

# IMPULS



## Wettbewerbsfreundliche 5G- Frequenzzuteilung: Rechtliche Anforderungen und Gestaltungsspielräume



Stiftung für den Maschinenbau,  
den Anlagenbau und die Informationstechnik

## **Wettbewerbsfreundliche 5G-Frequenzzuteilung: Rechtliche Anforderungen und Gestaltungsspielräume**

**Kurzgutachterliche Stellungnahme  
für die  
IMPULS – Stiftung für den Maschinenbau,  
den Anlagenbau und die Informationstechnik**

**Dr. Raimund Schütz, Dr. Kristina Schreiber**

**11.11.2018**

**Loschelder Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB  
[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)**

Die IMPULS – Stiftung für den Maschinenbau, den Anlagenbau und die Informationstechnik hat uns beauftragt, in einem Kurzgutachten zu prüfen, ob die von der Bundesnetzagentur (BNetzA) geplante Vergabe von 5G-Mobilfunkfrequenzen den gesetzlichen Vorgaben der Sicherung und Förderung von Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, einer angemessenen Versorgung in der Fläche sowie den Nutzerinteressen an einem Aufbau eigener lokaler und regionaler Netze genügt, insbesondere die der BNetzA gesetzlich eröffneten Gestaltungsspielräume sachgerecht und rechtmäßig genutzt werden. Betrachtet werden dabei 2 Regelungskomplexe: 1

Zum einen ist die geplante Vergabe von bundesweiten Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz durch Versteigerung Gegenstand der Untersuchung. Die hierfür maßgeblichen Vergabe- und Auktionsregeln sind Gegenstand eines Konsultationsentwurfs der BNetzA vom 24.09.2018 (Az.: BK1-17/001, nachfolgend „Konsultationsentwurf“, veröffentlicht unter [www.bundesnetzagentur.de/mobilesbreitband](http://www.bundesnetzagentur.de/mobilesbreitband)). Diesem Entwurf vorgelagert ist die Entscheidung der BNetzA vom 14.05.2018 über die Anordnung eines Vergabeverfahrens und die Bestimmung der Vergabe durch Versteigerung (Az.: BK1-17/001, ABl. BNetzA 2018, S. 760 ff., nachfolgend „Entscheidung Versteigerung“). 2

Zum anderen befasst sich die Untersuchung mit den BNetzA-Entwürfen für lokale / regionale Frequenzzuteilungsverfahren für die Bereiche 3,7 – 3,8 GHz sowie im 26 GHz-Band. Diese Frequenzen sollen im Wege der Einzelzuteilung vergeben werden (so die Entwürfe für die Anhörung zum Antragsverfahren 3,7 – 3,8 GHz i.d.F. vom 21.08.2018, nachfolgend „Entwürfe Einzelzuteilung“, und die Anhörung zu ersten Erwägungen für die zukünftige Nutzung des 26-GHz-Bandes (24,25 - 27,5 GHz), nachfolgend „Erwägungen 26 GHz-Band“, alles abrufbar unter [www.bundesnetzagentur.de/lokalesbreitband](http://www.bundesnetzagentur.de/lokalesbreitband)). 3

## I. 4 Zusammenfassung

Die geplanten Vergabe- und Auktionsregeln für die 5G-Frequenzvergabe an bundesweite Netzbetreiber durch Versteigerung sind nicht uneingeschränkt geeignet, den Wettbewerb auf den Mobilfunkmärkten zu sichern und zu fördern. Rechtliche Bedenken bestehen, da 5

- nicht sichergestellt ist, dass für bundesweite Neueinsteiger auch tatsächlich Spektrum ersteigerbar ist (Fehlen von Regelungen über Reservierung von Kapazitäten, über Spektrumskappen),
- die künftigen Zuteilungsinhaber nicht verpflichtet werden sollen, Neueinsteigern Infrastruktur Sharing und National Roaming nachfragegerecht bereitzustellen; die bloß vorgesehene Verhandlungspflicht ist nicht geeignet, die Wettbewerbschancen der Neueinsteiger effektiv zu fördern,

- interessierte Diensteanbieter gegenüber den künftigen Zuteilungsinhabern ebenfalls lediglich einen Verhandlungsanspruch, aber keinen Zugangsanspruch haben sollen,
- die geplanten Versorgungsaufgaben in den bundesweiten Frequenzzuteilungen nicht sicherstellen, dass auch Unternehmen (Industrie und andere gewerbliche Betriebe) außerhalb der Ballungszentren 5G-Anwendungen für innovative Dienste nutzen können.

Die Entscheidung der BNetzA, lokalen und regionalen Netzbetreibern 5G-Spektrum außerhalb der Versteigerung durch Einzelzuteilung zur Verfügung zu stellen, ist grundsätzlich gut geeignet, den gerade für Anwendungen im Bereich Industrie 4.0 zentralen Markteintritt lokaler und regionaler Netzbetreiber zu befördern. Im Detail weisen indes die frequenzrechtlichen Rahmenbedingungen für diese Netzbetreiber wettbewerbliche Defizite auf; die BNetzA schöpft die ihr eröffneten Handlungsspielräume für eine möglichst wettbewerbsfördernde und innovationsfreundliche Ausgestaltung der Zuteilungsbedingungen nicht aus:

- Kombinationsnutzungen Indoor / Outdoor erlauben eine größere Vielfalt an 5G-Anwendungen insbesondere im Bereich Industrie 4.0; solche Nutzungen sind derzeit nicht vorgesehen.
- Die geplanten Regelungen zum Schutz vor Störungen belasten einseitig lokale und regionale Netzbetreiber.
- Die geplante Befristung der Einzelzuteilungen auf nur 10 Jahre ist sehr restriktiv, es besteht ein nicht unerhebliches Risiko, dass innerhalb dieses Zeitraums eine vollständige Refinanzierung der Investitionen in den Aufbau neuer Netze nicht möglich ist.
- Bundesweite 5G-Zuteilungsinhaber sollen lediglich verpflichtet werden, über die Überlassung nicht benötigten Spektrums an lokale und regionale Netzbetreiber zu verhandeln, eine – rechtliche mögliche – Verpflichtung, diesen Netzbetreibern Zugang zu freiem Spektrum zu gewähren, soll nicht vorgegeben werden.
- Bundesweite Zuteilungsinhaber sollen ebenso nur zu Verhandlungen über Regionales Roaming verpflichtet werden, lokale und regionale Netzbetreiber sollen keinen Zugangsanspruch erhalten.

## II.

### Rechtsrahmen

Für den Aufbau eines Breitbandnetzes der neuen Mobilfunkgeneration 5G ist die Nutzung geeigneter Frequenzen unabdingbar. Als (potentiell) knappe Ressource unterliegen die Frequenzen der Regulierung, um ihre effiziente und störungsfreie Nutzung unter Berücksichtigung der Regulierungsziele des § 2 TKG zu gewährleisten. Normativ geregelt ist dies in Deutschland im Wesentlichen in den §§ 52 ff. TKG.

Das Frequenzregime teilt sich in drei zentrale Bereiche: Die Frequenzplanung, die Frequenzvergabe und die Überwachung der Frequenznutzung.	9
<b>1. Frequenzplanung</b>	<b>10</b>
Maßgebliche Instrumente der Frequenzplanung sind die Frequenzverordnung und der Frequenzplan.	11
Mit der Frequenzverordnung weist die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates unter Berücksichtigung der internationalen Vorgaben Frequenzbereiche einzelnen Funkdiensten zu (vgl. § 53 TKG). Für 5G-Anwendungen sind insbesondere die Frequenzbereiche 2 GHz, 3,4-3,7 GHz, 3,7-3,8 GHz und 26 GHz vorgesehen (siehe FrequenzVO, Anlage A mit den Teilplänen Nr. 293-303, 305-308, 315-317, 406-408 für Mobilfunkdienst als primären Funkdienst). Zuletzt hat die Bundesregierung für den Bereich 26 GHz die Voraussetzungen für eine Nutzung dieses Spektrums zum Aufbau eines 5G-Breitbandnetzes geschaffen (mit der 3. VO zur Änderung der FrequenzVO, der der Bundesrat am 19.10.2018 zugestimmt hat, BR-Drs. (Beschluss) 399/18 mit den Änderungen von Anlage A Nr. 404 ff.).	12
Näher ausdekliniert wird die Frequenzbereichszuweisung der Frequenzverordnung im Frequenzplan, der von der BNetzA gem. § 54 Abs. 1 TKG unter Beteiligung betroffener Behörden, Kreise und der Öffentlichkeit erstellt wird. Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang zu Telekommunikationsdiensten sind dabei regelmäßig technologieneutral auszuweisen (§ 54 Abs. 2 TKG). Im Rahmen der Frequenzplanung kommt der BNetzA ein weiterer gestalterischer Spielraum zu, da die Planungsentscheidung auf zukünftigen Entwicklungen aufbaut, die sich einer exakten Beurteilung und Vorhersage entziehen. Die Nutzung dieses Spielraums durch die BNetzA ist daher nur eingeschränkt überprüfbar (st. vieler OVG NRW, Urt. v. 16.09.2009, Az.: 13 A 161/08, Rn. 86 juris). In seiner aktuellen Fassung von März 2018 sieht der Frequenzplan für etliche Teile der Frequenzbereiche 2 GHz, 3,4-3,7 GHz und 3,7-3,8 GHz die Nutzung für Mobilfunkdienste vor. Um eine Nutzung auch des 26 GHz-Bereiches für Mobilfunkdienste zu ermöglichen, hat die BNetzA ein Planänderungsverfahren eingeleitet (siehe u.a. BNetzA, Vfg. Nr. 61/2018, ABl. BNetzA 2018, S. 759 f. zur Öffentlichkeitsbeteiligung), das nun nach Änderung der Frequenzverordnung zum Abschluss gebracht werden kann.	13
<b>2. Frequenzvergabe</b>	<b>14</b>
Damit das verfügbare Frequenzspektrum effizient und störungsfrei genutzt werden kann, dürfen Frequenzen grundsätzlich nur nach vorheriger Zuteilung durch die BNetzA genutzt werden.	15

Das Telekommunikationsgesetz gestaltet das Frequenzvergabeverfahren mehrstufig aus:	16
▪ Auf erster Stufe hat die Behörde zu entscheiden, ob im Markt begehrte Frequenzen knapp sind und daher eine Zuteilung nicht freihändig, sondern nur aufgrund eines förmlichen Vergabeverfahrens erfolgen kann (§ 55 Abs. 10 TKG).	17
▪ Auf zweiter Stufe hat die BNetzA zu entscheiden, ob die Vergabe im hierfür grundsätzlich vorgesehenen Versteigerungsverfahren oder ausnahmsweise aufgrund eines Ausschreibungsverfahrens erfolgt (§ 61 Abs. 1 TKG). Ziel beider Vergabereformen ist es, den oder die Bewerber zu identifizieren, die am besten geeignet sind, die zu vergebenden Frequenzen effizient zu nutzen (§ 61 Abs. 3 Satz 1 TKG).	18
▪ Die dritte Stufe gilt der Festlegung der Regeln für die Vergabe und der Durchführung des Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahrens im Detail (§ 61 Abs. 3 bis 5 TKG).	19
▪ Nach Durchführung des Vergabeverfahrens teilt die BNetzA schließlich dem erfolgreichen Bewerber die Frequenzen zu.	20
Die Entscheidungen auf der jeweiligen Stufe ergehen als Verwaltungsakt, der isoliert angreifbar ist. Soweit dieser Verwaltungsakt nicht beklagt ist, erwächst er in Bestandskraft und ist für die Entscheidungen der folgenden Stufen bindend (BVerwG, Urt. v. 01.09.2009, Az.: 6 C 4/09, NVwZ 2009, 1558, 1560 f., Rn. 20 ff.; Beschl. v. 07.02.2017, Az.: 6 B 30/16, Rn. 29 juris).	21
Für die 5G-Frequenzvergabe sind derzeit zwei Vergabemodi geplant, die Vergabe durch Frequenzversteigerung und die Vergabe im Einzelzuteilungsverfahren.	22
<u>Versteigerungsverfahren</u>	23
Die BNetzA hat am 14.05.2018 in der Entscheidung Versteigerung angeordnet, wegen der erwarteten Frequenzknappheit bundesweite Frequenznutzungsrechte im 2 GHz-Band und einem Großteil des 3,6-GHz-Bandes im förmlichen Vergabeverfahren zu vergeben; bestimmt wurde eine Versteigerung.	24
Derzeit steht die Entscheidung über die Vergabe- und die Auktionsregeln an. Die BNetzA hat zu bestimmen (§ 61 Abs. 3 Satz 2 TKG):	25
– die von einem Bewerber zu erfüllenden Mindestvoraussetzungen,	
– die zulässige Frequenznutzung,	

- wenn erforderlich, eine notwendige Grundausstattung an Frequenzen,
- die Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades.

Zudem sind die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens zu bestimmen (§ 61 Abs. 4 TKG). Daneben ist es möglich, zusätzlich bestimmte Verpflichtungen vorzusehen, die von den Bewerbern im Laufe des Verfahrens einzugehen sind und dann Bestandteile der Frequenzzuteilung werden (§ 61 Abs. 6 TKG). 26

Beide Regelungskomplexe sind Gegenstand des hier zu begutachtenden Konsultationsentwurfs der BNetzA vom 24.09.2018 (Az.: BK1-17/001). 27

Liegen nach Durchführung des Vergabeverfahrens die Zuteilungsvoraussetzungen vor, so hat der erfolgreiche Bewerber einen Anspruch auf die Zuteilung (st. vieler OVG NRW, Urt. v. 16.09.2009, Az.: 13 A 161/08, Rn. 70 juris). Die Frequenzzuteilung umfasst zugleich die Festlegung von Art und Umfang der zulässigen Frequenznutzung, soweit dies zur Sicherung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen erforderlich ist; hierfür und zur Sicherung der weiteren Regulierungsziele kann die Zuteilung mit Nebenbestimmungen versehen werden (§ 60 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 TKG). 28

Einzelzuteilung 29

Während die Versteigerung nur bundesweite Frequenzzuteilungen betrifft, plant die BNetzA, in den Frequenzbereichen 3,7 – 3,8 GHz und 26 GHz Frequenzen für regionale und lokale Anwendungen durch Einzelzuteilung zu vergeben. Dieses Verfahren ist möglich, wenn die BNetzA nicht von einer Frequenzknappheit ausgeht (§ 55 Abs. 10 TKG). 30

Im Einzelzuteilungsverfahren werden Frequenzen Interessenten auf Antrag zugeteilt, wenn sie für die vorgesehene Nutzung im Frequenzplan ausgewiesen und verfügbar sind und durch den Antragsteller eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung sichergestellt ist. Die Zuteilung kann versagt werden, wenn die beabsichtigte Frequenznutzung mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG nicht vereinbar ist (§ 55 Abs. 4 und 5 TKG). Liegen die formellen und materiellen Zuteilungsvoraussetzungen vor, besteht ein im Wesentlichen gebundener Anspruch auf Einzelzuteilung der Frequenzen, der lediglich hinsichtlich der Rechtsfolge bei Unvereinbarkeit mit den Regulierungszielen im Ermessen der BNetzA steht (vgl. *Sörries*, in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 55 Rn. 35 ff., 42). „Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind und keine Hinderungsgründe entgegenstehen, besteht ein subjektives öffentliches Recht auf Zuteilung“ (OVG NRW, Urt. v. 10.03.2016, Az.: 13 A 2394/07, BeckRS 2016, 45649, Rn. 23 m.w.N.). 31

- Details der zulässigen Frequenznutzung hat die BNetzA in ihren Entwürfen Einzelzuteilung veröffentlicht. 32
- 3. Überwachung der Frequenznutzung, Verzicht 33**
- Die BNetzA überwacht jegliche Frequenznutzung von Amts wegen (§ 64 TKG). Dies schließt die Prüfung ein, ob die Vorgaben der Frequenzzuteilung eingehalten werden, also sowohl die Hauptregelung mit den spezifischen Inhaltsbestimmungen als auch hierzu ergangenen Nebenbestimmungen (etwa Versorgungsauflagen). 34
- Wird eine Frequenz nicht innerhalb eines Jahres nach Zuteilung gemäß dem mit der Zuteilung verfolgten Zweck genutzt oder wird die Nutzung zu einem späteren Zeitpunkt für länger als ein Jahr ausgesetzt, kann die Frequenzzuteilung widerrufen werden. Ebenfalls ist ein Widerruf der Zuteilung möglich, wenn einer Zuteilungsverpflichtung, auch aus einer Nebenbestimmung, schwer oder wiederholt zuwidergehandelt oder trotz Aufforderung nicht nachgekommen wird (§ 63 Abs. 1 TKG, vgl. für den Fall eines Verstoßes gegen auferlegte Versorgungsverpflichtungen BVerwG, Urt. v. 17.08.2011, Az.: 6 C 9.10, Rn. 20 ff. juris). Im Fall des rechtmäßigen Widerrufs einer Frequenzzuteilung besteht kein Anspruch auf Rückzahlung des Versteigerungserlöses (BVerwG, Urt. v. 17.08.2011, Az.: 6 C 9.10, Rn. 46 juris). Um die Einhaltung der Frequenzordnung, also auch sämtlicher Anforderungen aus den Frequenzzuteilungen (*Hahn/Dorsch*, in: in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 64 Rn. 5), sicherzustellen, kann die BNetzA auch eine Einschränkung des Betriebes oder die Außerbetriebnahme von Geräten anordnen und dies mithilfe eines Zwangsgelds von bis zu 500.000 Euro durchsetzen (§ 64 Abs. 2 TKG). Die zuteilungswidrige Nutzung von Frequenzen kann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden (§ 149 Abs. 1 Nr. 10, 12 TKG). Im Fall eines Verstoßes gegen Vorgaben der Frequenzzuteilung kann die BNetzA zudem auf ihre allgemeinen Befugnisse aus den §§ 126 ff. TKG zurückzugreifen und Maßnahmen anordnen, die zur Absicherung der ordnungsgemäßen Frequenznutzung erforderlich sind (angedeutet in BVerwG, Urt. v. 17.08.2011, Az.: 6 C 9.10, Rn. 20 juris). 35
- Ein Zuteilungsinhaber kann durch schriftliche Erklärung gegenüber der BNetzA auch freiwillig auf die Frequenzzuteilung verzichten (§ 63 Abs. 5 TKG); die Vorschrift konkretisiert § 43 Abs. 2 VwVfG. Mit dem Verzicht erlöschen die aus der Frequenzzuteilung resultierenden Rechte und Pflichten (*Göddel*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 63, Rn. 12); ein Anspruch auf Rückzahlung des Versteigerungserlöses entsteht hierdurch nicht (siehe dazu die Argumentation des BVerwG, Urt. v. 17.08.2011, Az.: 6 C 9.10, Rn. 46 juris, die im Fall eines Verzichts ebenso gilt; vgl. auch BNetzA, Beschl. v. 04.07.2014, Az.: BK1-13/002 – Telefonica/E-Plus, Rn. 362 ff. zu grundrechtlichen Erwägungen). 36



## III.

37

### Versteigerung:

#### Wettbewerbsfreundlichkeit der vorgeschlagenen Vergabe- und Auktionsregeln

Gegenstand der Begutachtung ist, ob die von der BNetzA im Konsultationsentwurf vorgeschlagenen Vergabe- und Auktionsregeln sowie die vorgelagerte Entscheidung Versteigerung dem Regulierungsziel des TKG, chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), hinreichend genügen. Diese Frage stellt sich im Hinblick auf die Chancen anderer als der drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber, Frequenzen zu erhalten (nachfolgend Ziffer 1), die Möglichkeiten Dritter, von den neuen 5G-Netzbetreibern als Diensteanbieter zugelassen zu werden (nachfolgend Ziffer 2) sowie die Erwartungen der Wirtschaft, 5G-Mobilfunkdienste aufgrund von Versorgungsaufgaben in den Frequenzuteilungen flächendeckend, auch im ländlichen Raum, nutzen zu können (nachfolgend Ziffer 3).

38

Im Ausgang ist zu berücksichtigen, dass die BNetzA die in ihrem Ermessen stehende Entscheidung über die Anordnung und die Wahl eines Vergabeverfahrens aufgrund einer Prognose zu treffen hat (bei der die zugrundeliegende Bedarfsfeststellung gerichtlich voll überprüfbar ist, BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az.: 6 C 3/10, Rn. 26 ff. juris) und ihr bei der nachfolgenden Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln ein Ausgestaltungsspielraum zusteht (auf Rechtsfolgenreihe, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar, BVerfG, Nichtannahmebesch. v. 22.04.2014, Az.: 1 BvR 2160/11, NVwZ 2014, 1226, 1227 f.; BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az.: 6 C 41/10, Rn. 13 juris; *Hahn/Hartl/Dorsch*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 61 Rn. 17). Als gesetzliche Grenzen sind insbesondere bestimmt:

39

- Die Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Anordnung des Vergabeverfahrens hängt davon ab, dass die BNetzA die – aktuelle oder potentielle – Frequenzknappheit entsprechend der tatsächlichen Gegebenheiten zutreffend ermittelt hat (Bedarfsfeststellung); ist dies der Fall, wird sie ihre Ermessensentscheidung regelmäßig fehlerfrei nur zugunsten der Anordnung eines Vergabeverfahrens nach § 55 Abs. 10 TKG ausüben können (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az.: 6 C 3/10, Rn. 35 juris).
- Die Vergaberegeln müssen verhältnismäßig, diskriminierungsfrei und transparent ausgestaltet sein und die effiziente und störungsfreie Nutzung der Frequenzen sowie – bei etwaigen Nebenbestimmungen – die weiteren in § 2 genannten Regulierungsziele sichern (§ 61 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 60 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 TKG; Art. 6 Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG i.d.F. der Richtlinie 2009/140/EG).
- Die Auktionsregeln müssen objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen (§ 61 Abs. 4 Satz 1 TKG);

40

41

42

sie müssen die effiziente und störungsfreie Nutzung der Frequenzen sowie der weiteren in § 2 genannten Regulierungsziele sichern (i.V.m. § 60 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 TKG).

Gegenstand der folgenden Darstellung ist auftragsgemäß nicht nur, ob die BNetzA bei den (geplanten) Entscheidungen die Grenzen ihres Ermessens überschritten hat, sondern auch, ob sie das Ermessen dem Wettbewerbszweck der gesetzlichen Ermächtigung gemäß sachgerecht ausgeübt hat. 43

## 1. Chancen neuer Netzbetreiber in der Versteigerung 44

Indem die Entscheidung Versteigerung festlegt, dass 5G-Mobilfunkfrequenzen aufgrund eines förmlichen Vergabeverfahrens durch Versteigerung vergeben werden, ist der Marktzutritt formell für Dritte offen. Die Wahl eines solchen Verfahrens als eines wettbewerblichen Auswahlverfahren zwischen den verschiedenen (potentiellen) Marktteilnehmern eröffnet grundsätzlich auch Dritten eine Chance auf Marktzutritt (vgl. grundlegend Monopolkommission, Sondergutachten 78: Telekommunikation 2017, Rn. 47). 45

Ob diese Marktzutrittschancen auch materiell bestehen, hängt davon ab, ob die Zulassungsbedingungen objektiv, verhältnismäßig, chancengleich und transparent ausgestaltet sind. 46

Festzuhalten ist zunächst, dass jedermann einen Antrag auf Zulassung zum Versteigerungsverfahren stellen kann. Die Berechtigung zur Teilnahme am Versteigerungsverfahren ist nicht beschränkt. Freilich muss jeder Bewerber fachliche und sachliche Mindestvoraussetzungen erfüllen, hierzu zählt auch der Nachweis, dass ihm die finanziellen Mittel für die Ersteigerung der Frequenzen und den Netzaufbau und -ausbau zur Verfügung stehen (vgl. § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 TKG sowie III.1, 3 Konsultationsentwurf). 47

Rechtliche Bedenken gegen diese Zulassungsbedingungen bestehen nicht. Es handelt sich um objektive und transparente Kriterien, die jedenfalls formell diskriminierungsfrei für alle Bewerber gelten. 48

Entsprechendes gilt für die Details der Auktionsregeln, insbesondere die Regelungen über das abzugebende Mindestgebot, die Sicherheitsleistung und die Auktionsobjekte. Diese sind durch die Orientierung am wirtschaftlichen Wert (Mindestgebot, dazu Konsultationsentwurf, Rn. 318 ff.), dem niedrigsten regulären Mindestgebot (Sicherheitsleistung, dazu Konsultationsentwurf, Rn. 351 ff.) sowie die Aufteilung in hinreichend viele Auktionsobjekte, die abstrakt versteigert werden (dazu Konsultationsentwurf, Rn. 359 ff.), objektiv und transparent festgelegt, formal diskriminierungsfrei ausgestaltet und berücksichtigen auch die Belange kleinerer und mittlerer Unternehmen. Für all diese Regelungen wird nicht zwi- 49

schen den etablierten Netzbetreibern und Neueinsteigern unterschieden. Sie finden gleichermaßen auf alle Teilnehmer an der Versteigerung Anwendung. Der Öffnung der Versteigerung für Neueinsteiger dient auch, dass eine Grundausrüstung an Frequenzen nicht festgelegt wird (III.3 .1 Konsultationsentwurf, Rn. 55). Dies gibt Bewerbern Flexibilität bei der Entwicklung ihrer Geschäftsmodelle.

Zu berücksichtigen ist freilich, dass das Gebot der Chancengleichheit nicht nur formelle Gleichbehandlung fordert. Der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit gebietet die Gleichbehandlung von wesentlich Gleichem und die Ungleichbehandlung von wesentlich Ungleichem, es sei denn, ein sachlich gerechtfertigter Grund trägt eine Abweichung (grundlegend st. vieler BVerwG, Urt. v. 11.11.2015, Az.: 6 C 58/14, Rn. 38 f. juris; *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 40 ff.). Erfasst ist davon nicht nur die formale Ungleichbehandlung, sondern auch eine materielle Ungleichbehandlung, bei der sich „die Anwendung eines scheinbar neutralen Kriteriums in Wirklichkeit besonders zulasten eines bestimmten Betroffenen ... auswirkt“ (EuGH, Schlussanträge der GA in *Kokott v.* 30.03.2017, Rs. C-112/16, Rn. 55 m.w.N. aus der EuGH-Rspr.). Die Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit kann danach auf eine Ungleichbehandlung verschiedener Marktteilnehmer angewiesen sein (allgemein *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2, Rn. 42). Geboten ist daher eine auch materielle Gleichbehandlung, die Unterschieden der Bewerber Rechnung trägt, die daraus folgen, dass die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber bereits über eine Grundausrüstung an Frequenzen und eine gesicherte Position auf dem Mobilfunkmarkt verfügen. Dies gilt in besonderem Maße angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Vorgabe, die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Ausgestaltung der Auktionsregeln zu berücksichtigen (§ 61 Abs. 4 Satz 1 a.E. TKG). Die Belange von Neueinsteigern sind im Rahmen einer diskriminierungsfreien, chancengleichen Ausgestaltung gesondert zu berücksichtigen (VG Köln, Urt. v. 22.04.2016, Az.: 9 K 1486/15, Rn. 79 juris).

50

Um dergestalt auch materiell Chancengleichheit herzustellen, hat die BNetzA nach eigenem Bekunden die Interessen von Neueinsteigern durch eine abweichende Versorgungsaufgabe, die Möglichkeit einer essentiellen Mindestausrüstung, des Infrastruktur-Sharing sowie die Wahrung des Diskriminierungsverbots bei Verhandlungen über National Roaming berücksichtigt (Konsultationsentwurf, Rn. 62). Indes ist fraglich, ob diese Instrumente den Interessen von Neueinsteigern auch hinreichend Rechnung tragen.

51

## Reduzierte Versorgungsaufgabe

52

Die BNetzA sieht für Neueinsteiger eine abgeschwächte Versorgungsaufgabe mit einer Versorgung von mindestens 25% der Haushalte binnen drei Jahren und 50% binnen fünf Jahren ab Verfügbarkeit der ersteigerten Frequenzen vor (III.8 Konsultationsentwurf, Rn. 206

53

ff.). Dies erleichtert Neueinsteigern den Marktzutritt und berücksichtigt, dass diese für die Erfüllung der Versorgungsaufgabe nicht – wie etablierte Marktteilnehmer – auf ein bereits vorhandenes Netz aufbauen können, sei es durch Einbezug bereits zugeteilter Frequenzen für die Erfüllung der Versorgungsaufgabe (was grundsätzlich zulässig ist, siehe BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az.: 6 C 40/10, Rn. 41 juris) oder die Nutzung vorhandener Funkmasten und vergleichbarer Infrastrukturelemente. Mit dieser Regelung dürfte eine wesentliche Voraussetzung für Chancengleichheit in der Versteigerung erreicht werden, da die Versorgungsgrade von 25% und 50% aller Haushalte bereits über eine Versorgung der größeren Städte erreichbar werden können (Konsultationsentwurf, Rn. 207).

## Essentielle Mindestausstattung

54

Mit der Regelung zur essentiellen Mindestausstattung ist sichergestellt, dass ein Bieter nur dann bei Auktionsende den Zuschlag erhält, wenn die ersteigerten Frequenzen seinen Mindestfrequenzbedarf abdecken, den er vorab im Hinblick auf sein geplantes Geschäftsmodell definiert hat (III.1.4 Konsultationsentwurf, Rn. 31). Indes ist damit nicht sichergestellt, dass ein neuer Bewerber auch tatsächlich eine reelle Chance hat, Frequenzen in dem von ihm als erforderlich angesehenen Umfang zu ersteigern. Die Regelung zur essentiellen Mindestausstattung schützt den Neueinsteiger so nur vor einer unnützen Investition in ein zu geringes Spektrum, es gibt ihm damit aber noch keine Gewissheit, dass das von ihm benötigte Spektrum auch ersteigerbar ist. Hinreichende Bedingung für Chancengleichheit auch für Neueinsteiger wäre hier die Reservierung von Kapazitäten für solche Unternehmen oder die Festlegung einer sog. Spektrumskappe gewesen, also eine Begrenzung der Bietrechte pro Bieter. Beides hätte die Verfügbarkeit von Frequenzen für Neueinsteiger erhöht.

55

Auch die BNetzA sieht jedenfalls das Instrument der Spektrumskappe als geeignet an, um den Frequenzzugang für einen Neueinsteiger zu erleichtern, sie verneint im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung aber die Erforderlichkeit (Konsultationsentwurf, Rn. 65 f., 60): Allein der Mechanismus des Versteigerungsverfahrens bewirke, dass es für einen Bieter „weitgehend rational“ sei, nur für seinen tatsächlichen Bedarf Frequenzen zu ersteigern (ebd., Rn. 66). Diese Bewertung greift indes nur dann, wenn hinreichend Frequenzen vorhanden sind, um den Bedarf aller Bieter zu decken. Sind die Frequenzen knapp, gibt die Ablehnung einer Reservierung / einer Spektrumskappe den äußerst finanzstarken etablierten drei Mobilfunknetzbetreibern die Möglichkeit, sich mit entsprechend hohen Geboten ihren Bedarf zu ersteigern, Neueinsteiger, die regelmäßig über weniger Finanzkraft verfügen, haben weniger Chancen. Der Verweis der BNetzA auf die „große Zahl an Frequenzblöcken“, die bereitgestellt wird (ebd., Rn. 65), überzeugt denn auch nicht – nur weil die BNetzA die Frequenzknappheit bejaht hat, kommt es überhaupt zur Versteigerung; es liegt im Wesen der Versteigerung begründet, dass nicht sämtliche Nachfrage befriedigt werden

56

kann. Jedenfalls werden in diesem Punkt die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen entgegen § 61 Abs. 4 Satz 1 TKG nicht hinreichend berücksichtigt.

Durch eine solche Ausgestaltung würden die Versteigerungsregeln auch nicht rechtswidrig zu Lasten der etablierten Mobilfunknetzbetreiber ausgestaltet: Mit der Reservierung bestimmter Kapazitäten für einen Neueinsteiger oder die Vorgabe von Spektrumskappen, würde der Eintritt eines neuen Netzbetreibers gefördert, dies löste auf einem oligopolisierten Markt mit nur drei etablierten Netzbetreibern erhebliche positive Wettbewerbsimpulse aus, die die damit einhergehende Einschränkung der Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer rechtfertigte. Der Zutritt eines vierten Netzbetreibers könnte den Wettbewerb auf Vorleistungsebene „maßgeblich beleben“ (BKartA, Stellungnahme v. 06.08.2018, Az.: B7-401/15, S. 6). Durch eine Reservierung bestimmter Frequenzen für einen Neueinsteiger wäre auch dem Umstand Rechnung getragen, dass unterschiedliche Frequenzbedarfe bestehen (dieser Kritik war zuletzt eine Spektrumskappe ausgesetzt, vgl. BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az.: 6 C 40.10, Rn. 35 juris).

57

## Infrastruktur-Sharing und National Roaming

58

Die BNetzA sieht im Infrastruktur-Sharing und im National Roaming zwei Netznutzungsoptionen, die den Markteintritt eines Neueinsteigers erleichtern können. Beim Infrastruktur-Sharing könnte etwa in einem Gebiet nur eine Infrastruktur aufgebaut werden, für die dann aber die Frequenzressourcen der an der Kooperation beteiligten Netzbetreiber verwendet werden. So könnte das Infrastruktur-Sharing Anreize für einen kosteneffizienten Ausbau von Mobilfunkinfrastrukturen in wirtschaftlich ansonsten schwer erschließbaren Gebieten setzen (Konsultationsentwurf, Rn. 308, 310). Ein National Roaming – verstanden als Nutzung von Mobilfunknetzen anderer Netzbetreiber außerhalb des Versorgungsbereichs des nachfragenden Mobilfunknetzbetreibers – könnte es einem Neueinsteiger, der nur sukzessive sein Netz aufbauen kann, ermöglichen, seinen Kunden von Anfang an eine möglichst bundesweite Mobilfunkabdeckung bereitzustellen (Konsultationsentwurf, Rn. 278, 294).

59

Der BNetzA ist darin zuzustimmen, dass beide Instrumente die Markteintrittshürden in den bundesweiten Mobilfunkmarkt senken können. Indes ist zweifelhaft, ob das als Auflage vorgesehene bloße Verhandlungsgebot (III.4.13 Konsultationsentwurf) tatsächlich geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen. Ein Verhandlungsgebot verpflichtet nicht zum Vertragsabschluss. Auch aus dem begleitenden Diskriminierungsverbot folgt keine Pflicht zum Vertragsabschluss mit einem Interessenten, insbesondere dann nicht, wenn der angesprochene Netzbetreiber sachlich begründet einen derartigen Vertrag mit keinem Dritten abschließt (siehe auch Konsultationsentwurf, Rn. 291, 290). Sicher könnte der Neueinstieg Dritter nur durch eine unmittelbare Verpflichtung der Netzbetreiber, einander auf Nachfrage Infra-

60

struktur-Sharing bzw. National Roaming zu gewähren, erleichtert werden. Die Bedenken der BNetzA gegen die Zulässigkeit einer solchen Zugangsverpflichtung außerhalb der Marktregulierung (Konsultationsentwurf, Rn. 281) greifen nicht durch, die frequenzrechtliche Ermächtigungsgrundlage insbesondere des § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG, die umfassend Nebenbestimmungen zur Sicherung der Regulierungsziele erlaubt, könnte eine solche Auflage tragen (siehe im Detail unten im Komplex Diensteanbieterverpflichtung, Rn. 69 ff.). Auch kartellrechtlich wäre im Übrigen eine Roaming-Auflage zulässig, wenn – worauf hier abgezielt wird – dadurch erst der Marktzutritt in bestimmten Gebieten ermöglicht und die Verbraucher angemessen beteiligt werden (BKartA, Stellungnahme v. 06.08.2018, Az.: B7-401/15, S. 8, hierzu auch Konsultationsentwurf, Rn. 284 ff., vgl. auch *Wagner*, CR 2018, 53 ff.).

Vor diesem Hintergrund bestehen folgende Optionen, um die Zuteilungschancen für weitere Netzbetreiber zu erhöhen: **61**

- Reservierung von Frequenzen für einen vierten Netzbetreiber
- Bestimmung einer Spektrumskappe mit einer solchen Beschränkung der Bierechte pro Bieter, die einem vierten Netzbetreiber eine gleichberechtigte Chance neben den finanzstarken etablierten Mobilfunkanbietern einräumt
- Auflage für Infrastruktur Sharing und National Roaming

## **2. Chancen für Diensteanbieter** **62**

Das regulatorische Ziel, wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte nachhaltig zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), kann bei der 5G-Technologie insbesondere dann erreicht werden, wenn nicht nur die vorhandenen drei Netzbetreiber 5G-Mobilfunkdienste anbieten, mit der Gefahr, dass die bestehenden Wettbewerbsdefizite auf den Mobilfunkmärkten in den 5G-Sektor übertragen werden. Vielmehr könnte gerade der gewünschte Innovationswettbewerb dadurch Impulse erhalten, dass auch reine Diensteanbieter 5G-Angebote bereitstellen. Dies gilt gerade mit Blick auf die hohen Marktzutrittschürden für den Aufbau eines bundesweiten 5G-Mobilfunknetzes, die Neueinsteiger davon abhalten könnten, auf der Netzbetreiberebene tätig zu werden. **63**

Eine Diensteanbieterverpflichtung im Sinne einer Zugangsverpflichtung – also des Rechtsanspruchs Dritter auf Bezug bestimmter netzbezogener Vorleistungsprodukte – enthält der Konsultationsentwurf nicht. Vorgesehen ist dort allerdings ein Verhandlungsgebot: Zuteilungsinhaber sollen **64**

- mit geeigneten Diensteanbietern diskriminierungsfrei über die Mitnutzung von Funkkapazitäten verhandeln (III.4.11 Konsultationsentwurf),



- mit geeigneten Interessenten diskriminierungsfrei über die lokale oder regionale Überlassung von Spektrum im Bereich 3.400 MHz –3.700 MHz verhandeln (III.4.12 Konsultationsentwurf) und
- diskriminierungsfrei über die Mitnutzung bestehender bundesweiter Netze (sog. Roaming) sowie über Infrastruktur-Sharing verhandeln (III.4.13 Konsultationsentwurf).

Demgegenüber wurde noch im Rahmen der 3G-Frequenzvergabe (UMTS) eine Resale-Verpflichtung ausgesprochen (Ziffer 15, Teil C des Musterlizenzvertrags für Betreiber von Übertragungswegen, zum Angebot von Mobilfunkdienstleistungen der Dritten Generation (UMTS/IMT-2000)), noch unter Verweis auf § 4 TKV a.F., vgl. Entscheidung der Präsidentenkammer v. 18.02.2000, Az.: BK-1b-98/005-1, S. 110). Mit Ablauf der Lizenzen am 31.12.2020 enden auch die damit auferlegten Diensteanbieterpflichtungen. Bei der Frequenzvergabe 2009, die auf eine Flexibilisierung verschiedener Frequenznutzungsrechte für drahtlose Netzzugänge für das Angebot von Telekommunikationsdiensten zielte, wurde dann auf eine Diensteanbieterpflichtung verzichtet (vgl. Entscheidung der Präsidentenkammer v. 12.10.2009, Az.: BK-1a-09/002-1, IV.4.8, S. 6), was maßgeblich mit dem Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hierfür begründet wurde (ebd., S. 106). Im Rahmen des Projekts 2016, bei dem Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1,8 GHz und 1,5 GHz für die mobile Breitbandnutzung versteigert wurden, wurde diese Frage dann offengelassen (vgl. Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, Az.: BK-1-11/003, III.4.7, S. 10, dazu Rn. 687 ff.). Mit Blick auf die Fortgeltung der Diensteanbieterpflichtung aus den 3G-UMTS-Lizenzen sah die Kammer zum damaligen Zeitpunkt keine Notwendigkeit zur Auferlegung einer solchen Verpflichtung.

65

Richtig daran ist nach den Erkenntnissen des BKartA, dass die noch bestehende Diensteanbieterpflichtung für 3G-Mobilfunk einen gewissen preislichen Wettbewerbsdruck bewirkt, bei 4G (LTE) gibt es diesen aber schon nicht – Ursache hierfür dürfte der „für Dritte faktisch nur sehr begrenzt bestehende Zugang zur LTE-basierten Vorleistungsprodukten“ sein (BKartA, Stellungnahme v. 06.08.2018, Az.: B7-401/15, S. 6), mit anderen Worten also das Fehlen einer Diensteanbieterpflichtung.

66

Es ist vor diesem Hintergrund fraglich, ob ein bloßes Verhandlungsgebot geeignet ist, das gesetzliche Wettbewerbsziel zu erreichen. Die BNetzA stellt selbst fest, dass mit dem Verhandlungsgebot ein Abschluss- und Kontrahierungszwang nicht verbunden ist (Konsultationsentwurf, Rn. 225). Das bedeutet, dass jeder Netzbetreiber es in der Hand hat, Verhandlungen mit einem unerwünschten potentiellen Diensteanbieter scheitern zu lassen. Der Verweis der BNetzA auf das Diskriminierungsverbot und die eigene „Schiedsrichterrolle“ der Behörde (a.a.O., zudem Rn. 255) ist dabei unergiebig. Aus dem Diskriminierungsverbot wird sich nur in seltenen Ausnahmefällen ein Anspruch auf Vertragsschluss konstruieren lassen; regelmäßig wird der Netzbetreiber rechtfertigende Differenzierungs-

67

merkmale präsentieren können. Hinzu kommt, dass dieses Gebot nicht greift, wenn der Netzbetreiber mit keinem Unternehmen einen Diensteanbietervertrag abschließt. Die Streitentscheidungskompetenz der BNetzA nach § 133 TKG geht im Übrigen materiell auch nicht weiter als der zuvor in den Frequenzuteilungen definierte Verpflichtungsstatus – besteht kein Zugangsanspruch, kann die BNetzA auch keinen Zugang anordnen, § 133 TKG dient alleine der Durchsetzung bestehender Verpflichtungen aus dem TKG oder einem auf Grundlage des TKG erlassenen Verwaltungsaktes der BNetzA (BVerwG, Urt. 18.12.2007, Az.: 6 C 47/06, NVwZ 2008, 571, 572, Rn. 21).

Eine Zugangsverpflichtung lehnt die BNetzA mit dem Hinweis ab, diese könne nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden, diese sei bislang nicht festgestellt worden (Konsultationsentwurf, Rn. 217). Dies überzeugt indes nicht, insbesondere kann sie sich nicht auf entsprechende Rechtsprechung stützen: 68

Als Ermächtigungsgrundlage für eine Diensteanbieterverpflichtung im Sinne eines Kontrahierungszwangs, also als effektive Zugangsverpflichtung, kommt § 60 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 61 Abs. 6 TKG in Betracht (es mag dahinstehen, ob sogar eine Ausgestaltung aus Inhaltsbestimmung i.S.d. § 60 Abs. 1 Satz 1 TKG denkbar wäre, da insofern entsprechende Voraussetzungen zu erfüllen wären, dafür u.a. *Trute/Kuhlmann*, K&R 2018 Beihefter 1 zu Heft 7/8, 10 f.; *Wagner*, CR 2017, 604, 606 f., 610 f.; dagegen *Fetzer*, MMR 2018, 63, 64, 67). Zwar ist es im Ausgangspunkt zutreffend, dass das TKG systematisch nur zwei explizite Ermächtigungsgrundlagen für Zugangsverpflichtungen kennt, § 21 TKG und § 18 TKG. Daraus folgt indes keine Sperrwirkung, dass nur in diesen Fällen auch eine Zugangsverpflichtung ausgesprochen werden dürfte (dahin die Bedenken der BNetzA im Konsultationsentwurf und so auch *Fetzer*, MMR 2018, 63, 65 f.). 69

Gegen eine Sperrwirkung der Marktregulierung sprechen maßgeblich Sinn und Zweck der Frequenzregulierung sowie die unionsrechtlichen Vorgaben: 70

- Die Frequenzregulierung ist auf sämtliche Regulierungsziele festgelegt. Die Wahrung der Verbraucherinteressen und die Wettbewerbsförderung sind damit ebenso wie andere Gesichtspunkte gleichberechtigte Ziele der Frequenzregulierung (entgegen *Fetzer*, MMR 2018, 63, 66). Dies wird nicht zuletzt in der Entwurfsbegründung zur Ergänzung des Verweises auf die Regulierungsziele in § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG deutlich: 71

„Absatz 2 wird ergänzt um die Bezugnahme auf die Regulierungsziele. Da es Aufgabe der BNetzA ist, sämtliche Regulierungsziele sicherzustellen, müssen ihr auch im Bereich der Frequenzregulierung entsprechende Befugnisse zustehen. Es ist daher geboten, die Auferlegung von Nebenbestimmungen **zur Sicherstellung aller Regulierungsziele** zu ermöglichen.“ (BT-Drs. 17/5707, S. 74; Hervorh. d. Verf.)



Diese allein durch das Regulierungsziel bestimmte und begrenzte Ermächtigungsgrundlage kann daher auch eine Zugangsverpflichtung tragen, wenn dies zur Zielerreichung ermessensfehlerfrei erforderlich und verhältnismäßig ist. 72

- Nach Art. 6 Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG i.d.F. der Richtlinie 2009/140/EG dürfen im Rahmen der Genehmigung nur nicht-diskriminierende, verhältnismäßige und transparente Bedingungen auferlegt werden, die zudem in Anhang B gelistet sind. Nach der dortigen Bedingung 7 sind dies u.a. „Verpflichtungen, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist“. Derartige „Verpflichtungen“ sind nach überzeugender Ansicht gerade auch Vorgaben, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens hoheitlich festgelegt wurden, ein freiwilliges Angebot eines Bieters ist keine notwendige Voraussetzung (BVerwG, Urt. v. 18.12.2007, Az.: 6 C 47/06, NVwZ 2008, 571, 572 f., Rn. 23 f. in einem obiter dictum; Monopolkommission, Sondergutachten 78: Telekommunikation 2017, Rn. 45; *Koenig/Koch*, MMR 2002, 439, 441 f.; vgl. auch *Gramlich*, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Stand 2/18, § 150 Rn. 37 ff.; in diese Richtung auch BT-Drs. 15/2316, S. 107; a.A. *Fetzer*, MMR 2018, 63, 67; v. *Fragstein/Rädler*, MMR aktuell 8/2002, S. XXIV f.). 73

Diese „Verpflichtungen“ können auch Marktregulierungspflichten umfassen, ohne dass es hierfür einer beträchtlichen Marktmacht bedürfte. Dies stellt Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG i.d.F. der Richtlinie 2009/140/EG explizit klar (dazu *Berger-Kögler*, K&R 2008, 346, 347, 348), der deutsche Gesetzgeber hat dies auch für den Sonderfall des § 18 TKG vorgesehen. Das kann auch eine Zugangsverpflichtung im Rahmen einer Frequenzzuteilung sein, ohne beträchtliche Marktmacht des Zuteilungsinhabers, wenn sie den Regulierungszielen Rechnung trägt und objektiv gerechtfertigt, nicht-diskriminierend, verhältnismäßig sowie transparent ausgestaltet ist (dazu auch *Berger-Kögler*, K&R 2008, 346, 348). 74

Kann danach eine Diensteanbieterverpflichtung als Zugangsverpflichtung auch auf die frequenzrechtlichen Ermächtigungsgrundlage insbesondere des § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG gestützt werden, so ist sie im konkreten Fall geboten. 75

Eine Zugangsverpflichtung für Diensteanbieter sorgte für eine besonders effiziente, nämlich kapazitätsauslastende Frequenznutzung zugunsten der bestmöglichen Verwirklichung der Regulierungsziele, insbesondere der Wahrung der Verbraucherinteressen und der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 TKG). Eine Verpflichtung 76

- erfordern die Verbraucher- und Nutzerinteressen i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG, da nur so eine größtmögliche Auswahl an 5G-Mobilfunkdiensten zu möglichst nied- 77

rigen Preisen und höchster Qualität erreicht werden kann (dazu auch *Berger-Kögler*, K&R 2008, 346, 348 f.);

- ist zur Wettbewerbsförderung nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG geboten, da so ein Ausgleich für die hohen Marktzutrittschürden für Netzbetreiber zugunsten effektiveren Wettbewerbs auf der Diensteebene geschaffen wird (ebd., ferner Monopolkommission, Sondergutachten 78: Telekommunikation 2017, Rn. 42); ein Zugang auf freiwilliger Basis im Zusammenhang mit LTE weitgehend gescheitert ist, weshalb nicht ersichtlich ist, weshalb die Entwicklung bei 5G eine bessere sein könnte, ohne explizite Zugangsverpflichtung, zumal Mobilfunknetzbetreiber zunehmend eigene Zweitmarken auf den Markt bringen, um weitere Kundengruppen zu erreichen; das bisherige Wettbewerbsniveau dürfte ohne Auflagen zur diskriminierungsfreien Gewährung von Vorleistungen kaum aufrechterhalten werden kann (ebd., Rn. 42); 78
- reizt zu effizienten Infrastrukturinvestitionen und Innovationen an, da Zugangsverpflichtungen Wachstumsimpulse setzen (*Berger-Kögler*, K&R 2008, 346, 349 f.) und bestehende Zugangsverpflichtungen zudem im Gebot berücksichtigt werden können (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 78: Telekommunikation 2017, Rn. 43); 79
- trägt der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes in besonderem Rechnung (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG mit Art. 52 Entwurf einer Richtlinie für einen Europäischen Kodex für elektronische Kommunikation („EKEK-E“) – Fassung vom 29.06.2018, 2016/0288 (COD)) und Art. 5 des Beschlusses Nr. 243/2012/EU v. 14.03.2012 über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik, ABl. EU Nr. L 81 v. 21.03.2012, S. 7 ff.); 80
- fördert schließlich die effiziente Frequenznutzung (dazu auch *Berger-Kögler*, K&R 2008, 346, 350). 81

Auch die BNetzA stellt ausführlich dar, welche Wettbewerbsimpulse unabhängige Diensteanbieter auslösen können (Konsultationsentwurf, Rn. 230 ff.); sie zieht daraus nur nicht die gebotenen Konsequenzen: Eine bloße Verhandlungspflicht der Netzbetreiber vermag einen effektiven Dienstewettbewerb nicht sicherzustellen. 82

Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Zugangsverpflichtung entstehen auch auf Ebene der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn nicht. Die Eingriffsintensität ist gering, zumal sie ein noch nicht gesichertes Recht, eine noch nicht gesicherte (Eigentums-) Position erst gestaltet und ein Ausgleich über das jeweilige Gebot erfolgen kann (vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 78: Telekommunikation 2017, Rn. 44). 83

### 3. Sicherstellung der Versorgung in der Fläche 84

Soll die Wirtschaft die Chancen des 5G-Mobilfunks nutzen können, ist es essentiell, dass 5G-Mobilfunkdienste flächendeckend bereitstehen. 85

Die BNetzA sieht in ihrem Konsultationsentwurf vom 24.09.2018 insoweit vor 86

- eine Versorgungsverpflichtung vor von mindestens 98% der Haushalte in jedem Bundesland bis zum 31.12.2022 mit einer Übertragungsrate von mindestens 100Mbit/s im Downlink (III.4.3 Konsultationsentwurf),
- eine Versorgungsverpflichtung fahrgaststarker Bahnstrecken bis zum 31.12.2022 mit einer Übertragungsrate von mindestens 50Mbit/s im Downlink (III.4.4 Konsultationsentwurf),
- für den 2 GHz-Bereich die Pflicht zur Inbetriebnahme von 500 Basisstationen mit mindestens 100Mbit/s in zuvor definierten „weißen Flecken“ bis zum 31.12.2022 (III.4.5 Konsultationsentwurf),
- für den 3,6 GHz-Bereich die Pflicht zur Inbetriebnahme von 500 Basisstationen für 5G-Anwendungen bis zum 31.12.2022 (III.4.6 Konsultationsentwurf) und
- eine Versorgungspflicht von Bundesautobahnen und Bundesstraßen mit einem bestimmten Frequenzblock bis zum 31.12.2022 (III.4.7 Konsultationsentwurf).

Die Versorgungspflicht bei UMTS/IMT-2000 Lizenzen bezog sich im Jahr 2000 noch auf 50% der Bevölkerung (Entscheidung der Präsidentenkammer v. 18.02.2000, Az.: BK-1b-98/005-1, Nr. 3. 3). Im Rahmen der Versteigerung von Frequenzen aus den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1500 MHz im Jahr 2015 wurde den Zuteilungnehmern die Versorgung von 97% der Haushalte mit 50 Mbit/s zur Auflage gemacht (Entscheidung der Präsidentenkammer v. 28.01.2015, Az.: BK-1-11/003, Nr. III.4.4). 87

Als Rechtsgrundlage für diese Versorgungsaufgaben kommt § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 i.V.m. Abs. 6 TKG sowie § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG in Betracht (wobei für die Frage der Rechtmäßigkeit erneut dahinstehen kann, ob auch eine Ausgestaltung als Inhaltsbestimmung nach § 60 Abs. 1 Satz 1 TKG möglich ist). Nach § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG kann die BNetzA vor Durchführung eines Vergabeverfahrens „die Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung und seiner zeitlichen Umsetzung“ bestimmen, wobei der Versorgungsgrad nicht notwendigerweise mit den zur Versteigerung anstehenden Frequenzen erreicht werden muss (wodurch etablierte Netzbetreiber die Möglichkeit haben, auch andere, bereits zugewiesene Frequenzen zur Erfüllung der Auflage zu nutzen, vgl. BVerwG, Urt. v. 22.06.2011, Az.: 6 C 40/10, Rn. 41 juris). Die Ausgestaltung der Auflagen steht, wie gezeigt (oben Rn. 39 ff.), im Ermessen der BNetzA, das insbesondere durch die regulatorischen Ziele und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist. 88

Maßgeblich ist danach im Ausgangspunkt insbesondere das gesetzliche Ziel einer möglichst flächendeckenden Verfügbarkeit von Breitband-Mobilfunkdiensten (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2, 4 und 5 TKG). Dabei ist in besonderem Maße zu berücksichtigen, dass der 5G-Mobilfunk gerade die Einführung innovativer Dienste (Industrie 4.0, Smart City) ermöglichen soll. Vor diesem Hintergrund ist gerade für die Wirtschaft zentral, dass 5G-Mobilfunknetze auch abseits der Ballungszentren verfügbar sind. In dieser Hinsicht begegnen die Versorgungsaufgaben Bedenken: 89

Keine der Versorgungsaufgaben stellt explizit auf die Verfügbarkeit der Netze für Unternehmen ab, insbesondere unter Berücksichtigung von Industriestandorten und Landwirtschaftsflächen außerhalb der Ballungsräume. Dies gilt zuvörderst für die zentrale Versorgungsaufgabe, die eine Versorgung von 98% der „Haushalte“ mit einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s vorsieht. Mit der Anknüpfung an „Haushalte“ wird das Ziel, gerade der Wirtschaft neue digitale Dienste zugänglich zu machen, verfehlt. Insoweit steht hier bereits die Eignung der Auflage zu Erreichung der gesetzlichen Ziele in Frage. Dies indiziert einen Ermessensfehler. 90

Eine hinreichende Versorgung von Unternehmen wird auch nicht durch die Versorgungsverpflichtung „weiße Flecken“ sichergestellt. Eine genaue Definition der „weißen Flecken“ enthält der Konsultationsentwurf nicht. Die Gebiete können, so der Entwurf, einerseits durch die Bundesländer benannt werden, andererseits könnte auch die BNetzA solche Gebiete, etwa mit Unterstützung der sog. „Funkloch-App“ identifizieren (Konsultationsentwurf, Rn. 176). Auf die Netzverfügbarkeit für Unternehmen gerade im ländlichen Raum kommt es also nicht an. Hinzu kommt, dass sich diese Verpflichtung auf die Inbetriebnahme von nur 500 Basisstationen bezieht. Dies ist aufgrund der geringeren Reichweite einer Basisstation bei Nutzung des 5G-Standards nicht ansatzweise geeignet ist, sämtliche oder auch nur wesentliche Teile der wirtschaftlich relevanten weißen Flecken zu decken. Schon heute gibt es in Deutschland 174.400 Basisstationen, zählt man die Funk-Basisstationen der verschiedenen Technologien zusammen (Stand 2017, vgl. Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2016/2017 S. 43). Gerade wenn es darum geht, die 5G-Technologie der Wirtschaft zugänglich zu machen, wäre es zumindest geboten, bei der Bestimmung der zu schließenden weißen Flecken vorrangig auf die für die Wirtschaft relevanten Gebiete abzustellen. In ihrer derzeitigen Unbestimmtheit ist die Auflage jedenfalls nicht geeignet, die Versorgung der für die Wirtschaft maßgeblichen weißen Flecken sicherzustellen. Dabei sind Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der Auflage – wer bestimmt nun nach welchen Kriterien die weißen Flecken? – noch nicht berücksichtigt. 91

Das Eignungsdefizit wird schließlich auch nicht durch die Versorgungsverpflichtung „5G-Basisstationen“ behoben. Auch diese Verpflichtung betrifft nur 500 Basisstationen im 3,6 92

GHz-Bereich. Zwar betont die BNetzA, gerade diese Nutzung solle die Einführung innovativer Dienste ermöglichen (Konsultationsentwurf, Rn. 184), sie beschränkt dann aber diese Verpflichtung eben nur auf eine sehr geringe Zahl von Basisstationen.

Weitere Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der vorgesehenen Versorgungsaufgaben ergeben sich aus Defiziten bei der Überprüf- und Durchsetzbarkeit der Auflagen. Soweit der Konsultationsentwurf eine Versorgung von 98% der Haushalte mit 100 Mbit/s vorschreibt, sieht er bereits solche Haushalte als „versorgt“ an, bei denen die genannte Datenrate „grundsätzlich verfügbar“ ist. Die Verkehrslast durch andere Teilnehmer wird hierbei nicht berücksichtigt (Konsultationsentwurf, Rn. 141); eben so wenig werden der Ort der Messung und die Ausnahmen von der „grundsätzlichen“ Verfügbarkeit in einer Weise bestimmt, die dies überprüfbar und sanktionierbar machte. Von der Vorgabe von Qualitätsparametern wird gänzlich abgesehen (Konsultationsentwurf, Rn. 156). Dies stellt nicht nur die Geeignetheit der Versorgungsaufgabe in Frage, sondern lässt bereits Zweifel an ihrer Bestimmtheit aufkommen. Dies wiegt umso schwerer als die Auflage unmittelbar vollziehbar sein wird. Angesichts dessen helfen auch die Berichtspflichten der Zuteilungsnehmer nach III.4.9 Konsultationsentwurf nicht.

93

Verhältnismäßig und damit ermessensfehlerfrei wäre danach allein eine Versorgungsaufgabe, die mit bestimmt vorgegebenen Qualitätsparametern und definierten Ausnahmen eine Versorgung auch von mindestens 98% der Industrie- und Gewerbestandorte vorsähe, u.U. geknüpft an einzelne Frequenzblöcke (vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 78: Telekommunikation 2017, Rn. 48). Darüber hinaus müsste festgelegt werden, dass die „weißen Flecken“ vorrangig nach dem Frequenzbedarf der Wirtschaft bestimmt werden; die Beseitigung der weißen Flecken sollte zudem – ergebnisorientiert – über eine Pflicht zur schrittweisen Versorgung festgelegter Gebiete und nicht durch quantitative Vorgaben von Basisstationen gesteuert werden; nur so ließe sich die angestrebte flächendeckende Versorgung effektiv erreichen.

94

Bisweilen wird argumentiert, eine hohe Versorgungsaufgabe verstoße gegen das Universaldienstregime der §§ 78 ff. TKG (so *Herrmann*, Zulässigkeit spektrumsübergreifender Versorgungsaufgaben bei der Vergabe von Frequenzen im Bereich 2 GHz und 3,6 GHz, Rechtsgutachten vom 21.07.2018, vorgelegt von Vodafone mit ihrer Stellungnahme zur mündlichen Anhörung, abrufbar unter [www.bundesnetzagentur.de/mobilesbreitband](http://www.bundesnetzagentur.de/mobilesbreitband)). Dies überzeugt nicht: Zum einen kommt dem Universaldienstregime ebenso wenig eine Sperrwirkung zu wie den Marktregulierungsvorschriften (siehe Rn. 69 ff.). Vielmehr öffnet bereits § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG mit dem Verweis auf die Berücksichtigung der Regulierungsziele des § 2 TKG und erst recht § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG mit dem expliziten Hinweis auf die mögliche Vorgabe eines Versorgungsgrades Regelungsoptionen innerhalb des Frequenzregimes. Zum anderen gestalten Versorgungsaufgaben ein neu zu erwerben-

95

des Recht und greifen nicht beschränkend in bestehende Rechte und Positionen ein, wie dies bei der Auferlegung einer Universaldienstverpflichtung zumeist der Fall ist.

## IV.

96

### **Einzelzuteilung und Versteigerung: Chancen für regionale und lokale Netzbetreiber**

Während die geplante 5G-Versteigerung bundesweite Frequenzzuteilungen betrifft, sollen nach Planung der BNetzA Frequenzen für lokale und regionale 5G-Anwendungen durch Einzelzuteilung vergeben werden. Dies betrifft die Bereiche 3,7-3,8 GHz und 26 GHz. Frequenzen würden dann auf Antrag und ohne förmliches Vergabeverfahren zugeteilt (siehe hierzu insb. BNetzA, Entscheidung Versteigerung). Entsprochen werden soll dadurch den Interessen regionaler Netzbetreiber, kleiner und mittlerer Unternehmen oder Start-Ups.

97

Im Raum stehen derzeit vier unterschiedliche Vergabeverfahren:

98

- Frequenzen im Bereich 3,7 – 3,8 GHz für den drahtlosen Netzzugang zur lokalen grundstücksbezogenen Nutzung
  - innerhalb von Gebäuden („lokale Nutzung“ Indoor) und
  - außerhalb von Gebäuden („lokale Nutzung“ Outdoor)
- Frequenzen im Bereich 3,7 – 3,8 GHz für den drahtlosen Netzzugang zur regionalen Nutzung („regionale Netze“)
- Frequenzen im 26 GHz-Band für den drahtlosen Netzzugang, über den dann diverse 5G-Anwendungen realisiert werden können

Antragsberechtigt sollen ausweislich der Entwürfe Einzelzuteilung für lokale Nutzungen die Eigentümer oder Nutzer des jeweiligen Gebäudes bzw. Geländes sein, für regionale Netze solche Antragsteller, die nicht bereits über bundesweite Frequenznutzungsrechte in den Bändern 700 MHz bis 3,6 GHz verfügen, weder selbst noch über nach §§ 15 ff. AktG mit ihnen verbundene Unternehmen (Entwürfe Einzelzuteilung, S. 2); für das 26-GHz-Band soll keine Beschränkung der Antragsbefugnis erfolgen (Erwägungen 26 GHz-Band, S. 4). Daraus folgt, dass nach den derzeit vorliegenden Entwürfen als „lokale Nutzungen“ solche verstanden werden, bei denen der Eigentümer oder Nutzer des Gebäudes oder des Grundstücks Zuteilungsinhaber ist und der Nutzungsradius die Gebäude- oder Grundstücksgrenzen nicht überschreitet. „Regionale Netze“ sind durch den Bezug auf ein bestimmtes Gebiet gekennzeichnet, für welches zwar keine spezifische Größe vorgegeben ist, allerdings eine effiziente Frequenznutzung im gesamten, durch den Antrag regional abgegrenzten Gebiet vorausgesetzt wird (Entwürfe Einzelzuteilung, S. 14); über-

99



dies können Zuteilungsinhaber nur solche Personen sein, die gänzlich unabhängig von bundesweiten Zuteilungsinhabern agieren.

Sämtliche Frequenzen sollen technologie- und diensteneutral für den drahtlosen Netzzugang zugeteilt werden, so dass darüber Telekommunikationsdienste ebenso angeboten werden können, wie weitere Anwendungen, etwa Infrastrukturanbindungen oder Industrie 4.0. Die Frequenznutzungsbestimmungen sollen entsprechend der EU-weit harmonisierten Vorgaben des CEPT-Reports 67 aus Juli 2018 festgelegt werden; dies führt u.a. zu einer Beschränkung auf TDD-Nutzungen („time division duplex“ - Zeitduplexverfahren in Abgrenzung zum Frequenzduplexverfahren FDD – „frequency division duplex“). Für lokale Indoor-Nutzungen bis zu 100 MHz erwägt die BNetzA ein vereinfachtes Verfahren durchzuführen, für alle anderen Nutzungen das Regelverfahren. Gegenüber Antragstellern für Indoor-Zuteilungen bestünden dann geringere Darlegungs- und Nachweisanforderungen insbesondere hinsichtlich der Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung (vgl. Entwürfe Einzelzuteilung, S. 2). Für regionale Netze ist ergänzend zu den allgemeinen Zuteilungsvoraussetzungen die Vorlage eines umfassenden Frequenznutzungskonzepts (einschließlich exakter Angaben zu den Basisstationen) als spezifische Zuteilungsvoraussetzung vorgesehen; Frequenzen sollen für ein bestimmtes Gebiet zugeteilt werden, für das eine effiziente Frequenznutzung sichergestellt ist. **100**

Frequenzen zur regionalen und lokalen Nutzung sollen auf 10 Jahre befristet zugeteilt werden, für Nutzungen im 26 GHz-Band ist dies noch nicht konkretisiert. **101**

Ungenutzte Frequenzen im Bereich 3,7 – 3,8 GHz können als temporäre Zusatzkapazitäten für bestehende Zuteilungen, auch von den bundesweiten Zuteilungsinhabern, mitgenutzt werden; dies setzt eine gesonderte Zuteilung voraus, das Spektrum ist zugunsten regionaler oder lokaler Zuteilungen (Outdoor) zu räumen (Entwürfe Einzelzuteilung, S. 17). **102**

Zusätzlich und umgekehrt sollen regionale Netzbetreiber dadurch gefördert werden, dass die Inhaber bundesweiter 5G-Frequenzzuteilungen verpflichtet werden sollen, mit ihnen über die lokale oder regionale Überlassung von Spektrum im Bereich 3,4 – 3,7 GHz zu verhandeln. Diese Verpflichtung soll als Nebenbestimmung der sich an das 5G-Versteigerungsverfahren anschließenden Frequenzzuteilungen beigefügt werden (siehe Konsultationsentwurf, III.4.12, Rn. 261 ff.). Hingegen lehnt der Konsultationsentwurf eine Verpflichtung der künftigen bundesweit tätigen Mobilfunknetzbetreiber, regionalen Netzbetreibern ein National Roaming zu ermöglichen, ab; dies gilt nicht nur für eine Zugangsverpflichtung (siehe oben Rn. 58 ff.), sondern auch für die ansonsten vorgesehene Pflicht zur Verhandlung über ein National Roaming – regionale Netzbetreiber sind hiervon ausdrücklich ausgeschlossen (Konsultationsentwurf, Rn. 298). **103**

Maßgeblich für die Chancen regionaler und lokaler 5G-Netzbetreiber sind damit die Regeln für die geplanten Einzelzuteilungen (nachfolgend Ziffer 1), die Vorgaben für eine Auflage „Fre- **104**

quenzüberlassung“ in den Versteigerungsregeln (nachfolgend Ziffer 2) sowie schließlich die Ablehnung einer Roaming-Auflage in eben diesen Regeln (nachfolgend Ziffer 3).

## **1. Einzel-Frequenzzuteilung für regionale / lokale Nutzungen 105**

Die Entscheidung der BNetzA, Frequenzen in den Bereichen 3,7 – 3,8 GHz nicht zu versteigern, sondern im Wege der Einzelzuteilung zu vergeben, begegnet keinen Bedenken. Gleiches gilt für entsprechende Planungen für das 26 GHz-Band. 106

### **1.1 Verfahrenswahl 107**

Nach § 55 Abs. 10 TKG kommt ein förmliches Vergabeverfahren nur in Betracht, wenn Frequenzen nicht in ausreichendem Umfang vorhanden sind oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind. Eine derartige Frequenzknappheit hat die BNetzA nicht festgestellt; vielmehr sollte zuvörderst eine flexible Zuteilung des Frequenzspektrums auch noch zu späteren Zeitpunkten ermöglicht werden (BNetzA, Eckpunkte und Bedarfsermittlung für bundesweite Zuteilungen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, S. 17, abrufbar unter [www.bundesnetzagentur.de/mobilesbreitband](http://www.bundesnetzagentur.de/mobilesbreitband)). 108

Selbst wenn eine Frequenzknappheit nicht auszuschließen wäre, ist die Ermessenentscheidung der BNetzA, für die genannten Teilbereiche des Spektrums kein förmliches Vergabeverfahren vorzusehen, nicht zu beanstanden. Denn nur so kann dem Ziel einer flexiblen Zuteilung auch noch zu späteren Zeitpunkten, um sich entwickelnde (regionale und lokale) Geschäftsmodelle und Anwendungsbereiche zu ermöglichen, Rechnung getragen werden; über ein Vergabeverfahren würden sämtliche Frequenzen an einem bestimmten Zeitpunkt vergeben (vgl. zu dieser Intention Entwürfe Einzelzuteilung, S. 1). 109

Die Entscheidung fördert die Bereitstellung spezifisch lokaler und regionaler Nutzungen. Sie führt zu einer Diversifizierung der Mobilfunkangebote und löst damit positive Wettbewerbsimpulse aus. Dies dient dem Ziel chancengleichen Wettbewerbs auch in der Fläche (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), dem Ausbau hochleistungsfähiger Netze (Nr. 5) und der effizienten Frequenznutzung (Nr. 7). Vor allem aber dient es den Interessen der Nutzer und Verbraucher, wenn lokale und regionale 5G-Angebote Anwendungen etwa im Bereich 4.0 ermöglichen. 110

Die Grundentscheidung zugunsten lokaler und regionaler Netze steht zudem im Einklang mit den Grundsätzen der Technologieneutralität und der Netzneutralität: 111

- Der Grundsatz der Technologieneutralität (§ 54 Abs. 2 TKG) sichert den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz netzspezifisch ab. Frequenzen sollen so ausge- 112



wiesen werden, dass alle hierfür vorgesehenen Technologien verwendet werden dürfen und alle Arten von Telekommunikationsdiensten zulässig sind; es darf zu keinen Diskriminierungen kommen; die Chancengleichheit der Marktteilnehmer muss gewahrt bleiben (siehe nur EuG, Urt. v. 26.11.2015, Rs. T-462/13, Rn. 77). Dies alles ist hier der Fall, da die Frequenzen technologie- und diensteneutral für den drahtlosen Netzzugang zugeteilt werden sollen (Entwürfe Einzelzuteilungen, S. 6, 9, 13; Erwägungen 26 GHz-Band, S. 3).

- Die Netzneutralität zielt auf die Wahrung gleichberechtigter und nichtdiskriminierender Behandlung jeglicher Daten und Inhalte bei der Bereitstellung eines Übertragungsdienstes (vgl. nur, bezogen auf Internetzugangsdienste, Verordnung (EU) 2015/2120 über den Zugang zum offenen Internet, ABl. EU Nr. L 310 v. 26.11.2015, S. 1 ff.; ferner § 2 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 TKG, Art. 8 Abs. 4 lit. g Rahmenrichtlinie 2002/21/EG i.d.F. der Richtlinie 2009/140/EG). Auch die Netzneutralität wird durch regionale und lokale Frequenzzuteilungen nicht verletzt, die diskriminierungsfreie Datenübermittlung bleibt ebenso gesichert wie der diskriminierungsfreie Zugang zu Inhalten und Anwendungen, zumal das Prinzip nicht eine strukturierte Frequenzplanung mit unterschiedlichen Nutzungen verhindern will (zum Prinzip der Netzneutralität siehe *Säcker/Mengering*, K&R 2013, 559 ff.).

## 1.2 Nutzungsbedingungen 114

Im Grundsatz unterliegen auch die geplanten Nutzungsbedingungen keinen Bedenken. Diese sind als Inhaltsbestimmungen zulässig, soweit sie zur Sicherung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung erforderlich sind (§ 60 Abs. 1 Satz 1 TKG); Nebenbestimmungen können überdies zur Absicherung der weiteren Regulierungsziele des § 2 TKG auferlegt werden (§ 60 Abs. 2 Satz 1 TKG). Die Zuteilung kann zudem insgesamt oder teilweise versagt werden, wenn eine beabsichtigte Nutzung mit den Regulierungszielen nach § 2 TKG nicht vereinbar ist (§ 55 Abs. 5 Satz 2 TKG). 115

Die Bezugnahme auf die Bestimmungen ausweislich des CEPT-Reports 67 aus Juli 2018 (Entwürfe Einzelzuteilung, S. 7, 9 f., 14 f.) steht damit dem Grunde nach im Einklang; Bedenken könnten sich allerdings insbesondere dann ergeben, wenn sich einzelne technische Anforderungen als nicht erforderlich erwiesen, um die gesetzlich zulässigen Ziele zu erreichen. 116

## 1.3 Handlungsoptionen: Erhöhung der Marktchancen für regionale / lokale Netzbetreiber 117

Mit dem derzeit geplanten Vorgehen schöpft die BNetzA die bestehenden, rechtmäßigen Gestaltungsspielräume für eine möglichst wettbewerbs- und damit insbesondere auch innovationsfreundliche Gestaltung noch nicht aus: 118

(1) Über die geplante Differenzierung zwischen regionalen Netzen, lokalen Indoor-Nutzungen und lokalen Outdoor-Nutzungen (siehe Rn. 98) hinaus wäre den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (Verbraucherfreundlichkeit) und Nr. 2 (chancengleicher Wettbewerb) noch besser Rechnung getragen, wenn Kombinationsnutzungen Indoor/Outdoor vorgesehen würden. Denn aus Nutzerperspektive sind auch Industrie 4.0-Anwendungen auf Industriegeländen mit Gebäude- und Freiflächen denkbar (Bsp.: computergesteuerter Gabelstapler), die Frequenznutzung dürfte dann nicht an Gebäudegrenzen stoppen müssen. Dies führt weiter zu der Notwendigkeit, lokale Nutzungen auch im Rahmen von Industrie- und Gewerbeparks zu ermöglichen, bei denen Unternehmen unterschiedlicher Eigentümer lokal innerhalb eines abgrenzbaren Gebiets angesiedelt sind. Eine sachgerechte und rechtssichere Abgrenzung könnte hier durch die Begrenzung auf ein räumlich zusammengehörendes Gebiet, auf ein geografisch begrenztes Industrie- oder Gewerbegebiet erfolgen (in Anlehnung an § 3 Nr. 24a lit. a, § 110 EnWG) und die Vorgabe, dass die Zuteilung nur an eine für das Management des gesamten Gebiets zuständige Person erfolgt, die gänzlich unabhängig von den bundesweiten Zuteilungsinhabern agiert. 119

(2) Die Entwürfe Einzelzuteilungen sehen diverse Vorgaben zur Sicherstellung einer störungsfreien Frequenznutzung vor; die Entscheidung Versteigerung enthält ebenfalls solche Vorgaben, die die Nutzbarkeit regionaler / lokaler Frequenzzuteilungen beeinflussen. 120

In ihrer Ausgestaltung entstünden rechtliche Bedenken, wenn die gewählten Vorgaben, insbesondere gesetzte Grenzwerte zur Leistungsbeschränkung, aus technischen Gründen dem Erforderlichkeitsmaßstab des § 60 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht genügten. „Erforderlich“ sind Inhaltsbestimmungen zur Sicherstellung einer störungsfreien Frequenznutzung nur, wenn sie verhältnismäßig sind und überdies dem Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG einschließlich einer gerechten Verteilung der begrenzten Ressourcen Rechnung tragen (vgl. Entwurfsbegründung zu § 60 TKG (§ 58 Entwurf), BR-Drs. 755/03, S. 108; *Hahn/Hartl/Dorsch*, in: *Scheurle/Mayen*, TKG, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 4). 121

Diese Vorgaben sind überwiegend unbedenklich; lediglich eine Vorgabe begegnet Bedenken: Die Entscheidung Versteigerung sieht vor, dass zur Vermeidung von Störungen zwischen den bundesweiten 5G-Frequenznutzungen und den regionalen / lokalen Netzen, die den Bereich oberhalb von 3,7 GHz nutzen, zu der angrenzenden bundesweiten Nutzung ein Schutzabstand von den regionalen / lokalen Netzbetreibern einzuhalten ist. Die BNetzA 122

sieht selbst, dass dies bei unsynchronisiertem Betrieb der benachbarten Netze dazu führen kann, dass für lokale und regionale Zuteilungen Spektrum von weniger als 100 MHz zur Nutzung bereitsteht. Dadurch werde aber sichergestellt, dass das Spektrum für bundesweite Zuteilungen in vollem Umfang genutzt werden kann (Entscheidung Versteigerung, Rn. 136).

Ein derartiger genereller Vorrang der bundesweiten Zuteilungen schränkt die Marktchancen regionaler und lokaler Netzbetreiber, die durch die Teilung des Spektrums gerade befördert werden sollen (Entscheidung Versteigerung, Rn. 142 ff.), deutlich ein. Regionale und lokale Netzbetreiber erhalten einen erheblichen schwächeren Rechtsstatus als die Inhaber bundesweiter Zuteilungen, ohne dass ein solcher Vorrang sachlich geboten wäre: produktspezifisch nicht, weil gerade im regionalen und lokalen Bereich innovative, attraktive 5G-Anwendungen bereitgestellt werden können, und auch technisch nicht, da es genauso denkbar wäre, mit etwaigen Schutzabstandsvorgaben beide Betreiber der angrenzenden Netze gleichermaßen, symmetrisch, zu belasten. So indiziert die Vorgabe eine Diskriminierung der regionalen / lokalen Netzbetreiber, die zudem dem erklärten Ziel der BNetzA, den Markteintritt solcher Netzbetreiber zur Stärkung des Wettbewerbs zu fördern, widerspricht. Beide Gesichtspunkte führen, in diesem Punkt, zur Ermessensfehlerhaftigkeit der Planung.

123

- (3) Die Frequenzzuteilungen sollen auf 10 Jahre befristet werden (Entwürfe Einzelzuteilung, S. 8, 11, 17). Die Befristung ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden, die Zuteilungsdauer muss freilich eine effiziente Frequenznutzung sicherstellen, die Amortisation notwendiger Investitionen angemessen berücksichtigen und den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG bestmöglich dienen (§§ 55 Abs. 9, 60 Abs. 2 Satz 1 TKG). Ob angesichts der Entwicklungsoffenheit der über die lokalen und regionalen Frequenzen zu etablierenden Anwendungen eine 10jährige-Befristung diesen Vorgaben genügt, erscheint fraglich. Eine längerfristige Zuteilung könnte insbesondere geboten sein, um Verbraucherinteressen und Innovationstätigkeiten bestmöglich zu unterstützen und eine Refinanzierung der für den Netzaufbau notwendigen Investitionen zu ermöglichen. Es böte sich insofern eher eine Orientierung an der in der Praxis bei Frequenzzuteilungen für öffentliche zellulare Mobilfunknetze üblichen Laufzeit von 20 Jahren an (Übersicht zu dieser Praxis bei *Hahn/Hartl/Dorsch*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 72).

124

## 2. Versteigerung: Auflage Frequenzüberlassung

125

Der Konsultationsentwurf sieht vor, dass die künftigen Inhaber bundesweiter 5G-Frequenzen mit geeigneten Interessenten diskriminierungsfrei über die lokale oder regionale Überlassung von Spektrum im Bereich 3.400 MHz bis 3.700 MHz verhandeln (III.4.12, Konsultationsentwurf dort auch Rn. 261 ff.). Dies ist insbesondere dem Umstand geschul-

126

det, dass sich das 3,6 GHz-Band aufgrund seiner physikalischen Eigenschaften besonders zum lokalen und regionalen Netzausbau eignet. Die BNetzA erwartet daher mit Blick auf einen kosteneffizienten Netzausbau, dass die Zuteilungsinhaber die ersteigerten Frequenzen flexibel nach den jeweiligen Kundenbedarfen vor allem auch lokal und regional eingesetzt würden (Konsultationsentwurf, Rn. 262).

Als Rechtsgrundlage für das Verhandlungsgebot benennt die BNetzA § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG i.V.m. § 61 Abs. 6 TKG (Konsultationsentwurf, Rn. 263). Die BNetzA geht davon aus, dass es sachgerecht sei, wenn der Inhaber der bundesweiten Zuteilung nicht benötigtes Spektrum regionalen oder lokalen Netzbetreibern überlasse, da damit eine effiziente Frequenznutzung gefördert werde. Das Verhandlungsgebot stelle sicher, dass auf Seiten der bundesweiten Zuteilungsinhaber eine Verhandlungsbereitschaft zur Überlassung des Spektrums bestehe (Konsultationsentwurf, Rn. 269). Auch Inhaber von lokalen oder regionalen Zuteilungen aus dem Bereich 3.700 MHz bis 3.800 MHz könnten auf diesem Weg weitere Kapazitäten erhalten (Konsultationsentwurf, Rn. 272). 127

An der rechtlichen Zulässigkeit eines solchen Verhandlungsgebots bestehen keine Zweifel (dazu bereits oben, Rn. 60 ff., 64 ff.): Es sichert die effiziente Frequenznutzung, da der Zuteilungsinhaber über die bestmögliche Ausnutzung bestehender Kapazitäten zu verhandeln hat, auch die Regulierungsziele – Verbraucherinteressen und chancengleicher Wettbewerb – werden unterstützt, ohne dass es Bedenken hinsichtlich einer Sperrwirkung anderer Bereiche des TKG ergeben würde, insbesondere nicht der Marktregulierungsvorschriften der §§ 9 ff. TKG. 128

Mit einem bloßen Verhandlungsgebot bleibt die BNetzA indes hinter dem rechtlich Zulässigen und der zur bestmöglichen Verwirklichung der Regulierungsziele auch gebotenen Ausgestaltung der Zuteilungsbedingungen zurück. Eine möglichst nutzer- und wettbewerbsfreundliche Ausgestaltung i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 TKG erforderte eine aktive Unterstützung von regionalen und lokalen Angeboten, die effektiv nur durch eine Zugangsverpflichtung erreicht werden könnte (siehe dazu auch bereits oben, Rn. 60, 69 ff.). Ihre Ablehnung einer solchen Zugangsverpflichtung begründet die BNetzA in diesem Punkt nicht. 129

### 3. Versteigerung: keine Auflage Regionales Roaming 130

Von der Anordnung einer Zugangsverpflichtung „Regionales Roaming“ zugunsten neuer lokaler oder regionaler Zuteilungsinhaber auf bundesweit bestehenden Mobilfunknetzen soll abgesehen werden (Konsultationsentwurf, Rn. 299 ff.). 131

Dies überzeugt ebenso wenig, wie der Verzicht auf eine entsprechende Anordnung zugunsten von bundesweiten Neueinsteigern (dazu bereits oben, Rn. 58 ff.). Für regionale und lokale Angebote stellt sich die Anordnung eines Regionalen Roaming sogar als noch notwendiger und erforderlicher dar, um innovative Geschäftsmodelle zugunsten der Nutzerinteressen und des Wettbewerbs i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 TKG zu fördern. Nur durch ein solches Roaming wird es regionalen und lokalen Anbietern ermöglicht, auch Kunden eines anderen Anbieters zu versorgen oder Verbindungen zu diesen herzustellen (vgl. zu dieser Erwägung auch Konsultationsentwurf, Rn. 300 f.). Eine Roaming-Verpflichtung förderte zudem die Abdeckung weißer Flecken, wenn diese Gebiete bedienende regionale Zuteilungsinhaber über einen Roaming-Anspruch Kommunikationsteilnehmern bundesweite Verbindungen anbieten könnten – zugunsten einer effizienten Frequenznutzung und der Förderung des Ausbaus hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 7, 5 TKG; Konsultationsentwurf, Rn. 302). 132

Über ein Verhandlungsgebot allein ist dies nicht gleichermaßen zu erreichen: Eine Durchsetzung über das Gebot der Nichtdiskriminierung setzte zum einen Voraus, dass der Verhandlungspartner mit bundesweiter Zuteilung überhaupt Roaming-Vereinbarungen abgeschlossen hat, mit denen eine Gleichbehandlung begehrt werden könnte, und zum anderen, dass keine eine abweichende Behandlung tragende Differenzierungsmerkmale vorgebracht werden (dazu auch bereits oben, Rn. 50, 67). 133