



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

IEN · Dorotheenstrasse 54 · 10117 Berlin

Bundesministerium für  
Wirtschaft und Technologie  
Referat VI A 5 Frequenzpolitik  
Villemombler Straße 76

**53123 Bonn**

**Per Email an: buero-via5@bmwi.bund.de**

## **Entwurf der Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur Zweiten Änderung der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung (FreqBZPV)**

Berlin, den

09.09.2008

### **Hier: Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)**

Sehr geehrte Frau Warmbold,  
sehr geehrte Damen und Herren,

das Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie hat die Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung (nachfolgend: Zuweisungsplanverordnung) vom 28.09.2004, in der Fassung vom 23.08.2006, überarbeitet, um die Verordnung dem aktuellen Stand der Vollzugsordnung für den Funkdienst (VO Funk, im Englischen "Radio Regulations") gemäß den Beschlüssen der Weltfunkkonferenz 2007 (WRC-07) anzupassen. Der Entwurf zur zweiten Änderung der FreqBZPV konnte nunmehr im Rahmen der Beteiligung der Öffentlichkeit nach § 53 Telekommunikationsgesetz bis zum 05.09.2008 von interessierten Parteien kommentiert werden. Die IEN nimmt diese Möglichkeit nachfolgend gerne wahr und die Verfasserin möchte sich an dieser Stelle noch einmal für die krankheitsbedingt gewährte Verlängerung der Stellungnahmefrist bedanken.

### **I. Zusammenfassung**

1. Der vorgelegte Verordnungsentwurf des BMWi sieht eine Streichung der bestehenden Zuweisung des 2,6 GHz Bandes für den "Festen Funkdienst" und damit eine ausschließliche

#### **MITGLIEDER**

Airdata  
BT  
Cable & Wireless  
Colt Telecom  
Orange Business  
Verizon Business

#### **SITZ UND BÜRO**

Dorotheenstrasse 54  
10117 Berlin

#### **GESCHÄFTSFÜHRER**

RA Jan Mönikes

#### **VORSTAND**

Sabine Hennig  
Dr. Jutta Merkt  
Felix Müller  
Dr. Andreas Peya

#### **KONTAKTE**

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

Zuweisung dieses Bandes für den "Mobilfunkdienst" vor. Die IEN ist der Auffassung, dass eine solche Änderung nicht im Einklang mit den vom BMWi als Verordnungsgeber zu beachtenden völkerrechtlichen, gesetzlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das 2,6 GHz Band steht. Vielmehr sind auf völkerrechtlicher und gesetzlicher Ebene in diesem Band gleichberechtigte Zuweisungen für den "Festen Funkdienst" und den "Mobilfunkdienst" vorgesehen. Auch die Entscheidung der EU-Kommission vom 13.06.2008 schreibt eine technologie- und diensteneutrale Zuweisung des 2,6 GHz Bandes vor. Gemeinschaftsrechtlich ist eine ausschließliche Zuweisung des 2,6 GHz Bandes für Mobilfunkdienste mithin unzulässig.

2. Demgegenüber erachtet die IEN die im Verordnungsentwurf ebenfalls vorgesehene Streichung der bisherigen nationalen Nutzungsbestimmung 27 ("NB 27") als gesetzes- und gemeinschaftsrechtskonform und begrüßt die Streichung. Die NB 27 sah vor, dass die Zuweisung für den Festen Funkdienst im 2,6 GHz Band bis zum 31.12.2007 gelten sollte, da das Band ursprünglich ab dem 01.01.2008 als Erweiterungsband für IMT-2000-jUMTS-Mobilfunktechnologien reserviert werden sollte. Dieses Konzept ist in Deutschland jedoch bereits im Jahr 2006 ausdrücklich aufgegeben worden und wäre nach geltendem Gemeinschaftsrecht ohnehin unzulässig.
3. Die IEN möchte schließlich darauf hinweisen, dass im Markt derzeit eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der planungsrechtlichen Vorgaben für das 2,6 GHz Band besteht. Die BNetzA legt diesen Vorgaben wechselnde, im Einzelfall auch aus Sicht der IEN diskriminierende Auslegungen zugrunde und rechtfertigt unter Verweis auf die NB 27 den Ausschluss bestehender Nutzungen des "Festen Funkdienstes" aus dem 2,6 GHz Band. Ein solcher Ausschluss bestimmter Funkdienste verstößt jedoch gegen geltendes Gemeinschaftsrecht. Auf der Ebene des Zuweisungsplans ist daher dringend sicherzustellen, dass keine behördlichen Spielräume für gemeinschaftsrechtswidrige Auslegungen der Vorgaben für das 2,6 GHz Band eröffnet werden. Dies wird durch die gleichberechtigten Zuweisungen für den "Festen Funkdienst" und den "Mobilfunkdienst" einerseits und die Streichung der NB 27 andererseits gewährleistet.

## II. Im Einzelnen

### 1. Planungsrechtliche Vorgaben als Grundlage des Verordnungsentwurfs

Das 2,6 GHz Band unterliegt sowohl auf der völkerrechtlichen und gesetzlichen Ebene als auch auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene planungsrechtlichen Vorgaben.

Der vorgelegte Verordnungsentwurf basiert auf der VO Funk als rechtlicher Grundlage. Das BMWi ist somit als Verordnungsgeber bei Erlass der Zuweisungsplanverordnung an die Vorgaben der VO Funk, die innerstaatlich den Rang eines Bundesgesetzes hat, gebunden. Die hier zu beachtende Normenhierarchie stellt sich wie folgt dar:

- Die VO Funk ist ein für die Bundesrepublik Deutschland als ITU-Mitgliedstaat verbindliches Instrument der internationalen Frequenzzuweisung und enthält in Art. 5 den internationalen Frequenzzuweisungsplan, der wiederum die verbindliche Grundlage für den nationalen Zuweisungsplan bildet.
- Die VO Funk ergänzt die völkerrechtlichen Grundsatzverträge der ITU - die Konvention und die Konstitution - und ist damit Bestandteil dieser völkerrechtlichen Verträge (vgl. Art. 4 Abs. 1 und 3 der ITU Konstitution).
- Die ITU Konvention und Konstitution werden als völkerrechtliche Verträge im Wege eines Zustimmungsgesetzes in die deutsche Rechtsordnung übernommen und haben daher innerstaatlich den Rang eines Bundesgesetzes (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG). Zur Umsetzung der ITU Konvention und ITU Konstitution hat der deutsche Gesetzgeber am 02.05.2005 ein Zustimmungsgesetz erlassen (BGBl. 2005 Teil II, S. 426 ff.). Als Bestandteil der umgesetzten völkerrechtlichen Verträge erhält die VO Funk ebenfalls innerstaatlichen Gesetzesrang.
- Art. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 02.05.2005 ermächtigt das BMWi, die VO Funk durch Rechtsverordnung in Kraft zu setzen. Dem entspricht die in § 53 Abs. 1 TKG enthaltene Verordnungsermächtigung der Bundesregierung, den nationalen Frequenzbereichszuweisungsplan ("Zuweisungsplan") zu erstellen. Dieser wird als Anlage zur Zuweisungsplanverordnung erlassen. Die amtliche Begründung zu § 53 TKG verweist auf die VO Funk und stellt ausdrücklich klar, dass der Verordnungsgeber bei der Ers-

tellung des Zuweisungsplans an die Vorgaben der VO Funk gebunden ist.

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wurden Vorgaben für die planungsrechtliche Zuweisung des 2,6 GHz Bandes in der EU Entscheidung 2008/477/EG vom 13.06.2008 verbindlich festgelegt. Diese verpflichten die Mitgliedstaaten, für eine technologie- und diensteneutrale Zuweisung des 2,6 GHz Bandes zu sorgen. Eine ausschließliche Zuweisung zugunsten bestimmter Funkdienstkategorien ist danach untersagt.

## 2. Mangelnde Vereinbarkeit des Verordnungsentwurfs mit den planungsrechtlichen Vorgaben

Die IEN erachtet die im vorgelegten Entwurf vorgesehene Streichung der Zuweisung für den Festen Funkdienst im 2,6 GHz Band und die daraus folgende ausschließliche Zuweisung für den "Mobilfunkdienst" als weder mit den völkerrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben noch mit den geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für das 2,6 GHz Band vereinbar.

### a. Verstoß gegen völkerrechtliche und gesetzliche Vorgaben für das 2,6 GHz Band

Die VO Funk enthält für das 2,6 GHz Band gleichberechtigte, primäre Zuweisungen für den "Festen Funkdienst" und den "Mobilfunkdienst". Die Zuweisung für den "Mobilfunkdienst" ist in der VO Funk durch die Nutzungsbestimmung (im Englischen "Footnote") 5.384A ergänzt. Diese Nutzungsbestimmung lautet in der aktuellen Fassung gemäß WRC-07:

*"The bands, or portions of the bands, 1710-1885 MHz, 2300-2400 MHz and 2500-2690 MHz, are identified for use by administrations wishing to implement International Mobile Telecommunications (IMT) in accordance with Resolution **223 (Rev.WRC-07)**. This identification does not preclude the use of these bands by any application of the services to which they are allocated and does not establish priority in the Radio Regulations. (WRC-07)"*

Damit wird den Mitgliedstaaten, die Frequenzbereiche ausschließlich für Mobilfunktechnologien der IMT-Familie reservieren wollen, die Möglichkeit eröffnet, eine solche technologiegebundene Reservierung für IMT harmonisiert in den o.g. Bändern, darunter das 2,6 GHz Band, vorzunehmen. Die bestehenden Zuweisungen des 2,6 GHz Bandes werden durch

diese "Footnote 5.384A" jedoch ausdrücklich nicht berührt.

Seite 5 | 8  
09.09.2008

Im Rahmen der WRC-07 wurden die bestehenden Zuweisungen für das 2,6 GHz Band nicht geändert. Es erfolgte lediglich eine Änderung in der o.g. "Footnote 5.384A" dahingehend, dass die dort jetzt verwendete Bezeichnung "IMT" die vorherige Bezeichnung "IMT2000" ersetzt. Nach heutigem Stand ist das 2,6 GHz Band daher nach wie vor gleichberechtigt dem "Festen Funkdienst" und dem "Mobilfunkdienst" zugewiesen.

Die IEN weist darauf hin, dass die geltende Zuweisungsplanverordnung in der Fassung vom 23.08.2006 diesen völkerrechtlich verbindlichen und national im Gesetzesrang umgesetzten Vorgaben der VO Funk insoweit entspricht, als sie die vorgegebenen Zuweisungen im 2,6 GHz Band für den "Mobilfunkdienst" und den "Festen Funkdienst" enthält. Ferner beinhaltet die geltende Verordnung die umgesetzte "Footnote 5.384A" als Nutzungsbestimmung "D384A". Zusätzlich enthält die geltende Verordnung jedoch die nationale Nutzungsbestimmung 27 ("NB 27"), die vorsieht, dass die Zuweisung für den "Festen Funkdienst" bis zum 31.12.2007 gelten soll. Die NB 27 wurde allerdings nur aus dem Grunde erstmals in die Zuweisungsplanverordnung vom 28.09.2004 aufgenommen, da zu diesem Zeitpunkt in Deutschland - wie in anderen europäischen Staaten auch - in Betracht gezogen wurde, das 2,6 GHz Band entsprechend der "Footnote 5.384A" - ab dem 01.01.2008 exklusiv für IMT-2000/UMTS-Mobilfunktechnologien zu reservieren.

In Deutschland ist jedoch bereits im Jahr 2006 das ursprünglich verfolgte planungsrechtliche Konzept einer Reservierung des 2,6 GHz Bandes für IMT-2000/UMTS-Mobilfunktechnologien - heute "IMT" ausdrücklich aufgegeben worden (vgl. Mitteilung Nr. 308/2006 der BNetzA, ABI. BNetzA 18/2006 vom 13.09.2006, S. 2972).

Vor diesem Hintergrund begrüßt die IEN ausdrücklich die vorgesehene Streichung der NB 27 in Einklang mit den völkerrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben für das 2,6 GHz Band. Hierdurch wird klar gestellt, dass die gleichberechtigten Zuweisungen für den "Festen Funkdienst" und den "Mobilfunkdienst" weiterhin gelten. Nicht mit den einschlägigen Vorgaben vereinbar ist dagegen die vorgesehene Streichung der Zuweisung für den "Festen Funkdienst" in diesem Band. Es ist auch nicht nachvollziehbar, aus welchem Grunde der vorgelegte Verordnungsentwurf diese Streichung vorsieht: Auf internationaler Ebene wurden die bestehenden Zuweisungen

für das 2,6 GHz Band im Rahmen der WRC-07 nicht verändert, auf nationaler Ebene wurde bereits im Jahr 2006 die Entscheidung getroffen, das 2,6 GHz Band nicht ab dem 01.01.2008 für IMT-Mobilfunk zu reservieren.

### **3. Verstoß gegen die Entscheidung 2008/477/EG vom 13.06.2008**

Die vorgesehene Streichung der Zuweisung für den "Festen Funkdienst" im 2,6 GHz Band würde zu einer gemeinschaftsrechtswidrigen, ausschließlichen Zuweisung dieses Bandes für den "Mobilfunkdienst" führen.

Am 13.06.2008 hat die EU-Kommission die Entscheidung 2008/477/EG "zur Harmonisierung des Frequenzbandes 2500 - 2690 MHz für terrestrische Systeme, die elektronische Kommunikationsdienste in der Gemeinschaft erbringen können" veröffentlicht (ABl. EU L 163 vom 24.06.2008, S. 37). Hiernach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten dieser Entscheidung für die "nicht-ausschließliche Zuweisung" des 2,6 GHz Bandes zu sorgen (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Entscheidung 2008/477/EG). Die Entscheidung 2008/477/EG verpflichtet die Mitgliedsstaaten ausdrücklich zu einer technologie- und diensteneutralen Zuweisung des 2,6 GHz Bandes und gibt die technischen Nutzungsparameter vor, die dieser Zuweisung zugrunde zu legen sind (vgl. Anhang zur Entscheidung 2008/477/EG). Die Nutzung des 2,6 GHz Bandes darf nur an die Einhaltung der vorgegebenen technischen Nutzungsbedingungen geknüpft werden, nicht aber daran, welcher Funkdienstkategorie eine Nutzung zugeordnet wird.

Die IEN weist darauf hin, dass eine ausschließliche Zuweisung des 2,6 GHz Bandes für den "Mobilfunkdienst" unter Ausschluss des "Festen Funkdienstes", wie ihn der vorgelegte Verordnungsentwurf nunmehr vorsieht, mit dieser Vorgabe nicht vereinbar ist. Durch die Aufrechterhaltung beider Zuweisungen und der Streichung der NB 27 ist vielmehr auf der planungsrechtlichen Ebene im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zu gewährleisten, dass kein Ausschluss bestimmter Funkdienstkategorien in diesem Band erfolgt.

#### 4. Rechtsunsicherheit im Markt

Schließlich möchte die IEN das BMWi darauf hinweisen, dass im Markt derzeit erhebliche Rechts- und damit einhergehend auch Planungsunsicherheit hinsichtlich der planungsrechtlichen Vorgaben für das 2,6 GHz Band besteht. Insbesondere sind mehrere Gerichtsverfahren gegen die Festlegungen der Nutzungsbedingungen für das 2,6 GHz Band durch die BNetzA anhängig. Die bestehende Rechtsunsicherheit resultiert insbesondere aus der unklaren und in sich widersprüchlichen Auslegung der in der Zuweisungsplanverordnung enthaltenen Vorgaben für das 2,6 GHz Band durch die BNetzA. Unter Berufung auf die NB 27 rechtfertigt die BNetzA den Ausschluss bestehender Nutzungen des "Festen Funkdienstes" im 2,6 GHz Band. Es ist allgemein bekannt, dass die BNetzA seit Jahren versucht, den Betrieb einer bestehenden alternativen Breitband-Infrastruktur im 2,6 GHz Band zu beenden. Dies begründet die BNetzA damit, dass sie an den vom Verordnungsgeber in der NB 27 vorgeschriebenen Ausschluss des "Festen Funkdienstes" ab dem 01.01.2008 gebunden ist. Andererseits nimmt die BNetzA zugunsten der etablierten Mobilfunkunternehmen eine weite Auslegung des "Mobilfunkdienstes" vor und erlaubt diesen das Angebot von Diensten, die dem "Festen Funkdienst" zugeordnet werden.

Für Unternehmen ergibt sich aus dieser unklaren und widersprüchlichen Praxis der BNetzA ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. Die BNetzA legt ihrer Praxis wechselnde Auslegungen der planungsrechtlichen Begriffe "Mobilfunkdienst" und "Fester Funkdienst" zugrunde. Die IEN bittet daher das BMWi dringend um Gewährleistung, dass auf der Ebene der Zuweisungsplanverordnung keine Spielräume für derartige unklare und im Einzelfall diskriminierende Auslegungen der planungsrechtlichen Vorgaben eröffnet werden.

Dies wird durch die Streichung der NB 27 erreicht. Dagegen würde die vorgesehene Streichung der Zuweisung für den "Festen Funkdienst" die bestehende Rechtsunsicherheit zu Lasten des Marktes und zu Lasten einzelner betroffener Unternehmen verschärfen: Zum einen würde eine Streichung der Zuweisung für den "Festen Funkdienst" von der BNetzA weiterhin als Rechtfertigung für den - gemeinschaftsrechtswidrigen - Ausschluss bestehender Nutzungen im 2,6 GHz Band herangezogen. Zum anderen würde - wie die derzeitige Praxis der BNetzA belegt - durch eine Streichung der Zuweisung für den "Festen Funkdienst" im 2,6 GHz Band ein rechtlich nicht begründeter Spielraum für wechselnde, in sich widersprüchliche und im Einzelfall diskriminierende Auslegun-



INITIATIVE  
EUROPÄISCHER  
NETZBETREIBER

gen des planungsrechtlichen Begriffs "Mobilfunkdienst" eröffnet, der auf planungsrechtlicher Ebene jedoch gerade ausgeschlossen werden muss.

Seite 8 | 8  
09.09.2008

\*\*\*\*

Für Rückfragen stehen die Vertreter der Mitgliedsunternehmen der IEN sowie die Unterzeichnerin gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Malini Nanda, Rechtsanwältin  
Leitung Recht und Politik