist und daher im vorangegangenen Referenzzeitraum keine Mengen und Umsätze erzielt haben kann. Ohne die Kenntnis der Referenzmengen und Referenzumsätze ist die im Rahmen des Price-Cap Genehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 2 S. 2 TKG erforderliche Prüfung der Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen nicht durchführbar.

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

4. Genehmigungsvoraussetzungen

4.1 Versagung des Hauptantrags (Antrag zu 1.):

Die Voraussetzungen für die Genehmigung des Antrags zu 1. (Hauptantrag) nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG sind vorliegend nicht erfüllt.

Soweit die Antragstellerin die Gewährung von Gutschriften auf die von ihr genannten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Sprachtelefondienst bis zu einem Höchstbetrag von 3% beantragt, ist der Antrag nicht hinreichend bestimmt und allein deshalb nicht genehmigungsfähig.

Im Falle einer Genehmigung wäre aufgrund der unbestimmten Rabattmarge die Höhe der gewährten Gutschriften für jede einzelne Leistung unklar. Der Grundsatz der Bestimmtheit schreibt es jedoch vor, dass anhand einer Genehmigung für den Kunden die Höhe der Entgelte für das Angebot von Sprachtelefondienstleistungen deutlich erkennbar sein muss.

Im übrigen würde der Antragstellerin im Fall der Genehmigung einer Rabattmarge ein Spielraum eingeräumt, der es ihr ermöglichen würde, die Gewährung von Gutschriften, z.B. umsatzbezogen so auszugestalten, dass wettbewerbswidrige Beeinträchtigungen, beispielsweise übermäßige wettbewerbsbehindernde Sogwirkungen, nicht ausgeschlossen werden können.

Die beantragte Genehmigung des Antrags zu 1. war bereits aus vorliegenden Gründen zu versagen.

4.2 Genehmigung des Hilfsantrags (Antrag zu 2.) bezüglich der Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile mit Ausnahme der analogen Telefonanschlüsse:

Die Genehmigungsvoraussetzungen des Hilfsantrags (Antrag zu 2.) sind im Hinblick auf die Entgelte für analoge Anschlüsse nach § 27 Abs. 1 TKG nicht erfüllt.

Ausgehend von der mit Beschluss vom 14.02.2002 vorläufig genehmigten Erhöhung des Entgeltes für analoge Anschlüsse im Rahmen des seit 01.01.2002 geltenden Price-Cap Systems, läuft die Einbeziehung der analogen Anschlüsse in das Programm „HappyDigits“ mit der vorgesehenen Rabattierung in Höhe von 1% dem auch aus Sicht der Antragstellerin notwendigen Rebalancing, das gerade bei den analogen Anschlüssen eine bessere Kostendeckung ermöglichen soll, zuwider. Des weiteren haben sich die Bedenken hinsichtlich der Kostenunterdeckung verstärkt.

Insofern wird die Aufnahme der analogen Telefonanschlüsse in das vorliegende Rabattprogramm versagt.

Dahingegen sind die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG für die im Programm „HappyDigits“ enthaltenen übrigen Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Sprachtelefondienstleistungen erfüllt. Danach ist die Genehmigung nur dann zu versagen, wenn diese nicht den Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG einhalten bzw. offenkundig nicht den Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 TKG entsprechen oder wenn sie mit dem TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen.

a) Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG kommt im Hinblick auf die durch das Programm betroffenen Entgelte für Sprachtelefondienstleistungen nicht in Betracht, da lediglich Gutschriften auf bereits genehmigte Entgelte gewährt werden.

b) Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG liegt für die übrigen Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der im Rabattprogramm eingebundenen Sprachtelefondienstleistungen nicht vor.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass trotz des gewährten Preisnachlasses in Höhe von 1% die IC+25% Regel eingehalten wird. Jedoch behält sich die Beschlusskammer vor, die Einhaltung zu überprüfen. Sollten sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass diesbezüglich ein Verstoß vorliegt, wird die Genehmigung des Antrags zu 2 (Hilfsantrag) in Bezug auf die übrigen Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile versagt. Des weiteren ist derzeit nicht davon auszugehen, dass die ISDN-Anschlüsse kostenunterdeckend sind.

c) Die beantragte Änderung der entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt auch nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, da einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienstleistungen eingeräumt werden. Die Teilnahme an dem Rabattprogramm „HappyDigits“ ist nicht mit der Abnahme von Leistungen der Antragstellerin gekoppelt noch knüpft sie an das Erreichen von bestimmten Umsatzgrenzen an.

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

Ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 2 GWB läge vor, wenn das Programm „HappyDigits“ die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Marktteilnehmer beeinträchtigt. Dieses wäre der Fall, wenn das vorliegende Programm in seiner Ausgestaltung oder seiner Wirkung nach ein Treuerabatt oder ein dem Treuerabatt ähnliches Kundenbindungssystem bzw. Rabattd Klausel vergleichbar wäre. Solche Rabattsysteme würden einen Kunden derart binden, dass dieser seine gesamte Nachfrage an einem Produkt oder einen wesentlichen Teil dessen ausschließlich bei einem Unternehmen bezieht. Die Nachfrager würden davon abgehalten, Vergleiche bei den Konkurrenten bezüglich ihrer Preise, der Qualität oder der Glaubwürdigkeit anzustellen. Ein bloßer Preisnachlass auf das gesamte Sortiment eines Unternehmens kennzeichnet jedoch nicht automatisch ein den Wettbewerb beeinträchtigendes Kundenbindungssystem.

Treuerabatte und solche Kundenbindungssysteme, die in ihren Auswirkungen den Treuerabatten vergleichbar sind, werden im allgemeinen Kartellrecht grundsätzlich als wettbewerbsbeschränkend angesehen, insbesondere wenn diese von marktbeherrschenden Unternehmen angewendet werden. Sie unterliegen dem Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (bzw. im Europäischen Kartellrecht dem Art. 82 EGV) und als unbillige Behinderung auch dem § 20 Abs. 1 GWB. Unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens können von derartigen Kundenbindungssystemen Sogwirkungen sowie der Ausschließlichkeitsbindung ähnliche Effekte ausgehen, wodurch der Wettbewerb nachhaltig beeinträchtigt werden kann. Dieses ist dann der Fall, wenn durch das Konsumverhalten des Durchschnittsverbrauchers die Konkurrenzangebote des marktbeherrschenden Unternehmens nicht mehr beachtet werden. Auf diese Weise wird zum einen dem Parameter Preis als einem Merkmal des Wettbewerbs die Bedeutung entzogen. Zum anderen wird aufgrund der verstärkten Verbundkäufe das Leistungsprinzip unterwandert, was bedeutet, dass sich die eingebundenen Produkte nicht eigenständig im Markt durchsetzen brauchen. Insbesondere kleinere Wettbewerber werden aus dem Markt gedrängt bzw. potentielle Konkurrenten vom Markteintritt abgehalten, wenn diese nicht in der Lage sind, ein ähnlich breit gefächertes Sortiment anzubieten oder einen ähnlichen Ausgleich bspw. in Form niedrigerer Preise an die Nachfrager weiterzugeben. Anders könnte der Fall liegen, wenn der Preisnachlass sich in Kosteneinsparungen widerspiegelt und diese mittels Treuerabatten oder ähnlichen Kundenbindungssystemen an die Konsumenten weitergegeben werden, wobei auch hier die Wirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Die Beurteilung, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, ist neben dem Grad der Marktbeherrschung und weiteren Struktur- und Verhaltensfaktoren insbesondere von der konkreten Ausgestaltung des Programms abhängig (WuW/E OLG 2403 „Fertigfutter“, WuW/E BKartA 1817 „Fertigfutter“ und WuW/E EWG/MUV 447 „Vitamine“, sowie WuW/E EWG/MUV 642 „Michelin Niederlande“).

Das Rabattprogramm „HappyDigits“ ist weder als Treuerabatt einzustufen noch in seiner Wirkung dem Treuerabatt oder ihm vergleichbaren Kundenbindungssystemen zuzuordnen.

Im vorliegenden Fall bietet die Antragstellerin im Rahmen ihres Rabattprogramms einen Preisnachlass auf alle Leistungen in ihrem Produktportfolio an. Das Programm verpflichtet den teilnehmenden Konsumenten hiermit jedoch nicht, seinen gesamten Bedarf an Sprachtelefondienstleistungen oder Online- und Mobilfunkleistungen ausschließlich bei der Antragstellerin zu decken. Es steht den Konsumenten frei einige dieser Leistungen auch bei den Wettbewerbern in Anspruch zu nehmen. Denn den Konsumenten entstehen hierdurch keine Nachteile. Das bedeutet für einen solchen Fall, dass er für die Leistungen, die er bei der Antragstellerin oder ihrer Partnerunternehmen erwirbt, immer noch seine entsprechenden Gutschriften gewährt bekommt. Darüber hinaus können Gutschriften auch dann erworben werden, wenn der Teilnehmer ausschließlich Dienstleistungen der am Programm beteiligten Unternehmen T-Online, T-Mobile oder von Karstadt nachfragt. Ebenso ermöglicht das Programm „HappyDigits“ dem Teilnehmer, Gutschriften in Form von Leistungen der Antragstellerin zu erhalten, die nicht vom Umsatz der getätigten Leistung abhängig sind, indem er bspw. Fragebögen ausfüllt. Um Gutschriften zu erhalten ist der Teilnehmer demnach nicht verpflichtet, ausschließlich die Leistungen der Antragstellerin oder der Partnerunternehmen zu konsumieren. Bereits dieser Umstand widerspricht den Grundsätzen eines klassischen Treuerabatts.

Die Höhe der gewährten Gutschriften ist mit der Festsetzung auf einen festen Wert, nämlich 1%, hinreichend bestimmt. Dieses bedeutet, dass die Höhe der Gutschriften nicht progressiv mit dem Umfang der Inanspruchnahme von Leistungen der Antragstellerin und ihrer Partnerunternehmen ansteigt. Die Gutschriften beziehen sich demnach nicht auf den Umfang des gesamten Bedarfs an Leistungen der Antragstellerin oder ihrer Partnerunternehmen. Damit wird die Höhe der möglichen Gutschriften ausschließlich an einzelnen Leistungen, die dem Konsumenten bekannt sind, und deren entsprechenden Umsätzen (wenn sie welche generieren) gemessen.

Die von den Beigeladenen geäußerten Bedenken hinsichtlich einer übermäßigen Sogwirkung des vorliegenden Programms können insofern relativiert werden, als dass der Anreiz des vorliegenden Rabattprogramms nicht so unverhältnismäßig groß ist, dass der Nachfrager seinen Gesamtbedarf oder einen wesentlichen Teil dessen tatsächlich bei der Antragstellerin bezieht (Verbundkäufe). Unbestritten ist die Tatsache, dass mit dem vorliegenden Programm eine gewisse Kundenbindung erreicht wird. Auch liegen beim Bezug von Leistungen der Antragstellerin dem Konsumenten offensichtlich Vorteile in Form von Preisnachlässen vor. Der Konsument könnte aufgrund der Preisnachlässe geneigt sein, seinen gesamten oder einen wesentlichen Teil seines Bedarfs an Sprachtelefondienstleistungen und anderen Telekommunikationsleistungen ausschließlich bei der Antragstellerin zu beziehen. Dieses Verhalten wäre insofern denkbar, weil der Wettbewerb in der Telekommunikation ausschließlich über den Preis verläuft. Der Preisnachlass auf alle Sprachtelefondienstleistungen könnte bei den Nachfragern zu der Annahme führen, dass alle Produkte und Leistungen der Antragstellerin zu gleich günstigen Preisen abgegeben werden. Dieses wäre durch die Ausgestaltung des vorliegenden Programms auch der Fall.

Allerdings ist der Schwellenwert mit € 5 vergleichsweise gering. Zudem ist für die Einlösung des Preisnachlasses keine zeitliche Beschränkung vorgesehen und damit zum Sammeln der Punkte keine Eile geboten. Ebenfalls können Punkte durch Leistungen außerhalb des Sprachtelefondienstes erworben werden. Diese Basis ist durch die jüngste Partnerschaft mit Karstadt verbreitert worden.

Ausschlaggebend ist jedoch, dass der Konsument keinen Nachteil erleidet, wenn er Leistungen teilweise bei Wettbewerbern der Antragstellerin nachfragt. Er verringert hierdurch nicht seine Chance, sich dem Schwellenwert für eine Prämienausschüttung zu nähern. Das bedeutet, dass die wirtschaftliche Freiheit nach wie vor bei dem Nachfrager liegt. Auf diese Weise werden nach wie vor die Leistungen der Wettbewerber in Anspruch genommen. So ist durchaus der realistische Fall denkbar, in dem ein am vorliegenden Programm teilnehmender Konsument seine

Sprachtelefondienstleistungen bei Wettbewerbern nachfragt und seine Punkte ausschließlich aufgrund anderer Leistungen außerhalb des Sprachtelefondienstes erhält.

Demzufolge dürfte die befürchtete Sogwirkung wegen des relativ geringen Anreizes, der von dem vorliegenden Programm auf Sprachtelefondienstleistungen ausgeht, so niedrig sein, dass hieraus keine Beschränkungen des Wettbewerbs erwachsen. Insbesondere die Herausnahme der analogen Anschlüsse der Antragstellerin aus dem Programm „HappyDigits“ wird den Anreiz des Programms weiter abmildern. Denn der Verbleib des analogen Anschlusses im Programm würde der Antragstellerin den automatischen Zugang zu der größten Anzahl von potentiellen Teilnehmern des Programms ermöglichen, die mittels einer Anmeldung bereits passiv Punkte sammeln könnten.

Der Anreiz zu vermehrten Verbundkäufen von Sprachtelefondienstleistungen bei der Antragstellerin kann ferner durch die Kooperation der Antragstellerin mit Karstadt vermindert werden. Das Programm weitet sich auf diese Weise über mehrere Branchen aus, so dass der Sprachtelefondienst dann nur noch ein kleiner Bestandteil für die Grundlage zur Anhäufung von Punkten bzw. Gutschriften darstellen würde.

Schließlich ist die Etablierung eines Bonusprogramms mit dem Zweck der erhöhten Kundenbindung für marktbeherrschende Unternehmen kartellrechtlich zulässig. Ihnen kann aufgrund ihrer Marktbeherrschung grundsätzlich nicht der Gebrauch solcher Kundenbindungssysteme untersagt werden. Denn im Kartellrecht stellt eine marktbeherrschende Stellung von sich aus noch keinen Eingriffstatbestand dar, sondern erst das missbräuchliche Ausnutzen einer solchen Stellung. Parallelen hierzu können zu dem Vielfliegerbonusprogramm „Miles & More“ der Lufthansa gezogen werden, das bisher keinem Verbot unterliegt, obwohl der Lufthansa ausweislich in einigen Märkten eine marktbeherrschende Stellung attestiert wurde. Entscheidend für die Zulässigkeit eines Kundenbindungsprogramms ist demzufolge, dass kein missbräuchliches Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens stattfindet, d.h. aus dem Verhalten keine Beeinträchtigungen des Wettbewerbs erwachsen. Im vorliegenden Fall wird der Wettbewerb aus den oben genannten Gründen nicht beeinträchtigt. Hinzu kommt, dass Wettbewerber der Antragstellerin ebenfalls ähnliche Kundenbindungsprogramme anbieten können. Entsprechende Programme existieren bereits v.a. im Bereich Mobilfunk.

Die Antragstellerin wird jedoch gebeten, quartalsweise eine ausführliche Dokumentation über das Kundenverhalten bei der Beschlusskammer einzureichen. Nach Möglichkeit sollte dies auch die Ausgangslage umfassen. Diese Vorgehensweise ermöglicht es, die Auswirkungen des vorliegenden Programms auf den Wettbewerb anhand der Veränderung der Teilnehmerzahlen der Sprachtelefondienstleistungen der Antragstellerin und der an dem Programm teilnehmenden Kunden zu bewerten. Daher sollte die Antragstellerin die Nutzerzahlen aller von ihr angebotenen Leistungen im Rahmen des Sprachtelefondienst darlegen. Auf diese Weise erleichtert die Antragstellerin die Beurteilung der weiteren Genehmigungsfähigkeit des vorliegenden Programms.

Im Übrigen weist die Beschlusskammer ausdrücklich darauf hin, dass sie sich eine nachträgliche Überprüfung nach § 30 Abs. 1 TKG vorbehält, sollten im nachhinein Tatsachen bekannt werden, die auf einen Verstoß des vorliegenden Programms gegen §§ 25 Abs. 1 TKG, 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB hinweisen.

Schließlich verstößt das vorliegende Rabattprogramm auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 TKV, da die Teilnahme an dem Programm jedem zu den gleichen Bedingungen möglich ist.

5. Auflage

Die Genehmigung des Antrags zu 2. (Hilfsantrag) erfolgt gemäß § 36 Abs. 1 VwVfG mit der Auflage, dass die von der Antragstellerin im Rahmen des Programms „HappyDigits“ gewährten Gutschriften in ihrem Gegenwert nicht unterhalb der Einstandspreise der jeweiligen Sachprämien liegen dürfen. Durch die Auflage soll insoweit sichergestellt werden, dass die gesetzlichen

Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung erfüllt werden. Ohne diese Bestimmung hätte die Gefahr bestanden, dass die im Antrag nicht näher spezifizierten, als Sachprämien vorgesehenen Waren unterhalb ihrer jeweiligen Einkaufs- oder Gestehungskosten angeboten werden. Da insoweit auch Gutschriften für Sprachtelefondienstleistungen zur Einlösung von Sachprämien verwendet werden können, ließe sich ohne die entsprechende Auflage nicht ausschließen, dass hierdurch Wettbewerber auf diesem Markt im Einzelfall erheblich behindert werden würden.

Die Beschlusskammer behält sich vor, die genehmigten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der allgemeinen Geschäftsbedingungen einer nachträglichen Überprüfung nach § 30 Abs. 1 TKG zu unterziehen, wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben sollten, dass Sachprämien unter Einstandspreis angeboten werden.

6. Befristung

Die Befristung der Genehmigung beruht auf § 28 Abs. 3 TKG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Aufgrund tatsächlicher Erfahrungen durch das Programm „HappyDigits“ könnte eine neue Bewertung im Hinblick auf die wettbewerblichen Auswirkungen notwendig werden. Für die Marktteilnehmer muss daher für einen überschaubaren Zeitraum eine Planungssicherheit bestehen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht 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.

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

Bonn, den 21.03.2002

Kuhrmeyer

Busch

Lindhorst