

Beschlusskammer 2

BK 2c 03/026

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Antrags 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 Redeker Sellner Dahs und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53113 Bonn

Beigeladene:

1. Arcor AG & Co., Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65670 Eschborn, vertreten durch die Arcor Verwaltungs-AG, diese vertreten durch den Vorstand,

- Beigeladene 1 -

2. 01051 Telecom GmbH, Stresemannstraße 16, 40227 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 2 -

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

3. EWE Tel GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 3 -

4. HanseNet Telekommunikation GmbH, Hammerbrookstr. 63, 20097 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 4 -

5. NEFkom Telekommunikation GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 5 -

6. freenet Cityline GmbH, Hamburger Chaussee 2-4, 24114 Kiel, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 6 -

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

- Beigeladene 7 -

8. TELE2 Telecommunication Services GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Beigeladene 8 -

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

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

des Vorsitzenden Dir Dipl.-Ing. Kuhrmeyer,
des Besitzers RD Busch und
der Beisitzerin RR`n Schölzel

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 16.02.2004
am 01.03.2004 entschieden:

1. Die Gewährung einer Gutschrift in Höhe von 0,5% für die minutenabhängigen Verbindungsentgelte der Produkte Telefondienst (Inlandsverbindungen), Telefondienst (Auslandsverbindungen), Aktiv Plus, Aktiv Plus xxl, Aktiv Plus xxl Sunday, Aktiv Plus basis, Aktiv Plus basis calltime 120, Aktiv Plus Mobilfunk und Ausland, BusinessCall 300, BusinessCall 301, BusinessCall 500, BusinessCall 501, BusinessCall 550, BusinessCall 551 der Antragstellerin, die über analoge Anschlüsse hergestellt werden nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der dem Antrag beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ wird mit in Kraft treten ab dem 01.04.2004 genehmigt.
2. Die Gewährung einer Gutschrift in Höhe von 1% für die minutenabhängigen Verbindungsentgelte der Produkte Telefondienst (Inlandsverbindungen), Telefondienst (Auslandsverbindungen), Aktiv Plus, Aktiv Plus xxl, Aktiv Plus xxl Sunday, Aktiv Plus basis, Aktiv Plus basis calltime 120, Aktiv Plus Mobilfunk und Ausland, BusinessCall 300, BusinessCall 301, BusinessCall 500, BusinessCall 501, BusinessCall 550, BusinessCall 551 der Antragstellerin, die über T-ISDN Anschlüsse hergestellt werden nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der dem Antrag beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ wird mit in Kraft treten ab dem 01.04.2004 genehmigt.
3. a. Eine einheitliche Gutschrift in Höhe von 2% für minutenabhängige Auslandsverbindungsentgelte der unter Ziffer 1 des Tenors aufgeführten Produkte der Antragstellerin

nach Maßgabe der „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ für den Monat August 2004 wird genehmigt.

b. Eine einheitliche Gutschrift in Höhe von 3% für minutenabhängige Verbindungsentgelte der unter Ziffer 1 des Tenors aufgeführten Produkte der Antragstellerin nach Maßgabe der „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ für den Monat November 2004 wird genehmigt.

4. 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.
5. Die Genehmigung ist befristet bis zum 31.03.2005
6. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin hat zum 31.10.2001 ein Rabattprogramm mit dem Namen „HappyDigits“ eingeführt, das mit Beschluss vom 06.08.2001 erstmalig von der Regulierungsbehörde genehmigt wurde. Eine weitere, bis zum 31.03.2004 befristete Genehmigung des Programms wurde am 20.12.2002 ausgesprochen. Dem Programm zufolge werden Gutschriften in Form von Punkten, den sogenannten „HappyDigits“ auf Dienstleistungen und Produkte von Unternehmen gewährt, die an dem Rabattprogramm teilnehmen. Insbesondere erhalten teilnehmende Kunden durch die Inanspruchnahme von Sprachtelefondienstleistungen der Antragstellerin „HappyDigits“. Diese können verschenkt, gespendet, für den Erwerb von Sachprämien verwendet oder ausgezahlt werden.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 22.12.2003 (Az.: VBV63-6) vorsorglich zur Wahrung ihrer rechtlichen Interessen und unter Beibehaltung ihrer Rechtsauffassung hinsichtlich der Genehmigungspflichtigkeit der Gewährung von Gutschriften für Sprachtelefondienst beantragt:

1. Die Genehmigung der Gutschriften bis zu einem Höchstbetrag von 3% nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der als Anlage 1 beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ auf die Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile der AGB der in Anlage 2 aufgeführten Produkte der Deutschen Telekom AG ab dem 01.04.2004;
2. hilfsweise
 - a) Die Gewährung einer Gutschrift in Höhe von 0,5% für minutenabhängige Verbindungsentgelte der in Anlage 2 aufgeführten Produkte der Deutschen Telekom AG, die über analoge Anschlüsse hergestellt werden, nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der als Anlage 1 beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ ab dem 01.04.2004 zu genehmigen;
 - b) Die Gewährung einer Gutschrift in Höhe von 1% für minutenabhängige Verbindungsentgelte der in Anlage 2 aufgeführten Produkte der Deutschen Telekom AG, die über T-ISDN Anschlüsse hergestellt werden, nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der als Anlage 1 beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ ab dem 01.04.2004 zu genehmigen;
3. äußerst hilfsweise eine einheitliche Gutschrift in Höhe von 1% für die minutenabhängigen Verbindungsentgelte der in Anlage 2 aufgeführten Produkte der Deutschen Telekom AG nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der als Anlage 1

beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ ab dem 01.04.2004 zu genehmigen.

4. Des weiteren wird beantragt

- a) die Genehmigung einer einheitlichen Gutschrift in Höhe von 2% für minutenabhängige Auslandsverbindungsentgelte der in Anlage 2 aufgeführten Produkte der Deutschen Telekom AG nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der als Anlage 1 beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ für den Monat August und
- b) die Genehmigung einer einheitlichen Gutschrift in Höhe von 3% für minutenabhängige Verbindungsentgelte der in Anlage 2 aufgeführten Produkte der Deutschen Telekom AG nach Maßgabe der Punkte 5.1, 5.3, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 6.1 und 6.4 der als Anlage 1 beigefügten „Allgemeinen Teilnahmebedingungen für das Programm HappyDigits“ für den Monat November.

Zur Begründung des Antrags zu 1. verweist die Antragstellerin auf den identischen Antrag vom 08.06.2001. Zum Antrag zu 2. trägt sie vor, auch eine nach Anschlussarten differenzierte Incentivierung von Verbindungsentgelten in Höhe von 0,5% und 1% sei genehmigungsfähig. Die Entgelte der an dem Programm „Happy Digits“ beteiligten Produkte seien auch bei einer Gutschrift von 1% kostendeckend. Es liege auch keine Diskriminierung von ISDN im Verhältnis zu analogen Anschlüssen vor.

Zu dem äußerst hilfswise gestellten Antrag zu 3. trägt die Antragstellerin vor, dass mit einer antragsgemäßen Genehmigung die bestehende Genehmigung vom 20.12.2002 lediglich verlängert würde. Nach Absenkung der IC-Entgelte sei dieser Antrag erst recht genehmigungsfähig. Auch bezüglich der neu einbezogenen BusinessCall Produkte sei die Preisuntergrenze auch bei der maximal erreichbaren Rabattstufe eingehalten.

Zu den mit dem Antrag zu 4. beantragten Sonderaktionen trägt die Antragstellerin vor, bei der Incentivierung um 3% im Monat November handele es sich um eine Sonderaktion zum dreijährigen Jubiläum von HappyDigits, bei der Incentivierung um 2% im Monat August handele es sich um ein sog. Sommerferien-Special. Bei beiden Aktionen sei die Preisuntergrenze eingehalten.

Insgesamt werde durch die Anwendung des Programms „HappyDigits“ keine Wettbewerbsbehinderung bewirkt und es bestehe keine übermäßige Sogwirkung.

Die beantragte Entgeltmaßnahme wurde am 21.01.2004 im Amtsblatt Nr. 2/2004 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 15 veröffentlicht.

Die Beigeladenen 1, 2, 3, 6 und 7 haben zu dem vorliegenden Antrag Stellung genommen.

Die Beigeladene 1 ist der Ansicht, der Hauptantrag (3%) sei nach der bisherigen Beschlusspraxis der RegTP (zuletzt BK2e 02/026) abzulehnen. Auch für die Hilfsanträge (0,5% und 1%) sei eine Genehmigungsfähigkeit gemäß dem vorangegangenen Beschluss nicht gegeben.

Der äußerst hilfswise gestellte Antrag (1%) entspreche den Teilgenehmigungen in den vorangegangenen Beschlüssen. Diese hätten nach Ansicht der Beigeladenen ebenfalls nicht ergehen dürfen. Dem Antrag seien keinerlei Kostenunterlagen beigefügt. Außerdem verstoße er gegen §§ 24 ff. TKG. Das Rabattprogramm stelle durch die erzeugte Bezugsbindung eine zusätzliche strategische Marktzutrittsschranke dar, es bestehe die Gefahr der Übertragung der bestehenden Marktmacht auf bestimmten Märkten auf Märkte mit höherer Wettbewerbsintensität. Weiterhin müssten die durch Entwicklung und Betrieb des Rabattprogramms entstandenen Kosten in die Prüfung einbezogen werden. Außerdem verstärke sich der Anreiz der Kunden alles aus einer Hand zu beziehen. Die Kundenbindung werde erhöht. Die bereits bestehende Kostenunterdeckung bei AktivPlus xxl, AktivPlus xxl neu, AktivPlus basis calltime 120, AktivPlus Mobilfunk und Ausland werde noch verstärkt. Die Rabatte dürften nicht isoliert betrachtet werden, sondern die wettbewerbsbehindernde Wirkung insgesamt müsse berücksichtigt werden. Die Anwendung von HappyDigits müsse daher auf die Standardtarife beschränkt werden. Eine Einbeziehung der BusinessCall Tarife sei deswegen auch nicht genehmigungsfähig.

Bezüglich der Sonderaktionen für August und November trägt die Beigeladene vor, es dürften keine anderen Maßstäbe der Entgeltregulierung gelten als für die anderen Monate.

Schließlich müsse die in den vorangegangenen Bescheiden ausgesprochene Auflage bezüglich Sachprämien beibehalten werden.

Die Beigeladene 2 ist ebenfalls der Ansicht, eine Prüfung des Entgelts auf Orientierung am Kostenmaßstab des § 3 Abs. 1 TEntgV sei ohne Vorlage von Kostenunterlagen unmöglich. Außerdem seien die Entgelte für die Produkte der Antragstellerin, welche an dem Rabattprogramm teilnehmen sollen, bereits am Kostenmaßstab des § 24 Abs. 1 TKG, § 3 Abs. 2 TEntgV geprüft und genehmigt worden. Eine Rabattierung auf die genehmigten Entgelte würde zwingend zu der Feststellung von Abschlägen nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG führen, denn bei den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung handele es sich nicht um einen Korridor, sondern um einen nicht zu unterschreitenden Punkt. Die von der Beschlusskammer angewandte IC+25%-Regel könne allenfalls im Hinblick auf den Prüfungsschritt „Offenkundigkeit“ eines wettbewerbsbeeinträchtigenden Abschlags im Sinne des § 27 Abs. 3 herangezogen werden. Eine derartige Faustregel könne jedoch nicht die gesamte Kostenprüfung ersetzen. Die bereits aus systematischen Gründen zwingend vorliegenden Abschläge beeinträchtigten auch die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen. Die von den Optionstarifen der Antragstellerin ohnehin ausgehende Sogwirkung werde durch die Rabattierung weiter verstärkt. Selbst eine Rabattierung in Höhe von 1% habe bereits spürbar negative Auswirkungen auf die Wettbewerber der Antragstellerin. Es müsse nämlich berücksichtigt werden, dass schon bei einer Rabattierung in dieser Höhe Rabatte von weit über € 100 Mio. an die Teilnehmer des Programms ausgeschüttet würden.

Durch die beantragten Sonderaktionen werde eine Wettbewerbsbeeinträchtigung gleich in doppelter Weise geschaffen. Zum einen würde durch die Dauer der Sonderaktion selbst die bestehende Sogwirkung durch höhere Gutschriften noch verstärkt, zum anderen könne davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin im Rahmen der Sonderaktionen überdurchschnittlich viele Teilnehmer für ihr Rabattprogramm gewinnen würde, die auch nach Abschluss der Sonderaktion erhalten blieben.

Die Beigeladenen 3, 6 und 7 schließen sich dem Vortrag der Beigeladenen 2 an.

Die Entscheidungsfrist wurde mit Schreiben vom 22.01.2004 um vier Wochen verlängert. Die Entscheidungsfrist endet am 01.03.2004.

Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 82 S. 3 TKG mit Schreiben vom 25.02.2004 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 26.02.2004 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

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 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 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.

Für das Programm „HappyDigits“ ist das Price-Cap-Genehmigungsverfahren gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG nicht anwendbar. Das Programm lässt sich als Gesamtheit in keinen der Warenkörbe einordnen. Auch ist eine Aufteilung des Programms in die einzelnen Warenkörbe praktisch kaum durchführbar und daher unverhältnismäßig. Daher sind im vorliegenden Fall die Vorschriften des Einzelgenehmigungsverfahrens nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG weiterhin heranzuziehen. Allerdings ist insoweit auch die grundsätzliche Geltung der derzeitigen Price-Cap-Regulierung im Sprachtelefondienst zu beachten.

4. Genehmigungsfähigkeit

4.1 Versagung des Antrags zu 1.

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

Der Antrag ist nicht hinreichend bestimmt, solange die Antragstellerin die Gewährung von Gutschriften bis zu einem Höchstbetrag von 3% auf die von ihr genannten Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile ihrer AGB für den Sprachtelefondienst beantragt. Allein deshalb ist er auch nicht genehmigungsfähig. Zur näheren Begründung s. BK2e 02/026 vom 20.12.2002.

4.2 Genehmigung des Antrags zu 2.

Die Genehmigungsvoraussetzungen sind gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 TKG für eine Rabattierung in Höhe von 0,5% bzw. 1% im Rahmen der Anwendung des Produkts „HappyDigits“ für die minutenabhängigen Verbindungsentgelte aller in den Ziffern 1 und 2 des Tenors genannten Produkte der Antragstellerin sind erfüllt. Die Genehmigung wäre dann zu versagen, wenn die Entgelte 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) Die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG werden eingehalten. Im Rahmen des vorliegenden Programms werden Gutschriften auf bereits genehmigte Entgelte gewährt, so dass hiermit das Vorliegen von Aufschlägen ausgeschlossen werden kann.

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

Die Einwände der Beigeladenen, ein Rabatt auf bereits genehmigte Tarife führe automatisch zu Abschlägen i.S.d. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG greifen nicht.

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-, Fem 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 Obergrenze 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, wenn das Entgelt einer vom Price-Cap umfassten Dienstleistung so stark abgesenkt wird, dass die Kosten betreffende 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 Entgelte 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 ignorieren 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 absurd, 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.

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).

Die Prüfung der im Programm „HappyDigits“ betroffenen Verbindungsentgelte anhand der „IC+25%“-Regel, insbesondere auch der neu in das Programm einbezogenen Business Call Tarife, ergab, dass unter Berücksichtigung der Gutschrift in Höhe von 1% ein ausreichender Abstand zu den Kosten besteht und diese nicht unterschritten werden. Die gilt erst Recht für eine Gutschrift in Höhe von 0,5%.

c) Die beantragte Änderung der entgeltrelevanten Bestandteile der AGB verstößt auch nicht gegen § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

Den Endkunden werden keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Markt für Sprachtelefondienstleistungen eingeräumt. Die Teilnahme an dem Rabattprogramm „HappyDigits“ ist zum einen kostenfrei und steht damit jedem offen, zum anderen ist der Nachfrager nicht zu einer Abnahme von Leistungen der Antragstellerin verpflichtet. Auch knüpft sie nicht an das Erreichen von bestimmten Umsatzgrenzen an, so dass auch hierdurch kein Zwang zur Abnahme von Leistungen der Antragstellerin besteht.

Es liegt insbesondere auch keine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Kunden der Antragstellerin mit einem analogen Telefonanschluss gegenüber Kunden mit einem ISDN Anschluss vor. Wie die Antragstellerin nunmehr vorgetragen hat, ist der Grund für die unterschiedliche Rabattierung der von den beiden Anschlussarten ausgehenden Verbindungen, die unterschiedliche Höhe der mit Verbindungen generierten Umsätze. Es ist durchaus sachgerecht, auf umsatzstärkere Bereich wie hier die Verbindungen von ISDN Anschlüssen höhere Rabatte zu gewähren als in dem umsatzschwächeren Bereich der Verbindungen von analogen Anschlüssen. Im Übrigen sind unterschiedliche Verbindungsentgelte an ISDN und analogen Anschlüssen auch kein Novum. Vielmehr werden gelten bereits im Bereich der Aktiv Plus Tarife verschiedene Verbindungsentgelte differenziert nach der Anschlussart.

d) Ein Verstoß gegen sonstige Rechtsvorschriften ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Insbesondere lässt sich keine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S. d. § 19 Abs. 4 GWB durch eine aus dem Programm „HappyDigits“ resultierende Sogwirkung erkennen.

Zum einen hat die Entwicklung der am „HappyDigits“-Programm teilnehmenden Kunden im ersten Jahr nach dessen Einführung hat eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht erkennen lassen, s. BK2e 02/026 vom 20.12.2002.

Außerdem sind die Wettbewerber der Antragstellerin in der Lage, in Zusammenschlüssen mit anderen Unternehmen ebenfalls Rabatte auf ihre Produkte zu geben und auf diese Weise Kunden zu binden. Es bleibt den Kunden unbenommen, Sprachtelefondienstleistungen von anderen Anbietern in Anspruch zu nehmen. Außerdem steigt auch mit der Festsetzung auf den Rabatt

von 0,5% bzw. 1% die Höhe der gutgeschriebenen Punkte nicht progressiv mit dem Umfang der Inanspruchnahme der Leistungen der Antragstellerin und ist auch unabhängig davon, dass der Kunde weitere Leistungen der Antragstellerin oder der Partnerunternehmen nachfragt. Die Höhe der möglichen Gutschriften wird ausschließlich an einzelnen Leistungen, die dem Kunden bekannt sind, und deren entsprechenden Umsätzen gemessen. Schließlich können die Kunden Gutschriften auch dann erwerben, wenn sie ausschließlich Dienste anderer am Rabattprogramm beteiligter Unternehmen, etwa bestimmter Warenhäuser, die selbst keine Telekommunikationsdienstleistungen anbieten, in Anspruch nehmen, ohne dass sie durch „HappyDigits“ in irgendeiner Weise dazu verpflichtet wären, Leistungen der Programmpartner oder der Antragstellerin überhaupt abnehmen zu müssen. Es steht dem Kunden vielmehr frei, einige dieser Leistungen auch bei den Wettbewerbern in Anspruch zu nehmen.

Selbst wenn man eine gewisse Sogwirkung bzw. Kundenbindung durch das Rabattprogramm bejahen würde, würde dies nicht automatisch zu einer konkreten Wettbewerbsbehinderung führen. Durch das Rabattprogramm wird nicht die Möglichkeit der Kunden, zwischen mehreren Anbietern zu wählen, vereitelt oder zumindest erschwert. Die Absatzwege der Wettbewerber sind nicht blockiert. Denn ein Rabatt von 0,5% bzw. 1% übt keine derartige übermäßige Anziehungskraft auf Kunden aus, dass diese ihren Gesamtbedarf oder einen wesentlichen Teil dessen tatsächlich bei der Antragstellerin beziehen. Der Anreiz des „HappyDigits“-Programms dürfte für den Kunden eher in dem Vorteil liegen, von vielen unterschiedlichen Partnerunternehmen Gutschriften sammeln zu können. Außerdem erwirbt ein preisbewusster Kunde nicht schon deshalb Produkte der Antragstellerin, weil auf einige Produkte Rabatte gewährt werden. Der Kunde kann selbst entscheiden, ob es sich mehr lohnt, über das Angebot der Antragstellerin Punkte zu sammeln oder auf kostengünstigere Sprachtelefondienstleistungen oder sonstige Telekommunikations-Dienstleistungen der Wettbewerber zurückzugreifen.

Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen findet auch nicht dadurch statt, dass unterschiedliche Rabatte auf Verbindungen, die von analogen Anschlüssen hergestellt werden und Verbindungen die von ISDN Anschlüssen hergestellt werden gewährt werden. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch die Einführung von Call-by-call im Ortsnetz eine Entkoppelung der Anschluss- und Verbindungsentgelte auch im Ortsbereich stattgefunden hat. Eine Übertragung von Marktmacht von dem einen in den anderen Bereich ist daher vorliegend nicht mehr möglich. Kunden der Antragstellerin mit analogem Anschluss sind nicht gezwungen, einen Nachteil in Form der geringeren Rabattierung ihrer Verbindungsentgelte einfach hinzunehmen, sondern sie können jederzeit die günstigeren Verbindungsangebote der Wettbewerber in Anspruch nehmen.

Zur ausführlichen Begründung hinsichtlich Treuerabatte und Kundenbindungssysteme s. auch BK2e 02/003 vom 21.03.2002.

4.3 Genehmigung der Anträge zu 4.a und b

Eine einheitliche Gutschrift in Höhe von 2% für minutenabhängige Auslandsverbindungsentgelte der in Ziffer 1 des Tenors genannten Produkte der Antragstellerin im Monat August 2004 sowie eine einheitliche Gutschrift in Höhe von 3% für minutenabhängige Verbindungsentgelte der in Ziffer 1 des Tenors genannten Produkte der Antragstellerin im Monat November 2004 konnten genehmigt werden.

Auch bezüglich der sog. Sonderaktionen kann das Vorliegen von Aufschlägen gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG ausgeschlossen werden, da auch hier Gutschriften auf bereits genehmigte Entgelte gewährt werden.

Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG liegt für die beantragten Sonderaktionen ebenfalls nicht vor.

Die Prüfung der im Programm „HappyDigits“ betroffenen Verbindungsentgelte ergab, dass auch unter Berücksichtigung der Gutschriften in Höhe von 2% bzw. von 3% ein ausreichender Abstand zu den Vorleistungskosten besteht und diese nicht unterschritten werden.

Ein Verstoß gegen sonstige Rechtsvorschriften ist ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere stellen auch die Sonderaktionen keine ungerechtfertigte erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen i.S.d. § 19 Abs. 4 GWB dar. Es wurde insoweit be-

sonders berücksichtigt, dass es sich bei den beiden Sonderaktionen jeweils um einmalige, zeitlich relativ eng begrenzte Aktionen handelt. Weiter wurde berücksichtigt, dass für den Monat August nur die Auslandsverbindungen, also lediglich ein kleiner Bestandteil der insgesamt von der Antragstellerin angebotenen Leistungen betroffen sind. Die Beschlusskammer behält sich aber für den Fall der Beantragung der Genehmigung weiterer Sonderaktionen durch die Antragstellerin eine erneute Bewertung einer möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigung vor.

5. Auflage

Die Genehmigung des Antrags zu 3. 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 AGB einer nachträglichen Überprüfung nach § 30 Abs. 1 TKG zu unterziehen, wenn sich konkret 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. Durch die Festlegung des Befristungszeitraums soll einerseits den von der Genehmigung betroffenen hinreichende Planungssicherheit gegeben werden, andererseits soll der Beschlusskammer ermöglicht werden die genehmigten Tarife nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne erneut zu überprüfen. Insbesondere wurde bei der Festlegung des Befristungszeitraums wurde die Laufzeit der von der genehmigten Rabattierung im Rahmen des Programms „HappyDigits“ betroffenen Tarife berücksichtigt.

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 01.03.2004

Kuhmeyer
Vorsitzender

Busch
Beisitzer

Schölzel
Beisitzerin