

~~Enthält BuG~~

Stellungnahme der freenet AG

ZUM POSITIONSPAPIER DER BUNDESNETZAGENTUR ZUR BEREITSTELLUNG VON FREQUENZEN IN DEN BEREICHEN 800 MHZ, 1.800 MHZ UND 2.600 MHZ FÜR DEN AUSBAU DIGITALER INFRASTRUKTUREN

21. November 2022

Inhalt

EXECUTIVE SUMMARY	3
1. KEIN HINREICHENDER WETTBEWERB	4
■ [REDACTED]	■
■ [REDACTED]	■
2. GEEIGNETHEIT EINER WETTBEWERBSSCHÜTZENDEN AUFLAGE	12
a. Vorgeschlagene Auflagen sind ungeeignet	12
b. Geeignetheit weiterer Regulierungsinstrumente	16
3. ERFORDERLICHKEIT/ANGEMESSENHEIT DER GENERELLEN ZUGANGSVERPFLICHTUNG	19
4. FREQUENZVERGABE 2025	24

Executive Summary

Die Unternehmen der freenet sind auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt als Diensteanbieter ohne eigene Frequenznutzungsrechte tätig und insoweit strukturell von Vorleistungen der Mobilfunknetzbetreiber abhängig. Diensteanbieter können nur dann wettbewerbsfähig am Markt agieren, wenn sie alle vom Mobilfunknetzbetreiber vermarkteten Produkte als Vorleistung erhalten und der Vorleistungspreis nicht höher ist als der hypothetische Vorleistungspreis des Mobilfunknetzbetreibers gegenüber seinem Eigenvertrieb. Dies ist heute nicht mehr der Fall, was den Wettbewerb nachhaltig geschädigt hat.

Die anstehende Frequenzvergabe ist die letzte Chance der Bundesnetzagentur (BNetzA), den kleinen Rest an Wettbewerb auf dem oligopolistischen deutschen Mobilfunkmarkt durch Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gerade noch zu erhalten. Wenn diese Chance nicht genutzt wird, wird der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt als Reflex des vollständigen Wettbewerbsausfalls auf dem Vorleistungsmarkt endgültig zum Erliegen kommen, die Endkundenpreise werden weiter steigen und der Infrastrukturausbau wird sich erneut verlangsamen.

Ein „weiter so“ durch ein abgewandeltes Verhandlungsgebot, durch Rabatte, Anreize und asymmetrische Verpflichtungen wird die erforderliche Planungssicherheit für Diensteanbieter nicht herstellen können. Ohne eine symmetrische Zugangsverpflichtung mit internem Diskriminierungsverbot

[REDACTED]

[REDACTED] Dies gilt es zu verhindern und gleichzeitig Leitplanken für zukünftige Verhandlungen der Marktteilnehmer auf Augenhöhe zu schaffen. [REDACTED]

[REDACTED]

Schaffen wir also in einem durch Frequenzknappheit begründeten natürlichen Oligopol endlich wieder Marktverhältnisse, in denen sich die Marktteilnehmer durch eine generelle Zugangsverpflichtung mit Diskriminierungsverbot auf Augenhöhe begegnen und ermöglichen so eine rechtssichere und auch die grundrechtlich geschützten Interessen der Diensteanbieter berücksichtigende Entscheidung.

1. Kein hinreichender Wettbewerb

- Der deutsche Mobilfunk-Endkundenmarkt ist im EU-Vergleich gekennzeichnet von **unterdurchschnittlichen Leistungen** und **hohen Preisen**
- [REDACTED]
- Die Möglichkeit der Ausübung tatsächlichen Wettbewerbsdrucks auf die Mobilfunknetzbetreiber durch Diensteanbieter geht weiter zurück

Die sich seit Jahren verschlechternde Wettbewerbssituation zeigt deutlich, dass die zahllosen Frequenzauflagen der letzten Vergabeverfahren die Ziele eines chancengleichen Wettbewerbs sowie einer schnelleren und besseren Versorgung der Kunden mit Mobilfunkdienstleistungen nicht erreicht haben. Wir machen hier noch einmal unsere Ausführungen aus den Stellungnahmen zu den Orientierungspunkten der BNetzA sowie zur Marktabfrage „Wettbewerb mit Diensteanbietern“ zu Ausführungen in diesem Verfahren. Insbesondere verweisen wir explizit noch einmal auf das zu den Orientierungspunkten übersandte wettbewerbsökonomische Gutachten von Lademann & Associates vom 21.03.2022, das den „Status quo: kein wirksamer Wettbewerb“ vertieft beleuchtet.

Der deutsche Mobilfunk-Endkundenmarkt ist nach wie vor geprägt von hohen Preisen, verbunden mit geringen Inklusivvolumina. Der aktuelle „Investor and Analyst Conference Call zu den Q3 2022 results“ der Deutschen Telekom vom 10.11.2022¹ zeigt deutlich, warum dies so ist. Wie der CEO der Telekom dort mitteilt, verstärkt die Telekom mit der neuen Produktfamilie – den sog. „Family Tarifen“ – den Verkauf von Multicards, die durch ihre Family-Vorteile die SIM-Karten rechnerisch im Niedrigpreissegment der Diensteanbieter platzieren. Der CEO der Telekom gibt in dem Conference Call offen zu, dass Ziel dieser Kampagne nicht der Wettbewerb zu den anderen Mobilfunknetzbetreibern ist und dass man eher versucht, einen solchen margenvernichtenden Wettbewerb zu vermeiden. **Primäres Ziel dieser Aktivitäten seien nicht die anderen Mobilfunknetzbetreiber, sondern die Diensteanbieter.** Daher ist man auch nicht überrascht, dass es von den Mobilfunknetzbetreibern so gut wie keine Reaktion auf diese Angebote gegeben hat.

*“The focus of this activity around this new cards is to upsell multi cards, which are typically provided not from the MNOs. They’re typically provided from prepaid or from MVNOs. **So therefore, the MNOs is not, let’s say, our prime target here. So that is why we are not surprised that there was not much of a reaction from our competitors on this offer yet,** because we are looking for the 50% of the markets, which are in the hands of MVNOs here in Germany. And that is exactly what we are addressing these days. So the right development.“*

Timotheus Höttges, Deutsche Telekom AG

¹ <https://www.telekom.com/de/investor-relations/finanzpublikationen/finanzergebnisse>

Eine bessere Beschreibung für ein wettbewerbsloses Oligopol zwischen den Mobilfunknetzbetreibern kann man sich nicht vorstellen. Man vermeidet in der Produktgestaltung der Mobilfunknetzbetreiber offensichtlich alles, um nur keine Angebotsreaktion der anderen Mobilfunknetzbetreiber hervorzurufen und gestaltet seine Produkte so, dass nur Diensteanbieter den Druck verspüren. Sobald dann die Mobilfunknetzbetreiber die Diensteanbieter mit dieser Strategie aus dem Markt gedrängt haben, würde auch dieser Restwettbewerb gegenüber Diensteanbietern entfallen und das wettbewerbslose Oligopol der Mobilfunknetzbetreiber kann die Früchte dieser Strategie ernten.

Es gibt einen Grund, warum die Mobilfunkkunden in Deutschland - anders als andere Mobilfunkkunden in Europa - noch lange auf Unlimited Tarife mit unbegrenztem Datenvolumen zu angemessenen Preisen werden warten müssen: es ist dieses wettbewerbslose Oligopol, was dafür sorgt, dass die Mobilfunknetzbetreiber weiter Mobilfunktarife mit kleinen inkludierten Volumina zu überhöhten Preisen vermarkten können und dass die Datennutzung in Deutschland weiter weit unterhalb des EU-Durchschnitts liegen wird.

Allein die freenet versucht heute noch im Netz der Telefónica einen Unlimited Vertrag für 30 € anzubieten, wird dabei aber [REDACTED]

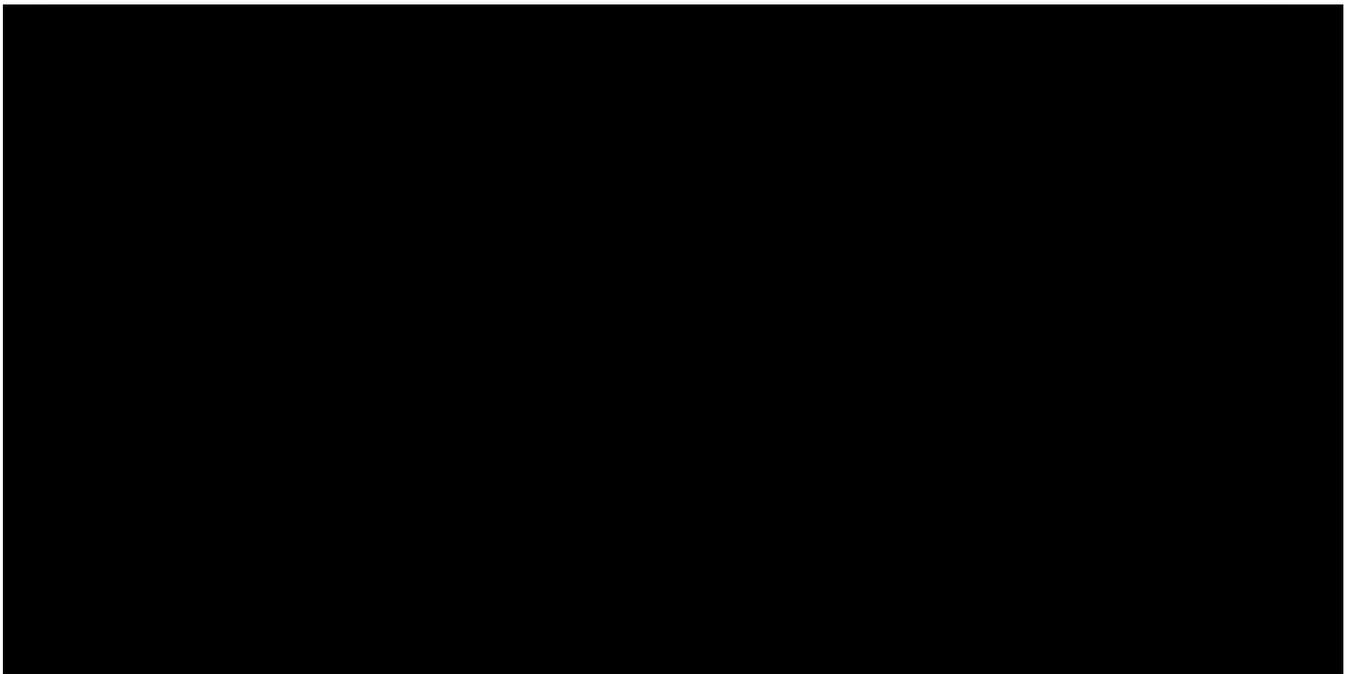
[REDACTED]. Die 1&1 hatte ein solches Angebot bis vor kurzem ebenfalls noch, hat dieses aber in der Zwischenzeit deutlich auf 60 € erhöhen müssen. Soweit die BNetzA also davon ausgeht, dass der Marktzutritt der 1&1 als Mobilfunknetzbetreiber diesen Wettbewerb elementar anfachen wird, weisen wir darauf hin, dass die Kostensituation eines Neueinsteigers deutlich schlechter ist als die eines Diensteanbieters. Dem Vernehmen nach sind die National Roaming Konditionen der 1&1 mit denen aus dem MBA-MVNO-Modell vergleichbar. Hinzu kommt für die nächsten 8 Jahre ein jährlicher Netzausbaukostenblock von 1 Mrd. €, der sich in Anbetracht der Zinssituation und der Energiekostensteigerung aller Voraussicht nach noch deutlich erhöhen wird. Da 1&1 aufgrund des Wholesaleverbots nun auch keine Einnahmen aus dem Verkauf von Vorleistungen an Diensteanbieter erwirtschaften kann und aufgrund regulatorischer Vorgaben deutlich früher als geplant Kunden vom Diensteanbietermodell in das National Roaming bringen muss, muss davon ausgegangen werden, dass die 1&1 als Preisführer in den nächsten Jahren ausfallen wird. Es steht bis heute sogar noch nicht einmal fest, ob die 1&1 es jemals schaffen wird, den Netzbetrieb aufzunehmen, oder ob sie – wie jüngst berichtet - aufgrund der verschlechterten Gesamtsituation durch Verkauf (an einen der Bestandsnetzbetreiber) aus dem Markt tritt.

Nach neuesten Erhebungen der VATM-Marktstudie 2022 beträgt der Marktanteil der Mobilfunknetzbetreiber auf dem Endkundenmarkt (nach Umsatz) inkl. 1&1 im Jahr 2022 bereits ca. 91%. Ein derart hoher und noch nie in der Geschichte des Mobilfunks in Deutschland dagewesener Marktanteil der dann vier Mobilfunknetzbetreiber zeigt deutlich, dass der Mobilfunkmarkt von diesen vier Großunternehmen beherrscht wird, die natürlich alles daransetzen werden, den letzten relevanten Wettbewerber weiter zu verdrängen.

Soweit von den Mobilfunknetzbetreibern als Argument für lebhaften Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt immer wieder angeführt wird, es gäbe auf dem deutschen Mobilfunkmarkt zahlreiche Wettbewerber, handelt es sich dabei im Wesentlichen um ca. 50 Zweit- bzw. Submarken der Mobilfunknetzbetreiber, die weder

selbstständig am Markt agieren noch eigene Produkte gestalten können und vor allem das bestehende Oligopol verschleiern (**Anlage 5 - Submarken der Mobilfunknetzbetreiber**). Diese Zweit- bzw. Submarken sind in der Regel vollständig von den Mobilfunknetzbetreibern abhängig, genauso wie Branded Reseller, die aufgrund ihrer Position in der Vermarktung nicht zum Wettbewerb beitragen können. Insoweit sind diese Zweit- bzw. Submarken auch nicht nach § 5 TKG offiziell gemeldet und können nicht als wettbewerbstreibende Marktteilnehmer angesehen werden. Die wenigen verbliebenen regionalen Anbieter, die über einen äußerst geringen Marktanteil (<1% nach Umsatz) verfügen, sind ebenfalls nicht in der Lage zu Wettbewerb beizutragen. [REDACTED]

[REDACTED]. Bis dahin bleibt derzeit allein freenet mit einem Marktanteil von inzwischen nur noch knapp über 8% übrig. Die sich seit Jahren abzeichnende Marktanteilsverschiebung zu Gunsten der Mobilfunknetzbetreiber kann man aus nachfolgender Tabelle entnehmen:



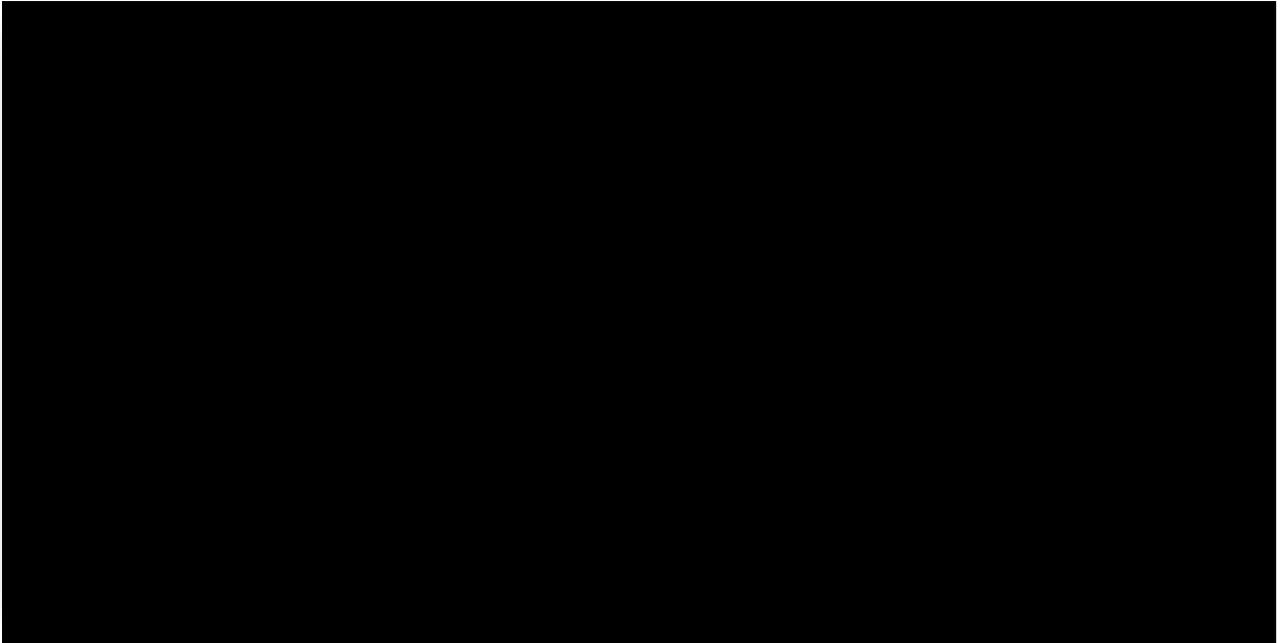
Parallel erfolgt eine Verdrängung der freenet aus dem Bereich hochpreisiger und daher attraktiver Endkundenprodukte. Die Stärkung der internen No-frills Marken der Mobilfunknetzbetreiber führte in der jüngeren Vergangenheit zudem dazu, dass nun auch die Marktanteile in den günstigen No-frills-Endkunden-Tarifen weiter sinken, die bisher die letzte noch verbliebene Marktnische der Diensteanbieter gewesen ist, in die sie gerade durch die Gestaltung der Vorleistungsprodukte (Geschwindigkeitsbegrenzung und Verweigerung aktueller Technologie) durch die Mobilfunknetzbetreiber gedrängt wurden. Wie man aus nachfolgender Tabelle erkennen kann, die ebenfalls den freenet-Anteil am SIM-Markt widerspiegelt, wird die Verdrängung insbesondere ab dem Jahr 2010 ersichtlich.

Ursächlich für diese Verdrängung ist die Verweigerung von 4G Vorleistungen nach der LTE-Frequenzvergabe ohne Diensteanbietersverpflichtung, was faktisch dazu geführt hat, dass über acht Jahre lang ausschließlich Mobilfunknetzbetreiber Endkunden mit der aktueller Mobilfunktechnik mit voller Geschwindigkeit versorgen und damit nachhaltige Endkundenbeziehungen aufbauen konnten. Erst als 4G durch 5G abgelöst wurde und die Mobilfunknetzbetreiber die 3G Netze aus Kostengründen abschalten wollten, bekamen auch die dann noch verbliebenen Mobilfunkkunden der Diensteanbieter 4G mit reduzierter Geschwindigkeit bereitgestellt.

Der stete Vorwurf der Mobilfunknetzbetreiber, Diensteanbieter würden nur die eigene Marge optimieren greift ebenfalls nicht. Die Auswertungen zeigen deutlich, wie sich die Margen seit 2010 in den jeweils aktuellen Vermarktungskohorten kontinuierlich zulasten von freenet ins Negative entwickelt haben. Aktuell liegt die sogenannte Billingmarge der freenet als Ergebnis der Differenz zwischen Endkunden- und Vorleistungspreis [REDACTED] bei in 2022 gewonnenen Neukunden [REDACTED]. In Zeiten diskriminierungsfreien Vertriebs waren die Margen auskömmlich. Selbst bei im Jahr 2019 gewonnenen Kunden liegt die Billingmarge bei [REDACTED]. Nur so war es unabhängigen Diensteanbietern möglich, zu Wettbewerb und guten Endkundenbedingungen mit günstigen, innovativen Produkten beizutragen.

Die nachfolgende Tabelle zeigt den drastischen Margenverfall [REDACTED]

[REDACTED]



Grund hierfür sind die seit dem Wegfall des Diskriminierungsverbots und das oben beschriebene Vorenthalten der aktuellen Technologie mit maximaler Geschwindigkeit, was den am Markt erzielbaren Preis und damit die Marge stark reduziert.

Dieser dramatische Befund auf dem Endkundenmarkt spiegelt sich im Vorleistungsmarkt und hat in den dortigen Wettbewerbsproblemen seinen Ursprung.

- Nach Wegfall der Diensteanbieterspflichtung ist die **Verhandlungsposition** der Diensteanbieter **weiter geschwächt**
- Als Folge **zu hohe Vorleistungspreise** und **Ausschluss** der Diensteanbieter von aktueller Technologie (lange 4G, jetzt **5G**)
- [Redacted]
- [Redacted]
- [Redacted]

Die überragende Marktmacht der Mobilfunknetzbetreiber verbunden mit einem eklatanten Verhandlungsungleichgewicht lassen im Ergebnis keinen Wettbewerb um Diensteanbieter auf dem deutschen Mobilfunkvorleistungsmarkt aufkommen. Daher ist es den hochgradig symmetrischen Mobilfunknetzbetreibern möglich, den Diensteanbietern zweitklassige Produkte zu überhöhten Vorleistungspreisen bereitzustellen. In diesem Zusammenhang wollen wir unseren Vortrag aus der Marktabfrage „Wettbewerb mit Diensteanbietern auf dem deutschen Mobilfunkmarkt“ vom 05.05.2022 hier noch einmal verdeutlichen. Die untragbare Wettbewerbssituation haben wir bei dieser Anhörung wie folgt beschrieben:

„Die von freenet bei den Mobilfunknetzbetreibern nachgefragten 5G-Vorleistungen wurden regelmäßig nicht gewährt oder Verhandlungen darüber gar nicht erst geführt. In Verhandlungsrunden stößt freenet regelmäßig auf eine Negierung des Verhandlungsgebots, obwohl es sich dabei um eine Frequenzauflage handelt.“

Bis heute, weit über drei Jahre nach Beginn der 5G-Vermarktung durch die Mobilfunknetzbetreiber, gibt es nach wie vor keinen diskriminierungsfreien Zugang zu 5G-Vorleistungen für Diensteanbieter, obwohl Telekom und Vodafone bereits Prepaid Tarife der eigenen Kernmarke mit 5G max ohne Aufpreis anbieten.

Ein wesentlicher Grund für den oben beschriebenen Verfall von Marktanteilen und Marge liegt darin begründet, dass bis heute nicht einmal die 4G-Vorleistungen sachlich diskriminierungsfrei von den Mobilfunknetzbetreibern bereitgestellt werden. Bis heute erhält freenet von keinem Mobilfunknetzbetreiber für Eigentarife 4G-Vorleistungen mit der maximalen, vom Mobilfunknetzbetreiber selbst vermarkteten Geschwindigkeit. Lediglich Telefónica muss freenet bei 4G bis 2025 maximale Geschwindigkeit gewähren. Dies aber auch nicht freiwillig, sondern weil Telefónica dazu aufgrund der Merger-Control-Entscheidung der EU-Kommission gezwungen ist. [REDACTED]

Das Ergebnis wird sein, dass die Verdrängung der Diensteanbieter auf den Endkundenmärkten über die Gestaltung der Vorleistungspreise und der Vorleistungsprodukte auch in Zukunft weiter voranschreiten und zu einem erheblichen Wettbewerbsausfall zulasten der Endkunden führen wird. [REDACTED]

[REDACTED] (Anlage 3 - Wettbewerb und Regulierung auf dem deutschen Mobilfunkmarkt).

a. [REDACTED]

Seit dem Wegfall des Kontrahierungszwanges mit der letzten Frequenzvergabe ist es den Mobilfunknetzbetreibern möglich über die Vorleistungskonditionen den Wettbewerb der Diensteanbieter vollständig zu eliminieren; [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Dies ergibt sich auch aus anliegender Marktsimulation (**Anlage 3 - Wettbewerb und Regulierung auf dem deutschen Mobilfunkmarkt**). [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

b. [REDACTED]

[REDACTED]

2. Geeignetheit einer wettbewerbsschützenden Auflage

Wenn also klar ist, dass der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt unter den Defiziten auf dem Vorleistungsmarkt leidet, muss zuerst untersucht werden, welche Auflage im Rahmen der anstehenden Frequenzvergabe geeignet ist, diese Defizite zu beheben.

Zusammenfassend stellen wir fest, dass neben symmetrischen Auflagen, wie einer generelle Zugangsverpflichtung mit Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang auch Strukturelle Separierungen sowie ein Kontrahierungszwang mit kostenbasierten Regulierungsinstrumenten geeignet sind, die Regulierungsziele zu erreichen. Aus der beiliegenden Bewertungsmatrix ist deutlich erkennbar, welche Maßnahmen für die Erreichung der Regulierungsziele geeignet sind (**Anlage 6 - Bewertungsmatrix Regulierungsmaßnahmen**).

a. Vorgeschlagene Auflagen sind ungeeignet

- Das **Verhandlungsgebot** beinhaltet keine inhaltlichen Verpflichtungen und ist daher als wettbewerbsschützende Auflage gescheitert und folglich **ungeeignet**
- **Anreizregulierung ist ungeeignet**, da die Oligopolgewinne bei Verdrängung der Diensteanbieter höher sind, als jeder Anreiz beim Zuschlagspreis sein kann
- **Asymmetrische Regulierungsinstrumente** verhindern den für die Verhandlungsmacht der Diensteanbieter elementaren Wettbewerb um den Diensteanbieter und sind daher **ungeeignet**

Die von der BNetzA vorgeschlagenen Auflagen ohne generelle Zugangsverpflichtung sind ungeeignet, die Regulierungsziele zu erreichen. [REDACTED]

Wie die BNetzA im Rahmen der Abfrage „Wettbewerb mit Diensteanbietern“ in der Vergangenheit selbst feststellen konnte, ist das **Verhandlungsgebot** in seiner heutigen Form ungeeignet, um die Regulierungsziele, insbesondere chancengleichen Wettbewerb, zu erreichen. Bis heute hat diese Auflage nicht zu einem diskriminierungsfreien Zugang der Diensteanbieter zu 5G-Vorleistungen geführt, so dass ein Wettbewerbsdruck der Diensteanbieter auf die allein im 5G-Markt tätigen Mobilfunknetzbetreiber nicht spürbar ist. Wieso die BNetzA davon ausgeht, dass das Verhandlungsgebot jemals wirksam war, ist in Anbetracht des Marktergebnisses nach 3 Jahren unerfindlich.

Auch ein **konkretisiertes Verhandlungsgebot** mit Anzeige- und Berichtspflicht ändert daran nichts, denn alle denkbaren Konkretisierungen beseitigen weder das bestehende Verhandlungsungleichgewicht zwischen Mobilfunknetzbetreiber und Diensteanbieter noch machen sie Vorgaben für die zwischen den Parteien zu vereinbarenden Konditionen. Auch mit Anzeige- und Berichtspflichten bleibt das Verhandlungsgebot eine leere Hülle ohne Inhalt, die in einem symmetrischen Oligopol nicht funktionieren kann.

Aufgrund kommerzieller und technischer Abhängigkeiten von den Mobilfunknetzbetreibern kann auch das im Verhandlungsgebot vorgesehene Streitbeilegungsverfahren nicht sinnvoll in Anspruch genommen werden. Alle Diensteanbieter befinden sich während des Jahres regelmäßig in Vertragsverhandlungen mit den Mobilfunknetzbetreibern. [REDACTED]

[REDACTED]. Bei diesen andauernden Verhandlungen sind die Diensteanbieter auf den goodwill des Mobilfunknetzbetreibers angewiesen. Eine Klage oder ein Streitbeilegungsverfahren bei der Aufsichtsbehörde wird diese Verhandlungen zum Scheitern bringen. Selbst wenn die Diensteanbieter die Gefahr eines Streitbeilegungsverfahrens ausblenden würden, liegt das Kernproblem darin, dass die aus einem solchen Verfahren resultierende Verpflichtung maximal die Aufnahme von Verhandlungen ist. Mehr schreibt das Verhandlungsgebot nicht vor. Enden diese Verhandlungen dann ohne Ergebnis, hilft das Verhandlungsgebot auch nicht mehr. Die Transatel hatte zwar das Streitbeilegungsverfahren (BK2b-21/005) gegen die Telefónica gewonnen, hat aber bis heute keinen 5G-Zugang für ihre Dienste. Man kann mithin nur feststellen, dass – anders als die BNetzA bislang annahm - das Verhandlungsgebot nicht funktioniert.

Auch die in der Marktabfrage „Wettbewerb mit Diensteanbietern“ aufgestellte Behauptung der Mobilfunknetzbetreiber, ein überwiegender Teil der Geschäftsbeziehungen basiere auf kommerziellen Vereinbarungen und sei nicht auf die Diensteanbieterschuld zurückzuführen ist abwegig. Alle Vereinbarungen, die während eines bestehenden Kontrahierungszwanges abgeschlossen worden sind, sind natürlich auch nur aufgrund dieses Zwanges abgeschlossen worden. Nur weil die Mobilfunknetzbetreiber nicht von der BNetzA gezwungen werden mussten, sind die Verträge doch nicht freiwillig abgeschlossen. Folgerichtig gibt es heute ohne Kontrahierungszwang keine 5G Zugangsverträge.

Aber auch die von der BNetzA ins Spiel gebrachten **Anreize und Rabatte** zur Eingehung freiwilliger Zugangsverpflichtungen sind zur Erreichung der Regulierungsziele ungeeignet. Das bisherige Verhalten der

Mobilfunknetzbetreiber offenbart deutlich, dass keinerlei Interesse an einem Fortbestand von Diensteanbietern besteht. Kein monetärer Anreiz wird daher die Zuteilungsnehmer dazu bewegen können, freiwillig derartige Verpflichtungen einzugehen. Zudem können Anreize und Rabatte nur sinnvoll ermittelt und aufgelegt werden, sofern der finale Zuschlagspreis der jeweiligen zu ersteigernden Frequenzen bekannt ist

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. Eine solche unvorhersehbare Entwicklung derartiger Regulierungsinstrumente führt zu einer erheblichen Planungs- und Rechtsunsicherheit.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. Der einzige Frequenzinhaber, der diese Oligopolrendite nicht erwirtschaften kann und daher den Rabatt begrüßen würde, wäre die 1&1, die aber auf der einen Seite auch freiwillig Diensteanbieter zulassen würde, der aber auf der anderen Seite ein Wholesaleverbot der Telefónica auferlegt worden ist, so dass sie – falls sie überhaupt jemals den Netzbetreiber aufnimmt - in den nächsten 10 Jahren nicht am Wholesale-Wettbewerb teilnehmen können wird.

Auch **asymmetrische Auflagen** – ebenso wie die oben diskutierte ebenfalls asymmetrisch wirkende Anreizregulierung - sind ungeeignet, da es zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs elementar ist, dass Diensteanbieter diskriminierungsfreien Zugang zu allen Netzen erhalten. Nur so entsteht der für die Verhandlungssituation des Diensteanbieters so wichtige Wettbewerb um den Diensteanbieter. Eine Auflage kann nur dann als geeignet angesehen werden, wenn und soweit diese in der Lage ist das elementare Problem der völlig unterlegenen Verhandlungsposition der Diensteanbieter zu beheben.

Der BNetzA ist bekannt, dass die etablierten Mobilfunknetzbetreiber eindeutig klargemacht haben, dass sie Diensteanbieter nur als „Trittbrettfahrer“ sehen, die ihnen Oligopol-Gewinne streitig machen und die man so schnell wie möglich aus dem Markt drängen muss. Aufgrund dieser Verdrängungstaktik der Mobilfunknetzbetreiber wird auch der Wunschgedanke, Mobilfunknetzbetreiber würden sich freiwillig dazu bewegen lassen, Diensteanbietern Vorleistungen zu gewähren, um an Erträgen zu partizipieren und Netze effizienter auszulasten, nicht in Erfüllung gehen. Auch die Monopolkommission hat in ihrem letzten Sektorgutachten darauf hingewiesen, dass es keinerlei Anreiz für die Mobilfunknetzbetreiber gibt, freiwillig mit Diensteanbietern zusammenzuarbeiten (12. Sektorgutachten der Monopolkommission, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch, Rn. 138, 282). Diensteanbieter würden den Mobilfunknetzbetreibern durch ihren Wettbewerb die Oligopolgewinne streitig machen, die sie heute zu Lasten der Verbraucher generieren können. Wäre diese Hoffnung der BNetzA begründet, würden die Mobilfunknetzbetreiber auch

schon heute freiwillig Diensteanbietern Zugang zu 5G Vorleistungen gewähren. Dem ist aber gerade nicht so.

Die Frequenzblöcke, die mit asymmetrischen Auflagen belegt sind, sind daher lediglich für einen Neueinsteiger interessant, da diese Blöcke entsprechend niedriger gehandelt werden und damit für einen Neueinsteiger eine lukrative Erwerbsmöglichkeit besteht. Wie jedoch sichergestellt wird, dass sich nicht ausgerechnet ein Neueinsteiger ohne flächendeckend ausgebautes Netz für eine freiwillige Zugangsverpflichtung entscheidet bzw. Frequenzblöcke inklusiv asymmetrischer Verpflichtungsaufgabe ersteigert, bleibt ungeklärt. In beiden Szenarien nimmt darüber hinaus der Nutzen einer asymmetrischen Verpflichtung für Diensteanbieter ab, je schlechter das Netz des betroffenen Mobilfunknetzbetreibers ausgebaut ist. Aufgrund des nicht vorhandenen Netzes eines Neueinsteigers und dem mit dem National Roaming Vertrag verbundenen Wholesaleverbot kann mit diesen Maßnahmen jedoch weder ausreichend Wettbewerb noch ein schneller Netzausbau forciert werden. Insbesondere besteht keinerlei Rechtssicherheit der Vergabe bei einer solchen Maßnahme, da bisherige National Roaming Verpflichtungen klar im Gegensatz zu derartigen Auflagen stehen würden und in der Folge weder auf Seiten der Mobilfunknetzbetreiber noch auf Seiten der Diensteanbieter aus diesem Grund eine zwingend erforderliche Planungssicherheit besteht.

Asymmetrische Auflagen zur Beseitigung der wettbewerblichen Probleme auf dem Vorleistungsmarkt greifen darüber hinaus deutlich zu stark in die Grundrechte der heute noch am Markt agierenden Diensteanbieter ein, denn asymmetrische Zugangsregelungen werden den Wettbewerb um die Diensteanbieter vollständig zum Erliegen bringen und adressieren das Problem der unterlegenen Verhandlungssituation der Diensteanbieter nicht. [REDACTED]

[REDACTED]. Diensteanbieter sind aber darauf angewiesen, dass alle am Markt agierenden Mobilfunknetzbetreiber verpflichtet sind, mit ihnen zusammenzuarbeiten, da nur so die Möglichkeit besteht, im Rahmen der Verhandlungen mit den Mobilfunknetzbetreibern die tatsächliche Schmerzgrenze der Mobilfunknetzbetreiber auszuloten. Daher war es auch die 1&1 mit nur einem Netzanbieter und nicht die freenet mit allen dreien, die dem Druck aufgrund steigender Vorleistungspreise, Verweigerung von LTE-Zugang und Margin-Squeeze durch Ersteigerung von Frequenzen auszuweichen versucht hat. freenet konnte bislang aufgrund der Mehrzahl an Vorleistungspartnern diesen Marktverdrängungsdruck einfach länger standhalten als die 1&1, die allein mit der Telefónica klarkommen musste.

b. Geeignetheit weiterer Regulierungsinstrumente

- Eine **generelle Zugangsverpflichtung**, ein **Kontrahierungszwang** mit kostenbasierten Regulierungsinstrumenten sowie die **Strukturelle Separierung** sind geeignete Mittel zur Behebung der wettbewerblichen Probleme auf dem Vorleistungsmarkt

Neben den bisher diskutierten und den von der BNetzA ins Spiel gebrachten Auflagen stellt sich die Frage ob weitere Regulierungsinstrumente geeignete Maßnahmen zur Erreichung der Regulierungsziele darstellen können.

Eine **Resale-Verpflichtung**, als Möglichkeit der Diensteanbieter die Produkte des Mobilfunknetzbetreibers unverändert den Endkunden anzubieten, wird den Wettbewerb nicht stärken und stellt damit kein geeignetes Mittel zur Zielerreichung dar. Vielmehr wären die Diensteanbieter allein durch Verzicht auf Marge in der Lage den erforderlichen Preiswettbewerb zugunsten der Endkunden zu führen. Wegen des ausbleibenden Wettbewerbseffekts würden auch Produktinnovationen, wie tagesgenau kündbare Unlimited Verträge oder selbst gestaltete Bundle-Angebote undenkbar, so dass diese Auflage zu verwerfen ist.

[REDACTED]

[REDACTED]. Das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit von Diensteanbietern zu erhalten, kann in einem von weitreichenden und schnellen technologischen Innovationen geprägtem dynamischen Markt wie dem Mobilfunk aber nur erreicht werden, wenn Diensteanbieter Zugang zu den jeweils aktuellen Übertragungsraten und Technologien zu Konditionen erhalten, die ihnen den Wettbewerb mit den Mobilfunknetzbetreibern ermöglichen. Insoweit ist die Geeignetheit dieser Auflage zumindest zweifelhaft.

[REDACTED]. Die wettbewerblich notwendige Erhöhung der Marktteilnehmer kann damit nicht erreicht werden und es steht zu befürchten, dass dieses Mittel weitere 10 Jahre keinen Marktzutritt von Wettbewerbern in Deutschland zur Folge haben würde.

Darüber hinaus fehlt es in diesem Konstrukt an Leitplanken für die elementaren Konditionenverhandlungen. Ein internes Diskriminierungsverbot im Hinblick auf Preise und Zuschnitt der Leistung ist mit einer solchen Maßnahme gerade nicht verbunden, so dass die Geeignetheit dieses Mittels zur Behebung der

Wettbewerbsdefizite auf dem Vorleistungsmarkt ohne zusätzliche Anordnungen für die Konditionengestaltung, zum Beispiel durch ein zusätzliches Diskriminierungsverbot, zweifelhaft ist.

Eine **Zugangspflicht** als Kontrahierungszwang mit einem internen wie externen Diskriminierungsverbot, stellt eine weitere denkbare Auflage im Rahmen der Frequenzvergabe dar und wird auch als solches von der BNetzA in ihrem Positionspapier bezeichnet. Die Möglichkeit der Auferlegung einer solchen Verpflichtung ist nunmehr abschließend gesetzlich und höchstrichterlich geklärt.

Sie beseitigt das Verhandlungsungleichgewicht durch den Kontrahierungszwang und stellt mit dem Diskriminierungsverbot im Verhältnis zum Eigenvertrieb gut erprobte Leitplanken für die finanziellen und sachlichen Konditionen bereit. Bereits in der Vergangenheit hat sie zu guten Marktergebnissen geführt, ohne dass die Beteiligten sich im Hinblick auf die Produktgestaltung oder die Vorleistungspreise bei der BNetzA beschweren mussten. Vielmehr wurde die Verhandlungsposition der Diensteanbieter durch diese Auflage derart abgesichert, dass ein behördliches Einschreiten nur selten nötig war. Ob dies in dem hoch symmetrischen Vorleistungsmarkt heute noch funktionieren würde darf bezweifelt werden. Daher wären auch hier kostenbasierte Vorleistungsentgelte zu bevorzugen.

Eine Zugangspflicht stellt mithin ein geeignetes Mittel dar, um die wettbewerblichen Defizite auf dem Mobilfunkmarkt zu beheben.

Eine Auferlegung von **Eol (Equivalence of Input)** als Regulierungsmaßstab für Mobilfunknetzbetreiber würde lediglich vorschreiben, dass die Diensteanbieter dieselben technischen Spezifikationen der Produkte erhalten, wie der Vertrieb des Mobilfunknetzbetreibers. Damit würde das seit der LTE-Frequenzvergabe bestehende Problem der Produkt- und Geschwindigkeitsdiskriminierung aufgehoben, das die Marktanteile der Diensteanbieter bereits nachhaltig verringert hat.

Allerdings wäre der Mobilfunknetzbetreiber weiterhin in der Lage den Preis für diese Produkte frei festzusetzen oder er könnte einzelne Diensteanbieter vom Zugang ausschließen. Er könnte so die Wettbewerbsfähigkeit des Diensteanbieters gegen Null fahren und den neuen Marktzutritt von Diensteanbietern verhindern.

[REDACTED]. Fairer Wettbewerb und Marktzutritte werden also auch mit dieser Auflage weiter ausbleiben, so dass auch hier keine geeignete Auflage zu erkennen ist.

Im Rahmen der Frequenzauflagen könnte die Anordnung einer **getrennten Rechnungslegung** dem Wettbewerb generell besseren Einblick in die Kostenstruktur des Mobilfunknetzbetreibers gewähren. Allerdings sind die dafür entwickelten Mechanismen derart kompliziert umzusetzen, dass es unwahrscheinlich ist, dass man ähnlich gute Ergebnisse bekommt, wie im Rahmen eines KeL-Konzepts (Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung). Transparenz allein kann allerdings keine hinreichende Maßnahme sein, um die Wettbewerbsprobleme auf dem Mobilfunk-Vorleistungsmarkt zu beheben. Daher kann die Anordnung

getrennter Rechnungslegung nicht als milderes, gleich geeignetes Mittel eingestuft werden, da auch hier der Abschluss und die Gestaltung der Vorleistungsverträge im freien Belieben der Oligopolisten verbleibt.



Die Regulierung der Vorleistungspreise auf Basis von **KeL (Kosten effizienter Leistungsbereitstellung)** würde die Vorleistungspreise für Diensteanbieter deutlich reduzieren und das Wettbewerbspotential erhöhen. Anders als zum Beispiel bei Retail-minus würde dem Mobilfunknetzbetreiber im Rahmen des KeL-Konzepts nicht mehr neben der Netzmarke auch noch die Vertriebsmarke verbleiben, die ihm ja gerade nicht zusteht, da er den Vertrieb nicht leistet. Daher wird über KeL, wie über andere kostenorientierte Regulierungsinstrumente, der wirklich diskriminierungsfreie Vorleistungspreis ermittelt, während bei Retail-minus dies nur dann der Fall wäre, wenn der Mobilfunknetzbetreiber bei der Kalkulation seiner Endkundertarife keine Vertriebsmarke einkalkuliert hat. Gemeinsam mit einem Kontrahierungszwang, der zur Behebung des strukturellen Verhandlungsungleichgewichts erforderlich wäre, würde diese Auflage eine geeignete wettbewerbsfördernde Maßnahme darstellen.

Die **strukturelle Separierung** von Netz und Vertrieb würde den Wettbewerb noch deutlicher anfangen als alle anderen regulatorischen Instrumente. Durch die Schaffung einer Netzgesellschaft entsteht ein

Marktumfeld, in dem von allein wettbewerbsanaloge Preise entstehen, da dem abgetrennten Netz egal ist, ob der Abnehmer die Vertriebsgesellschaft A oder B ist. Der echte Vorleistungspreis würde im freien Wettbewerb der Vorleistungsnetze entstehen, ohne dass es eines regulatorischen Eingriffs bedarf. Dieses Mittel wäre also ebenfalls geeignet die definierten Ziele aus Sicht der Wettbewerbsunternehmen zu erreichen.

3. Erforderlichkeit und Angemessenheit der generellen Zugangsverpflichtung

- Die **generelle Zugangsverpflichtung** ist eine **geeignete Auflage**, die die **Grundrechte der Diensteanbieter** angemessen berücksichtigt und dabei nicht unverhältnismäßig in die Rechte der Mobilfunknetzbetreiber eingreift
- Diskriminierungsfreie Entgelte **erhalten Investitionsfähigkeit** der Mobilfunknetzbetreiber
- Verstärkter Wettbewerb erhöht bereits heute EU-weit die Netzausbaugeschwindigkeit

Wenn also die Zugangsverpflichtung, die Anordnung von KeL mit Kontrahierungszwang und die Strukturelle Separierung geeignete Maßnahmen zur Behebung der wettbewerblichen Defizite sind, muss im Rahmen der Abwägung nunmehr gefragt werden, welches dieser geeigneten Mittel am wenigsten in die Grundrechte der Mobilfunknetzbetreiber und der Diensteanbieter eingreift.

Alle drei geeigneten Auflagen sind ökonomisch in der Lage das bestehende Verhandlungsungleichgewicht zugunsten der Diensteanbieter zu verändern.

Bei der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung treffen sich Diensteanbieter und Mobilfunknetzbetreiber wieder auf Augenhöhe, wissen beide wo die Grenzen der Konditionengestaltung aufgrund des Diskriminierungsverbots mit Bezug zum Eigenvertrieb liegen [REDACTED]. Diese Vorgehensweise wurde bis zur Einführung von LTE von den Marktteilnehmern ausführlich als am Retail-minus-Prinzip orientiertes objektives Werteteilungsmodell gelebt und hatte sich in der Praxis bewährt. Die BNetzA musste in der gesamten Zeit ihrer Geltung nur eine Handvoll von Verfahren wegen Verstoßes gegen die Diensteanbieterverpflichtung führen. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Besser würden der Wettbewerb und die Diensteanbieter hingegen geschützt, wenn ein kostenbasierter Ansatz wie KeL (Kosten effizienter Leistungserbringung) oder LRIC (long-run-incremental-costs) zur

Festlegung der diskriminierungsfreien Vorleistungspreise genutzt wird. Anders als der vom Endkundenpreis des Mobilfunknetzbetreibers nach dem Werteteilungsmodell abgeleitete Retail-minus Preis, wird der diskriminierungsfreie Preis in diesen Modellen anhand von Kostenmodellen entwickelt. Die so gefundenen Vorleistungspreise sind daher wirklich diskriminierungsfrei, während sie nach dem vom Retail-minus-Prinzip abgeleiteten Werteteilungsmodell immer auch noch die vom Mobilfunknetzbetreibervertrieb in die eigenen Retail-Preise eingerechnete Marge enthalten. Daher liegen die Preise bei KeL und LRIC, wie bei allen anderen kostenbasierten Preisfindungsmodellen, immer unterhalb des Retail-minus Preises, also näher an der Diskriminierungsfreiheit. Daher sind kostenbasierte Modelle praktisch deutlich wettbewerbsfördernder, da die so gefundenen Vorleistungspreise deutlich näher an den Vorleistungskosten und daher an der Diskriminierungsfreiheit sind.

Noch wettbewerbsfördernder wäre nur eine strukturelle Separierung von Netz und Vertrieb, wie sie bei der BT in Großbritannien durchgeführt wurde. Dort wurde das Netz als reines Wholesale-Unternehmen aufgestellt, das allen Diensteanbietern auf dem Markt inklusive der Vertriebseinheiten des ehemaligen Netzbetreibers zu den gleichen Bedingungen Vorleistungen verkauft. Durch eine solche strukturelle Separierung würde das heute bestehende Oligopol aufgebrochen. Die Vorleistungspreise würden im freien Wettbewerb der Wholesale-Netze entstehen und müssten daher nicht mehr reguliert werden. Alle Diensteanbieter im Markt hätten die gleichen Voraussetzungen und das Netz würde die Entgelte einnehmen können, die wirklich für den Infrastrukturausbau notwendig sind.

Entsprechend der grundrechtlichen Vorgaben für flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen kommt für die Gewährleistung ausreichenden Wettbewerbs Art. 87f GG besonderes Gewicht zu. Danach muss man in der anstehenden Abwägung die grundsätzlich geeignete Auflage wählen, die am Besten geeignet ist, den Wettbewerb zu fördern. Zumindest kann es keine Gewährleistung des Wettbewerbs darstellen, wenn den Kunden der Diensteanbieter der Zugang zu den auf den aktuellen Frequenzen genutzten neuesten Technologie versagt wird, was das Ergebnis der Nichtregulierung durch das Verhandlungsgebot gewesen ist. [REDACTED]

[REDACTED]. Dies können alle drei oben genannten Auflagen gewährleisten. Betrachtet man die Möglichkeit, Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt anzufachen, erscheint die Strukturelle Separierung und der Kontrahierungszwang mit kostenbasierter Preisregulierung am geeignetsten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 20.10.2021 (6 C 8.20, Rn. 94) zugestanden, dass Zugangsverpflichtungen die jeweiligen Zuteilungsnehmer in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und in ihrem Recht auf Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berühren. Weitere potentielle Abwehrrechte der Zuteilungsnehmer aus dem Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 GG werden hingegen vom Bundesverwaltungsgericht (aaO Rn. 94) abgelehnt, da diese bereits von Art. 12 Abs. 1 GG umfasst sind. Dies müsste in die Abwägung eingestellt werden, so dass hier das Mittel zu wählen wäre, das die Grundrechte am wenigsten beeinträchtigt, aber trotzdem den Wettbewerb bestmöglich fördert.

Das bestehende Verhandlungsgebot als auch deren Modifikation mit asymmetrischen oder freiwilligen Regulierungsinstrumenten beeinträchtigen den Mobilfunknetzbetreiber zwar weniger als eine Zugangsverpflichtung oder die Strukturelle Separierung. Diese Auflagen sind aber bereits ungeeignet zur Behebung der wettbewerblichen Defizite, so dass sie hier bei der Abwägung der Verhältnismäßigkeit nicht mehr zu betrachten sind. Betrachtet man die drei noch geeigneten Mittel kommt man zum Ergebnis, dass die Zugangsverpflichtung mit dem Diskriminierungsverbot am wenigsten in die Grundrechte der Mobilfunknetzbetreiber eingreift.

Das Bundesverwaltungsgericht hat darüber hinaus hervorgehoben, dass die Zuteilungsnehmer mit den Frequenzen ein knappes öffentliches Gut von besonders hohem volkswirtschaftlichem Wert erhalten, der Marktzutritt - aufgrund der beschränkten Frequenzmenge - nicht frei ist und dass die Frequenzen daher möglichst vielen Endnutzern mithilfe von bereitgestellten Diensten zugutekommen müssen. Eingriffe in die Grundrechte der Mobilfunknetzbetreiber sind daher durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls und zur Realisierung der Regulierungsziele grundsätzlich gerechtfertigt. Zu den Regulierungszielen zählt auch die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb.

Ferner hat das Bundesverwaltungsgericht (6 C 8.20) klargestellt, dass auch die Grundrechte der Diensteanbieter betroffen sind. Durch benachteiligende Frequenzbedingungen werden Diensteanbieter nicht nur in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG verletzt. Vielmehr ist auch das Grundrecht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nach Art. 14 GG, der unter anderem auch den Schutz des Kundenstammes umfasst, zu beachten und in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen.

Da die Grundrechte der Mobilfunknetzbetreiber durch alle vernünftigen Gründe des Gemeinwohls rechtmäßig eingeschränkt werden dürfen, kann eine Zugangsverpflichtung aber auch die Separierung oder der kostenorientierte Kontrahierungszwang als verhältnismäßig angesehen werden. Die bereits als ungeeignet verworfenen Auflagen würden – ihre Geeignetheit vorausgesetzt – an dieser Stelle ebenfalls auszuschließen sein, [REDACTED]

[REDACTED]. Die durch die Anordnung einer Zugangsverpflichtung entstehenden Eingriffe in die Grundrechte der Mobilfunknetzbetreiber sind hingegen geringfügig und aufgrund der Zuteilung knapper öffentlicher Ressourcen mit dem Wettbewerbsschutz und den weiteren Regulierungszielen zu rechtfertigen. Vor dem Hintergrund der negativen Markt- und Wettbewerbsentwicklung [REDACTED] und der erheblichen Schwächung des Gemeinwohls muss eine Abwägung der grundrechtlichen Belange von Mobilfunknetzbetreibern und Diensteanbietern mit den Regulierungszielen diesmal also zu dem Ergebnis führen, dass mindestens eine Zugangsverpflichtung mit Kontrahierungszwang zur Sicherung der Regulierungsziele aufzuerlegen ist.

Nur durch die Auferlegung einer generellen Zugangsverpflichtung mit Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang kann verhindert werden, dass unabhängige Diensteanbieter aufgrund unzureichender Angebote seitens der Mobilfunknetzbetreiber in ihrer Wettbewerbsfähigkeit weiter geschwächt werden [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].

Die Auferlegung einer generellen Zugangsverpflichtung mit Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang behindert aber auch keinesfalls künftige Investitionen der Marktteilnehmer in den Netzausbau.

Die Mobilfunknetzbetreiber haben bereits in den letzten beiden Frequenzvergaben behauptet, dass vor allem eine Diensteanbietersverpflichtung ihnen finanzielle Mittel zum Netzausbau entziehen würde. Die Vergangenheit seit Vergabe der einschlägigen LTE-Frequenzen ohne Diensteanbietersverpflichtung hat jedoch eindrücklich gezeigt, dass weder eine flächendeckende noch eine schnelle Versorgung mit der aktuellen Mobilfunktechnik als Gegenleistung für den Verzicht auf wirksamen Wettbewerbsschutz stattgefunden hat. Und dies, obwohl durch die Nicht-Auflage einer Diensteanbietersverpflichtung seit über 12 Jahren genug Ausbaumittel für einen zügigen Netzausbau hätten vorhanden sein müssen. Auch der schleppende 4G-Netzausbau seit der letzten 5G-Frequenzvergabe, mit etlichen Fristverlängerungen zugunsten der Mobilfunknetzbetreiber hat deutlich gezeigt, dass „investitionsfördernde Rahmenbedingungen“ durch Abschluss einer Diensteanbietersverpflichtung und Auflage eines zahnlosen Verhandlungsgebots nicht zu einem beschleunigten Netzausbau und einer günstigen Wettbewerbssituation für die Verbraucherwohlfahrt beigetragen hat.

Darüber hinaus zahlt jeder Diensteanbieter im Vorleistungsentgelt an die Mobilfunknetzbetreiber immer auch die kalkulatorischen Beträge für die Frequenzkosten und den Netzausbau vollständig mit und zwar unabhängig davon, ob ein Retail-minus Ansatz oder eine kostenbasierte Festlegung der Vorleistungspreise gewählt wird. Der Vorleistungspreis enthält immer die rechnerisch notwendigen Beträge zum Netzausbau auch mit. Es ist also völlig falsch, wenn behauptet wird, mit einer Zugangsverpflichtung würde der Mobilfunknetzbetreiber weniger Investitionen tätigen können. Der Mobilfunknetzbetreiber hat in diesem Konstrukt immer genau dieselben Einnahmen, als wenn er dem Kunden den Tarif selbst verkauft hätte.

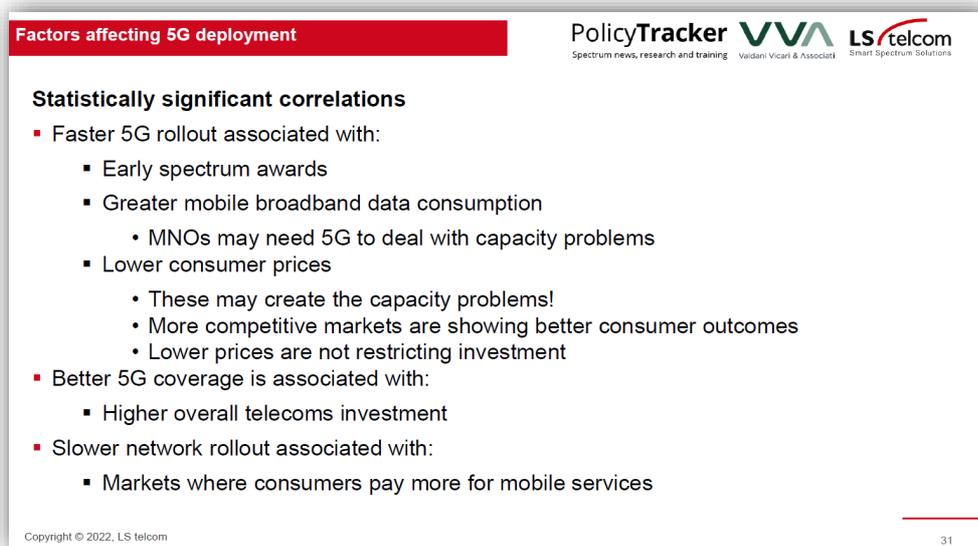
Die Weigerung der Mobilfunknetzbetreiber beruht also nicht darauf, dass sie ihre Leistung nicht von den Diensteanbietern vollständig bezahlt bekommen. Vielmehr geht es den Mobilfunknetzbetreibern darum, dass eine Zugangsverpflichtung verhindern würde, dass sie den Wettbewerb vollständig ausschalten und noch zusätzliche Oligopolgewinne einfahren können. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]. Es geht also nicht darum Investitionsmittel zu schützen, sondern darum die Verwirklichung zukünftiger zusätzlicher Oligopolrenditen durch den Verzicht auf eine Zugangsverpflichtung abzusichern. Ob diese betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Absicht in Anbetracht ihrer Schädlichkeit für das Gemeinwohl überhaupt grundrechtlich geschützt sein kann, halten wir für unwahrscheinlich.

Es ist darüber hinaus in der ökonomischen Literatur völlig unbestritten, dass – anders als von den Mobilfunknetzbetreibern dargestellt – gerade Dienstewettbewerb den Infrastrukturwettbewerb anheizt. So sorgt eine Zugangsverpflichtung dafür, dass die Infrastruktur effizient genutzt und nachhaltig ausgebaut wird. Die Erlössituation beim Mobilfunknetzbetreiber ist ganz genauso wie bei seinen eigenen Kunden. Eine unangemessene Belastung der Mobilfunknetzbetreiber ist schon deshalb nicht gegeben. Der einzige Nachteil der Mobilfunknetzbetreiber liegt darin, dass ihnen die Möglichkeit abgeschnitten wird weiterhin nicht wettbewerbskonforme Oligopolpreise von den eigenen Endkunden fordern zu können.

Hierzu möchten wir auch auf neueste Erkenntnisse einer aktuellen Studie der EU-Kommission² aus Oktober 2022 zur Bewertung der Effizienz von Frequenzvergabeverfahren verweisen, die durch die EU-Kommission beauftragt wurde (**Anlage 4 - Studie der EU-Kommission „Bewertung der Effizienz von Frequenzvergabeverfahren“**). Im Rahmen dieser Studie wurde festgestellt, dass bei niedrigeren Mobilfunkendkundenpreisen durch höheren Wettbewerbsdruck sogar ein deutlich schnellerer 5G-Ausbau erfolgt als bei vergleichsweise hohen Endkundenpreisen wie in Deutschland. Bei künftigen Frequenzvergabeverfahren muss daher grundsätzlich für mehr Dienstewettbewerb und damit mehr Wettbewerb auf der Infrastruktur gesorgt werden, wenn man den Infrastrukturausbau beschleunigen möchte.



Factors affecting 5G deployment

PolicyTracker VVA LS telcom
Spectrum news, research and training Valiani Vicari & Associati Smart Spectrum Solutions

Statistically significant correlations

- Faster 5G rollout associated with:
 - Early spectrum awards
 - Greater mobile broadband data consumption
 - MNOs may need 5G to deal with capacity problems
 - Lower consumer prices
 - These may create the capacity problems!
 - More competitive markets are showing better consumer outcomes
 - Lower prices are not restricting investment
- Better 5G coverage is associated with:
 - Higher overall telecoms investment
- Slower network rollout associated with:
 - Markets where consumers pay more for mobile services

Copyright © 2022, LS telcom 31

Ferner hat diese Studie ergeben, dass niedrige Mobilfunkpreise keine Investitionen einschränken oder auch nur Investitionsanreize der Mobilfunknetzbetreiber beim Netzausbau schmälern würden. Vielmehr wurde im Ergebnis klargestellt, dass der Netzausbau in keiner Weise durch Wettbewerb und Zugangsverpflichtungen behindert wird.

Ein weiteres Ziel der BNetzA bei der Auswahl der geeigneten Auflage zur Wettbewerbsförderung liegt erfahrungsgemäß in einer hinreichenden Rechtssicherheit der Vergabeentscheidung. Das

² <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/post-workshop-report-study-assessing-efficiency-radio-spectrum-award-processes-member-states>

Bundesverwaltungsgericht hat mit seinem Urteil (6C 8.20, Rn. 98) bestätigt, dass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung rechtlich zulässig ist (§ 100 Abs. 7 TKG). In seinem Urteil stellt das oberste Verwaltungsgericht der Bundesrepublik Deutschland sogar klar, dass die beharrliche Verweigerungshaltung der Mobilfunknetzbetreiber, Diensteanbietern 5G-Mobilfunkkapazitäten zu gewähren, grundsätzlich zur Auferlegung einer Zugangsverpflichtung führen müsste (6C 8.20, Rn. 98).

Die im Positionspapier vorgeschlagenen ungeeigneten Auflagen tragen hingegen nicht zu einer rechtssicheren Vergabe bei, da eine bloße Konkretisierung des Verhandlungsgebot, asymmetrische Auflagen bzw. Anreize und Rabatte für nur ein bestimmtes Frequenzportfolio zu unkalkulierbaren Rechtsrisiken und erheblichen Planungsunsicherheiten der beteiligten Unternehmen führen.

4. Frequenzvergabe 2025

In der anstehenden Frequenzvergabe ist im Ergebnis also eine Zugangsverpflichtung mit externem wie internem Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang zur Erreichung der Regulierungsziele aufzuerlegen. Ob auch die Strukturelle Separierung in Anbetracht des symmetrischen, wettbewerbslosen Oligopol und dessen nachteilige Auswirkungen auf Infrastrukturausbau und Verbraucherschutz noch verhältnismäßig wäre, müsste wissenschaftlich eruiert werden.

Eine solche Zugangsverpflichtung ist zumindest auch geeignet, die erkannten Defizite auf dem Mobilfunkmarkt zu beheben, sie ist erforderlich und verhältnismäßig. Eine Zugangsverpflichtung ist aber auch das einzige Mittel, das in der Lage ist, die Grundrechte der Diensteanbieter ausreichend zu schützen, ohne in die Rechte der Mobilfunknetzbetreiber unangemessen einzugreifen. Die Zugangsverpflichtung in Form einer Diensteanbietersverpflichtung ist darüber hinaus ein auf dem Mobilfunkmarkt langjährig erprobtes und unbürokratisches Mittel zur Herstellung funktionierenden Wettbewerbs und zur Erhöhung der Anbieterzahl im natürlichen Oligopol. Zu diesem eindeutigen Ergebnis kommt auch ein umfangreiches Rechtsgutachten, das eine Zugangsverpflichtung als verhältnismäßig einstuft und als eine Auflage, die den schonendsten Ausgleich bietet (**Anlage 2 - Rechtsgutachten der Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB**).

