

## ABC Working Paper 2024/07

erscheint in: WuW, Wirtschaft und Wettbewerb, 7-8/2024.

# Zur Fundierung eines Verhandlungsgebots\*

### Abstract

Für die anstehende Vergabe von Frequenzen für den Mobilfunk in 2025 wird nicht nur auf ein Vergabeverfahren, sondern auch auf eine Diensteanbieterspflicht („DAV“) verzichtet. Dies folgt aus dem Entwurf einer „Entscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz sowie einer Entschließung zur späteren Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens“ (BK1-22/001) der BNetzA. Die Stellungnahme des BKartA vom 8. Juli 2024 thematisiert die Frage, ob vor dem Hintergrund des Entwurfs, 1&1 tatsächlich der von der BNetzA erhoffte Heilsbringer für den Mobilfunkmarkt sein kann. Auch wenn ein erfolgreicher Eintritt der 1&1 zu begrüßen wäre (zur Fehlentscheidung in Telefónica/E-Plus, siehe Maier-Rigaud/Schwalbe, The European Commission's Decision in Telefónica Deutschland/E-Plus WuW 07-08/2015) und die Sorgen des BKartA berechtigt sind, gibt es keinen Grund, auf eine DAV und somit den Wettbewerb durch Diensteanbieter, zu verzichten.

## 1. Anreize vertikal integrierter Netzbetreiber

Bei vertikal integrierten Netzbetreibern (Mobile Network Operators, „MNOs“) ist eine Vergabe von Frequenzen ohne Zugangsauflagen für Diensteanbieter (Service Provider, „SP“) nicht sinnvoll (dazu Maier-Rigaud/Block/Klein, Wie geht Wettbewerb im Mobilfunkmarkt?, NZKart 6/2024). Es reicht ein Blick auf die Anreize von vertikal integrierten MNOs, um zu verstehen, dass ohne Zugangsauflagen die bedeutsamen Chancen eines nicht allein durch MNOs getriebenen Wettbewerbs (und Netzausbaus) im Mobilfunkmarkt von vornherein vertan werden.

---

\* Author: Prof. Dr. Frank Maier-Rigaud. Für Hinweise und Anmerkungen danke ich Dr. Lukas Block, Daniel Klein & Dr. Gerhard Maier-Rigaud.

Das grundlegende Problem auf Mobilfunkmärkten sind die Kosten eines flächendeckenden Netzes und das begrenzte Frequenzspektrum. Da nicht unbegrenzt viele Netze betrieben werden können, sind besondere Auflagen bei der Frequenzvergabe als Alternative zu einer Trennung von Netzbetrieb und SPs zwingend erforderlich. Das hat auch nichts mit einer Einschränkung der Privatautonomie zu tun, sondern folgt § 105 Abs. 2 Satz 3 TKG, der die BNetzA verpflichtet „Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs“ zu treffen. Ohne strukturelle Trennung oder einer DAV entscheiden vertikal integrierte MNOs über den Zugang zu Vorleistungsprodukten und damit über die Intensität des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt und den Netzausbau. Es gibt keine Grundlage für die BNetzA, den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt und den Netzausbau zu Lasten der Verbraucher durch eine unsachgemäße Frequenzvergabe allein auf MNOs zu reduzieren. Das Verhandlungsgebot kann eine solche Fehleinschätzung nicht kaschieren. Dies zeigt sich auch daran, dass trotz eines abgeschlossenen Streitbeilegungsverfahrens (BK2-21/005) bisher kein diskriminierungsfreier Zugang zu Vorleistungsprodukten im Markt bekannt ist.

## 2. Verhandlungsgebot

Nach der Vorstellung der BNetzA, die den Entwurf in der Frage der Vorleistungsprodukte prägt, sind *„die Teilnehmer am Mobilfunkmarkt grundsätzlich in der Lage [...], in privatautonomen Verhandlungen faire und diskriminierungsfreie Vereinbarungen über Vorleistungszugang zu treffen“* (S. 74). Dennoch geht die BNetzA davon aus, dass eine Neuauflage des *„Verhandlungsgebots über die nichtdiskriminierende und technologie neutrale Mitnutzung von Funkkapazitäten“* (S. 68) notwendig ist. Laut BNetzA kann das *„Verhandlungsgebot [...] hierfür Impulse setzen, indem es zu ergebnisorientierten Verhandlungen anhält und den Verhandlungspartnern im Streitfall die Möglichkeit eröffnet, die Bundesnetzagentur als Schiedsrichter hinzuzuziehen.“* (S. 74)

Es geht der BNetzA im Grunde also lediglich um einen „Impuls“, der die Verhandlungspartner zur Besinnung ruft und sie „anhält“, wieder auf den tugendhaften Weg einzuschwenken. Auch wenn es sich nur um einen „Impuls“ handeln soll, so entfaltet dieser gleichwohl erstaunliche Effekte. Das *„Gebot, mit Diensteanbietern und MVNO über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln, [ist] zur Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbes erforderlich. Es ist ein taugliches Instrument, um privatautonome Vereinbarungen über Vorleistungszugang im Mobilfunkmarkt voranzutreiben und den Wettbewerb zu fördern.“* (S. 74)

Die Aussagen der BNetzA und die Selbstverständlichkeit, mit der diese getroffen werden, sind bemerkenswert. Versucht die BNetzA tatsächlich das Zugangsproblem gleichzeitig als regulierungsrelevant und als keiner Regulierung benötigend zu beschreiben? Das Dilemma ist leicht erklärt. Die BNetzA kann aufgrund der erdrückenden Faktenlage nicht anders als ein Problem beim Netzzugang zu identifizieren und muss das Problem auch beim Namen nennen, um ein Verhandlungsgebot zu rechtfertigen. Gleichzeitig muss sie dieses Problem aber auch als Bagatelle abtun, da es ansonsten nicht ausreichen könnte, MNOs daran zu erinnern, man solle doch fair verhandeln. Ein Verhandlungsgebot kann jedenfalls nur Verhandlungen erzwingen, daher muss aus Sicht der BNetzA das Problem allein darin liegen, dass man sozusagen aus

Versehen keine Verhandlungen begonnen hat. Das Verhandlungsgebot dient somit allein der Erinnerung an das, was im Rahmen der von der BNetzA so gepriesenen Privatautonomie ohnehin passieren würde, wenn man nicht „vergessen“ hätte zu verhandeln. Das Verhandlungsgebot ist insofern eine Art paternalistischer „Nudge“, der die Marktakteure dazu bewegen soll, doch das zu tun, was – laut BNetzA – in ihrem wohlverstandenen Eigeninteresse ist, nämlich die Gewährung eines fairen und diskriminierungsfreien Netzzugangs, der sich aus „privatautonomie[n] Vereinbarungen über Vorleistungszugang“ ergeben würde.

Einer Regulierungsbehörde wie der BNetzA sollte klar sein, was vertikale Integration bedeutet und es schlicht keinen Grund gibt, darauf zu hoffen, dass privatautonome Verhandlungen, wie von einer unsichtbaren Hand geführt, einen diskriminierungsfreien Zugang zu Vorleistungsprodukten öffnen. Werden Vorleistungsprodukte angeboten, erhöht sich der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt. Die Marge auf Vorleistungsprodukte kann aber den Nachteil durch den erhöhten Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt nicht wettmachen. Entsprechend gibt es weder ein Interesse an Verhandlungen noch an Verhandlungsabschlüssen. Werden die besonderen Gründe, die in einem Fall zu einer Vereinbarung geführt haben, ausgeklammert, sucht man Zugangsvereinbarungen auf dem deutschen Markt vergeblich. Dies liegt daran, dass ein MNO auf dem Vorleistungsmarkt maximal so viel verlangen kann, wie SPs auf dem Endkundenmarkt an Profiten generieren können. Mehr ist nicht möglich, da sich sonst der Markteintritt nicht lohnt. Werden SPs aber auf dem Endkundenmarkt aktiv, führt dies zu einer Ausweitung des Angebots und niedrigeren Preisen auf diesem Markt. Wäre eine vergleichbare Erhöhung des Angebots für die MNOs profitabel, so hätten diese eine solche Erhöhung selbst durchgeführt. Da dies nicht der Fall ist, werden die MNOs durch den Eintritt der SP zwingend schlechter gestellt. Entsprechend sind die Verluste der MNOs auf dem Endkundenmarkt stets höher als die zusätzlichen Gewinne auf dem Vorleistungsmarkt. Es gibt somit überhaupt keine Möglichkeit, sich in Verhandlungen zu einigen. Anders ausgedrückt, die Nachfrage auf dem Vorleistungsmarkt ist eine abgeleitete Nachfrage, die allein von der Nachfrage auf dem Endkundenmarkt herrührt. Der Endkundenmarkt hat dabei eine größere Bedeutung als der Markt für Vorleistungsprodukte. Die Bedeutung ist sogar so groß, dass sich der Ausschluss von SPs sogar dann lohnt, wenn den MNOs noch freie Kapazitäten zur Verfügung stehen. Entsprechend werden MNOs weder freie Kapazitäten auf dem Vorleistungsmarkt anbieten noch in zusätzliche Kapazitäten investieren, um diese am Vorleistungsmarkt zu offerieren.

Letztlich versteht die BNetzA, dass die Interessen von MNOs und SPs beim Thema Vorleistungsprodukte diametral entgegengesetzt sind. Sie unterliegt aber dem Irrglauben, diese Gegensätze ließen sich mit einem Verhandlungsgebot ausgleichen: *„Das Verhandlungsgebot zugunsten von Diensteanbietern und MVNO (...) bringt gegenläufige Interessen der Marktteilnehmer zu einem möglichst schonenden Ausgleich, fördert den Wettbewerb und sichert eine effiziente und störungsfreie Nutzung der Frequenzen [...]“* (S. 74 f.)

Dass die Interessen gegenläufig sind, wird von der BNetzA nur im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit offen ausgesprochen. Wie sich diese „gegenläufigen Interessen“ aber allein mit

einem Verhandlungsgebot „zu einem Ausgleich“ bringen lassen sollen, muss genauso offenbleiben wie die Frage, was mit einem „*schonenden Ausgleich*“ gemeint sein könnte.

Ein Verhandlungsgebot ist ein Gebot zu verhandeln. Es ist kein Gebot eine Verhandlung auch abzuschließen. Auch dies bestätigt die BNetzA, wenn sie schreibt: *„Ein Abschluss- und Kontrahierungszwang ist hiermit zwar nicht verbunden. Allerdings geht aus dem Verhandlungsgebot für die Bundesnetzagentur die Befugnis hervor, in Fällen von Verstößen zum Schutz des Wettbewerbs einzugreifen.“* (S. 79). Ohne Abschluss oder Kontrahierungszwang kann das Verhandlungsgebot auch nicht – wie die BNetzA konzidiert (S. 73 f.) – zu Vertragsabschlüssen führen, die nicht auch ohne das Gebot erfolgt wären. Da hilft auch der Hinweis auf die Möglichkeit nichts, in Fällen von Verstößen einzugreifen, da ein Verstoß sich immer nur darauf beziehen kann, dass nicht verhandelt wurde. Wenn aber das Verhandlungsgebot nur bedeutet, dass verhandelt werden muss, dann bedeutet dies auch, dass das Verhandlungsgebot keinerlei Effekt auf Vereinbarungen, also Verhandlungsergebnisse hat. Verhandeln kann man bis zum Sankt Nimmerleinstag. Die Anreize vertikal integrierter MNOs können durch ein Verhandlungsgebot nicht neutralisiert werden und folglich können die *„gegenläufigen Interessen“* auch nicht im Rahmen *„privatautonomer“* Verhandlungen ausgeglichen werden. Es gibt mindestens 33 Interessenten ohne eigenes 5G-Netz (<https://fmos.link/22922>), von denen lediglich einige wenige überhaupt verzögerten Zugang erhalten haben und Angebote auf Basis von 5G-Vorleistungen anbieten. Ob dieser Zugang daher tatsächlich technisch und preislich diskriminierungsfrei ist, muss bezweifelt werden. Dass die BNetzA vor dem Hintergrund dieser erwartbaren, aber nicht minder katastrophalen Performance ihres Verhandlungsgebots im Entwurf folgende Wertung abgibt, entbehrt jeder Grundlage: *„Die Erkenntnisse aus der Studie und eigene Erfahrungen der Bundesnetzagentur mit der Umsetzung des Verhandlungsgebotes aus der Präsidentenkammerentscheidung 2018 zeigen aber, dass 5G-Vorleistungen in jüngerer Vergangenheit in zunehmendem Umfang durch Zuteilungsinhaber zur Verfügung gestellt worden sind.“* (S. 71).

### 3. Konsequenzen für den Netzausbau

Wenn sich die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten nicht manifestieren kann, da ein Angebot solcher Vorprodukte nicht im Interesse der Netzbetreiber ist, kann sich dies nur negativ auf den Netzausbau und die Frequenznutzung auswirken. Netzausbau ist kein Selbstzweck. Lohnt sich der Netzausbau nicht für das eigene Endkundengeschäft, dann ergibt sich ein Ausbau nur dann, wenn Vorleistungsprodukte die Investitionen rechtfertigen können. Selbst wenn Vorleistungsprodukte zu höheren Preisen verkauft werden können als der dafür notwendige Netzausbau an Kosten verursacht, ist ein solcher Ausbau für MNOs nur dann rational, wenn diese Marge nicht durch Verluste auf dem Endkundenmarkt wieder aufgefressen wird.

Wäre der Zugang zu Vorleistungsprodukten über eine DAV zwingend vorgegeben, gäbe es deutlich mehr Anreize, den Netzausbau zu forcieren, da der Vorleistungsmarkt dann vom Endkundenmarkt auch für vertikal integrierte Netzbetreiber weitgehend entkoppelt zu betrachten wäre. Auch wenn durch den entsprechend erhöhten Wettbewerb auf dem

Endkundenmarkt die Preise für Verbraucher fallen und somit auch die Zahlungsbereitschaft für Vorleistungsprodukte sinken dürfte, würde der Netzausbau gegenüber einer Situation zunehmen, in der Vorleistungsprodukte aufgrund der vertikalen Integration der Netzbetreiber nicht angeboten werden.

In Bezug auf Investitionen ist die Situation also eindeutig. Bei gegebenen Ausbaurkosten zählt allein die Nachfrage und diese ergibt sich aus der Summe der Nachfrage der eigenen Endkunden und – bei einer DAV – der Nachfrage nach Vorleistungsprodukten.

Im Entwurf wird von guten Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot gesprochen, die, wie auch die vielen Hinweise auf „*eigene Beobachtungen*“, „*eigene Erkenntnisse*“, „*eigene Erfahrungswerte*“ und „*bisherige Erfahrungen*“, nicht weiter erläutert oder belegt werden und teilweise auch gar nicht belegt werden können. Eine fundierte Argumentation sieht anders aus.