AIRDATA AG - Hauptstätter Str. 58 - D-70178 Stuttgart

Bundesnetzagentur
Referat 212
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

per E-Mail an: referat212@bnetza.de

AIRDATA AG

Hauptstätter Strasse 58
70178 Stuttgart

T 0711 96 438 100
F 0711 96 438 444

www.airdata.ag

Stuttgart, 20.06.14

Aktenzeichen BK1-13/002

Entscheidungsentwurf zu einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung der Präsidentenkammer über das Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Telefónica/ E-Plus

Stellungnahme der AIRDATA AG

Die AIRDATA AG begrüßt die Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem veröffentlichten Entscheidungsentwurf der Präsidentenkammer über das Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Telefónica und E-Plus.

Wir möchten allerdings darauf hinweisen, dass wir die Stellungnahmefrist von lediglich vier Werktagen als unangemessen kurz ansehen. Wir haben daher durch unseren Verfahrensbevollmächtigten, Herrn Professor Dr. Bub von der Kanzlei Bub Gauweiler und Partner, mit heutigem Datum eine Fristverlängerung beantragt. Wie dürfen in diesem Zusammenhang auch darauf hinweisen, dass eine abschließende Stellungnahme auch deswegen nicht möglich ist, weil die Entscheidungsgründe der EU-Kommission über eine etwaige Freigabe des Zusammenschlusse noch nicht vorliegen. Wir gehen daher davon aus, dass der vorliegende Entscheidungsentwurf jedenfalls anhand der vorrangigen EU-Entscheidung überprüft und angepasst werden muss. Im Übrigen verweisen wir vollumfänglich auf das heutige Schreiben unseres Verfahrensbevollmächtigten und die hierin gestellten Anträge.

Vor diesem Hintergrund nehmen wir vorliegend lediglich vorläufig Stellung zu dem veröffentlichten Entscheidungsentwurf. Wir möchten zunächst auf den Rechtsrahmen der geplanten Vorgehensweise eingehen (I.) und uns dann auf innerhalb der derzeitigen Frist nur mögliche allgemeine Anmerkungen zum Entscheidungsentwurf beschränken (II.):

I. Rechtsrahmen für das vorliegende Verfahren

Der Entscheidungsentwurf ist mit Blick auf zwei wesentliche Aspekte rechtlich unklar und widersprüchlich: Die Begründung der funktionellen Zuständigkeit der Präsidentenkammer für die hier beabsichtigte Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG ist nicht nachvollziehbar. Nach § 132 Abs. 3 TKG ist die Präsidentenkammer nicht für Entscheidungen nach § 55 Abs. 8 TKG zuständig (1.). Der im Entwurf zugrunde gelegte Prüfmaßstab für eine Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG ist ebenfalls nicht nachvollziehbar. Der im Entwurf zugrunde gelegte Maßstab der Prüfung „diskriminierungsfreier Frequenzausstattungen der etablierten Marktteilnehmer“ steht nicht im Gesetz (2.).

1. Ausweislich des veröffentlichten Entwurfs ist der Erlass einer Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG beabsichtigt (Entwurf, Rn. 179). Die Anwendbarkeit des § 55 Abs. 8 TKG wird damit begründet, dass Telefónica die alleinige Kontrolle über E-Plus und ihre Tochternehmen, die über Frequenzzuteilungen verfügen, erwirbt (ebd.). Dieser rechtlichen Einordnung der beabsichtigten Entscheidung stimmen wir zu.

   Auf dieser Grundlage ist allerdings die Begründung der funktionellen Zuständigkeit der Präsidentenkammer für den Erlass der beabsichtigten Entscheidung nicht nachvollziehbar (Entwurf, Rn. 137-159). Die funktionellen Zuständigkeiten der Präsidentenkammer sind in § 132 Abs. 3 TKG geregelt. Nach dieser Vorschrift ist die Präsidentenkammer für eine Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG nicht zuständig.

   Im Widerspruch zu der angeführten Rechtsgrundlage der beabsichtigten Entscheidung (§ 55 Abs. 8 TKG) wird die funktionelle Zuständigkeit der Präsidentenkammer dann aber unter Verweis auf § 55 Abs. 10 TKG begründet. Für eine solche Entscheidung nach § 55 Abs. 10 TKG ist die Zuständigkeit der Präsidentenkammer gemäß § 132 Abs. 3 TKG in der Tat begründet. Allerdings hat die Präsidentenkammer in der mündlichen Anhörung am 05.05.2014 mehrfach ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die vorliegende Entscheidung gerade keine Entscheidung nach § 55 Abs. 10 TKG darstellen soll. Daher besteht nach derzeitigem Verfahrensstand ein offener Widerspruch zwischen dem ausdrücklichen Hinweis der Präsidentenkammer, es handele sich vorliegend nicht um eine Entscheidung nach § 55 Abs. 10 TKG, und der Begründung des Entscheidungsentwurfs, wonach die funktionelle Zuständigkeit der Präsidentenkammer für die hier beabsichtigte Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG aus § 55 Abs. 10 TKG abgeleitet wird.

   Die hier relevante Gesetzeslage ist klar. Die Entscheidung nach § 55 Abs. 10 TKG betrifft die Entscheidung darüber, ob für bestimmte Frequenzen, für die eine Knappheit festgestellt ist, ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchzuführen ist. Für die hier von der geplanten Fusion betroffenen Frequenzen in den Bereichen 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 2,6 GHz hat die Präsidentenkammer bisher keine Knappheitsfeststellung getroffen, so dass die gesetzliche

Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 55 Abs. 10 TKG nach derzeitigem Stand nicht vorliegt.

Vor diesem Hintergrund bitten wir um verbindliche **Auskunft** der Präsidentenkammer,

> ob es sich bei der beabsichtigten Entscheidung um eine Entscheidung gemäß § 55 Abs. 10 TKG über das Absehen von einem diskriminierungsfreien Vergabeverfahren für die von der geplanten Fusion betroffenen, E-Plus zugeteilten Frequenzen in den Bereichen 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 2,6 GHz handelt.

Auf der Grundlage dieser Auskunft behalten wir uns eine weitere Stellungnahme zur Rechtsgrundlage und der funktionellen Zuständigkeit der Präsidentenkammer für die beabsichtigte Entscheidung vor.

Handelt es sich vorliegend um eine Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG, so ist nach dem Gesetz eine beantragte Frequenzübertragung nur zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine Frequenzzuteilung nach § 55 Abs. 5 TKG vorliegen, eine Wettbewerbsverzerrung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht zu besorgen ist und eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung gewährleistet ist. Dieser Prüfungsmaßstab findet sich aber im Entscheidungsentwurf nicht wieder. Die Präsidentenkammer prüft nicht, ob durch die beantragte Frequenzübertragung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt eine Wettbewerbsverzerrung zu besorgen ist. Der stattdessen zugrunde gelegte Maßstab ist unklar und findet sich nicht im Gesetz. Im Entscheidungsentwurf heißt es zum „Prüfprogramm“ nach § 55 Abs. 8 TKG, es gelte „fusionsbedingte Diskriminierungen von Marktteilnehmern im Sinne des § 55 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 sowie Abs. 3 Nr. 2 TKG und Art. 9 Rahmenrichtlinie“ zu verhindern (Entwurf, Rn. 181). Nach Auffassung der Präsidentenkammer sei „maßgebliches Ziel“ der Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG „die Sicherstellung diskriminierungsfreier Frequenzausstattungen für hochleistungsfähige Telekommunikationsnetze der beteiligten Netzbetreiber“ (Entwurf, Rn. 183). Dies entspricht, wie sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 55 Abs.8 TKG ergibt, nicht der gesetzlich vorgegebenen Prüfung. Insbesondere definiert die Präsidentenkammer nicht, wie gesetzlich vorgesehen, den räumlich und sachlich relevanten Markt. Die Prüfung der Präsidentenkammer berücksichtigt zudem ausschließlich die Interessen der etablierten Mobilfunknetzbetreiber, lässt andere Marktteilnehmer sowie potentielle Neueinsteiger vollständig außer Betracht und unterlässt damit die gesetzlich vorgeschriebene Betrachtung des gesamten Marktes. Der räumlich und sachlich relevante Markt ist nach dem wettbewerbsrechtlichen Bedarfsmarkkonzept zu definieren und nicht anhand der etablierten marktmächtigen Mobilfunkunternehmen.

Vor diesem Hintergrund bitten wir um verbindliche **Auskunft** der Präsidentenkammer,

> welchen sachlich und räumlich relevanten Markt die Präsidentenkammer der beabsichtigten Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG zugrunde legt,
>
> und
>
> auf welcher Grundlage die Präsidentenkammer davon ausgeht, dass aufgrund der beantragten Frequenzübertragung eine Wettbewerbsverzerrung auf diesem sachlich und räumlich relevanten Markt mit Blick auf andere Marktteilnehmer als die etablierten marktmächtigen Mobilfunknetzbetreiber sowie auf potentielle Neueinsteiger nicht zu besorgen ist.

Auf der Grundlage dieser Auskunft durch die Präsidentenkammer behalten wir uns eine weitere Stellungnahme zu der beabsichtigten Entscheidung vor.

II. Allgemeine Anmerkungen zu den Eckpunkten

Nach erster Prüfung, die im Rahmen der kurzen Stellungnahmefrist nur möglich ist, führen die im Entscheidungsentwurf geplanten Beschlüsse zu einer drastischen Verschlechterung der Wettbewerbssituation (1.) und verstoßen zudem gegen rechtliche Vorgaben (2.):

1. Wettbewerbssituation:

   Der Mobilfunkmarkt in Deutschland ist seit Jahren stark oligopolistisch geprägt. Die beabsichtigte Fusion von zwei unabhängigen Wettbewerbern wird nach unserer Meinung zu einer Verschlechterung des Infrastrukturwettbewerbs zulasten der Verbraucher führen.

   Dies sieht auch das Bundeskartellamt so. Der Bundeskartellamtspräsident hat darauf hingewiesen, dass die Verbraucherpreise in Deutschland nach dem Zusammenschluss schnell steigen könnten. Gleichfalls hat er auf den österreichischen Markt verwiesen, wo der Zusammenschluss von Orange und Hutchison Ende 2012 drastische Konsequenzen für die Verbraucher hatte. Insbesondere Anfang 2014 verging kaum eine Woche, in der nicht mindestens ein Mobilfunk-Anbieter in Österreich die Preise an irgendeiner Stelle erhöhte – zum Teil deutlich.

   Da der Infrastrukturwettbewerb nur über den Zugang zu Frequenzspektrum möglich ist, ist es Aufgabe und Pflicht der Bundesnetzagentur zu prüfen, welche Frequenzen nach einer etwaigen Freigabe des Zusammenschlussvorhabens für einen Neueinsteiger zum bevorzugten Erwerb zur Verfügung gestellt werden können.

Auch nach den bisherigen Feststellungen der EU-Kommission muss im Falle der Freigabe des Zusammenschlussvorhabens sichergestellt sein, dass ein neuer vierter Mobilfunknetzbetreiber in den Markt eintreten kann.

2. Rechtliche Vorgaben:

Zunächst ist festzustellen, dass die Verfahrensvorschriften entgegen dem Entscheidungsentwurf nicht eingehalten sind. Wir haben bereits am 11. April 2014 einen Antrag auf Beiladung gestellt, der bis heute nicht beschieden ist. Eine mündliche Verhandlung hat entgegen der vorherigen Ankündigung der Bundesnetzagentur bisher nicht stattgefunden. Die von uns in der formlosen mündlichen Anhörung vom 05.05.2014 vorgetragene Stellungnahme ist im Entscheidungsentwurf vollständig unberücksichtigt. Wir verweisen insoweit auf das heutige Schreiben unseres Verfahrensbevollmächtigten.

Eine materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung ist nach dem Entwurf nicht nachzuvollziehen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Präsidentenkammer einen Prüfungsmaßstab zugrunde legt, der in § 55 Abs. 8 TKG nicht enthalten ist.

Nach vorläufiger Prüfung der Begründung des Entscheidungsentwurfs ist zudem darauf hinzuweisen, dass alle in Rede stehenden Frequenzen an wettbewerblich unabhängige Unternehmen vergeben wurden, mit der Maßgabe, dass diese Unternehmen über die gesamte Laufzeit der Frequenznutzungsrechte auch wettbewerblich unabhängig bleiben. Hierauf wird auch im Entscheidungsentwurf ausdrücklich hingewiesen (Entwurf, Rn. 171).

Die Bundenetzagentur hat selbst bereits in ihrem am 11.09.2013 im Amtsblatt veröffentlichten telekommunikationsrechtlichen Prüfrahmen auf folgendes hingewiesen:

> *„Die Zuteilung der Frequenzen erfolgte entsprechend der Regulierungspraxis zur Sicherstellung der Regulierungsziele, insbesondere im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, in jedem dieser Vergabeverfahren an von einander wettbewerblich unabhängige Unternehmen. Das Konzept der wettbewerblich voneinander unabhängigen Netzbetreiber gilt nicht nur im Rahmen der Durchführung von Vergabeverfahren, sondern für die gesamte Dauer der auf der Grundlage von Vergabeverfahren erteilten Nutzungsrechte.“*

Auf Basis dieser Vergabebedingungen, darf das Zusammenschlussvorhaben nur unter der Auflage genehmigt werden, dass jeweils eine vollständige Frequenzausstattung aus dem entsprechenden Frequenzbereich zurückgegeben wird. Die Vergabebedingungen sind sowohl für die Zuteilungsinhaber als auch für die Bundesnetzagentur bindend. Eine nachträgliche Anpassung oder „Ausnahmeregelung“ ist nach dem Gesetz und den hierauf beruhenden bestandskräftigen Vergabebedingungen nicht zulässig.

Weiter hat die Bundesnetzagentur festgestellt, dass umfangreiche Frequenzen in mehreren Bändern nicht genutzt werden. Das Brachliegen von Frequenzressourcen ist eine Verschwendung knapper öffentlicher Güter und in höchsten Maße wettbewerbsfeindlich. Es ist gesetzliche Aufgabe der Bundesnetzagentur genau das zu verhindern und nicht wie im vorliegenden Entscheidungsentwurf eine Zusammenführung gehorteter Frequenzen von zwei Mobilfunkbetreibern zu genehmigen. Zu dem Prüfprogramm des § 55 Abs. 8 TKG gehört auch die Prüfung, ob die Voraussetzungen für eine Frequenzzuteilung nach § 55 Abs. 5 TKG vorliegen und eine effiziente Frequenznutzung gewährleistet ist. Beides ist bei den nicht genutzten Frequenzen nicht der Fall. Diese Frequenzen müssten daher ohnehin von den Zuteilungsinhabern unverzüglich zurück gegeben werden (§ 55 Abs. 8 TKG). Andernfalls sind die Frequenzzuteilungen jedenfalls nach § 63 Abs. 1 Nr. 1 TKG zu widerrufen.

Darüber hinaus ist dem vorliegenden Entscheidungsentwurf nicht zu entnehmen, ob nach dem Zusammenschluss eine effiziente Frequenznutzung durch das fusionierte Unternehmen stattfindet. Allein aufgrund der dem fusionierten Unternehmen zur Verfügung stehenden Frequenzmenge ist nicht von einer effizienten Nutzung auszugehen, sondern von einer unzulässigen und wettbewerbsfeindlichen Frequenzhortung.

Die unter Ziffer 4 des Entscheidungsentwurfs für einen späteren Zeitpunkt angekündigten Maßnahmen zielen im Ergebnis darauf ab, die nach § 55 Abs. 8 TKG vorgeschriebene Prüfung erst nach vollzogener Frequenzübertragung durchzuführen. Dies ist offensichtlich rechtswidrig. Eine solche Vorgehensweise steht konträr zum gesetzlichen Auftrag der Bundesnetzagentur. Die Zustimmung zu einer Frequenzübertragung darf danach nur nach erfolgter Prüfung und Feststellung, dass eine Wettbewerbsverzerrung im relevanten Markt zu besorgen ist, erteilt werden. Die Bundesnetzagentur muss mit dieser Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG eine wettbewerbliche Bewertung auf Basis der aktuellen Tatsachen durchführen und begründen.

Eine Verlagerung in die Zukunft insbesondere auf den Zeitpunkt nach der nächsten Frequenzvergabe (Projekt 2016) ist nach dem Gesetz offensichtlich nicht zulässig.

Eine weitere Stellungnahme behalten wir uns ausdrücklich vor. Wir verweisen auf das Schreiben unseres Verfahrensbevollmächtigten vom heutigen Tag. Wir bitten, die vorstehenden vorläufigen Ausführungen zu berücksichtigen und stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

AIRDATA AG