



Beschlusskammer 3

BK 3a-09/004

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG als Rechtsnachfolgerin der Telefónica O₂ 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,

Antragstellerin,

vom 20.01.2009 wegen Genehmigung der Entgelte für Terminierungsleistungen im Mobilfunknetz der Antragstellerin,

Beigeladene:

1. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstr. 88-90, 60326 Frankfurt / Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Reuterstraße 159, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
4. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
7. 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,
8. QSC AG, Mathias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
9. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Str. 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
10. 1 & 1 Internet AG, Eigendorfer Straße 57, 56410 Montabaur, vertreten durch den Vorstand,

11. COLT Technology Services GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt am Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
12. IEN Initiative Europäischer Netzbetreiber, Dorotheenstraße 54, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
13. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
14. BT (Germany) GmbH & Co. oHG, Barthstraße 4, 80339 München, vertreten durch die BT Deutschland GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
15. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
16. M-Net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
17. mobilcom Communicationstechnik GmbH, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
18. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Beigeladenen zu 2., 6., 9. und 16.:	JUCONOMY Rechtsanwälte Graf-Recke-Straße 82 40239 Düsseldorf
der Beigeladenen zu 5.:	Deutsche Telekom AG Friedrich-Ebert-Allee 140 53113 Bonn vertreten durch den Vorstand
der Beigeladenen zu 14.:	Jones Day Rechtsanwälte Grüneburgweg 102 60323 Frankfurt a.M.
der Beigeladenen zu 18.:	Loschelder Rechtsanwälte Konrad-Adenauer-Ufer 11 50668 Köln –

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-09/004 vom 31.03.2009 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 01.04.2009 wie folgt genehmigt:

0,526 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 17 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 (bzw. deren Rechtsvorgängerinnen, die Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG und die O₂ (Germany) GmbH & Co. OHG, die im vorliegenden Zusammenhang vom Begriff der „Antragstellerin“ mit umfasst sind) 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-06-004/R vom 30.08.2006, am selben Tage der Antragstellerin zugestellt, wurde die Antragstellerin von der Beschlusskammer erstmals – ebenso wie parallel die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 5., die Beigeladene zu 7. und die Beigeladene zu 15. – 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-06/008 vom 08.11.2006 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 11,08 Cent/min und für den Zeitraum vom 23.11.2006 bis zum 30.11.2007 in Höhe von 9,94 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. „Genion-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 erreichbar, 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. zur damaligen Zeit der Beigeladenen zu 14., 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.

Auf Antrag der Antragstellerin erließ die Beschlusskammer mit Beschluss BK 3a-07/024 vom 30.11.2007 eine Anschlussgenehmigung für den Zeitraum vom 01.12.2007 bis zum 31.03.2009, die ebenfalls eine Unterschreitensbefugnis im Falle von Homezone-Terminierungsentgelten enthielt.

Mit der Regulierungsverfügung BK 3b-08/019 vom 05.12.2008 beschloss die Beschlusskammer gegenüber der Antragstellerin, die in der Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R vom 30.08.2006 auferlegten Abhilfemaßnahmen beizubehalten. Namentlich unterlagen die Entgelte für die regulierten Zugangsleistungen weiterhin der Genehmigungspflicht.

Zehn Wochen vor Ablauf der mit Beschluss BK 3a-07/024 vom 30.11.2007 erteilten Genehmigung beantragte die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.01.2009, am selben Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, u.a. folgendes, nämlich:

I. und II. Haupt- und Hilfsantrag zu den Basisentgelten ab dem 01.04.2009

III. Terminierung der geographischen Rufnummer

zu genehmigen, dass das jeweils genehmigte Entgelt unterschritten werden darf, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.

Mit Beschluss BK 3a-09/004 vom 31.03.2009 erteilte die Beschlusskammer daraufhin folgende Genehmigung:

1. Das Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin wird ab dem 01.04.2009 wie folgt genehmigt: 7,14 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 befristet bis zum 30.11.2010.
4. Die Anträge werden im Übrigen abgelehnt.

Die Begründung für die unter Ziffer 2. erteilte Genehmigung orientierte sich an den entsprechenden Ausführungen in den Vorgängerbeschlüssen BK 3a/b-06/008 vom 08.11.2006 und BK 3a-07/024 vom 30.11.2007. 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. Danach erbringe die Antragstellerin ihrem Festnetz-Kooperationspartner – also der hiesigen Beigeladenen zu 14. – eine Terminierungsleistung. Die entsprechenden Homezone-Terminierungsentgelte seien darüber hinaus im tenorisierten 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 2. (Geschäftszeichen 21 K 2869/09) und zu 9. (Geschäftszeichen 21 K 3096/09) vor dem VG Köln angefochten. Eine Sachentscheidung steht in diesen Verfahren noch aus.

Mit Urteil 21 K 5382/06 vom 17.06.2009 wies das VG Köln eine Klage ab, mit der sich die hiesige Beigeladene zu 2. gegen die mit Beschluss BK 3a/b-06/008 vom 08.11.2006 erteilte Genehmigung von Homezone-Terminierungsentgelten gewandt hatte. Das BVerwG gab allerdings mit Urteil 6 C 19.09 vom 20.10.2010 der von der Beigeladenen zu 2. mit der Revision weiter verfolgten Klage statt. Es hob sowohl das Urteil des VG als auch den Beschluss BK 3a/b-06/008 vom 08.11.2006 hinsichtlich der in Ziffer 1.3 eingeräumten Unterschreitensbefugnis auf. Ebenso entschied das BVerwG im Parallelverfahren 6 C 18.09, das sich gegen eine entsprechende Regelung im zugunsten der Beigeladenen zu 9. erteilten Bescheid BK 3a/b-06/011 vom 16.11.2006 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.

Zum Ablauf des 31.07.2010 beendete die Antragstellerin die Homezone-Kooperation mit der Beigeladenen zu 14. Die entsprechenden Homezone-Vorleistungen werden seitdem unternehmensintern erbracht.

Die Beschlusskammer hat am 14.12.2010 das vorliegende Verfahren zur Änderung (Rücknahme und Neubescheidung) der mit Beschluss BK 3a-09/004 vom 31.03.2009 erteilten Entgeltgenehmigung eingeleitet, soweit diese Homezone-Terminierungsentgelte betrifft, und dies der Antragstellerin und den Beigeladenen des im Jahre 2009 geführten Verfahrens mitgeteilt. Daneben hat sie weitere Verfahren zur Neubescheidung bzw. Änderung der der Antragstellerin in den Genehmigungsrunden 2006 und 2007 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 und auch ansonsten Stellung zum Verfahren genommen.

Die Antragstellerin hebt hervor, dass das BVerwG den hybriden Ansatz aus Calling Party- und Receiving-Party-Anteil zur Deckung des Terminierungsentgelts bei Anrufen zu geographischen Rufnummern dem Grunde nach für zulässig erachtet hat. Gerügt worden sei ausschließlich die konkrete Ausgestaltung des Genehmigungstenors, der nach Ansicht der BVerwG nicht in ausreichendem Maße theoretisch existierenden Missbrauchsszenarien Rechnung getragen habe. Damit könne das Entgelt für Terminierungen zu geographischen Rufnummern aus zwei Quellen gespeist werden, nämlich einerseits aus der Quelle der Calling Party und andererseits aus der Quelle der Receiving Party.

Die festzusetzenden Entgelte müssten sich an § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG messen lassen. Falsch wäre es dagegen, das nach § 31 ff. TKG für die reguläre Mobilfunkterminierung genehmigte Entgelt anzuordnen.

Mit Blick auf die Endkundenebene dürften nur diejenigen Entgelte berücksichtigt werden, die der Endkunde für das Homezone-Produkt zahle. Diese Einnahmen seien allerdings zu 100% anzusetzen. Das Homezone-Produkt bestehe zwar aus einem Bündel von Diensten, und der Endkunde zahle für die Gesamtheit dieses Bündels. Es sei aber zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin im Bereich der Endkundenentgelte nicht reguliert und in der Preisgestaltung

frei sei. Leistung könnten hier grundsätzlich auch kostenunterdeckend angeboten und mit Einnahmen aus anderen Endkundenprodukten ausgeglichen werden. Es wäre ein zu weitgehender Eingriff in die Preisgestaltungsautonomie, wenn das vereinnahmte Endkundenentgelt insoweit nur anteilig Berücksichtigung finden würde.

Sofern die übrigen Rahmenbedingungen des § 28 TKG eingehalten seien, sei ein solches Entgelt festzusetzen, das den vom Kooperationspartner an die Antragstellerin in den betroffenen Zeiträumen geleisteten Zahlungen entspreche. Ein Entgelt für Transitleistungen sei nicht in Abzug zu bringen. Andernfalls drohe der Antragstellerin eine Kostenunterdeckung aufgrund bereits erfolgter Zahlungen für die vom Kooperationspartner erbrachten Leistungen.

Die Beigeladenen zu 2., 6. und 16. 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 Antragstellerin hat – nach mehrmaliger gemeinsamer Fristverlängerung für sie und die Beigeladene zu 14. – mit E-Mail vom 19.04.2011 und Schreiben vom 06.05.2011 mitgeteilt, dass für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein Entgelt in Höhe von 0,526 Cent/Minute genehmigt werden soll. Dies stelle das im Zeitraum vom 30.08.2006 bis 31.07.2010 durchschnittlich von der Beigeladenen zu 14. an die Antragstellerin geleistete Entgelt dar.

Die Beigeladene zu 14. hat ebenfalls mit Schreiben vom 19.04.2011 die Auffassung vertreten, die Beschlusskammer soll, sofern sie ein den Betrag von 0 Cent/Minute überschreitendes Entgelt genehmigen wolle, ein solches Entgelt festsetzen, welches dem von der Beigeladenen im betroffenen Zeitraum geleisteten Zahlungen entspreche. Dieses Entgelt belaufe sich – wie die Beigeladene mit Mail vom gleichen Tag ergänzt hat – auf 0,526 Cent/Minute.

Wolle die Beschlusskammer neue Entgelte festsetzen, so sei 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 2. ein solches Verfahren gar nicht erst angestrengt habe. Damit jedoch sei der Beigeladenen zu 14. 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 14., 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 14. 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 2. nicht beeinträchtigt 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 Mobilfunktelefonate 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 14. 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.

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-09/004 vom 31.03.2009 durfte das dort in Ziffer 1. genehmigte und ab dem 01.04.2009 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 01.04.2009 in Höhe von 0,526 Cent/Min. genehmigt. Der in Ziffer 3. des Beschlusses bestimmte Fristablauf zum 30.11.2010 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 2., 6. und 16. 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 01.04.2009 bis zum 30.11.2010 im Jahr 2009 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-10/100 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-09/004 vom 31.03.2009 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 01.04.2009 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 2. und 9. insoweit angestregten und noch rechtshängigen verwaltungsgerichtlichen Klagen abgeholfen.

Die in Ziffer 2. des Beschlusses BK 3a-09/004 vom 31.03.2009 ausgesprochene Unterschreitensbefugnis ist ab initio rechtswidrig. Dies folgt aus dem Urteil 6 C 19.09 vom 20.10.2010 des BVerwG zur entsprechenden Regelung im Beschluss BK 3a/b-06/008.

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 14. 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 Rechtsstaats-

prinzip 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-09/004 vom 31.03.2009 enthaltene Regelung wird derart zu Recht zurückgenommen.

3. Zulässigkeit des Neubeschidungsverfahrens

Die vorgenommene Neubeschidung ist zulässig. Eine rückwirkende Genehmigung ist nicht nach § 35 Abs. 5 TKG unzulässig. Zudem war bereits der dem hiesigen Verfahren ursprünglich zugrunde gelegte Antrag zu Ziffer III. der Antragstellerin vom 20.01.2009 noch wirksam und auch hinreichend bestimmt. Mit dem Schreiben vom 06.05.2011 hat die Antragstellerin ihren Antrag weiter präzisiert.

Der Erlass einer auf den Zeitraum vom 01.04.2009 bis zum 30.11.2010 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 14. genehmigt. Vielmehr werden der Genehmigung die zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 14. vereinbarten und gezahlten Entgelte zugrunde gelegt. Zudem könnte sich die Beigeladene zu 14. 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.

Schließlich ist die Beschlusskammer entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 2., 6. und 16. auch nicht aufgrund der Beschlussaufhebung gehalten, einen neuen Antrag der Antragstellerin einzufordern. Denn mit der Rücknahme der Entgeltgenehmigung für Homezone-Terminierungsentgelte war der am 20.01.2009 gestellte Antrag in dieser Hinsicht unbeschieden. Der Antrag bedurfte 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.

Bereits der ursprüngliche Antrag war hinreichend bestimmt. Die Beigeladenen zu 2., 6. und 16. rügten zwar, der Antrag sei zu unbestimmt und damit unzulässig gewesen, weil er sich lediglich auf eine Entgeltspanne und nicht auf ein Fixentgelt bezogen habe. Aus Sicht der Beschlusskammer war diese Rüge indes unberechtigt. Die vorrangig beantragte Entgeltspanne war letztlich nichts anderes als eine Aneinanderreihung benachbarter Entgeltwerte. Mit der gewählten Antragsform trug die Antragstellerin der Beschlusskammer an, möglichst alle, zumindest aber – wenn rechtlich nicht anders zulässig – einen dieser Entgeltwerte als genehmigungsfähig anzuerkennen und zu genehmigen.

Die Bestimmtheitsrüge hat sich mittlerweile erledigt. Denn mit Schreiben vom 06.05.2011 hat die Antragstellerin klargestellt, dass sich ihr Begehren auf die Genehmigung eines Homezone-Terminierungsentgelts in Höhe von 0,526 Cent/Min richtet. Die Beschlusskammer hat die Beigeladenen des Verfahrens entsprechend unterrichtet.

Das vorliegende Verfahren ist somit zulässig.

4. Genehmigungspflicht

Die beantragten Homezone-Terminierungsentgelte sind, soweit es um Entgelte für die gegenüber der Beigeladenen zu 14. erbrachten Terminierungsleistungen geht, genehmigungspflichtig. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen zur Genehmigungspflicht im Beschluss BK 3a-09/004 vom 31.03.2009, S. 20, verwiesen.

Nicht genehmigungspflichtig sind dagegen die internen Verrechnungspreise für die ab dem 01.08.2010 unternehmensintern erbrachten Homezone-Terminierungsdienste. Unternehmensintern verrechnete Preise sind schon keine „Entgelte,“ wenn das ganze Geschehen innerhalb einer Rechtsperson abläuft,

vgl. etwa Beschluss BK 3a-10/098 vom 24.02.2011, S. 30,

unabhängig hiervon fehlt es bei einer unternehmens- bzw. verbundinternen Kooperation aber auch an einer „Zugangsleistung“ im Sinne von § 30 Abs. 1 TKG. Denn unter „Zugang“ ist nach § 3 Nr. 32 TKG die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdiensten zu verstehen. „Andere Unternehmen“ im Sinne dieser Vorschrift sind indes, wie sich aus § 3 Nr. 29 TKG und § 19 Abs. 2 TKG ergibt, nur verbundfremde Unternehmen,

so auch Säcker, in: Berliner Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 3 Rz. 104; die dort vertretene Einschränkung hinsichtlich Verbünden im Sinne von § 37 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GWB spielt vorliegend keine Rolle. Vgl. im Übrigen auch Beschluss BK 3a-10/101 vom 24.02.2011, S. 29.

Die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. der Regulierungsverfügung BK 3b-08/019 vom 05.12.2008 sind demnach nicht erfüllt, soweit es unternehmensintern erbrachte Terminierungsdienste anbelangt.

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 angängig, weil ein Entgeltkorb für die betreffenden Dienste nicht festgelegt worden ist.

6. Genehmigungsfähigkeit

Für die im Genehmigungszeitraum gegenüber ihrer damaligen Kooperationspartnerin, der Beigeladenen zu 14., erbrachten Terminierungen im Mobilfunknetz von an geographische Rufnummern gerichteten Anrufen ist die Antragstellerin antragsgemäß berechtigt und verpflichtet, ein Entgelt in Höhe von 0,526 Cent/Min zu verlangen.

In der genehmigten Entgelthöhe 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 vorliegend genehmigten Entgelte überschreiten diese Kosten nicht. Diese beliefen sich nach Beschluss BK 3a-09/004 vom 31.03.2009 im Zeitraum vom 01.04.2009 bis zum 30.11.2007 auf 7,14 Cent/Min.

Die Berechtigung und Verpflichtung, Entgelte in der tenorierten Höhe 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 Telekommunikationsmarkt 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 0,526 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 0,526 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.

Unter einer „Beeinträchtigung“ in diesem Sinne 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 0,526 Cent/Min. aus heutiger Perspektive und ex nunc nicht zu entdecken.

Die Frage, welche Entgelte für die zwischen dem 01.04.2009 und 30.11.2010 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 2. an der Aufhebung – und nicht nur Rechtswidrigkeitsfeststellung – der Homezone-Entgeltgenehmigung deshalb bejaht, weil die nachträgli-

che 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 2., 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 0,526 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 14. 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 14. 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 14., 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 14. auf das Geschäftskundenmarktsegment. Aus dem letztgenannten Grunde ist schließlich auch nicht ersichtlich, durch welche konkreten Reinvestitionsmaßnahmen die Beigeladene zu 14. den Genion-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.

Mangels festgestellter Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten kann vorliegend offen bleiben, ob es zudem sachliche Gründe im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG für das Entgeltverlangen der Antragstellerin gab bzw. gibt.

Darüber hinaus verstößt die Verpflichtung, für die Terminierung eines an eine geographische Rufnummer gerichteten Anrufs ein Entgelt in der tenorierten Höhe 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. 16 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 nicht ersichtlich, worin für den Kooperationspartner der „Vorteil“ gegenüber Nachfragern regulärer Terminierungsleistungen bestehen sollte.

Die Antragstellerin ist deshalb zu Recht im Vorleistungsverhältnis berechtigt und verpflichtet, für die im Genehmigungszeitraum terminierten Homezone-Anrufe ein Entgelt in Höhe von 0,526 Cent/Min. 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

Abschrift

Stab 05

m.d.B. um Einstellung in die Beschlusskammerdatenbank

JP

m.d.B. um Unterrichtung des VG Köln in den Verfahren 21 K 2869/09 und 21 K 3096/09
BKartA