

Teilnahme am Rechtsverkehr eine erhöhte mediale Aufmerksamkeit und Transparenzwirkungen hinzunehmen. Gleichwohl ist aber eine unmittelbare Sanktionierung durch behördliches Öffentlichkeitshandeln *de lege lata* rechtlich unzulässig. Sollten Mitgliedstaaten unter Rekurs auf Art. 58 Abs. 6, 84 Abs. 1 DSGVO *de lege ferenda* entsprechende, über die DSGVO hinausgehende Sanktionsmöglichkeiten einführen, würde hiermit in einen Wettbewerb der Datenschutz-Rechtsordnungen eingetreten.⁵⁸

Ganz grundsätzlich lässt sich hierzu festhalten, dass für einen solchen Eingriff in die Harmonisierung des unionalen Datenschutzniveaus im Wettbewerb der Mitgliedstaaten⁵⁹ zwischen der Effektivierung der Rechtsdurchsetzung

und Standortnachteilen durch Abschreckungswirkungen abgewogen werden muss.

58 Grundlegend zum Wettbewerb der Rechtsordnungen *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 2002; *Mehde*, Wettbewerb zwischen Daten: Die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem, 2005.

59 Über diesen unionalen datenschutzrechtlichen Binnen-Wettbewerb hinaus treffen im globalen Wettbewerb mit – vor allem auch – dem auf Auswirkungen und Beeinträchtigungen ausgerichteten (*harms based*)-Ansatz des US-amerikanischen Datenschutzes, dem staatsmonopolistischen, weitreichende Datenverarbeitungen erlaubenden chinesischen System und dem auf ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt setzenden DSGVO-Ansatz ganz unterschiedliche Regelungskonzepte aufeinander.

RAin Dr. Grace Nacimiento, LL.M. (Emory), Düsseldorf*

RAN Sharing im Mobilfunk: Aktuelle Rechtslage und Umsetzung im künftigen TKG

Der EECC sieht Regelungen zur gemeinsamen Nutzung passiver und aktiver Infrastrukturen vor. Die bis zum 20. 12. 2020 gebotene Umsetzung des EECC bietet die Möglichkeit und Chance, klare Vorgaben hinsichtlich der Ermöglichung einer und ggf. Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung passiver und aktiver Netzinfrastrukturen im nationalen Recht einzuführen. Der vorliegende Beitrag untersucht die sich bietenden Umsetzungsoptionen mit Blick auf die Einführung solcher verpflichtenden Vorschriften.

I. Einleitung

Infrastruktursharing und Roaming waren im Zusammenhang mit der letzten Frequenzvergabe im Frühjahr 2019 beherrschende Themen und sind es noch. Neu sind diese Themen jedoch nicht. Sie werden spätestens seit der UMTS-Versteigerung im Jahr 2000 diskutiert. Zwei Aspekte spielen in dieser Diskussion eine Rolle. Zunächst wirft die bisher nicht gelungene flächendeckende Breitbandversorgung die Frage nach Kooperationen von Mobilfunknetzbetreibern auf Infrastrukturebene auf. Hintergrund sind insoweit die Kosten einer solchen flächendeckenden Breitbandversorgung, die eben auch ländliche und damit für Netzbetreiber wirtschaftlich eher unattraktive Gebiete erfassen muss. Der zweite Aspekt betrifft die Wettbewerbssituation auf dem Mobilfunkmarkt. Mit der letzten Versteigerung ist ein Neueinsteiger in den Mobilfunkmarkt eingetreten. Dessen Frequenzausstattung ist auf Kapazitätsfrequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz beschränkt und selbst in diesen Bereichen im Vergleich zu der Frequenzausstattung der etablierten Netzbetreiber erheblich geringer. Hier drängt sich die Frage nach verpflichtenden Regelungen zum Infrastruktursharing im Mobilfunk auf, wenn dieser Marktzutritt gelingen soll.

II. Formen des Infrastruktursharing, insbesondere: RAN Sharing

Die gemeinsame Nutzung funkbasierter Infrastruktur umfasst unterschiedliche technische Optionen, die in der Dis-

kussion regelmäßig angeführt werden. Auch die rechtlichen Vorgaben im EECC¹ unterscheiden insoweit. Die verschiedenen Kooperationsformen umfassen dabei das Roaming in unterschiedlicher Reichweite (lokal, regional, national) sowie die gemeinsame Nutzung, also das Sharing von passiven und aktiven Netzinfrastrukturelementen.

Das Infrastruktursharing bezeichnet Kooperationsmodelle zum gemeinsamen Ausbau von Netzelementen. Derartige Kooperationen können von der gemeinsamen Nutzung von Standorten bis zu einer gemeinsamen Nutzung von Frequenzen („Frequenz-Pooling“) reichen.² Hier unterscheidet die Bundesnetzagentur (BNetzA) zwischen der gemeinsamen Nutzung passiver und aktiver Netzelemente. Das Radio Access Network (RAN) Sharing als Form der gemeinsamen Nutzung auch aktiver Infrastrukturkomponenten behandelt die BNetzA in ihrem Thesenpapier zum Infrastruktursharing unter bestimmten Voraussetzungen als grundsätzlich zulässige Form der Kooperation.³

III. Aktuelle Rechtslage

Das TKG in seiner derzeit geltenden Fassung regelt die Möglichkeiten eines (verpflichtenden) Roaming und Infrastruktursharing nur in beschränktem Umfang, und zwar insbesondere im Bereich der Marktregulierung als mögliche Zugangsverpflichtung marktmächtiger Unternehmen. Außerhalb dieses Bereichs ist die Auferlegung solcher Pflichten nicht ausdrücklich geregelt und wird in der Frequenzverwaltungspraxis jedenfalls von der BNetzA mangels Rechtsgrundlage im Ergebnis abgelehnt.⁴ Die

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. VIII.

1 RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321/36 v. 17. 12. 2018.

2 Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. 11. 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, Az. BK1-17/001 („PKE 2018“), Rn. 578.

3 Thesenpapier Infrastruktursharing, Ziff. 1.3.

4 Vgl. PKE 2018, Rn. 582 ff.

aktuellen gesetzlichen Vorschriften zur Frequenzordnung umfassen Regelungen zur Festlegung von Vergabe- und Nutzungsbestimmungen für Frequenzen, die in der Umsetzung einschlägiger unionsrechtlicher Vorgaben des EECC als Grundlage für die Einführung klarer Regelungen zur Festlegung verpflichtender Infrastruktursharing- und Roaming-Pflichten dienen können. Im Folgenden werden die hierfür relevanten Rahmenbedingungen im geltenden TKG (III. 1.) und die Vorgaben im EECC (III. 2.) dargestellt. Im Anschluss daran werden Umsetzungsoptionen untersucht (IV.).

1. Rahmenbedingungen im aktuellen TKG

Die aktuellen Rahmenbedingungen zum Infrastruktursharing beruhen derzeit auf einigen wenigen Vorschriften (a)), die Gegenstand neuerer Rechtsprechung sind (b)) und in der Verwaltungspraxis mit Blick auf die Frage verpflichtender Regelungen im Rahmen der letzten Frequenzvergabe intensiv diskutiert wurden (c)).

a) Gesetzliche Regelungen

In der derzeit geltenden Fassung des TKG findet sich eine ausdrückliche Regelung zum Infrastruktursharing in den Vorschriften der Marktregulierung, konkret der Zugangsregulierung in § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG. Für den vorliegenden Beitrag bleiben die Vorschriften der Marktregulierung außer Betracht. Diese sind nur gegenüber marktmächtigen Unternehmen anwendbar und setzen die vorherige Durchführung von Marktregulierungsverfahren voraus. Demgegenüber ist Gegenstand der hiesigen Betrachtung die Frage nach möglichen Rechtsgrundlagen im Rahmen der Frequenzverwaltung. In diesem Bereich sind unabhängig von der Marktmacht alle Unternehmen betroffen, denen individuelle Nutzungsrechte an knappen öffentlichen Frequenzressourcen zugeteilt werden.

Als frequenzrechtliche Grundlagen für mögliche Verpflichtungen zu Roaming und Infrastruktursharing kommen die Regelungen in § 60 Abs. 2 TKG zur Festlegung von Nebenbestimmungen zur Frequenzzuteilung und in § 61 Abs. 3 TKG zur Festlegung von Vergabebedingungen im Falle einer Frequenzknappheit in Betracht.

aa) Nebenbestimmungen zu Frequenzzuteilungen

§ 60 Abs. 1 S. 1 TKG regelt die Bestandteile einer Frequenzzuteilung, die wiederum gemäß § 55 Abs. 5 TKG als gebundene Entscheidung erlassen wird. Bestandteile einer Frequenzzuteilung sind gemäß § 60 Abs. 1 TKG Regelungen zu Art und Umfang der Nutzung, soweit dies zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung erforderlich ist. § 60 Abs. 2 S. 1 TKG sieht vor, dass eine Frequenzzuteilung mit Nebenbestimmungen versehen werden darf. Die Auferlegung von Nebenbestimmungen dient dem Ziel der Sicherung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung sowie der Sicherung der weiteren in § 2 TKG genannten Regulierungsziele.

Die BNetzA hat auf der Grundlage des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG, § 52 Abs. 1 TKG i. V. m. § 2 Abs. 2 und 3 TKG in ihrer Vergabeentscheidung in 2018 ein Verhandlungsgebot zum Abschluss von Roaming- und Infrastruktursharing-Vereinbarungen zwischen den Frequenzzuteilungsinhabern festgelegt. Für weitergehende Verpflichtungen sah die BNetzA nach geltendem Recht keine Grundlage.⁵ An dieser Stelle wird der EECC bereits relevant. Die BNetzA verweist auf die Regelungen zum Infrastruktur-

sharing und Roaming im EECC und nimmt auf der Grundlage von Art. 61 Abs. 4 EECC den Hinweis auf eine mögliche künftige Auferlegung entsprechender Verpflichtungen auf.⁶ Art. 61 Abs. 4 EECC gibt den Mitgliedstaaten auf, dafür zu sorgen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, unter bestimmten Voraussetzungen Verpflichtungen zum Abschluss lokaler Roamingvereinbarungen sowie zur gemeinsamen Nutzung passiver und aktiver Infrastrukturen aufzuerlegen. Danach könnte der BNetzA in Umsetzung dieser Vorschrift künftig eine gesetzlich begründete Befugnis übertragen werden, über ein Verhandlungsgebot hinaus auch Verpflichtungen zum Abschluss einschlägiger Vereinbarungen zwischen Frequenzzuteilungsinhaber aufzuerlegen. Der bereits in der Vergabeentscheidung 2018 aufgenommene Hinweis auf Art. 61 Abs. 4 EECC geht auf die darin enthaltene Bestimmung zurück, wonach ein solcher Hinweis auf die Möglichkeit der Auferlegung der genannten Verpflichtungen in der Frequenzzuteilung ausdrücklich vorgesehen sein muss. Hierauf wird später noch im Zusammenhang mit den Umsetzungsfragen einzugehen sein.

bb) Festlegung von Vergabebedingungen

Die dargelegte Auferlegung des Verhandlungsgebots in Ziffer III.4.17 der Vergabeentscheidung von 2018 beruht aufgrund der vorangegangenen knappheitsbedingten Anordnung eines Vergabeverfahrens gemäß § 55 Abs. 10 TKG auf den Regelungen des § 61 Abs. 3 TKG. Gemäß § 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG bestimmt die BNetzA insoweit vor Durchführung des Vergabeverfahrens (u. a.) „die Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung und seiner zeitlichen Umsetzung“. Bei der Auferlegung des Verhandlungsgebots handelt es sich um eine gemäß § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG festgelegte Bedingung zur Frequenznutzung.⁷

b) Rechtsprechung

Die bisher vorliegende Rechtsprechung zeigt, dass es im geltenden Rechtsrahmen jedenfalls an klaren Regelungen zur Auferlegung von Mitnutzungsverpflichtungen im funkbasierten Infrastrukturbereich fehlt. In 2019 wurden sämtliche Eilanträge und Klagen gegen die Frequenzvergabeentscheidungen aus 2018 zurückgewiesen.⁸ Gegenstand der Verfahren war zwar nicht die Regelung in Ziffer III.4.17 – Auferlegung des Verhandlungsgebots – der Vergabeentscheidung von 2018. Das VG Köln befasste sich aber mit der von Marktteilnehmern geforderten Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung, die, u. a. auf § 60 Abs. 2 TKG gestützt, von betroffenen Unternehmen eingefordert wurde.⁹

Das VG Köln wies alle Klagen bereits als unzulässig ab. Es befand, dass ein subjektives Recht auf Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in die Vergabebedingungen nach § 61 Abs. 3 TKG „eindeutig und nach jeder Betrachtungsweise“ ausgeschlossen sei.¹⁰

5 PKE 2018, Ziff. III.4.17, zur Begründung s. Rn. 570 ff., zum Infrastruktursharing Rn. 600 ff.

6 PKE 2018, Rn. 614.

7 PKE 2018, Ziff. III. 4.17.

8 VG Köln, 14. 3. 2019 – 9 L 208/19, 9 L 300/19, 9 L 455/19; VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8489/19, 9 K 8490/19, 9 K 8491/19, 9 K 8492/19.

9 Vgl. nur das Urteil des VG Köln, 3. 9. 2019 – 9 K 8489/19, Rn. 43 ff., beck online.

10 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8489/18, Rn. 57 ff., beck online.

Eine drittsschützende Wirkung der Vorschrift des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG lehnte das VG Köln ebenso ab wie die Ableitung eines entsprechenden Drittschutzes aus den Regulierungszielen und -grundsätzen in § 2 Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG.¹¹ Das VG Köln hielt unabhängig davon aber auch eine Verletzung der betreffenden Klägerin in eigenen Rechten durch Nichtaufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in den Vergabebedingungen nach § 61 Abs. 3 TKG für ausgeschlossen. Dies begründete das VG Köln unter Verweis auf die weitreichenden Ausgestaltungsspielräume der BNetzA bei der Festlegung der Bedingungen nach § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG.

Auch nach unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere aus Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, sah das VG Köln keine Begründung einer Klagebefugnis.¹²

c) Verwaltungspraxis der BNetzA

Wie dargelegt, lehnt die BNetzA die Auferlegung von Verpflichtungen zur Gewährung von Roaming und Infrastruktursharing im Mobilfunk aus ihrer Sicht mangels Rechtsgrundlage ab. Die BNetzA konzentriert sich daher bislang darauf, die Grundsätze zulässiger Kooperationen, einschließlich des Sharing aktiver Infrastrukturelemente zu definieren und weiterzuentwickeln. Deutlich wird in dieser Verwaltungspraxis jedenfalls, dass diesen Kooperationsformen zunehmend Bedeutung zugemessen wird, und zwar nicht nur zur Verbesserung der Versorgung und Schließung von Lücken, sondern auch zur Förderung des Markteintritts von Neueinsteigern im Mobilfunkbereich und damit zur Wettbewerbsförderung und Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen.

aa) Thesenpapier zum Infrastruktursharing

Das bereits erwähnte Thesenpapier zum Infrastruktursharing,¹³ ursprünglich aus 2001, zeigt die Formen zulässiger Kooperationen zwischen Wettbewerbern im Mobilfunkmarkt auf, bleibt aber an diesem Punkt stehen. Verpflichtende Vorgaben sind bis heute nicht erlassen. Die BNetzA hat sich in ihren Frequenzvergabeentscheidungen unter Verweis auf ihr Thesenpapier zum Infrastruktursharing auf die Formulierung von „Erwartungen“ bezüglich Infrastruktur-Kooperationen, insbesondere zur Verbesserung einer flächendeckenden Versorgung beschränkt.¹⁴ Der Grundsatz der wettbewerblichen Unabhängigkeit bestimmt die Grenzen zulässiger Kooperationen und stellt diese unter den Vorbehalt behördlicher Prüfungen.

bb) Frequenzvergabeentscheidungen

In rechtlicher Hinsicht vertritt die BNetzA bisher die Auffassung, dass eine Rechtsgrundlage für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen außerhalb der Marktregulierung in Teil 2 des TKG nicht gegeben sei. Infrastruktursharing ist aus Sicht der Behörde danach zwar auf vertraglicher Basis möglich, aber eben nicht verpflichtend.¹⁵

Im Kontext der Forderung nach Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung bei einer Frequenzvergabe hat die BNetzA allerdings bereits in ihren Vergabeentscheidungen aus 2009 eine mögliche Rechtfertigung einer solchen Verpflichtung aus dem Recht der Frequenzzuteilungsinhaber zur Nutzung knapper öffentlicher Ressourcen in Betracht gezogen.¹⁶ Insofern, so die BNetzA, könne eine solche Verpflichtung als Ausgleich des Vorteils eines individuellen Frequenznutzungsrechts für ein knappes öffentliches Gut gesehen werden, hierzu fehle es aber an einer gesetzlichen Regelung. Aufgrund des Eingriffs in die grundrecht-

lich geschützte Privatautonomie der Netzbetreiber sei eine solche Verpflichtung vom Gesetzgeber positiv zu regeln, wie in § 21 TKG.¹⁷ Die Vorschrift des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG sah die BNetzA insoweit nicht als ausreichende Rechtsgrundlage.

Diese Auffassung der Behörde liegt im Ergebnis auch den Vergabeentscheidungen aus 2018 zugrunde. Allerdings weisen die Entscheidungen an zahlreichen Stellen auf eine regulatorische Notwendigkeit von Regelungen zu Roaming und Infrastruktursharing zur Erreichung gleich mehrerer regulatorischer Zielsetzungen. Die BNetzA nennt hier als Ziel insbesondere auch die Erleichterung des Markteintritts für neue Wettbewerber,¹⁸ die Versorgung aller Mobilfunkkunden,¹⁹ die Reduzierung der Belastung durch Versorgungsaufgaben,²⁰ die Reduzierung der Netzkosten,²¹ die Förderung der Verbraucherinteressen und eines funktionsfähigen Wettbewerbs²² sowie einen kosteneffizienten Netzausbau und Beitrag zur besseren Mobilfunkversorgung mit einem gemeinsamen wirtschaftlichen Netzausbau („burden sharing“).²³ Ein Infrastruktursharing, ausdrücklich auch in Form eines RAN-Sharing, wertet die BNetzA als geeignetes Mittel zur Förderung einer effizienten Frequenznutzung.²⁴

Das auf Basis des § 60 Abs. 2 S. 1 TKG auferlegte Verhandlungsgebot gilt für Roaming und Infrastruktursharing. Ein Kontrahierungszwang ist damit aber nicht verbunden. Unter Verweis auf Art. 61 Abs. 4 EECC behält sich die BNetzA vor, die Frage der Auferlegung einer Verpflichtung zur Gewährung von Roaming und Infrastruktursharing erneut zu überprüfen.²⁵

d) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Zusammenfassend weist der aktuelle Stand der rechtlichen Rahmenbedingungen für Roaming und Infrastruktursharing auf einen deutlichen Handlungsbedarf auf gesetzgeberischer Ebene. Ein Infrastruktursharing im Mobilfunk wird, ebenso wie ein bundesweites Roaming, von der BNetzA als notwendig angesehen, um wesentliche Regulierungsziele im Mobilfunkmarkt verwirklichen zu können. Hierzu gehört zum einen die regulatorische Unterstützung des Marktzutritts eines Neueinsteigers, der mit einer im Vergleich zur Frequenzausstattung der etablierten Netzbetreiber quantitativ und qualitativ geringeren Frequenzausstattung in den Markt eintritt. Zum anderen geht es um die seit vielen Jahren angestrebte, bis heute aber nicht erreichte flächendeckende Breitbandversorgung der Bevölkerung; die mobilfunkbasierte Versorgung ist insoweit von wesentlicher Bedeutung.

Insbesondere die Ausführungen der BNetzA in ihren letzten Vergabeentscheidungen verdeutlichen, dass die Not-

11 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8489/18, Rn. 82 ff., Rn. 87 ff., beck online.

12 VG Köln, 3. 7. 2019 – 9 K 8489/18, Rn. 101, beck online.

13 Mitteilung-Nr. 458/2010, ABl. Bundesnetzagentur 15/2010, vom 11. 8. 2010, S. 2730 f.

14 Vgl. bereits Entscheidung der Präsidentenkammer vom 12. 10. 2009, VfG. 59/2009 („PKE 2009“), S. 101; PKE 2018, Rn. 129, 241, 317, 338, 393, 413.

15 So bereits PKE 2009, S. 102.

16 Vgl. PKE 2009, S. 107.

17 PKE 2009, S. 107.

18 PKE 2018, Rn. 97.

19 PKE 2018, Rn. 241.

20 PKE 2018, Rn. 260.

21 PKE 2018, Rn. 296.

22 PKE 2018, Rn. 576.

23 PKE 2018, Rn. 578.

24 PKE 2018, Rn. 600 ff., 604.

25 PKE 2019, Rn. 614.

wendigkeit entsprechender Regelungen besteht, eine hinreichend sichere Rechtsgrundlage hierfür aber fehlt.

2. Rechtsrahmen des EECC

Im Folgenden sind die Regelungen des EECC mit Blick auf die dort aufgenommenen Vorgaben zum Infrastruktursharing zu betrachten.

a) Erwägungsgründe

Der EECC behandelt Fragen des Roaming und des Infrastruktursharing im Mobilfunk in mehreren Erwägungsgründen. Hier wird zum einen bereits deutlich, dass der Regelungsrahmen ganz überwiegend bei der Frequenzverwaltung und damit unabhängig von der Marktmacht der betroffenen Betreiber außerhalb der Marktregulierung ansetzen soll. Zum anderen betonen die Erwägungsgründe die Bedeutung entsprechender kommerzieller Vereinbarungen zwischen Betreibern, die im Ausnahmefall behördlichen Anordnungen unterliegen können.

Erwägungsgrund 124 weist auf die Möglichkeit, die gemeinsame Nutzung von Netzinfrastrukturen bei der Festlegung der an Frequenznutzungsrechte geknüpften Bedingungen zu berücksichtigen. Dieser Ansatz wird in den materiellen Vorgaben des EECC konkretisiert.

Erwägungsgrund 143 hebt hervor, dass keine Beschränkungen für Unternehmen bestehen sollten, Zugangs- und Zusammenschaltungsvereinbarungen untereinander auszuhandeln. Der weite Zugangsbegriff des EECC²⁶ umfasst dabei auch Roaming- und Infrastruktursharing-Vereinbarungen. Unternehmen, die Anträge auf Zugang oder Zusammenschaltung erhalten, sollten derartige Vereinbarungen grundsätzlich auf kommerzieller Grundlage abschließen. In diesem Kontext stehen die Erwägungsgründe 156 und 158, die auf die Befugnisse der nationalen Behörden eingehen, unter bestimmten engen Voraussetzungen Verpflichtungen zum Roaming und/oder zur gemeinsamen Nutzung passiver und aktiver Infrastrukturen aufzuerlegen. Der in diesen Erwägungsgründen zugrunde gelegte Ansatz wird insbesondere in Art. 61 Abs. 4 EECC umgesetzt.

b) Konkrete Regelungen

Die oben genannten Erwägungen werden mit Blick auf Maßnahmen der Frequenzverwaltung insbesondere in den Regelungen der Art. 47, Art. 52, Art. 55 EECC konkretisiert. Dagegen sind die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden im Zusammenhang mit der (späteren) Auferlegung von Verpflichtungen, wenn diese Möglichkeit in der Frequenzzuteilung (lediglich) vorgesehen wurde, in Art. 61 Abs. 4 EECC geregelt.

aa) An individuelle Frequenznutzungsrechte geknüpfte Bedingungen

(1) Art. 47 EECC

Die Vorschrift des Art. 47 EECC enthält Regelungen zu den Bedingungen, an die Frequenznutzungsrechte gemäß Art. 13 EECC geknüpft werden dürfen. Vorliegend ist Art. 47 Abs. 1 EECC relevant, der im Wortlaut vorsieht:

„(2) Verknüpfen die zuständigen Behörden individuelle Funkfrequenznutzungsrechte mit Bedingungen, so können sie, insbesondere um eine effektive und effiziente Frequenznutzung sicherzustellen oder die Versorgung zu verbessern, folgende Möglichkeiten vorsehen:

- a) gemeinsame Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen für die Funkfrequenznutzung oder von Funkfrequenzen
- b) kommerzielle Roamingzugangvereinbarungen,
- c) gemeinsamer Ausbau von Infrastrukturen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützten elektronischen Kommunikationsnetzen oder -diensten.

Die zuständigen Behörden sorgen dafür, dass die mit Funkfrequenznutzungsrechten verknüpften Bedingungen die gemeinsame Funkfrequenznutzung nicht behindern. Die Umsetzung der gemäß diesem Absatz auferlegten Bedingungen durch die Unternehmen bleibt weiterhin dem Wettbewerbsrecht unterworfen.“

(2) Auslegung

Zwar heißt es hier im Wortlaut, dass die zuständigen Behörden die genannten Mitnutzungsformen als „Möglichkeiten“ vorsehen können. Der systematische Kontext sowie Sinn und Zweck dieser Vorschrift sprechen jedoch dafür, dass hier auch die Auferlegung verpflichtender Mitnutzungsformen – passives/aktives Infrastruktursharing und Roaming – geregelt werden sollte.²⁷ Dies ergibt sich zunächst daraus, dass Art. 47 EECC „Bedingungen“ regelt, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden. Der EECC folgt dem Grundsatz der Freiheit der Erbringung von Kommunikationsdiensten – auch funkgestützten²⁸ –, so dass sowohl eine Allgemeinenehmigung als auch individuelle Nutzungsrechte nur bestimmten „Bedingungen“ unterliegen dürfen. Diese Bedingungen dürfen wiederum nur zu bestimmten Zwecken wie der Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung auferlegt werden. Dies spricht dafür, dass diese „Bedingungen“ im Sinne von Belastungen des Rechteinhabers verstanden werden, die aus Sicht der Betroffenen Verpflichtungen mit sich bringen und nicht (bloße) Möglichkeiten darstellen.²⁹

Für die Auferlegung verpflichtender Bedingungen zu passivem und aktivem Infrastruktursharing und Roaming sprechen im systematischen Kontext auch die Regelungen in Art. 30 EECC. Diese Vorschrift regelt die Überwachung der Erfüllung der Bedingungen, die an Allgemeinenteilungen und individuelle Frequenznutzungsrechte geknüpft werden. Hiernach sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die zuständigen Behörden u. a. die Einhaltung der „Verpflichtung zur wirksamen und effizienten Frequenznutzung gemäß (...) Art. 47 beobachten und überwachen“. Dazu regelt Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2, Abs. 1 bis Abs. 5 EECC Befugnisse der zuständigen Behörden zur konkreten Überprüfung der Einhaltung u. a. von nach Art. 47 EECC auferlegten Bedingungen sowie zur Verhängung von Sanktionen. Die Regelungen des Art. 30 EECC würden aber mit Blick auf die in Art. 47 Abs. 1 EECC vorgesehene Auferlegung der dort genannten Mitnutzungsformen leerlaufen, wenn Art. 47 Abs. 1 EECC nicht die Auferlegung diesbezüglicher Verpflichtungen regeln würde.

²⁶ Art. 2 Nr. 27 EECC.

²⁷ In diesem Sinne auch *Kiparski*, CR 2019, 179 ff. 182, Rn. 22.

²⁸ Vgl. Art. 12 EECC.

²⁹ Vgl. hierzu auch die Entwicklungen im Gesetzgebungsverfahren: Der Vorschlag der EU-Kommission zu Art. 47 war zunächst noch dahingehend formuliert, dass die Behörden die genannten Mitnutzungsformen „genehmigen“ können, s. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, 12. 10. 2016, COM(2016) 590 final, S. 204, dagegen die Neufassung vom 21. 11. 2018, PE-CONS 52/18, S. 291 mit dem geltenden Wortlaut.

bb) Wettbewerbsförderung und Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen

Diese Auslegung des Art. 47 Abs. 1 EECC wird durch die Regelung des Art. 52 Abs. 1 EECC bestätigt. Art. 52 Abs. 1 EECC sieht vor, dass die nationalen Behörden bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten und Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt vermeiden.

Der Wortlaut des Art. 52 Abs. 1 EECC verdeutlicht, dass die zuständigen nationalen Behörden dabei im Rahmen der von dem betreffenden Mitgliedstaat auf Gesetzesebene ausgestalteten Regelungen zur Erteilung von Frequenznutzungsrechten tätig werden. So heißt es in dieser Vorschrift, dass die zuständigen Behörden „bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten durch die Mitgliedstaaten“ geeignete Maßnahmen ergreifen, um wirksamen Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden. Hierzu gehört – „wenn die Umstände dies rechtfertigen – [die] Verknüpfung dieser Nutzungsrechte mit Bedingungen, z. B. Gewährung des Vorleistungszugangs und nationales oder regionales Roaming in bestimmten Frequenzbändern oder Gruppen von Frequenzbändern mit ähnlichen Merkmalen.“

Auch diese Regelung muss im Gesamtkontext der Vorschriften zur Frequenzverwaltung dahingehend verstanden werden, dass die Mitgliedstaaten eine gesetzliche Befugnis der zuständigen Behörde vorsehen müssen, zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen verpflichtende Bedingungen auch zur gemeinsamen Nutzung passiver und aktiver Infrastrukturen aufzuerlegen; Vorleistungszugang und nationales/regionales Roaming werden hier insoweit ausdrücklich nur beispielhaft aufgeführt. Die Bedingungen, die an die Erteilung von individuellen Frequenznutzungsrechten geknüpft werden, haben folglich erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation im Markt einschließlich der Eintritts- und Expansionsbedingungen, wie auch Erwägungsgrund 88 EECC ausdrücklich hervorhebt.

cc) Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden zur Auferlegung von Verpflichtungen

Die Befugnisse und Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörden in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung sind in Art. 61 EECC geregelt. Hierzu gehören gemäß Art. 61 Abs. 4 EECC auch Regelungen mit Blick auf die Auferlegung von Verpflichtungen zum Infrastruktursharing und lokalem Roaming. Die diesbezüglich von den Mitgliedstaaten vorzusehenden Befugnisse der nationalen Behörden sind dabei an eine Reihe von Vorbehalten und Bedingungen geknüpft.

(1) Art. 61 EECC

Die Auferlegung einer gemeinsamen Nutzung passiver Infrastrukturen und Verpflichtungen über den Abschluss lokaler Roamingvereinbarungen ist nach Art. 61 Abs. 1 S. 1 EECC nur möglich, „sofern dies in beiden Fällen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützte Dienste auf lokaler Ebene unmittelbar erforderlich ist und sofern keinem Unternehmen tragfähige und vergleichbare alternative Zugangswege zu den Endnutzern zu fairen und angemessenen Bedingungen zur Verfügung gestellt werden.“

Die Möglichkeit der Auferlegung solcher Verpflichtungen muss bereits bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte ausdrücklich vorgesehen worden sein. Weiter muss die Auferlegung dadurch gerechtfertigt sein, dass in dem betreffenden Gebiet, für das die Verpflichtungen gelten, „unüberwindbare wirtschaftliche oder physische Hindernisse für den marktgesteuerten Ausbau der Infrastruktur zur Bereitstellung funkfrequenzgestützter Netze oder Dienste bestehen, weshalb Endnutzer äußerst lückenhaften oder gar keinen Zugang zu Netzen oder Diensten haben“.

Eine gemeinsame Nutzung aktiver Infrastruktur sollen die nationalen Regulierungsbehörden vorschreiben können, wenn sich mithilfe des Zugangs zu und der gemeinsamen Nutzung von passiver Infrastruktur alleine keine Abhilfe schaffen lässt. Art. 61 Abs. 4 EECC führt dabei eine Reihe von Kriterien auf, die die zuständigen Regulierungsbehörden bei der Auferlegung entsprechender Pflichten zu berücksichtigen haben.

(2) Auslegung

Insgesamt sieht Art. 61 Abs. 4 EECC damit im Wortlaut einen eher restriktiven Rahmen für Befugnisse der Regulierungsbehörden zur Auferlegung von Verpflichtungen zum passiven/aktiven Infrastruktursharing vor. Hieraus ergibt sich auf den ersten Blick ein Spannungsverhältnis zu den oben dargelegten Vorschriften in Art. 47 und Art. 52 EECC, die derartige Beschränkungen nicht beinhalten.

Dieses scheinbare Spannungsverhältnis lässt sich bei einer systematischen und teleologischen Auslegung von Art. 61 Abs. 4 EECC und unter Berücksichtigung der Entwicklung dieser Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren auflösen.

Im EECC-Vorschlag der EU-Kommission aus 2016 war in einem letzten Unterabsatz im damaligen Art. 59 Abs. 3 ausgeführt, dass die u. a. die gemeinsame Nutzung betreffenden Verpflichtungen Gegenstand von Vereinbarungen sind, die auf der Grundlage fairer und angemessener Bedingungen geschlossen werden.³⁰ In der Folge hat sich im Gesetzgebungsverfahren die Diskussion um die im heutigen Art. 61 Abs. 4 EECC enthaltenen Regelungen zunächst dahin entwickelt, dass hier weitere Befugnisse der Behörden ergänzend zu den in Art. 30 EECC geregelten Sanktionsmöglichkeiten der zuständigen Behörden für den Fall der Nichterfüllung auferlegter Verpflichtungen vorgesehen werden sollten. Diese in (gemäß Vorschlag) Art. 59 Abs. 3 „unbeschadet des Art. 30 EECC“ vorzusehenden Sanktionsbefugnisse sollten auch die eingeschränkte Möglichkeit der Auferlegung von Verpflichtungen u. a. zum passiven und aktiven Infrastruktursharing unter engen Voraussetzungen umfassen.³¹

Dieser Ansatz hat sich jedoch in der verabschiedeten Fassung des EECC nicht durchgesetzt. Art. 61 Abs. 4 EECC

30 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, Brüssel, den 12. 10. 2016, COM(2016)590 final, S. 221 unten.

31 Vgl. (u. a.) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (Recast) – Examination of the Presidency text (Spectrum), Interinstitutional File: 2016/0288 (COD), Brussels, 24 August 2017 (OR.en) 11681/17, S. 8, S. 33 (zum korrespondierenden Erwägungsgrund 142 der damaligen Fassung), S. 81; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (Recast) – Examination of the Presidency text, Brussels, 22 September 2017 (OR.en), 12290/1/17 REV 1, S. 274; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (Recast), Brussels, 9 November 2017 (OR.en), 14186/17, mit einer Gegenüberstellung der diesbezüglichen Vorschläge von Parlament und Rat, S. 304 ff., 312.

enthält in seiner geltenden Fassung keinen Hinweis darauf, dass hier weitere Sanktionsmöglichkeiten zu denen des Art. 30 EECC begründet werden sollen. Ebenso wenig enthält Art. 30 EECC einen Verweis darauf, dass die Befugnisse der nationalen Behörden zur Kontrolle und ggf. Durchsetzung von nach Art. 47 Abs. 2 EECC auferlegten Bedingungen zum Roaming und Infrastruktursharing nach Maßgabe des Art. 61 Abs. 4 EECC eingeschränkt werden sollen. Auch die Vorschriften der Art. 47 Abs. 2 und Art. 52 Abs. 2 EECC, die eine Auferlegung diesbezüglicher Verpflichtungen als Bedingungen bei der Erteilung von Nutzungsrechten vorsehen, enthalten keinerlei Hinweis auf etwaige Beschränkungen bei der Auferlegung solcher Verpflichtungen nach Maßgabe des Art. 61 Abs. 4 EECC.

Vor diesem Hintergrund ist Art. 61 Abs. 4 EECC einschränkend dahin zu verstehen, dass die Bestimmung eine Auferlegung von Infrastruktursharing, wie dem RAN Sharing, erst nach Erteilung von Frequenznutzungsrechten und außerhalb des Regelungsregimes der Art. 45 ff., insbesondere außerhalb der Art. 47 und Art. 52 EECC regelt. Voraussetzung für die Anwendung des Art. 61 Abs. 4 EECC ist, dass die Möglichkeit einer (späteren) Auferlegung von Roaming- und/oder Infrastruktursharing-Vpflichtungen bei der Erteilung der Frequenznutzungsrechte bereits ausdrücklich vorgesehen sein muss. Die Auferlegung von Infrastruktursharing ist, wenn sie nicht bereits konkret in der Zuteilung nach Art. 47 Abs. 2, Art. 52 EECC erfolgt, später nur unter den einschränkenden materiellen Anforderungen des Art. 61 Abs. 4 EECC zulässig.

Für diese Auslegung einer ex post-Befugnis spricht auch der unmittelbare systematische Kontext des Art. 61 Abs. 4 EECC. Gemäß Art. 60 Abs. 1 S. 2 EECC bieten die Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze den Unternehmen den Zugang und die Zusammenschaltung zu Bedingungen an, die mit den von der nationalen Regulierungsbehörde u. a. gemäß Art. 61 EECC auferlegten Verpflichtungen im Einklang stehen. Dieses Regelungsregime geht mit Blick auf Art. 61 Abs. 4 EECC ersichtlich von zunächst stutzfindenden Verhandlungen zwischen Unternehmen auf Antrag eines Zugangspetenten aus.³² Kommen auf dieser Basis Vereinbarungen nicht zustande, greifen die gemäß Art. 61 Abs. 4 EECC im nationalen Recht vorzusehenden Befugnisse zum Einschreiten bzw. zur Auferlegung entsprechender Verpflichtungen. Für diese Auslegung spricht nicht zuletzt auch der letzte Unterabsatz in Art. 61 Abs. 4 EECC. Danach können die zuständigen Behörden im Falle einer Streitbeilegung dem Begünstigten der auferlegten Verpflichtung zu Roaming/Infrastruktursharing „unter anderem vorschreiben, Funkfrequenzen mit dem Bereitsteller der Infrastruktur in dem betreffenden Gebiet gemeinsam zu nutzen.“ Dies spricht für den Anwendungsbereich des Art. 61 Abs. 4 EECC im Rahmen gescheiterter Verhandlungen zwischen Unternehmen, die zum Angebot eines Zugangs nach Art. 60 EECC verpflichtet sind und denen, die einen solchen Zugang nachfragen.

IV. Umsetzung von Infrastruktursharing-Regelungen im künftigen TKG

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die dargelegten Regelungen des EECC zum Infrastruktursharing im nationalen Recht umgesetzt werden können. Im Vordergrund steht hierbei die Frage, ob im künftigen TKG ein rechtssicherer Rahmen für ein verpflichtendes Infrastruktursharing und korrespondierende subjektive Rechte betroffener Wettbewerber etabliert werden kann.

1. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

EU-Richtlinien entfalten grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung und sind vom Gesetzgeber innerhalb des durch die Richtlinie vorgegebenen Rahmens von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen.³³

a) *Eingeschränkter Gestaltungsspielraum (nur im Bereich des sog. „Regulierungsermessens“*

Im Bereich der Marktregulierung ist die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH dagegen eingeschränkt. Der EuGH hat insoweit für die noch geltenden Regelungen der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG klargestellt, dass die in der Marktregulierung den nationalen Regulierungsbehörden übertragenen Aufgaben im Rahmen einer behördlichen Ermessensentscheidung wahrzunehmen sind, und das behördliche Ermessen nicht durch den nationalen Gesetzgeber vorweggenommen oder vorstrukturiert werden darf.³⁴

Die oben dargelegten Vorschriften des EECC zur Auferlegung von Verpflichtungen zum Infrastruktursharing sind jedoch außerhalb der Bestimmungen zur Marktregulierung geregelt. Insoweit besteht kein Anhaltspunkt für eine Einschränkung des nach Art. 288 AEUV grundsätzlich anzunehmenden gesetzgeberischen Umsetzungsspielraums für diese Bestimmungen.

b) *Gesetzgeberische Regelungsverantwortung bei staatlicher Verwaltung knapper Ressourcen*

Demgegenüber können sich im Bereich der Frequenzverwaltung Vorgaben mit Blick auf die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit aus verfassungsrechtlicher Sicht ergeben. Frequenzen sind ein knappes öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichem, kulturellem und wirtschaftlichem Wert. Dies erkennt auch der EECC in Art. 45 Abs. 1 ausdrücklich an und folgert hieraus eine besondere Verantwortung für die staatliche Verwaltung dieser Ressourcen.

aa) Rechtsprechung des BVerfG

Die besondere gesetzgeberische Verantwortlichkeit in Bereichen der staatlichen Verwaltung knapper Güter ist im deutschen Verfassungsrecht anerkannt. Das BVerfG vertritt in seiner ständigen Rechtsprechung zur Vergabe knapper Studienplätze, dass der Gesetzgeber die für die Vergabe wesentlichen Fragen selbst regeln muss.³⁵ Insbesondere muss der Gesetzgeber die Auswahlkriterien der Art nach selbst festlegen.³⁶ Das BVerfG geht von einem durch Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG geschützten Recht auf gleiche Teilhabe an staatlichen Studienangeboten und auf gleichheitgerechte Zulassung zum Studium eigener Wahl aus.³⁷ Die Regelungsverantwortlichkeit für diesen Bereich darf der Gesetzgeber nicht delegieren.³⁸ Die Überlassung eines eigenen Kriterienfindungsrechts der Verwaltung ist danach grundsätzlich

32 Die in Art. 60 Abs. 1 EECC ebenfalls in Bezug genommenen Vorschriften des Art. 62 und Art. 68 EECC stehen demgegenüber im Kontext der Marktregulierung.

33 Art. 288 AEUV, vgl. dazu näher *Nettesheim*, in: Das Recht der Europäischen Union, Stand Juni 2019, Art. 288 AEUV, Rn. 104 ff.

34 S. EuGH, 3. 12. 2009 – C-424/07, K&R 2010, 30 ff., zu Art. 7, 8, 15, 16 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG.

35 Vgl. aus der neueren Rspr., BVerfG, 19. 12. 2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, NJW 2018, 361 ff., Rn. 115, 117 ff.

36 BVerfG, 19. 12. 2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Rn. 118.

37 BVerfG, 19. 12. 2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Rn. 103 ff.

38 BVerfG, 19. 12. 2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Rn. 119.

nicht zulässig.³⁹ Der Verwaltung dürfen lediglich gewisse Spielräume für die Konkretisierung der gesetzlich der Art nach festgelegten Kriterien überlassen werden.⁴⁰

bb) Übertragung auf die Frequenzverwaltung

Es liegt nahe, diese Grundsätze auf die staatliche Vergabe knapper Frequenzressourcen zu übertragen.⁴¹ Frequenzen sind ein knappes öffentliches Gut, das im Interesse des Gemeinwohls die Versorgung mit funkbasierten Kommunikationsdiensten gewährleistet. Der Zugang zu diesem öffentlichen Gut ist Voraussetzung für privatwirtschaftliche Geschäftstätigkeiten auf Basis frequenzgestützter Infrastrukturen. Die staatliche Vergabe knapper Frequenzressourcen wird man daher als eine für die Verwirklichung des grundrechtlich geschützten Teilhaberechts aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG wesentliche Regelungsmaterie sehen können, die den Kern des Zugangs zu dem knappen öffentlichen Gut ausmacht und damit dem Parlamentsvorbehalt unterliegt.⁴² Das BVerwG hat die Grundrechtsrelevanz der staatlichen Frequenzvergabe in seiner Rechtsprechung bereits anerkannt und insoweit festgestellt, dass die hoheitliche Verteilung knapper Ressourcen in einem durch die Grundrechte in Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG geschützten Raum stattfindet.⁴³

cc) Regelungsverantwortung des Gesetzgebers bei Umsetzung des EECC

Hiervon ausgehend ist für die Umsetzung der hier in Rede stehenden Bestimmungen des EECC zur konkreten Ausgestaltung der Vergabe- und Nutzungsbedingungen für knappe Frequenzressourcen eine Gestaltungs- und Regelungsverantwortung des Gesetzgebers zugrunde zu legen. Die entsprechenden nationalen (Umsetzungs-) Normen im künftigen TKG sind daher in den wesentlichen Fragen der Art der Vergabe- und Nutzungsbedingungen vom Gesetzgeber selbst konkret auszugestalten und nicht einer Ausgestaltung durch die Verwaltung zu überlassen.

2. Konkrete Umsetzungsmaßnahmen

Auf dieser Grundlage kommen folgende mögliche Umsetzungsmaßnahmen konkret mit Blick auf einen rechtssicheren Rahmen für die Auferlegung von Infrastruktursharing-Pflichten in Betracht:

a) Grundsätze der Frequenzverwaltung

In Umsetzung der in Art. 45 EECC enthaltenen Grundsätze der Frequenzverwaltung sollten die bislang in § 52 TKG enthaltenen staatlichen Aufgaben in diesem Bereich ergänzt werden, um die Bedeutung von Frequenzen als knappem öffentlichem Gut hervorzuheben.

Hierzu liegt die Einfügung eines neuen Absatzes 1 in § 52 TKG mit folgenden Aussagen nahe:

- Frequenzen sind ein öffentliches knappes Gut von hohem gesellschaftlichem, kulturellem und wirtschaftlichem Wert.
- Frequenzbereiche werden zugewiesen und in Frequenznutzungen aufgeteilt, Frequenzen zugeteilt und Frequenznutzungen überwacht.
- Diese Maßnahmen der Frequenzverwaltung verfolgen das Ziel, insbesondere eine effiziente und störungsfreie Nutzung von Frequenzen zu sichern sowie im Interesse der Zuteilungspetenten und der Zuteilungsinhaber einen wirksamen Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden.

Mit dem Hinweis auf die Interessen der Zuteilungspetenten und Zuteilungsinhaber wäre auch der Notwendigkeit der Einräumung subjektiver Rechte betroffener Unternehmen und eines effektiven Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Frequenzverwaltung – gemäß der Rechtsprechung des BVerwG zur unmittelbaren Grundrechtsrelevanz der Frequenzvergabe⁴⁴ – Rechnung getragen.

b) Bestandteile der Frequenzzuteilung

Als konkreter Anknüpfungspunkt für die Auferlegung von Infrastruktursharing-Pflichten bei der Frequenzzuteilung kommt die derzeitige Regelung des § 60 Abs. 1 S. 1 TKG in Betracht, die zumindest wie folgt zu ergänzen wäre:

- Im Rahmen der Frequenzzuteilung sind insbesondere die Art und der Umfang der Frequenznutzung festzulegen. Dabei sind die nach Anhang I D. RL (EU) 2018/1972 zulässigen Bedingungen, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden können, zu berücksichtigen.
- Die BNetzA legt Bedingungen zur Gewährung einer gemeinsamen Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen fest, wenn dies insbesondere zur Sicherstellung einer effektiven und effizienten Nutzung knapper Frequenzressourcen, zur Verbesserung der Versorgung oder im Interesse der Zuteilungsinhaber zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen erforderlich ist.

c) Festlegung von Vergabebedingungen

§ 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG ist nach geltender Rechtslage eine zentrale Norm für die Festlegung der Auswahlkriterien bei der Vergabe knapper Frequenzen. Hier wäre für die Umsetzung Folgendes zu berücksichtigen:

aa) Bestimmung der Ziele des Vergabeverfahrens

In § 61 Abs. 3 S. 1 TKG sollten die mit dem Vergabeverfahren verfolgten Ziele in Einklang insbesondere mit Art. 55 Abs. 2 EECC zunächst wie folgt bestimmt werden:

- Mit dem Vergabeverfahren werden grundsätzlich die Ziele der Förderung des Wettbewerbs auch im Interesse der konkurrierenden Zugangspetenten, der Verbesserung der Versorgung, der Gewährleistung der erforderlichen Dienstqualität, der Förderung der effizienten Nutzung von Frequenzen, und der Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung verfolgt.

Danach wären die Anknüpfungspunkte für die Feststellung der Eignung von Zugangspetenten unter Berücksichtigung dieser Ziele zu bestimmen:

- Mit dem Vergabeverfahren soll festgestellt werden, welcher oder welche der Antragsteller am besten geeignet sind, die zu vergebenden Frequenzen im Sinne genannten Ziele und der nachfolgend aufgeführten Bedingungen effizient zu nutzen.

39 BVerfG, 19. 12. 2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Rn. 119.

40 BVerfG, 19. 12. 2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Rn. 120.

41 S.dazu näher Wolff/Nacimiento, CR 2011, 648-654; vgl. auch Fetzer, MMR 2013, 152 ff., 154 zu den verfassungsrechtlichen Implikationen bei der Verengung des Zugangs zu Frequenzen durch Anordnung eines Vergabeverfahrens auf Basis einer behördlichen Bedarfsfeststellung.

42 So das BVerfG, 19. 12. 2017 – 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, Rn. 116 a. E. für die Vergabe von Studienplätzen.

43 Vgl. nur BVerwG, 26. 1. 2011 – 6 C 2.10, Rn. 15.

44 BVerwG, 26. 1. 2011 – 6 C 2.10, Rn. 15.

bb) Vorgabe eines behördlichen Entscheidungsprogramms

§ 61 Abs. 3 S. 2 TKG formuliert in der derzeitigen Fassung, dass die BNetzA vor Durchführung eines Vergabeverfahrens die in Nr. 1-4 aufgeführten Bedingungen „bestimmt“. Diesen Wortlaut hat das BVerwG dahingehend ausgelegt, der Gesetzgeber habe der Verwaltung „in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise“ ein Letztentscheidungsrecht über die Festlegung von Auswahlkriterien bei der Vergabe knapper Frequenzressourcen ohne Vorgabe hinreichend bestimmter Entscheidungsprogramme überlassen.⁴⁵ Diese ohne nähere Begründung getroffene Annahme verdeutlicht hier angesichts der beschriebenen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelungsverantwortung des Gesetzgebers in diesem Bereich den gesetzgeberischen Handlungsbedarf.⁴⁶

In Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben wären die relevanten Vorgaben aus Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 und 6 EECC künftig in § 61 Abs. 3 TKG dergestalt umzusetzen, dass für die Behörde bei der Festlegung von Vergabebedingungen jedenfalls auch folgendes Entscheidungsprogramm vorgegeben wird:

- Die BNetzA legt die Vergabebedingungen auf der Grundlage der Ergebnisse einer vorherigen Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes, auf dem die Frequenzen genutzt werden, fest. Die BNetzA legt die dieser Beurteilung zugrunde gelegten Tatsachen in der Entscheidung über die Festlegung der Vergabebedingungen im Einzelnen dar und begründet auf dieser Basis die festzulegenden Vergabebedingungen.
- Die festzulegenden Vergabebedingungen müssen den Zielen des § 52 TKG dienen und objektiv, transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sein.

cc) Festlegung von Bedingungen zum Infrastruktursharing

Der in § 61 Abs. 3 Nr. 1-4 TKG bisher enthaltene Katalog von Vergabebedingungen sollte in Einklang mit den relevanten Vorgaben des EECC weiter konkretisiert werden und die Verpflichtungen zur Ermöglichung von Kooperationen auf Infrastrukturebene gemäß den Vorgaben aus Art. 47 Abs. 2 und Art. 52 EECC wie folgt abbilden:

- Die BNetzA legt vor Durchführung des Vergabeverfahrens fest:
- Bedingungen zur gemeinsamen Nutzung aktiver Netzinfrastruktur, soweit dies auch im Interesse der Zugangspetenten zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs und zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen erforderlich ist. Die BNetzA berücksichtigt dabei die Frequenzausstattung der im Markt bereits aktiven Betreiber und die für Neueinsteiger im Zeitpunkt der Vergabe verfügbaren Frequenzen.

d) Befugnisse der BNetzA

aa) Umsetzung des Art. 61 Abs. 4 EECC

Die Regelung des Art. 61 Abs. 4 EECC wäre, der Systematik des EECC entsprechend, im künftigen TKG im Rahmen der Befugnisse der BNetzA umzusetzen, die in der derzeit geltenden Fassung in §§ 126 ff. TKG geregelt sind. Hier kommt die Einfügung einer neuen Vorschrift in Betracht, die u. a. die in Art. 61 Abs. 4 EECC vorgesehene Befugnis zur Auferlegung von Infrastruktursharing und Roaming im Falle gescheiterter Verhandlungen zwischen

Unternehmen unter den dort genannten Anforderungen vorsieht.

bb) Hinweis auf Art. 61 Abs. 4 EECC in den Vergabebedingungen der BNetzA

Der Hinweis der BNetzA auf Art. 61 Abs. 4 EECC in der Vergabeentscheidung aus 2018 hat zu Diskussionen zur Rechtsgrundlage eines solchen Verweises vor Umsetzung des EECC und vor dem in Art. 124 Abs. 1 UAbs. 2 EECC genannten Anwendungsdatum des EECC ab dem 21. 12. 2020 geführt.⁴⁷ Richtigerweise wird man von der Zulässigkeit und Wirksamkeit dieses Hinweises ausgehen können; die Rechtsgrundlage hierfür dürfte in der Systematik des derzeit geltenden TKG in § 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG gegeben sein.⁴⁸

e) *Übergangsvorschrift zur Umsetzung von Art. 61 Abs. 4 EECC*

Die materiellen Hürden des Art. 61 Abs. 4 EECC für die nachträgliche Auferlegung von Mitnutzungsverpflichtungen im Falle eines Scheiterns von Verhandlungen zwischen Frequenzzuteilungsinhabern über ein Infrastruktursharing sind hoch. Insbesondere der Nachweis „unüberwindbarer wirtschaftlicher oder physischer Hindernisse“ für einen marktgesteuerten Infrastrukturausbau, dürfte nur schwer zu führen sein. Hierfür wäre im Einzelfall eine ökonomisch-wettbewerbliche Begutachtung der Auswirkungen eines aktiven Infrastruktursharing im heutigen Markt- und Wettbewerbsumfeld vorzunehmen. Jedenfalls dann, wenn eine solche Begutachtung ergibt, dass Neueinsteiger mit begrenzter Frequenzausstattung für einen erfolgreichen und nachhaltigen Marktzutritt auf aktives Infrastruktursharing, z. B. in Form eines RAN Sharing, angewiesen sind, spricht viel dafür, von einem „unüberwindbaren wirtschaftlichen Hindernis“ im Sinne des Art. 61 Abs. 4 EECC auszugehen.

Vor dem Hintergrund des im EECC ausdrücklich hervorgerufenen Ziels der Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und der Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen drängt sich zudem die Überlegung auf, zur Erreichung dieses Ziels im künftigen TKG eine Übergangsregelung einzuführen, die eine Anwendung des Art. 61 Abs. 4 EECC in einem begrenzten Zeitraum für einen Ausgleich der bestehenden ungleichen Verteilung von Frequenzressourcen im Markt erlaubt. In der gegebenen Markt- und Wettbewerbssituation im Mobilfunk stehen sich mit Flächen- und Kapazitätsfrequenzen hervorragend ausgestattete etablierte Netzbetreiber und ein mit begrenzten Kapazitätsfrequenzen ausgestatteter Neueinsteiger gegenüber. Der hierdurch bedingte Wettbewerbsnachteil des Neueinsteigers ist evident. Dieser Status quo wird sich frühestens nach Ende der Laufzeit insbesondere der derzeit unter den etablierten Betreibern verteilten Flächenfrequenzen unterhalb 1 GHz ändern. Eine Übergangsvorschrift, die das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Auferlegung u. a.

45 BVerwG, 22. 6. 2011 – 6 C 40.10, Rn. 16.

46 Kritisch hierzu *Attendorn*, NVwZ 2012, 135 ff.

47 Vgl. die konträren Auffassungen von *Kühling* und *Fetzer* dazu im Rahmen der 33. Sitzung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur am 13. 2. 2019, Protokoll-Nr. 19/33, Zusammenfassung der Stellungnahmen, S. 8 ff. und S. 23 ff.

48 Dazu im Einzelnen: Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa, Ausarbeitung PE 6 – 3000 – 038/19: Art. 61 Abs. 4 der RL (EU) 2018/1972 (EECC-Richtlinie) – Zeitliche Aspekte der nationalen Umsetzung und Anwendung. Die Ausarbeitung kommt zu dem Ergebnis, dass in § 61 Abs. 3 Nr. 4 TKG eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Hinweis besteht.

von RAN Sharing für einen begrenzten Zeitraum gesetzlich vorsieht, wäre angesichts dieser Marktsituation eine naheliegende Option.

V. Fazit

Die Erfahrungen der vergangenen Jahre mit mehreren Frequenzvergaben zeigen, dass der bisherige Rechtsrahmen nicht ausreicht, um eine effiziente Nutzung des knappen öffentlichen Guts in dem Sinne zu gewährleisten, dass erstens eine flächendeckende Breitbandversorgung der Bevölkerung gesichert ist, und zweitens der Wettbewerb im Mobilfunkmarkt nachhaltig gefördert wird, indem auch Neueinsteiger eine Chance erhalten, im Wettbewerb mit

den etablierten Netzbetreibern zu bestehen. Die gesetzliche Verankerung eines Rechtsrahmens, der eine gemeinsame Infrastrukturnutzung nicht nur ermöglicht, sondern unter bestimmten Voraussetzungen zur Verpflichtung erhebt, wäre ein notwendiger und richtiger Schritt. Korrespondierend bedarf es der gesetzlichen Einräumung subjektiver Rechte jedenfalls auf eine behördliche Entscheidung über geltend gemachte Mitnutzungsrechte, um auf diese Weise einen wirksamen Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen zu gewährleisten. Die Chancen, die eine Novellierung des TKG im Rahmen der Umsetzung des EECC bietet, sollten zugunsten eines gesetzlichen Rahmens für ein level playing field genutzt werden.

Länderreport Schweiz

RAin Dr. Ursula Widmer, Bern*

I. Revision Datenschutzgesetz Schweiz – hohes Tempo im Ständerat

Nachdem es nach der Überweisung des Entwurfs für die Totalrevision des Datenschutzgesetzes durch den Bundesrat an das Parlament im September 2017 beinahe zwei Jahre gedauert hat,¹ bis der Nationalrat als erstbehandelnder Rat seine Beratungen im September 2019 abgeschlossen hatte, hat die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) das Tempo drastisch verschärft. Sie hat die Vorberatung des Gesetzes in nur 2 Monaten im November 2019 abgeschlossen und die Behandlung durch das Plenum des Ständerats erfolgt im Dezember 2019.

Grund für diese erfreuliche Tempobeschleunigung ist offenbar die Befürchtung, dass die Schweiz, wenn sie ihr Datenschutzrecht nicht rasch auf den aktuellen Stand bringt, die Anerkennung der Gleichwertigkeit ihres Datenschutzniveaus durch die EU verlieren könnte. Dies hätte für die Schweizer Wirtschaft gravierende negative Folgen, da sie auf einen einfachen Datenaustausch mit dem EU-Raum angewiesen ist.

Inhaltlich bestehen allerdings zwischen den beiden Räten in mehreren Punkten noch Differenzen. Der Nationalrat ist verschiedentlich vom Entwurf des Bundesrats abgewichen und hat Lösungen beschlossen, welche den Datenschutz abschwächen und mit der DSGVO im Widerspruch stehen. Die SPK-S hat in ihren Anträgen zuhauften des Gesamt-Ständerats das Rad im Wesentlichen wieder zurückgedreht. Auch wenn der Ständerat seiner Kommission folgen sollte, bleibt aber nach wie vor offen, wie die Differenzen zum Nationalrat letztlich bereinigt werden.

1. Unstreitige Punkte

In den folgenden Punkten wurde der Bundesratsentwurf durch den Nationalrat maßgeblich modifiziert und die SPK-S ist ihm dabei gefolgt:

a) Räumlicher Geltungsbereich/Bezeichnung eines Vertreters in der Schweiz

Das schweizerische Datenschutzrecht soll immer dann Geltung haben, wenn sich eine Datenbearbeitung in der

Schweiz auswirkt, auch wenn diese im Ausland erfolgt. Im Zusammenhang damit steht auch die neu vorgesehene Pflicht für ausländische Unternehmen, einen Vertreter in der Schweiz zu bezeichnen, falls sie Daten von Personen in der Schweiz bearbeiten und die Bearbeitung im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen an die betroffenen Personen oder der Beobachtung von deren Verhalten steht und wenn es sich dabei um eine umfangreiche und regelmäßige Bearbeitungen handelt, die mit einem hohen Risiko für die Persönlichkeit der betroffenen Personen verbunden ist.

b) Form der Einwilligung zur Datenbearbeitung

Nach dem Entwurf des Bundesrats hätte die Einwilligung zur Datenbearbeitung (dort wo diese notwendig ist) „freiwillig und eindeutig“ erteilt werden müssen. Der Nationalrat hat die Anforderung „eindeutig“ gestrichen, worin ihm die SPK-S gefolgt ist. Das Merkmal der Eindeutigkeit hätte bedeutet, dass die Einwilligung, sofern sie nicht ausdrücklich ist, zumindest auf einem aktiven schlüssigen Verhalten hätte beruhen müssen, z. B. dem Anklicken eines Zustimmungskästchens auf einer Website. Nicht genügt hätte dagegen, wenn ein vorausgefülltes Kästchen vom Website-Benutzer einfach unverändert belassen worden wäre, da hier kein aktives Verhalten des Benutzers vorliegt. Mit dieser Streichung wurde eine Differenz zur DSGVO geschaffen.

c) Ausnahmen von der Pflicht zur Führung von Verarbeitungsverzeichnissen

Gemäß Bundesratsentwurf wäre der Bundesrat befugt gewesen, für Unternehmen mit weniger als 50 Mitarbeitenden Ausnahmen von der Pflicht zur Führung eines Verarbeitungsverzeichnisses vorzusehen. Der Nationalrat hat diese Ausnahme auf Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitenden erweitert. Die SPK-S ist dem Nationalrat in diesem Punkt gefolgt. Die Grenze von 250 Mitarbeitenden ist im Übrigen auch gemäß DSGVO maßgeblich.

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. VIII.

¹ Zur parlamentarischen Behandlung des Gesetzesentwurfs vgl. *Widmer, K&R* 2018, 560 f.