Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf zu einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung der Präsidentenkammer über das Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen Telefónica/E-Plus (BK1-13/002)

Die Präsidentenkammer führt in ihrem Entwurf zutreffend aus, dass gemäß § 63 TKG i.V.m. § 55 Abs. 7, Abs. 8 TKG, §§ 52, 2 Abs. 2 und 3 TKG vom Fusionsunternehmen die 900 MHz und 1800 MHz Frequenzen kurzfristig nach einer Freigabe der Fusion zurückzugeben sind, um eine diskriminierende Frequenzausstattung des Fusionsunternehmens zu verhindern. Das von der BNetzA festgestellte Frequenzübergewicht würde einen chancengleichen Wettbewerb unmöglich machen sowie eine effiziente Frequenznutzung verhindern.

Diesen Vorgaben entspricht es aber nicht, wenn der Rückgabezeitpunkt für die Frequenzen auf den 31.12.2015 festgelegt wird. Die diskriminierenden Frequenzausstattungen bestehen unmittelbar nach der Fusion und damit bereits im Laufe des Jahres 2014. Chancengleicher Wettbewerb wie auch eine effiziente Frequenznutzung können nicht sichergestellt werden, wenn mit einem Widerruf bzw. der Rückgabe des Spektrums bis Ende 2015 gewartet wird. Vielmehr ist eine Rückgabe oder ein Widerruf der Frequenzen mit Wirkung zum 31.12.2014 erforderlich.

A. Wettbewerbsvorteil entsteht unmittelbar nach der Fusion

Wie wir in unseren vorhergehenden Stellungnahmen bereits mehrfach ausgeführt haben, entsteht der Wettbewerbsvorteil unmittelbar nach der Fusion und muss daher auch kurzfristig nach Freigabe der Fusion beseitigt werden.

1. Kurzfristige Räumung durch „national roaming" innerhalb weniger Monate

Es ist nicht ersichtlich, warum dem Fusionsunternehmen eine kurzfristige Räumung von GSM-Frequenzen durch den Einsatz von „national roaming" nicht möglich sein soll. Zu diesem Ergebnis kommt auch die Präsidentenkammer u.a. in Rn. 189 des Entscheidungsentwurfs.

Durch den Einsatz von „national roaming" kann das Fusionsunternehmen den gesamten Verkehr über ein Netz der beiden zuvor unabhängigen Unternehmen abwickeln. Das stellt auch das Fusionsunternehmen im Grundsatz nicht in Frage. Da durch beide Mobilfunknetze von Telefónica und E-Plus bisher eine flächendeckende Versorgung gewährleistet wurde, bleibt die bundesweit flächendeckende Versorgung auch bei der Nutzung nur eines der beiden Netze weiterhin sichergestellt. Auch in kapazitativer Hinsicht können wir aufgrund unserer eigenen Erfahrung beim Betrieb eines GSM-Netzes davon ausgehen, dass dem Fusionsunternehmen mit Blick auf die in etwa vergleichbare Kundenzahl 2 x 15 MHz zur Abwicklung des GSM-Verkehrs ausreicht.

Die Einführung von „national roaming" ist sehr kurzfristig und ohne großen Aufwand möglich. Demzufolge kann die Freiräumung der Frequenzen innerhalb weniger Monate nach einer Freigabe der Fusion ohne relevante Qualitätseinbußen realisiert werden. Eventuelle geringfügige Umplanungen des Netzes, wo lokal begrenzt tatsächlich Kapazitätsgrenzen überschritten sein sollten bzw. die Netzabdeckungen beider

Netze nicht deckungsgleich sind, – was äußerst selten der Fall sein dürfte – können auf jeden Fall auch sehr kurzfristig, innerhalb weniger Monate erfolgen. Wir haben dies auch noch einmal in einem technischen Kurzgutachten dargelegt, das wir in Ergänzung zu dieser Stellungnahme übersenden.

Hiervon streng zu trennen ist die Frage der vollständigen Netzmigration, auch wenn Telefónica in seinen Stellungnahmen die Frage der Netzmigration und die Frage der Freiräumung von Frequenzen durch „national roaming" immer wieder vermischt. Selbstverständlich wird eine vollständige Netzmigration zur vollumfänglichen Hebung der Netzsynergien einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen. Der Wettbewerbsvorteil, der kurzfristig aus einer Nutzung des freigewordenen GSM-Spektrums für LTE bzw. UMTS entsteht, ist aber so groß, dass davon ausgegangen werden muss, dass das Fusionsunternehmen diesen Wettbewerbsvorteil realisieren wird, und eine vollständige Migration beider Netze zur Optimierung des gemeinsamen Mobilfunknetzes erst langfristig erfolgt.

Es sind somit weder technische noch kommerzielle Gründe ersichtlich, die einer Freiräumung der Frequenzen innerhalb weniger Monate nach einer Freigabe der Fusion entgegenstehen.

Soweit die Kammer in ihren Ausführungen darauf hinweist, dass auch Vodafone den Zeitraum von einem Jahr für die Räumung der Frequenzen anführt, möchten wir dem an dieser Stelle noch einmal entgegentreten. Sollte in der mündlichen Verhandlung der Eindruck entstanden sein, dass eine Räumung innerhalb eines Jahres aus Sicht von Vodafone akzeptabel wäre, so haben wir diesen Eindruck in jedem Fall durch die schriftlichen Stellungnahmen wieder ausgeräumt. Gerade auch in unserer schriftlichen Stellungnahme im Nachgang zur mündlichen Anhörung vom 05.05.2014 fordert Vodafone explizit die Räumung der Frequenzen bis Ende 2014, nicht aber Mitte 2015.

Wir bitten daher die BNetzA, die Darstellung im Entscheidungsentwurf zu korrigieren und dies bei ihrer Bewertung entsprechend zu berücksichtigen. Demnach hält mit der Deutschen Telekom nur ein Wettbewerber, dessen Wettbewerbsnachteil bei 1800 MHz jedoch auch wesentlich geringer ist, einen einjährigen Räumungszeitraum für angemessen.

2. Kurzfristiger Wettbewerbsvorteil durch sukzessiven Netzausbau mit LTE 1800 MHz bzw. UMTS 900 MHz

Nach der Räumung stehen dem Unternehmen mindestens 2 x 20 MHz bzw. 2 x 30 MHz für die Nutzung von LTE zur Verfügung. Es ist davon auszugehen, dass innerhalb eines Jahres bis zu 15.000 Basisstationen auf LTE 1800 MHz bzw. UMTS 900 MHz umgerüstet werden können. Dabei kommt dem Fusionsunternehmen zu Gute, dass das bestehende Netz bereits über SRAN-Equipment verfügt bzw. zumindest SRAN-fähig ist, und eine Aufrüstung des Netzes wesentlich weniger Aufwand mit sich bringt. Ein massiver Wettbewerbsvorteil entsteht aber noch deutlich kurzfristiger dadurch, dass sukzessive und gezielt einzelne Regionen mit bis zu 2 x 30 MHz mit LTE 1800 MHz oder mit bis zu 2 x 10 MHz mit UMTS 900 MHz versorgt werden können. Hierdurch lassen sich bereits bis Ende 2014 erhebliche Wettbewerbsvorteile realisieren. Um Wiederholungen zu vermeiden verweisen wir zum Ausmaß des Wettbewerbsvorteils auf unsere bisherigen Stellungnahmen im vorliegenden Verfahren.

Die massive Wettbewerbsverzerrung entsteht damit nicht erst Ende 2015 sondern kurzfristig nach Freigabe der Fusion noch in 2014.

B. Angemessenheit der Frist für eine Räumung und Rückgabe der Frequenzen

Die Präsidentenkammer trägt dem Aspekt der durch die Fusion von Telefónica und E-Plus bedingten erheblichen Wettbewerbsverzerrungen, die unmittelbar nach der Freigabe der Fusion für die Wettbewerber des fusionierten Unternehmens eintreten (siehe die Ausführungen soeben unter A.), im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Frist zur Rückgabe der Frequenzen nach § 63 Abs. 1 S. 3 TKG (Rn. 202 ff.) nicht hinreichend Rechnung.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein potentielles „Bestandsinteresse" des Fusionsunternehmens die Wettbewerbsgewährleistung als Regulierungsziel nicht überwiegen kann (siehe unter B.1.), eine Differenzierung bei der Abwägung zwischen den Maßnahmen des Widerrufs und der Neuallokation vorzunehmen ist (siehe unter B.2.), das Interesse der Wettbewerber an der schnellstmöglichen Nutzungsaufnahme nicht nur als gering einzustufen ist (siehe unter B.3.) und schließlich allenfalls Teile der aus Bestandsschutzgründen bis Ende 2015 dem Fusionsunternehmen überlassenen Frequenzen zur Aufrechterhaltung einer flächendeckenden Versorgung der Verbraucher benötigt werden (siehe unter B.4.).

1. Kein generell überwiegendes Bestandsinteresse

Die Wettbewerbsgewährleistung ist *„zentrales Ziel des TKG"* (siehe § 1 Abs. 1 TKG und dessen Begründung in BT-Drs. 15/2316, S. 56; hierzu Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 1 Rn. 1). Jede auch nur temporäre Beschränkung dieser Gewährleistung auf den deutschen Telekommunikationsmärkten bedarf daher besonders gewichtiger Gründe. Dies gilt insbesondere im Bereich der Frequenzregulierung. Die mit der staatlichen Vollkontrolle der Spektrumsverwaltung verbundene objektive Berufszulassungsbeschränkung für Mobilfunknetzbetreiber ist sachlich nur gerechtfertigt, wenn die Frequenzregulierung zu jedem Zeitpunkt an den Regulierungszielen ausgerichtet ist (§ 52 Abs. 1 TKG) und die BNetzA Wettbewerbsbeeinträch¬tigungen, seien sie durch die staatliche Regulierung oder durch Veränderung der Marktgegebenheiten ausgelöst, unverzüglich entgegentritt (§§ 55 Abs. 8 Satz 3, 63 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 TKG).

Aus der Rangfolge der gesetzlich zu berücksichtigenden Interessen in § 55 Abs. 8 Satz 3 TKG (*"eine Wettbewerbsverzerrung…nicht zu besorgen ist und [zusätzlich] eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung gewährleistet ist"*) sowie aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber der BNetzA in § 63 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG sogar ein präventives Widerrufsrecht bei wahrscheinlichen - also bereits bei lediglich drohenden - Wettbewerbsverzerrungen eingeräumt hat, ist aus unserer Sicht zwingend zu schließen, dass der Abwendung etwaiger Wettbewerbsverzerrungen im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden Abwägung grundsätzlich ein erhebliches, wenn nicht sogar vorrangiges Gewicht gegenüber anderen abwägungsrelevanten Regulierungszielen einzuräumen ist. Das im Entwurf mehrfach herangezogene *„Bestandsinteresse"* (siehe Rn. 202, 207, 213) derjenigen Unternehmen, die die Wettbewerbsverzerrung selbst aktiv herbeiführen, hat im TKG keinen eigenständigen Niederschlag gefunden und ist dem Ziel der Diskriminierungsfreiheit im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Frequenzfreigabefrist jedenfalls in der vorliegenden Konstellation eines aufgrund dieser Wettbewerbsverzerrungen gebotenen Frequenzwiderrufs grundsätzlich unterzuordnen.

Die wettbewerbsrechtliche Freigabe der Fusion beseitigt die von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG beabsichtigte und auch in den relevanten GSM- und UMTS-Frequenzzuteilungsauflagen verankerte wettbewerbliche Unab-

hängigkeit (siehe BNetzA, Eckpunkte einer telekommunikationsrechtlichen Bewertung des Zusammenschlussvorhabens Telefónica / E-Plus, S. 2) der Frequenzinhaber ohne Übergangszeitraum und mit unmittelbarer Wirkung für die relevanten Telekommunikationsmärkte.

Im Gegensatz zu einer sich organisch entwickelnden Wettbewerbsverzerrung nach § 63 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG, die ihre Grundlage nicht allein in der Sphäre des Frequenzinhabers haben muss (siehe Göddel, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 63 Rn. 4, zu § 63 TKG a.F.), tritt die Wettbewerbsverzerrung vorliegend allein auf Veranlassung der fusionierenden Unternehmen ein. Die Hintergründe und besonderen Anforderungen des konkreten Widerrufsgrunds sind im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 63 Abs. 1 Satz 3 TKG vorrangig zu berücksichtigen (vgl. Göddel, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 63 Rn. 7). Als Konsequenz ist im Rahmen der Abwägung der BNetzA (§ 63 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, Satz 3 TKG) das Bestandsinteresse der Frequenzinhaber als Verursacher der Wettbewerbsverzerrung deutlich geringer zu bewerten, wohingegen der hohen Intensität der sich sofort mit Fusionsfreigabe entfaltenden Wettbewerbsverzerrung ein entsprechend größeres Gewicht zuzumessen ist.

Die Präsidentenkammer ist daher im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessenausübung gehalten, diesem mit hoher Wahrscheinlichkeit (hier: sogar sicher) mit der Fusionsfreigabe eintretenden rechtswidrigen Zustand (§ 63 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG) zu Lasten der Wettbewerber präventiv entgegenzuwirken, ihn also vorbeugend gänzlich zu verhindern. Um die wettbewerbsverzerrenden Wirkungen einer solchen Marktentwicklung so weit wie möglich zu beschränken, ist die BNetzA aber jedenfalls verpflichtet, den ihr vom Gesetzgeber in § 63 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG zusätzlich eingeräumten reaktiven Widerrufstatbestand so anzuwenden, dass fusionsbedingte Wettbewerbsverzerrungen zeitlich und materiell auf das absolut unvermeidbare Minimalmaß beschränkt werden. Dies ist bei einer Festlegung der Widerrufsfrist bis zum 31.12.2015 nicht der Fall, weil sie den in diesem Zusammenhang wenn überhaupt, allenfalls nachrangig zu berücksichtigenden Bestandsschutz des fusionierten Unternehmens im Rahmen der Abwägung übergewichtet. Eine korrekte Abwägung muss daher zu einer sehr kurzen Widerrufsfrist, jedenfalls aber zur Anordnung der von Vodafone beantragten Frist zum 31.12.2014 (hilfsweise zum 30.06.2015) führen.

Eine Verpflichtung zur Räumung erst bis Ende 2015 entspricht zudem auch nicht den bisherigen Ausführungen der BNetzA. In Eckpunkt Nr. 5 ihres Positionspapiers hat sich die BNetzA zu Recht für eine Räumung vor Zuteilung der Frequenzen an Wettbewerber im Rahmen der Neuvergabe ausgesprochen, die für den Beginn des Jahres 2015 zu erwarten ist.

2. Differenzierung zwischen Widerruf und Frequenzneuvergabe

Das der BNetzA zur Verfügung stehende Regulierungsinstrumentarium zur Verhinderung oder Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen (Widerruf im ersten Schritt und Frequenzneuvergabe im zweiten Schritt) ist hinsichtlich seiner wettbewerblichen Wirkungen – anders als im Entscheidungsentwurf bisher angelegt – differenziert zu bewerten. Der zweite Schritt kann keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Bestimmung der Übergangsfrist haben:

- Der unmittelbar im Zeitpunkt der Fusion eintretenden rechtswidrigen Wettbewerbsverzerrung ist durch die BNetzA unverzüglich nach Fusionsfreigabe wirkungsvoll entgegenzutreten. Nur gewichtige Gründe, die in der bisherigen Abwägung der BNetzA nicht geltend gemacht wurden, könnten es insoweit rechtfertigen, eine Widerrufsfrist festzusetzen, die die vom fusionierten Unternehmen

als Verursacher objektivierbar nachzuweisende, absolut notwendige Dauer des technischen Umstellungsprozesses überschreitet (siehe hierzu die Ausführungen unter B 1). Durch den Widerruf sind insbesondere sofortige Wettbewerbsvorteile zu beseitigen, die es dem Frequenzinhaber andernfalls ermöglichen, die sich unmittelbar mit Vollzug der Fusion ergebende Wettbewerbsvorteile auch nur temporär weiter zu verstärken.

- Davon unabhängig sind die im Entscheidungsentwurf angesprochenen (Rn. 211 ff.) Frequenzneuallokationen zu bewerten. Diese führen bei tatsächlicher Realisierung erst mittelfristig in einem zweiten Schritt zu einer möglichst vollständigen Beseitigung der diskriminierenden Marktsituation nach Fusionsfreigabe und dem von der BNetzA angestrebten *„equal playing field"* unter den Mobilfunknetzbetreibern. Für die Beseitigung der unmittelbaren wettbewerbsverzerrenden Fusionsfolgen hat die angestrebte Frequenzneuallokation jedoch keine Abwägungsrelevanz im Rahmen der Bemessung der Widerrufsfrist. Aus dem angestrebten Zeitpunkt der Frequenzneuvergabe und den zusätzlichen beabsichtigten Netzmigrationsschritten folgen daher keine Gründe, die für eine Verlängerung der Widerrufsfrist im ersten Schritt der notwendigen Wettbewerbsabsicherung durch die BNetzA sprechen.

In ihrer endgültigen Entscheidung sollte die Kammer daher eine eingehendere Auseinandersetzung mit den im ersten Schritt relevanten Aspekten vornehmen. Hinsichtlich der Neuallokation im zweiten Schritt stellt der Entscheidungsentwurf zwar zutreffend auf die Erforderlichkeit eines schnellstmöglichen Nutzungsbeginns ab, überschätzt dabei aber die zur Nutzungsvorbereitung nötige Planungszeit wie auch generell deren Bedeutung (siehe hierzu noch sogleich unter B.3.) und misst dem grundlegenden Interesse an einer gleichwertigen, nichtdiskriminierenden Frequenzausstattung möglichst bald nach der Freigabe der Fusion nicht das erforderliche Gewicht zu.

3. Interesse der Wettbewerber an Nutzungsaufnahme

Im Interesse einer sachgerechten Bestimmung der angemessenen Frist nach § 63 Abs. 1 Satz 3 TKG ebenfalls widersprechen müssen wir den Ausführungen im Entscheidungsentwurf zu unserem eigenen Interesse an der Nutzungsaufnahme. Es ist nicht verständlich, wenn die Kammer ausführt, dass eine frühere Räumung der Frequenzen allenfalls geringe positive Auswirkungen zugunsten der Wettbewerber habe (siehe Rn. 206) und dies darauf stützt, dass die Wettbewerber die Zeit nach der Neuallokation der Frequenzen, die zu Beginn des Jahres 2015 erfolgen soll (siehe Rn. 206), zunächst Netzplanungen vornehmen müssten. Diese Feststellung gilt zumindest nicht für Vodafone. Keinesfalls würde sich Vodafone über ein halbes Jahr lang mit Netzplanungen beschäftigen, bevor der Ausbau mit der erforderlichen Technik beginnen würde.

Wir würden vielmehr unmittelbar nach Zuteilung mit dem Ausbau von LTE 1800 MHz beginnen. Beim Ausbau kommt Vodafone zugute, dass bereits ein großer Teil der Mobilfunkstandorte mit SRAN-Technologie ausgestattet sind, die deutlich verkürzte Ausbauzeiten möglich machen. Innerhalb weniger Monate könnte Vodafone daher bereits über eine relevante Netzabdeckung verfügen. Hinzu kommt, dass mit Blick auf den erheblichen Umfang der zur Neuallokation zur Verfügung stehenden 1800 MHz Frequenzen Planungen für einen Netzausbau auch schon im Vorgriff auf die Vergabe erfolgen könnten.

Nicht die Planung, sondern der Rollout selbst ist das zeitkritische Moment. Je früher man damit beginnen kann, umso früher wird Vodafone den Wettbewerbsnachteil gegenüber dem Fusionsunternehmen ausgleichen können und außerdem zu einer effizienten Frequenznutzung bzw. dem Ausbau der Breitbandversorgung beitragen können.

Es besteht daher ein sehr hohes Interesse unseres Unternehmens an einer frühzeitigen Nutzungsaufnahme unmittelbar nach Freigabe der Fusion und Abschluss der Neuallokation der Frequenzen, das nicht durch den Verweis auf einen zweifellos nötigen, hier aber auf der Zeitachse nicht entscheidenden Planungsprozess relativiert werden kann. Eine zeitliche Verschiebung von Frequenzwiderruf und Neuallokation nach hinten, auf den 31.12.2015, rechtfertigt ein solcher jedenfalls nicht.

4. Fortbestand flächendeckender Mobilfunkversorgung auch bei zeitlich gestaffeltem Widerruf

Sollte die BNetzA bei ihrer bisherigen Einschätzung bleiben und unter Verweis auf ein (überwiegendes) Bestandsinteresse des Fusionsunternehmens eine Nutzung der Frequenzen bis Ende 2015 erlauben, so kann sich dieses Bestandsinteresse aber in jedem Fall nur auf die Frequenzen beziehen, die zur Aufrechterhaltung der flächendeckenden Versorgung ohne Qualitätseinbußen unbedingt erforderlich sind (vgl. hierzu z.B. Rn. 214).

Der genaue Spektrumsumfang, welcher zur Sicherstellung der Ziele des unterbrechungsfreien Fortbestands der Mobilfunkversorgung und der Aufrechterhaltung einer nahezu hundertprozentigen Versorgung der Kunden mit Mobilfunkdiensten erforderlich ist, ist im Hinblick auf das vorrangige Gebot der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch das fusionierte Unternehmen konkret und objektivierbar nachzuweisen. Alle Frequenzen, für die dieser Nachweis nicht erbracht wird, müssen daher selbst bei grundsätzlicher Anerkennung eines Bestandsinteresses kurzfristig nach Freigabe der Fusion, bis Ende 2014 geräumt werden.

C. Zusammenfassung

Bei Abwägung sämtlicher Belange ist die Verpflichtung zur Räumung der Frequenzen bis Ende 2015 nicht mehr angemessen. Aus unserer Sicht muss die Räumung unverzüglich nach einer Freigabe der Fusion, spätestens aber bis Ende 2014 erfolgen. Selbst wenn man dem Fusionsunternehmen einen Zeitraum von einem Jahr für die Räumung der Frequenzen gewähren möchte, wäre der Räumungszeitpunkt jedenfalls für Mitte des Jahres 2015 anzusetzen.

Vor diesem Hintergrund beantragt Vodafone, das Fusionsunternehmen zu verpflichten, diejenigen Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz bis zum 31.12.2014, hilfsweise bis zum 30.06.2015 zurückzugeben, für die sie zu diesem Zeitpunkt keine Zuteilung über das Jahr 2016 hinaus haben. In jedem Fall sind solche Frequenzen umgehend freizugeben, die für einen unterbrechungsfreien Fortbestand der Mobilfunkversorgung der Kunden des Fusionsunternehmens nicht erforderlich sind.

Abschließend weisen wir darauf hin, dass wir uns aufgrund der äußerst kurz bemessenen Stellungnahmefrist ergänzenden Sachvortrag vorbehalten.