Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr
und digitale Infrastruktur
Ausschussdrucksache
19(15)181-B
Stellungnahme zur 33. Sitzung -
Öffentl. Anhörung am 13.02.2019

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur

5. TKG-ÄnderG: Öffentliche Anhörung am 13. Februar 2019

Stellungnahme zum Thema „Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK (Lokales Roaming)“

Prof. Dr. Kühling (Universität Regensburg)

1. Vorbemerkung

Art. 61 Abs. 4 EKEK legt den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, der nationalen Regulierungsbehörde eine Ermächtigungsgrundlage zu verschaffen, damit diese Unternehmen, die öffentliche Mobilfunknetze bereitstellen, im Wege der Anordnung in Gebieten, in denen ein eigenwirtschaftlicher Ausbau für weitere Mobilfunknetzbetreiber nicht möglich ist, zum lokalen Roaming oder zur gemeinsamen Nutzung von passiven und hilfsweise sogar auch aktiven Netzinfrastrukturen unter näher definierten strengen Voraussetzungen zu verpflichten. Im Einzelnen gibt die Vorschrift Folgendes vor:

„(4) Unbeschadet der Absätze 1 und 2 sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die zuständigen Behörden befugt sind, Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze bereitstellen oder zu deren Bereitstellung berechtigt sind, im Einklang mit dem Unionsrecht Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung von passiven Infrastrukturen oder Verpflichtungen über den Abschluss lokaler Roamingzugangsvereinbarungen aufzuerlegen, sofern dies in beiden Fällen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützter Dienste auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich ist und sofern keinem Unternehmen tragfähige und vergleichbare alternative Zugangswege zu den Endnutzern zu fairen und angemessenen Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. Die zuständigen Behörden können derartige Verpflichtungen nur dann auferlegen, wenn diese Möglichkeit bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich vorgesehen wurde und wenn dies dadurch gerechtfertigt ist, dass in dem Gebiet, für das diese Verpflichtungen gelten, unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Hindernisse für den marktgesteuerten Ausbau der Infrastruktur zur Bereitstellung funkfrequenzgestützter Netze oder Dienste bestehen, weshalb Endnutzer äußerst lückenhaften oder gar keinen Zugang zu Netzen oder Diensten haben. Lässt sich mithilfe des Zugangs zu und der gemeinsamen Nutzung passiver Infrastruktur allein keine Abhilfe schaffen, können die nationalen Regulierungsbehörden vorschreiben, dass aktive Infrastruktur gemeinsam genutzt wird.

Die zuständigen Regulierungsbehörden berücksichtigen Folgendes:

a) das Erfordernis, die Netzanbindung in der gesamten Union, entlang wichtiger Verkehrswege und in bestimmten Gebieten zu maximieren, und die Möglichkeit, eine wesentlich größere Auswahl und höhere Dienstqualität für die Endnutzer zu erreichen;

b) die effiziente Nutzung von Funkfrequenzen;

c) die technische Durchführbarkeit der gemeinsamen Nutzung und die diesbezüglichen Bedingungen;

e) technische Innovationen;

f) die vorrangige Notwendigkeit, im Hinblick auf den Ausbau der Infrastruktur zunächst Anreize für den Bereitsteller zu schaffen.

Im Falle einer Streitbeilegung können die zuständigen Behörden dem Begünstigten der die gemeinsame Nutzung oder den Zugang betreffenden Verpflichtung unter anderem vorschreiben, Funkfrequenzen mit dem Bereitsteller der Infrastruktur in dem betreffenden Gebiet gemeinsam zu nutzen."

Ergänzend führen die Erwägungsgrund 156 bis 158 des EKEK insoweit aus:

„Die gemeinsame Nutzung passiver Infrastrukturen, die der Bereitstellung drahtloser elektronischer Kommunikationsdienste unter Einhaltung der wettbewerbsrechtlichen Grundsätze dienen, kann besonders zweckmäßig sein, um eine bestmögliche Anbindung an Netze mit sehr hoher Kapazität in der gesamten Union zu ermöglichen, insbesondere in weniger dicht besiedelten Gebieten, in denen eine Replizierung nicht durchführbar ist und die Gefahr besteht, dass den Endnutzern keine solche Netzanbindung zur Verfügung gestellt wird. In Ausnahmefällen sollten die nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden in der Lage sein, eine solche Nutzung oder den lokalisierten Roamingzugang nach dem Unionsrecht aufzuerlegen, wenn diese Möglichkeit im Rahmen der ursprünglichen Bedingungen für die Erteilung der Nutzungsrechte ausdrücklich niedergelegt wurde und wenn sie jeweils den Nutzen dahingehend nachweisen können, dass dadurch unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Hindernisse, die dazu führen, dass der Zugang zu Netzen oder Diensten sehr lückenhaft oder unmöglich ist, ausgeräumt werden; hierbei müssen sie verschiedene Faktoren berücksichtigen, unter anderem insbesondere den Bedarf der Versorgung entlang wichtiger Verkehrswege, den Bedarf der Endnutzer an Auswahlmöglichkeiten und einer besseren Dienstqualität und das Erfordernis, Anreize für den Infrastrukturausbau zu bewahren. Haben Endnutzer keinen Zugang und kann diesem Umstand mit der gemeinsamen Nutzung passiver Infrastrukturen allein nicht abgeholfen werden, sollten die nationalen Regulierungsbehörden in der Lage sein, Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung aktiver Infrastrukturen aufzuerlegen. Hierdurch behalten die nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden die Flexibilität, sich für die am besten geeignete Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung oder Zugangsverpflichtung zu entscheiden, die im Hinblick auf die Art des aufgetretenen Problems verhältnismäßig und gerechtfertigt sein sollte.

Unter bestimmten Umständen ist es zwar angemessen, dass eine nationale Regulierungsbehörde oder andere zuständige Behörde Unternehmen unabhängig von der Einstufung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen auferlegt, um Ziele wie durchgehende Konnektivität und Interoperabilität von Diensten zu erreichen, jedoch muss sichergestellt werden, dass solche Verpflichtungen im Einklang mit dem Rechtsrahmen und insbesondere dessen Notifizierungsverfahren auferlegt werden. Solche Verpflichtungen sollten nur auferlegt werden, wenn sie dadurch gerechtfertigt sind, dass sie der Erfüllung der Ziele dieser Richtlinie dienen, und wenn sie objektiv begründet, transparent, verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sind, damit durch sie Effizienz, ein nachhaltiger Wettbewerb, effiziente Investitionen und Innovationen gefördert werden und für den größtmöglichen Nutzen für die Endnutzer gesorgt wird, und wenn sie im Einklang mit den einschlägigen Notifizierungsverfahren auferlegt werden.

Zur Bewältigung ansonsten unüberwindbarer wirtschaftlicher oder physischer Hindernisse bei der Bereitstellung funkfrequenzgestützter Netze oder Dienste an Endnutzer und bei bestehenden Lücken bei der Mobilfunkabdeckung erfordert das Schließen dieser Lücken gegebenenfalls den Zugang zu oder die gemeinsame Nutzung passiver Infrastrukturen oder, sollte dies aufgrund der Gegebenheiten nicht ausreichen, aktiver Infrastrukturen oder den Abschluss lokaler Roamingzugangsvereinbarungen. Beabsichtigen nationale Regulierungsbehörden oder andere zuständige Behörden — unbeschadet der aufgrund anderer Bestimmungen dieser Richtlinie an die Nutzungsrechte geknüpften Verpflichtungen zur gemeinsamen Nutzung und insbesondere der Maßnahmen zur Wettbewerbsförderung –, Maßnahmen zur Auferlegung von Verpflichtungen zur gemeinsamen Nutzung passiver Infrastrukturen zu ergreifen, oder beabsichtigen sie, wenn der Zugang zu und die gemeinsame Nutzung von passiven Infrastrukturen nicht ausreichen, eine gemeinsame Nutzung aktiver Infrastrukturen oder lokale Roamingzugangsvereinbarungen, können sie jedoch auch gehalten sein, das potenzielle Risiko für Marktteilnehmer in unterversorgten Gebieten zu prüfen."

In Bezug auf die Umsetzung des EKEK in nationales Recht ist ergänzend die allgemeine Vorschrift des Art. 124 EKEK zu beachten. Diese bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten erlassen und veröffentlichen bis zum 21. Dezember 2020 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie nachzukommen. Sie teilen der Kommission unverzüglich den Wortlaut dieser Vorschriften mit.

Die Mitgliedstaaten wenden diese Vorschriften ab dem 21. Dezember 2020 an.

Bei Erlass dieser Vorschriften nehmen die Mitgliedstaaten in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. In diese Vorschriften fügen sie die Erklärung ein, dass Bezugnahmen in den geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf die durch diese Richtlinie geänderten Richtlinien als Bezugnahmen auf diese Richtlinie gelten. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten dieser Bezugnahme und die Formulierung dieser Erklärung.

(2) Abweichend von Absatz 1 dieses Artikels gilt Artikel 53 Absätze 2, 3 und 4 dieser Richtlinie ab dem 20. Dezember 2018, wenn harmonisierte Bedingungen durch technische

Umsetzungsmaßnahmen gemäß der Entscheidung Nr. 676/ 2002/EG festgelegt wurden, um die Nutzung harmonisierter Funkfrequenzen für drahtlose Breitbandnetze und -dienste zu ermöglichen. Für Funkfrequenzbänder, für die bis zum 20. Dezember 2018 keine harmonisierten Bedingungen festgelegt wurden, gilt Artikel 53 Absätze 2, 3 und 4 dieser Richtlinie ab dem Tag der Annahme der technischen Durchführungsmaßnahmen gemäß Artikel 4 der Entscheidung Nr. 676/2002/EG.

Abweichend von Absatz 1 dieses Artikels wenden die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Einhaltung des Artikels 54 ab dem 31. Dezember 2020 an.

(3) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten nationalen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen."

Das Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur (BMVI) erarbeitet derzeit einen Vorschlag für eine vorgezogene Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im Rahmen des 5. TKG-Änderungsgesetzes. So könnte in das TKG eine neue Vorschrift mit der Überschrift „Lokales Roaming, Zugang zu aktiven Netzkomponenten" eingefügt werden. In diesem Zusammenhang stellen sich eine Reihe von Rechtsfragen auch mit Blick auf den gegenwärtig laufenden Vergabeprozess für 5G-Frequenzen.

Die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur (BNetzA) verweist in ihrer Entscheidung vom 26. November 2018[1] zu den Vergaberegeln bereits explizit auf die Vorgabe des Art. 61 Abs. 4 EKEK und die Umsetzung im nationalen Recht. So heißt es in Ziff 614:

„Die Kammer weist im Übrigen ausdrücklich darauf hin, dass Regelungen zum Infrastruktur-Sharing und Roaming auch in der zukünftig geltenden Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EECC) vorgesehen sind. Zum einen stellt die Richtlinie klar, dass Frequenzzuteilungen mit Auflagen zum Roaming verbunden werden dürfen. Zum anderen wird auch die Möglichkeit der Anordnung von passivem Infrastruktur-Sharing oder von lokalem Roaming adressiert, soweit dem Netzausbau unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen."

Im Folgenden wird Art. 61 Abs. 4 EKEK im Wortlaut zitiert. Sodann ergänzt Ziff. 615:

„Die Umsetzung dieses neuen Rechtsrahmens in nationales Recht obliegt jedoch der Entscheidung und dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Die Bundesnetzagentur muss sich daher im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung vorbehalten, mit Blick auf eine das Unionsrecht umsetzende künftige TKG-Novelle die Auferlegung von

[1] Die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, Aktenzeichen: BK1-17/001, ist abrufbar im WWW: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Mobilfunk2020/20181126_EntschEntschei_III_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

Roamingverpflichtungen im Einzelfall zu prüfen und erforderlichenfalls unter Beachtung der Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 TKG anzuordnen."

Art. 61 Abs. 4 EKEK enthält eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen und ist auch im Übrigen in mancher Hinsicht in seiner Regelungswirkung unklar und gegebenenfalls auch unbefriedigend. Dies steigert die Unsicherheiten in Bezug auf seine Umsetzung und lässt eine frühzeitige Befassung mit Umsetzungsoptionen und gegebenenfalls auch eine vorgezogene Umsetzung als sinnvoll erscheinen. Die folgenden Hinweise verstehen sich als ein Beitrag, einen Teil der denkbaren Rechtsfragen, die sich im Rahmen der Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK stellen können, zu beantworten.

2. Zwingende Umsetzung von Art. 61 Abs. 4 EKEK bis zum 21. Dezember 2020

Vor dem Hintergrund der klaren, unkonditionieren Vorgaben des Art. 61 Abs. 4 EKEK („die Mitgliedsstaaten sorgen dafür….", Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 1) ist dieser gemäß Art. 124 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK bis zum 21. Dezember 2020 in nationales Recht umzusetzen. Die Norm muss nach Art. 124 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK ab jenem Stichtag auch anwendbar sein. Vor diesem Zeitpunkt besteht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, im Rahmen der Vorwirkung der Richtlinie eine möglichst umfassende Wirkung zu verleihen und jedenfalls Maßnahmen zu unterlassen, die eine entsprechende Wirkung unterminieren. Damit muss eine wirksame Anwendung des Art. 61 Abs. 4 EKEK ab dem 21. Dezember 2020 möglich sein. Eine vorzeitige Anwendung ist im Übrigen insoweit erlaubt, wie dies den Vorgaben des bisherigen Richtlinien nicht widerspricht. Dann könnte auch schon vor dem 21. Dezember 2020 eine mögliche Umsetzung im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen jener Bestimmung aktiviert werden. Angesichts der Komplexität seiner Anwendungsvoraussetzungen dürfte dies allerdings nur wenig realistisch sein. Jedenfalls kann die Bestimmung in rechtlicher Hinsicht und auch systematisch bereits vorgezogen umgesetzt werden.

3. Einfluss der Umsetzung im TKG auf die Vergabe der 5-G-Frequenzen

Die zügige Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK in nationales Recht dient insbesondere auch der Realisierung der Vorgabe des Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 2 EKEK. Danach können die Wirkungen jener Norm nur dann aktiviert werden, „wenn diese Möglichkeit bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich vorgesehen wurde". Das bedeutet aber für das deutsche Recht, dass angesichts des Vorbehalts des Gesetzes eine entsprechende Ermächti-

gungsgrundlage *vor* Erteilung der Frequenznutzungsrechte im nationalen Recht zumindest empfehlenswert ist, um unnötige Streitigkeiten zu vermeiden, da es sich insoweit um eine die Unternehmen belastende Regelung handelt. Auf dieser Grundlage kann bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte der ausdrückliche Hinweis auf die Möglichkeit der späteren Auferlegung einer Roaming-Verpflichtung erfolgen.

Eine solche Vorgehensweise hat die BNetzA durch den in der Vorbemerkung zitierten Hinweis in Ziff. 614 f. der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 26. November 2018 entsprechend vorbereitet. Insofern sollte jedenfalls bis zur konkreten Zuteilung der Frequenzen, besser jedoch vor dem Start der laufenden Versteigerung eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorliegen, um den an der Versteigerung teilnehmenden Unternehmen insoweit Rechtssicherheit zu verschaffen und die Möglichkeit zu eröffnen, die etwaigen zusätzlichen Risiken einer derartigen Regulierungsoption in die Gebote einzupreisen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass erst wieder im Rahmen einer folgenden Versteigerung die Möglichkeit besteht, die Handlungsoptionen des Art. 61 Abs. 4 EKEK zu aktivieren.

Insofern stellt die anstehende Versteigerung der 5-G-Frequenzen als wichtigste kurz- und mittelfristig anstehende Frequenzversteigerung den nötigen Anlass dar, eine Vollzugsfähigkeit des Art. 61 Abs. 4 EKEK herzustellen. Andernfalls würde das von der Richtlinie beabsichtigte Ziel, gerade in der anstehenden Vergabe von 5-G-Frequenzen, eine entsprechende Steuerungswirkung herzustellen, gefährdet, wenn nicht gar verfehlt. Die anstehende Versteigerung ist damit auch der Anlass der Regelung, keineswegs jedoch ein „Einzelfall“ im Sinne einer nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG verbotenen Einzelfallsregelung (vgl. hierzu BVerfGE 13, 225 (228 f.), BVerfGE 24, 33 (52), BVerfGE 99, 367 (400)). Denn jegliche konkrete Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im TKG muss abstrakt-generell formuliert sein, um die Vorgaben des EKEK umzusetzen und auch für weitere Frequenzversteigerungen im Laufe der Geltungsphase des EKEK anwendbar zu sein.

4. Gerichtliche Kontrolle der Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im TKG

Die unionsrechtskonforme Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EKEK im TKG kann einerseits bei Vorwürfen von Umsetzungsfehlern seitens der Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens überprüft werden.

Anderseits kann sie inzident im Rahmen der Kontrolle der etwaigen anschließenden Anwendung der Norm durch die BNetzA erfolgen. In diesem Rahmen kann bei der gerichtlichen Über-

prüfung des Handelns der BNetzA eine Vorlage an den EuGH erfolgen, um zu klären, ob die Umsetzung unionsrechtskonform erfolgt ist. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass in diesem Rahmen auch eine inzidente Überprüfung der Verfassungskonformität der nationalen Regelung erfolgen kann sowie eine sonstige Prüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns der BNetzA. Vor diesem Hintergrund ist es eher zweifelhaft, dass das bloße Vorhandensein einer Regelungsbefugnis im deutschen TKG ohne dessen Aktivierung bereits eine Klagemöglichkeit der potenziell betroffenen Adressaten dieser Norm auslöst. Die prozessualen Hürden hinsichtlich einer Gesetzesverfassungsbeschwerde sind insoweit jedenfalls angesichts der Anforderugnen an die Subsidiarität und Rechtswegerschöpfung hoch. Im Rahmen eines grundsätzlich möglichen verwaltungsgerichtlichen Vorgehens der (potenziellen) Teilnehmer am Versteigerungsverfahren bzw. der Adressaten von anschließenen Zuteilungsbescheiden gegen entsprechende ausdrückliche Verweise der BNetzA auf einen dann gegebenenfalls vorhandene Umsetzungsnorm im TKG (zur Aktivierung der Wirkung des Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 2 EKEK) müsste sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit eines etwaigen Angriffs erfolgreich geltend gemacht werden, inwiefern bereits durch den Verweis seitens der BNetzA in entsprechenden Verwaltungsakten eine spezifische Beschwer des Adressaten des Verwaltungsakts entsteht und inwiefern eine derartige – vom Richtlinienrecht ja verpflichtend vorgesehene – Handlungsmöglichkeit rechtswidrig sein sollte.

5. Reichweite der (potenziellen) Verpflichtung zum lokalen Roaming ratione materiae

Von großer Bedeutung für die Reichweite der (potenziellen) Verpflichtung zum lokalen Roaming ist sodann die Beantwortung der Frage, ob diese auf ein bestimmtes (lokales) Gebiet bezogen ist und dies unabhängig davon, welche Frequenzen konkret zur Mobilfunkversorgung eingesetzt werden („lokale, frequenzflexible Anwendung mit Bezug zu den jeweiligen Versorgungsauflagen“), oder sie ausschließlich auf die konkret in diesem Vergabeverfahren zugeteilten Frequenzen (mit Blick auf die Versteigerung von 5-G-Freuqnezen also die 2-GHz- und 3,6-GHz-Frequenzen) bezogen ist („frequenzscharfe Anwendung“).

Diese Frage ist durch Auslegung der Richtlinie nach Wortlaut, Genesis, Systematik und Telos zu beantworten. Denn angesichts der klaren Konditionierung der Regelung in der Richtlinie spricht vieles dafür, dass es sich insoweit um eine vollharmonisierende Bestimmung handelt, die auf nationaler Ebene weder über- noch unterschritten werden darf. Deshalb ist entscheidend, wie die Richtlinie zu verstehen ist.

Der Wortlaut ist insoweit offen. Art. 61 Abs. 4 UAbs. 4 S. 1 EKEK spricht allgemein von „lokalen Roamingzugangsvereinbarungen“ in „Fällen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützter Dienste auf lokaler Ebene“. Art. 61 Abs. 4 UAbs. 4 S. 2 EKEK schränkt die Möglichkeit zur Auferlegung entsprechender Verpflichtungen sodann insoweit ein, dass diese „bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich vorgesehen wurde“. Letzteres kann ausgehend vom Wortlaut in einem engen Konnex so verstanden werden, dass für eine entsprechende Verpflichtung nur die jeweiligen Frequenzen herangezogen werden dürfen. Umgekehrt spricht der Wortlaut jedoch nicht davon, dass ein Hinweis bei der Erteilung der „jeweiligen“ Frequenznutzungsrechte erfolgt ist. Das spricht eher dafür, dass kein strenger Konnex in diesem Sinne erfolgen soll.

Der Genesis lassen sich nur begrenzt Hinweise entnehmen. Im ursprünglichen Vorschlag der Kommission war eine entsprechende „Hinweispflicht“ noch nicht vorgesehen.[2] Im Rahmen des Trilog-Verfahrens wurden sodann entsprechende Ergänzungsvorschläge des Europäischen Parlamentes und des Rates zum EKEK eingebracht. In beiden Versionen ist eine Hinweisklausel integriert worden.[3] Die Erwägungsgründe bringen für die zugrunde liegenden Motive jedoch keinen weiteren Aufschluss.

---

[2] Die Bestimmung in Art. 59 des Vorschlags lautete insoweit: „(3) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze bereitstellen oder zu deren Bereitstellung berechtigt sind, im Einklang mit dem Unionsrecht Verpflichtungen in Bezug auf die gemeinsame Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen, den Abschluss lokaler Roamingzugangsvereinbarungen oder den gemeinsamen Ausbau von Infrastrukturen aufzuerlegen, die für die Bereitstellung auf Funkfrequenzen gestützter Dienste auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich sind, wenn dies dadurch gerechtfertigt ist, dass
a) eine Replizierung dieser Infrastrukturen wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre, und
b) die Netzanbindung in dem Gebiet, auch entlang wichtiger Verkehrswege, äußerst lückenhaft wäre oder die ansässige Bevölkerung erheblichen Einschränkungen hinsichtlich Auswahl oder Dienstqualität oder beiden ausgesetzt wäre.
Die nationalen Regulierungsbehörden berücksichtigen Folgendes:
a) die Notwendigkeit, die Netzanbindung in der gesamten Union und in bestimmten Gebieten zu maximieren;
b) die effiziente Nutzung von Funkfrequenzen;
c) die technische Durchführbarkeit der gemeinsamen Nutzung und die diesbezüglichen Bedingungen;
d) den Stand des Infrastruktur- und des Dienstleistungswettbewerbs;
e) die Möglichkeit, eine wesentlich größere Auswahl und höhere Dienstqualität für die Endnutzer zu erreichen;
f) technische Innovationen;
g) die vorrangige Notwendigkeit, im Hinblick auf den Ausbau der Infrastruktur zunächst Anreize für den Bereitsteller zu schaffen.
Diese die gemeinsame Nutzung, den Zugang oder die Koordinierung betreffenden Verpflichtungen sind Gegenstand von Vereinbarungen, die auf der Grundlage fairer und angemessener Bedingungen geschlossen werden. Im Falle einer Streitbeilegung können die nationalen Regulierungsbehörden dem Begünstigten der die gemeinsame Nutzung oder den Zugang betreffenden Verpflichtung unter anderem vorschreiben, seine Funkfrequenzen mit dem Bereitsteller der Infrastruktur in dem betreffenden Gebiet gemeinsam zu nutzen.“, vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation COM(2016) 590 final.

[3] Die Vorschlag des Rates ergänzt Art. 59 Abs. 3 EKEK-E insoweit durch den Ausspruch „provided that this possiblity has clearly set out when granting the rights of use in radio spectrum”, Vorschlag des Rates v. 9.10.2017 – 12797/1/17 REV 1. Der Vorschlag des Europäischen Parlaments zu Art. 59 Abs. 3 EKEK-E ist

Entscheidend ist damit die teleologische Auslegung. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die nationalen Regulierungsbehörden und insbesondere die BNetzA gerade mit Blick auf die (internationale) Harmonisierung in den letzten Jahren alle Frequenzbereiche flexibilisiert haben. Die deutschen Mobilfunknetzbetreiber nutzen diese Flexibilität auch entsprechend. Dies korreliert auch mit dem Ansatz der BNetzA, dass das gesamte zugeteilte Spektrum zur Erfüllung der auferlegten Versorgungsauflagen herangezogen werden kann.[4] Vor dem Hintergrund dieses Flexibilisierungsansatzes wird es schwierig sein, jeweils zu identifizieren, wo welcher Mobilfunknetzbetreiber gerade welche Frequenz verwendet. Dies kann sich auch noch auf der Zeitschiene ändern, so dass etwaige Roaming-Verpflichtungen jeweils kontinuierlich an eine jeweils wechselnde Nutzung des Zugangsverpflichteten angepasst werden müssten. Die Zugangspetenten hätten in diesem Fall keine Rechtssicherheit und müssten ihre Planungen jeweils anpassen.

Auch wenn man das in der Verpflichtungsvoraussetzung, dass „Endnutzer äußerst lückenhaften oder gar keinen Zugang zu Netzen oder Diensten haben“ (Art. 61 Abs. 4 UAbs. 1 S. 2 EKEK), implizierte Ziel der Regelung zugrunde legt, dass die Situation für die Endnutzer verbessert werden soll, wird sich dies mit einer derartig beschränkten und dann auch noch wechselnden Regelungswirkung kaum erreichen lassen. Im Übrigen wird auch hier jeweils auf die Versorgung als solches und nicht auf einer dem zugrundeliegenden Frequenz abgestellt.

Daher sprechen die besseren Gründe dafür, dass die Benennung in der Frequenzzuteilung lediglich dem Zweck dient, dass das ersteigernde Unternehmen möglichst früh (im Vorfeld der Angebotsabgabe) Kenntnis davon hat, dass eine Verpflichtung zum lokalen Roaming auferlegt werden kann, um dies im Rahmen der Kalkulation der Angebote zu berücksichtigen. Das Verständnis einer „frequenzscharfen Anwendung“ ließe die Norm ratione materiae weitgehend leer laufen, was nicht dem Grundsatz des „effet utile“ bei der Auslegung des Unionsrechts entspricht.

Schließlich kann der Ansatz einer bloß „frequenzscharfen Anwendung“ zu einer ineffizienten Frequenznutzung führen. Denn die potenziell verpflichteten Netzbetreiber könnten dazu ange-

vergleichbar formuliert: „Die nationalen Regulierungsbehörden können derartige Verpflichtungen nur dann auferlegen, wenn diese Möglichkeit bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich festgelegt wurde.“, Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19.10.2017 – A8-0318/2017; zudem wurde ein entsprechender Passus in Erwägungsgrund 142 integriert.

[4] Vgl. u. a. BNetzA-Vergabebedingungen (Fn. 1), Rn. 257, 277, 298, 319.

reizt werden, die neu erlangten Frequenzen zurückhaltend zu nutzen, um das Risiko korrelierender Roamingverpflichtungen zu reduzieren.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass auch eine grundrechtskonforme Interpretation mit dem Argument des Vertrauensschutzes nicht zu einem gegenteiligen Ergebnis führt, da der Bieter vor der Ersteigerung entsprechender Frequenzen durch den „Warnhinweis“ ja gerade sein Bietverhalten („Ob“ und „Wie“) in dieser Kenntnis anpassen kann. Nur wenn er Frequenzen ersteigert, entsteht eine entsprechende Verpflichtung. Die Risiken können bei der Höhe der Angebote eingepreist werden. Alle weiteren grundrechtlichen Erwägungen stellen sich sodann im Rahmen der Anwendung der Norm unter Beachtung der verschiedenen – strengen – Anwendungsvoraussetzungen.

6. Reichweite der (potenziellen) Berechtigung zum lokalen Roaming

Ferner stellen sich Fragen zur Ausgestaltung der Umsetzungsnorm ratione personae. So stellt sich mit Blick auf den Berechtigtenkreis die Frage, ob es Art. 61 Abs. 4 EKEK erlaubt, den Adressatenkreis der nationalen Umsetzung so einzugrenzen, dass beispielsweise nur Unternehmen davon profitieren, die „mindestens 95 % der Haushalte mit ihrem eigenen Mobilfunknetz versorgen“.

Da die besseren Gründe dafür sprechen, dass es sich bei Art. 61 Abs. 4 EKEK um eine Vollharmonisirung handelt (siehe oben unter 5.), müsste es sich insoweit um eine zulässige Konkretisierung der richtlinienrechtlichen Vorgabe handeln. Deren Inhalt ist wiederum nach ihrem Wortlaut, der Genesis, der Systematik und dem spezifischen Telos zu ermitteln.

Der Wortlaut liefert keinerlei Hinweise für eine derartige Beschränkung des Berechtigtenkreises. Zwar wird der Berechtigtenkreis in der Norm (anders als der Verpflichtetenkreis) nicht näher definiert. Insofern ist der Wortlaut daher zumindest dahin gehend offen, dies im nationalen Recht zu tun. Allerdings wäre es auch denkbar, auf eine solche Konkretisierung im nationalen Recht – wie im Unionsrecht – zu verzichten. Jedenfalls gibt es im Wortlaut keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass die Verpflichtung nur solche Zugangspetenten erfassen soll, die genau diese Vorgabe der Versorgung von 95 % der Haushalte mit einem eigenen Mobilfunknetz erfüllen.

Daher müssten Anhaltspunkte aus der Genesis, Systematik oder dem Telos erkennbar sein, die eine derartige restringierende Konkretisierung rechtfertigen können. Aus der Genesis der Vor-

schriften lassen sich keine Anhaltspunkte für eine Beschränkung des Berechtigtenkreises entnehmen. Die Entwurfsfassungen von Europäischer Kommission, Europäischem Parlament und Rat enthalten insoweit keine Hinweise. Dabei ist zu beachten, dass der EuGH mit Blick auf die damalige Normierung des § 9a TKG aus dem Richtlinienrecht sehr restriktive Vorgaben zur legislativen Vorsteuerung der regulierungsbehördlichen Tätigkeit abgeleitet hat (Urteil vom 3. Dezember 2009, Az. C-424/07). Gerade das vom EuGH in jenem Urteil zur Begründung herangezogene Argument, dass die nationale Regulierungsbehörde über weite Befugnisse und einen weiten Entscheidungsspielraum verfügen solle, gilt für den EKEK im Allgemeinen und für Art. 61 Abs. 4 EKEK im Besonderen gleichermaßen. Eine zulässige Konkretisierung läge daher nur vor, wenn sich die Einschränkung des Berechtigtenkreis „zwanglos" insbesondere aus der Systematik und dem Telos ergäben.

In systematischer Hinsicht ist für eine Beschränkung kein Anhaltspunkt ersichtlicht. Aber auch in teleologischer Hinsicht ist kein Argument ersichtlich, warum gerade diese Beschränkung gleichsam zwangsläufig vom EU-Gesetzgeber gewollt ist und jede andere Handlungsoption in der Hand der nationalen Regulierungsbehörde zu richtlinienwidrigen Ergebnisse führte. So wäre es zumindest theoretisch denkbar, dass künftig ein Anbieber infrastrukturbasiert mit einem beschränkten Geschäftsmodell einen ganz wesentlichen Beitrag zur Mobilfunkversorgung in bestimmten Regionnen leistet (etwa die 5G-Anbindung von Landwirten), ohne über ein flächendeckendes Netz zu verfügen, aber gleichwohl – etwa aufgrund von physischen Hindernissen – in sehr begrenztem Umfang einen entsprechenden Anspruch auf lokales Roaming benötigt und daher als Zugangspetent auf den Plan tritt. Diesem Unternehmen Zugang zu gewähren, könnte dann nicht mehr von der BNetzA entschieden – und selbstverständlich angesichts der restriktiven Voraussetzungen auch abgelehnt – werden, sondern wäre letztverbindlich durch den deutschen Gesetzgeber determiniert, nämlich ausgeschlossen. Damit erfolgt eine relevante Beschränkung der Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörde, die so nicht in der Richtlinie angelegt ist.

Kurzum, die BNetzA mag im Rahmen der Anwendung der Umsetzungsbestimmung faktisch nur im Sinne der vorgeschlagenen Beschränkung entscheiden und niemals Zugang jenseits des – beschränkten – Berechtigtenkreises gewähren. Es sprechen jedoch die besseren Argumente dafür, dass dies von der BNetzA entschieden werden muss, ohne eine derartige Einschränkung durch den Gesetzgeber. Jene von der Unionsrechtsnorm nicht angelegten Konkretisierungen bergen jedenfalls erhebliche Gefahren einer Sekundärrechtswidrigkeit.