

National Roaming zur Sicherung einer effizienten Frequenznutzung

Verbindliche Auflage oder Anreiz zur Verhandlung als Regelungsalternativen bei der Vergabe von 5G-Frequenzen

Matthias Rossi / Aqilah Sandhu

Im Zuge des mehrstufigen Verfahrens der Zuteilung von Frequenzen für den 5G-Mobilfunk ist umstritten, ob die Bundesnetzagentur diese Zuteilung an die Bedingung knüpfen darf, das jeweils eigene Netz durch ein National Roaming auch den Kunden anderer Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen. Ein solches National Roaming ist essentielle Voraussetzung dafür, dass sich neben den drei bestehenden Netzbetreibern auch neue Unternehmen um die Zuteilung von Frequenzen bewerben und ein viertes Netz aufbauen können. Die Bundesnetzagentur meint, National Roaming nicht unmittelbar verpflichtend anordnen zu dürfen, und setzt stattdessen auf eine „Verhandlungslösung“ zwischen den Netzbetreibern. Indes ist ein obligatorisches National Roaming rechtlich nicht nur zulässig, sondern zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs auch geboten und im Vergleich zu den umfassenden Rahmenbedingungen, denen eine Verhandlungslösung unterworfen werden müsste, zudem die weniger fehleranfällige Regelungsalternative.

I. Einführung

Beim National Roaming i.S.v. § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG nutzen Mobilfunkanbieter das Netz eines anderen Mobilfunknetzbetreibers mit der Folge, dass Endkunden die Dienste eines Anbieters auch in dem Mobilfunknetz eines anderen Anbieters nutzen können. Dies verringert 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 juristischer Perspektive ist National Roaming insofern ein geeignetes Instrument, um der verfassungsrechtlichen Gewährleistungsverantwortung des Staates für flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gerecht zu werden. Aus volkswirtschaftlicher Perspektive trägt National Roaming dazu bei, ineffiziente Duplizierung von Infrastrukturen zu vermeiden.¹ Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass auch in der Politik die Forderung erhoben wird, die bevorstehende Zuteilung von Frequenzen für den 5G-Mobilfunk, der seinerseits wichtige Voraussetzung für die weitere Digitalisierung in Deutschland und vor allem auch für den Aufbau der „Industrie 4.0“ ist, an die Verpflichtung zu einem National Roaming zu koppeln.²

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. Sie meint jedoch ein „nationales oder regionales Roaming im Sinne einer Zugangsverpflichtung nicht ohne weiteres anordnen zu dürfen“,³ und favorisiert insofern eine „Verhandlungslösung“, mit der die Unternehmen nur zu Verhandlungen über ein National Roaming motiviert werden sollen. Diese Zurückhaltung wird weniger materiell mit der Sorge begründet, durch ein verpflichtendes National Roaming in unverhältnismäßiger Weise in das Eigentumsgrundrecht der

¹ So Kühling/Wambach, F.A.Z. v. 6.9.2018, 18.

² Vgl. etwa <https://www.4g.de/news/gruene-fordern-gemeines-5g-netz-11511>.

³ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 280 f.

bestehenden Netzbetreiber einzugreifen – die Netzbetreiber selbst sprechen medienwirksam insofern von einer „Enteignung“, sondern formell mit dem Fehlen einer entsprechenden Rechtsgrundlage erklärt.

Dem ist zu widersprechen. Das geltende Recht erlaubt nicht nur die Auferlegung einer National Roaming-Verpflichtung im Zuge der Frequenzzuteilung (II.), sondern gebietet sie sogar (III.). Sie ist gegenüber einer Verhandlungslösung auch die einfachere Regelungsalternative, denn eine vermeintlich eingriffsschonende „Verhandlungslösung“ zieht eine Regelungsnotwendigkeit bezüglich des Rahmens dieser Verhandlungen nach sich, die ihrerseits ausgesprochen fehleranfällig ist (IV.).

II. Zulässigkeit von National Roaming-Verpflichtungen

Anders als Diensteanbieter-Verpflichtungen,⁴ bestehen National Roaming-Verpflichtungen in Deutschland bisher nur auf freiwilliger Basis zwischen Mobilfunknetzbetreibern.⁵ Das TKG bietet der Bundesnetzagentur indes verschiedene Rechtsgrundlagen, um National Roaming einheitlich anzuordnen. Dabei kann offen bleiben, ob National Roaming als eine Form der Zusammenschaltung i.S.v. § 3 Nr. 34 TKG verstanden werden kann.⁶ Hervorzuheben ist vielmehr, dass National Roaming zum einen als Instrument der Marktregulierung und zum anderen als Instrument zur Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung angeordnet werden kann.

1. National Roaming als Instrument der Marktregulierung

Explizit vorgesehen ist National Roaming in § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG als Instrument der Marktregulierung. Die Norm setzt voraus, dass Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze über eine beträchtliche Marktmacht i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 2 TKG verfügen. Eine solche beträchtliche Marktmacht der Netzbetreiber haben bislang weder Bundeskartellamt noch Bundesnetzagentur festgestellt. Es wurde insbesondere noch keine erneute Marktanalyse vorgenommen, obwohl seit der Fusion von E-Plus und Telefónica ein entsprechender Bedarf erkannt wurde.⁷ Insofern kommt die Norm ganz unabhängig davon, dass eine solche Zugangsverpflichtung in einem eigenen Verfahren auferlegt werden müsste, schon tatbestandlich nicht als Rechtsgrundlage für eine National Roaming-Verpflichtungen im Zuge der Frequenzzuteilung in Betracht.

2. National Roaming als Auflage zur effizienten Frequenznutzung

Die Frequenzzuteilung kann nach § 60 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 61 Abs. 6 TKG aber mit Nebenbestimmungen versehen werden. Als solche Nebenbestimmung kommt auch die Verpflichtung zum National Roaming in Betracht. Denn der mögliche Inhalt der Nebenbestimmungen wird von der Norm tatbestandlich nicht näher beschrieben. Sie verlangt allein, dass die Nebenbestimmungen der Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Ziele und der Sicherung einer effizienten Frequenznutzung dienen.

⁴ Siehe dazu *Trute/Kuhlmann*, K&R Beiheft 1/2018 zu Heft 7/8, 1 ff.; *Fetzer*, MMR 2018, 63, 65 f.

⁵ 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.

⁶ Skeptisch *Fetzer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 130; ablehnend auch *Spoerr*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, TKG mit FTEG, § 3 Rn. 115; befürwortend *Säcker*, in: *ders.* (Hrsg.), TKG Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 105. *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl. 2002, Rn. 598, sprechen von „Netzzusammenschaltungsverträgen“.

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

a) Erforderlich zur Sicherung der Regelungsziele des § 2 TKG

National Roaming dient der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung, weil es zu einer höheren Netzauslastung nicht nur des Gastnetzes, sondern auch des Heimatnetzes von Neueinsteigern führt, die erleichtert Kunden gewinnen können.⁸ Es trägt darüber hinaus zur „Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation“ sowie „zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Mobilfunkmärkte auf Netzebene in der Fläche“ bei (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 TKG). Insbesondere aus Sicht der Verbraucher ist National Roaming für eine hochleistungsfähige Mobilfunkinfrastruktur unabdingbar. Sie haben ein besonderes Interesse daran, unabhängig von ihrem jeweiligen Netzbetreiber im gesamten Bundesgebiet einen verlässlichen und gleichmäßig schnellen Netzzugang zu erhalten. National Roaming dient also unzweifelhaft der Sicherung der Regelungsziele des TKG.⁹

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

As der Unanwendbarkeit der expliziten Ermächtigung zum National Roaming in § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG im jeweils konkreten Fall folgt keine generelle Sperrwirkung für Zugangsverpflichtungen auf Grund von § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG. Soweit – vor allem mit Blick auf Diensteanbieterverpflichtungen – vertreten wird, § 21 Abs. 1 TKG sei in dem Sinne abschließend, dass Zugangsverpflichtungen nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden könnten,¹⁰ widerspricht dies Telos und Systematik des TKG. Schon die im Wesentlichen historisch geführte Begründung verfängt nicht: Zutreffend ist zwar, dass § 4 TKV, der entsprechende Zugangsverpflichtungen ermöglichte, im Rahmen der Novellierung des Telekommunikationsrechts aus dem Jahre 2004 gestrichen wurde. Allerdings erfolgte die ersatzlose Streichung 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 über eine beträchtliche Marktmacht verfügen.

Vor allem aber verfolgt der systematisch im Teil 2 über die Marktregulierung verortete § 21 TKG ein anderes Regelungsziel als die im Teil 5 lozierten §§ 60 ff. TKG: 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.¹¹ 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.

⁸ *Wagner*, CR 2018, 534, 539.

⁹ Ebenso BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 288.

¹⁰ So *Fetzer*, MMR 2018, 63, 65 f.

¹¹ *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 Frequenzzuteilung verhindern sollte. Das würde im Ergebnis bedeuten, dass der Bundesnetzagentur die Auferlegung solcher Verpflichtungen auch dann verwehrt wäre, wenn sie zum Zeitpunkt der Frequenzzuteilung erkennen würde, dass spätestens mit der Frequenzzuteilung eine beträchtliche Marktmacht bestehen oder jedenfalls entstehen wird. Sie wäre dann zusätzlich 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 entspräche 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 ausgerichteten Zuteilung neuer Frequenzen bereits solche Vorgaben gemacht werden, die eine beträchtliche Marktmacht eines oder mehrerer Unternehmen von vorneherein verhindern.

III. Gebotenheit von National Roaming-Verpflichtungen

National Roaming-Verpflichtungen als Nebenbestimmungen zu Frequenzzuteilungen zu erlassen, ist nach § 60 Abs. 2 S. 1 TKG nicht nur grundsätzlich zulässig, sondern unter Umständen auch geboten.

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 dieses Ermessen als „behördlicher Gestaltungsauftrag“¹² konzipiert ist und zudem durch die Regulierungsziele sowie die verfassungs- und unionsrechtlichen Zielsetzungen gelenkt wird.

2. Ermessensnichtgebrauch bei Verkennung der Rechtsgrundlage

Sollte die Bundesnetzagentur von einer Sperrwirkung des § 21 TKG und mithin davon ausgehen sollte, dass für die Auferlegung einer umfassenden National Roaming-Verpflichtung auch im Rahmen einer Frequenzzuteilung eine beträchtliche Marktmacht vorliegen müsse,¹³ würde sie das ihr von § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG eingeräumte umfassende Entschließungs- und Auswahlermessen verkennen und ermessensfehlerhaft handeln. Es läge ein nach § 114 VwGO gerichtlich voll überprüfbarer Ermessensfehler in Gestalt des Ermessensnichtgebrauchs bzw. der Ermessensunterschreitung vor. Freilich ist nicht ganz deutlich, ob die Bundesnetzagentur von einer solchen Sperrwirkung ausgeht, denn auch die derzeit von ihr favorisierte Verhandlungslösung wird auf § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG gestützt.¹⁴

¹² Wieland, DÖV 2011, 705, 706.

¹³ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 281.

¹⁴ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 288.

3. Intendiertes Ermessen

Das Auswahlermessen der Bundesnetzagentur ist darüber hinaus in dreifacher Hinsicht eingeschränkt:

a) Gesetzliche und verfassungsrechtliche Zielvorgaben

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 geschriebenen und ungeschriebenen Rechts, insbesondere auch Wertenscheidungen des Verfassungsrechts.

aa) Diskriminierungsverbot

Mit Blick auf das in § 61 Abs. 4 S. 1 TKG normierte Diskriminierungsverbot ist das von der Bundesnetzagentur vorgesehene Verhandlungsgebot zu pauschal. Es differenziert 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.¹⁵ 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.

bb) Bestimmtheit

Aus der Perspektive des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots 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.¹⁶ Dies läuft den Regulierungszielen zuwider und ermöglicht den Neueinsteigern keine langfristige Sicherung ihrer Investitionsvorhaben. Es wird sich jenseits der drei bisherigen Netzbetreiber deshalb kein weiteres Unternehmen um die Frequenzen bewerben (können). Denn aus ökonomischer Perspektive erscheint es höchst unvernünftig, 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. Diese Unbestimmtheit wirkt sich aber nicht erst 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. Wettbewerb wird

¹⁵ Wagner, CR 2018, 534, 541; von Hammerstein, MMR 2001, 214, 218.

¹⁶ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 291.

so eher verhindert als gefördert, und die Verbraucherinteressen, die von einem zusätzlichen Wettbewerber auf dem Markt der Telekommunikation profitierten, werden ignoriert.

cc) Grundrechtlich begründete Schutzpflicht

Die bisher im Konsultationsentwurf vorgesehene Verhandlungslösung ist auch aus grundrechtlicher Perspektive defizitär. 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.¹⁷ 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“.¹⁸

Speziell für die Frequenzregulierung ergibt sich die Schutzpflicht verfassungsrechtlich aus Art. 12 GG i.V.m. Art. 87f Abs. 2 Satz 1 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 weitergehend „der Herstellung und Förderung von Wettbewerb sowie der Erreichung und Optimierung weiterer (gleichfalls über die Grundversorgung hinausgehender) Ziele wie dem Kundennutzen“.¹⁹ Diesem Regulierungsauftrag wohnt das Verbot inne, 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.²⁰ 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.²¹ Zu solchen positiven Maßnahmen gehört auch das National Roaming, mittels dem Konkurrenten des Netzbetreibers der Zugang zu dessen Netz eingeräumt wird.²²

Den von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG geforderten freien Wettbewerb gilt es auch auf Ebene der Netzbetreiber zu gewährleisten. Insofern begründen Art. 87f Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 12 GG einen Schutzanspruch darauf, neue Mobilfunknetzbetreiber nicht dem faktischen Verhandlungsübergewicht etablierter Netzbetreiber auszuliefern. 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.

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,

¹⁷ S. dazu *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 37. Ed. 2018, Art. 12 Rn. 19; vgl. für den Rahmen der AGB-Kontrolle BVerfGE 89, 214, 222.

¹⁸ BVerfGE 97, 169, 176.

¹⁹ *Attendorn*, DÖV 2008, 715, 718.

²⁰ *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 60. EL Okt. 2010, Art. 87f GG Rn. 38; s. auch *Attendorn*, DÖV 2008, 715, 718.

²¹ *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 60. EL Okt. 2010, Art. 87f GG Rn. 38.

²² *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 60. EL Okt. 2010, Art. 87f GG Rn. 38.

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 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.

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 installierte 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. Die Verpflichtung, ihre Netze für andere, auch neue, Netzbetreiber zu öffnen, ist kein unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte der bestehenden Netzbetreiber, 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 Regulierungsverbands.²³ 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.

aa) Kein unionsrechtliches Verbot eines National Roaming

Hervorzuheben ist zunächst, dass Unionsrecht der Einführung einer National Roaming-Verpflichtung nicht entgegensteht. Vielmehr sind Verpflichtungen zum National Roaming binnenmarktfördernd und insofern durchaus erwünscht. Dies wird 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.²⁴ National Roaming wird insoweit explizit als ein Instrument zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verhinderung von Diskriminierungen benannt.

bb) Unionsrechtliche Zulässigkeit eines National Roaming

In Artikel 5 Abs. 2 lit. a) Beschluss Nr. 243/2012/EU über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik²⁵ 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.

In dieser Norm wird teilweise sogar eine eigenständige, unmittelbar anwendbare Rechtsgrundlage für die Auferlegung von National Roaming-Verpflichtungen gesehen.²⁶ 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 die maßgeblichen Regelungsziele der Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen.

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

²³ Speziell zum TK-Recht: Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 11.

²⁴ Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.1998, ABl. EG L 17/1.

²⁵ Beschluss Nr. 243/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.03.2012, ABl. L 81/7.

²⁶ *Wagner/Helmstädter/Nüßing*, CR 2017, 743; *Wagner*, CR 2018, 534, 537.

deutlich, dass gerade die Interessen von Neueinsteigern – in den Formulierungen des Beschlusses wird insoweit von Neuzuweisungen gesprochen – zu berücksichtigen sind.

dd) Pflicht zum National Roaming aus Vorwirkung des EKEK

Mit Blick auf die Zukunft sei schließlich darauf hingewiesen, dass Art. 52 Abs. 2 lit. a) der derzeit noch im Gesetzgebungsprozess befindlichen „Richtlinie über einen Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation“ (EKEK-Entwurf)²⁷ explizit klarstellt, dass National Roaming-Verpflichtungen geeignete Maßnahmen zur Förderung wirksamen Wettbewerbs und Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen sein können.²⁸ Die Begründung des Entwurfs²⁹ und auch die vorgeschlagenen Erwägungsgründe 142 und 116 verdeutlichen dabei den Zusammenhang zwischen der gemeinsamen Nutzung von Netzinfrastrukturen und der Erfüllung der Versorgungsverpflichtungen.

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.³⁰ 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.

Zumutbar sind solche erheblichen Versorgungsverpflichtungen allenfalls, wenn die Frequenz-zuteilung mit National Roaming-Verpflichtungen verknüpft werden. Werden Neueinsteigern jedoch auf ein „Verhandlungsgebot“ verwiesen, kommt die Bundesnetzagentur ihrer Rolle als gestaltende Regulierungsbehörde nicht ausreichend nach. Dann können auch die Versorgungsauflagen für Neueinsteiger nicht mehr als diskriminierungsfrei und nachvollziehbar (iSv § 61 Abs. 4 TKG) erachtet werden.

IV. Rahmenbedingungen einer Verhandlungslösung

Sofern die Zuteilung von Frequenzen nicht an unmittelbar verbindliche Nebenbestimmungen geknüpft werden, sondern diese weitgehend nur einem Verhandlungsgebot der beteiligten Unternehmen überlassen werden, bedarf dies klarer Rahmenbedingungen.

²⁷ 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.

²⁸ Diese Bestimmung ist auch in der aktuellsten Entwurfsfassung des Rates nahezu unverändert, s. Rats-Dok Nr. 10692/18 v. 29.06.2018, 265.

²⁹ 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., 20.

³⁰ BNetzA, Konsultationsentwurf über die Festlegung der Vergaberegeln, Az. BK1-17/001-, Rn. 206.

1. Notwendigkeit von Rahmenbedingungen

Denn auch eine in die Ausschreibungsbedingungen inkorporierte Verhandlungslösung muss den allgemeinen rechtlichen Anforderungen genügen, muss also hinreichend bestimmt und diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Unzulässig ist es deshalb, diese Bedingungen einem Verhandlungsprozess zu überlassen, ohne zuvor den Rahmen dieser Verhandlungen abzustechen. Keinesfalls darf die Bundesnetzagentur 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.

2. Ausgewählte Rahmenbedingungen

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien nachfolgend einige Rahmenbedingungen genannt, die von der Bundesnetzagentur zwingend geregelt werden sollten. Ihre Gesamtschau ergibt freilich, 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.

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.

c) Zeitlicher Rahmen

Die Ausschreibungsbedingungen müssen weiterhin 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.

d) Fristbeginn für Versorgungsverpflichtung

Schließlich muss der zeitliche Beginn für die Versorgungsverpflichtung dynamisch bestimmt werden: Der Bezugspunkt für den Beginn dieser Fristen darf nicht die „Verfügbarkeit der er- steigerten Frequenzen“ sein, sondern muss auf das „Vorliegen eines verbindlichen Verhand- lungsergebnisses 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 nehmen.

e) Verbindliche Schiedsrichterfunktion

Weil die Bundesnetzagentur bei einer Verhandlungslösung nicht sicherstellen kann, dass die Verhandlungen über ein National Roaming zwischen den Unternehmen den gesetzlichen Maß- stäben der Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit entsprechend geführt werden, dass das Verhandlungsergebnis den eigentlichen Zielsetzungen der Frequenzzuteilung gerecht wird und dass die Verhandlungen überhaupt „in angemessener Zeit“ zu einem Ergebnis führen, muss sie sich einen Selbsteintritt und eine verbindliche Entscheidungsfunktion im Sinne einer Schiedsrichterfunktion vorbehalten. Der Schiedsspruch der Bundesnetzagentur selbst muss so- fort vollziehbar sein. Insofern ist deutlich klarzustellen, dass der Schiedsspruch funktional nicht nur ein Verhandlungsergebnis ersetzt, sondern zugleich die von der Befugnis des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG umfasste Möglichkeit nachholt, die Bedingungen der Frequenzzuteilung mit Neben- bestimmungen zu versehen.

Matthias Rossi ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Universität Augsburg, *Aqilah Sandhu* ist wissenschaftliche Mitar- beiterin an diesem Lehrstuhl. Der Beitrag geht auf Teile eines Gutachtens zurück, das für meh- rere Telekommunikationsunternehmen erstellt wurde.