

Anforderungen an die Ausschreibung von Frequenzen für den 5G-Mobilfunk

Rechtsgutachten

erstellt im Auftrag von

1&1 Drillisch AG, Freenet, M-Net, Net-Cologne,
Stadtwerke Norderstedt (wilhelm.tel) und EWE TEL

von

Professor Dr. Matthias Rossi,

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Europarecht sowie Gesetzgebungslehre

an der Universität Augsburg.

Wesentliche Ergebnisse

A. Allgemeine rechtliche Rahmenbedingungen

1. Die rechtlichen Vorgaben für die Festlegung des Versteigerungsverfahrens ergeben sich aus dem Telekommunikationsgesetz, das seinerseits europarechtlich überlagert wird und im Übrigen wie jedes Gesetz verfassungskonform auszulegen ist.

B. Verfahren zur Festlegung der Regeln

2. Über die Festlegung der Regeln des Versteigerungsverfahrens entscheidet gemäß § 132 Abs. 4 TKG allein die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur.
3. Die Entscheidung der Präsidentenkammer ist strikt an den Zielen auszurichten, die § 2 Abs. 2 TKG benennt. Zugleich müssen die unionsrechtlichen Vorgaben beachtet werden, namentlich Art. 7 Abs. 3 der Genehmigungsrichtlinie i.V.m. Art. 8 der Rahmenrichtlinie. Im Vordergrund stehen insofern die größtmöglichen Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität, eine Freiheit von Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen, die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen sowie eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen und ihrer effizienten Verwaltung.
4. Die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens müssen objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen sind zu berücksichtigen. Bereits bei den Auswahlkriterien ist den Zielen nach Artikel 8 der Rahmenrichtlinie sowie des § 2 Abs. 2 TKG gebührend Rechnung zu tragen. Artikel 8 Rahmenrichtlinie benennt die Förderung des Wettbewerbs, die Entwicklung des Binnenmarkts und den Schutz der Bürgerinteressen als Ziele. Der Versteigerungsrahmen ist entsprechend wettbewerbssichernd auszugestalten.

C. Einbeziehung von National Roaming in die Versteigerungsregeln

Nutzen von National Roaming

5. National Roaming ist aus juristischer Perspektive ein geeignetes Instrument, um der verfassungsrechtlichen Gewährleistungsverantwortung des Staates für flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gerecht zu werden (Art. 87f Abs. 1 GG). Zugleich vermeidet National Roaming aus volkswirtschaftlicher Perspektive ineffiziente Duplizierungen von Netzen.

Zulässigkeit von National Roaming-Verpflichtungen

6. Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht können gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG durch die Bundesnetzagentur explizit verpflichtet werden, den Endkunden eines konkurrierenden Mobilfunknetzbetreibers die Nutzung ihrer Mobilfunknetze zu ermöglichen.
7. § 60 Abs. 2 S. 1 TKG ermöglicht die Einbeziehung von National Roaming durch frequenzregulatorische Nebenbestimmungen im Rahmen der Frequenzzuteilung, so dass im Ergebnis auch Anbietern ohne beträchtliche Marktmacht eine National Roaming-Verpflichtung auferlegt werden kann. § 21 TKG entfaltet aufgrund seiner unterschiedlichen Zielsetzung insofern keine Sperrwirkung gegenüber § 60 TKG: Während der auf die Zugangsrichtlinie zurückgehende § 21 TKG auf einen funktionsfähigen Wettbewerb zielt, dienen §§ 60 ff. TKG in Umsetzung der Genehmigungs- und der Rahmenrichtlinie der effizienten Verteilung der knappen Ressource Frequenzen.
8. Das Unionsrecht steht dem Erlass einer National Roaming-Verpflichtung nicht entgegen. Der Beschluss Nr. 243/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.03.2012 über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik sieht in der Verknüpfung von Frequenznutzungsrechten mit Bedingungen wie dem Nationalen Roaming ein wirksames Mittel zur Förderung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 2 lit. a). Die noch im Gesetzgebungsprozess befindliche „Richtlinie über einen Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation“ betrachtet National Roaming-Verpflichtungen explizit als geeignete Maßnahme zur Förderung wirksamen Wettbewerbs und zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen (Art. 52 Abs. 2 lit. a des Entwurfs).

Gebotenheit von National Roaming-Verpflichtungen

9. Die Verpflichtung zu National Roaming ist aus mehreren Gründen geboten: Sie dient zum einen der Sicherung einer effizienten Nutzung der Frequenzen (§ 60 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 TKG). Zum anderen ist sie zur Sicherung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele geboten: Die Nutzer- und Verbraucherinteressen auf dem Telekommunikationsmarkt (Nr. 1) werden nur dadurch gewahrt, dass sich Endkunden nicht nur im EU-Ausland, sondern erst recht auch im Inland auf die lückenlose Nutzung der Mobilfunknetze verlassen können. National Roaming stellt auch in der Fläche einen chancengleichen Wettbewerb und die Förderung wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sicher (Nr. 2). Durch National Roaming können Neueinsteiger, die während der Aufbauphase ihres Netzes nur über eine regionale Infrastruktur verfügen, den Ausbau der 5G-Infrastruktur bundesweit beschleunigen und ihren Endkunden flächendeckend ihre Dienste anbieten. Das grundsätzliche Auswahl- und Entschließungsermessen der Bundesnetzagentur erfährt insofern eine erhebliche Reduzierung.
10. Nur eine objektive Verpflichtung zum National Roaming kann dem verfassungsrechtlich begründeten und gesetzlich im TKG konkretisierten Grundsatz der Chancengleichheit Rechnung tragen. Zwischen den derzeitigen und möglichen neuen Netzbetreibern besteht aus tatsächlichen Gründen keine Chancengleichheit, weil es den aktuellen Netzbetreibern möglich ist, die für eine Marktteilnahme erforderliche bundesweite Versorgung während des Ausbaus eines 5G-Mobilfunknetzes stets durch einen Rückgriff auf ihre bestehenden Netze zu erfüllen, während neuen Netzbetreibern dies nicht möglich ist. Die Bundesnetzagentur ist deshalb verpflichtet, die tatsächlich nicht bestehende Chancengleichheit durch rechtliche Maßnahmen herzustellen. Dies gelingt durch ein verpflichtendes National Roaming, das alle Frequenzerwerber in dieselbe Lage versetzt.
11. Bei der Festlegung der Versteigerungsregeln hat die Bundesnetzagentur eine prognostische Beurteilung darüber zu treffen, wie die unterschiedlichen Regulierungsziele „unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange bestmöglich zu erreichen sind“ (BVerwG, Az. 6 C 42/06, Rn. 30).
12. Bei der Ermessensausübung hat die Bundesnetzagentur alle Regulierungsziele gleichermaßen zu berücksichtigen. Das Unionsrecht steht der einseitigen und vorrangigen Berücksichtigung einzelner Regelungsziele entgegen (EuGH, Rs. C-424/07). Sollten die Interessen der drei am Markt befindlichen Netzbetreiber unverhältnismäßig stark berücksichtigt werden, wäre dies ein Abwägungsfehler im Sinne einer Abwägungsdisproportionalität: Die Belange

der vorhandenen Mobilfunknetzbetreiber würden bei einem Verzicht auf National Roaming-Verpflichtungen im Verhältnis zu den übrigen Regulierungszielen, im Verhältnis aber auch zu den Interessen neuer Netzbetreiber sowie im Verhältnis zu Endkunden unverhältnismäßig höher gewichtet.

13. National Roaming schränkt die Rechte der Netzbetreiber nicht übermäßig ein. Diesen wird vielmehr durch die kostenpflichtige Bereitstellung ihrer Netze die Refinanzierung ihrer Investitionen ermöglicht. Vor allem aber bietet das Versteigerungsverfahren die Möglichkeit, einen eventuell durch die Verpflichtung zum National Roaming verringerten Wert der Frequenzen entsprechend einzupreisen.
14. Freiwillige Vereinbarungen zwischen Neueinsteigern und etablierten Netzbetreibern sind zur Erreichung der Regulierungsziele nicht hinreichend förderlich und mit dem grundsätzlichen Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Vergabeverfahren unvereinbar. Neueinsteiger sind dann der gemeinsamen Marktmacht und dem strukturellen Übergewicht der etablierten Anbieter ausgesetzt. Dies geht zu Lasten des notwendigen Ausbaus bundesweiter Infrastruktur und der Schaffung eines tragfähigen Wettbewerbs. Wenn zudem die am Markt etablierten Netzbetreiber deutlich machen, dass sie keinen weiteren Netzbetreiber am Markt wünschen, müssen die Ausschreibungsbedingungen so ausgestaltet sein, dass die Ziele der Frequenzzuteilung – erneut: die größtmöglichen Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität, eine Freiheit von Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen, die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen sowie eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen und ihrer effizienten Verwaltung – auch gegen den Willen der etablierten Netzbetreiber erreicht werden können. Der bloße sanfte Druck zu einer Verhandlungslösung ohne Regeln zur Preisermittlung, ohne zwingende technische Vorgaben, ohne zeitlichen Rahmen und ohne verbindliche Schiedsrichterfunktion der Bundesnetzagentur ist zur Zielerreichung insofern schon ungeeignet.

Notwendigkeit einer verbindlichen Streitbeilegungskompetenz der Bundesnetzagentur

15. Unabhängig davon, ob die Rahmenbedingungen für die Frequenzvergabe National Roaming als verbindliche Verpflichtung anordnen oder nur auf freiwillige Vereinbarungen hoffen, stets müssen sie ein verbindliches Streitbeilegungsverfahren vorsehen. Anderenfalls können die derzeitigen Netzbetreiber ihre wirtschaftliche und tatsächliche Macht nutzen, um Diensteanbieter durch überzogene Preiserwartungen oder auch nur verzögerte Preisverhandlungen von einer Nutzung ihrer Netze fernzuhalten. Die Bundesnetzagentur muss sich

insofern für den Streitfall eine Entscheidungskompetenz vorbehalten und diese im Streitfall auch effektiv ausüben.

16. Diese Kompetenz muss im Interesse einer effektiven Streitbeilegung und letztlich vor allem im Interesse der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG und der Rahmenrichtlinie verbindlich ausgestaltet sein. Eine bloß empfehlende Wirkung der Entscheidungen der Bundesnetzagentur wäre nicht ausreichend, um die strukturelle Marktmacht der bestehenden Netzbetreiber aufzubrechen. Ebenso muss ein konkretes und zeitlich gestrafftes Verfahren vorgesehen werden, um der Gefahr zu begegnen, dass Streitigkeiten in die Länge gezogen werden und Wettbewerber dadurch faktisch vom Netzzugang und mit ihm vom Marktzutritt ausgeschlossen werden.

D. Einbeziehung von Diensteanbieter-Verpflichtungen in die Versteigerungsregeln

Nutzen von Diensteanbieter-Verpflichtungen

17. Diensteanbieter-Verpflichtungen ermöglichen Diensteanbietern, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste zu vertreiben und letztlich den Wettbewerb nicht erst auf Infrastrukturebene, wie es der Aufbau eines eigenen Netzes in Verbindung mit National Roaming vorsieht, sondern niedrigschwellig bereits auf Diensteebene zu beleben.
18. Bei der Zuteilung der UMTS/IMT-2000-Frequenzen wurden die lizenzinnehabenden Mobilfunknetzbetreiber verpflichtet, Diensteanbietern diskriminierungsfrei Zugang zu Mobilfunkdiensten zu gewähren. Diese UMTS/IMT-2000-Lizenzen laufen zum 31.12.2020 aus – und mit ihnen die Diensteanbieter-Verpflichtungen. In ihrem Eckpunktepapier „für den Ausbau digitaler Infrastruktur und Bedarfsermittlung für bundesweite Zuteilungen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz“ stellt die Bundesnetzagentur nach einer umfassenden Anhörung im Jahr 2017 fest, dass die bisherigen Diensteanbieterverpflichtungen einen Beitrag zur Verwirklichung der Regulierungsziele geleistet haben und insbesondere für den Erhalt nachhaltigen Wettbewerbs auf Diensteebene erforderlich sind.

Zulässigkeit von Diensteanbieter-Verpflichtungen

19. Die Aufnahme einer zeitgemäßen Diensteanbieter-Verpflichtung in die Ausschreibungsbedingungen, welche geeignet ist, den wettbewerblichen Freiheitsgrad der Nachfrager zu erhöhen, ist sowohl unionsrechtlich als auch einfachgesetzlich unbedenklich. Zwar besteht seit der Neufassung des TKG im Jahr 2004 keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Diensteanbieter-Verpflichtungen. Die Aufhebung dieser ehemaligen Resale-Verpflichtung in § 4 TKV erfolgte jedoch unter gleichzeitigen Verweis auf die neue Unionsrechtslage.
20. Das Unionsrecht ermöglicht in Art. 6 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie die Verknüpfung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen mit den in Teil B des Anhangs der Richtlinie genannten Bedingungen. Vor diesem Hintergrund ist die Ermächtigung in § 60 Abs. 2 S. 1 TKG unionsrechtskonform so zu lesen, dass die Bundesnetzagentur die Frequenzzuteilung mit Nebenbestimmungen verknüpfen kann. Eine Diensteanbieter-Verpflichtung ist eine solche zulässige Nebenbestimmung in Gestalt einer Auflage.
21. Nach Teil B Nr. 2 der Genehmigungsrichtlinie können Frequenznutzungsrechte mit Bedingungen verknüpft werden, die die effektive und effiziente Frequenznutzung sicherstellen sollen. Unter „effizienter Frequenznutzung“ ist nicht nur die effiziente Nutzung des zuzuteilenden Frequenzspektrums in technischer Hinsicht zu verstehen, sondern auch die Schaffung eines lautereren, wirksamen Wettbewerbs. Die nationalen Regulierungsbehörden sind verpflichtet, den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze durch die effiziente Nutzung der Funkfrequenzen zu fördern.
22. Diensteanbieter-Verpflichtungen dienen den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG. Durch sie werden insbesondere die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation (Nr. 1), die Chancengleichheit des Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation (Nr. 2) bezweckt. Anbieter, die nicht über eine eigene Infrastruktur verfügen, können nur wirksam am Wettbewerb teilnehmen, wenn den Lizenzinhabern entsprechende Verpflichtungen auferlegt werden.
23. Der mit einer Diensteanbieter-Verpflichtung verbundene Eingriff in die Rechte der Netzbetreiber ist äußerst gering. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass ein monetärer Ausgleich dadurch stattfindet, dass die Diensteanbieter den Netzbetreibern für die Diensteanbieter-Verpflichtung entsprechende Zahlungen leisten.

24. Die Verpflichtung zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten ist verfassungsrechtlich in Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG als Zielvorgabe angelegt. Dieser setzt bereits voraus, dass Telekommunikationsdienstleistungen auch durch „andere private Anbieter“ erbracht werden. Anderen Anbieter, insbesondere solche ohne eigene Infrastruktur, ist der Marktzutritt ohne Diensteanbieter-Verpflichtungen nahezu verschlossen.

E. Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur

25. Die Festlegung der Versteigerungsregeln durch die Präsidentenkammer sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts materiell-rechtliche Sachentscheidungen, die selbständig anfechtbar sind. Entsprechende Widersprüche und Anfechtungsklagen entfalten nach § 137 Abs. 1 TKG zwar keine aufschiebende Wirkung. Die Norm nimmt der Bundesnetzagentur aber nicht die Möglichkeit, von Amts wegen oder auf Antrag die Vollziehung des weiteren Verfahrens auszusetzen. Zudem kann das Verwaltungsgericht im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die aufschiebende Wirkung anordnen. Ein Rechtsstreit über die Regeln der Versteigerung kann deren Durchführung insofern sehr lange verzögern.

Inhaltsverzeichnis

Gutachtenauftrag	1
A. Rechtliche Rahmenbedingungen.....	2
B. Zuständigkeit und Verantwortung der Bundesnetzagentur	2
I. Bindung an die Ziele des TKG.....	3
II. Anforderungen an die Regeln des Versteigerungsverfahrens.....	3
III. Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur	4
1. Rechts- und Fachaufsicht des BMWi/BMVi über die BNetzA	5
2. Unionsrechtsgebundene Einschränkung des Weisungsrechts	5
3. Insbesondere: Funktionale Unabhängigkeit.....	8
4. Zwischenergebnis.....	10
C. Einbeziehung des National Roaming in die Ausschreibungsbedingungen	10
I. Bedeutung von National Roaming	11
II. Zulässigkeit von National Roaming-Verpflichtungen	12
1. National Roaming als Instrument der Marktregulierung.....	12
2. Nationales Roaming als Form der Zusammenschaltung?	13
3. National Roaming als Auflage zur effizienten Frequenznutzung.....	14
a) Erforderlich zur Sicherung der Regelungsziele des § 2 TKG.....	15
b) Keine Sperrwirkung des § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG	17
4. Zwischenergebnis.....	19
III. Gebotenheit von National Roaming-Verpflichtungen	19
1. Grundsätzliches Entschließungs- und Auswahlmessen.....	20
2. Ermessensnichtgebrauch durch Verkennung der Rechtsgrundlage	20
3. Intendiertes Ermessen.....	21
a) Verfassungsrechtliche Zielvorgaben	22
aa) Diskriminierungsverbot	23
bb) Bestimmtheit.....	23
cc) Grundrechtlich begründete Schutzpflicht.....	24
dd) Chancengleichheit.....	25
b) Unionsrechtliche Rahmenbedingungen	27
aa) Kein unionsrechtliches Verbot eines National Roaming.....	28
bb) Unionsrechtliche Zulässigkeit eines National Roaming	29
cc) Gebotenheit eines binnenmarktrealisierenden National Roaming	29
dd) Pflicht zum National Roaming aus Vorwirkung des EKEK	30
c) Selbstbindung durch Kohärenz mit anderen Auflagen	34

IV. Rahmenbedingungen einer Verhandlungslösung	34
1. Notwendigkeit von Rahmenbedingungen.....	34
2. Ausgewählte Rahmenbedingungen	35
a) Regeln zur Preisermittlung.....	36
b) Zwingende technische Vorgaben	36
c) Zeitlicher Rahmen	36
d) Fristbeginn für Versorgungsverpflichtung.....	38
e) Verbindliche Schiedsrichterfunktion	39
D. Einbeziehung von Diensteanbieter-Verpflichtungen in die Ausschreibungsbedingungen	40
I. Nutzen von Diensteanbieter-Verpflichtungen.....	40
II. Zulässigkeit von Diensteanbieter-Verpflichtungen.....	41
1. Rechtsentwicklung und bisherige Praxis	41
a) Rechtsgrundlage vor Neuverkündung des TKG im Jahr 2004	41
b) Rechtsgrundlage seit Novellierung des TKG.....	42
c) Auslegung der Novellierung im Lichte des Unionsrechts	43
d) Praxis der BNetzA seit 2004.....	44
aa) Entscheidung 2009	44
bb) Entscheidung 2015.....	45
cc) Entwurf der Vergaberegeln 2019	46
2. Rechtsgrundlagen de lege lata.....	47
a) § 60 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. § 61 Abs. 6 TKG	47
aa) Grundsätzliche Zulässigkeit der Nebenbestimmung	47
bb) Zulässige Nebenbestimmung nach Anhang B der GenehmigungsRL.....	49
cc) Erforderlich zur Sicherung der Regulierungsziele	50
dd) Bestimmtheit.....	52
b) Diensteanbieter-Verpflichtungen als Inhaltsbestimmung der Frequenznutzungserlaubnis	53
c) Keine Sperrwirkung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG	53
3. Geänderte Marktbedingungen.....	54
III. Gebotenheit der Aufnahme einer Diensteanbieter-Verpflichtung in die Ausschreibungsbedingungen	57
1. Grundsätzliches zum Ermessen.....	57
2. Fehlerhafte Ermessensausübung: Bloßes „Verhandlungsgebot“ unzureichend	60
IV. Rahmenbedingungen einer Verhandlungslösung	64

E. Rechtsschutz gegen die Festlegung der Vergabebedingungen	64
I. Unmittelbarer Verwaltungsrechtsschutz gegen die Verfahrensentscheidung.....	65
II. Isolierte Anfechtbarkeit der Entscheidung über die Vergabebedingungen	66
III. Mögliche Rechtsverletzung	67
1. Anspruch auf chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren	67
2. Inhalt des Anspruchs	68
3. Gerichtliche Kontrolldichte	70
4. Keine nachträgliche Heilung möglich.....	71
5. Keine Unbeachtlichkeit der unzureichenden Vergabebedingungen	72

Gutachtauftrag

Die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 14. Mai 2018 angeordnet, dass der Zuteilung der Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang in den Bereichen von 1.920 Mhz - 1.980 Mhz (Unterband) und von 2.110 MHz - 2.170 MHz (Oberband) sowie von 3.400 MHz - 3.700 MHz – im Folgenden wird vereinfachend von einer Zuteilung der Frequenzen für den 5G-Mobilfunk gesprochen – ein Vergabeverfahren nach § 61 TKG voranzugehen hat. Zugleich hat sie entschieden, dass dieses Verfahren als Versteigerungsverfahren nach § 61 Abs. 2 TKG durchgeführt wird.

Für diesen Fall des Versteigerungsverfahrens bestimmt § 61 Abs. 4 TKG, dass „die Bundesnetzagentur vor der Durchführung des Vergabeverfahrens die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens im Einzelnen festlegt; diese müssen objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen.“

Die Festlegung dieser Regeln ist nicht nur von unmittelbarer Bedeutung für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens, sondern determiniert auch dessen Ergebnis. Vor diesem Hintergrund bin ich von der 1&1 Drillisch AG, von Freenet, M-Net, Net Cologne, Stadtwerke Nordstedt (wilhelm.tel) und EWE TEL gebeten worden, in einem Rechtsgutachten die rechtlichen Rahmenbedingungen sowohl für das Verfahren zur Festlegung der Versteigerungsregeln als auch für deren Inhalt zu prüfen und das bisherige Verfahren sowie die Diskussion über die Einbeziehung von National Roaming und von Diensteanbieter-Verpflichtungen in die Versteigerungsregeln zu bewerten.

Mit diesem Auftrag rekapituliert dieses Gutachten zunächst in aller Kürze die rechtlichen Rahmenbedingungen (A.) und betont die besondere Verantwortung der Bundesnetzagentur für die Festlegung der Ausschreibungsbedingungen, die eine strikte Weisungsfreiheit gegenüber der Bundesregierung verlangt (B.) In zwei Hauptteilen werden sodann die Einbeziehung von National Roaming (C.) und von Diensteanbieter-Verpflichtungen (D.) in die Versteigerungsregeln bewertet. Ausführungen zu den Folgen ihrer möglichen Missachtung runden das Gutachten ab (E.).

A. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die rechtlichen Vorgaben für die Festlegung des Versteigerungsverfahrens ergeben sich in erster Linie aus dem Telekommunikationsgesetz, das seinerseits europarechtlich überlagert wird und im Übrigen wie jedes Gesetz verfassungskonform auszulegen ist.

Hervorzuheben ist insbesondere die europarechtliche Überlagerung des Telekommunikationsgesetzes im Allgemeinen¹ und des Rahmens für die Frequenzregulierung im Besonderen.² Diese Vorgaben sind durch das TKG zwar formal in das deutsche Recht überführt worden. Die maßgeblichen europarechtlichen Bestimmungen behalten aber ihre Bedeutung als Maßstab für eine richtlinienkonforme Auslegung. Dieser allgemein anerkannte Grundsatz verlangt, dass mitgliedstaatliches Recht „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“ ist.³ Diese Verpflichtung gilt nicht nur und nicht erst für die nationalen Gerichte, sondern trifft alle mitgliedstaatlichen Stellen und damit auch die Bundesnetzagentur. Sie muss bereits bei der Festlegung der Vergabebedingungen die unionsrechtlichen Zielsetzungen und Maßstäbe im Blick behalten, insbesondere etwa die Verwirklichung des Binnenmarkts und die Förderung und Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs im Interesse der Endverbraucher.

B. Zuständigkeit und Verantwortung der Bundesnetzagentur

Zunächst determinieren die europarechtlichen Regeln bereits das Verfahren, in dem die Bundesnetzagentur über die Vergabebedingungen zu entscheiden hat. Denn das Unionsrecht zeichnet nicht nur in materieller Hinsicht verantwortlich für die Ziele (I.) und Maßstäbe (II.), an denen die Vergabebedingungen ausgerichtet sein müssen bzw. denen sie genügen müssen, sondern stellt in formeller Hinsicht besondere Anforderungen an die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden und betont somit im konkreten Fall die Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur (III.).

¹ Zu den europarechtlichen Grundlagen vgl. die Übersicht bei *Grussmann/Honekamp*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG, 4. Aufl. 2013, Einleitung, B. Rn. 52 ff.

² Vgl. die Übersicht bei *Riegner/Kühn/Korehnke*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG, 4. Aufl. 2013, Vorbemerkung zu §§ 52 – 65, Rn. 21.

³ Statt vieler *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 Rn. 77 m.w.N.

I. Bindung an die Ziele des TKG

Die Entscheidung der Präsidentenkammer ist strikt an den Zielen auszurichten, die § 2 Abs. 2 TKG benennt. Zugleich müssen die unionsrechtlichen Vorgaben beachtet werden, namentlich Art. 7 Abs. 3 der GenehmigungsRL i.V.m. Art. 8 der RahmenRL. Im Vordergrund stehen insofern die größtmöglichen Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität, eine Freiheit von Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen, die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen sowie eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen und ihrer effizienten Verwaltung. Der Versteigerungsrahmen ist entsprechend wettbewerbssichernd auszugestalten.

Die – im Konsultationsentwurf nicht zu erkennende – Maximierung des Versteigerungserlöses wäre hingegen kein Ziel, das bei der Festlegung der Versteigerungsregeln im Vordergrund stehen darf. Die Regeln für das Versteigerungsverfahren sind vielmehr – ggf. auch mit entsprechenden Nebenbestimmungen – so festzulegen, dass die genannten materiellen Ziele erreicht werden. Dass sich der im Versteigerungsverfahren zu ermittelnde Marktwert und mit ihm der Versteigerungserlös mit zunehmenden Vorgaben der Ausschreibung voraussichtlich verringert, ist in wirtschaftlicher Hinsicht der Sinn des Versteigerungsverfahrens und in juristischer Hinsicht zugleich Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

II. Anforderungen an die Regeln des Versteigerungsverfahrens

Die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens müssen gem. § 61 Abs. 4 Satz 1 TKG objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen sind zu berücksichtigen.

Auch diese Kriterien sind wie die Ziele des § 2 Abs. 2 TKG bereits unionsrechtlich vorgegeben. Dabei stellt das Unionsrecht deutlich heraus, dass diese Kriterien vor allem auch im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs zu erfüllen sind, etwa in den Erwägungsgründen 19 und 20 der RahmenRL oder in Art. 5 Abs. 2 lit. a) und lit. c) des Beschlusses Nr. 243/2012/EU. Ein wirksamer Wettbewerb wiederum wird nach dem Unionsrecht stets als Beitrag zur Entfaltung des Binnenmarkts begriffen, wie etwa Art. 5 Abs. 2 lit. b) des Beschlusses Nr. 243/2012/EU zum Ausdruck bringt. Die Ausrichtung aller Maßnahmen an einer Förderung des Binnenmarktes wird im Übrigen schon durch die vertragliche Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV verlangt, auf der sämtliche unionsrechtlichen Vorgaben für eine vollständige Liberalisierung des euro-

päischen Telekommunikationsmarktes beruhen. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG greift dieses kompetenzbegründende Ziel zwar durchaus heraus. Im Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur findet es bislang aber keine Erwähnung. Dabei sollte es insbesondere hinsichtlich der Fragen thematisiert werden, inwieweit Auflagen zum National Roaming oder zu Diensteanbieter-Verpflichtungen im Interesse der Förderung des Binnenmarkts notwendig sind.

III. Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur

Der Bundesnetzagentur kommt bei der Aufstellung der Versteigerungsregeln grundsätzlich ein weiter Ausgestaltungsspielraum zu.⁴

Dabei fällt die Entscheidung über die Festlegung der Regeln des Versteigerungsverfahrens innerhalb der Bundesnetzagentur gemäß § 132 Abs. 4 TKG in die Zuständigkeit der besonderen Beschlusskammer. Sie setzt sich gem. § 132 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 TKG aus dem Präsidenten der Bundesnetzagentur und beiden Vizepräsidenten zusammen und wird deshalb auch als Präsidentenkammer bezeichnet. Der Präsident wird durch die Bundesregierung be- (§ 3 Abs. 3 BEGTPG⁵) und durch den Bundespräsidenten ernannt (§ 3 Abs. 4 BEGTPG) und ist auf diese Weise, wenn auch mittelbar, in personeller Hinsicht demokratisch legitimiert.

Der Beirat der Bundesnetzagentur wirkt gemäß § 7 BEGTPG i.V.m. § 120 Nr. 2 TKG an der Entscheidung der Präsidentenkammer nur mit. Er besteht gem. § 5 Abs. 1 BEGTPG aus jeweils 16 Bundestags- und 16 Bundesratsmitgliedern. Letztere müssen Mitglied der Landesregierung sein oder diese politisch vertreten. Dem Beirat kommt die Aufgabe zu, die parlamentarische Kontrolle der Bundesnetzagentur sicherzustellen und zugleich auch die Länderinteressen zu vertreten.⁶ Sein Mitwirkungsrecht in Fällen der Vergabe von Frequenznutzungsrechten umfasst Beratungs-, Auskunfts- und Vorschlagsrechte, erstarkt aber nicht zu einem Letztentscheidungs- oder Vetorecht. Immerhin ist der Beirat nach § 120 Nr. 3 TKG aber berechtigt, „Maßnahmen

⁴ BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 6 C 41/10, Rn. 13; *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 61 Rn. 22; *Klaes*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zum Gesamten Medienrecht*, 3. Aufl. 2016, § 61 TKG Rn. 32: „rechtsfolgende Ausgestaltungsspielraum“.

⁵ Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen v. 07.07.2005, BGBl. I S. 1970), zuletzt geändert durch G. v. 17.07.2017, BGBl. I. S. 2503.

⁶ *J.-P. Schneider*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, § 8 Rn. 81.

zur Umsetzung der Regulierungsziele und zur Sicherstellung des Universaldienstes zu beantragen“. Auch der Beirat muss bei seiner Mitwirkung aber die politische Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur beachten.

1. Rechts- und Fachaufsicht des BMWi/BMVi über die BNetzA

Das grundsätzliche Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur bei der Frequenzregulierung ist auch als substantieller Gestaltungsauftrag zu verstehen.⁷ Deshalb darf die Bundesregierung an Entscheidungen über die Frequenzregulierung nicht substantiell beteiligt werden. Sie darf insbesondere keine Weisungen erteilen.

Zwar unterliegt die Bundesnetzagentur als selbständige⁸ Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie stets der Rechts- und grundsätzlich auch der Fachaufsicht des Bundesministeriums.⁹ Dies ergibt sich implizit aus § 117 TKG, der die Veröffentlichung von Weisungen des BMWi bzw. des BMVi anordnet. Streitig ist jedoch die Reichweite des Weisungsrechts.

2. Unionsrechtsgebote Einschränkung des Weisungsrechts

Denn spätestens seit der Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (TK-Rahmenrichtlinie) durch Richtlinie 2009/140/EG¹⁰ steht die Annahme eines umfassenden fachaufsichtlichen Weisungsrechts im Widerspruch zum Unionsrecht.

Artikel 3 der RahmenRL wurde im Jahr 2009 novelliert. Absätze 3 und 3a lauten seither wie folgt:

„(3) ¹Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden ihre Befugnisse unparteiisch, transparent und innerhalb eines angemessenen Zeitraums ausüben. ²Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass den nationalen Regulierungsbehörden

⁷ Vgl. *Masing*, Verhandlungen des 66. DJT, S. D 152.

⁸ Darauf folgt eine entsprechender Personal-, Organisations- und Finanzhoheit; *Ruffert/Schmidt*, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 116 Rn. 17.

⁹ *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87f GG Rn. 84.

¹⁰ Richtlinie 2009/140/EG v. 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 337, S. 37.

angemessene finanzielle und personelle Ressourcen zur Verfügung stehen, damit sie die ihnen übertragenen Aufgaben erfüllen können.“

„(3a) ¹Unbeschadet der Absätze 4 und 5 handeln die für die Vorabregulierung des Markts oder für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen nach den Artikeln 20 oder 21 zuständigen nationalen Regulierungsbehörden unabhängig und holen im Zusammenhang mit der laufenden Erfüllung der ihnen nach den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts übertragenen Aufgaben weder Weisungen einer anderen Stelle ein noch nehmen sie solche entgegen. ²Dies steht einer Aufsicht im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegen. [...].“

Nach Erwägungsgrund 13 der RahmenRL bezweckt die Änderung die Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden,

„um eine wirksamere Anwendung des Rechtsrahmens zu gewährleisten und sowohl ihre Amtsgewalt zu stärken als auch ihre Entscheidungen vorhersehbarer zu machen. Hierfür sollten ausdrückliche Bestimmungen des nationalen Rechts gewährleisten, dass die für die Vorabregulierung des Markts oder für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen zuständigen nationalen Regulierungsbehörden bei der Durchführung ihrer Aufgaben vor äußerer Einflussnahme und politischem Druck geschützt werden, die sie an der unabhängigen Beurteilung der von ihnen bearbeiteten Angelegenheiten hindern könnten. Wegen einer derartigen äußeren Einflussnahme eignen sich nationale rechtssetzende Organe nicht dazu, als nationale Regulierungsbehörde nach dem Rechtsrahmen zu fungieren. Zu diesem Zweck sollten im Voraus Regeln für die Gründe für eine Entlassung des Leiters der nationalen Regulierungsbehörde festgelegt werden, um jedweden Zweifel an der Neutralität der Behörde und ihrer Unabhängigkeit von äußeren Faktoren auszuräumen. [...].“

Ziel der überarbeiteten TK-Rahmenrichtlinie war nach Vorstellung der EU-Kommission die Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden und „Begrenzung der Möglichkeiten einer Beeinflussung der NRB-Tagesgeschäfte durch andere öffentliche Stellen“.¹¹

Die Monopolkommission begrüßte in einem Sondergutachten diese Richtlinienänderung zur Stärkung der Unabhängigkeit der NRB „uneingeschränkt“ und bekräftigte ihren schon früher geäußerten Standpunkt, dass sie die „geltende Rechtslage in Deutschland im Hinblick auf die Weisungsrechte des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie bzw. des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur gegenüber der Bundesnetzagentur sowie die Übertragung wichtiger Regulierungsentscheidungen auf die in einem politischen Verfahren bestimmten Präsidenten und Vizepräsidenten für sachlich verfehlt und gemeinschaftsrechtlich problematisch hält.“¹²

¹¹ KOM(2007) 697 endg., S. 10.

¹² Sondergutachten der Monopolkommission – Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, BT-Drs. 17/285, S. 157 (198 Rn. 148).

Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur davon ausgegangen, dass bei Marktregulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur politische Weisungsrechte ausgeschlossen sind und zur Gewährleistung eines funktionsmäßigen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt die Schaffung eines „ministerialfreien Raumes“¹³ geboten ist. Die uneingeschränkte Fachaufsicht über die Bundesnetzagentur ist danach unzulässig.¹⁴

§ 117 TKG, demgemäß Weisungen des BMWi im Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind, um Transparenz bei der Einflussnahme des BMWi auf die Tätigkeit der Bundesnetzagentur zu schaffen, ist dementsprechend unionsrechtskonform einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur solche Weisungen erfasst sind, die das Ergebnis von Regulierungsentscheidungen nicht beeinflussen können.¹⁵

Teilweise wird jedoch aus Art. 3 Abs. 3a S. 2 TK-Rahmenrichtlinie, nach dem die Aufsicht „im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht“ zu erfolgen hat, der relativierende Schluss gezogen, dass das aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Gebot der demokratischen Legitimation der Bundesverwaltung der partiellen Weisungsfreiheit entgegenstehe (Prinzip der „geschlossenen Legitimationskette“). Das nationale Demokratieprinzip widerspreche insofern der Annahme einer unionsrechtlich vorgeschriebenen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde.¹⁶ Tatsächlich ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Ausübung von Staatsgewalt grundsätzlich [nur] dann demokratisch legitimiert, wenn

„das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt, d.h. die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.“¹⁷

¹³ Ruffert, in: FS Scheuing, 2011, S. 399 (410 ff.); ebenso Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87f GG Rn. 84.

¹⁴ Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87f GG Rn. 84; Ruffert/Schmidt, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 117 Rn. 3: „nur die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht sowie regulierungsferne fachaufsichtliche Maßnahmen. Das im Kontext des Art. 87f Abs. 1 und 2 S. 1 GG angelegte, vom deutschen Gesetzgeber mit implementierte Konzept der Regulierung ist mit politischen Weisungsrechten unverträglich“.

¹⁵ Ruffert/Schmidt, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 116 Rn. 20.

¹⁶ Als „nationale Reserveklausel“ bezeichnet die Einschränkung in Art. 3 Abs. 3a S. 2 TK-Rahmenrichtlinie Kühling, in: Ruffert (Hrsg), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, EnzEuR Bd. 5, 2013, § 4 Rn. 56.

¹⁷ BVerfGE 107, 59 (87 f.); 93, 37 (67 f.).

Gleichzeitig betont das BVerfG aber, dass dieses Prinzip nicht absolut ist. Die Schaffung ministerialfreier Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben sei durch das Demokratieprinzip nicht per se ausgeschlossen:

„Das demokratische Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaubt deshalb, durch Gesetz - also durch einen Akt des vom Volk gewählten und daher klassisch demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers - für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen. Dadurch darf zum einen ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen und verwaltungsexterner Sachverstand aktiviert werden. Mit der Übertragung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Formen der Selbstverwaltung darf der Gesetzgeber zum anderen das Ziel verfolgen, einen sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern, und so dazu beitragen, dass die von ihm beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden.“¹⁸

So können gegenläufige Organisationsprinzipien mit Verfassungsrang die Weisungsfreiheit nicht nur rechtfertigen, sondern geradezu gebieten, wie das BVerfG in unterschiedlichen Fallgruppen bisher bspw. für Entscheidungen mit geringem politischem Gewicht (Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften) oder für grundrechtsrelevante Bereiche (Rundfunk) angenommen hat, in denen Staatsfreiheit zur Freiheitswahrung zwingend ist.¹⁹

Im Falle der Bundesnetzagentur lässt sich deshalb mit guten Gründen vertreten, dass die Weisungsfreiheit aufgrund der besonderen Sachkompetenz der Regulierungsbehörde verfassungsrechtlich geboten ist.²⁰

3. Insbesondere: Funktionale Unabhängigkeit

Dies gilt zumal im Telekommunikationsbereich, weil ein Weisungsrecht hier angesichts der Beteiligung des Bundes an der Deutschen Telekom AG zu einem sachwidrigen Interessens- und Zielkonflikt zwischen wettbewerblichen und fiskalischen Interessen bei der Regulierung führen kann.²¹ Ganz generell ist die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur insbesondere dort gefordert, wo ihre Entscheidungen Unternehmen betreffen, an denen der Bund beteiligt ist. In

¹⁸ BVerfGE 107, 59 (91); 37, 1 (26 f.).

¹⁹ S. im Einzelnen *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum GG, Aktualisierung Okt. 2015, Art. 87f Rn. 162 ff.

²⁰ *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum GG, Aktualisierung Okt. 2015, Art. 87f Rn. 165, der dies aber i.E. problematisch sieht.

²¹ *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87f GG Rn. 84; eher kritisch *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum GG, Aktualisierung Okt. 2015, Art. 87f Rn. 165.

diesem Sinne gebietet das Unionsrecht eine strikte Trennung zwischen der Regulierungsbehörde und betroffenen Telekommunikationsunternehmen. Art. 3 Abs. 2 S. 1 der RahmenRL verlangt explizit, dass die nationalen Regulierungsbehörden

„rechtlich und funktional von allen Unternehmen unabhängig sind, die elektronische Kommunikationsnetze, -geräte oder -dienste anbieten. Wenn Mitgliedstaaten weiterhin an Unternehmen beteiligt sind, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, oder diese kontrollieren, müssen sie eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle sicherstellen.“

Zwar werden nach Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG Hoheitsaufgaben im Telekommunikationswesen in bundeseigener Verwaltung ausgeführt, wenn TK-Dienstleistungen privatwirtschaftlich erbracht werden. Auch ist durch das Ressortprinzip eine gewisse funktionale Trennung gewährleistet: Während die hoheitlichen Aufgaben von der Bundesnetzagentur im Geschäftsbereich des BMWi wahrgenommen werden, werden die Anteile der Bunderepublik an der Deutschen Telekom AG (gehalten von der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost, BANstPT und der KfW) vom BMF verwaltet. Dadurch ist nach verbreiteter Ansicht die strukturelle Unabhängigkeit gewahrt.²² Die hohe (15 % der Anteile unmittelbar, 17 % indirekt über die KfW-Bankengruppe) Beteiligung der Bundesrepublik bei dem Wettbewerber Deutsche Telekom AG führt jedoch zu einem Interessens- und Zielkonflikt zwischen privatwirtschaftlicher Beteiligung und hoheitlicher Regulierung, der eine Weisungsfreiheit erfordert.²³ Auch verlangt die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarkts eine stärkere strukturelle Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden zur Bändigung nationalistischer Wirtschaftsinteressen.²⁴

Einigkeit besteht jedoch darin, dass die politische Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur gewährleistet sein muss.²⁵ Nur eine ausreichende Distanz von der Ministerialverwaltung vermag zu gewährleisten, dass die eingangs beschriebenen Ziele durch die Regulierungsbehörde bei der

²² S. nur Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 687 m.w.N.

²³ Ruffert/Schmidt, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 116 Rn. 14.

²⁴ Masing, in: Bauer/Schmidt (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, FS Reiner Schmidt, 2006, S. 521 (529).

²⁵ Kühling, in: Bonner Kommentar zum GG, Aktualisierung Okt. 2015, Art. 87f Rn. 166; Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 686.

Frequenzregulierung gleichermaßen und unvoreingenommen verfolgt werden, wie es der EuGH in der Entscheidung zu § 9a TKG fordert.²⁶

Daraus folgt, dass auch die Organe der Bundesnetzagentur unabhängig sowohl von den privaten Anbietern als auch von der politischen Ebene zu sein haben, mithin keine personellen Verflechtungen bestehen dürfen. „Denn eine strukturell eng an die Gubernative angegliederte Regulierungsverwaltung ist anfällig dafür, neben dem Ziel der Marktgewährleistung und den gemeinwohlorientierten Regulierungszielen andere kurzfristige politische Ziele zu verfolgen, die mit den langfristigen Regulierungszielen in Konkurrenz treten können.“²⁷

4. Zwischenergebnis

Zur Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs sind bei Marktregulierungsentscheidungen ministerielle Weisungsrechte aus europarechtlichen Gründen ausgeschlossen. Die Freiheit von ministeriellen Weisungen ist aufgrund der besonderen Sachkompetenz der Regulierungsbehörde aufgrund der zu befürchtenden Zielkonflikte zwischen wettbewerblichen und fiskalischen Interessen aber auch verfassungsrechtlich geboten. Dies gilt aus Gründen einer gebotenen funktionellen Unabhängigkeit umso mehr, wenn der Bund gesellschaftliche Anteile an einem der Wettbewerber hält.

C. Einbeziehung des National Roaming in die Ausschreibungsbedingungen

In materieller Hinsicht ist zunächst zu klären, ob die Ausschreibungsbedingungen eine Verpflichtung zum National Roaming enthalten dürfen oder gar müssen und wie eine solche Verpflichtung ausgestaltet sein muss. Von dieser Frage nicht berührt wird das International Roaming (Auslandsroaming), das die Nutzung ausländischer Mobilfunknetze ermöglicht. Es ist europarechtlich durch eine Verordnung normiert²⁸ und wird durch die bevorstehende Zuteilung von Frequenzen für den 5G-Mobilfunk nicht berührt.

Im Folgenden wird – knapp – die Bedeutung von National Roaming hervorgehoben (I.), bevor anschließend die rechtliche Zulässigkeit von National Roaming-Verpflichtungen (II.) und deren

²⁶ S. EuGH, Urt. v. 03.12.2009, Rs. C-424/07 – Kommission/Deutschland.

²⁷ *Westermann*, Legitimation im europäischen Regulierungsverbund, Tübingen 2017, S. 494 m.w.N.

²⁸ S. dazu die VO (EU) Nr. 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.06.2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union.

Gebotenheit begründet werden (III.). Sofern die Bundesnetzagentur an einer Verhandlungslösung festhalten sollte, werden schließlich die notwendigen Rahmenbedingungen skizziert (IV.), dabei aber in erster Linie auf die entsprechenden Ausführungen zur Diensteanbieter-Verpflichtung verwiesen.

I. Bedeutung von National Roaming

National Roaming wird in § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG definiert als „die Ermöglichung der Nutzung von Mobilfunknetzen anderer Betreiber auch außerhalb des Versorgungsbereichs des nachfragenden Mobilfunknetzbetreibers für dessen Endnutzer“. Mehrere Mobilfunkanbieter nutzen beim National Roaming also das bereits bestehende Netz eines anderen Mobilfunknetzbetreibers. Dadurch können die Endkunden eines Anbieters dessen Dienste auch in dem Mobilfunknetz eines anderen Anbieters nutzen. Dies verringert generell die Lücken in der Mobilfunkversorgung und verbessert insbesondere im ländlichen Raum, in dem der Aufbau eigener Netze aufgrund der verhältnismäßig geringen Nachfrage weniger attraktiv ist als in Bereichen mit einer hohen Bevölkerungsdichte, die Mobilfunkversorgung. Aus volkswirtschaftlicher Perspektive trägt National Roaming zudem dazu bei, ineffiziente Duplizierung von Infrastrukturen zu vermeiden.²⁹ Derzeit ist die Netzabdeckung selbst im Bereich der Mobilfunkstandards 3G und 4G bundesweit noch nicht flächendeckend gewährleistet.³⁰

Auch die Bundesnetzagentur sieht in National Roaming grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur besseren Flächenversorgung sowie zum kosteneffizienten Ausbau von Mobilfunkinfrastrukturen in Gebieten, die für einen Netzbetreiber alleine wirtschaftlich schwer erschließbar sind.³¹ Sie ist jedoch der Auffassung, ein „nationales oder regionales Roaming im Sinne einer Zugangsverpflichtung nicht ohne weiteres [anordnen zu dürfen].³²

Dem ist zu widersprechen. Das geltende Recht erlaubt nicht nur die Auferlegung einer National Roaming-Verpflichtung (II.), sondern gebietet sie sogar (III.). Für den Fall, dass die Ausschreibungsbedingungen den Mobilfunknetzbetreibern keine originäre Verpflichtung zum National Roaming auferlegen, sondern ihnen mit einer „Verhandlungslösung“ nur Anreize zum National

²⁹ So *Kühling/Wambach*, F.A.Z. v. 6.9.2018, S. 18.

³⁰ S. bspw. die Kartenübersicht des Netzbetreibers T-Mobile unter <https://www.telekom.de/start/netzausbau>.

³¹ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 280.

³² BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 281.

Roaming und zu einem Infrastruktur-Sharing setzen, müssen sie zugleich auch institutionelle und prozedurale Vorkehrungen dafür treffen, dass solche Verhandlungen im Streitfall zeitnah zu einem Ergebnis führen (IV.)

II. Zulässigkeit von National Roaming-Verpflichtungen

Anders als Diensteanbieter-Verpflichtungen,³³ bestehen National Roaming-Verpflichtungen in Deutschland bisher nur auf freiwilliger Basis zwischen Mobilfunknetzbetreibern.³⁴ Das TKG bietet der Bundesnetzagentur indes verschiedene Rechtsgrundlagen, um ein National Roaming hoheitlich anzuordnen. Explizit vorgesehen ist das National Roaming als ein Instrument der Marktregulierung von § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG (1.). Daneben lässt sich National Roaming unter Umständen auch als eine Form der Zusammenschaltung i.S.v. § 3 Nr. 34 TKG verstehen (2.). Vor allem aber kann National Roaming bei der Frequenzzuteilung als eine Auflage zur effizienten Frequenznutzung angeordnet werden (3.).

1. National Roaming als Instrument der Marktregulierung

Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG kann die Bundesnetzagentur Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht die Verpflichtung auferlegen, „bestimmte für die Interoperabilität der Ende-zu-Ende-Kommunikation notwendige Voraussetzungen, einschließlich der Bereitstellung von (...) Roaming (die Ermöglichung der Nutzung von Mobilfunknetzen anderer Betreiber auch außerhalb des Versorgungsbereichs des nachfragenden Mobilfunknetzbetreibers für dessen Endnutzer) zu schaffen“.

Unionsrechtlicher Hintergrund dieser Bestimmung ist Art. 12 Abs. 1 lit. g ZugangsRL: Betreibern darf danach u.a. die Verpflichtung auferlegt werden, „bestimmte für die Interoperabilität durchgehender Nutzerdienste notwendige Voraussetzungen zu schaffen, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen.“

Für die Auferlegung von National Roaming-Verpflichtungen im Frequenzzuteilungsverfahren kommt diese Rechtsgrundlage allerdings nicht in Betracht. Unabhängig davon, dass eine solche Zugangsverpflichtung in einem eigenen Verfahren auferlegt werden müsste und nicht mit der

³³ Siehe dazu unten S. 29.

³⁴ Vertrag zwischen Deutscher Telekom und VIAG Interkom; zwischen Telefónica/Sonera und E-Plus; zwischen O2 und T-Mobile; BNetzA, Entsch. v. 04.07.2014, BK 1-13/002, Rz. 238, 316, 322.

Zuteilung von Frequenzen verbunden werden kann, setzt § 21 TKG tatbestandlich voraus, dass Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze über eine beträchtliche Marktmacht i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 2 TKG verfügen. Doch bislang haben weder das BKartA noch die Bundesnetzagentur eine solche beträchtliche Marktmacht der Netzbetreiber festgestellt. Zwar wird seit der Fusion von E-Plus und Telefónica teilweise ein Bedarf für eine erneute Marktanalyse erkannt, da durch diese Fusion die Wettbewerbsproblematik intensiviert worden sei.³⁵ Doch bislang ist eine solche Marktanalyse nicht durchgeführt worden, bislang ist dementsprechend auch nicht festgestellt worden, dass ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen.

2. Nationales Roaming als Form der Zusammenschaltung?

Fraglich ist zudem, ob National Roaming als eine Form der Zusammenschaltung i.S.v. § 3 Nr. 34 TKG zu verstehen ist. Sollte dies der Fall sein, könnte die Bundesnetzagentur den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze National Roaming-Verpflichtungen auch unabhängig von einer Marktmacht nach § 18 Abs. 1 TKG auferlegen.

Seit der TKG-Reform im Jahr 2012 gilt National Roaming ausdrücklich als eine Form des „Zugangs“ im Sinne von § 3 Nr. 32 lit. f TKG. Danach umfasst „Zugang“ u.a. den „Zugang zu Fest- und Mobilfunknetzen, insbesondere, um Roaming zu ermöglichen.“

Ob darin indes auch eine Zusammenschaltung als eine besondere Form des Zugangs i.S.v. § 3 Nr. 34 TKG zu sehen ist, ist streitig. Als Zusammenschaltung versteht die Norm einen „Zugang, der die physische und logische Verbindung öffentlicher Telekommunikationsnetze herstellt, um Nutzen eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder die Inanspruchnahme von Diensten eines anderen Unternehmens zu ermöglichen; Dienste können von den beteiligten Parteien erbracht werden oder von anderen Parteien, die Zugang zum Netz haben. Zusammenschaltung ist ein Sonderfall des Zugangs und wird zwischen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze hergestellt.“

Dass National Roaming eine Zusammenschaltung in diesem Sinne ist, wird unter Verweis auf die fehlende physische und logische Verbindung zwischen dem Heimatnetz des Nutzers und

³⁵ So *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (5).

dem Gastnetz des konkurrierenden Mobilfunkanbieters in der Literatur überwiegend abgelehnt.³⁶ Auch gehe National Roaming insofern über die bloße Zusammenschaltung hinaus, als es nicht nur die Erreichbarkeit von Teilnehmern unterschiedlicher Netze, sondern vor allem die Erreichbarkeit außerhalb des eigenen Heimnetzes umfasse.³⁷

Andererseits wird der Begriff „Zusammenschaltung“ durchaus auch in einem weiten Sinne verstanden: Erfasst werde auch das Bereitstellen von Telekommunikationsnetzen, wenn dadurch die Inanspruchnahme von Diensten eines anderen Unternehmens ermöglicht wird.³⁸ Der Begriff umfasse „die Interoperabilität von Netzen und die Kommunikation über Netzgrenzen hinweg.“³⁹ National Roaming wird deshalb teilweise als neue Form des Netzzuganges bzw. der Netzzusammenschaltung („Netzzusammenschaltungsverträge“) bezeichnet.⁴⁰

Je nach Interpretation dieser Vorschrift könnte die Bundesnetzagentur Netzbetreiber also unabhängig von ihrer Marktmacht auf Grundlage von § 18 Abs. 1 TKG verpflichten, „auf entsprechende Nachfrage ihre Netze mit denen von Betreibern anderer öffentlicher Telekommunikationsnetze zusammenzuschalten, soweit dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten“. Auch insofern ist aber zu betonen, dass eine solche Anordnung des National Roaming in einem eigenen Verfahren und nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Zuteilung von Frequenzen erfolgen müsste. Insofern kommt § 18 Abs. 1 TKG als Rechtsgrundlage für die Auferlegung von National Roaming-Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung von Frequenzen für den 5G-Mobilfunk nicht in Betracht.

3. National Roaming als Auflage zur effizienten Frequenznutzung

National Roaming kann aber nicht nur als Instrument der Marktregulierung eingesetzt werden, sondern auch als Auflage zur effizienten Frequenznutzung sowie als Instrument zur Gleichbehandlung von MNO und MVNO verstanden werden. Insofern bietet § 60 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. § 61 Abs. 6 TKG die Möglichkeit, National Roaming als Nebenbestimmung zu einer

³⁶ *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 130; ablehnend auch *Spierr*, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG mit FTEG, § 3 Rn. 115.

³⁷ Wissenschaftlicher Dienst des BT, Ausarbeitung WD 5 – 3000 – 101/17 v. 02.02.2018, S. 9, der sich aber maßgeblich auf die Entscheidung der RegTP vom 18.02.2000 – BK-1b-98/005/1 stützt.

³⁸ *Säcker*, in: ders. (Hrsg.), TKG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 105.

³⁹ *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 534.

⁴⁰ *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 598.

Frequenzzuteilung aufzuerlegen.⁴¹ Bei Aufnahme einer National Roaming-Verpflichtung in die Vergabebedingungen werden diese nach § 61 Abs. 6 TKG Bestandteil des Vergabeverfahrens. Diese Vorschriften decken sich mit den unionsrechtlichen Rahmenbedingungen. Nach Art. 8 Abs. 3 ZugangsRL dürfen nationale Regulierungsbehörden Betreibern auch unabhängig von der Marktmacht solche Verpflichtungen auferlegen, die in Nr. 7 Teil B der GenehmigungsRL vorgesehen sind. Danach kann einem Unternehmen, das Frequenznutzungsrechte erworben hat, die Bedingung auferlegt werden, dass es die Verpflichtungen erfüllt, die es „im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist.“

Auch das derzeit von der Bundesnetzagentur in Erwägung gezogene Verhandlungsgebot wird auf diese Rechtsgrundlagen gestützt.⁴² Das ist insofern zutreffend, als § 60 Abs. 2 S. 1 TKG tatbestandlich allein verlangt, dass die National Roaming-Verpflichtung der Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Ziele und zur Sicherung einer effizienten Frequenznutzung dient. Doch die Rechtsgrundlagen erlauben nicht nur die Auferlegung von (sanften) Verhandlungspflichten, sondern ermächtigen auch zur Auferlegung von verbindlichen (harten) National Roaming-Vorgaben. Denn die Rechtsfolge der Vorschrift ist insofern offen und räumt der Bundesnetzagentur ein Ermessen ein, das schlicht auf die Form von „Nebenbestimmungen“ bezogen ist. Insofern entfaltet insbesondere § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG keine Sperrwirkung gegenüber verbindlichen National Roaming-Verpflichtungen (b).

a) Erforderlich zur Sicherung der Regelungsziele des § 2 TKG

National Roaming dient der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung im Sinne von § 60 Abs. 2 S. 1 TKG, der auf das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG verweist. Es führt nicht nur zu einer höheren Netzauslastung des Gastnetzes, sondern auch des Heimatnetzes des Neueinsteigers, der erleichtert Kunden gewinnen kann.⁴³ Auch die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass National Roaming die effiziente Frequenznutzung fördert.⁴⁴

Zu den Regulierungszielen gehören nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG ferner die „Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation“, sowie

⁴¹ Siehe zur Rechtsgrundlage unten S. 42.

⁴² BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 288.

⁴³ *Wagner*, CR 2018, 534 (539).

⁴⁴ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 302.

die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Mobilfunkmärkte auf Netzebene auch in der Fläche. (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Auch diesen Zielen dient National Roaming, wie die Bundesnetzagentur in ihrem Konsultationspapier ausführt:

„Einerseits kann National Roaming mit Blick auf die Förderung des Wettbewerbs dazu beitragen, einem Neueinsteiger den Marktzutritt zu erleichtern. Andererseits kann (regionales) Roaming zwischen bestehenden Netzbetreibern genutzt werden, eine vorhandene Mobilfunkabdeckung insbesondere in ländlichen Gebieten zu nutzen, um die Kunden des jeweils anderen Netzbetreibers zu versorgen. Verständigen sich Netzbetreiber auf Roaming, kann dies auch dazu beitragen, einen kosteneffizienten Ausbau von Mobilfunkinfrastrukturen in Gebieten zu fördern, die für einen Netzbetreiber allein wirtschaftlich schwer zu erschließen sind.“⁴⁵

„Aus Sicht der Kammer ist National Roaming ein geeignetes Instrument, um Neueinsteigern den Marktzutritt im Bereich knapper Frequenzressourcen zu erleichtern. Ein Neueinsteiger kann ein bundesweites Netz nicht kurzfristig sondern nur sukzessive aufbauen. Mit Blick auf ein bundesweites Geschäftsmodell dürfte ein Neueinsteiger aber darauf angewiesen sein, seinen Kunden von Anfang an eine möglichst bundesweite Mobilfunkabdeckung bereitzustellen.“⁴⁶

Insbesondere aus Sicht der Verbraucher ist National Roaming für eine hochleistungsfähige Mobilfunkinfrastruktur unabdingbar. Studien gehen davon aus, dass Nutzern im Bereich der Netzgrenzen durch National Roaming die Datenübertragungsrate mehr als verdoppelt werden kann.⁴⁷ Auch die Bundesnetzagentur erkennt die große Bedeutung eines vierten Netzbetreibers für die Endverbraucher, den es faktisch jedoch nur zusammen mit der Auferlegung von National Roaming geben kann:

„Ein weiterer Netzbetreiber könnte dazu beitragen, Verbrauchern zusätzliche innovative Dienste zur Verfügung zu stellen. Mit Blick auf mögliche Neueinsteiger könnten zusätzliche Anbieter zum Infrastruktur- und Dienstewettbewerb beitragen, damit der Verbraucher den größtmöglichen Nutzen in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität ziehen kann.“⁴⁸

Durch National Roaming wird ferner eine flächendeckende gleichartige Grundversorgung mit Mobilfunkdiensten im städtischen und im ländlichen Raum zu erschwinglichen Preisen sichergestellt (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG). Die gemeinsame Nutzung vorhandener Mobilfunknetze führt

⁴⁵ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 280.

⁴⁶ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 294.

⁴⁷ Hultell/Johansson, An estimation of the achievable user throughput with National Roaming, Stockholm, 2010.

⁴⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 297.

zu einer höheren Kosteneffizienz, insbesondere in wirtschaftlich nur schwer erschließbaren oder eher unrentablen Gebieten.⁴⁹

Schließlich erkennt die Bundesnetzagentur, dass National Roaming dem beschleunigten Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation dient (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG):

„Mit National Roaming kann ein Neueinsteiger in die Lage versetzt werden, während seines sukzessiven bundesweiten Netzaufbaus bereits frühzeitig bundesweit Mobilfunkdienste anzubieten. Hierdurch könnte langfristig eine weitere hochleistungsfähige Breitbandinfrastruktur zur Verfügung stehen. Hierbei ist davon auszugehen, dass ein Neueinsteiger für den Netzaufbau auf neueste Funktechniken zurückgreift.“⁵⁰

Durch National Roaming wird der Netzausbau gefördert und – wie die Bundesnetzagentur zutreffend erkennt – die Senkung der Kosten von Versorgungsaufgaben erreicht.⁵¹

b) Keine Sperrwirkung des § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG

Geht die Bundesnetzagentur erkennbar davon aus, dass die tatbestandliche Voraussetzung des § 60 Abs. 1 S. 2 TKG für National Roaming durchaus gegeben ist, überrascht die Zurückhaltung mit Blick auf die Anordnung einer verbindlichen Anordnung von National Roaming. Stattdessen meint die Bundesnetzagentur, die beteiligten Unternehmen nur zu Verhandlungen über National Roaming verpflichtet zu können. Soweit dies Ausdruck und Ergebnis einer Ermessensentscheidung sein sollte, wird darauf unter den Rechtsfolgen noch einzugehen sein.⁵² Soweit dies aber aus einer vermeintlichen Sperrwirkung des § 21 TKG abgeleitet wird, ist dem entschieden zu widersprechen. Aus der Unanwendbarkeit von § 21 TKG im konkreten Fall folgt keine generelle Sperrwirkung für Zugangsverpflichtungen auf Grund von § 60 Abs. 2 TKG.

Soweit in der Literatur vertreten wird, § 21 Abs. 1 TKG sei in dem Sinne abschließend, dass nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Zugangsverpflichtungen auferlegt werden können,⁵³ widerspricht dies Telos und Systematik des TKG.

Gestützt ist diese Ansicht u.a. auf das historische Argument der Streichung von § 4 TKV im Rahmen der Novellierung des Telekommunikationsrechts aus dem Jahre 2004. Allerdings ist

⁴⁹ Vgl. auch BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 302.

⁵⁰ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 296.

⁵¹ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 302.

⁵² Siehe unten „Gebotenheit von National Roaming-Verpflichtungen“, S. 19.

⁵³ So Fetzer, MMR 2018, 63 (65 f.).

die Novellierung 2004, wie im Zusammenhang mit der Diensteanbieter-Verpflichtung noch näher ausgeführt wird,⁵⁴ vor dem Hintergrund der umgesetzten EU-Richtlinie zu sehen: Die ersatzlose Streichung im TKG erfolgte unter gleichzeitigem Verweis auf die neue Unionsrechtslage. Art. 8 Abs. 3 ZugangsRL sieht nunmehr aber explizit die Auferlegung entsprechender Verpflichtungen auch gegenüber solchen Betreibern vor, „die nicht gemäß Absatz 2 eingestuft wurden“, also auch für solche Betreiber, die nicht über eine beträchtliche Marktmacht verfügen. Das historische Argument verfängt insofern nicht.

Auch systematische Erwägungen tragen die Annahme einer Sperrwirkung nicht: Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, Betreiber auch unabhängig von der Marktmacht auf Grundlage des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG zu verpflichten, Dritten Zugang zu ihrem Netz zu gewähren. Denn § 21 TKG, der systematisch im Teil 2 über die Marktregulierung verortet ist, verfolgt ein anderes Regelungsziel als §§ 60 ff. TKG, der im Teil 5 über die Vergabe von Frequenzen, Nummern und Wegerechte loziert ist. Während der auf die ZugangsRL zurückgehende § 21 TKG den funktionsfähigen Wettbewerb als Regulierungsziel hat, dienen §§ 60 ff. TKG der Umsetzung der GenehmigungsRL und der RahmenRL der effizienten Allokation der knappen Ressource Frequenzen.⁵⁵

Diese unterschiedlichen Zielsetzungen schließen ein Spezialitätsverhältnis zwischen den beiden Vorschriften aus, das allein eine Sperrwirkung des § 21 TKG gegenüber dem § 60 TKG rechtfertigen würde.

Dass eine im Zusammenhang mit der Frequenzzuteilung auferlegte National Roaming-Verpflichtung anders ausfallen kann als eine solche, die auf der Grundlage von § 21 TKG erlassen wird, ist selbstverständlich. Denn weil sie anderen Voraussetzungen unterliegt und unterschiedliche Ziele verfolgt, verändern sich auch die Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit. Doch aus diesen Unterschieden kann nicht auf die generelle Unzulässigkeit einer auf § 60 Abs. 2 S. 1 TKG gestützten National Roaming-Verpflichtung als Nebenbestimmung zu einer Frequenzzuteilung geschlossen werden, sondern allenfalls die entsprechende Ausgestaltung einer solchen Verpflichtung verlangt werden.

⁵⁴ Siehe unten S. 33.

⁵⁵ *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (7 f.); *Wagner*, CR 2017, 604 (612).

Auch aus teleologischer Perspektive ist nicht erkennbar, warum § 21 TKG die Aufnahme von verbindlichen National Roaming-Verpflichtungen in die Nebenbestimmungen zur Frequenz-zuteilung verhindern sollte. Das würde im Ergebnis bedeuten, dass es der Bundesnetzagentur auch dann verwehrt wäre, solche Verpflichtungen zu erlassen, wenn sie zum Zeitpunkt der Frequenz-zuteilung erkennen würde, dass spätestens mit der Frequenz-zuteilung eine beträchtliche Markt-macht bestehen oder jedenfalls entstehen wird. Sie wäre dann auf das aufwändige Verfahren der Marktanalyse und eines anschließenden Verfahrens nach § 21 TKG verwiesen. Während dieser langen Phase würde nicht nur der Wettbewerb als solcher, sondern würden vor allem die Verbraucher unter der Marktmacht eines oder mehrerer Unternehmen leiden. Dies ist nicht nur der Bundesnetzagentur nicht zuzumuten, dies entspräche auch nicht den unionsrechtlich geprägten Zielsetzungen des Telekommunikationsrechts. Diesen Zielsetzungen wird umgekehrt viel eher dadurch Rechnung getragen, dass bei der an den Zielen des § 2 Abs. 2 TKG ausge-richteten Zuteilung neuer Frequenzen bereits solche Vorgaben gemacht werden, die eine be-trächtliche Marktmacht eines oder mehrerer Unternehmen von vorneherein verhindern.

4. Zwischenergebnis

§ 60 Abs. 2 S. 1 TKG ermöglicht die Einbeziehung von National Roaming durch frequenzre-gulatorische Nebenbestimmungen im Rahmen der Frequenz-zuteilung, so dass im Ergebnis auch Anbietern ohne beträchtliche Marktmacht eine National Roaming-Verpflichtung auferlegt wer-den kann. § 21 TKG entfaltet aufgrund seiner unterschiedlichen Zielsetzung insofern keine Sperrwirkung gegenüber § 60 TKG: Während der auf die Zugangsrichtlinie zurückgehende § 21 TKG auf einen funktionsfähigen Wettbewerb zielt, dienen §§ 60 ff. TKG in Umsetzung der Genehmigungs- und der Rahmenrichtlinie der effizienten Verteilung der knappen Res-source Frequenzen.

III. Gebotenheit von National Roaming-Verpflichtungen

National Roaming-Verpflichtungen als Nebenbestimmungen zu Frequenz-zuteilungen zu erlas-sen, ist nach § 60 Abs. 2 S. 1 TKG nicht nur grundsätzlich möglich, sondern unter Umständen auch geboten. Zwar verfügt die Bundesnetzagentur hinsichtlich der Frage, ob und welche Ne-benbestimmungen sie erlassen will, grundsätzlich über ein Entschließungs- und Auswahlermes-sen (1.). Sie macht von diesem Ermessen aber schon dadurch keinen Gebrauch, dass sie die

möglichen Rechtsfolgen der Rechtsgrundlage verkennt (2.). Im Übrigen wird ihre Ermessensentscheidung in dreifacher Hinsicht determiniert (3.), so dass sich die Möglichkeit von National Roaming-Verpflichtungen im Ergebnis zu einem Gebot verdichtet.

1. Grundsätzliches Entschließungs- und Auswahlermessen

Nach § 60 Abs. 2 S. 1 TKG „kann“ eine Nebenbestimmung zur Frequenzzuteilung ergehen, „kann“ also im konkreten Fall eine National Roaming-Verpflichtung auferlegt werden. Der Bundesnetzagentur kommt insofern sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen i.S.d. § 40 VwVfG zu. Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass angesichts des offenen Gesetzeswortlauts das Ermessen als „behördlicher Gestaltungsauftrag“⁵⁶ konzipiert ist und zudem durch die Regulierungsziele sowie die verfassungs- und unionsrechtlichen Zielsetzungen gelenkt wird, wie bereits ausgeführt wurde.

Im Übrigen ist gem. § 114 Satz 1 VwGO das behördliche Ermessen dahingehend überprüfbar, ob die Ermessensgrenzen überschritten worden sind oder ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung widersprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist. Die Kontrolle ist mithin auf die Überprüfung von Ermessensfehlern beschränkt. Für eine weitere Beschränkung der Entscheidung der Bundesnetzagentur ist insofern kein Raum. Soweit das Bundesverwaltungsgericht der Bundesnetzagentur bezüglich den Anforderungen nach § 61 Abs. 4 S. 1 TKG einen nur eingeschränkt gerichtlich kontrollierbaren Ausgestaltungsspielraum zugebilligt hat,⁵⁷ kann dies nicht auf die mögliche Anordnung von Nebenbestimmungen übertragen werden und schon gar nicht auf die Wahrung der äußersten Grenzen des Ermessens bezogen werden.

2. Ermessensnichtgebrauch durch Verkennung der Rechtsgrundlage

Die Bundesnetzagentur sieht im Konsultationsentwurf vor, dass lediglich ein Verhandlungsgebot für die Neueinsteiger und die etablierten Netzbetreiber in die Vergabebestimmungen auf-

⁵⁶ *Wieland*, Regulierungsermessen im Spannungsverhältnis zwischen deutschem und Unionsrecht, DÖV 2011, 705 (706).

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 6 C 41/10, Rn. 13; *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 61 Rn. 22; *Klaes*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Gesamten Medienrecht, 3. Aufl. 2016, § 61 TKG Rn. 32: „rechtsfolgende Ausgestaltungsspielraum“.

genommen wird, das die Mobilfunknetzbetreiber zwar nicht verpflichtet, aber die Bundesnetzagentur zum Eingreifen berechtigt. Dabei geht sie von der unzutreffenden Annahme aus, dass für die Auferlegung einer umfassenden National Roaming-Verpflichtung beträchtliche Marktmacht vorliegen müsse:

„Nach Auffassung der Kammer kann nationales oder regionales Roaming im Sinne einer Zugangsverpflichtung nicht ohne weiteres angeordnet werden. Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung (§ 21 TKG) setzt das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf Seiten der Netzbetreiber voraus. Diese ist bislang weder vom Bundeskartellamt noch von der Bundesnetzagentur festgestellt worden.“⁵⁸

Entsprechend sieht sie in den Vergaberegeln lediglich ein Verhandlungsgebot vor:

„Zuteilungsinhaber sollen in den Grenzen des Telekommunikations- und Kartellrechts diskriminierungsfrei über die Mitnutzung bestehender bundesweiter Netze (sog. Roaming) sowie über Infrastruktur-Sharing verhandeln, sobald ein Netzbetreiber hierfür Bedarf äußert.“⁵⁹

Die Bundesnetzagentur verkennt mithin das ihr in § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG eingeräumte umfassende Entschließungs- und Auswahlermessen. Es liegt somit ein nach § 114 VwGO gerichtlich überprüfbarer Ermessensfehler in Gestalt des Ermessensnichtgebrauchs bzw. der Ermessensunterschreitung⁶⁰ vor: Die Behörde geht – bislang, womöglich wird sie in der Begründung der verbindlichen Vergabebedingungen näher auf § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG eingehen – fehlerhaft davon aus, es liege kein ermessensbegründender Tatbestand vor, und fühlt sich zu Unrecht an § 21 TKG gebunden. Sofern sie an dieser Auffassung festhält, übe sie ihr Ermessen nicht aus, weil sie die ermessensbegründende Rechtsgrundlage nicht in Betracht zieht.

3. Intendiertes Ermessen

Das Auswahlermessen der Bundesnetzagentur ist darüber hinaus in dreifacher Hinsicht eingeschränkt: Zunächst muss sie ihr Ermessen im Sinne der Zwecksetzung des Gesetzes ausüben. Zu diesen Zwecken gehören nicht nur der engere Zweck der konkret zu vollziehenden Vorschrift, sondern alle für die in Frage stehenden Entscheidung relevanten Sätze des geschriebe-

⁵⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 281.

⁵⁹ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 277.

⁶⁰ Zu diesem *Knauff*, in: Gärditz (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. 2018, § 114 VwGO Rn. 21; zur Abgrenzung s. *Schenke*, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), VwGO, 24. Aufl. 2018, § 114 Rn. 14.

nen und ungeschriebenen Rechts, insbesondere auch Wertentscheidungen des Verfassungsrechts und die Grundrechte⁶¹ (a). Im Bereich der Frequenzregulierung sind überdies die unionsrechtlichen Wertentscheidungen zu beachten, die in dem umgesetzten Richtlinienrecht, aber auch in zukünftigen EU-Kodifizierungen zum Ausdruck kommen (b). Und schließlich müssen die von der Bundesnetzagentur festgesetzten Regelungen in sich kohärent und verhältnismäßig sein (c.).

a) Verfassungsrechtliche Zielvorgaben

Grundlegende Wertentscheidungen, die bei der pflichtgemäßen Ermessensausübung zu berücksichtigen sind, ergeben sich aus Art. 87f GG. Im Unterschied zur Gewährleistung in Art. 87f Abs. 1 GG, die sich auf die Wahrung des Universaldienstes als Mindeststandard beschränkt, dient Art. 87f Abs. 2 GG darüber hinaus „der Herstellung und Förderung von Wettbewerb sowie zum anderen der Erreichung und Optimierung weiterer (gleichfalls über die Grundversorgung hinausgehender) Ziele wie dem Kundennutzen“.⁶²

Diesem Regulierungsauftrag in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG wohnt auch eine abwehrrechtliche Dimension inne, die es verbietet, den Wettbewerb zu behindern oder unmöglich zu machen. Insbesondere mit Blick auf die traditionell monopolistische Prägung des Telekommunikationsmarkts ist der Staat insofern nicht nur zur einmaligen Beseitigung struktureller Marktzutritts Hindernisse verpflichtet, sondern auch zur dauerhaften Gewährleistung eines tragfähigen Wettbewerbs mithilfe steuernder positiver Maßnahmen.⁶³ Zu diesen positiven Maßnahmen gehört auch das National Roaming, mittels dem Konkurrenten des Netzbetreibers der Zugang zu dessen Netz eingeräumt wird.⁶⁴ Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG in Verbindung mit Art. 87f Abs. 1 GG wird deshalb auch ein „Handlungs- und Gesetzgebungsauftrag zur positiven Herstellung und Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs/Marktes“ entnommen.⁶⁵

Diesem verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag werden die im Konsultationsentwurf präsentierten Überlegungen der Bundesnetzagentur aus vier Gründen nicht gerecht:

⁶¹ *Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO Kommentar, 24. Aufl. 2018, § 114 Rn. 9.

⁶² *Attendorn*, DÖV 2008, 715 (718).

⁶³ *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 60. EL Okt. 2010, Art. 87f GG Rn. 38; s. auch *Attendorn*, DÖV 2008, 715 (718): Pflicht zur „Herstellung vollständigen Wettbewerbs“.

⁶⁴ *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 60. EL Okt. 2010, Art. 87f GG Rn. 38.

⁶⁵ *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 60. EL Okt. 2010, Art. 87f GG Rn. 38.

aa) Diskriminierungsverbot

Mit Blick auf das in § 61 Abs. 4 S. 1 TKG normierte Diskriminierungsverbot ist das von der Bundesnetzagentur vorgesehene Verhandlungsgebot zu pauschal. Die Bundesnetzagentur differenziert bislang nicht ausreichend zwischen den Belangen der bestehenden bundesweiten Netzbetreiber (für die ein Verhandlungsgebot ausreichend sein mag) und den Interessen der Neueinsteiger, die erstmals überhaupt ein Mobilfunknetz betreiben möchten. Für Neueinsteiger wird der Markteintritt durch die Kombination verpflichtender Versorgungsauflagen einerseits, aber nur auf einem bloßen „Verhandlungsgebot“ beruhenden und damit für eine bundesweite Versorgung kaum sicheren Netzzugang andererseits unverhältnismäßig erschwert. Neueinsteiger können ohne eine ausdrückliche National Roaming-Verpflichtung der Mobilfunknetzbetreiber die ihnen auferlegten, wenn auch abgeschwächten, Versorgungsauflagen aufgrund der hohen Kostenbelastung nicht wirtschaftlich realisieren. Ohne verbindliche Roaming-Verpflichtungen haben Neueinsteiger keine Planungssicherheit für Investitionen in ein konkurrierendes Netz und damit eine verringerte Chancengleichheit im Wettbewerb.⁶⁶ Auch ist es ihnen nicht möglich, die mit den Versorgungsauflagen verbundenen Kosten und Investitionen in den Geboten bereits zu berücksichtigen, wenn unklar ist, ob und zu welchen Bedingungen anschließend der Zugang zu National Roaming gewährt wird. Denn in der Aufbauphase wird National Roaming zur bundesweiten Versorgung seiner Kunden die größte Position der Betriebskosten des Neueinsteigers sein.

bb) Bestimmtheit

Aus der Perspektive des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots, das selbstverständlich auch für Nebenbestimmungen gilt,⁶⁷ ist das bisher vorgesehene Verhandlungsgebot zu monieren. Die Vorgaben in den Vergabebedingungen sind nicht eindeutig und erlauben daher Markteinsteigern keine rechtssicheren Investitionen in den Netzausbau. Die Bundesnetzagentur legt den Netzbetreibern ausdrücklich keinen Abschluss- und Kontrahierungszwang auf, sondern nur ein rechtlich langwierig durchzusetzendes Verhandlungsgebot.⁶⁸ Dies läuft den Regulierungszielen zuwider und ermöglicht den Neueinsteigern keine langfristige Sicherung ihrer Investitionsvorhaben. Sollte die Bundesnetzagentur an den im Konsultationsentwurf skizzierten Regelungen

⁶⁶ *Wagner*, CR 2018, 534 (541); *von Hammerstein*, MMR 2001, 214 (218).

⁶⁷ Statt vieler *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 27.

⁶⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 291.

festhalten, wird sie damit rechnen müssen, dass sich jenseits der drei bisherigen Netzbetreiber kein weiteres Unternehmen um die Frequenzen bewerben wird. Denn aus ökonomischer Perspektive erscheint es höchst unvernünftig, zunächst hohe Summen in die Ersteigerung von Frequenzen zu investieren, wenn im Zeitpunkt der Ersteigerung unklar ist, ob, in welchem Ausmaß, zu welchen Preisen und zu welchen technischen Bedingungen die Frequenzen genutzt werden können. Dass diese relevante Frage von dem Verhalten anderer, konkurrierender Marktteilnehmer abhängt, die noch dazu auf ein bestehendes Netz zurückgreifen können und deshalb in den Verhandlungen über ein deutliches Übergewicht verfügen, zumal sie sich untereinander absprechen können, ist ein rechtlich relevanter Umstand, den die Bundesnetzagentur bislang nicht hinreichend berücksichtigt hat.

Diese Unbestimmtheit wirkt sich aber nicht erst, wie die Bundesnetzagentur womöglich annimmt, in den konkreten Verhandlungen selbst aus. Sie bewirkt vielmehr, dass sich Neueinsteiger von vornherein nicht an dem Verfahren über die Zuteilung von Frequenzen bewerben werden. Die rechtliche Unbestimmtheit bewirkt insoweit einen tatsächlichen Ausschluss vom Zuteilungsverfahren. Denn kein Unternehmen wird es wirtschaftlich verantworten können, eine immense Summe in die Ersteigerung von Frequenzen zu investieren, wenn nicht klar kalkulierbar ist, zu welchen Bedingungen diese Frequenzen genutzt werden können, und kein Unternehmen wird unter solchen Umständen Finanzierungszusagen vom Kapitalmarkt und von Kreditunternehmen erhalten. Faktisch führt die von der Bundesnetzagentur bislang präferierte Verhandlungslösung somit zu einem Ausschluss von Neueinsteigern. Damit wird die Bundesnetzagentur den von § 2 Abs. 2 TKG genannten Zielsetzungen nicht gerecht. Sie verhindert Wettbewerb eher, als dass sie ihn fördert, und sie ignoriert damit die Verbraucherinteressen, die von einem zusätzlichen Wettbewerber auf dem Markt der Telekommunikation profitierten.

cc) Grundrechtlich begründete Schutzpflicht

Schließlich ist die bisher im Konsultationsentwurf vorgesehene Verhandlungslösung auch aus grundrechtlicher Perspektive defizitär. Denn die Bundesnetzagentur berücksichtigt die legitimen rechtlichen Belange der Neubewerber nicht hinreichend berücksichtigt. Art. 12 GG entfaltet nicht nur eine abwehrrechtliche Dimension, sondern auch eine Schutzpflicht, die sich aus

Sicht der Rechtsträger zu einem Schutzanspruch bei Vorliegen struktureller Ungleichgewichtslagen verdichten kann.⁶⁹ Gegen diese Schutzpflicht wird verstoßen, „wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann“.⁷⁰

Speziell für die Frequenzregulierung ergibt sich die Schutzpflicht verfassungsrechtlich aus Art. 12 GG i.V.m. Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG. Daraus folgt ein Schutzanspruch darauf, neue Mobilfunknetzbetreiber nicht dem faktischen Verhandlungsübergewicht etablierter Netzbetreiber auszuliefern. Dass auf dem Gebiet des Mobilfunkmarktes aber ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Neueinsteigern und den drei etablierten Netzbetreibern vorliegt, die gemeinsam das gesamtdeutsche Mobilfunknetz abdecken, lässt die der Bundesnetzagentur gebotene Marktbeobachtung sicherlich erkennen. Den von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG geforderten freien Wettbewerb gilt es auch auf Ebene der Netzbetreiber zu gewährleisten. Die Regulierungsbehörde trifft deshalb die Schutzpflicht zu Gunsten der Neueinsteiger, der sie dadurch genügen kann, dass sie den notwendigen Zugang zu vorhandenen Netzen durch entsprechende objektive Verpflichtungen an die Zuteilung von Frequenzen knüpft und nicht allein den Verhandlungen zwischen den Unternehmen überlässt. Sofern sie aber eine Verhandlungslösung einer verpflichtenden Vorgabe vorzieht, muss sie jedenfalls den zeitlichen, prozeduralen und auch inhaltlichen Rahmen solcher Verhandlungen verbindlich regeln und zudem sich selbst eine verbindliche Entscheidungskompetenz für den Fall vorbehalten, dass die Verhandlungen innerhalb der gesetzten Frist ergebnislos bleiben.

dd) Chancengleichheit

Die primär freiheitsrechtlich begründete Schutzpflicht zu Gunsten von Neueinsteigern wird verstärkt durch Gleichheitsaspekte. In diesem Sinne konkretisiert das von § 61 Abs. 4 S. 1 TKG genannte Diskriminierungsverbot nicht nur die entsprechenden europarechtlichen Grundlagen, sondern auch den Art. 87f Abs. 2 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs gehört gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG im Übrigen zu den vorrangigen

⁶⁹ S. dazu *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 37. Ed. 2018, Art. 12 Rn. 19; im Rahmen der AGB-Kontrolle (Bürgschaftsverträge): BVerfGE 89, 214 (222).

⁷⁰ BVerfGE 97, 169 (176).

Zielen, die die Bundesnetzagentur bei der Festlegung der Regeln für das Versteigerungsverfahren gemäß § 60 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. § 61 Abs. 2 S. 1 und § 61 Abs. 4 S. 1 TKG verfolgen muss.

Die Bundesnetzagentur ist aus diesen Vorschriften dazu verpflichtet, die Regeln für die Versteigerung diskriminierungsfrei festzulegen. Die Regeln dürfen also nicht ein einzelnes Unternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen bevorzugen. Das Gebot verpflichtet die Bundesnetzagentur insofern dazu, den Markt exakt zu beobachten und die Versteigerungsregeln so zu bestimmen, dass die Interessen aller zuteilungsinteressierten Unternehmen hinreichend und diskriminierungsfrei berücksichtigt werden. Die Bundesnetzagentur ist diesen Weg – soweit ersichtlich – mit entsprechenden Anhörungen und gerade auch mit der Möglichkeit, Stellungnahmen zum Konsultationsentwurf abzugeben, bislang durchaus gegangen. Allerdings hat sie im Konsultationsentwurf noch nicht die richtigen Schlüsse aus den Beobachtungen gezogen.

Chancengleichheit muss nämlich insbesondere zwischen den am Markt bereits existierenden Netzbetreibern und interessierten Neueinsteigern hergestellt werden. Vor dem Hintergrund, dass bestehende Netzbetreiber während des Aufbaus des ausgeschriebenen 5G-Mobilfunknetzes permanent auf ihre bereits bestehenden Netze zurückgreifen können, um die Mobilfunkversorgung – wenn auch nur mittels 4G oder schwächerer Standards – zu gewährleisten, Neubewerbern diese Möglichkeit aber naturgemäß nicht offensteht, vor dem Hintergrund also, dass aus tatsächlichen Gründen keine Chancengleichheit zwischen aktuellen und neuen Netzbetreibern besteht, ist die Bundesnetzagentur verpflichtet, eine solche Chancengleichheit durch rechtliche Maßnahmen herzustellen. Anderenfalls wird interessierten Neubetreibern von vorneherein die Möglichkeit genommen, sich um das bereit gestellte öffentliche Gut, um die neu zur Verfügung stehenden Frequenzen, zu bewerben. Dieses öffentliche Gut stünde dann ausschließlich denjenigen zur Nutzung zur Verfügung, die bereits zuvor von einer Zuteilung öffentlicher Güter profitiert haben.

Hinsichtlich der rechtlich gebotenen Herstellung einer Chancengleichheit scheidet die Möglichkeit, die derzeitigen Netzbetreiber zu verpflichten, ihre bestehenden Netze solange nicht mehr für den Mobilfunk zu nutzen, bis auch Neubewerber über ein hinreichendes Netz verfügen, von vorneherein aus – sie widerspräche ganz offensichtlich nicht nur den Zielen des TKG, sondern wäre auch nicht mit den Grundrechten der Netzbetreiber in Einklang zu bringen.

Die Chancengleichheit von alten und neuen Netzbetreibern kann also nur dadurch hergestellt werden, dass neue Netzbetreiber dieselbe Möglichkeit erhalten, auf bestehende Netze zurückzugreifen, wie die am Markt befindlichen Netzbetreiber. Dies gelingt durch eine Verpflichtung zum National Roaming. Wenn die neuen wie die alten Netzbetreiber auf sämtliche installierten Netze zurückgreifen können, werden alle Frequenzerwerber in dieselbe Ausgangslage beim Ausbau eines Netzes für den 5G-Mobilfunk versetzt. Das betrifft im Übrigen nicht nur das Verhältnis von neuen und bereits aktiven Netzbetreibern, sondern auch das Verhältnis unter den aktiven Netzbetreibern. Ein verpflichtendes National Roaming ist insofern unabdingbare Voraussetzung für Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs.

Sachliche Gründe von solchem Gewicht, dass sie eine Ungleichbehandlung von aktuellen und neuen Netzbetreibern rechtfertigen könnten, sind nicht erkennbar. Erneut ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die bestehenden Netzbetreiber nicht in ihren Grundrechten aus Art. 12 oder Art. 14 GG verletzt werden. Die Verpflichtung, ihre Netze für andere, auch neue, Netzbetreiber zu öffnen, ist kein unverhältnismäßiger Eingriff, sondern durch die Herstellung von Chancengleichheit bei der Bewerbung um ein öffentliches Gut und letztlich durch die Zielsetzungen des § 2 Abs. 2 TKG gerechtfertigt, zumal ein wirtschaftlicher Ausgleich dadurch stattfindet, dass die Bereitstellung der Netze für National Roaming nicht kostenfrei erfolgt. Im Übrigen kann und wird sich eine solche Verpflichtung ihren Niederschlag in den Geboten um die zu vergebenden Frequenzen niederschlagen, wird insofern eingepreist werden.

b) Unionsrechtliche Rahmenbedingungen

Bei der Ausübung ihres grundsätzlichen Ermessens im Bereich der Frequenzzuteilung handelt die Bundesnetzagentur im größeren Rahmen eines unionsweiten Regulierungsverbunds.⁷¹ Sie hat deshalb auch die europarechtlichen Vorgaben zu beachten. Das Auswahlermessen wird insofern in erster Linie durch den Katalog der zulässigen Bedingungen in Anhang B der GenehmigungsRL beschränkt. Insofern hat die Bundesnetzagentur zutreffend erkannt, dass sie Nebenbestimmungen zum National Roaming auferlegen kann. Allerdings übt sie den beschränkten Spielraum nicht ermessensfehlerfrei aus. Insofern ist nicht nur zu betonen, dass kein unionsrechtliches Verbot eines National Roaming besteht (aa), sondern umgekehrt vielmehr zu berücksichtigen, dass das geltende Europarecht National Roaming explizit als eine Möglichkeit

⁷¹ Speziell zum TK-Recht: Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 11.

zur Durchsetzung der europarechtlichen Zielvorgaben anerkennt (bb) und sich das künftige Europarecht schon jetzt zu einem Gebot verdichten kann, den Telekommunikationsunternehmen zur Förderung wirksamen Wettbewerbs und zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen Verpflichtungen zum National Roaming aufzuerlegen (cc).

aa) Kein unionsrechtliches Verbot eines National Roaming

Hervorzuheben ist zunächst, dass Unionsrecht der Einführung einer National Roaming-Verpflichtung nicht entgegensteht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Verpflichtungen zum National Roaming mittelbar auch dem Internationalen respektive Europäischen Roaming zu Gute kommen. Aus unionspolitischer- und unionsrechtlicher Perspektive sind Verpflichtungen zum National Roaming somit binnenmarktfördernd und insofern durchaus erwünscht. Dementsprechend bestehen in einigen Mitgliedstaaten Verpflichtungen zum National Roaming: Bis 2003 legten nationale Regulierungsbehörden in elf der damals 15 Mitgliedstaaten entsprechende Verpflichtungen auf. Diese wurden nach Erlass der ZugangsRL von einigen Mitgliedstaaten aufgehoben.⁷² Dass sie, soweit sie noch bestehen, durch die Verwendung von sunset-Klauseln überwiegend befristet auferlegt werden, steht ihrer europarechtlichen Zulässigkeit nicht entgegen. Vielmehr dienen solche Befristungen allein dazu, den Anreiz für Netzanbieter zu erhöhen, auf Dauer ein eigenes Netz auszubauen.⁷³

Dass Unionsrecht Verpflichtungen zum National Roaming nicht entgegensteht, wird zudem auch in Erwägungsgrund 19 der Entscheidung Nr. 128/1999/EG über die koordinierte Einführung eines Drahtlos- und Mobilkommunikationssystems (UMTS) der dritten Generation in der Gemeinschaft deutlich.⁷⁴ Hier wird bezüglich des National Roaming ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Entscheidung Mitgliedstaaten nicht daran hindert,

„geeignete Formen von nationalem Roaming zwischen zugelassenen Betreibern in ihrem Gebiet vorzuschreiben, soweit dies für einen ausgewogenen und nichtdiskriminierenden Wettbewerb erforderlich ist“.

National Roaming wird insoweit explizit als ein Instrument zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verhinderung von Diskriminierungen benannt.

⁷² Näher *Sutherland*, The regulation of National Roaming, International Telecommunications Society (ITS Europe), July 2011, 1 (6).

⁷³ https://www.accc.gov.au/system/files/Optus%20submission%20Annex%201%20of%201_0.pdf, S. 7.

⁷⁴ Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.1998, ABl. EG L 17/1.

bb) Unionsrechtliche Zulässigkeit eines National Roaming

In Artikel 5 Abs. 2 lit. a) Beschluss Nr. 243/2012/EU über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik⁷⁵ ist überdies bestimmt, dass die nationalen Regulierungsbehörden zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs die Frequenznutzungsrechte mit Bedingungen, wie z.B. nationales oder regionales Roaming in bestimmten Frequenzbändern, verknüpfen können. Als zulässige Nutzungsbedingung bei der Vergabe von Funkfrequenzen werden dort ausdrücklich genannt:

„Begrenzung der Menge der Frequenzen, für die einem Unternehmen Nutzungsrechte gewährt werden, oder Verknüpfung dieser Nutzungsrechte mit Bedingungen, z. B. die Gewährung des Großkundenzugangs bzw. nationales oder regionales Roaming in bestimmten Frequenzbändern oder Gruppen von Frequenzbändern mit ähnlichen Merkmalen [...].“

In dieser Norm wird teilweise sogar eine eigenständige, unmittelbar anwendbare Rechtsgrundlage für die Auferlegung von National Roaming-Verpflichtungen gesehen.⁷⁶ Allerdings steht bei dem Beschluss der programmatische Charakter deutlich im Vordergrund, so dass nicht von einer hinreichenden Rechtsgrundlage im Verhältnis der Mitgliedstaaten zu Telekommunikationsunternehmen ausgegangen werden kann. Dies folgt auch aus Art. 5 Abs. 3 des Beschlusses, der für den Erlass solcher Maßnahmen auf die GenehmigungsRL verweist, die ihrerseits in Deutschland durch die §§ 60 ff. TKG umgesetzt worden ist.

cc) Gebotenheit eines binnenmarktrealisierenden National Roaming

Mag dem Beschluss insofern auch keine Rechtsgrundlage entnommen werden, ist er rechtlich doch nicht irrelevant. Denn er sieht eben nicht nur in Art. 5 Abs. 2 mögliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten vor, sondern normiert vor allem in Art. 5 Abs. 1 das maßgebliche Regelungsziel:

„Die Mitgliedstaaten fördern einen wirksamen Wettbewerb und vermeiden Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt für elektronische Kommunikationsdienste im Einklang mit den Richtlinien 2002/20/EG und 2002/21/EG.“

Aus dieser objektiv-rechtlichen Vorschrift folgt der ausdrückliche Auftrag, bei allen Entscheidungen im Anwendungsbereich der genannten Richtlinien nicht nur den nationalen Wettbewerb

⁷⁵ Beschluss Nr. 243/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.03.2012, ABl. L 81/7.

⁷⁶ *Wagner/Helmstädter/Nüßing*, CR 2017, 743 (743); *Wagner*, CR 2018, 534 (537).

in den Blick zu nehmen, sondern auch die Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Aus dem Gesamthalt des Beschlusses und insbesondere auch aus seinen Erwägungsgründen wird dabei deutlich, dass gerade die Interessen von Neueinsteigern – in den Formulierungen des Beschlusses wird insoweit von Neuzuweisungen gesprochen – zu berücksichtigen sind.

Dies verkennt die Bundesnetzagentur. In dem Konsultationsentwurf werden die Auswirkungen auf den Binnenmarkt nicht thematisiert, ja wird der Binnenmarkt noch nicht einmal genannt.

dd) Pflicht zum National Roaming aus Vorwirkung des EKEK

Vor allem aber stellt die derzeit noch im Gesetzgebungsprozess befindliche „Richtlinie über einen Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation“ (EKEK-Entwurf)⁷⁷ nun explizit klar, dass National Roaming-Verpflichtungen geeignete Maßnahmen zur Förderung wirksamen Wettbewerbs und Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen sein können.⁷⁸ Art. 13 Abs. 1 EKEK-Entwurf in Verbindung mit Bedingung 8 in Teil D des Anhangs I EKEK-Entwurf entspricht dem bisherigen Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Teil B des Anhangs der GenehmigungsRL und enthält eine entsprechende Rechtsgrundlage für National Roaming-Verpflichtungen.⁷⁹ Darüber ist eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für National Roaming-Verpflichtungen auch in Art. 52 Abs. 2 lit. a) EKEK-Entwurf vorgesehen:

„(2) Bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten durch die Mitgliedstaaten können ihre jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden geeignete Maßnahmen ergreifen, beispielsweise:

a) Begrenzung der Menge an Funkfrequenzen, für die einem Unternehmen Nutzungsrechte erteilt werden, oder Verknüpfung dieser Nutzungsrechte mit Bedingungen, z. B. Gewährung des Vorleistungszugangs und nationales oder regionales Roaming in bestimmten Frequenzbändern oder Gruppen von Frequenzbändern mit ähnlichen Merkmalen; ...“

Hier wird nun also National Roaming explizit als ein Beispiel für Bedingungen genannt, die Unternehmen bei der Erteilung von Frequenznutzungsrechten (aber auch bei deren Änderung oder Verlängerung – Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes stehen solchen Bedingungen also

⁷⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation v. 12.10.2016, KOM(2016) 590 endg.; sie dient zugleich der Neufassung der vier Richtlinien (Rahmen-, Genehmigungs-, Zugangs- und Universaldiensterichtlinie). S. ferner *Scherer/Heinickel*, Ein Kodex für den digitalen Binnenmarkt, MMR 2017, 71; speziell zur National Roaming-Verpflichtung im Kodex: *Wagner*, CR 2018, 534 (537).

⁷⁸ Diese Bestimmung ist auch in der aktuellsten Entwurfsfassung des Rates nahezu unverändert, s. Rats-Dok Nr. 10692/18 v. 29.06.2018, S. 265.

⁷⁹ *Wagner/Helmstädter/Nüßing*, CR 2017, 743 (745).

nicht eo ipso entgegen) auferlegt werden können. Die Kommission begründet ihren Vorschlag u.a. wie folgt:

„Der Vorschlag gibt den nationalen Regulierungsbehörden Zuständigkeiten in Bezug auf Aspekte der Marktregulierung und der wirtschaftlichen Regulierung der Zuteilung von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste. Außerdem werden sie zuständig sein für Entscheidungen über die Auferlegung außergewöhnlicher Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung von Netzen und Funkfrequenzen und das nationale Roaming, um Netzversorgungslücken zu schließen. Dabei müssen sich die nationalen Regulierungsbehörden auf diesem Gebiet auf eine solide wirtschaftliche und vergleichende Analyse der Märkte stützen.“⁸⁰

Erwägungsgrund (142) führt dazu näher aus:

„In Ausnahmefällen sollten die nationalen Regulierungsbehörden berechtigt sein, eine solche Nutzung beziehungsweise den gemeinsamen Ausbau oder den lokalisierten Roamingzugang unter Einhaltung des Unionsrechts aufzuerlegen, wenn sie jeweils den Nutzen dahingehend nachweisen können, dass dadurch sehr erhebliche Barrieren für die Replizierung sowie anderweitig erhebliche Beschränkungen in Bezug auf die Auswahlmöglichkeiten der Endnutzer und/oder die Dienstqualität oder auf das Versorgungsgebiet ausgeräumt werden; hierbei müssen sie verschiedene Aspekte berücksichtigen, unter anderem insbesondere die Notwendigkeit, Anreize für den Infrastrukturausbau zu bewahren.“

Schließlich verdeutlicht die Kommission in Erwägungsgrund (116) den Zusammenhang zwischen der gemeinsamen Nutzung von Netzinfrastrukturen und der Erfüllung der Versorgungsverpflichtungen:

„Bei der Festlegung der mit Frequenznutzungsrechten zu verknüpfenden Bedingungen sollten die zuständigen Behörden auch in Erwägung ziehen, Formen der gemeinsamen Nutzung oder Koordinierung zwischen Unternehmen zu genehmigen, um die wirksame und effiziente Frequenznutzung oder Einhaltung der Versorgungsverpflichtungen im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts sicherzustellen.“⁸¹

Wohl lässt sich auch dem EKEK-Entwurf, der überdies seinerseits innerstaatlich erst mit Umsetzung in nationales Recht anwendbar sein wird (Art. 288 AEUV), keine explizite Pflicht zur Auferlegung von National Roaming-Verpflichtungen entnehmen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass auch das durch Art. 52 Abs. 2 lit. a des EKEK-Entwurfs eröffnete behördliche Ermessen vor dem Hintergrund der Regulierungsziele dahingehend gelenkt wird. Wurde bereits

⁸⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation v. 12.10.2016, KOM(2016) 590 endg., S. 20.

⁸¹ Vorschlag für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM(2016) 590 final v. 12.10.2016, Erwägungsgrund (116).

dargelegt, dass National Roaming auf dem deutschen Markt sowohl den Interessen der Endkunden als auch der Schließung der Versorgungslücken sowie der Beschleunigung des Netzausbaus dient, folgt aus dem EKEK-Entwurf nun auch, dass National Roaming-Verpflichtungen wettbewerbsfördernd sind.

Unabhängig also von den fehlenden tatsächlichen Rechtswirkungen des EKEK-Entwurfs, unabhängig auch von der Umsetzungsbedürftigkeit von Richtlinienrecht, ist doch auf mögliche faktische Vorwirkungen gegenüber allen staatlichen Stellen – nicht nur dem nationalen Gesetzgeber – hinzuweisen. Immerhin legen die von der Bundesnetzagentur zu bestimmenden Vergabebedingungen den Rahmen für die Frequenznutzung für die nächsten 20 Jahre (bis 2040) fest, so dass es sinnvoll erscheint, den sich abzeichnenden Rechtsrahmen für diese Periode mit in den Blick zu nehmen.

Zwar vermag ein bloßer Kommissions-Entwurf noch keine Bindungs- oder Sperrwirkungen für den nationalen Gesetzgeber entfalten.⁸² Gleichwohl sind bei der Auslegung und Anwendung unionsrechtlich überlagerter TKG-Vorschriften Richtlinienvorschläge nicht gänzlich unberücksichtigt zu lassen, zumal es vorliegend um die langfristige Zuteilung knapper Mobilfunkfrequenzen auf dem europäischen Markt geht:

So zog der EuGH in der *Rabobank*-Entscheidung den Vorschlag einer Richtlinie heran, um den streitigen Inhalt der im Rechtsstreit relevanten Ersten Publizitätsrichtlinie zu bestimmen. In Streit stand die Reichweite der Vertretungsmacht von Gesellschaftsorganen nach außen. Aus dem Umkehrschluss der im Entwurf befindlichen Strukturrichtlinie schloss der EuGH, dass die Publizitätsrichtlinie nicht die Frage regle, ob die Vertretungsmacht von Mitgliedern von Gesellschaftsorganen im Falle des Interessenskonflikts wirksam sind.⁸³ Bemerkenswert an diesem Fall ist jedoch, dass sich der EuGH auf einen Richtlinienentwurf aus dem Jahr 1972 (!)⁸⁴ bezog, der zwar viele Überarbeitungen erfahren hat, am 21.12.2001 jedoch endgültig von der Kommission aufgegeben und offiziell zurückgezogen wurde.⁸⁵ Selbst ein letztlich gescheiterter Richtlinienentwurf kann insofern für die Auslegung des geltenden EU-Rechts relevant sein.

⁸² *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 24; *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 29; *Meßerschmidt*, ZG 1993, 11.

⁸³ EuGH, Urt. v. 16.12.1997, Rs. C-104/96, Slg. 1997, I-7219, Rn. 25-28.

⁸⁴ Vorschlag für eine fünfte Strukturrichtlinie vom 09.10.1972, ABl. EG Nr. C 131/49.

⁸⁵ KOM(2001) 763 endg./2, S. 22.

So kann durchaus ab einem gewissen Verfahrensstadium davon ausgegangen werden, dass eine Richtlinie bereits im Entwurfsstadium grundlegende Wertentscheidungen für die Mitgliedstaaten indiziert,⁸⁶ die nicht durch die Schaffung dieser widersprechender Umstände auf längere Sicht vereitelt werden dürfen.

Rechtsdogmatisch lässt sich dies mit dem Vereitelungs- und Frustrationsverbot des Art. 4 Abs. 3 EUV begründen. Nach dem sog. Frustrationsverbot ist es den Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 288 Abs. 3 AEUV während der Umsetzungsfrist untersagt, Vorschriften zu erlassen bzw. anzuwenden, die geeignet sind, das durch die Richtlinie bezweckte Ziel im Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist ernstlich in Frage zu stellen.⁸⁷ Unmittelbar ist dieses Frustrationsverbot zwar nicht auf die den EKEK-Entwurf anwendbar, denn es entfaltet seine Wirkungen grundsätzlich erst nach Inkrafttreten des Rechtsakts der EU und erlangt Bedeutung insofern für den Zeitraum, der den Mitgliedstaaten zur Umsetzung des Rechtsakts zur Verfügung steht. Doch auch zuvor kann Art. 4 Abs. 3 EUV mit zunehmender Konkretisierung des Inhalts und mit weiterem Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens eine Stillhalteverpflichtung gegenüber den Mitgliedstaaten entfalten, die es untersagt, kurz vor Erlass des Sekundärrechtsakts einen dessen Zielsetzungen widersprechenden Rechtszustand zu zementieren.⁸⁸ Sehenden Auges dürfen die bereits erkennbaren Ziele und Regelungen des Unionsrechts nicht durch „noch rechtzeitige“ Maßnahmen der Mitgliedstaaten unterlaufen werden.⁸⁹

Klarestellt sei aber noch einmal, dass bereits das geltende Recht die Befugnis umfasst, die Frequenzzuteilung mit einer Verpflichtung zum National Roaming zu verknüpfen. § 60 Abs. 2 TKG setzt das geltende EU-Recht insoweit zutreffend und umfassend um. Der Entwurf des EKEK verstetigt diese Möglichkeit eines verpflichtenden National Roaming und zeigt, dass die EU dieses Instrument auch künftig zur Wettbewerbsförderung einsetzen will.

⁸⁶ In diese Richtung *Schön*, Das Bild des Gesellschafters im Europäischen Gesellschaftsrecht, *RabelsZ* 64 (2000), 1 (7 f.).

⁸⁷ Siehe bspw. EuGH, ECLI:EU:C:1997:628 = *EuZW* 1998, 167 (170) – *Inter-Environnement Wallonie* (Rs. C-129/96); EuGH, ECLI:EU:C:2005:709 = *EuZW* 2006, 17 (20) – *Mangold* (Rs. C-144/04); EuGH, ECLI:EU:C:2006:443 = *EuZW* 2006, 730 (734) – *Adeneler* (Rs. C-212/04).

⁸⁸ *Furrer*, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, Baden-Baden 1994, S. 142.

⁸⁹ Womöglich würde die Bundesnetzagentur die Bundesrepublik Deutschland durch ein solches Verhalten gar der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens aussetzen.

c) Selbstbindung durch Kohärenz mit anderen Auflagen

Schließlich ist das Ermessen der Bundesnetzagentur bei der Ausgestaltung der Nebenbestimmungen auch so auszuüben, dass die Auflagen insgesamt kohärent und verhältnismäßig sind.

An diesen Maßstäben gemessen, legen die bislang im Konsultationsentwurf erkennbaren Vergabebedingungen Neueinsteigern erhebliche Versorgungsverpflichtungen auf: Sie haben einen Versorgungsgrad der Haushalte von mindestens 25 % innerhalb von drei Jahren und mindestens 50 % innerhalb von fünf Jahren ab Verfügbarkeit der ersteigerten Frequenzen zu erreichen.⁹⁰ Zugleich sollen sie jedoch nach Vorstellung der Bundesnetzagentur auf langwierige Verhandlungen mit den etablierten Mobilfunknetzbetreibern verwiesen werden, um überhaupt Zugang zu deren Mobilfunknetzen zu erhalten und eine bundesweite Versorgung anbieten zu können. Die Belange der Neueinsteiger werden aber überhaupt nicht gewürdigt, wenn sie keinen verbindlichen Zugang erhalten und zugleich mit erheblichen Versorgungsverpflichtungen belegt werden.

Zumutbar sind diese allenfalls, wenn die Frequenzzuteilung mit National Roaming-Verpflichtungen verknüpft werden. Werden Neueinsteigern jedoch auf ein „Verhandlungsgebot“ verwiesen, kommt die Bundesnetzagentur ihrer Rolle als Regulierungsbehörde nicht ausreichend nach. Dann können auch die Versorgungsaufgaben für Neueinsteiger nicht mehr als diskriminierungsfrei und nachvollziehbar (iSv § 61 Abs. 4 TKG) erachtet werden. „Diskriminierungsfrei“ erfolgt die Vergabeentscheidung nur, wenn die Markteintrittschancen aller Teilnehmer gewahrt werden. Für einen diskriminierungsfreien Marktzugang für Neueinsteiger ist National Roaming aber, wie dargelegt,⁹¹ eine „unabdingbare Voraussetzung“.⁹²

IV. Rahmenbedingungen einer Verhandlungslösung

1. Notwendigkeit von Rahmenbedingungen

Sofern die Bundesnetzagentur entgegen der rechtlich gebotenen verbindlichen Anordnung von National Roaming an ihrem bisherigen Vorschlag einer Verhandlungslösung festhält, bedarf

⁹⁰ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 206.

⁹¹ Siehe oben S. 26.

⁹² *Sutherland*, The regulation of National Roaming, International Telecommunications Society (ITS Europe), July 2011, 1 (2): “a vital precondition to ensure non-discriminatory treatment of new entrants“.

eine solche Lösung klarer Rahmenbedingungen. Denn auch eine in die Ausschreibungsbedingungen inkorporierte Verhandlungslösung muss den allgemeinen rechtlichen Anforderungen genügen, muss also hinreichend bestimmt und diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Gerade mit Blick auf die gewählte Zuteilungsform der Versteigerung müssen die Bedingungen, zu denen die Frequenzen letztlich zugeteilt werden, vor der Versteigerung erkennbar und d.h. vor allem auch kalkulierbar sein. Insofern ist es unzulässig, diese Bedingungen einem Verhandlungsprozess zu überlassen, ohne zuvor den Rahmen dieser Verhandlungen abzustecken.

Eines solchen Rahmens bedarf es aus rechtlicher Perspektive, weil die Bundesnetzagentur nur so den allgemeinen rechtstaatlichen Anforderungen und den besonderen Vorgaben des TKG gerecht wird. Keinesfalls darf sie etwa Nebenbestimmungen nur als Form zur Verfügung stellen, die inhaltlich alleine durch Verhandlungen unter den Zuteilungsempfängern gefüllt werden, und schon gar nicht darf sie eine solche Verfahrensweise wählen, wenn und solange ein Ungleichgewicht in den Verhandlungspositionen der beteiligten Unternehmen besteht. Sie würde dadurch weder den rechtlichen Anforderungen des TKG noch ihrem grundsätzlichen Gestaltungsauftrag gerecht werden. Vielmehr muss sie den Rahmen einer solchen Verhandlungsmöglichkeit eng umreißen. Das öffentliche Gut „Frequenzen“ darf nicht wie eine „Katze im Sack“ vergeben, schon gar nicht meistbietend versteigert werden, sondern muss nach rechtsstaatlichen Grundsätzen hinreichend klar beschrieben sein. Je enger dieser Rahmen für Verhandlungslösungen gesteckt wird, desto eher wird er den (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben entsprechen, desto mehr wird er aber auch dafür sorgen, dass die gesetzlichen Ziele des § 2 Abs. 2 TKG erfüllt werden und dass die Zuteilungen der Frequenzen von allen Beteiligten akzeptiert und die Frequenzen rasch genutzt werden.

2. Ausgewählte Rahmenbedingungen

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien nachfolgend einige Rahmenbedingungen genannt, die von der Bundesnetzagentur zwingend geregelt werden sollten. Ihre Gesamtschau ergibt freilich, das sei vorweg noch einmal betont, dass die Bundesnetzagentur mit dem Verzicht auf eine verbindliche Anordnung eines National Roaming mehr Probleme – auch rechtliche – schafft als vermeidet: Die Entscheidung, die Ausgestaltung des National Roaming in die Verhandlung der beteiligten Unternehmen zu legen, führt zu einer Regelungsnotwendigkeit bzgl. des Rahmens dieser Verhandlungen, die ihrerseits ausgesprochen fehleranfällig ist.

a) Regeln zur Preisermittlung

Gefordert sind zunächst Regeln zur Preisermittlung. Wollte man den Preis für die Nutzung von Netzen im Rahmen eines National Roaming den freien Kräften zwischen den aktuellen Netzbetreibern und Neueinsteigern überlassen, hätten erstere es weitgehend in der Hand, die Preise zu diktieren. Wenn die Bundesnetzagentur die Preise für die Nutzung anderer Netze im Zuge des National Roaming nicht selbst festlegen will, muss sie insofern jedenfalls die Kriterien dafür festlegen, wie die Preise anschließend zwischen den Unternehmen verhandelt werden. Anderenfalls genüge die Verhandlungslösung nicht mehr dem Kriterium der Nachvollziehbarkeit.

b) Zwingende technische Vorgaben

Auch technische Vorgaben für das National Roaming wird die Bundesnetzagentur zwingend vorgeben müssen. Denn auch aus der Perspektive eines juristischen Gutachtens ist es durchaus vorstellbar, dass ein National Roaming zwar theoretisch ermöglicht wird, in der Praxis aber von technischen Standards und Verfahren abhängig ist, über die die tatsächliche Nutzung des National Roaming erschwert, verhindert oder jedenfalls nicht allen Beteiligten zu gleichen Bedingungen gewährleistet wird. So macht es bspw. einen Unterschied, ob sich Endgeräte nach einem Netzwechsel stets wieder mit dem alten Netz verbinden oder ob dies, etwa bei dem Wechsel von dem Netz eines Standards (5G) auf ein Netz anderen Standards (4G), in Abhängigkeit von dem Anbieter des Netzes, in Abhängigkeit womöglich auch vom konkreten Endgerät, eine manuelle Neueinwahl erfordert. Hier muss die Bundesnetzagentur vor allem darauf achten, dass für die einzelnen Mobilfunknetzbetreiber dieselben Bedingungen gelten. Es gilt insofern den Rahmen dafür zu setzen, dass technische Vorgaben nicht diskriminierend zu Lasten bestimmter Mobilfunknetzbetreiber eingesetzt werden können. Sofern die technischen Vorgaben für das National Roaming im Vorfeld der Versteigerung nicht hinreichend klar sind, kann es keine objektive, nachvollziehbare und diskriminierungsfreie Zuteilung von Frequenzen geben.

c) Zeitlicher Rahmen

Besonderes Augenmerk muss die Bundesnetzagentur darüber hinaus auf die Festlegung eines zeitlichen Rahmens für die Verhandlungen legen. Die Ausschreibungsbedingungen müssen klar erkennen lassen, binnen welcher Frist Verhandlungen zu einem Ergebnis geführt haben müssen. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Verhandlungen von den drei bestehenden Netzbetreibern in die Länge gezogen werden und Wettbewerber dadurch faktisch vom Netzzugang und mit ihm vom Marktzutritt ausgeschlossen werden. Denn die Zeit spielt bei solchen

Verhandlungen in die Hände der aktuellen Netzbetreiber. Sie erhielten mit jedem Tag, den sich die Verhandlungen in die Länge zögen, einen Wettbewerbsvorteil, was wiederum den Zielen des TKG im Allgemeinen sowie vor allem dem Erfordernis der Diskriminierungsfreiheit im Besonderen widerspräche. Die gebotene Chancengleichheit, die verlangt, dass alle Unternehmen, denen Frequenzen zugeteilt wurde, dieselben Startbedingungen für den Ausbau eines Netzes für den 5G-Mobilfunk erhalten, wäre verletzt: Während die aktuellen Netzbetreiber unmittelbar nach der Zuteilung mit dem Ausbau des 5G-Netzes beginnen und sich bezüglich des Auftrags einer bundesweiten Versorgung mit Mobilfunk stets ihrer bestehenden Netze bedienen könnten, hätten sie es zugleich in der Hand, den Startzeitpunkt für Neueinsteiger zu bestimmen und entsprechend nach hinten zu verschieben.

Die Bundesnetzagentur darf solche Kernelemente der Nebenbestimmungen zur Frequenzzuteilung aber nicht zur Disposition markt- und damit verhandlungsmächtiger Netzbetreiber stellen. Dies verkehrte das grundsätzliche Ziel der Frequenzzuweisung, einen chancengleichen Wettbewerb zu schaffen, mithin Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen auszuschließen, in sein Gegenteil: Statt Wettbewerbsfreiheit herzustellen, zementierte eine fristunabhängige Verhandlungslösung den Wettbewerbsvorteil der aktuellen Netzbetreiber und baute ihn sogar aus.

Wie und auch wie lange der zeitliche Rahmen für eine Verhandlung bestimmt wird, bleibt in gewissen Grenzen der Beurteilung der Bundesnetzagentur überlassen. Beide Parameter werden sicherlich auch davon abhängen, wie vielen und welchen Unternehmen im Ergebnis Frequenzen zugeteilt werden. Der Rechtssicherheit und vor allem der Kalkulationsnotwendigkeit zuträglich wäre insbesondere eine starre Frist. Aber auch die Anberaumung einer flexiblen Frist wäre mit den genannten rechtlichen und wirtschaftlichen Anforderungen wohl noch vereinbar, etwa die Verpflichtung, die Verhandlungen „in angemessener Zeit“ zu einem Ende zu führen. Auch die Kombination beider Techniken kommt in Betracht: „Die Verhandlungen sind in angemessener Frist, spätestens binnen x Monate ab dem Zeitpunkt der Frequenzzuteilung zu einem Ergebnis zu führen.“ Dabei sollte in jedem Fall berücksichtigt werden, dass kürzere Fristen nicht nur den beteiligten Unternehmen Rechtssicherheit und Kalkulationsfähigkeit gewährleisten, sondern vor allem im Interesse der Verbraucher sind: Je früher Klarheit über National Roaming herrscht, desto früher können alle beteiligten Unternehmen mit dem Aufbau ihrer 5G-Netze beginnen und desto eher und desto flächendeckender können diese Netze von den Verbrauchern genutzt werden. Dieses Ziel darf die Bundesnetzagentur bei der Formulierung ihrer Bedingungen nicht aus dem Auge verlieren, und deshalb darf sie den zeitlichen Rahmen für die Verhandlungen auch nicht vollständig zur Disposition der beteiligten Unternehmen stellen.

d) Fristbeginn für Versorgungsverpflichtung

Um zu verhindern, dass die Verhandlungslösungen die aktuellen Netzbetreiber gegenüber Neueinsteigern bevorteilen, müssen die Bedingungen für die Frequenzzuteilung für den Fall, dass sie an einer Verhandlungslösung festhalten, den zeitlichen Beginn für die Versorgungsverpflichtung dynamisch bestimmen: Die im Konsultationsentwurf unter III. 4. 8. vorgesehene Verpflichtung, nach der „Neueinsteiger [...] einen Versorgungsgrad der Haushalte von mindestens 25% innerhalb von drei Jahren und mindestens 50% innerhalb von fünf Jahren ab Verfügbarkeit der ersteigerten Frequenzen zu erreichen [haben],“, genügt den Anforderungen der Chancengleichheit nicht. Der Bezugspunkt für den Beginn dieser Fristen darf nicht die „Verfügbarkeit der ersteigerten Frequenzen“ sein, sondern muss auf das „Vorliegen eines verbindlichen Verhandlungsergebnisses bzw. auf einen sofort vollziehbaren Schiedsspruch der Bundesnetzagentur“ (dazu sogleich) abstellen. Anderenfalls verkürzten sich die für Neueinsteiger geltenden Fristen für die Erreichung des Versorgungsgrades um die Zeit, die die Verhandlungen über ein National Roaming in Anspruch nimmt.

Die Notwendigkeit einer dynamischen, an das Vorliegen eines verbindlichen Verhandlungsergebnisses oder an das Vorliegen eines sofort vollziehbaren Schiedsspruchs der Bundesnetzagentur anknüpfenden Fristbeginns für die Erreichung des Versorgungsgrades ist nicht nur eine Frage der Kohärenz der einzelnen Nebenbestimmungen, sondern entscheidet unmittelbar auch über deren Rechtmäßigkeit: Wird der Fristbeginn für den Versorgungsgrad von dem Vorliegen der sonstigen Nebenbestimmungen voneinander entkoppelt, verstoßen die Auflagen hinsichtlich des Versorgungsgrades sowohl gegen den Grundsatz der Chancengleichheit als auch gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Sie sind dann für Neueinsteiger in keinem Fall mehr angemessen zur Erreichung der eigentlichen Ziele, sie sind – je nach der Länge der verbleibenden Frist – aber womöglich schon von vornherein ungeeignet, weil es tatsächlich unmöglich ist, binnen kurzer Zeit die genannten Versorgungsgrade zu erreichen.

Dieser Passus in dem Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur droht mithin über die Rechtmäßigkeit der gesamten Anforderungen an die Vergabe der Frequenzen zu entscheiden – die Bundesnetzagentur wäre insofern gut beraten, den Bezugspunkt für den Fristbeginn der Versorgungsgrade in den endgültigen Bedingungen auf den Zeitpunkt eines verbindlichen Verhandlungsergebnisses bzw. auf das Vorliegen eines sofort vollziehbaren Schiedsspruchs zu ändern.

e) Verbindliche Schiedsrichterfunktion

Weil die Bundesnetzagentur bei der Wahl einer Verhandlungslösung weder sicherstellen kann, dass die Verhandlungen über ein National Roaming zwischen den Unternehmen, denen eine Frequenz zur Nutzung für den 5G-Mobilfunk zugeteilt wird, den gesetzlichen Maßstäben der Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit entsprechend geführt werden, weil sie zudem nicht gewährleisten kann, dass das Verhandlungsergebnis den eigentlichen Zielsetzungen der Frequenzzuteilung gerecht wird, und weil sie vor allem noch nicht einmal gewährleisten kann, dass die Verhandlungen überhaupt „in angemessener Zeit“ (s.o.) zu einem Ergebnis führen, muss sie sich einen Selbsteintritt und eine verbindliche Entscheidungsfunktion vorbehalten. Ohne den Vorbehalt einer Entscheidung verliert sie die Kontrolle über die Erreichung der Ziele der Frequenzzuteilung, ist sie verantwortlich für die Missachtung der gesetzlichen Maßstäbe der Frequenzzuteilung und missachtet die grundrechtlich geschützten, womöglich existenziellen Interessen der Unternehmen, die erhebliche Summen in die Frequenzzuteilung investiert haben, ohne rechtssicher zu wissen, zu welchen Konditionen sie diese nutzen und übrigen verbindlichen Nebenbestimmungen einhalten können.

Resultiert die Notwendigkeit, dass die Bundesnetzagentur sich eine „Schiedsrichterrolle“ vorbehält, aus der von ihr bislang favorisierten Verhandlungslösung, findet sich die rechtliche Grundlage für die Zuweisung einer solchen Funktion in derselben Vorschrift, die auch – selbst nach Auffassung der Bundesnetzagentur – die Verhandlungslösung ermöglicht: § 60 Abs. 2 S. 1 TKG. Andere Vorschriften im TKG entfalten insofern keine Sperrwirkung.

Der Schiedsspruch der Bundesnetzagentur selbst muss sofort vollziehbar sein. Bestünde die Möglichkeit, die sofortige Vollziehbarkeit durch die Einlegung von Rechtsmitteln zu verhindern, erfüllte der Schiedsspruch nicht mehr die ihm zgedachten Funktionen. Insofern ist deutlich klarzustellen, dass der Schiedsspruch funktional nicht nur ein Verhandlungsergebnis ersetzt, auf das sich die verhandelnden Unternehmen nicht haben verständigen können, sondern zugleich die von der Befugnis des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG umfasste Möglichkeit nachholt, die Bedingungen der Frequenzzuteilung mit Nebenbestimmungen zu versehen.

Vor diesem Hintergrund könnte man sogar die Auffassung vertreten, dass sich die sofortige Vollziehbarkeit einer Schiedsentscheidung der Bundesnetzagentur unmittelbar aus § 137 Abs. 1 TKG ergebe. Weil aber insofern doch unsicher ist, ob „Entscheidungen“ i.S. dieser Norm auch solche Maßnahmen umfasst, die die Bundesnetzagentur auf der Grundlage von Nebenbe-

stimmungen fasst, die ihrerseits auf § 60 Abs. 2 S. 1 TKG beruhen, sollte die sofortige Vollziehbarkeit der Schiedsentscheidung oder jedenfalls der Verweis, dass § 137 Abs. 1 TKG für solche Schiedsentscheidungen entsprechend gilt, unmittelbar in die Nebenbestimmungen aufgenommen werden.

D. Einbeziehung von Diensteanbieter-Verpflichtungen in die Ausschreibungsbedingungen

Die zweite vom Gutachten zu beantwortende Frage betrifft die Aufnahme von Diensteanbieter-Verpflichtungen in die Ausschreibungsbedingungen. Auch insofern wird zunächst der Nutzen von Diensteanbieter-Verpflichtungen in Erinnerung gerufen (I.), bevor sodann die Zulässigkeit (II.) und die Gebotenheit (III.) der Aufnahme solcher Verpflichtungen als Nebenbestimmungen in die Frequenzzuteilung begründet werden.

I. Nutzen von Diensteanbieter-Verpflichtungen

Solche Verpflichtungen sind darauf gerichtet, Diensteanbietern diskriminierungsfrei Zugang zu Mobilfunknetzen zu gewähren. So wurden die lizenzinnehabenden Mobilfunknetzbetreiber bei der Zuteilung der UMTS/IMT-2000-Frequenzen verpflichtet, Diensteanbietern diskriminierungsfrei Zugang zu Mobilfunkdienstleistungen zu gewähren. Inhaber von UMTS-Frequenzlizenzen wurden verpflichtet, dritten Unternehmen Mobilfunkdienstleistungen diskriminierungsfrei bereitzustellen. Ähnlich werden Mobilfunknetzbetreiber mit Resale-Verpflichtungen dazu verpflichtet, anderen Unternehmen diskriminierungsfrei Zugang zu Telekommunikationsdiensten zu Großhandelsbedingungen zu gewähren (Netzzugang i.S.v. § 21 Abs. 1 TKG).⁹³ Diese können dann die Leistungen des Netzbetreibers zu eigenen Bedingungen vertreiben und auf eigene Rechnung weiterverkaufen.⁹⁴ Dies dient der Produktinnovation, dem Wettbewerb auf Diensteebene und stärkt den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen, wie auch die Bundesnetzagentur erkennt.⁹⁵ In ihrem Eckpunktepapier „für den Ausbau

⁹³ BNetzA, Eckpunkte 2018, S. 22, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/EckpunkteBedarfsermittlung.pdf?__blob=publicationFile.

⁹⁴ *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 571.

⁹⁵ BNetzA, Frequenz-Kompass, 2016, S. 8 f., abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Mobilfunk2020/Kompasspapier.pdf?__blob=publicationFile&v=1;

digitaler Infrastruktur und Bedarfsermittlung für bundesweite Zuteilungen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz“ stellt die Bundesnetzagentur nach einer umfassenden Anhörung im Jahr 2017 fest, dass die bisherigen Diensteanbieterverpflichtung einen Beitrag zur Verwirklichung der Regulierungsziele geleistet hat: „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.“⁹⁶

Vor dem Hintergrund, dass die zugeteilten UMTS/IMT-2000-Lizenzen – und damit auch die Diensteanbieter-Verpflichtungen – zum 31.12.2020 auslaufen, stellt sich insofern die Frage, ob die Auferlegung einer neuen Diensteanbieterverpflichtung zulässig (II.) und geboten ist (III).

II. Zulässigkeit von Diensteanbieter-Verpflichtungen

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in die Ausschreibungsbedingungen ist zunächst die Rechtsentwicklung und die bisherige Praxis der Bundesnetzagentur zu rekapitulieren.

1. Rechtsentwicklung und bisherige Praxis

a) Rechtsgrundlage vor Neuverkündung des TKG im Jahr 2004

Nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 lit. a TKG 1996 war bereits das Betreiben von Übertragungswegen für Mobilfunkdienstleistungen lizenzierungsbedürftig.⁹⁷ Die Mobilfunklizenzen unterlagen Resale-Verpflichtungen. Rechtsgrundlage hierfür war bis 2004 § 4 Abs. 1 TKV 1997,⁹⁸ der eine allgemeine Resale-Verpflichtung für Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze unab-

siehe auch BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 216.

⁹⁶ BNetzA, Eckpunkte 2018, S. 4, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/EckpunkteBedarfsermittlung.pdf?__blob=publicationFile.

⁹⁷ Seit der TKG-Neuverkündung 2004 sind der Betrieb von Mobilfunknetzen und das Angebot von Mobilfunkdiensten nicht mehr lizenzpflichtig, s. Wagner, CR 2017, 604 (605).

⁹⁸ Telekommunikations-Kundenschutzverordnung v. 11.12.1997, BGBl. I S. 2910 (aufgehoben durch Art. 5 des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften v. 18.02.2007, BGBl. I S. 106).

hängig von ihrer Marktposition vorsah. Danach hatten die Netzbetreiber ihr Angebot so zu gestalten, dass „Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit diese Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben und ihren Kunden anbieten können.“ Die Diensteanbieter-Verpflichtungen in den noch geltenden UMTS-Lizenzen beruhen auf dieser Rechtsgrundlage.

Diese Vorschrift trat mit dem am 22.06.2004 neu verkündeten TKG gemäß dessen § 152 Abs. 2 zum 26.06.2004 außer Kraft.⁹⁹ Zugleich bestimmte § 150 Abs. 4 TKG, dass die zum Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen auferlegte Diensteanbieter-Verpflichtung auch nach Außerkrafttreten des § 4 TKV 1997 fort gilt.¹⁰⁰

Der Bundesrat hatte die Aufhebung von § 4 TKV mit folgender Begründung angeregt:

„§ 4 TKV in der bisher geltenden Fassung sieht eine Resale-Verpflichtung für Netzbetreiber unabhängig von ihrer Marktposition vor. Dagegen folgt § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E dem neuen europäischen Rechtsrahmen, nach dem die Regulierungsbehörde eine Resale-Verpflichtung nur einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegen kann. Gleichzeitig regelt § 148 Abs. 4 TKG-E, dass Verpflichtungen aus bestehenden Lizenzen, die ebenfalls Resale-Verpflichtungen enthalten können, fortbestehen. Um hier ein Nebeneinander widersprüchlicher Normen zu vermeiden, wird um eine Klarstellung ersucht.“¹⁰¹

b) Rechtsgrundlage seit Novellierung des TKG

Das TKG 2004 enthielt keine ausdrückliche Rechtsgrundlage für eine solche Verpflichtung mehr. Stattdessen sah § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E den Erlass einer solchen Verpflichtung nur noch bei Vorliegen entsprechender Marktmacht vor:

„Die Regulierungsbehörde kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, [...] unter anderem verpflichten, Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen.“¹⁰²

⁹⁹ Gesetz v. 22.06.2004, BGBl. I S. 1190.

¹⁰⁰ „¹Soweit Frequenznutzungs- und Lizenzrechte auf Märkten vergeben sind, für die auf Wettbewerb oder Vergleich beruhende Auswahlverfahren durchgeführt wurden, gelten die damit erteilten Rechte und eingegangenen Verpflichtungen fort. ²Dies gilt insbesondere auch für die im Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen geltende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen.“

¹⁰¹ Stellungnahme des Bundesrates v. 19.12.03, BR-Drs. 755/03 (Beschluss), S. 53 (zu § 149).

¹⁰² Entspricht dem heutigen § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

In der Begründung wird bei § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E auf die Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 lit. d ZugangsRL verwiesen: „Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht sollen nur zu Angeboten für Wiederverkäufer verpflichtet werden können, die Dienste betreffen, die sie auch ihren Endnutzern anbieten. Die Verpflichtung zur Zulassung von sogenannten Diensteanbietern ist bisher in § 4 TKV geregelt, wird zum Teil auch unter § 33 TKG-alt subsumiert.“¹⁰³

Diese Begründung hat sich der Wirtschaftsausschuss bei der Beschlussempfehlung nicht identisch zu eigen gemacht. Dort wird die Aufhebung vielmehr mit folgender Begründung empfohlen:

*„Mit Blick auf die ausdrücklichen Regelungen über die Zulassung von Diensteanbietern wird aus Gründen der Rechtsklarheit die umfassende Resale-Verpflichtung in § 4 TKV mit Inkrafttreten dieses Gesetzes aufgehoben.“*¹⁰⁴

Während die Begründung der Bundesregierung noch die im Ergebnis unzutreffenden Prämisse impliziert, das Unionsrecht untersage Resale-Verpflichtungen bei Unternehmen ohne beträchtlicher Marktmacht, ist die des Wirtschaftsausschusses weniger kategorisch. Es lässt sich bei unionsrechtskonformer Auslegung des TKG nicht der Schluss ziehen, dass die Auferlegung von Diensteanbieter-Verpflichtungen nur noch im Rahmen von § 21 TKG (bei beträchtlicher Marktmacht) möglich sein solle.¹⁰⁵

c) Auslegung der Novellierung im Lichte des Unionsrechts

Die Streichung der expliziten marktmachtunabhängigen Rechtsgrundlage wurde wie folgt begründet (Hervorhebungen nur hier):

„Entsprechend der bereits zitierten europäischen Vorgabe in Artikel 17 Abs. 1 GenehmigungsRL [Anm.: Genehmigungsrichtlinie¹⁰⁶] sind bisher erteilte Genehmigungen mit den neuen europäischen Vorschriften in Einklang zu bringen. 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 ZugangsRL

¹⁰³ BR-Drs. 755/03 v. 17.10.2003, S. 89

¹⁰⁴ Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit v. 10.03.2004, BT-Drs. 15/2679, S. 19 (Zu § 149 Abs. 2) und BT-Drs. 15/2674 v. 10.03.2004, S. 114; BR-Drs. 755/2/03, S. 61 (zu § 149).

¹⁰⁵ S. auch *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (8).

¹⁰⁶ Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU L 108 vom 24.04.2002, S. 21.

*[Anm.: Zugangsrichtlinie¹⁰⁷] nur für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht vorsehen. Solche Verpflichtungen können allerdings abweichend von der zitierten Regelung in der ZugangsRL nach Artikel 6 Abs. 1 GenehmigungsRL in Verbindung mit Teil B Nr. 7 des Anhangs der GenehmigungsRL **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.*¹⁰⁸

Es wird also ersichtlich davon ausgegangen, dass die Auferlegung einer Diensteanbieter-Verpflichtung nach Unionsrecht auch „unabhängig von der beträchtlichen Marktmacht“ möglich ist, wenn solche Verpflichtungen im Laufe eines Frequenzverteilungsverfahrens eingegangen wurden (Teil B Nr. 7 des Anhangs der GenehmigungsRL). Die Streichung des damaligen § 4 TKV erfolgte unter expliziten Hinweis auf Art. 12 ZugangsRL.

d) Praxis der BNetzA seit 2004

Mit Festlegung vom 19.12.2007 stellte die Bundesnetzagentur fest, dass eine marktmächtige Stellung eines oder mehrerer Mobilfunknetzbetreiber auf den drei Märkten nicht bestehe und es daher keiner sektorspezifischen Regulierung dieser Märkte bedürfe.¹⁰⁹ Über die generelle Regulierungsbedürftigkeit des Marktes sagt diese Streichung freilich nichts aus.¹¹⁰

aa) Entscheidung 2009

Bei der Vergabe von Frequenzen im Jahr 2009 verzichtete die Bundesnetzagentur explizit darauf, den Frequenzzuteilungsinhabern Diensteanbieter-Verpflichtungen aufzuerlegen, weil sie dazu nach § 61 TKG nicht gesetzlich befugt sei. Insbesondere ergebe sich eine derartige Befugnis nicht aus § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG a.F. (nun § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG). Diensteanbieter-Verpflichtungen stellten eine Beeinträchtigung der Privatautonomie der Lizenzinhaber dar und könnten deshalb nur auf Grund einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage erlassen werden, die es im TKG nicht gebe (Umkehrschluss aus § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG, der entsprechende Rechtsgrundlagen positiv formuliert). Auch § 60 Abs. 2 S. 1 TKG scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus, da dieser keine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass einer

¹⁰⁷ Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. EG L 108 v. 24.04.2004, S. 7.

¹⁰⁸ Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, S. 107.

¹⁰⁹ BNetzA, Festlegung zu Markt 15 v. 19.12.2007, BK 1-06/001, S. 90.

¹¹⁰ S. dazu ausführlich *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (3-4).

Diensteanbieter-Verpflichtung als Nebenbestimmung enthalte. Die in den Alt-Lizenzen enthaltenen Diensteanbieter-Verpflichtungen gelten wegen § 150 Abs. 4 TKG fort, der ausdrücklich bestimmt, dass „die im Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen geltende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen“, weiter gilt.¹¹¹

bb) Entscheidung 2015

Auch bei der Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz und weiterer Frequenzen im Jahr 2015 verzichtete die Bundesnetzagentur auf die Auferlegung einer Diensteanbieter-Verpflichtung. Dabei nahm sie in ihrer Begründung zwar Bezug auf die soeben skizzierte Entscheidung aus dem Jahr 2009, wies eine Pflicht zur Auferlegung jedoch nicht mit vergleichbarer Entschiedenheit von sich. Vielmehr ging die Bundesnetzagentur in der Entscheidung davon aus, dass aufgrund der noch fortgeltenden Diensteanbieter-Verpflichtung den Diensteanbietern der Zugang zu Dienstleistungen der Mobilfunknetzbetreibern noch gewährleistet sei und deshalb „die wiederholende Auferlegung einer Verpflichtung aus Sicht der Kammer nicht zielführend“ sei.¹¹² Da die bisher erteilten UMTS-Lizenzen bis 2020 weiter gelten, sah die Kammer bei ihrer Vergabeentscheidung zum damaligen Zeitpunkt „noch keinen Entscheidungsbedarf“ hinsichtlich der Frage, ob eine Pflicht zur Anordnung von Diensteanbieter-Verpflichtungen bestehe.¹¹³ Die Kammer hob vielmehr die positiven Effekte auf die Frequenznutzung, Markt und Verbraucher hervor und kündigte an, sich bei der Neuvergabe der bisherigen UMTS/IMT-2000-Lizenzen mit der erneuernden Auferlegung einer Diensteanbieter-Verpflichtung zu befassen. Bei einer Neuverteilung werde berücksichtigt werden müssen,

„wie sich Markt und Wettbewerb in Folge der Fusion Telefónica / E-Plus mit Blick auf die Regulierungsziele des TKG entwickeln. Die Kammer wird die Frage der Notwendigkeit einer erneuten Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung ergebnisoffen im Lichte der Neuvergabe der UMTS-Lizenzen, die im Jahre 2020 auslaufen, auf der Grundlage der nach der Auktion durchzuführenden Frequenzverteilungsuntersuchung überprüfen.“¹¹⁴

¹¹¹ BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkammer v. 12.10.2009, Vfg 59/2009, ABl. BNetzA Nr. 20/2009 v. 21.10.2009, S. 106-107.

¹¹² BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, Az. BK1-11/003, Rn. 693.

¹¹³ BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, Az. BK1-11/003, Rn. 695.

¹¹⁴ BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, Az. BK1-11/003, Rn. 695.

cc) Entwurf der Vergaberegeln 2019

In den 5G-Vergabebedingungen erwägt die Bundesnetzagentur im Konsultationsentwurf bislang lediglich die Aufnahme einer „Diensteanbieterregelung in der Form eines Verhandlungsgebots“¹¹⁵ der Netzbetreiber: Frequenzzuteilungsinhaber sollen danach mit Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten verhandeln. Dabei dürfen sie durch die Mobilfunknetzbetreiber nicht diskriminiert werden.¹¹⁶ Als Rechtsgrundlage wird § 60 Abs. 2 S. 1 i.Vm. § 61 Abs. 6 TKG genannt.¹¹⁷ Die Diensteanbieterregelung ist als Nebenbestimmung vorgesehen, soll jedoch gerade nicht als Zugangsverpflichtung verstanden werden, sondern nur ein Verhandlungsgebot statuieren.¹¹⁸ Auf die Verhandlungen behält sich die Bundesnetzagentur ein Maß an Einflussmöglichkeiten vor, das jedoch im Einzelnen unklar ist: „Die Verhandlungen zwischen Zuteilungsinhabern und Diensteanbietern sollen diskriminierungsfrei sein. Mit Blick hierauf sollen sich Zuteilungsinhaber bei Verhandlungen nicht willkürlich verhalten und auf Verlangen der Bundesnetzagentur transparent Auskunft über den Verhandlungsverlauf geben. Die diskriminierungsfreien Verhandlungen sollen dazu führen, dass für beide Verhandlungsparteien zumutbare Bedingungen vereinbart werden, die nicht einseitig benachteiligend sind.“¹¹⁹

Das Diskriminierungsverbot bedeutet, „dass ein Unternehmen im Geschäftsverkehr gleichartige Unternehmen gleich und nicht gleichartige Unternehmen ungleich behandeln darf, ohne dieses Diskriminierungsverbot zu verletzen. Allerdings kann selbst ein gleichartiges Unternehmen ungleich behandelt werden, wenn es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gibt. Hierbei ist eine umfassende Interessenabwägung zwischen den Betroffenen im Lichte der Regulierungsziele des TKG (§ 2 TKG) vorzunehmen.“¹²⁰

Verhandlungsgebot bedeutet nicht Abschluss- und Kontrahierungszwang. Vielmehr folgt daraus „für die Netzbetreiber ein Verhandlungsgebot und für die Bundesnetzagentur die Befugnis,

¹¹⁵ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 228.

¹¹⁶ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 218-219.

¹¹⁷ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 227.

¹¹⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 228.

¹¹⁹ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 222.

¹²⁰ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 223.

in Fällen von Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot zum Schutz des Wettbewerbs einzugreifen, also eine „Schiedsrichterrolle“ auszuüben. Hierzu muss eine umfassende Interessenabwägung zwischen den Betroffenen im o. g. Sinn vorgenommen werden.“¹²¹

Dadurch soll die Privatautonomie der Vertragsparteien erhalten werden und sollen zugleich Anreize für diskriminierungsfreie Verhandlungen zwischen Zuteilungsinhabern und Diensteanbietern geschaffen werden (Rn. 228).

2. Rechtsgrundlagen de lege lata

a) § 60 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. § 61 Abs. 6 TKG

aa) Grundsätzliche Zulässigkeit der Nebenbestimmung

Nach § 60 Abs. 2 S. 1 TKG kann die Frequenzzuteilung zur „Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen sowie der weiteren in § 2 genannten Regulierungsziele“ mit Nebenbestimmungen versehen werden.

Diensteanbieter-Verpflichtungen können als Auflagen i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG ergehen, da sie den Frequenzinhaber zu einem zusätzlichen Tun verpflichten.¹²² Aus § 55 Abs. 5 TKG („Frequenzen werden zugeteilt, wenn...“) folgt, dass es sich bei der Frequenznutzungserlaubnis um einen Verwaltungsakt handelt, auf den ein Anspruch besteht.¹²³ Als solcher darf diese gemäß § 36 Abs. 1 VwVfG nur dann mit einer Nebenbestimmung versehen werden, wenn dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist (Alt. 1) oder wenn die Nebenbestimmung sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden (Alt. 2). In Betracht kommt allenfalls die Zulässigkeit nach Alternative 1. Rechtsvorschrift i.S.v. § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG ist § 60 Abs. 2 S. 1 TKG.¹²⁴ Danach kann zur „Sicherung einer effizienten und

¹²¹ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 225.

¹²² Wagner, CR 2017, 604 (607); Trute/Kuhlmann, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (6).

¹²³ So ausdrücklich zur Vorgängervorschrift in § 53 Abs. 5 TKG-E 2004: Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/2316, S. 77: „Die Formulierung des Absatzes 5 stellt klar, dass es sich bei der Frequenzzuteilung um eine gebundene Entscheidung handelt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht daher ein Rechtsanspruch auf eine Frequenzzuteilung“; Göddel, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 55 TKG Rn. 25; Fetzer, MMR 2018, 63 (64); offenlassend: VG Köln, Urt. v. 23.11.2007, 11 K 4798/06.

¹²⁴ Fetzer, MMR 2018, 63 (64).

störungsfreien Nutzung der Frequenzen sowie der weiteren in § 2 genannten Regulierungsziele ... die Frequenzzuteilung mit Nebenbestimmungen versehen werden.“

Auch aus der Gesetzesbegründung zur Vorgängerregelung des § 58 Abs. 2 TKG a.F. (2004) folgt, dass die Beifügung von Nebenbestimmungen, die dem Anhang B der Genehmigungsrichtlinie entsprechen, zulässig ist.¹²⁵ Schon dessen Vorgänger § 7 Abs. 2 S. 1 FreqZutV machte keine Einschränkungen in Bezug auf die Art der beizufügenden Nebenbestimmungen.¹²⁶

Bei der Novellierung von § 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG im Jahr 2012 wurde überdies der Verweis auf § 2 TKG um die Bezugnahme auf alle Regulierungsziele ausgedehnt. Nicht mehr nur die Sicherung der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG), sondern auch alle anderen Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG rechtfertigen nunmehr die Verbindung der Frequenznutzungserlaubnis mit Nebenbestimmungen. So sind nunmehr auch Nebenbestimmungen zum Zwecke der Wettbewerbsförderung i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG nach § 60 Abs. 2 S. 1 TKG zulässig.¹²⁷ So lag den 2009 geäußerten Zweifeln der Bundesnetzagentur an der Zulässigkeit einer Diensteanbieter-Verpflichtung auf Grundlage des TKG 2004 noch ausdrücklich die Erwägung zu Grunde, dass das in § 60 Abs. 2 S. 1 TKG a.F. allein genannte Ziel „der Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen“ für sich „weder ausdrücklich noch im Wege der Auslegung eine Ermächtigung für die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung enthält“.¹²⁸ Dies kann mit Blick auf das 2012 novellierte TKG nicht mehr gelten, seit § 60 Abs. 2 S. 1 TKG Nebenbestimmungen ausdrücklich auch zur Sicherung „der weiteren in § 2 genannten Regulierungsziele“ zulässt. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu: „Absatz 2 wird ergänzt um die Bezugnahme auf die Regulierungsziele. Da es Aufgabe der Bundesnetzagentur 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. Satz 2 enthält eine klarstellende redaktionelle Änderung.“¹²⁹

¹²⁵ BT-Drs. 15/2316, S. 80.

¹²⁶ S. die Nachweise bei *Wagner*, CR 2017, 604 (609).

¹²⁷ A.A. *Fetzer*, MMR 2018, 63 (66): nur deklaratorischer Charakter.

¹²⁸ BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkammer v. 12.10.2009, Vfg 59/2009, ABl. BNetzA Nr. 20/2009 v. 21.10.2009, S. 107

¹²⁹ Gesetzesbegründung, BR-Drs. 129/11, S. 128 (Zu Nummer 56); zum Ganzen auch *Wagner*, CR 2017, 604 (608).

Nach § 61 Abs. 6 TKG werden die Verpflichtungen, die ein Antragsteller im Laufe des Versteigerungsverfahrens eingeht, Teil der Frequenzbedingungen.¹³⁰

Diensteanbieter-Verpflichtung sind solche Verpflichtungen, die ein Antragsteller im Laufe eines Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahrens eingegangen ist. Durch die vorherige Bekanntgabe der Vergabebedingungen gehen die Bewerber die damit verbundenen Verpflichtungen bewusst ein.¹³¹

bb) Zulässige Nebenbestimmung nach Anhang B der GenehmigungsRL

Als umgesetztes Richtlinienrecht sind die entscheidenden TKG-Vorschriften im Lichte des Unionsrechts und unter Berücksichtigung des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots (Art. 4 Abs. 3 EUV) auszulegen.¹³²

Art. 6 Abs. 1 GenehmigungsRL bestimmt, dass die Allgemeingenehmigung für elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste und die Nutzungsrechte für Funkfrequenzen und Nutzungsrechte für Nummern nur an die in den Teilen A, B und C des Anhangs genannten Bedingungen geknüpft werden können.

Teil B Nr. 7 des Anhangs zur GenehmigungsRL sieht vor, dass Frequenznutzungsrechte an „Verpflichtungen, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist“ geknüpft werden können. Fraglich ist nur, wann davon gesprochen werden kann, dass Verpflichtungen „eingegangen“ im Sinne der GenehmigungsRL wurden. Das Bundesverwaltungsgericht geht in einem *obiter dictum* davon aus, dass Verpflichtungen im Sinne von Teil B Nr. 7 des Anhangs der GenehmigungsRL nicht nur solche sind, die ein Unternehmen freiwillig eingeht, sondern auch solche umfasse, „die aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgingen oder vom Auktionator bekannt gegeben wurden“.¹³³ „Verpflichtungen“ im Sinne der GenehmigungsRL sind mithin solche Bestandteile der Vergabebedingungen, die gem. § 61 Abs. 6 TKG die Antrag-

¹³⁰ *Wagner*, CR 2017, 604 (606); *Koenig/Koch*, MMR 2002, 439.

¹³¹ *Wagner*, CR 2017, 604 (609 f.), mit Verweis auf *Spoerr/Seip/Hörauf*, Rechtsgrundlage für eine DAV bei Neuvergabe der GSM- und UMTS-Frequenzen, 4.10.2013, S. 21; ablehnend *Fetzer*, MMR 2018, 63 (67).

¹³² S. auch allgemein *Gärditz*, in: Scheuerle/Mayen (Hrsg.), TKG Kommentar, 3. Aufl. 2018, Einf II Rn. 22.

¹³³ BVerwG, Urt. v. 18.12.2007, 6 C 47.06, Rn. 24 (letztlich offenlassend), im Anschluss an *Koenig/Koch*, MMR 2002, 439 (442); *Berlinger*, KuR 2003, 16 (19); Die Monopolkommission geht davon aus, „dass auch der EuGH die Rechtsauffassung des BVerwG teilt“, Sondergutachten 2017, S. 31 Rn. 45, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s78_volltext.pdf; a. A. *Fetzer*, MMR 2018, 63 (67).

steller im Laufe des Ausschreibungsverfahrens eingegangen sind und die Bestandteile der Frequenzuteilung werden. Diensteanbieter-Verpflichtungen können seit Wegfall der expliziten Rechtsgrundlage weiterhin in Gestalt von Frequenznutzungsbestimmungen (§ 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG) ergehen.

Teil B Nr. 2 der GenehmigungsRL erlaubt die Verknüpfung der Frequenznutzungsrechte mit Bedingungen, die die effektive und effiziente Frequenznutzung sicherstellen sollen. Dem dienen Diensteanbieter-Verpflichtungen.¹³⁴

Mit „effizienter Frequenznutzung“ meint die Richtlinie nicht nur die effiziente Nutzung des zuzuteilenden Frequenzspektrums in technischer Hinsicht, sondern auch die effiziente „Zuweisung und Zuteilung von Funkfrequenzen“ zur Schaffung eines lautereren, wirksamen Wettbewerbs.¹³⁵ Art. 8 Abs. 2 lit. d der RahmenRL, auf die Teil B Nr. 2 Genehmigungsrichtlinie ausdrücklich Bezug nimmt, bestimmt deshalb auch, dass durch die effiziente Nutzung der Funkfrequenzen und deren effizienten Verwaltung die nationalen Regulierungsbehörden „den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste“ fördern. Der Zusammenhang zwischen effizienter Frequenznutzung und Anbietervielfalt lässt sich wie folgt verschlagnen: „Wettbewerb befördert Effizienz, Effizienz setzt Wettbewerb voraus“.¹³⁶

cc) Erforderlich zur Sicherung der Regulierungsziele

Ob das Vorliegen der Ziele eine Frage des behördlichen Beurteilungsspielraums auf Tatbestandsebene ist oder erst im Rahmen der Ermessensübung zu berücksichtigen ist, wird unterschiedlich beurteilt.¹³⁷ Die Diensteanbieter-Verpflichtung dient in jedem Fall objektiv den Zielen des § 2 TKG. Auch die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur teilt die Auffassung, „dass Diensteanbieter in erheblichem Maße zur Sicherstellung der Regulierungsziele beitragen können“.¹³⁸

¹³⁴ *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (8).

¹³⁵ Erwägungsgrund 19 und 22 der RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie); s. ferner die Nachw. aus der Literatur bei *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (8).

¹³⁶ *Wagner*, CR 2017, 604 (609).

¹³⁷ Das VG Köln ließ die Frage offen, „da die Voraussetzungen in jedem Fall vorliegen müssen“, Urt. v. 23.11.2007, 11 K 4798/06, Rn. 35 (juris); dem folgend: *Hahn/Hartl/Dorsch*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 11.

¹³⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 253.

Dazu gehören nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG die „Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation“. Wettbewerb auf Diensteebene ermöglicht Einsparungen bei den Netzbetreibern, die diese an ihre Endkunden in Form von Abschlägen weitergeben können.¹³⁹ Kleinere Diensteanbieter können dadurch leichter in den Markt eintreten und günstigere Tarife anbieten. Denn sie profitieren vom Großhandels-Rabatt der Netzbetreiber, die diese ihren Resellern gewähren.¹⁴⁰

Diensteanbieter-Verpflichtungen dienen ferner dem Regulierungsziel der „Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Die Bundesnetzagentur geht in ihrem Konsultationspapier selbst davon aus, dass ein ersatzloser Wegfall der seit 2000 geltenden Diensteanbieter-Verpflichtung die Anbietervielfalt schwächen würde und diese deshalb einer regulatorischen Absicherung für die Zukunft bedürfen.¹⁴¹ Der Preiswettbewerb auf Diensteanbieter sichert einen funktionierenden Wettbewerb und dient damit auch den Verbraucherinteressen.¹⁴²

Auch verfolgt die Auferlegung von Diensteanbieter-Verpflichtungen das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG „Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen“. Störungsfreiheit ist dabei nicht nur im technischen Sinne zu verstehen, sondern umfasst auch „die ökonomische Effizienz im Sinne größtmöglicher Breitenwirkung und größtmöglichem volkswirtschaftlichem Nutzen der Frequenzen“.¹⁴³ Effizienz bezieht sich nicht nur auf die Nutzung durch den Zuteilungsinhaber, sondern auch durch Dritte.¹⁴⁴ Diensteanbieter-Verpflichtungen erhöhen die Nutzung durch ihre eigenen Endnutzer und erhöhen damit die Marktdurchdringung durch unterschiedliche Mobilfunknutzer. Zwar nutzen Diensteanbieter kein eigenes Funknetz, aber eine Diensteanbieter-Verpflichtung trägt zum Erhalt und zur Förderung des Wettbewerbs auf der Ebene der Diensteanbieter bei: den Verbrauchern steht dadurch eine erhöhte Produktvielfalt im Bereich der Mobilfunktarife zur Verfügung. Dies kann zur besseren Auslastung der Netzkapazitäten beitragen. Diese Sicht wird auch von der Kommission geteilt:

¹³⁹ *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 573.

¹⁴⁰ *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 573

¹⁴¹ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 238.

¹⁴² *Wagner*, CR 2017, 604 (608).

¹⁴³ S. BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 232.

¹⁴⁴ VG Köln, Urt. v. 23.11.2007, 11 K 4798/06, Rn. 38 (juris).

nach Erwägungsgrund (116) kann die „gemeinsame Nutzung von Netzinfrastrukturen – und in einigen Fällen von Frequenzen – (...) eine wirksamere und effizientere Frequenznutzung ermöglichen und den raschen Netzausbau sichern, insbesondere in dünn besiedelten Gebieten“.¹⁴⁵

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG ist ferner die Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze der nächsten Generation ein zu berücksichtigendes Regulierungsziel: Dieses wird durch Diensteanbieter-Verpflichtung für Zuteilungsinhaber nicht beeinträchtigt. Ihre Investitionsfähigkeit wird nicht beeinträchtigt, da sie aus den Diensteanbieter-Verträgen zugleich Einnahmen generieren, die ihnen für den Netzausbau zur Verfügung stehen.¹⁴⁶

Schließlich gilt nach § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG, dass die Bundesnetzagentur regulatorische Vorabverpflichtungen nur dann auferlegen darf, „wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt“. Die Bundesnetzagentur ist zudem verpflichtet, die Verpflichtungen zu lockern oder aufzuheben, „sobald es einen solchen Wettbewerb gibt“. Dies gilt aber nur für „sektorspezifische Regulierung, die an die Feststellung beträchtlicher Marktmacht anknüpft“.¹⁴⁷

dd) Bestimmtheit

Je geringer die Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme auf die Grundrechtsausübung sind, desto niedriger sind auch die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad einer gesetzlichen Ermächtigung und den Wesentlichkeitsgrundsatz. Es genügt vielmehr, wenn im Einzelfall die Diensteanbieter-Verpflichtung den aus § 37 VwVfG folgenden Bestimmtheitserfordernissen gerecht wird.

Die Auferlegung einer Diensteanbieter-Verpflichtung greift nicht übermäßig in die Grundrechte der Netzbetreiber ein.

Zwar ist mit der Auferlegung einer Diensteanbieter-Verpflichtung zugleich ein Eingriff in die Grundrechte der Netzbetreiber verbunden, allerdings geht die Monopolkommission von einer eher geringen Eingriffsintensivität aus: bei Diensteanbieter-Verpflichtungen geht es darum, „den Netzbetreibern ein von vornherein belastetes Recht überhaupt erst zu gewähren“; zudem findet ein monetärer Ausgleich dadurch statt, dass die Netzbetreiber für die DAV entsprechend zahlen:

¹⁴⁵ Vorschlag für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM(2016) 590 final v. 12.10.2016.

¹⁴⁶ So auch BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 249.

¹⁴⁷ *Wagner*, CR 2017, 604 (609).

„Auch die mit einer Diensteanbieterverpflichtung verbundenen Einschränkungen der von der Berufsfreiheit umfassten Vertragsfreiheit stellen sich mithin als eher gering dar. Das Frequenzverwaltungsrecht verfügt über hinreichend bestimmte Rechtsgrundlagen für eine Diensteanbieterverpflichtung. Schwerwiegende Grundrechtseingriffe, die detailliertere Vorgaben des Gesetzgebers erfordern würden, liegen – wie bereits dargelegt – nicht vor.“¹⁴⁸

b) Diensteanbieter-Verpflichtungen als Inhaltsbestimmung der Frequenznutzungserlaubnis

Daneben wird vertreten, die Diensteanbieter-Verpflichtung als Inhaltsbestimmung zur Frequenzzuteilung i.S.v. § 54 Abs. 1 S. 4 i.V.m. §§ 55, 60 Abs. 1 TKG zu qualifizieren. Sie würde dann intrinsischer Bestandteil der Erlaubnis nach § 55 Abs. 1 S. 2 TKG.¹⁴⁹ Gem. § 54 Abs. 1 S. 4 TKG werden die Frequenznutzung und die Nutzungsbestimmungen „durch technische, betriebliche oder regulatorische Parameter beschrieben“. § 55 Abs. 1 S. 2 TKG definiert die Frequenzzuteilung als behördliche Erlaubnis „zur Nutzung bestimmter Frequenzen unter festgelegten Bedingungen“. Bei der Diensteanbieter-Verpflichtung würde es sich dann um eine inhaltsbestimmende Nutzungsvorgabe i.S.v. § 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG handeln.¹⁵⁰

Dagegen wird jedoch eingewandt, dass eine Diensteanbieter-Verpflichtung im Verhältnis zur Frequenzzuteilung keinen eigenständigen Gehalt habe, ohne den Hauptverwaltungsakt also nicht sinnvoll ergehen könne. Deshalb könne diese nur als Nebenbestimmung ergehen, nicht aber als Inhaltsbestimmung.¹⁵¹ Auch sei eine Diensteanbieter-Verpflichtung isoliert anfechtbar, als Inhaltsbestimmung wäre sie dies nicht mehr. Zuteilungsinhaber müssten dann auf Neuerteilung klagen.

c) Keine Sperrwirkung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG

Schließlich sei betont, dass § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG auch in Bezug auf Diensteanbieter-Verpflichtungen keine Sperrwirkung gegenüber der Möglichkeit entfaltet, solche Verpflichtungen als Nebenbestimmungen zu Frequenzzuteilungen zu erlassen. Insofern kann weitgehend auf die Ausführungen zu National Roaming-Verpflichtungen verwiesen werden.

¹⁴⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 2017, S. 31 Rn. 44, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s78_volltext.pdf; eingehend *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (7).

¹⁴⁹ *Wagner*, CR 2017, 604 (606).

¹⁵⁰ *Wagner*, CR 2017, 604 (607), was aber nicht die Möglichkeit, Diensteanbieter-Verpflichtungen als Nebenbestimmung der Frequenzzuteilungsentscheidung zu erlassen, ausschließt.

¹⁵¹ *Fetzer*, MMR 2018, 63 (64).

3. Geänderte Marktbedingungen

Näher ausgeführt seien an dieser Stelle aber die veränderten Marktbedingungen.

Seit der letzten Auferlegung von Diensteanbieter-Verpflichtungen bei der Vergabe von UMTS-Lizenzen/Frequenzen im Juli 2000, haben sich die Bedingungen auf dem Telekommunikationsmarkt verändert und es haben sich Befürchtungen realisiert, die seinerseits vor der UMTS-Versteigerung im Jahr 2000 geäußert wurden. Damals wurde befürchtet, dass aufgrund der vielfach kritisierten Versteigerungsbedingungen am Ende von den ursprünglich sieben Bietern¹⁵² „nur“ vier etablierte Mobilfunkbetreiber UMTS-Lizenzen ersteigern würden.¹⁵³ Dieser Ausgang hätte nach Ansicht der Literatur „Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegeben“.¹⁵⁴ Letztlich kam es zwar zur Verteilung der maximal möglichen sechs Lizenzen. Doch dieser Zustand währte nicht lange. Nach dem Rückzug mehrerer Unternehmen wird der Markt auf Netzbetreiberebene tatsächlich nur noch von drei Lizenzinhabern beherrscht.

Nicht zuletzt die Fusion von Telefónica und E-Plus im Jahr 2014 führte zu wettbewerbsschädlichen Verdrängung von Anbietern ohne eigene Netzinfrastruktur.¹⁵⁵ Die Kommission vertrat diesbezüglich in ihrem Beschluss über die Vereinbarkeit der Fusion mit dem Binnenmarkt die Auffassung, „dass durch den Zusammenschluss dennoch der wirksame Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für mobile Telekommunikationsdienste und möglicherweise auf dem Vorleistungsmarkt für Zugang und Verbindungsaufbau in Deutschland erheblich beeinträchtigt werden würde“¹⁵⁶ und genehmigte den Zusammenschluss nur unter Auflagen. Insbesondere sah die Kommission die Gefahr, dass durch den Zusammenschluss die Anreize geringer werden würden, dritten MVNOs und Diensteanbietern zu günstigen Bedingungen Zugang zum eigenen Netz zu gewähren:

„Thirdly, the Commission considers that the reduced competitive pressure on the wholesale market due to the reduction in the number of suppliers from four to three is likely to have a negative impact on the merged entity's incentive to grant wholesale access at attractive commercial terms. [...] Fourthly, the Commission considers that the decrease of competitive pressure at the retail level, which is likely to result from the proposed

¹⁵² D-1 Telekom, D-2 Mannesmann, E-Plus, Viag Interkom (E2), 3 G, Mobilcom, Debitel.

¹⁵³ S. die Nachw. bei *Kruhl*, Die Versteigerung knapper Frequenzen, 2002, S. 294.

¹⁵⁴ *Kruhl*, Die Versteigerung knapper Frequenzen, 2002, S. 294.

¹⁵⁵ S. auch *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, S. 1 (4).

¹⁵⁶ Zusammenfassung des Beschlusses der Kommission v. 02.07.2014, C (2014) 4443, Rn. 5.

transaction (...) is likely to also have an impact on the merged entity's incentive to compete on the wholesale market."¹⁵⁷

Auch die Monopolkommission sieht die Marktsituation kritisch:

*„Nach der Fusion von Telefónica und E-Plus wird der deutsche Mobilfunkmarkt von drei Netzbetreibern dominiert, die mit ähnlichen Ressourcenausstattungen und Marktanteilen insgesamt 81 Prozent der Umsätze auf sich vereinen. Die verbleibenden 19 Prozent der Umsätze verteilen sich auf Diensteanbieter und MVNO, die einen wichtigen Wettbewerbsbeitrag auf der Dienstebene leisten. Gleichwohl wird der Wettbewerbsdruck durch diese Anbieter dadurch gebremst, dass sie ohne eigenes Mobilfunknetz im Hinblick auf Netzqualität, verwendete Technologien etc. entscheidend von den Netzbetreibern abhängig sind. Ob der Zusammenschluss von United Internet und Drillisch einen wettbewerbsbelebenden Effekt haben kann, wird sich noch zeigen müssen.“*¹⁵⁸

Die Monopolkommission spricht sich angesichts dessen für die Auferlegung von Diensteanbieter-Verpflichtungen aus:

„Aus Sicht der Monopolkommission spricht für die Auferlegung einer Diensteanbieter- bzw. MVNO-Verpflichtung, dass Diensteanbieter und MVNO einen wichtigen Beitrag für den funktionsfähigen Wettbewerb auf Mobilfunkmärkten leisten. Insbesondere fördern sie das Verbraucherinteresse in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität von Mobilfunkprodukten. Ein funktionsfähiger Wettbewerb auf Mobilfunkmärkten ist nicht nur im Sinne der Endkunden, sondern sorgt auch für eine effizientere Nutzung knapper Frequenzressourcen. Voraussetzung hierfür ist, dass es einen funktionsfähigen Vorleistungsmarkt gibt, der es Anbietern ohne Mobilfunknetz erlaubt, eigene Dienste auf dem Endkundenmarkt anzubieten. Bisher geschieht dies insbesondere auf Basis der bestehenden Diensteanbieterverpflichtung. Der Wegfall bzw. die Nicht- Auferlegung solcher Verpflichtungen hätte zur Folge, dass der Zugang zu Vorleistungen stärker als bisher auf Basis freiwilliger Vereinbarungen zu erfolgen hätte. Grundsätzlich können Netzbetreiber einen Anreiz haben, Vorleistungen auf freiwilliger Basis anzubieten, um eine bessere Auslastung ihrer Netze zu erreichen. Das weitgehende Scheitern solcher freiwilligen Vereinbarungen im Zusammenhang mit LTE-Produkten und der fusionsbedingte Wegfall eines Mobilfunknetzbetreibers und damit eines potenziellen Vorleistungsanbieters lassen das Zustandekommen freiwilliger Vereinbarungen jedoch weniger wahrscheinlich erscheinen. Hinzu kommt, dass Mobilfunknetzbetreiber zunehmend eigene Zweitmarken am Markt etabliert haben, mit denen sie weitere Kundengruppen erreichen, wodurch sie weniger auf Diensteanbieter und MVNO zur Auslastung ihrer Kapazitäten angewiesen sind. Daraus ergeben sich Zweifel daran, dass das bisherige Wettbewerbsniveau auch ohne entsprechende Auflagen zur diskriminierungsfreien Gewährung von Vorleistungen aufrechterhalten werden kann. Diese Überlegungen sprechen grundsätzlich auch für die Erweiterung um eine MVNO-Verpflichtung, durch die die

¹⁵⁷ EU-Kommission, Decision C(2014) 4443 final of 2nd July 2014, M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus, Rn. 812-813.

¹⁵⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 2017, S. 27 Rn. 35, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s78_volltext.pdf.

*Entwicklung innovativer Anwendungen und Geschäftsmodellen auf einer tieferen Ebene der Wertschöpfungskette begünstigt würde.*¹⁵⁹

Auch das Bundeskartellamt weist auf die Notwendigkeit hin, den Mobilfunkbereich langfristig für den Wettbewerb offen zu halten, da nur Wettbewerb auch Innovation und Investition befördert sowie Anreize schafft, gute vertragliche Konditionen und günstige Preise an die Verbraucher weiterzugeben. Es seien deshalb die Belange potenzieller Neueinsteiger, also neuer Netzbetreiber, sowie von Diensteanbietern und Mobile Virtual Network Operators bei der Lizenzvergabe zu berücksichtigen.¹⁶⁰

Aufgabe der Bundesnetzagentur ist es deshalb, bei der Bestimmung der Vergabebedingungen auf die Verhinderung eines verfestigten Oligopols hinzuwirken. Eine Studie aus dem Jahr 2016, die die Wettbewerbslage der 92 Mobilfunknetzbetreiber in den gegenwärtig noch 28 EU-Mitgliedstaaten verglich, kam zu dem Ergebnis, dass die Existenz eines vierten Mobilfunknetzbetreibers zu niedrigeren Internetzugangspreisen und höheren Datenvolumen führt. Deutschland rangiert in der Studie an erster Stelle, verfügt also über die geringste Wettbewerbsfähigkeit und das engste Oligopol.¹⁶¹ In ihrem Konsultationspapier erwähnt die Bundesnetzagentur zwar die Tatsache, dass seit der Fusion nur noch drei Mobilfunknetzbetreiber tätig sind, zieht daraus jedoch nicht die richtigen Schlüsse.¹⁶²

¹⁵⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 2017, S. 30 Rn. 42, abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s78_volltext.pdf.

¹⁶⁰ BKartA, Stellungnahme v. 06.08.2018, S. 3.

¹⁶¹ http://research.rewheel.fi/downloads/Tight_oligopoly_mobile_markets_EU28_2016_PUBLIC.pdf

¹⁶² BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 295.

III. Gebotenheit der Aufnahme einer Diensteanbieter-Verpflichtung in die Ausschreibungsbedingungen

1. Grundsätzliches zum Ermessen

Hinsichtlich der Frage, ob die Frequenzzuteilung mit Nebenbestimmungen verknüpft werden sollte, hat die Bundesnetzagentur nach § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG sowohl ein Auswahl- als auch ein Entschließungsermessen.¹⁶³

Das Ermessen ist gem. § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und innerhalb der gesetzlichen Grenzen auszuüben. Selbst bei grundsätzlicher Ermessensoffenheit, kann ein Fall des intendierten bzw. gelenkten Ermessens vorliegen. Dies ist der Fall, wenn eine Ermessensvorschrift „für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht“, soll davon abgewichen werden, „so müssen besondere Gründe vorliegen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst.“¹⁶⁴

In Betracht kommt zudem eine Ermessensreduzierung dahingehend, dass die Erteilung einer verbindlichen Diensteanbieter-Verpflichtung geboten ist. Eine solche Ermessensreduzierung liegt vor, wenn sich nur eine Entscheidung mit den Zwecken der Ermächtigung begründen lässt, andere Entscheidungsmöglichkeiten mithin nicht in Betracht kommen, da sie nicht sachgerecht sind.¹⁶⁵ Mit Blick auf die Regulierungsziele ist von einer entsprechenden Verengung des Entschließungsermessens auszugehen.¹⁶⁶

Auch das Auswahlermessen, die Frage des „wie“ der Nebenbestimmung, ist angesichts der geschilderten Marktbedingungen und der Besonderheit der knappen Ressource „Frequenzen“ dahingehend konkretisiert, dass nur durch den Erlass von Diensteanbieter-Verpflichtungen als Nebenbestimmung zur Frequenzzuteilung den TKG-Regulierungszielen sowie den verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben und dem Unionsrecht gerecht werden kann.

¹⁶³ *Kösling*, *Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz*, Berlin 2005, S. 199; *Sörries*, in: *Säcker* (Hrsg.), *TKG*, 3. Aufl. 2013, § 60 Rn. 12; *Göddel*, in: *Geppert/Schütz, Beck'scher TKG*, 4. Aufl. 2013, § 60 Rn. 6.

¹⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 16.06.1997, Az. 3 C 22-96 = NJW 1998, 2233 (2234).

¹⁶⁵ *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, 18. Aufl. 2017, § 40 Rn. 71.

¹⁶⁶ So auch *Wagner/Helmstädter/Nüßing*, CR 2017, 743 (751) nach eingehender Analyse.

Bei der Verteilung von Frequenzen sind die unternehmerische Freiheit der Unternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG), aber auch die verfassungsrechtlich in Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG getroffene Grundentscheidung für die Erbringung von TK-Dienstleistungen im privatwirtschaftlichen, freien Wettbewerb sowie die aus Art. 87f Abs. 1 GG folgende Gewährleistungsverantwortung des Staates handlungsleitende Direktiven.¹⁶⁷

Leitlinien für die Bundesnetzagentur bei der Ausgestaltung des Vergaberahmens sind die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG, die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 87f GG sowie die allgemeinen Grundsätze des § 55 Abs. 1 S. 3 TKG und speziellen des § 61 Abs. 4 S. 1 TKG. Das Verfahren hat überdies verfassungsrechtlich abgesicherten Anspruch der Bewerber und Neueinsteiger auf Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG) Rechnung zu tragen.¹⁶⁸ Daraus folgt Anspruch auf diskriminierungsfreie Entscheidung, aber auch auf diskriminierungsfreie Verfahrensgestaltung im Vorfeld. Unionsrechtlicher Hintergrund der Regelungen sind insbesondere Art. 9 Abs. 1 S. 2 RahmenRL und Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 GenehmigungsRL.

Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG stellt klar, dass die Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen nur „im und durch Wettbewerb sichergestellt“ werden kann.¹⁶⁹ Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG bezieht sich nicht nur auf Universaldienstleistungen im Sinne einer Grundversorgung, sondern auf sämtliche Telekommunikationsdienstleistungen.¹⁷⁰ Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG geht davon aus, dass Telekommunikationsdienstleistungen durch mehrere private Anbieter erbracht werden. Der Verfassungsbestimmung wird deshalb auch der Auftrag „zur positiven Förderung und Gewährleistung eines funktionstüchtigen Wettbewerbs“ beispielsweise durch „Ermöglichung eines Dienstewettbewerbs auf bestehenden Netzen“ entnommen.¹⁷¹

„Privatwirtschaftlich“ i.S.v. Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG können Telekommunikationsdienstleistungen jedoch nur sinnvoll erbracht werden, wenn der freie Wettbewerb zugelassen und bei den gegenwärtigen Marktbedingungen so reguliert wird, dass auch kleineren und mittleren Unternehmen der Marktzutritt noch möglich bleibt. Diesem verfassungsrechtlichen Gebot muss durch verstärkten Wettbewerb auf Diensteebene Rechnung getragen werden, denn: wo der

¹⁶⁷ Vgl. *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, Tübingen 2010, S. 420.

¹⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 26.01.2011, Az. 6 C 2/10, Rn. 25, juris; *Göddel*, in: Geppert/Schütz, TKG, 4. Aufl. 2013, § 55 TKG Rn. 23

¹⁶⁹ *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87f GG Rn. 34.

¹⁷⁰ *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87f GG Rn. 49.

¹⁷¹ *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 60. EL Okt. 2010, Art. 87f GG Rn. 38.

Wettbewerb der Netze schon beschränkt ist, muss jedenfalls der „Wettbewerb auf dem Netz“¹⁷² ausgedehnt werden.

Maßgeblich sind die Regulierungsziele des § 2 TKG, die allesamt gleichermaßen zu berücksichtigen sind. Dem widerspricht es, wenn die Bundesnetzagentur den Interessen der etablierten drei Mobilfunknetzbetreiber überproportional stark Rechnung trägt. Es verstößt nach Ansicht des EuGH gegen Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 RahmenRL, wenn der nationale Gesetzgeber schon im Tatbestand einem bestimmten Regulierungsziel den Vorrang einräumt und das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde dadurch richtlinienwidrig einschränkt.¹⁷³ Dies muss auch gelten, wenn die Regulierungsbehörde einen abwägungsoffenen Tatbestand wie § 60 Abs. 2 S. 1 TKG nicht ausschöpft und ihr Regulierungsermessen einseitig zu Gunsten der Wettbewerbsinteressen einzelner Mobilfunknetzbetreiber ausübt. Die Pflicht zur Abwägung aller unionsrechtlich vorgegebenen Regulierungsziele endet nicht bei der gesetzlichen Ausgestaltung. Sie muss sich vielmehr bis zur endgültigen Zuteilungsentscheidung fortsetzen:

„Die Mitglieder der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur, deren Sachkunde durch fortlaufende wissenschaftliche Unterstützung institutionell abgesichert ist (§ 125 Abs. 2 TKG), nehmen im Rahmen eines mit besonderen Antrags- und Beteiligungsrechten ausgestatteten, förmlichen Verwaltungsverfahrens (§§ 132 ff. TKG) eine gestaltende Aufgabe wahr, deren Ergebnis weitgehend frei ist von festen normativen Vorgaben und eine prognostische Beurteilung darüber voraussetzt, wie die unterschiedlichen Ziele der Regulierung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange bestmöglich zu erreichen sind. Der damit notwendigerweise verbundene Entscheidungsspielraum ist aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts Ausdruck dessen, dass nach dem Normzweck des Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 ZugangsRL die nationale Regulierungsbehörde über den vollen Ermessensspielraum verfügen soll, wenn es um die Entscheidung geht, welche Verpflichtungen angemessen sind und im Einklang mit dem gemeinschaftlichen Rechtsrahmen stehen [...].“¹⁷⁴

Bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen sind mithin die Interessen aller Beteiligten zu ermitteln und bei der Abwägung zu berücksichtigen. Ein Unterlassen kann im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung als Abwägungsfehler gerügt werden.¹⁷⁵

¹⁷² So treffend *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 570.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 03.12.2009, Rs. C-424/07 – Kommission/Deutschland, Rn. 93 f.

¹⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 28. November 2007 – 6 C 42/06 –, BVerwGE 130, 39-52, Rn. 30-31; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 27.05.2008, 1 BvR 478/08, Rn. 2.

¹⁷⁵ BVerwG, Urt. v. 28.11.2007, Az. 6 C 42/06 = BVerwGE 130, 39; *Masing*, Verhandlungen des 66. DJT, S. D 156.

2. Fehlerhafte Ermessensausübung: Bloßes „Verhandlungsgebot“ unzureichend

Die im Konsultationsentwurf der Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur über die Vergaberegeln vorgesehenen bloßen „Diensteanbieterregelungen“ sind unzureichend und werden den Regulierungszielen nicht gerecht.

Aufgrund des erheblichen Verhandlungsungleichgewichts zwischen Diensteanbietern und Netzbetreibern ist eine Verhandlungslösung auf Augenhöhe nicht zu erwarten. So geht auch die Literatur davon aus, dass es verbindlicher Regulierung der Bundesnetzagentur auf dem Gebiet der Frequenzregulierung bedarf: „Eine Verhandlungslösung am Markt, bei der sich die Parteien über den Wiedereinkauf und seine Konditionen einigen, ist weitgehend unwahrscheinlich. Die Unterschiede in der Marktstellung und den strategischen Interessen der Anbieter verhindern i.d.R. eine Einigung.“¹⁷⁶ Die Regulierungsbehörde hat durch verbindliche Auflagen die Regulierungsziele sicherzustellen. Durch das bloße Verhandlungsgebot hingegen entledigt sich die Bundesnetzagentur ihrer Regulierungsaufgabe und überantwortet die komplexe Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen (chancengleicher Wettbewerb nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG einerseits, die wirtschaftlichen Interesse der Netzbetreiber und Mobilfunkdiensteanbieter andererseits) den privaten Bewerbern, die überdies durch ein erhebliches Marktungleichgewicht gekennzeichnet sind. Freiwillige vertragliche Regelungen werden aufgrund der „strukturellen Überlegenheit“ der Netzbetreiber den Interessen der Neueinsteiger nicht vollumfänglich gerecht werden können und zum Vorteil für die etablierten Netzbetreiber sein.¹⁷⁷

Es ist insbesondere nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Bundesnetzagentur damit begnügt, auf die Auflagen der EU Kommission gegenüber der Telefónica im Fusionskontrollverfahren zu verweisen, die Diensteanbieterverpflichtungen enthalten und daraus den Schluss zu ziehen: „Damit haben die Diensteanbieter zumindest übergangsweise die regulatorische Sicherheit, zumindest eines der drei bestehenden Mobilfunknetze nutzen zu können.“¹⁷⁸ Einen Anspruch, unter den Bedingungen der Kommissionsentscheidung LTE-Zugang zu erhalten, haben Diensteanbieter nur gegenüber *einem* Mobilfunknetzbetreiber, nicht aber gegenüber den übrigen zwei und somit nicht gegenüber *allen*. Dass selbst der von der EU Kommission vorgegebene Verhandlungsrahmen nicht ausreichend ist, um Zugang auf Diensteebene zu erleichtern,

¹⁷⁶ Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 576.

¹⁷⁷ Wagner, CR 2018, 534 (540).

¹⁷⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 256

sieht auch das BKart A in seiner Stellungnahme zum Frequenzkompass: Die Zugangsverhandlungen zwischen den MVNOs und Telefónica erwiesen sich als zu „langwierig und kompliziert“.¹⁷⁹ Ein MVNO, die Multiconnect GmbH, hat überdies gegen den Beschluss der Kommission¹⁸⁰ Klage eingereicht, u.a. mit der Begründung, dass die von der Telefónica eingereichten Verpflichtungszusagen nicht ausreichend für den Erhalt des Wettbewerbs sind.¹⁸¹ Dass Verhandlungsgebote auf den Telekommunikationsmärkten nicht dem Regulierungsziel genügen, belegt auch die Empirie: So ergingen in der Vergangenheit zahlreiche Zusammenschaltungsanordnungen, nachdem Verhandlungen gescheitert waren.¹⁸² Auf dem Gebiet der Zugangsregulierung im Telekommunikationsmarkt genügt nicht das Vertrauen auf konsensuale Verhandlungen zwischen den Marktteilnehmern, bei denen das Gewinnstreben im Vordergrund steht. Es bedarf vielmehr der aktiven Lenkung durch einseitig-hoheitliche, imperative Verhaltenssteuerung.¹⁸³

Regulatorische Sicherheit zu gewährleisten, ist im Vergabeverfahren zentrale Aufgabe der Bundesnetzagentur. Dieser kann sie sich nicht durch Verweis auf von der EU Kommission auferlegten Verpflichtungen entledigen, zumal die sogenannten Non-MNO Remedies nur auf die Bewahrung des status quo vor der Fusion abzielen. Für die normalen Diensteanbieter gibt es nur eine Erhaltung des Vertragsstands, wie er bereits vor der Fusion abgeschlossen wurde. Damit sind nach der Non-MNO Remedy zumindest in der Lesart der Telefónica die Diensteanbieter von neuen Technologien und höheren Datenvolumina sowie Skaleneffekten durch technische Erneuerungen abgeschnitten. Auf dem stark dynamischen Telekommunikationsmarkt werden sie aber ohne technische Fortentwicklung und Preisanpassung verdrängt. Es ist insofern auch nicht diskriminierungsfrei und objektiv, wenn die Bundesnetzagentur zur Sicherstellung der Regulierungsziele auf die Verpflichtungen eines Netzbetreibers hinweist und dadurch die übrigen zwei Mobilfunknetzbetreiber außen vorlässt.

¹⁷⁹ BKartA, Stellungnahme zum Frequenz-Kompass v. 29.09.2016, S. 5, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme_Frequenzkompass_BNetzA_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

¹⁸⁰ Beschluss C(2014) 4443 final in der Sache M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus.

¹⁸¹ EuG, Rs. T-884/16 – Multiconnect/Kommission, ABl. C 38/53 (anhängig).

¹⁸² S. die Zahlen aus dem Jahr 2005 bei *Attendorn*, DÖV 2008, 715 (718).

¹⁸³ So nachdrücklich speziell für die TK-rechtliche Zugangsregulierung *Attendorn*, DÖV 2008, 715 (722), insbesondere mit Blick auf die Empirie.

Es liegt keine sachgerechte Aufgabenwahrnehmung der Regulierungsbehörde mehr vor, wenn sie Neueinsteigern die Chance auf gleichmäßige Grundrechtsverwirklichung verunmöglicht, indem sie von ihren Gestaltungsoptionen keinen Gebrauch macht.

Auch trägt der Vergleich der Bundesnetzagentur zum Fusionskontrollverfahren nicht, in dem die EU Kommission gem. Art. 8 Abs. 2 Fusionskontroll-VO¹⁸⁴ den Zusammenschluss von Unternehmen mit Auflagen und Bedingungen genehmigen kann.¹⁸⁵ Zwar hat die EU Kommission den Zusammenschluss von Telefónica und E-Plus u.a. nur unter der Auflage genehmigt, dass diese mit neuen Mobilfunknetzbetreibern ein MNO Agreement abschließt und Mobilfunkdiensteanbietern detailliert vorgegebenen Zugang ermöglicht. Allerdings hat die EU Kommission zugleich den Verhandlungsrahmen (u.a. zum National Roaming) sowie Abhilfemöglichkeiten streng vorgegeben. Überdies wurden die Selbstverpflichtungsaufgaben durch einen beschleunigten Streitbeilegungsmechanismus („Fast-track Dispute Resolution“) sowie die anschließende fristgebundene Möglichkeit der Schiedsgerichtsentscheidung durch das Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS e.V.) abgesichert, für den Fall dass eine der Parteien ihren Verpflichtungen nicht nachkommt (insbesondere wenn sie von den vorgegebenen Bedingungen abweicht).¹⁸⁶

Die Bundesnetzagentur beschränkt sich hingegen auf die Auferlegung eines im Einzelnen nicht näher ausgestalteten Verhandlungsgebots für die bestehenden Netzbetreiber, das zudem verfahrensrechtlich nicht abgesichert wird. So ist bereits die Reichweite der Diensteanbieterregelung unklar: die Verhandlungspflicht besteht demnach beispielsweise nicht gegenüber „jedem Interessenten“, sondern nur für „geeignete Diensteanbieter“.¹⁸⁷

Auch wird nicht sichergestellt, dass die Diensteanbieter auch wettbewerbsfähige Konditionen erhalten. Der Mehrwert einer bloßen Diensteanbieterregelung mit Verhandlungsgebot, bei der sich die Bundesnetzagentur aber auf ihre nachträgliche Schiedsrichterrolle beschränkt, bleibt insgesamt fraglich und setzt Marktneueinsteiger der Verhandlungsmacht der lizenzierten Betreiber aus: Zwar mag sich aus ökonomischer ein Grundanreiz für die Netzbetreiber ergeben,

¹⁸⁴ VO (EG) Nr. 139/2004.

¹⁸⁵ S. zu diesem Vergleich BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 243, 256.

¹⁸⁶ Case M.7018, Telefónica Deutschland/E-Plus, ANNEX C, Commitments to the European Commission, 29th May 2014.

¹⁸⁷ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 255.

Diensteanbieter-Vereinbarungen einzugehen, weil ihnen die Refinanzierung der Frequenzteilung sowie des Netzausbaus ermöglicht wird. Umgekehrt ist der ökonomische Anreiz sicherlich größer, sich durch den Ausschluss von Diensteanbieter-Verpflichtungen Oligopolgewinne zu sichern. Die Bundesnetzagentur wird deshalb ihrer Pflicht zur Regulierung nicht gerecht, wenn sie ein Verhandlungsgebot statuiert, ohne den Verhandlungsrahmen zu skizzieren und dessen Justiziabilität abzusichern. Sie überlässt den Telekommunikationsdienstleistungsmarkt damit letztlich dem freien Spiel der Märkte. Dabei hat jedoch das Versteigerungsverfahren zum Ziel zu verhindern, dass „die staatliche Verteilunglenkung zu einer Spielwiese privater Marktverdrängungsmacht“¹⁸⁸ wird:

„Übernimmt der Staat die hoheitliche Zuteilung knapper Güter unter Inanspruchnahme des Marktes, ist er zum Schutz der dadurch berührten grundrechtlichen und grundfreiheitlichen Betätigungsräume gegen wettbewerbswidrige Eingriffe und drittschädigende Präferenzen, die die Integrität des intendierten Auswahlprozesses gefährden, aufgerufen. Er muss alle Gestaltungs- und Schutzmöglichkeiten ausschöpfen, die unter Ausnutzung wechselseitiger Bieterinflüsse und der Beeinflussung eines rechtsstaatlich zu sichernden Entscheidungsprogramms die verfassungsrechtlich notwendigen Schranken weisen.“¹⁸⁹

Es führt überdies für die Mobilfunkdiensteanbieter zu Rechtsunsicherheit. Diese werden dadurch gehindert, zukunftsorientierte Investitionen zu tätigen oder auch nur zu planen. Dies steht im Widerspruch zu den Zielen der effizienten Frequenzvergabe und dem beschleunigten Netzausbau. Dies steht auch dem zuverlässigen und vorhersehbaren Investitionsausbau entgegen.

Schließlich hat die nicht näher ausgestaltete, pauschale Verhandlungslösung die unnötige Verzögerung des Markteintritts zur Folge. Denn sollten die Verhandlungen scheitern oder unter diskriminierenden Umständen stattfinden, hat die Regulierungsbehörde letztlich verbindlich zu entscheiden und so rasch wie möglich, spätestens innerhalb von 4 Monaten, Rechtssicherheit zu schaffen (§ 133 Abs. 1 S. 2 TKG, Art. 20 RahmenRL). Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Bundesnetzagentur ihrer Pflicht zur verbindlichen Entscheidung nicht im Sinne der Rechtssicherheit und Planbarkeit bereits früher durch eindeutige und verbindliche Vorgaben in den Vergabebedingungen nachkommen will.

Konkret zieht die Bundesnetzagentur folgende Erwägungen in ihre Abwägung nicht mit ein:

¹⁸⁸ Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung, Tübingen 2008, S. 363.

¹⁸⁹ Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung, Tübingen 2008, S. 363.

Sie erkennt zwar eine potenzielle Beeinträchtigung der Privatautonomie und Berufsfreiheit der Zuteilungsinhaber durch Diensteanbieter-Verpflichtungen.¹⁹⁰ Sie geht jedoch bei der Abwägung nicht darauf ein, dass das Vertrauensschutzinteresse der Zuteilungsinhaber im Falle der Verbindung der Frequenzzuteilung mit einer Diensteanbieter-Verpflichtung auch deshalb nur geringfügig betroffen ist, weil Diensteanbieter-Verpflichtungen bereits seit dem Jahr 2000 Bestandteil der Frequenzentscheidung waren.

Vor diesem Hintergrund ist von einer Ermessensreduzierung dahingehend auszugehen, dass angesichts der Marktbedingungen und der Regulierungsziele nur die Auferlegung einer verbindlichen und vor allem durchsetzbaren Diensteanbieter-Verpflichtung als Rechtsfolge in Betracht kommt. Nur dadurch wird mittel- und langfristig der funktionierende Wettbewerb gesichert und die dauerhafte Gewährleistung eines preiswerten Mobilfunkangebots sichergestellt.

IV. Rahmenbedingungen einer Verhandlungslösung

Sofern die Bundesnetzagentur trotz der rechtlichen Gebotenheit einer unmittelbaren Diensteanbieter-Verpflichtung an einer Verhandlungslösung festhalten sollte, muss eine solche Verhandlungslösung durch entsprechende rechtliche Rahmenbedingungen flankiert sein. Insofern gelten die Ausführungen zu den Rahmenbedingungen einer Verhandlungslösung in Bezug auf das National Roaming entsprechend.¹⁹¹

E. Rechtsschutz gegen die Festlegung der Vergabebedingungen

Gegen die Festlegung der Vergabebedingungen durch die Bundesnetzagentur kommen sowohl Primärrechtsschutz – gerichtet auf die Aufhebung oder Änderung der Festlegungen durch Gerichte – als auch Sekundärrechtsschutz – gerichtet auf den Ersatz von Schäden, die durch rechtswidrige Vergabebedingungen entstanden sind – in Betracht. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf eine Skizzierung des Primärrechtsschutzes und lassen kompensatorische Ansprüche, namentlich einen Amtshaftungsanspruch und einen unionsrechtlich begründeten Staatshaftungsanspruch, außer Betracht.

¹⁹⁰ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 257.

¹⁹¹ Siehe oben S. 34.

I. Unmittelbarer Verwaltungsrechtsschutz gegen die Verfahrensentscheidung

Gegen Beschlusskammerentscheidungen nach § 132 TKG ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (§ 40 VwGO).¹⁹² Das Vorverfahren ist nach § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO in Verbindung mit § 137 Abs. 2 TKG bei Beschlusskammerentscheidungen unstatthaft, so dass unmittelbar Klage erhoben werden kann. Das BVerwG verlangt jedoch für die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage die vorherige erfolglose Antragstellung bei der Bundesnetzagentur auf Vornahme des begehrten Verwaltungsakts.¹⁹³

Da es sich bei der Verfahrensentscheidung nach § 61 Abs. 4 TKG um einen eigenständig anfechtbaren konkret-generellen Verwaltungsakt handelt, ist für den Rechtsschutz nicht erst die abschließende Frequenzzuteilungsentscheidung abzuwarten. Vielmehr kann bereits im Vorfeld gegen die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen Klage eingelegt werden. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur ergeht auf Grundlage von §§ 55 Abs. 10, 61 Abs. 3 und Abs. 4 und Abs. 6, 132 Abs. 1 und 3 TKG.¹⁹⁴

Die Anfechtung der Entscheidung über die Vergaberegeln entfaltet gem. § 137 Abs. 1 TKG jedoch keine aufschiebende Wirkung. Die Versteigerung könnte auf Grundlage dieser Vergaberegeln dennoch erfolgen, wenngleich unter dem erhöhten Risiko der nachträglichen Unwirksamkeit, wenn das Gericht die Entscheidung nachträglich aufhebt.

Auch ist die Bundesnetzagentur sonst nicht gezwungen, bei Klageerhebung gegen die Festlegung der Vergabebedingungen das weitere Vergabeverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung auszusetzen.¹⁹⁵

Geboten wäre deshalb in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur als Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG. Gleichzeitig

¹⁹² S. statt vieler: *Knauff*, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, *VerwArch* 98 (2007) 382, 386 f.

¹⁹³ BVerwG, Urt. v. 28.11.2007, Az. 6 C 42/06, Rn. 26 (juris).

¹⁹⁴ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001.

¹⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 01.09.2009, Az. 6 C 4/09, Rn. 26: Sie handele dann jedoch „auf eigenes Risiko“. Denn wird nachträglich ein Fehler auf der früheren Stufe im Vergabeverfahren gerichtlich festgestellt, hat dies die Unwirksamkeit der Vergabeentscheidung zur Folge; *Göddel/Geppert*, in: BeckOK TKG, 4. Aufl. 2013, § 61 TKG Rn. 21.

bedarf es der Klage auf Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Bestimmung verbindlicher Diensteanbieter- und National Roaming-Verpflichtungen in den Vergabebedingungen.

Da diese Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung entfalten, das Zuteilungsverfahren mit hin dennoch in Gang gesetzt werden kann, bedarf es zugleich des Eilrechtsschutzes gem. § 80 Abs. 5 Alt. 1 VwGO mit Antrag auf erstmalige Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage sowie nach § 123 VwGO. Nur dadurch kann eine Aussetzung des Verfahrens erreicht werden. Allerdings stehen im Eilverfahren weniger Instanzen als im ohnehin verkürzten Hauptsacheverfahren offen: Gem. § 137 Abs. 3 Satz 1 TKG ist die Beschwerde gegen Eilentscheidungen des Verwaltungsgerichts generell ausgeschlossen. Dies erfordert eine umso intensivere verwaltungsgerichtliche Folgenabwägung im Eilverfahren.¹⁹⁶

II. Isolierte Anfechtbarkeit der Entscheidung über die Vergabebedingungen

Anordnungen der Bundesnetzagentur über die Durchführung eines Vergabeverfahrens, die Auswahl des Versteigerungsverfahrens und die Festlegung von Vergabebedingungen sind selbstständig anfechtbare Verwaltungsakte i.S.v. § 35 S. 2 VwVfG. Es handelt sich insb. nicht um Verfahrenshandlungen i.S.v. § 44a VwGO:

*„Der Gesetzgeber hat für die nach § 55 Abs. 9, § 61 TKG zu treffenden Beschlusskammerentscheidungen nicht nur die Rechtsform des Verwaltungsakts ausdrücklich angeordnet, sondern auch die Modalitäten ihres Zustandekommens und ihrer rechtlichen Überprüfung besonders geregelt. Er hat diese (Zwischen-)Entscheidungen der Bundesnetzagentur zugleich qualitativ höherwertig ausgestaltet als die abschließende Sachentscheidung, die Frequenzzuteilung, die außerhalb des Beschlusskammerverfahrens nach § 55 TKG erfolgt (§ 61 Abs. 1 Satz 3 TKG). Dieser Regelungszusammenhang deutet zwingend darauf hin, dass für die als Verwaltungsakte ausgestalteten Beschlusskammerentscheidungen über die Durchführung des Vergabeverfahrens, die Auswahl des Versteigerungsverfahrens **und die Festlegung von Vergabebedingungen** auch und gerade die den Verwaltungsakt zentral kennzeichnende Rechtsfolge, die Bestandskraft, Geltung beanspruchen soll.“¹⁹⁷*

Es genügt daher nicht, die endgültige Zuteilungsentscheidung (§ 55 Abs. 10 TKG) anzufechten, wenn bereits die Versteigerungsmodalitäten bemängelt werden. Die Entscheidung über die Ver-

¹⁹⁶ Vgl. *Knauff*, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, *VerwArch* 98 (2007) 382, 400.

¹⁹⁷ BVerwG, *Urt. v. 01.09.2009*, Az. 6 C 4.09, Rn. 23 f. in Bezug auf § 61 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2, Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 132 Abs. 3 Satz 3 TKG.

steigerungsmodalitäten erwächst schließlich nach Ablauf der Anfechtungsfrist mit der öffentlichen Bekanntgabe im Amtsblatt der Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Wochen in Bestandskraft (§ 41 Abs. 4 VwVfG).¹⁹⁸

III. Mögliche Rechtsverletzung

Nach § 42 Abs. 2 VwGO ist klagebefugt, wer geltend machen kann, durch die Vergabebedingungen in subjektiv-öffentlichen (materiellen) Rechtspositionen möglicherweise verletzt zu sein. Da die einzelnen Mobilfunkdiensteanbieter nicht unmittelbar Adressaten der Entscheidung über die Festlegung der Vergabebedingungen sind, muss nach der Schutznormtheorie die Verletzung solcher öffentlich-rechtlicher Normen geltend gemacht werden, die zumindest auch dem Schutz der Interessen der Anbieter zu dienen bestimmt sind.¹⁹⁹

1. Anspruch auf chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren

Als verletztes Recht kommt das auch den Interessen der Zuteilungsbewerber dienende Diskriminierungsverbot des § 55 Abs. 1 S. 3 TKG i.V.m. § 61 Abs. 4 S. 1 TKG in Betracht. Danach müssen die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens „objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und die Belange kleinerer und mittlerer Unternehmen berücksichtigen“. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist diese Verfahrensvorschrift individualschützend und entfaltet „drittschützende Wirkung für denjenigen, der sich am Frequenzvergabeverfahren beteiligt oder beteiligen will, und sich auf seinen Anspruch auf chancengleiche Teilnahme beruft“.²⁰⁰ Bereits die Entscheidung über die Festlegung der Vergabebedingungen nach § 61 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 TKG betrifft potenzielle Bewerber in ihrem Zugangsanspruch, insbesondere soweit die Vergabebedingungen später Bestandteil der abschließenden Frequenzzuteilung werden:

„Auch die Vergabebedingungen gestalten den Zugangsanspruch, insbesondere soweit sie im Zusammenhang mit der Versorgungsverpflichtung Bestandteil der abschließenden Frequenzzuteilung werden.“²⁰¹

¹⁹⁸ Wollenschläger, Verteilungsverfahren, Tübingen 2010, S. 444.

¹⁹⁹ Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 42 Rn. 78 m.w.N.

²⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 01.09.2009, Az. 6 C 4/09, Rn. 18 (juris); BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 6 C 40/10, Rn. 11 (juris).

²⁰¹ BVerwG, Urt. v. 01.09.2009, Az. 6 C 4/09, Rn. 19 (juris) – Verweise ausgelassen.

Dass die 1&1 Drillisch AG, Freenet, M-Net, Net-Cologne, Stadtwerke Norderstedt (wilhelm.tel) und EWE TEL durch die gegenwärtige Ausgestaltung der Vergabebedingungen möglicherweise in ihren subjektiven Rechten verletzt sind, ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Nicht auszuschließen ist im Übrigen, dass auch solche Unternehmen benachteiligt werden, die am konkreten Versteigerungsverfahren nicht mitbieten. Dies gilt typischerweise für Unternehmen, die kein eigenes Netz betreiben, sondern allein Dienste anbieten wollen. Sie werden durch die Ausgestaltung der Vergabebedingungen mittelbar dadurch berührt, dass diese Vergabebedingungen später Bestandteil der Frequenzzuteilung werden.

2. Inhalt des Anspruchs

Das Vergabeverfahren hat „grundrechtssichernde Funktion“ und muss deshalb die materielle Rechtsverwirklichung verfahrensrechtlich absichern.²⁰² Anbieter von Telekommunikationsdiensten und Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die ihre Teilnahme am Vergabeverfahren angekündigt haben, haben einen aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren.

Gerade mit Blick auf den bei der Versteigerung von Frequenzen absehbaren „Verdrängungswettbewerb“ der Bieter²⁰³ hat die Bundesnetzagentur eine besondere Rolle bei der Ausgestaltung eines fairen Verteilungsrahmens. Kommt es nachträglich zu wettbewerbswidrigem Verhalten der erfolgreichen Bieter, ist dieses gegebenenfalls der Bundesnetzagentur zuzurechnen, da sie es durch das Versteigerungsdesign erst ermöglicht hat.²⁰⁴

Unterlässt die Bundesnetzagentur die hoheitliche Festlegung solcher Verfahrensbestimmungen, die für die effektive Zielerreichung unabdingbar sind, und wird dadurch der Eintritt von Neueinsteigern von vornherein vereitelt, verletzt sie deren Anspruch auf chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren.

Das Gesetz gibt in § 61 Abs. 4 S. 1 TKG vor, dass die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens „objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei“ sein und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen zu berücksichtigen müssen. Die Regeln müssen die Verwirklichung der Regulierungsziele (§ 52 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 TKG), insbesondere die

²⁰² *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Tübingen 2008, S. 86.

²⁰³ *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Tübingen 2008, S. 361 m.w.N.

²⁰⁴ Vgl. *Kruhl*, Die Versteigerung knapper Frequenzen, Baden-Baden 2002, S. 294.

effiziente Nutzung der Frequenzen, gewährleisten. Gem. § 55 Abs. 1 S. 3 TKG erfolgt die Frequenzzuteilung zweckgebunden und diskriminierungsfrei auf Grundlage nachvollziehbarer und objektiver Verfahren. Unionsrechtlicher Hintergrund dieser Vorschriften ist Art. 7 Abs. 3 GenehmigungsRL, der die Erteilung nach „objektiven, transparenten, nichtdiskriminierenden und verhältnismäßigen Auswahlkriterien“ verlangt. Die Regulierungsbehörde hat bei diesen Auswahlkriterien der Umsetzung der Ziele nach Artikel 8 RahmenRL (Förderung des Wettbewerbs, Entwicklung des Binnenmarkts, Schutz der Bürgerinteressen) gebührend Rechnung zu tragen. Das TKG verlangt vor dem Hintergrund des Unionsrechts, dass der Versteigerungsrahmen wettbewerbssichernd gestaltet ist. Diesem Gestaltungsauftrag²⁰⁵ wird die Bundesnetzagentur nicht gerecht, wenn sie auf die Verbindung der Zuteilungsentscheidung mit Diensteanbieter- und National Roaming-Verpflichtungen verzichtet.

Während die Hinnahme gewisser Effizienzvorteile der etablierten Mobilfunkbetreiber unvermeidlich und auch rechtlich unbedenklich ist, dürfen die Vergabebedingungen nicht von dem Wunsch einzelner oder mehrerer Bieter gezeichnet sein, Konkurrenz vom Markt zu verdrängen oder gar nicht erst zuzulassen.²⁰⁶ Das Versteigerungsverfahren ist dann ungeeignet zur Ermittlung des effizientesten Bewerbers. Um den Gefahren wettbewerbsschädigendem Verhalten und der Marktverdrängung im Versteigerungsverfahren möglichst entgegenzuwirken, müssen die Vergabebedingungen deshalb so ausgestaltet sein, dass der Wettbewerb möglichst nachhaltig gesichert wird.²⁰⁷

Diskriminierungsfrei bedeutet rechtliche und wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Frequenzen, einschließlich der wirtschaftlichen Nutzbarkeit von Frequenzen für die antragstellenden Unternehmen:

„Die Beurteilung der Gleichwertigkeit muss darüber hinaus auch Aspekte der tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Frequenzen für die interessierten Unternehmen einschließen, da nur so eine Diskriminierungsfreiheit (Art. 5 Abs. 2, Art. 7 Abs. 3 GenehmigungsRL) gewährleistet ist.“²⁰⁸

Daran fehlt es, wenn die Vergabebestimmungen so ausgestaltet sind, dass die Bewerber die Zuteilungsvoraussetzungen nach § 55 Abs. 5 TKG nicht erfüllen können. Nach § 55 Abs. 5

²⁰⁵ Vgl. *Knauff*, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, *VerwArch* 98 (2007), S. 382 (403).

²⁰⁶ Vgl. *Kruhl*, Die Versteigerung knapper Frequenzen, Baden-Baden 2002, S. 294.

²⁰⁷ Zu diesen immanenten Risiken der Versteigerung als spezieller Form des Spiels s. *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Tübingen 2008, S. 355 ff.

²⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 26.01.2011, Az. 6 C 2/10, Rn. 31, juris; *Sörries*, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 55 Rn. 26.

Nr. 3 TKG haben Antragsteller bereits „effiziente und störungsfreie Frequenznutzung“ sicherzustellen. Das Erfordernis des „schlüssigen und nachvollziehbaren Nutzungskonzeptes“²⁰⁹ ist kleineren Netzbetreibern jedoch nur möglich, wenn sie verbindlich davon ausgehen können, aufgrund National Roaming-Verpflichtungen ihre Dienste effizient auch in den konkurrierenden Gastnetzen zur Verfügung zu stellen. Die bloße Aussicht auf diskriminierungsfreie Verhandlungen, wie sie in den Vergabebedingungen der Bundesnetzagentur vorgesehen ist, genügt dem Anspruch der Antragsteller auf Rechtssicherheit und chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren nicht.

Werden Frequenzen nur unter verbindlichen Auflagen erteilt, die dazu dienen, eine Nutzung der zugeteilten öffentlichen Güter zum Zwecke der Ziele des § 2 TKG abzusichern, werden zugleich die Anreize des spekulativen Bietens verringert.²¹⁰

3. Gerichtliche Kontrollen

Der Versteigerungsrahmen ist gesetzlich durch unbestimmte Rechtsbegriffe ausgestaltet, die der Auslegung bedürfen. Im Sinne der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Vergabeverfahrens sind an die Konkretisierung durch die Bundesnetzagentur hohe Anforderungen zu stellen. Die Vorgaben des § 61 Abs. 4 S. 1 TKG („objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei“) eröffnen einen Ausgestaltungsspielraum für die Bundesnetzagentur, der nur eingeschränkt gerichtlich kontrollierbar ist.²¹¹ Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Bundesnetzagentur die Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, den richtigen Sachverhalt zu Grunde gelegt hat „und bei der eigentlichen Bewertung im Hinblick auf die in § 61 Abs. 4 S. 2 TKG ausdrücklich hervorgehobenen Kriterien widerspruchsfrei und plausibel argumentiert und insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat“.²¹²

²⁰⁹ *Marwinski*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 55 Rn. 27.

²¹⁰ So, mit der Folge entsprechender Gestaltungspflichten der Regulierungsbehörde, *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung, Tübingen 2008, S. 364.

²¹¹ BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az. 6 C 41/10, Rn. 13; *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 61 Rn. 22; *Klaes*, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Gesamten Medienrecht, 3. Aufl. 2016, § 61 TKG Rn. 32: „rechtsfolgende Ausgestaltungsspielraum“.

²¹² BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, 6 C 40.10, Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 23.03.2011, 6 C 6.10; BVerwG, Urt. v. 02.04.2008, 6 C 15/07, Rn. 21; s. auch *Franzius*, DÖV 2013, 714 (719): Beschränkung auf Zweckmäßigkeitsskontrolle.

Ist die gerichtliche Kontrolle beschränkt, so erlangt das Verwaltungsverfahren „als Kompensation gesetzgeberischer Steuerungsdefizite bzw. gesetzgeberischer Steuerungsenthaltung“²¹³ umso höhere Bedeutung. Effektiver Rechtsschutz erfordert bei nur eingeschränkt möglicher materiell-rechtlichen Kontrolle eine strengere verfahrensbezogene Kontrolle.²¹⁴ Der behördliche Beurteilungsspielraum beim Verfahren der Frequenzzuteilung (Auswahl des Vergabeverfahrens, Festlegung der Vergabebedingungen) ist insofern enger als bei Planungsentscheidungen (z.B. Frequenzplanung).²¹⁵

4. Keine nachträgliche Heilung möglich

Eine Heilung der Mängel der Vergabebedingungen durch den nachträglichen Ausgang des Versteigerungsverfahrens ist nicht möglich. Zwar wird teilweise davon ausgegangen, dass Mängel im Versteigerungsdesign nachträglich geheilt werden können.²¹⁶ Dies gilt aber nicht, wenn Vergabebedingungen dazu führen, dass Bewerber bereits durch die Vergabebedingungen davon abgehalten werden, höhere Gebote abzugeben. Denn die Vergabebedingungen haben auch investitionssichernde Funktion: Haben Neueinsteiger keine Zugangsrechte zu einem investitionsichernd ausgestalteten National Roaming mit klaren Zugangs- und Entgeltstrukturen, mit klaren technischen Regeln im Übrigen auch, können sie ihr Risiko nicht vorab kalkulieren. Neueinsteiger werden daher umso zurückhaltender bieten.

Eine Heilung kommt aber vor allem deshalb nicht in Betracht, weil gem. § 45 VwVfG nur die dort abschließend genannten Verfahrensfehler heilbar sind. Bei mangelhaften Vergabebedingungen handelt es sich aber nicht um einen Fall der fehlenden Begründung nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG, die nachgeholt werden könnte. Auf sonstige Verfahrensfehler ist die Norm nur

²¹³ F. Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. Baden-Baden 2018, Rn. 67 m.w.N.

²¹⁴ Knauff, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, VerwArch 98 (2007), S. 382 (404).

²¹⁵ In diese Richtung Attendorn, NVwZ 2012, 135 (140); Klaes, in: Paschke/Berlit/Meyer (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Gesamten Medienrecht, 3. Aufl. 2016, § 61 TKG Rn. 35.

²¹⁶ Dafür ohne weitere Begründung Kruhl, Die Versteigerung knapper Frequenzen, Baden-Baden 2002, S. 294; dagegen: Koenig, K&R 2001, 41 (53): „Indem die RegTP Rahmenbedingungen bewusst in Kauf nimmt, die private Endkunden von der UMTS-Nutzung zunächst abzuhalten drohen, verstößt sie gegen das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG“.

anwendbar, wenn eine vergleichbare Interessenlage besteht und es der Schutzzweck der verletzten Verfahrensvorschrift rechtfertigt.²¹⁷ Dafür bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, zumal das Zuteilungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist.

5. Keine Unbeachtlichkeit der unzureichenden Vergabebedingungen

Verfahrensverstöße können gem. § 46 VwVfG unbeachtlich sein, „wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat“. Im Unterschied zu § 45 VwVfG führt die Unbeachtlichkeit nicht zur Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts, sondern lediglich zur Unaufhebbarkeit: Weder im Verwaltungs- noch im gerichtlichen Verfahren kann der Verwaltungsakt aufgehoben werden.

Aufgrund der „dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens²¹⁸ führt nicht jeder Fehler im Vergabeverfahren zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsentscheidung. Vielmehr ist ein Verfahrensfehler grundsätzlich nur dann beachtlich, wenn sich dieser auf den „Anspruch auf gleichheitskonforme Berücksichtigung bei der Zuteilung“ auch ausgewirkt hat.²¹⁹ Dabei ist keine strenge Kausalität des Fehlers für die Sachentscheidung zu fordern, ausreichend ist vielmehr, wenn davon auszugehen ist, dass bei ordnungsgemäßem Verfahren eine für den in seinen Verfahrensrechten verletzten Wettbewerber günstigere Sachentscheidung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre.²²⁰ Vorliegend ist jedoch davon auszugehen, dass die Vergabebedingungen die Zuteilungsentscheidung beeinflusst, da ein direkter Zusammenhang zwischen der Höhe der Gebote der Versteigerungsteilnehmer und den einzugehenden Verpflichtungen besteht.



Augsburg, den 12.10.2018

²¹⁷ Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 45 VwVfG Rn. 4.

²¹⁸ Hierzu F. Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. Baden-Baden 2018, Rn. 31.

²¹⁹ Wollenschläger, Verteilungsverfahren, Tübingen 2010, S. 605.

²²⁰ Wollenschläger, Verteilungsverfahren, Tübingen 2010, S. 606.