Telefónica

Telefónica Germany GmbH & Co. OHG Georg-Brauchle-Ring 23-25 80992 München

An die
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen
Referat 212
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Dr. Robert Schwinghammer
Head of Regulatory Law
Corporate Affairs & Strategy

T +49 (0)89 2442 1440
F +49 (0)89 2442 1448
M +49 (0)176 2048 0876
E robrt.schwinghammer@telefonica.com

20. Juni 2014

Vorab per Email: referat212@Bundesnetzagentur.de

BK1-13/002: Geplanter Zusammenschluss Telefónica Deutschland/E-Plus
Stellungnahme zum Entwurf einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung vom 13. Juni 2014

Öffentliche Fassung

Sehr geehrte Damen und Herren,

in Ergänzung zu unseren bereits im Verfahren übermittelten Stellungnahmen sowie zu unserem Vortrag in der mündlichen Anhörung am 5. Mai 2014 möchten wir zum Entwurf einer telekommunikationsrechtlichen Entscheidung, der uns am 13. Juni 2014 übermittelt worden ist, im Folgenden Stellung nehmen.

Wir weisen darauf hin, dass dieses Schreiben Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Telefónica enthält. Zudem fügen wir unserer Stellungnahme als **Anlage** eine gutachterliche Stellungnahme von Prof. Kürner bei, die sich insbesondere mit den Themen National Roaming, Verlagerung des GSM-Verkehrs in die UMTS-Netze sowie den Zeiträumen zur Umplanung der Frequenznutzung befasst und die wir unserer Stellungnahme zu eigen machen.

Wir möchten eingangs deutlich machen, dass die im Entwurf angelegte Frist zur vorzeitigen Rückgabe von Spektrum im Bereich von 900 und 1800 MHz:

- mit erheblichen Nachteilen für ca. 43 Mio. Mobilfunkkunden von Telefónica/E-Plus verbunden ist (dazu unten 1.),
- in ihrer Kürze unrealistisch und technisch nicht umsetzbar ist, dabei insbesondere von nicht zutreffenden frequenztechnischen Annahmen ausgeht (dazu unten 2.), und
- zu Beeinträchtigungen des mobilen Breitbandausbaus führt (dazu unten 3.).

Dies vorausgeschickt möchten wir die Präsidentenkammer im Einzelnen auf die folgende Punkte hinweisen:

1. Erhebliche Nachteile für ca. 43 Mio. Mobilfunkkunden

Eine vorzeitige Rückgabe von Spektrum im Bereich von 900 MHz und 1800 MHz bereits zum 31. Dezember 2015 würde zu deutlich spürbaren und den Wettbewerb nachhaltig beeinflussenden Qualitätseinbußen bei den rund 43 Mio. Mobilfunkkunden von Telefónica/E-Plus führen.

Telekom und Vodafone, die den Mobilfunkmarkt derzeit dominieren, würden dadurch noch begünstigt und könnten ihre Marktstellung festigen und ausbauen. Dies wäre nicht im Sinne des Wettbewerbs, der durch den geplanten Zusammenschluss gerade gestärkt werden soll, in dem er das in weitestgehenden Bereichen des Mobilfunkmarktes bestehende Duopol von Telekom und Vodafone aufbrechen soll.

Die Umsetzung der Netzwerkkonsolidierung und von National Roaming sind Vorbedingungen für eine Spektrumsrückgabe. [redacted]

Sollte Telefónica/E-Plus bereits spätestens zum 31. Dezember 2015 zur Rückgabe von Spektrum im Bereich von 900 MHz und 1800 MHz verpflichtet sein, würde Spektrum nicht mehr im ausreichenden Umfang zur Bewältigung von 2G Verkehren bis Ende 2016 zur Verfügung stehen. In der Folge würden Mobilfunkkunden erhebliche Benachteiligungen erleiden müssen. Um diese Folgen einzudämmen und zu verhindern, muss Spektrum bei 900 MHz und bei 1800 MHz möglichst lange zur Verfügung stehen. [redacted]

Nachteile für die Kunden würden sich im Falle der Umsetzung des Entscheidungsentwurfs zum Beispiel aus den folgenden Gründen ergeben:

- **In Gebieten ohne UMTS-Versorgung kann entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur Telefónica/E-Plus nicht GSM-Verkehre problemlos in die UMTS-Netze verlagern.** Ohne ausreichende Zeit für die Netzkonsolidierung würden im Zusammenhang mit dem in solchen Gebieten erforderlichen Einsatz von EDGE die Datenübertragungsraten für die Kunden deutlich reduziert sein (siehe hierzu gutachterliche Stellungnahme Prof. Kürner, S. 4).

- Auch in den Gebieten, in denen eine UMTS-Versorgung vorhanden ist, ist bei der Verlagerung von Sprachverkehren aus dem GSM-Netz in das UMTS-Netz **mit negativen Auswirkungen sowohl auf die Sprachübertragung als auch die Datenübertragung zu rechnen**, wenn die entsprechenden

UMTS-Zellen bereits stark ausgelastet sind (siehe hierzu gutachterliche Stellungnahme Prof. Kürner, S. 4).

- In einem Zeitraum von ca. 6 Monaten ist es nicht möglich, eine Umplanung aller Frequenzen mit dem Ziel der Reduktion des Spektrums durchzuführen, **ohne dabei Qualitätseinbußen für die Kunden billigend in Kauf zu nehmen** (siehe hierzu gutachterliche Stellungnahme Prof. Kürner, S. 5).

Die Mobilfunkkunden hätten aufgrund der kurzen Frist zum 31.12.2015 und der dadurch bedingten suboptimalen Frequenzplanung unter einer schlechten Verbindungsqualität, Gesprächsabrissen oder Blockierungen zu leiden.

In der Folge hätte Telefónica/E-Plus dann auch in der Zukunft mit dem Ruf einer schlechten Netzqualität zu kämpfen, was mit deutlichen Verlusten bei Marktanteilen verbunden wäre.

Der Entwurf berücksichtigt diese Nachteile für die Mobilfunkkunden noch nicht ausreichend. Bei einer erneuten Würdigung der Nachteile müsste gerade im Hinblick auf das Regulierungsziel der Wahrung der Nutzer, insbesondere der Verbraucherinteressen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 TKG die Frist zur vorzeitigen Rückgabe von Spektrum im Bereich von 900 MHz und 1800 MHz deutlich ausgeweitet werden.

2. Zum Sachverhalt und den tatsächlichen Grundlagen der Begründung

Die Benachteiligung von rund 43 Mio. Mobilfunkkunden resultiert aus einer Reihe nicht einschlägiger Annahmen der Bundesnetzagentur zum Sachverhalt und den tatsächlichen Grundlagen. So fällt auf, dass die Bundesnetzagentur von nicht zutreffenden frequenztechnischen Annahmen ausgeht. Insbesondere ist der Vortrag des von Telefónica benannten Sachverständigen Prof. Kürner (Rz. 118 ff) nicht fundiert widerlegt worden.

Unzutreffend sind insbesondere die folgenden tatsächlichen Aussagen bzw. Einschätzungen:

- **National Roaming (z.B. Rz. 189 und 264):**

Die Annahme, das Fusionsunternehmen könne die Netzkapazitäten beider Netze im Wege des National Roaming allen Kunden zur Verfügung stellen, ist bereits eingehend von uns widerlegt worden, zuletzt in unserer Stellungnahme im Nachgang der Anhörung am 5. Mai 2014. Wir verweisen hierfür ausdrücklich auf die Ausführungen von Prof. Kürner (dort S. 2f) in seiner als Anlage beigefügten gutachterlichen Stellungnahme.

Hierzu ist nochmals festzuhalten:

Die Planung und Entwicklung einer National Roaming Lösung benötigt ca. 12 – 18 Monate gerechnet vom Abschluss des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens (sog. Closing). Eine solche Lösung ist vorliegend komplex, da nicht nur generell das Roamen im jeweiligen Gastnetz bzw. dem konsolidierten Netz ermöglicht werden muss, sondern darüber hinaus sichergestellt werden muss, dass die Kunden ihre bisherigen Dienste und ihre bisherige Qualität auch im Gastnetz erhalten können. [redacted] Zudem ist ein Design für das Zugangsnetz, welches volle Mobilität unterstützt, (sog. full mobility access design) erforderlich, um die Verkehrsbewegungen kontrollieren und das richtige Kundenerlebnis sowohl innerhalb eines konsolidierten Gebietes als auch in seinen dazu benachbarten, noch nicht konsolidierten Gebieten sicherstellen zu können.

Die deutschlandweite Aktivierung von National Roaming kann entgegen den Ausführungen im Entwurf und einiger Wettbewerber nicht sofort und auf einmal umgesetzt werden, sondern erfordert eine Vorbereitungszeit von insgesamt mindestens 24 Monaten nachdem die oben beschriebene Planung abgeschlossen ist. Die Aktivierung erfordert ein schrittweises Vorgehen, Cluster für Cluster. Noch ehe ein Cluster aktiviert werden kann, muss dort zusätzliche Kapazität angebracht worden sein, um die Verkehrsanforderungen der zusammengeschlossenen Kundenbasis abwickeln zu können. [redacted] Dies erfordert entsprechende Standortbesuche. Der jeweils erforderliche Kapazitätszuwachs ist abhängig vom erreichten Grad der Konsolidierung im jeweiligen Gebiet, der Verkehrserwartung für das Gebiet und den notwendigen Maßnahmen zur Minimierung schlechter Kundenerfahrungen. Es ist zwingend erforderlich, dass sämtliche Konfigurationen an der Diensteplattform, die Kapazitätserweiterungen sowie die mobile Übergabekonfiguration von inem Netz in das andere vollständig implementiert sind, ehe das National Roaming für die Kunden in dem jeweiligen gebiet freigeschaltet werden kann. Telefónica/E-Plus wird insgesamt [redacted] bearbeiten müssen, um schlussendlich zu dem angestrebten konsolidierten Netz (sog. Golden Grid) zu gelangen, das Cluster für Cluster mit National Roaming gemäß dem Konsolidierungsplan aktiviert wird.

[redacted]:

- Jetzt ist auch LTE umfasst und es sind zwei mal jeweils drei RAT-Schichten ("Radio Access Technology - Layers") inklusive "Circuit Switched Fallback

(CSFB)" und "Voice over LTE (VoLTE)" / "Single Radio Voice Call Continuity (SRVCC zu berücksichtigen.

- [redacted] Im vorliegenden Fall des Zusammenschlusses mit E-Plus ist volle Mobilität erforderlich, d.h. Idle und Connected Mode in beide Richtungen zwischen Telefónica und E-Plus.

- [redacted] wohingegen jetzt alle Dienste für beide Kundengruppen in allen Teilen der Netze verfügbar sein müssen.

- **LTE 1800 MHz (z.B. Rz. 191):**

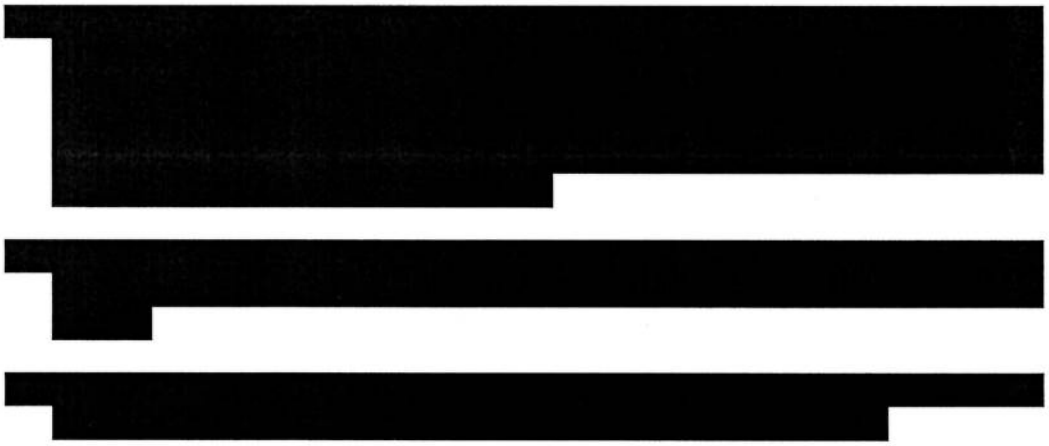
Die Bundesnetzagentur erwartet, dass das zusammengeschlossene Unternehmen 2x 20 MHz im Bereich 1800 MHz für LTE einsetzen könnte.

[redacted] jedoch mit Frequenzen, die E-Plus bis 2025 zugeteilt sind, wo also eine Amortisation dieser Investition über einen viel längeren Zeitraum möglich ist.

Zudem steht die LTE 1800 Abdeckung von E-Plus nach dem Closing des Zusammenschlusses nicht für GSM Verkehre zur Verfügung: Zum einen ist die Abdeckung nur sehr gering [redacted]. Zum anderen wäre, damit Kunden von Telefónica dieses Spektrum als GSM Offloading Layer nutzen könnten, die Implementierung von LTE National Roaming erforderlich, was in der Kürze der Zeit jedoch nicht möglich ist.

[redacted] so dass der mit dem Zusammenschluss von Telefónica und E-Plus einhergehende Zuwachs im Bereich von 1800 MHz im Jahr 2014 und 2015 nicht wie im Entwurf und von Wettbewerbern unterstellt genutzt werden kann:

- Die aktuelle Verkehrsaufteilung von Telefónica bei 2G/3G/LTE zeigt eine hohe Abhängigkeit von 2G Sprach- und Datenverkehr, wobei LTE Offloading voraussichtlich ab 2016 signifikant zunehmen wird.



- **Rz. 194: UMTS 900 MHz**

Im Bereich 900 MHz ist die Präsidentenkammer überzeugt, dass Telefónica 2x 5 MHz für UMTS nutzen könne. Unklar bleibt, auf welcher tatsächlichen Grundlage diese Überzeugung beruht.

- Offloading von 2G bei 1800 MHz zu 3G bei 2 GHz ist aufgrund fehlender Netzüberschneidung in der Zeit von 2014 und 2015 limitiert.

- Die Möglichkeit zum Refarming von 900 MHz zur Nutzung für UMTS 900 in der Zeit von 2015 bis 2016 hängt jedoch maßgeblich ab vom Ausgang des Frequenzverteilungsverfahrens im Projekt 2016.

[redacted]

Selbst wenn man UMTS im Bereich von 900 MHz nutzen würde, würde dies nicht dazu führen, dass damit zusätzliche Kapazitäten zur Bedienung von 2G Verkehren geschaffen werden. [redacted] Eine Frequenznutzungsänderung auf UMTS stellt damit nur eine alternative technologische Nutzung (UMTS statt GSM) dar, damit geht aber keine Kapazitätserhöhung einher.

- **Rz. 199: Verlagerung von Sprachverkehr aus 1800 MHz nach 2 GHz**

  Die Möglichkeit der Verlagerung von Sprachverkehr aus dem GSM 1800 MHZ Bereich in den 2 GHz Bereich hängt maßgeblich von der Netzüberschneidung der beiden Verkehrs-Layer ab. Auch wenn die Möglichkeit einer Verlagerung grundsätzlich besteht, wird die deutschlandweite Implementierung innerhalb des Zeitraums von 2014 und 2015 von Telefónica für nicht möglich erachtet. Gleiches gilt für eine etwaige Verlagerung von Verkehr aus dem 1800 MHz Bereich in den 900 MHz Bereich.

  [redacted]

- **RZ. 205: Eine Migrationsfrist von 18 Monaten ermögliche eine Netzmigration ohne Qualitätseinbußen.**

  Diese Aussage steht im Widerspruch zu den Aussagen des Sachverständigen Prof. Kürner und unserem ausführlichen Vortrag dazu (siehe oben). Es ist nicht ersichtlich, wie die Bundesnetzagentur sich über diese Ausführungen hinwegsetzen kann, zumal soweit bekannt kein unabhängiger Sachverstand dazu konsultiert wurde.

Hierzu verweisen wir auf die gutachterliche Stellungnahme von Prof. Kürner, S. 5, in der nochmals zum Zeitraum zur Umplanung der Frequenznutzung ausgeführt wird. Danach gibt die vorzeitige Rückgabe von Frequenzen zum 31.12.2015 der Telefónica/E-Plus nicht genügend Handlungsspielraum für eine Netzintegration ohne Qualitätseinbußen.

- **Rz. 210: Planungssicherheit**

  Es ist nicht zutreffend, dass Telefónica bereits im Zeitpunkt einer Entscheidung der EU-Kommission über das Zusammenschlussvorhaben über ausreichende Planungssicherheit für die etwaige frühere Rückgabe von Spektrum verfügt. Diese Annahme verkennt, dass trotz dieser Entscheidung beide Unternehmen noch Wettbewerber bleiben, weil der Vollzug der Transaktion noch die Erfüllung weiterer Vorbedingungen erfordert. Bis zu diesem sog. Closing gelten nach wie vor die kartellrechtlichen Verbote zum Austausch wettbewerbssensitiver Daten, wozu die Informationen über den Netzausbau und die Netzplanung zweifelsfrei gehören.

  Weitere Unsicherheiten bestehen aufgrund des unsicheren Ausgangs im Projekt 2016. Laut Entwurf ist hier ein Abschluss im Frühjahr 2015 angedacht. In Rz. 315 weist die Bundesnetzagentur darauf hin, dass sie beabsichtigt, das Vergabeverfahren für Frequenzen in den Bereichen 900 und 1800 MHz sowie weiterer Frequenzbereiche noch im Jahr 2014 zu eröffnen.

  In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in den Stellungnahmen zum Eckpunktepapier vom 31.3.2014 mit der Deutsche Telekom (S.2 der Stellungnahme) und Vodafone (S.2 der Stellungnahme) die anderen Inhaber von 900 / 1800 MHz-Nutzungsrechten dargelegt haben, dass im „Projekt 2016" zunächst ein neues Bedarfsermittlungsverfahren durchgeführt werden muss. Die Unternehmen Airdata (S.1 der Stellungnahme) und Liquid Broadband (S.5 der Stellungnahme) teilen diese Auffassung. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass sich die Marktlage durch den Zusammenschluss von Telefónica Deutschland und E-Plus maßgeblich verändert. Um keine unnötigen Rechts- und damit verbundene Planungsunsicherheiten entstehen zu lassen, ist es auch aus Sicht von Telefónica ratsam, dass die Bundesnetzagentur nach der Freigabe des Zusammenschlussvorhabens durch die EU-Kommission im „Projekt 2016" zunächst ein neues Bedarfsermittlungsverfahren durchführt.

- **Rz. 211: Nutzung von 2x 10 MHz im Bereich 1800 MHz bis 2025**

Die Bundesnetzagentur geht offenbar davon aus, dass die 2 x 10 MHz im Bereich 1800 MHz, welche E-Plus mit einer Laufzeit bis 2025 erworben hat, für eine Migration der GSM-Kunden nutzbar sind. Jedoch werden diese Frequenzen bereits

für LTE genutzt. Das Ansinnen der Bundesnetzagentur würde darauf hinauslaufen, den LTE-Ausbau in diesem Bereich einzustellen bzw. rückgängig zu machen, wodurch nicht nur Investitionen entwertet, sondern auch die Versorgung der LTE-Kunden verschlechtert würde. Auch das Ziel der Förderung eines Ausbaus breitbandiger Versorgung würde dadurch konterkariert. Aus diesem Grund sind wir auch mit der in Rz. 211 in Aussicht gestellten Verlagerung dieser Frequenznutzungsrechte nicht einverstanden. Gleichzeitig weisen wir darauf hin, dass die Ausführungen des Entwurfs unter Rz. 287, wonach das zusammengeschlossene Unternehmen im Frequenzbereich 1800 MHz LTE im Umfang von mindestens 2 x 10 MHz aufbauen könne, hierzu im Widerspruch steht, sofern dort die bis 2025 laufenden Frequenzen in diesem Bereich gemeint sind. Es geht nur eines, entweder die Frequenzen werden für LTE genutzt oder sie werden verlagert und für GSM genutzt.

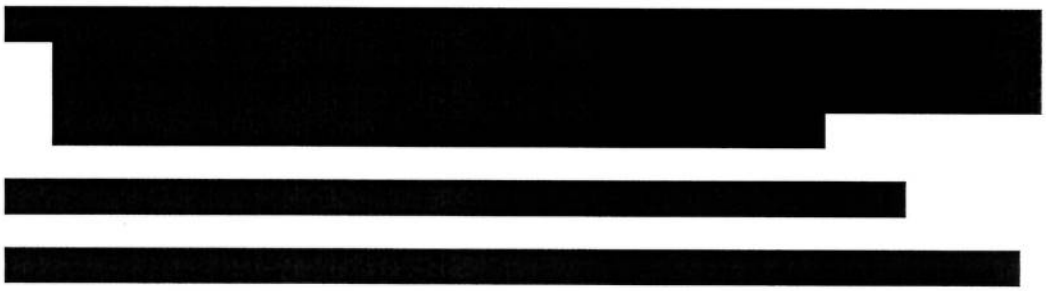
Wie oben bereits ausgeführt, ist ein Offloading nach LTE 1800 nicht möglich.

- **Rz. 293f: Ausschließliche Risikosphäre des Frequenzzuteilungsnehmers**

Die Bundesnetzagentur unterliegt insbesondere *„nach den Kommentaren der Wettbewerber"* der Annahme, dass im vorliegenden Fall keine zu berücksichtigenden technischen Umstände vorlägen, die eine längere Frist rechtfertigen würden. Vielmehr lägen alle Umstände ausschließlich in der Risikosphäre von Telefónica. Diese Ausführungen sind nicht zutreffend.

Einerseits hat Telefónica bereits in den vergangenen Stellungnahmen und insbesondere im Vortrag des von Telefónica benannten Sachverständigen Prof. Kürner eine Vielzahl von technischen Umständen dargelegt, die ihrer Natur nach objektiv sind und eine derart kurze Frist unmöglich machen.

Hinzu kommt nun, dass die Einhaltung der von der Bundesnetzagentur entworfenen Frist ganz maßgeblich von der Mitwirkung der Bundesnetzagentur selbst abhängen würde. Unterstellt man den Entwurf der Bundesnetzagentur, müsste die Bundesnetzagentur:



All dies sind Umstände, die außerhalb der Einflusssphäre von Telefónica liegen und es ist vor dem Hintergrund der vergangenen Erfahrungen in diesen Bereichen nicht wahrscheinlich, dass die Bundesnetzagentur diese Anforderungen einhalten wird können.

3. Beeinträchtigungen des mobilen Breitbandausbaus

Würde der aktuell vorliegende Entwurf der Bundesnetzagentur umgesetzt werden müssen, würde Telefónica/E-Plus ihren derzeit verfolgten Netzausbauplan aufteilen und [redacted].

Dies wäre notwendig, um alle erforderlichen Maßnahmen zur Einhaltung der potentiellen frühzeitigen Spektrumsrückgabe sicherzustellen (u.a. Frequenzumplanung und Maßnahmen im Transportnetz). So wären beispielsweise auch wesentlich mehr Standortfahrten erforderlich, als dies unter normalen Umständen der Fall wäre; eine ökonomisch vollkommen ineffiziente Verhaltensweise wäre die Folge, wodurch Ressourcen für andere Aktivitäten wie eben [redacted] blockiert würden.

Von dieser Verzögerung wären rund 43 Mio. Mobilfunkkunden betroffen, die von dem eigentlich geplanten Breitbandausbau und insbesondere den Kapazitätserweiterungen nicht würden profitieren können.

Dies steht im Widerspruch zum Regulierungsziel aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 TKG – Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen, sowie zum Ziel aus § 2 Abs. 1 Nr. 5 TKG - Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation.

4. Rechtsgrundlage

Die Entscheidung geht in mehrfacher Hinsicht von unzutreffenden Rechtsgrundlagen aus. Sie stellt zu Unrecht auf § 55 Abs. 8 TKG ab, obwohl lediglich ein Fall des § 55 Abs. 7 i.V.m. § 63 vorliegt. Sie befasst sich ausführlich mit der vermeintlichen Diskriminierung der Wettbewerber Vodafone und Telekom statt die eigentlich einschlägige Frage zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss eine Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der Wettbewerber bewirkt wird (§ 63 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG). Außerdem beruft sich die Entscheidung auf den angeblichen Grundsatz wettbewerblicher Unabhängigkeit, der als solcher nicht existiert, insbesondere nicht als mit Frequenzzuteilungen übernommene Verpflichtung im Sinne des § 61 Abs. 6 TKG, wie die Bundesnetzagentur nunmehr vorträgt.

Im Einzelnen

Es gilt nach wie vor, dass das hier angezeigte Zusammenschlussvorhaben unter § 55 Abs. 7 und nicht unter § 55 Abs. 8 TKG fällt. Die dagegen vorgebrachten Argumente der Bundesnetzagentur (Rz. 179 ff des Entscheidungsentwurfs) vermögen nicht zu überzeugen. Wenn die Bundesnetzagentur ausführt, dass mit der Fusion beabsichtigt sei, Frequenznutzungsrechte auf eine Tochtergesellschaft von Telefónica zu übertragen oder Frequenzen von E-Plus an Telefónica zu überlassen, so taugt dies nicht dazu, im jetzigen Verfahrensstadium die Anwendung von § 55 Abs. 8 TKG herbeizuführen. Denn bislang sind solche Maßnahmen nicht beantragt und also ist über sie auch nicht zu befinden. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass weder Telefónica noch E-Plus eine Entscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG beantragt haben. Solange dieser Antrag fehlt ist die nach § 55 Abs. 8 getroffene Entscheidung schon deshalb rechtswidrig (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG).

Die Differenzierung zwischen § 55 Abs. 7 und Abs. 8 kann auch nicht dahin stehen (so jedoch Rz. 180 des Entscheidungsentwurfs). Der Erwerb der Anteile an E-Plus als solcher ist lediglich anzeigepflichtig (§ 55 Abs. 7) und nicht von einer Erlaubnis der Bundesnetzagentur abhängig, während dem Abs. 8 unterfallende Maßnahmen ohne Erlaubnis der Bundesnetzagentur zu unterbleiben hätten. Auch bewirkt der unterschiedliche Ansatzpunkt eine Verschiebung von Darlegungs- und Beweislasten: im Falle eines Antrags nach § 55 Abs. 8 TKG muss der Antragsteller nachweisen, dass u.a. Wettbewerbsverzerrungen nicht zu besorgen sind, während im Falle eines durch eine Anzeige nach § 55 Abs. 7 ausgelösten Widerruf nach § 63 Abs. 1 S.2 Nr. 4 TKG es Sache der Bundesnetzagentur wäre, zu belegen, dass solche Wettbewerbsverzerrungen zu besorgen sind. In einem Falle trägt mithin der Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast, im anderen die Bundesnetzagentur. Das ist mit Blick auf die Würdigung der technischen Möglichkeiten des fusionierten Unternehmens durch die Bundesnetzagentur ab Rz. 189ff. von besonderer Bedeutung. Denn es ist nicht Aufgabe des fusionierten Unternehmens, die Bundesnetzagentur davon zu überzeugen, bestimmte angebliche Wettbewerbsvorteile nicht realisieren zu können. Vielmehrs ist es Aufgabe der Bundesnetzagentur, darzulegen und nachzuweisen, dass die behaupteten Vorteile vom fusionierten Unternehmen in technischer, operativer, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht tatsächlich und in wettbewerbsverzerrender Weise für den Zeitraum des Jahres 2016 realisiert werden können.

Diskriminierung

Der Entscheidungsentwurf wird von dem Anliegen getragen, angebliche Diskriminierungen der Wettbewerber Vodafone und Telekom durch die größere Frequenzausstattung des zusammengeschlossenen Unternehmens abzuwenden. Programmatisch heißt es schon bei Randziffer 4, der Bundesnetzagentur obliege

es, das Zusammenschlussvorhaben dahingehend zu prüfen, dass eine durch die Frequenzausstattung der Unternehmen bedingte Diskriminierung nicht zu besorgen sei. Wir haben bereits in früheren Stellungnahmen darauf hingewiesen, dass die Frage einer Diskriminierung von Wettbewerbern nicht zum gesetzlichen Prüfprogramm gehört und zwar selbst dann nicht, wenn man wie die Bundesnetzagentur auf § 55 Abs. 8 TKG abstellt. Dort ist von Wettbewerbsverzerrungen die Rede (§ 55 Abs. 8 S. 3) wie auch bei einer Prüfung nach § 63 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 i.V.m. § 55 Abs. 7 TKG. Warum die Bundesnetzagentur statt der Frage einer Wettbewerbsverzerrung stattdessen angebliche Diskriminierungen thematisiert, ist für uns nicht nachvollziehbar. Es sei darauf hingewiesen, dass im Abschnitt des TKG zur Frequenzordnung der Ausdruck Diskriminierung lediglich an zwei Stellen verwendet wird (§ 55 Abs. 1 S. 3, den der Entscheidungsentwurf auch erwähnt sowie § 61 Abs. 4 S. 1 TKG). An beiden Stellen geht es nicht um Frequenzausstattungen, sondern es werden Anforderungen an die seitens der Bundesnetzagentur anzuwendenden Verfahren für die Vergabe von Frequenzen formuliert. Diese Verfahren müssen diskriminierungsfrei sein, was jedoch nicht bedeutet, dass eine ungleiche Frequenzausstattung von Wettbewerbern eine Diskriminierung wäre.

Davon abgesehen entwickelt der Entscheidungsentwurf keine verallgemeinerungsfähige Definition, was eine diskriminierende bzw. diskriminierungsfreie Frequenzausstattung sein soll. Dies wäre nach unserer Einschätzung auch schwerlich möglich, ohne sich in Widerspruch zur bisherigen Regulierungspraxis zu setzen, welche eine stark unterschiedliche Frequenzausstattung der vier Mobilfunknetzbetreiber weitgehend hingenommen hat. Insbesondere gilt vor dem Hintergrund und mit Blick auf die Ausführungen der Bundesnetzagentur in Rz. 181f., dass hier allenfalls die Akkumulation von Frequenzen bei fusionierten Unternehmen relevant ist, nicht aber das Nichthaben dieser Frequenzen durch die Wettbewerber; denn diese hätten die Frequenzen auch ohne Fusion nicht.

Hinzu kommt, und dies mag eine Erklärung dafür sein, warum die Bundesnetzagentur den Begriff der Wettbewerbsverzerrung vermeidet, dass die Freigabe der Fusion durch die EU-Kommission zugleich mit der Feststellung verbunden ist, die Fusion ist wettbewerbskonform. Bei genauer Betrachtung bleibt daher für die Untersuchung der Frage einer Wettbewerbsverzerrung, sei es auch durch die Frequenzausstattung, kein Raum mehr. Denn die Freigabe durch die EU-Kommission umfasst jedenfalls in materieller Hinsicht die Stellung des fusionierten Unternehmens in den relevanten Märkten insgesamt mit sämtlichen Vermögensgegenständen, die zu dieser Marktstellung gehören, also auch den bestehenden Frequenzzuteilungen.

Wettbewerbliche Unabhängigkeit

Der Entscheidungsentwurf beruft sich weiter auf das Konzept der wettbewerblichen Unabhängigkeit, um seine Ergebnisse zu tragen. Zugrunde liegt die These, wonach Unternehmen, die in Vergabeverfahren unabhängig voneinander Frequenznutzungsrechte erworben hätten, auch während der gesamten Laufzeit der Rechte wettbewerblich voneinander unabhängig sein müssten. Dies ist jedoch nicht zutreffend und wird auch durch die Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur widerlegt, die bei der Übernahme der Unternehmen Inquam Broadband und Clearwire durch E-Plus keine Bedenken angemeldet hat. Darauf hatten wir schon hingewiesen (Stellungnahme vom 10. April 2014). Neu am Entscheidungsentwurf ist insoweit die These, bei der wettbewerblichen Unabhängigkeit handele es sich um eine Festlegung der Bundesnetzagentur nach § 61 Abs. 3 S.1 TKG, welche die Unternehmen Telefónica und E-Plus gemäß § 61 Abs. 6 als Verpflichtung übernommen hätten, die Bestandteil der Frequenzzuteilungen sei. Dies ist unzutreffend.

Für die Frage, welche Verpflichtungen ein Inhaber von Frequenznutzungsrechten eingegangen ist, hat man zuallererst auf die ihm erteilten Frequenzzuteilungen und Lizenzen abzustellen. Keine von Telefónica oder E-Plus gehaltene Lizenz oder Frequenzzuteilung enthält eine Nebenbestimmung des Inhalts, dass das Unternehmen wettbewerblich von anderen Frequenzinhabern oder Lizenznehmern unabhängig sein müsse. Die ursprüngliche GSM-Lizenz der E-Plus enthält lediglich einen Widerrufsvorbehalt für den Fall eines Zusammenschlusses mit Wettbewerbern auf demselben Mobilfunkmarkt. Der Widerruf ist in das Ermessen der Lizenzgeberin (damals das Bundesministerium für Post und Telekommunikation) gestellt, woraus schon folgt, dass ein Zusammenschluss nicht per se unzulässig war. Davon abgesehen gehen wir davon aus, dass diese Lizenzregelung durch die zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen überholt ist und nunmehr für den Widerruf von Frequenznutzungsrechten nur noch die Bestimmungen von § 63 TKG anwendbar sind. In den UMTS-Lizenzen findet sich die wettbewerbliche Unabhängigkeit zwar, allerdings lediglich in den Hinweisen (Abschnitt C), also Bestimmungen, die keine eigenständige Regelungswirkung entfalten, sondern (vermeintlich) bestehende Pflichten der Lizenznehmer referieren. Dort wird der Hinweis auch sogleich durch den Hinweis auf den seinerzeit geltenden § 32 TKG konterkariert (Teil C Ziffer 9.3 der UMTS-Lizenzen). Jener besagte bekanntlich, dass die Regulierungsbehörde Lizenznehmern auf Märkten mit beschränkter Lizenzzahl im Falle einer marktbeherrschenden Stellung untersagen konnte, sich mit anderen Unternehmen auf jeweiligen Markt zusammenzuschließen. Daraus folgte im Umkehrschluss, dass ohne ein derartiges Verbot und insbesondere bei Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung ein Zusammenschluss mit anderen Unternehmen auf demselben Markt möglich war.

Hinzu kommt, dass gerade die Regelungen in § 55 Abs. 7 und Abs. 8 TKG eine Rechtsnachfolge sowohl für Frequenzzuteilungsnehmer als auch für Frequenzzuteilungen selbst vorsehen und hierfür ein eigenständiges Prüfprogramm aufstellen, das in wettbewerblicher Hinsicht auf die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen abstellt (im Falle des hier einschlägigen § 55 Abs. 7 TKG allerdings nur über § 63 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG) nicht aber auf wettbewerbliche Unabhängigkeit. Letzteres wäre auch nichts anderes als eine versteckte Fusionskontrolle durch die Bundesnetzagentur, wofür die Bundesnetzagentur allerdings nicht zuständig ist.

Denkbar wäre zwar, Pflichten nach § 61 Abs. 6 TKG nicht nur aus Lizenzen und Frequenzzuteilungen herzuleiten, sondern daneben auch aus den Vergabeentscheidungen selbst. Allerdings müssten auch dann derartige Pflichten in den bestandskräftigen Tenor der Vergabeentscheidungen aufgenommen werden. Auch hieran fehlt es jedoch. Zu Zeiten der ursprünglichen Lizenzerteilung für GSM war der Grundsatz als solcher noch nicht postuliert und daher nicht Teil der Vergabeentscheidungen. Auch die UMTS-Entscheidung vom 18.2.2000 sagt insoweit im Tenor lediglich, dass jeder Bewerber nur einmal zur Versteigerung zugelassen werden könne (Ziffer 1.2 des Tenors) und verweist ansonsten auf die Musterlizenz (Ziffer 3.1), welche aber den Grundsatz in der behaupteten Form nicht enthält. Selbst die Präsidentenkammerentscheidung vom Oktober 2009 über die Frequenzvergabe 2010 enthält im Tenor keine weitergehenden Festlegungen des Grundsatzes wettbewerblicher Unabhängigkeit.

Als Fazit muss daher festgehalten werden, dass dieser Grundsatz keine Verpflichtung nach § 61 Abs. 6 TKG sein kann.

Telefónica

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Bundesnetzagentur für Telefónica angenommenen frequenztechnischen Vorteile bei weitem nicht vorliegen, dagegen Telefónica durch den aktuellen Entwurf massiv benachteiligt wird im Wettbewerb, da die Dienstequalität gegenüber den Mobilfunkkunden massiv leiden und [redacted].

Deshalb ist die derzeit im Entwurf angelegte Frist zur vorzeitigen Rückgabe von Spektrum im Bereich von 900 MHz und 1800 MHz deutlich auszuweiten.

[redacted]

Für Rückfragen zu unserer Stellungnahme stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüße

[redacted]

Anlage Gutachterliche Stellungnahme von Prof. Kürner vom 19. Juni 2014