

## **Stellungnahme**

### **zum Konsultationsentwurf einer Entscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz sowie einer EntschlieÙung zur späteren Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens**

#### **Zusammenfassung**

Der Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) kritisiert die vorgeschlagenen Maßnahmen der Präsidentenkammer zur Förderung des Wettbewerbs, da sie nicht geeignet sind, einen chancengleichen und diskriminierungsfreien Wettbewerb im Mobilfunkmarkt zu ermöglichen. Der Vorschlag der Präsidentenkammer, an dem seit der letzten Frequenzentscheidung 2018 bestehenden Verhandlungsgebot zugunsten von Diensteanbietern und MVNO festzuhalten, obwohl sich dieses in der Praxis als wirkungslos erwiesen hat, verkennt die aktuelle Marktsituation sowohl auf Vorleistungs- als auch Endkundenebene. Die Beurteilung der Marktverhältnisse stützt sich dabei im Wesentlichen auf ein von der Bundesnetzagentur beauftragtes Gutachten von WIK-Consult und Ernst & Young, welches erhebliche Mängel aufweist und nicht geeignet ist, valide Aussagen über den Wettbewerb im Mobilfunk zu treffen.

Das Beharren der Präsidentenkammer auf einem in seiner gegenwärtigen Form erwiesenen wirkungslosen Verhandlungsgebot führt nach Einschätzung des BREKO zur Rechtswidrigkeit der Verlängerungsentscheidung.

Zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs fordert der BREKO die Auferlegung einer wirksamen MVNO- und Diensteanbieterverpflichtung. Aus Sicht des BREKO ist eine MVNO- und Diensteanbieterverpflichtung mit Geltung für alle geeigneten Nachfrager das mildeste wirksame Regulierungsinstrument. Nur so können die bestehenden Ungleichgewichte zwischen den etablierten Mobilfunknetzbetreibern und Vorleistungsnachfragern aller Marktsegmente beseitigt werden, damit sowohl Festnetzbetreiber mit attraktiven Bündelangeboten im Markt aktiv werden können und drohende Marktaustritte von heute aktiven netzunabhängigen Mobilfunk-anbietern verhindert werden. Gleichzeitig werden so die Interessen von Verbraucherinnen und Verbrauchern und nicht zuletzt der Geschäftskunden bestmöglich gefördert.

Sollte die Präsidentenkammer an ihrer Entscheidung festhalten und auf die Festlegung einer Diensteanbietersverpflichtung verzichten, erwarten wir, dass mindestens Konkretisierungen bei der Ausgestaltung des Verhandlungsgebotes vorgenommen und wettbewerbsbehindernde Einschränkungen aufgehoben werden. So fordert der BREKO u.a. die Untersagung von Weiterverkaufsverboten, eine Auskunftspflicht für Vorleistungsnachfrager sowie Konkretisierungen der Vorgaben zu den Bedingungen der Mitnutzung und in Bezug auf die Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur bei Verstößen gegen das Verhandlungsgebot.

In Bezug auf den 4. Mobilfunknetzbetreiber ist es essenziell, dass sein Frequenzbedarf auch in der Praxis berücksichtigt wird. Die von der BNetzA geplante kooperative, gemeinsame Nutzung von Frequenzen unterhalb von 1 GHz muss daher in ausreichendem Umfang erfolgen – und damit mehr als die aktuell vorgesehenen 2 x 5 MHz. Zudem muss das Verfahren sicherstellen, dass eine Einigung mit den etablierten Mobilfunknetzbetreibern Bedingung für die Verlängerung ihrer Frequenznutzungsrechte ist und die BNetzA erforderlichenfalls eine entsprechende Anordnung trifft. Zur Förderung des Wettbewerbs und zur Wiederherstellung gleichwertiger Planungssicherheit für den 4. Mobilfunknetzbetreiber muss die BNetzA zudem für die für 2028 angedachte Vergabe eine Reservierung von Spektrum für 1&1 gemäß § 105 TKG im Low- und Mid-Band-Bereich vorsehen.

## **I. Einleitung**

Der BREKO bedankt sich für die Möglichkeit zum Konsultationsentwurf einer Entscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz sowie einer Entschließung zur späteren Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens Stellung nehmen zu können.

Der BREKO vertritt die Interessen von 498 Telekommunikationsunternehmen, darunter ca. 250 Telekommunikationsnetzbetreiber, die Glasfasernetze ausbauen und betreiben und sowohl Festnetz-als auch Mobilfunkdienste anbieten.

Für die Mitgliedsunternehmen des BREKO von besonderer Relevanz sind Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs. Dies gilt insbesondere für das Angebot von Mobilfunkdiensten für Anbieter ohne eigenes Mobilfunknetz und die Etablierung eines 4. Mobilfunknetzbetreibers. Im Folgenden fokussieren wir unsere Ausführungen daher auf die Maßnahmen, die die Präsidentenkammer zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs vorschlägt. In diesem Zusammenhang erfolgt insbesondere eine kritische Bewertung der Feststellung der Präsidentenkammer, dass derzeit

wirksamer Wettbewerb sowohl auf dem Mobilfunkvorleistungs- als auch Endkundenmarkt herrscht und keine Anzeichen für eine zukünftige Verschlechterung bestehen würden.

## **II. Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs**

### **1. Auferlegung einer Diensteanbieterpflichtung**

Der BREKO hatte sich bereits im Zuge der Konsultation zu den Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung im Jahr 2023 für die Auferlegung einer wirksamen MVNO- und Diensteanbieterpflichtung ausgesprochen. An dieser Stelle verweisen wir zur inhaltlichen Begründung im Wesentlichen auf unsere damaligen Ausführungen.

Darüber hinaus setzen wir uns im Folgenden mit der Begründung der Präsidentenkammer im Konsultationsentwurf auseinander und erläutern, warum die Ausführungen der Präsidentenkammer unzutreffend sind und die Auferlegung einer Diensteanbieterpflichtung auf Basis der bestehenden und zu erwartenden Wettbewerbsverhältnisse geboten ist.

#### **a) Ermessensfehlerhaftigkeit der Entscheidung**

Das Festhalten am Verhandlungsgebot in seiner gegenwärtigen Form ist ermessenfehlerhaft und führt zur Rechtswidrigkeit der Verlängerungsentscheidung der Präsidentenkammer.

Nach § 105 Abs. 1 und 2 TKG fördert die Bundesnetzagentur bei der Zuteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenzen einen wirksamen Wettbewerb und ergreift die hierzu *geeigneten* Maßnahmen. Dabei stützt sie sich u.a. auf eine objektive vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse und die Frage, ob entsprechende Maßnahmen zur Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind (§ 105 Abs. 2 S. 3 TKG). Da das Verhandlungsgebot in seiner gegenwärtigen Form bereits in der Vergangenheit nicht zu einen wirksamen Wettbewerb im Mobilfunk beigetragen hat, darf die Bundesnetzagentur bei der von ihr in diesem Rahmen zu treffenden Prognoseentscheidung ziemlich sicher davon ausgehen, dass dies auch in Zukunft so sein wird. Sie ist daher gehalten, im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung wirkungsvollere Maßnahmen zu ergreifen, also die Auferlegung einer Diensteanbieterpflichtung.

Im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung zur Frequenzverlängerung geht die Präsidentenkammer zudem von einer fehlerhaften Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt aus, da sie sich offensichtlich ausschließlich auf das Gutachten von WIK und EY stützt – andere Erkenntnisquellen werden im Konsultationsentwurf nicht angeführt – dessen erhebliche inhaltlichen und methodischen Schwächen der BREKO bereits nachgewiesen hat.

**b) Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt durch die Präsidentenkammer überzeugt nicht**

Soweit die Präsidentenkammer die Wirksamkeit des Wettbewerbs damit begründet, dass das von der Bundesnetzagentur beauftragte Gutachten von WIK und EY keine Wettbewerbsbeschränkungen bestünden, die weitergehende Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs rechtfertigen würden, ist dem zu widersprechen. Das Gutachten weist gravierende inhaltliche und methodische Schwächen auf, die es verbieten, die darin getroffenen Annahmen zur Grundlage der Entscheidung der Präsidentenkammer zu machen. Zu diesem Ergebnis kommt das Gutachten von Prof. Dr. Ralf Dewenter und Jun. -Prof. Dr. Gordon J. Klein, das sich kritisch mit dem Inhalt und den Annahmen des Gutachtens von WIK und EY auseinandergesetzt hat.<sup>1</sup> Wir beziehen das Gutachten von Dewenter/Klein ausdrücklich in diese Stellungnahme mit ein.

Auch die Feststellung im Konsultationsentwurf, dass der Bereich der Bündelprodukte (bestehend aus Festnetz- und Mobilfunkkomponente) nicht betrachtet wurde, weil keine hinreichenden Anzeichen für einen relevanten Wettbewerbsdruck auf den Mobilfunkmarkt und umgekehrt bestehen würden, überzeugt nicht.

Die Ausführungen im Konsultationsentwurf widersprechen vielmehr sogar den eigenen Aussagen der Bundesnetzagentur. Im Jahresbericht 2023 betont die Bundesnetzagentur, dass Bündelprodukte das Standardangebot der Unternehmen in der Vermarktung gegenüber Endkundinnen und Endkunden darstellen.<sup>2</sup> Die Bundesnetzagentur betont zudem, dass Verbraucherinnen und Verbraucher bei Bündelprodukten von Rabatten und exklusiven Angeboten

---

<sup>1</sup> Kurzugutachten zur Studie von WIK-Consult und EY „Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt“ abrufbar unter: [https://www.brekoverband.de/site/assets/files/42885/edeas\\_2024\\_breko\\_kurzstudie.pdf](https://www.brekoverband.de/site/assets/files/42885/edeas_2024_breko_kurzstudie.pdf).

<sup>2</sup> BNetzA Jahresbericht 2023, S. 18.

profitieren.<sup>3</sup> Diese Aussagen stehen in Einklang mit der aggressiven Vermarktung von Bündelprodukten durch die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber, die die Vermarktung von Glasfaseranschlüssen durch Unternehmen ohne eigenes Mobilfunknetz und fehlendem wettbewerbsfähigen Mobilfunkvorleistungsprodukt deutlich erschweren. Der fehlende Wettbewerb im Mobilfunkmarkt hat damit erhebliche negative Auswirkungen auf den Markt für leitungsgebundene Teilnehmeranschlüsse und den weiteren Glasfaserausbau in Deutschland.

Soweit im Konsultationsentwurf ausgeführt wird, dass Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs, die über das bestehende Verhandlungsgebot hinausgehen, voraussichtlich negative Auswirkungen auf Investitionen in den Netzausbau haben würden, überzeugen auch diese Ausführungen nicht. Die etablierten Mobilfunknetzbetreiber haben unmittelbar nach der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs geäußert, dass die Pläne für den Netzausbau realitätsfern und nicht zu erreichen seien.<sup>4</sup> Im Vorfeld des Konsultationsentwurf hatten die etablierten Mobilfunknetzbetreiber noch eine mögliche Diensteanbieterverpflichtung als „Showstopper“ für die Erreichung von Netzausbau-Vorgaben ausgemacht und kritisiert.<sup>5</sup>

### **c) Marktanteile der Diensteanbieter und MVNO**

Als Indiz für einen „weitgehend wirksamen Mobilfunkmarkt“ führt die BNetzA im Konsultationsentwurf die Marktanteile der Diensteanbieter und MVNO am Gesamtumsatz an.<sup>6</sup> Diese Anteile seien über einen längeren Zeitraum weitgehend konstant geblieben und lägen im europäischen Vergleich am höchsten. Zudem habe das Regulierungsregime zu zwei – auch im internationalen Vergleich gemessen an den Marktanteilen großen – unabhängigen Diensteanbietern und MVNO geführt.

Dabei verkennen die Autoren des Konsultationsdokuments, dass im Zuge des Rollenwechsels der 1&1 der größere dieser beiden Diensteanbieter/MVNO nach den Vorgaben der BNetzA dem Diensteanbieter-Marktanteil künftig nicht mehr

---

<sup>3</sup> BNetzA Jahresbericht 2023, S. 19.

<sup>4</sup> <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/telekom-chef-hoettges-bezeichnet-mobilfunk-plaene-als-realitaetsfern-19723089.html>.

<sup>5</sup> <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/telekom-chef-hoettges-droht-mit-verlagerung-von-investitionen-ins-ausland-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-230810-99-796289>.

<sup>6</sup> Konsultationsentwurf S.70

zuzurechnen sein wird. Die BNetzA hat der 1&1 durch Beendigung des MVNO-Vertriebs ab Ende 2023 und des MVNO-Betriebs ab Ende 2025 eine Doppelstellung als Netzbetreiber und Diensteanbieter perspektivisch untersagt<sup>7</sup>, wodurch sich der Marktanteil der Diensteanbieter am Gesamtumsatz im deutschen Mobilfunkmarkt signifikant reduzieren und auch im internationalen Vergleich deutlich zurückfallen wird.

#### **d) Endkundenpreise**

Als weiteren Indikator für einen “weitgehend funktionierenden Wettbewerb” verweist die BNetzA auf die Höhe der Endkundenpreise im europäischen Vergleich.<sup>8</sup> Die Endkundenpreise in Deutschland lägen ausweislich der WIK/EY-Studie für die Low- und Medium-User (bis 5GB) unter dem durchschnittlichen europäischen Preisniveau, für High-User (20 GB ) knapp oberhalb des EU-Durchschnitts. Betrachtet man die Endkundenpreisstudie der EU<sup>9</sup>, so wird dieser in den Konsultationsentwurf übernommene Befund der WIK/EY-Studie nicht gedeckt.

Bei allen dort gebildeten Körben oberhalb von 1GB lag Deutschland im Jahr 2022 über dem EU-Durchschnitt, und zwar sowohl bei reinen Datentarifen als auch Kombi-Tarifen. Bei den besonders datenintensiven Tarifen (50 GB) sind die Abweichung vom europäischen Durchschnitt sogar erheblich. Z.B.: Für 50 GB Data only lag der günstigste Tarif in Deutschland im Jahr 2022 bei € 28,88, der EU-Durchschnitt dagegen bei € 19,89. Der günstigste Preis für 50 GB inkl. 100 Gesprächsminuten lag in Deutschland bei 33,76, während im EU-Durchschnitt für dieselbe Leistung € 24,86 zu zahlen waren.

Das Argument, die Preisentwicklung im deutschen Mobilfunk lege im europäischen Vergleich einen funktionierenden Wettbewerb nah, wird durch die EU-Zahlen gerade nicht gestützt.

Im Gegenteil: Unterstellt man, dass gerade die High-User überdurchschnittlich oft 5G-Tarife buchen, ist festzustellen, dass sich die größten Preisabweichungen in

---

7

[https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungenn/2022/20221021\\_1u1.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungenn/2022/20221021_1u1.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>8</sup> BNetzA, Konsultationsentwurf S. 69.

<sup>9</sup> European Commission: Mobile and fixed broadband prices in Europe 2022, Annex II S.211 Country Reports: Germany.

dem Segment abspielen, aus dem die Diensteanbieter bisher im Wesentlichen ausgeschlossen sind und in dem der Wettbewerbsdruck auf die Mobilfunknetzbetreiber besonders gering ist.

Insgesamt können die Ausführungen im Konsultationsentwurf, wie auch schon in dem diesen zu Grunde liegenden Gutachten von WIK und EY, nicht überzeugen. Der dort unterstellte weitgehend funktionierende Wettbewerb im deutschen Mobilfunkmarkt, lässt sich bei näherer Betrachtung nicht belegen. Im Gegenteil sprechen wesentliche Indizien für das Vorliegen einer erheblichen Marktstörung, der – wie folgend dargestellt wird – mit einer reinen Verhandlungslösung nicht wirksam begegnet werden kann.

#### **e) Wirkungslosigkeit des Verhandlungsgebotes**

Das Verhandlungsgebot, das die Bundesnetzagentur den 5G-Betreibern in Ziffer III 4.15 der Präsidentenkammerentscheidung vom 26.11.2018 auferlegt hat, hat sich zur Marktöffnung und Wettbewerbssicherung im Mobilfunkmarkt als nicht ausreichend erwiesen. Nur sehr vereinzelt ist es zu Vereinbarungen mit Unternehmen gekommen, die entweder über eine relevante Nachfragemacht verfügen (Freenet) oder deren Geschäftsmodell wenig Überschneidungen mit den Geschäftsmodellen der Mobilfunknetzbetreiber aufweist (MTel).<sup>10</sup>

Wie wenig wirksam das Verhandlungsgebot im Regelfall ist, lässt sich dagegen an dem weiter anhängigen Streitbeilegungsverfahren der Multiconnect gegen die Telefónica (BK 2-23/002) beobachten. Nachdem die Antragstellerin nach ihrer Anfrage fast zwei Jahre auf ein Zugangsangebot der Antragsgegnerin warten musste und sich die Verhandlungen über mehr als ein weiteres Jahr ohne eine Einigung hingezogen haben, hatte Multiconnect im April 2023 die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens bei der BNetzA beantragt. Die viermonatige Entscheidungfrist, wäre am 18.08.2023 abgelaufen und wurde von der Beschlusskammer bis zum 30.09.2023 verlängert. Bis heute ist in dem Verfahren allerdings keine Entscheidung ergangen.

Die völlig inakzeptable Überziehung der Entscheidungsfrist ist vor allem dadurch bedingt, dass die Mobilfunknetzbetreiber Vodafone und Telekom Deutschland die von der Beschlusskammer angeforderten Auskünfte zu ihren Vorleistungs-

---

<sup>10</sup> So auch die Einschätzung der Monopolkommission im 13.Sondergutachten ("Telekommunikation 2023: Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!") Rn. 166.

entgelten mit weitgehend fadenscheinigen Argumenten verweigern. Insgesamt ist das Verfahren ein prägnantes Beispiel für die Wirkungslosigkeit und mangelhafte Durchsetzbarkeit des Verhandlungsgebotes. Insgesamt wartet die Multiconnect nunmehr seit über vier Jahren auf den Abschluss einer MVNO-Zugangsvereinbarung.

Nur wenig besser erging es zuvor der Transatel, die sich seit Mai 2020 um den Abschluss einer MVNO-Vereinbarung mit der Telefónica bemüht hatte.<sup>11</sup> Nachdem die Beschlusskammer 2 die Telefónica mit Beschluss vom 21.10.2021 - also knapp eineinhalb Jahre nach der Antragstellung - zur Angebotsabgabe aufgefordert hatte, dauerte es immerhin noch rund zwei Jahre bis im Oktober 2023 eine MVNO-Vereinbarung zwischen der Transatel und der Telefónica zustande kam. Auch diese Kooperationsvereinbarung sichert Transatel lediglich einen Kooperationsvereinbarung mit "*mittelfristigem Zugang zum starken 5G-Netz von Telefónica*".<sup>12</sup> Für den Abschluss dürfte weniger die Aussicht auf eine Fortführung des Streitbeilegungsverfahrens eine Rolle gespielt haben, als vielmehr der Druck aus der Industrie, die auf die mobilfunkbasierten IoT-Anwendungen der Transatel angewiesen ist.

Auch die 5G-Roaming-Vereinbarung zwischen Vodafone und 1&1 ist kein Beleg für die Effektivität des Verhandlungsgebotes. Die Vereinbarung kam nicht aufgrund des Verhandlungsgebotes zustande<sup>13</sup>, sondern weil sie im wirtschaftlichen Interesse beider Partner lag. Während 1&1 komplementär zum eigenen 5G-Netzausbau das 5G-Netz der Vodafone nutzen kann, stand Vodafone unter dem Druck kontinuierlich sinkender Marktanteile, die nunmehr über 12 Millionen 1&1-Kunden aufgefangen werden können.

Es gibt daher kein Beispiel dafür, dass das Verhandlungsgebot irgendeinen positiven Einfluss auf den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt gehabt hätte. Im Gegenteil: dort, wo Unternehmen versucht haben, das Verhandlungsgebot mit Hilfe der BNetzA durchzusetzen, haben sie jahrelang auf eine Zugangsvereinbarung warten müssen (Transatel) oder tun das heute noch (Multiconnect).

---

<sup>11</sup> So die Sachverhaltsdarstellung im Beschluss BK 2-21/005 Rn. 12; nach Brancheninformationen stammten ersten Anfragen der Transatel bereits aus dem Jahr 2015.

<sup>12</sup> Heise Online vom 31.10.2023: Transatel wird neuer MVNO im O2-Netz.  
<https://www.teltarif.de/mvno-transatel-o2-telefonica-vertrag/news/93535.html>.

<sup>13</sup> So auch die Einschätzung in der Stellungnahme des Bundeskartellamts, S.5.

Aus den genannten Gründen ist die Beibehaltung des bestehenden Verhandlungsgebotes als Maßnahme zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs nicht zu rechtfertigen und ermessensfehlerhaft, was zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Präsidentenkammer führt. Vielmehr sprechen gewichtige Gründe für die Auferlegung einer wirksamen MVNO- und Diensteanbieterverpflichtung.

## **2. Weitere Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs**

Sollte die Bundesnetzagentur an der aus unserer Sicht fehlerhaften und nicht sachlich belegten Auffassung festhalten, dass die Auferlegung einer MVNO- und Diensteanbieterverpflichtung nicht erforderlich ist, um wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, erwarten wir, dass mindestens die nachfolgend erläuterten Maßnahmen ergriffen werden, um die Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt zu verbessern.

### **a) Weiterverkaufsverbote untersagen**

Weiterverkaufsverbote für Vorleistungsprodukte beschränken den Wettbewerb auf dem Mobilfunkvorleistungsmarkt künstlich zugunsten der etablierten Mobilfunknetzbetreiber und verhindern, dass netzunabhängige Mobilfunkanbieter Teile ihrer Vorleistungskontingente (wie im Festnetzbereich) an andere Vorleistungsnachfrager weiterverkaufen können. Eine Untersagung von Weiterverkaufsverboten durch die Bundesnetzagentur würde es auch Glasfaseranbietern ohne eigenes Mobilfunknetz ermöglichen, den Verbraucherinnen und Verbrauchern hochwertige Bündelprodukte (Glasfaser-Internet und 5G-Mobilfunk) anzubieten. Zur Bedeutung von Bündelprodukten s.o. unter 1. a).

Hinzu kommt, dass die bestehenden Weiterverkaufsverbote den 4. Mobilfunknetzbetreiber in der Phase des eigenen Netzausbaus beschränken, deutschlandweite Vorleistungsangebote (inkl. National Roaming) anzubieten und damit den von der Präsidentenkammer erwünschten positiven Wettbewerbseffekt auf dem Vorleistungsmarkt zu entfalten. Auch die angedachte kooperative Frequenznutzung für den 4. Mobilfunknetzbetreiber würde auf dem Vorleistungsmarkt keinen positiven Effekt schaffen, wenn Weiterverkaufsverbote in seinem National Roaming-Vertrag fortgelten.

Die Präsidentenkammer erkennt im Konsultationsentwurf die Bedeutung des Weiterverkaufs (s. S. 75 „Zusätzlich besteht die Chance, im Zuge der vorgesehenen

*Verhandlungen...mit den etablierten Netzbetreibern auch die Weitergabe von Vorleistungen an dritte Diensteanbieter und MVNO zu ermöglichen.“* Die Entscheidung über den Weiterverkauf darf aber nicht dem Wohl und Wehe der etablierten Mobilfunknetzbetreiber überlassen werden, da diese es aktuell in der Hand haben, den Wettbewerb zu Ihren Gunsten zu beschränken.

#### **b) Angebotspflicht aufnehmen**

Um die Wirksamkeit des Verhandlungsgebotes zu erhöhen und möglichst schnell zu vertraglichen Vereinbarungen zu kommen, sollten die Mobilfunknetzbetreiber verpflichtet werden, Mobilfunkdiensteanbietern binnen vier Wochen und MVNO binnen drei Monaten ein verbindliches Vertragsangebot vorzulegen.

Die Präsidentenkammerentscheidung von 2018 hatte dazu festgestellt, dass eine der Auflage genügende Verhandlung von einem Willen zum Vertragsschluss geleitet sein muss. Dies wird durch eine Angebotspflicht konkretisiert, die im Übrigen auch zugunsten des Nachfragers von National Roaming bereits im Konsultationsentwurf vorgesehen ist. Sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich.

Eine Angebotspflicht wird auch ausdrücklich im 13.Sondergutachten der Monopolkommission unterstützt.<sup>14</sup> Die Monopolkommission weist darauf hin, dass durch eine Angebotspflicht Strategien der Mobilfunknetzbetreiber zur Umgehung des Verhandlungsgebotes erschwert werden könnten. Weiter befürwortet die Monopolkommission zu Recht eine Kombination der Angebotspflicht mit einem Diskriminierungsverbot, damit Diensteanbieter und MVNO nicht ohne sachliche Rechtfertigung gegenüber den konzernverbundenen Diensteanbietern benachteiligt werden könnten.

#### **3. Verhandlungsgebot durch Auskunftspflicht für Vorleistungsnachfrager konkretisieren**

Die Präsidentenkammer sollte Diensteanbieter und MVNO verpflichten, jährlich Auskunft über den Stand der Verhandlungen mit den Mobilfunknetzbetreibern zu geben. Bei Zweifeln an der Einhaltung des Verhandlungsgebotes sollte die

---

<sup>14</sup> Monopolkommission 13. Sondergutachten: "Telekommunikation 2023 Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!" Rn.168f.

Bundesnetzagentur von Amts wegen tätig werden und weitere Informationen einholen.

#### **4. Verhandlungsgebot durch klare Befugnis zum Eingreifen konkretisieren**

Die BNetzA sollte ihre Rolle bei der Durchsetzung des Verhandlungsgebotes konkretisieren, indem sie beim Verhandlungsgebot für Diensteanbieter und MVNO dieselben Eingriffsmöglichkeiten wie beim Verhandlungsgebot für National Roaming vorsieht. Die Aufnahme einer Befugnis zum Eingreifen im Falle eines Verstoßes würde den Anreiz der Mobilfunknetzbetreiber steigern, zielgerichtet mit geeigneten Nachfragern zu verhandeln.

#### **5. Verhandlungsgebot durch Vorgaben zu den Bedingungen für die Mitnutzung konkretisieren**

Das Verhandlungsgebot ist im Hinblick auf die Bedingungen für die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu konkretisieren. Die bisher gewählte pauschale Zuschreibung, dass Verhandlungen diskriminierungsfrei geführt werden sollen, verfehlt seine Wirkung. Es fehlt eine Vorgabe, an welchem Maßstab sich die Diskriminierungsfreiheit orientiert (Eigenvertrieb der Netzbetreiber, Submarken der Mobilfunknetzbetreiber, andere Diensteanbieter, etc.). Eine Konkretisierung der Bedingungen für die Mitnutzung würde es der Beschlusskammer erleichtern, eine Referenzgröße in Streitbeilegungsverfahren über strittige Vorleistungskonditionen heranzuziehen.

Aus Sicht des BREKO sollte das Verhandlungsgebot um die Pflicht faire und angemessene Bedingungen, sowohl in der Versorgung, der Realisierung als auch in marktgerechte Vorleistungspreisen anzubieten, die wettbewerbsfähige End- und Geschäftskundenangebote ermöglichen, konkretisiert werden. Dies bezieht sich nicht nur auf die initiale Verhandlung, bzw. den initialen Vertragsabschluss, sondern berücksichtigt auch die Entwicklung der Technologien und der Preisgefüge auf dem Markt für End- und Geschäftskunden.

Es sollte zudem klar gestellt werden, dass Verhandlungen über die Mitnutzung von Funkkapazitäten (je nach Nachfrage) die gesamte Leistungsfähigkeit umfasst, die vom Mobilfunknetzbetreiber selbst technisch genutzt werden kann. Das umfasst die nutzbaren Technologien, Übertragungsgeschwindigkeiten, Latenzen, etc. (vgl. Erwägungsgrund 15 Roaming-Verordnung: „Eine Verpflichtung zur Gewährung des

*Roamingvorleistungszugangs sollte daher sicherstellen, dass Zugangsnachfrager ihre im Inland angebotenen Endkundendienste replizieren können, es sei denn die Betreiber besuchter Netze, bei denen der Zugang beantragt wird, können nachweisen, dass dies technisch nicht machbar ist. Die Parameter, unter denen der Betreiber besuchter Netze seinen eigenen inländischen Kunden Mobilfunkdienste anbietet, gelten als technisch machbar.“*

Es sollte weiter klargestellt sein, dass Angebote von Zuteilungsinhabern keine Klauseln mit Knebelwirkung enthalten dürfen (keine Behinderung von Migrationen, keine Exklusivitätsverpflichtung etc.).

Das Verhandlungsgebot sollte auch Rahmenvorgaben hinsichtlich der Entgelte machen. SIM-Karten-Gebühren für MVNO, die eigene SIM-Karten nutzen, verhindern Wettbewerb, da dem Mobilfunknetzbetreiber keine Kosten für SIM-Karten entstehen, die eine nutzungsunabhängige Gebühr rechtfertigen und klassisches Prepaid unmöglich wird.

## **6. „Vorstoßenden Wettbewerb“ nicht durch eine Präsidentenkammer definieren**

Die Formulierungen im Konsultationsentwurf („Mit Blick auf die Weitergabe von 5G-Vorleistungsprodukten stellt die Präsidentenkammer aber klar, dass nach ihrer Auffassung nicht ohne Weiteres eine den vorstoßenden Wettbewerb begründende Innovationshöhe fortbesteht. Vielmehr könnten aufgrund der Entwicklungen in den letzten Jahren 5G-Vorleistungsprodukte eine technische Weiterentwicklung und nicht mehr eine Innovation im eigentlichen Sinne darstellen.“ S. 71) erwecken den Eindruck, dass die Präsidentenkammer einen Definition des „vorstoßenden Wettbewerbs“ vornimmt.

Die Bedeutung des „vorstoßenden Wettbewerbs“ sollte aber nicht von der Präsidentenkammer sondern von den Beschlusskammern bzw. den Verwaltungsgerichten beurteilt werden. Andernfalls erwarten wir negative Auswirkungen auf die künftige 6G-Bereitstellung. Es droht eine Vorfestlegung für die Bereitstellung von 6G, das dann unter Verweis auf die Entscheidung der Präsidentenkammer den Vorleistungsnachfragern ähnlich lange vorenthalten werden würde wie es aktuell bei 5G der Fall ist.

Bei der Beurteilung, ob eine Privilegierung der Mobilfunknetzbetreiber im Sinne eines "vorstoßenden Wettbewerbs" in Betracht kommt, sollte sich die Beschlusskammer zudem an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts orientieren.

Abgesehen von der Frage, ob es sich bei der 5G-Technologie tatsächlich um eine schützenswerte Innovation oder lediglich um eine Weiterentwicklung der bestehenden Mobilfunkstandards handelt, kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch ein Innovationsschutz **nur für einen sehr begrenzten Zeitraum** gewährt werden. Das Bundesverwaltungsgericht geht in der „Simyo“-Entscheidung“ (BVerwG 6 C 47/06 vom 18.12.2017) davon aus, dass ein zeitlich begrenzter Schutz des Mobilfunknetzbetreibers unter dem Gesichtspunkt des vorstoßenden Wettbewerbs die absolute Ausnahme darstelle und nur für wenige Monate gerechtfertigt sei. Die 5G-basierten Angebote werden durch die Mobilfunknetzbetreiber bereits seit 2019 angeboten, so dass ein Innovationsschutz im Sinne eines vorstoßenden Wettbewerbs unter diesem Aspekt nicht in Betracht kommt.

### **III. Frequenzbedarf des 4. Mobilfunknetzbetreibers**

#### **1. Sicherstellung diskriminierungsfreier Verhandlungen**

Sofern die Präsidentenkammer auch für die Berücksichtigung des 4. Mobilfunknetzbetreibers im Frequenzbereich unterhalb 1 GHz auf eine Verhandlungslösung vertraut, ist durch eine enge Begleitung behördlich sicherzustellen, dass die Verhandlungen auch rechtzeitig vor Ende der laufenden Zuteilungen eine tragfähige und faire Einigung erzielen. Diese muss aufschiebenden Bedingung für eine Verlängerung sein.

#### **2. Ausreichende Frequenzmenge und tragfähige Laufzeit**

Für den weiteren Netzausbau der 1&1, der Etablierung als vierter Mobilfunknetzbetreiber und für die Ausgestaltung der kooperativen Nutzung im Low-Band-Bereich ist es wichtig, dass 1&1 eine ausreichende Frequenzmenge nutzen kann, um wettbewerbsfähige Angebote bereitstellen zu können. Die im Konsultationsentwurf vorgesehene Mindestmenge (2 x 5 MHz) erscheint insofern nicht ausreichend, da die etablierten Mobilfunknetzbetreiber über signifikant mehr Spektrum unterhalb 1 GHz verfügen (jeweils 2 x 30 bzw. 2 x 35 MHz).

Die Verfügbarkeit des Spektrums unterhalb 1 GHz fällt auch nach den Plänen der Präsidentenkammer weiterhin auseinander: Frequenzen bei 800 MHz sollen nach einer fünfjährigen Verlängerung zur Nutzung ab Anfang 2031 erneut vergeben werden, Frequenzen bei 700 und 900 MHz können weiterhin erst zur Nutzung ab Anfang 2034 erworben werden. Sollte eine kooperative Nutzung also im Bereich 700 oder 900 MHz realisiert werden, muss auch deren Laufzeit den aktuellen Zuteilungszeiträumen entsprechen, damit eine unterbrechungsfreie Versorgung der Kunden des 4. Mobilfunknetzbetreibers gewährleistet ist.

### **3. Reservierung von Frequenzen bei künftiger Vergabe**

Durch die Verlängerung großer Frequenzmengen im Low- und Mid-Band-Bereich erlangen die etablierten Mobilfunknetzbetreiber einen einseitigen finanziellen Vorteil und die bisher bestehende Planungssicherheit des 4. Mobilfunknetzbetreibers wird entzogen. Um dies zu korrigieren, muss die Präsidentenkammer für die für 2028 vorgesehene Vergabe bereits heute eine Reservierung von Frequenzen gemäß § 105 TKG sowohl im Bereich unterhalb von 1GHz als auch darüber vorsehen.

### **4. Fehlende Berücksichtigung der Diensteanbieter und MVNO**

Auch an dieser Stelle bestehen erhebliche Bedenken an der Ermessensausübung der Präsidentenkammer, da die Interessen der Diensteanbieter und MVNO im Rahmen der Verlängerungsentscheidung nicht berücksichtigt werden. Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass ein 4. Mobilfunknetzbetreiber sein Netz für Diensteanbieter und MVNO öffnen wird, schon allein um schnell eine gute Netzauslastung zu schaffen. Die Verlängerungsentscheidung der Präsidentenkammer geht zulasten des 4. Mobilfunknetzbetreibers und damit auch zulasten der Diensteanbieter und MVNO, die auf diesen Marktzugang wahrscheinlich länger warten müssen als es ohne die Verlängerung der Fall gewesen wäre. Dieses Interesse der Diensteanbieter und MVNO wurde in der Verlängerungsentscheidung jedoch komplett ausgeblendet, so dass die Ermessensausübung durch die Präsidentenkammer nicht alle Interessen berücksichtigt. Dieses Ermessensdefizit kann ebenfalls zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung führen.