



Vodafone GmbH, D-40543 Düsseldorf
Vorab per E-Mail: bk3-konsultation@bnetza.de
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 3
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht vom
Unser Zeichen
Tel.: +49 (0) 2 11/ 5 33 -
Fax: +49 (0) 2 11/ 5 33 -
Mobil: +49 (0) 173 / 533 -
E-Mail stephan.korehnke@vodafone.com,
frank.wassink@vodafone.com,
ronald.weiss@vodafone.com
Datum 18.10.2019

**BK 3a-19/024: Nationale Konsultation des Entwurfs der Entgeltgenehmigung für Terminierungs- und Zugangsleistungen im Mobilfunknetz der Vodafone GmbH
- Enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse -**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Wilmsmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit nimmt die Vodafone GmbH (**Vodafone**) zu dem Konsultationsentwurf vom 04.10.2019 im o.g. Verfahren Stellung. Wir beschränken unsere Stellungnahme auf die nachfolgend angeführten einzelnen Gesichtspunkte und verweisen im Übrigen auf unseren Entgeltantrag vom 03.06.2019.

1. Anzuwendender Entgeltmaßstab

Vodafone hat ausweislich des Entgeltantrags vom 03.06.2019 die Genehmigung der Terminierungsentgelte anhand des KeL-Maßstabes des § 31 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 TKG beantragt und dies ausführlich begründet. Hieran ist festzuhalten:

a) Erforderlichkeit der Festlegung des Entgeltmaßstabes

Der Konsultationsentwurf (S. 18) führt zu dem anzuwendenden Entgeltmaßstab aus, dass die gegenüber Vodafone ergangene Regulierungsverfügung vom 30.08.2016 bestandskräftig sei und es daher keiner Abwägung des Genehmigungsmaßstabes bedürfe. Dies trifft nicht zu.

Es ist zwar richtig, dass die Regulierungsverfügung gegenüber Vodafone bestandskräftig geworden ist. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Beschlusskammer diese vorliegend als verbindliche Grundlage der Entgeltgenehmigung heranziehen darf. Die insoweit maßgebliche Ziffer 7.1 des Tenors der Regulierungsverfügung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts rechtswidrig und darf nicht in Kenntnis dieser Rechtswidrigkeit dennoch

Vodafone GmbH

Ferdinand-Braun-Platz 1, D-40549 Düsseldorf, Postfach: D-40543 Düsseldorf
Tel.: +49 (0) 2 11/5 33-0, Fax: +49 (0) 2 11/5 33-2200, www.vodafone.de
Geschäftsführung: Dr. Johannes Ametsreiter (Vorsitzender), Dr. Manuel Cubero del Castillo-Olivares, Anna Dimitrova, Bettina Karsch, Gerhard Mack, Alexander Saul
Vorsitzender des Aufsichtsrats: Frank Rövekamp
Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf, Amtsgericht Düsseldorf, HRB 38062

Bankverbindung:
Deutsche Bank AG, Düsseldorf
(BLZ 300 700 10) 250 8000
St-Nr.: 103/5700/1789
UST-IdNr.: DE 813113094
WEEE-Reg.-Nr.: DE 91435957



zu Lasten der Vodafone angewendet werden. Die Beschlusskammer war vielmehr verpflichtet, Ziffer 7.1 der Regulierungsverfügung von Amts wegen zurückzunehmen oder jedenfalls unangewendet zu lassen.

Vodafone hatte bereits im Verfahren BK 3i-19-011, in dem die fragliche Regulierungsverfügung abgeändert wurde, darauf hingewiesen, dass die Ziffern 7.1 und 7.2 der Regulierungsverfügung unangewendet bleiben müssen und zur Sicherstellung eines rechtmäßigen Entgeltgenehmigungsverfahrens zurückzunehmen sind. Von einer förmlichen Beantragung der Rücknahme hatte Vodafone ausdrücklich nur deswegen abgesehen, weil davon auszugehen war, dass die Beschlusskammer dies von Amts wegen berücksichtigen werde. Auch im Entgeltantrag vom 03.06.2019 verwies Vodafone darauf, dass die Vorgaben der Ziffern 7.1 und 7.2 der Regulierungsverfügung nicht zur Anwendung kommen dürfen und daher zurückzunehmen sind.

Dies ist nun nicht erfolgt. Der Verweis des Konsultationsentwurfs auf die Bestandskraft der Regulierungsverfügung greift insoweit allerdings zu kurz. Die Rechtswidrigkeit der Ziffern 7.1 und 7.2 der Regulierungsverfügung ist aufgrund der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 30.05.2018, 6 C 4.17, Rn. 18 ff.) offensichtlich und ohne jeden Zweifel gegeben. Die Rücknahme der rechtswidrigen, die Vodafone belastenden Vorgaben liegt damit gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zwar im Ermessen der Bundesnetzagentur, dieses Rücknahmeermessen ist vorliegend aber auf Null reduziert.

Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Bundesnetzagentur sich nicht in legitimer Weise auf die Bestandskraft der von ihr erlassenen rechtswidrigen Vorgaben berufen darf, um diese zu Lasten des regulierten Unternehmens erneut anzuwenden. Dies würde den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen. Zudem würde die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unterlaufen, wonach die Bundesnetzagentur gerade nicht befugt ist, im Entgeltgenehmigungsverfahren erforderliche Prüfungen und Abwägungen unter Berufung auf Vorgaben der Regulierungsverfügung zu unterlassen. Zweck und Regelungsgehalt der Vorschriften der §§ 30 ff. TKG, wonach die Entgeltregulierung in einem zweistufigen Verfahren erfolgt, in dessen erster Stufe nur das Ob und Wie der Entgeltregulierung entscheiden wird, in der zweiten Stufe hingegen sowohl über den Entgeltmaßstab als auch über die Entgelthöhe (BVerwG, Urteil vom 30.05.2018, 6 C 4.17, Rn. 28 ff.), würde damit unterlaufen.

Die Berufung auf einen vorab unzulässig festgelegten Entgeltmaßstab stellt daher einen Rechtsfehler des Entgeltgenehmigungsverfahrens dar und führt zur Rechtswidrigkeit der Entgeltgenehmigung. Dies gilt um so mehr, als die der Festlegung des Entgeltmaßstabes zugrundeliegende Abwägung voraussetzt, dass die Entgelthöhe, die sich bei Anwendung der unterschiedlichen Maßstäbe oder Vorgehensweisen voraussichtlich ergibt, zumindest annähernd ermittelt wird (BVerwG, a.a.O., Rn. 49). Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Der Verweis auf die bestandskräftige Ziffer 7.1 des Tenors der Regulierungsverfügung führt somit unweigerlich zur unzureichenden und rechtsfehlerhaften Durchführung des Entgeltgenehmigungsverfahrens und damit zur Rechtswidrigkeit der Entgeltgenehmigung. Diese Folge muss die Bundesnetzagentur verhindern, indem sie die rechtswidrige Vorgabe von Amts wegen zurücknimmt und den anzuwendenden Entgeltmaßstab in der Entgeltgenehmigung selbstständig prüft und festlegt.



Zum anderen ist die Bundesnetzagentur zur Rücknahme der rechtswidrigen Vorgabe der Ziffer 7.1 der Regulierungsverordnung verpflichtet, um eine Diskriminierung der Vodafone gegenüber anderen Mobilfunknetzbetreibern zu verhindern. Es steht außer Frage, dass die Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte für alle Mobilfunknetzbetreiber symmetrisch erfolgen muss, das heißt unter Anwendung derselben Entgeltermittlungsmethode und desselben Entgeltmaßstabes und mit demselben Ergebnis in Bezug auf die Entgelthöhe. Dies entspricht sowohl den Vorgaben Nr. 1 Satz 2, Nr. 9 und Nr. 10 der Terminierungsempfehlung 2009/396/EG, wonach eine Abweichung vom Gebot symmetrischer Entgelte nur bei Vorliegen objektiver Kostenunterschiede, die hier nicht gegeben sind, zulässig ist, als auch der Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur. Die hierzu in der maßgeblichen Regulierungsverordnung angeführten Gründe (dort S. 81 ff.) sind weiterhin zutreffend.

Um eine symmetrische Entgeltregulierung sicherzustellen, ist zwingend bei allen Mobilfunknetzbetreibern derselbe Entgeltmaßstab anzuwenden. Es kann hierfür nicht darauf ankommen, inwieweit die diesbezüglichen Vorgaben der Regulierungsverordnungen bestandskräftig geworden sind. Denn das Entgeltgenehmigungsverfahren muss eigenständig die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Entgeltgenehmigungen sicherstellen und darf sein Ergebnis nicht davon abhängig machen, ob das regulierte Unternehmen die insoweit rechtswidrige Regulierungsverordnung erfolgreich angefochten hat. Die Bundesnetzagentur darf nicht sehenden Auges einen rechtswidrigen Zustand schaffen, indem sie sich zu Lasten eines regulierten Unternehmens auf die Bestandskraft der rechtswidrigen Regulierungsverordnung beruft und diese treuwidrig anwendet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn damit die Möglichkeit geschaffen wird, dass für die Mobilfunknetzbetreiber im Ergebnis unterschiedliche Entgeltmaßstäbe zur Anwendung kommen und in der Folge unterschiedlich hohe Entgelte genehmigt werden.

Die Bundesnetzagentur war und ist daher verpflichtet, die Ziffer 7.1 der Regulierungsverordnung gemäß § 48 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG zurückzunehmen. Deren rechtswidrige, die Vodafone belastende Vorgabe muss unangewendet bleiben, der anzuwendende Entgeltmaßstab ist vielmehr im vorliegenden Verfahren zu prüfen und festzulegen.

b) Erforderlichkeit der Anwendung des KeL-Maßstabes

Die vorzunehmende Abwägung zum Entgeltmaßstab muss zu dem klaren Ergebnis kommen, dass der Entgeltermittlung die KeL unter Berücksichtigung der Leistungsmengenneutralen Gemeinkosten im Sinne von § 32 Abs. 1 TKG zugrunde zu legen sind. Gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG besteht eine gesetzliche Vorprägung zur Anwendung des KeL-Maßstabes, wohingegen andere Vorgehensweisen wie der im Konsultationsentwurf vorgesehene pure LRIC-Maßstab subsidiär sind (BVerwG, Urteil vom 30.05.2018, 6 C 4.17, Rn. 31). Eine bessere Eignung des pure LRIC-Maßstabes besteht vorliegend nicht. Dies hat Vodafone bereits im Entgeltantrag vom 03.06.2019 (S. 10 ff.) dargelegt, worauf hier verwiesen wird.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Erwägungen der Beschlusskammer im Parallelverfahren BK 3a-19/022, in dem eine Abwägung in Bezug auf den anzuwendenden Entgeltmaßstab vorgenommen wurde (siehe Konsultationsentwurf vom 04.10.2019, S. 19 ff.). Die Beschlusskammer führt dort zugunsten des pure LRIC-Maßstabes die Regulierungsziele der Förderung der Nutzer- und Verbraucherinteressen, des chancengleichen Wettbewerbs sowie



des europäischen Binnenmarktes an. Insoweit verweisen wir auf die bereits als Anlage ASt. 1 beigefügte Stellungnahme vom 09.06.2016, wonach keine kausal nachweisbare Förderung der Verbraucherinteressen durch den pure LRIC-Maßstab besteht und das Binnenmarktziel die Anordnung des pure-LRIC-Maßstabes ebenfalls nicht trägt. Nichts anderes gilt für die von der Beschlusskammer herangezogenen wettbewerblichen Effekte, die sich vorwiegend auf Indizien stützen, jedoch keine fundierte Basis für eine bessere Eignung des pure-LRIC-Maßstabes bilden.

Zugunsten des KeL-Maßstabes führt der Konsultationsentwurf die Regulierungsziele der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und des Ausbaus von hochleistungsfähigen Netzen der nächsten Generation an, allerdings nur mit geringem Gewicht. Dies ist im Hinblick auf die Bedeutung dieser Regulierungsziele verfehlt. Der weitere Infrastrukturausbau hat eine enorme gesellschaftliche und ökonomische Bedeutung. Dies gilt im Mobilfunkbereich sowohl in Bezug auf die Verbesserung der Mobilfunkabdeckung einschließlich der Schließung „weißer Flecken“ als auch im Hinblick auf den Aufbau eines 5G-Mobilfunknetzes. Die hohe Bedeutung der hierfür erforderlichen Investitionen wurde im Rahmen des kürzlich abgeschlossenen 5G-Frequenzvergabeverfahrens deutlich und gerade auch von der Bundesnetzagentur immer wieder betont. Den drei etablierten Mobilfunknetzbetreibern wurden für die Teilnahme an der Frequenzauktion überaus weitreichende Versorgungsaufgaben auferlegt, die zu einem immensen Investitionsbedarf führen (siehe dazu Entgeltantrag vom 03.06.2019, S. 11 f.). Zugleich sind diese Netzbetreiber verpflichtet, mit dem neu hinzutretenden vierten Mobilfunknetzbetreiber über die Gewährung von nationalem Roaming zu verhandeln, damit der Neueinsteiger die Netze der etablierten Mobilfunknetzbetreiber mitnutzen und diesen auch ohne eigenen Netzausbau starke Konkurrenz machen kann, was eine zusätzliche erhebliche Belastung darstellt.

Angesichts dessen ist es völlig unangemessen, dem vorliegend zu genehmigenden Terminierungsentgelt eine nur geringe Bedeutung für die Ermöglichung der anstehenden Investitionen zuzusprechen. Das gilt erst recht in Bezug auf Vodafone, für die sich – anders als im Fall der Telekom Deutschland GmbH – aufgrund ihres geringeren Marktanteils im Festnetzbereich die Genehmigung höherer Mobilfunkterminierungsentgelte durchaus auf ihre Investitionsmöglichkeiten auswirken. Daher ist die Annahme der Beschlusskammer, die Genehmigung höherer Terminierungsentgelte würden keinen Anreiz für den weiteren Mobilfunkausbau setzen, unzutreffend. Ausschlaggebend kann zudem nicht sein, dass die Mobilfunknetzbetreiber auch bei Genehmigung niedriger Terminierungsentgelte investieren würden bzw. aufgrund der Versorgungsaufgaben investieren müssten. Denn wie bereits im Entgeltantrag dargelegt, sind gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG Infrastrukturinvestitionen zu fördern und ist der Investitionstätigkeit der regulierten Unternehmen insbesondere durch die Rücknahme der Regulierungsintensität Rechnung zu tragen. Die Anwendung des pure LRIC-Maßstabes, der entgegen der gesetzlichen Vorgabe des § 32 TKG zu einer Kostenunterdeckung führt, ist das Gegenteil dessen, was § 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG für den vorliegenden Fall umfangreicher und besonders kostenintensiver Investitionen in verbesserte und neue Infrastruktur vorsieht.

Die nach § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG vorzunehmende Abwägung fällt damit bei rechtsfehlerfreier Betrachtung überaus deutlich für die Anwendung des KeL-Maßstabes des § 32 TKG aus. Es besteht insoweit auch eine nationale Besonderheit, die eine Abweichung von der Terminierungsempfehlung rechtfertigt (dazu siehe Entgeltantrag vom 03.06.2019, S. 12 f.).



2. Festlegung der Blockierungswahrscheinlichkeit im WIK-Kostenmodell

Ausweislich des Konsultationsentwurfs (S. 30) wurde für die Entgeltermittlung anhand des WIK-Kostenmodells die Blockierungswahrscheinlichkeit von 0,15 % auf 0,10 % abgesenkt. Vodafone begrüßt dies als Schritt in die richtige Richtung, der jedoch nicht weit genug geht. Die Blockierungswahrscheinlichkeit des Referenznetzbetreibers muss den tatsächlichen Gegebenheiten bei den regulierten Unternehmen Rechnung tragen und darf sich nicht auf die Erfüllung lediglich von Mindestqualitäten beschränken.

Bei dem von Vodafone ausgewiesenen und in ihrem Netz tatsächlich realisierten Wert handelt es sich nicht um ein Ergebnis statistischer Messungen aufgrund von Überkapazitäten, wie die Beschlusskammer vorträgt. Vielmehr hat Vodafone konsequent in ihr Netz investiert, unter anderem mit dem Ziel, die Blockierungswahrscheinlichkeit abzusenken und damit die Verbindungsqualität zu erhöhen. Dies stellt eine zukunftsgerichtete Sicherstellung der Netzqualität dar, zumal erfolglose Verbindungsversuche zunehmend problematisch sind. Sie werden gerade im Mobilfunk weder von Endkunden akzeptiert, noch lassen sich mit einer verhältnismäßig hohen Blockierungswahrscheinlichkeit innovative Dienste realisieren, die auf absolut zuverlässigen Verbindungsaufbau angewiesen sind. Dies unterscheidet die diesbezüglichen Qualitätsansprüche deutlich vom Festnetzbereich, weshalb eine Übertragung der dort angenommenen Mindeststandards auf den Mobilfunkbereich verfehlt ist. Ein effizienter Mobilfunknetzbetreiber – und allein auf einen solchen kommt es hier an – wird bestrebt sein, eine Blockierungswahrscheinlichkeit deutlich unterhalb des im Konsultationsentwurf angenommenen Wertes von 0,10 % zu realisieren. Hierauf ist folglich auch für den Referenznetzbetreiber abzustellen.

3. Ermittlung des Kalkulationszinssatzes

Der von der Beschlusskammer nach dem Konsultationsentwurf angesetzte Kalkulationszinssatz ist deutlich zu niedrig. Die grundsätzliche Kritik der Vodafone an der Vorgehensweise in Bezug auf die Zinsermittlung ist der Beschlusskammer bekannt (siehe etwa Entgeltantrag vom 28.04.2014, BK 3a-14/013, S. 35 ff.) und soll hier nicht nochmals vorgetragen werden. Allerdings werden hier auch unabhängig von den methodischen Bedenken die Regulierungsziele der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und des Ausbaus hochleistungsfähiger Netze der nächsten Generation deutlich zu gering gewichtet und damit ein im Ergebnis inadäquat niedriger Zinssatz verwendet.

Für die Ermittlung des Kapitalzinssatzes gemäß § 32 Abs. 3 TKG sind wie bereits im Entgeltantrag dargelegt adäquate Risikozuschläge zu bilden, die auch und gerade erforderliche Investitionen der regulierten Unternehmen berücksichtigen müssen. Die Beschlusskammer berücksichtigt dies zwar im Ansatz in Bezug auf die Begründung der von ihr vorgenommenen exponentiellen Glättung, dies ist jedoch nicht ausreichend. Die Annahme, der festzulegende Zinssatz habe keine oder allenfalls geringe Auswirkungen auf das Investitionsverhalten der regulierten Unternehmen, ist nicht haltbar. Die Investitionsmöglichkeiten der Mobilfunknetzbetreiber hängen von dem verfügbaren Kapital ab, das zwangsläufig von den realisierbaren Einnahmen abhängt. Es gilt insoweit nichts anderes als in Bezug auf den anzuwendenden Entgeltmaßstab (siehe oben 1.b)): den Investitionserfordernissen der Mobilfunknetzbetreiber



ist mit einem im Ergebnis höheren Terminierungsentgelt Rechnung zu tragen. Die vorgenommene Glättung ist daher gerechtfertigt, sie greift aber zu kurz, da der resultierende Zinssatz dennoch zu niedrig ist.

Eine Absenkung des bisherigen, ohnehin schon sehr niedrig angesetzten Zinssatzes kommt aufgrund der erheblichen Belastungen der Mobilfunknetzbetreiber und zur Förderung des weiteren Netzausbaus zur Umsetzung der Versorgungsverpflichtungen aus der 5G-Frequenzvergabe und zur Realisierung eines 5G-Netzes nicht in Betracht.

4. Angemessene Berücksichtigung der Kosten der Frequenzausstattung

Bei der richtigerweise auf Basis des KeL-Maßstabes erfolgenden Entgeltermittlung sind die historischen Frequenzkosten anzusetzen. Dies folgt bereits aus den von der Beschlusskammer selbst im Konsultationsentwurf dargelegten Erwägungen.

Sofern dennoch der pure LRIC-Maßstab Anwendung findet und die Frequenzkosten daher insgesamt nicht in die Entgeltermittlung eingehen, ist eine Korrektur des Ergebnisses erforderlich. Vodafone hat bereits im Entgeltantrag vom 03.06.2019 (S. 16 ff.) vorgetragen, dass ein bei Anwendung des pure LRIC-Maßstabes ermittelter niedrigerer Wert durch einen Korrekturzuschlag auf (mindestens) 0,95 €-Cent/Minute zu erhöhen ist. In der Sache rechtfertigt sich dies auch und vor allem aufgrund der jüngst aufgetretenen und im gesamten Genehmigungszeitraum fortbestehenden außergewöhnlichen Belastungen der deutschen Mobilfunknetzbetreiber infolge der 5G-Frequenzvergabe. Hierzu verweisen wir auf Abschnitt 1.b) oben und die diesbezüglichen Ausführungen im Entgeltantrag. Eine weitere Entgeltabsenkung unter das derzeit genehmigte Entgelt kommt daher angesichts der hohen Kosten der Frequenzausstattung, die neben den eigentlichen Lizenzkosten auch die Kosten für die Erfüllung der Versorgungsaufgaben umfassen, nicht in Betracht.

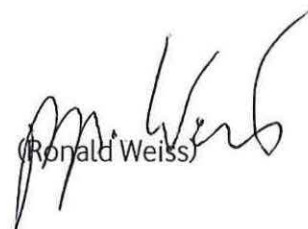
5. Erforderliche Korrektur des Tenors

Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass an zwei Stellen eine Korrektur des Tenors der Entgeltgenehmigung aus formellen Gründen erforderlich ist. Die bezifferten Entgelte gemäß Ziffer 3 des Tenors wurden offenbar unrichtig übertragen und sind auf die in der Begründung des Konsultationsentwurfs (S. 70) genannten korrekten Werte abzuändern. In Ziffer 4. des Tenors ist als Datum für die Befristung der Entgeltgenehmigung der 31.12.2022 anzugeben, wie dies auch in der Begründung (S. 71) der Fall ist.

Mit freundlichen Grüßen

Vodafone GmbH


(Dr. Stephan Korehnke)


(Ronald Weiss)