



- Beschlusskammer 3 -

BK 3a-09/036

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz, 40468 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 18.05.2009 wegen Genehmigung der Entgelte für Homezone-Terminierungsleistungen im Mobilfunknetz der Antragstellerin,

Beigeladene:

1. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
2. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. Arcor AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
5. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Str. 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
8. M-net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
9. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
10. BT (Germany) GmbH & Co. OHG, Barthstraße 22, 80339 München, vertreten durch die Geschäftsführung,
11. mobilcom Communicationstechnik GmbH c/o freenet AG, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

12. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Hans-Böckler-Straße 3, 53225 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
13. HansNet Telekommunikation GmbH, Überseering 33a, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
14. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 88-90, 60326 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Beigeladenen zu 5.: JUCONOMY Rechtsanwälte
Graf-Recke-Straße 82
40239 Düsseldorf

der Beigeladenen zu 9.: 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 09.06.2009 beschlossen:

Der Beschluss BK 3a-09/003 vom 31.03.2009 wird dahin gehend geändert, dass das in Ziffer 1. genehmigte Entgelt unterschritten werden darf, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin betreibt ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM- und dem UMTS-Standard mit gut 18 Millionen angeschlossenen Teilnehmern. Dieses Netz ist mit anderen Telekommunikationsnetzen zusammengeschaltet. Über die Zusammenschaltungen nimmt die Antragstellerin unter anderem Anrufe mit Ursprung in anderen Netzen entgegen und terminiert diese in ihrem Netz. Die Entgelte für die Terminierung unterliegen aufgrund der – von der Antragstellerin beklagten – Regulierungsverfügung BK 3b-08/018 vom 05.12.2008 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG.

Die genannten Entgelte sind von der Beschlusskammer zuletzt mit Beschluss BK 3a-09/003 vom 31.03.2009 für den Zeitraum vom 01.04.2009 bis zum 30.11.2010 genehmigt worden, und zwar gemäß Ziffer 1. dieses Beschlusses in Höhe von 7,14 Cent/Min. Anders als die Beschlüsse in den Parallelverfahren BK 3a-09/001, 002 und 004 der ebenfalls Terminierungsleistungen anbietenden Netzbetreiber T-Mobile Deutschland GmbH, Vodafone D2 GmbH und der Telefónica O2 (Germany) GmbH & Co. OHG enthält dieser Beschluss allerdings keine Klausel, dass das genehmigte Entgelt unterschritten werden darf, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird. Die Antragstellerin hatte die Aufnahme einer derartigen Klausel, mit der die Erbringung sog. Homezone-Terminierungen ermöglicht wird, mangels eines entspre-

chenden eigenen Angebots nicht beantragt. Aufgrund geänderter Geschäftspläne begehrt die Antragstellerin nunmehr jedoch, ebenfalls eine solche Unterschreitens-Erlaubnis zu erhalten.


Homezone-Produkte zeichnen sich dadurch aus, dass der sie nutzende Mobilfunkteilnehmer innerhalb vorab definierter Zonen zu Festnetzтарifen sowohl seinerseits anrufen als auch – unter einer geographischen Rufnummer – von Dritten erreicht werden kann. Vornehmlich aus Geheimhaltungsgründen kooperiert der Mobilfunknetzbetreiber bei der Anrufannahme mit einem ausgewählten Festnetzbetreiber, der die Anrufe auf die Festnetznummer entgegennimmt, ggf. die angewählte Rufnummer in die zugehörige Mobilfunkrufnummer umwertet und den Anruf dann dem Mobilfunknetzbetreiber zur Terminierung übergibt. Für die Übernahme des Anrufs erhält der Kooperationspartner von seinem vorgelagerten Zusammenschaltungspartner Entgelte in Höhe der üblichen Festnetzтарife. Dementsprechend beschränkt sich allerdings auch die Entgelthöhe, welche der Kooperationspartner für die Terminierung in das Mobilfunknetz seinerseits zu entrichten bereit ist.

Auf Grundlage dieses Modells plant die Antragstellerin zum einen, 




Die Antragstellerin beantragt in Ergänzung ihres Antrags vom 10.02.2009 und vorsorglich zur Abwendung rechtlicher und ökonomischer Nachteile und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht:

Das in Ziffer 1. des Entgeltgenehmigungsbescheides vom 31.03.2009 (BK 3a-09/003) genehmigte Entgelt darf unterschritten werden, wenn ein an eine geografische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.

Die Antragstellerin trägt vor, dem Antrag sei entsprechend den durch die Bundesnetzagentur in den Parallelverfahren entwickelten Kriterien stattzugeben. Es läge weder ein Verstoß gegen § 31 TKG noch gegen § 28 TKG vor. Bei der  handle es sich um ein verbundenes Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG i.V.m. § 37 Abs. 1 Nr. 3 b) GWB.

Der Antragstellerin und den Beigeladenen ist in der am 09.06.2009 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Die von der Antragstellerin beantragte Entgeltmaßnahme ist auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur (www.bnetza.de) sowie im Amtsblatt Nr. 11 der Bundesnetzagentur vom 17.06.2009 als Mitteilung Nr. 328/2009 veröffentlicht worden. Dabei ist darauf hingewiesen worden, dass, sollten sich nach der Veröffentlichung weitere Unternehmen bzw. Verbände zu dem Verfahren beiladen lassen und ausdrücklich auf die Durchführung einer weiteren öffentlich-mündlichen Verhandlung bestehen, dieser Termin kurzfristig von der Beschlusskammer bekannt gegeben werde. Im Nachgang hierzu ist keine derartige Forderung erhoben worden.

Mit Schreiben vom 07.07.2009 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Beschlussentwurf gegeben worden. Darauf hin hat das Bundeskartellamt mit Schreiben vom 09.07.2009 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten verwiesen.

II. Gründe

Dem Antrag ist stattzugeben.

Die Entscheidung beruht auf § 35 Abs. 3 TKG i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 TKG. Danach ist für Entgelte, die gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG der Genehmigungspflicht unterliegen, 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.

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), aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG) und unter Wahrung der nach § 132 Abs. 4 S. 1 TKG vorgesehenen Abstimmungserfordernisse.

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

2. Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist befugt, den vorliegenden Antrag nicht nur mit Blick auf die Terminierungsentgelte zu stellen, die sie im Zusammenhang mit dem von ihr selbst geplanten Produkt [REDACTED] erheben will, sondern auch auf diejenigen Entgelte, welche die [REDACTED] für Terminierungen im Rahmen ihres Homezone-Produktes verlangen wird.

Letztere Befugnis folgt aus einer Übertragung der Grundsätze zur Prozessstandschaft auf den vorliegenden Fall. Die genannten Grundsätze regeln, wann ein Kläger oder Antragsteller fremde Rechte in eigenem Namen geltend machen darf. Ob im Verwaltungsrecht eine entsprechende Befugnis allein aus einer Ermächtigung seitens des Inhabers des Rechts (sog. gewillkürte Prozessstandschaft) folgen kann, ist streitig,

vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Auflage 2005, Vorb § 40 Rz. 25 m.w.N.,

braucht vorliegend aber nicht entschieden zu werden. Denn im hiesigen Fall ist die Antragstellerin jedenfalls kraft Gesetzes zur Antragstellung befugt (sog. gesetzliche Prozessstandschaft). Die Zulässigkeit der gesetzlichen Prozessstandschaft ergibt sich in analoger Anwendung von §

42 Abs. 2 VwGO. Danach gilt der Grundsatz, wonach der Kläger eine Verletzung in seinen Rechten geltend machen muss, nur, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.

Nach Auffassung der Beschlusskammer ist § 3 Nr. 29 TKG als eine derartige „andere“ Bestimmung im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO anzusehen. Unmittelbar regelt die erstgenannte Norm zwar nur, dass „Unternehmen“ im Sinne des TKG das Unternehmen selbst oder mit ihm im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbundene Unternehmen sind. Bei konsequenter Anwendung muss diese Vorschrift allerdings auch zu einer gesetzlichen Prozessstandschaft und damit zu einer Ausweitung der Antragsbefugnis führen.

Sinn und Zweck des § 3 Nr. 29 TKG ist es zu verhindern, dass sich Telekommunikationsanbieter dem Anwendungsbereich des TKG durch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, beispielsweise der Gründung von Tochterunternehmen bzw. Verlagerung von Geschäftsbereichen auf solche Unternehmen, entziehen können,

vgl. Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 3 Rz. 93, und BVerwG, Beschluss 6 B 29/08 vom 07.07.2008, Rz. 5 (juris).

Die genannte Norm erlangt damit zunächst Bedeutung für die Bestimmung beträchtlicher Marktmacht und den Adressatenkreis einer Regulierungsverfügung. Denn aufgrund des dargestellten Zwecks sind sowohl von der Festlegung der Präsidentenkammer als auch von der Regulierungsverfügung der Beschlusskammer nicht nur der Adressat selbst, sondern auch sämtliche mit ihm verbundene Unternehmen erfasst,

so wohl auch BVerwG, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 15 (juris).

In der Folge gilt die mit Beschluss BK 3b-08/018 vom 05.12.2008 erlassene Regulierungsverfügung nicht nur gegenüber der im Rubrum genannten Adressatin, nämlich der hiesigen Antragstellerin, sondern auch gegenüber der [REDACTED]. Denn letztere ist mit der Antragstellerin dadurch verbunden, [REDACTED]

[REDACTED] Ob darüber hinaus noch ein Verbund aufgrund aktienrechtlicher Verbundenheit (§ 36 Abs. 2 GWB), eines wettbewerblich erheblichen Einflusses (§ 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB) und/oder gemeinsamer Kontrolle (vgl. die sonstigen Tatbestände des § 37 Abs. 1 GWB sowie Art. 3 FKVO i.V.m. Ziffer B.II.3. der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen, ABl. EU 2009 Nr. C 43/10) gegeben ist, kann dagegen auf sich beruhen bleiben.

Mit der Ausweitung des personalen Geltungsbereichs der Regulierungsverfügung geht aus Sicht der Beschlusskammer eine Ausweitung der Antragsbefugnis der Antragstellerin einher. Der Verbundtatbestand vermittelt insofern in „beide Richtungen“ zwischen Antragstellerin und verbundenem Unternehmen. Denn die Antragstellerin hat im Falle eine Verbundwirkung ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Rechtsverfolgung,

vgl. zu diesem Kriterium im Zivilrecht BGH, Urteil I ZR 99/92 vom 13.10.1994, Rz. 43 (juris) m.w.N.

Dieses Interesse resultiert nicht aus der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit der Unternehmen als solcher und auch nicht aus dem Umstand, dass die Geschäftsfelder von Antragstellerin und verbundenem Unternehmen miteinander verflochten sind. Entscheidend ist vielmehr, dass der sachliche und personale Anwendungsbereich der Regulierungsverfügung unteilbar ist, d.h. Änderungen bei Regulierungsverpflichtungen treffen alle Verbundunternehmen – die Antragstellerin eingeschlossen – gleichermaßen als Angehörige eines „einheitlichen Unternehmens.“

vgl. im Übrigen zu Auswirkungen des § 3 Nr. 29 TKG auf die Verfahrensstellung BVerwG, Beschluss 6 B 29/08 vom 07.07.2008, Rz. 3ff. (juris); danach spreche vieles dafür, in Anwendung der Beteiligungsvorschriften verbundene Unternehmen als ein einheitliches Unternehmen zu werten.

Die Antragstellerin hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse daran, die Rechte der [REDACTED] im Verwaltungsverfahren geltend machen zu können.

3. Genehmigungspflicht

Die verfahrensgegenständlichen Entgelte sind genehmigungspflichtig.

Die Genehmigungsbedürftigkeit ergibt sich aus der Regulierungsverfügung BK 3b-08/018 vom 05.12.2008. In dieser Entscheidung ist die Antragsstellerin in Ziffer 1. des Tenors dazu verpflichtet worden, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragsstellerin 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 hierfür von der Antragstellerin verlangten Entgelte unterliegen gemäß Ziffer 3. des Tenors der Regulierungsverfügung der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG. Die genannte Regulierungsverfügung ist trotz der von der Antragstellerin hiergegen eingereichten Klage vollziehbar, vgl. § 137 Abs. 1 TKG.

Zu den genehmigungspflichtigen Entgelten zählen auch die Entgelte für diejenigen (Terminierungs-)Leistungen, welche die Antragstellerin und mit ihr verbundene Unternehmen wie etwa die [REDACTED] im Rahmen von Homezone-Produkten gegenüber ihrem Kooperationspartner erbringen. Dies ergibt sich aus der Festlegung der Präsidentenkammer im Bereich der Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen (Markt Nr. 7 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission) und der darauf aufsetzenden Regulierungsverfügung gegenüber der Antragstellerin vom 05.12.2008. Eine identische Marktabgrenzung war bereits in der vorherigen Festlegung der Präsidentenkammer enthalten und vom Bundesverwaltungsgericht nicht beanstandet worden,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 16.07 vom 02.04.2008, Rz. 28f.

4. 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.

5. Genehmigungsfähigkeit

Die beantragten Entgelte sind im tenorierten Umfang genehmigungsfähig. In Abänderung der Entgeltgenehmigung vom 31.03.2009 darf die Antragstellerin von ihrem Zusammenschaltungspartner geringere als die in Ziffer 1. genehmigten Entgelte verlangen, wenn sie – was im Rahmen des Angebots von Homezoneprodukten der Fall ist – einen an eine geographische Rufnummer gerichteten Anruf terminiert.

Die damit genehmigten Entgelte überschreiten nach Überzeugung der Beschlusskammer die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht, § 31 Abs. 1 TKG. Zudem liegen für diese Entgelte keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 TKG vor.

In einem Verlangen niedriger (einschließlich keiner) Entgelte 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 nach Ziffer 2. für Homezoneprodukte genehmigten Entgelte überschreiten diese Kosten nicht.

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

Wie die nachfolgende Untersuchung zeigt, fehlt es bereits an einer missbräuchlichen Ausnutzung beträchtlicher Marktmacht im Sinne von § 28 Abs. 1 S. 1 TKG und dabei insbesondere an einer Übertragung beträchtlicher Marktmacht zwischen verschiedenen Märkten,

vgl. auch VG Köln, Urteile 21 K 5357/06 und 21 K 5382/06 vom 17.06.2009.

So liegt namentlich 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.

Tatsächlich tritt bei Betrachtung allein der Terminierungsentgelte eine solche Kostenunterdeckung ein, sollte die Antragstellerin bei Anrufen auf eine geographische Rufnummer niedrigere als die regulär genehmigten Terminierungsentgelte (abzüglich von Gemeinkosten) verlangen. Diese Kostenunterdeckung lässt sich hinsichtlich des Terminierungsmarkts auch nicht dadurch beseitigen, dass zusätzlich auf aus dem Endkundenmarkt stammende Deckungsbeiträge abgestellt wird. Letzteres ändert nichts an dem kostenunterdeckenden Angebot auf dem Terminierungsmarkt.

Die danach vorliegende Kostenunterdeckung stellt aber gleichwohl keine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen dar.

Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen werden bei Verlangen niedrigerer Terminierungsentgelte jedenfalls nicht auf dem Markt für Mobilfunkterminierungen beeinträchtigt. Aufgrund des „Ein-Netz-ein-Markt“-Ansatzes gibt es auf diesem Markt keine mit der Antragstellerin konkurrierenden Wettbewerber, deren Wettbewerbsmöglichkeiten eingeschränkt werden könnten.

Ebenfalls nicht behindert werden die mit der Antragstellerin konkurrierenden Anbieter auf dem Mobilfunkendkundenmarkt. Die Antragstellerin könnte sich zwar möglicherweise einen Wettbewerbsvorteil durch das Anbieten von Anschlüssen mit verbilligter Erreichbarkeit verschaffen. Letztlich allerdings unterbreiten bereits die anderen drei Mobilfunknetzbetreiber derartige Angebote auf dem Markt. Dies zeigt, dass das Angebot von Homezoneprodukten von den Wettbewerbern durchaus nachgebildet werden kann. Außerdem steht in der Werbung und auch bei der Kaufentscheidung des Endkunden weniger die günstige Erreichbarkeit als vielmehr die Möglichkeit, selbst günstig anrufen zu können, im Vordergrund. Dies ist in der Marktanalyse gezeigt worden. Deshalb ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin mit dem vorliegend untersuchten Vorleistungsangebot die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter auf dem Mobilfunkendkundenmarkt erheblich beeinträchtigt.

Ebenso wenig beeinträchtigen kostenunterdeckende Terminierungsleistungen (in erheblicher Weise) die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem Markt für Festnetzanschlüsse. Abgesehen davon, dass Homezone-Endkundenprodukte jedenfalls bislang nicht dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten zugeordnet worden sind,

vgl. Beschluss BK 2a-06/001 vom 23.06.2006; die Marktabgrenzung ist bestätigt worden im Konsolidierungsentwurf der Präsidentenkammer vom 18.03.2009 zu Markt Nr. 1 der Empfehlung 2007/879/EG der Kommission (Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten), S. 47f., abrufbar über: <http://circa.europa.eu/Public/irc/info/ecctf/home>;

und insofern vorliegend ohnehin nur eine Randsubstitution auf einem von einem dritten, mit der Antragstellerin nicht konzernverbundenen Unternehmen [REDACTED] beherrschten Markt in Rede steht, stellt die Erreichbarkeit des Anschlussinhabers zu Festnetzbedingungen einen zwar nicht unwichtigen, aber auch nicht ausschlaggebenden Faktor bei der Abwägung dar, ob neben dem Mobilfunkanschluss zusätzlich ein Festnetzanschluss unterhalten werden soll.

Das Angebot von Homezoneprodukten als solchen beeinträchtigt bereits nicht (in erheblicher Weise) die Marktverhältnisse auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Homezoneprodukte sind Mobilfunkprodukte. Das Kundensegment, bei dem Mobilfunkprodukte die Bedürfnisse nach Telekommunikationsleistungen derart befriedigen, dass

daneben kein Festnetzanschluss mehr unterhalten wird und also Substitutionseffekte auftreten, ist begrenzt. Letztlich verfügen derzeit nur ca. 11% aller bundesdeutschen Haushalte ausschließlich über ein Mobilfunktelefon,

vgl. Eurobarometer Spezial Nr. 293 „E-Communications Haushaltsumfrage“ vom Juni 2008, S. 31; gegenüber dem Vorjahr bedeutete dies eine geringfügige Steigerung von einem Prozentpunkt.

Mobilfunk- und Festnetzanschluss ersetzen sich also nicht, sondern ergänzen vielmehr einander. Hieran wird sich aller Voraussicht nach auch zukünftig nicht viel ändern. Bereits in den Genehmigungsbeschlüssen BK 3a-07/024-026 vom 30.11.2007 sind diesbezüglich mehrere Graphiken aus einer 2005 durchgeführten und 2007 von Mercer Management Consulting veröffentlichten Verbraucherbefragung wiedergegeben worden, die zeigten, dass Festnetzanschlüsse für die ganz überwiegende Mehrheit der Verbraucher nicht durch Mobilfunkanschlüsse ersetzt werden können. Insbesondere mit steigender Breitbandigkeit des Internetanschlusses verringert sich die Bereitschaft der Verbraucher, den Festnetzanschluss zu kündigen,

zur starken positiven Korrelation zwischen einer weiten Verbreitung breitbandiger Festnetzanschlüsse einerseits und dem Festhalten am Festnetzanschluss andererseits vgl. auch Eurobarometer, a.a.O., S. 31f. und 66f.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass allein die DSL-Penetration in Deutschland Ende 2008 bei ca. 57%,

vgl. Jahresbericht 2008 der Bundesnetzagentur, S. 70,

gelegen hat und seitdem weiter gestiegen ist.

Mobilfunkprodukte wie ein Homezoneprodukt werden deshalb für den „klassischen“ Festnetzanschluss, der immer mehr mit dem Angebot breitbandiger Anschlüsse verkoppelt wird bzw. in diesen aufgeht, weiterhin nur in Randsegmenten ein Substitut darstellen. Letztendlich sind es nur wenige Bevölkerungsgruppen wie etwa Studenten, die auf einen Festnetzanschluss verzichten und allein auf Homezoneprodukte setzen. Darum beeinträchtigen Homezoneprodukte als solche schon nicht den Festnetzanschlussmarkt (in erheblicher Weise).

Selbst wenn man jedoch die von Homezoneprodukten bewirkte Veränderung der Marktverhältnisse im Festnetzbereich für relevant halten sollte, fehlte es jedenfalls an der erforderlichen Kausalität zwischen der Kostenunterdeckung auf dem Terminierungsmarkt einerseits und einer Veränderung von Marktverhältnissen auf dem oder den Festnetzanschlussmärkten andererseits. Denn die günstigere Erreichbarkeit des Anschlusses ist nur ein Punkt unter mehreren, der bei der Entscheidung für oder wider die zusätzliche Unterhaltung eines Festnetzanschlusses eine Rolle spielt. Die letztgenannte Entscheidung gründet auf einer Gesamtbewertung des Mobilfunkpaketes, bei der zwar neben sonstigen grundsätzlichen Erwägungen auch die Kosten für den Anrufer berücksichtigt werden, letztendlich aber die eigenen Kosten für Anschluss- und Verbindungsleistungen und zunehmend auch die Eignung des Mobilfunkanschlusses für eine Internetnutzung im Vordergrund stehen und mit den Kosten und Vorteilen des Festnetzes abgewogen werden (siehe die in den Beschlüssen BK 3a-07/024-026 vom 30.11.2007 abgebildeten Graphiken). Die Entscheidung des Endkunden und damit der Erfolg von Homezoneprodukten beruht damit auf einer Vielzahl von Gründen, unter denen die Preise, die Dritte für Anrufe zahlen müssen, jedenfalls nicht an erster Stelle stehen. Selbst wenn also Homezoneprodukte die Verhältnisse auf dem oder den Festnetzanschlussmärkten verändern sollten, wäre hierin keine erfolgreiche Übertragung beträchtlicher Marktmacht vom Terminierungsmarkt auf Drittmärkte zu sehen.

Schließlich liegt auch keine Behinderung derjenigen Unternehmen vor, die als Anbieter auf den Markt für Transitleistungen (plus Terminierung in ein Mobilfunknetz) oder auf den Endkundenmärkten für Verbindungsleistungen mit dem begünstigten Kooperationspartner konkurrieren. Denn dazu müsste für die Nachfrager auch erkennbar sein, dass es sich bei dem Angebot des Kooperationspartners um eine Transitleistung bzw. um die Verbindungsherstellung in ein Mobilfunknetz handelt. Eine derartige Erkennbarkeit wird jedoch durch die Verwendung einer geographischen Rufnummer vermieden. Konkurrenten des Kooperationspartners der Antragstellerin müssen deshalb nicht befürchten, dass sie gegenüber diesem ins Hintertreffen geraten, weil er

aufgrund günstigerer Einkaufsmöglichkeiten auch günstigere Produkte anbieten und damit Nachfrager an sich binden könnte.

Ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 TKG ist deshalb insgesamt nicht feststellbar.

Darüber hinaus verstößt die Berechtigung, für die Terminierung eines an eine geographische Rufnummer gerichteten Anrufs niedrigere als die regulären Entgelte 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 anderen Terminierungsnachfragern bestehen sollte.

Selbst für den Fall jedoch, dass hierin eine Vorteilsseinräumung gesehen werden sollte, wäre diese gerechtfertigt. Der Verkauf der Leistung zu günstigeren Entgelten ist zwingend mit dem Geschäftsmodell des Homezoneprodukts verbunden. Das Geschäftsmodell des Homezoneprodukts wiederum ist als solches telekommunikationsrechtlich zulässig.

Dies folgt einmal aus dem Rechtsgedanken des § 29 Abs. 3 TKG, 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 auf zweiseitigen Märkten wie demjenigen für die Anrufzustellung erlaubt sein, freiwillig die Kosten für die Terminierung von Anrufen zu einer geographischen Rufnummer teils über die hier genehmigten Vorleistungsentgelte und teils über die Endkundenentgelte zu decken.

Die teilweise Kostenübernahme durch den angerufenen Teilnehmer stellt sich zudem 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 – die eben nicht nur anstelle, sondern auch parallel zum Festnetzanschluss nachgefragt werden – gibt der Einschätzung recht, dass mit diesem Geschäftsmodell ein den Verbraucherinteressen dienendes Endkundenprodukt in den Markt gebracht worden ist.

Das Verlangen niedrigerer (bzw. keiner) Entgelte ist deshalb in denjenigen Fällen gerechtfertigt, in denen die Antragstellerin einen an eine geographische Rufnummer gerichteten Anruf terminiert. Klarstellend ist allerdings darauf hinzuweisen, dass diese allein auf das spezielle Geschäftsmodell des Homezoneprodukts zugeschnittene Regelung die Antragstellerin im Falle

einer Mehrzahl von Kooperationspartnern nicht dazu berechtigt, letztere bei dem Verkauf von Terminierungen von an geographische Rufnummern gerichteten Anrufen ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln.

Die gefundene Einschätzung der Rechtslage wird durch die Stellungnahmen des Bundeskartellamts vom 31.03.2009 in den Verfahren BK 3a-09/001, 002 und 004 bestätigt. Das Amt geht davon aus, dass auch nach allgemeinem Wettbewerbsrecht keine wesentliche Behinderung vorliegt.

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 beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bonn, den 09.07.2009

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers