



Vodafone GmbH, 40543 Düsseldorf
Bk3-konsultation@bnetza.de
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 3
Postfach 8001
53105 Bonn

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht vom
Unser Zeichen RW-RR
Tel.: +49 (0) 211/533- 2819
Fax: +49 (0) 211/533-
Mobil: +49 (0)
E-Mail:
ronald.weiss@vodafone.com
Datum 09.06.2016

BK 3b-15/061 – Konsultationsentwurf einer Regulierungsverfügung auf dem Markt für die Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen (Markt Nr. 2 der Empfehlung der Kommission vom 9. Oktober 2014)

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren,

am 18.05.2016 hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur (im Folgenden „BNetzA“) den Entwurf einer Regulierungsverfügung wegen Maßnahmen auf dem Markt für die Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in einzelnen Mobilfunknetzen veröffentlicht und bis zum 10.06.2016 zur nationalen Konsultation gestellt (im Folgenden „Konsultationsentwurf“). Die Vodafone GmbH (im Folgenden „Vodafone“) nimmt als Betroffene im Folgenden zu einzelnen wesentlichen Punkten des Konsultationsentwurfs Stellung.

Zentrale Bedeutung und wesentlichen Raum nimmt dabei zunächst eine Auseinandersetzung mit dem für uns nicht nachvollziehbaren radikalen Schwenk der Beschlusskammer im Hinblick auf den angeordneten Entgeltregulierungsmaßstab ein. Anders als in der bislang geltenden Regulierungsverfügung vom 19. Juli 2013 (Bk 3b-12/004, im Folgenden „Regulierungsverfügung 2013“) folgt die BNetzA in der Regulierungsverfügung nunmehr der Terminierungsempfehlung der Kommission 2009/396/EG vom 7. Mai 2009 (im Folgenden „Terminierungsempfehlung“). Danach soll das Modell der „bottom-up long-run incremental costs“ (BULRIC, hier „Pure-LRIC“) zur Anwendung kommen. Eine damit erfolgende Abkehr der Beschlusskammer von der Anwendung des

Vodafone GmbH

Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf, Postfach: 40543 Düsseldorf
Tel.: +49 (0) 211/533-0, Fax: +49 (0) 211/533-2200, vodafone.de
Geschäftsführung: Dr. Johannes Ametsreiter (Vorsitzender), Dr. Manuel Cubero del Castillo-Olivares, Anna Dimitrova, Bettina Karsch, Dr. Eric Kuisch, Gerhard Mack, Marcello Maggioni, Alexander Saul, Dr. Andreas Siemen, Dr. Peter Walz
Vorsitzender des Aufsichtsrats: Frank Rövekamp, Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf, Amtsgericht Düsseldorf, HRB 38062

Bankverbindung:
Deutsche Bank AG, Düsseldorf
IBAN: DE68 3007 0010 0250 8000 00
UST-Nr.: 103/5700/1789
UST-IdNr.: DE 813113094
WEEE-Reg.-Nr.: DE 91435957

bisher durchweg angewandten Kostenmaßstabs der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (im Folgenden „KeL“) nach § 32 TKG stellt regulatorisch eine 180-Grad-Wende ohne Anlass oder Rechtfertigung dar. Unsere Überraschung rührt nicht zuletzt auch daher, dass der Prozessvertreter der Bundesregierung noch Mitte März 2016 – im niederländischen Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH (C-28/15) – die bessere Eignung der KeL als Kostenmaßstab auch für die BNetzA verteidigte.

Unter anderem mit den dort vorgetragenen Argumenten ist eine Anwendung des Pure-LRIC-Maßstabes abzulehnen. Dass sich seine Anordnung jedenfalls nicht mit deutschem Telekommunikationsrecht in Einklang bringen lässt, möchten wir unter I. näher darlegen. Sollte die Beschlusskammer die Anwendung von Pure-LRIC dennoch nicht verwerfen, sind zumindest zusätzliche Anordnungen zu treffen, mittels derer ein Mindestmaß an Verhältnismäßigkeit herzustellen ist (dazu II.). Neben der Korrektur von Entgelten, die sich als „Ausreißer“-Werte darstellen, ist hierfür insbesondere eine nur schrittweise Absenkung auf einem Gleitpfad vorzusehen. Schließlich ist auf eine Entgeltregulierung für Terminierungsleistungen im Fall von Anrufen aus Non-EWR-Staaten entgegen der bisherigen Regelung im Konsultationsentwurf gänzlich zu verzichten (dazu III.).

I. Anwendung des Pure-LRIC-Maßstab verstößt gegen geltendes Recht

Den vom TKG vorgesehenen Regelfall stellt eine Ermittlung zu genehmigender Entgelte nach dem Maßstab der KeL dar, §§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 32 TKG. Nur wenn eine abweichende Methodik besser geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen, kann hiervon abgewichen werden. Die im Konsultationsentwurf vorgesehene Anwendung des Pure-LRIC-Maßstabes erfüllt nicht die Anforderungen, die § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG hierfür aufstellt. Weder ist Pure-LRIC als Entgeltbestimmungsmethode besser zur Regulierungszielerreichung geeignet, noch kommt die Beschlusskammer ihrer hierfür bestehenden Substantiierungspflicht gem. § 31 Abs. 2 Satz 3 TKG nach.

Der Konsultationsentwurf nimmt zahlreiche Fehlgewichtungen vor und vermag keinen schonenden Ausgleich zwischen sicher eintretenden Beeinträchtigungen des Anbieterinteresses und bloß hypothetischen, empirisch aber nicht belegbaren Vorteilen für die anderen von der Beschlusskammer herangezogenen Regulierungsziele herzustellen. Trotz gegenteiliger Beteuerungen drängt sich die Vermutung auf, dass die Beschlusskammer faktisch doch von einer Bindungswirkung der Terminierungsempfehlung ausgeht – wenn auch mittelbar über eine vermeintlich notwendige EU-einheitliche Regulierungspraxis. Die genannten Erwägungen führen wir im Folgenden

anhand der Regulierungsziele der Verbraucherinteressen (dazu 1.), des Anbieterinteresses (dazu 2.), des Investitionsinteresses (dazu 3.) sowie des Binnenmarktgedankens (dazu 4.) näher aus.

1. Keine kausal nachweisbare Förderung legitimer Verbraucherinteressen

Die Beschlusskammer ist im Rahmen ihrer Abwägung der Regulierungsziele grundsätzlich gehalten, ausschließlich *legitime* Verbraucherinteressen zu berücksichtigen. Nur diese sind nach der Entscheidungspraxis der BNetzA (vgl. dazu beispielsweise den Beschluss vom 26.06.2013, BK3c-12/002, S. 31 f.) überhaupt im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG abwägungsrelevant. Dass Preissenkungen auf Grundlage einer für den Anbieter kostenunterdeckenden Vorleistungsentgeltregulierung in diese Kategorie fallen könnten, muss jedoch entschieden zurückgewiesen werden. Auch unter Geltung des KeL-Standards fanden über die letzten zehn Jahre hinweg kontinuierliche und in der Summe erhebliche Endkundenpreissenkungen auf den Mobilfunkmärkten statt. Weiter kann ein wohlverstandenes, legitimes Verbraucherinteresse nicht gehen.

Daran ändert auch ein Verweis auf vermeintlich fehlende Flatrate-Angebote für Anrufe vom Festnetz in Mobilfunknetze nichts. Angesichts des zwingenden Legitimitätserfordernisses eines gesetzlich förderfähigen Verbraucherschutzinteresses muss bereits bezweifelt werden, ob es sich bei der von der Beschlusskammer intendierten Förderung von Flatrate-Angeboten überhaupt um ein berücksichtigungsfähiges Abwägungsinteresse im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG handelt. Möglichst unbegrenztes Flatrate-Telefonieren mag zwar aus individueller Kundensicht wünschenswert erscheinen. Ob es einem legitimen und mit rechtmäßigen Regulierungsmaßnahmen – zumal auf dem Vorleistungsmarkt – zu verfolgenden Regulierungsziel entspricht, muss jedoch bezweifelt werden. Vielmehr bestehen insoweit aus Sicht von Vodafone grundsätzliche rechtliche Einwände dagegen, dass die Förderung bestimmter Endkundentarifstrukturen überhaupt als berücksichtigungsfähiges Abwägungsinteresse im Rahmen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG für die Auferlegung einer nicht kostendeckenden Vorleistungspreisregulierung herangezogen wird.

Unabhängig von diesem prinzipiellen Einwand gegen die Vorgehensweise der Beschlusskammer ist überdies festzustellen, dass im Konsultationsentwurf keinerlei Nachweis für einen kausalen Zusammenhang zwischen der von der Beschlusskammer bisher praktizierten KeL- bzw. der von ihr geplanten Pure-LRIC Regulierung und einer Förderung des vermeintlichen Verbraucherschutzinteresses an vermehrten Flatrate-Angeboten besteht. Die Marktentwicklung seit Einführung der Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte 2006 belegt vielmehr eindeutig, dass sich der Endkundenmarkt speziell für Gesprächsminuten vom Festnetz in Mobilfunknetze völlig unabhängig von der Entwicklung der Höhe der Mobilfunkterminierungsentgelte entwickelt hat und dies

weiterhin tut. Wie die Beschlusskammer selbst feststellt (Konsultationsentwurf, S. 55), haben die massiven absoluten Entgeltreduzierungen über die letzten zehn Jahre hinweg keinerlei bzw. allenfalls marginalen Einfluss gehabt, die auf den Festnetzendkundenmärkten geforderten Preise wesentlich zu senken oder zu einer Änderung der dortigen Tarifstrukturen durch vermehrte Flatrate-Angebote beizutragen.

Entsprechende Überlegungen wurden von der Beschlusskammer bereits in der Regulierungsverfügung 2013 (dort S. 54 f.) angestellt. Die allgemein aufgeworfene Frage, ob durch die Einführung von Pure-LRIC eine Reduzierung der Endkundenpreise erfolgt, wurde seinerzeit noch mit dem zutreffenden Hinweis auf die fehlende Belegbarkeit der besseren Eignung einer Pure-LRIC-Preisobergrenze bezweifelt. Es ist davon auszugehen, dass der sich aus der Reduzierung der Einkaufskosten ergebende Gewinn für die nachfragenden Netzbetreiber gerade nicht an die Endkunden weitergegeben, sondern als zusätzliche Gewinnmarge einbehalten oder für anderweitige sachfremde Zwecke verwendet wird. Generell bleibt es auch bei dem Befund, dass massive Entgeltabsenkungen auf Vorleistungsebene bislang keine Steigerung der Nachfragemengen an Anrufzustellung in fremde Mobilfunknetze zur Folge hatten (siehe Coppik, N&R 2014, S. 20, 23 ff.).

Vor diesem Hintergrund stellen sich Überlegungen der Beschlusskammer, wonach es lediglich der Pure-LRIC gestützten Unterschreitung einer – nicht näher fassbaren – „Schwelle“ bei der Höhe der Terminierungsentgelte bedürfe, um Flatrate-Angeboten und günstigeren Minutenpreisen für Endkunden zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. Konsultationsentwurf, S. 56), als pure Spekulation dar. Für die Existenz einer auf diesem Weg zu durchbrechenden „Schallmauer“ bestehen keinerlei empirische Anhaltspunkte (siehe Coppik, N&R 2014, S. 20, 25). Es bleibt insofern auch völlig unklar, wie die für diese Erwägung als Kronzeugin herangezogene ARCEP (Konsultationsentwurf, S. 57) allein durch „Ankündigung künftiger LRIC-Preise“ die Festnetzbetreiber in Frankreich zur Einführung von Flatrates bewogen haben will bzw. wie dieser angebliche Zusammenhang zu belegen sein sollte. In Erinnerung gerufen seien in diesem Zusammenhang die folgenden Ausführungen der Beschlusskammer aus dem Jahr 2013, also deutlich nach der mutmaßlich bereits 2011 in Frankreich Pure-LRIC-induzierten Einführung von Flatrate-Tarifen:

„Im Festnetzbereich dürfte das Auftauchen pauschalierter Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsentgelte ebenfalls nicht gerade von der Einführung einer LRIC-Regulierung abhängen.“ (Regulierungsverfügung 2013, S. 55)

Inwiefern sich die zugrunde liegende Situation geändert haben soll, wird vom Konsultationsentwurf nicht näher thematisiert.

Selbst wenn man die Existenz einer – in ihrer konkreten Höhe allerdings auch aus Sicht der Beschlusskammer nicht exakt bestimmbar – Auslöseschwelle unterstellt, von deren Unterschreitung an hinreichende Anreize für das Angebot von Flatrates geschaffen würden, so würde es jedenfalls der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebieten, sich der tatsächlichen Höhe dieser Schwelle schrittweise anzunähern. Nach der Logik der Beschlusskammer müsste nunmehr durch eine – prozentual zwar einschneidende, in absoluten Zahlen gegenüber früheren Entgeltabsenkungen aber vergleichsweise geringe – weitere Entgeltabsenkung kausal eine grundsätzliche Veränderung der Tarifstrukturen auf den Festnetzendkundenmärkten ausgelöst werden, was in den vergangenen zehn Jahren der ex-ante-Regulierung trotz massiver absoluter Reduktionen der Terminierungsentgelte nicht einmal ansatzweise regulatorisch inzentiviert wurde. Die durch Einführung von Pure-LRIC hervorgerufene abrupte und massive Absenkung der Terminierungsentgelte ist hierfür indes gerade nicht erforderlich. Eine Beibehaltung des KeL-Maßstabs ist vielmehr zumindest gleich geeignet, die bisher nicht belegte Existenz dieser vermeintlichen Auslöseschwelle für die von der Beschlusskammer als regulatorisch wünschenswert charakterisierten Änderungen der Tarifstrukturen auf den Endkundenmärkten zu verifizieren und das Entgeltniveau auf diese Schwelle auszurichten.

Es ist nach alledem bereits höchst zweifelhaft und lediglich mittels empirisch nicht belegbarer Annahmen spekulativ zu konstruieren, dass eine weitere Absenkung der Mobilfunkterminierungsentgelte überhaupt geeignet sein könnte, die durch die Beschlusskammer in den Blick genommenen Endkundeninteressen zu fördern. Eine abrupte, massive Absenkung durch eine Umstellung des Kostenmaßstabs auf Pure-LRIC wäre in keinem Fall das mildeste gleich geeignete Mittel hierfür.

2. Mit Sicherheit eintretende massive Beeinträchtigung des Anbieterinteresses von Vodafone

Während sich die Beschlusskammer in ihren Erwägungen zu denkbaren positiven Effekten einer Pure-LRIC-Regulierung wie beschrieben auf bloße Tendenzen und schiere Mutmaßungen stützt, besteht kein Zweifel daran, dass die Anwendung des neuen Kostenmaßstabs massive negative Konsequenzen für die berechtigten Geschäftsinteressen der regulierten Unternehmen zur Folge haben wird.

Die hierzu im Konsultationsentwurf angestellten Überlegungen zum „Anbieterinteresse“ würdigen diese Tatsache nur völlig unzureichend. Nicht nachvollziehbar ist hierbei vor allem die von der Beschlusskammer vorgenommene Betrachtung von „Innenumsätzen“. Insbesondere lässt die

Beschlusskammer bei der Betrachtung der Auswirkungen die zwischen den Mobilfunknetzbetreibern untereinander ausgetauschten Verkehrsmengen vollständig außen vor. Damit bleiben aber auch die mit diesen Verkehren erzielten Umsätze und die aus Entgeltabsenkungen resultierenden Umsatzrückgänge im Terminierungsbereich unberücksichtigt.

Mit einer derartigen Herangehensweise verkennt die BNetzA, dass auch Umsätze aus Verkehren zwischen Mobilfunknetzbetreibern in die Bilanzen der Unternehmen einfließen. Der von der BNetzA angeführte Umsatzrückgang aller Mobilfunknetzbetreiber von 53 Mio. EUR pro 1 ct/min Senkung der Terminierungsentgelte ist demnach nur ein Bruchteil des Umsatzes, der den Mobilfunkunternehmen durch die Absenkung bei den Mobilfunkterminierungsentgelten tatsächlich verloren geht. Nach Berechnungen der Vodafone beträgt dieser tatsächliche Umsatzrückgang auf dem Markt der Mobilfunkterminierung pro 1 ct/min Senkung des Terminierungsentgeltes ca. ■■■ Mio. EUR pro Jahr, davon entfallen auf Vodafone über ■■■ Mio. EUR jährliche Umsatzverluste. Es steht somit ein ■■■ so hoher Rückgang wie von der BNetzA angesetzt in Rede.

Entgegen der Einschätzung der Beschlusskammer, nach der der Umsatzrückgang im Verhältnis zu den erzielten Gesamtumsätzen im Jahr 2015 in Höhe von 24,8 bis 27 Mrd. EUR eher von geringer Bedeutung sei, sind dies sehr relevante Umsatzeinbußen. Dies gilt umso mehr, weil die relevanten Gesamtumsätze bezogen auf die drei MNOs bei der gebotenen Herausnahme der Serviceprovider bei lediglich ca. 20,6 bis 22,2 Mrd. EUR liegen. Angesichts eines ohnehin stetig schrumpfenden Mobilfunkmarktvolumens, von dem auch Vodafone stark betroffen ist, erscheint der Befund der Beschlusskammer, die drohenden Auswirkungen erschienen „nicht übermäßig belastend“ (Konsultationsentwurf, S. 66), nicht einmal im Ansatz nachvollziehbar.

Der Konsultationsentwurf stellt zudem fest, dass die Mobilfunknetzbetreiber unterschiedliche Verkehrsbilanzen aufweisen und sich damit die Umsatzrückgänge ungleich auf die Unternehmen verteilen (a.a.O.). Umso unverständlicher ist es daher, dass die BNetzA „alle originären Mobilfunknetzanbieter“ in Summe betrachtet und es unterlässt, die Auswirkungen auf die einzelnen Betreiber zu ermitteln. Gerade bei der Bestimmung der „Anbieterinteressen“ auf dem jeweils betroffenen Markt (also hier: der Terminierung in das Netz der Vodafone) kann es keine Rolle spielen, welche Verluste sich für das Kollektiv der Mobilfunkbetreiber ergeben. Angesichts des von der BNetzA vorgesehenen Übergangs auf den Kostenmaßstab des Pure-LRIC und den zu erwartenden signifikanten Auswirkungen auf die Bilanzen der betroffenen Unternehmen wäre es vielmehr dringend notwendig gewesen, zwischen einzelnen Märkten und Betroffenen zu differenzieren.

Führt man eine derartige Einzelbetrachtung durch, so ergibt sich ein stark asymmetrisches Bild: Kurz zusammengefasst verlieren Vodafone und Telefónica durch die Absenkung der Terminierungsentgelte deutlich an Finanzkraft, während die Deutsche Telekom von einer Absenkung profitiert. Einerseits sind ihre Umsatzrückgänge bei der Mobilfunkterminierung geringer als die der anderen Mobilfunknetzbetreiber, andererseits hat sie höhere Kosteneinsparungen bei der Terminierung in die Mobilfunknetze ihrer Wettbewerber. Nach den Abschätzungen von Vodafone verschlechtert sich pro 1 ct/min Senkung des Terminierungsentgeltes das EBITDA von Vodafone um [REDACTED] Mio. EUR pro Jahr, wohingegen es sich bei der Deutschen Telekom um etwa [REDACTED] Mio. EUR pro Jahr verbessert. Dementsprechend beträgt der wirtschaftliche Vorteil der Deutschen Telekom allein gegenüber Vodafone aus diesen beiden Effekten pro 1 ct/min Senkung des Terminierungsentgeltes ca. [REDACTED] Mio. EUR pro Jahr. Eine vergleichbare Summe ergibt sich nach unserer Einschätzung auch als Vorteil der Deutschen Telekom gegenüber Telefónica.

Dieser Befund fügt sich in eine allgemein zu beobachtende Tendenz eines (Wieder-)Erstarkens der ehemaligen Monopolistin, nicht zuletzt auch aufgrund regulatorischer Vorzugsbehandlung. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Anwendung des Pure-LRIC-Maßstab selbstverständlich einheitlich abzulehnen oder aber vorzusehen ist: Ein Vorenthalten einer Gemeinkostenzuschlüsselung auf dem Mobilfunkmarkt bei Weitergeltung des KeL-Maßstabs in der Festnetznetzentgeltregulierung hätte verheerende Folgen für den Wettbewerb in der Telekommunikationsbranche insgesamt.

Angesichts des Dargestellten verwundert es jenseits der solchen Publikationen eigenen grundoptimistischen Darstellungsform ohnehin nur wenig, wenn die Deutsche Telekom AG im Geschäftsbericht 2015 davon ausgeht, regulatorische Preissenkungen durch steigende Service-Umsätze ausgleichen zu können. Was diese im Konsultationsentwurf (S. 67) in Bezug genommene Feststellung über das Anbieterinteresse von Vodafone aussagt, bleibt dagegen offen.

3. Keine Investitionsförderung durch Pure-LRIC

Die Beschlusskammer selbst nimmt zur Frage einer Investitionsförderung durch Pure-LRIC eine tendenziell zurückhaltende Position ein. Grundsätzlich erachtet sie die KeL- und die Pure-LRIC-Regulierung als gleich geeignet an, künftige Investitionen zu fördern, da beide Ansätze überhöhte Terminierungsentgelte vermeiden (Konsultationsentwurf, S. 50). Es erscheint in der Tat zweifelhaft, ob eine Regulierung auf Pure-LRIC-Niveau zu einer „gerechteren“ Kapitalausstattung führen würde mit der Folge, dass Investitionen im Festnetzsektor wie etwa dem Glasfasernetzausbau erfolgen könnten (Konsultationsentwurf, S. 61). Es handelt sich also auch bezüglich dieses Regulie-

rungsziels um Sachverhaltsannahmen, wonach positive Effekte einer Pure-LRIC-Regulierung bestenfalls ungewiss erscheinen.

Damit ist dem Konsultationsentwurf im Grundsatz zuzustimmen, jedoch ist darüber hinaus klarzustellen, dass die Nichtberücksichtigung der Fixkosten und die damit einhergehende fehlende Gesamtkostendeckung mit großer Sicherheit die Bereitschaft für weitere Infrastrukturinvestitionen im Mobilfunkmarkt senken wird. Eine solche Kostenunterdeckung erscheint gerade in einem so wichtigen und zukunftssträchtigen Dienstleistungsbereich wie dem des Mobilfunks nicht angezeigt, zumal angesichts der anstehenden infrastrukturellen Aufgaben eines weiteren Aufbaus von LTE-Netzinfrastruktur zur Erreichung der nationalen und europäischen Breitbandziele.

Pure-LRIC stellt sich somit als das genaue Gegenteil dessen heraus, was der Präsident der BNetzA noch im September 2014 als Ziel der Entgeltregulierung betonte, dass nämlich für die Mobilfunkunternehmen „*genügend Spielraum, [...] Investitionen in den mobilen Breitbandausbau, insbesondere in die LTE-Netzinfrastruktur, weiter voranzutreiben*“, bestehen müsse.

(siehe http://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2014/140903_Mobilfunkterminierungsentgelte.html).

4. Fehlgewichtung des Binnenmarktziels

Berücksichtigt man, dass die übrigen Regulierungsziele entweder deutlich gegen eine Umstellung auf Pure-LRIC sprechen oder damit einhergehende positive Effekte nicht plausibel dargelegt sind, bleibt für den Nachweis besserer Eignung im Sinne des § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG allein die Förderung des Ziels der Binnenmarktentwicklung nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG übrig. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wie die Beschlusskammer zu einer derart starken Gewichtung dieses Ziels gelangen kann, dass es die erheblichen Einbußen für die betroffenen Unternehmen in der Abwägung kompensieren könnte, geschweige denn dass dem Maßstab einer „besseren Eignung“ zu attestieren wäre.

Hinsichtlich des Abbaus von Bereitstellungshindernissen sind die Ausführungen der BNetzA in der Regulierungsverfügung 2013 (S. 55 ff.) weiterhin zutreffend: Die Interessen europäischer Nutzer an günstigen Preisen für Anrufe in deutsche Mobilfunknetze mögen im Grundsatz schützens- und verfolgenswert sein. Bereits 2013 führte die BNetzA allerdings aus, dass ihnen angesichts des verschwindend geringen Anteils am Gesamtvolumen der terminierten Anrufe gleichwohl kein signifikantes Gewicht zukommen kann.

Hinzu kommt, dass für die Förderung europäischer Verbraucherinteressen die gleichen Einschränkungen gelten wie für diejenigen der deutschen Verbraucher: Ein Zusammenhang zwischen günstigen (Flatrate-)Angeboten für Endkunden und Terminierungsentgelten ist letztlich empirisch nicht nachweisbar. Insofern ist auch erneut auf die unverändert zutreffenden Ausführungen der Beschlusskammer in der Regulierungsverordnung 2013 zu verweisen, wonach etwaige Binnenmarkthindernisse durch hohe Gesprächspreise zwischen den Netzen von Anbietern in verschiedenen Mitgliedsstaaten nicht durch Regulierung von Terminierungsentgelten zu beseitigen seien (siehe bereits Regulierungsverordnung 2013, S. 57).

Unverständlich bleibt auch der Hinweis der BNetzA, wonach die Möglichkeit für europaweites Roaming für die Anwendung des Pure-LRIC-Standards spreche. Eine entsprechende Berücksichtigung sowohl auf Endkundenebene durch die TSM-Roaming-Verordnung als auch auf der Vorleistungsebene bei den Terminierungsentgelten führt den Vorschlag des Konsultationsentwurfs, die Anbieter könnten sich verloren gehende Vorleistungsumsätze auf Endkundenebene „zurückverdienen“, jedenfalls in diesem Bereich *ad absurdum*.

Schließlich stützt sich die Beschlusskammer – auch ausweislich ihrer entsprechenden Ausführungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 02.06.2016 – ganz wesentlich darauf, dass die Anwendung von Pure-LRIC der Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis nütze (Konsultationsentwurf, S. 64). Sie könne „*nicht ignorieren, dass mittlerweile die ganz überwiegende Mehrheit der nationalen Regulierungsbehörden dem empfohlenen LRIC-Ansatz folgt*“ (Konsultationsentwurf, S. 68).

Insofern kann sich der Leser des Konsultationsentwurfs nicht des Eindrucks erwehren, dass die BNetzA trotz gegenteiliger Beteuerungen die Terminierungsempfehlung der Kommission letztlich doch als verbindlich eingestuft hat und nur oder jedenfalls maßgeblich auf dieser Basis zur Anwendung von Pure-LRIC gelangt. Wie von Prof. Dr. Koenig in der öffentlichen mündlichen Verhandlung überzeugend dargestellt, liegt hierin jedoch eine rechtswidrige Ermessensunterschreitung: Die Beschlusskammer sieht sich in einer Frage zumindest mittelbar gebunden, in der ihr der Gesetzgeber aufgibt, die bessere Eignung und Verhältnismäßigkeit der angewandten Entgeltermittlungsmethode nach nationalem Recht zu prüfen und den gesetzlichen Anforderungen des § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 3 TKG entsprechend nachzuweisen.

Allein dass einzelne, mehrere oder alle anderen Regulierungsbehörden in der EU der Empfehlung der Kommission folgen, kann nicht dazu führen, dass die BNetzA sich im Zugzwang sieht, die Empfehlung ihrerseits umzusetzen. Wie von der Beschlusskammer selbst betont (Regulierungsverfü-

gung 2013, S. 57 f.), verlangt Art. 8 Abs. 3 lit. d) der Rahmenrichtlinie keineswegs eine EU-weit vollständig vereinheitlichte Regulierungspraxis. Schon gar nicht darf die Vereinheitlichung der Regulierungsmethodik zum Selbstzweck werden, ohne dass andere Regulierungsziele ihre Anwendung erfordern. Es entspricht sowohl den Regelungen des europäischen Richtlinienrechts als auch seiner Umsetzung im TKG, dass die BNetzA über die Wahl des Kostenmaßstabs autonom unter Berücksichtigung der Regulierungsziele und speziell des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entscheidet.

Diesen Grundsätzen wird die Beschlusskammer nicht gerecht, wenn sie die Verwirklichung des Binnenmarktes im Konsultationsentwurf in ihrer Abwägung einseitig überbetont, unsichere bzw. nur spekulativ vermutbare Effekte hinsichtlich weiterer Regulierungsziele selektiv und durchweg zugunsten der geplanten Pure-LRIC-Regulierung heranzieht und gleichzeitig objektiv negative Effekte für einzelne Regulierungsziele weitgehend ausblendet.

Der Grundgedanke einer autonomen Wahl des Kostenmaßstabes ist darüber hinaus auch im europäischen Recht verankert. Bereits das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gebietet es unter anderem, dass für zulässiges Unionshandeln Binnenmarktrelevanz grundsätzlich deutlich erkennbar sein muss. Zu berücksichtigen ist dabei, dass allein ein fehlendes europaweit einheitliches Regelungswerk dabei noch keine Binnenmarktstörung begründen kann (vgl. Leib-le/Schröder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 114 Rn. 21). Der EuGH geht zudem davon aus, dass „die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen nationalen Regelungen“ nicht ausreicht, um Rechtsangleichungsmaßnahmen nach Art. 114 AEUV zu rechtfertigen (siehe etwa Rs. C-210/03, Swedish Match, Slg. 2004, I-11893 Rn. 29). Diesen Erwägungen widerspricht es fundamental, der Terminierungsempfehlung eine faktische Verbindlichkeit zuzumessen, indem maßgeblich auf die überwiegende Regulierungspraxis anderer nationaler EU-Regulierungsbehörden rekurriert wird. Noch in der Regulierungsverfügung 2013 sowie dem vor deren Erlass durchgeführten Phase II-Verfahren ebenso wie im Vortrag der Bundesrepublik im EuGH-Verfahren C-28/15 im März 2016 wurde demgemäß die Autonomie der BNetzA ausdrücklich betont.

Hinsichtlich der Berücksichtigung einer einheitlichen Regulierungspraxis stellt sich die Gewichtung und Abwägung der BNetzA in ihrem Konsultationsentwurf nun als nicht nachvollziehbarer 180-Grad-Schwenk dar: Wurde die bloß „ancillarische Funktion“ der Herstellung einheitlicher Praxis ehemals noch als Beleg für die geringe Bedeutung dieses (Teil-)Regulierungsziels angeführt (Regulierungsverfügung 2013, S. 57), so wird diese nunmehr grundsätzlich in Frage gestellt (Kon-

sultationsentwurf, S. 68 f.: die Berücksichtigung des Binnenmarktgedanken erfolge „*unabhängig davon, ob die damit verfolgte Integration [...] nur eine sog. ‚ancillarische Funktion‘ hat*“). Stattdessen wird dem Binnenmarktgedanken „nicht unbeträchtliches Gewicht“ zugemessen und in der Gesamtabwägung letztlich als ausschlaggebende Erwägung für eine Anwendung der Terminierungsempfehlung herangezogen (a.a.O.).

Allein dass seit 2013 zusätzliche nationale Regulierungsbehörden dem Pure-LRIC-Ansatz gefolgt sind – wohlgernekt gibt es immer noch Mitgliedsstaaten, die dies verweigern –, kann nicht die Rechtfertigung für eine die Verbraucherinteressen nicht erkennbar fördernde, die Anbieterinteressen jedoch massiv belastende Absenkung der Terminierungsentgelte darstellen. Im Gegenteil müsste die BNetzA die Übernahme einer die Regulierungsziele gefährdenden Regulierungspraxis verweigern, selbst wenn diese von allen nationalen Regulierungsbehörden angewandt wird.

II. Hilfsweise anzuordnende Maßnahmen zur Vermeidung von Verwerfungen durch eine Pure-LRIC-Regulierung

Zwar ist es nach dem unter I. Beschriebenen für Vodafone nicht ansatzweise nachvollziehbar, auf welchem Weg die Beschlusskammer zu dem Schluss gelangen könnte, dass Pure-LRIC zur Erreichung der Regulierungsziele besser als eine Regulierung nach dem KeL-Maßstab geeignet sei. Sollte sie jedoch ihre insoweit im Konsultationsentwurf erstmals vertretene entsprechende Einschätzung aufrechterhalten, ist sie aufgrund der Intensität des damit verbundenen Eingriffs in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Anbieter gehalten, die mit einem solchen abrupten Schwenk in der Regulierungsmethodik drohenden Verwerfungen durch Gegenmaßnahmen abzumildern.

Ein wichtiger Ansatz ist dabei die bereits im Konsultationsentwurf vorgesehene Korrektur von „Ausreißer“-Entgelten, die jedoch nicht nur aus Binnenmarktgesichtspunkten angezeigt erscheint (dazu 1.). Darüber hinaus erfordern Verhältnismäßigkeitserwägungen, dass sich das zu genehmigende Entgelt auf einem Gleitpfad schrittweise auf einen Pure-LRIC-basierten Zielwert zubewegen muss (dazu 2.). Schließlich sind Verzerrungen der Wettbewerbschancen zwischen Mobilfunk- und Festnetzmärkten dadurch einzudämmen, dass jeweils die gleiche Regulierungsmethodik angewandt wird (dazu 3.).

1. Vermeidung von Ausreißerentgelten

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass eine Ermittlung der Terminierungsentgelte nach dem Pure-LRIC-Ansatz zu theoretischen Minutenpreisen führen kann, die sich sogar unter dem „unteren Bereich der unionsweit harmonisierten Entgeltspanne“ bewegen (Konsultationsentwurf,

S. 72). Käme es zu einem derartigen Ausreißer im europäischen Vergleich, müsste in der Tat selbst das von der BNetzA verfolgte Binnenmarktentwicklungsziel als verfehlt angesehen werden. Die Einführung von Pure-LRIC würde dann nämlich gerade keine Harmonisierung und unionsweit vergleichbare Wettbewerbsbedingungen schaffen, wie dies nebenbei bemerkt die KeL-Bepreisung über die vergangenen Regulierungsperioden vermochte.

Stattdessen würde dies zu einer einseitigen Benachteiligung deutscher Anbieter und damit einer Verzerrung des anzustrebenden chancengleichen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten führen. Darüber hinaus wäre insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei einem derartigen Regulierungsergebnis klar verletzt, da eine Erreichung der Regulierungsziele auch durch moderatere Absenkungen möglich ist (siehe oben speziell zum Verbraucher- und Endkundeninteresse unter I.1). Insofern kann bereits jetzt konstatiert werden, dass eine Absenkung auf Werte unterhalb des EU-Durchschnittsniveaus oder gar jenseits des „unteren Bereichs der unionsweit harmonisierten Entgeltspanne“ keinesfalls erforderlich wäre, die von der Beschlusskammer herangezogenen Regulierungsziele zu fördern.

Die hierzu notwendigen Erwägungen reflektiert die Beschlusskammer bei ihren Überlegungen zu einer „Ausreißerkorrektur“ nicht, jedenfalls aber nicht im ausreichenden Umfang. Vielmehr erfolgen diese weitestgehend entkoppelt von der Betrachtung der Regulierungsziele im Rahmen einer nicht näher eingebundenen Prüfung der „Eignung“ der geplanten Pure-LRIC-Regulierung (Konsultationsentwurf, S. 72). Eine Anerkennung der vorgesehenen „Benchmarkkorrektur“ als Mittel zur Herstellung von Verhältnismäßigkeit und Regulierungszielerreichung ist jedoch zwingend, um geeignete Parameter für das nachgelagerte Entgeltgenehmigungsverfahren zu definieren. Im späteren Entgeltantragsverfahren wird dann auch zu entscheiden sein, in welchem Umfang die beschriebene Korrektur vorzusehen ist, wobei geeignete Kriterien für die dort anzustellende „Vergleichsmarktbetrachtung“ zu entwickeln sind.

2. Wahl eines Gleitpfads als Übergangsregelung zur Herstellung von Verhältnismäßigkeit

Wie bereits beschrieben, drohen mit der Einführung des Pure-LRIC-Standards Umsatz- und Ergebniseinbußen, die die grundrechtlich gemäß Artikeln 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geschützte Tarifsetzungsfreiheit und Investitionssicherheit von Vodafone erheblich beeinträchtigen.

Nach den in den vergangenen zehn Jahren erfolgten kontinuierlichen und in ihrer absoluten Höhe massiven Entgeltabsenkungen durften die Mobilfunkmarktteilnehmer berechtigtes Vertrauen

darin setzen, dass sich die Entgelt-Kurve mittlerweile der Horizontallinie angenähert hat und nunmehr keine weiteren wesentlichen Reduzierungen mehr zu befürchten waren.

Dem in der Anordnung des Pure-LRIC-Maßstabs liegenden Bruch mit der KeL-Regulierung und den für Vodafone als betroffenem Unternehmen drohenden massiven Nachteilen hat die BNetzA bei Weiterverfolgung des Ansatzes des Konsultationsentwurfs zumindest in Form von Übergangsregelungen Rechnung zu tragen. Eine geeignete Maßnahme hierfür ist es, das zu genehmigende Entgelt nicht in einem radikalen Schritt auf einen (wenn auch zur Vermeidung von „Ausreißern“ nach oben korrigierten) Pure-LRIC-Wert zu senken, sondern die Entgelte mittels eines Gleitpfades über mindestens einen Zwischenschritt sukzessive dem Zielwert anzunähern.

Die Anordnung von Übergangs- und Entschädigungsregelungen entspricht verfassungsrechtlichen Wertungen, wie sie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung für Fälle entwickelt hat, in denen Grundrechtsträger mittels abrupter staatlicher Eingriffe andernfalls übermäßig belastet worden wären (siehe etwa BVerfGE 83, 201, 213). Gleichzeitig gebieten die telekommunikationsrechtlichen Regulierungsgrundsätze gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 und 4 TKG, dass die BNetzA in ihren Entscheidungen zumindest ein Mindestmaß an Planungssicherheit und Vorhersehbarkeit der regulatorischen Vorgaben für die zu erhebenden Entgelte herstellt. Ein Übergangsloses Umschwenken in der Regulierungsmethodik wie bei der in Rede stehenden Umstellung auf eine gesetzlich nicht explizit geregelte, das regulierte Unternehmen erheblich belastende Vorgehensweise, in Abkehr von der in § 32 TKG vom Gesetzgeber als Normalfall verankerten Methodik, widerspricht diesen Vorgaben.

Parallelen lassen sich insofern zur Regulierungspraxis der Beschlusskammer ziehen, in individuellen Fällen disruptive Effekte mittels Härtefallregelungen abzufedern. Soweit ersichtlich geschah dies beispielsweise zuletzt bei der „Umstellung“ der Entgelte für die UKW-Radioübertragung von einem Mischpreissystem auf ein standortgenaues KeL-basiertes Preissystem. Für Fälle besonders starker Mehrbelastung von Kunden ordnete die Beschlusskammer dort eine Umlegung zusätzlicher Kosten auf andere Marktbeteiligte an (siehe Beschluss vom 17.08.2015, BK3b-15/002, S. 88 ff.). Bemerkenswert ist hierbei, dass als Grenze zumutbarer Belastungen ein Wert von 5 % (!) Zusatzkosten festgelegt wurde. Im vorliegenden Fall der Mobilfunkterminierungsentgelte stehen dagegen Mehrbelastungen in Rede, die diese Schwelle deutlich überschreiten werden.

Die Möglichkeit der Anordnung eines Gleitpfades im konkreten Fall entspricht dem gesetzgeberischen Regelungsziel des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG:

„§ 31 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 enthält als Auffangvorschrift die Möglichkeit, auch andere Vorgehensweisen heranzuziehen. Dies kann z. B. auch eine **Festlegung von Entgelten nach einem Gleitpfad** umfassen, bei dem sich die **Entgelte in vorab bestimmten Stufen auf ein definiertes Zielniveau bewegen**.“ (BT-Drs. 17/5707, S. 62; Hervorhebungen nur hier)

Ebenso wird in der telekommunikationsrechtlichen Literatur die vorliegende Konstellation gewissermaßen als Musteranwendungsfall für eine Gleitpfadregulierung angeführt:

„Eine [...] Gleitpfadregulierung kann z. B. **übergangsweise bei einer geplanten Änderung einer etablierten Regulierungspraxis mit Blick auf die Planungs- und Investitionsicherheit der regulierten Unternehmen geboten sein**.“ (Kühling, in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 31 TKG, Rn. 28; Hervorhebungen nur hier)

Schließlich entspricht die schrittweise Absenkung von Entgelten auch der europäischen Regulierungspraxis, die von der Kommission für in anderen Mitgliedstaaten angewandte Regulierungsmechanismen auch ausdrücklich begrüßt wurde, so etwa in Österreich (Stellungnahme vom 20. Mai 2009, AT/2009/0910, SG-Greffe (2009) D/2882), Frankreich (Stellungnahme vom 24. November 2008, FR/2008/0812, SG-Greffe (2008) D/207026), Italien (Stellungnahme vom 7. November 2008, IT/2008/0802, SG-Greffe (2008) D/206734) oder Großbritannien (Stellungnahme vom 21. November 2006, UK/2006/0498, SG-Greffe (2006) D/206994).

Angesichts der oben beschriebenen problematischen Effekte einer „ungebremsten“ Pure-LRIC-Regulierung auf die Regulierungsziele kann in diesem Zusammenhang kein Zweifel bestehen, dass die Anordnung eines Gleitpfad eine besser geeignete Methode im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG darstellt. Dies muss insbesondere deshalb gelten, weil nur so ein schrittweises „Herantasten“ an die von der Beschlusskammer vermutete Schwelle ermöglicht wird, ab der hinreichend Anreize für zusätzliche Flatrate-Angebote im Festnetz-zu-Mobilfunk-Verkehr bestehen könnten. Sie ist deshalb als „andere Vorgehensweise“ bereits in der Regulierungsverfügung explizit vorzusehen.

3. Notwendige Gleichbehandlung von Mobilfunk- und Festnetzterminierungsentgelten im Hinblick auf den Kostenmaßstab

Schließlich ist im Fall einer erstmaligen Anordnung des Pure-LRIC-Maßstabs für Mobilfunkterminierungsentgelte eine entsprechende Regulierung auch im Festnetzterminierungsbereich vorzusehen. Wie bereits oben (unter I.2) beschrieben und von der BNetzA im Konsultationsentwurf auch

grundsätzlich anerkannt (siehe die Ausführungen auf S. 66), würde eine Entgeltabsenkung dem Mobilfunkmarkt in erheblichem Maß Finanzmittel entziehen. Gegenüber integrierten und ausschließlichen Festnetzanbietern bedeutete dies für Mobilfunkunternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil.

Dieser fiel umso gravierender aus, wenn die zu genehmigenden Festnetzterminierungsentgelte ihrerseits nicht nach dem gleichen Kostenmaßstab bestimmt würden. Mobilfunkunternehmen müssten versuchen, die durch Pure-LRIC entstehende Kostenunterdeckung an anderen Stellen zu kompensieren, während Festnetzanbieter von stabilen Kostendeckungsbeiträgen durch Terminierungsentgelte profitieren könnten. Eine derartige Schlechterstellung wäre mit den telekommunikationsrechtlichen Regulierungszielen und insofern insbesondere mit dem Ziel einer Förderung chancengleichen Wettbewerbs durch eine konsistente Regulierung nicht in Einklang zu bringen. Nur der Vollständigkeit halber sei schließlich daran erinnert, dass sich die Terminierungsempfehlung selbstverständlich auch auf Festnetztelefonie bezieht.

III. Notwendiger Verzicht auf Entgeltregulierung für Anrufe aus Nicht-EWR-Staaten

Mit dem vorgelegten Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung lässt die BNetzA den in den Vorgängerverfahren eingeführten Anwendungsbereich und die Prozeduren zur besonderen Behandlung eingehender Verbindungen aus Non-EWR-Ländern in das Mobilfunknetz von Vodafone unverändert. Die Regelung ist in ihrer jetzigen Form für Vodafone nicht akzeptabel.

Sie entspricht nicht den Regulierungszielen und benachteiligt der Entgeltregulierung in Deutschland unterworfenen Anbieter und deren Kunden unangemessen (dazu 1.). Die Entgeltregulierung für die Terminierung von Anrufen aus Nicht-EWR-Staaten ist vollständig aufzuheben (dazu 2.). Als Minimum ist die zur Konsultation gestellte Regelung in ihrem Anwendungsbereich anzupassen und sind die Anforderungen zur Erfüllung der geforderten Nachweise auf ein praktikables Maß zu reduzieren (dazu 3.).

1. Gefährdung der Regulierungsziele durch Diskrepanzen in den Terminierungsentgelten

Sowohl Anbieter- und Wettbewerbsinteressen als auch originäre Verbraucherinteressen werden durch zunehmende Diskrepanzen zwischen den Terminierungsentgelten innerhalb des EWR und solchen für Anrufe in Non-EWR-Länder erheblich beeinträchtigt.

1.1. Ziel der Herstellung chancengleichen Wettbewerbs wird verfehlt

Während Verbindungen innerhalb des EWR einer weitgehend homogenen Preisregulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte unterworfen sind, ist dies außerhalb des EWR nicht gegeben. Hieraus hat sich in den letzten Jahren eine Situation entwickelt, bei der Anbieter in Non-EWR-Ländern ihre eigenen Terminierungsentgelte einseitig stark erhöhen konnten. Gleichzeitig profitieren eben diese Netzbetreiber aufgrund des uneingeschränkten Geltungsbereiches der durch die BNetzA regulierten Mobilfunkterminierungsentgelte der deutschen Netzbetreiber von Entgeltensenkungen bei Verbindungen nach Deutschland. Dieser Effekt würde sich im Übrigen nun noch zusätzlich durch ein Umschwenken auf eine Pure-LRIC-Regulierung zusätzlich verstärken.

Durch die intensiven Regulierungsaktivitäten auf den deutschen Terminierungsmärkten wurden die Marktkräfte zur Preisfindung für die gegenseitige Leistungserbringung vollständig außer Kraft gesetzt. Bei Aufhebung einer nur einseitigen Regulierung deutscher Mobilfunk-Terminierungsentgelte würde sich in Verhandlungen in einer „Nachfrage-Gegennachfrage-Situation“ zwischen dem deutschen Netzbetreiber und dem Netzbetreiber außerhalb des EWR für die gegenseitig erbrachte vergleichbare Leistung „Mobilfunkterminierung“ auch ein vergleichbares Preisniveau einstellen. Zumindest kann davon ausgegangen werden, dass die Marktmacht deutscher Mobilfunkbetreiber ausreichen würde, um bereits die Entstehung eines asymmetrischen Preisgefüges zu verhindern und demzufolge das einzelne Unternehmen gar nicht erst in die Verlegenheit käme, solche im freien Markt teilweise atypischen Preise für Terminierungsleistungen im Netz des Zusammenschaltungspartners zu zahlen. Es wäre jedenfalls gänzlich fernliegend zu erwarten, dass Vodafone in Verhandlungen einen um ein Vielfaches höheren Preis für die Terminierung im Netz des Zusammenschaltungspartners im Vergleich zur Terminierung im deutschen Vodafone-Netz akzeptieren würde.

Eine solche dem freien Markt eher entsprechende Entwicklung wird jedoch durch die gegenwärtige, regulierungsbedingte Situation verhindert. Während in Deutschland sämtliche nationalen-, EWR- und Non-EWR-Nachfrager das regulierte Mobilfunkterminierungsentgelt i.H.v. 1,66 ct/min zahlen, liegt für ausgehende internationale Verbindungen in 122 Länder das Mobilfunkterminierungsentgelt oberhalb von 10 ct/min und in 15 Ländern sogar oberhalb von 40 ct/min. Hierzu gehören eine Vielzahl von Ländern, die auch für Vodafone-Kunden eine große Relevanz haben wie z.B. Tunesien mit 38 ct/min, Marokko mit 25 ct/min und Russland mit 12 ct/min.

Bei einer derart hohen Preisspreizung ist offensichtlich, dass der Zweck der Vorleistungsregulierung, nämlich ein angestrebtes Preisniveau, das dem hypothetischen Bestehen von wirksamen

Wettbewerb entspricht (vgl. hierzu Konsultationsentwurf, S. 26), nicht erreicht wird. Es ist widersprüchlich, dass die BNetzA eine Angleichung der weitaus geringeren Differenzen im Europäischen Binnenraum mit gravierenden Nachteilen für die Verwirklichung der übrigen Regulierungsziele zu erkaufen versucht, während sie für den Non-EWR-Raum weitaus stärkere Differenzen offensichtlich hinzunehmen bereit ist.

1.2. Endkunden- und Verbraucherinteressen werden nicht gewahrt

Neben dem Wettbewerbs- und Anbieterinteresse leiden indes auch die Endkunden und Verbraucher unter einer Regelung, gemäß der Anbieter in Deutschland jedenfalls in den meisten Fällen lediglich kostenbasierte (Pure-LRIC-)regulierte Vorleistungsentgelte gegenüber Anbietern aus Drittstaaten verlangen dürfen. Die so entstehenden massiven Preisdifferenzen führen nämlich zwangsläufig zu höheren Preisen auf den Endkundenmärkten.

Das zentrale Interesse von Vodafone ist es, ihren Kunden für Verbindungen in internationale Netze attraktive Angebote unterbreiten zu können. Durch die in vielen Ländern steigenden Terminierungsentgelte wird es für deutsche Anbieter indes zunehmend schwieriger, weitere Reduktionen der Endkundenpreise für Sprachverbindungen vorzunehmen. Im Gegenteil ist es in einigen Fällen bereits zu Angebotsanpassungen für den deutschen Endkunden gekommen. Beispielsweise hat die schrittweise Vervielfachung der Terminierungsentgelte für Verbindungen in türkische Telekommunikationsnetze für deutsche Endkunden zu einer Änderung bei Anrufertarifen in die Türkei geführt (z.B. Reduktion der inkludierten Minutenvolumina). Da den deutschen Netzbetreibern bislang wirksame Gegenmaßnahmen nicht zur Verfügung stehen, um sich den Preisspiralen von Non-EWR-Ländern zu erwehren, ist letztlich die Anpassung der Endkundenangebote das letzte verfügbare Mittel.

Demgegenüber stellt sich der im Konsultationsentwurf (auf S. 15, Absatz 7) angeführte – vermeintliche – Konflikt zwischen einer etwaigen regulatorischen Lockerung und der Möglichkeit für hiesige Nutzer bei Aufenthalt in Non-EWR-Ländern günstig nach Deutschland telefonieren zu können, bei näherer Betrachtung als irreführend dar. Telefonieren deutsche Kunden in Non-EWR-Ländern mit ihrem Mobilfunkendgerät zurück nach Deutschland, wird als Anrufernummer (CLI, calling line identification) ihre eigene, deutsche Mobilfunkrufnummer signalisiert. Damit käme es bei solchen Verbindungen also gar nicht zu Anpassungen des Tarifs, da die CLI für die Verkehrsführung bzw. die Abrechnung gegenüber dem Zusammenschaltungspartner entscheidend wäre.

Teuer erkaufte ist das von der Beschlusskammer den Kunden deutscher Anbieter unterstellte Interesse an niedrigen Terminierungsentgelten auch für Gespräche aus Non-EWR-Ländern, um ausbleibende oder kürzer werdende Anrufer von dort zu vermeiden. Eben diese Kunden müssten in Folge damit rechnen, dass ihre eigenen, von ihnen zu tragenden Verbindungskosten in diese Länder wegen steigender Terminierungsentgelte erhöht werden. Das angeführte Argument der Beschlusskammer geht insofern am Kern des Problems vorbei bzw. verlagert dieses auf die deutschen Endkunden.

2. Generelle Ausnahme von Entgeltregulierung für Terminierung von Non-EWR-Anrufern erforderlich

Die Beschlusskammer hat offenbar im Grundsatz die beschriebene Gefährdungssituation mit Blick auf die Regulierungsziele erkannt. Allerdings ist die als Abhilfemaßnahme vorgeschlagene Regelung in Ziffer 2. des Tenors nicht geeignet, um den geschilderten Problemen wirksam zu begegnen.

Dies liegt in erster Linie daran, dass das von der Beschlusskammer vorgesehene Verweigerungsrecht im Falle einer Diskriminierung nicht praktikabel ist. Die geforderten objektiven Nachweise einer Diskriminierung gemäß der Definition der BNetzA sind realitätsfern und können daher nur sehr selten tatsächlich beigebracht werden. Staatliche und behördliche Infrastrukturen sind in der Mehrheit der betroffenen Non-EWR Staaten mit denen von EU-Staaten in keiner Weise vergleichbar, was bereits den Zugang zu den erforderlichen Dokumenten praktisch unmöglich machen wird, wenn denn solche Dokumente überhaupt existieren. Zusammen mit sprachlichen Barrieren ist ein Nachweis ohne aufwändige juristisch-regulatorische Unterstützung vor Ort nicht durchführbar. In Summe geht der den Betreibern auferlegte Aufwand für derartige Nachweise über die von der Beschlusskammer offenbar gewünschte bloße „Lästigkeit“ weit hinaus.

Als einzig angemessene Lösung stellt sich danach eine Regelung dar, wonach Terminierungsentgelte für Anrufe aus Non-EWR-Staaten generell von der Genehmigungspflicht freigestellt werden. Als Vorbild kann insbesondere die Entscheidung der österreichischen Telekom-Control-Kommission vom 21.12.2015 (M 1.1/15-46) herangezogen werden. Diese beschränkte die Geltung von ihr festgelegter Entgelte für Mobilfunkterminierungsleistungen auf „*Verkehr [...], der in Österreich oder einem oder einem anderen Land des Europäischen Wirtschaftsraumes originiert.*“

Als Begründung verweist die Telekom-Control-Kommission auf die oben beschriebene mangelnde Reziprozität zwischen Terminierungsentgelten innerhalb und außerhalb des EWR. Dies führe

zu „*Verzerrungen zwischen Betreibern*“, beschränke deren Investitionsmöglichkeiten und führe zu „*Kapitalabflüssen in beträchtlicher Höhe, die in letzter Konsequenz von österreichischen Endkunden zu finanzieren sind*“ (Telekom-Control-Kommission, Spruch vom 21.12.2015, M 1.1/15-46, S. 3 f. sowie 7 f.). Sie kommt zum Schluss, dass „*keine Umstände bekannt [seien], die diese Situation rechtfertigen könnten*“ (a.a.O., S. 8). Dabei ist zu bemerken, dass die durch die Telekom-Control-Kommission zu Grunde gelegten Diskrepanzen zwischen den Terminierungsentgelten in bestimmten Non-EWR-Staaten und dem österreichischen Preisniveau zum Teil deutlich geringer ausfallen als die von Vodafone in der Praxis festgestellten Unterschiede.

Die Beschlusskammer ist danach angehalten, dem Beispiel der österreichischen Regulierungsbehörde zu folgen und es den deutschen Mobilfunkunternehmen freizustellen, welche Entgelte für die Terminierung von Anrufen aus Non-EWR-Staaten verlangt werden.

3. Hilfsweise: Anpassung der Voraussetzungen für ein Verweigerungsrecht

Sofern die Beschlusskammer ein nur im Einzelfall bestehendes Verweigerungsrecht wie in Ziffer 2. des Tenors der Konsultationsentwurfs auch für die endgültige Regulierungsverfügung beibehalten sollte, besteht Vodafone – höchst Hilfsweise – jedoch darauf, dass dieses Recht zumindest praktikabel ausgestaltet wird. Dies gilt sowohl hinsichtlich des bislang unsachgemäß engen Anwendungsbereichs als auch hinsichtlich der konkreten Nachweismöglichkeiten. Es ist insofern vorzusehen, dass bereits eine erhebliche Diskrepanz zwischen den durch die BNetzA genehmigten Terminierungsentgelten und den vom Non-EWR-Zusammenschaltungspartner verlangten Entgelten ein Verweigerungsrecht begründet (dazu 3.1). Diese Diskrepanz muss mittels auf dem Markt befindlicher Angebote der Transitnetzbetreiber nachgewiesen werden können (dazu 3.2).

3.1. Anwendung auch auf Fälle überhöhter Preise ohne Diskriminierung

In Ziffer 2. des Konsultationsentwurfs-Tenors stellt die BNetzA nach wie vor auf das Kriterium der Diskriminierung als einzigen Auslöser für ein Verweigerungsrecht ab. Eine solche Diskriminierung soll anhand des Vergleiches zwischen dem im Land geltenden Terminierungsentgelt für nationale Verbindungen und dem für Verbindungen mit internationalem Ursprung festgestellt werden.

Dieser sehr eng gefasste Ansatz geht grundsätzlich fehl, lässt er doch sämtliche Fälle unberücksichtigt, bei denen Netzbetreiber flächendeckend, also auch gegenüber nationalen Zusammenschaltungspartnern, exzessiv überhöhte Preise für die Terminierung verlangen. Der zuvor beschriebenen Neutralisierung der Marktmechanismen einer Nachfrage-Gegennachfrage-Situation ist mit diesem Ansatz nicht beizukommen.

Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass bei einer erheblichen Preisspreizung gegenüber dem deutschen Preisniveau in jedem Fall ein „Missbrauch“ seitens des anderen Betreibers vorliegt. Anstelle des von der BNetzA genutzten Diskriminierungskriteriums „MTR national vs. MTR international“ sollte für eine Sonderbehandlung von Verkehr aus Non-EWR-Ländern die Missbräuchlichkeit direkt anhand der jeweiligen Nachfrage nach Zusammenschaltungsleistungen und der Preise hierfür ermittelt werden.

3.2. Nachweisaufwand unangemessen hoch

— Ungeachtet des in jedem Fall zu eng gefassten Anwendungsbereichs sind die von der BNetzA geforderten Nachweise, um einen Netzbetreiber in einem Non-EWR-Land mit Sonderbehandlung belegen zu dürfen, unpraktikabel und belasten Vodafone wie auch alle anderen deutschen Mobilfunknetzbetreiber unangemessen (siehe dazu bereits oben 2.).

— Zusätzlich zu der zu fordernden Erweiterung der Anwendungsfälle sollte daher ein an den Gegebenheiten des Inter-Carrier-Geschäftes angepasstes Verfahren zur Anwendung kommen. Wie von der Beschlusskammer zutreffend beschrieben, stehen deutsche Netzbetreiber in der Regel nicht im direkten Kontakt mit dem betreffenden Netzbetreiber in einem Non-EWR-Land. Der Einkauf von Terminierungsleistung im Non-EWR Land erfolgt stattdessen auf indirektem Weg über zwischengeschaltete Transit-Netzbetreiber, die ihre Angebote dem deutschen Netzbetreiber vorlegen. Liegen die Angebote der verschiedenen Transitnetzbetreiber durchgehend auf einem Preisniveau, das das im EWR übliche Preisniveau um ein Vielfaches übersteigt, so ist davon auszugehen, dass überhöhte Terminierungsentgelte im betreffenden Land Ursache dieser überhöhten Preise sind. Dass die Transitentgelte, also der Aufschlag für die eigene Leistung des Transitnetzbetreibers, Grund der überhöhten Preise ist, kann ausgeschlossen werden, da diese Aufschläge auf dem im Wettbewerb stehenden Transitmarkt nicht durchsetzbar wären.

— Insofern sind auf dem Markt befindliche Angebote der Transitnetzbetreiber ein hinreichend gutes Abbild bestehender missbräuchlicher Terminierungspreise in Non-EWR-Ländern und sollten eine Lockerung des Regulierungsrahmens – zumindest der Zusammenschaltungspflicht – hinreichend begründen.

Mit freundlichen Grüßen

Vodafone GmbH

(Dr. Stephan Korehnke)

(Ronald Weiss)