

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

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

53113 Bonn

Per Email an: Referat212@bnetza.de

Entwurf einer Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen über die Verbindung der Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 790 bis 862 MHz sowie 1710 bis 1725 MHz und 1805 bis 1820 MHz mit dem Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten

Aktenzeichen: BK 1a-09/002

Berlin, den

17.07.2009

Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)

Sehr geehrte Damen und Herren,

die BNetzA hat im Amtsblatt Nr. 10 vom 03.06.2009 den Entwurf einer Entscheidung über die Verbindung der Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 790 bis 862 MHz sowie 1710 bis 1725 MHz und 1805 bis 1820 MHz mit dem Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten zur Anhörung (Nr. 319/2009) veröffentlicht.

Interessierten Kreisen der Öffentlichkeit wurde die Gelegenheit gegeben, bis zum 17.07.2009 zu dem Entwurf Stellung zu nehmen. Die IEN nimmt nachfolgend die Möglichkeit der Stellungnahme gerne wahr.

I. Allgemeine Anmerkungen

Obgleich die Vergabe des Frequenzspektrums im 800-MHz-Bereich ausdrücklich begrüßt wird, möchte die IEN auch Ihre grundlegenden Bedenken gegen die Verbindung der beiden Vergabeverfahren zum Ausdruck bringen. Insbesondere stellt sich aus Sicht der IEN vorliegend die Frage, weshalb ein so wertvolles Frequenzspektrum wie der 800-MHz-Bereich mit

MITGLIEDER

Airdata
BT
Cable & Wireless
Colt Telecom
Orange Business
Verizon Business

SITZ UND BÜRO

Dorotheenstrasse 54
10117 Berlin

GESCHÄFTSFÜHRUNG

RAin Malini Nanda

VORSTAND

Sabine Hennig
Dr. Jutta Merkt
Dr. Andreas Peya
Andreas Schweizer

KONTAKTE

Telefon +49 30 3253 8066
Telefax +49 30 3253 8067
info@ien-berlin.com
www.ien-berlin.com

einer streitbefangenen Vergabeordnung verbunden werden soll. Dadurch wird die Vergabe des Spektrums einem unnötigen Risiko ausgesetzt.

Die Entscheidung bleibt insofern hinreichende Ausführungen darüber schuldig, inwieweit sich durch die Verbindung Vorteile ergeben. Eine schnellere und insbesondere rechtssichere Vergabe der Frequenzen ist vor dem Hintergrund der Streitbefangtheit in den Frequenzbereichen 1,8 GHz, 2,0 GHz sowie 2,6 GHz zweifelhaft.

Aus dem Entwurf geht zudem eindeutig hervor, dass für das 800-MHz-Band andere Bedingungen gelten sollen, als für die übrigen Frequenzbereiche. Auch aus diesem Grunde erschließen sich aus Sicht der IEN keine Vorteile der Verbindung.

Die IEN möchte auf die grundsätzliche Rechtsfrage hinweisen, wie sich der Entwurf der gegenständlichen Entscheidung auf die beiden bereits erlassenen Entscheidungen auswirken wird. Denn es bleibt unklar, was mit den vorangegangenen, bereits wirksam erlassenen Entscheidungen geschehen soll, und welche Konsequenzen sich aus dem anhängigen Gerichtsverfahren für die Entscheidungen ergeben werden.

Durch die Verbindung beider Verfahren ergibt sich mithin eine erhebliche zusätzliche Planungs- und Rechtsunsicherheit für die betroffenen Marktteilnehmer, als es infolge der bisherigen streitbefangenen Entscheidungen der Fall war. Es ist nicht abzusehen, inwieweit nunmehr auch der 800-MHz-Bereich von etwaigen Aufhebungen betroffen ist.

Erhebliche Unsicherheit für den gesamten Markt ist zudem durch das Urteil des VG Köln vom 3. Dezember 2008 zur Anfechtbarkeit von Vergabeentscheidungen nach §§ 55 Abs. 9, 61 Abs. 4 TKG entstanden. Das VG Köln vertritt darin die Auffassung, dass diese Entscheidungen nicht selbständig anfechtbar sind, sondern erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens und Zuteilung der versteigerten Frequenzen angefochten werden dürfen. Das VG Köln ist damit der von der Bundesnetzagentur vertretenen Auffassung gefolgt. Das gesamte Vergabeverfahren ist somit nach derzeitigem Stand mit einem unkalkulierbaren Risiko behaftet, da erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens die gerichtliche Überprüfung der Vergabeentscheidungen mit ungewissem Ausgang beginnt. Es ist nicht verständlich, dass der vorliegende Entwurf hierzu keinerlei Erläuterungen seitens der Bundesnetzagentur enthält. Insbesondere ist die Rechtsmittelbelehrung vor diesem Hintergrund unklar, wenn nicht irreführend. Hier ist die Bundesnetzagentur gefordert, den Marktteilnehmern ihre Auffassung zur mangelnden selbständigen Anfechtbarkeit der Vergabeentscheidungen zu erläutern und darauf hinzuweisen, dass die Bundesnetzagentur diese Auffassung auch im anhängigen Revisionsverfahren weiter verfolgt. Wird die Auffassung der Bundesnetzagentur höchstrichterlich bestätigt, müssen alle interessierten Unternehmen über das Risiko belehrt werden, dass die Vergabeentscheidungen nach Abschluss des Verfahrens angefochten werden können.

Zur Vermeidung von Wiederholungen möchte die IEN vorliegend vollumfänglich auf die bisherigen Stellungnahmen 08.09.2008 zur FeqBZPV vom 20.01.2009 zur Flexibilisierung und vom 05.05.2009 zum FeqNP verweisen sowie auf die Stellungnahmen ihrer Mitgliedsunternehmen.

II. Anmerkungen im Einzelnen

Zu dem Entwurf einer Allgemeinverfügung nimmt die IEN im Einzelnen wie folgt Stellung:

1. Zu Punkt I: Verbindung der Verfahren

Nach Auffassung der IEN ist durch die Verbindung der Verfahren kein Zeitvorteil erkennbar. Für jeden Frequenzbereich müssen die notwendigen Entscheidungen gesondert vorbereitet und getroffen werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das „alte“ Verfahren (BK 1–07/003) bereits seit 2007 läuft. Ursprünglich sollte die Vergabe Anfang 2008 stattfinden. Seither wurde der Zeitplan mehrfach verschoben. Als Gründe für die Verzögerungen gibt die BNetzA u.a. die Komplexität und laufende gerichtliche Auseinandersetzungen und somit streitbefangene Frequenzen an. Seit über einem Jahr (die letzte Entscheidung der Präsidentenkammer stammt aus April 2008) hat keine Veränderung in dem Verfahren stattgefunden, so dass dessen Beendigung derzeit nicht absehbar ist.

Aufgrund dieser bisherigen Entwicklung des „alten“ Verfahrens ist mithin nicht erkennbar, warum und wie nach der Einbeziehung neuer - und vor allem nicht streitbefangener - Frequenzen eine Beschleunigung erreicht werden soll.

Nicht zuletzt bleibt seitens der IEN darauf hinzuweisen, dass Erfahrungswerte insbesondere hinsichtlich einer schnelleren Vergabe der 800 MHz-Frequenzen bei Verbindung mit einem streitbefangenen Verfahren gerade nicht vorliegen. Bisher entsprach es ständiger Verwaltungspraxis der BNetzA, jeden Frequenzbereich dem Markt einzeln zur Verfügung zu stellen. Ein gemeinsames Verfahren über mehrere Frequenzbereiche wurde bislang nicht durchgeführt.

2. Zu Punkt II: Anordnung des Vergabeverfahrens

Die IEN bemängelt zunächst, dass für die neuen Frequenzbereiche 800 MHz und 1700 MHz keine Bedarfsabfragen durchgeführt wurden. Es ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die im Verfahren BK 1–07/003 zugrunde gelegten Bedarfsabfragen bereits aus dem Jahr 2005 datieren und mittlerweile wohl überholt sein dürften. Somit kann wohl kaum festgestellt wer-

den, dass für ein Spektrum im Umfang von 360 MHz heute überhaupt eine Knappheit besteht.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Anordnungsentscheidung möchte die IEN anmerken, dass bisher nie Frequenzen aus unterschiedlichen Frequenzbändern zeitgleich vergeben wurden. Insofern kann nicht von einer „gängigen Verwaltungspraxis“ gesprochen werden. Eine getrennte Vergabe wäre ohne weiteres möglich. Dazu verweist die IEN auf die in der Vergangenheit erfolgte Vergabe der Frequenzen in den Bereichen 3,5 GHz, 2,0 GHz, 1800 MHz, 900 MHz und 450 MHz.

Soweit die BNetzA in ihrer Begründung in Punkt 1.a über die Zuweisung des Frequenzbereichs 790 - 862 in der FreqBZPV Ausführungen macht, weist die IEN darauf hin, dass das 800 MHz-Band im Entwurf der FreqBZPV sowohl dem Festen Funkdienst als auch dem Mobilfunkdienst zugewiesen ist. Insoweit lassen die Ausführungen der BNetzA die zwingend vorgegebene Diensteneutralität vermissen.

Hinsichtlich der Ausführungen zur Widmung der Frequenzbereiche für den drahtlosen Netzzugang der BNetzA möchte die IEN nachdrücklich auf die fehlende Konkretisierung der Begrifflichkeiten hinweisen. Die Frequenzbereiche 1,8/2,0/2,6 GHz wurden ursprünglich dem „digitalen zellularen Mobilfunk“ gewidmet. Der Begriff ist nicht definiert und bleibt in seiner Bedeutung unklar. Im gegenständlichen Entwurf wurde der Begriff lediglich – ohne inhaltliche Änderung – angepasst, wodurch weiterhin feste Funkdienste ausgeschlossen sind. Dies wurde von einigen Marktteilnehmern und der IEN bereits in früheren Kommentierungen wiederholt bemängelt.

Schließlich ist bezüglich der Knappheitsprognose der BNetzA gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1, 1. Alt TKG zu bemängeln, dass für die neuen Frequenzbereiche 800 MHz und 1700 MHz keine Bedarfsabfragen durchgeführt wurden. Diesbezüglich wird auch von der BNetzA lediglich darauf verwiesen, dass ihr gegenüber seitens der Mobilfunknetzbetreiber bereits Bedarfe vorgetragen wurden, was jedoch keinesfalls mit einer konkreten Bedarfsabfrage mit allen Marktbeteiligten gleichgesetzt werden kann.

Die IEN möchte ferner darauf hinweisen, dass sich das zur Vergabe stehende Spektrum im Umfang von 360 MHz nur deshalb ansammeln konnte, weil die BNetzA in den vergangenen Jahren dem Markt freies Spektrum nicht zur Verfügung gestellt hat. Vor diesem Hintergrund wurde seitens einiger Marktteilnehmer darauf hingewiesen, dass die Frequenzknappheit - zumindest auch - regulierungsindiziert ist.

3. Zu Punkt IV: Vergabebedingungen

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Zulassung zum Versteigungsverfahren nach § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 TKG führt die BNetzA zunächst aus, dass an der Entscheidung vom 07.04.2008 über die Festlegung der Zulassungsvoraussetzungen auch mit der Einbeziehung weiterer Frequenzen festgehalten wird.

Die IEN begrüßt vorliegend ausdrücklich die weite Bestimmung des sachlich relevanten Marktes als "Markt für den drahtlosen Netzzugang". Allerdings bewertet die IEN die diesbezüglichen Ausführungen als widersprüchlich. Laut dem gegenständlichen Entwurf sollen mobile, nomadische und feste Anwendungen zulässig sein. Dies steht jedoch im Widerspruch zu den Definitionen für den Mobilfunkdienst und dem Festen Funkdienst in § 4 Nr. 22 der FreqBZPV. Gemäß § 4 Nr. 22 FreqBZPV ist ein Mobilfunkdienst ein „Funkdienst zwischen mobilen und ortsfesten Funkstellen oder zwischen mobilen Funkstellen“. Demgegenüber sind feste Funkdienste gemäß § 4 Nr. 5 FreqBZPV „Funkdienste zwischen bestimmten festen Punkten“. Damit umfassen nur beide Funkdienste gemeinsam die mobilen, festen und nomadischen Funkanwendungen.

Der Widerspruch wird auch nicht dadurch beseitigt, dass die Behörde hier von „Anwendungen“ und nicht von „Diensten“ spricht. Der Verweis auf den Entwurf des FNP hilft ebenso wenig weiter. Die dort neu eingeführte Definition des Mobilfunkdienstes, der sowohl feste als auch mobile Anwendungen enthalten soll widerspricht der übergeordneten Verordnung. In diesem Zusammenhang verweist die IEN insbesondere auf ihre Stellungnahme vom 05.05.2009 sowie auf die Stellungnahmen ihrer Mitgliedsunternehmen zu diesem Thema.

Soweit die BNetzA in den höheren Frequenzbereichen von einer Beschränkung der Bietrechte abzusehen gedenkt, ist die IEN der Auffassung, dass zur Erreichung eines Marktgleichgewichts, welches geeignet ist, Raum für potentielle Neueinsteiger zu gewähren, eine Beschränkung durchaus sinnvoll sein kann.

Eine Möglichkeit zur angemessenen Berücksichtigung von Neueinsteigern wäre etwa die Anwendung des § 61 Abs. 3 TKG, um Unternehmen, die bereits über Frequenzen unter 1 GHz verfügen, von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen. Eine solche Maßnahme wäre geeignet, bestehende Wettbewerbsnachteile der Neueinsteiger, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass etablierte Unternehmen über einen erheblichen zeitlichen Vorteil auf diesem Markt verfügen, deutlich zu verringern. Soweit man von der Festlegung einer Spektrumskappe ausgeht, erachtet die IEN vorliegend eine Beschränkung auf 10 MHz als sinn-

voll. Nur so kann im Markt ein Gleichgewicht erreicht werden und gleichzeitig genügend Raum für potenzielle Neueinsteiger geschaffen werden.

Zudem weist die IEN darauf hin, dass nach dem aktuellen Stand der Technik im Bereich 800 MHz eine Nutzung von mehr als 2 x 10 MHz derzeit nicht möglich ist.

Hinsichtlich des Nutzungszwecks, der Frequenznutzungsbestimmungen sowie der Befristung des Nutzungsrechts, möchte die IEN zur Vermeidung von Wiederholungen insbesondere auf ihre Stellungnahme vom 08.09.2008 sowie vom 20.01.2009 und die Stellungnahmen ihrer Mitgliedsunternehmen verweisen. Insoweit wird auch auf die nicht abgeschlossenen gegenwärtigen Rechtsstreitigkeitsverfahren hingewiesen, deren Ergebnisse auch im gegenständlichen Entwurf Berücksichtigung finden müssen.

Die IEN weist zudem darauf hin, dass bezüglich der Versorgungsverpflichtung für die Frequenzbereiche 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz genau zu differenzieren ist. Gemäß den derzeitigen Erwägungen der BNetzA dürfte durch eine Anrechnung der bisherigen Nutzungen durch die etablierten Betreiber deren Versorgungsverpflichtung bereits heute erfüllt sein. Die Versorgungsverpflichtung träge mithin nur Neueinsteiger, was eine erhebliche Markteintrittshürde bedeuten kann. Die IEN fordert deshalb, dass es für die etablierten Netzbetreiber keine Anrechnung der bisherigen Frequenznutzungen geben darf. Jeder Zuteilungsinhaber muss mit den jeweiligen Frequenzen die Versorgungsaufgaben erfüllen. Alles andere würde zu einer Verfestigung der bestehenden Marktverhältnisse führen. Darüber hinaus sieht die IEN die Gefahr, dass das Spektrum durch die etablierten Betreiber vom Markt gekauft werden könnte und dadurch künftig nicht (effektiv) genutzt würde.

Gleiches gilt aus Sicht der IEN auch hinsichtlich der Versorgungsverpflichtung für die Frequenzbereich 800 MHz. Auch hier darf keine Anrechnung gelten, da andernfalls die Auflage auch mit anderen – künftig flexibilisierten Frequenzen – erfüllt werden könnte. Auch diese Bestimmung bevorzugt wieder die etablierten Netzbetreiber, da diese auf eine bereits bestehende Infrastruktur zurückgreifen können. Für Neueinsteiger ist ein Aufbau in dieser Art und Weise faktisch unmöglich, da der Datenverkehr immer in die nächst größere Stadt abgeführt werden muss, aber dort noch kein Betrieb aufgenommen werden darf.



INITIATIVE
EUROPÄISCHER
NETZBETREIBER

Für Rückfragen stehen die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN sowie die Unterzeichnerin gern zur Verfügung. Die Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und das Einverständnis zur Veröffentlichung wird hiermit erklärt.

Seite 7 | 7
17.07.2009

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Nanda', with a long horizontal flourish extending to the right.

Malini Nanda, Rechtsanwältin
Geschäftsführerin der IEN