

Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute  
Lange Reihe 25  
20099 Hamburg  
Tel: 040-28002769  
[HTrute@t-online.de](mailto:HTrute@t-online.de)

**Gutachtliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten der  
Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der  
5G-Frequenzzuteilung**

erstellt von

Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute  
und  
Wiss.Mitarb. Simone Kuhlmann

## Inhaltsverzeichnis

|     |  |    |
|-----|--|----|
| I.  | Sachverhalt und Fragestellung.....   | 3  |
| II. | Diensteanbieterpflichtung in der Marktregulierung .....  | 5  |
| 1.  | Die Folge der Streichung des Marktes Nr. 15 aus der Märkte-Empfehlung.....   | 6  |
| 2.  | Die Gründe der Streichung des Marktes Nr. 15 .....   | 8  |
| 3.  | Bestehen von Indizien für eine Marktanalyse.....   | 11 |
| a.  | Die Feststellung der Bundesnetzagentur.....  | 11 |
| b.  | Die Fusion von E-Plus und Telefonica .....   | 11 |
| 4.  | Zusammenfassung zu I. ....   | 16 |
| II. | Diensteanbieterpflichtung in der Frequenzvergabe .....   | 17 |
| 1.  | Keine Sperrwirkung des § 21 TKG.....   | 17 |
| 2.  | § 60 Abs. 2 S. 1 TKG – DAV als Nebenbestimmung der Frequenzzuteilung .....   | 19 |
| a)  | Erfüllung des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Wesentlichkeitsgarantie .....   | 21 |
| b)  | Kein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille hinsichtlich der Auferlegung einer DAV im Rahmen der Frequenzvergabe..... | 26 |
| c)  | DAV zur Sicherstellung der effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen<br>27                                   |    |
| d)  | DAV zur Sicherung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele .....   | 31 |
| e)  | Kein Hindernis i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG .....   | 34 |
| 3.  | § 61 Abs. 6 TKG – DAV als einzugehende Verpflichtung im Vergabeverfahren.....  | 34 |
| a)  | DAV als „Verpflichtung i.S.v. § 61 Abs. 6 TKG .....  | 35 |
| b)  | Eingehen der Verpflichtung .....   | 36 |
| c)  | Einhaltung des Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgebotes .....   | 37 |
| 4.  | § 60 Abs. 1 S. 1 TKG – DAV als Frequenznutzungsbestimmung.....   | 38 |
| 5.  | Zusammenfassung zu II. ....  | 40 |

## I. Sachverhalt und Fragestellung

Diensteanbieterverpflichtungen (DAV), die Netzbetreibern auferlegt sind, beinhalten, dass Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze ihr Leistungsangebot so zu gestalten haben, dass Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit diese Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben und ihren Kunden anbieten können. Der Netzbetreiber darf die Diensteanbieter weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange an sich binden, noch hinsichtlich ihrer eigenen Preis- und Konditionengestaltung oder hinsichtlich anderer Betätigungsfelder einschränken. Netzbetreiber dürfen Diensteanbietern darüber hinaus keine ungünstigeren Bedingungen einräumen als dem eigenen Vertrieb oder verbundenen Unternehmen, es sei denn, dass dieses sachlich gerechtfertigt ist. Diensteanbieterverpflichtungen können entweder aufgrund der Marktregulierung als Resale-Verpflichtungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden, oder marktmachtunabhängig zunächst aufgrund von § 4 TKV 1997, auf den die UMTS-Lizenzen in Ziff. 15 verweisen.

Da die Zulassungsbescheide für die auf Grundlage der ehemaligen Lizenzierung zugeteilten Frequenzen Ende 2016 ausgelaufen sind, stellt sich die Frage, wie das weitere Schicksal dieser DAV zu sehen ist. Gemäß § 150 Abs. 4 S. 2 TKG gelten die DAV auch nach Inkrafttreten des TKG 2004 und Außerkrafttreten der TKV 1997 weiter fort. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur beanspruchen diese Regelungen für die Frequenzinhaber Geltung auch für die weiteren, von den Lizenzinhabern in der Folgezeit erworbenen Frequenznutzungsrechte.

Allerdings werden diese Pflichten mit Ablauf der UMTS – Lizenzen ihre Geltung verlieren. Es stellt sich daher die Frage, ob und in welcher Form die Rechtsstellung der bisherigen Diensteanbieter nach diesem Zeitpunkt gegebenenfalls gesichert werden kann, bzw. auch gesichert werden muss.

Die Bundesnetzagentur hat dazu bereits im Januar 2015 angekündigt,<sup>1</sup> sich unter Berücksichtigung der positiven Effekte auf Frequenznutzung, Markt und Verbraucher mit der erneuernden Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung zu befassen.

---

<sup>1</sup> Beschluss v. 28.01. 2015, BK 1-11/003 S. 134.

Dies hat sie später in „Orientierungspunkte zur Bereitstellung von Frequenzen zum Ausbau digitaler Infrastrukturen“ vom 20.12.2016 bekräftigt. Dazu hat sie unter Ziff. 8 Deinsteanbieter/MVNO ausgeführt:<sup>2</sup>

„Die bisherige Diensteanbieterverpflichtung leistet einen Beitrag zur Verwirklichung der Regulierungsziele. Insbesondere mit Blick auf den Erhalt nachhaltigen Wettbewerbs auf Diensteebene können regulatorische Maßnahmen zur Herstellung von Rechts- und Planungssicherheit für alle Marktbeteiligten (Mobilfunknetzbetreiber, Diensteanbieter und MVNO) über das Jahr 2020 hinaus erforderlich sein. Die Bundesnetzagentur wird den gebotenen regulatorischen Handlungsbedarf ergebnisoffen prüfen.“

In den „Eckpunkte für den Ausbau digitaler Infrastrukturen und Bedarfsermittlung für bundesweite Zuteilung in den Bereichen von 2 GHz und 3,6 GHz“ v. 27.06.2017 hat die Bundesnetzagentur zu Eckpunkt Nr. 13, der die Mitnutzung von Kapazitäten und Diensten betrifft, ausgeführt, dass die Inhaber bundesweiter Zuleitungen die Mitnutzung von Kapazitäten und Diensten zur Bereitstellung möglichst vielfältiger Geschäftsmodelle diskriminierungsfrei zu ermöglichen müssen.<sup>3</sup> In der Begründung ist dazu u.a. ausgeführt:

- Für innovative Dienste und Geschäftsmodelle in Bereichen wie Industrie 4.0, Smart Factory, Smart Car oder Smart Home können Telekommunikationsunternehmen als Partner für Unternehmen aus anderen Wirtschaftssektoren dienen (so genannte „Enabler“). Dies betrifft zum einen die etablierten bundesweiten Mobilfunknetzbetreiber. Zum anderen können weitere bundesweite Netzbetreiber, regionale oder lokale Netzbetreiber sowie – wie von Kommentatoren vorgetragen – Mobile Virtual Network Operators (MVNO) und Diensteanbieter die Rolle eines „Enablers“ einnehmen. Gerade mit einer Vielzahl im Wettbewerb agierender „Enabler“ könnte der größtmögliche Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erreicht werden (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG)....
- Um die Vielzahl von „Enabler“ zu fördern, ist neben der Ebene des Netzausbaus auch das Angebot innovativer 5G-Dienste zu betrachten. Hierbei könnten Diensteanbieter und MVNO als „Enabler“ auftreten. Die Diensteanbieter tragen mit ihren Mobilfunkangeboten seit Beginn der Liberalisierung Anfang der 1990er Jahre zu einer Stärkung des Wettbewerbs auf Diensteebene bei und fördern in Bezug auf

---

<sup>2</sup> „Orientierungspunkte zur Bereitstellung von Frequenzen zum Ausbau digitaler Infrastrukturen“ vom 20.12.2016, S. 5  
([https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Mobilfunk2020/Orientierungspunkte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Mobilfunk2020/Orientierungspunkte.pdf?__blob=publicationFile&v=1))

<sup>3</sup> Vgl. „Eckpunkte für den Ausbau digitaler Infrastrukturen und Bedarfsermittlung für bundesweite Zuteilung (in den Bereichen von 2 GHz und 3,6 GHz“, S. 22  
([https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/EckpunkteBedarfsermittlung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/EckpunkteBedarfsermittlung.pdf?__blob=publicationFile&v=2))

Auswahl, Preise und Qualität Verbraucherinteressen. Dieser Rolle könnten sie auch mit Blick auf die Marktdurchdringung mit innovativen 5G-Diensten nachkommen, sofern sie entsprechende Vorleistungsprodukte zu Großhandelsbedingungen erhalten. In der Vergangenheit war der Wettbewerb – auch aufgrund der bestehenden Verpflichtung aus den GSM- und UMTS-Lizenzen – nachhaltig durch das Geschäftsmodell der Diensteanbieter geprägt. Neben den Diensteanbietern könnten auch MVNO zu einem innovativen Wettbewerb beitragen.....Für das Angebot innovativer Dienste in der Rolle als „Enabler“ benötigen Diensteanbieter und MVNO – nicht anders als Frequenznutzer – langfristige Planungssicherheit. Dies gilt insbesondere dann, wenn Diensteanbieter und MVNO als unabhängige Anbieter den Wettbewerb auf Diensteebene fördern sollen. Daher ist denkbar, den Mobilfunknetzbetreibern die personengebundene und technologieneutrale Verpflichtung aufzuerlegen, Diensteanbietern und MVNO auch in Zukunft diskriminierungsfrei Vorleistungsprodukte zu Großhandelsbedingungen zu gewähren. Die Bundesnetzagentur prüft den gebotenen regulatorischen Handlungsbedarf.“

Der Sache nach stellt sich im Hinblick auf den von der Bundesnetzagentur eingeräumten Prüfungsbedarf die Frage, ob und in welcher Form eine Diensteanbieterverpflichtung zur Förderung des Wettbewerbs auch künftig auferlegt werden kann. Dazu sind eine Reihe von Stellungnahmen ergangen, die die rechtlichen Möglichkeiten dazu kontrovers beurteilen.<sup>4</sup>

## II. Diensteanbieterverpflichtung in der Marktregulierung

Als eine mögliche Rechtsgrundlage kommen, im Prinzip jedenfalls unstrittig, die Vorschriften der Marktregulierung, hier insbesondere § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG in Betracht. Der Sache nach kann ebenso die im Rahmen des § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG bestehende Möglichkeit Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder -einrichtungen einschließlich der endgültigen Breitbandzugänge zu gewähren Rechtsgrundlage sein. Von Interesse ist nachfolgend insbesondere der § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG insofern, als diese Vorschrift es der Bundesnetzagentur ermöglicht, Zugang zu bestimmten vom

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Spoerr/Seip/Hörauf*, Rechtsgrundlagen für eine Diensteanbieterverpflichtung bei Neuvergabe der GSM- und UMTS-Frequenzen, 2017; *Spoerr/Seip/Dietrich*, Rechtsgrundlagen für die Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe, 2017; *Spoerr/Seip/Schemmel*, Rechtsgrundlagen für eine Diensteanbieterverpflichtung bei Neuvergabe der UMTS-Frequenzen, 2016; *Mayen/Stelter*, Rechtliche Stellungnahme zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung bei anstehenden Zuteilungen in den Bereichen von 2 GHz und 3,6 GHz, 2017; *Wagner/Helmstädter/Nüßing*, Vorgaben für die Frequenzmitnutzung durch Diensteanbieter im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe, 2017; *Wagner*, CR 2017, 604 ff.; *Wagner/Helmstädter/Nüßing*, CR 2017, 743 ff.; *Fetzer*, MMR 2018, 63 ff.; *Heilmann/Herrmann*, Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen für eine Diensteanbieterverpflichtung im Mobilfunk, 2017.

Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endbenutzern angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen. Dies umfasst, ebenfalls weitgehend unstrittig, eine Diensteanbieterspflicht (DAV).

Diese Möglichkeiten stehen freilich unter dem Vorbehalt einer Marktregulierung, die zum Ergebnis führt, dass ein Anbieter auf dem betroffenen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Nur unter dieser Voraussetzung sind bekanntlich die Vorschriften der Zugangsregulierung anwendbar.

### **1. Die Folge der Streichung des Marktes Nr. 15 aus der Märkte-Empfehlung**

Insofern ist nicht zu übersehen, dass die Frage nach einer möglichen Aufrechterhaltung, bzw. Auferlegung einer DAV im Hinblick auf den früheren Markt Nr. 15 für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen nach der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission von 2007 und nach der derzeit gültigen Märkte-Empfehlung 2014 nicht mehr Gegenstand einer europäischen Empfehlung ist. Dies beinhaltet freilich noch nicht die Aussage, dass damit der Markt für den Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Netzen keiner Marktregulierung mehr offensteht. Insoweit besteht weitreichende Einigkeit, dass gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen der Markt einer Regulierung durch die Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde zugänglich ist.

Dies ergibt sich schon aus Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie, wonach die nationalen Regulierungsbehörden unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts festlegen. Bevor Märkte definiert werden, die von denen in der Empfehlung abweichen, wenden die nationalen Regulierungsbehörden die in den Artt. 6 und 7 der Rahmenrichtlinie genannten Verfahren an.

Zwar ist die Märkte-Empfehlung nur eine Empfehlung im Sinne des Art. 288 UA. 4 AEUV, ohne deswegen schon an Verbindlichkeit einzubüßen. Denn auch insoweit wäre sie nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>5</sup> jedenfalls bei der Anwendung von

---

<sup>5</sup> EuGH v. 13.12. 1989, Rs. C 322/88 – Gimaldi/Fonds des maladais professionnelles, Slg. 1989 I-4407, Rn. 18f.; *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), AEUV, Art. 288 Rn. 95.

Recht, das in der Umsetzung von Unionsrecht ergangen ist, zu berücksichtigen. Ungeachtet dessen dürfte eine angesichts der Ziele des europäischen Regulierungsrahmens gesteigerte Bindungswirkung ohnehin anzunehmen sein.<sup>6</sup>

Auch diese gesteigerte Bindungswirkung führt indes nicht dazu, dass die Streichung eines Marktes in einer Empfehlung ihn aus der Marktregulierung von vornherein ausschließt, wie sich schon aus Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie ergibt. Es handelt sich vielmehr um eine prozedural eingehegte Abweichungsmöglichkeit, die auf die nationale Marktsituation Rücksicht nimmt, ohne damit die einheitliche Durchsetzung des Telekommunikationsrechts in den Mitgliedstaaten in Frage zu stellen. Diese Einhegung verlangt natürlich nach Gründen, die sich aus den Besonderheiten der nationalen Marktsituation ergeben.

“In this Recommendation, care has been taken to identify on an EU-wide basis markets whose characteristics may be such as to justify the imposition of regulatory obligations as set out in the specific Directives. This list of relevant markets may not be exhaustive in the context of national circumstances, which may vary from Member State to Member State.

Should an NRA identify an instance of consumer harm that cannot be addressed by imposing regulation on a market in the Recommendation it may consider defining a new market. NRAs should ensure that such a market (i) is defined on the basis of competition principles laid down in the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, (ii) is consistent with the Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power, and (iii) satisfies the three criteria set out above.”<sup>7</sup>

Dementsprechend heißt es in Erwägungsgrund 17 der Märkte-Empfehlung 2007 selbst:

„Die im Anhang aufgeführten Märkte wurden anhand dieser drei kumulativen Kriterien festgelegt. Märkte, die nicht in dieser Empfehlung genannt werden, sollten von den nationalen Regulierungsbehörden anhand der drei Kriterien geprüft werden. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten darüber hinaus Märkte anhand der drei Kriterien prüfen können, die im Anhang der Empfehlung 2003/311/EG vom 11. Februar 2003 aufgeführt, jedoch nicht im Anhang dieser

---

<sup>6</sup> Dazu *Westermann*, Legitimation im europäischen Regulierungsverbund, S. 82.

<sup>7</sup> EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Explanatory Note SEC(2007) 1483/2 rev1, S. 11.

Empfehlung genannt sind, um festzustellen, ob die nationalen Gegebenheiten die Vorabregulierung dieser Märkte noch immer rechtfertigen.“

Bei den drei Kriterien handelt es sich um die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG. Danach kommen Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Dies sind die Kriterien, welche auch die Empfehlung der Europäischen Kommission zugrunde legt, die auch die Analyse der Bundesnetzagentur leiten müssen. Anhand dieser Kriterien müssen sich auch die Abweichung begründen lassen. Auch dies erhellt, dass die Gründe der möglichen Abweichung jeweils in der spezifischen Marktsituation liegen müssen.

## **2. Die Gründe der Streichung des Marktes Nr. 15**

Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, noch einmal auf die Gründe einzugehen, die seinerzeit für die Analyse des Marktes Nr. 15 auch schon 2007 durch die Kommission maßgeblich waren. Sie lassen jedenfalls eine gewisse Skepsis der Kommission erkennen, ob von einem europaweit mehr oder weniger einheitlichen Wettbewerb in diesem Markt ausgegangen werden kann. So heißt es in dem Explanatory Memorandum:

„The relevant wholesale market is access and call origination on mobile networks. This market is still subject to entry barriers. Undertakings without spectrum assignments can only enter this market on the basis of future spectrum allocations and assignment or secondary trading of spectrum. This may not be an absolute entry barrier, however, if operators voluntarily share spectrum. Spectrum constraints must also be considered in the context of the Commission's proposal regarding spectrum liberalisation.”<sup>8</sup>

Insoweit sah die Kommission seinerzeit durchaus noch Marktzutrittsschranken und diese betrafen nun grade diejenigen Diensteanbieter, die über keine Frequenzen verfügten. Allerdings ging die Kommission davon aus, dass sich manche

---

<sup>8</sup> EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Explanatory Note SEC(2007) 1483/2 rev1, S. 44 f.



Eintrittsbarrieren infolge der Liberalisierung der Frequenzvergabe und technologischen Veränderungen auf mittlere Sicht geben könnten.

Freilich hat die bisherige Entwicklung keinen Anlass gegeben, davon auszugehen, dass die Situation für die Diensteanbieter sich insoweit – und zwar auch regulierungsunabhängig – verändert hätte. Durch die fortwirkende Diensteanbieterverpflichtung bestanden immerhin auf Seiten der MNO entsprechende Verpflichtungen.

Gleichwohl war es auch seinerzeit schon nicht zu übersehen, dass MNO in diesem Markt durchaus Anreize haben könnten, eine Verstärkung des Wettbewerbs durch MVNOs und Diensteanbieter durch abgestimmtes Verhalten zu verhindern.

„In some Member States, however, it could be that firms have an incentive to tacitly collude so as to dilute the normal competitive dynamic. In certain circumstances in the mobile sector, by refusing to grant access to their networks, mobile network operators may seek to prevent MVNOs or service providers from entering the retail market in order to protect rents at the retail level.

In such circumstances, although individually they have incentives to provide MVNO access, collectively MNOs may be better off if none of them grants such access as this could enable them to protect rents and they may tacitly collude to this effect. Such actions would have to be considered in a national context against the performance of the retail market and the circumstances of operators at a wholesale level.”<sup>9</sup>

Deren Bekämpfung könne nach Auffassung der EU-Kommission freilich durch das Wettbewerbsrecht gesucht werden.

In der Aufgabe des Marktes Nr. 15 in der Märkte-Empfehlung 2007 durch die Europäische Kommission lag also gerade keine umstandslose Festlegung auf einen unionsweiten hinreichenden Wettbewerb, sondern beinhaltete die Aussage, dass es durchaus eine Reihe von Problemen in den nationalen Märkten gebe könne, vor allem Unterschiede in den Mitgliedstaaten, die dann auch in dem jeweiligen nationalen Kontext zu bewerten seien. Angesichts der europaweiten Tendenz zu mehr

---

<sup>9</sup> EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Explanatory Note SEC(2007) 1483/2 rev1, S. 45.

Wettbewerb die wurde dieser Markt allerdings aus der Empfehlung herausgenommen.<sup>10</sup>

Insoweit hat sich durch die Märkte-Empfehlung 2014 an diesem Befund nichts geändert. In dieser heißt es:

„Die nationalen Regulierungsbehörden können andere Märkte als die in dieser Empfehlung genannten festlegen und dem Drei-Kriterien-Test unterziehen. Ist eine nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss gekommen, dass ohne eine Vorabregulierung in einem bestimmten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, und beabsichtigt sie, den entsprechenden Vorleistungsmarkt zu regulieren, und ist dieser Markt nicht in der Empfehlung aufgeführt, sollte sie in jedem Fall den Drei-Kriterien-Test durchführen.“<sup>11</sup>

„Die in den Anhängen der Empfehlung 2003/311/EG der Kommission (1) und der Empfehlung 2007/879/EG aufgeführten Märkte, die im Anhang dieser Empfehlung nicht mehr genannt sind, sollten, wenn sie gegenwärtig nach Maßgabe der nationalen Gegebenheiten reguliert werden, von den nationalen Regulierungsbehörden ebenfalls anhand des Drei-Kriterien-Tests geprüft werden, um auf der Grundlage dieser nationalen Gegebenheiten festzustellen, ob diese Märkte noch immer für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.“<sup>12</sup>

Darüber hinaus hält die Empfehlung an dem 3-Stufen-Test auch für die abweichende Festlegung von Märkten fest.<sup>13</sup>

Insoweit sagt also die Streichung eines Marktes aus der Märkte-Empfehlung der Kommission nichts Endgültiges darüber aus, ob dieser Markt nach Maßgabe der nationalen Marktsituation noch regulierungsbedürftig ist oder nicht. Vielmehr trifft die nationale Regulierungsbehörde immer schon eine fortdauernde Pflicht zur Marktbeobachtung. Diese kann sich bei hinreichenden Indizien eines Marktversagens zu einer Pflicht zur Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit ergeben. Im Folgenden wird sich zeigen, dass sehr wohl hinreichende Indizien für eine Analyse des Marktes bestehen.

---

<sup>10</sup> EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Explanatory Note SEC(2007) 1483/2 rev1, S. 45 f.

<sup>11</sup> Märkte-Empfehlung 2014/710/EU, ErwG 21.

<sup>12</sup> Märkte-Empfehlung 2014/710/EU, ErwG 22.

<sup>13</sup> Märkte-Empfehlung 2014/710/EU, Nr. 2.

### **3. Bestehen von Indizien für eine Marktanalyse**

Allerdings hat die Bundesnetzagentur bisher ersichtlich keinen Anlass gesehen, diesen Markt einer neuen Marktregulierung zu unterwerfen.

#### **a. Die Feststellung der Bundesnetzagentur**

Vielmehr vermochte die Bundesnetzagentur in der Vergangenheit durchaus zumindest einen hinreichenden Preiswettbewerb erkennen. Zwar ging auch die Bundesnetzagentur in ihrer Feststellung davon aus, dass die Marktstruktur immerhin einen Anreiz für ein Parallelverhalten gebe, und dies seinerzeit noch in einem Markt mit immerhin vier Anbietern, von denen sich zwei deutlich von den beiden größeren Unternehmen unterschieden.<sup>14</sup> Allerdings fehle es an der Möglichkeit der Ausübung eines unabgestimmten Parallelverhaltens. Dies habe seinen Grund vor allem darin, dass die Preisgestaltung letztlich zu intransparent sei, um ohne ausdrückliche Absprachen ein einheitliches Vorgehen zu praktizieren.<sup>15</sup> Wesentliches Argument dabei war, dass die Preise über Zugangs- und Verbindungsaufbauleistungen auf der Vorleistungsebene nicht bekannt seien und die Preise auf der Endkundenebene zu variationsreich, um hinreichende Rückschlüsse auf die Vorleistungsebene zu ermöglichen.<sup>16</sup> Darüber hinaus lasse sich mit den vorhandenen Daten ein solchermaßen einheitliches Vorgehen nicht belegen. Die Bundesnetzagentur verweist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die sog. No-Frills Angebote und die Einführung von Flatrates durch E-Plus.<sup>17</sup> Freilich handelt es sich dabei um ein Unternehmen, das durch die Fusion mit Telefonica als Wettbewerbstreiber ausfällt, mit der Folge, dass die Marktstruktur sich noch stärker in die Richtung eines Oligopols mit im Wesentlichen gleichen Marktanteilen, Ressourcen und Strategien entwickelt hat.

#### **b. Die Fusion von E-Plus und Telefonica**

Insoweit hat sich die Marktstruktur seither verändert und daraus können sich insbesondere aufgrund der Verringerung der Anbieter durch den Zusammenschluss

---

<sup>14</sup> Festlegung der Präsidentenkammer BK1-06-001, S. 74 ff.

<sup>15</sup> Festlegung der Präsidentenkammer BK1-06-001, S. 81 ff.

<sup>16</sup> Festlegung der Präsidentenkammer BK1-06-001, S. 82.

<sup>17</sup> Festlegung der Präsidentenkammer BK1-06-001, S. 84 ff.

von E-Plus und Telefonica im Jahre 2014/2015 hinreichende Indizien für eine erneute Analyse des Marktes ergeben.<sup>18</sup>

Schon der Zusammenschluss war von erheblichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf Seiten der EU-Kommission geprägt.

“The Commission considers that the reduction from four to three suppliers of wholesale access constitutes a significant change in the market structure, which increases the level of concentration in a market that is already very concentrated. Moreover, the proposed transaction would eliminate two important competitive forces, namely Telefónica and E-Plus, at the wholesale level.”<sup>19</sup>

Dies führte schon seinerzeit nach Auffassung der Kommission dazu, dass zwar durch die Fusion nicht ein marktbeherrschender Anbieter gestärkt werde, aber in einem oligopolistisch strukturierten Markt dies nicht notwendig sei, um ernsthafte Bedenken aufzuwerfen.

“Furthermore, mergers that do not lead to the creation or the strengthening of the dominant position of a single firm may also create competition concerns. In particular, mergers in oligopolistic markets involving the elimination of important competitive constraints that the parties previously exerted upon each other with a reduction of competitive pressure on the remaining competitors may, even where there is little likelihood of coordination between the members of the oligopoly, also result in a significant impediment to competition.”<sup>20</sup>

Die Fusion hat zu einem Markt mit drei von Ressourcenausstattung und Marktanteilen annähernd gleich großen Unternehmen geführt, was letztlich zu einem erheblich verringerten Wettbewerbsdruck führen muss, wie ihn die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten zum Telekommunikationsmarkt von Dezember 2017 auch konstatiert. So wird etwa im Hinblick auf die sehr unterschiedlichen Preis-Leistungsverhältnisse für Datenvolumina ausgeführt:<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> A.A. ohne nähere Auseinandersetzung mit den Gründen der Entscheidung *Mayen/Stelster* (Fn. 4), S. 11.

<sup>19</sup> EU-Kommission, Beschluss vom 2. Juli 2014, M.7018 — Telefónica Deutschland/E-Plus, ABl. EU C 86 vom 13. März 2015, S. 10, veröffentlichter Beschluss C(2014) 4443 final, Rn. 790 .

<sup>20</sup> EU Kommission, Decision of 2.7.2014, M-7018 Tel/E-Plus (Fn. 19) Rec. 210.

<sup>21</sup> *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb vertrauen, 2017 Tz. 34; vgl. auch die Analyse bei Rewheel/Digital Fuel Monitor, Tight oligopoly mobile markets in EU28 in 2016, research note vom 5. Dezember 2016, abrufbar unter: [http://research.rewheel.fi/downloads/Tight\\_oligopoly\\_mobile\\_markets\\_EU28\\_2016\\_PUBLIC.pdf](http://research.rewheel.fi/downloads/Tight_oligopoly_mobile_markets_EU28_2016_PUBLIC.pdf)

„Die Gründe für die deutlichen Unterschiede im Preis-Leistungsverhältnis auf europäischen Mobilfunkmärkten sind zum einen in den bereits erwähnten mitunter stark unterschiedlichen Rahmenbedingungen zu suchen. Zum anderen werden sie auf die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse in den Mitgliedstaaten zurückgeführt. Demnach werden in Mobilfunkmärkten mit drei statt vier Netzbetreibern deutlich geringere Datenvolumen angeboten. Dieser Effekt verstärkt sich, wenn die nationalen Netzbetreiber Teil eines internationalen Konzerns sind und/oder gleichzeitig Festnetzbetreiber sind und somit einen Substitutionseffekt zwischen ihrem Mobilfunk- und Festnetzgeschäft befürchten müssen. In Deutschland trifft all dies zu.“

Das ohnehin niedrige Wettbewerbsniveau von dem die Monopolkommission spricht, das zumindest in einigen Segmenten des Marktes bestehen dürfte, wird bestenfalls durch MVNO oder Diensteanbieter geprägt.<sup>22</sup>

„The proposed transaction will also give rise to a very concentrated market structure and will eliminate two close, aggressive players in the market by combining them in one sole entity with a larger subscriber basis with fewer incentives to price aggressively. This is likely to result in a significant relaxation of the competitive pressure on the market. It is unlikely, contrary to what the Notifying Party seems to suggest, that the other MNOs, which to date have never been price challengers, but merely price (typically slow) followers, would change their strategy post-transaction, when they could indirectly benefit of a possible price increase by the merged entity.“<sup>23</sup>

Diese Diagnosen lassen die vorherigen Annahmen der Bundesnetzagentur, wonach in dem Markt Nr. 15 kein Unternehmen, weder allein noch im Zusammenwirken mit anderen, über eine dominante Position verfügt, zumindest im Ausgangspunkt als veraltet erscheinen. Jedenfalls hat die Europäische Kommission im Hinblick auf die von ihr diagnostizierten Wettbewerbsprobleme infolge der Fusion diese nur unter

---

<sup>22</sup> Monopolkommission, Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb vertrauen, 2017 Rn. 35 f.; zu den unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnissen siehe auch *BEREC*, Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany, 2018, S. 28 ff.

<sup>23</sup> EU Kommission, Decision of 2.7.2014, M-7018 Tel/E-Plus (Fn. 19) Rec. 212.

Auflagen genehmigt, die das Wettbewerbsproblem adressieren sollten. Diese hatten drei Elemente (remedies):<sup>24</sup> .

- ein MNO-Element, das insbesondere eine teilweise Veräußerung von Vermögenswerten und Diensten an einen neu in den Markt eintretenden, vierten MNO vorsieht,<sup>25</sup>
- ein MVNO-Element, das den Abschluss einer verpflichtenden, Vorleistungsvereinbarung MVNO beinhaltet<sup>26</sup> sowie
- ein Nicht-MNO-Element,<sup>27</sup> das insbesondere die Verlängerung bestehender Vorleistungsverträge, das Angebot von 4G-Diensten auf dem Vorleistungsmarkt sowie die Gewährung von Wechselmöglichkeiten zwischen Geschäftsmodellen und Diensteanbietern im Allgemeinen für die Kunden von MVNOs vorsieht.

Die erste Auflage ist schon während des Verfahrens im Grunde gescheitert gewesen, da sich im Markttest der Kommission kein Bewerber gefunden hat. In der Folge hat kein neuer MNO als Wettbewerber eine Frequenz ersteigert, so dass die Bedenken

---

<sup>24</sup> EU Kommission, Decision of 2.7.2014, M-7018 Tel/E-Plus (Fn. 19) Rec. 1357 ff.; dazu und zur Bewertung ausführlich auch Monopolkommission, Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel, Sondergutachten 73 ,Tz 116 ff.; Zu den Wirkungsweisen einer DAV vgl. auch *BEREC*, Report on Post-Merger Market Developments - Price Effects of Mobile Mergers in Austria, Ireland and Germany, 2018, S. 34.

<sup>25</sup> Under the MNO remedy, Telefónica commits to offer one MNO Agreement to be concluded with a new MNO entrant. For this purpose, Telefónica commits to make the following offers: (a) the spectrum offer; (b) the national roaming offer; (c) the divestiture of sites offer; (d) the passive radio network sharing offer; and (e) the sale of shops offer (cp. Rec. 1359).

<sup>26</sup> Under the MBA remedy of the Final Commitments, Telefónica commits to enter into MBA Agreements prior to the date of closing with up to three, but in any event with at least one Upfront MBA MVNO(s). Under these agreements, Telefónica will be required to sell, and the Upfront MBA MVNO(s) will purchase, in total 20% of the total capacity (for each of data voice and SMS) of the networks under the legal control of Telefónica post-transaction, that is to say the sum of the capacity of the Telefónica consolidated network and of the E-Plus legacy network ("Obligatory Purchase Commitment") under a specified glide path (cp. Rec. 1368).

<sup>27</sup> Under the non-MNO remedy, Telefónica commits to offer to extend all existing wholesale contracts with MVNOs and Service Providers that are currently wholesale customers of Telefónica and/or E-Plus until the end of year [...]\*. That is to say Telefónica removed the limitation included in the First and Second Commitments, to only extend existing 2G/3G (and not 4G) wholesale agreements. Moreover, Telefónica commits to grant wholesale access to its 4G network on the basis of an MVNO or Service Provider agreement to all MVNOs and Service Providers [...]\*. In addition, Telefónica commits to permit its wholesale partners to switch their customers hosted on Telefónica's and/or E-Plus' networks from one business model to another without any penalty. Furthermore, Telefónica commits to eliminate the contractual clauses in the agreements with wholesale partners of either Telefónica or E-Plus, which could prevent the MVNOs and Service Providers from switching their customers from one MNO to another, (cp. Rec. 1378).

der Kommission nach wie vor aktuell sind. Dies gilt im Übrigen auch für die weiteren Bedenken, die von der Monopolkommission schon seinerzeit in ihrem Sondergutachten noch deutlich gegenüber den Bedenken der EU-Kommission akzentuiert sind. Diese betreffen auch die Argumente der Bundesnetzagentur, vor allem die Argumente, die die Transparenz der Preisgestaltungen betreffen.<sup>28</sup>

„Nach Auffassung der Monopolkommission war der Markt schon vor dem Zusammenschluss durch ausgeprägte Transparenz charakterisiert, die sich durch die Fusion weiter erhöht hat. Trotz einer Vielzahl unterschiedlicher Tarifvarianten gibt es eine überschaubare Anzahl von Standardtarifen im Prepaid- und im Postpaid-Bereich, die für alle Anbieter und Marktteilnehmer leicht einsehbar und vergleichbar sind. Für Transparenz sorgen darüberhinaus die Werbeaktivitäten der Mobilfunkanbieter sowie diverse Tarifvergleichsportale. Die Mobilfunknetzbetreiber haben zudem wegen der Regulierungsverfahren bei Vorleistungen (Terminierung) und den damit verbundenen (öffentlichen) Konsultationen einen Überblick über die Kostenstrukturen der anderen Marktteilnehmer. Hinzu treten die vergleichbare Ressourcenausstattung, die Parallelität der Unternehmensstrategien sowie die gleichmäßige Marktanteilsverteilung nach dem Zusammenschluss.“

All dies muss auch nach Auffassung der Monopolkommission zu einer Schwächung des ohnehin nicht eben stark ausgeprägten Wettbewerbsniveaus zumindest in Teilbereichen des Marktes führen.<sup>29</sup> Zudem ist darin eine deutliche Abweichung von der seinerzeitigen Begründung der Bundesnetzagentur für die Annahme eines fehlenden unabgestimmten Parallelverhaltens mangels Preistransparenz verbunden. Es spricht also viel dafür, dass die seinerzeitige Einschätzung heute nicht mehr gehalten werden kann.

Ähnlich kritisch wird dies von dem Bundeskartellamt gesehen, nicht zuletzt im Hinblick auf die vielfältige Verflechtung der verbliebenen drei Wettbewerber, die beileibe nicht

---

<sup>28</sup> *Monopolkommission*, Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel, Sondergutachten 73 ,Tz 121 ff.

<sup>29</sup> Für eine Verstärkung des Wettbewerbs durch Zulassung eines vierten MNO *OECD*, Wirtschaftsbericht 2018, S. 54, [https://read.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-wirtschaftsberichte-deutschland-2018\\_eco\\_surveys-deu-2018-de#page54](https://read.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-wirtschaftsberichte-deutschland-2018_eco_surveys-deu-2018-de#page54)

nur den Mobilfunkbereich betreffen. Dies führt letztlich zu einer Verfestigung des Oligopols im Mobilfunkmarkt.<sup>30</sup>

Im Ergebnis lässt sich schwer übersehen, dass erhebliche Wettbewerbsprobleme durch die Fusion von E-Plus und Telefonica entstanden sind, die das ohnehin eher schwache Wettbewerbsniveau im Mobilfunkmarkt bzw. in Teilmärkten desselben noch einmal absenken. Die Entwicklung vermittelt jedenfalls genügend Anhaltspunkte für eine erneute Analyse des Marktes im Hinblick auf eine Regulierungsbedürftigkeit. Im Falle der Bejahung vermittelt dann jedenfalls § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG eine geeignete Rechtsgrundlage für eine Diensteanbieterverpflichtung, an deren Notwendigkeit angesichts der Tatsache, dass der Wettbewerbsdruck in diesem Markt, ganz wesentlich von den MVNO und Diensteanbietern ausgeht, wenig Zweifel bestehen dürften.<sup>31</sup>

#### 4. Zusammenfassung zu I.

Zweifellos kann eine Diensteanbieterverpflichtung als Folge einer Maßnahme der Marktregulierung auferlegt werden. Dies freilich nur dann, wenn ein zu regulierender Markt vorliegt. Allerdings ist der frühere Markt Nr. 15 für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen durch die Märkte-Empfehlung 2007 aus den für eine Marktregulierung empfohlenen Märkten gestrichen worden. Freilich waren seinerzeit durchaus Wettbewerbsprobleme erkennbar und es daher den nationalen Regulierungsbehörden überlassen, hier ggf. eine andere Entscheidung zu treffen. Und auch die Bundesnetzagentur vermochte seinerzeit schon eine Marktstruktur zu erkennen, die Anreize zu einem unabgestimmten Parallelverhalten vermitteln würde. Indes sei die Intransparenz der Preisstruktur letztlich ein Hinderungsgrund für die Praktizierung eines einheitlichen Vorgehens auf der Vorleistungsebene. Allerdings hat sich die Marktstruktur durch die Fusion von E-Plus und Telefonica deutlich verändert, und erhebliche Wettbewerbsprobleme geschaffen bzw. vertieft, die auch schon die Entscheidung der Europäischen Kommission dazu veranlasst haben, die Fusion nur mit erheblichen Auflagen zu genehmigen. Zusammen

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu die Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Frequenzkompass, B 7 – 401/15 v. 29.09.2016, S. 2.; zu den Schwierigkeiten der Analyse und des Umgangs mit unkoordiniertem Verhalten in Oligopolen BEREK, Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR 15/195, Dec. 2015 .

<sup>31</sup> *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb vertrauen, 2017 Rn. 25 f.



mit weiteren Aspekten, die von der Europäischen Kommission im Fusionskontrollverfahren im Falle von E-Plus und Telefonica und der Monopolkommission zusammengetragen worden sind, sprechen ein Reihe von Indizien dafür, dass eine Neubewertung der Regulierungsbedürftigkeit des früheren Marktes Nr. 15 erforderlich ist. Im Falle der Bejahung vermittelt dann jedenfalls § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG eine geeignete Rechtsgrundlage für eine Diensteanbieterpflicht, sofern diese zur Beseitigung eines diagnostizierten Wettbewerbsproblems geeignet ist.

## **II. Diensteanbieterpflicht in der Frequenzvergabe**

Neben den Vorschriften der Marktregulierung kommen als tragfähige Rechtsgrundlage für eine DAV auch die Bestimmungen zur Frequenzvergabe, namentlich der § 60 Abs. 2 S. 1 und Abs. 1 S. 1 sowie der § 61 Abs. 6 TKG in Betracht. Sie ermächtigen die Bundesnetzagentur, die im Rahmen der Frequenzvergabe zu vergebenden Nutzungsrechte näher zu bestimmen und unmittelbar und unabhängig vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht mit Nebenbestimmungen zu versehen.

### **1. Keine Sperrwirkung des § 21 TKG**

Dies setzt freilich voraus, dass diese Möglichkeit nicht durch die zuvor erörterten Vorschriften über die Marktregulierung gesperrt wird. Denn immerhin sollen im Ausgangspunkt den Netzbetreibern keine weitergehenden Maßnahmen auferlegt werden, als solche die Folge der Marktregulierung sind, sofern nicht ausnahmsweise symmetrische Maßnahmen in Betracht kommen.<sup>32</sup> Gleichwohl hat die Möglichkeit, Netzbetreibern (mit beträchtlicher Marktmacht) eine DAV im Rahmen der sektorspezifischen Marktregulierung aufzuerlegen, keine Sperrwirkung für die Auferlegung einer DAV auf anderer Rechtsgrundlage im TKG, insbesondere im Rahmen der Frequenzvergabe nach §§ 60 ff. TKG.<sup>33</sup> Vielmehr handelt es sich bei den Regelungen der Marktregulierung und der Frequenzverwaltung um zwei separate Regelungsmaterien. Sie setzen unterschiedliche europäische Vorgaben um und verfolgen unterschiedliche Ziele. Sie stehen damit selbstständig nebeneinander.

---

<sup>32</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 Zugangsrichtlinie.

<sup>33</sup> *Wagner*, CR 2017, 604 (611).

Während die Auferlegung von Verpflichtungen nach § 21 TKG, der die Maßgaben der Zugangsrichtlinie umsetzt, die Gewährleistung von Wettbewerb auf den nachgelagerten Endnutzermärkten bezweckt<sup>34</sup>, verfolgt die staatliche, im Wesentlichen auf den Art. 9 der Rahmenrichtlinie und die Genehmigungsrichtlinie zurückgehende Frequenzverwaltung das Ziel der effizienten Allokation der knappen und öffentlichen Ressource Frequenzen. Anders als Erstere, geht es damit bei der Frequenzvergabe nicht in erster Linie um eine Marktstrukturierung zum Zwecke der Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, sondern um die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der vorhandenen Frequenzen. Allerdings – schon nach dem § 52 Abs. 1 TKG, der mit dem Verweis auf § 2 TKG weitere Regulierungsziele aufnimmt und in weiteren Vorschriften wie dem des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG seinen Niederschlag findet – sind weitere Regulierungsziele zu berücksichtigen, insofern können natürlich auch Rahmenbedingungen der Frequenzregulierung den Wettbewerb befördern.<sup>35</sup>

Mit Blick auf die unterschiedlichen Zielsetzungen sollen die §§ 60, 61 TKG Maßnahmen allerdings unabhängig von etwaigen marktbeherrschenden Stellungen der Frequenznutzungsrechteinhaber ermöglichen. Der Grund hierfür liegt nicht zuletzt in der Besonderheit des Gutes „Frequenz“, welches nur begrenzt zur Verfügung steht. Bereits die Knappheit der Inputfaktoren kann auf oligopolistisch strukturierten Märkten, wie dem der Mobilfunkfrequenzen, zu einer Wettbewerbsverengung und somit zu einem Marktversagen führen, das ein Regulierungsbedürfnis hervorruft, ohne dass eine sog. Bottleneck-Konstellation i.S. allgemeiner Wettbewerbsregeln vorliegt.<sup>36</sup> In diesen Fällen muss es daher ebenso wie in Fällen von Marktverengungen aufgrund monopolistischer Verhältnisse der Bundesnetzagentur möglich sein, mit geeigneten frequenzregulatorischen etwaigen Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken.

Dass Verpflichtungen auch marktmachtneutral auferlegt werden können entspricht auch der europäischen Regelungssystematik<sup>37</sup>, an die sich die Mitgliedstaaten im

---

<sup>34</sup> *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 21 TKG Rn. 2.

<sup>35</sup> Vgl. *Sörries* in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 48 f.; *Rieger/Kühn* in: Geppert/Schütz, Beck'OK, TKG, § 52, Rn. 8 f.; *Marwinski* in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 52 Rn. 5.

<sup>36</sup> *Brandenburg*, Resale-Verpflichtung von Mobilfunknetzbetreibern, 2008, S. 142.

<sup>37</sup> *Wagner*, CR 2017, 604 (612); *Bergler-Kögler*, K&R 2008, 346 (347 f.).

Rahmen der Umsetzung der zugrunde liegenden Zugangsrichtlinie und Genehmigungsrichtlinie zu halten haben (Art. 288 UA 3 AEUV). Aus Art. 8 der Zugangsrichtlinie i.V.m. Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie ergibt sich, dass – abweichend von Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie – Resale-Verpflichtungen ausnahmsweise gerade auch nicht marktmächtigen Unternehmen und damit jenseits des SMP-Konzeptes auferlegt werden können.<sup>38</sup> So sieht Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 der Zugangsrichtlinie vor, dass nationale Regulierungsbehörden Betreibern, die nicht gemäß Abs. 2 (Hinzufügung HHT/SK: als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht) eingestuft wurden, unbeschadet [...] der Bedingungen 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie (Bedingungen, die an Frequenznutzung geknüpft werden können), die in Art. 9 bis 13 genannten Verpflichtungen, wozu auch die Zugangsverpflichtung zählt, nicht auferlegen können. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass durch eine DAV gerade auch Netzbetreiber verpflichtet werden können sollen, die über keine beträchtliche Marktmacht verfügen. Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie stellt insofern eine explizit genannte Ausnahme von dem Prinzip des Regulierungsrahmens dar, nach dem Verpflichtungen nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden.<sup>39</sup> Dies müssen die nationalen Regulierungsbehörden bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften berücksichtigen.

## **2. § 60 Abs. 2 S. 1 TKG – DAV als Nebenbestimmung der Frequenzzuteilung**

Als mögliche Rechtsgrundlage kommt vorrangig der § 60 Abs. 2 S. 1 TKG in Betracht. Er erlaubt in hinreichend bestimmter Form (a.) nach dem Willen des Gesetzgebers (b.) die gebundene Frequenzzuteilungen mit einer Nebenbestimmung zu versehen, sofern es zur Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen (c.) oder – seit der TKG-Novelle im Jahr 2012 – der in § 2 genannten Regulierungsziele (d.) erforderlich ist. § 60 Abs. 2 S. 1 TKG sieht damit ausdrücklich die Möglichkeit vor, die durch die Zuteilung der Frequenzen zugewiesenen Nutzungsrechte einseitig seitens der Behörde zu beschränken.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Heun, in: ders., Handbuch zum TK-Recht, 2. Aufl. 2007, Rn. 493; Bergler-Kögler, K&R 2008, 346 (347).

<sup>39</sup> Bergler-Kögler, K&R 2008, 346 (347).

<sup>40</sup> Vgl. Hahn/Hartl/Dorsch in: Scheurle/Mayen, 3. Aufl. 2018, § 60 TKG Rn. 10.

Eine solche Beschränkung kann die Auferlegung einer DAV darstellen. Sie kann als Nebenbestimmung i.S.v. § 60 Abs. 2 S. 1 TKG ausgestaltet werden. Als Verpflichtung, Resale zu ermöglichen bzw. die Mitnutzung der Frequenzen durch Diensteanbieter zu gestatten, können sie in Form einer Auflage i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG ergehen.<sup>41</sup> Durch eine solche Regelung soll der Frequenzinhaber zu einem Tun bzw. Unterlassen (konkret zur Zulassung bzw. Nichtdiskriminierung von Diensteanbietern) verpflichtet werden. Zwar konkretisiert der Gesetzgeber in § 60 Abs. 2 TKG die zulässigen Arten von Nebenbestimmungen nicht näher; nach der amtlichen Begründung zu § 7 Abs. 2 S.1 FreqZutV, der dem heutigen § 60 Abs. 2 TKG entspricht, sind jedoch alle Arten von Nebenbestimmungen zulässig.<sup>42</sup>

„Absatz 2 Satz 1 erlaubt die Beifügung von Nebenbestimmungen. Grds. sind alle Arten von Nebenbestimmungen zulässig [...].“

Dass durch die Übernahme in das TKG eine Änderung des Anwendungsbereiches beabsichtigt war, ist nicht ersichtlich.<sup>43</sup> Zudem weist § 149 Abs. 1 Nr. 12 TKG explizit auf die Auflage hin.

Die hoheitliche Auferlegung einer DAV in Gestalt einer Nebenbestimmung stehen nicht die europäischen Vorgaben, namentliche die der Genehmigungsrichtlinie entgegen. Zwar können nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Genehmigungsrichtlinie an Frequenznutzungsrechte nur solche Bedingungen geknüpft werden, die dem Anhang B der Richtlinie entsprechen – was insofern auch die nationale Regulierungsbehörde bei der Auslegung der nationalen Bestimmungen zu berücksichtigen hat<sup>44</sup> – eine Verpflichtung, Diensteanbietern Resale zu ermöglichen bzw. die Mitnutzung zu gestatten, kann eine solche aber darstellen. Denn Anhang B der Genehmigungsrichtlinie erlaubt neben Angaben zu bereitzustellenden Dienstleistungen, für die die Frequenznutzungsrechte erteilt wurden (Nr. 1), insbesondere auch die Anknüpfung solcher Bedingungen, die die effektive und

---

<sup>41</sup> *Brandenburg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, S. 107; *Wagner* CR 2017, 604 (607).

<sup>42</sup> BR-Drs. 747/99, S. 17.

<sup>43</sup> Vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 80.

<sup>44</sup> Vgl. insoweit BT-Drs. 15/2316, S. 80 zu § 58 TKG-E.

effiziente Frequenznutzung entsprechend der Rahmenrichtlinie sicherstellen sollen (Nr. 2). Gerade Letzteres kann aber nur durch eine DAV gewährleistet werden.<sup>45</sup>

Einer solchen Beschränkungen der Frequenznutzungsrechte steht – entgegen einzelner Auffassungen – auch nicht der Wille des europäischen Gesetzgebers, der grundsätzlich eine freie Nutzung durch den Rechterwerber vorsehe, entgegen. Vielmehr hat dieser klargestellt, dass hoheitliche Einschränkungen der „Technologie- und Diensteneutralität“ gerade intendiert sein können, sofern es um die Verwirklichung von Ziele von allgemeinen Interesse geht.<sup>46</sup>

„Die verwaltungsmäßige Festlegung von Technologien und Diensten sollte vorgenommen werden, wenn Ziele von allgemeinem Interesse in Frage stehen [...].“

Zu diesen allgemeinen Zielen dürften neben höherrangigen Gemeinwohlzielen vor allem die in Art. 8 Abs. 2-4 Rahmenrichtlinie genannten der Frequenzverwaltung zugrunde liegenden Ziele, insb. das der in Abs. 2 d) aufgeführten effektiven Frequenznutzung gehören. Insoweit heißt es weiter:

„[...] Maßnahmen [...] sollten jedoch erlaubt sein, die der Erbringung einer bestimmten Dienstleistung erfordern, um eindeutig festgelegte Ziele von allgemeinem Interesse zu erreichen, wie z. B. der Schutz des menschlichen Lebens, die notwendige Förderung des sozialen, regionalen und territorialen Zusammenhalts oder die Vermeidung einer ineffizienten Frequenznutzung, sofern dies notwendig und angemessen ist.“<sup>47</sup>

### **a) Erfüllung des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Wesentlichkeitsgarantie**

Der Auferlegung einer DAV auf Grundlage von § 60 Abs. 2 S. 1 TKG steht nicht entgegen, dass die Vorschrift deren Auferlegung nicht ausdrücklich benennt, sondern Tatbestand und Rechtsfolge vielmehr offen – gleichsam in einer Generalklausel – formuliert sind.<sup>48</sup> Dabei ist im Hinblick auf die Anforderungen an die Wesentlichkeitsgarantie zumindest im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass es

---

<sup>45</sup> Siehe dazu im Einzelnen unter 2. c).

<sup>46</sup> Änderungsrichtlinie 2009/140/EG, Erwägungsgrund 34.

<sup>47</sup> Änderungsrichtlinie 2009/140/EG, Erwägungsgrund 36.

<sup>48</sup> *Wagner*, CR 2017, 604 (609).

hier um eine Leistung, nämlich die Verteilung einer knappen öffentliche Ressource geht, die durch die Auferlegung von Verpflichtungen kompensiert wird. Grundrechtlich wird man jedenfalls von einem Anspruch auf eine unkonditionierte Leistung nicht ausgehen können. Selbst wenn man die Verpflichtung, Diensteanbietern diskriminierungsfreien Zugang zu gewähren, als Eingriff in Grundrechte der verpflichteten Netzbetreiber sieht, so dass die zugrundeliegende Rechtsgrundlage den Anforderungen an den Wesentlichkeits- sowie Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen muss, ist dieser weder besonders schwerwiegend, noch ist er mit Blick auf die mit der Zuteilung einer Frequenz einhergehende Sozialbindung ungerechtfertigt. Zudem ist in der Rspr. des BVerfG die Verwendung von Generalklauseln allgemein und insbesondere im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts, das angesichts seiner vielschichtigen Regelungsgegenstände und dynamischen Prozesse eine flexible Handhabung erfordert, anerkannt. Im Einzelnen:

Die Belegung eines Frequenznutzungsberechtigten mit der Verpflichtung, Diensteanbietern vertraglich diskriminierungsfreien Zugang zur Vorleistungsebene zu gewähren, mag den Zugangsberechtigten zwar in seiner grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie seiner freien Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) beeinträchtigen; sie ist jedoch mit Blick auf vernünftige Gemeinwohlbelange, denen zu dienen der Frequenzinhaber mit der Zuteilung der knappen öffentlichen Ressourcen unterworfen wird, gerechtfertigt. Weder die Berufsausübungsfreiheit noch die Vertragsfreiheit sind vorbehaltlos gewährleistet, sondern können vielmehr mit vernünftigen Gemeinwohlerwägungen eingeschränkt werden.<sup>49</sup> Zu diesen zählen neben der flächendeckenden angemessenen und ausreichenden Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen insb. auch die in § 2 TKG niedergelegten Regulierungsziele der Wahrung der Nutzer- bzw. Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) sowie die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Deren Gewährleistung, der das TKG mit §§ 1, 2 TKG sowie die Verfassung mit Art. 87f GG ein entscheidendes Gewicht einräumt, kann die Einschränkung der Rechtspositionen der Frequenzinhaber durch die Belegung mit einer DAV erforderlich

---

<sup>49</sup> Für die Berufsfreiheit BVerfGE 7, 377 (405); 30, 336 (351) m.w.N.; 59, 336 (355f.); für die Vertragsfreiheit vgl. *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, Art. 2 GG, Rn. 114.

machen und entsprechend rechtfertigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Frequenzzuteilung dem Inhaber einen entscheidenden Vorteil durch das Recht der Nutzung einer knappen öffentlichen Ressource erst einräumt. Diesen Leistungscharakter betont zu Recht die Bundesnetzagentur in ihrer Entscheidung vom 12.10.2009, BK 1a-09/002, auf die sie in der Entscheidung vom 28.1.2015 nochmal explizit Bezug nahm, als sie festhielt, dass für die „*Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Privatautonomie [...] das Recht zur Nutzung einer knappen Ressource – wie der Frequenzen – in Betracht komme, da dem Inhaber des knappen Rechts gegenüber der Allgemeinheit ein Vorteil eingeräumt wurde. Dieser Vorteil könnte dadurch im Sinne der öffentlichen Wohlfahrt ausgeglichen werden, dass der Netzbetreiber einer besonderen Verpflichtung im öffentlichen Interesse unterworfen wird*“.<sup>50</sup>

Hinzu tritt das grundrechtlich geschützte Interesse der Diensteanbieter auf Wahrnehmung ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), das die Bundesnetzagentur im Rahmen der effizienten Frequenzverwaltung ebenfalls zu berücksichtigen hat. Zumindest nicht im Frequenzauswahlverfahren berücksichtigte Wettbewerber können am Wettbewerb, dessen Sicherstellung und Förderung – wie beschrieben – neben der effizienten Allokation elementares Regulierungsziel bzw. Leitbild des TKG auch mit Blick auf die Verbraucherinteressen ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 TKG, Art. 8 Abs. 2a der Rahmenrichtlinie)<sup>51</sup>, dann nur noch auf Diensteebene durch den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen partizipieren.<sup>52</sup> Dies setzt jedoch voraus, dass ihnen die Netzbetreiber auch die Möglichkeit des Zugriffs auf Vorleistungsprodukte eröffnen. Die Diensteanbieter sind insofern – wie die EU-Kommission in der Fusionsentscheidung zu TEF/E-Plus richtigerweise festgestellt hat<sup>53</sup> – von ihnen abhängig:

“[...] The Commission considers that MVNOs and Service Providers are unable to compete in the same way as MNOs in the German retail market for mobile telecommunications services. This is mainly because of the dependency of wholesale partners on MNOs (access conditions and inability to switch).”

---

<sup>50</sup> Bundesnetzagentur, Entscheidung v. 28.1.2015, BK1-11-003, Rz. 691.

<sup>51</sup> Vgl. hierzu *Ricke* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 2 TKG Rn. 8 f.

<sup>52</sup> *Brandenburg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, S. 122 f.; 136.

<sup>53</sup> EU-Kommission, Entscheidung v. 2.7.2014, M.7018 – TEF-DE/E-Plus, Rn. 626.

Da dahingehende Anreize mit Wegfall der bisherigen DAV und mit Blick darauf, dass Netzbetreiber zunehmend eigene Zweitmarken etabliert haben, mit denen sie die Kapazitätsauslastung vorantreiben, eher unwahrscheinlich sind<sup>54</sup>, kann dies letztendlich nur durch die Auferlegung einer erneuten DAV abgesichert werden.

Dabei ist insgesamt zu berücksichtigen, dass eine DAV, die Netzbetreiber – insbesondere im Vergleich zur Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG – ohnehin allenfalls gering in ihren Grundrechtsausübungen beeinträchtigt.<sup>55</sup> In der bislang geltenden Form beschränkt sich die DAV auf die Gewährung von Zugang zu Vorleistungsprodukten zu keinen ungünstigeren Konditionen, als dem eigenen Vertrieb eingeräumt werden; ein Zugriff auf Frequenzen und Infrastrukturkapazitäten, die (den Diensteanbietern die Entwicklung eigener Produkte ermöglichen würde und damit) den Netzbetreibern die exklusive Nutzung der Frequenzen für eigene TK-Produkte und deren Vermarktung entzieht, erfolgt – anders als eben im Fall der Zugangsverfügung – gerade nicht. Zudem wird bei der Auferlegung im Rahmen der Frequenzzuteilung dem Netzbetreiber von vornherein nur ein – mit der DAV – belastetes (Nutzungs-)recht eingeräumt, was auch bei dessen Wertbemessung im Rahmen des Versteigerungsverfahrens berücksichtigt werden kann. Ein Eingriff in Vermögenspositionen – sofern man eine solche in den Zuteilungsrechten überhaupt sieht<sup>56</sup> – erfolgt somit nicht.

Unter diesen Gesichtspunkten genügt der § 60 Abs. 2 S. 1 TKG auch den Anforderungen an den Wesentlichkeitsgrundsatz bzw. dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Die aus dem Demokratieprinzip abzuleitenden Grundsätze der Wesentlichkeit und Bestimmtheit gebieten es, dass der Gesetzgeber wesentliche Entscheidungen selbst trifft und die Norm hinreichend bestimmt ist. Dem kann der Gesetzgeber auch durch Schaffung generalklauselartiger Ermessenstatbestände – wie im Fall des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG geschehen – unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe genügen.<sup>57</sup> Insbesondere im Wirtschaftsverwaltungsrecht, wo es häufig

---

<sup>54</sup> Vgl. im Hinblick auf fehlende Anreize nach Wegfall der DAV zum 31.12.2016 EU-Kommission, Entscheidung v. 2.7.2014, M.7018 – TEF-DE/E-Plus, Rn. 632.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu ausführlich bereits *Spoerr/Seip/Schemmel*, 2016 (Fn. 4), S. 15, *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017, Sondergutachten 78, S. 30 f.

<sup>56</sup> Offen gelassen durch BVerfG, Beschl. v. 25.6.2015, 1 BvR 2553/11, Rn. 19.

<sup>57</sup> BVerfGE 8, 274 (326) – Preisgesetz; 13, 153 (161, 164) – Darlehensbesteuerung.



um die Regelung vielschichtiger Regelungsgegenstände oder Bereiche geht, die aufgrund der technischen Entwicklung einer hohen Dynamik unterliegen, fällt nach Auffassung des BVerfG das Maß an erforderlicher Bestimmtheit geringer aus. So stellte das BVerfG bzgl. Eingriffsermächtigungen im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts – zu dem auch das Telekommunikationsrecht gehört - klar<sup>58</sup>:

„In diesem Bereich wird der Gesetzgeber nicht ohne Generalklauseln auskommen können. Er wird sich abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen müssen, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden.“

Dies trifft im Besonderen auf die Frequenzverwaltung nach den §§ 54 ff. TKG zu, welche planerisch-gestaltend eine effiziente Allokation der Frequenzen sicherstellen soll und daher bereits aus der Natur der Sache heraus einen gewissen Gestaltungsspielraum erfordert. Der TK-Markt und im Besonderen der Bereich der Mobilfunkfrequenzen unterliegt dynamischen technologischen Entwicklung – wie der 5G-Ausbau zeigt – und ist geprägt von starken Innovationen, so dass die Frequenzzuteilungen unterschiedlichen Anforderungen genügen müssen, um das Potential vorhandener Infrastrukturkapazitäten richtig und vollständig auszuschöpfen. Eine Festschreibung auf nur bestimmte Parameter im Rahmen der Frequenzvergabe seitens des Gesetzgebers wäre mit Blick auf die erforderliche flexible Verwaltung daher gerade verfehlt.

Insofern sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtsgrundlagen nicht allzu hoch. Dies gilt im konkreten Fall umso mehr, als der Eingriff in die Grundrechte der Netzbetreiber durch eine DAV ohnehin nicht besonders schwer wiegt.<sup>59</sup> Erforderlich, aber ausreichend ist jedenfalls, wenn sich mit Hilfe juristischer Auslegungsmethodik eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lässt.<sup>60</sup> Das ist bei § 60 Abs. 2 S. 1 TKG der Fall: Insoweit lassen sich sowohl Tatbestand als auch Rechtsfolge unter Berücksichtigung der Systematik und

---

<sup>58</sup> BVerfGE 8, 274 (326) – Preisgesetz; ähnlich BVerfGE 13, 153 (161, 164) – Darlehensbesteuerung.

<sup>59</sup> s.o.

<sup>60</sup> Vgl. dazu etwa BVerfGE 1, 14 (45); 25, 216 (227).

Hinzuziehung der zugrundeliegenden europarechtlichen Vorgaben näher konkretisieren. So müssen gemäß Art. 6 Abs. 1 der zugrundeliegenden Genehmigungsrichtlinie i.V.m. Art. 9 der Rahmenrichtlinie die aufzuerlegenden Nebenbestimmungen jedenfalls dem Anhang B der Genehmigungsrichtlinie entsprechen, welcher ausdrücklich regelt, welche Bedingungen im Einzelnen ausschließlich an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden dürfen.<sup>61</sup> Die möglichen, seitens der Verwaltung in rechtmäßiger Weise aufzuerlegenden Beschränkungen der Nutzungsrechte begrenzen sich damit auf die im Anhang B der Genehmigungsrichtlinie Zugelassenen. Zudem macht der Verweis auf die Notwendigkeit der Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung bzw. auf die in § 2 TKG im Einzelnen aufgelisteten Regulierungsziele für potentielle Adressaten hinreichend deutlich, auf welchen Gründen Nebenbestimmungen erlassen werden können.

#### **b) Kein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille hinsichtlich der Auferlegung einer DAV im Rahmen der Frequenzvergabe**

Der Auferlegung einer DAV im Rahmen der Frequenzvergabe steht auch nicht etwa die Intention des Gesetzgebers entgegen. Allein aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber im Rahmen der TKG-Novelle 2004 den § 4 TKV nicht in das TKG übernommen hat und trotz mehrfachen Hinweises der Bundesnetzagentur<sup>62</sup>, dass sie derzeit keine gesetzliche Grundlage für die Auferlegung einer DAV im Rahmen der Frequenzvergabe sehe, keine dem ursprünglichen § 4 TKV vergleichbare Regelung geschaffen hat, kann nicht geschlossen werden, dass (mit § 60 Abs. 2 TKG [§ 58 Abs. 2 TKG a.F.] keine ausreichende gesetzliche Grundlage de lege lata vorhanden ist bzw.) dieser die Auferlegung einer DAV im Rahmen der Frequenzvergabe per se nicht mehr zulassen wollte. Dies gilt vor allem mit Blick darauf, dass es sich bei dem gestrichen § 4 TKV in erster Linie um eine dem Kundenschutz dienende Regelung gehandelt hat. Rückschlüsse, dass damit auch die Auferlegung einer DAV im Rahmen der Frequenzvergabe ausgeschlossen und nur noch unter den Voraussetzungen des

---

<sup>61</sup> *Sörries* in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 60 Rn. 12; *Marwinski* in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 60 Rn. 10; *Göddel*, Beck'OK TKG, § 60 Rn. 2.

<sup>62</sup> zuletzt in der Entscheidung, Bundesnetzagentur v. 28.1.2015, BK1-11/003, Rz. 691 mit direktem Verweis auf Bundesnetzagentur, Entscheidung v. 12.10.2009, BK 1a-09/002.

§ 21 TKG (§ 19 TKG a.F.) zulässig sein soll, lassen sich daher daraus nicht ziehen und haben auch in den Gesetzesmaterialien keinen Niederschlag gefunden. Vielmehr hat der Gesetzgeber den parallel geltenden § 4 TKV lediglich aus Gründen der Rechtsklarheit mit Blick auf die ausdrücklichen Regelungen über die Zulässigkeit von Diensteanbietern aufgehoben.<sup>63</sup>

Überdies hat der Gesetzgeber mit der Erweiterung des Tatbestandes von § 60 Abs. 2 S. 1 TKG um die Möglichkeit, Frequenznutzungsrechte mit Nebenbestimmungen zur Sicherung der Regulierungsziele des TKG zu versehen, seinen Willen zum Ausdruck gebracht, die Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur bei der Genehmigungsentscheidung deutlich zu erweitern.<sup>64</sup> Unerheblich ist dabei, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Änderung die Rechtsfolgenseite unangetastet gelassen hat, denn – wie bereits ausgeführt – müssen die beigefügten Nebenbestimmungen dem Anhang B der Genehmigungsrichtlinie genügen, wodurch der Handlungsspielraum der Bundesnetzagentur – dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügend – konkretisiert ist.

### **c) DAV zur Sicherstellung der effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen**

Nach § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG ist die Auferlegung einer DAV in Form einer Nebenbestimmung zulässig, sofern sie „der Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen“ (und somit der Verwirklichung des gleichlautenden Regulierungsziels in § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG) dient.

„Effiziente Frequenznutzung“ ist dabei nicht nur ausschließlich im technischen Sinne zu verstehen, sondern beinhaltet ebenso eine wettbewerbsökonomische Dimension.<sup>65</sup> Von einer effizienten Frequenznutzung i.S.d. TKG ist also nicht nur bei einer maximalen technischen Ausnutzung des Frequenzspektrums auszugehen, sondern auch dann, wenn darüber hinaus auch aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive

---

<sup>63</sup> BT-Drucks. 15/2679, S. 19 zu § 149 Abs. 2 TKG-E.

<sup>64</sup> *Wagner*, CR 2017, 604 (605); *Spoerr/Seip/Hörauf*, 2013 (Fn. 4), S. 13.

<sup>65</sup> *Brandenburg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, S. 114; *Ruthig* in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, § 2 Rn. 27; *Gärditz* in: *Scheurle/Mayen*, TKG, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 43; vgl. auch *Riegner/Kühn* in: *Beck'OK zum TKG*, § 52, Rn. 4.

bedeutsame und erfolgreiche Nutzungsmodelle realisiert werden.<sup>66</sup> Effiziente Nutzung lässt sich insofern als diejenige bestimmen, in der das bestmögliche Verhältnis von Output zu Input für die Konsumenten hinsichtlich der mit der Nutzung der Frequenz angebotenen Dienstleistung bzw. des angebotenen Produkts realisiert wird.<sup>67</sup>

Für ein solch weites Begriffsverständnis spricht zunächst, dass in regulatorischen Zusammenhängen der Effizienzbegriff – anders als im betriebswirtschaftlichen Verständnis, wo die optimale Relation von In- und Outputfaktoren zueinander im Vordergrund steht – auf ein Allokationsoptimum i.S. wohlfahrtstheoretischer Überlegungen ausgerichtet ist (Allokationseffizienz).<sup>68</sup> Dieser Gedanke liegt auch dem Telekommunikationsrecht und insbesondere dem der Frequenzverwaltung zugrunde, wie bereits das TKG 1997 zum Ausdruck brachte. In der amtlichen Begründung zu § 11 Abs. 4 TKG 1997 bzw. § 59 Abs. 4 TKG 2004 (entspricht im Wesentlichen dem heutigen § 61 Abs. 4 TKG), wonach mittels Versteigerungsverfahren festgestellt werden soll, welcher Bieter am besten geeignet ist, die ersteigerten Frequenzen effizient [...] zu nutzen, heißt es etwa:<sup>69</sup>

„Das Versteigerungsverfahren ist ein geeignetes rechtsstaatlich zulässiges Auswahlverfahren. Mit diesem Auswahlverfahren kann ein wesentliches Regulierungsziel, nämlich die Effizienz der Frequenznutzung realisiert werden. Das Auswahlkriterium der Effizienz der Frequenznutzung ist sachgerecht, weil es der in bestimmten Frequenzbereichen bestehenden Knappheit von Übertragungskapazität Rechnung trägt. Das erfolgreiche Gebot belegt typischerweise die Bereitschaft und die Fähigkeit, die zuzuteilende Frequenz im marktwirtschaftlichen Wettbewerb der Dienstleistungsangebote möglichst optimal einzusetzen und sich um eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Frequenz zu bemühen. Gleichzeitig dient das frequenzökonomische Auswahlkriterium dem regulierungspolitischen Ziel, den Wettbewerb zu fördern.“

Auch der Vergleich zu anderen Vorschriften des TKG (vgl. nur §§ 29 Abs. 3, 30 Abs. 3, § 62 Abs. 2 TKG) stützt diesen Befund.<sup>70</sup> Ebenso wie im Rahmen der

---

<sup>66</sup> *Brandenburg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, S. 113.

<sup>67</sup> *Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, S. 138.

<sup>68</sup> Vgl. *Spoerr* in: *Trute/Gross/Röhl/Möllers*, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzeptes, S. 631.

<sup>69</sup> BT-Drucks. 13/3609, S. 39 zu § 11 Abs. 4 TKG; BR-Drucks. 755/03, S. 109 zu § 59 Abs. 4 TKG.

<sup>70</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Spoerr/Seip/Dietrich*, 2013 (Fn. 4), S. 10 f.

Frequenzvergabe durch Versteigerung wird Effizienz dort nicht gleichbedeutend mit technischer Effizienz, sondern eben i.S.e. allokativen Effizienz verstanden.

Nichts anderes ergibt sich im Übrigen dann, wenn man den Schutzzweck der Frequenzvergabe und konkret den des § 60 TKG zugrunde legt. Wie sich aus der dafür geltenden und insofern die normativen Parameter sämtlicher in der Frequenzverwaltung zu treffenden Entscheidungen vorgebenden Grundnorm § 52 TKG ergibt, sind bei der Frequenzzuteilung neben der Sicherung der effizienten und störungsfreien Nutzung auch die in § 2 genannten Regulierungsziele zu berücksichtigen. Dazu zählen insbesondere die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG).<sup>71</sup> Die effiziente Frequenznutzung wird somit eng verknüpft mit der Wettbewerbsförderung im Interesse der Verbraucher und somit mit wohlfahrtsökonomischen Zwecken: Eine effiziente Nutzung von Frequenzen schafft alternative Infrastrukturen, um Wettbewerb auch zu fördern. Andersherum setzt Wettbewerb Effizienz voraus.<sup>72</sup>

Dass Effizienz auch in wettbewerbsökonomischen Aspekten gedacht werden muss, entspricht zudem der langjährigen Auffassung der Bundesnetzagentur. In mehreren Strategiepapieren, zuletzt im Strategiepapieren zur Verfügbarkeit von Frequenzen zum Breitbandausbau, äußerte sie sich im Hinblick auf die Frequenzzuteilung insofern dahingehend:<sup>73</sup>

„Neben den frequenztechnisch-regulatorischen erforderlichen Festsetzungen spielen dabei die wettbewerblichen-ökonomischen Aspekte eine zentrale Rolle.“

Bereits das Ministerium für Post und Telekommunikation hatte seinerzeit die Auferlegung der DAV in den D-Lizenzen für GSM-Mobilfunk seitens des Ministeriums

---

<sup>71</sup> Siehe dazu im Einzelnen zugleich unter 2. d).

<sup>72</sup> *Spoerr/Seip/Dietrich*, 2013 (Fn. 4), S. 10 f.; *Scheurle* in: *Scheurle/Mayen*, TKG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 14.

<sup>73</sup> *Bundesnetzagentur*, Strategische Aspekte zur Verfügbarkeit von Frequenzen für den Breitbandausbau in Deutschland, 2016, S. 9; vgl. auch *Bundesnetzagentur*, Strategische Aspekte zur Frequenzregulierung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, 2003, S. 7.

für Post und Telekommunikation mit dem Zweck der Sicherstellung der effizienten Frequenznutzung begründet:<sup>74</sup>

„Werden Teile des (Mobilfunk-)Spektrums nun zur Nutzung durch mehrere Wettbewerber freigegeben, so hat der Postminister über die reinen fernmeldetechnischen Regelungen hinaus auch Regeln für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs mit dem Ziel einer effizienten Frequenznutzung in diesem Bereich bereitzustellen.“

Der diesbezüglich vorgebrachte Einwand, es sei seinerzeit um die Förderung effizienter Frequenznutzung in einem erst neu entstehenden Markt gegangen, die es heute angesichts der erheblich intensiveren Frequenznutzung nicht mehr bedürfe<sup>75</sup>, überzeugt nicht. Wie ökonomische Untersuchungen bestätigen, kann eine DAV vielmehr nach wie vor wesentlich zur effizienten Frequenznutzung in dieser Hinsicht beitragen:<sup>76</sup> Für die alloкатive Effizienz ist eine ausreichende Zahl Wettbewerber erforderlich, um die wohlfahrtsmaximierenden Preise und Mengen zu realisieren. Diensteanbieter können dem Rechnung tragen und zur optimalen Allokation der Frequenzen beitragen, ohne dafür eine eigene Infrastruktur aufbauen und die technische Effizienz der bestehenden Netze reduzieren zu müssen.

Dass es dafür nach wie vor hoheitlich gesetzter Anreize – etwa in Form der Auferlegung einer DAV – bedarf, hat etwa das Scheitern der Einräumung des Zugangs zu LTE-Vorleistungsprodukten auf freiwilliger vertraglicher Basis gezeigt.<sup>77</sup> Lediglich E-Plus hatte sich vor der Fusion mit Telefónica als einziger Netzbetreiber mit Diensteanbietern darauf einigen können. Die EU-Kommission hatte deshalb im Rahmen der Fusionsentscheidung insofern an fortlaufenden, nach Wegfall der DAV zum 31.12.2016 bestehenden Anreizen der Netzbetreiber, Diensteanbietern Zugang zu derartigen Produkten zu gewähren, gezweifelt und die Zugangsgewährung deshalb zur Fusionsauflage gemacht:<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> Broß, Zeitschrift für Post und Telekommunikation, 1990, 35 (38).

<sup>75</sup> Fetzer, MMR 2018, 63 (66).

<sup>76</sup> Vgl. ausführlich hierzu *Berger-Kögler*, Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung bei der bestehenden Neuvergabe der Frequenzen, 2013, S. 17, dazu auch *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017, Sondergutachten 78, Tz. 42 ff.

<sup>77</sup> Vgl. *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017, Sondergutachten 78, Tz. 42 ff.; Stellungnahme des Bundeskartellamts zum Frequenzkompass, 2016, S. 3 ff.

<sup>78</sup> EU-Kommission, Entscheidung v. 2.7.2014, M.7018 – TEF DE/E-Plus, Rn. 632.

„The fact that the Notifying Party grants 2G/3G wholesale access despite not being subject to the Service Provider Obligation is no indication of its incentives to grant access after the expiry of the Service Provider Obligation on 31 December 2016 as no MNO will then be subject to such obligation. Without the service provider obligation, the bargaining position of Service Providers will be further weakened.”

#### **d) DAV zur Sicherung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele**

Darüber hinaus ist die Auferlegung einer DAV auch – seit der Erweiterung des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG – zur Sicherung der in § 2 genannten Regulierungsziele möglich. Mit der Erweiterung des Tatbestandes hat der Gesetzgeber den Rahmen der Handlungsoptionen der Bundesnetzagentur für die Vergabe von Frequenznutzungsrechten deutlich erweitert, um sicherzustellen, dass die Regulierungsziele auch im Rahmen der Frequenzvergabe verwirklicht werden. In der Gesetzesbegründung heißt es insofern:<sup>79</sup>

„Absatz 2 wird ergänzt um die Bezugnahme auf die Regulierungsziele. Da es Aufgabe der BNetzA ist, sämtliche Regulierungsziele sicherzustellen, müssen ihr auch im Bereich der Frequenzregulierung entsprechende Befugnisse zustehen. Es ist daher geboten, die Auferlegung von Nebenbestimmungen zur Sicherstellung aller Regulierungsziele zu ermöglichen.“

Die Sicherstellung der Berücksichtigung der über die effiziente Frequenzverwaltung hinausgehenden Regulierungsziele im Rahmen der Frequenzvergabe entspricht dabei auch der europäischen Rechtslage, denn nach Art. 8 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die Regulierungsbehörden bei Wahrnehmung ihrer regulatorischen Aufgaben, zu denen eben auch die Frequenzvergabe gehört, die Maßnahmen treffen, die den in Art. 8 Abs. 2-4 vorgegebenen Zielen entsprechen. Letztere hat der nationale Gesetzgeber in § 2 TKG umgesetzt. § 60 Abs. 2 S. 1 TKG erlaubt daher die Begrenzung der Rechte der Frequenznutzungsberechtigten, sofern gewichtige Interessen dies erfordern.

Zu den hier einschlägigen Regulierungszielen zählen vor allem gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG die Wahrung der Interessen der Nutzer, insb. der Verbraucher (zusätzlich verdeutlicht durch den Grundsatz des Wettbewerbsschutzes zum Nutzen der Verbraucher in § 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG), sowie gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die

---

<sup>79</sup> BT-Drs. 17/5707, S. 74 zu § 60 TKG.

Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte. Beide Ziele stehen im Zusammenhang, wie gerade auch der § 2 Abs. 3 TKG verdeutlicht. Die Interessen der Nutzer werden am besten gewahrt, wenn eine quantitativ und qualitativ hochwertige und preisgünstige Versorgung mit allen Telekommunikationsdienstleistungen sichergestellt ist.<sup>80</sup> Dies wird wiederum grundsätzlich dann am besten gewährleistet, wenn sowohl auf Infrastrukturebene als auch Dienstleistungsebene ein vitaler Wettbewerb herrscht und eine Vielzahl von Anbietern anzutreffen ist.

Zu berücksichtigen ist, dass die Regulierungsziele nicht im ausschließlichen Interesse der Verbraucher stehen. Nutzer i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG meint nicht nur Endkunden, sondern entsprechend der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 14 TKG auch „[...] juristische Personen, die einen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst für [...] geschäftliche Zwecke in Anspruch nehmen oder beantragen, ohne notwendigerweise Teilnehmer zu sein“, also auch gewerbliche Nachfrager, die diese Leistung auf dem Endkundemarkt anbieten wollen, wie bspw. Reseller.<sup>81</sup> Somit schützt § 2 TKG auch unmittelbar die Interessen der Anbieter, die nicht über eine eigene Infrastruktur verfügen, was der Bundesnetzagentur durch die Erweiterung des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG die Befugnis einräumt, die Frequenznutzungsrechte gerade auch mit Blick auf Diensteanbieter einzuschränken, zumindest solange dies zum Zweck der Verbraucherwohlfahrt erfolgt.

Eine DAV kann den Regulierungszielen dabei grundsätzlich (auch in Zukunft) Rechnung tragen.<sup>82</sup> Erst sie eröffnet einer Vielzahl von Anbietern die Möglichkeit, am Mobilfunkmarkt auch unter Nutzung neuester Technologien – wie dem 5G-Standard – zu partizipieren und dadurch die Belebung des Wettbewerbs auf Diensteebene (nicht zuletzt zugunsten der Verbraucherinteressen) zu gewährleisten. Das gilt vor allem mit Blick darauf, dass aufgrund des Scheiterns der Zugangsgewährung auf freiwilliger Basis im Zusammenhang mit den LTE-Produkten und der zunehmenden Etablierung von eigenen Zweitmarken seitens der Netzbetreiber eher eine Verengung als eine

---

<sup>80</sup> Säcker in: ders, TKG, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 2; Cornils in: Geppert/Schütz, Beck'OK, § 2 Rn. 36.

<sup>81</sup> Ruthig in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 21; Säcker in: ders., 3. Aufl. 2013, TKG, § 2 Rn. 2.

<sup>82</sup> Vgl. Berger-Kögler, K&R 2008, 346 (351); Vgl. auch Brandenburg, Resale-Verpflichtung von Mobilfunknetzbetreibern, S. 120.



Förderung des ohnehin nicht stark ausgeprägten Wettbewerbs zu erwarten ist. Insofern kann eine DAV, die Anbietern unter Nutzung der Vorleistungsprodukte der Netzbetreiber ermöglicht, neue Produkte zu erstellen und relativ preiswert auf dem Endkundenmarkt anbieten, dem zur Sicherung der Regulierungsziele wirksam entgegentreten. Auch die Bundesnetzagentur hat ihr daher diese Wirkung im Hinblick auf die Regulierungsziele zuletzt zugestanden<sup>83</sup>:

„Die bisherige Diensteanbieterverpflichtung leistet einen Beitrag zur Verwirklichung der Regulierungsziele. Insbesondere mit Blick auf den Erhalt nachhaltigen Wettbewerbs können regulatorische Maßnahmen zur Herstellung von Rechts- und Planungssicherheit für alle Marktteilnehmer [...] über das Jahr 2020 erforderlich sein.“

Insgesamt rechnet die Bundesnetzagentur den Diensteanbietern eine positive Rolle hinsichtlich der Verwirklichung der Regulierungsziele, insb. den in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG festgeschriebenen, zu.<sup>84</sup>

„Die Dienstanbieter [...] fördern in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität Verbraucherinteressen.“

Die Einschätzung entspricht den Erwägungen der EU-Kommission zur Rolle der Diensteanbieter im Rahmen der Fusion von E-Plus und Telefonica, welche analysierte, dass diese ohne eine DAV aufgrund ihrer Abhängigkeit von den Netzbetreibern nicht in der Lage seien, im dt. Endkundenmarkt mit den Netzbetreibern zu konkurrieren.<sup>85</sup> Insbesondere sah sie keine Anreize der Netzbetreiber, nach Wegfall der DAV zum 31.12.2016 weiterhin den Diensteanbietern Zugang zu gewähren. Insofern stellte sie fest:<sup>86</sup>

„Without the service provider obligation, the bargaining position of Service Providers will be further weakened.“

---

<sup>83</sup> *Bundesnetzagentur*, Orientierungspunkte zur Bereitstellung von Frequenzen für den Ausbau digitaler Infrastrukturen vom 20.12.2016, Orientierungspunkt 8, S. 5; vgl. auch *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017, Sondergutachten 78, S. 5, die in der Auferlegung einer DAV einen wichtigen Beitrag für den funktionsfähigen Wettbewerb auf Mobilfunkmärkten sieht.

<sup>84</sup> *Bundesnetzagentur*, Orientierungspunkte zur Bereitstellung von Frequenzen für den Ausbau digitaler Infrastrukturen vom 20.12.2016, Erwägungen zu Orientierungspunkt 8, S. 22.

<sup>85</sup> EU-Kommission, Entscheidung v. 2.7.2014, M.7018 – TEF DE/E-Plus, Rn. 626.

<sup>86</sup> EU-Kommission, Entscheidung v. 2.7.2014, M.7018 – TEF DE/E-Plus, Rn. 632.

Dies deckt sich im Übrigen auch mit der Einschätzung der Monopolkommission, die aufgrund der Fusion von einem hohen Risiko für die Wettbewerbsintensität auf dem Vorleistungsmarkt und damit von einer verschlechterten Situation für Diensteanbieter ausgehen.<sup>87</sup>

### **e) Kein Hindernis i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG**

Der § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG, welcher vorsieht, dass regulatorische Vorabverpflichtungen – zu denen sämtliche ex-ante-Regulierungsverfügungen zählen – nur auferlegt werden dürfen, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt, steht der Möglichkeit, DAV im Rahmen der Frequenzvergabe zu erlassen, grds. nicht entgegen. Denn sofern er überhaupt außerhalb der sektorspezifischen Marktregulierung Anwendung findet<sup>88</sup>, erlaubt er jedenfalls Maßnahmen, soweit sie zur Herstellung von Wettbewerb notwendig sind. Gerade auf Märkten mit knappen Inputfaktoren, wie dem der Frequenzen, kann eine solche – wie ausgeführt – [unabhängig vom Vorliegen der sektorspezifischen Voraussetzung (§§ 10, 11 TKG)] zur Schaffung von Wettbewerb aber auch gerade erforderlich sein. Insofern stellt der § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG kein Hindernis dar; zumal er ohnehin nur das im Rahmen von § 60 Abs. 2 S. 1 TKG zu berücksichtigende Verhältnismäßigkeitsprinzip, das Nebenbestimmung nur zulässt, sofern sie zur Erreichung der Regulierungsziele erforderlich sind, wiederholt.<sup>89</sup>

### **3. § 61 Abs. 6 TKG – DAV als einzugehende Verpflichtung im Vergabeverfahren**

Eine weitere Möglichkeit, Frequenzerwerber auch in Zukunft eine DAV aufzuerlegen, bietet der § 61 Abs. 6 TKG. Die Vorschrift gestattet es der Bundesnetzagentur, im Vergabeverfahren Verpflichtungen festzulegen, die der Antragsteller allein durch seine Teilnahme am Vergabeverfahren eingeht.<sup>90</sup> Zwar scheint sich die Vorschrift zunächst allein den Frequenzerwerber zu adressieren, indes hat das BVerwG zutreffend

---

<sup>87</sup> *Monopolkommission*, Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel, Sondergutachten 73, Tz. 121 ff.

<sup>88</sup> dagegen *Cornils* in: Geppert/Schütz, Beck'OK, § 2 Rn. 86 f.; dem sich anschließend *Wagner*, CR 2017, 604 (609).

<sup>89</sup> Vgl. *Cornils* in: Geppert/Schütz, Beck'OK, § 2 Rn. 86 f.

<sup>90</sup> BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 - 6 C 47.06, Rz. 24; VG Köln, Urt. v. 2.11.2006 – 1 K 4871/05, CR 2007, 162 (163).

festgestellt, dass Verpflichtungen i.d.S. nicht nur seitens der Frequenzwerber durch im Verfahren freiwillig eingebrachte individuelle Zusagen und Versprechungen möglich sind, sondern eben auch Festlegungen der Behörde im Verfahren gemeint sind. Insoweit hat das Gericht zu Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie, der in § 61 Abs. 6 TKG gleichlautend umgesetzt ist, ausgeführt:<sup>91</sup>

„Dies gilt nicht nur für solche Bedingungen, die ein Lizenznehmer wie die Beigeladene selbst angeboten hat, sondern auch für solche, die aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgingen oder vom Auktionator bekanntgegeben wurden.“

#### **a) DAV als „Verpflichtung i.S.v. § 61 Abs. 6 TKG**

Die DAV kann eine Verpflichtung i.S.d. § 61 Abs. 6 TKG sein. „Verpflichtungen“ i.S.d. § 61 Abs. 6 TKG erfahren durch das Gesetz keine besondere Begrenzung nach Art und Inhalt.<sup>92</sup> Sie müssen sich entsprechend der Gesetzgebung lediglich an die Regelung 7 Teil B der Genehmigungsrichtlinie, deren Umsetzung die Vorschrift dient, halten.<sup>93</sup> Diese gestattet es, Frequenznutzungsrechte an solche Verpflichtungen zu knüpfen, die das erwerbende Unternehmen im Rahmen des Auswahlverfahrens eingegangen ist, jedenfalls sofern sie in Bezug auf das betreffende Netz oder den betreffenden Dienst objektiv gerechtfertigt, nicht diskriminierend, verhältnismäßig und transparent sind (Art. 6 Abs. 1 der Genehmigungsrichtlinie). Die fehlende Konkretisierung der möglichen, seitens der Behörde festzulegenden mit einzugehenden Verpflichtung durch den Gesetzgeber entspricht dabei dem Ausgestaltungsspielraum, die der Bundesnetzagentur im Rahmen der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und der anschließenden Auswahl zukommt, um dem Ziel der allokativen Effizienz bei der Zuteilung Rechnung zu tragen.

Als Vergabebedingung auferlegbare Verpflichtungen i.S.d. § 60 Abs. 6 TKG können daher auch DAV sein.<sup>94</sup> Dies belegt auch der § 150 Abs. 4 TKG (§ 148 Abs. 4 TKG a.F.), worin der Gesetzgeber hervorhebt, dass insbesondere eine Verpflichtung,

---

<sup>91</sup> BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 - 6 C 47.06, Rz. 24; dem sich wohl anschließend: *Sörries* in: Sacker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 61 Rn. 47.

<sup>92</sup> Vgl. *Heun* in: ders., Handbuch TK-Recht, 2. Aufl., 2007, Rn. 491.

<sup>93</sup> BT-Drucks. 15/2316, S. 81.

<sup>94</sup> *Heun* in: ders., Handbuch TK-Recht, 2. Aufl. 2007, Rn. 491.

Diensteanbieter zuzulassen, von den im Rahmen von Auswahlverfahren eingegangenen Verpflichtungen umfasst sein soll. Der Gesetzgeber verweist in seiner Gesetzesbegründung insoweit explizit auf die insofern im Rahmen der Vergabe der GSM- und UMTS-Lizenzen enthaltene Verpflichtung und macht damit deutlich, dass zu den im Rahmen des Auswahlverfahrens auferlegten Verpflichtungen insbesondere eine DAV gehören kann:<sup>95</sup>

„Im Hinblick auf die im Rahmen von Ausschreibungs- bzw. Versteigerungsverfahren zugeteilten GSM- bzw. UMTS-Frequenzen steht allein die Vorgabe, in einem bestimmten Umfang Diensteanbieter zuzulassen, nicht im Einklang mit den neuen europäischen Vorgaben, die eine entsprechende Verpflichtung in Artikel 8 Abs. 2 i. V. m. Artikel 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie nur für Betreiber mit beträchtliche Marktmacht vorsehen. Solche Verpflichtungen können allerdings abweichend von der zitierten Regelung in der Zugangsrichtlinie nach Artikel 6 Abs. 1 der Genehmigungsrichtlinie in Verbindung mit Teil B Nr. 7 des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie unabhängig von der beträchtlichen Marktmarkt Unternehmen dann auferlegt werden, wenn diese Verpflichtungen im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens über den Erwerb von Frequenznutzungsrechten eingegangen wurden.“

### **b) Eingehen der Verpflichtung**

Derart von der Bundesnetzagentur als Teil der Vergabebedingungen festgelegten Verpflichtungen geht der Bewerber mit der Bewerbung um die Frequenznutzungsrechte – konkret im Versteigerungsverfahren durch freiwilliges Mitbieten<sup>96</sup> – in Kenntnis der mit der Frequenznutzung verknüpften Bedingung ein.<sup>97</sup> Mit der Vergabeentscheidung und der darauf folgenden Zuteilung der Frequenzen erlangen sie als Bestandteil der Frequenzzuteilung dann unmittelbar rechtliche Verbindlichkeit.<sup>98</sup> Der Erwerber wird somit verpflichtet, die Frequenzen nur unter den definierten Bedingungen zu nutzen.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> BT-Drucks. 15/2316, S. 107; vgl. auch BT-Drucks. 15/2679, S. 10.

<sup>96</sup> VG Köln, Urt. v. 2.11.2006 – 1 K 4871/05 Rz. 68.

<sup>97</sup> BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 - 6 C 47.06, Rz. 24 m.w.N.; *Brandenburg*, Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern, S. 87.

<sup>98</sup> *Sörries* in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 61 Rn. 47.

<sup>99</sup> *Cornils* in: Geppert/Schütz, Beck'OK, § 61 Rn. 40.

### c) Einhaltung des Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgebotes

Einer näheren Ausformung des § 61 Abs. 6 TKG seitens des Gesetzgebers im Hinblick auf die tatbestandlichen Voraussetzungen bedurfte es nicht. Die Vorschrift genügt in seiner Form den Anforderungen an den Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgrundsatz. Zum einen handelt es sich um ein Verfahren zum Erwerb einer knappen öffentlichen Ressource, deren Vergabe gemeinwohlsichernd ausgestaltet wird. Anders als im Fall einer einseitigen, hoheitlichen Auferlegung durch die Regulierungsbehörde, wiegt ein etwaiger Grundrechtseingriff im Fall der Selbstverpflichtung durch die freiwillige Eingehung nach § 61 Abs. 6 TKG vergleichsweise gering. Selbst wenn die einzugehenden Verpflichtungen im Rahmen von § 61 Abs. 6 TKG einseitig von der Bundesnetzagentur vorab bestimmt werden (und durch Einlassen auf das Vergabeverfahren angenommen werden können), obliegt es doch der bewussten Entscheidung des Frequenzerwerbers, in Kenntnis dieser am Vergabeverfahren weiterhin teilzunehmen (und die damit verknüpften Bedingungen zu akzeptieren). Er kann insofern entscheiden, ob die damit verknüpften Bedingungen für ihn eine hinnehmbare Einschränkung darstellen und dieser im Übrigen im Rahmen seiner Zahlungsbereitschaft für die Nutzungsrechte Rechnung tragen.

Dies gilt vor allem mit Blick darauf, dass sich aus dem Gesetz kein Anspruch auf eine bedingungslose Zuteilung von Frequenznutzungsrechten ergibt. Vielmehr steht der Anspruch unter dem Vorbehalt der Gewährleistung der Regulierungsziele und der Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung. Dass zugeteilte Frequenznutzungsrechte insofern i.S.v. Gemeinwohlbelangen beschränkt werden können, führt die Bundesnetzagentur zu Recht aus<sup>100</sup>:

„Dieser Vorteil [Das Recht der Nutzung einer knappen öffentlichen Ressource] könnte dadurch [durch eine DAV] im Sinne der öffentlichen Wohlfahrt ausgeglichen werden, dass der Netzbetreiber einer besonderen Verpflichtung im öffentlichen Interesse unterworfen wird.“

Dass kein Anspruch auf ein uneingeschränktes Nutzungsrechts besteht, zeigen letztendlich gerade auch die §§ 60 Abs. 1, 2 S. 1, 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG, die es erlauben, Art und Umfang der Nutzung im Rahmen der Zuteilung zu bestimmen bzw. diese mit einer Nebenbestimmung insb. zur Sicherung der Regulierungsziele zu versehen und

---

<sup>100</sup> Bundesnetzagentur, Entscheidung v. 28.1.2015, BK1-11-003, Rz. 961.

damit die Frequenznutzungsrechte entsprechend einzuschränken. Andernfalls wären sie überflüssig.

#### 4. § 60 Abs. 1 S. 1 TKG – DAV als Frequenznutzungsbestimmung

Schließlich kann eine DAV auch auf Grundlage des § 60 Abs. 1 S. 1 TKG ergehen. Dieser bestimmt (im Zusammenhang mit § 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG), dass im Rahmen der Frequenzzuteilung (vor Durchführung des Vergabeverfahrens) Art und Umfang der konkreten Frequenznutzung (von der Bundesnetzagentur) festzulegen sind. § 60 Abs. 1 S. 1 TKG räumt somit der Bundesnetzagentur die Möglichkeit ein, verbindlich (in Form von Frequenznutzungsbestimmungen) zu bestimmen, in welcher Weise der Frequenzerwerber das Frequenzspektrum im Einzelnen nutzen darf und damit letztendlich die Reichweite der mit der Frequenzzuteilung erworbenen Nutzungsrechte festzuschreiben.<sup>101</sup> Dies freilich nur, soweit es zur Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen auch erforderlich ist.<sup>102</sup> Als inhaltliche Ausformung der zulässigen Nutzungen erlangen die festgelegten Frequenznutzungsbestimmungen mit der Vergabeentscheidung unmittelbar rechtliche Verbindlichkeit.

Eine DAV kann eine solche, seitens der Bundesnetzagentur festgeschriebene Frequenznutzungsbestimmung im Hinblick auf den Umfang der zulässigen Nutzung darstellen.<sup>103</sup> Durch eine Verpflichtung, Diensteanbieter diskriminierungsfrei zuzulassen bzw. ihnen die Mitnutzung der zugeteilten Frequenzen zu gestatten, wird die Frequenznutzung begrenzt und damit die Reichweite des eingeräumten Nutzungsrechts determiniert.

Wie die § 54 Abs. 1 S. 4 und 5 TKG zeigen, sind Nutzungsbestimmungen nicht auf spezielle Bestimmungen, insbesondere die Festschreibung rein technischer und betriebliche Komponenten beschränkt, sondern stehen vielmehr im weiten Ausgestaltungsspielraum der Regulierungsbehörde:

„Die Frequenznutzung und die Nutzungsbestimmungen werden durch technische, betriebliche oder regulatorische Parameter beschrieben. Zu diesen

---

<sup>101</sup> Sörries in: Säcker, TKG, 3 Aufl. 2013, § 60 Rn. 1.

<sup>102</sup> Siehe dazu im Einzelnen bereits unter 2. c).

<sup>103</sup> Wagner CR 2017, 604 (604); dem wohl im Ergebnis zustimmend Heilmann/Herrmann, (Fn. 4), S. 31.

Parametern können auch Angaben zu Nutzungsbeschränkungen und zu geplanten Nutzungen gehören.“

Beschränkungen des Nutzungsumfangs insb. mit Blick auf die Verträglichkeit mit anderweitigen Frequenznutzungen, wie im Fall einer DAV, sind somit explizit zulässig. Dass der Bundesnetzagentur bzgl. der Festlegung von Art und Umfang der Frequenznutzung ein Ausgestaltungsspielraum zukommt, bestätigte im Übrigen auch das BVerwG<sup>104</sup>, als es im Hinblick auf die Aufstellung der Vergabebedingungen, zu denen nach § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG (§ 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG a.F.) auch die Bestimmung der Frequenznutzungsbestimmungen zählt, klarstellte:

„Nach § 61 Abs. 4 Satz 2 TKG „bestimmt“ die Bundesnetzagentur vor Durchführung eines Vergabeverfahrens u.a. die von den Antragstellern zu erfüllenden fachlichen und sachlichen Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zum Vergabeverfahren, [...] sowie die Frequenznutzungsbestimmungen. Mit diesem Bestimmungsrecht bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass der Behörde bei der Festlegung dieser Vergabebedingungen - nicht auf der Tatbestandsseite, sondern auf der Rechtsfolgenseite der Norm - ein Ausgestaltungsspielraum zusteht, der einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt.“

Ein anderweitiger Wille des Gesetzgebers, der nur spezielle Frequenznutzungsbestimmungen zulassen will, ist nicht erkennbar. Die insofern in der Gesetzesbegründung zu § 60 TKG (§ 58 TKG a.F.) aufgezählten Nutzungsbestimmungen, die in § 7 Abs. 1 S. 1 FreqZutV noch ausdrücklich genannt waren, sind exemplarischer Natur und insoweit nur beispielhaft zu verstehen.<sup>105</sup> Anderweitige, darüber hinausgehende Festlegungen hinsichtlich des Umfangs des gewährten Nutzungsrechts durch die Bundesnetzagentur, wie bspw. die Festschreibung einer DAV, sind – sofern sie denn zur Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung erforderlich sind – insofern zulässig.<sup>106</sup> Dass Letzteres gerade im Fall der DAV der Fall ist, wurde bereits hinreichend dargelegt.

---

<sup>104</sup> BVerwG, Urt. v. 22.6.2011, 6 C. 40.11, Rn. 15.

<sup>105</sup> BT-Drucks. 15/2316 zu § 58 TKG, der insofern von „typischen Regelungsbestandteilen“ einer Frequenzzuteilung spricht.

<sup>106</sup> Vgl. *Jenny* in: Heun, Handbuch zum TK-Recht, 2. Aufl. 2007, Teil D Rn. 140; vgl. auch BR-Drs. 116/01 S. 16 zu § 7 FreqZutV.

Der Tauglichkeit als Rechtsgrundlage steht auch nicht die geringe Ausformung des § 60 Abs. 1 S. 1 TKG durch den Gesetzgeber entgegen. Mit Blick auf den mit der Festlegung von Art und Umfang der Frequenznutzung einhergehenden geringen Eingriff in die Rechtspositionen des Frequenzerwerbers sind die Anforderungen, die der Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgrundsatz vorgibt, nicht besonders hoch. Sofern man in der Zuteilung eines Frequenznutzungsrechts überhaupt eine schützenswerte Rechtsposition i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG sehen will<sup>107</sup>, wird diese durch die Nutzungsbestimmungen erst inhaltlich ausgestaltet und in seiner Reichweite konkretisiert. Eine der Frequenzzuteilung innewohnende Rechtsposition wäre somit jedenfalls von vornherein begrenzt i.S.d. gewährten Nutzungsrechts. Im Übrigen kann auf das oben zu § 60 Abs. 2 S. 1 TKG Gesagte verwiesen werden.

## **5. Zusammenfassung zu II.**

Eine DAV kann gestützt auf die §§ 60, 61 TKG im Rahmen der Frequenzvergabe – unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung – auferlegt werden: Entweder in Form einer Nebenbestimmung zur Frequenzzuteilung (§ 60 Abs. 2 S. 1 TKG), als im Vergabeverfahren einzugehende Verpflichtung (§ 61 Abs. 6 TKG) oder als Frequenznutzungsbestimmungen (§ 60 Abs. 1 S. 1 TKG). Die §§ 60 Abs. 1 und 2, 61 Abs. 6 TKG enthalten insofern taugliche Rechtsgrundlagen, die mit Blick auf die unterschiedlichen Zielsetzungen der Frequenzverwaltung und der Marktregulierung sowie die zugrundeliegende europäische Regelungssystematik durch die Vorschriften zur Marktregulierung nicht gesperrt werden.

Als Rechtsgrundlagen sind die §§ 60 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 und § 61 Abs. 6 TKG zudem hinreichend bestimmt. Einer näheren Ausformung durch den Gesetzgeber bedurfte es zumal im Hinblick auf die mit der Auferlegung einer DAV einhergehende geringe Grundrechtsbeeinträchtigung nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Verwendung von Generalklauseln insbesondere im Wirtschaftsverwaltungsrecht ohnehin als zulässig anzusehen.

---

<sup>107</sup> Offen gelassen durch BVerfG, Beschl. v. 25.6.2015, 1 BvR 2553/11, Rn. 19.