

Anhang

Kommentare der Telekom Deutschland GmbH zum Entscheidungsentwurf BK1-13/00 zu einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA über das Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Telefónica/E-Plus

Zusammenfassung

Die Telekom Deutschland GmbH (TD) bedankt sich für den für eine kurzfristige Stellungnahme übersandten Entwurf zu einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA über das Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Telefónica/E-Plus. Die folgenden Kommentare der TD orientieren sich an den Ihnen bereits in den vorhergehenden Konsultationen zum geplanten Zusammenschlussverfahren übersandten Stellungnahmen der TD zu den Eckpunkten einer telekommunikationsrechtlichen Bewertung des Zusammenschlusses, zu den telekommunikationsrechtlichen Kernfragen und deren Detaillierung sowie zur öffentlichen mündlichen Anhörung am 5. Mai 2014.

Die TD weist darauf hin, dass wir in dem von der BNetzA vorgelegten Entscheidungsentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen und zur Sicherstellung eines dauerhaften dynamischen Wettbewerbs sowie einer effizienten Frequenznutzung im deutschen Mobilfunkmarkt die Notwendigkeit einer deutlichen Veränderung der Ausrichtung ihrer geplanten frequenzregulatorischen Maßnahmen erkennen. Wir halten es insbesondere für angezeigt, dass die BNetzA-Auflagen im Falle eines Zustandekommens des Unternehmenszusammenschlusses von Telefonica D und E-Plus stärker die Auswirkungen auf die 2,1 GHz-Frequenzverteilung im Markt, die sich durch die veränderte Marktlage ergebenden Frequenzbedarfe der übrigen Wettbewerber im 2,1 GHz-Bereich sowie die Implikationen für das nachfolgende Vergabeverfahren zur Neuregelung der bis Ende 2016 befristeten 900/1800 MHz Frequenznutzungsrechte berücksichtigen.

Wir halten den vorzeitigen Entzug der gesamten GSM-Frequenznutzungsrechte des Fusionsunternehmens sowohl aufgrund der dadurch verursachten Schwierigkeit der Netzanpassungen sowie der Sicherung der Dienstverfügbarkeit und –qualität als auch der Einhaltung darauf basierender Lieferzusagen des Unternehmens für unangemessen und nicht zielführend. Zudem würde die geplante parallele Vergabe der entzogenen Frequenznutzungsrechte mit Nutzungsstart zum 1.01.2016 in dem Verfahren zur Neuregelung aller Frequenznutzungsrechte aus den GSM-Lizenzen der übrigen Wettbewerber mit Nutzungsstart zum 1.01.2017 die Komplexität des Vergabeverfahrens deutlich erhöhen. Insbesondere könnte dies im Nachgang zur Erzielung zusammenhängender Frequenzbereiche in den Bändern 900 und 1800 MHz mehrfache laufzeitbedingte Frequenztausche erforderlich machen. Letztlich berücksichtigt der angedachte Entzug

Datum 20. Juni 2014
Empfänger Bundesnetzagentur
Blatt Blatt 2

des 900/1800 MHz-Spektrums in keinster Weise die nicht nur von der TD wiederholt aufgezeigte Ungleichgewichtsproblematik im 2,1 GHz-Bereich. Die von der BNetzA vorgenommene Gleichstellung des 900/1800MHz-Spektrums mit dem 2,1 GHz-Spektrum hinsichtlich seiner Nutzbarkeit für das Angebot mobiler Breitbanddienste übergeht die technologischen und marktdynamischen Unterschiede v.a. des 1800 MHz- (nur für GSM- und LTE-Technologie) und 2,1 GHz-Bereiches (auf absehbare Zeit wichtigstes UMTS-Band). Eine Aufstockung ihres 2,1 GHz-Spektrums würde den Wettbewerbern dadurch verwehrt, dass ihnen ausschließlich 900 und 1800 MHz-Spektrum als Ausgleich für den erhöhten Wettbewerbsdruck durch das Fusionsunternehmen angeboten wird.

Gerade die im BNetzA-Entscheidungsentwurf angesprochene Verschiebung von Mobilfunkverkehren des Fusionsunternehmens in den 2,1 GHz-UMTS-Bereich würde für die übrigen Wettbewerber die wettbewerbliche Bedeutung ausreichender 2,1 GHz-Kapazitäten ggü. des mit derzeit 60% des im Gesamtmarkt vorhandenen 2,1 GHz-Spektrums ausgestatteten Fusionsunternehmens noch erhöhen. Daher ist es u.E. frequenzregulatorisch dringend angezeigt, den angeordneten GSM-Frequenzentzug zu reduzieren und den übrigen Wettbewerbern durch einen 2,1 GHz-Entzug des Fusionsunternehmens und dessen Neuvergabe eine Möglichkeit zur Aufstockung des 2,1 GHz-UMTS-Spektrums zu eröffnen.

Die von der BNetzA in ihrem Entscheidungsentwurf vorgeschlagene Ausgleichsmaßnahme in Form der um ein Jahr (bis Ende 2015) vorgezogenen Abgabe des Spektrums in den Bereichen 900 und 1800 MHz-Band ist nicht geeignet, die durch den Zusammenschluss bedingte Gefahr der Diskriminierung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt zu beseitigen und eine effiziente Frequenznutzung für die Zukunft zu gewährleisten.

Ein kurzfristiger Ausgleich im 2,1 GHz-Bereich ist auch dann erforderlich, wenn die Europäische Kommission für die Genehmigung des Zusammenschlusses z.B. eine Abgabeauflage für 2x10 MHz im 2,1 GHz-Band erteilt, da diese Auflage ausschließlich im Falle des Auftretens eines neuen Netzbetreibers im deutschen Mobilfunkmarkt zum Tragen kommt. Und selbst wenn ein solcher Betreiber aufträte, führte der Markteintritt nur zu einer Abgabe von 2x10 MHz im Bereich 2,1 GHz. Das Fusionsunternehmen behielte somit 2x25 MHz ggü. den heutigen 2x10 MHz der TD oder den 2x10 MHz des künftigen neuen Anbieters und hätte also nach wie vor eine dominante Rolle bei der Bereitstellung von UMTS Diensten. Zum Ausgleich des verbleibenden Ungleichgewichts müsste das Fusionsunternehmen an andere Mobilfunknetzbetreiber auf jeden Fall weitere 2x 5 MHz abgeben.

Für den Fall, dass kein neuer Anbieter in den Markt eintritt, ist weder in den geplanten Vorgaben der BNetzA noch in den bisher bekanntgewordenen Auflageplanungen der Europäischen Kommission eine konkrete Regelung zum Ausgleich des Frequenzungleichgewichts bei 2,1 GHz enthalten. Um einen wettbewerbsgefährdenden Missbrauch des Spektrums zu verhindern, muss also durch Vorgabe der BNetzA sichergestellt werden, dass Telefónica 2x15 MHz bei 2,1 GHz im

Datum 20. Juni 2014
Empfänger Bundesnetzagentur
Blatt Blatt 3

Rahmen des Zusammenschlusses kurzfristig an die übrigen Anbieter oder einen neuen Interessenten im Markt abgibt. Diese Auflage müsste neben der als adäquat anzusehenden vorzeitigen Abgabe von 2x5 MHz im 900 MHz-Band sowie 2x15 MHz im 1800 MHz-Band erfolgen.

Wir plädieren wie in unseren vorhergehenden Stellungnahmen dafür, das Fusionsunternehmen zu verpflichten, Spektrum im Umfang von 2 x 15 MHz im 1800 MHz-Bereich (Nutzungsstart ab 1.01.2016) sowie von 2 x 15 MHz im 2,1 GHz-Bereich (Nutzungsstart frühestmöglich, spätestens aber bis 1.01.2016) einem anderen Unternehmen im deutschen Mobilfunkmarkt zu überlassen. Die Überlassung sollte in erster Linie durch Frequenzhandel (§ 62 TKG) bzw. Nutzungsüberlassung (§ 55 Abs.8 TKG) erfolgen. Für den Fall, dass eine Übertragung auf diesem Weg nicht bis zum 31.12.2014 erfolgreich durchgeführt wird, sollte das Fusionsunternehmen verpflichtet werden, Frequenzen in diesem Umfang zurückzugeben, damit sie zeitnah von der BNetzA in einem offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren neu vergeben werden können.

Ergänzt werden könnte dies – wie von Marktbeteiligten z.T. gefordert - durch einen Entzug von 2x5 MHz im 900 MHz-Bereich mit Nutzungsstart ab 1.01.2016. Alle entzogenen Frequenzbereiche wären spätestens bis zum 31.12.2015 zu räumen.

Detaillierte Ausführungen zum Entscheidungsentwurf

Die TD hält die im Entscheidungsentwurf der BNetzA vorgetragene frequenzregulatorische Maßnahmen bei der Umsetzung des Unternehmenszusammenschlusses von Telefonica D und E-Plus zur Verhinderung einer Diskriminierung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt sowie zur Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung für die Zukunft für unausgewogen und nicht zielführend. Durch die geplante Entscheidung der BNetzA in dem geplanten Verfahren kann es zu einer massiven Wettbewerbsverzerrung auf dem deutschen Mobilfunkmarkt kommen. Dadurch werden insbesondere die Interessen der TD berührt. Der BNetzA obliegt die Aufgabe, die Prüfung frequenzregulatorischer Aspekte des Zusammenschlussvorhabens zwischen Telefonica und E-Plus durchzuführen und Auflagen derart zu erteilen, dass damit sicherzustellen ist, dass bei einer Genehmigung der Fusion eine durch die Frequenzausstattung der Unternehmen bedingte Diskriminierung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht zu besorgen und eine effiziente Frequenznutzung auch in Zukunft gewährleistet ist. Diesen Zielen kann der vorliegende Entscheidungsentwurf vor allem mit Bezug auf den 2,1 GHz-Bereich und die künftige Wettbewerbsfähigkeit der TD im UMTS-Markt nicht entsprechen. Er würde im Gegenteil die Situation bzgl. der Bedeutung des 2,1 GHz-Bereiches noch verschärfen und hätte auch auf das davon stark tangierte spätere Vergabeverfahren zur Neuregelung der in den GSM-Lizenzen bis Ende 2016 gebundenen 900/1800 MHz-Frequenzen negative Auswirkungen.

Datum 20. Juni 2014
Empfänger Bundesnetzagentur
Blatt Blatt 4

Bleibe es ausschließlich bei der nun geplanten vorzeitigen Rückgabe des GSM-Spektrums des Fusionsunternehmens, hätte das Fusionsunternehmen einen Wettbewerbsvorteil, der sich vor allem durch das drückende Frequenzungleichgewicht (Fusionsunternehmen 2x35 MHz, TD 2x10 MHz) im 2,1 GHz-Bereich zulasten der TD ergäbe. Dies macht einen kurzfristigen Ausgleich bei den 2,1 GHz-Frequenzen erforderlich. Gerade ein wettbewerbsfähiges UMTS-Angebot bei 2,1 GHz ist äußerst erfolgskritisch für den kurz- bis mittelfristigen Markterfolg jedes Anbieters und hat für den mittel- und langfristigen Markterfolg jeden Anbieters auch bei LTE große Bedeutung. Wegen der großen UMTS-Endgeräte-Population im Markt erfolgt bei vielen Kunden der Einstieg in mobile Breitbanddienste zumeist über UMTS. Bisher unterstützt erst ein kleiner Teil der im Markt befindlichen Endgeräte (auch bei den sogenannten Smartphones) LTE. Hingegen können alle neu in den Markt kommenden Smartphones auch UMTS-Netze nutzen. Der gesamte Sprachverkehr wird derzeit immer über UMTS oder GSM abgewickelt. Nur UMTS erlaubt dabei Sprachverkehr während gleichzeitig eine Breitband-Datenverbindung aufrechterhalten wird. UMTS kommt daher für die nächsten Jahre eine Schlüsselfunktion zu. Erst danach kann das 2,1 GHz Spektrum als gleichwertig und austauschbar mit 1800 MHz betrachtet werden. Dennoch adressiert die BNetzA in Ihrem Entscheidungsentwurf nur eine vorzeitige Abgabe des 900/1800 MHz-Spektrums des fusionierten Unternehmens, sodass dieses in unzulässiger Weise mit seinem 2,1 GHz-Spektrum die wettbewerblichen Erfolgsaussichten der übrigen Mobilfunknetzbetreiber und insbesondere der TD gefährden kann.

1. Die Übernahme von E-Plus durch die Telefonica D führt zu einem massiven Frequenzungleichgewicht im Markt – vor allem oberhalb von 1 GHz in den Bereichen 1800 MHz und 2,1 GHz. Dabei dürfte sich das Ungleichgewicht bei 2,1 GHz in den nächsten über 6 Jahren noch wettbewerbsschädlicher als das bei 1800 MHz auswirken, da das Fusionsunternehmen diese Frequenzrechte (mit 2x35 MHz über 60% des im Band verfügbaren UMTS-Spektrums) bis zum Laufzeitende der UMTS-Lizenz Ende 2020 nutzen kann, wenn es nicht zu der von der Europäischen Kommission geplanten, im Markt aber allgemein als unwahrscheinlich eingestuften Übernahme von 2x10 MHz durch einen Neueinsteiger kommen sollte.
2. Daher müssen bei einer Genehmigung des Zusammenschlussverfahrens der Telefonica D mit E-Plus umgehend auch frequenzregulatorische Ausgleichsmaßnahmen der BNetzA erfolgen, die das Übergewicht im 2,1 GHz-Bereich beseitigen und signifikante Wettbewerbsnachteile für die übrigen Anbieter im deutschen Mobilfunk verhindern können.
3. Die Frequenzbereiche 1800 MHz und 2,1 GHz sind aufgrund ihrer technologischen und marktdynamischen (1800 MHz nur für GSM und LTE), 2,1 GHz auf absehbare Zeit

Datum 20. Juni 2014
Empfänger Bundesnetzagentur
Blatt Blatt 5

Hauptband für UMTS) hinsichtlich des kurzfristigen Ausgleichsbedarfes als absolut gleichwertig anzusehen. Sie müssen daher auch gleich behandelt werden, d.h. der Ausgleich in beiden Bändern muss zeitgleich erfolgen, bei 1800 MHz wegen der Diskriminierungsmöglichkeit durch LTE-Parallelbetrieb, bei 2,1 GHz wegen der Ausnutzung massiver Quantitäts- und Qualitätsvorteile beim UMTS-Angebot). Während das Ungleichgewicht bei 1800 MHz im Entscheidungsentwurf der BNetzA gewürdigt wird, sollen bzgl. einer Entscheidung zum Handlungsbedarf im 2,1 GHz-Bereich erst die Ergebnisse einer Verteilungsuntersuchung abgewartet werden, die erst nach Abschluss der für das Frühjahr 2015 erwarteten Frequenzneuregelung bei 900/1800 MHz erfolgen soll. Dies ist nicht hinnehmbar, da dem Unternehmen selbst bei einer dadurch in Gang gebrachten Frequenzverlagerung Jahre zum wettbewerblichen Missbrauch ihrer über- großen Frequenzmenge im 2,1 GHz-Bereich verblieben.

4. Die TD sieht - anders als die BNetzA - gerade im 2,1 GHz-Bereich den viel dringenderen Ausgleichsbedarf, denn während die Laufzeit des 1800 MHz-Spektrums im Dezember 2016 endet, reicht sie im 2,1 GHz-Bereich bis zum Ende des Jahres 2020 bzw. 2025:
 - Da die UMTS-Nutzung für Sprach- und Datendienste aufgrund der hohen Endgeräte-Penetration im Markt derzeit noch massiv wächst, ist die Nutzung von Zusatzkapazitäten schon kurzfristig erforderlich. UMTS-Kapazitäten sind hierfür erforderlich, da auf LTE-basierende Übertragungskapazitäten auf absehbare Zeit keine Sprachdienstfähigkeit aufweisen bzw. die zu deren Nutzung nötigen Endgeräte nur in geringer Anzahl im Markt verbreitet sein werden.
 - Das Fusionsunternehmen könnte auf den wachsenden Bedarf bei UMTS mit seiner Frequenzausstattung durch kostengünstige und kurzfristige Bandbreitenerweiterung reagieren. Die übrigen Wettbewerber müssten dagegen teurere und zumeist langwierigere infrastrukturelle Maßnahmen wie z.B. Standortverdichtungen durchführen, die teilweise an der bereits heute schon sehr hohen Dichte von Mobilfunkstandorten von derzeit 4 Netzbetreibern scheitern würden. Auch in Bezug auf die derzeit akquirierten Standorte kommt dem Fusionsunternehmen eine dominante Schlüsselposition zu.
 - Ohne die Fusion wären alle Netzbetreiber vom 2,1 GHz-Bedarfsanstieg gleichermaßen betroffen, im Falle des Zusammenschlusses von Telefonica D und E-Plus jedoch hauptsächlich die TD aufgrund ihrer lediglich aus 2x10 MHz bestehenden UMTS-Frequenzausstattung im 2,1 GHz-Bereich. Ein solcher durch eine Fusion verursachter

Datum 20. Juni 2014
Empfänger Bundesnetzagentur
Blatt Blatt 6

Zusatzbedarf war in der Auktion 2010 noch nicht absehbar, wo sich die TD ansonsten mehr 2,1 GHz-Spektrum hätte sichern können.

- Die massive Ungleichverteilung bei 2,1 GHz bedeutet auch einen signifikanten Qualitätsvorteil des Fusionsunternehmens bei den UMTS-Datendiensten. Höhere Kapazitäten erlauben deutlich höhere Datendurchsatz-Geschwindigkeiten im Vergleich zu den Dienstqualitäten in den UMTS-Netzen der übrigen Wettbewerber.
 - Auch für den Wholesalebereich ergibt sich ein vergleichbarer Vorteil wie im Privatkundenbereich, denn hier besteht kapazitätsbedingt die Möglichkeit attraktiverer Konditionen, wodurch das Fusionsunternehmen nicht nur im direkten Vertrieb, sondern kurzfristig auch noch über angeschlossene Service Provider etc. seine Wettbewerbsvorteile im UMTS-Bereich zulasten seiner Wettbewerber massiv ausspielen könnte.
 - Die seitens der BNetzA vorgeschlagene Untersuchung der Wettbewerbseffekte nach der Frequenzvergabe wird der kurzfristig erwarteten Auswirkung auf den Wettbewerb nicht gerecht. Der Wettbewerbsvorteil könnte dadurch bis zum Laufzeitende der Frequenznutzungsrechte des Fusionsunternehmens im Jahr 2020 manifestiert werden. Zwischenzeitlich hätte das neue Unternehmen zudem die Möglichkeit, sukzessive parallel LTE2100 aufzubauen, da in den nächsten Jahren von der System- und Endgeräteverfügbarkeit ausgegangen werden kann. Dies gilt auch dann, wenn die Europäische Kommission bei Genehmigung des Zusammenschlusses eine Abgabeauflage für den 2,1 GHz-Bereich aussprechen sollte, da sie für das Fusionsunternehmen solange keinerlei Unterbrechung der Nutzung des Bereiches nach sich ziehen würde, wie sich kein ernsthafter Interessent als neuer Netzbetreiber oder auch MVNO im Markt zeigt und das Spektrum von dieser übernimmt.
5. Selbst auf Basis dieser Auflage führte der Marktzutritt eines weiteren frequenz- und infrastrukturasierten Anbieters im deutschen Mobilfunkmarkt nur zu einer Abgabe von 2x10 MHz im Bereich 2.1 GHz. Das Fusionsunternehmen behielte somit 2x 25 MHz ggü. den heutigen 2x10 MHz der TD. Zum Ausgleich des verbleibenden Ungleichgewichts wäre es also auch dann erforderlich, dass Telefónica D an andere Anbieter mindestens weitere 2x5 MHz abgibt, damit das massive Ungleichgewicht im UMTS-Bereich vor allem ggü. der TD beseitigt wird.

Datum 20. Juni 2014
Empfänger Bundesnetzagentur
Blatt Blatt 7

Conclusio:

Die von der BNetzA in ihrem Entscheidungsentwurf vorgeschlagene Ausgleichsmaßnahme in Form der um ein Jahr (bis Ende 2015) vorgezogenen Abgabe des Spektrums in den Bereichen 900 und 1800 MHz-Band ist nicht geeignet, die durch den Zusammenschluss bedingte Gefahr der Diskriminierung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt zu beseitigen und eine effiziente Frequenznutzung für die Zukunft zu gewährleisten.

Ein kurzfristiger Ausgleich im 2,1 GHz-Bereich ist auch dann erforderlich, wenn die Europäische Kommission für die Genehmigung des Zusammenschlusses z.B. eine Abgabeauflage für 2x10 MHz im 2,1 GHz-Band erteilt, da diese Auflage ausschließlich im Falle des Auftretens eines neuen Netzbetreibers im deutschen Mobilfunkmarkt zum Tragen kommt. Und selbst wenn ein solcher Betreiber aufträte, führte der Markteintritt nur zu einer Abgabe von 2x10 MHz im Bereich 2,1 GHz. Das Fusionsunternehmen behielte somit 2x25 MHz ggü. den heutigen 2x10 MHz der TD oder den 2x10 MHz des künftigen neuen Anbieters und hätte also nach wie vor eine dominante Rolle bei der Bereitstellung von UMTS Diensten. Zum Ausgleich des verbleibenden Ungleichgewichts müsste die Telefónica D an andere Mobilfunknetzbetreiber in jedem Falle weitere 2x 5 MHz abgeben.

Für den Fall, dass kein neuer Anbieter in den Markt eintritt, ist weder in den geplanten Vorgaben der BNetzA noch in den bisher bekanntgewordenen Auflageplanungen der Europäischen Kommission eine konkrete Regelung zum Ausgleich des Frequenzungleichgewichts bei 2,1 GHz enthalten. Um einen wettbewerbsgefährdenden Missbrauch des Spektrums zu verhindern, muss also durch Vorgabe der BNetzA sichergestellt werden, dass Telefónica 2x15 MHz bei 2,1 GHz im Rahmen des Zusammenschlusses kurzfristig an die übrigen Anbieter oder einen neuen Interessenten im Markt abgibt. Diese Auflage müsste neben der als adäquat anzusehenden vorzeitigen Abgabe von 2x5 MHz im 900 MHz-Band sowie von 2x15 MHz im 1800 MHz-Band erfolgen.

Vor diesem Hintergrund ist es unseres Erachtens erforderlich, das Fusionsunternehmen zu verpflichten, Spektrum im Umfang von 2 x 15 MHz im 1800 MHz-Bereich (Nutzungsstart ab 1.01.2016) sowie von 2 x 15 MHz im 2,1 GHz-Bereich (Nutzungsstart frühestmöglich, spätestens aber ab 1.01.2016) einem anderen Unternehmen im deutschen Mobilfunkmarkt zu überlassen. Die Überlassung sollte in erster Linie durch Frequenzhandel (§ 62 TKG) bzw. Nutzungsüberlassung (§ 55 Abs.8 TKG) erfolgen. Für den Fall, dass eine Übertragung auf diesem Weg nicht bis zum 31.12.2014 erfolgreich durchgeführt wird, sollte das Fusionsunternehmen verpflichtet werden, diese Frequenzen zurückzugeben,

Datum 20. Juni 2014
Empfänger Bundesnetzagentur
Blatt Blatt 8

damit sie zeitnah von der BNetzA in einem offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren neu vergeben werden können.

Einer Nutzungsüberlassung gem. § 55 Abs.8 steht dabei nicht der Verbot des Frequenzhandels gem. § 150 Abs.8 S.1 TKG entgegen. Davon geht die BNetzA gem. Mitteilung Nr. 152/2005 (Abl. GepTB 12/2005, S.1021ff.) selber aus. Anders als dort ausgeführt, bedarf es bei einer Überlassung zur selbständigen Nutzung der Frequenzen auch keiner Sicherung von Durchgriffsrechten durch den bisherigen Zuteilungsinhaber.

Ergänzt werden könnte dies – wie von Marktbeteiligten z.T. gefordert - durch einen Entzug von 2x5 MHz im 900 MHz-Bereich mit Nutzungsstart ab 1.01.2016. Alle entzogenen Frequenzbereiche wären spätestens bis zum 31.12.2015 zu räumen.