



Bundesnetzagentur

## **Frequenzverteilungsuntersuchung**

**(BK1-11/001)**

**Zugleich Amtsblatt Nr. 23/2011 der Bundesnetzagentur**

## BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren

von Amts wegen

unter Beteiligung

1. der Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,  
- Beteiligte zu 1 -
2. der Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,  
- Beteiligte zu 2 -
3. der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,  
- Beteiligte zu 3 -
4. der Telefónica Germany GmbH & Co. oHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,  
- Beteiligte zu 4 -

wegen Frequenzverteilungsuntersuchung aufgrund Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 87/372/EWG

verbunden mit dem

Verwaltungsverfahren

auf Antrag

der Beteiligten zu 3

wegen Zuteilung von weiteren Funkfrequenzen im Umfang von 2 x 3,6 MHz (gepaart) im 900-MHz-Band

hat die Beschlusskammer 1 (Präsidentenkammer) der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

durch

den Vorsitzenden      Präsident der Bundesnetzagentur Matthias Kurth,  
die Beisitzerin        Vizepräsidentin der Bundesnetzagentur Dr. Iris Henseler-Unger,  
den Beisitzer          Vizepräsident der Bundesnetzagentur Johannes Kindler

aufgrund der öffentlichen Sitzung am 4. April 2011 und

aufgrund der öffentlichen Anhörung zum Entscheidungsentwurf vom 6. Juli 2011 bis zum 16. September 2011

am 21. November 2011

beschlossen:

Die Bundesnetzagentur hebt Rechte der Beteiligten zur Nutzung von Funkfrequenzen im Frequenzbereich von 880 MHz bis 915 MHz sowie von 925 MHz bis 960 MHz nicht zum Zwecke der Umverteilung auf.

Das Verfahren auf Antrag der Beteiligten zu 3 vom 22. September 2006 wird abgetrennt und unter dem Geschäftszeichen BK 1-11/004 fortgeführt.

Die Beschlusskammer 1 weist darauf hin,

dass die Bundesnetzagentur zur Klärung der Folgenutzung dieses Frequenzbereichs ab dem 1. Januar 2017 ein Verfahren eingeleitet (BK 1-11/003) hat, um rechtzeitig drei Jahre vor dem Ende der Laufzeit der Frequenzzuteilungen über die Folgenutzung zu entscheiden.

## **Gründe**

- 1 Die folgenden tatsächlichen und rechtlichen Gründe haben die Kammer zu dieser Entscheidung bewegt.

### **A. Sachverhalt**

- 2 Die Entscheidung beruht im Wesentlichen auf folgenden Tatsachen.

#### **I. Erteilung der Frequenznutzungsrechte**

- 3 Die Beteiligten betreiben in Deutschland Mobilfunknetze. Hierbei nutzen sie unter anderem Frequenzen in dem Frequenzbereich 880 MHz bis 915 MHz (Unterband) und 925 MHz bis 960 MHz (Oberband).

##### **1. Lizenzierung zur Marktöffnung**

- 4 In diesem Frequenzbereich (900-MHz-Frequenzbereich) wurden in Deutschland ab Anfang der 1990er-Jahre Frequenznutzungsrechte für den digitalen zellularen Mobilfunk zugeteilt.
- 5 Rechtliche Grundlagen waren die Richtlinie des Rates vom 25. Juni 1987 über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind,

ABl. EG Nr. L 196 vom 17.7.1987, S. 85

- 6 und die Empfehlung des Rates vom 25. Juni 1987 für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft.

ABl. EG Nr. L 196 vom 17.7.1987, S. 81

- 7 Neben der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nahm auch der Europäische Funkausschuss (engl.: European Radiocommunications Committee; ERC) der Europäischen Konferenz der Verwaltungen für Post und Telekommunikation (franz.: Conférence européenne des Administrations des postes et de télécommunications; CEPT) am 24. Oktober 1994 eine Entscheidung über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung des digitalen europaweiten Kommunikationssystems GSM gewidmet sind, (ERC/DEC/(94)01) an.
- 8 Das Recht zum Betreiben von Mobilfunknetzen nach dem GSM- bzw. DCS-1800-Standard erhielten drei Unternehmen zeitlich gestaffelt Anfang der 1990er-Jahre aufgrund § 2 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen (FAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 1989 (BGBl. I 1455).
- 9 Im Rahmen der Öffnung des Marktes für den digitalen zellularen Mobilfunk erhielt zunächst die Beteiligte zu 1, seinerzeit als Deutsche Bundespost TELEKOM, im Jahr 1990 das Recht zur Errichtung und den Betrieb des D 1-Mobilfunknetzes.

Anlage B zur Mitteilung 2007/1991, ABl. des Bundesministers für Post und Telekommunikation 37/1990, S. 1689
- 10 Die D 2-Lizenz zum Errichten und Betreiben eines Netzes für Europaweite Digitale Zellulare Mobilfunkdienste wurde nach Abschluss eines Ausschreibungsverfahrens am 15. Februar 1990 der Beteiligten zu 2, seinerzeit firmierend als Mannesmann Mobilfunk GmbH, verliehen.

Anlage A zur Mitteilung 2007/1991, ABl. des Bundesministers für Post und Telekommunikation 37/1990, S. 1681
- 11 Zur Zeit der Marktöffnung für den digitalen zellularen Mobilfunk wurde entsprechend der europäischen Harmonisierung durch die Richtlinie 87/372/EWG (Rn. 5) zunächst Spektrum aus dem Bereich 900 MHz zur Verfügung gestellt. Wenige Jahre später konnte zudem Spektrum aus dem Bereich 1800 MHz vergeben werden.
- 12 Die E 1-Lizenz zum Errichten und Betreiben eines digitalen zellularen Mobilfunknetzes wurde im Rahmen eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens am 4. Mai 1993 an die Beteiligte zu 3, seinerzeit firmierend als E-Plus Mobilfunk GmbH, vergeben.

Mitteilung 26/1993, ABl. Bundesministerium für Post und Telekommunikation 11/1993, S. 229
- 13 Diese drei Lizenzen wurden am 5. Dezember 1994 erneut bekanntgemacht.

Verfügung 259/1994, ABl. Bundesministerium für Post und Telekommunikation 23/1994, S. 866
- 14 Das ERC der CEPT entschied am 1. Dezember 1995 über die Frequenzbänder, die für die Einführung von DCS 1800 gewidmet sind, (ERC/DEC/(95)03). Der DCS-Standard entsprach im Wesentlichen dem GSM-Standard. Lediglich die Frequenzbereiche unterschieden sich. Daher wurde im Lauf der Zeit die Bezeichnung „DCS 1800“ unüblich und die Bezeichnung „GSM 1800“ üblich.
- 15 Am 15. Mai 1997 wurde die E 2-Lizenz als Ergebnis eines Ausschreibungsverfahrens an die einzige Antragstellerin, die Beteiligte zu 4 unter der damaligen Firma E 2 Mobilfunk GmbH & Co. KG vergeben.

Vfg. 128/1997, ABl. Bundesministerium für Post und Telekommunikation 14/1997, S. 679
- 16 Diese Lizenz wurde aufgrund des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120) erteilt.
- 17 Der Beteiligten zu 4 wurde im Zuge dieser Lizenzierung Spektrum von 2 × 22,4 MHz (gepaart) aus dem Bereich 1800 MHz zugeteilt. Zugleich erhielt auch die Beteiligte zu 3 neben den bis dahin zugeteilten 2 × 15 MHz (gepaart) zusätzliches 1800-MHz-Spektrum, so dass beide E-Netzbetreiber (die Beteiligten zu 3 und zu 4) über Frequenzspektrum von

2 × 22,4 MHz (gepaart) im Bereich 1800 MHz verfügten. Die beiden D-Netzbetreiber (die Beteiligten zu 1 und zu 2) verfügten zu diesem Zeitpunkt über Spektrum von jeweils 2 × 12,4 MHz (gepaart) im Bereich 900 MHz.

- 18 Nach Abschluss der Marktöffnung waren die für das GSM-Mobilfunksystem europaweit harmonisiert bereitgestellten Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz wie folgt auf die Lizenznehmer verteilt:

| Frequenzbereich  | Beteiligte zu 1<br>(in MHz) | Beteiligte zu 2<br>(in MHz) | Beteiligte zu 3<br>(in MHz) | Beteiligte zu 4<br>(in MHz) |
|------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 900 MHz gepaart  | 2 × 12,4                    | 2 × 12,4                    |                             |                             |
| 1800 MHz gepaart |                             |                             | 2 × 22,4                    | 2 × 22,4                    |

**Tabelle 1: Frequenznutzungsrechte bis zum 28.10.1999.**

## 2. Erste Vergabe von Ergänzungsspektrum — GSM-1800-Versteigerung

- 19 Nachdem die D-Netzbetreiber seit 1997 mehrfach die Zuteilung weiterer Frequenzen beantragt hatten, entschied sich die Bundesnetzagentur – unter der damaligen amtlichen Bezeichnung Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) –, zusätzlich zur Verfügung stehendes Spektrum aus dem Bereich 1800 MHz im Rahmen einer Versteigerung zu vergeben.

Entscheidung der Präsidentenkammer vom 14.4.1999 über das Verfahren zur Vergabe weiterer Frequenzen im Bereich 1800 MHz für Mobilfunkanwendungen nach dem GSM 1800-Standard; Vfg. 45/1999, ABI. Reg TP 7/1999, S. 1251

- 20 Zur Teilnahme an der Versteigerung wurden nur die vier seinerzeit tätigen Netzbetreiber, die das Spektrum folglich als Erweiterungsspektrum erwerben konnten, zugelassen.

Entscheidung der Präsidentenkammer der Reg TP vom 21.6.1999 über die Bedingungen zur Vergabe weiterer Frequenzen für Mobilfunkanwendungen nach dem GSM-1800-Standard; Vfg. 70/1999, ABI. Reg TP 11/1999, S. 1751

- 21 Im Rahmen des durchgeführten Versteigerungsverfahrens wurden die Frequenzen von der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 zu annähernd gleichen Teilen ersteigert. Nach Abschluss dieser Versteigerung waren die verfügbaren Frequenzen wie folgt auf die Lizenznehmer verteilt:

| Frequenzbereich     | Beteiligte zu 1<br>(in MHz) | Beteiligte zu 2<br>(in MHz) | Beteiligte zu 3<br>(in MHz) | Beteiligte zu 4<br>(in MHz) |
|---------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 900 MHz gepaart     | 2 × 12,4                    | 2 × 12,4                    |                             |                             |
| 1800 MHz gepaart    | 2 × 5                       | 2 × 5,4                     | 2 × 22,4                    | 2 × 22,4                    |
| Σ gesamtes Spektrum | 34,8                        | 35,6                        | 44,8                        | 44,8                        |

**Tabelle 2: Frequenznutzungsrechte am Stichtag 29.10.1999.**

## 3. Zweite Vergabe von Ergänzungsspektrum und Angleichung der Restlaufzeiten — das GSM-Konzept

- 22 Weitere Frequenzen im 900-MHz-Bereich standen in Deutschland bis zum Jahr 2005 nicht zur Verfügung. Die Frequenzen in den sogenannten GSM-Erweiterungsbändern (880 MHz bis 890 MHz sowie 925 MHz bis 935 MHz) (E-GSM-Bänder) wiesen bis dahin eine Widmung für militärische Nutzungen auf. Im März 2005 verzichtete das Bundesministerium der Verteidigung auf eine weitere militärische Nutzung der E-GSM-Frequenzen. Grundlage für die Widmung der E-GSM-Bänder für digitalen zellularen Mobilfunk nach dem GSM-Standard war erneut die europäische Harmonisierung, die insbesondere durch die Entscheidung des ERC der CEPT vom 21. März 1997 über die Erweiterungsbänder, die für das digitale europaweite Kommunikationssystem GSM genutzt werden sollen, (ERC/DEC/(97)02) erreicht wurde.

- 23 Im Mai 2005 veröffentlichte die Bundesnetzagentur (damals Reg TP) Eckpunkte eines Konzepts zur Vergabe dieses Spektrums und stellte diese zur Anhörung.  
Vfg. 31/2005, ABI. Reg TP 8/2005, S. 746
- 24 Nach Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen wurde am 21. November 2005 das endgültige Konzept zur Vergabe weiteren Spektrums für den digitalen zellularen öffentlichen Mobilfunk unterhalb von 1,9 GHz (GSM-Konzept) beschlossen.  
Konzept der Bundesnetzagentur vom 21.11.2005 zur Vergabe weiteren Spektrums für den digitalen zellularen öffentlichen Mobilfunk unterhalb von 1,9 GHz (GSM-Konzept); Vfg. 88/2005, ABI. Bundesnetzagentur 23/2005, S. 1852;  
<http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/85420/publicationFile/2762/GSMKonzeptAmtsblattVfg88Id4284pdf.pdf>
- 25 Wesentlicher Bestandteil des GSM-Konzepts war es, die E-GSM-Frequenzen dem GSM-Mobilfunk zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend wurde dort folgendes ausgeführt:
- 26 „Die nunmehr verfügbaren E-GSM-Frequenzen ermöglichen einen Ausgleich unter den bestehenden GSM-Netzen hinsichtlich deren – infolge sukzessiver Lizenzierung – ungleicher Frequenzausstattung und damit die Herbeiführung günstigerer frequenzregulatorischer Voraussetzungen für einen chancengleichen und nachhaltigen Wettbewerb im GSM-Mobilfunk im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Die E-GSM-Frequenzen sollen daher zu gleichen Teilen den E-Netzen zur Verfügung gestellt werden, die – im Gegensatz zu den D-Netzen – bislang nur über Frequenzen im Bereich 1800 MHz verfügen.
- 27 Da aber zur Angleichung der frequenzregulatorischen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs eine mengenmäßige Erhöhung der Frequenzkapazitäten nicht erforderlich ist, werden die E-Netze die Frequenzen im Bereich 900 MHz nicht zusätzlich zu ihrer bisherigen Frequenzausstattung erhalten. Vielmehr wird den E-Netzbetreibern aufgegeben, einen Teil ihrer bestehenden Nutzungen aus dem Bereich 1800 MHz in die E-GSM-Bänder zu verlagern.“  
GSM-Konzept, Vfg. 88/2005 (Rn. 24), S. 1854
- 28 Demgemäß wurden die Frequenzverlagerungsbescheide ausgestaltet und die Beteiligten zu 3 und zu 4 verfügen seither über Frequenzen im 900-MHz-Bereich.  
Mitteilung 78/2006, ABI. Bundesnetzagentur 4/2006, S. 702
- 29 Das hierdurch frei gewordene Spektrum wurde im Zuge der Versteigerung im Frühjahr 2010 dem Markt zur Verfügung gestellt.
- 30 Als einen weiteren Schritt zur Angleichung der frequenzregulatorischen Rahmenbedingungen sah das GSM-Konzept vor, dass die GSM-Netzbetreiber eine Option auf Verlängerung der Befristungen der Frequenznutzungsrechte bis zum 31. Dezember 2016 erhalten.  
GSM-Konzept, Vfg. 88/2005 (Rn. 24), S.1852
- 31 Diese Anpassung war zur Herstellung gleicher frequenzregulatorischer Rahmenbedingungen geboten, weil die Lizenzen infolge der schrittweisen Lizenzierung zu verschiedenen Zeitpunkten geendet hätten.
- 32 Den Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 3 wurde daher jeweils eine entsprechende Option eingeräumt, ihre Befristungen bis zum Ende der Befristung der E 2-Lizenz der Beteiligten zu 4 (31. Dezember 2016) zu verlängern. Bis einschließlich Juni 2007 haben alle betroffenen Beteiligten die Option auf Laufzeitverlängerung ausgeübt und öffentlich-rechtliche Verträge mit der Bundesrepublik Deutschland geschlossen.  
Mitteilung 951/2007, ABI. Bundesnetzagentur 23/2007, S. 4673
- 33 Schließlich wurden im Hinblick auf die technischen Weiterentwicklungen und das sich abzeichnende Zusammenwachsen der – in lizenzrechtlicher Sicht unterschiedenen – GSM-

und UMTS-Anwendungen Überprüfungen und eine Flexibilisierung der Frequenznutzungsbedingungen für die kommenden Jahre in Aussicht gestellt.

- 34 Nach Umsetzung der Frequenzverlagerung aufgrund des GSM-Konzepts im Februar 2006 waren die Frequenznutzungsrechte in den für GSM-Anwendungen gewidmeten Frequenzbereichen auf die betroffenen Netzbetreiber nunmehr wie folgt verteilt:

| Frequenzbereich     | Beteiligte zu 1<br>(in MHz) | Beteiligte zu 2<br>(in MHz) | Beteiligte zu 3<br>(in MHz) | Beteiligte zu 4<br>(in MHz) |
|---------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 900 MHz gepaart     | 2 × 12,4                    | 2 × 12,4                    | 2 × 5                       | 2 × 5                       |
| 1800 MHz gepaart    | 2 × 5                       | 2 × 5,4                     | 2 × 17,4                    | 2 × 17,4                    |
| Σ gesamtes Spektrum | 34,8                        | 35,6                        | 44,8                        | 44,8                        |

**Tabelle 3: Frequenznutzungsrechte zum Stichtag 3.2.2006.**

#### 4. Flexibilisierung

- 35 An das GSM-Konzept anknüpfend hat die Bundesnetzagentur am 19. November 2008 die Absicht bekundet, die Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz zu flexibilisieren, und angekündigt, hierzu unter Beteiligung der Öffentlichkeit ein Konzept zu erstellen. Hierzu wurde ein Diskussionspapier veröffentlicht
- K 9|18-Diskussionspapier, Mitteilung 663/2008, ABl. Bundesnetzagentur 22/2008, S. 3649
- 36 und zur Anhörung gestellt, um in einem ersten Schritt die Sach-, Rechts- und Interessenlage umfassend zu ermitteln. Im Wesentlichen sollten mit dem K 9|18-Diskussionspapier die Kernfragen des anstehenden Flexibilisierungsvorhabens geklärt werden. Hierzu wurden folgende Fragen gestellt
1. Zu welchem Zeitpunkt sollen die flexibleren frequenzregulatorischen Rahmenbedingungen wirksam werden?
  2. Ist es zweckmäßig, die Bereiche bei 900 MHz und bei 1800 MHz getrennt zu betrachten?
  3. Ist es zur Verwirklichung der Regulierungsziele und zur Wahrung des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit erforderlich, die in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz zugewiesenen Frequenzen mit dem Ziel der Angleichung der Frequenzausstattung umzuverteilen?
  4. Falls die Frequenznutzungsrechte in den betroffenen Frequenzbereichen vor dem 31. Dezember 2016 flexibilisiert werden sollten (vgl. Frage 1): Welcher Zeitraum für eine Befristung wäre angemessen?
  5. Inwiefern sind in dem Konzept zur Flexibilisierung der Frequenzbereiche 900 MHz und 1800 MHz die Interessen von Unternehmen zu berücksichtigen, die über keine Frequenznutzungsrechte in diesen Bereichen verfügen?
- 37 Insgesamt waren 15 Stellungnahmen zum K 9|18-Diskussionspapier bei der Bundesnetzagentur eingegangen. Die Stellungnahmen sind auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Neben den Beteiligten und (potentiellen) Wettbewerbern hatten auch regionale Festnetzbetreiber, Hersteller und Verbände kommentiert. Bestätigt hatte sich insbesondere eine komplexe, in vielen Punkten einander widersprechende Interessenlage. Damit hatte sich die Notwendigkeit einer umfassenden frequenzregulatorischen Betrachtung und Bewertung erwiesen. Ein wesentliches Ergebnis der öffentlichen Anhörung war die Forderung gewesen, die GSM-Frequenznutzungsrechte bei der Flexibilisierung nicht Frequenznutzungsrechten in anderen Frequenzbereichen wie 450 MHz (weitbandiger Bündelfunk) oder 3,5 GHz (BWA) vorzuziehen. Die Kammer hatte diese Forderung aufgegriffen und ihr mit der Entscheidung BK 1a-09/001 (Rn. 38) umfassend Rechnung getragen.

- 38 Am 12. Oktober 2009 hat die Kammer mit der Entscheidung BK 1a-09/001 zur Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte für drahtlose Netzzugänge zum Angebot von Telekommunikationsdiensten in den Bereichen 450 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 3,5 GHz
- Vfg. 58/2009, ABI. Bundesnetzagentur 20/2009, S. 3575;  
<http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/138982/publicationFile/2738/BK1Entscheidungld17407pdf.pdf>
- 39 unter anderem den Entschluss gefasst, die Beschränkung in den Frequenznutzungsrechten für die Frequenzbereiche 900 MHz und 1800 MHz auf GSM-Technologie auf Antrag der Frequenzzuteilungsinhaber und nach Maßgabe der geänderten GSM-Richtlinie aufzuheben, so dass die Netzbetreiber unter Sicherstellung der Verträglichkeit die Frequenzen zum schnellstmöglichen Zeitpunkt technologieneutral nutzen können. Die Entscheidung zur Flexibilisierung erstreckte sich darüber hinaus auf die Frequenzbereiche 450 MHz, 2 GHz und 3,5 GHz.
- 40 Der Entscheidung ging eine öffentliche Anhörung zu einem veröffentlichten Entscheidungsentwurf voraus. Die Bundesnetzagentur veröffentlichte am 3. Juni 2009 den Entwurf einer Entscheidung zur Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte für drahtlose Netzzugänge zum Angebot von Telekommunikationsdiensten in den Bereichen 450 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 3,5 GHz im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur.
- Mitt. 320/2009, ABI. Bundesnetzagentur 10/2009, S. 2648;  
<http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Telekommunikation/Regulierung/Frequenzordnung/OeffentlicherMobilfunk/FlexibilisierungFreqNutzungsRechte/Entscheidungsentwurfld16304pdf.pdf>
- 41 Zugleich hatte sie die interessierten Kreise der Öffentlichkeit aufgerufen, zu dem Entwurf bis zum 17. Juli 2009 schriftlich Stellung zu nehmen. Von der Möglichkeit der Stellungnahme hatten 19 Unternehmen und Verbände Gebrauch gemacht.
- 42 Die Beteiligten verfügten bis zum Abschluss der Frequenzversteigerung am 20. Mai 2010 über Frequenznutzungsrechte in für drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit gewidmeten Frequenzbereichen in einem Umfang wie folgt:

| <b>Frequenzbereich</b> | <b>Beteiligte zu 1<br/>(in MHz)</b> | <b>Beteiligte zu 2<br/>(in MHz)</b> | <b>Beteiligte zu 3<br/>(in MHz)</b> | <b>Beteiligte zu 4<br/>(in MHz)</b> |
|------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|
| 450 MHz gepaart        | 2 × 1,25                            |                                     |                                     |                                     |
| 900 MHz gepaart        | 2 × 12,4                            | 2 × 12,4                            | 2 × 5                               | 2 × 5                               |
| 1800 MHz gepaart       | 2 × 5                               | 2 × 5,4                             | 2 × 17,4                            | 2 × 17,4                            |
| 2000 MHz gepaart       | 2 × 9,9                             | 2 × 9,9                             | 2 × 9,9                             | 2 × 9,9                             |
| Σ gepaartes Spektrum   | 2 × 28,55                           | 2 × 27,7                            | 2 × 32,3                            | 2 × 32,3                            |
| 2000 MHz ungepaart     | 5                                   | 5                                   | 5                                   | 0                                   |
| Σ gesamtes Spektrum    | 62,1                                | 60,4                                | 69,6                                | 64,6                                |

**Tabelle 4: Frequenznutzungsrechte bis zum 20.5.2010.**

## **5. Versteigerung 2010**

- 43 Die Kammer hat am 12. Oktober 2009 zwei Entscheidungen über die Bereitstellung von Funkfrequenzen für drahtlose Netzzugänge für das Angebot von Telekommunikationsdiensten getroffen:
- 44 Zum einen hat die Kammer die Flexibilisierungsentscheidung (siehe Rn. 38) getroffen. Aufgrund der Entscheidung werden bestehende Frequenznutzungsrechte in diesen Frequenzbereichen zur Verwirklichung der Ziele der Technologie- und Anwendungsneutralität angepasst. Als Maßnahme 2 sieht diese Entscheidung vor, dass die Bundesnetzagentur die



GSM-Frequenznutzungsrechte (900 MHz und 1800 MHz) auf Antrag und nach Maßgabe der geänderten GSM-Richtlinie schnellstmöglich flexibilisieren wird.

- 45 Zum anderen hat die Kammer durch die Entscheidung BK 1a-09/002 über die Verbindung der 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 (Entscheidung der Präsidentenkammer vom 07.04.2008, Az.: BK1-07/003 über die Anordnung und die Wahl des Vergabeverfahrens sowie über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen) sowie über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten

Vfg. 59/2009, ABI. BNetzA 20/2009, S. 3623;

[http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/138464/publicationFile/2807/PraesKammerEntschg\\_Id17404pdf.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/138464/publicationFile/2807/PraesKammerEntschg_Id17404pdf.pdf)

- 46 ein Vergabeverfahren eingeleitet. Auf dieser Grundlage hat die Bundesnetzagentur vom 12. April bis zum 20. Mai 2010 eine Versteigerung durchgeführt.
- 47 Seit dem Abschluss der Frequenzversteigerung des Jahres 2010 verfügen die betroffenen Netzbetreiber über Frequenznutzungsrechte in den berücksichtigten Frequenzbereichen in einem Umfang wie folgt:

| <b>Frequenzbereich</b> | <b>Beteiligte zu 1<br/>(in MHz)</b> | <b>Beteiligte zu 2<br/>(in MHz)</b> | <b>Beteiligte zu 3<br/>(in MHz)</b> | <b>Beteiligte zu 4<br/>(in MHz)</b> |
|------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|
| 450 MHz gepaart        | 2 × 1,25                            |                                     |                                     |                                     |
| 800 MHz gepaart        | 2 × 10                              | 2 × 10                              |                                     | 2 × 10                              |
| 900 MHz gepaart        | 2 × 12,4                            | 2 × 12,4                            | 2 × 5                               | 2 × 5                               |
| 1800 MHz gepaart       | 2 × 20                              | 2 × 5,4                             | 2 × 27,4                            | 2 × 17,4                            |
| 2000 MHz gepaart       | 2 × 9,9                             | 2 × 14,85                           | 2 × 19,8                            | 2 × 14,85                           |
| 2600 MHz gepaart       | 2 × 20                              | 2 × 20                              | 2 × 10                              | 2 × 20                              |
| Σ gepaartes Spektrum   | 2 × 73,55                           | 2 × 62,65                           | 2 × 62,2                            | 2 × 67,25                           |
| 2000 MHz ungepaart     | 5                                   | 5                                   | 5                                   | 19,2                                |
| 2600 MHz ungepaart     | 5                                   | 25                                  | 10                                  | 10                                  |
| Σ gesamtes Spektrum    | 157,1                               | 155,3                               | 139,4                               | 163,7                               |

**Tabelle 5: Frequenznutzungsrechte seit dem 20.5.2010.**

- 48 Soweit ein Unternehmen in der Stellungnahme zum Impulspapier vorgetragen hat, dass in der Aufstellung seine (strittigen) Frequenzzuteilungen im 2,6-GHz-Band nicht erwähnt würden, weist die Kammer darauf hin, dass diese Frequenzzuteilungen mit Ablauf des 31. Dezember 2007 ihre Wirksamkeit verloren haben. Aufgrund der Ergebnisse der Versteigerung des Jahres 2010 wurden die – gemäß § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 TKG verfügbaren – Frequenzen im 2,6-GHz-Band an die Beteiligten wirksam zugeteilt. Die Kammer merkt ergänzend an, dass diese aufgrund der Versteigerung 2010 erfolgten Zuteilungen zwar wirksam, derzeit aufgrund von rechtshängigen Verwaltungsstreitsachen aber noch nicht unanfechtbar sind.

## **II. Frequenzverteilungsuntersuchung**

- 49 Im Einvernehmen mit der Kommission hat die Bundesnetzagentur im Dezember 2009 den Entschluss gefasst, die Untersuchung gemäß Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) nach Durchführung der Versteigerung vorzunehmen und nicht im Vorfeld der Auktion. Die Bundesnetzagentur hat der Kommission zugesichert, die Untersuchung innerhalb von drei Monaten nach Abschluss der Versteigerung einzuleiten. Die Bundesnetzagentur hat

das Verfahren der Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie im Juni 2010 eingeleitet.

### 1. Zweck der Frequenzverteilungsuntersuchung

- 50 Mit der Untersuchung leistet die Bundesnetzagentur einen weiteren Beitrag zur Umsetzung der am 18. Februar 2009 beschlossenen Breitbandstrategie der Bundesregierung.

Breitbandstrategie der Bundesregierung;  
<http://www.bmwi.de/Dateien/BBA/PDF/breitbandstrategie-der-bundesregierung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

- 51 Zur Verwirklichung der dort manifestierten Breitbandziele der Bundesregierung kommt der Umsetzung frequenzpolitischer Ziele durch frequenzregulatorische Maßnahmen eine Schlüsselrolle zu. Funkgestützte Breitbandangebote dienen sowohl zur Schließung von Lücken in der Versorgung mit leitungsgebundenen Technologien als auch zur mobilen Ergänzung von Festnetzanschlüssen. Die Bundesregierung unterstützt ausdrücklich den Kurs der Bundesnetzagentur, die Frequenznutzung soweit wie möglich zu flexibilisieren und von Technologien unabhängig zu gestalten. In diesem Zusammenhang berücksichtigt die Breitbandstrategie der Bundesregierung auch den Einsatz und die Verteilung des bisher mit GSM-Technologie genutzten Spektrums im 900-MHz-Band, um den Anforderungen der nächsten Funktechnologiegenerationen gerecht zu werden.

Breitbandstrategie der Bundesregierung (Rn. 50), S. 13

- 52 Die von der Bundesnetzagentur durchzuführende Untersuchung beruht auf unionsrechtlichen Vorgaben. Maßgeblich ist zuvorderst Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 87/372/EWG (Rn. 5) in der Fassung der Richtlinie 2009/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinie 87/372/EWG des Rates über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind,

ABl. EU Nr. L 274 vom 20.10.2009, S. 25

- 53 der folgenden Wortlaut hat:

- 54 „Die Mitgliedstaaten untersuchen bei der Umsetzung dieser Richtlinie, ob aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in ihrem Gebiet im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind, und beheben solche Verzerrungen, soweit dies gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, in Übereinstimmung mit Artikel 14 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie).“

- 55 Zur Begründung dieser mit der Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) eingeführten Bestimmung haben das Europäische Parlament und der Rat ausweislich dieser Richtlinie unter anderem folgende Erwägungen angestellt:

- 56 „(6) Die Liberalisierung der Nutzung des 900-MHz-Bands könnte möglicherweise zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Insbesondere könnten bestimmte Mobilfunkbetreiber, denen keine Frequenzen im 900-MHz-Band zugeteilt worden sind, Kosten- und Effizienz Nachteile gegenüber anderen Betreibern erleiden, die in der Lage wären, in diesem Band Dienste der dritten Generation zu betreiben. Nach dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation und insbesondere gemäß der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) können die Mitgliedstaaten Frequenznutzungsrechte ändern oder überprüfen und verfügen damit über geeignete Instrumente, um solchen möglichen Wettbewerbsverzerrungen erforderlichenfalls zu begegnen.“

- 57 (7) Die Mitgliedstaaten sollten die Richtlinie 87/371/EWG in der geänderten Fassung innerhalb von sechs Monaten nach dem Inkrafttreten dieser Richtlinie umsetzen. Daraus ergibt sich für die Mitgliedstaaten zwar keine Verpflichtung, die bestehenden Nutzungsrechte zu ändern oder ein Zulassungsverfahren einzuleiten, aber sie müssen den Anforderungen der Richtlinie 2002/20/EG entsprechen, sobald das 900-MHz-Band gemäß der vorliegenden Richtlinie verfügbar gemacht wurde. Dabei sollten sie insbesondere untersuchen, ob der Wettbewerb auf den betroffenen Mobilfunkmärkten durch die Umsetzung dieser Richtlinie verzerrt werden könnte. Sollten sie dabei zu dem Schluss kommen, dass dies der Fall ist, so müssten sie erwägen, ob es objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, die Frequenznutzungsrechte jener Betreiber, denen Nutzungsrechte im 900-MHz-Band erteilt wurden, zu ändern und diese Nutzungsrechte, sofern dies verhältnismäßig wäre, zu überprüfen und neu zu verteilen, um solche Wettbewerbsverzerrungen zu beheben. Bevor eine derartige Entscheidung getroffen wird, sollte eine öffentliche Konsultation durchgeführt werden.“
- 58 Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) verweist ausdrücklich auf Art. 14 (Änderung von Rechten und Pflichten) der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (Genehmigungsrichtlinie).
- ABI. EG Nr. L 108 vom 24.4.2002, S. 21
- 59 Diese Bestimmung hat in der Fassung der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste
- ABI. EU Nr. L 337 vom 18.12.2009, S. 37
- 60 folgenden Wortlaut:
- 61 „(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechte, Bedingungen und Verfahren im Zusammenhang mit Allgemeingenehmigungen und Nutzungsrechten oder Rechten zur Installation von Einrichtungen nur in objektiv gerechtfertigten Fällen und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit geändert werden können, wobei sie gegebenenfalls die besonderen, für übertragbare Frequenznutzungsrechte geltenden Bedingungen berücksichtigen. Außer wenn die vorgeschlagenen Änderungen geringfügig sind und mit dem Inhaber der Rechte oder der Allgemeingenehmigung vereinbart wurden, wird eine solche Änderungsabsicht in geeigneter Weise angekündigt, und den interessierten Kreisen, einschließlich Nutzern und Verbrauchern, wird eine ausreichende Frist eingeräumt, um ihren Standpunkt zu den geplanten Änderungen darzulegen; diese Frist beträgt, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, mindestens vier Wochen.
- 62 (2) Die Mitgliedstaaten dürfen Rechte zur Installation von Einrichtungen oder Rechte zur Nutzung von Funkfrequenzen nicht vor Ablauf des Zeitraums, für den sie gewährt wurden, einschränken oder entziehen, außer in begründeten Fällen und gegebenenfalls im Einklang mit dem Anhang und einschlägigen nationalen Vorschriften über Entschädigungen für den Entzug von Rechten.“
- 63 Zur Begründung dieser durch Richtlinie 2009/140/EG (Rn. 59) eingeführten Bestimmung haben das Europäische Parlament und der Rat ausweislich dieser Richtlinie unter anderem folgende Erwägungen angestellt:
- 64 „(69) [...] Angesichts der Frequenzknappheit sollten Unternehmen erteilte individuelle Rechte regelmäßig überprüft werden. Bei der Durchführung dieser Überprüfung sollten die zuständigen nationalen Behörden die Interessen der Rechteinhaber gegen die Notwendigkeit abwägen, die Einführung des Frequenzhandels sowie die flexiblere Frequenznutzung durch Allgemeingenehmigungen wann immer möglich zu fördern.

- 65 (70) Geringfügige Änderungen an den Rechten und Pflichten sind Änderungen, die vor allem administrativer Natur sind, die die wesentlichen Aspekte der Allgemeingenehmigungen und individuellen Nutzungsrechte nicht ändern und die daher keinen Vorteil gegenüber den anderen Unternehmen bedingen können.“

## 2. Impulspapier

- 66 Um die Sach-, Interessen- und Rechtslage in einem offenen, transparenten und umfassenden Diskurs mit allen Interessenvertretern zu ergründen, hat die Bundesnetzagentur am 11. August 2010 die Öffentlichkeit durch die Veröffentlichung eines Impulspapiers für die Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) eingebunden.

Mitteilung 457/2010, ABl. Bundesnetzagentur 15/2010, S. 2715;  
[http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/159006/publicationFile/8292/ImpulspapierFreqVertUntersuchg\\_pdf.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/159006/publicationFile/8292/ImpulspapierFreqVertUntersuchg_pdf.pdf)

- 67 Um die Beteiligung zu strukturieren, hat die Bundesnetzagentur die aus ihrer Sicht mit der Untersuchung verbundenen Kernfragen zusammengestellt und zur Stellungnahme bis zum 11. Oktober 2010 aufgerufen.

- 68 Von der Gelegenheit der Stellungnahme zum Impulspapier haben neun Kommentatoren Gebrauch gemacht. Über die vier Beteiligten hinaus haben sich Hersteller, Mobilfunknetzbetreiber, Verbände und auch das Bundeskartellamt eingebracht.

- 69 Im Einzelnen wurde zu den Kernfragen des Impulspapiers Folgendes vorgetragen:

### a) Kernfrage 1

- 70 Als Kernfrage 1 wurde folgende Frage gestellt:

- 71 Welche Auswirkungen hat die Versteigerung von Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten in den Frequenzbereichen 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz im April und Mai dieses Jahres auf die Wettbewerbssituation? Inwieweit können diese Auswirkungen zum jetzigen Zeitpunkt hinreichend konkret beschrieben und beurteilt werden?

- 72 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:

- 73 Der Großteil der Kommentatoren beurteilte die im Jahr 2010 durchgeführte Versteigerung und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb sehr positiv. Der Wettbewerb im deutschen Mobilfunkmarkt sei dynamisch und funktionsfähig. Sowohl vor als auch nach der Versteigerung seien keine Wettbewerbsverzerrungen zu verzeichnen.

- 74 Die derzeitige Frequenzverteilung sei das Ergebnis offener, objektiver, transparenter und diskriminierungsfreier Vergabeverfahren. In diesem Zusammenhang wird betont, dass aus dem offenen Bieterwettbewerb um die Frequenzen keine Wettbewerbsverzerrungen resultieren könnten. Angesichts des Umfangs an Spektrum von etwa 360 MHz habe bei der Versteigerung im Jahr 2010 für jedes Unternehmen die Möglichkeit bestanden, sich mit zusätzlichem Spektrum zu versorgen. Durch die Spektrumskappe sei Chancengleichheit sichergestellt worden.

- 75 Es wird vorgetragen, dass auch der Beteiligten zu 3 die Option offenstünde, ein wirtschaftlich tragfähiges LTE-Netz mit 2 × 20 MHz Kanalbandbreite und einer nennenswerten Flächenversorgung außerhalb der Innenstädte aufzubauen. Dafür müsste die Beteiligte zu 3 Datenverkehr aus dem 1,8-GHz-Frequenzbereich in den 2-GHz-Frequenzbereich verlagern. Darüber hinaus wird angemerkt, dass die Beteiligte zu 3 in der Versteigerung 2010 gegenüber den anderen Beteiligten „eine Milliarde Euro gespart“ habe und nicht mit der besonderen Versorgungsverpflichtung für die 800-MHz-Frequenzen belastet sei. Die Beteiligte zu 3 selbst habe diesen Aspekt als erfolgreich umgesetzte strategische Zielsetzung präsentiert, indem das Unternehmen öffentlich dargestellt habe, dass es die niedrigsten Auktionspreise und damit den niedrigsten Durchschnittspreis je Megahertz erzielt habe, was sich über niedrige Kosten und günstige Tarife im Wettbewerb vorteilhaft auswirken könne. Ferner wird

ausgeführt, dass unterschiedliche Frequenzausstattungen Ausdruck unterschiedlicher Geschäftsstrategien und der jeweiligen Zahlungsbereitschaft seien.

- 76 Von anderer Seite wird vorgetragen, dass die Ergebnisse der Versteigerung der 800-MHz-Frequenzen die Beherrschung des deutschen Mobilfunkmarktes durch die D-Netzbetreiber verstärkt bzw. erheblich zur Verfestigung bzw. Ausweitung deren Dominanz bei mobilen Breitbandzugängen und Datendiensten beigetragen hätten. Durch die Versteigerung sei der Marktzugang für Neueinsteiger blockiert und neue innovative Produkte bzw. Angebote verhindert worden.
- 77 Die Untersuchung der Wettbewerbssituation hätte vor der Entscheidung über die Verlängerung der GSM-Frequenznutzungsrechte durchgeführt werden müssen. Zum jetzigen Zeitpunkt sei die Überprüfung nicht mehr angezeigt, da der Ausgang des Versteigerungsverfahrens nicht durch die Hintertür einer Neuverteilung bestehender Frequenznutzungsrechte umgegangen werden dürfe.
- 78 Ferner wird ausgeführt, dass die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 kaum Interesse hätten, einen Refarming-Antrag zu stellen, weil sie nach Ersteigerung der 800-MHz-Frequenzen verpflichtet seien, zunächst in die Netze zur Versorgung dünn besiedelter Gebiete zu investieren. Für die Beteiligte zu 3 seien die Anreize gering, eine Öffnung des eigenen GSM-900-Spektrums für UMTS-Angebote zu beantragen. Da das Unternehmen nicht über genügend 900-MHz-Spektrum verfüge, um den noch über viele Jahre anfallenden GSM-Sprachverkehr in dünn besiedelten Regionen im 900-MHz-Bereich abzuwickeln und parallel UMTS-Datendienste anzubieten, sei die Möglichkeit, den eigenen gepaarten 5-MHz-Block im 900-MHz-Bereich für UMTS zu nutzen, praktisch irrelevant. Es sei damit zu rechnen, dass die Beteiligte zu 3 auf die Errichtung eines flächendeckenden UMTS-/ LTE-Netzes verzichten müsste, da es wegen seiner höheren Kosten nicht zu wettbewerbsfähigen Preisen vermarktet werden könne.

## **b) Kernfrage 2**

- 79 Als Kernfrage 2 wurde folgende Frage gestellt:
- 80 Welchen Einfluss haben Wettbewerber, die nicht selbst über Frequenznutzungsrechte in den berücksichtigten Frequenzbereichen verfügen, auf die Wettbewerbssituation der betroffenen Netzbetreiber?
- 81 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 82 Einerseits wird vorgetragen, dass der Markteintritt von Mobile Virtual Network Operator (MVNO) und ähnlicher Geschäftsmodelle dem Wettbewerb noch zusätzliche Dynamik verliehen hätte. Eine Vielzahl von alternativen Breitbandangeboten sowohl auf lokaler wie auch auf regionaler und bundesweiter Ebene würde für einen deutlich ansteigenden Wettbewerb im Breitbandmarkt sorgen. Insofern wird auf Double- und Triple-Play-Angebote für Kabel-TV, Internetzugang und Telefondienste von TV-Kabelanbietern, Energieunternehmen und kommunalen Versorgern auf Grundlage von Glasfaser- und TV-Kabelnetzen und auf Anbieter alternativer Funklösungen wie Richtfunk, BWA- und Wireless LAN-Techniken verwiesen.
- 83 In Anbetracht der hohen Kosten zum Erwerb der Frequenznutzungsrechte bei der Versteigerung 2010 hätten die Zuteilungsnehmer einen starken Anreiz zur zügigen Auslastung der zusätzlichen Kapazitäten. Dies eröffne MVNO, Reseller und ähnlichen Anbietern mit innovativen Geschäftsmodellen neue Betätigungsmöglichkeiten. Je schneller und umfangreicher diese alternativen Angebote insbesondere in den ländlichen Gebieten und den „Weißen Flecken“ Erfolg hätten, umso stärker würden die drei Erwerber des 800-MHz-Spektrums unter Wettbewerbsdruck geraten. Es sei daher davon auszugehen, dass die Wettbewerbsintensität im deutschen Mobilfunkmarkt weiterhin hoch bleibe.
- 84 Andererseits wird vorgetragen, dass Wettbewerber, die nicht selbst über Frequenznutzungsrechte verfügen würden, keinen maßgeblichen Einfluss auf die Wettbewerbssituation der Netzbetreiber bzw. nur einen eingeschränkten Wettbewerbsspielraum gegenüber den Netzbetreibern hätten. Sie seien zwingend auf Vorleistungen von Netzbetreibern angewiesen,

was zum einen ihren Preissetzungsspielraum und zum anderen ihre wettbewerblichen Differenzierungsmöglichkeiten begrenze. Die MVNO hätten noch den größten Einfluss, da sie in begrenztem Umfang eigene Netztechnik betreiben und damit Einfluss auf die Qualitätsparameter hätten. Begrenzter sei der Wettbewerbsspielraum bei den Diensteanbietern. Auch das Geschäftsmodell der Service Provider sei in den letzten Jahren rückläufig gewesen.

### c) Kernfrage 3

- 85 Als Kernfrage 3 wurde folgende Frage gestellt:
- 86 Bestehen objektive ökonomisch-frequenztechnische Nachteile aufgrund der Frequenz-  
zuteilungen? Welche Kennzahlen sind aussagekräftig?
- 87 Die Stellungnahmen zur Kernfrage 3 behandelten drei Schwerpunkte: Erstens die Frage, ob objektive frequenztechnisch-ökonomische Nachteile aufgrund der Frequenzzuteilungen bestehen, zweitens die Eignung von Kennzahlen für diese Frage sowie drittens die Bedeutung eines internationalen Vergleichs.
- 88 Unter Bezugnahme auf ein vorgelegtes wirtschaftswissenschaftliches Gutachten wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass die Frequenzverteilung objektive frequenztechnisch-ökonomische Nachteile begründe. Die Ausprägungen von betriebswirtschaftlichen Erfolgsindikatoren bei GSM-900- und GSM-1800-Mobilfunknetzbetreibern vergleichende empirische Analysen zeigten übereinstimmend, dass Unternehmen, die zunächst mit 1800-MHz-Frequenzen ausgestattet wurden, signifikant niedrigere SIM-Kartenmarktanteile und EBITDA-Margen aufwiesen als ihre Konkurrenten, die mit 900-MHz-Frequenzen gestartet seien. Eine Gegenüberstellung mit der Marktsituation in 15 anderen westeuropäischen Ländern offenbare, dass in Deutschland auch zum Stichtag 31. März 2010 noch eine gegenüber den Vergleichsländern überdurchschnittliche, hohe Konzentration von SIM-Kartenmarktanteilen und Mobilfunkdienstumsatzanteilen auf einzelne Anbieter (Beteiligte zu 1 und zu 2) bestehe. Ursächlich hierfür seien zum einen die zeitliche Staffelung der GSM-Lizenzvergabe und sich daraus ergebende Positionierungsoptionen als Pionier bzw. Erst-/Früheinsteiger oder Folger/Späteinsteiger sowie zum anderen die unterschiedliche Ausstattung mit GSM-Frequenzen in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz. Die Unterschiede in der Lage der GSM-Frequenzen von Mobilfunknetzbetreibern wirkten sich auf die Netzbetriebskosten und die Qualität der Angebote der Unternehmen aus.
- 89 Andererseits wird die Ansicht vertreten, dass die Frequenzverteilung keine objektive frequenztechnisch-ökonomische Nachteile begründe. Spätestens nach der Frequenzvergabe im Frühjahr 2010 bestünden tatsächlich keine Nachteile einzelner Mobilfunknetzbetreiber mehr. Die Frequenzauktion des Jahres 2010 habe in einem fairen und transparenten Prozess allen Netzbetreibern auf dieser Basis die Möglichkeit gegeben, ihre Spektrumsressourcen dem von ihnen erwarteten Bedarf und der Zukunftsabsicherung entsprechend auszuweiten, was diese auch alle nutzten. Durch den Verzicht auf das knappe, relativ teure 800-MHz-Spektrum habe die Beteiligte zu 3 nach eigenen Angaben ihre durchschnittlichen Frequenzkosten bei der Vergabe (je Einwohner und Megahertz) auf weniger als ein Drittel der vergleichbaren Kosten der anderen drei Auktionsteilnehmer senken können. Dies ermögliche ihr nicht nur einen sehr wettbewerbsstarken, kostengünstigen, qualitativ hochwertigen Ausbau ihrer Mobilfunkkapazitäten. Sie könne den Ausbau auf dieser Grundlage in den zunächst ökonomisch wichtigeren städtischen Gebieten beginnen und die ländlichen Regionen zunächst unberücksichtigt lassen.
- 90 Teilweise wird offen gelassen, ob ökonomisch-frequenztechnische Nachteile aufgrund von Frequenzzuteilungen bestehen. Die bestehenden Frequenzverteilungen seien das Ergebnis offener, objektiver, transparenter und diskriminierungsfreier Vergabeverfahren. Ökonomisch-frequenztechnische Vor- und Nachteile einzelner Frequenzportfolios seien Ergebnis eigener unternehmerischer Entscheidung. Jede Frequenz verfüge über typische physikalische Eigenschaften, die sich abhängig von der Lage im Spektrum ändern könne. Tiefere Frequenzen (in den hier betrachteten Bereichen sind dies die Frequenzen unterhalb 1 GHz) verfügten über wesentlich bessere Ausbreitungsbedingungen hinsichtlich der Reichweite und der Gebäudedurchdringung, während bei höheren Frequenzen (hier sind dies die Frequenzen

um 2 GHz) bessere Möglichkeiten zur Deckung des Kapazitätsbedarfs in Gebieten mit hoher Bevölkerungsdichte bestünden. Diese unterschiedlichen physikalischen Gegebenheiten führten nicht generell zu eindeutigen Vor- oder Nachteilen bestimmter Frequenzbereiche, sondern jeder Frequenzbereich für sich biete Möglichkeiten zur sinnvollen Nutzung. Durch gezielte Planung – unter Berücksichtigung von Geschäftsmodell und Verkehrsaufkommen – ließen sich die jeweils positiven Eigenschaften verschiedener Frequenzen zur optimalen Versorgung eines bundesweiten Gebietes kombinieren.

- 91 Bezüglich des zweiten Schwerpunkts (aussagekräftige Kennzahlen) werden unterschiedliche Indikatoren als aussagekräftig für die Bestimmung frequenztechnisch-ökonomischer Nachteile genannt. Im Einzelnen genannt wurde der SIM-Kartenmarktanteil, der Mobilfunkdienstumsatzanteil, EBITDA, EBITDA-Marge, die erreichbaren Datenraten, die Übertragungskapazität, die Spektraleffizienz, die Anzahl der für die Flächenabdeckung bzw. Funkversorgung der Bevölkerung erforderlichen Basisstationen sowie der für das Spektrum gezahlte Durchschnittspreis je Megahertz und Einwohner.
- 92 Zum dritten Schwerpunkt wurde einhellig vorgetragen, dass die Aussagekraft eines internationalen Vergleichs gering sei, da die jeweiligen Ausgangslagen zu unterschiedlich seien. Da die Frequenzen auch im Ausland im Rahmen offener, objektiver, transparenter und diskriminierungsfreier Vergabeverfahren zugeteilt worden seien, sei ihre Verteilung das Ergebnis des dortigen Bieterwettbewerbs. Dessen unbeschadet wurde darauf hingewiesen, dass eine Frequenzumverteilung im 900-MHz-Band aktuell auch in anderen EU-Mitgliedsstaaten erwogen bzw. umgesetzt werde. Die Umverteilung von 900-MHz-Spektrum scheine dabei teilweise mit begleitenden regulatorischen Maßnahmen (Erlaubnis zum Refarming, Verlängerung der Frequenznutzungsrechte, Frequenzvergabe in anderen Bändern mit einer einhergehenden übergreifenden Neuordnung der Frequenzausstattungen etc.) verknüpft zu sein.

#### **d) Kernfrage 4**

- 93 Als Kernfrage 4 wurde folgende Frage gestellt:
- 94 Bedarf es zur Sicherstellung einer diskriminierungsfreien und effizienten Verwaltung der öffentlichen Ressource Funkfrequenz einer mengensymmetrischen Verteilung der Frequenzen?
- 95 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 96 Einerseits wurde die gestellte Frage bejaht und ausgeführt, dass die gegenwärtig bestehende stark asymmetrische Frequenzverteilung im 900-MHz-Band wettbewerbsverzerrende Effekte habe. Eine symmetrische Verteilung bei 900 MHz sei erforderlich, um parallel GSM-Sprach- und UMTS-Datendienste/-netze in diesem Frequenzbereich realisieren zu können.
- 97 Andererseits wurde die Auffassung vertreten, dass eine mengensymmetrische Verteilung weder ein wettbewerbsrechtliches noch ein frequenzregulatorisches Ziel sei. Insbesondere wenn die Verteilung durch marktwirtschaftliche Verfahren wie eine Auktion erfolge, könne eine unsymmetrische Verteilung Ausdruck unterschiedlicher Geschäftsmodelle und unterschiedlicher Zahlungsbereitschaften – und damit von Wettbewerb – sein. Eine ungleiche Verteilung infolge einer Frequenzauktion sei der Inbegriff des Wettbewerbs. Die europarechtlichen Grundlagen und auch das deutsche Telekommunikationsgesetz würden die Versteigerung als Regelfallverfahren für die Vergabe knapper Frequenzressourcen vorsehen. Vor diesem Hintergrund sei die Vorgabe einer mengensymmetrischen Verteilung dem Versuch einer Marktsteuerung gleichkommend, die jedoch weder mit der marktwirtschaftlichen Grundordnung noch mit einer diskriminierungsfreien Frequenzverwaltungspraxis vereinbar wäre. Bei der Auktion seien die teilnehmenden Unternehmen in der Lage, durch geeignete Gebote diejenige Frequenzausstattung anzustreben, die ihrer individuellen Unternehmensstrategie und Finanzausstattung entsprächen. In Anbetracht der unterschiedlichen Unternehmensstrategien in einem Wettbewerbsumfeld werde sich im Ergebnis voraussichtlich keine mengensymmetrische Verteilung der Frequenzen ergeben, auch wenn diese als mögliches Ergebnis nicht ausgeschlossen sei. Eine ungleiche Frequenzausstattung sei als optimiert anzusehen. Letztlich sei mit Blick auf die Entwicklung der Technologien und die Einfüh-

zung der Technologieneutralität der Frequenznutzungsrechte anzumerken, dass eine mengensymmetrische Spektrumsverteilung nicht erforderlich sei, zumal die Anzahl der Marktteilnehmer Änderungen unterworfen sein kann.

- 98 Schließlich wurde ausgeführt, dass eine strenge (= mathematisch) mengensymmetrische Gleichverteilung für eine diskriminierungsfreie und effiziente Verwaltung nicht erforderlich sei. Für die Frequenzen im 900-MHz-Band sei jedoch eine Annäherung an diese mengensymmetrische Verteilung nach Ablauf der GSM-Frequenznutzungsrechte denkbar, da für einen Parallelbetrieb von GSM und UMTS Spektrum von etwa  $2 \times 8,8$  MHz (gepaart) pro Netzbetreiber benötigt würden. Bei vier Mobilfunknetzbetreibern ergäbe sich dann eine mengensymmetrische Verteilung.

**e) Kernfrage 5**

- 99 Als Kernfrage 5 wurde folgende Frage gestellt:
- 100 Inwieweit können Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten
- a) durch Frequenzzuteilungen im Allgemeinen und
  - b) durch Frequenzzuteilungen, die das Ergebnis von offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren sind, im Besonderen verursacht werden?
- 101 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 102 Zum Teil wurde die Ansicht vertreten, dass Frequenzzuteilungen dann Wettbewerbsverzerrungen verursachen könnten, wenn sie für die einzelnen Mobilfunknetzbetreiber zu unterschiedlichen regulatorischen Rahmenbedingungen führten, die einen chancengleichen Wettbewerb verhinderten. Das Bundeskartellamt hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass Frequenzzuteilungen grundsätzlich geeignet seien, den Wettbewerb auf den Mobilfunkmärkten zu verzerren, da die Frequenzausstattung eine wesentliche Grundlage für die Wettbewerbsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen auf diesen Märkten ist. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn knappe Frequenzen nach unklaren, willkürlich gesetzten Kriterien verteilt werden oder wenn einzelne Unternehmen bewusst bevorzugt oder benachteiligt werden, etwa indem sie für vergleichbare Frequenzen weniger oder mehr bezahlen müssten als ihre Wettbewerber. Sofern Frequenzzuteilungen nach offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren erfolgen würden, scheine die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung dagegen gering, da dann alle interessierten Unternehmen bei vergleichbarer Eignung auch vergleichbare Chancen haben müssten, die benötigten Frequenzen zu bekommen. Dass bei einem knappen Gut nicht alle Interessierten (im gewünschten Umfang oder überhaupt) zum Zuge kommen könnten, sei für sich genommen noch keine Wettbewerbsverzerrung.
- 103 Ein Kommentator hat vorgetragen, dass die Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur bestätige, dass Frequenzzuteilungen Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen könnten, denn diese habe in Umsetzung des GSM-Konzepts eine asymmetrische Frequenzausstattung angeglichen, obwohl die Frequenzen nach eigener Feststellung der Bundesnetzagentur das Ergebnis von offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren seien. Der Fall, dass ein Netzbetreiber nicht über ausreichend Frequenzen im 900-MHz-Band verfügt, um UMTS und GSM parallel anzubieten, sei mit dem Regelbeispiel in Begründungserwägung 6 der GSM-Richtlinie aber ohne Weiteres vergleichbar und geeignet, Wettbewerbsverzerrungen im Sinne der Richtlinie zu begründen.
- 104 Von Anderen wurde ausgeführt, dass Wettbewerbsverzerrungen auf Mobilfunkmärkten infolge von Frequenzzuteilungen nur dann zu befürchten seien, wenn einzelne Unternehmen aufgrund der im Vergabeverfahren erworbenen Frequenzumfänge in die Lage versetzt würden, eine marktbeherrschende Stellung zu begründen. Frequenzzuteilungen, die das Ergebnis von offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren seien, würden daher nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Maßgeblich sei hierbei eine den Regulierungszielen entsprechende Ausgestaltung der Vergaberegeln. Im Verfahren



seien daher von der Bundesnetzagentur geeignete Sicherungen vorzusehen, die eine Masierung von Frequenzressourcen bei einem Bieter effektiv verhindern. Solche Maßnahmen könnten der Zuschnitt von Frequenzblöcken (je kleiner, desto mehr Versteigerungsobjekte, desto geringer ist die Verdrängungsgefahr) und Spektrumsruppen sein. Auf keinen Fall dürften jedoch Frequenzzuteilungen, die das Ergebnis von offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren seien, im Nachhinein durch Eingriffe des Regulierers in den Markt geändert werden. Die Bieter hätten sowohl ihre Gebote als auch die nachfolgenden Geschäftspläne und Investitionen im Vertrauen auf die Kontinuität der regulatorischen Vergabebedingungen getätigt. Aus Gründen der Planungs- und Investitionssicherheit – auch für künftige Vergabeverfahren – sei es daher unerlässlich, dass die aus dem Bietwettbewerb resultierenden Frequenzverteilungen über die vereinbarte Laufzeit Bestand hätten. Freiwillige Änderungen zwischen Marktbeteiligten im Rahmen von Frequenzhandel seien hiervon unbenommen.

- 105 Des Weiteren wurde die Meinung kundgetan, dass der Begriff der Wettbewerbsverzerrung weder im TKG, im GWB noch im AEUV legaldefiniert sei. Im allgemeinen Sprachgebrauch verstehe man darunter eine Ungleichmäßigkeit der Wettbewerbsbedingungen. Wettbewerbsverzerrungen könnten durch eine Vielzahl von Parametern im Zusammenhang mit den Frequenzzuteilungen entstehen. Herauszuheben wäre etwa der Zeitpunkt der Zuteilung und deren Inhalt. Jeder Unterschied in diesen beiden Bereichen könne – müsse aber nicht – zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Eine Überprüfung könne nur am konkreten Fall betrachtet werden. Die Frage, ob Frequenzzuteilungen aufgrund von Vergabeverfahren zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, könne nicht stichhaltig beantwortet werden. Auch ein offenes, objektives, transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren könne Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Da Frequenzen in einem solchen Verfahren im Wettbewerb vergeben würden, könne dessen Ergebnis jedoch per se nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen.

#### **f) Kernfrage 6**

- 106 Als Kernfrage 6 wurde folgende Frage gestellt:
- 107 Inwiefern kann die Flexibilisierung von Frequenznutzungsrechten zu Wettbewerbsverzerrungen führen?
- 108 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 109 Zunächst wurde die Frage kontrovers diskutiert, worauf es bei der Flexibilisierung ankomme. Vertreten wurde zum einen die Ansicht, dass erst eine diskriminierende Nutzung von flexibilisierten Rahmenbedingungen zu Wettbewerbsverzerrungen führen könne. Andererseits wurde auch die Meinung geäußert, dass nicht erst auf den Zeitpunkt einer tatsächlichen flexibilisierten Nutzung des 900-MHz-Bandes abzustellen sei. Insbesondere folge Entsprechendes nicht aus dem Erwägungsgrund 6. Indem die Bundesnetzagentur den Wortlaut („Liberalisierung der Nutzung des 900-MHz-Bands“) isoliere und aus seinem Kontext gerissen betrachte, verkenne sie dessen Sinnzusammenhang. So beschreibe der Erwägungsgrund 6 lediglich ein Gefahrenszenario, das bei einer flexibilisierten Nutzung des 900-MHz-Bands entstehen könnte. Dies werde insbesondere in der konjunktivischen Formulierung („könnten bestimmte Mobilfunkbetreiber [...] Effizienz Nachteile gegenüber anderen Betreibern erleiden, die in der Lage wären [...]“) deutlich.
- 110 Unvereinbar mit den Vorgaben der Richtlinie sei ferner das Argument der Bundesnetzagentur, es könne jedenfalls solange keine Wettbewerbsverzerrung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie vorliegen, wie die D-Netzbetreiber die 900-MHz-Frequenzen ausschließlich für GSM-Anwendungen nutzen, weil für diesen Zeitraum den D-Netzbetreibern gegenüber den E-Netzbetreibern kein Wettbewerbsvorsprung durch die Möglichkeit eines Parallelbetriebs von GSM und UMTS erwachsen könne. Die Interpretation der Bundesnetzagentur lasse auch die weitergehenden Zielsetzungen der geänderten GSM-Richtlinie unberücksichtigt. Besondere Bedeutung nehme für den Richtliniengeber dabei auch das Ziel der gleichzeitigen Aufrechterhaltung der Verfügbarkeit von GSM neben UMTS in Anspruch. Ebenso sei auch das Argument unzutreffend, in Deutschland sei der in Satz 2

der Begründungserwägung 6 genannte Fall für eine mögliche Wettbewerbsverzerrung infolge der Umsetzung des Handlungskomplexes I des GSM-Konzepts nicht gegeben. Damit verkenne die Bundesnetzagentur aber, dass es sich nur um ein Regelbeispiel („insbesondere“) handle. Der Fall, dass ein Netzbetreiber nicht über ausreichend Frequenzen im 900-MHz-Band verfügt, um UMTS und GSM parallel anzubieten, sei mit dem Regelbeispiel aber ohne Weiteres vergleichbar. Die wettbewerblichen Auswirkungen bei der Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie seien durch einen „Forward Looking Approach“, der vor allem bei der Marktdefinition und -analyse zur Anwendung komme, abstrakt im Vorfeld der Nutzung abzuschätzen.

- 111 Ein weiterer Schwerpunkt der Stellungnahmen zur Kernfrage 6 lag in der Beurteilung der Auswirkungen der Flexibilisierung.
- 112 Einige Kommentatoren, darunter das Bundeskartellamt, sind der Ansicht, dass die Flexibilisierung von Frequenznutzungsrechten eher zur Wettbewerbsbelebung als zu Wettbewerbsverzerrungen führe. Von einem Teil der Mobilfunknetzbetreiber wird ergänzend ausgeführt, dass eine Flexibilisierung in der Regel zu mehr Wettbewerb und Innovation führe. Im Hinblick auf die Wettbewerbswirkungen sei maßgeblich, ob die Aufhebung der Nutzungsbeschränkungen bei der Vergabe der Frequenznutzungsrechte planbar gewesen sei oder in die Planungen habe einbezogen werden können. Selbst bei einer nachträglichen Flexibilisierung von Frequenznutzungsrechten, die zum Zeitpunkt der Vergabe dieser Rechte noch nicht bekannt war, würden Wettbewerbsverzerrungen eher Ausnahmereischeinungen sein. In der Regel würden bei einer generellen Aufhebung von Nutzungsrestriktionen alle betroffenen Unternehmen Vorteile von einer Liberalisierung haben, wenn auch ggf. unterschiedlicher Natur und in unterschiedlichem Ausmaß. Jedenfalls seien bei der Ausgestaltung eines Refarming nicht nur die wettbewerblichen Aspekte einer solchen Maßnahme zu berücksichtigen. Vielmehr seien auch andere Regulierungsziele wie das Verbraucherinteresse sowie die Förderung effizienter Netzinfrastrukturen und von Innovationen einzubeziehen und bei der Entscheidung abzuwägen. Auch seien das Interesse der Unternehmen an Planungs- und Investitionssicherheit sowie der Schutz des eingerichteten Gewerbebetriebs in den Überlegungen zu berücksichtigen.
- 113 Die Flexibilisierung könne dann zu Wettbewerbsverzerrungen führen, wenn getätigte Investitionen von Betreibern durch die Flexibilisierung in ihrem Wert gemindert würden. Im Fall von Frequenzen seien eine Vielzahl von Investitionsentscheidungen im Vertrauen auf den Bestand von Frequenzzuteilungen getroffen worden. Dies gelte selbstverständlich im Hinblick auf die jeweils eigenen Frequenznutzungsrechte, aber auch im Hinblick auf die Frequenznutzungsrechte der Wettbewerber. Würden nun die Frequenznutzungsrechte von Wettbewerbern nachträglich (mit oder ohne dessen Mitwirken) geändert, sei nicht auszuschließen, dass dies zur ganzen oder teilweisen Entwertung von Investitionen einzelner Wettbewerber und damit zu Wettbewerbsverzerrungen führen könne. Eine Beseitigung etwaiger Wettbewerbsverzerrungen sei damit frühestens mit Ablauf der bestehenden GSM-Frequenznutzungsrechte, also ab dem 1. Januar 2017, möglich.
- 114 Andererseits wurde die Auffassung vertreten, dass die Unterlassung der Flexibilisierung des 900-MHz-Bandes unter Beibehaltung der gegenwärtigen Frequenzausstattung die ohnehin vorhandenen Wettbewerbsstörungen auf dem deutschen Mobilfunkmarkt weiter verstärken würde, und dass die Wettbewerbschancen der E-Netzbetreiber auf dem Markt für mobile Datendienste durch eine Frequenzflexibilisierung ohne vorherige Umverteilung des 900-MHz-Bandes erheblich beeinträchtigt würden. Eine Flexibilisierung ohne vorhergehende Frequenzumverteilung berge deshalb die Gefahr, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt zu verschlechtern. Für die Beteiligte zu 3 sei damit zu rechnen, dass sie aufgrund ihrer unzureichenden Ausstattung mit Frequenzen unterhalb von 1 GHz und der daraus resultierenden wesentlich höheren Investitionserfordernisse für den Aufbau eines flächendeckenden UMTS-/ LTE-Netzes auf die Errichtung eines solchen Netzes verzichten müsse, da es wegen seiner höheren Kosten nur zu nicht wettbewerbsfähigen Preisen vermarktet werden könnte. Die Flächendeckung von Mobilfunkdienstangeboten sei aber nicht nur bei Sprachtelefonie, sondern auch bei mobilen Datendiensten neben dem

Preis das wichtigste Kriterium bei Auswahlentscheidungen von Endkunden zugunsten oder zuungunsten eines Mobilfunknetzbetreibers.

**g) Kernfrage 7**

- 115 Als Kernfrage 7 wurde folgende Frage gestellt:
- 116 Wie lange werden GSM-Systeme und in welchem Umfang bei 900 MHz voraussichtlich eingesetzt? Wann und wie werden andere Technologien dort zum Einsatz kommen?
- 117 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 118 Auch nach dem Ende der Laufzeit der GSM-Zuteilungen werde der Einsatz von GSM-Systemen erforderlich sein. Der Grund dafür sei, dass ein Großteil des bestehenden und auch in Zukunft zu erwartenden Sprach- und Datenvolumens über die existierenden GSM-Netze transportiert werde. Es wird sogar erwartet, dass ein Grundbedarf an GSM-Systemen über das Jahr 2020 bzw. 2025 hinaus bestehe. In diesem Zusammenhang wird auf die große Anzahl der im Markt befindlichen Endgeräte sowie GSM-Machine-to-Machine-Anwendungen verwiesen.
- 119 Die Frage nach dem Umfang an Spektrum, welches für das Betreiben der GSM-Netze zukünftig benötigt wird, wurde unterschiedlich beantwortet. Zum einen wurde ausgeführt, dass  $2 \times 3,4$  MHz (gepaart) je Netzbetreiber ausreichen. Dieses Spektrum müsse sich jedoch zwingend im Bereich bei 900 MHz befinden, da eine Umverteilung von GSM-Verkehr auf andere (höhere) Frequenzbereiche wegen des erheblichen finanziellen Aufwands (mittlerer dreistelliger Millionenbetrag) ökonomisch keinen Sinn ergebe und auch die Verlagerung des Sprachverkehrs in den Bereich bei 800 MHz keine Option sei, da in diesem Bereich keine Endgeräte für Sprache zur Verfügung stünden und LTE zunächst hauptsächlich für Datenübertragung optimiert worden sei. Zum anderen wird jedoch auf die hohe Netzabdeckung und -kapazität der GSM-1800-Netze vor allem in dicht besiedelten Gebieten verwiesen, die auch gerade bei den Netzbetreibern mit geringer 900-MHz-Frequenzausstattung zur Aufrechterhaltung der GSM-Dienste dienen.
- 120 Des Weiteren wird ausgeführt, dass der Übergang von GSM zu breitbandigen Systemen sukzessive erfolgen werde. Während zum Teil die Möglichkeit in Betracht gezogen wird, diesen Übergang zunächst geographisch beschränkt außerhalb von Grenzzonen und in Gebieten mit geringerem Verkehr lokal zu vollziehen, hält ein anderer Kommentator eine parallele Nutzung der gleichen Frequenzen (GSM und breitbandige Systeme) bei regionaler Trennung für theoretisch gestaltunfähig, jedoch aufgrund der notwendigen räumlichen Schutzabstände für nicht frequenzeffizient.
- 121 Es wird vorgetragen, die neue Generation der Mobilfunkinfrastruktur sei bereits multistandardfähig. Derartige Basisstationen würden bereits ausgeliefert und Stationen älterer Bauart nach und nach gegen die neueste Generation ausgetauscht. Damit ließen sich die verschiedenen Technologien parallel betreiben oder das Netz komplett von einer Technologie auf eine andere wechseln. Damit sei ein fließender Übergang von GSM auf UMTS oder LTE möglich.
- 122 Darüber hinaus wird vorgetragen, Sprachdienste über UMTS (auch UMTS-900) seien im Sinne der effizienten Frequenznutzung, da UMTS auch für den Sprachdienst mindestens die doppelte spektrale Effizienz von GSM habe. Eine Umverteilung müsse zudem im Bereich bei 900 MHz sofort erfolgen, damit allen Mobilfunknetzbetreibern möglichst kurzfristig die Möglichkeit zum Refarming im 900-MHz-Band eingeräumt werde, um mobile Breitbandnetze in Deutschland auf- bzw. ausbauen zu können.
- 123 Von einigen Mobilfunknetzbetreibern wird die Auffassung vertreten, dass erst ab einem – noch nicht absehbaren – Zeitpunkt nach 2016 nicht mehr sämtliches 900-MHz-Spektrum für GSM genutzt werde und somit erst dann Frequenzteilbereiche im 900-MHz-Band zur Nutzung mit breitbandigen Technologien zur Verfügung stünden.
- 124 Ferner wird die Auffassung vertreten, eine Nutzungsänderung im 900-MHz-Band bis 2016 sei nicht realistisch. Danach sei jedoch ein kontinuierlicher Technologiewechsel (Parallelbe-

trieb) von GSM-900 auf LTE-900 aufgrund der variablen Trägerbandbreiten von LTE möglich.

- 125 Ein Kommentator meint, UMTS-900- bzw. LTE-800-Endgeräte seien erst nach 2016 zu Preisen vergleichbar mit GSM-Endgeräten verfügbar. Ein anderer Kommentator verweist auf die bereits heute schon reduzierten Einstiegspreise für 3G-Endgeräte. Tatsächlich unterstütze zudem die große Mehrheit der heute verkauften 3G-Handys bereits UMTS-900.
- 126 Ein Kommentator ist der Meinung, dass bereits heute Endgeräte für UMTS-/HSPA-900 verfügbar und international (in 18 Netzen) kommerziell im Einsatz seien und der UMTS-/HSPA-900-Standard nach der Übernahme der Richtlinie 2009/114/EG auch kurzfristig in ganz Europa eingeführt werde. Ein GSM-900-Angebot sei lediglich in den wenigen Gebieten notwendig, in denen GSM-1800 nicht verfügbar sei. Eine Unterstützung von GSM-Diensten stehe der Einführung von mobilen Breitbandtechnologien nicht entgegen.

#### **h) Kernfrage 8**

- 127 Als Kernfrage 8 wurde folgende Frage gestellt:
- 128 Ist der Parallelbetrieb von GSM-Systemen einerseits und breitbandigen Systemen (wie UMTS oder LTE) andererseits im Frequenzband 900 MHz durch ein und denselben Netzbetreiber wettbewerblich objektiv notwendig?
- 129 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 130 Ein Kommentator ist der Ansicht, dass der Parallelbetrieb von GSM und breitbandigen Systemen wettbewerblich objektiv erforderlich sei. Ein Spektrumsumfang von  $2 \times 5$  MHz (gepaart) sei zum Parallelbetrieb nicht ausreichend, begründe damit Wettbewerbsverzerrungen und stehe somit im Widerspruch zur geänderten GSM-Richtlinie.
- 131 Andererseits wird vertreten, dass der Parallelbetrieb von GSM-Systemen einerseits und breitbandigen Systemen andererseits im Frequenzband 900 MHz durch ein und denselben Netzbetreiber aufgrund der bestehenden Verkehrslast im GSM-Netz – zumindest zum jetzigen Zeitpunkt – nicht wettbewerblich objektiv notwendig sei, da mit den Frequenzen des 800-MHz-Bereichs zusätzliche Frequenzressourcen für den flächendeckenden Aufbau breitbandiger Netzinfrastrukturen zur Verfügung stünden. Für Unternehmen ohne Ausstattung mit 800-MHz-Frequenzen bestehe die Möglichkeit des Betriebs breitbandiger Systeme außerhalb der Innenstädte beispielsweise mit Frequenzen bei 1,8 GHz und in kommerziell weniger attraktiven Gebieten aufgrund von Kooperationsmöglichkeiten mit 800-MHz-Zuteilungsnehmern. Darüber hinaus erscheine ein Technologiewechsel innerhalb des 900-MHz-Bandes in Anbetracht der begrenzten Restlaufzeit (bis Ende 2016) ökonomisch nicht sinnvoll. Auch sei ein Parallelbetrieb mit GSM-900 und LTE-900 aufgrund der flexiblen Trägerbandbreiten von 1,4 MHz, 3 MHz und 5 MHz bei lediglich  $2 \times 5$  MHz (gepaart) zugeteiltem Spektrum möglich. Auch wenn zum heutigen Zeitpunkt ein Parallelbetrieb noch nicht objektiv notwendig sei, könne dieser beim Übergang von GSM zu einer Folgetechnik notwendig werden.
- 132 Schließlich wird in Stellungnahmen darauf hingewiesen, dass Netzbetreiber mit weniger Spektrum bei 900 MHz über eine ausreichende GSM-1800-Netztopologie verfügten, um auch in Zukunft den Bedarf an Sprachverkehr zu befriedigen. Des Weiteren wird ausgeführt, Netzbetreiber mit strukturellem Anteil am 900-MHz-Spektrum seien aufgrund der hohen UMTS-/HSPA-900-Endgerätepenetration (zu erwartender Anteil von 50 Prozent bis 2012) in der Lage, 5 MHz von GSM auf 3G umzuverteilen. Ein Parallelbetrieb von GSM-Systemen einerseits und breitbandigen Systemen andererseits hinge vom Geschäftsmodell des Netzbetreibers und von der Nachfrageentwicklung ab.

#### **i) Kernfrage 9**

- 133 Als Kernfrage 9 wurde folgende Frage gestellt:
- 134 Wie wird die Umstellung von GSM-Systemen auf breitbandige Systeme konkret bewerkstelligt? Wird gleichsam von einer auf die andere Sekunde umgeschaltet, oder wird

die Umstellung eine vorübergehende parallele Nutzung von GSM- und breitbandigen Systemen erfordern?

- 135 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 136 Bei der Umstellung von GSM auf breitbandige Systeme müsse ein Parallelbetrieb innerhalb des betreffenden Frequenzbereichs erfolgen. Hierbei könne zunächst insbesondere der GSM-Sprachverkehr sukzessive auf UMTS-Träger verlagert werden. Dies funktioniere beispielsweise in den Bereichen bei 1,8 GHz und 2 GHz aufgrund der ähnlichen Ausbreitungseigenschaften recht gut.
- 137 Die Umstellung könne auch schrittweise geographisch beschränkt (außerhalb von Grenzzonen) und in Gebieten mit geringerem Verkehr erfolgen. Eine parallele Nutzung der gleichen Frequenzen (GSM und breitbandige Systeme) bei regionaler Trennung sei theoretisch gestaltbar, jedoch aufgrund der notwendigen räumlichen Schutzabstände vermutlich nicht frequenzeffizient.
- 138 Bei der Parallelnutzung von unterschiedlichen Technologien wird auf die Verfügbarkeit von sog. Multistandard-Basisstationen verwiesen. Da der GSM-Dienst noch auf Jahre hinaus erforderlich sei, beschränke dessen Unterstützung dennoch nicht die Einführung von mobilen Breitbandtechnologien im 900-MHz-Band. GSM-Dienste könnten im 1800-MHz-Band für einen Großteil der nachfragenden Bevölkerung unterstützt werden, während ein kontinuierliches GSM-900-Angebot nur in den wenigen Bereichen erforderlich sei, in denen GSM-1800 nicht zur Verfügung stehe, und dies auch nur, bis die Marktdurchdringung von mobilen Breitbandendgeräten nahezu 100 Prozent erreicht habe.

#### **j) Kernfrage 10**

- 139 Als Kernfrage 10 wurde folgende Frage gestellt:
- 140 Wie wird die Kanalfragmentierung zu beseitigen sein?
- 141 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:
- 142 Einerseits wird vorgeschlagen, die derzeit bestehenden Fragmentierungen im Wege einer Umverteilung zu beseitigen. Ein Kommentator fordert dabei die sofortige Umverteilung von Amts wegen, um im Zuge dessen die – vom Kommentator angenommene Wettbewerbsverzerrung – zu beseitigen. Im Ergebnis solle jeder der vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber  $2 \times 8,4$  MHz zusammenhängendes Spektrum im 900-MHz-Band für einen Parallelbetrieb von GSM und breitbandigen Systemen nutzen können. Ein anderer Kommentator hingegen fordert eine Umverteilung nach Ende der Laufzeit (31.12.2016). Diese könnte zum Ziel haben, entweder vier Blöcke mit jeweils etwa  $2 \times 8,8$  MHz zu schaffen oder vier Blöcke mit jeweils etwa  $2 \times 5$  MHz, wobei es hier einen fünften in sich fragmentierten Bereich gäbe.
- 143 Andererseits wird für das 900-MHz-Frequenzband keine Notwendigkeit für eine Kanaldefragmentierung gesehen, wenn lediglich ein Frequenzträger im Umfang von  $2 \times 5$  MHz Kanalbandbreite für breitbandige Systeme bereitgestellt werden solle. Nur bei Umstellung des gesamten Frequenzbands auf breitbandige Systeme wäre eine solche Maßnahme vonnöten. Erst mit Einführung von Systemen mit höheren Bandbreiten (wie bei 800 MHz) wäre eine Kanaldefragmentierung notwendig.

#### **k) Kernfragen 11 und 12**

- 144 Als Kernfrage 11 wurde folgende Frage gestellt:
- 145 Unter welchen Umständen wäre die Ergreifung regulatorischer Maßnahmen nach Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie gerechtfertigt und verhältnismäßig?
- 146 Als Kernfrage 12 wurde folgende Frage gestellt:
- 147 Wäre ein regulatorisches Eingreifen in die bis 2016 laufenden Frequenznutzungsrechte gerechtfertigt und verhältnismäßig?
- 148 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:

- 149 Die Mehrzahl der Kommentatoren hält derzeit keine regulatorischen Maßnahmen in Bezug auf die bestehenden Zuteilungen für erforderlich, da keine Wettbewerbsverzerrungen vorlägen und auch nicht wahrscheinlich seien. Die Verteilung der Frequenzen sei das Ergebnis einer Vielzahl von offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren. Jedes Unternehmen hätte jederzeit frei über ein Angebot zum Markteintritt entscheiden können. Es sei daher nicht ersichtlich, wieso aus diesen wettbewerblichen Verfahren eine Wettbewerbsverzerrung folgen sollte. Aufgrund der in der Auktion 2010 umfassend gegebenen Möglichkeit einer freien Aufstockung aller Frequenzressourcen sei nicht davon auszugehen, dass es zu einer Wettbewerbsverzerrung durch eine Nutzungsfreigabe der Flexibilisierung des 900-MHz-Spektrums kommen werde. Ferner seien sämtliche Frequenzbereiche zu berücksichtigen. Auch durch die Liberalisierung sei eine Wettbewerbsverzerrung nicht zu erwarten. Es wird ausgeführt, dass das 900-MHz-Spektrum auch in Zukunft für GSM-Sprachverkehr genutzt werde.
- 150 Sofern ein D-Netzbetreiber dennoch einen Antrag auf Refarming stellen würde, wäre gemäß der Entscheidung BK 1a-09/001 zur Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte zu prüfen, ob einer derartigen Liberalisierung wettbewerbsrelevante Gründe entgegenstünden.
- 151 Jedenfalls wäre eine Umverteilung von Frequenzen des 900-MHz-Frequenzbereichs zu Lasten der D-Netzbetreiber unverhältnismäßig. In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, dass im Hinblick auf die weitere Nutzung von GSM bis 2016 seit 2007 massiv in entsprechende 900-MHz-Technologie investiert worden sei. Ein regulatorisches Eingreifen in die bis 2016 laufenden Frequenznutzungsrechte würde den im Vertrauen auf die bestehende und zugesicherte Frequenzausstattung getätigten Investitionen widersprechen, deren Amortisation verhindern und weitere Investitionen zur Absicherung der Dienstqualität erforderlich machen. Bei einer Umverteilung könnte das Qualitätsniveau nur dann aufrecht erhalten werden, wenn zusätzliche Investitionen in die GSM-Netzinfrastruktur kompensiert würden. Dadurch wäre ein D-Netzbetreiber gezwungen, erheblich in eine veraltete Technologie zu investieren. Die für den Ausbau einer modernen Breitband-Netzinfrastruktur – insbesondere in den ländlichen Räumen – benötigten Finanzmittel würden stattdessen in die Aufrüstung bestehender, ggf. sogar technologisch überholter Netze fließen.
- 152 Darüber hinaus fehle es an einer Rechtsgrundlage, da die Voraussetzungen des § 63 TKG bzw. der §§ 48 f. VwVfG nicht vorlägen. Demzufolge käme – wenn überhaupt – eine Beseitigung etwaiger Wettbewerbsverzerrungen frühestens ab dem 1. Januar 2017 in Betracht.
- 153 Von anderer Seite wird ein Eingreifen der Regulierungsbehörde für erforderlich gehalten. Die Gestaltung der Frequenzvergabe 2010 und die Umsetzung der GSM-Flexibilisierungsrichtlinie hätten die Wettbewerbschancen der E-Netzbetreiber erheblich beeinträchtigt.
- 154 Eine Neuverteilung sei vorzunehmen. Dafür seien zwei Handlungsoptionen denkbar. Zum einen bestünde die Möglichkeit, nach dem Ablauf der GSM-Frequenznutzungsrechte am 31. Dezember 2016 zu reagieren. Zum anderen sei denkbar eine Neuverteilung unter gleichzeitiger Laufzeitanpassung bis 2025 vorzunehmen. Eine unverzügliche Neuverteilung wird als die beste Option eingeschätzt.
- 155 Eine Umverteilung sei auch verhältnismäßig, da ein effektiver Wettbewerb um die Einführung „einer großen Bandbreite von Diensten und Technologien“ nur dann möglich sei, wenn allen Netzbetreibern genügend Frequenzen im 900-MHz-Band zur Verfügung stünden, um UMTS-Dienste einzuführen, ohne dort den Betrieb von GSM einstellen zu müssen. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass die Vorteile eines frühzeitigen Frequenzwechsels den Eingriff in die Nutzungsrechte der D-Netzbetreiber aufwiegen würden.
- 156 Als Rechtsgrundlage für die geforderte Umverteilung käme § 60 Abs. 2 Satz 2, 2. Variante TKG in Betracht. Darüber hinaus würde auch § 49 Abs. 2 Nr. 1, 2. Fall VwVfG eine Ermächtigungsgrundlage darstellen. Auch § 63 Abs. 2 TKG käme als Ermächtigungsgrundlage in Betracht. Die Zuteilungsvoraussetzung – Gewähr für eine effiziente Nutzung – würde bei den D-Netzbetreibern nicht mehr vorliegen, da sie „noch auf Jahre, möglicherweise bis zum Ende der derzeitigen Laufzeit am 31.12.2016“ GSM auf den 900-MHz-Frequenzen betreiben wollten. Ferner würde auch § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 TKG greifen, da für den Parallelbetrieb 8,4 MHz benötigt würden. Damit reiche das gegenwärtig zugeteilte Spektrum von  $2 \times 5$  MHz

(gepaart) nicht aus. Durch diese Frequenzknappheit würde auch der Wettbewerb unzumutbar gestört.

### **l) Kernfrage 13**

157 Als Kernfrage 13 wurde folgende Frage gestellt:

158 Welche Wechselwirkungen bestehen zwischen der Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie und der in Zukunft zu treffenden Entscheidung über die Einräumung von Nutzungsrechten im Frequenzbereich 900 MHz ab dem 1. Januar 2017? Falls ein Vergabeverfahren durchzuführen sein wird: Wie könnte und müsste dieses Vergabeverfahren ausgestaltet sein, um im Einklang mit unionsrechtlichen und bundesrechtlichen Vorgaben zu stehen?

159 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:

160 Einerseits wurde die Meinung geäußert, dass nach Durchführung einer Umverteilung von Amts wegen die Frequenznutzungsrechte bis Ende 2025 verlängert werden sollten, um die Planungssicherheit zu erhöhen, die für Investitionsentscheidungen in UMTS-/ LTE-Netze erforderlich sei. Ein solches Vorgehen könnte zweifellos auch im Einklang mit unions- und bundesrechtlichen Vorgaben ausgestaltet werden, da die Versteigerung 2010 eindrucksvoll belegt habe, dass es keinen Neueinsteiger gebe, der Interesse an einem Eintritt in den deutschen Mobilfunkmarkt habe bzw. die dafür notwendigen Voraussetzungen erfülle.

161 Andererseits wurde gefordert, die Frequenznutzungsrechte ohne Umverteilung zu verlängern. Die gegenwärtige Frequenzzuteilung sei nicht wettbewerbsverzerrend. Aus diesem Grund bestehe auch keine Veranlassung für einen regulierenden Eingriff in die bestehende Verteilung der Frequenzen. Für die Identifikation der bestgeeigneten Frequenznutzer der aktuell im Rahmen der GSM-Lizenzen zugeteilten Frequenzbänder sei ein erneutes Vergabeverfahren nicht notwendig. Eine Aufhebung der technologischen Restriktionen in den Frequenzbereichen 900 MHz und 1,8 GHz werde den Aufbau neuer moderner Netzinfrastrukturen (Investitionen in Funkstandorte, Antennen, Mobilfunksysteme und vor allem Endgeräte für die Kunden) nur dann bewirken, wenn damit eine Verlängerung der Lizenzlaufzeit verbunden sei. Angeregt werde die Vereinheitlichung der Laufzeit mit den im Jahr 2010 ersteigerten Frequenzen bis Ende 2025. Innerhalb der verbleibenden Restlaufzeit der Lizenz bis 2016 könnten ansonsten die Investitionen in die Netzinfrastruktur nicht amortisiert werden und würden daher unterbleiben. Im Hinblick auf das Regulierungsziel einer Förderung von Innovationen und effizienter Infrastrukturinvestitionen sollte daher das Refarming mit einer Laufzeitverlängerung verbunden werden.

162 Des Weiteren wurde geltend gemacht, dass die Bundesnetzagentur eine rasche Entscheidung über die weitere Verwendung des 900-MHz-Bands treffen möge. Den Netzbetreibern sollte Transparenz gegeben werden, um eine rechtzeitige Investition in die 900-MHz-Netze zu ermöglichen. Darüber hinaus sollte den Nutzern Dienstkontinuität zugesichert werden. Sollte die Zuteilung von 900-MHz-Spektrum an einen Netzbetreiber nach 2016 reduziert werden, müsse dieser unbedingt so früh wie möglich darüber informiert werden, damit er die entsprechenden Maßnahmen treffen könne, die die Dienstkontinuität für alle seine Kunden nach 2016 sicherstellten.

### **m) Kernfrage 14**

163 Als Kernfrage 14 wurde folgende Frage gestellt:

164 Inwiefern sind Neueinsteigerinteressen zu berücksichtigen?

165 In den Stellungnahmen wurde hierzu im Wesentlichen Folgendes vorgetragen:

166 Zunächst wurde vorgetragen, dass nur durch Neueinsteiger zusätzlicher Wettbewerb und Innovation entstehen könnten. Daher seien die Interessen von Neueinsteigern bei einer Vergabe besonders zu berücksichtigen.

167 Hingegen wurde auch darauf hingewiesen, dass die Interessen von Neueinsteigern nur dann zu berücksichtigen seien, wenn tatsächlich konkrete Anhaltspunkte für die Existenz eines oder mehrerer Neueinsteiger vorlägen. Angesichts von vier bereits etablierten Mobilfunknetzbetreibern, erheblicher Investitionen für den Aufbau eines neuen Mobilfunknetzes und eines zumindest bei mobiler Sprachtelefonie bereits gesättigten Marktes bestünden erhebliche Marktzutrittsschranken für Neueinsteiger, selbst wenn diesen ausreichend Frequenzen zur Verfügung stünden. Gleichwohl sollte die Möglichkeit eines Marktneueintritts bei der Vergabe der 900-MHz-Frequenzen 2017 nicht durch die Art der Vergabe von vornherein ausgeschlossen werden. Allerdings dürfe die Berücksichtigung der Interessen von Neueinsteigern nicht zu Lasten der Frequenzzuteilungsnehmer gehen. Angesichts der nur sehr begrenzt zur Verfügung stehenden Frequenzkapazitäten gerade auch bei dem Spektrum im Bereich 900 MHz sei es nicht angezeigt, Spektrum an Neueinsteiger zu vergeben.

### 3. Sachverständigengutachten

168 Zur Unterstützung bei der Klärung der mit dem Untersuchungsauftrag verbundenen frequenztechnisch-ökonomischen Fragen hat die Bundesnetzagentur 2010 die Anfertigung eines Sachverständigengutachtens öffentlich ausgeschrieben. Als Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens wurde das Gutachten bei der Technischen Universität Wien in Auftrag gegeben.

169 Aufgrund der Leistungsbeschreibung des ausgeschriebenen Gutachtens waren fünf Fragen zu beantworten sowie ein internationaler Vergleich der Frequenzverteilung in den berücksichtigten Frequenzbereichen in Deutschland mit der in anderen Staaten innerhalb oder außerhalb Europas anzufertigen. Die fünf zu begutachtenden Fragen, die mit einzelnen Kernfragen des Impulspapiers übereinstimmen, haben folgenden Wortlaut:

1. Welchen Einfluss haben Wettbewerber, die nicht selbst über Frequenznutzungsrechte in den berücksichtigten Frequenzbereichen verfügen, auf die Wettbewerbssituation der betroffenen Netzbetreiber?
2. Bestehen objektive ökonomisch-frequenztechnische Nachteile aufgrund der Frequenzzuteilungen? Welche Kennzahlen sind aussagekräftig?
3. Bedarf es zur Sicherstellung einer diskriminierungsfreien und effizienten Verwaltung der öffentlichen Ressource Funkfrequenz einer mengensymmetrischen Verteilung der Frequenzen?
4. Wie lange werden GSM-Systeme und in welchen Umfang bei 900 MHz voraussichtlich eingesetzt? Wann und wie werden andere Technologien dort zum Einsatz kommen?
5. Ist der Parallelbetrieb von GSM-Systemen einerseits und breitbandigen Systemen (wie UMTS oder LTE) andererseits im Frequenzband 900 MHz durch ein und denselben Netzbetreiber wettbewerblich objektiv notwendig?

170 Die Gutachter kommen zusammengefasst zu folgenden Ergebnissen:

171 „Ausgehend von der bestehenden Frequenzzuteilung im 900 MHz Band und der GSM-Änderungsrichtlinie untersucht das vorliegende Gutachten mögliche Wettbewerbsverzerrungen auf den Mobilfunkmärkten durch Beantwortung von fünf von der BNetzA gestellten Fragen.

172 Frage 1 erörtert den Einfluss durch Wettbewerber, die selbst nicht über Frequenznutzungsrechte in den zu betrachtenden Frequenzbereichen verfügen. Wir kommen zu dem Ergebnis, dass Anbieter von Mobilfunkdiensten (MVNO, MVNE, Service Provider) und Festnetzbetreiber ohne Frequenznutzungsrechte kaum bzw. nur in einzelnen Marktsegmenten Wettbewerbsdruck auf die Mobilnetzbetreiber ausüben können. Rasche technologische Entwicklungen bei Software-Applikationen und Informationstechnologie implizieren allerdings, dass vertikal integrierte Mobilfunknetzbetreiber „Marktdruck“ spüren.



- 173 Frage 2 analysiert ökonomisch-frequenztechnische Nachteile aufgrund der Frequenz-zuteilungen und ermittelt dazu Kennzahlen. Eine Kombination von Frequenz- und Netzkosten ist aus unserer Sicht die geeignete Kennzahl, um objektive Wettbewerbsvor- bzw. -nachteile feststellen zu können. Ausgehend von mehreren Szenarien wie die Mobilnetzbetreiber das zur Verfügung stehende Spektrum nutzen könnten, zeigen wir, dass eine Flexibilisierung im 900 MHz Band für Netzbetreiber, die Spektrum im 800 MHz Band erworben haben, nicht präferiert wird. Auch für Netzbetreiber ohne 800 MHz Spektrum ist die Nutzung des flexibilisierten 900 MHz Bandes keine optimale Lösung, da diese ein für 1800 MHz optimiertes Netz besitzen. Wir sehen somit keine Indikationen für Wettbewerbsverzerrungen durch die Frequenzausstattung bei Flexibilisierung des 900 MHz Bandes. Trotz unterschiedlicher Frequenzausstattung sind die Netzbetreiber in der Lage, unterschiedliche Positionen am Markt einzunehmen und den Markt mit unterschiedlichen Strategien nachhaltig erfolgreich zu bedienen.
- 174 Frage 3 erörtert, ob es zur Sicherstellung einer diskriminierungsfreien und effizienten Verwaltung der öffentlichen Ressource Funkfrequenz einer mengensymmetrischen Verteilung der Frequenzen bedarf. Wir kommen zu dem Schluss, dass ein solches Erfordernis nicht abzuleiten ist.
- 175 Frage 4 untersucht, wie lange GSM-Systeme und in welchem Umfang bei 900 MHz voraussichtlich eingesetzt werden. GSM-Technologie ist für Sprachkommunikation optimiert und wird in diesem Jahrzehnt in zumindest gleichem Umfang wie heute für Sprache und Roaming benötigt. Zwischen 2020 und 2025 wird ein Phase-out von GSM stattfinden, wobei eine gewisse GSM-Grundversorgung darüber hinaus denkbar wäre.
- 176 Frage 5 analysiert, ob der Parallelbetrieb von GSM Systemen und breitbandigen Systemen (UMTS, LTE) im 900 MHz Band durch ein und denselben Netzbetreiber wettbewerblich objektiv notwendig ist. Dies ist unseres Erachtens nicht der Fall. Für Parallelbetrieb gibt es weder juristische, noch technische oder ökonomische Gründe. Parallelbetrieb ist allerdings möglich, ggf. technisch und wirtschaftlich sinnvoll.
- 177 Der zweite Teil dieser gutachterlichen Untersuchung ist ein internationaler Vergleich auf Basis der oben genannten Fragen. Bei einer Betrachtung der Lage in Großbritannien, Irland, Schweden, Finnland, Frankreich und Italien zeigt sich wenig explizit formulierte Evidenz dafür, dass durch die Flexibilisierung der Frequenznutzung im 900 MHz Band Wettbewerbsverzerrungen auftreten. In diesen Ländern werden verschiedene Möglichkeiten diskutiert oder umgesetzt, die sich mit Frequenzallokationen und Wettbewerbsverzerrungen befassen. Die erwogenen oder getroffenen Maßnahmen beziehen sich auf (1) Spektrumskappen, (2) Angleichung von Lizenzlaufzeiten, (3) Neuvergabe des Spektrums nach Auslaufen bestehender Zuteilungen, (4) Anpassung der Lizenzbedingungen, (5) Auflagen, anderen Betreibern nationales Roaming zu ermöglichen, (6) Möglichkeiten zur gemeinsamen Nutzung von Infrastruktur, (7) Neugestaltung und Restrukturierung des Frequenzbandes sowie (8) Neuausschreibung von Lizenzen mit Neufestlegung von Rahmenbedingungen. Diese Maßnahmen sind nur in geringem Ausmaß die Folge explizit festgestellter Wettbewerbsprobleme.“

Der Abschlussbericht der Gutachter ist in elektronischer Fassung abrufbar unter [http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/195666/publicationFile/10375/GutachtenFreqVertUntersuchgSBR\\_pdf.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/195666/publicationFile/10375/GutachtenFreqVertUntersuchgSBR_pdf.pdf)

#### **4. Öffentliche Sitzung**

- 178 Die Präsidentenkammer hat am 4. April 2011 eine öffentliche Sitzung durchgeführt, an der die Beteiligten sowie die Sachverständigen teilgenommen haben. Die Sachverständigen der TU Wien haben ihre gutachterlichen Ergebnisse vorgetragen, Fragen der Beteiligten beantwortet und sich zu deren Stellungnahmen zum Gutachten geäußert.
- 179 Die Beteiligte zu 1 begrüßte die Frequenzverteilungsuntersuchung. Die Bundesnetzagentur habe durch eine langfristig angelegte Planung ein „Level Playing Field“ geschaffen. Mit dem GSM-Konzept, dem alle Mobilfunknetzbetreiber zugestimmt hätten, und der Vergabe des E-

GSM-Bandes sei ein wesentlicher Wettbewerbsausgleich geschaffen worden. Seit 1999 seien insgesamt etwa 510 MHz an Frequenzspektrum marktwirtschaftlich fair vergeben und von den Mobilfunknetzbetreibern erworben worden. Die Frequenzausstattung sei nicht der entscheidende Faktor, sondern die Investitionen, Marketingstrategien und Preispolitik der Unternehmen, wodurch eine ausgeglichene Situation entstanden sei. Das Gutachten der TU Wien bestätige die Sicht der Beteiligten zu 1, dass alle Marktteilnehmer eine solide Basis hätten, um die unterschiedlichen Strategien umsetzen zu können. Wettbewerbsverzerrungen lägen aus ihrer Sicht nicht vor. Eine Umverteilung zum jetzigen Zeitpunkt würde eher zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Des Weiteren seien die 900-MHz-Frequenzen derzeit zu praktisch 100 Prozent ausgelastet und dies noch über Jahre. Demnach wäre eine Umverteilung zum jetzigen Zeitpunkt technisch und ökonomisch nicht möglich. Es stelle sich die Frage auch in Bezug auf die Grenzkoordinierung, ob eine Umverteilung überhaupt Sinn machen würde.

- 180 Die Beteiligte zu 2 führte aus, dass in den letzten Jahren erhebliche Investitionen in den Markt geflossen seien, wodurch ein hervorragender Wettbewerbsmarkt entstanden sei. Insgesamt seien die Kosten durch Innovationen gesunken. Durch eine weitsichtige Regulierung in offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren seien die Chancen auf Zugang zu Spektrum gleich gewesen, aber nicht auf gleiche Verteilung ausgerichtet. Die Beteiligte zu 2 beabsichtige – auch auf Grund der aktuellen Verkehrsmengen – nicht, vom Refarming Gebrauch zu machen. Sie sieht eine Nutzung von GSM-Spektrum bis 2020 bzw. 2025 als gegeben an. Die GSM-Frequenzen und Nutzungsrechte seien bis 2016 vergeben. Für diesen Zeitraum seien erhebliche Investitionen in die Netze getätigt worden. Die Kundennutzung sei sehr intensiv. Somit handele es sich um eigentumsrechtliche Positionen, in die nicht eingegriffen werden könne. Es gebe keine Rechtsgrundlage – auch nicht im Europarecht – in die Eigentumsverhältnisse einzugreifen. Darüber hinaus müssten alle Wettbewerbswirkungen und damit alle Frequenzbereiche betrachtet werden, insbesondere weil die 900-MHz-Frequenzen keinen Versorgungsverpflichtungen unterliegen.
- 181 Die Beteiligte zu 3 hat erklärt, dass sie den Ausbau des Netzes mit breitbandigen Diensten nicht nur in Ballungsgebieten, sondern vor allem in ländlichen Gebieten vorantreiben werde. Seit 2005 seien durch die getätigten Investitionen positive Entwicklungen im Markt spürbar. Für den Breitbandausbau seien die 800-MHz- als auch die 900-MHz-Frequenzen geeignet, was auch unstrittig sei. Die 900-MHz-Frequenzen seien zur Versorgung der weißen Flecken, wie es die Breitbandstrategie der Bundesregierung vorsehe, genau so gut geeignet, wie die 800-MHz-Frequenzen. Daher müssten hier so schnell wie möglich die 900-MHz-Frequenzen zur Verfügung gestellt werden. Auch die EU-Kommission fordere, zu untersuchen, ob es Wettbewerbsverzerrungen bei den 900-MHz-Frequenzen gebe. Nicht einzusehen sei, warum das Gutachten der TU Wien andere Frequenzen einbeziehe. Das von ihr vorgelegte Rechtsgutachten käme zu dem Schluss, dass ausschließlich die 900-MHz-Frequenzen zu untersuchen seien.
- 182 Die Beteiligte zu 4 hat vorgetragen, dass auch sie die Ergebnisse des Gutachtens der TU Wien in weiten Teilen begrüße, wenngleich dieses Gutachten bereits mit der Flexibilisierungsentscheidung hätte erstellt werden müssen. Allerdings habe sich zwischenzeitlich die Marktlage verändert. Alle vier Mobilfunknetzbetreiber hätten sich an der Frequenzauktion 2010 beteiligt und entsprechende Investitionsentscheidungen getroffen. In der Flexibilisierungsentscheidung aus dem Jahr 2009 seien die Aussagen enthalten, dass die Bundesnetzagentur keine Wettbewerbsverzerrung sehe und dass die Mobilfunknetzbetreiber, die kein Spektrum unterhalb 1 GHz zur Verfügung hätten, bei der Auktion solches erwerben könnten. In diesem Vertrauen habe sie ihre Investitionsentscheidung getroffen. Eine Umverteilung zum jetzigen Zeitpunkt würde erst recht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen und das Ergebnis der Auktion würde „durch die Hintertür“ verändert. Darüber hinaus sehe sie weder im europäischen noch im deutschen Recht eine Eingriffsbefugnis für eine Umverteilung der 900-MHz-Frequenzen.

## 5. Schriftliche Stellungnahmen zum Gutachten

- 183 Die Kammer hat, wie in der öffentlichen Sitzung angekündigt, den Beteiligten mit Schreiben vom 11. April 2011 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum Gutachten, das den Beteiligten mit Schreiben vom 28. März 2011 zugeleitet wurde, bis zum 2. Mai 2011 eingeräumt.
- 184 Die Beteiligte zu 1 schließt sich den Ergebnissen der Gutachter an. Es sei richtig, dass die Untersuchung, ob Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind, auf das gesamte vergabene Frequenzspektrum an die Mobilfunknetzbetreiber angelegt sein müsse. Es bestehe keine Wettbewerbsverzerrung durch die bestehenden Frequenzausstattungen. Wettbewerb erfordere keine Angleichung der Frequenzausstattungen. Eine Frequenzabgabe der D-Netzbetreiber sei weder möglich noch gerechtfertigt. Die Beteiligte zu 1 stellte keinen Antrag.
- 185 Die Beteiligte zu 2 sieht keine Befugnis zur Umverteilung auf Grundlage der GSM-Richtlinie und sonstiger Rechtsvorschriften. Sie werde keinen Antrag auf Refarming im 900-MHz-Band stellen. Eine Wettbewerbsverzerrung sei nicht gegeben, da die Frequenzausstattungen der Mobilfunknetzbetreiber das Ergebnis wettbewerblicher Verfahren seien. Eine Umverteilung der 900-MHz-Frequenzen wäre unverhältnismäßig sowie ungeeignet und darüber hinaus würde eine Umverteilung immense Kosten verursachen. Im Übrigen schließt sich die Beteiligte zu 2 den Ergebnissen der Gutachter vollumfänglich an. Die Beteiligte zu 2 stellte keinen Antrag.
- 186 Die Beteiligte zu 3 übt umfassend Kritik an dem Gutachten zur Frequenzverteilungsuntersuchung. Mit der Stellungnahme legte die Beteiligte zwei Sondergutachten vor. In der Sache trägt die Beteiligte zu 3 vor, dass die geänderte GSM-Richtlinie eine Untersuchung fordere, ob die Öffnung des 900-MHz-Bandes für andere Technologien als GSM bei den gegenwärtig bestehenden Frequenzzuteilungen zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann. Die Beteiligte zu 3 ist entgegen des Gutachtens der TU Wien der Auffassung, dass hierbei ausschließlich die Frequenzzuteilungen im 900-MHz-Band zu berücksichtigen seien und nicht zusätzlich die Zuteilungen in anderen Bändern wie dem 800-MHz-Band und dem 1800-MHz-Band. Zudem kritisiert sie, dass das Gutachten nur den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2016 betrachte, da insbesondere eine Verlängerung der bestehenden Frequenznutzungsrechte über diesen Zeitraum hinaus nicht ausgeschlossen sei. Eine Umverteilung der 900-MHz-Frequenzen sollte daher nun sofort von Amts wegen erfolgen. Hierfür spreche auch das K 9|18-Diskussionspapier der Bundesnetzagentur, welches die Grundlage für ein „Konzept zur Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte im Bereich 900 MHz und 1800 MHz“ bilden sollte. Die Versteigerung der 800-MHz-Frequenzen im Jahr 2010 sei mit dem Makel einer diskriminierenden Spektrumskappe zu Gunsten der Beteiligten zu 1 und zu 2 behaftet gewesen. Das Gutachten der TU Wien berücksichtige zwar die unterschiedlichen physikalischen Eigenschaften der Frequenzen unterhalb von 1 GHz als Flächenspektrum und oberhalb von 1 GHz als Kapazitätsspektrum, die wesentliche Fähigkeit der Frequenzen unterhalb von 1 GHz zur hausinternen Versorgung mit Breitbanddiensten (Indoor Coverage) würde in dem Gutachten jedoch vollkommen ausgeblendet. Die in dem Gutachten dargestellten Kostenmodelle (Kombination von Frequenzkosten und Netzkosten) nach den vier Szenarien beruhten auf falschen Annahmen und führten daher zu falschen Ergebnissen. Sie spiegelten keinesfalls die von der Beteiligten zu 3 kommunizierten Investitions- bzw. Ausbauplanungen wider. Die These, dass „keine Indikationen für Wettbewerbsverzerrungen durch die Frequenzausstattung bei der Flexibilisierung des 900-MHz-Bandes“ existierten, sei durch die Kostenvergleiche in der Studie nicht zu untermauern. Der internationale Vergleich sei für die Frequenzverteilungsuntersuchung unerheblich, insbesondere weil Deutschland die 800-MHz-Frequenzen als erster EU-Mitgliedsstaat vor einer rechtskonformen Umsetzung der geänderten GSM-Richtlinie vergeben habe. Die regulatorischen Fragestellungen in Deutschland seien dadurch mit denen in anderen EU-Mitgliedsstaaten nicht vergleichbar. Die Beteiligte zu 3 stellte mit der Stellungnahme keinen Antrag.
- 187 Die Beteiligte zu 4 teilt mit, dass sie den Ergebnissen des Gutachtens zustimme. Anträge der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 auf Flexibilisierung jedenfalls vor Ablauf der GSM-Nutzungsrechte im 900-MHz-Band Ende 2016 müssten abgelehnt werden, da es ansonsten

zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könne. Grund dafür sei, dass es nur diesen möglich sei, einen Parallelbetrieb durchzuführen. Die Beteiligte zu 4 stellte keinen Antrag.

## **6. Schriftliche Stellungnahmen zum Entscheidungsentwurf**

- 188 Die Präsidentenkammer hat am 4. Juli 2011 den Entwurf dieser Entscheidung (Konsultationentwurf) den Beteiligten schriftlich zugeleitet und Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 16. September 2011 eingeräumt. Darüber hinaus wurde der Entscheidungsentwurf am 6. Juli 2011 als Mitteilung 364/2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 13/2011 sowie auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht und die interessierten Kreise der Öffentlichkeit zur Stellungnahme bis zum 16. September 2011 aufgerufen. Von der Möglichkeit der Stellungnahme machten lediglich die vier Beteiligten Gebrauch.
- 189 Im Einzelnen wurde zu dem Entwurf der Entscheidung Folgendes vorgetragen:
- 190 Die Beteiligte zu 1 hat im Wesentlichen ausgeführt, dass sie den Entscheidungsentwurf begrüße und die Darstellung der rechtlichen Gründe für die Ablehnung einer Umverteilung unterstütze. Es bestünden durch die bestehende Frequenzausstattung im Mobilfunkmarkt keine Wettbewerbsverzerrungen. Die Unterschiede seien im Gegenteil als Ergebnis von Wettbewerb und unternehmensindividueller Frequenzstrategien anzusehen. Der Wettbewerb erfordere nach den erfolgten wettbewerblichen Vergabeprozessen (Auktionen) keine nachträgliche Angleichung der Frequenzausstattungen. Die Untersuchung sei nicht auf das 900-MHz-Band beschränkt, sondern aus technischen und rechtlichen Gründen auf alle Frequenzen bezogen, in denen Mobilfunkdienste erbracht werden können. Eine zwangsweise Angleichung hätte dagegen erhebliche technische und wirtschaftliche Auswirkungen und damit diskriminierende, wettbewerbsverzerrende Effekte für die betroffenen Unternehmen zur Folge. Eine Abgabe von 900-MHz-Spektrum sei weder möglich noch gerechtfertigt. Das Spektrum werde noch für viele Jahre für die Erbringung von GSM-Diensten benötigt; erst weit nach 2017 würden geeignete Teile des Spektrums aus diesem Bereich für eine neue Nutzung verfügbar sein. Das GSM-Konzept der Bundesnetzagentur habe seit 2007 durch aufeinander aufbauende Stufen die Harmonisierung der GSM-Frequenzausstattungen sowie -Lizenzlaufzeiten aller Wettbewerber im deutschen Markt bewirkt und damit zu einem Level-Playing-Field im Mobilfunk geführt. Für einen Widerruf der Frequenzen böte § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 3 TKG keine Rechtsgrundlage. Aus der Personen- bzw. Unternehmensbezogenheit des § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 TKG folge, dass eine auf das Gebot richtlinienkonformer Auslegung gestützte Interpretation des § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG, der auf den Wettbewerb als Ganzes Bezug nimmt, mit dem geltenden gesetzlichen Rahmen unvereinbar wäre. Die richtlinienkonforme Auslegung erlaube es nicht, über zwingende Vorgaben des nationalen Rechts hinwegzugehen. Ein Widerruf könne auch auf § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 TKG nicht gestützt werden, denn Verzerrung stelle noch keine Verhinderung oder unzumutbare Störung des Wettbewerbs im Sinne des § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 1. Alternative TKG dar.
- 191 Die Beteiligte zu 2 hat im Wesentlichen vorgetragen, dass sie die Einschätzung teile, dass eine Umverteilung abzulehnen sei. Für eine Umverteilung fehle jedenfalls eine Rechtsgrundlage. Weder § 60 TKG noch § 63 TKG würden eine Umverteilung rechtfertigen. Im speziellen Fall der Beteiligten zu 2 komme hinzu, dass die Frequenznutzungsrechte mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags und nicht durch Verwaltungsakt zugeteilt worden seien. Somit komme lediglich eine Kündigung oder Anpassung des Vertrags gemäß § 60 Abs. 1 VwVfG in Betracht, jedoch seien die Voraussetzungen nicht erfüllt. Der Anwendungsbereich der GSM-Richtlinie sei nicht eröffnet. Gemäß Erwägungsgrund 6 sei die Frage der Wettbewerbsverzerrung nur für den Fall zu untersuchen, dass Netzbetreiber über kein 900-MHz-Spektrum verfügten, nicht aber lediglich über einen geringeren Umfang. Hierfür spreche auch Erwägungsgrund 7. Jedenfalls könnten Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzuteilungen des 900-MHz-Bands nicht festgestellt werden, auch nicht nach der Öffnung dieses Frequenzbereichs für alternative Technologien. Die Frequenzverteilung sei das Ergebnis wettbewerblicher Verfahren. Die Gleichverteilung von Spektrum sei kein Regulierungsziel. Zudem bestünden keine Kosten- und Effizienz Nachteile auf Seiten der E-Netzbetreiber, denn die Vorteile einer größeren Ausbreitungsreichweite von 900-MHz-Frequenzen in der Fläche

würde durch die Nachteile in dichter besiedelten Gegenden und Ballungsgebieten zumindest aufgehoben. Bei steigendem Mobilfunkverkehr sei nicht mehr die Ausbreitung, sondern die Frequenzmenge der Begrenzungsfaktor. Durch die Liberalisierung komme es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen, da sie das 900-MHz-Spektrum auch in Zukunft für GSM-Sprachverkehr bzw. GSM-basierte Anwendungen nutzen werde. Eine Umstellung von GSM auf UMTS oder ein Parallelbetrieb beider Technologien im 900-MHz-Spektrum sei auf absehbare Zeit nicht geplant. Der Entzug von Frequenznutzungsrechten wäre jedenfalls unverhältnismäßig. Eine Umverteilung wäre schon nicht geeignet, da sie zu einer Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der D-Netzbetreiber führen würde. Aufgrund der hohen Kundenanzahl und der hervorragenden Flächenversorgung der GSM-900-Netze der D-Netzbetreiber bestehe ein Allgemeininteresse an der unverändert fortgesetzten Nutzung der 900-MHz-Frequenzen. Für den Fall der Abgabe von 3,7 MHz im 900-MHz-Bereich würde sie die Kosten für eine Verlagerung allein durch die notwendige Verdichtung der Netze auf einen dreistelligen Millionenbetrag veranschlagen. Auch nach der Genehmigungsrichtlinie habe der Bestandsschutz regelmäßig Vorrang. Nach § 52 Abs. 1 TKG komme zudem dem Gesichtspunkt der effizienten und störungsfreien Nutzung gegenüber den übrigen Regulierungszielen ein Vorrang zu. Schließlich dürfe nicht im Nachgang in das Ergebnis des freien Bietwettbewerbs im Vergabeverfahren 2010 zugunsten einzelner Marktteilnehmer eingegriffen werden.

- 192 Die Beteiligte zu 3 hat im Wesentlichen ausgeführt, dass das Ergebnis des Konsultationsentwurfs nicht haltbar sei. Das zugrunde gelegte „Wiener Gutachten“ sei aus vielerlei Gründen äußerst fragwürdig. Der verwendete Berechnungsansatz bestrafe sie faktisch dafür, im Rahmen der Frequenzversteigerung im Jahr 2010 sehr nachhaltig auf 800-MHz-Spektrum geboten zu haben. Die Studie der Beratungsfirma Rewheel und die Entscheidungen der Beschlusskammer 3 lieferten keine verwertbaren Antworten auf die im Rahmen der Frequenzverteilungsuntersuchung zu beantwortenden Fragen. Den Hilfsausführungen zur Verhältnismäßigkeit sei entgegenzuhalten, dass sie am 22. September 2006 und damit mehr als zehn Jahre vor dem 31. Dezember 2016 eine Umverteilung beantragt habe. Es erscheine fragwürdig, dass die Bundesnetzagentur diesen Antrag fünf Jahre lang nicht bescheide und dass sie ihn nun unter erweiterten rechtlichen Voraussetzungen im Rahmen der Frequenzverteilungsuntersuchung ablehnen möchte, und dass ihr zusätzlich entgegengehalten werde, dass bis 2016 jetzt nur noch ein Restzeitraum von gut fünf Jahren verbliebe. Die Beteiligte zu 3 hat den ursprünglich am 22. September 2006 gestellten Antrag umgestellt. Sie wendet sich ferner gegen die Verbindung des amtswegigen Verfahrens mit dem Antragsverfahren, da hiermit ungleichartige Verfahren miteinander verbunden würden, insbesondere seien die rechtlichen Maßstäbe inkongruent. Als Ermächtigungsgrundlage für einen Widerruf komme nach dem Gutachten von Professor Dr. Holznagel neben den im Konsultationsentwurf genannten Bestimmungen auch der lizenzrechtliche Widerrufsvorbehalt in Betracht. Die Beteiligte zu 3 bittet die Kammer, die endgültige Entscheidung entsprechend den Ergebnissen der von der Beteiligten zu 3 vorgelegten Gutachten zu korrigieren.
- 193 Die Beteiligte zu 4 hat das Ergebnis der im Konsultationsentwurf vorliegenden Entscheidung vollumfänglich begrüßt und eine Klarstellung in Randnummer 305 (alt 291) wie folgt ange-regt. Der dortige Satz 2 soll durch folgende beiden Sätze ersetzt werden:
- 194 „Dies wurde von den Beteiligten zu 1 und zu 2 mehrfach und ausdrücklich vorgetragen. Die Beteiligte zu 4 hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihr ein flächendeckender Parallelbetrieb von GSM und UMTS bei 900 MHz technisch schon nicht möglich ist.“

## **B. Abtrennung des Verfahrens auf Antrag der Beteiligten zu 3**

- 195 Aufgrund der Ergebnisse des Anhörungsverfahrens zum Konsultationsentwurf (Rn. 192) wurde das Verfahren aufgrund des Antrags der Beteiligten zu 3 vom 22. September 2006 in der Fassung des Schreibens der Beteiligten zu 3 vom 11. August 2011, mit dem die Beteiligte zu 3 nunmehr die Zuteilung von weiteren  $2 \times 2,4$  MHz (gepaart) im 900-MHz-Band begehrt, von dem amtswegigen Verfahren betreffend die Frequenzverteilungsuntersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) abgetrennt. Es wird fortan unter dem Geschäftszeichen BK 1-11/004 geführt.

- 196 Gemäß § 10 VwVfG ist das Verwaltungsverfahren an bestimmte Formen nicht gebunden, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften für die Form des Verfahrens bestehen. Es ist einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen.
- 197 In Anwendung ihres nach § 10 VwVfG bestehenden Verfahrensermessens hat eine verfahrensleitende Behörde auch die Möglichkeit, unterschiedliche Verwaltungsverfahren in ihrem Zuständigkeitsbereich zu verbinden, insbesondere dann, wenn dies der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Zügigkeit des Verfahrens dient (§ 10 Satz 2 VwVfG). Dem Telekommunikationsgesetz lässt sich nicht entnehmen, dass es der Bundesnetzagentur nicht möglich ist, Verfahren parallel zu betreiben und die zu treffenden Entscheidungen zu bündeln, sofern sie ihre sachlichen Zuständigkeiten nicht überschreitet, die geltenden formellen und materiellen Voraussetzungen beachtet und die Betroffenen durch die Kombination der Verfahren nicht schlechter gestellt werden als wenn die Verfahren getrennt und nacheinander durchgeführt und abgeschlossen werden.
- BVerwG, DVBl. 2006, 842 (843); VG Köln, Urteil vom 17. März 2010, 21 K 7769/09, juris, Rn. 63.
- 198 Zwar wäre die Verbindung rechtmäßig, denn die verbundenen Verfahren haben insofern den gleichen Gegenstand, als die Entscheidungen in beiden Verfahren nur einheitlich ergehen können. In beiden Verfahren ist eine Entscheidung darüber zu treffen, ob Frequenzen aus dem 900-MHz-Band ohne vorheriges Vergabeverfahren zugeteilt werden können. Die Kammer ist für beide Verfahren zuständig (Rn. 206). Die formellen und materiellen Voraussetzungen wurden beachtet (Rn. 205 ff). Ferner haben die Beteiligten, zu denen die Beteiligte zu 3 als Antragsstellerin im verbundenen Verfahren zählt, durch die Verfahrensverbindung keinen Nachteil. Keines der beiden Verfahren ist für das andere jeweils vorgefährlich, so dass sie nacheinander durchgeführt und abgeschlossen werden müssten.
- 199 Die Kammer erachtet jedoch die fortan getrennte Behandlung und Entscheidung für zweckmäßig. Die Beteiligte zu 3 kann aufgrund dieser Entscheidung im amtswegigen Verfahren erwägen, ob sie an einer Entscheidung im Antragsverfahren festhält oder den Antrag auch für die derzeit noch beantragte Umverteilung von 2 × 2,4 MHz (gepaart) zurücknimmt.

### **C. Frequenzverteilungsuntersuchung**

- 200 Die Entscheidung, die Frequenznutzungsrechte der Beteiligten im 900-MHz-Band nicht umzuverteilen, beruht im Wesentlichen auf folgenden rechtlichen Gründen:

#### **I. Anwendbares Recht**

- 201 Die Entscheidung der Kammer ergeht in unmittelbarer Anwendung von Bundesrecht.
- 202 Zwar liegt der Anlass dieses Verfahrens in der Pflicht der Mitgliedstaaten zur Umsetzung des Untersuchungsauftrags aus Art. 1 Abs. 2 der GSM-Richtlinie (Rn. 52). Für rechtliche Folgen, die sich aus dieser Untersuchung ergeben können, verweist Art. 1 Abs. 2 der GSM-Richtlinie auf Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie (Rn. 58). Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie ist gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht unmittelbar anwendbar. Vielmehr sind grundsätzlich nur die Bestimmungen unmittelbar anwendbar, die der Mitgliedstaat in Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht überführt hat.
- 203 Gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 der Genehmigungsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Rechte, Bedingungen und Verfahren im Zusammenhang mit – unter anderem – Nutzungsrechten nur in objektiv gerechtfertigten Fällen und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit geändert werden können. Für Frequenznutzungsrechte ist diese Richtlinienbestimmung im Allgemeinen durch die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zum Verwaltungsakt sowie im Besonderen durch die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes zu Frequenzzuteilungen in Bundesrecht umgesetzt. Somit ergibt sich das für die Zuständigkeit, das Verfahren und die Sachentscheidung anwendbare Recht aus dem Bundesrecht.

- 204 Gleichwohl ist die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen. Ferner haben die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 EUV die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe zu unterstützen und alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten, zu unterlassen. Daraus folgt, dass die Kammer zur Erreichung der Ziele der geänderten GSM-Richtlinie auch deren materielle Wertungen als Maßstab bei der Anwendung und Auslegung des Bundesrechts zugrunde zu legen hat.

## **II. Formelle Rechtmäßigkeit**

- 205 Die Entscheidung steht im Einklang mit Vorschriften über die Zuständigkeit und das Verfahren.

### **1. Zuständigkeit**

- 206 Die Kammer ist für diese Entscheidung zuständig.
- 207 Gemäß § 2 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 2009), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554) geändert worden ist, nimmt die Bundesnetzagentur die Verwaltungsaufgaben des Bundes wahr, die ihr durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts zugewiesen sind.
- 208 Der Bundesnetzagentur ist durch § 55 Abs. 3 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), das zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 24. März 2011 (BGBl. I S. 506) geändert worden ist, die Verwaltungsaufgabe zugewiesen, Frequenzen als Einzelzuteilung zuzuteilen. Diese Aufgabenzuweisung schließt die Befugnis zur Änderung gemäß § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG sowie zum Widerruf von Frequenzzuteilungen gemäß § 63 TKG ein. Hierunter fällt auch die Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der GSM-Richtlinie.
- 209 Innerhalb der Bundesnetzagentur (funktionelle Zuständigkeit) ist in diesem Fall gemäß § 132 Abs. 1 und 3 TKG die Präsidentenkammer zuständig. Nach diesen Bestimmungen entscheidet die Bundesnetzagentur unter anderem in den Fällen des § 55 Abs. 9 TKG durch die Präsidentenkammer.
- 210 Die Frage der funktionellen Zuständigkeit innerhalb der Bundesnetzagentur ist nicht nur für die Anwendbarkeit der besonderen Vorschriften des Beschlusskammerverfahrens in den §§ 132 bis 136 TKG bedeutsam, sondern auch für die Statthaftigkeit der Rechtsbehelfe maßgeblich. Gegen Entscheidungen der Beschlusskammern ist gemäß § 137 Abs. 2 und 3 TKG ein von den Vorgaben der Verwaltungsgerichtsordnung abweichender Rechtsweg eröffnet. Zur Beschleunigung des Rechtsschutzes findet weder ein Vorverfahren (Widerspruch) statt (§ 137 Abs. 2 TKG) noch kann gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts Berufung eingelegt werden (§ 137 Abs. 3 TKG).
- 211 Die Präsidentenkammer ist gemäß § 132 Abs. 1 und 3 TKG funktionell zuständig, weil die hier zu treffende Entscheidung betreffend einer möglichen Umverteilung ein Fall des § 55 Abs. 9 TKG ist.
- 212 Gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG kann die Bundesnetzagentur unbeschadet von § 55 Abs. 5 TKG anordnen, dass der Zuteilung der Frequenzen ein Vergabeverfahren auf Grund der von der Bundesnetzagentur festzulegenden Bedingungen nach § 61 TKG voranzugehen hat, wenn für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind.
- 213 Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist nicht nur im Falle der Anordnung eines Vergabeverfahrens eröffnet, sondern auch im Fall des Absehens von einer Vergabe.

BVerwG, NVwZ 2011, 613 (616) Rn. 30

- 214 Die Zuständigkeit der Präsidentenkammer schließt zwar nicht aus, dass bestimmte Verfahrensfragen, die noch im Vorfeld der Entscheidung über die Anordnung eines Vergabeverfahrens liegen, abgeschichtet und vorab geklärt werden, bevor die Präsidentenkammer mit der Angelegenheit befasst wird.
- BVerwG, NVwZ 2011, 613 (616) Rn. 29
- 215 Von derartigen vorbereitenden, frequenzordnenden bzw. –bereinigenden Maßnahmen sind jedoch die Fälle abzugrenzen, in denen ein funktionell zusammengehöriger Frequenzbereich gleichzeitig frei wird, der als solcher dem Markt nach objektiven Kriterien ohne weiteres zur Verfügung gestellt werden kann.
- BVerwG, NVwZ 2011, 613 (616) Rn. 30
- 216 Nicht erst die Anordnung eines Vergabeverfahrens, sondern schon die Entscheidung, bezüglich frei gewordener Frequenzen ausnahmsweise von einer Vergabe abzusehen, betrifft den Anwendungsbereich des § 55 Abs. 9 TKG.
- BVerwG, NVwZ 2011, 613 (616) Rn. 30
- 217 Die ausdrücklich unter Inanspruchnahme „planerischen Ermessens“ aus „regulatorischen Erwägungen“ getroffene Entscheidung ist gemäß § 132 Abs. 1, § 135 Abs. 3 TKG von der Präsidentenkammer aufgrund mündlicher Verhandlung durch Verwaltungsakt zu treffen.
- BVerwG, NVwZ 2011, 613 (616) Rn. 30
- 218 Nach diesen Maßstäben ist auch die hier gegenständliche Entscheidung über die mögliche Umverteilung der Frequenznutzungsrechte im 900-MHz-Band als Folge der zur Umsetzung von Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) gebotenen Untersuchung ein Fall des § 55 Abs. 9 TKG. Diese Umverteilung würde in zwei Schritten erfolgen: Erstens die teilweise Aufhebung (Einschränkung oder Entziehung) bestehender Frequenznutzungsrechte und zweitens die Zuteilung dieser Frequenzen an ein anderes, benachteiligtes Unternehmen.
- 219 Jedenfalls ist die Entscheidung über die Umverteilung bzw. Zuteilung dieser Frequenzen vor dem 1. Januar 2017 ohne Durchführung eines vorherigen Vergabeverfahrens nach den oben dargestellten rechtlichen Maßstäben der Präsidentenkammer zugewiesen, denn die Kammer sieht zumindest zum Zeitpunkt dieser Entscheidung keinen Anlass zum Zweifel an der Knappheit der Frequenzen im 900-MHz-Band gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG. Hierfür spricht schon der Umstand, dass die Beteiligte zu 3 die Umverteilung des vorhandenen Spektrums beantragt hat.
- 220 Die Entscheidung, die nach etwaiger Aufhebung frei gewordenen Frequenzen trotz Knappheit zur Behebung von wahrscheinlichen Wettbewerbsverzerrungen ohne Vergabeverfahren einem anderen Unternehmen zuzuteilen, steht in untrennbarem Sachzusammenhang mit der Entscheidung, die Bestandskraft von derzeit zugeteilten Frequenzen deshalb zu durchbrechen und damit im Sinne des § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 TKG für die Umverteilung verfügbar zu machen. Die diesem frequenzordnungsrechtlichen Eingriff zugrunde liegenden frequenzregulatorischen Erwägungen umfassen sämtliche Maßnahmen, die im Fall der Feststellung von wahrscheinlichen Wettbewerbsverzerrungen im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) in Betracht zu ziehen sind, und damit auch die Frage der Aufhebung bestehender Frequenznutzungsrechte, denn diese Aufhebung wäre ein notwendiges Durchgangsstadium für die Zuteilung dieser Frequenzen an ein anderes Unternehmen.
- 221 Die Kammer ist entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 3 nicht verpflichtet, neu zu ermitteln, ob bis Ende 2016 Frequenzen im 900-MHz-Band tatsächlich knapp sind. Der Tatbestand des § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG ist erfüllt, wenn für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind.
- 222 Der hier zu entscheidende Fall weicht insoweit von dem typischerweise von § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG geregelten Fall ab, dass es hier in der Konsequenz der Frequenzverteilungsuntersuchung um die Frage geht, ob bestehende Frequenznutzungsrechte während der Lauf-



zeit umverteilt werden. Die Kammer ist der Auffassung, dass die dauerhafte Ausübung dieser bestehenden Frequenznutzungsrechte und die ausdrückliche Ablehnung eines Verzichts auf einen Teil des jeweils zugeteilten Spektrums durch die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 in diesem atypischen Fall das funktionale Äquivalent der Anträge auf Frequenzzuteilung sind, die in der zweiten Variante des § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG die Grundlage für die Knappheitsfeststellung bilden. Das 900-MHz-Band ist restlos bis zum 31. Dezember 2016 zugeteilt. Darüber hinaus begehrt die Beteiligte zu 3 die Zuteilung weiterer Frequenzen in einem Umfang von  $2 \times 2,4$  MHz (gepaart). Zugunsten der Beteiligten zu 3 unterstellt, dass sämtliche sonstigen Zuteilungsvoraussetzungen erfüllt wären, scheiterte die Zuteilung allein daran, dass die begehrten Frequenzen nicht für eine Zuteilung vorhanden sind. Diese Sachlage erfüllt die Merkmale des § 55 Abs. 9 Satz 1 Var. 2 TKG. Deshalb sind sämtliche diesbezüglichen Entscheidungen der Bundesnetzagentur, seien sie auf Antrag oder von Amts wegen veranlasst, Entscheidungen über knappe Frequenzen.

- 223 Selbst wenn diesem Verständnis des § 55 Abs. 9 Satz 1 Var. 2 TKG nicht gefolgt würde, käme die Kammer über eine Prognose gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1 Var. 1 TKG zu der Feststellung der Knappheit. Diese Prognose bezieht sich darauf, dass im Zuteilungszeitpunkt eine das verfügbare Frequenzspektrum übersteigende Anzahl von Zuteilungsanträgen gestellt sein wird. Grundlage dieser Prognose ist die Feststellung eines überschießenden Frequenzbedarfs. Bei dieser Feststellung als solcher steht der Kammer ein Beurteilungsspielraum nicht zu.

BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 6 C 3.10 –, Rn. 25

- 224 Für die Bedarfsfeststellung steht in Gestalt des förmlichen Bedarfsermittlungsverfahrens, bei dem die Kammer zur Vorbereitung ihrer Entscheidung über den Erlass einer Vergabeanordnung öffentlich dazu auffordert, innerhalb einer angemessenen Frist Bedarfsmeldungen in Bezug auf die fraglichen Frequenzen einzureichen, ein in der Praxis erprobtes, aussagekräftiges Verfahren zur Verfügung, das zudem den unionsrechtlich vorgegebenen Kriterien der Objektivität, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit genügt. Zwar ist ein förmliches Bedarfsermittlungsverfahren in § 55 Abs. 9 TKG nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Wird es – wie hier – nicht vor dem Erlass dieses Beschlusses durchgeführt, ist die Kammer aber jedenfalls gehalten, auf Erkenntnisse zurückzugreifen, die eine vergleichbare Gewähr für die zutreffende Erfassung des aktuellen Frequenzbedarfs bieten und somit als Grundlage für die Prognose einer (nicht) ausreichenden Verfügbarkeit von Frequenzen nicht weniger geeignet sind.

BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 6 C 3.10 –, Rn. 28

- 225 Das durchgeführte Verfahren im Allgemeinen und die mehrfachen Stellungnahmen der Beteiligten im Besonderen liefern Erkenntnisse, die eine vergleichbare Gewähr für die zutreffende Erfassung des aktuellen Frequenzbedarfs bieten. Die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 haben ausdrücklich oder stillschweigend zu dem Umverteilungsbegehren der Beteiligten zu 3 mehrfach ablehnend Stellung genommen. Würde die Kammer Frequenzzuteilungen von einem oder von mehreren der Beteiligten zu 1, zu 2 oder zu 4 im 900-MHz-Band widerrufen, würde jedenfalls die von dem Widerruf belastete Beteiligte neben der Beteiligten zu 3 einen Antrag auf Zuteilung des dann verfügbaren Spektrums stellen. Für die insgesamt begehrten Frequenzzuteilungen sind mithin gegenwärtig nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden. Es ist aus Sicht der Kammer nicht erkennbar – und dies wird auch nicht weiter von der Beteiligten zu 3 ausgeführt –, welche weiteren Erkenntnisse in einem förmlichen Bedarfsermittlungsverfahren für die Zeit bis zum 31. Dezember 2016 gesammelt werden könnten.

## 2. Verfahren

- 226 Die Verfahrensvorschriften wurden gewahrt.
- 227 Das Verfahren für die Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) wurde von der Präsidentenkammer gemäß § 134 Abs. 1 Var. 1 TKG von Amts wegen eingeleitet.

- 228 Nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) untersuchen die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser Richtlinie, ob aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in ihrem Gebiet im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind, und beseitigen solche Verzerrungen, soweit dies gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, in Übereinstimmung mit Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie. Nach Art. 14 Abs. 1 der Genehmigungsrichtlinie können die Mitgliedstaaten Frequenznutzungsrechte ändern oder überprüfen und verfügen damit über geeignete Instrumente, um solchen möglichen Wettbewerbsverzerrungen erforderlichenfalls zu begegnen.
- 229 Soweit vorgetragen wurde (Rn. 77), dass die Untersuchung der Wettbewerbssituation vor der Entscheidung über die Verlängerung der GSM-Frequenznutzungsrechte hätte durchgeführt werden müssen und zum jetzigen Zeitpunkt die Überprüfung nicht mehr angezeigt sei, da der Ausgang des Versteigerungsverfahrens nicht „durch die Hintertür“ einer Neuverteilung bestehender Frequenznutzungsrechte umgangen werden dürfe, weist die Kammer auf Folgendes hin: Nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) ist die Frequenzverteilung bei der Umsetzung der Richtlinie zu untersuchen. Zur Umsetzung der geänderten GSM-Richtlinie hat die Kammer die Flexibilisierungsentscheidung BK 1a-09/001 getroffen. Nach Maßnahme 2 der Flexibilisierungsentscheidung (Rn. 38) wird die Bundesnetzagentur die GSM-Frequenznutzungsrechte (900 MHz und 1800 MHz) auf Antrag und nach Maßgabe der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 87/372/EWG schnellstmöglich flexibilisieren. Die Umsetzung der geänderten GSM-Richtlinie war mithin nicht mit der Flexibilisierungsentscheidung abgeschlossen. Vielmehr wurde in der Flexibilisierungsentscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Frequenzverteilungsuntersuchung auch nach Abschluss der Versteigerung, insbesondere wenn ein Frequenzzuteilungsinhaber die Flexibilisierung der konkreten Frequenznutzungsrechte beantragt, durchgeführt wird.
- 230 Die Beteiligten sind gemäß § 134 Abs. 2 Nr. 2 TKG an dem Verfahren zur Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) beteiligt. Nach § 134 Abs. 2 Nr. 2 TKG sind die Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und die Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit, gegen die sich das Verfahren richtet, an dem Verfahren vor der Beschlusskammer zu beteiligen. Die Beteiligten sind Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit. Des Weiteren sind sie Inhaber von Frequenznutzungsrechten im von der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) betroffenen 900-MHz-Band, weshalb sich die verfahrensabschließende Präsidentenkammerentscheidung an diese richtet.
- 231 Den Beteiligten wurde gemäß § 135 Abs. 1 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Entscheidung ergeht gemäß § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG aufgrund mündlicher Verhandlung. Die Entscheidung wurde im Wege eines offenen, transparenten, diskriminierungsfreien Verfahrens unter Beteiligung der Beteiligten und der interessierten Kreise erarbeitet. Hierzu fand am 4. April 2011 eine mündliche Verhandlung der Kammer statt (Rn. 178). Im Rahmen dessen wurde insbesondere das wissenschaftliche Gutachten mit ökonomisch-frequenztechnischem Schwerpunkt zur Frequenzverteilungsuntersuchung der möglichen Flexibilisierung in den 900- und 1800-MHz-Bändern erörtert und die Sach- und Rechtslage mit allen Beteiligten ausführlich diskutiert. Die Öffentlichkeit der Verhandlung ermöglichte die Teilnahme der interessierten Kreise. Ferner bestand Gelegenheit, zum Impulspapier (Rn. 66) und zum Entwurf dieser Entscheidung Stellung zu nehmen. Damit wurde auch den europarechtlichen Vorgaben aus Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) und Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie Rechnung getragen.
- 232 Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.
- 233 Das Bundeskartellamt wurde im Sinne des § 123 TKG eingebunden.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

234 Die Entscheidung steht schließlich im Einklang mit sachlichem Recht.

235 Die Voraussetzungen für eine der Umverteilung vorangehende (Teil-) Aufhebung von Frequenzzuteilungen im Frequenzbereich von 880 MHz bis 915 MHz sowie von 925 MHz bis 960 MHz bis zu ihrem Ablauf am 31. Dezember 2016 liegen nicht vor; insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der bestehenden Zuteilungen des 900-MHz-Bands wahrscheinlich sind (1.). Selbst wenn in diesem Sinne Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich wären, würde eine der Umverteilung vorausgehende (Teil-) Aufhebung bestehender Frequenzzuteilungen nicht die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhalten, denn es liegen keine Gründe von einer Art und einem Gewicht vor, die eine Umverteilung während der gegenwärtigen Laufzeit als erforderlich und verhältnismäßig erscheinen ließen (2.).

#### 1. Gesetzliche Voraussetzungen für eine der Umverteilung vorangehende Aufhebung

236 Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Aufhebung bestehender Frequenzzuteilungen im 900-MHz-Band sind nicht erfüllt.

##### a) Rechtsgrundlage

237 Für den ersten Teilschritt der Umverteilung, der (vollständigen oder teilweisen) Aufhebung von bestehenden Frequenznutzungsrechten, kommen auf der Grundlage des Telekommunikationsgesetzes zwei Wege in Betracht: zum einen die Änderung einer Frequenzzuteilung gemäß § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG, zum anderen der Widerruf gemäß § 63 TKG.

#### Änderung von Art und Umfang der Frequenznutzung nach § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG

238 Nach § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG können Art und Umfang der Frequenznutzung nach § 60 Abs. 1 TKG nachträglich geändert werden, wenn nach der Frequenzzuteilung festgestellt wird, dass auf Grund einer erhöhten Nutzung des Frequenzspektrums erhebliche Einschränkungen der Frequenznutzung auftreten oder dass auf Grund einer Weiterentwicklung der Technik erhebliche Effizienzsteigerungen möglich sind.

239 Während die erste Variante (erhebliche Einschränkungen der Frequenznutzung aufgrund einer erhöhten Nutzung des Frequenzspektrums) im vorliegenden Fall ohne Weiteres als nicht einschlägig erscheint, ist die zweite Variante (erhebliche Effizienzsteigerungen aufgrund einer Weiterentwicklung der Technik) jedenfalls nicht von vorneherein auszuschließen, denn die Flexibilisierung des 900-MHz-Bands erfolgt in der Absicht, gegenüber GSM weiterentwickelte und effizientere Technologien in Betrieb nehmen zu dürfen. Im Einklang mit der Entscheidung 2009/766/EG zur Harmonisierung des 900-MHz-Bands und des 1800-MHz-Bands für terrestrische Systeme, die europaweite elektronische Kommunikationsdienste in der Gemeinschaft erbringen können,

ABI. EU Nr. L 274 vom 10.10.2009, S. 32

240 in der Fassung des Durchführungsbeschlusses 2011/251/EU der Kommission vom 18. April 2011 zur Änderung der Entscheidung 2009/766/EG (Rn 238)

ABI. EU Nr. L 106 vom 27.4.2011, S. 9

241 können UMTS-, LTE- und WiMAX-Systeme im 900-MHz-Band unter Einhaltung der im Anhang zur Entscheidung genannten technischen Parameter ohne Weiteres betrieben werden. Diese Systeme weisen im Vergleich mit GSM-Systemen eine erheblich höhere spektrale Effizienz aus, also der Datendurchsatz in Bit je Zeiteinheit (in Sekunde) und elektromagnetischer Schwingung (in Hertz) und Sektor (Bit/s/Hz/Sektor).

TU Wien, Gutachten (Rn. 169), S. 70 mit weiteren Nachweisen

- 242 § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG würde somit zur Änderung von Art und Umfang einer GSM-Frequenzzuteilung ermächtigen. Diese Bestimmung bezieht sich auf die Befugnis der Bundesnetzagentur nach § 60 Abs. 1 Satz 1 TKG, wonach in der Frequenzzuteilung insbesondere Art und Umfang der Frequenznutzung festzulegen ist. Ob der Frequenznutzungsumfang auch die Menge an zugeteiltem Spektrum einschließt, ist fraglich. Aufgrund der Entstehungsgeschichte von § 60 TKG, der maßgeblich auf § 7 der Frequenzzuteilungsverordnung (FreqZutV) vom 26. April 2001
- BGBI. I S. 829 (außer Kraft getreten durch § 152 Abs. 2 TKG)
- 243 beruht,
- BT-Drs. 15/2316, S. 79 f. zu § 58 TKG-Entwurf
- 244 wird deutlich, dass nur den Umfang der Frequenznutzung bestimmende Parameter geändert werden können, die dereinst in § 7 Abs. 1 Satz 2 FreqZutV genannt waren. Dies wurde in der amtlichen Begründung zu § 7 Abs. 2 Satz 2 FreqZutV,
- BR-Drs. 116/01, S. 17
- 245 ausdrücklich ausgeführt. Die Begründung zu § 7 Abs. 2 Satz 2 FreqZutV wurde im Regierungsentwurf des Telekommunikationsgesetzes als Begründung zu § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG wortgleich übernommen, ohne den wörtlichen Verweis auf die in „Absatz 1 Satz 2 genannten Parameter“ zu entfernen, da dieser Satz der Frequenzzuteilungsverordnung nicht in das Telekommunikationsgesetz übergeleitet wurde.
- BR-Drs. 116/01, S. 16 f.
- 246 Da der Gesetzgeber bei der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes im Jahr 2004 die Regelungen der Frequenzzuteilungsverordnung – soweit normativer Handlungsbedarf bestand – in das Telekommunikationsgesetz integriert, nicht aber deren Gehalt geändert hat,
- BT-Drs. 15/2316, S. 77 zu § 53 TKG-Entwurf
- 247 ist anzunehmen, dass die Bundesnetzagentur mit § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG keine weitergehenden Befugnisse erhalten haben soll als mit § 7 Abs. 2 Satz 2 FreqZutV. Somit können aufgrund § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG nur die in § 7 Abs. 1 Satz 2 FreqZutV genannten Parameter geändert werden. In § 7 Abs. 1 Satz 2 FreqZutV wurden auf den Verwendungszweck abstellende Parameter genannt, insbesondere der Standort, die Kanalbandbreite, das Modulationsverfahren, die Sendeleistung, die Feldstärkegrenzwerte und deren räumliche und zeitliche Verteilung sowie die Nutzungsbeschränkungen im Hinblick auf die Verträglichkeit mit anderen Frequenznutzungen und den Betrieb von stationären Messeinrichtungen der Bundesnetzagentur. Im Umkehrschluss kann gefolgert werden, dass der Umfang der zugeteilten Frequenzen an sich nicht aufgrund § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG geändert werden kann.
- 248 Diesen historischen Zusammenhang verkennt das von der Beteiligten zu 3 vorgelegte Rechtsgutachten ebenso wie das System des Telekommunikationsgesetzes. Neben der Änderungsbefugnis ermächtigt das Gesetz die Bundesnetzagentur zum Widerruf von Frequenzzuteilungen. Mit dieser Ermächtigung zum (Teil-)Widerruf ist unmittelbar der Umfang (die Menge) des zugeteilten Spektrums angesprochen. Wie auch aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, soll mit der Befugnis zur nachträglichen Änderung nicht das Vertrauen in den Bestand der Zuteilung an sich gefährdet werden.
- BT-Drs. 15/2316, S. 80 zu § 58 TKG-Entwurf
- 249 Somit kann § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Umverteilung herangezogen werden.

### **Widerruf nach § 63 TKG**

- 250 Die Aufhebung von Frequenzzuteilungen als Teilschritt der Umverteilung ließe sich aber auf § 63 TKG stützen.

- 251 Sofern die Beteiligte zu 2 in der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf hiergegen den Einwand erhoben hat, dass ihr die 900-MHz-Frequenzen im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zugeteilt worden seien und die Spezialvorschriften des öffentlich-rechtlichen Vertrags (§§ 54 bis 62 VwVfG) die Widerrufsregelung des § 63 TKG verdrängten, weist die Kammer auf Folgendes hin:
- 252 Die D 2-Netz-Lizenz (Rn. 10) hat die Rechtsform eines öffentlich-rechtlichen Vertrags. Nach Bestimmung 23.1 der D 2-Netz-Lizenz in der Fassung vom 11. März 1994 werden für das D 2-Netz Sendefrequenzen vom Lizenzgeber – sofern nicht bereits im Vertrag in der Fassung vom 15. Februar 1990 und in deren Ergänzung vom 6. Juni 1991 geschehen – durch besondere Verwaltungsakte nach Maßgabe der Bestimmungen in den Punkten 24 und 25 zugeteilt. Gemäß Bestimmung 24.7 der D 2-Netz-Lizenz stehen diese Zuteilungen unter dem Vorbehalt des Widerrufs gemäß § 49 VwVfG.
- Verfügung 259.2/1994, ABl. Bundesministerium für Post und Telekommunikation 23/1994, S. 873 (877)
- 253 Darüber hinaus sind die Widerrufsbestimmungen in § 63 TKG auch auf Lizenz- und Frequenznutzungsrechte anwendbar, die – wie im Fall der Beteiligten zu 2 – gemäß § 150 Abs. 4 TKG fortgelten.
- Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 17.08.2011 – 6 C 9.10 –, Rn. 16
- 254 Letztlich bedarf der Einwand der Beteiligten zu 2 keiner weiteren Erörterung, da er für diesen Beschluss unerheblich ist, denn – wie noch ausgeführt wird (Rn. 275 ff) – sind jedenfalls die Voraussetzungen für einen Widerruf zum Zweck der Umverteilung nicht erfüllt.
- 255 In Frage kommt zunächst der Widerruf gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG. Hiernach kann eine Frequenzzuteilung widerrufen werden, wenn eine der Voraussetzungen nach § 55 Abs. 5 TKG und § 57 Abs. 4 bis 6 TKG nicht mehr gegeben ist.
- 256 Da die in § 57 Abs. 4 bis 6 TKG genannten Voraussetzungen auf die Beteiligten offenkundig nicht anwendbar sind, kommt es hier allein auf die allgemeinen Zuteilungsvoraussetzungen in § 55 Abs. 5 TKG an. Nach § 55 Abs. 5 Satz 1 TKG werden Frequenzen zugeteilt, wenn
1. sie für die vorgesehene Nutzung im Frequenznutzungsplan ausgewiesen sind,
  2. sie verfügbar sind,
  3. die Verträglichkeit mit anderen Frequenznutzungen gegeben ist und
  4. eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung durch den Antragsteller sichergestellt ist.
- 257 Ein Widerruf kann hier nicht auf den Wegfall der Voraussetzungen in § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 bis 3 TKG gestützt werden. Ein Widerruf könnte jedoch unter Umständen dann in Betracht kommen, wenn mit dem Ziel der richtlinienkonformen Auslegung anzunehmen wäre, dass eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung gemäß § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 TKG durch die Beteiligten zu 1 und zu 2 nicht (mehr) sichergestellt ist. Diese Schlussfolgerung könnte darauf gründen, dass die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsverzerrung aufgrund der Zuteilung des 900-MHz-Bands gleichbedeutend mit einer ineffizienten Nutzung dieses Frequenzbands wäre.
- 258 Richtlinien sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV gegenüber dem Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Gemäß Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV haben die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verpflichtungen zu treffen. Somit genießt Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem einfachen Recht der Bundesrepublik Deutschland, sodass es auf nationaler Ebene für die Fälle, in denen die Europäische Union von ihrer Richtlinienkompetenz Gebrauch gemacht hat, einer Auslegung der Normen im Lichte der jeweils anzuwendenden europäischen Richtlinie bedarf.
- 259 Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV bedarf es zur Anwendung der Richtlinie grundsätzlich einer Transformation in nationales Recht, mitunter eines förmlichen Gesetzes in den Mitgliedstaat

ten. Eine Richtlinie kann darüber hinaus trotz fehlender unmittelbarer Geltung vom Rechtsanwender zu beachten sein.

- 260 Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, welche der EuGH unter anderem auch aus der aus Art. 4 EUV resultierenden Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue herleitet, besteht insoweit erst ab Ablauf der Umsetzungsfrist und betrifft das gesamte nationale Recht.
- EuGH, Urteil vom 04.07.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, S. I 6067, Rn. 124
- 261 Die Rechtsanwender müssen im jeweiligen Mitgliedstaat ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie es soweit wie möglich unterlassen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde.
- EuGH, Urteil vom 04.07.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, S. I 6067, Rn. 123
- 262 Einer richtlinienkonformen Auslegung kann es somit auch immanent sein, dass sich diese auch zulasten eines Einzelnen auswirkt, was bei einer unmittelbaren Anwendbarkeit grundsätzlich ausgeschlossen ist, da der Staat sich die jeweiligen Eingriffsbefugnisse gegenüber seinen Bürgern jederzeit durch die Umsetzung der Richtlinie verschaffen könne.
- EuGH, Urteil vom 08.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, S. 3969 (3985 f.)
- 263 Die Rechtsanwender haben das innerstaatliche Recht soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen.
- EuGH, Urteil vom 10.03.2011, Rs. C-109/09 (Deutsche Lufthansa), JURIS, Rn. 52
- 264 Nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) untersuchen die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser Richtlinie, ob aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in ihrem Gebiet im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind, und beheben solche Verzerrungen, soweit dies gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, in Übereinstimmung mit Art. 14 Genehmigungsrichtlinie. Ausweislich von Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) wird hiermit bezweckt, Wettbewerbsverzerrungen zu beheben. Um dieses Ziel zu erreichen, wäre eine „wettbewerbsverzerrende Frequenzzuteilung“ im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung als ineffizient im Sinne des § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 TKG anzusehen, so dass § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG als Ermächtigungsgrundlage zur Behebung dieser Wettbewerbsverzerrungen anwendbar wäre.
- 265 Mithin könnte der Widerruf als erste Stufe der Umverteilung in richtlinienkonformer Auslegung auf § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG gestützt werden.
- 266 Schließlich könnte der Widerruf gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 TKG erfolgen. Nach dieser Bestimmung kann eine Frequenzzuteilung widerrufen werden, wenn durch eine nach der Frequenzzuteilung eintretende Frequenzknappheit der Wettbewerb oder die Einführung neuer frequenzeffizienter Techniken verhindert oder unzumutbar gestört wird.
- 267 Würde die aufgrund Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) durchgeführte Untersuchung zu dem Ergebnis kommen, dass Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind, so wäre der Schluss auf die Verhinderung oder unzumutbare Störung des Wettbewerbs oder der Einführung neuer frequenzeffizienter Techniken unschwer möglich. Die Verhinderung oder unzumutbare Störung des Wettbewerbs oder der Einführung neuer frequenzeffizienter Techniken wäre auf eine nach der Frequenzzuteilung eintretende Frequenzknappheit zurückzuführen. Ob der maßgebliche Zeitpunkt der Frequenzzuteilung hier in den 1990er-Jahren oder in der Verlängerung der Befristung der Frequenzzuteilung der Beteiligten zu 1 mit Bescheid vom 31. Juli 2009 bzw. der Beteiligten zu 2 mit Vertrag vom 24. August 2009 zu sehen wäre,

Mitteilung 487/2009, ABl. Bundesnetzagentur 18/2009, S. 3522

- 268 ist unerheblich, da die den Wettbewerb oder die Einführung neuer frequenzeffizienter Techniken verhindernde oder unzumutbar störende Frequenzknappheit jedenfalls auf die Flexibilisierung des 900-MHz-Bands aufgrund der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) vom 16. September 2009 beruhen würde.
- 269 Fraglich ist allein, ob eine bereits vor der Frequenzzuteilung (sowieso) bestehende Knappheit das Entstehen dieses Widerrufsgrunds hindert. Dies wäre der Fall, wenn der Wortlaut so verstanden würde, dass eine weitere, nachträglich hinzutretende Knappheitsursache unbeachtlich ist, wenn schon im Zeitpunkt der Frequenzzuteilung Knappheit bestand. Es spricht indes vieles dafür, den Wortlaut dieser Bestimmung im Zuge einer richtlinienkonformen Auslegung so zu verstehen, dass auch nachträgliche Alternativursachen neben einer seit Anfang an bestehenden Knappheit zum Widerruf berechtigen.
- 270 Jedenfalls wäre diese Voraussetzung bei einer gebotenen richtlinienkonformen Auslegung dieser Bestimmung als erfüllt anzusehen, wenn die Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) ergibt, dass Wettbewerbsverzerrungen zu beheben sind (vgl. Rn. 258 ff).
- 271 Die Bundesnetzagentur ist folglich gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 3 TKG zum Widerruf als erster Stufe einer Umverteilung grundsätzlich ermächtigt. Voraussetzung für den Widerruf ist insbesondere, dass
1. durch die Beteiligten zu 1 und zu 2 jeweils eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung dadurch nicht sichergestellt ist, dass die Zuteilung des 900-MHz-Bands wettbewerbsverzerrend ist, oder
  2. durch eine nach der Frequenzzuteilung eintretende Frequenzknappheit der Wettbewerb oder die Einführung neuer frequenzeffizienter Techniken verhindert oder unzumutbar gestört wird.
- 272 Diese in § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 3 TKG enthaltenen materiellen Maßstäbe entsprechen – jedenfalls nach richtlinienkonformer Auslegung – dem Maßstab der „wahrscheinlichen Wettbewerbsverzerrungen“ in der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52).
- 273 Selbst wenn die richtlinienkonforme Auslegung der derzeit in Kraft befindlichen Widerrufsgründe an die Grenzen des geltenden Bundesrechts stoßen würde, bliebe die Möglichkeit, das Inkrafttreten des durch den Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes neuzufassenden § 63 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG abzuwarten.
- Vgl. BR-Drs. 129/11, S. 37
- 274 Mit dieser Gesetzesänderung beabsichtigt die Bundesregierung, die Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) in Bundesrecht umzusetzen. Spätestens dann können Frequenzzuteilungen widerrufen werden, wenn nach der Frequenzzuteilung Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind.
- 275 Unabhängig von der Frage der einschlägigen Rechtsnorm für den Widerruf kommt es in dem hier zur Entscheidung stehenden Verfahren aus Anlass des Untersuchungsauftrags aus Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) in materieller Hinsicht maßgeblich darauf an, ob im Sinne der geänderten GSM-Richtlinie Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind. Das hiermit vorgegebene Prüfprogramm ist in materieller Hinsicht vergleichbar mit dem richtlinienkonform ausgelegten Prüfprogramm der Widerrufsgründe in § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 3 TKG.
- 276 Soweit die Beteiligte zu 3 unter Berufung auf ein von ihr beauftragtes und der Kammer vorgelegtes Rechtsgutachten als weitere Rechtsgrundlage für einen Widerruf den Widerrufsvorbehalt in Punkt 24.7 der D 1-Lizenz der Beteiligten zu 1 gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 VwVfG geltend macht, weist die Kammer auf Folgendes hin:
- 277 Gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 VwVfG darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn der Widerruf im Verwaltungsakt vorbehalten ist. In Punkt

24.7 der D 1-Lizenz hat sich der Lizenzgeber vorbehalten, Zuteilungen von Frequenzen einzeln oder insgesamt nach Maßgabe des § 49 VwVfG, insbesondere bei Frequenzänderungen aufgrund internationalen Rechts sowie bei Verletzungen von Verpflichtungen aus dieser Lizenz zu widerrufen.

- 278 Die Beteiligte zu 3 ist der Ansicht, dass die Flexibilisierung des Frequenzbereichs eine einschlägige Frequenzänderung ist. Ob das Merkmal „aufgrund internationalen Rechts“ erfüllt sei, könne im Ergebnis dahinstehen, da der Widerruf nur „insbesondere“ für diesen Fall vorbehalten sei. Daneben sei der Widerruf auch zulässig für Frequenzänderungen aufgrund europäischen Rechts. So lasse die Wendung „insbesondere“ erkennen, dass ein Widerruf immer dann zulässig sein soll, wenn eine Rechtsentwicklung, die sich außerhalb der unmittelbaren Einflusssphäre des nationalen Rechtskreises vollzieht, diesen erforderlich mache.
- 279 Der Ansatz der Beteiligten zu 3 führt mithin inhaltlich zu keinem anderen Bewertungsmaßstab. Die einschlägige „Rechtsentwicklung“ wäre hier die geänderte GSM-Richtlinie und deren Maßstäbe. Somit käme auch ein Widerruf aufgrund des Widerrufvorbehalts aus der D 1-Lizenz nur im Rahmen des Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie in Betracht. Ein abweichendes Prüfprogramm ergibt sich hieraus indes nicht.

### **b) Begriffsbestimmungen**

- 280 Gemäß Art. 1 Abs 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) untersuchen die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser Richtlinie, ob aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in ihrem Gebiet im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind, und beheben solche Verzerrungen in Übereinstimmung mit Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie, soweit dies gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.

### **Wettbewerbsverzerrung**

- 281 Die einschlägigen Richtlinien enthalten keine spezielle Definition des Begriffs „Wettbewerbsverzerrung“, die unmittelbar angewendet werden könnte. Daher ist auf Grundlage der anerkannten Auslegungsmethoden eine anwendbare Begriffsbestimmung zu entwickeln.
- 282 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist die sprachliche Bedeutung. In sprachlicher Hinsicht bedeutet „Wettbewerbsverzerrung“ etwa die „Ungleichmäßigkeit der Wettbewerbsbedingungen“.

<http://www.duden.de/suchen/dudenonline/wettbewerbsverzerrung>

- 283 Unter „Wettbewerb“ kann das selbstständige Streben von sich im Wirtschaftserfolg beeinflussender Unternehmen nach Geschäftsverbindungen mit Dritten durch das Anbieten günstig(er) erscheinender Geschäftsbedingungen verstanden werden. Bezugspunkt des Wettbewerbs ist der jeweilige zu betrachtende Markt. Die Verzerrung bezeichnet daher eine Situation, in der der Markt nicht den normalen Bedingungen des Marktes entspricht.
- vgl. für den Begriff der *Wettbewerbsbeschränkung* hierzu EuGH, Urteil vom 28.05.1998, Rs. C-7/95 P (John Deere), Slg. 1998, S. I- 3111, Rn. 87
- 284 Die normalen Bedingungen des Marktes bezeichnen die Handlungsmöglichkeiten eines Unternehmens am Markt, von denen es autonom Gebrauch machen könnte, ohne dass dies zu am möglichen gesamtmarktlichen Ergebnis gemessenen schlechteren Leistungen für Endnutzer führt.
- 285 Maßgeblich für eine Wettbewerbsverzerrung ist daher, dass die Bedingungen des Marktes für ein oder mehrere Unternehmen nachteilig verändert werden. Es müssen dabei Bedingungen entstehen, die die freien Handlungsmöglichkeiten eines oder mehrerer am Markt teilnehmenden Unternehmen einschränken, also mit dem Verlust von wirtschaftlich sinnvollen Verhaltensoptionen einhergehen. Eine Verzerrung des Wettbewerbs ist unter diesen Voraussetzungen jedenfalls dann denkbar, wenn der Verlust von wirtschaftlich sinnvollen



Verhaltensoptionen dazu führt, dass ein Unternehmen in seiner Konkurrenzfähigkeit am Markt auch spürbar beeinträchtigt ist.

- 286 In systematisch-teleologischer Hinsicht spricht vieles dafür, dass der Richtliniengeber der sektorspezifischen Richtlinienbestimmung in Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) das gleiche Begriffsverständnis zugrunde gelegt hat wie den Bestimmungen im allgemeinen Wettbewerbsrecht. Sowohl das allgemeine Wettbewerbsrecht als auch das sektorspezifische Telekommunikationsrecht zielen auf den Schutz bzw. die Herstellung eines funktionsfähigen und unverfälschten Wettbewerbs. Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Auch in § 1 GWB wird auf die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs abgestellt. Vor diesem Hintergrund ist die Kammer der Ansicht, dass der Begriff der „Wettbewerbsverzerrung“ inhaltlich mit der „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ in systematisch-teleologischer Hinsicht gleichbedeutend ist.
- 287 Des Weiteren ist dem Erwägungsgrund 6 zur Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) ein Hinweis auf das Begriffsverständnis des Richtliniengebers zu entnehmen. Dort wird Folgendes ausgeführt:
- 288 „Die Liberalisierung der Nutzung des 900-MHz-Bands könnte möglicherweise zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Insbesondere könnten bestimmte Mobilfunkbetreiber, denen keine Frequenzen im 900-MHz-Band zugeteilt worden sind, Kosten- und Effizienz Nachteile gegenüber anderen Betreibern erleiden, die in der Lage wären, in diesem Band Dienste der dritten Generation zu betreiben.“
- 289 Aus dem durch das Adverb „insbesondere“ angezeigte Verhältnis dieser beiden Sätze geht hervor, dass der Richtliniengeber „Kosten- und Effizienz Nachteile“ als besonderen Fall einer Wettbewerbsverzerrung ansieht. Der Grund für eine Verzerrung der Wettbewerbssituation wird demnach insbesondere in Kosten- und Effizienz Nachteilen für Betreiber von Mobilfunknetzen gesehen, die nach der Flexibilisierung des 900-MHz-Bandes nicht über die erforderlichen Frequenzen in diesem Band verfügen, um ein Netz mit Technologien der dritten Generation betreiben zu können. Hieraus könnten Konkurrenz Nachteile gegenüber anderen Wettbewerbern, die über die erforderliche Frequenzausstattung verfügen, entstehen. Sprachlich lassen sich die Merkmale „Kosten- und Effizienz Nachteile“ unter dem Begriff des wirtschaftlichen Nachteils mit Konsequenzen für Endnutzer fassen. Es kann daher festgehalten werden, dass die Verzerrung des Wettbewerbs die Gefahr begründen muss, dass einem Wettbewerber wirtschaftliche Nachteile gegenüber anderen am Markt teilnehmenden Unternehmen drohen.
- 290 Eine nähere Bestimmung des Begriffs der Wettbewerbsverzerrung lässt sich auch mit der systematisch-teleologischen Auslegung der geänderten GSM-Richtlinie nicht erreichen. Dies hat seinen Grund darin, dass sich weder in den Bestimmungen noch in der Begründung weitere Anhaltspunkte finden. Es ist daher für die weitere Prüfung anzunehmen, dass der Richtliniengeber den Begriff der Wettbewerbsverzerrung mit „Kosten- und Effizienz Nachteilen“, d. h. mit wirtschaftlichen Nachteilen gleichgesetzt hat.
- 291 Als Ergebnis der Auslegung ist festzuhalten, dass die Wettbewerbsverzerrung aus den folgenden beiden Elementen besteht:
1. Durch die Umsetzung der geänderten GSM-Richtlinie werden Marktbedingungen verursacht, die die Fähigkeit eines Netzbetreibers, mit anderen Unternehmen in Wettbewerb zu treten, jedenfalls spürbar beeinträchtigen, und
  2. ein oder mehrere Wettbewerber erleiden hierdurch einen wirtschaftlichen Nachteil (Kosten- und Effizienz Nachteile).

**Betreffende Mobilfunkmärkte**

- 292 Nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) ist zu untersuchen, ob auf den betreffenden Mobilfunkmärkten Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzzuteilungen wahrscheinlich sind. Fraglich ist, welche in diesem Fall die „betreffenden Mobilfunkmärkte“ sind.
- 293 Nach ständiger Praxis erfolgt die Definition des sachlich relevanten Angebotsmarktes nach dem Bedarfsmarktkonzept (oder Konzept der funktionellen Austauschbarkeit) aus Sicht der Abnehmer. Danach sind sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihrer Eigenschaft, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend mit einander vergleicht und sie als gegeneinander austauschbar ansieht, marktgleichwertig.
- BVerwG, Urteil vom 23.03.2011 – 6 C 6.10 –, Rn. 30 m. w. N.; Götting, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage, § 19 GWB, Rn. 12.
- 294 Die Abgrenzung von Märkten ist kein Selbstzweck, sondern dient im allgemeinen Wettbewerbsrecht der Überprüfung der Feststellung von Marktmacht des oder der beteiligten Unternehmen, wenn diese Feststellung Teil des Tatbestands einer kartellrechtlichen Verbotsnorm ist. In diesem Fall ist eine genaue Marktabgrenzung unverzichtbar. Die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes ist jedoch stets nur eine Hilfsüberlegung zur Feststellung des Vorliegens anderer Tatbestandsmerkmale.
- Meessen, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Rn. 293), Einführung, Rn. 12.
- 295 Die Kammer hat mithin für diese Entscheidung nicht Märkte mit einer für die Feststellung und Behebung von beträchtlicher Marktmacht notwendigen Genauigkeit abzugrenzen, sondern allein für die Feststellung, ob Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzzuteilungen in den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind.
- 296 Dabei ist nach dem Erwägungsgrund 6 zur Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) zu untersuchen, ob der Wettbewerb zwischen den Mobilfunkbetreibern aufgrund von Frequenzausstattungen im 900-MHz-Band verzerrt ist. Dort wird Folgendes ausgeführt:
- 297 „Die Liberalisierung der Nutzung des 900-MHz-Bands könnte möglicherweise zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Insbesondere könnten bestimmte Mobilfunkbetreiber, denen keine Frequenzen im 900-MHz-Band zugeteilt worden sind, Kosten- und Effizienz Nachteile gegenüber anderen Betreibern erleiden, die in der Lage wären, in diesem Band Dienste der dritten Generation zu betreiben.“
- 298 Nach dem Bedarfsmarktkonzept können zunächst Endnutzer- und Vorleistungsmärkte voneinander abgegrenzt werden. Auf dem Endnutzermarkt werden im Mobilfunk Sprach- und Datendienste nachgefragt. Ob diese aus Sicht der Abnehmer funktionell austauschbar sind oder nicht, kann vorliegend dahingestellt bleiben, denn die Kammer ist der Überzeugung, dass sich die Auswirkungen der Frequenzverteilung auf die Wettbewerbsposition der Beteiligten nicht unterscheiden würden, wenn getrennte Märkte angenommen würden. Die den Beteiligten zugeteilten Frequenzen sind sowohl für Sprach- als auch Datendienste einsetzbar. Überwiegend weiß der Abnehmer auch gar nicht, mit welcher Frequenz in welchem Frequenzband und mit welchen technischen Systemen der Netzbetreiber den Dienst erbringt. Dieser Umstand ist für den verständigen Durchschnittsabnehmer auch regelmäßig unerheblich. Die Unterscheidung in Daten- und Sprachmärkte kann auch für Vorleistungsmärkte relevant sein. Jedenfalls würden sich die Auswirkungen der Frequenzverteilung auf die Wettbewerbsposition der Beteiligten nicht unterscheiden, wenn getrennte Vorleistungsmärkte angenommen würden. Alle Beteiligten verfügen über bundesweite Frequenzzuteilungen, die gleichermaßen geeignet sind, Daten- und Sprachdienste auf Vorleistungsmärkten anzubieten. Somit kann die Kammer die Prüfung, ob Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzverteilung wahrscheinlich sind, vornehmen, ohne genau nach einzelnen sachlich relevanten Mobilfunkmärkten zu unterscheiden.

- 299 Dies gilt gleichermaßen für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes. Auch wenn nach Ansicht der Kammer nichts gegen die Annahme eines bundesweiten Marktes spricht, kann die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes letztlich offen bleiben, da sie für die hier vorzunehmende Untersuchung nicht hilfreich ist. Denn auch wenn die sachlich und räumlich betreffenden Mobilfunkmärkte nicht näher bestimmt werden mussten, wird die Untersuchung aufgrund von Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) dadurch weiter eingegrenzt, dass die Frequenzverteilung an die im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber zu untersuchen ist. Ausgangspunkt dieser Betrachtung sind aufgrund der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) die Zuteilungen im 900-MHz-Band. Mit diesen Frequenzen werden bundesweite mobile Sprach- und Datendienste erbracht. Aus Abnehmersicht funktionell austauschbare Sprach- und Datendienste werden – auch mittels anderer Frequenzen – in Deutschland lediglich von den vier Beteiligten erbracht. Somit kann sich die Untersuchung auf diese vier Wettbewerber und deren Frequenzzuteilungen für mobile Sprach- und Datendienste beschränken.

### **Prognose**

- 300 Schließlich folgt aus dem Merkmal „wahrscheinlich“ in Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52), dass zu prognostizieren ist, ob die Frequenzverteilung aufgrund der Flexibilisierung zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann.
- 301 Eine prognostische Entscheidung liegt immer dann vor, wenn das Gesetz auf der Grundlage anerkannter Erfahrungssätze einen Schluss von bestimmten feststellbaren Tatsachen auf den wahrscheinlichen Eintritt eines künftigen Sachverhalts verlangt.
- Kopp/Schenke, VwGO, 16. Auflage, § 114, Rn 37
- 302 In einem solchen Fall gesteht das Gesetz der Behörde einen Raum zu, der es ihr ermöglicht, zu einer Auffassung zu gelangen, die sie auch beim Bestehen etwaiger gegenläufiger Auffassungen rechtsfehlerfrei zum Anknüpfungspunkt für regulatorische Maßnahmen machen kann. Hierbei hat die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen einzuhalten, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs auszugehen, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend zu ermitteln und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe zu halten, insbesondere das Willkürverbot nicht zu verletzen.
- VG Köln, Urteil vom 17.03.2010 – 21 K 6772/09 –, Rn. 98 zur Frage eines Beurteilungsspielraums bei Frequenzknappheit; ähnlich BVerwG, Urteil vom 02.04.2008 – 6 C 15.07 –, zu § 10 Abs. 2 TKG.
- 303 Die Frage, ob aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in ihrem Gebiet im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind, kann nicht allein aufgrund der heute feststellbaren Tatsachen beantwortet werden. Vielmehr trifft die Bundesnetzagentur anhand heute feststellbarer Tatsachen die prognostische Entscheidung, ob aufgrund der bisherigen Wettbewerbsverhältnisse und der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in ihrem Gebiet im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber mit einer flexiblen Nutzung dieser Frequenzen Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind.
- 304 Bei der Prognose kommt es mithin insbesondere darauf an, wie sich die Flexibilisierung des 900-MHz-Bands auf den Wettbewerb mit mobilen Breitbandnetzzugängen auswirkt, also ob die Flexibilisierung bei breitbandigen Datendiensten zu Wettbewerbsverzerrungen unter den Beteiligten führt.
- 305 Sofern in den Stellungnahmen zum Impulspapier kontrovers diskutiert wurde, ob es auf die Liberalisierung oder die liberalisierte Nutzung ankommt (Rn. 109), weist die Kammer darauf hin, dass die Kammer im Wege der Wahrscheinlichkeitsbetrachtung bzw. Prognose einer flexibilisierungsbedingten Wettbewerbsverzerrung unterstellt hat, dass aufgrund der tatsächlich bestehenden Frequenzverteilung in den Bändern um 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 2,6 GHz es nicht wahrscheinlich ist, dass die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 das

900-MHz-Band bis zum derzeitigen Laufzeitende tatsächlich flexibilisiert nutzen werden. Dies wurde von den Beteiligten zu 1 und zu 2 mehrfach und ausdrücklich vorgetragen. Die Beteiligten zu 4 hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihr ein flächendeckender Parallelbetrieb von GSM und UMTS bei 900 MHz technisch schon nicht möglich ist. Der Entscheidung wurde des Weiteren zugrundegelegt, dass die Beteiligte zu 3 zunächst die Flexibilisierung der 900-MHz-Frequenznutzungsrechte an 25 Standorten und am 27. Juni 2011 die bundesweite Flexibilisierung beantragt hat. Falls sich diese Sachlage in Zukunft insofern ändern sollte, als auch die Beteiligten zu 1, zu 2 oder zu 4 einen Antrag auf Flexibilisierung der 900-MHz-Frequenznutzungsrechte stellen sollten, wären die wettbewerblichen Auswirkungen erneut zu untersuchen.

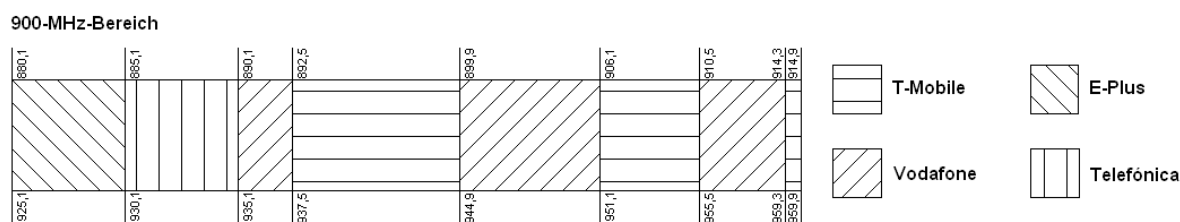
**c) Rechtsprüfung**

- 306 Vor diesem Hintergrund ist die Kammer der Überzeugung, dass aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in Deutschland im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten nicht wahrscheinlich sind.
- 307 Das 900-MHz-Band umfasst gemäß Art. 1 Abs. 1 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) die Frequenzen 880 MHz bis 915 MHz (Unterband) und 925 MHz bis 960 MHz (Oberband) für terrestrische Systeme, die europaweite elektronische Kommunikationsdienste erbringen können. Diese Frequenzen sind in Deutschland wie folgt an die Beteiligten mengenmäßig zugeteilt:

| Frequenzbereich | Beteiligte zu 1<br>(in MHz) | Beteiligte zu 2<br>(in MHz) | Beteiligte zu 3<br>(in MHz) | Beteiligte zu 4<br>(in MHz) |
|-----------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 900 MHz gepaart | 2 × 12,4                    | 2 × 12,4                    | 2 × 5                       | 2 × 5                       |

**Tabelle 6: Frequenzzuteilungen im 900-MHz-Band**

- 308 Während die Zuteilungen an die Beteiligten zu 3 und zu 4 jeweils in einem zusammenhängenden 5-MHz-Block erfolgt sind, sind die Zuteilungen an die Beteiligten zu 1 und zu 2 jeweils in drei unterschiedlich großen Blöcken vorgenommen worden. Die konkrete Lage im 900-MHz-Band stellt sich wie folgt dar:



**Abbildung 1: Lage der Frequenzzuteilungen im 900-MHz-Band**

- 309 Gemäß Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) kommt es maßgeblich darauf an, ob aufgrund der vorstehend dargestellten Zuteilung des 900-MHz-Bands an die in Deutschland im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind.
- 310 Durch die Umsetzung der geänderten GSM-Richtlinie wird die Fähigkeit keiner der Beteiligten spürbar beeinträchtigt, mit den jeweils anderen Beteiligten in Wettbewerb zu treten. Es kann nicht festgestellt werden, dass für einen oder mehrere der Beteiligten die Gefahr besteht, durch die Liberalisierung des 900-MHz-Bands einen wirtschaftlichen Nachteil zu erleiden. Nach Ansicht der Kammer können Wettbewerbsverzerrungen weder bei einer Betrachtung sämtlicher den Beteiligten für drahtlose Netzzugänge zum Angebot von Telekommunikationsdiensten zugeteilter Frequenzen noch bei einer isolierten Betrachtung des 900-MHz-Bands als wahrscheinlich festgestellt werden.

- 311 Diese Feststellung beruht insbesondere auf den Stellungnahmen zum Impulspapier, den Feststellungen der Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur in den Genehmigungen der Entgelte für Terminierungsleistungen in den Mobilfunknetzen sowie dem Ergebnis des von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebenen Gutachtens über frequenztechnisch-ökonomische Fragestellungen der Flexibilisierung des 900-MHz-Bands.
- 312 Zunächst ist die Kammer – wie auch das Bundeskartellamt in der Stellungnahme zum Impulspapier (Rn. 112) – der Ansicht, dass die Flexibilisierung von Frequenznutzungsrechten grundsätzlich wettbewerbsförderlich ist, da die Handlungsmöglichkeiten der Wettbewerber erweitert werden.
- 313 Die Kammer ist des Weiteren der Meinung, dass Frequenzzuteilungen grundsätzlich geeignet sein können, Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen. Das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme zum Impulspapier (Rn. 102) den gleichen Standpunkt vertreten.
- 314 Gleichwohl ist die Kammer der Meinung, dass eine Frequenzverteilung, die das Ergebnis von offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren ist, nach dem ersten Anschein (*prima facie*) nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann. Auch das Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme zum Impulspapier (Rn. 102) ausgeführt, dass, sofern Frequenzzuteilungen nach offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren erfolgten, die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung gering erscheine, da dann alle interessierten Unternehmen bei vergleichbarer Eignung auch vergleichbare Chancen haben müssten, die benötigten Frequenzen zu bekommen. Dass bei einem knappen Gut nicht alle Interessierten (im gewünschten Umfang oder überhaupt) zum Zuge kommen könnten, sei für sich genommen noch keine Wettbewerbsverzerrung.
- 315 Vor diesem Hintergrund spricht schon nach dem ersten Anschein alles dafür, dass eine Wettbewerbsverzerrung aufgrund der Frequenzverteilung nicht wahrscheinlich ist. Die Frequenzzuteilungen der Beteiligten beruhen auf offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren. Bereits die Öffnung des Marktes für digitale zellulare Mobilfunknetze für den Wettbewerb in den 1990er Jahren beruhte auf offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren. Auch die weiteren für diese Untersuchung relevanten Frequenzzuteilungen beruhen auf offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren. Diese Frequenzzuteilungen in den Bereichen 800 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 2,6 GHz sind das Ergebnis von Versteigerungen.
- 316 Die auf diesen Vergabeverfahren beruhenden unterschiedlichen Frequenzausstattungen der Beteiligten sind – wie auch das Bundeskartellamt in der Stellungnahme zum Impulspapier ausgeführt hat – Ausdruck unterschiedlicher Geschäftsmodelle.
- 317 Sofern die Beteiligte zu 3 in der Stellungnahme zum Impulspapier darauf hingewiesen hat, dass gegen die der Versteigerung im Jahr 2010 zugrunde liegende Entscheidung der Kammer BK 1a-09/002 Klage mit dem Vorwurf der Diskriminierung erhoben wurde, weist die Kammer darauf hin, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Begründung des Urteils vom 23. März 2011 ausgeführt hat, dass gegen die konkrete Beschränkung der Bietrechte keine Bedenken bestehen.
- BVerwG, Urteil vom 23.03.2011 – 6 C 6.10 –, Rn. 35
- 318 Gleichwohl ist die Kammer der Ansicht, dass die Feststellung, dass die Frequenzzuteilungen der Beteiligten in offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgte, für eine abschließende Feststellung, ob Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzzuteilungen wahrscheinlich sind, nicht allein ausreichend ist. Daher hat die Kammer untersucht, ob durch die Flexibilisierung aufgrund der geänderten GSM-Richtlinie Marktbedingungen entstehen würden, die die Fähigkeit einer oder mehrerer Beteiligten, mit anderen Beteiligten auf dem relevanten Markt in Wettbewerb zu treten, spürbar beeinträchtigen würde.
- 319 Die Kammer ist der Ansicht, dass eine Wettbewerbsverzerrung nicht per se daraus folgen kann, dass die den Beteiligten zugeteilten Frequenzen mengenmäßig nicht gleich verteilt sind. Eine mengensymmetrische Verteilung ist zur Sicherstellung einer diskriminierungsfreien und effizienten Frequenzverwaltung nicht notwendig. Unterschiedliche Mengenaus-

stattungen können Ausdruck unterschiedlicher Wettbewerbs- bzw. Geschäftsmodelle sein und insofern gegebenenfalls sogar wettbewerbsverstärkend wirken. Grundvoraussetzung ist eine offene, objektive, transparente und diskriminierungsfreie Vergabe, die einen chancengleichen Zugang eröffnet hat. In einem durch das WAPECS-Konzept

Stellungnahme der Gruppe für Frequenzpolitik (RSPG) über die Politik für den Drahtloszugang zu elektronischen Kommunikationsdiensten (engl.: Wireless Access Policy for Electronic Communications Services; WAPECS) (RSPG-Stellungnahme-Nr. 3; RSPG05-102 final; in englischer Sprache elektronisch abrufbar unter [http://rspg.ec.europa.eu/\\_documents/documents/opinions/rspg05\\_102\\_op\\_wapecs.pdf](http://rspg.ec.europa.eu/_documents/documents/opinions/rspg05_102_op_wapecs.pdf))

- 320 geprägten frequenzregulatorischen Umfeld, das auch dem Prinzip der Technologieneutralität Rechnung trägt, ist eine mengensymmetrische Verteilung nicht erforderlich. Nach den gesetzlichen Vorgaben hat die Frequenzregulierung effizienzorientiert zu erfolgen und nicht gleichheitsorientiert. Auch europarechtliche Vorgaben sehen keine mengensymmetrische Verteilung vor.
- 321 Soweit in Stellungnahmen zum Impulspapier vorgetragen wurde, eine mengensymmetrische Verteilung sei erforderlich, um parallel GSM-Sprach- und UMTS-Datendienste/-netze in diesem Frequenzbereich realisieren zu können (Rn. 96), weist die Kammer darauf hin, dass aufgrund der einschlägigen Kommissionsentscheidung 2009/766/EG (Rn. 239) in der Fassung des Durchführungsbeschlusses 2011/251/EU (Rn. 240) auch LTE- und WiMAX-Systeme im 900-MHz-Band genutzt werden können. Ein Parallelbetrieb in einem 5-MHz-Block ist jedenfalls bei Verwendung von LTE-Systemen neben GSM-Systemen möglich, da LTE-Systeme skalierbar sind (Rn. 460).
- 322 Sofern von der Beteiligten zu 3 ausgeführt wird, auch das K 9|18-Diskussionspapier (Rn. 35), welches die Grundlage für die Flexibilisierung bilden sollte, spreche für eine Umverteilung (Rn. 186), weist die Kammer darauf hin, dass sich in dem K 9|18-Diskussionspapier keine Aussage findet, welche diese Behauptung belegen würde. Zunächst ist das K 9|18-Diskussionspapier keine Entscheidung gewesen, sondern eine Mitteilung, um Anstöße zu einer Diskussion zu geben. Hierzu wurde als Frage 3 gefragt, ob es zur Verwirklichung der Regulierungsziele und zur Wahrung des Grundsatzes der Diskriminierungsfreiheit erforderlich ist, die in den Bereichen 900 MHz und 1800 MHz zugeteilten Frequenzen mit dem Ziel der Angleichung der Frequenzausstattung umzuverteilen.
- 323 In dem K 9|18-Diskussionspapier wurde Folgendes zur Begründung der Frage 3 ausgeführt:
- 324 „Im Fall des GSM-Konzepts ging es um die Beseitigung einer asymmetrischen Frequenzverteilung. Während nur die D-Netzbetreiber über Frequenzen sowohl aus dem 900-MHz-Bereich als auch dem 1800-MHz-Bereich verfügten, waren den E-Netzbetreibern allein Frequenzen aus dem 1800-MHz-Bereich zugeteilt.
- 325 Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die asymmetrische Verteilung des Spektrums zwischen den Netzbetreibern (und ggf. Neueinsteigern; vgl. Frage 5) auf die Frequenzbereiche 900 MHz und 1800 MHz qualitativ mit dem Fall des GSM-Konzepts insofern vergleichbar ist, dass auch hier eine „weitestgehende Bereinigung wettbewerbsverzerrender regulatorischer Rahmenbedingungen der Netzbetreiber“ (Vfg. 88/2005, ABI. Bundesnetzagentur 23/2005, S. 1852 [1860]) geboten ist. Dabei ginge es jetzt um eine Umverteilung von aktuell durch die D-Netze genutzten Frequenzen hin zu den E-Netzbetreibern, während es damals um eine erstmalige Zuteilung von zuvor militärisch genutzten Frequenzen ging.“
- Mitteilung 663/2008, (Rn. 35) S. 3659
- 326 Die Ausgangssituationen einerseits im GSM-Konzept und andererseits im K 9|18-Diskussionspapier unterschieden sich erheblich. Beim GSM-Konzept bestand eine Asymmetrie darin, dass lediglich die Beteiligten zu 1 und zu 2 über Frequenznutzungsrechte in beiden seinerzeit für GSM gewidmeten Frequenzbereichen verfügten. Beim K 9|18-Diskussionspapier war diese Asymmetrie beseitigt. Ungleich war – und ist bis heute – die Anzahl der

jeweils zugeteilten Frequenzen. Ob diese Tatsache eine relevante, frequenzregulatorisch zu beseitigende Asymmetrie darstellt, wurde mit dem K 9|18-Diskussionspapier in Frage gestellt und gerade nicht – wie die Beteiligte zu 3 irrtümlich annimmt (Rn. 186) – bereits beantwortet. Die Kammer hat in der Flexibilisierungsentscheidung (Rn. 38) sodann zu diesem Gesichtspunkt Folgendes ausgeführt:

- 327 „Sie [die Kammer] ist nach einer Gesamtschau der Argumente und Abwägung der Regulierungsziele zu der Auffassung gelangt, dass eine Umverteilung des 900-MHz-Spektrums im Hinblick auf die Vergabe von Spektrum im Bereich 800 MHz nicht geboten ist, weil hiermit die mit der Forderung nach einer Umverteilung verbundenen Ziele ebenso effektiv verwirklicht werden können, ohne dass in den eingerichteten und ausgeübten Betrieb der betroffenen Netzbetreiber eingegriffen werden müsste.“

Vfg. 58/2009, (Rn. 38) S. 3603

### **Gesamtbetrachtung**

- 328 Die Kammer ist der Ansicht, dass es für die Bewertung der Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten auf dem relevanten Markt nicht nur auf die 900-MHz-Zuteilungen ankommt, sondern auf sämtliche bundesweite Zuteilungen für drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten.
- 329 Die Kammer ist der Überzeugung, dass die Nachfrager nach Mobilfunkangeboten nicht gezielt Verbindungen nur in einem Frequenzbereich nachfragen. Aus Sicht des Nachfragers kommt es darauf an, qualitativ hochwertige und zuverlässige Mobilfunkverbindungen bereitgestellt zu bekommen, unabhängig davon, mit welchen Frequenzen der anbietende Mobilfunknetzbetreiber die Verbindung erbringt. Vielmehr sind die einsetzbaren Systeme so standardisiert, dass der Frequenzbereich einer Mobilfunkverbindung während eines Kommunikationsvorgangs wechseln kann. Dementsprechend sind die meisten Endgeräte nicht nur multistandard-, sondern auch multibandfähig.
- 330 Die Kammer hat daher die Handlungsmöglichkeiten der jeweiligen Beteiligten erwogen. Diese Handlungsoptionen umfassen das gesamte verfügbare Frequenzspektrum eines Netzbetreibers.
- 331 Die Beteiligte zu 3 vertritt die Auffassung, dass ausschließlich die Frequenzzuteilungen im 900-MHz-Band Eingang in die Untersuchung finden dürften. Hierfür beruft sie sich auf ein von ihr in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten. Dort wird diesbezüglich Folgendes angeführt:
- 332 „Unabhängig von der Bewertung, ob die Vergabebedingungen für die Versteigerung des 800-MHz-Spektrums geeignet waren, einen chancengleichen Zugang zu eröffnen, ist die von der *Bundesnetzagentur* angestellte Gesamtschau des Spektrums „unterhalb von 1 GHz“ bereits nicht mit der geänderten GSM-Richtlinie zu vereinbaren. Bereits Erwägungsgrund (4) stellt darauf ab, dass die Nutzung für andere Technologien erlaubt werden sollte, damit zusätzliche kompatible europaweite Dienste im 900-MHz-Band bereitgestellt werden können. Ebenso formuliert Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-RL unmissverständlich, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung untersuchen, ob aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind. Die Richtlinie ist damit eindeutig.
- 333 Es kommt ausschließlich auf die Frage an, ob die Frequenzausstattung im 900-MHz-Bereich Wettbewerbsverzerrungen befürchten lässt. Eine Gesamtschau mit anderen Frequenzbereichen hat demgegenüber außen vorzubleiben. Dies liegt auch in der Ratio des Ziels der geänderten GSM-Richtlinie, gerade die flexible Nutzung des 900-MHz-Spektrums (und nicht etwa des 800-MHz-Bands) zu ermöglichen, wie es auch in der Harmonisierungsentscheidung der *Kommission* zum Ausdruck kommt.“

Holzner, in: Gerpott/Holzner, Flexibilisierung der Frequenznutzung, S. 106

- 334 Die Kammer folgt dieser Ansicht nicht. Die Auffassung der Beteiligten zu 3 beruht auf dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie und des Erwägungsgrunds 4 der Richtlinie 2009/114/EG sowie auf Sinn und Zweck der geänderten GSM-Richtlinie. Diese

Auslegung ist nicht zwingend, vielmehr lassen sowohl der Wortlaut als auch Sinn und Zweck der geänderten GSM-Richtlinie den Schluss zu, dass auch Frequenzteilungen der betroffenen Wettbewerber in anderen Frequenzbereichen zu beachten sind.

- 335 Zunächst weist die Kammer darauf hin, dass unmittelbarer Maßstab für die Untersuchung das Telekommunikationsgesetz ist, insbesondere die Widerrufsgründe in § 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 3 TKG. Gegen eine Verkürzung des Maßstabs auf das 900-MHz-Band spricht bundesrechtlich die Wertung des Gesetzgebers in § 55 Abs. 5 Satz 2 TKG, wonach kein Anspruch auf eine bestimmte Einzelfrequenz besteht. Das Verwaltungsgericht Köln hat ausgeführt, dass ein Netzbetreiber, der Mehrbedarf an 900-MHz-Frequenzspektrum geltend macht, auf die 800-MHz-Frequenzen verwiesen werden konnte.

VG Köln, CR 2011, 238 (242), Rn. 111

- 336 Auch das Bundesverwaltungsgericht hat implizit zu erkennen gegeben, dass die Einbeziehung der 900-MHz-Frequenzen in die Beschränkung der Bietrechte für 800-MHz-Spektrum aufgrund der Kammerentscheidung BK 1a-09/002 vom 12. Oktober 2009 (Rn. 45) rechtmäßig ist.

BVerwG, Urteil vom 23.03.2011 – 6 C 6.10 –, Rn. 40 ff

- 337 Das Bundesverwaltungsgericht ist der Ansicht, dass die Beurteilung der Gleichwertigkeit über die Widmung für den gleichen Nutzungszweck hinaus auch Aspekte der tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Frequenzen für die interessierten Unternehmen einschließen müsse, da nur so eine Diskriminierungsfreiheit gewährleistet sei.

BVerwG, NVwZ 2011, 613 (617), Rn. 31

- 338 Da die Frequenzen im 900-MHz-Band mit denen im 800-MHz-Band als gleichwertig zu beurteilen sind, stehen insbesondere diese Frequenzen aus Sicht eines objektiven und verständigen Netzbetreibers im Rahmen der Handlungsmöglichkeiten im Wettbewerb zur Auswahl.

- 339 Die Anwendung des Telekommunikationsgesetzes muss jedenfalls richtlinienkonform sein (Rn. 204 sowie 250 ff). Zwar wird im Richtlinientext und in den Erwägungsgründen ausschließlich das 900-MHz-Band ausdrücklich genannt. Ferner dient die Richtlinie der Flexibilisierung des 900-MHz-Bands. Jedoch folgt daraus nicht, dass Untersuchungsgegenstand nur der ausdrücklich erwähnte 900-MHz-Frequenzbereich ist. Aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie geht hervor, dass zu untersuchen ist, ob Wettbewerbsverzerrungen auf den betreffenden Mobilfunkmärkten wahrscheinlich sind. Des Weiteren beziehen sich die Frequenzteilungen im 900-MHz-Band ausdrücklich auf die im Wettbewerb stehenden Mobilfunkbetreiber. Es wäre eine künstliche Verkürzung der für eine Prognose der Wettbewerbsaussichten maßgeblichen Handlungsoptionen der Marktteilnehmer, wenn nur ein Bruchteil der Frequenznutzungsrechte, mit denen die konkurrierenden Produkte hergestellt werden, Gegenstand der Prognose wäre. Die Kammer ist überzeugt, dass der Richtlinienggeber die von der Beteiligten zu 3 geforderte Ausblendung von erheblichen Tatsachen weder gemeint noch beabsichtigt hat, denn diese Außerachtlassung von für die Prognose von Wettbewerbsentwicklungen erheblichen Tatsachen würde die rechtlichen Anforderungen an eine Prognose verletzen. Zu den Anforderungen an eine Prognose gehört, dass der erhebliche Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt wird (Rn. 302). Andernfalls wäre die Prognose rechtsfehlerhaft.

- 340 Darüber hinaus könnte ausweislich des Erwägungsgrunds 6 der Richtlinie 2009/114/EG eine Wettbewerbsverzerrung darin liegen, dass „bestimmte Mobilfunkbetreiber, denen keine Frequenzen im 900-MHz-Band zugeteilt worden sind, Kosten- und Effizienz Nachteile gegenüber anderen Betreibern erleiden, die in der Lage wären, in diesem Band Dienste der dritten Generation zu betreiben.“ Diese Erwägung zeigt, dass die Untersuchung auch andere Frequenzbänder einbeziehen muss, denn andernfalls könnten die Kosten- und Effizienz Nachteile eines Betreibers mit Spektrum nur in anderen Frequenzbereichen nicht ermittelt werden, da sie als Untersuchungsmasse auszublenden wären.

- 341 Ferner war zu diesem Zeitpunkt auf europäischer Ebene die harmonisierte Verfügbarmachung des 800-MHz-Spektrums für drahtlosen Netzzugang (electronic communications ser-



vices) noch nicht abgeschlossen. Daher hat der Richtliniengeber allein der Verfügbarkeit des 900-MHz-Spektrums für breitbandige Zugänge Rechnung getragen. Im Einklang mit den der Richtlinie 2009/114/EG zugrundeliegenden Erwägungen kann angenommen werden, dass die in Erwägungsgrund 4 dieser Richtlinie genannten legislativen Ziele der bestmöglichen Steigerung des Wettbewerbs durch das Angebot einer großen Bandbreite von Diensten und Technologien erst recht durch eine zusätzliche Bereitstellung des 800-MHz-Bands erreicht werden kann. Daher ist die Kammer der Meinung, dass es nicht nur darauf ankommt, dass „in diesem Band“ (900 MHz) „Dienste der dritten Generation“ betrieben werden können, sondern auch in den physikalisch-technisch vergleichbaren 800-MHz-Frequenzen. Die Kammer hat in der Entscheidung BK 1a-09/002 vom 12. Oktober 2009 im Zusammenhang mit der Beschränkung der Bietrechte Folgendes ausgeführt:

- 342 „Bei der Festlegung einer Spektrumskappe mit einer Obergrenze von  $2 \times 20$  MHz (gepaart) kann allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass die bestehenden Mobilfunknetzbetreiber bereits über derartige Flächenfrequenzen im Bereich 900 MHz verfügen. Die Frequenzen im Bereich 900 MHz sind im Hinblick auf die physikalischen Ausbreitungseigenschaften mit denen im Bereich 800 MHz vergleichbar. Insoweit ist es gerechtfertigt, grundsätzlich die bereits bestehenden Frequenzausstattungen im Bereich 900 MHz auf die hier vorgesehene Spektrumskappe anzurechnen.“

Vfg. 59/2009, (Rn. 45) S. 3687

- 343 Die Kammer schließt sich ferner nicht der Meinung an, dass die Kommission die Auffassung vertrete, es komme nur auf das 900-MHz-Band an. Dagegen spricht, dass die Kommission sich der Auffassung der Kammer angeschlossen hat, zunächst die Auktion im Verfahren BK 1a-09/002 (Rn. 45) abzuwarten. Dieses Abwarten wäre nicht notwendig gewesen, wenn die Kommission die Ansicht eingenommen hätte, es dürfe nur das 900-MHz-Band einbezogen werden.
- 344 Somit sind sämtliche den Beteiligten für Mobilfunkdienstleistungen zur Verfügung stehenden Frequenzen in den Frequenzbereichen 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 2,6 GHz in der Beurteilung, ob Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind, zu betrachten.
- 345 Sofern die Beteiligte zu 3 in der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf um eine Klarstellung gebeten hat, welche Frequenzbänder im Rahmen der Frequenzverteilungsuntersuchung tatsächlich betrachtet worden seien, da das Gutachten auf einer Betrachtung der Frequenzbänder 800 MHz, 900 MHz und 1800 MHz beruhe, stellt die Kammer klar, dass sie – wie bereits im Konsultationsentwurf ausgeführt – sämtliche den Beteiligten für Mobilfunkdienstleistungen zur Verfügung stehenden Frequenzen in den Frequenzbereichen 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz und 2,6 GHz in der Beurteilung, ob Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind, betrachtet. Im Rahmen dieser betrachteten Frequenzbereiche war zu beurteilen, ob Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Beteiligten wahrscheinlich sind. Um dies beurteilen zu können, hat die Kammer insbesondere geprüft, ob alle Wettbewerber in dem Markt in der Lage sind, Breitbanddienste ungeachtet des konkreten Systems und des konkreten Frequenzbands zu erbringen, ohne dass hierbei ein Wettbewerber durch Kosten- und Effizienz Nachteile spürbar benachteiligt ist (vgl. Rn. 349). Die Gutachter der TU Wien waren beauftragt, hierfür aussagekräftige Kennzahlen zu ermitteln. Hierbei haben die Gutachter innerhalb ihrer gutachterlichen Prärogative Szenarien bestimmt und unter im Gutachten benannten und dargestellten Annahmen durchgerechnet. Selbst wenn die Gutachter hierbei nicht sämtliche zu betrachtenden Frequenzen in die definierten Szenarien explizit einbezogen haben, sind die ermittelten Kennzahlen nach Überzeugung der Kammer aussagekräftig.
- 346 Bei dieser Beurteilung sind die Auswirkungen aus den jeweiligen Wettbewerbsbeziehungen der Beteiligten mit Diensteanbietern, MVNO, Festnetzbetreibern oder auch Smartphone-Herstellern zu vernachlässigen. Zwar tragen diese zu einer Belebung der Telekommunikationsmärkte insgesamt bei. Dies wird aus den Stellungnahmen zum Impulspapier deutlich (Rn. 82 ff). Es ist jedoch nicht erkennbar, dass aus diesen Wettbewerbsbeziehungen Einflüsse auf die Marktposition der Beteiligten entstehen, die mit etwaigen Kosten- und Effizienz Nachteilen

aufgrund der Frequenzverteilung korrelieren. Zu diesem Ergebnis kommen auch die von der Bundesnetzagentur beauftragten Gutachter:

- 347 „Das Wettbewerbspotenzial von Unternehmen, die nicht selbst über Frequenznutzungsrechte verfügen, ist eingeschränkt. Sowohl Anbieter von Mobilfunkdiensten (MVNO, MVNE, Service Provider) als auch Festnetzbetreiber (Inhaber von Infrastrukturen oder Anbieter von Diensten) können ohne entsprechende Frequenznutzungsrechte nur einen begrenzten Wettbewerbsdruck auf die Mobilfunknetzbetreiber – und dies auch nur in ausgewählten Segmenten wie dem Prepaid-Markt – ausüben. Allerdings impliziert die rasche technologische Entwicklung im Bereich Software, Applikationen und IT, dass die vertikal integrierten Mobilfunknetzbetreiber „Marktdruck“ auf andere Weise spüren, die in ihrer Dauerhaftigkeit aber erst noch zu bewerten sind.
- 348 Daher kann sich die weitere Untersuchung von möglichen Wettbewerbsnachteilen durch Frequenzzuteilungen auf die vier am deutschen Markt tätigen Mobilfunknetzbetreiber beschränken.“
- TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 30
- 349 Die Kammer ist der Auffassung, dass es bei der Beurteilung der Wettbewerbsverzerrung im Kern darauf ankommt, ob alle Wettbewerber in einem Markt in der Lage sind, Breitbanddienste ungeachtet des konkreten Systems und des konkreten Frequenzbands zu erbringen, ohne dass hierbei ein Wettbewerber durch Kosten- und Effizienz Nachteile spürbar benachteiligt ist. Dies folgt aus dem Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52), wonach Wettbewerbsverzerrungen dadurch entstehen können, dass bestimmte Mobilfunkbetreiber, denen keine Frequenzen im 900-MHz-Band zugeteilt worden sind, Kosten- und Effizienz Nachteile gegenüber anderen Betreibern erleiden, die in der Lage wären, in diesem Band Dienste der dritten Generation zu betreiben. Zwar wird in dem Wortlaut darauf abgestellt, dass „Dienste der dritten Generation“ „in diesem Band“ betrieben werden können. Jedoch ist die Kammer der Meinung, dass diese Erwägungen in zweierlei Hinsicht in den zeitlichen Kontext der Entstehung und Verabschiedung der Richtlinie gestellt werden muss. Erstens hat der Richtliniengeber ausweislich der Erwägungsgründe im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie nicht die Verfügbarkeit der 800-MHz-Frequenzen in die Überlegungen eingestellt (Rn. 328). Zweitens setzt der Richtliniengeber offenkundig „Dienste der dritten Generation“ gleich mit „mobilen Breitbanddiensten“. Während im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie nur UMTS-Systeme für den 900-MHz-Bereich hinreichend standardisiert und deshalb in dem Anhang der Entscheidung 2009/766/EG (Rn. 239) aufgeführt waren, wurde dieser Anhang zwischenzeitlich durch den Durchführungsbeschluss 2011/251/EU (Rn. 240) um LTE- und WiMAX-Systeme ergänzt. Hierfür spricht auch, dass in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) angeführt wird, dass durch das Angebot einer großen Bandbreite von Diensten und Technologien zur bestmöglichen Steigerung des Wettbewerbs beigetragen werden soll. Dass der Richtliniengeber hierbei erkennbar nicht nur einen Standard referenzieren wollte, folgt ohne Weiteres aus dem Prinzip der Technologieneutralität.
- 350 Im Sinne der mit der Flexibilisierung verfolgten Ziele, die insbesondere in Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) angeführt sind, können die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 die im 800-MHz-Spektrum zugeteilten Frequenzen nutzen, um mit Spektrum, das für eine Flächenabdeckung besonders geeignet ist, breitbandige Systeme zu betreiben und damit Breitbanddienste zu erbringen und gleichzeitig mit dem 900-MHz-Spektrum weiterhin GSM-Systeme zu betreiben.
- 351 Der Beteiligten zu 3 stehen hingegen keine Frequenznutzungsrechte bei 800 MHz zur Verfügung. Diese kann mithin nicht – neben der Fortsetzung des GSM-Systems im 900-MHz-Band – breitbandige Systeme bei 800 MHz betreiben. Diese Sachlage beruht auf der unternehmerischen Entscheidung der Beteiligten zu 3 im Verlauf der Auktion im Jahr 2010, ab einem bestimmten Preisniveau nicht länger auf Frequenzen im 800-MHz-Bereich, sondern gezielt auf Spektrum mit einem deutlich niedrigeren Preisniveau oberhalb von 1 GHz zu bieten.
- 352 Die Bundesnetzagentur hat durch die oben genannte Versteigerung Frequenzspektrum im Umfang von etwa 360 MHz dem Markt zur Verfügung gestellt. Die Beteiligten konnten den

Bestand an zugeteilten Funkfrequenzen jeweils mindestens verdoppeln und mithin beträchtlich erweitern, wie Tabelle 7 veranschaulicht:

| <b>Frequenzzuteilungsinhaber</b> | <b>Ersteigertes Spektrum</b> | <b>Summe der Höchstgebote</b> | <b>Verhältnis (gerundet)</b> |
|----------------------------------|------------------------------|-------------------------------|------------------------------|
| Beteiligte zu 1                  | 95 MHz                       | 1 299 893 000 €               | 12 683 084 €/MHz             |
| Beteiligte zu 2                  | 94,9 MHz                     | 1 422 503 000 €               | 14 989 494 €/MHz             |
| Beteiligte zu 3                  | 69,8 MHz                     | 283 645 000 €                 | 4 063 682 €/MHz              |
| Beteiligte zu 4                  | 99,1 MHz                     | 1 378 605 000 €               | 13 911 251 €/MHz             |

**Tabelle 7: Ergebnis der Versteigerung 2010**

- 353 Zwar haben lediglich die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 Spektrum bei 800 MHz – und damit unterhalb 1 GHz – erhalten, jedoch haben diese Unternehmen jeweils mehr als eine Milliarde Euro mehr gezahlt als die Beteiligte zu 3. Dieses Ergebnis drückt sich auch im Verhältnis der Summe der Höchstgebote zu dem ersteigerten Spektrum aus. Bezogen auf ein Megahertz hat die Beteiligte zu 3 durchschnittlich etwa vier Millionen Euro gezahlt, die anderen Beteiligten über zwölf Millionen Euro je Megahertz und damit mehr als das Dreifache im Verhältnis zur Beteiligten zu 3.
- 354 Die Beteiligte zu 3 hat bei einem durchschnittlichen Preis pro Megahertz im 800-MHz-Band von etwa 59,6 Millionen Euro die geltenden Höchstgebote in diesem Frequenzbereich nach Runde 221 nicht mehr überboten, sondern hat die Bietrechte in den Frequenzbereichen oberhalb von 1 GHz ausgeübt, wo das durchschnittliche Preisniveau im einstelligen Millionenbereich lag (siehe Tabelle 8).

| <b>Frequenzband (nur gepaart)</b> | <b>Durchschnittlicher Preis pro Megahertz</b> |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------|
| 800 MHz                           | 59 607 916,67 €                               |
| 1800 MHz                          | 2 087 100,00 €                                |
| 2000 MHz                          | 8 789 772,73 €                                |
| 2600 MHz                          | 1 841 264,29 €                                |

**Tabelle 8: Durchschnittspreise in der Auktion 2010 für gepaarte Frequenzbereiche**

- 355 Die Beteiligte zu 3 hat offenkundig bei ihrem Entschluss mit erwogen, dass die 800-MHz-Frequenzen aufgrund der Kammerentscheidung BK 1a-09/002 mit einer separaten Versorgungsverpflichtung zur prioritären Versorgung ländlicher Räume gemäß der Nebenbestimmung 36 der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung belastet sind und die Erfüllung dieser Versorgungsverpflichtung erhebliche Investitionen erfordert. Die Beteiligte zu 3 ist nicht mit dieser Versorgungsverpflichtung aus der Kammerentscheidung belastet. Dass dieser Hintergrund von der Beteiligten zu 3 berücksichtigt wurde, wird ausweislich der folgenden Meldung deutlich:
- 356 „Obwohl er bei der am 21. Mai beendeten Mobilfunk-Auktion keine der attraktivsten Funkverbindungen ersteigerte, gibt sich E-Plus-Chef Thorsten Dirks kämpferisch: ‚Wir können sofort mit dem Ausbau des Datennetzes starten.‘
- 357 Er investiere jährlich einen ‚hohen dreistelligen Millionenbetrag‘, um das Netz mit dem Mobilfunkturbo HSPA+ zu beschleunigen. So könnten Handy-Kunden Songs und Videos mit bis zu 21,6 Mbits pro Sekunde herunterladen. ‚Wir beginnen in starken Regionen wie Berlin, Köln und Frankfurt.‘ Dann folge das Netz auf dem Land. ‚Dass wir angeblich zum City-Anbieter werden, ist Blödsinn‘, sagt Dirks.
- 358 E-Plus hat keine der früheren TV-Frequenzen ersteigert, die sich gut für den Ausbau in der Fläche eignen. Dennoch sieht Dirks sich als ‚wahren Gewinner‘ der Auktion: ‚Riva-

len haben dafür Milliarden gezahlt. Alle drei haben von sich aus signalisiert, mit uns über eine Netzkooperation reden zu wollen.“

FOCUS 22/2010, S. 129

- 359 Der Beteiligten zu 3 steht seit der Auktion 2010 bei 1,8 GHz und 2 GHz mehr Spektrum zur Verfügung als jedem anderen Beteiligten (vgl. Tabelle 5: Frequenznutzungsrechte seit dem 20.5.2010.).

#### **Keine Kosten- und Effizienz Nachteile**

- 360 Selbst wenn der Beteiligten zu 3 keine Frequenznutzungsrechte bei 800 MHz zur Verfügung stehen und diese mithin nicht – neben der Fortsetzung des GSM-Systems im 900-MHz-Band – breitbandige Systeme bei 800 MHz betreiben kann, ist die Kammer nicht der Überzeugung, dass die Beteiligte zu 3 Kosten- und Effizienz Nachteile aufgrund der Frequenzausstattung erleiden wird.
- 361 Zur Feststellung von Kosten- und Effizienz Nachteilen sind aussagekräftige Kennzahlen zugrunde zu legen. In den Stellungnahmen zum Impulspapier wurden unterschiedliche Indikatoren für Kosten- und Effizienz Nachteile benannt (Rn. 88 ff). Zum Teil wurden betriebswirtschaftliche Kennzahlen wie der SIM-Kartenmarktanteil, auch unterschieden nach Postpaid- und Prepaid-Kunden, Mobilfunkdienstumsatzanteil sowie die Korrelation von Marktpositionskennzahl (SIM-Kartenmarktanteil) und EBITDA-Marge als Indikator der Betriebseffizienz und Innenfinanzierungskraft angeführt. Andererseits wurden auch finanztechnische Kennzahlen wie EBIT und EBITDA-Marge genannt. Schließlich wurden technische Parameter wie die erreichbare Datenrate, die Kapazität und die Spektraleffizienz vorgeschlagen.
- 362 Die Kammer ist der Ansicht, dass es für die Untersuchung nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52) auf die Kosten- und Effizienz Nachteile ankommt, die auf der jeweiligen Frequenzausstattung beruhen. Um diesem Zusammenhang Rechnung zu tragen, ist daher auf frequenztechnisch-ökonomische Kennzahlen abzustellen.
- 363 Die Kammer hat ein Gutachten in Auftrag gegeben, in dem u. a. begutachtet wurde, welche Kennzahlen für den Untersuchungsauftrag am aussagekräftigsten sind (Rn. 168 ff). Die Gutachter führen – anknüpfend an die Vorschläge in den Stellungnahmen zum Impulspapier – hierzu Folgendes aus:
- 364 „Damit zeigt sich insgesamt, dass die vorgetragenen Argumente im Wesentlichen damit zusammenhängen, dass finanztechnische bzw. betriebswirtschaftliche Kennzahlen in die Analyse eingegangen sind. Damit greift die Analyse in Bezug auf die Frage 2 deutlich zu kurz, wenn man die Kennzahlen zu Grunde legen würde, die seitens der Mobilfunknetzbetreiber argumentiert werden.
- 365 Die verwendeten Zahlen können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die vorgelegten Werte keine ökonomisch-frequenztechnischen Kennzahlen im engeren Sinne sind. Eine ökonomisch-frequenztechnische Kennzahl wird stets darauf Bezug zu nehmen haben, wie sich der Zusammenhang zwischen Frequenzen und den Kosten der Netzzerrichtung versus den Kosten der Frequenzen verhält. Bei der Darstellung von E-Plus werden Marktergebnisse (Marktanteile) mit der Frequenzausstattung in Zusammenhang gebracht, ohne den statistischen und faktischen Zusammenhang zwischen den beiden Informationen herzustellen. Andere Gründe für den Marktanteil (Strategie, späterer Markteintritt, geringe Zahl an portierten Nummern im Mobilfunk) werden nicht untersucht. So ist aber der Wettbewerbseffekt der Frequenzausstattung isoliert nicht identifizierbar.
- 366 Der wesentliche Unterschied ergibt sich durch die Frequenzzuteilung im direkten Zusammenhang mit der unterschiedlichen räumlichen Reichweite (sowohl indoor als auch outdoor) der Frequenzen in Abhängigkeit vom Frequenzband. Daher ist die Reichweite, gemessen als Zellgröße und der damit verbundenen Anzahl an Basisstationen, die technische Kennzahl, die im Weiteren zu untersuchen ist. An dieser Kennzahl hängen indirekt weitere technisch-ökonomische Kennzahlen, welche für die Wettbewerbs-

situation relevant sind. Diese können bottom-up als Netzkosten für Basisstationen zusammengefasst werden. Diese Kennzahl fasst den technisch-ökonomischen Wert der Frequenzen zusammen. Der im Rahmen der Frequenzvergabe gezahlte Preis muss in Zusammenhang mit dem Wert des Spektrums analysiert werden.

- 367 Unter anderem wurden von E-Plus weitere finanzielle Kennzahlen herangezogen. Diese stellen, im Gegensatz zu den von uns genannten Kennzahlen, eine Top-Down-Analyse dar. Wie bei allen Top-Down-Verfahren referenzieren diese einen Ist-Zustand, in den sämtliche Aktivitäten und Entscheidungen einfließen und nicht nur jene, die frequenzrelevant sind. Unter anderem sind Ineffizienzen und Auswirkungen unterschiedlicher Strategieentscheidungen in der Vergangenheit in den finanziellen Kennzahlen enthalten. Daher geben diese finanziellen Kennzahlen kein transparentes Bild über die Situation.
- 368 Im weiteren Verlauf werden wir somit folgende Kennzahlen näher beleuchten:
- Netzkosten in Abhängigkeit der Frequenzausstattung
  - Preis für Spektrum“
- 369 Die Kammer hält nach den Ausführungen der Gutachter an ihrem Ansatz fest, dass eine Kennzahl, die frequenztechnische und ökonomische Gesichtspunkte vereint, die größte Aussagekraft für die Untersuchung von etwaigen frequenzverteilungsbedingten Kosten- und Effizienzschwierigkeiten hat. Die Kombination aus einerseits Kosten für die Errichtung und den Betrieb von Mobilfunknetzen in Abhängigkeit zur Frequenzausstattung (Netzkosten) und andererseits den Kosten für den Erwerb der Frequenznutzungsrechte (Frequenzkosten) wird aus Sicht der Kammer den frequenztechnisch-ökonomischen Wechselbeziehungen und damit den jeweiligen unternehmerischen Handlungsmöglichkeiten aller Beteiligten am besten gerecht. Der Zusammenhang aus Netz- und Frequenzkosten bildet die Kostenstruktur für die Produktionsmittel am besten ab. Hingegen sind Umsatz- und SIM-Kartenmarktanteile Kennzahlen für den Erfolg einer unternehmerischen Geschäftsstrategie. Diese Kennzahlen sind indes aus Sicht der Kammer nicht geeignet, die Kosten- und Effizienzschwierigkeiten aufgrund von für die Herstellung des Produkts notwendigen Ressourcen abzubilden.
- 370 Sofern die Beteiligte zu 3 in der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf vorträgt, dass sich die Bundesnetzagentur mit einer Vielzahl der in den von ihr eingereichten Gutachten vorgebrachten Argumenten bisher nicht oder nur rudimentär auseinandergesetzt habe, und daher darum bittet, dies in der endgültigen Entscheidung nachzuholen und das Untersuchungsergebnis entsprechend zu korrigieren, bezieht die Kammer diese Forderung vornehmlich auf die ökonomische Bewertung. Die Kammer folgt hierbei nicht dem Ansatz des Gutachters der Beteiligte zu 3, der seine Bewertung auf der Grundlage von betriebswirtschaftlichen Kennzahlen wie dem SIM-Kartenmarktanteil, dem Mobilfunkdiensteumsatzanteil sowie der Korrelation von Marktpositionskennzahl (SIM-Kartenmarktanteil) und EBITDA-Marge als Indikator der Betriebseffizienz und Innenfinanzierungskraft heranzieht. Da – wie soeben dargelegt – diese Kennzahlen für den Untersuchungsauftrag ungeeignet sind, bedarf es hierzu keiner vertieften Auseinandersetzung.
- 371 Mithin hat die Kammer ihrer Feststellung, ob Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind, eine gemeinsame Betrachtung der Frequenz- und der Netzkosten zugrunde gelegt.
- 372 Die Kammer hat unter anderem für die Frage, ob objektive ökonomisch-frequenztechnische Nachteile aufgrund der Frequenzzuteilungen bestehen, das o. g. Gutachten in Auftrag gegeben (Rn. 168 ff).
- 373 Ausgehend von Szenarien, wie die Beteiligte das jeweils zur Verfügung stehende Spektrum nutzen könnten, kommen die Gutachter zu dem Ergebnis, dass keine Indikationen für Wettbewerbsverzerrungen durch die Frequenzausstattung bei Flexibilisierung des 900-MHz-Bandes bestehen. Trotz unterschiedlicher Frequenzausstattung seien die Beteiligte in der Lage, unterschiedliche Positionen am Markt einzunehmen und den Markt mit unterschiedlichen Strategien nachhaltig erfolgreich zu bedienen.

- 374 Zur Quantifizierung der frequenzbedingten Ausstattungsunterschiede haben die Gutachter folgende Annahmen zugrunde gelegt:
- 375 „Aufgrund der physikalischen Gegebenheiten hat die Nutzung unterschiedlicher Frequenzbänder Auswirkungen auf die Größe der Funkzellen und somit auch auf die Kosten und die Wettbewerbssituation eines Netzbetreibers. Der Grund ist darin zu sehen, dass die erforderliche Anzahl an Basisstationen bei Verwendung von Spektrum oberhalb von 1 GHz (sog. „Kapazitätsspektrum“) für eine gleichwertige Versorgung höher ist als bei einer Verwendung von Frequenzbändern unterhalb 1 GHz (sog. „Flächenspektrum“). Dies führt dazu, dass die Investitionen für einen Betreiber, der über keine Frequenzen unterhalb 1 GHz verfügt, höher ausfallen, um die gleiche Abdeckung zu erreichen. In Deutschland stehen aktuell  $2 \times 64,8$  MHz (gepaart) Flächenspektrum (im 800 und 900 MHz Band) für den Mobilfunk zur Verfügung. Dieses Spektrum ist auf vier Netzbetreiber verteilt (je  $2 \times 22,4$  MHz (gepaart) für Telekom Deutschland und Vodafone,  $2 \times 15$  MHz (gepaart) für Telefónica und  $2 \times 5$  MHz (gepaart) für E-Plus).
- 376 Damit stellt sich hinsichtlich der Wettbewerbsvoraussetzungen die Frage, ob E-Plus als einziger Betreiber ohne 800 MHz Spektrum und mit nur  $2 \times 5$  MHz Spektrum (gepaart) im 900MHz Band im Markt wettbewerbsfähig bleiben kann. Aussagekräftige Kennzahlen zur Feststellung, ob objektive ökonomisch-frequenztechnische Nachteile existieren, können aus dem Vergleich von Netz- und Frequenzkosten bei unterschiedlichen Ausbauszenarien abgeleitet werden. Diese Ausbauszenarien ergeben sich aus unterschiedlichen Frequenzausstattungen und Geschäftsmodellen der Netzbetreiber.“
- TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 43
- 377 Für die Gutachter ist eine wesentliche Rahmenbedingung, welches Frequenzspektrum von den Beteiligten für den Ausbau eines flächendeckenden Breitbandnetzes gewählt wird. Die Gutachter haben folgende Szenarien zugrunde gelegt:
- 378 Die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 werden ein flächendeckendes Breitbandnetz im 800-MHz-Bereich mit LTE-Systemen errichten. Der Sprachverkehr wird von diesen jedenfalls bis zum Ende der Laufzeit der GSM-Lizenzen am 31. Dezember 2016 im 900-MHz-Bereich flächendeckend abgewickelt. Für diese Beteiligten wird dieses Szenario (Szenario 0) als konstant angesehen.
- 379 Bei der Beteiligten zu 3 hingegen werden verschiedene Szenarien für die Errichtung eines flächendeckenden Breitbandnetzes untersucht. Zum einen (Szenario 1) könnte die Beteiligte zu 3 ein flächendeckendes Breitbandnetz mit  $2 \times 10$  MHz (gepaart) im 1,8-GHz-Band betreiben. Hierbei unterstellen die Gutachter die Verwendung von LTE-Systemen. Die GSM-Teilnehmer würde dann mit 900-MHz-Spektrum angebunden werden. Zum anderen (Szenario 2) würde die Beteiligte zu 3 – umgekehrt – die 900-MHz-Frequenzen für den Ausbau eines breitbandigen Netzes mit LTE-Systemen verwenden. In diesem Szenario würden die GSM-Teilnehmer in den 1,8-GHz-Bereich verlagert werden. Eine Mischvariante stellt das Szenario 3 dar, in dem für den ländlichen Bereich das 900-MHz-Band und in Ballungsgebieten ein Teil des 1800-MHz-Bands zur Kapazitätsabdeckung mit LTE-Systemen genutzt wird. Für alle Szenarien gilt, dass Sprachkommunikation weiterhin mit GSM- oder UMTS-Technologie in den Frequenzbändern 900 MHz, 1,8 GHz und 2 GHz erbracht wird.
- 380 In einer von der Beteiligten zu 3 vorgelegten ökonomischen Analyse wird ausgeführt, dass für die Beteiligte zu 3 keine Anreize zur Flexibilisierung der 900-MHz-Frequenzen bestünden (vgl. auch Rn. 78). Dort wird diesbezüglich Folgendes angeführt:
- 381 „Für *E-Plus* sind nach dem Ergebnis der Versteigerung der 800 MHz-Frequenzen die Anreize gering, eine Öffnung des eigenen GSM-900-Spektrums für UMTS-Angebote zu beantragen. Für das Unternehmen ist die Möglichkeit, den eigenen gepaarten 5 MHz-Block im 900 MHz-Bereich für UMTS zu nutzen, insofern praktisch irrelevant, als dass es nicht über genügend 900 MHz-Spektrum verfügt, um den noch über viele Jahre anfallenden GSM-Sprachverkehr in dünn besiedelten Regionen im 900 MHz-Bereich abzuwickeln *und parallel* UMTS-Datendienste, die hinsichtlich ihrer Bandbreite wettbewerbsfähig sind, zu realisieren. Damit ist selbst ein Signal der *BNetzA*, eine z.B. bis

Ende 2016 befristete Flexibilisierung der GSM-900-Nutzungsrechte *exklusiv* für die E-Netzbetreiber vornehmen zu wollen, ungeachtet der damit verbundenen juristischen Probleme, nicht geeignet, bei *E-Plus* eine starke Motivation herbeizuführen, ein GSM-900-Refarming zu beantragen. Auch dieses „partielle“ Refarming von 900 MHz-Frequenzen würde nicht dazu führen, dass *E-Plus* über genügend Spektrum im 900 MHz-Bereich verfügt, um parallel GSM-Sprach- und UMTS-Datendienste anbieten zu können.“

Gerpott, in: Gerpott/Holznapel, Flexibilisierung der Frequenznutzung, S. 63

- 382 Demzufolge würde das Szenario 2 und auch das Szenario 3 als unrealistisch zu bewerten sein. Die Kammer ist jedoch insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Beteiligte zu 3 im November 2010 zunächst die Flexibilisierung der 900-MHz-Frequenzen an 25 konkreten Standorten und zudem am 27. Juni 2011 die bundesweite Flexibilisierung der 900-MHz-Frequenzen beantragt hat, der Ansicht, dass beide Szenarien durchaus realistisch sind.
- 383 Auf der Grundlage von bestimmten von den Gutachtern für den voraussichtlichen Netzaufbau gesetzter Parameter, insbesondere der Reichweiten,  
TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 51 bis 56
- 384 wurden die Auswirkungen für die Szenarien durchgerechnet. Anhand von Geotypen (Innenstadt, Stadt, Vorstadt und Land) und der Reichweite je Basisstation und Frequenzband wurde die Anzahl der Basisstationen ermittelt, die erforderlich ist, um die Fläche Deutschlands zu versorgen. Bei diesen Berechnungen wurde von einem Greenfield-Ansatz ausgegangen, bei dem die Netzbetreiber über keine bestehenden Basisstationen verfügen.
- 385 Bei der Untersuchung, ob Kosten- und Effizienz Nachteile bestehen, haben die Gutachter weiterhin berücksichtigt, dass es einen Zielkonflikt zwischen den Kosten für den Frequenzerwerb und den Nutzen der jeweiligen Frequenzen gibt. Hierzu haben die Gutachter Folgendes ausgeführt:
- 386 „Nach der dargestellten technischen Sachlage ergibt sich, dass die unterschiedliche Reichweite und die damit verbundenen Kosten bei unterschiedlichen Frequenzbändern als die hauptsächlich technisch-ökonomisch relevante Kennzahl anzusehen ist. Diese Reichweite stellt den „Wert“ verschiedener Frequenzen dar. Für diesen unterschiedlichen Wert haben die Betreiber unterschiedliche Preise bezahlt. Die Verknüpfung von ökonomischen und frequenztechnischen Kennzahlen zeigt somit einen Zielkonflikt (Trade-off) zwischen den Frequenzkosten und dem Frequenznutzen.
- 387 Der Vorteil des teureren Flächenspektrums (Spektrum unterhalb von 1 GHz) ergibt sich hauptsächlich dann, wenn die Kapazität für ein Netz bei erreichter Wunsch-Netzabdeckung ausreicht. Dies führt dazu, dass der Netzbetreiber sein Netz mit Basisstationen erweitern muss, wenn die Nachfrage für die angebotenen Dienste und die Marktanteile des Netzbetreibers hoch sind. Es wird in diesem Zusammenhang von kapazitätsgetriebenen Kosten gesprochen. Der Vorteil des Flächenspektrums ist bei Berücksichtigung von kapazitätsgetriebenen Kosten deutlich geringer als bei Flächenabdeckung.
- 388 Als weiterer Aspekt kommt hinzu, dass die Kosten je nach Besiedelungsklasse entweder kapazitäts- oder flächengetrieben sind. Dies führt dazu, dass die Verteilung der Nachfrage die wirtschaftlichen Vorteile von Flächenspektrum beeinflusst. Die Verteilung der Nachfrage hängt davon ab, wie die Verteilung der Bevölkerung, das Nutzungsverhalten, die Mobilität der Endkunden sowie die Präferenz „überall“ zu telefonieren bei den Endnutzern sich entwickelt.“  
TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 56 f.
- 389 Unter Einbeziehung der unterschiedlichen Kosten für den Frequenzerwerb im Rahmen der Versteigerung 2010 kommen die Gutachter zu folgendem Resümee:
- 390 „Dieses Ergebnis der Versteigerung führt wegen der Wechselwirkung mit den Netzkosten dazu, dass E-Plus weniger Kosten für Spektrum zu tragen hat, dafür aber

Mehrkosten für den Netzausbau. Die Höhe der Mehrkosten für das Netz hängen von der Geschäftsstrategie von E-Plus und den Entwicklungen im Markt ab.“

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 59

391 Bei der Modellrechnung haben die Gutachter als hypothetische Kosten für den Erwerb von 900-MHz-Spektrum vereinfachend die gleichen Kosten angenommen wie bei 800 MHz.

392 „900 MHz Spektrum wurde im Jahr 2010 nicht versteigert. Vereinfacht gehen wir davon aus, dass dieses den gleichen Preis pro MHz hat als 800 MHz Spektrum, da die Unterschiede bei der Reichweite relativ gering ausfallen.“

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 60

393 Des Weiteren haben die Gutachter den Berechnungen folgende Annahmen zugrunde gelegt:

394 „Die konkreten, im Folgenden durchgeführten Berechnungen beschränken sich auf das 1800 MHz Band und LTE Technologie. Wir gehen davon aus, dass sich die Ausbreitungsbedingungen im 2100 MHz Band nur geringfügig unterscheiden. Verwendet man UMTS Technologie, so bedeutet diese eine geringere spektrale Effizienz. [...]

395 Die Berechnungen beziehen sich auf die Implementierung eines mobilen Breitbandnetzes. Die Erbringung des Sprachdienstes wird bei den folgenden Berechnungen nicht explizit betrachtet. Wir gehen davon aus, dass Sprache weiterhin mit GSM oder UMTS Technologie in den Frequenzbändern 900, 1800 und 2100 MHz erbracht wird.“

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 50

396 Die Gutachter weisen ausdrücklich darauf hin, dass die berechneten Szenarien nicht erschöpfend sind, sondern eine Auswahl an Handlungsoptionen beinhaltet, die im Rahmen der gutachterlichen Prärogative als für die notwendige Prognose der Wettbewerbsentwicklung erheblich angesehen werden.

397 „Mit diesen Annahmen sind sicherlich nicht alle möglichen Handlungsoptionen erfasst. Ziel ist es, aus wahrscheinlichen bzw. möglichen Szenarien eine Abschätzung der Kostenunterschiede beim Netzausbau abzuleiten. Wir gehen davon aus, dass die Verwendung des 800 MHz Spektrums Kostenvorteile beim Netzausbau bietet, diese Kostenvorteile aber dem höheren Betrag zur Ersteigerung der Frequenzen gegenüberzustellen sind. Andererseits wird E-Plus im Szenarien 1 mit höheren Netzausbaukosten konfrontiert sein, denen aber niedrigere Kosten beim Erwerb der Frequenzen gegenüber stehen. Mit dieser Darstellung wird angestrebt, ein Feld an Handlungsoptionen aufzuzeigen, innerhalb derer sich die Netzbetreiber mit ihren Strategien bewegen (können) und die für die Betrachtung der Wettbewerbsposition auf dem Markt relevant sind.“

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 50

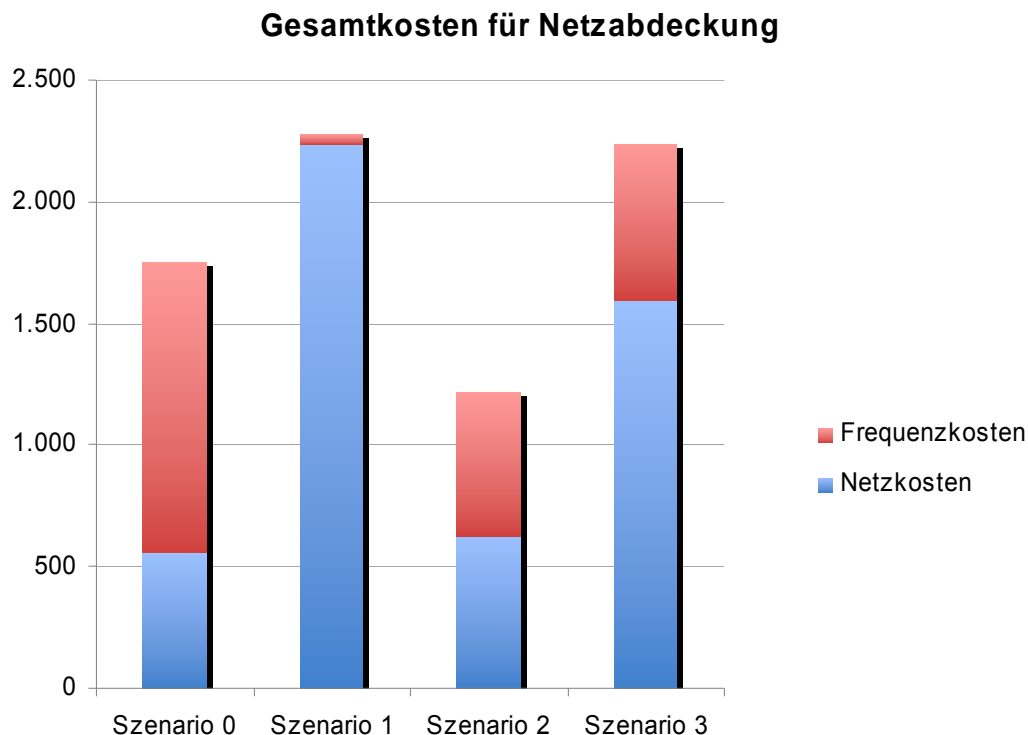
398 Die Kammer hat gegen die von den Gutachtern gewählte Vorgehensweise zur Untersuchung, ob Kosten- und Effizienz Nachteile aufgrund der Frequenz zuteilung des 900-MHz-Bands wahrscheinlich sind, keine Bedenken. Bei einer Prognose sind Annahmen zu treffen, die einerseits auf feststellbaren Fakten beruhen müssen, andererseits aber auch eigene Wertungen und – zur Bestimmung von Annahmen – auch Auslassungen beinhalten müssen. Es ist einer Prognose immanent, dass rückblickend betrachtet sich der Sachverhalt anders entwickelt hat als in den Szenarien angenommen.

399 Sofern dem Gutachten der TU Wien (Rn. 168) entgegengebracht wird, dass die hausinterne Versorgung mit Breitbanddiensten (Indoor Coverage) vollkommen ausgeblendet würde (Rn. 186), schließt sich die Kammer diesem Vorbringen nicht an. Die Gutachter haben in dem Gutachten ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ermittlung der Kosten und vor allem die durch die Frequenzausstattung induzierten Kostenunterschiede stark durch Annahmen über die Netzgestaltung beeinflusst seien; dazu gehörten unter anderem technologie-spezifische Parameter, die Datenrate und das Ausmaß der Indoor-Versorgung.



TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 74

- 400 Die Gutachter haben die Gesichtspunkte im Rahmen ihrer gutachterlichen Prerogative gewichtet. Zwar haben die Gutachter keine Erhebung unter den Beteiligten über die konkrete Netzplanung vorgenommen. Jedoch haben die Gutachter in der mündlichen Verhandlung (Rn. 178) dargelegt, dass die verwendeten LTE-Zellradien aus der Funknetzplanung ausländischer Netzbetreiber stammen, die im Zuge der Untersuchung gefragt wurden.
- 401 Die Gutachter kommen in ihren Berechnungen sodann zu folgenden Ergebnissen:
- 402 „Für eine Netzabdeckung von 98 % der Bevölkerung mit LTE-Spektrum (800 MHz) nach Szenario 0 sind 1.920 Basisstationen erforderlich. Für eine vergleichbare Netzabdeckung mit 900 MHz Spektrum (Szenario 2) sind 2.139 Basisstationen erforderlich. Ein großer Unterschied ergibt sich, wenn Kapazitätsspektrum statt Flächenspektrum eingesetzt wird. Dann steigt der Bedarf an Basisstationen auf 7.670 (Szenario 1) bzw. 5.254 (Szenario 3).
- 403 Der Unterschied verursacht höhere Netzkosten für einen Betreiber, der kein Flächenspektrum hat (vgl. Szenario 1 und 3). Die Höhe der Kostendifferenz hängt von den Investitionen und den laufenden Kosten für Basisstationen ab. [...]“
- 404 Die Kosten betragen bei Verwendung von Flächenspektrum 559 bzw 623 Millionen Euro (Szenario 0 bzw. Szenario 2). Bei Verwendung von Kapazitätsspektrum nach Szenario 1 erhält man Kosten von 2.233 Millionen Euro. Bei Verwendung einer Kombination von Flächen- und Kapazitätsspektrum betragen die Netzkosten 1.595 Millionen Euro (Szenario 3).
- 405 Wir haben bereits oben den Zielkonflikt zwischen Netzkosten und Frequenzkosten dargestellt. Als nächstes vergleichen wir diese Kostenunterschiede im Netz mit den Kostenunterschieden für Frequenzen. Wir haben dargestellt, dass E-Plus im Vergleich zu den Betreibern mit 800 MHz Spektrum einen „Vorteil“ in Höhe von 1.192 Millionen Euro an geringeren Kosten für den Erwerb von Frequenzen hatte, bei einem gleichzeitigen „Kostennachteil“ von 43 Millionen Euro für das erworbene 1800 MHz Spektrum. Je nachdem welches Szenario gewählt wird, ergeben sich unterschiedliche Kosten.



**Abbildung 2: Gesamtkosten für Netzabdeckung (Quelle: TU Wien, Gutachten, S. 63)**

- 406 Das Szenario mit den niedrigsten Kosten ist demnach Szenario 2. Allerdings bietet dieses Szenario durch das geringere Spektrum auch weniger Kapazität. Die Gesamtkosten für Netzausbau mit Flächenspektrum betragen 1.751 Millionen Euro (Szenario 0), die Gesamtkosten für Netzausbau mit Kapazitätsspektrum liegen bei 2.276 Millionen Euro (Szenario 1). Das Mischszenario 3 bringt bei reiner Netzabdeckung keinen Vorteil gegenüber Szenario 1 und hat mit 2.234 Millionen Euro vergleichbare Kosten. Die Schlussfolgerung ist, dass die Gesamtkosten für Netzausbau mit Flächenspektrum um 23 % geringer sind als für Netzausbau mit Kapazitätsspektrum.“
- TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 61 ff
- 407 Nach der Berechnung der Gutachter würden der Beteiligten zu 3 im Szenario 2 Gesamtkosten in Höhe von 1262 Millionen Euro entstehen, die sich aus 623 Millionen Euro Netzkosten sowie aus 596 Millionen Euro (hypothetischen) Kosten für den Erwerb von 900-MHz-Frequenzen und 43 Millionen Euro Aufwand für den Erwerb von 1800-MHz-Frequenzen zusammensetzen würden. Dieses Szenario ist im Vergleich zum Szenario 0, das die übrigen drei Beteiligten beleuchtet, von den Gesamtkosten her günstiger.
- 408 Die Gutachter haben einen sogenannten Greenfield-Ansatz gewählt, bei dem der Aufwand für die Errichtung eines komplett neuen Mobilfunknetzes untersucht wird. Tatsächlich verfügen alle Beteiligten bereits über ein nahezu das gesamte Bundesgebiet abdeckendes Netz aus Basisstationen mit entsprechender Anbindung an ein Kernnetz. Dies bedeutet, dass die realen Netzkosten der Beteiligten deutlich geringer ausfallen würden als in den Szenarien. Des Weiteren bringen die Gutachter bei diesem Ansatz lediglich die Netzkosten für eine flächendeckende Versorgung zum Ansatz und lassen eine kapazitäts- und bedarfsbedingte Verdichtung des Netzes außer Acht. Ferner haben die Gutachter bei den Szenarien lediglich ein Frequenzband für den Breitbandausbau in der Fläche berücksichtigt, während die Beteiligten durch eine Kombination der tatsächlich verfügbaren Frequenzen Kapazitätsengpässe beheben könnten. Darüber hinaus haben die Gutachter nicht die Versorgung innerhalb von Räumen in die Berechnung einfließen lassen. Die Gutachter weisen diesbezüglich darauf hin, dass die Höhe dieses Nachteils stark von der Kundenpräferenz abhinge. Ferner erläutern die Gutachter, dass der durch technologische Weiterentwicklungen und den Wettbewerb der Hersteller bedingte Preisverfall der Basisstationsausrüstung teilweise durch höhere OPEX und Erschließungskosten ausgeglichen wird, so dass konstante Werte für das Equipment gesetzt wurden.
- 409 Die Ergebnisse dieses Ansatzes wurden von den Gutachtern fortentwickelt durch eine Betrachtung der Auswirkungen von Kapazitätsanforderungen. Grund hierfür ist, dass in der Realität die Anzahl der Basisstationen und damit deren Kosten auch von der Verkehrsmenge abhängen. Die Gutachter sind der Meinung, dass mit wachsenden Kapazitätsanforderungen die Vorteile von sogenannten „Flächenfrequenzen“ (unterhalb von 1 GHz) tendenziell abnehmen. Die Gutachter stellen aufgrund von Berechnungen fest, dass „weniger Spektrum zu höheren Netzkosten führt und bei steigender Verkehrsmenge die Unterschiede zwischen den Kosten der Implementierung in unterschiedlichen Frequenzbändern geringer ausfallen.“
- TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 66
- 410 Daraus folgt nach Ansicht der Gutachter, dass das Szenario 2, das für eine flächendeckende Versorgung Kostenvorteile liefert, für die Versorgung mit hohen Kapazitäten nachteilig ist. Dies sei darin begründet, dass es sich bei Szenario 2 um einen Breitbandausbau mit lediglich  $2 \times 5$  MHz (gepaart) handele.
- TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 66
- 411 Im Einzelnen kommen die Gutachter zu folgenden Schlussfolgerungen:
- 412 „Bei Berücksichtigung des kapazitätsgetriebenen Modus gibt es nahezu keinen Unterschied mehr zwischen Ausbau mit Flächenspektrum und Kapazitätsspektrum. Die Kosten in Szenario 0 liegen bei 2.944 Millionen Euro und für Szenario 1 bei 2.971 Millionen Euro. Der Unterschied ist kleiner als 1 %. Durch die geringere Frequenzausstattung bei Szenario 2 ergeben sich mit 4.030 Millionen Euro höhere Kosten als für Szenario 0. Die Kosten des Mischszenarios 3 liegen mit 3.368 Millionen Euro zwischen

Szenario 0 und 2. Die Schlussfolgerung aus dieser Gegenüberstellung ist, dass ein Netzbetreiber mit einer Frequenzausstattung wie E-Plus zu gleichen Kosten ein mobiles Breitbandnetz aufbauen kann wie Netzbetreiber mit Flächenspektrum.

- 413 Für den kapazitätsgetriebenen Modus gleichen sich Netzkosten und Frequenzkosten in etwa aus. Man erkennt, dass ein Vorteil des Flächenspektrums beim kapazitätsgetriebenen Modus weniger ins Gewicht fällt als bei reiner Flächendeckung. Die absoluten Zahlen der Basisstationen steigen zwar an, aber dies wirkt sich beim Flächenspektrum stärker aus.“

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 68

- 414 Die Gutachter erläutern, dass es drei wesentliche Einflussfaktoren auf die Ergebnisse der Berechnungen gebe: das Datenvolumen, die spektrale Effizienz der eingesetzten Technik sowie der Preisverfall der Technik.

- 415 Der Einflussfaktor Datenvolumen sei insofern von Bedeutung, als die zukünftig zu erwartenden höheren Datenvolumina die Kostenunterschiede beim Netzausbau mit sogenanntem „Flächenspektrum“ einerseits und „Kapazitätsspektrum“ andererseits weiter verringerten.

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 70

- 416 Hinsichtlich der spektralen Effizienz haben die Gutachter einen Wert von 1,7 bit/s/Hz/Sektor angenommen. Durch die technologische Weiterentwicklung sei eine weitere Steigerung der spektralen Effizienz zu erwarten, so dass die in Zukunft zu erwartende Anzahl der Basisstation geringer sein dürfte.

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 70 f.

- 417 Der dritte Einflussfaktor, der zu erwartende Preisverfall der Technik, werde sich auf die Kosten je Basisstation auswirken. Durch Wettbewerb im Herstellermarkt und die Nutzung bestehender Basisstationen könne der Preis je Basisstation gesenkt werden.

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 71

- 418 Zusammenfassend kommen die Gutachter zu folgenden Schlussfolgerungen:

- 419 „Für dieses Gutachten haben wir konservative Annahmen für Parameter angenommen und erhalten ein Gleichgewicht zwischen Frequenzkosten und Netzkosten bei etwa 1,1 GB Datenvolumen pro Benutzer und Monat. Bei sinkenden Kosten für Basisstationen und Erhöhung der spektralen Effizienz wird dieses Gleichgewicht schon bei geringerem Datenvolumen erreicht werden. Insgesamt schließen wir daraus, dass ein Netzausbau mit Kapazitätsspektrum keine Wettbewerbsnachteile aus ökonomisch-frequenztechnischer Sicht bedeutet.“

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 71

- 420 Die Kammer ist der Ansicht, dass die Berechnungen der Gutachter brauchbar und aussagekräftig sind. Die Ausführungen sind in sich schlüssig. Die Kammer erachtet die untersuchten Szenarien als in der Breite aussagekräftig an. Das Szenario 0 entspricht zum einen den ausdrücklichen Erklärungen der Beteiligten zu 1 und zu 2, wonach diese gegenwärtig keine Absichten verfolgten, das 900-MHz-Band mit anderen Systemen als GSM bis zum Ende der derzeitigen Laufzeit zu nutzen. Zum anderen trägt das Szenario 0 dem Umstand Rechnung, dass die Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 4 aufgrund der besonderen Versorgungsverpflichtung für die 800-MHz-Frequenzen den flächendeckenden Ausbau mit breitbandigen Netzanschlüssen in diesem Frequenzband vollziehen werden. Daher wird das Szenario 0 als realistisch eingeschätzt. Die anderen Szenarien bilden aus Sicht der Kammer die Spannweite der Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten zu 3 ab. Die einzelnen Szenarien sind mustergültige, zugespitzte Fallvarianten, die geeignet sind, die wahrscheinlichen Auswirkungen auf die Kosten- und Effizienzstruktur der Beteiligten komparativ darzustellen.

- 421 Sofern die Beteiligte zu 3 in der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf ausführt, dass sie den Berechnungsansatz für ökonomisch nicht haltbar hielte, da sie durch diesen letztlich

dafür „bestraft“ werde, im Rahmen der Frequenzauktion überhaupt auf 800-MHz-Spektrum geboten zu haben, kann die Kammer diesem Einwand nicht folgen. Hätte die Beteiligte zu 3 auf das 800-MHz-Spektrum nicht geboten, hätte sie durch ihr eigenes Verhalten in Frage gestellt, weshalb sie eine Umverteilung des 900-MHz-Bands mit dem Ziel, dort mehr Frequenzen nutzen zu können, begehrte. Mit den Geboten auf das 800-MHz-Spektrum hat sich die Beteiligte zu 3 daher nicht „bestraft“, sondern ihr Umverteilungsinteresse glaubhaft gemacht. Dass der Berechnungsansatz des Gutachtens nicht mutmaßliche, sondern empirische Unternehmensentscheidungen und -einschätzungen zugrunde legt, steigert aus Sicht der Kammer eher seine Aussagekraft und ist ihm nicht abträglich.

422 Über die von den Gutachtern beleuchteten Szenarien hinaus sieht die Kammer nach wie vor Potenziale in einer durch Kooperationen zu erreichenden flächendeckenden Versorgung mit breitbandigen Netzzugängen. Diese Möglichkeit wurde auch in Stellungnahmen zum Impulspapier angesprochen (Rn. 131). Hierin liegt auch für die Beteiligte zu 3, die nicht über Spektrum im 800-MHz-Bereich verfügt, eine unternehmerische Option für die Anbindung von Endnutzern in ländlichen, dünn besiedelten Gebieten mit breitbandigen Netzan schlüssen. Hierzu hat die Kammer in der Entscheidung BK 1a-09/002 (Rn. 45) Folgendes ausgeführt:

423 „Die Kammer wird, sofern dies regulatorisch und wettbewerbsrechtlich zulässig ist, wie auch von Kommentatoren gefordert, Kooperationen grundsätzlich zulassen. Eine derartige Prüfung durch die Bundesnetzagentur kann erst nach Beendigung des Vergabeverfahrens und im Einzelfall erfolgen. Die künftigen Zuteilungsinhaber können zur Erfüllung ihrer Versorgungsaufgaben Gestaltungsspielräume nutzen, die einen zügigen und effizienten Netzaufbau auch in ländlichen Bereichen fördern. Im Rahmen der regulatorischen und wettbewerblichen Zulässigkeit sind wirtschaftliche Kooperationen mit anderen Netzbetreibern möglich. In Betracht kommen auch Netznutzungsvereinbarungen für den Betrieb gemeinsamer Infrastrukturen oder die Überlassung von Frequenzen.“

Vfg. 59/2009, (Rn. 45) S. 3726

424 Vor diesem Hintergrund ist die Kammer der Ansicht, dass alle vier Beteiligten jedenfalls im Zeitraum bis zum Ende der derzeitigen Nutzungsrechte wettbewerbsfähig sein werden.

### **Feststellungen der Beschlusskammer 3**

425 Des Weiteren beruht die Feststellung, dass Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzverteilung im 900-MHz-Band nicht wahrscheinlich sind, auch auf den Feststellungen der Beschlusskammer 3 in den Genehmigungen der Entgelte für Terminierungsleistungen in den Mobilfunknetzen der Beteiligten vom 1. Dezember 2010 bis zum 30. November 2012 (Beschlüsse BK 3-10/098 bis BK 3-10/101 vom 24. Februar 2011). Die Entscheidungen wurden auf der Basis vorgelegter Kostenunterlagen getroffen. Aufgrund eines von der Bundesnetzagentur festgelegten Kalkulationsschemas wurden von allen Unternehmen hinreichend aussagekräftige und untereinander vergleichbare Angaben über ihre Kosten und Verkehrsmengen vorgelegt, um der Bundesnetzagentur die Ermittlung der für die Genehmigung maßgeblichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu ermöglichen. Bei der Überprüfung hat sich der bereits in den früheren Genehmigungsverfahren gezeigte Trend bestätigt, dass die Gesamtverkehrsmengen in den Mobilfunknetzen über die letzten Jahre hinweg ganz erheblich zugenommen haben und wohl auch künftig weiter steigen werden. Diese Entwicklung macht deutlich, dass insbesondere mobile Datendienste erheblich stärker als bisher genutzt werden. Die Reduzierung der Terminierungsentgelte beruht ganz wesentlich auf dieser Entwicklung, die bei einer weitgehend stabilen Kostensituation und effizienten Netzen zu deutlich geringeren Minutenpreisen führt. Insbesondere hat sich gezeigt, dass die Kostenstrukturen der Beteiligten annähernd symmetrisch sind bzw. sogar – was jedenfalls die Sprachterminierung anbelangt – gewisse Kostenvorteile bei der Beteiligten zu 3 bestehen.

426 Zwar sind diese Feststellungen für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierungsentgelte erfolgt, so dass dort nur ein Teilbereich der hier erfolgten Entscheidung adressiert wurde. Gleichwohl haben die Feststellungen der Beschlusskam-

mer 3 nach Ansicht der Kammer auch für die hier zu treffende Entscheidung eine nicht zu vernachlässigende Aussagekraft.

### Rewheel-Studie

- 427 Zu diesem Schluss kommt die Kammer zudem aufgrund der Ergebnisse einer Studie der Strategieberatungsfirma Rewheel aus Helsinki (Finnland). Diese hat der Bundesnetzagentur im Dezember 2010 eine ohne Auftrag erstellte Studie über die Beteiligte zu 3 angeboten. Die Bundesnetzagentur hat die Studie „E-Plus Germany – Ready to disrupt the market“ daraufhin beschafft.
- [http://www.rewheel.fi/insights\\_11.php](http://www.rewheel.fi/insights_11.php)
- 428 Rewheel hat in erster Linie öffentlich zugängliche Quellen ausgewertet, u. a. Jahres- und Quartalsberichte der KPN-Group, zu der auch die Beteiligte zu 3 gehört. Aus diesen Informationen wurden unter Zugrundelegung einer Vielzahl von Annahmen Szenarien modelliert, um eine Finanzvorausschau für die Beteiligte zu 3 vorzunehmen.
- 429 In Kapitel 1 der Studie (S. 6 f.) wird die Entwicklung der Strategie der Beteiligten zu 3 dargestellt. Während sich die Beteiligte zu 3 noch im Jahr 2009 auf Sprachübertragung fokussiert habe, verfolge sie seit Juli 2010 eine „Sprache-plus-Daten-Strategie“. Ausschlaggebend für die zunehmende Konzentration auf die mobile Breitbanddatenübertragung seien drei Entwicklungen:
1. Die Netzwerkmodernisierung mit dem chinesischen Hersteller ZTE  
(Zitat KPN Group, 2009 half year results: „2010 half year results“: „highest speed network with lowest cost“).
  2. Das Ergebnis der Frequenzversteigerung 2010  
(Zitat KPN Group, 2009 half year results: „2010 half year results“: „most efficient spectrum for data network roll-out“).
  3. Die zunehmende Verbreitung von erschwinglichen Smartphones  
(Zitat KPN Group, 2009 half year results: „2010 half year results“: „affordable smartphones“).
- 430 In Kapitel 2 der Studie (S. 8 ff) wird ausgeführt, dass Netzbetreiber (welt- bzw. europaweit) bislang zur Gewährleistung ihrer Profitabilität die Endnutzertarife an der Menge an Datenverkehr ausgerichtet haben. Auch die Beteiligte zu 3 verfolge derzeit den Ansatz, die Übertragungsgeschwindigkeit nach Überschreiten einer bestimmten Verkehrsmenge zu drosseln. Es wird ferner dargestellt, dass zunehmend geschwindigkeitsbezogene Tarife (ohne Mengengrenzung) angeboten werden. Unter Auswertung des 15. Binnenmarktberichts der Kommission schlussfolgern die Autoren der Studie, dass die Märkte, in denen zumindest ein Anbieter einen geschwindigkeitsbezogenen Tarif anbietet, die höchste Durchdringung von mobilen Breitbandanschlüssen aufweisen würden, namentlich Finnland, Portugal, Österreich, Schweden, Dänemark und Irland:
- 431 „The correlation of mobile broadband penetration with pricing models is striking. The penetration reaches on average three times higher in the non data volume-restrictive markets.“
- Rewheel, (Rn. 427) S. 9
- 432 Aus Sicht der Autoren ist über mengen- und geschwindigkeitsbezogenen Tarifmodellen hinaus auch eine Tarifierung denkbar, die nach Endgeräteart unterscheidet (siehe hierzu Tabelle 4 auf S. 17 der Studie).
- 433 In Kapitel 3 (S. 11 ff) werden Szenarien beschrieben, die die Autoren für die Finanzvorausschau für die Beteiligte zu 3 zugrunde legen. Diese entsprechen den in Kapitel 2 vorgestellten Tarifmodellen. Die Autoren sind der Ansicht, dass die Beteiligte zu 3 noch ausschließlich Mengentarife anbietet, solange die neuen ZTE-Basisstationen den Kapazitäts- und Qualitätsanforderungen genügen, allerdings irgendwann in diesem Jahr auch geschwindigkeitsbezogene Tarife eingeführt werden könnten.

- 434 „We think, that in the near future, E-Plus could consider better exploiting their cost base advantage and pursue a braver and more aggressive mobile data strategy. One way of differentiating themselves from the competition is to move away from volume caps. [...] By moving to speed-based tiers, the customers will be able to use a service for quasi unlimited amount of time at a quasi standard user experience.“  
Rewheel, (Rn. 427) S. 14 f.
- 435 In einem weiteren Szenario werden Tarife nach Gerätearten unterschieden (Handy, Notebook, Smartphone). Der Grundgedanke hinter dieser Abgrenzung ist, dass mit den Geräteklassen auch unterschiedliche Datenmengenanforderungen einhergehen, was wohl insbesondere mit der Größe und Auflösung der Bildschirme zusammenhängt.
- 436 In Kapitel 4 (S. 19 ff) wird beruhend auf dem Grundscenario Mengentarif und frei zugänglichen Marktdaten eine Vorausschau verschiedener Parameter wie Anzahl der Verbindungen, Umsätze und Verkehrsbedarf unterschiedlicher Kundensegmente für die deutschen Festnetz- und Mobilfunkmärkte insgesamt und für die Beteiligten zu 3 für die Zeit bis zum Jahr 2022 modelliert. Die Autoren nehmen an, dass die Anzahl der Festnetzverbindungen nur unwesentlich weiter wachsen wird, während die Anzahl der mobilen Verbindungen insbesondere durch Konsumentenelektronik („E-Reader“, Kameras usw.) zunehmen wird (S. 21 der Studie, Abbildung 8). Weiter nehmen die Autoren an, dass die heute üblichen Handys zunehmend durch Smartphones ersetzt werden. Dies habe zur Folge, dass die Umsätze mit Endgeräten, die für Sprach- und nicht für Datenverkehr optimiert sind, rapide abfielen, während die Umsätze mit Smartphones, Notebooks, Netbooks und Tablets rasant ansteigen würden (S. 24, Abbildung 11). Der Beteiligten zu 3 wird vorausgesagt (S. 24 ff), dass deren Anteile am mobilen Breitbandmarkt aufgrund der großen Netzwerkkapazitäten und einer attraktiven Tarifierung wachsen werde. Dieser Wachstumspfad werde steiler, je eher die Beteiligte zu 3 geschwindigkeits- bzw. gerätebezogene Tarife einführen werde.
- 437 In Kapitel 5 (S. 34 ff) wird das Mobilfunknetz der Beteiligten zu 3 und die dahinter liegende Strategie einer näheren Betrachtung unterzogen. Im vierten Quartal 2009 sei nur etwa ein Drittel der 18 800 Basisstationen mit UMTS ausgestattet gewesen, 2000 Basisstationen seien mit der UMTS-Weiterentwicklung HSPA ausgerüstet gewesen. Dieser Ausbau habe auf einem 2008 geschlossenen Zweijahresvertrag mit Ericsson und Nokia Siemens Networks (NSN) beruht. Im Dezember 2009 habe die Muttergesellschaft der Beteiligten zu 3, KPN, einen Liefervertrag mit ZTE für die Beteiligte zu 3 und in Belgien für BASE abgeschlossen. Die günstigen Preise von ZTE erlaubten nun einen weitreichenden Ausbau mit HSPA+-Technik, die bis zu 21 Mbit/s ermögliche, an 12 000 Basisstationen bundesweit. Die Autoren erwarten, dass hierbei sogenannte „Software Defined Radio“-Basisstationen angeschafft werden, die einen Systemwechsel in einem bestimmten Frequenzband (z. B. 1800 MHz) von GSM auf UMTS oder sogar LTE durch Softwareaktualisierung quasi über Nacht ermöglichen. Diese Technik unterstütze auch die gemischte Nutzung mit unterschiedlichen Systemen, z. B. ein 5-MHz-Block mit GSM und ein benachbarter 15-MHz-Block mit LTE. Die vorhandenen Frequenzressourcen würden die von KPN gesetzte „Smart Follower“-Strategie unterstützen. Die Auktion 2010 sei für die Beteiligte zu 3 mit gemischten Ergebnissen ausgegangen. Zwar sei man aus dem Rennen um die 800-MHz-Frequenzen ausgestiegen, jedoch habe die Beteiligte zu 3 wertvolle Blöcke zu günstigen Preisen in den Kapazitätsbändern ersteigert.
- 438 “On one hand, they pulled out from the race for the most valuable 800 MHz paired bands (the “coverage bands”) while their competitors all secured 2 blocks of 5 MHz paired bands. On the other hand, E-Plus grabbed precious – still much cheaper – blocks in the 1.8 GHz and 2.1 GHz paired bands (the “capacity bands”).“  
Rewheel, (Rn. 427) S. 37
- 439 Die Zuteilung von E-GSM-Spektrum bei 900 MHz habe es der Beteiligten zu 3 ermöglicht, die Versorgung mit Sprachkommunikation innerhalb von Gebäuden auf 90 Prozent zu erhöhen.
- 440 “This new “rural coverage friendly” spectrum in turn allowed E-Plus to increase its indoor voice population coverage to 90%. We believe that the reason for stopping at 90%

was that the last 10% of the German population lives in too small and too isolated settlements to be covered economically for E-Plus even with the 900 MHz band.”

Rewheel, (Rn. 427) S. 37

- 441 Die Beteiligte zu 3 werde nach Ansicht der Autoren nicht den Fokus auf den weiteren Ausbau in der Fläche legen. Vielmehr werde sie in die weitere Verdichtung des Netzes investieren.
- 442 “We think that E-Plus will not want to put its presence up for grabs in the areas that it had covered using the 900 MHz band (i.e. between 78% and 90% of the population) so they will need to invest into a few thousands of green-field base stations in these areas. We believe that most of the 1,700 GSM base stations that E-Plus implemented since 2006 had been built into exactly these rural areas utilizing primarily the 900 MHz GSM band. In our modeling we assume that in order to provide a solid and continuous mobile broadband coverage on these areas using 2.1 GHz UMTS, E-Plus will need to double the density of their site grid by building about 1700 green field sites. We also assume that E-Plus will try to implement these sites relatively soon, probably by 2014.”
- Rewheel, (Rn. 427) S. 38
- 443 Die Beteiligte zu 3 sei der einzige Netzbetreiber, der vier UMTS/HSPA-Frequenzträger im 2-GHz-Band (UMTS-Kernband) einsetzen könne. Dieses Band sei das „meist standardisierte“ Band, was bedeutete, dass hier ein globaler Endgerätemarkt bestehe und die Endgerätepreise aufgrund der Skaleneffekte signifikant günstiger seien. Zudem könne die Beteiligte zu 3 bei 1800 MHz einen vollen 20-MHz-LTE-Frequenzträger unterbringen und habe daneben noch Frequenzen für GSM. Diese Möglichkeit besteht im 1800-MHz-Band ausschließlich für die Beteiligte zu 3. Das 1800-MHz-Band sei weltweit ein „heißer Kandidat“ für LTE-Ausbau, so dass für dieses Band Netz- und Endgerätekompenten bald und in hoher Stückzahl produziert werden dürften. (S. 38)
- 444 Zusammengefasst kommen die Autoren zu dem Fazit, dass die Beteiligte zu 3 zwar weiterhin einen Nachteil in den ländlichen Gebieten haben dürfte, jedoch in den Ballungszentren – und damit in den Schwerpunktgebieten der eigenen Strategie – über ein Frequenzportfolio verfüge, das es der Beteiligten zu 3 erlaube, eine hochwertige, durchgehende Abdeckung mit mobilen Breitbanddiensten mit der höchsten Kapazität aller Netzbetreiber in der ökonomischsten Weise erbauen zu können.
- 445 “Summarizing E-Plus’s spectrum situation, clearly, they will carry forward their disadvantage in the rural areas but in their target footprint which has been and will probably remain the urban and suburban types of settlements their spectrum mix positions them to build a very good quality, continuous mobile broadband coverage with the highest capacity among the operators, in the most economical way.”
- Rewheel, (Rn. 427) S. 39
- 446 Auf der Grundlage der Ausführungen in den vorangegangenen Kapiteln nehmen die Autoren zum Abschluss der Studie in Kapitel 6 (S. 46 ff) eine Finanzvorausschau für die Zeit bis 2022 vor. Die Autoren sagen ein leichtes Absinken des Verhältnisses von Investitionen zum Umsatz (CAPEX to sales ratio) von derzeit etwa 15 Prozent auf etwa zehn bis zwölf Prozent voraus (S. 47). In allen Szenarios kommen die Autoren zum Ergebnis, dass die EBITDA-Marge über 40 Prozent bleiben wird. Die EBIT-Marge werde – mit Ausnahme eines Subszenarios bei gerätebezogenen Datentarifen – über 20 Prozent bleiben. (S. 47 f.)
- 447 Die Autoren der Studie kommen zum Ergebnis, dass die Beteiligte zu 3 ein wettbewerbsfähiges und profitables Unternehmen sein wird. Insbesondere wird kein frequenzbedingtes „Wettbewerbshandicap“ gesehen, da der aus der Verfügbarkeit von lediglich 5 MHz an sogenanntem Flächenspektrum folgende Nachteil durch eine „einmalige Position“ bei den sogenannten Kapazitätsfrequenzen (1,8 GHz und 2 GHz) ausgeglichen werde.
- 448 Die Kammer würdigt die Aussagen der Rewheel-Studie insofern, als eine unabhängige Einrichtung eine eigene Einschätzung über die Wettbewerbschancen und voraussichtliche Profitabilität der Beteiligten zu 3 erstellt hat. Die Ergebnisse der Studie zum Netz und der Fre-

quenzausstattung der Beteiligten zu 3 bestärken die Kammer in ihrer Auffassung, dass keine Kosten- und Effizienz Nachteile aufgrund der Frequenzausstattung bestehen, durch die die Fähigkeit der Beteiligten zu 3, mit den anderen Beteiligten in Wettbewerb zu treten, spürbar beeinträchtigt wird. Zwar kommen die Autoren der Studie zu dem Fazit, dass die Frequenzausstattung der Beteiligten zu 3 verglichen mit der Ausstattung der übrigen Beteiligten insofern Nachteile aufweist, als es um die Versorgung des ländlichen Raums mit breitbandigen Diensten geht. Jedoch schätzen die Autoren der Studie die Frequenzausstattung der Beteiligten zu 3 dahingehend ein, dass die Beteiligte zu 3 in den Ballungsgebieten die höchste Kapazität zu den wirtschaftlichsten Bedingungen anbieten werden kann.

- 449 Die Kammer weist insofern darauf hin, dass diese Verteilung der Vor- und Nachteile letztlich auf den durch den Verlauf und die Ergebnisse der Auktion erwiesenen autonomen Entschluss der Beteiligten zu 3 zurückgeht, ab einem bestimmten Preisniveau des 800-MHz-Spektrums auf Spektrum in höheren Frequenzbereichen zu bieten (Rn. 351).
- 450 Die Kammer stellt klar, dass sie die Ergebnisse zur Finanzvorausschau in Kapitel 6 der Studie aus den oben genannten Gründen nicht verwertet hat. Zwar mag auf der Basis dieser Zahlen eine Prognose zur Profitabilität der Beteiligten zu 3 angestellt werden, jedoch ist dieser Aspekt für die Beurteilung, ob Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzverteilung wahrscheinlich sind, unerheblich. Die Autoren der Studie haben die bestehende Frequenzausstattung der Beteiligten zu 3 analysiert, nicht aber auf eine frequenzregulatorische Notwendigkeit einer Umverteilung der Frequenzausstattungen hin untersucht.

### **Sondergutachten der Monopolkommission**

- 451 Die Monopolkommission hat in dem 56. Sondergutachten gemäß § 121 Abs. 2 TKG vom Dezember 2009 auch Stellung genommen zu der hier zu entscheidenden Frage, ob die Frequenzen im 900-MHz-Band umzuverteilen sind. Auch wenn die Monopolkommission insofern keine Empfehlung abgegeben hat, hat sie zu erkennen gegeben, einer Umverteilung jedenfalls skeptisch gegenüber zu stehen. Konkret hat die Monopolkommission Folgendes ausgeführt:
- 452 „Die Umverteilung würde gegebenenfalls vergleichsweise hohe Kosten verursachen. Nicht auszuschließen wäre darüber hinaus, dass der gesamtwirtschaftliche Nutzen einer solchen Umverteilung gering oder sogar negativ ist. Das wäre dann der Fall, wenn die Geschäftsmodelle der bisherigen Nutzer dieser Frequenzen den Geschäftsmodellen der zukünftigen Nutzer überlegen sind. Eine Versteigerung deckt solches Wissen in aller Regel auf. Eine durch den Regulierer erzwungene Umverteilung dagegen würde ohne solches Wissen erfolgen.“
- Monopolkommission, Sondergutachten 56, S. 120, Abs. 289, elektronisch abrufbar unter [http://www.monopolkommission.de/sg\\_56/s56\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/sg_56/s56_volltext.pdf)
- 453 Soweit die Beteiligte zu 3 in der Stellungnahme zu dem Konsultationsentwurf ausführt, dass schwer nachvollziehbar sei, dass die Bundesnetzagentur aus den Ausführungen der Monopolkommission im Sondergutachten 56 folgern möchte, die Monopolkommission stehe einer Umverteilung der 900-MHz-Frequenzen skeptisch gegenüber, weist die Kammer auf Folgendes hin:
- 454 Die aus Sicht der Kammer aus den oben wörtlich wiedergegebenen Ausführungen aus dem Sondergutachten erkennbare Zurückhaltung der Monopolkommission gegenüber einer frequenzregulatorisch erzwungenen Umverteilung wird nicht durch die von der Beteiligten zu 3 in der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf angesprochenen Stellen des Sondergutachtens relativiert. So deutet die Monopolkommission einerseits an, dass sie lediglich fremde Auffassungen darstellt („... steht in der Kritik ...“ (Abs. 268), „... Asymmetrie ... gilt ... als einer der Gründe ...“ (Abs. 271). Andererseits greift die Monopolkommission unter der Überschrift „Strategisches Bietverhalten zur Verengung der Marktstruktur?“ eine „Befürchtung“ (Abs. 280) der Beteiligten zu 3 und zu 4 auf. Die Monopolkommission führt dann wie folgt aus:



- 455 „Ob strategisches Bietverhalten mit dem Ziel der Verdrängung eines Netzbetreibers eine profitable Strategie ist, hängt von vielen Faktoren ab. So ist entscheidend, inwiefern die über dem 800 MHz-Band angebotenen Dienste auch über andere Frequenzen offeriert werden können. Selbst wenn hier Kostenunterschiede im Netzaufbau bestehen, ist ein Ausweichen auf andere Spektren möglich, sobald die Frequenzen aus der digitalen Dividende durch die Gebote sehr teuer werden. Dann kann es sich trotz der Kostenunterschiede beim Netzaufbau lohnen, auf „unattraktiveres“ Spektrum auszuweichen, sofern dies hinreichend günstig ist. Es stellt sich also die Frage, ob Spektrum im 790 bis 862 MHz-Bereich den Charakter einer wesentlichen Vorleistung hat oder ob es doch substituierbar ist.“

Monopolkommission, Sondergutachten 56, S. 118, Abs. 282, elektronisch abrufbar unter [http://www.monopolkommission.de/sg\\_56/s56\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/sg_56/s56_volltext.pdf)

- 456 Die Monopolkommission ist mithin erkennbar der Auffassung, dass Kostenunterschiede im Netzaufbau durch ein Ausweichen auf ein zwar „unattraktiveres“, aber hinreichend günstiges Spektrum ausgeglichen werden können. Dieser von der Monopolkommission beschriebene Zusammenhang zwischen Frequenz- und Netzkosten wird von der Kammer geteilt und entspricht den gutachterlichen Ausführungen.

### **Isolierte Betrachtung 900 MHz**

- 457 Die Kammer ist der Ansicht, dass selbst bei einer isolierten Betrachtung des 900-MHz-Bands eine Wettbewerbsverzerrung nicht wahrscheinlich wäre.
- 458 Zunächst könnten die Zuteilungen im Bereich 900 MHz isoliert betrachtet werden. Dieser Ansatz wird ausschließlich von der Beteiligten zu 3 vertreten. Aufgrund der gegenwärtigen Zuteilungen im 900-MHz-Spektrum können alle Beteiligten GSM-Netze betreiben und entsprechende Dienste bundesweit erbringen. Darüber hinaus können alle Beteiligten andere in der Kommissionsentscheidung (Rn. 239) angeführten Systeme (UMTS, LTE oder WiMAX) einführen und entsprechende breitbandige Dienste anbieten.
- 459 Da die Beteiligten zu 3 und zu 4 jeweils nur über einen Block mit  $2 \times 5$  MHz (gepaart) verfügen und UMTS als Kanalbandbreite ca. 5 MHz beansprucht, wäre für diese in dem jeweils verfügbaren Block im 900-MHz-Band die Einführung von UMTS neben einem bestehenden GSM-Netz (Parallelbetrieb) nicht möglich. Bei isolierter Betrachtung nur dieses Bandes wäre damit das parallele Angebot von breitbandigen Diensten mittels UMTS-Technologie neben GSM den Beteiligten zu 3 und zu 4 nicht möglich. Die Beteiligten zu 1 und zu 2 können aufgrund der bestehenden Zuteilungssituation parallel neben GSM-Diensten auch das Angebot von breitbandigen Diensten mit UMTS-Technologie realisieren, da beiden Netzbetreibern in ihrem insgesamt in diesem Band verfügbaren Spektrum von jeweils  $2 \times 12,4$  MHz (gepaart) ein zusammenhängendes Spektrum von  $2 \times 5$  MHz (gepaart) zur Verfügung steht.
- 460 Sofern die Beteiligte zu 3 oder die Beteiligte zu 4 andere Systeme mit Skalierbarkeit – wie z.B. LTE-Systeme – einsetzen würde, wäre sie jedoch – entgegen dem Vortrag der Beteiligten zu 3 (Rn. 130) – ebenfalls in der Lage, im 900-MHz-Bereich parallel breitbandige Dienste anzubieten. Für LTE sind auch Systeme mit 1,4-MHz-Bandbreite und 3-MHz-Bandbreite spezifiziert, so dass parallel auch GSM-Systeme (Kanalbandbreite 200 kHz) in einem 5-MHz-Block eingesetzt werden können. Die Kammer verkennt dabei nicht, dass im Fall des Parallelbetriebs von GSM und LTE mit 1,4 MHz oder 3 MHz Bandbreite eine geringere Übertragungsrate als bei Verwendung eines Systems mit 5 MHz (UMTS oder LTE) einhergehen kann.

TU Wien, Gutachten (Rn. 168), S. 41

- 461 Somit wäre in diesem Fall die Technologieauswahl der Beteiligten zu 3 und zu 4 für die Nutzung des 900-MHz-Bandes eingeschränkt, würde aber die Fortführung der GSM-Systeme bei gleichzeitiger Einführung breitbandiger Technologien nicht ausschließen.
- 462 Diese Einschränkungen durch die begrenzte Technologieauswahl für eine parallele Nutzung bestehen überdies nur während eines Übergangszeitraums bis zur Nutzungseinstellung der

GSM-Technologie im 900-MHz-Spektrum. Jedoch ist die Kammer aufgrund der Stellungnahmen zum Impulspapier (Rn. 66) sowie der Ausführungen der Gutachter (Rn. 168) der Ansicht, dass GSM-Systeme im 900-MHz-Band jedenfalls bis zum Ende der derzeitigen Nutzungsrechte und damit für den hier relevanten Zeitraum bis zum 31. Dezember 2016 betrieben werden. Die Verfügbarkeit und Nutzbarkeit des 900-MHz-Bands ab dem 1. Januar 2017 ist Gegenstand des Verfahrens BK 1-11/003.

- 463 Der Kammer ist darüber hinaus bewusst, dass UMTS-900-Endgeräte derzeit bereits verfügbar sind, während sich LTE-Endgeräte für 900 MHz noch im Entwicklungsstadium befinden und deren Marktreife noch nicht absehbar ist. Hierdurch mögen die Handlungsspielräume der Beteiligten zu 3 und zu 4 in dieser unterstellten Konstellation für einen gewissen Zeitraum eingeschränkt sein. Jedoch ist die Kammer insbesondere auch aufgrund der Entwicklung für den 800-MHz-Frequenzbereich der Ansicht, dass sich die Entwicklungszeiträume in den zurückliegenden Jahren stark verkürzt haben. Ferner hat die Kammer gewürdigt, dass gerade für den 900-MHz-Bereich im globalen Maßstab auch LTE-Endgeräte in nicht zu ferner Zukunft von Herstellern geliefert werden können. Der Zeitpunkt der Marktreife wird hierbei insbesondere durch die Nachfrage getrieben, die durch den Einsatz entsprechender Netztechnik durch Netzbetreiber ausgelöst wird. Daher ist die Kammer zu der Einschätzung gelangt, dass – auch bei Betrachtung nur des 900-MHz-Bands – die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten zu 3 und zu 4 jedenfalls nicht spürbar beeinträchtigt sein werden.
- 464 Die Kammer ist der Ansicht, dass vor diesem Hintergrund selbst bei einer isolierten Betrachtung des 900-MHz-Bands eine Wettbewerbsverzerrung infolge der Flexibilisierung nicht wahrscheinlich ist.
- 465 Des Weiteren hat die Kammer Folgendes gewürdigt: Die gemäß Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie vorzunehmende Untersuchung beruht ausweislich des Erwägungsgrunds 6 der Richtlinie 2009/114/EG auf der Überlegung, dass die Liberalisierung der Nutzung des 900-MHz-Bands möglicherweise zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte. Insbesondere könnten bestimmte Mobilfunkbetreiber, denen keine Frequenzen im 900-MHz-Band zugeteilt worden sind, Kosten- und Effizienz Nachteile gegenüber anderen Betreibern erleiden, die in der Lage wären, in diesem Band Dienste der dritten Generation zu betreiben.
- 466 Die in Satz 2 des Erwägungsgrunds 6 ausdrücklich genannte Fallgestaltung, dass nicht alle Netzbetreiber über 900-MHz-Spektrum verfügen, ist in Deutschland nicht mehr gegeben. Die Beteiligten verfügen jeweils über Frequenzspektrum von mindestens 2 × 5 MHz (gepaart). Bis zur Umsetzung des GSM-Konzepts waren die Frequenzuteilungen insofern asymmetrisch, als lediglich die Beteiligten zu 1 und zu 2 über Frequenznutzungsrechte sowohl im 900-MHz- als auch im 1800-MHz-Band verfügten, während den Beteiligten zu 3 und zu 4 Frequenzen ausschließlich im 1800-MHz-Band zugeteilt waren. Mit Frequenzverlagerungsbescheid vom 3. Februar 2006 wurden sowohl der Beteiligten zu 3 als auch der Beteiligten zu 4 jeweils 2 × 5 MHz (gepaart) im 900-MHz-Band zugeteilt. Seither verfügen alle Beteiligten im 900-MHz-Band über ausreichend Spektrum, um auch Systeme der dritten Generation zu betreiben. Die aus Sicht des Richtliniengebers zu Kosten- und Effizienz Nachteilen und damit zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnende Konstellation wurde mithin in Deutschland schon im Jahr 2006 behoben.
- 467 Sofern seitens der Beteiligten zu 3 vorgetragen wird, dass das Regelbeispiel auch erfüllt sei, wenn ein Netzbetreiber über zu wenig Spektrum bei 900 MHz verfügte (Rn. 103), kann die Kammer diese Interpretation in der Formulierung des Erwägungsgrunds 6 nicht wiederfinden. Die in dem Satz 2 des Erwägungsgrunds 6 genannte Konstellation beschreibt ein Beispiel („insbesondere“), in dem die Liberalisierung möglicherweise zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte. Zwar misst die Kammer dem angeführten Beispiel eine gewisse Indizwirkung zu. Gleichwohl kommt die Kammer nicht allein deswegen, dass dieses Beispiel nicht erfüllt ist, zu dem Ergebnis, dass – auch bei einer isolierten Betrachtung des 900-MHz-Bands – Wettbewerbsverzerrungen nicht hinreichend wahrscheinlich sind. Zu diesem Ergebnis, dass Wettbewerbsverzerrungen nicht wahrscheinlich sind, kommt die Kammer aufgrund einer Bewertung der Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten im Wettbewerb. Die regulatorischen Rahmenbedingungen und die verfügbaren Technologien erlauben es sämtlichen Be-

teiligten diskriminierungsfrei, drahtlose Breitbandzugänge anzubieten. Der von der Beteiligten zu 3 angeführte Umstand, dass sie nicht in der Lage wäre, parallel GSM- und UMTS-Systeme zu betreiben, wirkt sich aus zwei Gründen nicht aus. Zum einen kann die Beteiligte zu 3 deshalb hieraus keinen Wettbewerbsnachteil erleiden, da die Beteiligten zu 1 und zu 2 jeweils mehrfach und eindeutig erklärt haben, das 900-MHz-Band bis zum Ende der jetzigen Laufzeit ausschließlich mit GSM-Systemen zu nutzen. Zum anderen kann die Beteiligte zu 3 mittlerweile im Einklang mit dem Anhang der Kommissionsentscheidung zum 900-MHz-Band auch LTE-Systeme betreiben und somit breitbandige Netzzugänge parallel zu GSM-Systemen betreiben.

## 2. Hilfsweise: Ermessensausübung

- 468 Selbst wenn – entgegen der Ansicht der Kammer – flexibilisierungsbedingte Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Frequenzverteilung des 900-MHz-Spektrums wahrscheinlich wären, wäre die Bundesnetzagentur nicht zum Widerruf zum Zwecke der Umverteilung während der restlichen Laufzeit verpflichtet. Das Entschließungsermessen wäre nicht auf Null reduziert. Aus Sicht der Kammer wäre es nicht nur ermessensfehlerfrei, sondern auch zweckmäßig, eine die Ursachen der Wettbewerbsverzerrungen behebende Umverteilung der 900-MHz-Frequenzen für die Zeit ab 1. Januar 2017 im Wege eines offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens herbeizuführen.
- 469 Gemäß § 40 VwVfG hat eine Behörde, die ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.
- 470 Der Widerruf als erste Stufe einer Umverteilung wäre – eine Wettbewerbsverzerrung unterstellt – zwar geeignet, dem Zweck des Telekommunikationsgesetzes und den Zielen der Regulierung zu dienen. Gleichwohl könnte in der konkreten Fallgestaltung ein Absehen von einer Umverteilung der bis zum 31. Dezember 2016 laufenden Frequenznutzungsrechte ebenso im Einklang mit Regulierungszielen stehen.
- 471 Nach § 1 TKG ist es Zweck dieses Gesetzes, durch technologie neutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Für die in Teil 5, Abschnitt 1 des Telekommunikationsgesetzes normierte Frequenzordnung konkretisiert § 52 Abs. 1 TKG, dass Frequenzen zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen und unter Berücksichtigung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten weiteren Ziele zugeteilt werden.
- 472 Aus dem Verzeichnis der gesetzlichen Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG sind die folgenden einschlägig:
1. die Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation und die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses,
  2. die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche,
  3. effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen,
  4. die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern,
  7. die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks.
- 473 Das Regulierungsziel der Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG spricht – eine wahrscheinliche Wettbewerbsverzerrung unterstellt – zwar für die Behebung der wettbewerbsverzerrenden Frequenzverteilung, nicht jedoch zwingend für den Widerruf eines Teils der bis zum 31. Dezember 2016 befristeten 900-MHz-Frequenznutzungsrechte der Beteiligten zu 1 und zu 2 zum Zweck der Umverteilung. Zwar

würde die Umverteilung einiger GSM-Kanäle von den D-Netzbetreibern an die E-Netzbetreiber im Verhältnis zu dem jeweils insgesamt verfügbaren Spektrum nicht zwangsläufig zu unmittelbar von Endnutzern spürbaren Wirkungen führen. Es ist jedoch anzunehmen, dass sich die – hier nur unterstellte – Wettbewerbsverzerrung mittel- bis langfristig tendenziell eher zulasten der Nutzer auswirken würde. Es wäre dann zu erwarten, dass Endnutzer des unter einer flexibilisierungsbedingten Wettbewerbsverzerrung leidenden Netzbetreibers aufgrund nicht wettbewerbsfähiger Produkte zu einem anderen Netzbetreiber wechseln würden. Diese Konzentration der Angebotsmacht auf wenige Netzbetreiber infolge der angenommenen Wettbewerbsverzerrung würde auf lange Sicht den Wettbewerbsdruck der Nachfrageseite schwächen und damit auch die Funktionsfähigkeit des Endnutzermarkts gefährden. Zwar ist nicht auszuschließen, dass auch das Absehen von einem Widerruf und die Durchführung eines offenen, objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens, in dem eine den Wettbewerb nicht beeinflussende Frequenzverteilung durch die Mobilfunknetzbetreiber gefunden wird, auch diesem Regulierungsziel förderlich wäre. Jedoch kann hierzu im Rahmen dieser lediglich hilfsweisen Erwägungen und ohne die Kenntnis der konkreten Schwere der Wettbewerbsverzerrung keine abschließende Einschätzung für das Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG vorgenommen werden.

- 474 Unterstellt, Wettbewerbsverzerrungen wären aufgrund der Frequenzverteilung des 900-MHz-Bands wahrscheinlich, würde das Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG für den Widerruf im Zuge der Umverteilung sprechen, denn das Absehen von frequenzregulatorischen Maßnahmen zur Beseitigung von wettbewerbsverzerrenden Frequenzzuteilungen würde weder einen chancengleichen Wettbewerb sicherstellen noch nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte fördern.
- 475 Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG sind effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen. Bei der Betrachtung, ob die Umverteilung von Frequenzspektrum, die den Widerruf von Frequenznutzungsrechten beinhalten würde, effiziente Infrastrukturinvestition fördert und Innovationen unterstützt, ist zu erwägen, dass in diesem Fall die betreffenden Rechte bis zum 31. Dezember 2016 laufen. Die vom Widerruf betroffenen Mobilfunknetzbetreiber müssten umfassende und aufwändige Umstellungen planen und vollziehen. Hierfür wäre ein angemessener Zeitraum zu gewähren, bis der Widerruf wirksam wird. Für alle von der Umverteilung betroffenen Mobilfunknetzbetreiber würde eine Restlaufzeit verbleiben, die kaum einen Anreiz für Investitionen und Innovationen darstellt. Investitionen würden nur dann angereizt, wenn mit der Umverteilung eine Verlängerung der Laufzeit einhergehen würde. Dies wurde auch von den Beteiligten in den Stellungnahmen zum Impulspapier vorgetragen (Rn. 161). Ob die bestehenden Frequenznutzungsrechte verlängert werden können oder ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens, sondern wird im Verfahren BK 1-11/003 zur Entscheidung gebracht. In dem hiesigen Verfahren kann die Kammer das Ermessen nur aufgrund der feststehenden Tatsachen ausüben. In der gegebenen Situation würde eine Umverteilung an und für sich tendenziell keine Investitionen in die Infrastruktur auslösen und Innovationen unterstützen, sondern erst wenn Rechts- und Planungssicherheit über den Zeitraum bis 2016 hinaus besteht. Dieses Regulierungsziel spräche nach Ansicht der Kammer daher nicht für einen Widerruf im Zuge der Umverteilung der bestehenden Frequenzzuteilungen, die am 31. Dezember 2016 auslaufen, sondern für die Berücksichtigung der die Wettbewerbsverzerrung begründenden Umstände in der Entscheidung über die Vergabe dieser Frequenzen für die Zeit ab 1. Januar 2017 in dem Verfahren BK 1-11/003.
- 476 Das Regulierungsziel der Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union in § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG verhält sich aus Sicht der Kammer in diesem Fall neutral. Zur Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes ist es geboten, die mit den einschlägigen Rechtsakten der Europäischen Union verfolgten Ziele zu erreichen. Hierzu zählt nach Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie, dass Wettbewerbsverzerrungen behoben werden, wenn dies gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Dies ist eine Einzelfallentscheidung, wobei sowohl die Entscheidung für als auch gegen die Umverteilung im Einklang mit den europäischen Rechtsakten stehen und mithin die Entwicklung des Binnenmarktes fördern kann.

- 477 Schließlich ist das Regulierungsziel der Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG zu würdigen. Unter der Annahme, dass die Frequenzverteilung wettbewerbsverzerrend ist, würde diese Frequenzverteilung aus frequenzregulatorischer Sicht auch eine ineffiziente Ressourcenallokation darstellen. Mithin spräche auch das Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG für einen Widerruf, falls eine frequenzzuteilungsbedingte Wettbewerbsverzerrung infolge der Flexibilisierung wahrscheinlich wäre.
- 478 Die Regulierungsziele würden demnach miteinander konfliktieren und kein eindeutiges Ergebnis, ob der Widerruf oder das Absehen vom Widerruf dem Zweck der Ermächtigung entspricht, liefern. Welches der konfliktierenden Regulierungsziele aufgrund einer Abwägung als überwiegend erscheint, kann – jedenfalls in diesen lediglich hilfsweisen Erwägungen – dahinstehen, da die gesetzlichen Grenzen des Ermessens nach Überzeugung der Kammer bei einem Widerruf der Frequenznutzungsrechte der Beteiligten zu 1 und zu 2 im 900-MHz-Band überschritten wären.
- 479 Verfassungsrechtliche Grundsätze sind gesetzliche Grenzen im Sinne des § 40 VwVfG.  
Henneke, in: Knack, VwVfG, 8. Auflage, § 40, Rn. 51
- 480 Zu diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen ist das unter anderem aus der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtstaatsprinzip) abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgebot zu zählen.  
Henneke (Rn. 479), § 40, Rn. 57
- 481 Auch nach den Vorgaben aus Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie sowie Art. 14 Abs. 1 Satz 1 der Genehmigungsrichtlinie muss die Änderung bestehender Frequenznutzungsrechte verhältnismäßig sein.
- 482 Der Widerruf von Teilen der den Beteiligten zu 1 und zu 2 im 900-MHz-Band zugeteilten und bis zum 31. Dezember 2016 befristeten Frequenzen zum Zweck der Umverteilung wäre jedenfalls unangemessen.
- 483 Eine hoheitliche Maßnahme ist dann nicht mehr angemessen, wenn die Auswirkungen der Maßnahme für die Rechts- und Sozialordnung unverhältnismäßig einschneidender sind als der vom Gesetz angestrebte Erfolg selbst.  
Henneke (Rn. 479), Rn. 59
- 484 Die Behörde muss also den Erfolg ins Verhältnis zu den Auswirkungen auf den individuell Betroffenen und die Nebenwirkungen für die Allgemeinheit setzen, wobei die Eingriffsschwere den Erfolg nicht überwiegen darf.  
Henneke (Rn. 479), Rn. 59
- 485 Der durch einen Widerruf zur Umverteilung erzielbare Erfolg überwiegt nicht den Einschnitt in den Rechtskreis der vom potenziellen Widerruf betroffenen Beteiligten zu 1 und zu 2. Es liegen keine Gründe von einer Art und einem Gewicht vor, die – die Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Zuteilung des 900-MHz-Bands unterstellt – eine Umverteilung während der gegenwärtigen Laufzeit als verhältnismäßig im engeren Sinne erscheinen ließen.
- 486 Die Kammer ist der Ansicht, dass die Interessenabwägung im vorliegenden Fall durch Art. 14 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie dahingehend vorgeprägt ist, dass regelmäßig das Bestandsinteresse der Frequenzzuteilungsinhaber das Aufhebungs- bzw. Umverteilungsinteresse überwiegt.
- 487 Gemäß Art. 14 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten Rechte zur Installation von Einrichtungen oder Rechte zur Nutzung von Funkfrequenzen nicht vor Ablauf des Zeitraums, für den sie gewährt wurden, einschränken oder entziehen, außer in begründeten Fällen und gegebenenfalls im Einklang mit dem Anhang und einschlägigen nationalen Vorschriften über Entschädigungen für den Entzug von Rechten.

- 488 Der Verweis in Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie auf Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie erfasst den dortigen Absatz 2 mit, der als für diese Entscheidung thematisch einschlägig erscheint, da er speziell auf die Änderung noch laufender Rechte abstellt. Zwar bestand der Art. 14 im Zeitpunkt der Verabschiedung der Richtlinie 2009/114/EG, am 16. September 2009, nur aus dem ersten Absatz; der Absatz 2 wurde durch die Richtlinie 2009/140/EG vom 18. Dezember 2009 eingefügt. Die Kammer ist jedoch der Auffassung, dass es sich um eine dynamische und nicht eine statische Verweisung auf die Genehmigungsrichtlinie handelt.
- 489 Während statische Verweisungen grundsätzlich rechtlich unbedenklich sind, stößt die Zulässigkeit von dynamischen Verweisungen auf enge Grenzen. Dies gilt insbesondere, wenn ein Normgeber auf Regelungen eines anderen Normgebers verweist, denn in diesem Fall könnte dem Normgeber ein Einfluss auf die zukünftige Fortentwicklung bestimmter Regelungen verwehrt sein und die Rechtsetzung außerhalb des Einflussbereichs des legitimierten Rechtsetzungsorgans stattfinden.
- Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 26.01.2007 – 2 BvR 2408/06 – JURIS, Rn. 12
- 490 Zur Wahrung sowohl des Rechtsstaats- als auch des Demokratieprinzips hat der zuständige Normgeber grundsätzlich selbst für eine ordnungsgemäße Inkraftsetzung und Verkündung seiner Normen und deren Änderungen zu sorgen. Er ist demokratisch legitimiert, den Inhalt seiner Normen in eigener Verantwortung selbst zu bestimmen und dabei auch ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht zu überprüfen. Der zuständige Normgeber darf sich seiner Verantwortung für den Inhalt der Normierung jedenfalls nicht völlig entäußern.
- Grundlegend BVerfGE 33, 125 (157 f.); ferner 47, 285 (315)
- 491 Ist aufgrund des Wortlauts der verweisenden Norm (hier Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie (Rn. 52)) nicht eindeutig, ob es sich um eine statische oder eine dynamische, künftige Änderungen einschließende Verweisung handelt, ist die Frage im Wege der Auslegung zu beantworten. Hierbei kommt dem Sinnzusammenhang, der Entstehungsgeschichte und den Regelungszielen besondere Bedeutung zu.
- Grundlegend BVerfGE 1, 299 (312); ferner BVerfGE 60, 135 (155)
- 492 Danach handelt es sich hier um eine dynamische Verweisung. Hierfür spricht insbesondere, dass der identische Normgeber (hier Europäisches Parlament und Rat) sowohl die Ausgangsnorm (Art. 1 Abs. 2 GSM-Richtlinie) als auch die Bezugsnorm (Art. 14 Genehmigungsrichtlinie) im annähernd gleichen Zeitraum beraten und erlassen hat.
- 493 Die Ausgangsnorm wurde durch die Richtlinie 2009/114/EG (Rn. 52) eingeführt. Deren Gesetzgebungsverfahren wurde am 19. November 2008 mit dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 87/372/EWG des Rates über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind,
- KOM(2008) 762 (endg.); vgl. ABl. EU Nr. C 76 vom 25.03.2010, S. 7
- 494 eingeleitet und mit der Unterzeichnung durch das Europäische Parlament und den Rat am 16. September 2009 abgeschlossen.
- 495 Die Bezugsnorm wurde durch die Richtlinie 2009/140/EG eingeführt. Deren Gesetzgebungsverfahren wurde am 13. November 2007 mit dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste

KOM(2007) 697 (endg.); vgl. ABl. EU Nr. C 55 vom 28.02.2008, S. 4

- 496 eingeleitet und mit der Unterzeichnung durch das Europäische Parlament und den Rat am 25. November 2009 abgeschlossen.
- 497 Während des Gesetzgebungsverfahrens der Ausgangsnorm lief mithin das Gesetzgebungsverfahren der Bezugsnorm bereits. Der Vorschlag zur Änderung der Bezugsnorm war von Anfang bekannt. Mit der Änderung von Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie (Bezugsnorm) wurden lediglich
- 498 „technische Anpassungen im Wortlaut der Richtlinie“  
KOM(2007) 697 (endg.), S. 13
- 499 vorgenommen. Eine substantielle Änderung war nicht beabsichtigt. Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass der Richtliniengeber mit der Einführung des Art. 1 Abs. 2 der GSM-Richtlinie auf die Genehmigungsrichtlinie jedenfalls in der Fassung des Änderungsvorschlags der Kommission vom 13. November 2007 und damit die heute gültige Fassung verweisen wollte.
- 500 Für eine dynamische Verweisung spricht ferner, dass zwischen Ausgangs- und Bezugsnorm eine hinreichende Zweckverwandtschaft besteht und die Änderung der Bezugsnorm nicht eine wesentliche Änderung der Ausgangsnorm bewirkte. Die Ausgangsnorm (Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie) verweist gerade deshalb auf die Bezugsnorm (Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie), weil dort die Änderung von (Frequenznutzungs-)Rechten geregelt ist. Mit der Einführung von Art. 14 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie sind auch keine Änderungen verbunden, die den Gehalt von Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie wesentlich umgestalten würde.
- 501 Nach alledem verweist also Art. 1 Abs. 2 der geänderten GSM-Richtlinie auf beide Absätze von Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie.
- 502 Die Kammer erkennt in Art. 14 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie ein Regel-Ausnahme-Verhältnis in dem Sinne, dass die „Einschränkung“ oder „Entziehung“ die zu begründende Ausnahme ist, dass das Bestandsinteresse mithin regelmäßig das Aufhebungsinteresse überwiegt.
- 503 Besondere Gründe, die hier das Aufhebungsinteresse ausnahmsweise überwiegen lassen, sind nicht erkennbar. Das Aufhebungsinteresse könnte nach Ansicht der Kammer jedenfalls dann ausnahmsweise das Bestandsinteresse überwiegen, wenn das Absehen von einer Umverteilung während der Restlaufzeit den Marktaustritt eines Unternehmens wahrscheinlich zur Folge hätte und damit für die Rechts- und Sozialordnung schlichtweg unerträglich wäre, da in diesem Fall der Kernbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG betroffen wäre. Gleichwohl hat die Beteiligte zu 3 bislang selbst nicht vorgetragen, dass sie nur dann im Markt existenzfähig wäre, wenn sie mehr Frequenzspektrum im 900-MHz-Band im Umfang von  $2 \times 3,6$  MHz (gepaart) erhalten würde. Aus Sicht der Kammer sprechen vielmehr Indizien dafür, dass im Fall der Nichtumverteilung nicht die konkrete Gefahr der Existenzbedrohung besteht. So kommt etwa die Rewheel-Studie zu der Schlussfolgerung, dass die Beteiligte zu 3 mit dem bestehenden Spektrum durchaus wettbewerbsfähig ist und weiterhin profitabel sein wird (Rn. 427). Dies deckt sich mit Verlautbarungen der Beteiligten zu 3. In einer Presseinformation der Beteiligten zu 3 vom 21. April 2011 wird Folgendes erklärt:
- 504 „Nach Rekordergebnissen in 2010 setzt die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG im ersten Quartal 2011 ihren Wachstumskurs fort. Bei der Umsatzentwicklung hält der Aufwärtstrend an. Das Wachstum legte im vierten Quartal in Folge zu. Obwohl Umsatz und EBITDA unter dem Einfluss von Regulierungseingriffen standen, erzielte das Unternehmen weiter eine starke Ergebnis-Marge. Auch bei den Kundenzahlen verzeichnet die E-Plus Gruppe kontinuierlich Zuwächse und bedient inzwischen 21 Millionen Kunden in Deutschland. [...]
- 505 „Bis Ende 2012 wollen wir das beste Datennetz aus Kundensicht bieten. Mit jährlich mehreren hundert Millionen Euro bauen wir in den Städten und auch auf dem Land unser Datennetz aus und sorgen für hervorragende Kundenerlebnisse beim mobilen

Surfen. Zufriedene Kunden sind der entscheidende Erfolgsmaßstab für unser Datenetz,“, erklärt Thorsten Dirks.“

elektronisch abrufbar unter <http://www.eplus-gruppe.de/presse/doc/1365.pdf>

- 506 Selbst wenn das Bestandsinteresse nicht aufgrund von Art. 14 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie regelmäßig das Aufhebungsinteresse überwiegen würde, würde eine Abwägung dieser gegenläufigen Interessen zugunsten des Bestandsinteresses ausfallen.
- 507 Hierbei ist zunächst klarzustellen, dass zugunsten der Beteiligten zu 1 und zu 2 insofern kein Vertrauensschutz streitet, als diese im Vertrauen auf den Fortbestand der Rechte im 900-MHz-Band Investitionen aufgrund der Versteigerung 2010 getätigt haben (Rn. 113 und 151). Die Kammer hat in der Entscheidung BK 1a-09/001 angekündigt, dass die Frequenzverteilungsuntersuchung nach der Versteigerung durchgeführt wird. Die Frequenzverteilungsuntersuchung kam also nicht überraschend, vielmehr mussten die Beteiligten zu 1 und zu 2 es zumindest für möglich halten, dass Frequenznutzungsrechte je nach Ausgang der Frequenzverteilungsuntersuchung umverteilt werden könnten.
- 508 Die Kammer ist der Meinung, dass – eine Wettbewerbsverzerrung unterstellt – das Absehen von einem Widerruf zur Umverteilung des 900-MHz-Bands insbesondere deshalb zumutbar wäre, da die derzeitigen Frequenznutzungsrechte im 900-MHz-Band mit Ablauf des 31. Dezember 2016 enden und die Kammer bis zum Jahr 2013 eine Entscheidung über die Zuteilung der Frequenzen für die Zeit ab dem 1. Januar 2017 unter anderem des 900-MHz-Bands im Verfahren BK 1-11/003 treffen wird, das bereits eingeleitet wurde.
- 509 Die Kammer trägt hierbei auch dem Umstand Rechnung, dass die für eine Umverteilung notwendige Netzplanung und Verkehrsmigration zu erheblichen Aufwendungen bei den Beteiligten zu 1 und zu 2 führen und eine erhebliche Umsetzungszeit erfordern würde. Eingedenk der verbleibenden Restlaufzeit bis zum 31. Dezember 2016 erscheint es daher als unzumutbar, die Beteiligten zu 1 und zu 2 zu einer Freischaltung und Abgabe von 900-MHz-Spektrum zu zwingen, ohne dass diese Planungssicherheit für das verbleibende 900-MHz-Spektrum für die Zeit ab dem 1. Januar 2017 haben.
- 510 Nach alledem ist die Kammer der Meinung, dass selbst im Fall einer wahrscheinlichen, flexibilisierungsbedingten Wettbewerbsverzerrung aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht die bestehende Frequenzverteilung bis zum Ende der derzeitigen Laufzeit geändert werden dürfte.

#### **D. Hinweis: Einleitung eines Verfahren für die Folgenutzung ab 2017**

- 511 Die Kammer weist darauf hin, dass sie zur Klärung der Folgenutzung unter anderem des 900-MHz-Frequenzbereichs ab dem 1. Januar 2017 ein Verfahren unter dem Geschäftszeichen BK 1-11/003 eingeleitet hat, um rechtzeitig drei Jahre vor dem Ende der Laufzeit der Frequenzzuteilungen über die Folgenutzung zu entscheiden.
- 512 Bereits in der Entscheidung BK 1a-09/001 (Rn. 38) hat die Kammer entschieden, dass sie von Amts wegen rechtzeitig vor dem Ende der derzeitigen Befristung der Frequenznutzungsrechte in den Frequenzbereichen 900 MHz und 1800 MHz eine Entscheidung über die Zuteilung dieser Frequenzen ab dem 1. Januar 2017 treffen wird. In der Begründung dieser Maßnahme 3 hat die Kammer Folgendes ausgeführt:
- 513 „Vor diesem Hintergrund hat die Kammer nunmehr für den wahrscheinlichen Fall, dass zumindest die D-Netzbetreiber das 900-MHz-Spektrum bis zum Ende der Laufzeit für GSM-Dienstleistungen nutzen werden, vorgesehen, dass von Amts wegen rechtzeitig vor dem Ende der derzeitigen Befristung der Frequenznutzungsrechte eine Entscheidung über die Zuteilung der Frequenzen im Bereich 900 MHz und 1800 MHz für die Zeit ab dem 01.01.2017 getroffen wird. Denn jedenfalls wenn die Nutzungsrechte auslaufen, ist von der Bundesnetzagentur über die Zuteilung der Frequenzen für einen Anschlusszeitraum zu entscheiden. Für diese Entscheidung sieht die Kammer nach erster Einschätzung im Wesentlichen die Möglichkeiten der Verlängerung gemäß § 55 Abs. 8 TKG oder der (Neu-) Vergabe der Frequenzen gemäß §§ 55 Abs. 9, 61 TKG.“



- 514 Jedenfalls wird die Bundesnetzagentur dann die Frage der Wettbewerbsneutralität der frequenzregulatorischen Rahmenbedingungen zu entscheiden haben. Dies gilt sowohl für den Fall der Verlängerung als auch für den Fall einer Vergabe der Frequenzen. Die Bundesnetzagentur wird in diesem Fall die geforderte Um- bzw. Neuverteilung unter den dann gegebenen Rahmenbedingungen erneut prüfen. Sowohl bei der rechtlichen Beurteilung etwaiger geltend gemachter Ansprüche auf Verlängerung als auch bei der Prüfung, ob ein Vergabeverfahren anzuordnen ist, wird die Bundesnetzagentur gerade den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG Rechnung tragen. Denkbar ist aus Sicht der Kammer, dass sich die Gewichtung zwischen den in dieser Frage einschlägigen Regulierungszielen aufgrund der zwischenzeitlichen Fortentwicklung des Marktes verlagert.
- 515 Aus Sicht der Kammer sind die hiermit verbundenen Fragen von besonderer Komplexität und die zu treffende Entscheidung von hervorgehobener Bedeutung mit erheblichen Auswirkungen für den Markt. Um diese Entscheidung auf eine dementsprechend sichere und stabile Grundlage zu stellen, wird die Bundesnetzagentur das Verfahren zur Erarbeitung dieser Entscheidung rechtzeitig einleiten. Nach heutiger Einschätzung sollte das Verfahren spätestens zwei Jahre vor Ablauf der gegenwärtigen Laufzeit abgeschlossen sein, um den beteiligten Unternehmen und den übrigen Betroffenen die erforderliche Planungs- und Investitionssicherheit zu gewähren.“
- Vfg. 58/2009, (Rn. 38) S. 3611
- 516 Auch unter Einbeziehung der Kommentare zum Impulspapier, der Erklärungen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung sowie den Stellungnahmen der Beteiligten im Anschluss an die mündliche Verhandlung hält die Kammer an diesem Vorgehen fest.
- 517 Die Kammer hat daher von Amts wegen ein diesbezügliches Verfahren eingeleitet (BK 1-11/003).

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht in Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden.

Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Streitgegenstand bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden. Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Die Klage hat nach § 137 Abs. 1 TKG keine aufschiebende Wirkung.

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

Die Präsidentenkammer

Bonn, den 21. November 2011

Dr. Henseler-Unger  
Beisitzerin

Kurth  
Vorsitzender

Kindler  
Beisitzer