

Rechtsgutachten

Rechtsgrundlagen für eine Diensteanbieterverpflichtung
bei Neuvergabe der UMTS-Frequenzen

- Kernfragen der Frequenzverteilungsuntersuchung 2016 -

erstellt für die

freenet AG

von

Prof. Dr. Wolfgang Spoerr
Fabian Seip
Jakob Schemmel

Berlin, 22. April 2016

A. Fragestellung

Im Rahmen der Konsultation zur Frequenzverteilung im 2-GHz-Band nach Kenntnis der Neuallokation im 1800-MHz-Band (im Nachgang zur Telefónica/E-Plus-Fusion) hat die BNetzA die Marktbeteiligten zur Stellungnahme auf zehn Fragen aufgefordert.¹

Die Fragen 1-8 und 10 betreffen eine mögliche Neuallokation von Frequenzen im 2-GHz-Bereich, in dem Telefónica/E-Plus derzeit über mehr als doppelt so viel Spektrum verfügen wie jeder der beiden anderen Netzbetreiber Telekom und Vodafone. freenet weist darauf hin, dass eine Gleichverteilung der Frequenzverteilung die Symmetrie der verbliebenen Netzbetreiber weiter verstärkt. Symmetrie belebt den Wettbewerb auf einem engen Oligopolmarkt nicht. Der Mobilfunkmarkt zeigt bereits heute die wesentlichen Merkmale für eine implizite Koordination im engen Oligopol. Auch bei unabhängigem Verhalten der Marktteilnehmer haben sie nur noch geringe Anreize für Wettbewerbsvorstöße im Hinblick auf Preise, Kapazitäten und Produkte.

Entscheidend sind daher Wettbewerbsimpulse von Marktteilnehmern, die nicht selbst über Frequenznutzungsrechte verfügen, wie die Diensteanbieter. Voraussetzung für einen weiterhin erheblichen Einfluss der Diensteanbieter auf den Wettbewerb ist aber der Fortbestand und die Weiterentwicklung der Diensteanbietersverpflichtung (DAV) nach Ablauf der bestehenden Zuteilungen für UMTS-Frequenzen in den Jahren 2020/2021. Wir gehen daher im Folgenden auf Aspekte der Frage 9 ein, die den Einfluss der Diensteanbieter und MVNO auf die Wettbewerbssituation der Netzbetreiber betrifft.

Die BNetzA hat in ihrer Entscheidung Ende 2014 zur Versteigerung ehemaliger GSM- und UMTS-Frequenzen² darauf hingewiesen, dass die DAVen in den UMTS-Lizenzen personengebunden wirken. Sie sind nicht an die Nutzung bestimmter Frequenzen gebunden sind, sie wirken nach § 150 TKG fort, auch nach Neuzuteilung der dort betroffenen Frequenznutzungsrechte (800/1800 MHz).³ Dies entsprach der Auffassung der BNetzA in der Entscheidung wegen frequenzregulatorischer Aspekte des Zusammenschlussvorhabens von Telefónica und E-Plus vom 4. Juli 2014, wonach die DAV aus der bestehenden UMTS-Lizenz der Telefónica für das fusionierte Unternehmen fortgilt.⁴ In beiden Verfahren nahm die BNetzA auf die Erwägungen in

¹ Anhörung zur Frequenzverteilungsuntersuchung 2016 – Kernfragen – v. 07.03.2016.

² Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, BK1-11/003, dort Rn. 687-697 – Projekt 2016.

³ Vgl. bereits Entscheidungsentwurf der Präsidentenkammer v. 14.10.2014, BK1-11/003, dort Rn. 378ff; anders noch der Konsultationsentwurf v. Oktober 2013, Mit.-Nr. 169/2013, dort Rn. 233ff.

⁴ Fusionsbeschluss der Bundesnetzagentur v. 04.07.2014, BK1-13/002, dort Rn. 304ff., v.a. 309.

der Entscheidung der Präsidentenkammer von 2009 (vom 12. Oktober 2009, Az. BK1a-09/002, Vfg. 59/2009) Bezug. Sie unterstreicht dabei die wettbewerbsfördernde Funktion der fortgeltenden DAV.⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob das TKG eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für eine Erneuerung der DAV nach dem Auslaufen der geltenden UMTS-Lizenzen und der Neuvergabe der Frequenzen ermöglicht.

In Ergänzung des Rechtsgutachtens zu Rechtsgrundlagen für eine Diensteanbieterverpflichtung bei Neuvergabe der GSM- und UMTS-Frequenzen vom 4. Oktober 2013 (Gutachten *Spoerr/Seip/Hoerauf*) fassen wir die Argumente zusammen, die aus heutiger Sicht dafür sprechen, den Fortbestand der DAV bei Neuvergabe von Lizenzen zu sichern, die Grundlage für die personengebundene Geltung der DAV sind.⁶

B. Ergebnis und Zusammenfassung

Die BNetzA hat die Möglichkeit, den Fortbestand der DAV für die Zeit nach dem Auslaufen der noch geltenden UMTS-Lizenzen ab 2020/2021 zu sichern und den neuen Gegebenheiten auf dem Mobilfunkmarkt anzupassen. In Betracht kommt insbesondere, dass die BNetzA eine neue Zugangsverpflichtung in einem Zugangsverfahren (§ 21 TKG) auferlegt oder dass die Erwerber von Frequenznutzungsrechten die DAV wie bei Erteilung der Lizenzen im Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahren eingehen (§ 61 Abs. 6 TKG). Dass die Netzbetreiber auch unabhängig von beträchtlicher Marktmacht („SMP“) einer DAV unterliegen entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (§ 150 Abs. 4 TKG).

Nachdem sich die Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss von Telefónica und E-Plus grundlegend geändert haben, ist eine neue Marktfestlegung und die Auferlegung einer geeigneten Wholesale-Zugangsverpflichtung erforderlich. Auf dem Markt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist mittlerweile der natürliche Gleichgewichtszustand erreicht. Er ist gekennzeichnet durch eine nahezu symmetrische Verteilung der Frequenznutzungsrechte und

⁵ Die Fortgeltung der lizenzrechtlichen DAVen aus GSM- und UMTS-Lizenzen hatte die Präsidentenkammer bereits festgestellt, vgl. Festlegung der Präsidentenkammer v. 04.04.2007, Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 15, BK1-06-001, S. 65 ff.

⁶ Zu den übrigen Erwägungsgründen siehe auch Stellungnahme freenet AG v. 26.11.2014 zum Entwurf der Entscheidung der Präsidentenkammer zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen (BK1-11/003) („freenet-Stellungnahme 2014“).

Marktanteile sowie gleichförmiges Wettbewerbsverhalten und eine hohe Transparenz sowohl im Endkunden- als auch im Großhandelsmarkt. Es spricht deshalb alles dafür, dass eine neue Marktfestlegung die Feststellung einer marktmächtigen Stellung (SMP) der verbliebenen Netzbetreiber zum Ergebnis hätte. Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG wäre mithin nach unserem Dafürhalten möglich und erforderlich.

Als *milderes* Mittel ist zumindest eine frequenzrechtliche DAV bei Neuvergabe von Frequenznutzungsrechten nicht nur zulässig, sondern aufgrund des Vorliegens aller Anzeichen für einen oligopolistisch strukturierten Markt mit gleichgerichtetem Verhalten auch erforderlich. § 61 Abs. 6 TKG hält die Zuteilungsinhaber an ihren privatautonom eingegangenen Verpflichtungen fest, sie werden Bestandteil der Frequenzzuteilung. Damit stellt das TKG – neben weiteren Rechtsgrundlagen für die Auferlegung einer DAV – eine Rechtsgrundlage für DAVen zur Verfügung, welche die Netzbetreiber im Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahren eingehen.

Diese Form der DAV ist Ausdruck der Privatautonomie, kein Eingriff in Grundrechte. Unabhängig davon erfüllt sie jedenfalls alle verfassungsrechtlich vorgegebenen Bestimmtheitsanforderungen: Der Gesetzgeber des TKG 2004 hat den Fortbestand der DAVen auf eigenständiger, SMP-unabhängiger und europarechtlich zwingender Grundlage (Anhang, Teil B Nr. 7 der GRL) ausdrücklich gebilligt. Dass die GRL eigenständige Grundlage für eine von den Erwerbern im Vergabeverfahren eingegangenen DAV ist, haben auch Kommission und BVerwG bestätigt.

Letztendlich muss die bestehende DAV in Anbetracht des erheblichen Marktversagens auf dem deutschen Mobilfunkmarkt angepasst werden.

C. Analyse

1. Die Marktverhältnisse auf den Mobilfunkmärkten haben sich grundlegend geändert: Neue Marktfestlegung und Auferlegung einer DAV als Regulierungsmaßnahme erforderlich

Die Verhältnisse auf dem Markt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (Markt 15 in der Märktempfehlung 2003) haben sich seit der letzten Untersuchung im Jahr 2007 erheblich geändert. Der infrastrukturfrequenznutzungsgetriebene Wettbewerb ist in seinem natürlichen Gleichgewichtszustand eines engen, vollständig symmetrischen und transparenten Oligopols mit erheblichen Vermachtungstendenzen angelangt.

Die *Remedies* der EU Kommission zum Fusionskontrollverfahren Telefónica/E-Plus sind ebenfalls nicht ausreichend gewesen, um diese Entwicklung aufzuhalten.⁷ Insbesondere hat der durch die EU-Kommission forcierte Marktzutritt von Drillisch als MVNO im Netz der Telefónica den Wegfall des Wettbewerbers E-Plus und die nunmehr vollständige Gleichheit der Marktpositionen nicht kompensiert.⁸

Auch die Fusionsentscheidung der BNetzA vom 24. Juni 2014, wonach dem Fusionsunternehmen bereits die vorzeitige Rückgabe des 900/1800-MHz-Spektrums aufgegeben wurde und die BNetzA eine Frequenzverteilungsuntersuchung angekündigt hat⁹, zeigt, dass eine neue Marktanalyse notwendig ist.¹⁰

Die BNetzA legt gemäß § 10 TKG für die Märkte, die für eine telekommunikationsrechtliche Regulierung in Betracht kommen, die sachlich und räumlich relevanten Märkte fest und prüft, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht. Sie analysiert – von Amts wegen¹¹ – einen Markt, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Regulierungsverfügung auf dem Markt in Betracht kommt.¹² Die Verhältnisse auf dem Markt für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen begründen mindestens zureichende Anhaltspunkte dafür, dass eine Regulierungsverfügung in Betracht kommt.

⁷ Frank, Gutachterliche Stellungnahme - Diensteanbieter 2020, S. 2 ff.

⁸ Dazu näher unter 4.

⁹ Ziffer 2 und 3 des Tenors des Fusionsbeschluss der Bundesnetzagentur v. 04.07.2014, BK1-13/002.

¹⁰ Siehe bereits Freenet-Stellungnahme 2014, S. 15-19.

¹¹ Gersdorf, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, § 10 Rn. 28.

¹² Geers, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Auflage 2015, § 10 Rn. 4; Gersdorf, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, § 10 Rn. 28.

Die Präsidentenkammer hat ein zentrales Augenmerk bislang auf die Aggregation von Frequenzen im Rahmen des Zusammenschlusses von Telefónica und E-Plus gerichtet. Diese sei nicht mehr das Resultat eines objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens und weder durch die Kundenzahlen noch das Verkehrsaufkommen der jeweiligen Unternehmen gerechtfertigt. Darüber hinaus könne das Fusionsunternehmen die hohen Netzkapazitäten der beiden Netze kurzfristig allen Kunden unter Anwendung des National Roaming zur Verfügung stellen und sich zusätzlich ergebende verkehrstheoretische Vorteile nutzen.¹³

Die nach Rückgabe von Frequenznutzungsrechten durch Telefónica/E-Plus erreichte Gleichheit bei der Frequenzausstattung verstärkt jedoch die Tendenz zum gleichförmigen, engen Oligopol. Die BNetzA hat in der Marktanalyse von 2007¹⁴ bereits herausgearbeitet, dass die Struktur des Marktes einen Anreiz für koordiniertes Verhalten bietet, da der Markt gesättigt und durch eine – damals trotz der Anwesenheit von vier Netzbetreibern bereits bestehende – hohe Konzentration und durch mäßiges Wachstum gekennzeichnet war, ein Gegengewicht auf der Nachfrageseite fehlt, gleichbleibende technische Standards existieren und die ausgereifte Technologie keine technischen Vorteile eines Mobilfunkunternehmens ermöglichen¹⁵, die Produkte homogen und die Markteintrittsbarrieren für Netzbetreiber hoch sind.

Die BNetzA kam damals letztendlich aber zu dem Ergebnis, dass eine stillschweigende Koordinierung nicht nachhaltig gewesen wäre. Die Preise auf der Vorleistungsebene seien intransparent, so dass es den vier Netzbetreibern nicht möglich wäre, eine abgestimmte Strategie festzulegen und beizubehalten.¹⁶ Zudem könne der auf Endkundenebene bestehende Grad an Wettbewerb die Feststellung einer gemeinsamen Marktbeherrschung auf Vorleistungsebene nicht stützen.¹⁷

a) Änderungen, die eine neue Marktfestlegung notwendig erscheinen lassen

Die Tatsachen, die diesen Erwägungen zugrunde lagen, haben sich entscheidend geändert. Insbesondere ist der damals zu beobachtende Rückgang von Endkundenpreisen nicht mehr zu beobachten. 2007 hatte die BNetzA festgestellt, dass die Mobilfunknetzbetreiber ihr Angebot für Endkunden durch neue Tarifstrukturen

¹³ Fusionsbeschluss der Bundesnetzagentur v. 04.07.2014, BK1-13/002, dort Rn. 237.

¹⁴ Festlegung der Präsidentenkammer v. 04.04.2007, Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 15, BK1-06-001, S. 78 ff.

¹⁵ Ebda., S. 80.

¹⁶ Ebda., S. 81 f.

¹⁷ Ebda., S. 84 f.

und differenzierte Preismodelle weiterentwickelt hätten. Insbesondere die Einführung von No-Frills-Angeboten hatte zu dieser Entwicklung beigetragen.¹⁸ Der bei den No-Frills-Angeboten ausgetragene Preiskampf war ein wesentliches Kriterium in der Gesamtschau der BNetzA, die zu dem Ergebnis kam, dass keine gemeinsame Marktbeherrschung bestand.¹⁹ Diese oder eine ähnliche Entwicklung hat es seitdem nicht mehr gegeben. Vielmehr steigen die Preise im Markt für viele Kundengruppen seit geraumer Zeit an, sei es direkt (z.B. aktuelle Erhöhung der Fokustarife bei der Telekom und Vodafone im Neugeschäft um 5 €) oder indirekt (Entfall von preisgünstigeren Tarifen und damit zwangsläufiges Upselling der Kunden).

Bereits vor der Übernahme von E-Plus durch Telefónica im Oktober 2015²⁰ waren Grundvoraussetzungen für die Koordinierung im Oligopol gegeben, darunter stabile Marktverhältnisse. Die auf dem Markt verbliebenen drei Unternehmen erfüllen weiterhin die Oligopolvermutung nach § 18 Abs. 6 GWB. In Folge der Fusion hat sich die wettbewerbliche Situation zusätzlich verschlechtert. Die Marktverhältnisse lassen nunmehr ein (implizit) koordiniertes Verhalten der Anbieter im engen Oligopol erwarten, das sich bereits heute preiserhöhend auswirkt:²¹

- *Hohe Konzentration:* Durch die Übernahme von E-Plus durch Telefónica hat sich die Zahl von vier Netzbetreibern auf drei reduziert. Die hohe Konzentration²² und Symmetrie ist wegen der hohen Flächeninvestitionen der natürliche Gleichgewichtszustand und damit Zielzustand des hier relevanten Mobilfunkmarktes.
- *Symmetrische Verteilung der Frequenznutzungsrechte:* Dies hat die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt und auf dem Markt für Vorleistungen weiter stabilisiert: Die Nutzungsrechte in den verschiedenen Frequenzbändern, insbesondere bei 800, 900 und 1800 MHz, sind nun weitgehend symmetrisch verteilt. Es ist nicht ersichtlich, dass die noch bestehenden Unterschiede in den Frequenzuteilungen im und oberhalb des 3-GHz-Bandes einen wesentlichen Impuls für den Wettbewerb durch unterschiedliche Angebote geben würden, insbesondere unterscheiden sich die Angebote von Telefónica/E-Plus nicht erheblich von den Angeboten der übrigen beiden Mobilfunknetzbetreiber. Allerdings spricht auch wenig dafür,

¹⁸ Ebda., S. 84.

¹⁹ Festlegung der Präsidentenkammer v. 04.04.2007, Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 15, BK1-06-001, S. 84.

²⁰ Vgl. hierzu Fusionsbeschluss der Bundesnetzagentur v. 04.07.2014, BK1-13/002.

²¹ Siehe Frank, Gutachterliche Stellungnahme - Diensteanbieter 2020, S. 10 f., 13.

²² Zur Marktkonzentration siehe Frank, Gutachterliche Stellungnahme - Diensteanbieter 2020, S. 6 f.

die Symmetrie durch eine Gleichverteilung der noch asymmetrischen 2 GHz Frequenzen zu erhöhen.

- *Symmetrische Marktstruktur:* Die verbliebenen Netzanbieter sind sich sehr ähnlich in Netzqualität, Finanzausstattung und Konzernstruktur. Sie verfügen über annähernd gleiche Marktanteile nach Umsatz und Kundenzahl.²³ Diese Marktstruktur reduziert den Anreiz für einen effektiven Wettbewerb unter den verbliebenen Netzanbietern noch weiter. Bereits vor dem Zusammenschluss haben diese Preisentwicklungen nicht gestaltet, sondern lediglich nachvollzogen.
- *Gleichförmiges Wettbewerbsverhalten:* Mit der Fusion fiel mit dem Netzbetreiber E-Plus zudem ein innovativer Impulsgeber auf dem Mobilfunkmarkt weg. Die "Maverick"-Strategie des vorherigen Anbieters E-Plus war von besonderen Preis- und Tarifangeboten geprägt und zwang die übrigen Netzbetreiber immer wieder zu Produktanpassungen. Der Marktzutritt von Drillisch als MVNO (und das Ausscheiden als Diensteanbieter) haben daran nicht maßgeblich etwas geändert, da Drillisch mit einem Umsatz-Marktanteil von unter 2% nicht über die notwendige Marktrelevanz verfügt und zudem durch den MBA MVNO Deal mit Telefónica auf ein Netz festgelegt ist und damit für den Vorleistungswettbewerb keine Rolle mehr spielt.²⁴
- *Transparenz:* Sowohl der Endkundenmarkt als auch der Großhandelsmarkt sind fast vollständig transparent für die Marktteilnehmer, denn er ist stabil, wenig komplex sowie hoch konzentriert.²⁵ Verstärkt wird dieser Zustand weiter durch die Konzentration auf drei Netzbetreiber und durch die deutlich geringere Tarifvielfalt am Markt aufgrund des Erfolgs der (Allnet-)Flatrate-Tarife. Die Einkaufsmodelle und Tarifangebote der Netzbetreiber sind standardisiert und lassen sich mit den branchenweit vorhandenen Nutzungsdaten (Minuten/SMS/Datenvolumen je Tarifcluster) und den Möglichkeiten der Netzbetreiber und Diensteanbieter für die Tarifberechnung ohne Schwierigkeiten schnell vergleichen. Auf dem Großhandelsmarkt zeigen sich die Standardisierungstendenzen an dem nach wie vor vorherrschenden Retail-Minus-Modell (mit vergleichbaren Margensätzen bei allen Netzbetreibern). Die regelmäßigen Verhandlungsgespräche der Diensteanbieter mit allen Netzbetreibern haben zur Folge, dass alle Teilnehmer des

²³ Frank, Gutachterliche Stellungnahme - Diensteanbieter 2020, S. 4ff.

²⁴ Siehe dazu auch die Ausführungen unter 4.

²⁵ Frank, Gutachterliche Stellungnahme - Diensteanbieter 2020, S. 7ff.

Großhandelsmarktes über alle am Markt geltenden Konditionen informiert sind. Dass der Markt transparent (und das Verhalten der Netzbetreiber symmetrisch) ist, zeigt sich auch daran, dass die Marktanteile der Netzbetreiber auf dem Großhandelsmarkt bereinigt um Kanalbesonderheiten annähernd denjenigen auf dem Endkundenmarkt entsprechen und von Seiten der Netzbetreiber vielfach auch von einem „fair share“ im Bestand der Diensteanbieter als Ziel gesprochen wird. Weitere Transparenz in Bezug auf Preisänderungen schaffen die Netzbetreiber selbst durch langfristige Ankündigungen.²⁶

Als ein Ergebnis dieser veränderten Marktverhältnisse haben die Netzbetreiber Telekom und Vodafone im April dieses Jahres ihre Preise koordiniert angehoben. Nachdem die Telekom – in einem bisher einmaligen Vorgehen – die Erhöhung bereits zwei Monate zuvor im Markt signalisiert hatte, hat mittlerweile auch Vodafone eine Preiserhöhung in gleicher Höhe verkündet. Die Preiserhöhung führt dabei auch zur weiteren Parallelisierung der Tarifleistungen beider Wettbewerber.²⁷

b) Entwicklungen auf anderen europäischen Märkten bestätigen den Befund

Diese Entwicklung ist typisch für einen Mobilfunkmarkt im engen Oligopol. So hat Wettbewerbsbehörde Großbritanniens (Competition & Markets Authority - CMA) sich ablehnend gegenüber einem Zusammenschluss der Netzbetreiber Hutchison 3G UK und Telefónica UK geäußert. Auch diese Fusion würde die Anzahl der Netzbetreiber von vier auf drei reduzieren.²⁸ Die CMA geht davon aus, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb erheblich einschränken würde, weil mit Hutchison 3G UK ein besonders preisaggressiver Anbieter des Großhandelsmarktes wegfallen und die Gegenmacht auf Nachfrageseite geschwächt würde.²⁹ Zudem erhöhe die Fusion die Wahrscheinlichkeit eines abgestimmten Vorgehens unter den Netzbetreibern.³⁰ Insgesamt bestehe die Gefahr höherer Preise für den Verbraucher.³¹

Dass diese Befürchtungen berechtigt sind, verdeutlicht die Entwicklung auf dem österreichischen Mobilfunkmarktes. Dort hatte sich die Zahl der Netzbetreiber durch den Zusammenschluss von Hutchison 3G Austria und Orange Austria ebenfalls auf

²⁶ Frank, Gutachterliche Stellungnahme - Diensteanbieter 2020, S. 9 f.

²⁷ Vgl. Frank, Gutachterliche Stellungnahme Diensteanbieter 2020, S. 10 f.

²⁸ Schreiben der CMA an Kommissarin Margrethe Vestager v. 11.04.2016.

²⁹ CMA, Request pursuant to Article 9(2) of Council Regulation (EU) 139/2004, COMP/M.7612, Rn. 37, 40.

³⁰ CMA, Request pursuant to Article 9(2) of Council Regulation (EU) 139/2004, COMP/M.7612, Rn. 42.

³¹ CMA, Request pursuant to Article 9(2) of Council Regulation (EU) 139/2004, COMP/M.7612, Rn. 38.

drei reduziert. In der Folge sind die Endkundenpreise erheblich angestiegen, besonders für Nutzer mit einem mittleren und kleineren Volumen.³² Nur durch weitgehende Verpflichtungserklärungen der Zusammenschlussbeteiligten gegenüber der Europäischen Kommission und regulatorische Maßnahmen der österreichischen Telekommunikationsbehörde konnte der Preisanstieg jedenfalls für Vielnutzer gebremst werden. Zu den Maßnahmen gehörte die Verpflichtung zur Abgabe eines Standardangebots und die Absenkung von Portierungsgebühren. Die Preise für Wagnutzer und Nutzer mit mittlerem Volumen liegen allerdings weiterhin deutlich über dem Niveau von vor dem Zusammenschluss.³³

Es spricht deshalb alles dafür, dass eine neue Marktfestlegung die Feststellung einer marktmächtigen Stellung (SMP) der verbliebenen Netzbetreiber – jeweils einzeln oder gemeinsam – zum Ergebnis hat.

c) Vorbild: Markt für UKW-Antennenmitbenutzung

Die Situation ist nicht ohne Vorbild. Sie entspricht derjenigen auf dem Markt für die UKW-Antennen(mit)benutzung³⁴, dessen Aufnahme in die Märkteempfehlung 2007 die Kommission ebenfalls abgelehnt hatte.³⁵ Auf diesem Markt hat die Präsidentenkammer 2015 erstmals beträchtliche Marktmacht festgestellt und verschiedene Maßnahmen der Zugangsregulierung (u.a. Standardangebot, ex-ante-Preisregulierung) auferlegt. Auf dem dortigen Markt gibt es wie im Mobilfunkmarkt, erhebliche Markteintrittsschranken, insbesondere durch die notwendige Frequenzneukoordination und Kapazitätsengpässe.³⁶ Auf dem UKW-Markt sei ein faktisches Duopol zu beobachten³⁷; auf dem Mobilfunkmarkt gibt es ein enges Oligopol mit drei Anbietern. Eine nennenswerte Gegenmacht auf Nachfrageseite existiert hier wie dort nicht. Eine Chance zur Belebung des Wettbewerbs wurde auch dort im Frequenzverteilungsverfahren gesehen, das allerdings ohne regulatorische Vorgaben der BNetzA weiterhin mit erheblichen Marktzutrittsschranken belastet sei.³⁸

³² RTR-GmbH, Ex-post analysis of the merger between H3G Austria and Orange Austria, März 2016, S. 17.

³³ RTR, Telekom Monitor, 1/2016, S. 16.

³⁴ Festlegung der Präsidentenkammer v. 19.12.2014, Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern - Markt Nr. 18, BK1-12-004.

³⁵ Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, SEC(2007)1483 final, S. 49.

³⁶ Festlegung der Präsidentenkammer v. 19.12.2014, Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern - Markt Nr. 18, BK1-12-004, S. 19.

³⁷ Ebda., S. 35 f.

³⁸ Ebda., S. 39.

Speziell im Vorleistungsbereich ermöglicht hier wie dort eine Zugangsverpflichtung einen zukünftigen Wettbewerb.³⁹

d) Zugangsregulierung als Konsequenz einer neuen Marktfestlegung

Wenn die BNetzA feststellt, dass die Netzbetreiber einzeln oder gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, obliegt es ihr, den Zugang zu den Telekommunikationsnetzen nach pflichtgemäßem Ermessen technisch und kommerziell zu regulieren (§ 21 Abs. 2 TKG). In Betracht kommen dann neben einer bloßen Resale-Verpflichtung (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG) vor allem auch eine Verpflichtung, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten zu gewähren, (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG), die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes und eine ex-post-Entgeltkontrolle (§§ 27, 28 TKG).

³⁹ Ebda., S. 45.

2. Als milderes Mittel ist eine frequenzrechtliche DAV bei Neuvergabe von Frequenznutzungsrechten zulässig, erforderlich und verhältnismäßig

Die Verpflichtung aller drei Netzbetreiber zur diskriminierungsfreien Zulassung von Diensteanbietern im Rahmen einer Frequenzzuteilung ist geeignet und auch erforderlich, um ein Minimum an Wettbewerb auf der Diensteebene zu sichern. Damit werden die immer manifester werdenden Wettbewerbsprobleme zwar nicht vollständig gelöst. Es wird aber sichergestellt, dass das Mindestmaß zur Sicherung einer effizienten Frequenznutzung dauerhaft von momentanen Marktanalysen unabhängig institutionell gesichert wird.

3. Rechtsgrundlagen des TKG für eine DAV

Die Präsidentenkammer hegt nach wie vor Zweifel, ob die Auferlegung einer DAV als Nebenbestimmung ein Eingriff in die Privatautonomie der Zuteilungsinhaber sei⁴⁰ und daher besonderen Anforderungen unterliege. Es stelle sich die Frage, ob nicht die Möglichkeit, eine DAV im Rahmen der Zugangsregulierung aufzuerlegen andere Rechtsgrundlagen im TKG grundsätzlich sperre und ob die Rechtsgrundlagen des TKG für eine DAV ausreichend konkret gefasst seien.⁴¹

Allerdings reichen die Rechtsgrundlagen des TKG für eine Auferlegung der DAV als Nebenbestimmung auch unabhängig von der Feststellung von SMP aus.⁴² Jedenfalls ermöglicht es aber das TKG in Umsetzung der europäischen Vorgaben, dass Frequenzerwerber eine DAV als Verpflichtung im Zuteilungsverfahren eingehen. Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber gesehen und ausdrücklich befürwortet, ebenso wie die grundsätzliche Geltung der DAV für die Netzbetreiber.

a) DAV als eingegangene Verpflichtung nach § 61 Abs. 6 TKG

Nach § 61 Abs. 6 TKG werden Verpflichtungen, die Antragssteller im Laufe eines Versteigerungsverfahrens eingegangen sind, Bestandteil der Frequenzzuteilung. § 61 Abs. 6 TKG n.F. (unverändert gegenüber § 59 Abs. 7 TKG a.F.) setzt die Vorgabe in Anhang B Nr. 7 Genehmigungsrichtlinie (Richtlinie 2002/20/EG, „GRL“) um. Nach Art. 6 Abs. 1 GRL kann die Allgemeingenehmigung für Frequenznutzungsrechte nur an die im Anhang genannten Bedingungen geknüpft werden. Die Bedingungen müssen in Bezug auf das betreffende Netz oder den betreffenden Dienst objektiv gerechtfertigt, nichtdiskriminierend, verhältnismäßig und transparent sein. Nach

⁴⁰ Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, BK1-11/003, dort Rn. 691 – Projekt 2016; siehe dazu bereits *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 6.

⁴¹ Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, BK1-11/003, dort Rn. 691 – Projekt 2016.

⁴² *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 6ff.

Anhang Teil B Nr. 7 gehören zu den Bedingungen, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden können,

„Verpflichtungen, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist.“

Dementsprechend stellt § 61 Abs. 6 TKG klar, dass Erwerber von Frequenznutzungsrechten Verpflichtungen eingehen können und dass diese Verpflichtungen sie bei der Frequenznutzung binden.

Die Kammer hat im Hinblick auf die Rechtsgrundlagen für die Auferlegung einer DAV als Nebenbestimmung (etwa zur Sicherstellung einer ökonomisch effizienten Frequenznutzung nach § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG bzw. zur Sicherstellung von Regulierungszielen nach § 2 TKG) eingewandt, darin liege ein Eingriff in die Privatautonomie der Nutzungsrechtserwerber.⁴³ Die Rechtsgrundlage unterliege daher besonderen Voraussetzungen an ihre Bestimmtheit und Wesentlichkeit. Dies trifft jedenfalls für § 61 Abs. 6 TKG nicht zu.

aa) Keine Beschränkung der Privatautonomie durch eingegangene DAV

Entschließt sich ein Bieter, beim Erwerb von Frequenznutzungsrechten eine DAV einzugehen, dann handelt sich gerade nicht um eine Beschränkung der Privatautonomie durch eine einseitig auferlegte Pflicht. Die Bieter üben durch Eingehen der Verpflichtung ihre Privatautonomie aus. Die Eingehung der Verpflichtung ist eine von mehreren Bedingungen des Frequenzerwerbs und damit Teil der Gegenleistung, die der Bieter erbringt. In der eingegangenen DAV liegt ebenso wenig ein Eingriff in die Privatautonomie wie die Zahlungsverpflichtung in die grundrechtliche Eigentumsgarantie eingreift. § 61 Abs. 6 TKG ist keine Beschränkung der Privatautonomie, sondern Folge ihrer Ausübung. Ihr Grundrecht auf Privatautonomie gewährt den Marktteilnehmern keinen Anspruch auf eine bedingungslose Zuteilung von Frequenzen.⁴⁴

Ebenso hat auch das BVerwG entschieden:

„Die Argumente der Beigeladenen, die die Anwendbarkeit dieses Ausnahmetatbestandes damit bestreitet, dass die hier umstrittene [DAV] [...] mit

⁴³ Entscheidung der Präsidentenkammer v. 12.10.2009, BK1a-09/002, dort S. 106f.; Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, BK1-11/003, dort Rn 691 – Projekt 2016.

⁴⁴ So bereits Freenet-Stellungnahme 2014, S. 9-11.

der Erteilung eines Frequenznutzungsrechts [...] von ihr, der Beigeladenen, nicht im Wege freiwilliger Selbstverpflichtung eingegangen, sondern ihr durch die Beklagte hoheitlich auferlegt worden sei, können schwerlich überzeugen. Denn [...] die Beigeladene als Lizenznehmerin [ist] sämtliche mit der Lizenz verbundenen Verpflichtungen einschließlich der [DAV] insofern eingegangen, als sie diese mit der Bewerbung um die Lizenz bewusst akzeptiert hat. Dies gilt nicht nur für solche Bedingungen, die ein Lizenznehmer wie die Beigeladene selbst angeboten hat, sondern auch für solche, die aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgingen oder vom Auktionator bekanntgegeben wurden (so überzeugend [mwN]).“⁴⁵ [Hervorhebungen hinzugefügt]

bb) § 61 Abs. 6 TKG erfüllt die Bestimmtheits- und Wesentlichkeitsanforderungen

§ 61 Abs. 6 TKG genügt den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie an seine Bestimmtheit. Nach dem Wesentlichkeitsgrundsatz verpflichten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip den Gesetzgeber, wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Verwaltung zu überlassen.

Eine generalklauselartige Regelung kann, wie hier, diesem Gebot durchaus gerecht werden.⁴⁶ Das Bestimmtheitsgebot verlangt lediglich, dass das Gesetz hinreichend klare Maßstäbe bereitstellt, um die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen:

„Der Bestimmtheitsgrundsatz verbietet es dem Gesetzgeber indessen nicht, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden. Es genügt, daß sich die gesetzlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte des Gesetzes.“⁴⁷ [Hervorhebungen hinzugefügt]

⁴⁵ BVerwG v. 18.02.2007, 6 C47.06, dort Rn. 2 – Simyo.

⁴⁶ Vgl. nur BVerfG v. 26.3.2014, 1 BvR 3185/09: „Rechtsnormen brauchen nur so bestimmt zu sein, wie dies nach der Eigenart der zu regelnden Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. BVerfGE 78, 205 (212); 84, 133 (149)), weshalb auch unbestimmte Rechtsbegriffe oder auslegungsfähige Generalklauseln zulässig sind (vgl. BVerfGE 31, 255 (264); 110, 33 (56 f.))“.

⁴⁷ Vgl. BVerfG NJW 1997, 516 (red. Leitsatz); vgl. auch BVerfGE 56, 1 (12); 80, 1 (20 f.).

Dies gilt umso eher, je stärker eine Maßnahme in Grundrechte eingreift.⁴⁸ Auch müssen die Maßstäbe in Abhängigkeit zum jeweiligen Regelungssektor bestimmt werden.⁴⁹

Der Gesetzgeber hat, wie auch § 150 TKG zeigt, bei den im Vergabeverfahren eingegangenen Verpflichtungen nach § 61 Abs. 6 TKG gerade auch an die DAV gedacht wie sie in den 2004 bestehenden GSM- und UMTS-Lizenzen zum Ausdruck kam. Die Regelung hat die europäischen Vorschriften zur Grundlage, auf die sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch die BNetzA die Rechtmäßigkeit der derzeitigen DAV weiterhin stützen.⁵⁰ Aus Wortlaut, Sinnzusammenhang und Vorgeschichte des § 61 Abs. 6 TKG lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass die Vorschrift zur Umsetzung des Anhangs, Teil B Nr. 7 GRL in das TKG aufgenommen wurde.⁵¹

Zudem sind die Anforderungen an die Bestimmtheit nicht sehr hoch, da etwaige Eingriffe in Rechtspositionen der Netzbetreiber allenfalls von schwacher Intensität sind. Die DAV treffen über das „Wie“ der Zugangseröffnung derzeit jedenfalls kaum Regelungen, sondern beschränken sich im Wesentlichen auf das Diskriminierungsverbot. Das stellt jedenfalls gegenüber der Zugangseröffnung mittels einer Regulierungsverfügung gemäß § 21 TKG, welche im Einzelfall auch das „Wie“ der Zugangseröffnung regeln kann⁵², auch ein grundsätzlich milderes Mittel dar:

- Eine bei der Frequenzzuteilung eingegangene DAV ist dem Zuteilungsinhaber vor Erwerb der Nutzungsrechte bekannt, so dass er sie in seine Planung einbezieht. Das kann bei anderen Formen der Zugangseröffnung anders sein.
- Die DAV räumt lediglich einen Anspruch auf Vertragsschluss zu nichtdiskriminierenden, angemessenen Bedingungen ein, flankiert durch ein Verbot bestimmter Bedingungen, die den Abschlusszwang unterlaufen würden (etwa das Verbot der Einschränkung einer eigenen Preis- und

⁴⁸ BVerfGE 49, 89 (126): „In welchen Bereichen danach staatliches Handeln einer Rechtsgrundlage im förmlichen Gesetz bedarf, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung ermitteln. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei in ersten Linie den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den vom Grundgesetz anerkannten und verbürgten Grundrechten zu entnehmen.“ So auch BVerfGE 56, 1 (13); 98, 218 (252); 120, 378 (408); *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Bd. II, 6. Auflage 2010, Art. 20 Rn. 289; *Chr. Hillgruber*, Hdb. StR, Bd. IX, § 201 Rn. 31.

⁴⁹ So bereits BVerfGE 48, 210 (zum Steuerrecht).

⁵⁰ BT-Drucks. 15/2316, S. 107, S. 144; Festlegung der Präsidentenkammer v. 04.04.2007, Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 15, BK1-06-001, S. 67.

⁵¹ BT-Drucks. 15/2316, S. 80 f.

⁵² § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG, dazu *Spindler/Schuster/Neitzel/Hofmann*, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, § 21 Rn. 79.

Konditionsgestaltung sowie anderer Betätigungsfelder und das Recht, Zusatzdienste im Rahmen der Lizenz zu entwickeln und anzubieten⁵³).

- Anders als eine Zugangsverpflichtung ist die eingegangene DAV nicht Grundlage für eine Standardangebotspflicht oder eine ex-post- oder gar ex-ante-Kontrolle von Entgelten. Sie betrifft auch lediglich Produkte der Netzanbieter, bislang sogar in der Praxis beschränkt auf einen Retail-Minus-Ansatz. Zugang etwa zu physischen Netzkomponenten ist damit nicht verbunden.

cc) Der Gesetzgeber hat die SMP-unabhängige DAV nach § 150 Abs. 4 S. 2 TKG ausdrücklich gebilligt

Letztlich können die Fragen, ob die bei Nutzungsrechtserwerb eingegangene DAV in die Privatautonomie eingreift und ob § 61 Abs. 6 TKG für sich genommen die Anforderungen der Bestimmtheit erfüllt, dahin stehen. Denn jedenfalls hat der Gesetzgeber des TKG 2004 mit § 150 Abs. 4 TKG deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er die DAV in den GSM- und UMTS-Lizenzen billigt und mindestens noch für einen Zeitraum von mehr als 15 Jahren – gemessen an den schnellen Produkt- und Innovationzyklen auf den Mobilfunkmärkten ein damals kaum absehbarer Zeitraum – aufrechterhalten will. Damit hat er etwaige Zweifel an der Bestimmtheit ausgeräumt.⁵⁴

„Mit der Formulierung in Absatz 4 wird ausdrücklich im Gesetz klargestellt, dass die für die [...] bisherigen UMTS-Lizenznehmer geltenden Auflagen bzw. Verpflichtungen bezüglich der Diensteanbieter fortgeschrieben wird. Diese ergeben sich für [...] den UMTS-Bereich aus § 4 TKV, der Teil der Lizenzverpflichtungen ist.“⁵⁵

Die Norm dient insbesondere auch der Wettbewerbsförderung.⁵⁶ Vertrauensschutzaspekte hatten dabei ein geringeres Gewicht: Die Norm sichert bereits seit 2004 den Fortbestand der DAV.

Ein wettbewerbsbezogener Schutzzweck ergibt sich mittelbar auch aus der Gesetzesbegründung. Dieser zufolge dient die Regelung des § 150 Abs. 4 TKG der

⁵³ Vgl. BVerwG v. 18.02.2007, 6 C47.06, dort Rn. 34. – Simyo.

⁵⁴ So bereits Freenet-Stellungnahme 2014, S. 8.

⁵⁵ Empfehlungen des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit des 15. Deutschen Bundestags, BT-Drucks. 15/2679, S. 19 zu § 148 Abs. 4 des Entwurfs; vgl. auch Regierungsentwurf BT-Drucks. 15/2316, S. 10.

⁵⁶ Festlegung der Präsidentenkammer v. 04.04.2007, Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 15, BK1-06-001, S. 67 f.; Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, BK1-11/003, dort Rn. 694 – Projekt 2016.

„erforderlichen Rechtssicherheit der Marktteilnehmer über bestehende Rechte und Verpflichtungen“.

Die Rechte der Diensteanbieter, die der Gewährleistung eines funktionierenden Endkundenmarktes dienen, werden vom Gesetzgeber hier besonders betont. Es entspricht dem Willen des Gesetzgebers demnach auch, den Fortbestand der DAV bei Auslaufen der Nutzungsrechte durch formelle Neuregelung zu gewährleisten.

Die Präsidentenkammer hat zu Recht in ihren letzten Entscheidungen insbesondere auf die Funktion des § 150 TKG bei der Wettbewerbsförderung abgestellt.⁵⁷ Dies zeigt sich auch in der Fusionsentscheidung E-Plus/Telefónica.⁵⁸ Danach gilt die Verpflichtung für die fusionierten Unternehmen fort, denn im Interesse der Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG mit Blick auf die Anzahl der Kunden der Diensteanbieter und die Förderung nachhaltigen Wettbewerbs im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG sei die Fortgeltung einer solchen Verpflichtung geboten. Auch weist die Präsidentenkammer im Zusammenhang damit in ihrer Entscheidung darauf hin, dass die DAVen personengebunden, also nicht an bestimmte Frequenzen gebunden, sind.⁵⁹

dd) § 61 Abs. 6 TKG wird als Rechtsgrundlage einer vom Frequenzerwerber eingegangenen DAV nicht durch § 21 TKG gesperrt

Die Zweifel der BNetzA, ob das TKG neben einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG auch SMP-unabhängige Grundlagen für eine DAV vorsieht, sind unbegründet. Die Möglichkeit, eine DAV auch im Rahmen der Zugangsregulierung auszusprechen schließt die übrigen Rechtsgrundlagen nicht aus. Dass hoheitliche Maßnahmen selbst bei eindeutigen und erheblichen Grundrechtseingriffen aufgrund einer Generalklausel zulässig sind, ist etwa im Polizeirecht allgemein anerkannt.⁶⁰

Jedenfalls aber beträfe eine etwaige Sperrwirkung allenfalls eine einseitig nachträglich auferlegte DAV, nicht jedoch die vom Frequenzerwerber im Auswahlverfahren freiwillig eingegangene DAV. Die hohe Regelungsdichte des gesetzgeberischen Konzepts hinter der Zugangsregulierung im TKG zeigt lediglich die Entscheidung des Gesetzgebers, die typischen und besonders eingriffsintensiven Maßnahmen detailliert zu regeln. Eine DAV als einzugehende Verpflichtung im Sinne einer

⁵⁷ Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, BK1-11/003, dort Rn. 694 – Projekt 2016.

⁵⁸ Fusionsbeschluss der Bundesnetzagentur v. 04.07.2014, BK1-13/002, dort Rn. 309.

⁵⁹ Entscheidung der Präsidentenkammer v. 12.10.2009, BK1a-09/002, dort S. 107.

⁶⁰ *Rachor*, in: Lisken/Denniger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Auflage, 2012, Rn. E 724.

Eignungsbestimmung oder durch Nebenbestimmung erfolgt demgegenüber nur bei Neuvergabe der Frequenzen und ist deutlich weniger eingriffsintensiv (keine Entgeltregulierung). Es handelt sich um ein minus oder aliud zum speziell geregelten Zugangsfall.⁶¹

b) Umsetzung europarechtlicher Vorgaben zur eingegangenen DAV

Es kann im Ergebnis dahin stehen, ob § 61 Abs. 6 TKG auf allein nationalrechtlicher Grundlage ausreichend bestimmt wäre, denn jedenfalls sind die Normen des TKG so auszulegen, dass sie den europarechtlichen Grundlagen und dem primärrechtlichen Umsetzungsgebot für europäische Richtlinien (Art. 288 UA. 3 AEUV) genügen.

Der europäische Rechtsrahmen gibt vor, dass die Mitgliedsstaaten ihrerseits Möglichkeiten für von Nutzungsrechtserwerbern eingegangene, SMP-unabhängige DAV vorzusehen haben. Dies musste der Gesetzgeber umsetzen und hat dies mit § 61 Abs. 6 TKG auch getan.

Die EU-KOM hat ausdrücklich anerkannt⁶², dass die GRL eine eigenständige Grundlage für eine DAV ist, die Erwerber von Frequenznutzungsrechten im Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahren eingehen:

„Gemäß Artikel 8(3) der Zugangsrichtlinie dürfen nationale Regulierungsbehörden die in der Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen nur Betreibern auferlegen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Artikel 8(3) ist aber unbeschadet der Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie, die eine Rechtsgrundlage für die Verpflichtung von T-Mobile, Vodafone und E-Plus darstellen könnte.“

Die von der Kommission 2007 geäußerten Bedenken hinsichtlich der diskriminierungsfreien Anwendbarkeit von DAVen auf alle Netzbetreiber (Artikel 8 Abs. 1 lit. c GRL) haben sich nunmehr hinsichtlich Telefónica und E-Plus erledigt. Sie bestünden jedoch voraussichtlich in neuer Form, wenn mit Wegfall der personengebundenen UMTS-Lizenzen eine DAV nur noch für Telefónica (als Folge der Fusion) gelten würde.

Die Eigenständigkeit der Genehmigungsrichtlinie gegenüber den übrigen Richtlinien entspricht auch der Rechtsprechungsrichtlinie des EuGH, der etwa Nutzungsentgelte

⁶¹ So bereits Freenet-Stellungnahme 2014, S. 11-12.

⁶² Europäische Kommission, Stellungnahme gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG v. 21.05.2007, SG-Greffe (2007) D/203037, S. 6.

an den Anforderungen der Genehmigungsrichtlinie misst.⁶³ Umgekehrt hat der EuGH entschieden, dass der Anwendungsbereich der Richtlinien nur soweit reicht, wie sie tatsächlich Regelungen treffen.⁶⁴ Eine Sperrwirkung der Richtlinien untereinander gibt es daher nicht.

Das hatte auch der Gesetzgeber des TKG 2004⁶⁵ so gesehen:

„Im Hinblick auf die im Rahmen von Ausschreibungs- bzw. Versteigerungsverfahren zugeteilten GSM- bzw. UMTS-Frequenzen steht allein die Vorgabe, in einem bestimmten Umfang Dienstanbieter zuzulassen, nicht im Einklang mit den neuen europäischen Vorgaben, die eine entsprechende Verpflichtung in Artikel 8 Abs. 2 i.V.m. Artikel 12 Abs. 1 ZRL nur für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht vorsehen. Solche Verpflichtungen können allerdings abweichend von der zitierten Regelung in der ZRL nach Artikel 6 Abs. 1 GRL in Verbindung mit Teil B Nr. 7 des Anhangs der GRL unabhängig von der beträchtlichen Marktmarkt Unternehmen dann auferlegt werden, wenn diese Verpflichtungen im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens über den Erwerb von Frequenznutzungsrechten eingegangen wurden. Die GSM- und UMTS-Lizenzen bzw. Frequenzen wurden zum Teil im Rahmen von Ausschreibungs- und Versteigerungsverfahren vergeben. Eine Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen, ist im Übrigen in einigen GSM-Lizenzen ausdrücklich enthalten. Entsprechendes gilt für die einzelnen UMTS-Lizenzen, bei denen ausdrücklich auf die Geltung der gesetzlichen Vorgabe des § 4 TKV hingewiesen wurde. Nach § 4 TKV haben Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze ihr Leistungsangebot so zu gestalten, dass Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit diese Leistungen im eigenem Namen und auf eigene Rechnung vertreiben und ihren Kunden anbieten können. Diese gesetzliche Regelung ist im Hinblick auf die UMTS-Lizenzen Gegenstand und Inhalt des Vergabeverfahrens gewesen und insoweit eine Verpflichtung, die im Rahmen des Vergabeverfahrens eingegangen wurde.“ [Hervorhebung hinzugefügt]

⁶³ EuGH v. 06.10.2015, Rs. C-346/13 (ECLI:EU:C:2015:649), Rn. 15 ff. - Base Company SA; EuGH v. 04.09.2014, verb. Rs. C-256/13 und C-264/13, (ECLI:EU:C:2014:2149), Rn. 34 ff. - Belgacom und Mobistar. In den Entscheidungen prüfte der EuGH verschiedene Nutzungsentgelte auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 12 und 13 Genehmigungsrichtlinie. In allen Fällen kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die Abgaben keine Entgelte im Sinne der Vorschrift seien und daher nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie fielen.

⁶⁴ Im Fall Base Company entschied der EuGH, dass die Regelungen der GRL zu Nutzungsentgelten nicht sonstige Bestimmungen über sonstige Entgelte sperren.

⁶⁵ Regierungsbegründung zu § 150 TKG, BR-Drucks. 755/03, S. 144 = BT-Drucks. 15/2316, S. 107.

Die Gesetzesbegründung zum TKG 2004 stellt mithin – nach leicht missverständlicher Einleitung ("nicht im Einklang mit den neuen europäischen Vorgaben") – deutlich fest, dass die GRL die eigenständige Rechtsgrundlage für eingegangene DAV ist. Das ist bei der Auslegung des TKG zu beachten.

Richtigerweise hat die Präsidentenkammer dazu festgehalten:⁶⁶

„Jedoch gilt diese Bestimmung [Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 ZRL] gemäß Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 Spiegelstrich 2 der Zugangsrichtlinie „unbeschadet“ der Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie. Nach dieser Bedingung, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden können, sind Verpflichtungen zulässig, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist.“ [Hervorhebungen hinzugefügt]

Bestätigt hat diese Auffassung auch das BVerwG:⁶⁷

„Die Regel, dass derartige Verpflichtungen nur marktmächtigen Betreibern auferlegt werden dürfen, gilt aber nach Art. 8 Abs. 3 ZRL nur unbeschadet der Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der [GRL], die gemäß Art. 6 Abs. 1 jener Richtlinie angewandt wird. Danach können an Frequenznutzungsrechte u.a. Verpflichtungen geknüpft werden, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist.“ [Hervorhebungen hinzugefügt]

c) Weitere Rechtsgrundlagen für eine SMP-unabhängige Auferlegung

Wir sind der Auffassung, dass eine DAV unabhängig von SMP auch einseitig als Nebenbestimmung auferlegt werden kann, selbst wenn die Verpflichtung vom Nutzungsrechtserwerber nicht im Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahren eingegangen wurde:

⁶⁶ Festlegung der Präsidentenkammer v. 04.04.2007, Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen – Markt Nr. 15, BK1-06-001, S. 67.

⁶⁷ BVerwG v. 18.02.2007, 6 C47.06, dort Rn. 2 - Simyo; Koenig/Koch, MMR 2002, 439, 442; Gramlich, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, 31. Erg.-Lfg. 2/13, C § 150 Rn. 30; Berlinger, K&R 2003, 16 (19).

- Eine DAV ist eine Nebenbestimmung zur Sicherstellung einer ökonomisch effizienten Frequenznutzung im Sinne von § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG. „Effizienz“ wird im TKG nicht nur als technologische, sondern auch als ökonomische Effizienz verstanden. Sie ist darauf gerichtet möglichst vielen Nutzern Leistungen zu möglichst niedrigen Preisen zu ermöglichen und möglichst hohe Verkehrsmengen auf vorgegebenen Frequenzbändern zu erreichen.⁶⁸
- Eine DAV kann zudem auch – seit der TKG-Novelle 2012 – nach § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG ausdrücklich als Nebenbestimmung zur Sicherstellung eines oder mehrerer Regulierungsziele nach § 2 TKG ergehen, u.a. also zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, der den größtmöglichen Verbrauchernutzen in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität zeitigt, § 2 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 3 TKG.⁶⁹

Die hoheitliche Auferlegung von DAV als Nebenbestimmung stellt keinen Verstoß gegen Wesentlichkeitstheorie und das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes dar. Sowohl § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG als auch § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG stellen hinreichend klare Maßstäbe bereit, um die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen. In der Gesetzesbegründung zu § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG hat der Gesetzgeber ausdrücklich auf Teil B des Anhangs zur GRL hingewiesen, die dort genannten Regelungsmöglichkeiten in seinen Willen aufgenommen und deren Auferlegung an die Erforderlichkeit zur Sicherung effizienter und störungsfreier Nutzung gekoppelt.⁷⁰ Als Ergänzung hat der Gesetzgeber der Vorschrift eine zweite Alternative hinzugefügt, um die Sicherstellung aller Regulierungsziele mit den Mitteln des § 60 Abs. 2 S. 1 a.F. zu ermöglichen.⁷¹ Beide Vorschriften lassen daher Inhalt, Zweck und Ausmaß aus ihrem „*Sinnzusammenhang und der Vorgeschichte*“⁷² hinreichend bestimmt erkennen.

⁶⁸ Siehe zur Möglichkeit § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG als Rechtsgrundlage für die Auferlegung einer DAV zu nutzen zu nutzen: *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 7-13 sowie Freenet-Stellungnahme 2014, S. 7-8.

⁶⁹ Siehe hierzu: *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 13-18.

⁷⁰ Regierungsbegründung zu § 60 Abs. 2 TKG, BT-Drucks. 15/2316, S. 80: „*Grundsätzlich sind nur solche Nebenbestimmungen zulässig, die dem Anhang B der GRL genügen. Ihre Beifügung ist ebenfalls strikt an die Erforderlichkeit zur Sicherung der effizienten und störungsfreien Nutzung gekoppelt.*“

⁷¹ Regierungsbegründung zu § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG, BT-Drucks. 17/5707, S. 74.

⁷² BVerfGE NJW 1997, 516 (red. Leitsatz).

4. **Argumente für die Aufnahme der DAV als Versteigerungsbedingung und damit als einzugehende Verpflichtung**

Für die Aufnahme einer DAV als Teil der Versteigerungsbedingungen und damit als Verpflichtung, welche die Frequenzerwerber eingehen, sprechen gewichtige Erwägungen.

a) **Diansteanbieter sind für die Belegung und Aufrechterhaltung des (Rest-) Wettbewerbes auf dem Markt weiterhin unverzichtbar**

Diansteanbieter tragen zum Erreichen des Regulierungsziels der effizienten Frequenznutzung gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG bei, da sie zusätzliche Kundengruppen mit verschiedensten Präferenzen ansprechen und die Zahl möglicher Nutzer der Frequenzen erhöhen. Denn nach den dem Telekommunikationsgesetz zugrundeliegenden Zielvorstellungen ist der (Weiter-) Vertrieb von Telekommunikationsdienstleistungen ohne eigene Netzinfrastruktur (s. auch § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG) zur Wettbewerbsförderung gerade erwünscht. Indem Diansteanbieter neue Produkte unter Nutzung der nachgefragten Vorleistungen vergleichsweise kostengünstig herstellen und relativ preiswert den Endkunden anbieten, verbreitern sie die Angebotspalette und beleben den Endkundenmarkt. Den schutzwürdigen Interessen des Netzbetreibers wird im Wesentlichen dadurch genügt, dass er seine eigenen Investitionskosten in die von den Diansteanbietern geforderten Vorleistungspreise einfließen lassen darf.⁷³ Das Recht auf begrenzten, vorstoßenden Wettbewerb sichert Innovationsanreize ab. Darüber hinaus erhalten und stützen Diansteanbieter den Wettbewerb durch verschiedene weitere Effekte:

- Wettbewerb findet zum Nutzen der Verbraucher auch auf der Dianstezebene statt. Es gilt, dass Wettbewerb dem Verbraucherschutz dient und Nutzenmaximierung für die Endnutzer ihrerseits den Wettbewerb befördert.⁷⁴
- Die Diansteanbieter sind grundsätzlich in der Lage, einen disziplinierenden Außenwettbewerb zu betreiben. Gegenüber dem E-Netzbetreibern und grundsätzlich auch den D-Netzbetreibern haben sie durch ihre Netzunabhängigkeit einen erheblichen Vorteil.⁷⁵

⁷³ BVerwG v. 18.02.2007, 6 C47.06, dort Rn. 32 – Simyo.

⁷⁴ *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 15.

⁷⁵ *Berger-Kögler*, Gutachten: Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung der Diansteanbieterverpflichtung bei der bevorstehenden Neuvergabe von Frequenzen, S. 30.

- Die Diensteanbieter haben eine Katalysatorfunktion als Verbreitungsmedium neuer, kundenfreundlicher Tarife. Das bedeutet, dass die Diensteanbieter den Wettbewerb nicht immer nur mit völlig neuen Tarifen beleben, sondern den (Außen)wettbewerb auch mittels der Katalysatorfunktion und der Möglichkeit, bestimmte Tarifinnovationen auch auf D-Netzen anzubieten, beschleunigen. Wenn auch die disziplinierende Kraft der Diensteanbieter bei automatisch nicht diskriminierenden Konditionen noch stärker wäre, zeigt die Wettbewerbsanalyse, dass in Zukunft nicht auf die Diensteanbieterverpflichtung verzichtet werden darf, wenn auf diesem Markt ein den Regulierungszielen entsprechendes, effizientes Marktergebnis erreicht werden soll.⁷⁶
- Die Diensteanbieter als unabhängige Akteure, die nicht-diskriminierende Konditionen genießen, fördern in idealer Weise das Erreichen aller drei Effizienzkriterien. Ihr wettbewerbsförderndes Handeln führt in Richtung allokativer und qualitativer Effizienz durch preissenkenden Wettbewerb und das Angebot präferenzadäquater Produkte. Die Tatsache, dass sie keine parallele, ressourcenverschwendende Netzinfrastruktur benötigen, lässt die technische Effizienz weniger Netze bestehen. Letzteren würde eine alleinige Forcierung des Infrastrukturwettbewerbs komplett zuwiderlaufen.⁷⁷

Der Kapazitätserwerb durch Drillisch ist kein Ersatz für den Wettbewerb durch die übrigen Diensteanbieter. Drillisch hatte im Jahr 2014 einen Marktanteil am Gesamtumsatz in Höhe von 1,2 %.⁷⁸ Die daraus resultierende Möglichkeit, den Wettbewerb zu beeinflussen, wäre auch mit exorbitant guten Vorleistungskonditionen sehr klein. Dies ist Folge der Entscheidung der EU-Kommission, die den Fusionsparteien erlaubte, die gesamte Kapazität, die sie weiterzugeben hatten, an den kleinsten Wettbewerber im deutschen Mobilfunkmarkt zu veräußern. Trotz einer höchst intensiven und kostenträchtigen Kampagne von Drillisch hat sich deren Umsatz mit Mobilfunkdiensten lediglich von 285 Mio. € in 2014 auf 434 Mio. € (Jahresbericht der Drillisch AG 2015) erhöht. Berücksichtigt man dabei, dass ein großer Teil des Zuwachses in 2015 nicht durch organisches Wachstum sondern durch den Zukauf der Yourfone entstanden ist relativiert sich diese Zahl weiter. Im Ergebnis bleibt der Marktanteil von Drillisch unter 2%. Eine relevante Funktion im Wettbewerb zu den

⁷⁶ *Berger-Kögler*, Gutachten: Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung der Diensteanbieterverpflichtung bei der bevorstehenden Neuvergabe von Frequenzen, S. 30.

⁷⁷ *Berger-Kögler*, Gutachten: Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung der Diensteanbieterverpflichtung bei der bevorstehenden Neuvergabe von Frequenzen, S. 31.

⁷⁸ Dialog Consult VATM Marktanalyse 2014.

Mobilfunknetzbetreibern kann Drillisch allein mithin nicht übernehmen. Dies sieht man auch an der jüngsten Preiserhöhungsrunde der beiden D-Netzbetreiber.⁷⁹

b) Eine DAV für die Sicherung des Wettbewerbs und zur Erreichung der Regulierungsziele zwingend erforderlich

Diensteanbieter benötigen die DAV, um ihren positiven Einfluss auf den Wettbewerb weiterhin ausüben zu können.⁸⁰ Zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs auf dem Mobilfunkmarkt (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) ist die Fortgeltung der DAV unter Einbeziehung der neu zu vergebenen Frequenzen unerlässlich. Der vorhandene Dienstewettbewerb zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern wäre ohne eine entsprechende Verpflichtung nicht sichergestellt, da die Diensteanbieter andernfalls auf die Bereitwilligkeit der Netzbetreiber zur Bereitstellung ihrer Angebote angewiesen wären. Letztere könnten den Wettbewerb durch Diensteanbieter vielmehr gänzlich verhindern.⁸¹ Das zeigt sich besonders deutlich an der aktuellen Praxis der Netzbetreiber, den Diensteanbietern LTE-Produkte nicht diskriminierungsfrei anzubieten, dies zudem offen entgegen der Auffassung der BNetzA, wonach die personengebundenen Lizenzen die Netzbetreiber frequenzunabhängig verpflichten.

Auch die Kommission hat die bislang für drei Netzbetreiber geltende DAV als entscheidenden Faktor für die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse der Diensteanbieter angesehen.⁸² Sie hat die Freigabeentscheidung im Verfahren Telefónica/E-Plus sogar ausdrücklich darauf gestützt, dass Diensteanbieter auf dem deutschen Markt anwesend sind⁸³; insofern setzt die Freigabe das Fortbestehen einer DAV voraus. MVNOs wird durch die derzeit existenten DAV kein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang vermittelt; dies schlägt sich unmittelbar in einer geringen Präsenz auf dem deutschen Markt nieder.⁸⁴

⁷⁹ Dazu *Frank*, Gutachterliche Stellungnahme Diensteanbieter 2020, S. 9 ff.

⁸⁰ So bereits Freenet-Stellungnahme 2014, S. 20.

⁸¹ Vgl. bereits Stellungnahme des VATM zur Anhörung der BNetzA im Vergabeverfahren für Frequenzen für den digitalen zellulären Mobilfunk v. 09.07.2007, S. 1-2. abrufbar unter <http://www.vatm.de/uploads/media/09-05-2007-a.pdf>.

⁸² Europäische Kommission, Stellungnahme gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG v. 21.05.2007, SG-Greffe (2007) D/203037, S. 6.

⁸³ Europäische Kommission, Memo v. 02.07.2014, Frequently Asked Questions, S. 4f.

⁸⁴ Europäische Kommission, Statement of Objections v. 26.02.2014, Case M.7018 – Telefónica Deutschland / E-Plus, C(2014) 1364 final, S. 33, 37.

Zweck der DAV ist die effiziente Frequenznutzung (auch hier allokativ und qualitativ verstanden), ein nicht nur objektiv legitimes Ziel, sondern ein über Art. 87f Abs. 1 GG aus der Gewährleistungsverantwortung sogar verfassungsrechtlich abgesicherter Staatsauftrag.⁸⁵ Die DAV trägt zur Erfüllung dieser Regulierungsziele bei:

- Mit der DAV (und dem Grundsatz der Nicht-Diskriminierung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG) werden die Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, Wahrung der Nutzerinteressen, Abs. 2 Nr. 2 TKG, größtmögliche Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erreicht, die allein mit den Marktaktionen der Netzbetreiber nicht in diesem Ausmaß erreichbar wären. Außerdem ist die Verpflichtung konsistent mit den Regulierungsgrundsätzen in § 2 Abs. 3 Nr. 3, Schutz des Wettbewerbs zum Nutzen des Verbrauchers und Nr. 4, Förderung effizienter Investitionen und Innovationen. Weiter trägt die Verpflichtung zum Regulierungsziel aus § 1 TKG, Förderung des Wettbewerbs, bei.⁸⁶
- Die Auferlegung von DAV entspricht dem Frequenzzuteilungszweck, der Aufrechterhaltung der Verbraucherversorgung. Mit Blick auf die Zahl der Kunden der Diensteanbieter und die Förderung nachhaltigen Wettbewerbs ist daher im Interesse der Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit die Auferlegung einer DAV geboten.⁸⁷
- Indem die DAV die Frequenzzuteilungsinhaber zwingt, geeignete Diensteanbieter diskriminierungsfrei zuzulassen und ihnen gleichzeitig auferlegt, keine Ausschließlichkeits- sowie Preis und Konditionenbindungen vorzunehmen, bewirkt sie nicht nur eine Vervielfachung der Anbieterzahl, sondern fördert auch unmittelbar den Wettbewerb auf dem Netz. Die daraus folgende Diversität der Anbieterstrukturen und Pluralität der Geschäftsmodelle (Vollfunktions-Infrastrukturbetreiber mit anderen Geschäftsmodellen) erhöht neben der Auswahl für den Endkunden hinsichtlich Angebotszuschnitt, Preis, und Qualität auch die Markttransparenz.⁸⁸

⁸⁵ *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 35.

⁸⁶ *Berger-Kögler*, Gutachten: Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung der Diensteanbieterverpflichtung bei der bevorstehenden Neuvergabe von Frequenzen, S. 31.

⁸⁷ *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 17.

⁸⁸ *Spoerr/Seip/Hoerauf*, Gutachten, S. 31.

c) DAV ist kein Innovationshemmnis

Die in der DAV enthaltene Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung ist kein Innovationshemmnis.⁸⁹ Es ist auch nicht zu befürchten, dass das Diskriminierungsverbot der DAV so ausgelegt würde, dass dadurch der Innovationswettbewerb beschnitten würde.⁹⁰ Das BVerwG hat festgestellt, dass innovative Produkte eine (in diesem Fall zeitliche) Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen können, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen:

„Allerdings verlangt diese Regel eine begrenzte Ausnahme für die Markteinführung eines innovativen Produktes durch den Netzbetreiber, damit diesem hinreichende Innovationsanreize im Wettbewerb um Mobilfunkdienstleistungen verbleiben.“⁹¹ [Hervorhebungen hinzugefügt]

d) Ergänzende Regelungen verstärken Wettbewerbseffekte der DAV

Der Einfluss der Diensteanbieter wäre stärker spürbar, wenn die DAV um weitere flankierende Bestimmungen ergänzt werden:

- Es sollte klargestellt werden, dass sich die DAV auf alle Frequenzbereiche, technischen Standards und Dienste erstreckt. Diensteanbieter sind auf die Bereitstellung innovativer Vorleistungsprodukte durch die Frequenzinhaber angewiesen. Eine Produktentwicklung bietet für Diensteanbieter keine Anreize, wenn sie etwa beim Zugang zu LTE weiter lediglich vom Willen der Frequenzinhaber abhängig bleiben.⁹²
- Die Nachfragemacht von Diensteanbietern wird dadurch geschwächt, dass die derzeitigen Diensteanbieterverträge bei Beendigung eine Verpflichtung zur Übertragung der Endkunden auf den jeweiligen Netzbetreiber vorsehen. Diensteanbieter können einem Netzbetreiber daher nicht in Aussicht stellen, die Geschäftsbeziehung zu ihm zu beenden oder einzuschränken, ohne ihre Kunden auf dem jeweiligen Netz zu verlieren. Eine solche Bestimmung verlangen alle

⁸⁹ S. o. unter C. 1.

⁹⁰ Vgl. Europäische Kommission, Stellungnahme gemäß Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie 2002/21/EG v. 21.05.2007, SG-Greffe (2007) D/203037, S. 6.

⁹¹ BVerwG v. 18.02.2007, 6 C47.06, dort Rn. 33 - Simyo.

⁹² Vgl. dazu *Frank*, Gutachterliche Stellungnahme Diensteanbieter 2020, S. 15.

Netzbetreiber von den Diensteanbietern, sie ist für Diensteanbieter praktisch nicht verhandelbar. Würde sie untersagt, wäre der wettbewerbliche Einfluss der Diensteanbieter erheblich stärker. Die Möglichkeit der Frequenzinhaber, eine Kundenmigration zu untersagen schätzt auch die Kommission als schwerwiegendes Wettbewerbshindernis ein und hat deshalb von Telefónica und E-Plus verlangt, diese Verpflichtungen aus den Verträgen mit Diensteanbietern zu streichen.⁹³

- Flankierend sollte eine Verpflichtung, die Diensteanbieter bei der Migration von Kunden auf ein anderes Netz zu unterstützen, eingeführt werden. Diensteanbieter könnten eine stärkere Verhandlungsposition insbesondere dazu nutzen, neue oder andere Vorleistungsprodukte zu fordern und mitzuentwickeln, um den Wettbewerb auf Tarifebene zu beleben.

⁹³ Europäische Kommission, Memo v. 02.07.2014, Frequently Asked Questions, S. 4.