



Beschlusskammer 3

BK 3a-07/026

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 21.09.2007 wegen Genehmigung der Entgelte für Terminierungsleistungen im Mobilfunknetz der Antragstellerin,

Beigeladene:

1. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Telefónica Germany Management GmbH und die Telefónica Germany Verwaltungs GmbH, diese jeweils vertreten durch die Geschäftsführung,
2. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf, vertreten durch die E-Plus Mobilfunk Geschäftsführungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
3. QSC AG, Mathias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
4. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstr. 88-90, 60326 Frankfurt / Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Str. 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
7. freenet CityLine GmbH, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
8. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
9. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
10. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

11. Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
12. BT (Germany) GmbH & Co. oHG, Barthstraße 4, 80339 München, vertreten durch die BT Deutschland GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
13. M-Net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
14. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Reuterstraße 159, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
15. mobilcom-debitel AG, Gropiusplatz 10, 70563 Stuttgart, vertreten durch den Vorstand,
16. COLT Technology Services GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt am Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
17. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
18. Cable & Wireless Telecommunication Services GmbH, Bettinastraße 30, 60325 Frankfurt am Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

- | | |
|---|---|
| der Beigeladenen zu 5., 6., 9. und 13.: | JUCONOMY Rechtsanwälte
Graf-Recke-Straße 82
40239 Düsseldorf |
| der Beigeladenen zu 7.: | mobilcom Communicationstechnik GmbH
Hollerstraße 126
24782 Büdelsdorf
vertreten durch die Geschäftsführung |
| der Beigeladenen zu 8.: | Loschelder Rechtsanwälte
Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln |
| der Beigeladenen zu 11.: | Deutsche Telekom AG
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand |
| der Beigeladenen zu 12.: | Jones Day Rechtsanwälte
Grüneburgweg 102
60323 Frankfurt a.M. – |

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Ernst-Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

auf die mündliche Verhandlung vom 26.01.2011 beschlossen:

Ziffer 2. der Entgeltgenehmigung BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 wird wie folgt neu gefasst:

„Wird ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert, wird abweichend von Ziffer 1. das Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin ab dem 01.12.2007 wie folgt genehmigt:

0 Cent/Min.“

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin betreibt seit Jahren ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM-Standard (Global System for Mobile Communications) und dem UMTS-Standard (Universal Mobile Telecommunications Standard). Die Antragstellerin hat an dieses Netz über 36 Millionen Teilnehmer angeschlossen. Diese sind sowohl ihre eigenen Kunden als auch Kunden von Diensteanbietern.

Zum Zwecke der Terminierung von Verbindungen mit Ursprung in anderen Netzen in ihr Mobilfunknetz vereinbarte und realisierte die Antragstellerin Netzzusammenschaltungen mit anderen Netzbetreibern. Gegenstand dieser Verträge waren und sind auch die Preise für die Zusammenschaltungsdienste, d.h. die Terminierungsleistungen und die zugehörigen sonstigen Zusammenschaltungsleistungen der Antragstellerin.

Mit der mittlerweile bestandskräftigen Regulierungsverfügung BK 4c-06-002/R vom 30.08.2006, am selben Tage der Antragstellerin zugestellt, wurde die Antragstellerin von der Beschlusskammer erstmals – ebenso wie parallel eine Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1., die Beigeladene zu 2. und die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 10. – dazu verpflichtet, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz an ihrem Vermittlungsstellenstandort zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und zum Zwecke dieser Zugangsgewährung Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren. Die Entgelte für die Gewährung der Zusammenschaltungsleistungen wurden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen.

Auf entsprechenden Antrag der Antragstellerin hin genehmigte die Beschlusskammer mit Beschluss BK 3a/b-06/011 vom 16.11.2006 unter den Ziffern 1.1 und 1.2 i.V.m. Ziffer 2. des Tenors die Entgelte für die Anrufzustellung im Mobilfunk der Antragstellerin für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 in Höhe von 9,78 Cent/min und für den Zeitraum vom 23.11.2006 bis zum 30.11.2007 in Höhe von 8,78 Cent/min. Unter Ziffer 1.3 entschied sie, dass die vorgenannten Entgelte unterschritten werden dürfen, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.

Mit der tenorierten Unterschreitensbefugnis nahm die Beschlusskammer Rücksicht auf das von der Antragstellerin angebotene sog. „Vodafone-Zuhause“-Homezone-Produkt und die damit zusammenhängende Zusammenarbeit mit einem Kooperationspartner im Vorleistungsbereich. Bei einem Homezone-Produkt erwirbt der Endkunde durch Zahlung eines Zusatzentgelts die Möglichkeit, mit einem Mobiltelefon innerhalb eines Nahbereichs um einen geographischen Standort zu Festnetzbedingungen anzurufen und angerufen zu werden. Ihm wird hierfür zusätzlich zu seiner Mobilfunknummer eine geographische Rufnummer zugeteilt. Unter dieser geographischen Rufnummer ist der Kunde nur innerhalb des Nahbereichs er-

reichbar, während seine Erreichbarkeit unter der Mobilfunkrufnummer – ggf. nach Anrufweiterleitung – unberührt bleibt.

Technisch wird die Übermittlung der in anderen Netzen erzeugten Anrufe an die geographische Rufnummer dadurch bewirkt, dass die Anrufe zunächst einem Kooperationspartner der Antragstellerin, d.h. der hiesigen Beigeladenen zu 12., zugeführt und nach einer Rufnummernumwertung von diesem an die Antragstellerin übergeben werden. Letztere terminiert sodann die Anrufe über ihr Mobilfunknetz auf dem Mobiltelefon ihres Kunden.

Für die Weiterleitung des Anrufes an den Mobilfunknetzbetreiber erhält der Kooperationspartner von seinem Vorleistungsnachfrager – also etwa dem Netzbetreiber des Anrufers –, für den sich die Leistung des Kooperationspartners als Terminierung in ein Festnetz darstellt (sog. Scheinterminierung), ein Terminierungsentgelt in Festnetzhöhe.

Zehn Wochen vor Ablauf der mit dem vorgenannten Beschluss erteilten Genehmigung beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.09.2007, am selben Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, u.a. folgendes:

1. Die Entgelte für die Zusammenschaltungsleistungen V.1 – „Verbindungen in das Telekommunikationsnetz von Vodafone zu Teilnehmeranschlüssen von Vodafone“ werden entsprechend der als Anlage ASt. 1 vorgelegten Anlage 8 Teil I der Zusammenschaltungsvereinbarung der Antragstellerin (Preise für Zusammenschaltungsdienste von Vodafone „Preise V.1“-Stand 14.09.2007) einschließlich aller Nebenbestimmungen mit Wirkung zum 01.12.2007 genehmigt.
2. Die Entgelte für die Terminierung der Verbindungsweiterleitung von geographischen Rufnummern zu Teilnehmeranschlüssen der Antragstellerin im Rahmen des Homezone-Produktes „Vodafone Zuhause“ der Antragstellerin dürfen die unter Ziffer 1 genehmigten Entgelte unterschreiten oder ganz entfallen.

[...]

Mit Beschluss BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 erteilte die Beschlusskammer daraufhin folgende Genehmigung:

1. Das Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin wird ab dem 01.12.2007 wie folgt genehmigt: 7,92 Cent/Min.
2. Das in Ziffer 1. genehmigte Entgelt darf unterschritten werden, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.
3. Die Genehmigungen nach Ziffern 1. und 2. sind auflösend bedingt für den Fall, dass die Entgeltgenehmigungspflicht aufgrund rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung oder aufgrund behördlicher Entscheidung entfallen sollte.
4. Die Genehmigungen nach Ziffern 1. und 2. sind befristet bis zum 31.03.2009.
5. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Begründung für die unter Ziffer 2. erteilte Genehmigung orientierte sich an den entsprechenden Ausführungen im Vorgängerbeschluss BK 3a/b-06/011 vom 16.11.2006. Homezone-Terminierungsentgelte seien genehmigungspflichtig. Dies ergebe aus der Festlegung der Präsidentenkammer im Bereich der Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen und der darauf aufsetzenden Regulierungsverfügung gegenüber der Antragstellerin vom 30.08.2006. Danach erbringe die Antragstellerin ihrem Festnetz-Kooperationspartner – also der hiesigen Beigeladenen zu 12. – eine Terminierungsleistung. Die entsprechenden Homezone-Terminierungs-entgelte seien darüber hinaus im tenorierten Umfang gemäß § 35 Abs. 3 TKG genehmigungsfähig. Es liege weder ein Verstoß gegen die Vorgaben des § 31 TKG (KeL-Entgeltobergrenze) noch gegen diejenigen des § 28 TKG, namentlich in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 TKG (Dumpingverbot) und in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG (Diskriminierungsverbot), vor.

Der Regelung zu den Homezone-Terminierungsentgelten wurde u.a. von den Beigeladenen zu 5. (Geschäftszeichen 21 K 5786/07) und zu 13. (Geschäftszeichen 21 K 218/08) vor dem VG Köln angefochten. Eine Sachentscheidung steht in diesen Verfahren noch aus.

Mit der Regulierungsverfügung BK 3b-08/017 vom 05.12.2008 – und damit während der Laufzeit der vorgenannten Genehmigung – beschloss die Beschlusskammer gegenüber der Antragstellerin, die in der Regulierungsverfügung BK 4c-06-002/R vom 30.08.2006 auferlegten Abhilfemaßnahmen beizubehalten. Namentlich unterlagen die Entgelte für die regulierten Zugangsleistungen weiterhin der Genehmigungspflicht.

Mit Urteil 21 K 5357/06 vom 17.06.2009 wies das VG Köln eine Klage ab, mit der sich die hiesige Beigeladene zu 13. gegen die mit dem Vorgängerbeschluss BK 3a/b-06/011 vom 16.11.2006 erteilte Genehmigung von Homezone-Terminierungsentgelten gewandt hatte. Das BVerwG gab allerdings mit Urteil 6 C 18.09 vom 20.10.2010 der von der Beigeladenen zu 13. mit der Revision weiter verfolgten Klage statt. Es hob sowohl das Urteil des VG als auch den Beschluss BK 3a/b-06/011 vom 16.11.2006 hinsichtlich der in Ziffer 1.3 eingeräumten Unterschreitensbefugnis auf. Ebenso entschied das BVerwG im Parallelverfahren 6 C 19.09, das sich gegen eine entsprechende Regelung im zugunsten der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1. erteilten Bescheid BK 3 a/b-06/008 vom 08.11.2006 richtete.

Das BVerwG führte in seinem Urteil im Wesentlichen aus, der umstrittene Teil der Genehmigung treffe gegen einen Missbrauch nach § 28 TKG keine Vorsorge, da das umstrittene Vorleistungsentgelt unterhalb der Grenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dem Belieben der Antragstellerin überlassen und damit im praktischen Ergebnis von der Genehmigung freigestellt worden sei. Die Genehmigung erstreckte sich in einer derartigen Konstellation zwar nicht auf die unregulierten Entgeltteile, wohl aber darauf, dass das genehmigungspflichtige Vorleistungsentgelt nur soweit abgesenkt werde, dass die entstehende Deckungslücke ohne Verstoß gegen das Missbrauchsverbot geschlossen werden könne.

Die Beschlusskammer hat am 14.12.2010 das vorliegende Verfahren zur Änderung (Rücknahme und Neubescheidung) der mit Beschluss BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 erteilten Entgeltgenehmigung eingeleitet, soweit diese Homezone-Terminierungsentgelte betrifft, und dies der Antragstellerin und den Beigeladenen des im Jahre 2007 geführten Verfahrens mitgeteilt. Daneben hat sie weitere Verfahren zur Neubescheidung bzw. Änderung der der Antragstellerin in den Genehmigungsrounden 2006 und 2009 erteilten Genehmigungen eingeleitet.

Der Antragstellerin und den Beigeladenen ist in der am 26.01.2011 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Darüber hinaus hat die Antragstellerin im Verlauf des vorliegenden Verfahrens in mehreren Schreiben auf schriftliche Fragen der Beschlusskammer geantwortet.

Die Beigeladenen zu 6., 9. und 13. rügen, dass es bereits an einem verfahrensgegenständlichen Entgelt als Prüfungsgegenstand fehlt. Denn die Antragstellerin fordere lediglich die Zulässigkeit der Unterschreitung der genehmigten Mobilfunkterminierungsentgelte. Erforderlich sei jedoch die Beantragung eines bezifferten Entgelts und die Vorlage aller hierfür genehmigungsrelevanten Kostenunterlagen. Aus den Kostenunterlagen müsse insbesondere ersichtlich sein, dass keine Quersubventionierung aus den genehmigten oder vor der Genehmigungspflichtigkeit erhaltenen Terminierungsentgelten erfolge und keine daraus erzielten Erlöse zur Finanzierung der Homezoneangebote umgeleitet würden. Die Beschlusskammer müsse ähnlich wie im Falle der TAL-Einmalentgelte 2002 vorgehen. Die gerichtlichen Verfahren seien vorliegend gerade nicht mit einer Verpflichtung zur Neubescheidung, sondern aufgrund von Anfechtungsklagen als kassatorische Entscheidungen abgeschlossen worden. Es hätte also erwartet werden können, dass ein neues Genehmigungsverfahren nur auf Grundlage eines neuen Antrages eingeleitet werde. Im Übrigen könne ein Entgelt von „0 Cent“ weder beantragt noch genehmigt werden, weil es keine Entgeltgenehmigung im Sinne des TKG sei, wenn keine Gegenleistung genehmigt werde.

Das vorliegende Neubescheidungsverfahren unterfalle der Konsultations- und Konsolidierungsverpflichtung. Namentlich sei die europarechtliche Qualität der geplanten Entscheidung in Umsetzung der Urteilsbegründung des BVerwG zu untersuchen. Die vorgesehenen Genehmigungen würden evident von Grundsätzen der am 07.05.2009 in Kraft getretenen Terminierungsempfehlung der Kommission abweichen. Die Empfehlung sehe nicht vor, dass Terminierungskosten über Endkundenentgelte des angerufenen Teilnehmers finanziert werden dürften. Zudem würden entgegen der Empfehlung die bei der Homezone-Terminierung entstehenden Kosten nicht in die Berechnung der „regulären“ Terminierungsentgelte einfließen.

Die Bundesnetzagentur müsse im Rahmen ihrer Entgeltgenehmigungen Vorsorge dafür treffen, dass bereits der Möglichkeit missbräuchlicher Entgeltgestaltungen zu Lasten von (Festnetz-)Wettbewerbern entgegengewirkt werde. Dies könne nur durch eine Entgeltgenehmigung sichergestellt werden, die für dieselbe Leistung einer Mobilfunkterminierung auch dieselben „regulär“ geltenden regulierten Entgelte zur Anwendung bringe.

Der Beschlusskammer müsse darüber hinaus die Regulierungsverfügungen BK 3b-08/016-019 dahingehend ergänzen, dass der Antragstellerin eine getrennte Rechnungsführung gemäß § 24 TKG auferlegt werde.

Die Beigeladene zu 12. hat – nach mehrmaliger Fristverlängerung – mit Schreiben vom 19.04.2011 die Auffassung vertreten, wolle die Beschlusskammer neue Entgelte festsetzen, so habe sie zu beachten, dass nicht rückwirkend höhere Entgelte als die vertraglich vereinbarten und gezahlten genehmigt werden könnten. Denn nach § 35 Abs. 5 S. 1 TKG sei der Umfang einer möglichen rückwirkenden Entgeltgenehmigung von vornherein auf die vertraglich vereinbarten Entgelte beschränkt. Damit erhalte der Vertragspartner die Möglichkeit, durch den von ihm getätigten Vertragsabschluss das für ihn bestehende Rückwirkungsrisiko betragsmäßig einzuschätzen und zu begrenzen. Für zurückliegende Zeiträume – wie sie vorliegend im Streit stünden – dürfe also die Beschlusskammer gemäß § 35 Abs. 5 S. 1 TKG allenfalls Entgelterhöhungen bis zur vom Vertragsentgelt gebildeten Obergrenze vornehmen.

Letztlich allerdings dürfe die Beschlusskammer überhaupt keine Entgelterhöhungen mehr genehmigen. Denn das von der Antragstellerin nach § 35 Abs. 5 S. 2 TKG durchgeführte Eilverfahren sei ohne Erfolg geblieben, während die Beigeladene zu 13. ein solches Verfahren gar nicht erst angestrengt habe. Damit jedoch sei der Beigeladenen zu 12. kein „Warnsignal“ gegeben worden, dass sie Rückstellungen für denkbare Nachzahlungen zu bilden habe. In der Folge sei analog § 35 Abs. 5 S. 3 TKG – die Analogievoraussetzungen lägen wegen der atypischen Fallgestaltung vor – jedwede rückwirkende Entgeltanhebung zulasten des nachfragenden Vertragspartners, hier also der Beigeladenen zu 12., jedenfalls für vor der Entscheidung des BVerwG vom 20.10.2010 liegende Zeiträume ausgeschlossen.

Im Übrigen lägen die zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 12. vereinbarten Entgelte oberhalb der Missbrauchsgrenze des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG. Für die Deckung der dort genannten Kosten dürften nämlich auch die von den angerufenen Teilnehmern entrichteten Zusatzentgelte für Homezone-Produkte herangezogen werden.

Hierbei ergebe sich eine Kostendeckung schon dann, wenn die Kundenerlöse aus den Zusatzentgelten nur zu einem geringeren Prozentsatz als 100% zur Ermittlung der Kostendeckung in Ansatz gebracht würden. Allerdings bestünden kein Anlass und keine Berechtigung, die Kundenerlöse nicht voll zur Deckung der Terminierungskosten heranzuziehen. Denn den Kosten abgehender Anrufe müssten keine Deckungsbeiträge aus den Zusatzentgelten zugeschlüsselt werden. Vielmehr dürften diese Anrufe mangels Regulierung kostenunterdeckend angeboten werden. Zudem sei es auch sonst üblich, dass Anrufe von einem Mobiltelefon aus deutlich günstiger bepreist würden als die dort eingehenden Anrufe.

Selbst wenn man aber zu dem Ergebnis kommen sollte, dass eine Unterschreitung der langfristigen zusätzlichen Kosten im Sinne von § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG vorläge, so könne das vertraglich vereinbarte Entgelt gleichwohl festgesetzt werden, wenn hierdurch nicht die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf erhebliche Weise beeinträchtigt würden. Tatsächlich seien jedenfalls die Wettbewerbsmöglichkeiten der Beigeladenen zu 13. nicht beein-

trächtigt worden. Die Beigeladene habe nicht vortragen können, worin konkret eine Wettbewerbsbeeinträchtigung liegen solle, wenn den Kunden eines Homezone-Produkts zwar einerseits über ihre Mobilfunkrufnummer in einem lokal beschränkten Bereich Mobilfunktelefone zu Festnetzbedingungen ermöglicht würden, sie sich dies jedoch durch erhöhte Monatsentgelte erkaufen müssten.

Darüber hinaus würde eine nachträgliche Erhöhung der Homezone-Entgelte die Beigeladene zu 12. ihrerseits in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten erheblich beeinträchtigen. Gerade dasjenige Wettbewerbsunternehmen, das an der vom BVerwG für möglich gehaltenen Wettbewerbsbeeinträchtigung durch das Mobilfunkunternehmen weder beteiligt gewesen sei noch davon profitiert habe, würde dann ungerechtfertigt belastet.

Am 11.05.2011 hat die Antragstellerin der Beschlusskammer ein bereits früher von ihr verfasstes, der Bundesnetzagentur bis dahin aber nicht zugegangenes Schreiben übermittelt.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die bisherige Entscheidung als rechtswidrig zurückzunehmen ist. Infolge der behördlichen Aufhebung sei ihr diesbezüglicher Antrag nicht beschieden. Die Bundesnetzagentur müsse ohne weitere Antragstellung über den noch anhängigen Antrag entscheiden. Dieser Antrag sei auch hinreichend bestimmt. Er sei von der Bundesnetzagentur so auszulegen, dass es dem erkennbaren Ziel am besten dienlich sei. Er umfasse damit jedes Entgelt innerhalb der beantragten Preisspanne.

Für den Fall, dass die Beschlusskammer dem nicht folgen sollte, beantragt die Antragstellerin hilfsweise:

Die Entgelte für die Terminierung der Verbindungsweiterleitung von geographischen Rufnummern zu Teilnehmeranschlüssen der Antragstellerin im Rahmen des Homezone-Produktes „Vodafone Zuhause“ der Antragstellerin werden in Höhe von 0,00 €-Cent/Min. genehmigt.

Das Urteil des BVerwG vom 20.10.2010 sehe vor, dass die Bundesnetzagentur sicherstellen müsse, dass im Falle der Erhebung eines nicht kostendeckenden Terminierungsentgelts die Wettbewerbsmöglichkeiten der Festnetzbetreiber nicht erheblich beeinträchtigt würden. Hierzu solle die Bundesnetzagentur eine Überprüfung der Gesamtkalkulation in Bezug auf die fragliche Homezone-Terminierung vornehmen und auf dieser Grundlage ein spezifisches Entgelt genehmigen. Hieraus folge, dass auch ein Entgelt in Höhe von 0,00 €-Cent/Min. nicht missbräuchlich und daher zu genehmigen sei, wenn die Gesamtkosten für die Homezone-Terminierungsleistung von den Endkunden gedeckt würden. Ebenso wie in der aktuell geltenden Genehmigung sei dies auch für den hier verfahrensgegenständlichen Zeitraum der Fall gewesen. Ein Missbrauch im Sinne des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG sei damit ausgeschlossen.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 18.05.2011 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Mit Schreiben vom 24.05.2011 hat das Amt mitgeteilt, es sehe von einer Stellungnahme ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. sowie auf die Akten verwiesen.

II. Gründe

Nach der bisherigen Regelung in Ziffer 2. des Beschlusses BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 durfte das dort in Ziffer 1. genehmigte und ab dem 01.12.2007 geltende „reguläre“ Terminierungsentgelt unterschritten werden, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird. Diese Regelung wird zurückgenommen und durch die neu tenorierte Regelung ersetzt.

Danach wird, sofern ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird, abweichend von Ziffer 1. des genannten Beschlusses das Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin ab dem 01.12.2007 in Höhe von 0 Cent/Min. genehmigt. Der in Ziffer 4. des Beschlusses bestimmte Fristablauf zum 31.03.2009 bleibt von der Neufassung unberührt.

Die Entscheidung beruht auf § 48 Abs. 1 i.V.m. § 50 VwVfG (Rücknahme) sowie auf § 35 Abs. 3 TKG i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 TKG (Neubescheidung).

1. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Weil es sich hier um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 des Gesetzes handelt, ist gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG auch dem BKartA rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 6., 9. und 13. hat die Beschlusskammer zu Recht von einer nationalen Konsultation und europaweiten Konsolidierung eines Entwurfs dieser Entscheidung absehen dürfen.

Die Beschlusskammer hat in den Entscheidungen BK 3a-10/098-101 vom 24.02.2011 ihr Verständnis der in § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 12 TKG entsprechend niedergelegten Konsultations- und Konsolidierungsvorgaben ausführlich erläutert. Danach ist mit Blick auf die herausragende Bedeutung einzelner konkreter Entgeltregulierungsverfahren und –entscheidungen die in § 13 TKG Abs. 1 TKG vorgegebene Verweisung auf das Verfahren nach § 12 Abs. 1, 2 Nr. 1, 2 und 4 TKG, was die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 30 TKG anbetrifft, europarechtskonform so auszulegen, dass damit auch die wichtigen, für die wettbewerbliche Entwicklung und die Erreichung der Regulierungsziele besonders bedeutsamen Entgeltentscheidungen, die auf der Grundlage von §§ 31 und 35 TKG ergehen, mit umfasst sind. Andernfalls ließe sich die vom TKG-Gesetzgeber selbst gewollte Verfahrenstransparenz und Abstimmung mit der Kommission und den übrigen Regulierungsbehörden gerade bei den besonders marktprägenden Entgeltregulierungsentscheidungen – wie den Mobilfunk-Terminierungsentgelten – nicht herstellen,

vgl. nur Beschluss BK 3a-10/098 vom 24.02.2011, S. 27 ff.

Im vorliegenden Fall kann offen bleiben, ob die Genehmigung der Homezone-Terminierungsentgelte für den Zeitraum vom 01.12.2007 bis zum 31.03.2009 im Jahr 2007 eine solche marktprägende Wirkung gehabt hat. Entscheidend ist, dass jedenfalls der nachholenden Genehmigung dieser Entgelte zum jetzigen Zeitpunkt keine marktprägende Wirkung mehr zukommt. Das derzeitige Marktgeschehen wird vielmehr dominiert von den mit Beschluss BK 3a-10/099 vom 24.02.2011 rückwirkend ab dem 01.12.2010 genehmigten Mobilfunkterminierungsentgelten. Die entsprechenden Entscheidungsentwürfe sind auch – einschließlich der Regelungen zu Homezone-Terminierungen – einer Konsultation und Konsolidierung unterzogen worden. Eine zusätzliche Konsultation und Konsolidierung der für vergangene Zeiträume genehmigten Entgelte erscheint dagegen nicht notwendig.

2. Rücknahme

Die mit Beschluss BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 unter Ziffer 2. ausgesprochene Genehmigung, dass das dort in Ziffer 1. genehmigte Entgelt unterschritten werden darf, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird, wird mit Wirkung zum 01.12.2007 zurückgenommen.

Gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Weitere Rücknahmevoraussetzungen, wie sie sich ansonsten in § 48 Abs. 1 S. 2 und den Abs. 2 bis 4 VwVfG finden, sind gemäß § 50 VwVfG nicht zu beachten. Denn danach gelten die vorgenannten Vorschriften nicht, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch der Klage abgeholfen wird. So liegen die Dinge hier. Mit der Aufhebung der Genehmigung wird den von den Beigeladenen zu 5. und 13. insoweit angestregten und noch rechtshängigen verwaltungsgerichtlichen Klagen abgeholfen.

Die in Ziffer 2. des Beschlusses BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 ausgesprochene Unterschreitensbefugnis ist ab initio rechtswidrig. Dies folgt aus dem Urteil 6 C 18.09 vom 20.10.2010 des BVerwG zur entsprechenden Regelung im Vorgängerbeschluss.

Nach diesem Urteil ist die Beschlusskammer gehalten, nicht – wie geschehen – eine Entgeltspanne, sondern vielmehr ein genau beziffertes Entgelt zu genehmigen. Denn der Schutzzweck der Entgeltgenehmigung gebietet es, genehmigungsbedürftige Entgelte so weit wie möglich in Form von Tarifen, also von Festpreisen für bestimmte Leistungen oder Leistungsbestandteile, zu kalkulieren,

vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 20.

Die Wettbewerber haben derart einen Anspruch darauf, dass die Bundesnetzagentur durch inhaltlich bestimmte Entgeltgenehmigungen schon der Möglichkeit missbräuchlicher Gestaltungen entgegenwirkt. Die vorgenommene Genehmigung trifft indes keine Vorsorge gegen einen solchen Missbrauch, da das Vorleistungsentgelt unterhalb der Grenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dem Belieben der Antragstellerin überlassen und damit im praktischen Ergebnis von der Genehmigung freigestellt worden ist,

vgl. BVerwG, Urteile 6 C 18.09 und 6 C 19.09 vom 20.10.2010, Rz. 16, 21 und 31.

Im Übrigen ist die Genehmigung eines Festentgelts auch deshalb erforderlich, weil ansonsten bei Genehmigung einer Entgeltspanne nicht bestimmt wäre, was bei einem Überschreiten der Entgeltspanne gemäß § 37 Abs. 2 TKG an die Stelle des vereinbarten Entgelts träte.

Die Rücknahme erfolgt mit Wirkung für die Vergangenheit. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die mit der rechtswidrigen Genehmigung gesetzte Grundlage für die während des Genehmigungszeitraums erbrachte Gegenleistung der Beigeladenen zu 12. ihre Wirkung verliert,

vgl. hierzu auch BVerwG, a.a.O., Rz. 18.

Mit der Rücknahme übt die Beschlusskammer das ihr in § 48 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 40 VwVfG eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung aus und hält die gesetzlichen Grenzen des Ermessens ein.

Die Ermächtigung in § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG dient den Prinzipien der Gesetzmäßigkeit und der Effizienz der Verwaltung, berücksichtigt aber auch die ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie etwa in der Sache betroffene Grundrechte,

siehe Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 11. Auflage 2010, § 48 Rz. 5.

Im vorliegenden Fall spielen Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes allerdings keine Rolle. Denn aufgrund der rechtshängigen Klageverfahren durften – was

sich im Übrigen auch in der Vorschrift des § 50 VwVfG widerspiegelt – weder die Antragstellerin noch die Beigeladenen auf den Bestand der entsprechenden Regelung vertrauen.

Die Verfahrensbeteiligten mussten vielmehr davon ausgehen, dass aufgrund der Vergleichbarkeit der Sachverhalte die vom BVerwG in den Urteilen 6 C 18.09 und 6 C 19.09 vom 20.10.2010 getroffenen Rechtsausführungen auch auf die vorliegende Genehmigung Anwendung finden werden. Tatsächlich hatte im Nachgang zu den o.g. Urteilen das VG Köln im Verfahren 21 K 2871/09 mit Schreiben vom 23.12.2010 bereits bei der Bundesnetzagentur angefragt, ob sie, falls sie die dort ebenfalls angegriffene Unterschreitensbefugnis nicht von sich aus aufheben wolle, mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden sei.

Die Aufhebung der vorliegenden Genehmigung entlastet damit einmal die Gerichte. Sie eröffnet aber zugleich auch den Weg hin zu einer rechtmäßigen Bescheidung des Homezone-Genehmigungsantrags und damit zur Herstellung einer gesetzeskonformen Rechtslage.

Die in Ziffer 2. des Beschlusses BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 enthaltene Regelung wird derart zu Recht zurückgenommen.

3. Zulässigkeit des Neubescheidungsverfahrens

Die vorgenommene Neubescheidung ist zulässig. Eine rückwirkende Genehmigung ist nicht nach § 35 Abs. 5 TKG unzulässig. Zudem ist der dem hiesigen Verfahren zugrunde gelegte Antrag zu Ziffer 2. der Antragstellerin vom 21.09.2007 noch wirksam und auch hinreichend bestimmt.

Der Erlass einer auf den Zeitraum vom 01.12.2007 bis zum 31.03.2009 zurückwirkenden Entgeltgenehmigung ist nicht aufgrund der Regelung des § 35 Abs. 5 S. 1 und/oder S. 2 ff. TKG ausgeschlossen. Denn im Ergebnis werden keine (rückwirkenden) Entgelterhöhungen zulasten der Beigeladenen zu 12. genehmigt. Zudem könnte sich die Beigeladene zu 12. im Falle einer Entgelterhöhung ohnehin nicht auf eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung dieser Vorschriften berufen. Zweck dieser Vorschriften ist es, den Nachfragern einer Zugangsleistung Vertrauensschutz und Kalkulationssicherheit zu gewähren und sie damit möglichst der Notwendigkeit zu entheben, Rückstellungen für denkbare Nachzahlungen zu bilden,

vgl. BT-Drucksache 15/2316, S. 69f.

Diese Aspekte müssten im Falle einer missbräuchlich niedrigen Entgeltvereinbarung oder Entgeltgenehmigung hinter das gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2, § 27 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 S. 2 TKG mit der Regulierung verfolgte Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs zurücktreten. Dementsprechend ist auch das BVerwG davon ausgegangen, dass die Bundesnetzagentur die Entgelte erneut und rückwirkend genehmigen kann,

vgl. BVerwG, Urteile 6 C 18.09 und 6 C 19.09 vom 20.10.2010, Rz. 18 und 32.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 6., 9. und 13. ist die Bundesnetzagentur nicht aufgrund der Beschlussaufhebung gehalten, einen neuen Antrag der Antragstellerin einzufordern. Denn mit der Rücknahme der Entgeltgenehmigung für Homezone-Terminierungsentgelte ist der am 21.09.2007 gestellte Antrag in dieser Hinsicht derzeit unbeschrieben. Der Antrag bedarf deshalb der erneuten Befassung durch die Bundesnetzagentur,

vgl. auch für den Fall einer gerichtlichen Aufhebung BVerwG, Urteile 6 C 18.09 und 6 C 19.09 vom 20.10.2010, Rz. 18.

Der entsprechende Antrag ist auch hinreichend bestimmt. Die Beigeladenen zu 6., 9. und 13. rügen zwar, der Antrag sei zu unbestimmt und damit unzulässig, weil er sich lediglich auf eine Entgeltspanne und nicht auf ein Fixentgelt beziehe. Aus Sicht der Beschlusskammer ist diese Rüge indes unberechtigt. Die vorrangig beantragte Entgeltspanne ist letztlich nichts

anderes als eine Aneinanderreihung benachbarter Entgeltwerte. Mit der gewählten Antragsform trägt die Antragstellerin der Beschlusskammer an, möglichst alle, zumindest aber – wenn rechtlich nicht anders zulässig – einen dieser Entgeltwerte als genehmigungsfähig anzuerkennen und zu genehmigen. Ziel und Gegenstand des Verfahrens sind derart hinreichend bestimmt.

Zudem hat die Antragstellerin mittlerweile klargestellt, dass sie mit einer Genehmigung in Höhe von 0,00 €-Cent/Min. einverstanden ist (und dies darüber hinaus – wessen es nach Auffassung der Beschlusskammer allerdings nicht bedurfte – auch hilfsweise beantragt). Die Beschlusskammer hat die Beigeladenen des Verfahrens entsprechend unterrichtet.

Das vorliegende Verfahren ist somit zulässig.

4. Genehmigungspflicht

Die beantragten Homezone-Terminierungsentgelte sind genehmigungspflichtig. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen zur Genehmigungspflicht im Beschluss BK 3a-07/026 vom 30.11.2007, S. 13 f., verwiesen.

5. Art der Entgeltgenehmigung

Die Überprüfung der verfahrensgegenständlichen Entgelte erfolgt gemäß § 32 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Eine nach § 32 Nr. 2 TKG grundsätzlich denkbare Regulierung im Rahmen eines Price-Cap-Verfahrens war im konkreten Fall nicht zugänglich, weil ein Entgeltkorb für die betreffenden Dienste nicht festgelegt worden ist.

6. Genehmigungsfähigkeit

Die Antragstellerin darf von ihrem Zusammenschaltungspartner kein Entgelt verlangen, wenn sie – was im Rahmen des Angebots von Homezoneprodukten der Fall ist – einen an eine geographische Rufnummer gerichteten Anruf terminiert. Soweit die Antragstellerin darüber hinausgeht und eine allgemeine Erlaubnis zum Unterschreiten des genehmigten regulären Entgelts beantragt, ist dies abzulehnen.

Die Beschlusskammer ist gehalten, ein genau beziffertes Entgelt zu genehmigen (s.o.). Das danach festzulegende Entgelt ist gemäß dem Hilfsvorbringen der Antragstellerin in fixer Höhe von 0 Cent/Min. zu genehmigen.

Ein Entgelt in dieser Höhe entspricht den Anforderungen des § 35 Abs. 3 S. 1 und 2 TKG. Danach ist eine Genehmigung zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen.

In der genehmigten Entgeltfreiheit liegt zum einen kein Verstoß gegen § 31 Abs. 1 S. 1 TKG. Nach dieser Vorschrift sind Entgelte genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Die für Homezoneprodukte genehmigten Entgelte überschreiten diese Kosten nicht. Diese beliefen sich nach dem Beschluss BK 3a-07/026 vom 30.11.2007 im Zeitraum vom 01.12.2007 bis zum 31.03.2009 auf 7,92 Cent/Min.

Die Berechtigung und Verpflichtung, keinerlei Entgelte zu verlangen, verstößt zum anderen nicht gegen § 28 TKG oder sonstige nach § 35 Abs. 3 S. 2 TKG zu beachtende Vorschriften.

Namentlich liegt kein Verstoß gegen 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG vor. Nach dieser Vorschrift ist es insbesondere missbräuchlich, wenn das marktmächtige Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderen Unternehmen auf einem Telekommunikations-

markt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, es sei denn, dass für die Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Ein solcher Missbrauch wird nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG insbesondere vermutet, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt.

Dieser Vermutungstatbestand ist allerdings zunächst einmal erfüllt. Denn die genannten Kosten der Homezone-Terminierung werden mit dem vorliegend genehmigten Entgelt von 0 Cent/Min. offensichtlich nicht gedeckt.

Indes handelt es sich bei der Vermutung in § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG um eine widerlegbare Vermutung. Tatsächlich kann die Vermutung, es liege ein Behinderungsmissbrauch im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG vor, vorliegend auch entkräftet werden. Die Kostenunterdeckung führt nämlich nicht dazu, dass mit der hier vorgenommenen – nachträglichen – Genehmigung eines Entgelts in Höhe von 0 Cent/Min die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG beeinträchtigt werden. Selbst wenn man jedoch das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung annehmen wollte, wäre diese jedenfalls nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG sachlich gerechtfertigt.

Unter einer „Beeinträchtigung“ in Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG ist jeder für die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf demselben oder einem anderen Markt nachteilige Wirkungszusammenhang zu verstehen. Mit „erheblich“ ist dabei nicht die Überschreitung eines bestimmten Schwellenwertes gemeint, sondern vielmehr die objektive Eignung des in Rede stehenden Verhaltens, die Marktverhältnisse nachteilig zu beeinflussen, also einen Zustand herbeizuführen, der erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führt. Über die individuelle Beeinträchtigung eines einzelnen Marktteilnehmers hinaus müssen die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt sein,

BVerwG, a.a.O., Rz. 25 m.w.N.

Eine derartige Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten ist bei Genehmigung eines Homezone-Terminierungsentgelts in Höhe von 0 Cent/Min. aus heutiger Perspektive und ex nunc nicht zu entdecken.

Die Frage, welche Entgelte für die zwischen dem 01.12.2007 und 31.03.2009 erbrachten Homezone-Terminierungsleistungen den Missbrauchsvorschriften entsprechen, beurteilt sich anhand der heute bestehenden Marktverhältnisse. Denn Ziel der vorliegenden Bescheidung ist es, Risiken vom heutigen Wettbewerb abzuwenden. Vom vergangenen Wettbewerb können dagegen solche Risiken nicht mehr abgewendet werden. Dementsprechend hat das BVerwG ein Interesse der Beigeladenen zu 13. an der Aufhebung – und nicht nur Rechtswidrigkeitsfeststellung – der Homezone-Entgeltgenehmigung deshalb bejaht, weil die nachträgliche Zahlung eines höheren Terminierungsentgelts den – aus ihrer Sicht zu Unrecht privilegierten – Kooperationspartner daran hindern könnte, die aus den günstigeren Vorleistungskonditionen gezogenen Profite noch gegenwärtig zu ihrem, der Beigeladenen zu 13., Nachteil zu reinvestieren,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rz. 18.

Eine solche jetzige oder künftige Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten ist allerdings auch bei Genehmigung eines Homezone-Terminierungsentgelts in Höhe von 0 Cent/Min. nicht zu gewärtigen. Denn diese Genehmigung begründet nicht die Möglichkeit, dass die Antragstellerin ihre auf dem Mobilfunkterminierungsmarkt bestehende Marktmacht auf einen Drittmarkt, d.h. im vorliegenden Zusammenhang auf den Festnetzanschlussmarkt, übertragen könnte.

Letzteres würde voraussetzen, dass die vorliegende Genehmigung es der Antragstellerin zumindest erleichtern würde, zu Dumping-Konditionen Festnetzanschlüsse in Form von Homezoneprodukten abzusetzen und damit den Festnetzanschlussanbietern einen missbräuchlichen Wettbewerb zu bereiten. Eine solche Erleichterung liegt indes nicht vor. Vielmehr

scheint das Gegenteil der Fall zu sein. Denn durch die vorgenommene Entgeltfestsetzung fließen der Antragstellerin keine neuen Kapitalmittel zu, die sie ansonsten zu ihrem Vorteil bei der künftigen Vermarktung von Homezone-Produkten einsetzen könnte.

Ebenso wenig ist allerdings ersichtlich, dass die Beigeladene zu 12. die Antragstellerin in ihrem Bemühen um die Vermarktung von Homezone-Produkten dadurch unterstützen könnte, dass sie aus den günstigeren Vorleistungskonditionen gezogene Profite zum Nachteil dritter Festnetzanschlussanbieter reinvestieren könnte. Denn zum einen halten sich diese Profite in überschaubaren Grenzen. Die Beigeladene zu 12. vereinnahmt auf dem vorgelagerten Markt der Festnetzterminierungen nur das Festnetzterminierungsentgelt, nicht aber zusätzlich noch die Differenz zwischen Festnetz- und Mobilfunkterminierungsentgelt. Zum anderen agiert die Beigeladene zu 12., soweit es den Festnetzanschlussmarkt betrifft, nicht im selben Marktsegment wie die Antragstellerin. Während sich das Homezoneprodukt der Antragstellerin auf das Massenmarktsegment richtet, konzentriert sich die Beigeladene zu 12. auf das Geschäftskundenmarktsegment. Aus dem letztgenannten Grunde ist schließlich auch nicht ersichtlich, durch welche konkreten Reinvestitionsmaßnahmen die Beigeladene zu 12. den Vodafone-Zuhause-Absatz missbräuchlich fördern könnte.

Nach alledem begründet die nachträgliche Genehmigung des tenorierten Entgelts keine Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG.

Selbst wenn man jedoch eine derartige Beeinträchtigung bejahen wollte, wäre eine solche jedenfalls im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 a.E. TKG sachlich gerechtfertigt.

Die Frage der Rechtfertigung wird bestimmt durch eine wertende Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele. Abzuwägen ist das Interesse der (unmittelbar oder auch mittelbar) behinderten Unternehmen an freier Betätigungsmöglichkeit im Wettbewerb gegen das Interesse des marktmächtigen Normadressaten an unternehmerischem Freiraum. Jedem Unternehmen, auch einem marktbeherrschenden, steht ein derartiger Freiraum zu; es ist grundsätzlich ihm überlassen, die Art seiner wirtschaftlichen Betätigung selbst zu bestimmen und sein Bezugs- und Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für richtig und wirtschaftlich sinnvoll hält, sofern es sich hierbei nicht solcher Mittel bedient, die der Freiheit des Wettbewerbs zuwiderlaufen,

BVerwG, Urteile 6 C 18.09 und 6 C 19.09 vom 20.10.2010, Rz. 30 m.w.N.

Vor diesem Hintergrund mögen zahlreiche Varianten der Entgeltgestaltung im Rahmen des Homezone-Geschäftsmodells dem unternehmerischen Freiraum der Antragstellerin unterfallen und gerechtfertigt sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Endkunden als Nachfrager des Nahbereichsprodukts die durch Vorleistungsentgelte nicht gedeckten Kosten für die Terminierung von Anrufen zu ihren geographischen Rufnummern durch Zahlung erhöhter Grundgebühren selbst übernehmen und sich dafür eine regional begrenzte Vergünstigung der Verbindungsleistungen erkaufen,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rz. 31.

Letzteres erscheint insbesondere unter dem Aspekt, dass Homezone-Verbindungsleistungen auf einem zweiseitigen Markt gehandelt werden können, folgerichtig. Denn unmittelbaren Nutzen aus der Leistung ziehen sowohl der anrufende als auch der angerufene Gesprächsteilnehmer,

vgl. Erwägungsgrund 15 der Empfehlung der Kommission über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG).

Die Kostenübernahme durch den angerufenen Teilnehmer stellt sich derart als im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG den Verbrauchernutzen mehrende und deshalb von der Regulierungsbehörde nicht zu untersagende Leistung auf dem Mobilfunkendkundenmarkt dar. Sie erlaubt der Antragstellerin das Angebot von Mobilfunkleistungen, bei denen der Endkunde gegen die Zahlung erhöhter Anschlussgebühren und unter Beibehaltung von Endgerät und SIM-Karte regional begrenzt vergünstigte Verbindungsleistungen einkaufen und auch von außerhalb zu

vergünstigten Preisen erreicht werden kann. Namentlich im letztgenannten Fall werden damit auch die anrufenden Endkunden entlastet. Der in den letzten Jahren zu beobachtende Erfolg der Homezoneprodukte gibt der Einschätzung recht, dass mit diesem Geschäftsmodell ein den Verbraucherinteressen dienendes Endkundenprodukt in den Markt gebracht worden ist.

Darüber hinaus ist auch der Rechtsgedanke des § 29 Abs. 3 TKG zu beachten, wonach die Regulierungsbehörde ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten kann, Zugang unter bestimmten Tarifsystemen anzubieten und bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Wenn die Behörde die Verwendung bestimmter Kostendeckungsmechanismen sogar erzwingen kann, dann muss es der Antragstellerin erst recht erlaubt sein, freiwillig die Kosten für die Terminierung von Anrufen zu einer geographischen Rufnummer über die Endkundenentgelte zu decken.

Zur Kostendeckung von Homezoneprodukten kann deshalb neben oder an Stelle des Anrufers auch der Angerufene ganz oder teilweise herangezogen werden.

Tatsächlich decken nach den Ermittlungen der Beschlusskammer die Beiträge des Angerufenen auch für sich genommen bereits vollständig die langfristigen zusätzlichen Kosten der Homezone-Terminierung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Die Endkundenzusatzentgelte trugen im Jahr 2006 jeweils [BuGG ...] und im Jahr 2007 jeweils [BuGG ...] zur Deckung der Terminierungskosten bei.

Für die entsprechende Berechnung konnte sich die Beschlusskammer auf die detaillierten Informationen stützen, welche die Antragstellerin aufgrund des Auskunftersuchens der Beschlusskammer vom 13.12.2010 zu den Homezone-Produkten für Privat- und Geschäftskunden einschließlich der angewandten Tarife für die verschiedenen Produktkategorien zur Verfügung gestellt hat.

Daneben hat sie auf Verlangen der Beschlusskammer die Teilnehmerzahlen und die Gesamtkundenerlöse für die jeweiligen Betrachtungszeiträume, d.h. für die abgelaufenen Jahre 2005 bis einschließlich 2008, beziffert. Die Teilnehmerzahlen wurden hierbei getrennt für die einzelnen Produktkategorien angegeben.

Zum Nachweis der Gesamtkundenerlöse erzielt durch den tariflich vereinbarten Zusatztarif für Nahbereichs- und Homezonenutzung hat die Antragstellerin elektronische Auswertungen vorgelegt. Hierbei wurden die in ihrem Abrechnungs- und Controllingssystem Hyperion erfassten und tatsächlich verbuchten Gesamtumsätze nach den einzelnen Homezone-Produkten differenziert ausgewiesen.

Die ausgewiesenen Kostendaten betreffen neben Aufwendungen für die Rufnummernverwaltung und pauschale Störungsbearbeitung insbesondere auch Kosten für das Heranführen des Verkehrs.

Zur Bestimmung der Kostenuntergrenze wurden die Terminierungsentgelte herangezogen, welche um einen pauschalen Abschlag für Gemeinkosten i.H.v. 10 % vermindert wurden.

Aufgrund dieser Berechnung lässt sich herleiten, dass der nach Abzug der direkten Homezone-relevanten Kosten verbleibende Deckungsbeitrag die Kosten für Terminierung von Verbindungen zu Kunden von Homezone-Produkten übersteigt. Mit dem Deckungsbeitrag werden nicht nur die mit der Terminierung anfallenden Kosten, sondern auch die anteiligen Kosten für die Originierung abgedeckt. Bei einer angenommenen Relation zwischen Originierungs- und Terminierungsverkehr von 1 zu 1 würden selbst noch sämtliche Kosten für abgehende Gespräche von Homezonekunden erwirtschaftet. Werden aufgrund dieser Überlegungen nur 50 % der Erlöse dem Terminierungsbereich zugerechnet, ergibt sich immer noch ein positiver Deckungsbeitrag. Zur Bestimmung der maßgeblichen Relation ist insbesondere auf die Situation im Festnetzbereich abzustellen, da Homezoneprodukte mit dem Versprechen vertrieben werden, „zu Festnetzbedingungen anrufen zu können“, demzufolge ist die dort vorherrschende Relation zugrunde zu legen.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Deckungsbeitragsrechnung wird auf die Akten verwiesen.

Die Terminierungskosten werden bereits vollständig von den Beiträgen der Anschlussnehmer der Antragstellerin gedeckt. Ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 TKG ist damit insgesamt nicht feststellbar.

Darüber hinaus verstößt die Verpflichtung, für die Terminierung eines an eine geographische Rufnummer gerichteten Anrufs kein Entgelt zu verlangen, auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG. Nach dieser Vorschrift liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das marktmächtige Unternehmen Entgelte fordert, die einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumen, es sei denn, dass für diese Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Bei Terminierungen von Anrufen zu Mobilfunkgeräten, seien diese ursprünglich an die geographische oder von vornherein an die nicht-geographische Rufnummer gerichtet, handelt es sich um gleichartige oder doch zumindest ähnliche Telekommunikationsdienste. Dies folgt aus der Festlegung der Präsidentenkammer zur Definition und Analyse von Markt Nr. 7 der Kommissions-Empfehlung, nach der beide Terminierungsarten einem einzigen Markt angehören. Dem bei der Verwendung der geographischen Rufnummer kooperierenden Zusammenschaltungspartner wird die Leistung auch zu einem günstigeren Entgelt als die Terminierungsleistung zu einer nicht-geographischen Rufnummer erbracht.

Bei letzterem handelt es sich gleichwohl nicht um einen Vorteil im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG. Denn der Kooperationspartner erhält seinerseits auf den nachgelagerten Markt auch nur – und anders als die Nachfrager von Terminierungsleistungen zur Mobilfunkrufnummer – das Entgelt für die Herstellung einer Festnetzverbindung. Es ist deshalb schon nicht ersichtlich, worin für den Kooperationspartner der „Vorteil“ gegenüber Nachfragern regulärer Terminierungsleistungen bestehen sollte.

Selbst für den Fall jedoch, dass hierin eine Vorteilseinräumung gesehen werden sollte, wäre diese gerechtfertigt. Die sachliche Rechtfertigung bestimmt sich nach den o.g. Grundsätzen und liegt – wie vorstehend gezeigt – hier auch vor.

Die Antragstellerin ist deshalb zu Recht im Vorleistungsverhältnis zur Beigeladenen zu 12. berechtigt und verpflichtet, für die im Zeitraum zwischen dem 01.12.2007 und dem 31.03.2009 terminierten Homezone-Anrufe keine Entgelte zu verlangen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss 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 beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 1 TKG.

Bonn, den 03.06.2011

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers