

BREKO | Menuhinstraße 6 | 53113 Bonn

Per e-mail: referat212@bnetza.de

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post & Eisenbahnen
Referat 212
Im Tulpenfeld 4
53113 Bonn

bonn.berlin.brüssel

BREKO Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.
Menuhinstraße 6
53113 Bonn
Tel.: +49 228 24999-70
Fax: +49 228 24999-72

Hauptstadtbüro Berlin
Invalidenstraße 91
10115 Berlin
Tel.: +49 30 58580-410
Fax: +49 30 58580-412

Büro Brüssel
Rue de Trèves 49
1040 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 290-0108

19.Juni 2018

Anhörung zum Vergabebedingungen und Auktionsregeln für Frequenzen aus den Bereichen 2 GHz und 3,4 bis 3,7 GHz („5G“)

Sehr geehrter Herr Präsident Homann,
sehr geehrte Damen und Herren,

die BNetzA führt derzeit eine Anhörung zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln für Frequenzen aus den Bereichen 2 GHz und 3,4 bis 3,7 GHz („5G“) durch. Offenbar nicht Gegenstand der Auktion und damit dieser Anhörung ist der Frequenzbereich 3,7 bis 3,8 GHz, der für regionale Anwendungen reserviert werden und nicht im Rahmen eines Auktionsverfahrens vergeben werden soll. Die Reservierung dieses Frequenzbereichs für regionale Anwendungen und die Ausnahme aus dem Auktionsverfahren wird seitens des BREKO ausdrücklich begrüßt.

Wie bereits in der mündlichen Verhandlung vom 13.07.2018 spricht sich der BREKO auch hier noch einmal klar für die **Aufrechterhaltung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung (im Weiteren: „DAV“)** aus.

Der Vortrag der Mobilfunknetzbetreiber (MNO) u.a. in der mündlichen Anhörung vom 13.07.2018, wonach jedenfalls mit dem Auslaufen der UMTS-Lizenzen keine Rechtsgrundlage mehr für eine DAV bestünde, ist nicht zutreffend.

Die Aufrechterhaltung der DAV kann sowohl aus § 60 Abs. 2 TKG als auch aus § 61 Abs. 6 TKG begründet werden.

1. Begründung einer DAV aus § 60 Abs. 2 TKG

Nach § 60 Abs. 2 TKG kann die Frequenzzuteilung zur Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen sowie der weiteren in § 2 TKG genannten Regulierungsziele mit Nebenbestimmungen versehen werden. Die Befugnis der BNetzA zur Festlegung von Frequenznutzungsbestimmungen ergibt sich zudem aus § 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Als Nebenbestimmungen kommen dabei grundsätzlich alle Maßnahmen in Betracht, die erforderlich und angemessen sind, um die Regulierungsziele des § 2 TKG zu sichern und umzusetzen. In Betracht kommen hier insbesondere die Regulierungsziele der „Wahrung der Nutzerinteressen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und der „Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte“ (2 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

a) Europarechtliche Grundlagen

Dass die Auferlegung bzw. Aufrechterhaltung einer DAV eine zulässige Nebenbestimmung darstellt, ergibt sich auch aus Art 8 Abs. 3 der Richtlinie 2002/19/EG („Zugangsrichtlinie“) in Verbindung mit Bedingung 7 in Teil des Anhangs B der Richtlinie 2002/20/EU („Genehmigungsrichtlinie“). Ausdrücklich sieht Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie in bestimmten Fällen die Auferlegung von Remedies aus den Artikeln 9 bis 13 – und damit auch einer DAV als Zugangsverpflichtung im Sinne des Art. 12 – auch unabhängig von formell festgestellter beträchtlicher Marktmacht (SMP) vor. Damit ist die Ausnahmeregelung aus Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie in Verbindung mit Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie von dem europäischen Gesetzgeber ausdrücklich auch als taugliche Rechtsgrundlage für die SMP-unabhängige Auferlegung einer DAV geschaffen worden. Wäre eine Auferlegung der Remedies der Artikel 9 bis 13 über Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie nämlich nicht möglich, würde Bedingung 7 in Teil B des

Anhangs der Genehmigungsrichtlinie ja gerade keine Ausnahmeregelung („unbeschadet“) des Grundsatzes der Auferlegung von Remedies nur bei formell festgestellter SMP darstellen. Damit wäre jedoch die ausdrückliche Aufführung dieser Vorschrift in der Auflistung von Ausnahme-Ermächtigungsgrundlagen des Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie hinfällig. Dass der europäische Gesetzgeber dies anders und damit auch Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie als taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Auferlegung einer DAV angesehen hat, ist durch den ausdrücklichen Verordnungswortlaut eindeutig dokumentiert. Jede andere Auslegung würde den Willen des Gesetzgebers zur Gestaltung der Ermächtigungsgrundlagen als „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ konterkarieren.

Somit wäre von der Ausnahme-Ermächtigungsgrundlage des Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie in Verbindung mit Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie auch eine DAV umfasst, welche von den MNOs im Rahmen des Auktionsverfahrens eingegangen worden ist. Nicht erforderlich ist dabei, dass die Eingehung dieser Verpflichtung „freiwillig“ erfolgt sein müsste. Zwar deutet das Wort „eingegangen“ auf ein gewisses Maß an Freiwilligkeit hin. Aus dem Wort „Verpflichtung“ ergibt sich jedoch, dass es sich hierbei auch um eine gegen den Willen der MNOs vorgegebene Auflage handeln kann. Dieses Auslegungsergebnis wird auch von Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie gedeckt, dessen Wortlaut bei der Auslegung von Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie im Kontext von Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie zwingend zu berücksichtigen ist. Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie spricht dabei selbst von einer „Auferlegung“ der in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen. Mit dem Begriff der „Auferlegung“ hat der europäische Gesetzgeber somit eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die nationalen Regulierungsbehörden auch Verpflichtungen im Sinne von Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie vorgeben können sollen. Auf eine „freiwillige“ Eingehung einer Verpflichtung kann es deshalb nicht ankommen. Die Aufrechterhaltung bzw. Auferlegung einer DAV ist daher eine zulässige Bedingung im Sinne des Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie in Verbindung mit Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie und damit vom europäischen Recht gedeckt.

b) Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung

Nach § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG sind Nebenbestimmungen zulässig, die der Sicherung einer effi-

zienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen dienen. Dabei ist das Kriterium einer „effizienten Frequenznutzung“ nicht nur technisch, sondern auch wettbewerbsökonomisch aufzufassen.¹ Der erhebliche wettbewerbliche Nutzen einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung wird nicht zuletzt im jüngsten Sondergutachten der Monopolkommission betont. Danach leisten Diensteanbieter und MVNO einen wesentlichen Beitrag für den funktionsfähigen Wettbewerb auf den Mobilfunkmärkten – und dies nicht nur mit Blick auf die Förderung von Verbraucherinteressen, sondern auch für eine effizientere Nutzung knapper Frequenzressourcen.² Durch die Zulassung von Diensteanbietern und MVNO wird ein deutlich höheres Wettbewerbsniveau erreicht, ohne dass die technische Effizienz beeinträchtigt würde, da der Aufbau einer parallelen Netzinfrastruktur nicht erforderlich ist.³

c) Sicherung weiterer Regulierungsziele (§ 2 Abs.2 Nr.1 und 2 TKG)

Gemäß § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG sind darüber hinaus solche Nebenbestimmungen gerechtfertigt, die der Sicherung weiterer Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG dienen. Dabei kommen vor allem die Regulierungsziele der Wahrung der Nutzer- und insbesondere der Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) in Betracht.

Bei den zum Aufbau von Mobilfunknetzen benötigten Frequenzen handelt es sich um nur im begrenzten Umfang verfügbare öffentliche Ressourcen. Daher wird die Anzahl der Unternehmen, die im Mobilfunkmarkt als Netzbetreiber (MNO) agieren können, neben ökonomischen Ressourcen naturgemäß durch die Verfügbarkeit dieser Ressourcen bestimmt. In der Folge hat es im deutschen Mobilfunkmarkt über alle Mobilfunkstandards hinweg nie mehr als vier - und nach dem Zusammenschluss von Telefonicá und E-Plus nur noch drei – Netzbetreiber gegeben, die zudem – jedenfalls nach dem Zusammenschluss von Telefonicá und E-Plus – vergleichbar hohe Marktanteile halten. Starke Skalierungseffekte auf der Netzebene, ein hoher Anteil fixer, versunkener Kosten und eine hohe mindestopoptimale Betriebsgröße (MOB) im Verhältnis zur relevanten Nachfrage stel-

¹ vgl. Riegner/Kühn in „Beck'scher TKG-Kommentar 4.A. (2013) Rn 4 zu § 52 TKG

² Monopolkommission Sondergutachten 78 „Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen!“ (2017) Rn.42 S.39 f.

³ Vgl. Berger-Kögler: „Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung bei der bevorstehenden Neuvergabe von Frequenzen“ (2013) S.31

len zudem erhebliche Markteintrittsbarrieren für neue Netzbetreiber dar.⁴ Aufgrund der besonderen Marktstruktur spricht auch die Erfahrungen in der Vergangenheit dafür, dass der Binnenwettbewerb zwischen den MNO auch in Bezug auf 5G begrenzt sein wird.

Zumindest zwischen den Betreibern „T-Mobile“ und „Vodafone“ kann mit Blick auf die Tarifgestaltung und die Preisbildung zudem ein gewisses Maß an Parallelverhalten festgestellt werden. Die Zulassung netzunabhängiger Diensteanbieter und MVNO führt zu einem disziplinierenden Außenwettbewerb und trägt damit wesentlich zur Wettbewerbsbelebung im Mobilfunkmarkt bei. Die positive und nachfragestimulierende Rolle der Diensteanbieter und MVNO als „Enabler“ wird sowohl im Eckpunktepapier der BNetzA, insbesondere in den Ausführungen zu „Eckpunkt 13“ als auch im Sondergutachten der Monopolkommission (Rn. 40ff.) betont.

Die DAV dient somit sowohl dem Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte als auch der Wahrung der Interessen der Verbraucher, die von einem vitalen Dienstewettbewerb in Form größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise, Qualität und innovativer Produkte profitieren.⁵

Zu beachten ist ferner, dass § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht nur die Verbraucher- sondern darüber hinaus auch die Nutzerinteressen adressiert. „Nutzer“ sind aber auch gewerbliche Nachfrager, die die betreffende Leistung auf dem Endkundenmarkt anbieten wollen. Damit schützt das Regulierungsziel der „Wahrung der Nutzerinteressen“ auch ganz unmittelbar die Interessen der Diensteanbieter selbst.

Wegen der starken positiven Effekte auf die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG ist die Aufnahme einer DAV in die 5G-Vergabebedingungen nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu geboten.

Die Auferlegung einer Diensteanbieterspflichtung würde auch nicht zu einer Verringerung der Investitionsanreize für die Netzbetreiber führen, so wie es von diesen behauptet wird. Im Gegenteil: der Markterfolg sowohl von GSM als auch von UMTS ist wesentlich durch innovative Produkte und die Vermarktungsstärke der Service-Provider getrieben worden, die maßgeblich zu einer guten Netzauslastung und damit der schnelleren Amortisation der entsprechenden Investitionen beigetragen haben. Damit zahlt die Auferlegung einer Diensteanbieterspflichtung auch auf das Regulierungsziel einer Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Netzen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) ein.

⁴ Berger-Kögler: a.a.O. S.30

⁵ Monopolkommission a.a.O. Rn 42

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass alle rechtlichen Voraussetzungen des § 60 Abs.2 S. 1 TKG für die (ggf. klarstellende) Aufnahme einer DAV in die Bedingungen der 5G-Lizenz gegeben sind.

2. Begründung einer DAV aus § 61 Abs. 6 TKG

a) Die rechtliche Befugnis zur weiteren Aufrechterhaltung der DAV auch bei 5G ergibt sich darüber hinaus auch aus § 61 Abs. 6 TKG. Danach werden Verpflichtungen, die der Antragsteller im Laufe eines Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahrens eingegangen ist Bestandteile der Frequenzzuteilung. Aus der europarechtlichen Grundlage in Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie in Verbindung mit Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie ergibt sich, dass als „Verpflichtungen“ nicht nur solche Zusagen zu verstehen sind, die der Frequenzerwerber freiwillig eingeht, sondern auch Festlegungen der Behörde, soweit diese in Bezug auf das betreffende Netz oder den betreffenden Dienst objektiv gerechtfertigt, nicht diskriminieren, verhältnismäßig und transparent sind.⁶ Dass auch eine DAV grundsätzlich eine im Zuge der Vergabebedingungen auferlegbare Verpflichtung ist, ergibt sich u.a. aus § 150 Abs. 4 S. 2 TKG der als „eingegangene Verpflichtung“ insbesondere die Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen herausstellt.

b) Die (deklaratorische) Aufnahme der DAV als Verpflichtung im Sinne des § 61 Abs. 6 TKG ist dabei **auch verhältnismäßig**, da nicht damit zu rechnen ist, dass die MNO adäquate freiwillige Zugangsvereinbarungen mit Diensteanbietern treffen werden. Bereits die GSM-Lizenzen (2G, jedenfalls für die beiden D-Netze) als auch die UMTS-Lizenzen (3G, für alle Betreiber) enthielten eine Diensteanbieterverpflichtung als Auflage. Bei der Zuteilung der LTE-Frequenzen (4G) meinte die BNetzA auf die ausdrückliche Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung verzichten zu können, da sie – zu Recht – davon ausgegangen ist, dass die mit der Zuteilung der UMTS-Frequenzen auferlegte Diensteanbieterverpflichtung über § 150 Abs. 4 TKG technologieneutral und personen- gebunden für den LTE-Standard fortwirkt.

Allerdings wird die – rechtlich an sich klare – Ausdehnung der Diensteanbieterverpflichtung aus den UMTS-Zuteilungen auf 4G zumindest von den Netzbetreibern „T-Mobile“ und „Vodafone“ nicht oder nur sehr begrenzt anerkannt. So sieht „Vodafone“ in Bezug auf LTE allenfalls eine Verpflichtung zum Angebot des „Tarifportfolios von Vodafone“, wodurch der Wettbewerb auf einen reinen Preiswettbewerb reduziert würde und die Gestaltung eigener innovativer Produkte durch

⁶ Trute: „Gutachterliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der 5G-Frequenzzuteilung“ (2017) S.35

den Service-Provider – eine zentrale Intention der Diensteanbieterregelung – vereitelt würde. Die Telekom hat im Streitbeilegungsverfahren betreffend einen Zugang zu „MagentaZuhause-hybrid“ eine Ausdehnung der Diensteanbieterverpflichtung aus den UMTS-Lizenzen auf LTE komplett abgestritten. Es ist daher schon zur Klarstellung erforderlich, im Rahmen der Frequenzbedingungen für 5G wieder ausdrücklich eine Diensteanbieterverpflichtung mit aufzunehmen. Diese sollte um die Auflage einer Zulassung auch von virtuellen Mobilfunknetzbetreibern (MVNO) ergänzt werden, um das wettbewerblich Innovationspotenzial möglichst umfassend auszuschöpfen.

Auch die Monopolkommission stellt im Sondergutachten das weitgehende Scheitern freiwilliger Zugangsvereinbarungen im Zusammenhang mit 4G-Produkten heraus. Der fusionsbedingte Wegfall eines MNO und damit potentiellen Vorleistungsanbieters sowie die zunehmende Etablierung von Zweitmarken der MNO sind weitere Faktoren, die den Abschluss adäquater freiwilliger Zugangsvereinbarungen aus Sicht der Monopolkommission weniger wahrscheinlich machen.⁷

Unter Verhältnismäßigkeitserwägungen steht der Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in die Frequenzbedingungen auch nicht das Argument der MNO entgegen, ihnen würden in erheblicher Weise Investitionsmittel entzogen (in der mündlichen Anhörung wurde dieser Effekt von Seiten der MNO mit „geschätzt € 3 Mrd. pro Jahr“ beziffert, ohne dass dieser Vortrag substantiiert worden wäre). Zum einen stehen dem auch erhebliche Einnahmen aus dem Service-Provider-Geschäft gegenüber⁸. Zum anderen dürften, worauf die Monopolkommission hinweist, die möglicherweise reduzierten Gewinne der MNO zumindest teilweise wegen durch die Aufnahme einer DAV geringeren Zuschlagspreise im Zuge der Frequenzauktion kompensiert werden.⁹

Es ist daher schon zur Klarstellung erforderlich und verhältnismäßig, im Rahmen der Frequenzbedingungen für 5G wieder ausdrücklich eine Diensteanbieterverpflichtung im Sinne einer „transparenten, nicht-diskriminierenden und verhältnismäßigen Verpflichtung“ gemäß § 61 Abs. 6 TKG mit aufzunehmen. Diese sollte um die Auflage einer Zulassung auch von virtuellen Mobilfunknetzbetreibern (MVNO) ergänzt werden, um das wettbewerblich Innovationspotenzial möglichst umfassend auszuschöpfen.

cc) Wie bereits oben herausgestellt, gehen die MNOs auch die „Verpflichtung“ im Sinne des § 61 Abs. 6 TKG dadurch ein, dass sie sich in Kenntnis der Frequenzbedingungen an der Auktion betei-

⁷ Monopolkommission a.a.O. Rn 42

⁸ So teilte das Unternehmen Freenet mit, dass allein Freenet jährlich € 1-2 Mrd. an die MNO zahle. Vgl. „golem.de“ vom 18.07.2018

⁹ Monopolkommission a.a.O. Rn 43

gen. Durch Vergabeentscheidung und die darauf folgende Frequenzzuteilung wird die DAV für den MNO dann auch unmittelbar rechtlich verbindlich.¹⁰


Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Aufnahme einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung für 5G nicht nur rechtlich möglich, sondern erforderlich, angemessen und verhältnismäßig ist, um eine effiziente Frequenznutzung sicherzustellen und den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2, und 5 TKG zu entsprechen.

Für Rückfrage oder eine tiefere Erörterung der angesprochenen Punkte stehen wir der BNetzA gerne zur Verfügung.

Mit freundliche Grüßen



Dr. Stephan Albers
(Geschäftsführer)



Benedikt Kind
(Leiter Recht & Regulierung)

¹⁰ Trute: a.a.O.S.36