

8 | 2018

34. Jahrgang  
15. August 2018  
S. 485–552  
PVSt 9892

CR

# Computer und Recht

Zeitschrift für die Praxis des Rechts  
der Informationstechnologie

**Schriftleitung:** RA Prof. Dr. Michael Bartsch · RA Dr. Malte Grützmaker, LL.M. ·  
RA Prof. Niko Härting · RA Sven-Erik Heun · RA Thomas Heymann ·  
RA Prof. Dr. Jochen Schneider · RA Prof. Dr. Fabian Schuster ·  
Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann, LL.M. · Prof. Dr. Gerald Spindler

[cr-online.de](http://cr-online.de)

**Herausgegeben** gemeinsam mit DGRI e.V.

Beratermodul  
CR 

Mit CRI 4/2018

|  |  |
|--|--|
| <b>IT und Software &gt;</b>              | <b>Katharina Scheja</b> – Schutz von Algorithmen in Big Data Anwendungen ..... 485   |
|  | OLG Hamm: Eigenhändler beim software-unterstützten Online-Handel mit Finanzprodukten (OLG Hamm, Urt. v. 30.5.2018 – I – 12 U 95/16) ..... 492  |
| <b>Daten und Sicherheit &gt;</b>         | <b>Amélie Pia Heldt</b> – Transparenz bei algorithmischen Entscheidungen – Food for Thoughts ..... 494   |
|  | OLG Oldenburg: Kein Foto Minderjähriger auf Website ohne Zustimmung der Eltern (OLG Oldenburg, Beschl. v. 24.5.2018 – 13 W 10/18) ..... 505  |
| <b>Internet und E-Commerce &gt;</b>      | <b>Sebastian Schwidessen</b> – Lootboxen nach deutschem Glücksspiel- und Jugendmedienschutzrecht (Teil 2) ..... 512  |
|  | LG Lüneburg: Persönlichkeitsverletzung durch „1-Sterne-Bewertung“ ohne Tatsachengrundlage (LG Lüneburg, Urt. v. 13.6.2018 – 9 O 59/17) ..... 531   |
| <b>Telekommunikation und Medien &gt;</b> | <b>Christoph Wagner</b> – Nationales Roaming im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe ..... 534  |
|  | LG Berlin: Kein systematisches Organisationsverschulden trotz falscher Mitteilungen vom Service-Techniker (LG Berlin, Urt. v. 4.5.2018 – 92 O 2/17 Kart) ..... 543                               |
| <b>Report und Technik &gt;</b>           | <b>Markus Gortan</b> – Die Unterlassenstrafbarkeit der geschäftsleitenden Personen des Softwareherstellers selbstfahrender Fahrzeuge durch Verletzung ihrer Produktbeobachtungspflicht ..... 546 |

**ottoschmidt**



Deutsche Gesellschaft für  
Recht und Informatik e.V.

diesem Zeitpunkt (...) selbst bei großzügiger Bemessung lange abgelaufen.

Die Beklagte hat die vom Kläger geltend gemachte Unterlassungsverpflichtung auch zu keinem Zeitpunkt – insbesondere

nicht etwa durch Löschung der beanstandeten Bewertung – rechtlich bindend anerkannt und hierdurch eine Wiederholungsgefahr beseitigt. (...)

---

## Telekommunikation und Medien

---

### Aufsätze

*Christoph Wagner*

# Nationales Roaming im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe

Unionsrechtskonformität, TKG-Ermächtigungsgrundlage und Ermessenserwägungen der BNetzA

*Im Mai 2018 ordnete die Bundesnetzagentur („BNetzA“) die Versteigerung von Frequenzen für Mobilfunknetze der 5. Generation an und gab damit den Startschuss für das Verfahren der 5G-Frequenzvergabe. Nun wird die BNetzA Vergabebedingungen und Versteigerungsregeln festlegen, bevor Anfang 2019 die Versteigerung und Zuteilung der Frequenzen folgen. Im Rahmen der Vergabebedingungen kann die BNetzA detaillierte Frequenznutzungsbestimmungen vorgeben. In Betracht kommt u.a. eine Verpflichtung der künftigen Frequenzzuteilungsinhaber zum nationalen Roaming mit dem Ziel, durch die Netzbetreiber gemeinsam schneller eine größere Flächendeckung mit 5G Netzen zu erreichen. Außerdem könnten Neueinsteiger und regionale Frequenzzuteilungsinhaber ihren Kunden über nationales Roaming eine bundesweite Abdeckung bieten, wodurch regionale Frequenzen aufgewertet und der Markteintritt für Neueinsteiger ermöglicht wird, ihr Anreiz zum zügigen eigenen Netzaufbau aber u.U. verringert wird. Ausdrücklich erwünscht sind Vereinbarungen über nationales Roaming nach dem Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung, wonach „Mobilfunkanbieter für ein nationales Roaming durch entsprechende Änderungen im Telekommunikations- und Kartellrecht Absprachen erlaub[t]“ werden sollen.*

*Ob und unter welchen Voraussetzungen die BNetzA berechtigt oder gar verpflichtet ist, den künftigen (bundesweiten) Frequenzzuteilungsinhabern eine Verpflichtung zum nationalen Roaming aufzuerlegen, untersucht dieser Beitrag. Dabei werden zunächst die vorangegangenen Frequenzvergabeverfahren (II.) sowie der aktuelle Verfahrensstand der 5G-Frequenzvergabe dargestellt. Sodann erfolgt die Untersuchung der europäischen (III.) und deutschen (IV.) Rechtslage, welche durch Erwägungen zum Ermessen der BNetzA (V.) abgerundet werden.*

### I. Rechtliche Voraussetzungen und technischer Vorgang

Unter „Roaming“ versteht man die Ermöglichung der Nutzung<sup>1</sup> von Mobilfunknetzen anderer Mobilfunknetzbetreiber (*Mobile Network Operator* – „MNO“) auch außerhalb des Versorgungsbereichs des nachfragenden MNOs für dessen Endnutzer,<sup>1</sup> d.h. der Endkunde kann die SIM-Karte seines MNOs (*Betreiber des Heimatnetzes*) in einem anderen Mobilfunknetz („*Gastnetz*“) nutzen. Beim Gastnetz kann es sich entweder um ein ausländisches (*internationales Roaming*)<sup>2</sup> oder um ein Mobilfunknetz im eigenen Land (*nationales Roaming*) handeln. Roaming erfordert eine Vereinbarung zwischen dem *Heimatnetzbetreiber* eines Teilnehmers und dem *Gastnetzbetreiber*, aufgrund derer die SIM-Card des Teilnehmers im *Gastnetz* erkannt und die Inanspruchnahme der Dienste des Gastnetzes ermöglicht wird. Technisch erfolgt Roaming durch die Eintragung eines Teilnehmers des *Heimatnetzbetreibers* in das sog. *Visitor Location Register* („VLR“) des *Gastnetzes*, dessen Betreiber dadurch die Möglichkeit erhält, den Kunden zu erkennen, sobald er sich in Reichweite des Gastnetzes aufhält. Der *Gastnetzbetreiber* sendet zu dem *Home Location Register* („HLR“) des *Heimatnetzes* ein Signal, damit dieses dem VLR die notwendigen Informationen aus dem HLR mitteilen, mögliche Registrierungen bei anderen VLR beenden und ankommende Verbindungen über das Gastnetz zu dem Mobilfunkteilnehmer liefern kann.<sup>3</sup>

---

1 Siehe auch die Legaldefinition in § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG.

2 Vgl. zum Begriff des internationalen Roamings die Übersichtsseite der BNetzA; abrufbar unter [www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Verbraucher/WeitereThemen/InternRoaming/InternationalesRoaming-node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Verbraucher/WeitereThemen/InternRoaming/InternationalesRoaming-node.html).

3 *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABl. 4/2000, 516 (531); von *Hammerstein*, MMR 2001, 214 m.w.N.

## II. Entscheidungspraxis und Verfahrensstand

### 1. Bisherige Ansätze

#### a) Internationale Beispiele

- 2 Unter anderem in den USA, Kanada, Großbritannien, Frankreich, Italien und der Schweiz haben die jeweiligen Regulierungsbehörden die Vergabe von UMTS-Lizenzen mit der Auflage verbunden, dass Lizenzinhaber unter bestimmten Voraussetzungen und für einen begrenzten Zeitraum nationales Roaming ermöglichen müssen, um den Start für Neueinsteiger zu erleichtern.<sup>4</sup> In Österreich waren derartige Regelungen sogar in das TK-Gesetz übernommen worden.<sup>5</sup> In Deutschland wurde eine solche Verpflichtung bislang nicht auferlegt. In Belgien wird aktuell die 5G-Frequenzvergabe mit der Verpflichtung zum nationalen Roaming durchgeführt, um den Markteintritt eines vierten Mobilfunkbetreibers zu ermöglichen.<sup>6</sup>

#### b) Ansatz der RegTP

- 3 Eine konkrete gesetzliche Verpflichtung zur Ermöglichung von nationalem Roaming enthält das geltende deutsche Telekommunikationsrecht nicht. Die *BNetzA* (und vor ihr die *RegTP*) hat die Möglichkeit nationalen Roamings zwischen MNOs auf freiwilliger vertraglicher Basis als zulässig anerkannt.<sup>7</sup> Ausführlich mit dem Thema beschäftigte sich die *RegTP* in ihrer Entscheidung vom 18.2.2000,<sup>8</sup> und zwar u.a. mit Blick auf die Erleichterung des Zugangs für neue Marktteilnehmer.<sup>9</sup> Auf Grundlage der seinerzeit geltenden Rechtslage sah die *RegTP* keine Rechtsgrundlage für eine Roaming-Verpflichtung. Die Netzzugangsvorschriften seien nicht einschlägig, da keiner der Mobilfunklizenzinhaber über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.<sup>10</sup> Auch sei Roaming keine Form der Zusammenschaltung, da es an der physischen und logischen Verbindung der beiden Mobilfunknetze fehle.<sup>11</sup> Im Ergebnis ihrer Erwägungen sah die *RegTP* seinerzeit keine Notwendigkeit für die Aufnahme einer nationalen Roamingauflage in die Lizenzbedingungen, weil der entsprechende Bedarf von Neueinsteigern auch über die bestehenden Resale-Regelungen in § 4 TKV befriedigt werden könne.<sup>12</sup> Danach habe ein GSM-Netzbetreiber das Angebot kombinierter GSM/UMTS-Dienstleistungen auch durch Verwendung nur einer SIM-Karte und Rufnummer zu ermöglichen.<sup>13</sup> Schließlich sah die *RegTP* dies auch in Einklang mit europäischem Recht, da das Gemeinschaftsrecht seinerzeit „keinen Zugang zu den funkgestützten Infrastrukturen der [MNO] anordnet, sondern es den betroffenen Parteien überlassen sei, dies auf wirtschaftlicher Basis auszuhandeln.“<sup>14</sup>

- 4 Beispiele für freiwillige Vereinbarungen über nationales Roaming sind die Verträge zwischen *Telefónica/Sonera* und *E-Plus* beim Markteintritt von *Quam* sowie die Vereinbarung zwischen *O2*<sup>15</sup> und *T-Mobile* zur Erleichterung des Markteintritts von *O2*.

### 2. Verfahren der BNetzA

- 5 Mit Entscheidung vom 14.5.2018 ordnete die Präsidentenkammer der *BNetzA* die Zuteilung der bundesweiten 5G-Frequenzen in Form eines Vergabeverfahrens (Versteigerung) an.<sup>16</sup> Vorausgegangen waren die Konsultationen zu einem Frequenz-Kompass, den Orientierungspunkten und schließlich den daraus entwickelten *BNetzA*-Eckpunkten sowie der Bedarfs-

ermittlung.<sup>17</sup> Vor der Versteigerung der 5G-Frequenzen, die nun für Anfang 2019 vorgesehen ist, muss die *BNetzA* noch Entscheidungen über die Vergabebedingungen<sup>18</sup> und die Vergaberegeln<sup>19</sup>, also das Auktionsdesign treffen. Im Vorfeld der anstehenden 5G-Frequenzvergabe stellte die *BNetzA* erstmals in Aussicht, neben bundesweiten Frequenznutzungsrechten auch regionale Frequenzen<sup>20</sup> mit gleichem Nutzungszweck zuzuteilen und veröffentlichte hierzu u.a. sog. „Eckpunkte 5G“.<sup>21</sup>

4 Beispielhaft für Kanada vgl. *CRTC*, Telecom Decision v. 1.3.2017 – 2017/56; abrufbar unter <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-56.htm>. Weitere Nachweise zu den einzelnen Ländern u.a. bei *von Hammerstein*, MMR 2001, 214 (216).

5 In Österreich wurde die seinerzeitige Regelung in § 49a TKGÖst 2000 jedoch bereits 2003 wieder aufgehoben, wobei sich seitdem eine Übergangsregelung in § 133 Abs. 6 TKGÖst findet.

6 Le Soir vom 25.7.2018.

7 Vgl. – jeweils mit Bezug auf den Ende der 1990er-Jahre geschlossenen Vertrag zwischen der Deutschen Telekom und VIAG Interkom (heute Telefónica) – vor allem *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (530 f.) und *BNetzA*, Beschl. v. 4.7.2014 – BK 1-13/002, Rz. 238, 316, 322; abrufbar unter [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunk/FusionEntscheidung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunk/FusionEntscheidung.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

8 *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (529 ff.).

9 Vgl. zusammenfassend auch die Darstellung der Entscheidung bei *von Hammerstein*, MMR 2001, 214 (216 ff.).

10 So auch noch die *BNetzA* in ihrer Festlegung zu Markt Nr. 15 (Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen) im Jahre 2007 – BK1-06-001; abrufbar unter [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK1-GZ/2006/2006\\_0001bis0999/2006\\_001bis099/BK1-06-0001/BK1-06-0001\\_Festlegung\\_Praesidentenkammer\\_XXX.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK1-GZ/2006/2006_0001bis0999/2006_001bis099/BK1-06-0001/BK1-06-0001_Festlegung_Praesidentenkammer_XXX.pdf?__blob=publicationFile&v=1); auch veröffentlicht in ABL 24/2007, Mitteilung Nr. 982/07.

11 *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (531).

12 *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (533 f.).

13 *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (534 f.).

14 *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (535). Ob dies vor dem Hintergrund der mittlerweile europarechtlich bestehenden Ansprüche aufgrund der sog. „Roamingverordnungen“ (EU) Nr. 531/2012 und (EU) 2015/2120 anders zu betrachten ist, wird weiter unten bei der unionsrechtlichen Zulässigkeit (s. III.) untersucht.

15 Seinerzeit noch VIAG Interkom; vgl. *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (531).

16 *BNetzA*, Entscheidung Präsidentenkammer v. 14.5.2018 über Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang, Az: BK1-17/001 – „5G Auktion Entscheidung I und II“; abrufbar auf der Übersichtsseite unter [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html).

17 Alle Dokumente zu den einzelnen Konsultationen sind ebenfalls abrufbar auf der Übersichtsseite der *BNetzA* unter [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html).

18 Diese wird von der *BNetzA* als „5G Auktion Entscheidung III“ ergehen.

19 Von der *BNetzA* als „5G Auktion Entscheidung IV“ bezeichnet.

20 Frequenzzuteilungen zur regionalen Nutzung erfolgen im Antragsverfahren, welches derzeit parallel durch die *BNetzA* erarbeitet wird.

21 Eckpunkte für den Ausbau digitaler Infrastrukturen und Bedarfsermittlung für bundesweite Zuteilungen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz; diese Eckpunkte und die dazu ergangenen Stellungnahmen sind abrufbar auf der Übersichtsseite der *BNetzA* unter [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html).

### 3. „Eckpunkte 5G“ der BNetzA vom Juni 2017

- 6 Diese *Eckpunkte-5G* der BNetzA enthalten zwar keine konkreten Überlegungen zur Einführung einer Verpflichtung zum nationalen Roaming. Unter Ziffer B.9 („Neueinsteiger“) referiert die BNetzA lediglich die Auffassung von Kommentatoren, die spezielle Maßnahmen zugunsten von Neueinsteigern in einem Vergabeverfahren fordern: „So müsse ein Teil des verfügbaren Spektrums für Neueinsteiger reserviert werden. Gleichzeitig müssten etablierte MNOs zum „National Roaming“ verpflichtet werden, da ansonsten flächendeckende Dienste nicht möglich seien.“<sup>22</sup>
- 7 Auch in Teil C. stellen die *Eckpunkte-5G* eine solche Verpflichtung zum nationalen Roaming nicht konkret in Aussicht. Ein gesonderter Eckpunkt zu speziellen Maßnahmen zugunsten von Neueinsteigern wurde nicht aufgenommen.

#### a) Mitnutzung bundesweiter Frequenzen (Eckpunkt 7)

- 8 Den Bedarf nach Mitnutzung bundesweiter Frequenzen durch die Inhaber regionaler Zuteilungen im Bereich 3.6 GHz spricht konkret Eckpunkt 7 an („Wechselseitige Nutzung als Zusatzkapazität“): „Die für bundesweite und regionale Zuteilung bereitgestellten 3.6 GHz Frequenzen können wechselseitig mitgenutzt werden. Inhaber regionaler Zuteilungen im Bereich 3.6 GHz können ungenutzte, bundesweit bereitgestellte Frequenzen im Bereich 3.6 GHz als temporäre Zusatzkapazität mitnutzen. Inhaber bundesweiter Zuteilungen im Bereich 3.6 GHz können ungenutzte, regional bereitgestellte Frequenzen im Bereich 3,6 GHz als temporäre Zusatzkapazität mitnutzen.“<sup>23</sup>
- 9 Hier geht es allerdings weniger um nationales Roaming als vielmehr um die lediglich *temporäre Nutzung ungenutzter Kapazitäten* durch einen anderen Zuteilungsinhaber als Zusatzkapazität. Nach der Begründung der BNetzA muss ein regionaler Netzbetreiber, der zusätzlich bundesweit zugeteiltes Spektrum nutzt, diese Frequenzen wieder freigeben, sobald der bundesweite Zuteilungsinhaber die Frequenznutzung an diesem Ort aufnimmt. Eine hinreichende langfristige Planungssicherheit für regionale Zuteilungsinhaber ergibt sich daraus daher nicht.

#### b) Mitnutzung von Kapazitäten und Diensten (Eckpunkt 13)

- 10 Laut Begründung soll der Eckpunkt 13<sup>24</sup> („Mitnutzung von Kapazitäten und Diensten“) u.a. „den Einstieg neuer Marktteilnehmer mit innovativen Geschäftsmodellen begünstigen“. Ferner verweist die BNetzA auf „die Möglichkeit, dass Unternehmen aus anderen Wirtschaftssektoren selbst Fachkunde aufbauen und in eigene 5G-Funknetze investieren.“
- 11 Der Wortlaut von Eckpunkt 13, wonach die Inhaber bundesweiter Zuteilungen „die Mitnutzung von Kapazitäten und Diensten zur Bereitstellung möglichst vielfältiger Geschäftsmodelle diskriminierungsfrei zu ermöglichen [haben]“, bietet grundsätzlich Raum für eine Verpflichtung zum nationalen Roaming, auch wenn diese darin nicht konkret angesprochen wird. Nach ihrer Begründung<sup>25</sup> erwartet die BNetzA, dass neben den bloßen Diensteanbietern<sup>26</sup> auch sog. virtuelle Mobilfunknetzbetreiber (Mobile Virtual Network Operators – „MVNOs“) zu einem innovativen Wettbewerb beitragen können. MVNOs verfügten darüber hinaus anders als Dienstean-

bieter über eigene Infrastruktur. „Daher wäre es denkbar, dass sie Geschäftsmodelle auf einer tieferen Ebene der Wertschöpfungskette abwickeln und dadurch zu Wettbewerb und Innovation beitragen könnten.“

Wenn die MNOs die Frequenznutzung durch MVNOs auf einer tieferen Ebene der Wertschöpfungskette gestatten müssen,<sup>27</sup> dann wäre es durchaus konsequent, wenn sie auch die Frequenzmitnutzung durch die Inhaber regionaler Frequenzzuteilungen gestatten müssten. In beiden Fällen kann dies in der Form erfolgen, dass die Kunden des MVNO bzw. regionalen Netzbetreibers ihre SIM-Karte aufgrund einer Vereinbarung zwischen ihrem Netzbetreiber und dem MNO im Netz des MNO für Verbindungen nutzen können. In gleicher Weise könnten die Kunden eines Neueinsteigers, der sein 5G-Netz nur regional sukzessive aufbauen kann, ihre SIM-Karten über eine Roaming-Vereinbarung mit einem oder mehreren MNO bundesweit in anderen Netzen nutzen.

#### c) Zwischenfazit

Zusammengefasst lassen die *Eckpunkte-5G* der BNetzA die Möglichkeit einer Verpflichtung zum nationalen Roaming zugunsten von regionalen Netzbetreibern und Neueinsteigern offen. Sie sehen allerdings konkret den Bedarf regionaler Frequenzzuteilungsinhaber und MVNOs nach Mitnutzung bundesweiter Frequenzen, ohne unter dem Topos nationales Roaming eine konkrete Lösung hierfür in Aussicht zu stellen.

### III. Unionsrechtskonformität von nationalem Roaming

#### 1. Funkfrequenzpolitik, Beschluss Nr. 243/2012/EU v. 14.3.2012

Ausdrücklich erwähnt wird nationales Roaming in Art. 5 Abs. 2 lit. a des Beschlusses Nr. 243/2012/EU v. 14.3.2012<sup>28</sup>: Danach *können* die Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten zur Berücksichtigung von Wettbewerbsaspekten im Zuge der Gewährung von Frequenznutzungsrechten an Nutzer privater elektronischer Kommunikationsnetze die Nutzungsrechte, die einem Unternehmen gewährt werden, mit „Bedingungen, z.B. [...] nationales Roaming oder regionales Roaming in bestimmten Frequenzbändern oder Gruppen von Frequenzbändern mit ähnlichen Merkmalen“ verknüpfen.

Die Regelung enthält eine ausdrückliche Ermächtigung zur Auferlegung von Verpflichtungen zum nationalen Roaming bei

nen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html.

22 BNetzA, Eckpunkte 5G, S. 4 f.

23 BNetzA, Eckpunkte 5G, S. 17.

24 BNetzA, Eckpunkte 5G, S. 22 f.

25 BNetzA, Eckpunkte 5G, S. 22 (dritter Spiegelstrich).

26 Diese können bisher aufgrund der sog. „Diensteanbieterverpflichtung“ (DAV) Mobilfunkangebote im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zur Verfügung stellen; vgl. vertiefend Wagner, CR 2017, 604.

27 Dazu ausführlich Wagner, CR 2017, 604 und Wagner/Helmstädter/Nüßing, CR 2017, 743.

28 Beschluss Nr. 243/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik, 14.3.2012, ABl. 2012, Nr. L 81/7; s. dazu auch Wagner/Helmstädter/Nüßing, CR 2017, 743 (744 f.).



der Vergabe von Frequenznutzungsrechten. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, entsprechende Rechtsgrundlagen zu schaffen. Ggf. sind nationale Regelungen so auszulegen, dass sie konform hiermit die Auferlegung solcher Verpflichtungen ermöglichen.

## 2. Europäischer Kodex für die Elektronische Kommunikation

- 16 Der von der *EU-Kommission* vorgelegte Entwurf des „Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation“ (EKEK-E)<sup>29</sup> in der Fassung der abschließenden Ergebnisse des Trilogs<sup>30</sup> setzt in Art. 47 Abs. 2 EKEK-E die Zulässigkeit von nationalem Roaming voraus, regelt aber nicht deren regulierungsbehördliche Auferlegung davon, sondern nur die Möglichkeit entsprechender privatrechtlicher Vereinbarungen: „*Verknüpfen die zuständigen Behörden individuelle Frequenznutzungsrechte mit Bedingungen, so können sie die Möglichkeit der gemeinsamen Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen, welche auf Funkfrequenzen beruhen, oder von Funkfrequenzen sowie gewerblichen Roamingzugangvereinbarungen oder den gemeinsamen Ausbau von Infrastrukturen für die Bereitstellung auf Funkfrequenzen gestützter elektronischer Kommunikationsdienste oder -netze vorsehen, insbesondere um eine effektive und effiziente Frequenznutzung sicherzustellen oder die Versorgung zu verbessern.*“<sup>31</sup>
- 17 Konkreter ist demgegenüber die Vorgabe in Art. 52 Abs. 2 lit. a EKEK-E, die eine Verpflichtung zum nationalen und regionalen Roaming im Rahmen von Frequenzvergabeverfahren ausdrücklich als zulässig anerkennt: „*Bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten durch die Mitgliedstaaten können ihre jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden oder andere kompetente Behörden auf Vorschlag der nationalen Regulierungsbehörden, geeignete Maßnahmen [zur Förderung wirksamen Wettbewerbs und Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen]<sup>32</sup> ergreifen, beispielsweise: a) Begrenzung der Menge an Funkfrequenzen, für die einem Unternehmen Nutzungsrechte erteilt werden, oder unter begründeten Umständen, Verknüpfung dieser Nutzungsrechte mit Bedingungen, z.B. Gewährung des Vorleistungszugangs und nationales oder regionales Roaming in bestimmten Frequenzbändern [...].*“<sup>33</sup>
- 18 Schließlich regelt auch Art. 59 Abs. 3 EKEK-E eine Ermächtigung für Roaming, die allerdings eher Universaldienstgesichtspunkten und der Sicherstellung flächendeckender Versorgung als Wettbewerbsaspekten dienen dürfte. Danach haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, „*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 Infrastrukturen oder den Abschluss lokaler Roamingzugangvereinbarungen*“ aufzuerlegen.<sup>34</sup>

## 3. Reichweite der Verpflichtungen aus der Roamingverordnung

- 19 Die europäischen Roamingverordnungen (EU) Nr. 531/2012<sup>35</sup> und (EU) 2015/2120<sup>36</sup> verpflichten *nur zu internationalem Roaming* innerhalb der *Europäischen Union* und überlassen

die Regulierung nationalen Roamings den Mitgliedstaaten. Ob es in diesem Umfeld unionsweiter Roamingvereinbarungen noch vermittelbar ist, wenn ein Endnutzer eines regionalen MNO bei Verlassen des Versorgungsbereichs innerhalb Deutschlands keinen Empfang mehr hätte, bei Überschreiten der (weiter entfernten) Grenze zu einem anderen Mitgliedsstaat jedoch wieder durch den ausländischen MNO zu versorgen wäre, ist allerdings zweifelhaft.

## 4. Zwischenergebnis

Danach ist festzuhalten, dass das geltende Unionsrecht ausdrücklich die Auferlegung von Verpflichtungen zum nationalen Roaming bei der Vergabe von Frequenznutzungsrechten und eine entsprechende Ermächtigung für die Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten vorsieht. *Zur Förderung wirksamen Wettbewerbs und Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen* wird eine entsprechende Regelung auch im inzwischen finalisierten EKEK-E vorgesehen werden.

## IV. Ermächtigungsgrundlagen im TKG

Gegenüber Anbietern mit beträchtlicher Marktmacht ermöglicht § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG ausdrücklich die Verpflichtung zum Roaming als „*Ermöglichung der Nutzung von Mobilfunknetzen anderer Betreiber auch außerhalb des Versorgungsbereichs des nachfragenden Mobilfunknetzbetreibers für dessen Endnutzer*“.<sup>37</sup> Außerhalb dieser Zugangsverpflichtung im Rahmen der Marktregulierung könnte die Auferlegung einer Roaming-Verpflichtung als Zusammenschaltung i.S.v. § 18 TKG oder als frequenzregulatorische Auflage nach den §§ 60, 61 TKG in Betracht kommen:

### 1. National Roaming als Zusammenschaltung i.S.v. § 18 TKG?

Falls Roaming als Zusammenschaltung i.S.d. § 3 Nr. 34 TKG angesehen werden kann, könnte eine Verpflichtung zum nationalen Roaming auf der Grundlage von § 18 Abs. 1 S. 1 TKG

29 *EU-Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM(2016) 590 final, 14.9.2016.

30 Siehe das derzeit nur in Englisch verfügbare Dokument des Rats v. 29.6.2018 – ST 10962/18; abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10692-2018-INIT/EN/pdf>.

31 Hervorhebung nur hier.

32 Hervorhebung nur hier.

33 Einfügung in eckigen Klammern (ergibt sich aus Art. 52 Abs. 1 EKEK-E) nur hier.

34 Hervorhebung nur hier.

35 Verordnung (EU) Nr. 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, ABl. 2012, Nr. L 172, S. 10 i.d.F. der Verordnung (EU) 2017/920 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 in Bezug auf Vorschriften für Großkunden-Roamingmärkte, ABl. 2017, Nr. L 147, S. 1.

36 Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union, ABl. 2015, Nr. L 310, S. 1.

37 Legaldefinition in § 21 Abs. 2 Nr. 4 TKG.

unabhängig von bestehender Marktmacht auferlegt werden. Die Einordnung von Roaming ist allerdings umstritten.<sup>38</sup> Zusammenschaltung bedeutet die Verbindung von Telekommunikationsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 27 TKG.<sup>39</sup> Diese muss in physischer und logischer Form zwischen den zu verbindenden Netzen hergestellt werden.<sup>40</sup>

### a) Contra Zusammenschaltung

- 23 Beim Roaming darf der Kunde außerhalb des Versorgungsbereichs seines Netzbetreibers ein fremdes Mobilfunknetz nutzen, ohne Teilnehmer des fremden Mobilfunknetzes zu sein.<sup>41</sup> Hierbei wird allerdings keine physische und logische Verbindung zwischen dem Heimatnetz des Nutzers und dem Gastnetz des fremden Mobilfunknetzes hergestellt, sondern der Nutzer erhält lediglich eine Berechtigung zur Nutzung des Gastnetzes.<sup>42</sup> Auch dient Roaming nicht dazu, Nutzern, die an verschiedene Telekommunikationsnetze angeschlossen sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen. Deshalb lehnt die wohl überwiegende Meinung die Einordnung von Roaming als Zusammenschaltung ab.<sup>43</sup> Dieser Auffassung war seinerzeit auch die *RegTP*.<sup>44</sup>

### b) Pro Zusammenschaltung

- 24 Dagegen wird angeführt, dass die Neudefinition der Nr. 34 des § 3 TKG eine Einbeziehung des Roamings unter den Begriff „Zusammenschaltung“ ermögliche, da eine Zusammenschaltung auch mit dem Zweck der Fremddienstnutzung durch den Nutzer erfolgen könne („um ... die Inanspruchnahme von Diensten...zu ermöglichen“) und das Bereitstellen von Telekommunikationsnetzen ebenfalls als Telekommunikationsdienst anzusehen sei. Ferner wird argumentiert, dass das Mobilfunk-Endgerät nicht nur Einrichtungs-, sondern auch Abschluss- und integraler Bestandteil desselben sei. Die SIM-Karte sei technisch mit dem Endgerät verbunden und ermögliche als intelligenter Netzbestandteil die Zuordnung des Teilnehmers zum Heimatnetz. Bei Registrierung der SIM-Card im Gastnetz komme es daher zur Zusammenschaltung.<sup>45</sup>

### c) Resultierende Rechtsunsicherheit

- 25 Danach kann Roaming wohl nicht mit ausreichender Sicherheit als eine Form der Zusammenschaltung i.S.d. § 3 Nr. 34 TKG eingeordnet werden. Ob § 18 TKG als Rechtsgrundlage für eine entsprechende Verpflichtung in Betracht kommt, ist danach zweifelhaft.

## 2. Nationales Roaming als frequenzregulatorische Auflage

- 26 Die *BNetzA* könnte (künftigen) Frequenzzuteilungsinhabern eine Verpflichtung zur Ermöglichung des nationalen Roamings in ihren (bundesweiten) Mobilfunknetzen im Rahmen der frequenzregulatorischen Entscheidungen zur anstehenden 5G-Frequenzvergabe auferlegen.

### a) Auflagenermächtigung nach § 60 Abs. 2 S. 1 TKG

Nach § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG kann die *BNetzA* bei Frequenzzuteilungen Nebenbestimmungen vorsehen, die eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung sowie die weiteren der § 2 genannten Regulierungsziele sicherstellen.<sup>46</sup> Nationales Roaming dient einer effizienteren Frequenznutzung (vgl. § 60 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 TKG), weil es die Auslastung erhöht und die Nutzbarkeit auch regionaler Frequenzen flexibilisiert. Ferner dient eine Verpflichtung zum nationalen Roaming der Sicherstellung der Regulierungsziele (§ 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG), nämlich sowohl der Wahrung der Interessen der Nutzer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), denen angesichts EU-weiten Roamings netzbedingte Verfügbarkeitslücken innerhalb eines Landes nicht mehr zuzumuten sind, als auch der Sicherung eines chancengleichen Wettbewerbs und daraus resultierend einem größtmöglichen Nutzen für die Endkunden in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG).<sup>47</sup> Damit liegen die Voraussetzungen beider Alternativen der Auflagenermächtigung des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG offensichtlich vor.

Nimmt die *BNetzA* auf dieser Grundlage Nebenbestimmungen in die Vergabebedingungen auf, werden sie zum Teil des Vergabeverfahrens, § 61 Abs. 6 TKG,<sup>48</sup> und werden als solche von den Frequenzbewerbern mit dem Antrag auf Zulassung zur Versteigerung als späterer Bestandteil ihrer Frequenzzuteilung akzeptiert. Hierfür sieht § 61 Abs. 6 TKG eine weitere eigenständige Rechtsgrundlage vor, die auch unionsrechtlich verankert ist.<sup>49</sup>

### b) Erweiterung der Auflagenermächtigung zur Sicherstellung der Regulierungsziele (§ 60 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG)

In der Vergangenheit gegen die Tragfähigkeit der Auflagenermächtigung geäußerte Bedenken wurden durch den TKG-Gesetzgeber selbst ausgeräumt: Im Jahr 2012 ergänzte er die Nebenbestimmungsermächtigung des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG um die Möglichkeit, solche Nebenbestimmungen auch zur Sicherstellung der Regulierungsziele des § 2 TKG aufzuerlegen (§ 60

38 Fetzer in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rz. 131.

39 Fetzer in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rz. 131.

40 Reg TP, Entsch. v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABl. 4/2000, S. 531.

41 Scherer in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 21 Rz. 32.

42 Fetzer in Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rz. 130.

43 Spoerr in Trute/Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, § 3 Rz. 115.

44 RegTP, Entsch. v. 18.2.2000 – Bk-1b-98/005, ABl. 4/2000, S. 531.

45 Säcker, BerlKomm/TKG, 3. Aufl., § 3 Rz. 105.

46 Vgl. hierzu Wagner, CR 2017, 604 (607 ff.).

47 Siehe näher unter V.3.

48 So ausdrücklich für die Auferlegung einer Versorgungsverpflichtung *BNetzA*, Entscheidung Präsidentenkammer v. 28.1.2015 zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie über die Vergabe- und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang, Az: BK1-11/003 – „Projekt 2016“, Rz. 650; abrufbar unter [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/Projekt2016/BisherigerVerfahrensverlauf/faq\\_Verfahrensverlauf-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Projekt2016/BisherigerVerfahrensverlauf/faq_Verfahrensverlauf-node.html).

49 BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 – 6 C 47.06, CR 2008, 359 (360).

Abs. 2 S. 1 Alt. 2 TKG). Der Gesetzgeber betonte, dass es Aufgabe der Regulierungsbehörde sei, sämtliche Regulierungsziele sicherzustellen und der *BNetzA* hierfür auch im Bereich der Frequenzregulierung die entsprechenden Befugnisse zustehen müssten.<sup>50</sup> Entgegen vereinzelt vorgetragener Behauptungen erfolgte diese Änderung auch konstitutiv und nicht nur deklaratorisch, wie sich aus einem Umkehrschluss der Gesetzesbegründung zur Änderung von § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG ergibt.<sup>51</sup> Die Befugnisse der *BNetzA* sind also mit der Änderung des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG im Jahr 2012 gezielt erweitert worden. Diese Erweiterung beseitigt frühere Zweifel an der Befugnis der *BNetzA* zur Auferlegung einer Verpflichtung zum nationalen Roaming als Nebenbestimmung im Rahmen der Frequenzzuteilung.

### c) Anwendbarkeit neben der Zugangsregulierung

30 Der Nutzung der frequenzregulatorischen Auflagenermächtigung steht nicht entgegen, dass die *BNetzA* eine Verpflichtung zum nationalen Roaming marktmächtigen Unternehmen (auch) im Rahmen der Zugangsregulierung auferlegen könnte, denn aus den Regelungen zur Marktregulierung ergibt sich keine Sperrwirkung für die Auferlegung vergleichbarer Verpflichtungen aus anderem Rechtsgrund und auch zu Lasten von Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht.<sup>52</sup>

31 Dass die *BNetzA* bei der Frequenzvergabe keine der Verpflichtungen verwenden darf, die sie im Rahmen der Marktregulierung nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegen dürfte, ist an keiner Stelle des TKG geregelt, noch ist ein entsprechender gesetzgeberischer Wille irgendwo belegt. Zudem gilt ein solches Verbot marktmachtunabhängiger Zugangsverpflichtungen nicht einmal im Rahmen der Marktregulierung selbst: Denn Zugangsverpflichtungen sind bekanntlich auch nach § 18 TKG nicht auf marktmächtige Unternehmen beschränkt.<sup>53</sup>

### d) Zwischenergebnis

32 Es stehen damit im Rahmen der Frequenzregulierung hinreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen für die Auferlegung einer Verpflichtung zum nationalen Roaming zur Verfügung.

## V. Erwägungen zum Ermessen der *BNetzA*

33 Unabhängig von der konkret gewählten Ermächtigungsgrundlage liegt die Einführung einer Verpflichtung zum nationalen Roaming im Ermessen der *BNetzA*. Folgende Erwägungen sind dabei zu berücksichtigen:

### 1. Effiziente Frequenznutzung

34 Eine Verpflichtung zum nationalen Roaming intensiviert die Nutzung der Frequenzen und Netzkapazitäten, steigert die Effizienz und dient damit der Erreichung telekommunikationsrechtlicher Regulierungsziele (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG). Nationales Roaming führt zu höherer Auslastung nicht nur der Netze der mit solchen Verpflichtungen belasteten Netzbetreiber; auch für die Heimatnetze der zum Roaming berechtigten Anbieter ist aufgrund eines schnelleren Kundenzuwachses mit

einer höheren Auslastung und damit höherer Effizienz zu rechnen.

### 2. Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG)

35 Angesichts der heute selbstverständlichen europaweiten Verfügbarkeit von Mobilfunkdienstleistungen, die durch EU-Regelungen zum grenzüberschreitenden Roaming garantiert sind, wäre eine nur teilweise Netzverfügbarkeit innerhalb eines Mitgliedstaates für Nutzer kaum mehr akzeptabel. Daher erscheint ein Verzicht auf die Verpflichtung zum nationalen Roaming nicht mehr zeitgemäß. So hätte der Betreiber eines im Ausbau befindlichen Netzes einen Anspruch auf internationales Roaming und könnte seinen Kunden dadurch die Nutzung der Netze in 27 EU-Mitgliedstaaten anbieten, während dies für die Netze anderer MNOs in Deutschland nicht gelten würde und die Kunden in nicht ausgebauten Teilen Deutschlands keine Netzverbindung mehr hätten. Dies passt nicht mehr in die Regulierungslandschaft und widerspricht auch dem Grundsatz der Regulierungskonsistenz.

### 3. Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG)

36 Die Eignung einer Verpflichtung zum nationalen Roaming zur Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte erfordert eine differenzierte Betrachtung:

#### a) Wettbewerbsintensivierung und Innovationssteigerung durch Frequenzmitnutzung

37 Erwerber regionaler Frequenzzuteilungen können im 3,6 GHz-Spektrum mit Hilfe des nationalen Roaming den zügigen Aufbau wirtschaftlich tragfähiger 5G-Angebote erleichtern. Ferner können Neueinsteiger, die ggf. erstmalig bundesweite Frequenzen ersteigern, durch nationales Roaming schneller wirtschaftlich tragfähige Endkundendienste anbieten, auch während sich ihr eigenes Netz noch im Aufbau befindet. Beides führt flächendeckend schneller zu mehr 5G-Angeboten für Verbraucher, stärkt also deren Wahlfreiheit und damit den Wettbewerb. Aber auch bundesweite Zuteilungsinhaber profitieren von nationalem Roaming: Denn es erlaubt der *BNetzA*, die ambitionierten Versorgungsziele der Politik (z.B. flächendeckende 5G-Versorgung aller Kreisstraßen bis 2025 und aller Gemeindestraßen bis 2027)<sup>54</sup> über noch zumutbare Versorgungsauf-

50 BT-Drucks. 17/5707, 74.

51 Vgl. BT-Drucks. 17/5707, 74, wonach ausdrücklich lediglich § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG und damit nicht Satz 1 eine deklaratorische Änderung erhalten hat.

52 Siehe ausführlich dazu Wagner, CR 2017, 604 (611 f.) sowie zum europäischen Rechtsrahmen Wagner/Helmstädter/Nüßing, CR 2017, 743 (744 f.). Vgl. auch Spoerr/Seip/Hörauf, Rechtsgrundlagen für eine DAV bei Neuvergabe der (GSM- und) UMTS-Frequenzen, v. 4.10.2013, S. 25 ff. bzw. Spoerr/Seip/Schemmel, v. 22.4.2016, S. 18 ff. (jeweils abrufbar in den „Stellungnahmen zum Frequenz-Kompass“ unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/mobilfunknetze-node.html)).

53 Wagner, CR 2017, 604 (612).

54 Beschluss des Beirates der *BNetzA* v. 25.6.2018, S. 9.



lagen auf die Netzbetreiber aufzuteilen und durch nationales Roaming zwischen deren Netzen aus Nutzersicht schneller eine Flächendeckung mit 5G-Diensten zu erreichen. Zweckmäßig wäre insofern eine Kombination von Versorgungspflicht und Roaming-Berechtigung in der Weise, dass der Anspruch auf Roaming erst dann besteht, wenn die Erfüllung der Versorgungsaufgabe durch den jeweiligen Netzbetreiber im Plan liegt. Dies ließe sich entsprechend abgestuft auch für regionale Frequenzzuteilungsinhaber und Neueinsteiger vorsehen.

## b) Nachhaltiger Infrastruktur-Wettbewerb nicht beeinträchtigt

- 38 Entgegen anderslautender Behauptungen muss die Möglichkeit des nationalen Roamings den Anreiz zum zügigen eigenen Netzaufbau nicht verringern und damit auch kein Hindernis für nachhaltigen Infrastrukturwettbewerb darstellen.<sup>55</sup> Denn die *BNetzA* wird in den Frequenznutzungsbestimmungen regelmäßig<sup>56</sup> ohnehin eine Versorgungs- bzw. Ausbaupflicht festlegen, welche nicht im Wege des nationalen Roamings, sondern nur durch eigene Übertragungswege erfüllt werden kann.<sup>57</sup> Die *BNetzA* wird vor Durchführung des Vergabeverfahrens den zu erreichenden Versorgungsgrad und dessen zeitliche Umsetzung festlegen,<sup>58</sup> wobei die auferlegte Versorgungs- verpflichtung gem. § 61 Abs. 6 TKG Bestandteil der Frequenz- zuteilung wird. Damit werden der zügige Beginn des Netzaufbaus sowie andererseits dessen kontinuierliche Fortsetzung regulatorisch sichergestellt.<sup>59</sup> Ein zusätzlicher Anreiz zum Infrastrukturausbau, um eigenen Kunden eine flächendeckende Versorgung anbieten zu können, ist daher nicht erforderlich, zumal angesichts der ambitionierten Versorgungsziele mit einer „Übererfüllung“ bei der 5G Versorgung ohnehin nicht zu rechnen ist. Hiervon abgesehen besteht ein Anreiz zum Aufbau eigener Infrastruktur auch bei einer Möglichkeit zum nationalen Roaming, weil nur der Einsatz eigener Infrastruktur die Abhängigkeit von Vorleistungspreisen verringern kann. Entscheidet sich ein Wettbewerber für den Neueinstieg aufgrund selbst erworbener Frequenzen, so wird er diese Frequenzen auch nutzen und sein Investment damit refinanzieren wollen. Das geht nur über den Aufbau eigener Netzinfrastruktur. Ausländische Beispiele widerlegen im Übrigen angeblich investitionshemmende Effekte von nationalem Roaming: Nach Untersuchungen der kanadischen Regulierungsbehörde CRTC sind zwischen 2012 und 2016 die Investitionen in die Wireless-Netzinfrastruktur nach Einführung nationalen Roamings angestiegen<sup>60</sup> und die Netzabdeckung durch Neueinsteiger hat sich konstant erhöht.<sup>61</sup>

## 4. Erforderlichkeit und Angemessenheit

- 39 Angesichts der wettbewerblichen Situation können Verpflichtungen zum nationalen Roaming gerade auch im Vergleich zu anderen Maßnahmen, wie z.B. einer Diensteanbieterpflichtung,<sup>62</sup> einen eigenständigen und nicht minder wertvollen Beitrag zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs insbesondere für Neueinsteiger liefern. In Ergänzung zu einer Diensteanbieterpflichtung spricht nationales Roaming andere Marktteilnehmer an, die bereits auf einer höheren Stufe der Investitionsleiter aktiv sind: Vom nationalen Roaming Begünstigte treten durch den Aufbau regionaler bzw. neuer bundes-

weiter Netze unmittelbar in den Infrastrukturwettbewerb mit den etablierten Netzbetreibern.

Einen ernst zu nehmenden wettbewerblichen Beitrag können 40 Neueinsteiger und Anbieter regionaler Netze nur dann erbringen, wenn ihr Angebot bereits in der Anlaufphase attraktiv für Endkunden ist. Angesichts der bestehenden Marktsättigung erscheint es unrealistisch zu erwarten, dass Endkunden zu einem neuen Anbieter wechseln, dessen Angebot nur in einer bestimmten Region verfügbar ist oder nur in Ballungsräumen über eine nennenswerte Netzabdeckung verfügt. Ohne ihren Kunden die Möglichkeit eröffnen zu können, zumindest grundsätzlich überall in Deutschland Mobilfunkdienste zu beanspruchen, sind die Angebote neuer oder regionaler Anbieter unattraktiv und kaum vermarktbar.

Angesichts dessen erscheint es zweifelhaft, ob mit einem nen- 41 nenswerten Engagement neuer bzw. regionaler Anbieter gerechnet werden kann, wenn diese für die erforderliche Überbrückung einer solchen Anlaufphase auf freiwillige Vereinbarungen mit den vergleichsweise marktmächtigen Mobilfunknetzbetreibern angewiesen sind – gerade angesichts der Tendenz der Mobilfunknetzbetreiber, Wettbewerbern Zugang zu innovativen Technologien wie LTE auf freiwilliger Basis nur sehr eingeschränkt zu gewähren.<sup>63</sup> Sind Regionalnetzbetreiber oder bundesweite Neueinsteiger vom Wohlwollen der etablierten Mobilfunknetzbetreiber abhängig, so besteht die Gefahr, dass diese vertragliche Regelungen aufgrund ihrer strukturellen Überlegenheit faktisch einseitig und zum Nachteil für die regionalen Anbieter und Neueinsteiger durchsetzen könnten.<sup>64</sup>

55 Vgl. die Argumentation der Telekom; abrufbar unter [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diginomics/die-diskussion-ueber-national-roaming-im-5g-mobilfunk-15516106.html](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diginomics/die-diskussion-ueber-national-roaming-im-5g-mobilfunk-15516106.html).

56 Vgl. nur *BNetzA*, Entscheidung Präsidentenkammer v. 28.1.2015 zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie über die Vergabe- und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang, Az: BK1-11/003 – „Projekt 2016“ unter Ziff. III.4.4 sowie Rz. 650 ff.

57 In diese Richtung bereits *RegTP*, Entscheidung v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABL 4/2000, 516 (532); von *Hammerstein*, MMR 2001, 214 (215).

58 So bspw. *BNetzA*, Entscheidung Präsidentenkammer v. 28.1.2015 zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie über die Vergabe- und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang, Az: BK1-11/003 – „Projekt 2016“ unter Ziff. III.4.4: „In einem Zeitraum von drei Jahren nach Zuteilung der Frequenzen muss jeder Zuteilungsinhaber eine Abdeckung mit der oben genannten mobilfunkgestützten Breitbandversorgung von mindestens 97 % der Haushalte in jedem Bundesland und 98 % bundesweit erreichen. Für die Hauptverkehrswege (Bundesautobahnen und ICE-Strecken) ist eine vollständige Versorgung sicherzustellen (...)“

59 *BNetzA*, Entscheidung Präsidentenkammer v. 28.1.2015 zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie über die Vergabe- und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang, Az: BK1-11/003 – „Projekt 2016“ unter Ziff. III.4.4 sowie Rz. 653.

60 CRTC, Communications Monitoring Report 2017, S. 219; abrufbar unter <https://crtc.gc.ca/eng/publications/reports/PolicyMonitoring/2017/cmr2017.pdf>.

61 CRTC, Communications Monitoring Report 2017, S. 329.

62 Siehe *Wagner*, CR 2017, 604 und *Wagner/Helmstädter/Nüßing*, CR 2017, 743. Vgl. hierzu auch *Gerpott*, FS 20 Jahre *BNetzA* (Hrsg. *Holznapel*), 2018, S. 201 (229 f.).

63 BKartA, Stellungnahme zum Frequenzkompass vom 29.9.2016, S. 3.

64 *Ruffert* in BeckOK Grundgesetz, Art. 12 Rz. 19.



42 Gerade für mögliche Neueinsteiger, die bundesweite Angebote etablieren wollen, gilt dies umso mehr in Bezug auf einen zügigen Rollout von neuartigen 5G-Angeboten: Hier ist zu erwarten, dass die etablierte Stellung der drei großen Mobilfunknetzbetreiber zu erheblichen Wettbewerbsvorteilen beim zeitnahen Angebot neuer 5G-Angebote führen wird. Müssen sich Neueinsteiger vor diesem Hintergrund zunächst um den Aufbau konkurrenzfähiger Angebote in der Fläche kümmern, besteht ihrerseits weniger Raum für Investitionen in innovative Produkte und Technologien und damit weniger Aussicht auf einen chancengleichen Wettbewerb.<sup>65</sup> Ihr subjektives Recht auf eine chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren ist deshalb nur gewahrt, wenn die Vergabebedingungen einen Anspruch auf nationales Roaming enthalten. Ohne diesen hätten Neueinsteiger realistisch keine Möglichkeit, für Frequenzen annähernd ähnliche Beträge anzubieten wie Netzbetreiber, die schon über eigene Infrastruktur verfügen. Die rechtliche Möglichkeit von Neueinsteigern, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, bliebe eine substanzlose Formsache, die mit dem von der Rechtsprechung anerkannten grundsätzlichen Zuteilungsanspruch und chancengleichen Teilhabeanspruch nicht vereinbar wäre.

## 5. Keine entgegenstehenden Rechtspositionen der Verpflichteten

43 Eine Verpflichtung zum nationalen Roaming verletzen keine Rechtspositionen oder gar Grundrechte der Verpflichtungs-Adressaten. Für das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG folgt dies schon daraus, dass die zu vergebenden Frequenzen als öffentliches Gut von vornherein nur unter dem Vorbehalt der Ermöglichung nationalen Roamings zugeteilt würden, den erfolgreichen Bietern also nicht etwa eine nachträgliche Beschränkung auferlegt wird.<sup>66</sup> Ein Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG würde allenfalls auf der niedrigsten Stufe der Berufsausübung erfolgen und könnte bereits durch überwiegende Allgemeinwohlerwägungen und damit insbesondere durch eine Erfüllung der telekommunikationsrechtlichen Regulierungsziele gerechtfertigt werden.<sup>67</sup> Schließlich wird die Verpflichtung den Bietern auf die Frequenzen schon im Vorfeld des Vergabeverfahrens bekannt sein, so dass sie in die Gebote für das Frequenzspektrum eingepreist werden kann.

## VI. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die *Eckpunkte-5G* der *BNetzA* vom Juni 2017 lassen die Möglichkeit einer Verpflichtung zum nationalen Roaming zugunsten von regionalen Netzbetreibern offen. Sie sehen konkret den Bedarf regionaler Frequenzzuteilungsinhaber und von Neueinsteigern nach Mitnutzung bundesweiter Frequenzen, ohne allerdings unter dem Topos „nationales Roaming“ eine Lösung hierfür in Aussicht zu stellen. Dies schließt es nicht aus, dass die geplante künftige Frequenzmitnutzungsaufgabe zugunsten von Neueinsteigern eine rechtliche Verpflichtung zum nationalen Roaming mit umfasst.
2. Sowohl das geltende Unionsrecht als auch der nun finalisierte EKEK-E ermöglichen bei der Vergabe von Frequenznutzungsrechten ausdrücklich die – marktmachtunabhängige – Auferlegung von Verpflichtungen zum nationalen Roaming. Eine entsprechende Ermächtigung der Mitglied-

staaten für die Regulierungsbehörden wird dabei unterstellt. In anderen Mitgliedstaaten gibt es entsprechende Verpflichtungen seit vielen Jahren.

3. Das TKG stellt im Rahmen der Frequenzvergabe markt-machtunabhängig tragfähige gesetzliche Grundlagen für die Verpflichtung zum nationalen Roaming zur Verfügung. Deren Voraussetzungen sind gegeben, weil die Einführung einer Verpflichtung zum nationalen Roaming die Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) sowie Erzielung eines größtmöglichen Nutzens für die Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität durch nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) sowie eine effiziente Nutzung der Frequenzen und Netzkapazitäten (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG) gerade auch in Bezug auf regionale Frequenzen und Netze fördert.
4. Die *BNetzA* kann eine Verpflichtung zum nationalen Roaming im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen auf überzeugende Argumente stützen, u.a. weil die Nutzbarkeit regionaler Netze, die es nach der Vergabe regionaler Frequenzen erstmals geben wird, anders nicht verlässlich sicherzustellen ist und weil eine fehlende Verpflichtung zum nationalen Roaming angesichts der geltenden Verpflichtung zum internationalen Roaming nicht mehr regulierungskonsistent wäre. Außerdem wird die Verpflichtung ebenso wie eine Frequenzmitnutzungsaufgabe die schnelle Verfügbarkeit von 5G-Diensten auch in der Fläche im Interesse der Kunden fördern. Schließlich bietet nur nationales Roaming Neueinsteigern die Möglichkeit, chancengleich am Vergabeverfahren teilzunehmen, denn ohne das Angebot flächendeckender Dienste bei gleichzeitigem Netzaufbau ist ein Marktzutritt und damit ein chancenreiches Gebot auf 5G-Frequenzen nicht realistisch vorstellbar.
5. Entgegenstehende Rechtspositionen der Frequenzzuteilungsinhaber sind nicht ersichtlich, weil die Frequenzzuteilung von vornherein mit der Vorgabe zum nationalen Roaming erfolgen würde, eine Vertrauensposition oder gar grundrechtliche geschützte Rechtsposition mithin von vornherein nicht entstehen würde.

### RA Dr. Christoph Wagner

Morrison & Foerster, Partner, Co-Vorsitzender der Praxisgruppe Medien, Berlin

Technologie, Medien und Telekommunikation mit Fokus auf M&A, strategischer Beratung und Regulierungsfragen

CWagner@mofocom

www.mofocom



<sup>65</sup> Vgl. von Hammerstein, MMR 2001, 214 (218).

<sup>66</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. v. 7.2.2017 – 6 B 31.16 = BeckRS 2017, 103796 Rz. 32.

<sup>67</sup> Vgl. BVerfGE 30, 336 (351); 65, 116 (125). Vgl. zur ähnlich gelagerten Diskussion bei der Diensteanbieterpflichtung Wagner/Helmstädter/Nüßing, CR 2017, 743 (749 f.).