



---

## Ausarbeitung

---

### Inlandsroaming und primäres Unionsrecht

## **Inlandsroaming und primäres Unionsrecht**

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 10/18  
Abschluss der Arbeit: 1.2.2018  
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

---

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Fragestellungen</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Verstoß gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot</b>	<b>4</b>
<b>3.</b>	<b>Einer nationalen Verpflichtung zum Inlandsroaming entgegenstehende Vorschriften des EU-Primärrechts</b>	<b>6</b>
3.1.	Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV	6
3.1.1.	Beschränkung im Sinne des Art. 49 AEUV	7
3.1.2.	Rechtfertigung	9
3.2.	Kartellverbot nach Art. 101 AEUV	10
3.2.1.	Kommissionsentscheidung und EuG-Urteil zum Inlandsroaming	10
3.2.2.	Rückschlüsse auf den vorliegenden Fall des Inlandsroaming	11
3.3.	Ergebnis	12

## 1. Fragestellungen

Der Fachbereich wird um die Beantwortung folgender Fragen ersucht:

1. Könnte es gegen das EU-Diskriminierungsverbot verstoßen, dass bisher ausschließlich Nutzer ausländischer SIM-Karten, jedoch keine Nutzer inländischer SIM-Karten, Zugang zu Roaming in Deutschland haben?
2. Gibt es europäische Rechtsnormen, die einer Verpflichtung inländischer Mobilfunkanbieter durch das BMWi oder die Bundesnetzagentur entgegenstehen, regionalbezogenes Roaming zuzulassen?

Hintergrund der Fragen sind Fälle, in denen aufgrund unterschiedlich stark ausgebauter Mobilfunknetze vor allem in ländlichen Gegenden aus Sicht inländischer SIM-Kartennutzer ein Bedürfnis besteht, zeitweilig das besser ausgebaute Netz eines anderen inländischen Mobilfunkanbieters zu nutzen. Anders als für Nutzer ausländischer SIM-Karten sieht das nationale Recht eine solche Möglichkeit für Nutzer von inländischen SIM-Karten nicht vor.

Im Folgenden werden zunächst Frage 1 und sodann Frage 2 beantwortet. Im Rahmen von Frage 2 werden vorliegend nur die *primärrechtlichen* Bestimmungen des Unionsrechts betrachtet, die für eine nationale Verpflichtung zum Inlandsroaming gegenüber Mobilfunknetzbetreibern relevant werden könnten. Hinsichtlich der *EU-sekundärrechtlichen* Vorschriften, aus denen sich Vorgaben oder ggf. auch Grenzen zur Regelung des Inlandsroaming ergeben können, wird auf die Ausarbeitung des Fachbereichs WD 5 verwiesen.<sup>1</sup>

## 2. Verstoß gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot

Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist in seiner allgemeinen Ausformung in Art. 18 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelt. Gegenüber den Diskriminierungsverboten der wirtschaftlich ausgerichteten Personenverkehrsfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV, Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV) tritt Art. 18 Abs. 1 AEUV zurück.<sup>2</sup>

Wann welches Diskriminierungsverbot anwendbar ist, hängt von der in Frage stehenden nationalen Rechtsnorm bzw. dem konkreten Sachverhalt ab. Vorliegend kann die Entscheidung hierüber offen bleiben, denn der Tatbestand der Diskriminierung weist sowohl in seiner allgemeinen Fas-

---

<sup>1</sup> WD 5 - 3000 - 010/18.

<sup>2</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Urt. v. 1.7.1993, Rs. C-20/92 (Hubbard), Rn. 10.

sung in Art. 18 AEUV als auch in seinen grundfreiheitlichen Ausformungen den gleichen rechtlichen Gehalt auf.<sup>3</sup> Verboten ist danach in jedem Fall eine Schlechterstellung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten im Verhältnis zu den eigenen Staatsangehörigen (Inländern).<sup>4</sup>

Ob das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit auch den umgekehrten Fall, eine Schlechterstellung von Inländern im Verhältnis zu Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, unter bestimmten Umständen erfassen kann, ist hingegen umstritten.<sup>5</sup> Die Antwort hierauf kann jedoch vorliegend offen bleiben,<sup>6</sup> da Inländern der Schutz durch das allgemeine Diskriminierungsverbot bzw. seine grundfreiheitlichen Spezialregelungen nach allen Ansichten unstreitig dann nicht zugutekommt, wenn es an einem grenzüberschreitenden Bezug fehlt, weil alle „*Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen*.“<sup>7</sup>

Eine solche Situation ist auch im Hinblick auf das hier in Frage stehende Inlandsroaming gegeben: Die Nutzung inländischer SIM-Karten in (anderen) inländischen Mobilfunknetzen stellt einen rein innerstaatlichen Sachverhalt dar. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei dem Nutzer einer inländischen SIM-Karte um einen EU-Ausländer handeln sollte, oder wenn an Unternehmen, die die betroffenen inländischen Mobilfunknetze betreiben, EU-ausländische juristische Personen beteiligt sind.

Im ersten Fall ergibt sich das daraus, dass der Inländerbegriff in einer derartigen Konstellation von der Staatsangehörigkeit insoweit losgelöst zu betrachten ist, als es entscheidend auf die Nutzung inländischer SIM-Karten ankommt.<sup>8</sup> Diese werden in tatsächlicher Hinsicht zwar nicht nur von deutschen Staatsangehörigen genutzt, sondern auch von in Deutschland ansässigen oder sich dort nur gelegentlich aufhaltenden EU-Ausländern. Solange die inländische Rechtsordnung bzw. die dort bestehenden rechtlichen Gegebenheiten im Hinblick auf die Nutzung inländischer SIM-Karten nicht zwischen eigenen Staatsangehörigen und EU-Ausländern unterscheiden, begründet der Umstand, dass auch EU-Ausländer keine Möglichkeit haben, Inlandsroaming zu nutzen, kei-

---

<sup>3</sup> Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 28.1.1992, Rs. C-332/90 (Steen), Rn. 8

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 28.1.1992, Rs. C-332/90 (Steen), Rn. 9.

<sup>5</sup> Siehe hierzu etwa *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 62. ErgsLfg. 2017, Art. 18 AEUV, Rn. 49 ff., der dies befürwortet. Ebenso *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV, AEUV und GRC, 2017, Art. 18 AEUV, Rn. 66 ff., insb. 67.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Koenig/Haratsch/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 743, 750, wonach sich Inländer gegenüber ihrem Herkunftsstaat zwar nicht auf das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit berufen, aber unter bestimmten Umständen auf andere Schutzgehalte unionsrechtlicher Verbürgungen verweisen können, insbesondere die unionsbürgerliche Freizügigkeit nach Art. 21 Abs. 1 AEUV in nicht-wirtschaftlich geprägten Fällen sowie im Übrigen auf das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten, welches auch die Ungleichbehandlung grenzüberschreitender Sachverhalte erfasst.

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 28.1.1992, Rs. C-332/90 (Steen), Rn. 9. Vgl. ferner EuGH, Urt. v. 15.1.1986, Rs. 44/84 (Hurd), Rn. 54 f. Siehe insoweit auch *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 5), Art. 18 AEUV, Rn. 51; *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 5), Art. 18 AEUV, Rn. 67 f.

<sup>8</sup> Vgl. generell, wenngleich nur mit Blick auf im Inland ansässige EU-Ausländer *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 18 AEUV, Rn. 62.

nen grenzüberschreitenden Sachverhalt im Sinne des Art. 18 Abs. 1 AEUV oder der grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote für deren Anwendung im Verhältnis zu Inhabern EU-ausländischer SIM-Karten.

Gleiches gilt im Ergebnis auch für den zweiten Fall, die Situation eines Mobilfunknetzbetreibers, an dem eine EU-ausländische Beteiligung besteht. Dort ergibt sich die Irrelevanz dieses Umstandes für die Annahme eines rein innerstaatlichen Sachverhalts daraus, dass hier nur die Behandlung von Nutzern inländischer SIM-Karten im Fokus des Diskriminierungsverbots steht und nicht die Situation der Unternehmen, die Mobilfunknetze betreiben. Deren eventuelle Verpflichtung, ein Inlandsroaming anzubieten, stellt einen anderen Sachverhalt dar, der einer gesonderten und im Ergebnis auch anderen rechtlichen Betrachtung unterliegt. Diese ist Gegenstand von Frage 2.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass weder das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV noch die speziellen grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote einer rechtlichen Situation entgegenstehen, wonach ausschließlich Nutzer ausländischer SIM-Karten Zugang zu Roaming in Deutschland haben, Nutzer inländischer SIM-Karten jedoch nicht.

Konstellationen wie diese, in denen die Möglichkeit des sog. Auslandsroaming auf sekundäres Unionsrecht zurückzuführen ist, während für das Inlandsroaming gerade keine unionssekundärrechtlichen Vorgaben bestehen<sup>9</sup> und es im Grundsatz allein eine Sache des nationalen Rechts ist, dies (nicht) zu regeln, werden im Schrifttum als Inländerdiskriminierung oder umgekehrte Diskriminierung bezeichnet.<sup>10</sup> Die damit verbundenen materiellen Ungleichbehandlungen sind allein am Maßstab des nationalen Rechts zu messen.<sup>11</sup>

### **3. Einer nationalen Verpflichtung zum Inlandsroaming entgegenstehende Vorschriften des EU-Primärrechts**

Im Fall einer nationalen Verpflichtung von Mobilfunknetzbetreibern zum Inlandsroaming könnten zum einen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV (3.1.) und zum anderen das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV (3.2.) von Bedeutung sein.

#### **3.1. Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV**

Die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 Abs. 1 AEUV schützt die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen. Für die zur Ausübung dieser Grundfreiheit nach Art. 54 AEUV ebenfalls berechtigten Gesellschaften umfasst die

---

<sup>9</sup> Siehe hierzu die Ausarbeitung des Fachbereichs WD 5 - 3000 - 010/18.

<sup>10</sup> Vgl. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Rn. 27 ff.; *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 5), Art. 18 AEUV, Rn. 68 f.

<sup>11</sup> Siehe hierzu *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV (Fn. 8), Art. 18 AEUV, Rn. 67; *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 5), Art. 18 AEUV, Rn. 69.

---

Niederlassungsfreiheit auch das Recht, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung oder Agentur auszuüben (vgl. Art. 49 Abs. 2 AEUV).

Sind – wie auf dem deutschen Mobilfunkmarkt der Fall<sup>12</sup> – netzbetreibende Unternehmen zugleich Töchter EU-ausländischer Gesellschaften im Sinne von Art. 54 AEUV, ist der Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV eröffnet.<sup>13</sup>

Fraglich ist allerdings, ob die staatliche Verpflichtung eines solchen Netzbetreibers zum Inlandsroaming als verbotene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angesehen werden kann. Dies setzt zum einen voraus, dass eine derartige Maßnahme als Beschränkung im Sinne des Art. 49 AEUV angesehen werden kann (3.1.1.). Wäre hiervon auszugehen, bestünde die grundsätzliche Möglichkeit einer Rechtfertigung (3.1.2.).

### 3.1.1. Beschränkung im Sinne des Art. 49 AEUV

Beschränkungen im Sinne von Art. 49 AEUV sind nach ständiger Rechtsprechung u. a. „*Maßnahmen, die selbst wenn sie hinsichtlich der Staatsangehörigkeit unterschiedslos angewandt werden, geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.*“<sup>14</sup>

Eine alle Betreiber in gleicher Weise treffende Verpflichtung, Inlandsroaming zuzulassen und das eigene Mobilfunknetz gegenüber Wettbewerbern in Fällen zu öffnen, in denen diese bereichsbezogen nicht über einen entsprechenden Netzausbau verfügen, könnte jedenfalls aus Sicht bereits tätiger Netzbetreiber im Lichte des zitierten Wortlauts als Maßnahme angesehen werden, die geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Für neu auf den Markt drängende Wettbewerber aus dem EU-Ausland mag die Möglichkeit, vorhandene Netze unter bestimmten Bedingungen nutzen zu können, hingegen als positive, weil die Niederlassungsfreiheit begünstigende Maßnahme anzusehen sein. Dies gilt sicherlich jedoch nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, ab dem das eigene Netz hinreichend ausgebaut und dann ebenfalls für das Inlandsroaming durch andere Wettbewerber zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, ob die möglichen nachteiligen Aspekte eines Inlandsroamings als Beschränkung im Sinne des Art. 49 AEUV anzusehen wären.

---

<sup>12</sup> So etwa bezüglich vodafone gmbh, vgl. dazu die Ausführungen auf den Internetseiten des Unternehmens unter <https://www.vodafone.de/unternehmen/portrait.html> (letztmaliger Abruf am 01.02.18).

<sup>13</sup> Vgl. allgemein zu diesen Anforderungen sowie deren Anwendung in einem anderen Einzelfall etwa EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 45-47.

<sup>14</sup> Siehe bspw. EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 48, mit weiten Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Im Schrifttum ist es anerkannt und auch der Rechtsprechung zu entnehmen, dass nicht jegliche staatliche Regulierung, die für Unternehmen bzw. Wirtschaftsteilnehmer nachteilig ist, am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen ist.<sup>15</sup> Denn diese zielen nur auf die Ermöglichung grenzüberschreitender Wirtschaftsvorgänge, nicht aber – wie ökonomisch ausgerichtete Grundrechte – auf die Abwehr jeglicher staatlicher Belastungen für die Aufnahme und Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten (vgl. auf Unionsebene etwa Art. 16 GRC zum Schutz der unternehmerischen Freiheit).<sup>16</sup>

Die unterschiedlichen Schutzfunktionen von Grundfreiheiten einerseits und Grundrechten andererseits kommen in der Rechtsprechung in dem Kriterium des Marktzutritts zum Ausdruck, mit welchem der Gerichtshof zumindest dem Grunde nach eine Einschränkung des weiten Beschränkungsbegriffs vornimmt.<sup>17</sup> Ist der Marktzutritt gewährleistet, so reduziert sich der Schutz durch die Grundfreiheiten auf das Diskriminierungsverbot. Dies kommt auch im Wortlaut von Art. 49 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck, wonach die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“ erfolgt.

Wann (unterschiedslose) Maßnahmen im Einzelfall den Marktzutritt behindern und am Maßstab des Beschränkungsverbots nach Art. 49 AEUV zu messen sind, wenn sie – insbesondere wie hier – an ein Tätigwerden auf dem Markt anknüpfen und damit nach erfolgtem Marktzutritt greifen, lässt sich der Rechtsprechung allerdings nicht eindeutig entnehmen. Beispielhaft verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die Rechtssache *AGET Iraklis*, in welcher der EuGH eine griechische Regelung zur vorherigen Genehmigung von Massenentlassungen als eine den Marktzugang betreffende Beschränkung des Art. 49 AEUV ansah.<sup>18</sup>

Ob dies auch für eine Verpflichtung zum Inlandsroaming gelten würde, erscheint fraglich. In der Rechtssache *AGET Iraklis* begründete der Gerichtshof die Annahme einer Marktzutrittsbeeinträchtigung v. a. mit der Bedeutung von Massenentlassungen als einem Instrument für die Gründung und Leitung von Unternehmen: „Die Entscheidung, Massenentlassungen vorzunehmen, stellt jedoch eine grundlegende Entscheidung im Leben eines Unternehmens dar [...]“<sup>19</sup> Denn die Niederlassungsfreiheit schließe nicht nur die Entscheidung über die Aufnahme der selbständigen

---

<sup>15</sup> Siehe etwa *Kainer*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV, AEUV, GRC, 2017, Art. 49 AEUV, Rn. 59 ff., der zwischen Zugangs- und Ausübungsbehinderungen unterscheidet. Vgl. auch *Ludwigs*, in: Daues/Ludwigs Daues/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, E. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (42. Ergslfg. 2017), Rn. 92, 95 f.; *Gröpl*, in: Daues/Ludwigs, J. Steuerrecht (42. Ergslfg. 2017), Rn. 113 ff.

<sup>16</sup> Siehe zum Verhältnis bzw. der Abgrenzung von Grundrechten und Grundfreiheiten sowie ihren unterschiedlichen Funktionen *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34-36 AEUV, Rn. 5 ff.

<sup>17</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (*AGET Iraklis*), Rn. 49 f., mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung. Vgl. zu den Problemen einer sehr weiten Auslegung des Beschränkungsverbots im Rahmen der Niederlassungsfreiheit die Ausführungen von Generalanwältin *Kokott* im Zusammenhang mit einer Regelung des Steuerrechts, Schlussanträge v. 22.1.2015 zu EuGH, Rs. C-686/13 (*X AB*), Rn. 40.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (*AGET Iraklis*), Rn. 53 ff., insb. 56.

<sup>19</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (*AGET Iraklis*), Rn. 54.



Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ein, sondern auch das Recht „den Umfang dieser Tätigkeit zu verringern oder gegebenenfalls sogar [...] aufzugeben.“<sup>20</sup>

Eine vergleichbare Bedeutung kommt der Verpflichtung zum Inlandsroaming nicht zu. Es geht hier vielmehr um eine gewöhnliche Ausübungsmodalität, die zwar zu einer Einschränkung der autonomen Nutzung des eigenen Mobilnetzwerks führen kann. Sie betrifft jedoch nicht grundlegende Entscheidungen über den Bestand des Unternehmens wie das bei Massenentlassungen der Fall sein kann. Im Übrigen kann eine solche Verpflichtung – je nach Situation des niederlassungsberechtigten Unternehmens – auch als eine den Marktzutritt begünstigende Maßnahme betrachtet werden, der bereits aus diesem Grund kein beschränkender Charakter zukommt.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass eine entsprechende mitgliedstaatliche Verpflichtung im Ergebnis nicht als eine den Marktzugang betreffende Beschränkung des Art. 49 AEUV anzusehen ist. Allerdings lässt sich dies aufgrund der uneinheitlichen und stark einzelfallbezogenen Rechtsprechung des EuGH nicht abschließend festlegen.

### 3.1.2. Rechtfertigung

Würde man vor diesem Hintergrund unterstellen, dass eine Verpflichtung zum Inlandsroaming doch als Beschränkung im Sinne von Art. 49 AEUV anzusehen ist, stellt sich die Frage nach einer Rechtfertigung. Unterschiedslos anwendbare Beschränkungen können nicht nur an den geschriebenen Rechtfertigungsgründen, sondern auch am Maßstab sog. zwingender Gründe des Allgemeinwohls, eines offenen Katalogs ungeschriebener Rechtfertigungsgründe, gerechtfertigt werden.<sup>21</sup> Ausgenommen sind hierbei allein rein wirtschaftliche Gründe.<sup>22</sup> Liegt ein zulässiger Rechtfertigungsgrund vor, muss die betreffende mitgliedstaatliche Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.<sup>23</sup>

Ggf. sind hierbei auch EU-Grundrechte von den Mitgliedstaaten zu beachten. Denn nach ständiger Rechtsprechung stellen mitgliedstaatliche Eingriff in Grundfreiheiten eine Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRC dar, die eine Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte begründet.<sup>24</sup> Vorliegend ist an das Grundrecht aus Art. 16 GRC zum Schutz der unternehmerischen Freiheit zu denken.

Da der Auftrag keine konkreten Ausführungen zur Begründung einer Inlandsroamingverpflichtung und vor allem zu ihrer Ausgestaltung enthält, können im Folgenden nur einige allgemeine Hinweise gegeben werden. Die Rechtfertigung eines regional begrenzten und durch unterschied-

---

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 53.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 61.

<sup>22</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 72.

<sup>23</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 61.

<sup>24</sup> Siehe bspw. EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 62 ff.

lichen Netzausbau begründeten Inlandsroamings ließe sich dem Grunde nach auf verbraucher-schützende Gesichtspunkten stützen. Ob eine entsprechende Verpflichtung auch geeignet und erforderlich im Sinne des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wäre, hinge so-dann entscheidend von ihrer Ausgestaltung ab. Gleiches gilt für die Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Schutz der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC, welches durch ein be-grenztes Inlandsroaming jedenfalls nicht in seinem Wesensgehalt berührt sein dürfte (vgl. Art. 52 Abs. 2 GRC).<sup>25</sup>

### 3.2. Kartellverbot nach Art. 101 AEUV

Eine eventuelle Relevanz des unionsrechtlichen Kartellverbots nach Art. 101 AEUV für die In-landsroamingverpflichtung ergibt sich vorliegend aus einer Kommissionsentscheidung aus dem Jahre 2003 zum Inlandsroaming und einem auf diese Entscheidung bezogenen Nichtigkeitsurteil des EuG aus dem Jahre 2006.<sup>26</sup> Beides soll zunächst kurz dargestellt werden (3.2.1.), bevor im An-schluss Rückschlüsse auf den vorliegenden Fall zu erörtern sind (3.2.2.).

#### 3.2.1. Kommissionsentscheidung und EuG-Urteil zum Inlandsroaming

Gegenstand der Kommissionsentscheidung war eine Unternehmensvereinbarung zwischen zwei in Deutschland tätigen Netzbetreibern, die u. a. Inlandsroaming vorsah.<sup>27</sup> Diesen Teil der Verein-barung erachtete die Kommission als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV, stellte sie jedoch auf Grundlage von Art. 101 Abs. 3 AEUV frei, so dass sie im Ergebnis als unionsrechtlich zulässig angesehen wurde.

Gegen diese rechtliche Einordnung der Absprachen zum Inlandsroaming erhob eines der beteilig-ten Unternehmen Nichtigkeitsklage vor dem EuG nach Art. 263 AEUV. Es machte insbesondere geltend, dass die Kommission mit Blick auf den Umstand, dass die Vereinbarung unstrittig kei-nem wettbewerbswidrigen Zweck diene, zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass Inlandsroaming als solches den Wettbewerb verfälsche und es unterlassen habe, die Situation zu untersuchen, die im Hinblick auf den Wettbewerbs ohne die streitige Vereinbarung bestanden hätte.<sup>28</sup>

Das EuG gelangte zu dem Ergebnis, dass die Kommissionsentscheidung insoweit rechtsfehlerhaft und daher nichtig war, als es ihr *„an einer Untersuchung fehlt, zum einen insoweit, als sie keine objektive Erörterung der Wettbewerbssituation ohne eine Vereinbarung enthält, was die Beurtei-lung der tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb*

---

<sup>25</sup> Im Hinblick auf die oben erwähnte griechische Regelung zur vorherigen Genehmigung von Massenentlassungen lehnte der EuGH eine Wesensgehaltsverletzung ab, vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2016, Rs. C-201/15 (AGET Iraklis), Rn. 84 f. Dies müsste erst Recht für das hier in Frage stehende Inlandsroaming gelten.

<sup>26</sup> EuG, Urt. v. 2.5.2006, Rs. T-328/03 (O2/Kommission).

<sup>27</sup> Entscheidung 2004/207/EG der Kommission vom 16. Juli 2003 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag [...] Abkommen (Sache COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Rahmenvertrag über Gemeinsame Netznutzung, ABl. EG 2004 Nr. L 75/35, online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004D0207&qid=1517396852964&from=DE> (letztmaliger Abruf am 01.02.18).

<sup>28</sup> Siehe EuG, Urt. v. 2.5.2006, Rs. T-328/03 (O2/Kommission), Rn. 65.

*verfälscht, und zum anderen insoweit, als sie nicht konkret im Zusammenhang mit dem betroffenen sich herausbildenden Markt nachweist, dass die Bestimmungen der Vereinbarung über Roaming wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben, sondern sich in diesem Zusammenhang auf eine Petitio principii und auf allgemeine Behauptungen beschränkt.*<sup>29</sup>

### 3.2.2. Rückschlüsse auf den vorliegenden Fall des Inlandsroamings

Soweit ersichtlich, handelt es sich bei dem Urteil des EuG um die einzige Rechtssache, in der Inlandsroaming Gegenstand eines Verfahrens vor Unionsgerichten gewesen ist.<sup>30</sup>

Im Hinblick auf das Ziehen von Rückschlüssen aus der Kommissionsentscheidung und insbesondere dem EuG-Urteil ist zunächst darauf einzugehen, dass das Kartellverbot des Art. 101 AEUV vom Wortlaut her nur das Verhalten von Unternehmen adressiert, nicht aber – wie vorliegend einschlägig – staatliches Tätigwerden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH haben allerdings auch die Mitgliedstaaten das Kartellverbot zu beachten. Denn das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV in Verbindung mit Art. 101 AEUV verbietet es den Mitgliedstaaten „Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten [...]“<sup>31</sup> Eine Verletzung beider Artikel liege insbesondere dann vor, „wenn ein Mitgliedstaat gegen Artikel [101 AEUV] verstößende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert [...]“<sup>32</sup>

Würde man folglich annehmen, dass eine Unternehmensvereinbarung über Inlandsroaming eine gegen Art. 101 AEUV verstößende Kartellabsprache sein kann, dann könnte auch eine die Netzbetreiber dazu verpflichtende Vorschrift des nationalen Rechts als Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV in Verbindung mit Art. 101 AEUV angesehen werden.

Unter welchen Voraussetzungen das der Fall wäre, lässt sich nach dem Urteil des EuG jedoch nicht genau bestimmen, da die Kommission das Bestehen einer Wettbewerbsbeschränkung nach Ansicht des Gerichts zum einen nicht in tatsächlicher Hinsicht belegt hatte und dem Fall zum anderen die besondere Situation eines „*sich herausbildenden Markt*“ zugrunde lag.<sup>33</sup> Darüber hinaus sah die streitgegenständliche Vereinbarung kein gegenseitiges Inlandsroaming vor, sondern nur im Verhältnis des in den Markt neu eintretenden Betreibers zum damaligen vorherrschenden Mobilfunkanbieter. Letzterer räumte dem erstgenannten Inlandsroaming ein.

---

<sup>29</sup> EuG, Urt. v. 2.5.2006, Rs. T-328/03 (O2/Kommission), Rn. 116.

<sup>30</sup> Andere Rechtssachen, in denen der Begriff „Inlandsroaming“ enthalten ist, werden in der Datenbank des Gerichtshofs der EU, online abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>, nicht angezeigt (letztmaliger Abruf am 01.02.18).

<sup>31</sup> EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-35/99 (Arduino), Rn. 34, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-35/99 (Arduino), Rn. 35.

<sup>33</sup> Vgl. EuG, Urt. v. 2.5.2006, Rs. T-328/03 (O2/Kommission), Rn. 116, sowie Rn. 74 ff. sowie Rn. 80 ff.

Der letztgenannte Umstand veranlasste das EuG zu der Feststellung, dass *„daher nicht ausgeschlossen werden [kann], dass eine Roaming-Vereinbarung der zwischen T-Mobile und O2 geschlossenen Art, statt den Wettbewerb zwischen Netzbetreibern zu beschränken, im Gegenteil unter bestimmten Voraussetzungen dem kleinsten Betreiber ermöglichen kann, den Wettbewerb mit den maßgeblichen Akteuren aufzunehmen, wie hier [...]. Dieser besondere Rahmen, der auf den besonderen Merkmalen des betroffenen sich herausbildenden Marktes beruht, ist bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der Vereinbarung mit dem Gemeinsamen Markt im Rahmen des Artikels [101 AEUV] nicht berücksichtigt worden.“*<sup>34</sup>

Für eine Beurteilung einer gegenseitig bestehenden Verpflichtung zum Inlandsroaming in Fällen von (regionalen) Unterschieden im Netzausbau nach heutigen Marktbedingungen lassen sich dem EuG-Urteil keine rechtlichen Vorgaben zur Anwendung von Art. 101 AEUV entnehmen. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch nicht absehen, welche tatsächlichen Informationen und Daten zur bestehenden Marktsituation vorliegen müssten, die ggf. im Rahmen einer rechtlichen Prüfung dann zu würdigen wären.

Ungeachtet dessen, hatte die Kommission in ihrer Entscheidung eine Freistellung der ihrer Ansicht nach wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zum Inlandsroaming nach Art. 101 Abs. 3 AEUV angenommen und dies u. a. damit begründet, dass die Vereinbarung *„zur Verbesserung der Erzeugung und der Verteilung der betreffenden Dienstleistungen sowie zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitrage“*<sup>35</sup> sowie *„den Wettbewerb zwischen den vier über eine Lizenz verfügenden Betreibern von 3G-Netzen und -diensten, die in Deutschland den Ausbau von 3G-Netzen planten, sowie zwischen den Diensteanbietern und den Betreibern virtueller Netze [...] steigere.“*<sup>36</sup>

Eine solche rechtliche Einordnung könnte – je nach Ausgestaltung – auch für die Inlandsroamingverpflichtung in Betracht kommen.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass eine durch nationales Recht vorgegebene Verpflichtung der Mobilfunkbetreiber zum (gegenseitigen) Inlandsroaming zwar in jedem Fall kartellrechtliche Relevanz aufweisen würde. Bei welchen abstrakten Voraussetzungen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV und ggf. eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV anzunehmen wären, lässt sich mangels rechtlicher Vorgaben zu einer solchen Konstellation nicht näher bestimmen. Im Übrigen müssten dann noch die dadurch adressierten tatsächlichen Umstände und Daten ermittelt werden, um das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen feststellen zu können.

### 3.3. Ergebnis

Aus primärrechtlicher Sicht wären für den Fall der Einführung einer Verpflichtung zum Inlandsroaming die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV sowie das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV in Verbindung mit dem Loyalitätsgebot nach Art. 4 Abs. 3 AEUV zu beachten. Während

---

<sup>34</sup> EuG, Urte. v. 2.5.2006, Rs. T-328/03 (O2/Kommission), Rn. 109 f.

<sup>35</sup> Vgl. EuG, Urte. v. 2.5.2006, Rs. T-328/03 (O2/Kommission), Rn. 26.

<sup>36</sup> Vgl. EuG, Urte. v. 2.5.2006, Rs. T-328/03 (O2/Kommission), Rn. 31.

im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit bereits ein Eingriff durch eine derartige Verpflichtung wohl zu verneinen wäre, besteht hinsichtlich der rechtlichen Vorgaben des Art. 101 AEUV aufgrund fehlender einschlägiger mangelnder Rechtsprechung zu derartigen Konstellationen Unklarheit. Soweit im Rahmen des Art. 49 AEUV von einem Eingriff auszugehen oder eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV anzunehmen wäre, käme es entscheidend auf die Ausgestaltung der Inlandsroamingverpflichtung an. In beiden Fällen wäre eine Vereinbarkeit mit Unionsrecht möglich – bei Art. 49 AEUV im Wege der Rechtfertigung, beim Kartellverbot bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV.

– Fachbereich Europa –