BREKO
Bundesverband
Breitbandkommunikation e.V.

30. März 2022

Orientierungspunkte und Bedarfsabfrage zur Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2,6 GHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen
- Stellungnahme des BREKO –

Die Bundesnetzagentur hat am 24.01.2022 Orientierungspunkte zur künftigen Nutzung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2,6 GHz veröffentlicht und zur Konsultation gestellt. Dabei sind insbesondere die Frequenzen im Bereich 800 MHz wegen ihrer Reichweitenvorteile und der guten Gebäudedurchdringung von besonderer Bedeutung. Diese Eigenschaften ermöglichen einen kostengünstigeren Netzausbau. (vgl. Konsultationsdokument S.21).
Der BREKO begrüßt, dass die Bundesnetzagentur die Diskussion mit einem ausreichenden zeitlichen Vorlauf eröffnet hat und nimmt zum Konsultationsdokument im Folgenden Stellung.

1. Keine Verlängerung der gegenwärtigen Frequenzzuteilungen

Die gegenständlichen Frequenzen sind derzeit ausschließlich den Mobilfunknetzbetreibern Vodafone, Telefonica und Telekom zugeteilt. Die BNetzA erwägt in dem Konsultationspapier an verschiedenen Stellen die mögliche Option einer Verlängerung der gegenwärtigen Zuteilungen. Dabei wird sowohl die Möglichkeit einer langfristigen Verlängerung um 5 bzw. 8 Jahre (S.18, 22/23) als auch die Variante einer kurzzeitigen Verlängerung bei fehlender Entscheidungsreife (S.15 und 18) diskutiert.
Eine Verlängerung der gegenwärtigen Frequenznutzungen ist nach Auffassung des BREKO rechtswidrig und würde der neuen Marktstruktur und Marktentwicklung im deutschen Mobilfunkmarkt nicht gerecht. § 92 Abs.2 Satz 3 TKG enthält für die diesbezüglich zu treffende Abwägungsentscheidung einen Kriterienkatalog. Im Rahmen der Ermessensausübung ist danach die Notwendigkeit, im Einklang mit § 105 TKG den Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (Nr.4) ebenso zu berücksichtigen, wie die Nachfrage nach Frequenzen durch andere Unternehmen als den bisherigen Nutzern des betreffenden Frequenzbereichs. § 92 Abs.2 S.3 Nr.1 TKG verweist zudem auf die Regulierungsziele des § 2 Abs.2 TKG, wobei im hier zu betrachtenden Kontext der Nutzung knapper Frequenzressourcen den Regulierungszielen der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs.2 Nr.2 TKG) ein besonderes Gewicht zukommt.

Von der in § 92 Abs.2 S.3 Nr.6 TKG angesprochene Nachfrage anderer Unternehmen kann ausgegangen werden. Bei der Versteigerung der Frequenzen aus den Bereichen 2,1 GHz und

3,6 GHz zur 5G-Nutzung hat sich mit 1&1 Mobilfunk ein neuer Mobilfunknetzbetreiber eingeführt. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass dieser neue Mobilfunknetzbetreiber auch bzgl. der hier gegenständlichen Frequenzen an einer Erweiterung seines Frequenzspektrums interessiert ist. Ein entsprechendes Interesse wurde wohl auch schon angemeldet. Die Einbeziehung mindestens eines weiteren Netzbetreibers wäre im Sinne einer stärkeren Wettbewerblichkeit des Mobilfunkmarktes auch zu begrüßen, auch wenn dies noch nicht hinreichend für die Annahme nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte wäre, die nur über einen echten Diensteanbieter- und MVNO-Zugang erreicht werden können (hierzu unter 2.).
Die insgesamt starke Akzentuierung der Wettbewerbsförderung im Kriterienkatalog des § 92 Abs.2 S.3 TKG spricht damit klar gegen eine Verlängerung der bisherigen Frequenznutzungen zugunsten der etablierten Betreiber.

Das im Rahmen der Anhörung zum Szenarienpapier von Seiten der etablierten Mobilfunknetzbetreiber vorgebrachte Argument, eine Neuvergabe des Frequenzbereichs könne zu einer Verschlechterung der Versorgung gerade im ländlichen Raum führen, vermag dagegen nicht zu überzeugen. Diesem Effekt kann die BNetzA vorbeugen, indem sie für alle Beteiligten frühzeitig Rechtssicherheit schafft, die Vergabebedingungen zeitnah definiert und das Vergabeverfahren zügig durchführt. Der Umstand, dass die BNetzA bereits knapp vier Jahre vor dem Auslaufen der gegenwärtigen Frequenznutzung Orientierungspunkte zur Diskussion gestellt hat, spricht dafür, dass sie diesen Weg auch gehen wird.
Durch die zügige Umsetzung wird die nötige Entscheidungsreife hergestellt, so dass auch eine kurzfristigen Verlängerung der gegenwärtigen Frequenznutzung nicht erforderlich sein wird.

2. Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung

Unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren ist im Zuge aller zukünftigen Frequenzvergaben zwingend eine faire, angemessene und effektive Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung sicherzustellen. Dies folgt aus § 105 Abs.1 iVm Abs.2 S.2 Nr.1 TKG. Danach fördert die Bundesnetzagentur bei der Zuteilung, Änderung oder Verlängerung von Zuteilungen von Frequenzen einen wirksamen Wettbewerb. Zur Erreichung dieses Ziels kann die Bundesnetzagentur Frequenznutzungsrechte mit Bedingungen, wie der Gewährung eines Vorleistungszugangs verknüpfen. Allerdings dürfte der sich aus der Formulierung in § 105 Abs.2 TKG ergebende Ermessensspielraum der Behörde in der Praxis stark eingeschränkt sein, da keine der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung vergleichbare Maßnahmen zur Wettbewerbssicherung ersichtlich sind. Insbesondere die von der BNetzA in Zusammenhang mit der Vergabe der Frequenzen aus den Bereichen 3,6 GHz und 2 GHz auferlegte Verhandlungspflicht hat sich als wirkungslos erwiesen (unter lit.c). Andererseits kann aufgrund der strukturellen Wettbewerbshindernisse im Mobilfunkmarkt (unter lit.a) und des Verhaltens der Mobilfnuknetzbetreiber (MNO) im Zusammenhang mit der Nutzung der LTE-Frequenzen (unter lit.b) nicht auf eine Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung als einzig effektiver Maßnahme der Wettbewerbssicherung verzichtet werden.

a) Strukturelle Wettbewerbshindernisse im Mobilfunkmarkt

Bei den zum Aufbau von Mobilfunknetzen benötigten Frequenzen handelt es sich um nur im begrenzten Umfang verfügbare öffentliche Ressourcen. Daher wird die Anzahl der Unternehmen, die im Mobilfunkmarkt als Netzbetreiber (MNO) agieren können, neben ökonomischen Ressourcen naturgemäß durch die Verfügbarkeit dieser Ressourcen bestimmt. In der Folge hat es im deutschen Mobilfunkmarkt über alle Mobilfunkstandards hinweg nie mehr als vier - und nach dem Zusammenschluss von Telefónica und E-Plus zunächst nur noch drei – Netzbetreiber gegeben, die zudem (jedenfalls nach dem Zusammenschluss von Telefónica und E-Plus) vergleichbar hohe Marktanteile halten. Starke Skalierungseffekte auf der Netzebene, ein hoher Anteil fixer, versunkener Kosten und eine hohe mindestoptimale Betriebsgröße im Verhältnis zur relevanten Nachfrage stellen zudem erhebliche Markteintrittsbarrieren für neue Netzbetreiber dar. Aufgrund der besonderen Marktstruktur sprechen die Erfahrungen in der Vergangenheit dafür, dass der Binnenwettbewerb zwischen den MNO auch in der Zukunft begrenzt sein wird.

b) Verhalten der Netzbetreiber der der Nutzung der LTE-Frequenzen

Bei der Zuteilung der LTE-Frequenzen (4G) meinte die BNetzA auf die ausdrückliche Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung verzichten zu können, da sie davon ausgegangen ist, dass die mit der Zuteilung der UMTS-Frequenzen auferlegte Diensteanbieterverpflichtung über § 150 Abs. 4 TKG a.F. technologieneutral und personengebunden für den LTE-Standard fortwirkt.
Allerdings wurde diese Rechtsauffassung der Behörde von den Netzbetreibern nicht oder nur sehr begrenzt anerkannt. So sah Vodafone in Bezug auf LTE allenfalls eine Verpflichtung zum Angebot des „Tarifportfolios von Vodafone“ vor, wodurch der Wettbewerb auf einen reinen Preiswettbewerb reduziert und die Gestaltung eigener innovativer Produkte durch die Diensteanbieter – eine zentrale Intention der Diensteanbieterverpflichtung – vereitelt wurde. Die Telekom hat eine Anwendbarkeit der Diensteanbieterverpflichtung auf LTE komplett abgestritten.
Einzig Telefónica musste im Zuge der Fusionskontrollentscheidung “Telefónica/E-Plus” eine Diensteanbieterverpflichtung für ihr LTE-Netz bis zum Jahr 2025 akzeptieren, wobei das den Diensteanbietern angebotene Vorleistungsprodukt hinsichtlich der erzielbaren Bandbreiten und anderer Qualitätsparameter hinter der von Telefónica für den eigenen Vertrieb genutzten Qualität zurückbleibt (“LTE light”).
Alle drei etablierten MNO beschränkten die Downloadgeschwindigkeit in ihren Angeboten für die Diensteanbieter auf maximal 50 Mbit/s, obwohl LTE deutlich höhere Downloadgeschwindigkeiten (bis zu 500 Mbit/s) ermöglicht, die die MNO im Rahmen der Vermarktung ihrer eigenen Endkundenprodukte auch nutzen.

Das „weitgehende Scheitern“ freiwilliger Vereinbarungen im Zusammenhang mit LTE-Produkten hatte die Monopolkommission bereits in ihrem Sondergutachten im Jahr 2017[1] festgestellt (dort Rn. 42) und sich für die Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung ausgesprochen.
Auch in ihrem jüngsten Sondergutachten[2] hat die Monopolkommission erhebliche Zweifel an der ausreichenden Effektivität lediglich einer Verhandlungspflicht formuliert. Sollten positive Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot „weiter ausbleiben“, empfiehlt die Monopolkommission die Prüfung eines schärferen Regulierungsinstrumentariums. Dabei nennt die Monopolkommission ausdrücklich für die nächste Frequenzvergabe – also die hier gegenständliche Vergabe vor allem der 800 MHz-Frequenzen – die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung (Rn. 141).
Im Übrigen betont die Monopolkommission die essentielle Bedeutung der Diensteanbieter und MVNO für den Wettbewerb in den Mobilfunkmärkten.

c) Verhandlungspflicht als Maßnahme zur Wettbewerbssicherung nicht hinreichend

In die Frequenznutzungsbedingungen für die Frequenzen uns den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz hat die BNetzA trotz der Erfahrungen aus dem LTE-Bereich keine direkte Diensteanbieterverpflichtung aufgenommen, obwohl – nicht nur nach Auffassung des BREKO - diesbezüglich mit § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG a.F. und § 61 Abs. 6 TKG a.F. ausreichende Rechtsgrundlagen hierzu bestanden hätten (BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554 Rn. 31 ff.).

Nach den bisherigen Erfahrungen wird man die Lösung der wettbewerblichen Problematik allein über eine Verhandlungspflicht als gescheitert ansehen müssen. Unserer Kenntnis nach ist auch gut zweieinhalb Jahre nach der Zuteilung der Frequenzen aus den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz noch kein einziger MVNO- oder Diensteanbietervertrag auf dieser Basis abgeschlossen worden.
Auch die Verpflichtung der Telefonica Germany GmbH zur Aufnahme von Verhandlungen mit dem Unternehmen Transatel über einen MVNO-Zugang zum 5G-Netz durch die Bundesnetzagentur im Streitbeilegungsverfahren BK2-21/005 hat gut neun Monate nach der Antragstellung und einem halben Jahr nach dem Beschluss offenbar noch nicht zum Erfolg geführt. Insgesamt sind seit der ersten Anfrage der Transatel an Telefonica über 2 Jahre vergangen.
Schon allein dieser zeitliche Verzug, während dessen Dauer ausschließlich die MNO 5G-Mobilfunkprodukte am Markt anbieten können, führt zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen. Diese Wettbewerbsverzerrungen beschränken sich dabei nicht

[1] Monopolkommission 10.Sektorengutachten Telekommunikation: Telekommunikation 2017 – „Auf Wettbewerb bauen!“
[2] Monopolkommssion: 12.Sektorgutachten zu den Telekommunikationsmärkten: „Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch“ (2021)

nur auf den Mobilfunkmarkt, sondern strahlen wegen der unterschiedlichen Bündelungsmöglichkeiten auch auf den Festnetzmarkt aus. Während die 5G-Frequenznehmer Telekom (mit „VDSL-Vectoring“ und „Super-Vectoring“), Vodafone (durch die Zukäufe im Kabelnetz) und Telefonica (über den Zugang zum. Vodafone-Kabelnetz als einzige Nutznießerin der Auflagen im Fusionskontrollverfahren „Vodafone/Unitymedia“) attraktive Bündelprodukte aus leistungsstarken Festnetzanschlüssen und 5G-Mobilfunk aufsetzen können, fehlt es den anderen Markteilnehmern (mit Ausnahme der 1&1) an der 5G-Mobilfunkkomponente. Sie sind daher gerade beim Wettbewerb um die Kunden, die bereit sind, hochpreisigere Bündelprodukte zu buchen und insbesondere im Wettbewerb um Geschäftskunden erheblich benachteiligt.

Die Einlassungen der Telefonica in dem o.a. Regulierungsverfahren (BK 2-21/005) stehen dabei exemplarische für die Auffassung der MNO, wonach die Verhandlungspflicht am Ende nicht in eine Vereinbarung münden muss, sondern auch ins Leere laufen kann. Insgesamt sah sich Telefonica zur Abgabe eines auf die konkrete Nachfrage der Transatel bezogenes Angebot nicht verpflichtet. Bezeichnend war auch die Aussage der beigeladenen Vodafone in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 11.08.2021, die Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots könne dazu führen, dass jedes beliebige Unternehmen als Wettbewerber auf dem Mobilfunkmarkt tätig werde. Die BNetzA hat in dem Beschluss immerhin klargestellt, dass die Verhandlungen von den MNO mit der Intention eines Vertragsabschlusses geführt werden müssen. Zwar könne im Einzelfall ein Vertragsschluss scheitern, allerdings dürfe dies nur aus Gründen erfolgen, die durch die Vergabe- und Auktionsregeln gedeckt seien.

Diese Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur wird auch durch das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 20.10.2021[3] geteilt. Der Begriff des Verhandelns enthalte neben einer objektiven, handlungsbezogenen auch eine subjektive, zielbezogene Komponente. Diese bestehe in der Absicht, eine Einigung zu erzielen. Die Verhandlungspflicht enthalte zwar keinen Kontrahierungszwang, umfasse aber das Verbot, die Mitnutzung von Funkkapazitäten grundsätzlich zu verweigern, oder Bedingungen oder Entgelte zu fordern, die offensichtlich unangemessen sind. Der in Anspruch genommene Netzbetreiber müsse einen sachlichen Grund benennen können, wenn er keinen Zugang gewähre (Rn. 62).
Allerdings räumt das Bundesverwaltungsgericht auch ein, dass die BNetzA den Abschluss eines konkreten Diensteanbietervertrages nicht erzwingen kann. Zwar könne die Bundesnetzagentur den betreffenden Mobilfunknetzbetreiber ggf. unter Androhung eines Zwangsgeldes dazu auffordern, überhaupt ein Angebot vorzulegen, sie könne aber keine konkreten Vertragsmodalitäten oder Entgelte anordnen (Rn.69).
Abgesehen davon, dass es bisher noch nicht zur Festsetzung eines Zwangsgeldes durch die BNetzA wegen eines Verstoßes gegen das Verhandlungsgebot gekommen ist, ist das mehrstufige Zwangsgeldverfahren langwierig. Zudem ist es denkbar, dass ein Mobilfunknetzbetreiber ein – zumindest am Anfang wahrscheinlich eher moderates –

[3] BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 44554

Zwangsgeld bewusst in Kauf nimmt, da der wirtschaftliche Wert eines möglichst langfristigen Ausschlusses von Diensteanbietern für ihn deutlich überwiegt. Der Erfolg eines Diensteanbieters am Markt hängt wesentlich davon ab, wie schnell er mit gleichwertigen Produkten in den Markt eintreten kann. Ist der Markt bereits verteilt, ist der Markteintritt für Diensteanbieter erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich. Insofern ist der Zeitfaktor für das Diensteanbietermodell entscheidend. Gerade unter diesem Aspekt ist lediglich ein Verhandlungsgebot schlicht unzureichend.

Schließlich ist auf den Widerspruch hinzuweisen, dass die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber einerseits vehement einen regulierten Glasfaserzugang zur Anbindung ihrer 5G-Basisstationen fordern, anderseits aber einen Diensteanbieter- und MVNO-Zugang ablehnen. Im Gegensatz zum Diensteanbieterzugang gibt es im Bereich der Glasfaseranbindung von 5G-Basisstationen freiwillige Angebote und Vereinbarungen im Markt. Nur als ein Beispiel sei auf die Rahmenvereinbarung der BREKO Einkaufsgemeinschaft mit der 1&1 Versatel hingewiesen.

Im Rahmen der Neufassung des Regulierungsregimes zur Frequenzvergabe betont Art. 52 des EECC den Aspekt der Förderung eines wirksamen Wettbewerbs bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten. Dabei wird der Wettbewerb in den Mobilfunkmärkten wesentlich durch die Existenz von Diensteanbietern und MVNO gesichert. Die hier geschilderte Entwicklung zeigt, dass die Auferlegung einer belastbaren Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung das notwendige Instrument zu der in Art.52 EECC zu Recht geforderten Wettbewerbssicherung im Mobilfunk ist.

Die BNetzA muss aus den genannten Gründen im Zuge der Vergabe der 800 MHz-Frequenzen eine faire, angemessene und effektive Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung sicherstellen. Dabei kann die Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung auch ein zentrales Auswahlkriterium im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens sein. Aber auch in diesem Fall muss eine rechtlich einwandfreie Absicherung erfolgen.

3. Versorgungsauflage

Frequenzen <1Ghz dienen der Flächenversorgung und Versorgung von Gebäuden. Mit Blick auf die bereits bestehende gute Mobilfunkversorgung, die sich in den kommenden Jahren noch weiter verbessern wird, sollten künftige Versorgungsauflagen verhältnismäßig sein und auch die individuelle Frequenzausstattung der Netzbetreiber berücksichtigen.