



Gemeinsame Infrastrukturnutzung beim Aufbau eines UMTS-Netzwerks und das Gebot „wettbewerblicher Unabhängigkeit“

Von Professor Dr. Christian Koenig, LL.M., und Wiss. Mitarbeiter Andreas Neumann, Bonn*

Die sechs Unternehmen, denen im August 2000 Lizenzen zum Betreiben von Übertragungswegen für Mobilkommunikationsdienstleistungen der dritten Generation (Universal Mobile Telecommunications System, UMTS) erteilt wurden, haben nicht nur die regulatorische Bürde von Lizenzkosten in Höhe von jeweils ca. 16 Mrd. DM zu tragen. Sie sehen sich auch mit der Aufgabe konfrontiert, innerhalb kurzer Zeit ein UMTS-Netzwerk zu errichten. Die hierfür aufzuwendenden Kosten werden auf weitere 5 bis 10 Mrd. DM je Lizenznehmer taxiert. Der folgende Beitrag geht der Frage nach, welche telekommunikationsrechtlichen Grenzen den UMTS-Lizenznehmern bei dem Bemühen gesetzt sind, die Kosten zumindest in der Anfangsphase des Netzaufbaus durch die gemeinsame Nutzung von Teilen der Netzinfrastruktur zu senken.

I. Gemeinsame Infrastrukturnutzung beim Aufbau eines UMTS-Netzes

Der Begriff der „gemeinsamen Infrastrukturnutzung“ (Infrastructure Sharing) wird uneinheitlich verwendet¹. Er bezeichnet grundsätzlich die Nutzung eines Bestandes der Infrastruktur eines Telekommunikationsnetzes durch mehr als nur ein Unternehmen und kann sich vorliegend auf alle Ebenen eines UMTS-Netzes beziehen. Ein solches Netzwerk besteht im Wesentlichen aus zwei Komponenten: dem Kernnetz (Core Network), in welchem sich die eigentlichen Systemelemente des Netzes befinden², und dem Funknetz (UMTS Terrestrial Radio Access Network, UTRAN), das sich vor allem aus eigenen Steuerungseinrichtungen, den so genannten Radio Network Controllern (RNC), und den Funk-Basisstationen, den so genannten Knoten B (Node B) zusammensetzt. Grundsätzlich kommt eine gemeinsame Infrastrukturnutzung sowohl im Bereich des Kernnetzes als auch hinsichtlich der einzelnen Elemente des Funknetzes in Betracht. Die bisher bekannten Kooperationsmodelle konzentrieren sich jedoch auf das Funknetz, dessen Auf-

bau auf Grund der engmaschigen Struktur eines UMTS-Netzwerks besonders kostenintensiv ist. Als weithin unproblematisch wird die gemeinsame Nutzung passiver Elemente der Netzinfrastruktur erachtet, also solcher Elemente, die nicht zur Bereitstellung der eigentlichen Übertragungsleistung dienen, sondern diese nur unterstützen. Dies betrifft vor allem Antennenstandorte, Betriebsgebäude, die Stromversorgung und die Antennenmasten. Die gemeinsame Nutzung dieser Elemente ist im GSM-Bereich gängige Praxis.

Rechtlich ungeklärt und in der öffentlichen Diskussion umstritten sind jedoch die Möglichkeiten der gemeinsamen Infrastrukturnutzung mit Blick auf die aktiven Elemente eines UMTS-Netzwerks (Knoten B, RNC etc.).

II. Das Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ im Verfahren der Vergabe der UMTS-Lizenzen

Bei der telekommunikationsrechtlichen Beurteilung der gemeinsamen Infrastrukturnutzung sind zwei zentrale Problemkreise streng voneinander zu unterscheiden, welche die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) bereits in ihrer Verfügung 13/2000³

* Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn. Andreas Neumann ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter. Der Aufsatz basiert auf einem von Prof. Dr. Koenig im Auftrag der VIAG Interkom GmbH & Co. erstellten Gutachten. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

¹ Das UMTS Forum unterscheidet beispielsweise zwischen „sharing of facilities (like sites and/or masts) and sharing of network infrastructure (radio, transmission)“, UMTS Forum, Report No. 4, 4. 3. 4.

² Home Location Register (HLR), Visitor Location Register (VLR), Serving GPRS Support Nodes (SGSN), Gateway GPRS Support Nodes (GGSN) und die Netzvermittlungsstellen, die sog. Mobile Switching Centres (MSC). Vgl. zum Ganzen auch Gneiting, Funkschau 19/1998, 78, 79.

³ Verfügung 13/2000 der Präsidentenkammer der RegTP vom 18. 2. 2000 BK-1b-98/005-1, ABIRegTP 2000, 516 (im Folgenden: „Vfg. 13/2000“).

identifiziert hat: Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit gemeinsam genutzte Infrastruktureinrichtungen zur Erfüllung der lizenzrechtlichen Versorgungspflicht beitragen können. Diese Frage ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes. Sie hat auch keine Auswirkungen auf die Beurteilung der *Rechtmäßigkeit* gemeinsamer Infrastrukturnutzung: Soweit mittels gemeinsam genutzter Infrastruktureinrichtungen der Pflicht zur Versorgung eines bestimmten Anteils der Bevölkerung mit UMTS-Mobilfunkdienstleistungen nicht nachgekommen werden kann, mindert das den ökonomischen Anreiz der Lizenznehmer, auf gemeinsam genutzte Infrastruktur zurückzugreifen. Rechtlich bleibt es ihnen unbenommen, solange sie der Versorgungspflicht auf anderem Wege nachkommen⁴.

Etwas anderes gilt, wenn sich aus den UMTS-Lizenzen oder dem Telekommunikationsrecht ein Verbot solcher auf eine gemeinsame Infrastrukturnutzung gerichteter Kooperationen ergeben sollte. Die RegTP hat in VfG. 13/2000, der Entscheidung über die „Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Lizenzen (Vergabebedingungen)“, einen lizenzrechtlichen Grundsatz formuliert, der ein solches Verbot begründen könnte: das Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“.

1. Das Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ als originäre Verpflichtung aus der UMTS-Lizenz

Dieses Gebot ist ausdrücklich in die UMTS-Lizenz aufgenommen worden. In Teil C Punkt 2 der UMTS-Lizenz heißt es dazu:

„Die der Lizenzerteilung zugrundeliegenden Vergaberegeln sind Bestandteil dieser Lizenz. Insbesondere ist die wettbewerbliche Unabhängigkeit der Lizenznehmer auch nach Lizenzerteilung für die Dauer der Lizenzlaufzeit zu gewährleisten.“

Mit dieser Lizenzbestimmung werden zunächst die in VfG. 13/2000 aufgestellten Vergaberegeln zum Bestandteil der Lizenz erklärt. Deren Gegenstand sind indes die Ausgestaltung des Verfahrens der Lizenzvergabe durch die RegTP und die im Vergabeverfahren zu berücksichtigenden Regeln. Dies wird auch angesichts der zitierten Lizenzbestimmung deutlich. Die in ihr enthaltene Gewährleistungspflicht richtet sich an die RegTP, nicht jedoch an die einzelnen Lizenznehmer, die gar nicht in der Lage wären, die „wettbewerbliche Unabhängigkeit“ der – also aller – Lizenznehmer sicherzustellen.

Freilich verbindet sich mit dem Satz auch der Verweis auf eine außerhalb der UMTS-Lizenz begründete Interventionspflicht und -möglichkeit. Eine sich originär aus der UMTS-Lizenz ergebende Verpflichtung der Lizenznehmer besteht insoweit jedoch nicht. Dieses Verständnis wird schließlich von der Teil C der UMTS-Lizenz vorangestellten Erläuterung bestätigt, wonach die Bestimmungen dieses Teils lediglich auf „bestehende gesetzliche Be-

schränkungen oder besondere rechtliche Verpflichtungen (...) zur Klarstellung besonders“ *hinweisen*⁵.

2. Die Forderung „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ als Kriterium der Lizenzvergabe

Damit sind die in VfG. 13/2000 normierten Vergaberegeln als Quelle des Gebots der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ ins Auge zu fassen. Sie enthalten den dem Telekommunikationsrecht ansonsten fremden Begriff gleich an mehreren Stellen. Er findet sich allerdings ausschließlich in der Begründung der Allgemeinverfügung⁶, nicht jedoch in den allein mit Bindungswirkung nach § 35 Abs. 1, 2 VwVfG ausgestatteten Festlegungen der Verfügung⁷ selbst.

a) Die „wettbewerbliche Unabhängigkeit“ im Vergabeverfahren

Dass es sich bei der Forderung nach „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ zunächst nicht um ein Gebot handelt, welches den Lizenznehmern qua Verwaltungsakt auferlegt werden soll, wird bereits in der ersten Erwähnung des Begriffs im Rahmen der Begründung der Verfügung offenbar. Die „unter Punkt 1.1 bis 1.3⁸ festgelegten Anforderungen der Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit, Fachkunde und wettbewerblichen Unabhängigkeit“ seien als „Zulassungskriterien vorgegeben durch das TKG“⁹. Damit wird bereits zweierlei deutlich: Das Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ ergibt sich auch dem Verständnis der RegTP zufolge nicht aus einem von ihr gesetzten Rechtsakt, sondern *aus dem TKG selbst*. Die Verfügungsbegründung nennt hier – ohne zwischen den vier Zulassungskriterien zu unterscheiden – §§ 8 Abs. 1 S. 3¹⁰ Nrn. 1 bis 3, 11 Abs. 3 TKG¹¹. Außerdem bezieht sich die Anforderung der wettbewerblichen Unabhängigkeit auf den *Zeitpunkt des Vergabeverfahrens*. Dieses vorläufige Ergebnis wird durch die weitere Analyse der Verfügungsbegründung gestützt:

Die Begründung zu Punkt 1.2 der VfG. 13/2000 ist mit „Wettbewerbliche Unabhängigkeit der Antragsteller“ überschrieben¹². Erneut wird das Kriterium der wettbewerblichen Unabhängigkeit“ also im Zeitpunkt der Antragstellung relevant. Sobald die Anzahl der Lizenzen nach § 10 TKG auf Grund nicht ausreichend verfügbarer Funkfrequenzen beschränkt werde, folge „die *Lizenzierung*“¹³ der Konzeption voneinander wettbewerblich unabhängiger Netzbetreiber“¹⁴. Dies fordere das Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2

4 Missverständlich insoweit RegTP (Fn. 3), S. 535.

5 Auch die Begründung der VfG. 13/2000 erklärt ausdrücklich, es handele sich um einen lediglich „deklaratorischen Teil“, RegTP (Fn. 3), S. 524.

6 Die Frage, inwieweit für VfG. 13/2000 zulässigerweise auf die Handlungsform der Allgemeinverfügung zurückgegriffen wurde, soll hier dahinstehen. Vgl. zu diesem Komplex: *Ehlers*, K & R 2001, 1, 2 ff.; *Sachs*, K & R 2001, 13, 14 ff.

7 Vgl. dazu *P. Stelkens / U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 35 Rdnr. 79.

8 Der Festlegungen der VfG. 13/2000.

9 RegTP (Fn. 3), S. 518.

10 Gemeint ist wohl Abs. 3 S. 2.

11 RegTP (Fn. 3), S. 518.

12 RegTP (Fn. 3), S. 518.

13 Hervorhebung durch die *Verfasser*.

14 RegTP (Fn. 3), S. 518.

TKG)¹⁵. Auch an dieser Stelle verweist die RegTP somit auf das TKG. Das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG erfährt in § 11 Abs. 3 TKG eine lizenzrechtliche Konkretisierung¹⁶. Diese Vorschrift erlaubt den Abschluss einzelner Unternehmen vom Vergabeverfahren zum Schutz chancengleichen Wettbewerbs. Vor allem aber beziehen sich die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen der Regulierungsbehörde auf Punkt 1.2 der Vfg. 13/2000. Dieser Bestimmung zufolge darf jedes Unternehmen – auch im Rahmen von Konsortien – nur ein Mal zum Verfahren der Vergabe der UMTS-Lizenzen zugelassen werden¹⁷.

Der Forderung nach „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ liegt in dem hier untersuchten Kontext der Verfügungsbegründung mithin die Vorstellung zu Grunde, dass ein Unternehmen nur ein Mal zum Vergabeverfahren zugelassen werden darf, da anderenfalls eine Gefährdung des chancengleichen Wettbewerbs zu befürchten ist. Diese Aussage beschränkt sich aber ausdrücklich auf die Festlegung der Voraussetzung „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ der Antragsteller bei der Zulassung zum Vergabeverfahren.

Dies wird besonders deutlich bei den entsprechenden Formulierungen in der Entscheidung über die Bedingungen zur Vergabe weiterer Frequenzen im Bereich 1800 MHz¹⁸, auf welche die RegTP in der Begründung der Vfg. 13/2000 ausdrücklich Bezug nimmt¹⁹. Hier ging es um die Frage, ob die bereits lizenzierten GSM-Betreiber nach wie vor die Voraussetzungen erfüllen, die bei der Zulassung zum Lizenzvergabeverfahren geprüft worden waren²⁰. Durch die Forderung nach „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ sollte also eine Beeinflussung der Preisbildung im Rahmen der Versteigerung durch strategische Überlegungen der Bieter verhindert werden²¹. Aus diesem auf die ökonomische Funktion der Versteigerung zurückzuführenden Zusammenhang²² bezieht das Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“, wie es in der Begründung zu Punkt 1.2 der Vfg. 13/2000 Niederschlag gefunden hat, seinen Geltungsgrund. Gleiches gilt für die Begründung zu Punkt 1.3 der Vfg. 13/2000²³, in der die RegTP in einem knappen Satz ohne weitere Begründung oder Ausdifferenzierung²⁴ die „wettbewerbliche Unabhängigkeit“ der zum Versteigerungsverfahren zugelassenen Bieter als sicherzustellende Voraussetzung „im Rahmen des Zulassungsverfahrens“ betont.

b) Formulierung einer allgemeinen Konzeption der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit der Lizenznehmer“ enthält die Verfügungsbegründung jedoch des Weiteren im Rahmen der Ausführungen zu Teil C Punkt 2 der UMTS-Lizenz. An dieser Stelle erfährt die Konzeption der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ eine Ausprägung, die über den nach den bisherigen Feststellungen auf das Vergabeverfahren beschränkten Anwendungsbereich zum Teil hinausreicht. Zunächst bestätigen die Ausführungen der RegTP zwar eine bereits durch Auslegung der Lizenz gewonnene Erkenntnis: Bei Teil C Punkt 2 der UMTS-Lizenz handelt es sich nur um einen „Hin-

weis“²⁵, nicht um eine an die Lizenznehmer gerichtete Verpflichtung. Dass das Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ aber ein regulatorisches Leitbild der Regulierungsbehörde darstellt, dem sie sich über das bisher festgestellte Maß hinaus auch nach Lizenzerteilung – „während der gesamten Laufzeit der Lizenz“²⁶ – verpflichtet wähnt, wird jedoch durch die weiteren Ausführungen zu Teil C Punkt 2 der UMTS-Lizenz offenbar.

Dabei verweist die RegTP erneut auf den in den Fällen des § 10 TKG nur beschränkt möglichen Marktzugang als Grund für die Forderung nach „wettbewerblicher Unabhängigkeit“²⁷. Dieses Gebot sei auch bei der Anwendung geltenden Gesetzesrechts²⁸ zu beachten. Als Ansatzpunkt, diesem Gebot regulatorische Geltung zu verschaffen, wird ausdrücklich das gesetzlich normierte Genehmigungserfordernis des § 9 Abs. 1 TKG genannt²⁹. Dieses ist auf den Fall der Übertragung einer Lizenz beschränkt. Darüber hinaus bedrohe jedoch auch ein Wechsel der Eigentumsverhältnisse die Sicherstellung der – nunmehr auf einen „Grundsatz“ reduzierten – „wettbewerblichen Unabhängigkeit“. Aus diesem Grund sei im Rahmen der Anzeige der Änderungen der Eigentumsverhältnisse nach § 9 Abs. 2 TKG über § 8 TKG eine Über-

15 RegTP (Fn. 3), S. 518 f.

16 RegTP (Fn. 3), S. 518. Zum Zusammenhang zwischen dem Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG und § 11 Abs. 3 TKG vgl. auch BT-Drucks. 13/3609, 39; RegTP, Verfügung 51/1999, Entscheidung der Präsidentenkammer vom 10. 5. 1999 über das Verfahren zur Vergabe von Lizenzen für Universal Mobile Telecommunications System (UMTS): Mobilkommunikation der dritten Generation – BK-1b-98/005, ABIRegTP 1999, 1519, 1527; Grzeszick, ZUM 1997, 911, 922.

17 Weiterhin sieht Punkt 1.2 der Vfg. 13/2000 vor, dass Unternehmen, die sich zum Zwecke der Antragstellung zusammenschließen, durch eine Bescheinigung des Bundeskartellamtes nachzuweisen haben, dass gegen diese Organisationsform keine Bedenken auf Grund des GWB bestehen. Diese Möglichkeit einer Unbedenklichkeitsbescheinigung durch das Bundeskartellamt erfasst nur einen Unternehmenszusammenschluss zum Zwecke der Antragstellung und stellt keine Ausnahme vom Verbot der Doppelzulassung dar.

18 Entscheidung 70/1999 der Präsidentenkammer der RegTP vom 21. 6. 1999 – BK-1b-98/006-1, ABIRegTP 1999, 1751.

19 RegTP (Fn. 3), S. 519.

20 Wörtlich formuliert die RegTP (Fn. 18), S. 1752: „Über den Fortbestand von Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit hinaus ist im Rahmen des Zulassungsverfahrens sicherzustellen, daß die zum Versteigerungsverfahren zugelassenen Bieter weiterhin wettbewerblich unabhängig voneinander sind.“

21 Diese Überlegung liegt ersichtlich auch der Entscheidung der RegTP zu Grunde, wenn die Behörde solche Unternehmensverbindungen erfasst sehen möchte, „die auf die wettbewerbliche Unabhängigkeit der Antragsteller im Vergabeverfahren Einfluss haben und insbesondere den geheimen Bieterwettbewerb beeinträchtigen“ können, RegTP (Fn. 3), S. 519. So auch bereits RegTP (Fn. 18), S. 1753.

22 Vgl. ausführlich zum Erfordernis der Vermeidung den Bieterwettbewerb beeinträchtigender Absprachen: Bach/Erber, Wochenbericht des DIW 30/2000, 490, 491; Koenig, K & R 2001, 41, 45; Koenig/Schäfer, K & R 1998, 243, 248; Nett/Stumpf, Funkschau 8/1999, 61, 62.

23 RegTP (Fn. 3), S. 519 f.

24 Die einzigen Ausführungen, die über die in § 8 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1–3 TKG gesetzlich normierten Zulassungsvoraussetzungen hinausgehen, betreffen die Frage der Beteiligungsstruktur des Antragstellers und seiner wettbewerblichen Betätigung auf räumlich und sachlich relevanten Märkten des Mobilfunks. Insoweit hat der Antragsteller Angaben im Antrag zur Zulassung zum Vergabeverfahren zu machen.

25 RegTP (Fn. 3), S. 527.

26 RegTP (Fn. 3), S. 527.

27 RegTP (Fn. 3), S. 527.

28 Darin liegt zugleich eine Einschränkung insoweit, als erneut deutlich wird, dass es sich bei dem von der RegTP angenommenen Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ nicht um ein von ihr (etwa durch Vfg. 13/2000) geschaffenes Rechtsinstitut handelt, sondern lediglich um ein bei der Anwendung des TKG zu beachtendes regulatorisches Leitbild.

29 RegTP (Fn. 3), S. 527.

prüfung der Zulassungsvoraussetzungen durchzuführen, so dass *in diesem Fall* als weiterer Ansatzpunkt der regulatorischen Sicherstellung der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ die „Widerrufsvoraussetzungen für die Lizenzerteilung nach § 15 TKG zu prüfen“ seien³⁰.

Eines ist beiden Ansatzpunkten gemein: Eine Zusammenarbeit zweier UMTS-Lizenznehmer erreicht die notwendige Interventionsschwelle nicht. Erforderlich ist zumindest ein Wechsel der Eigentumsverhältnisse bei einem der beiden Lizenznehmer oder sogar die Übertragung der UMTS-Lizenz, damit die RegTP die damit verbundenen Auswirkungen auf die „wettbewerbliche Unabhängigkeit“ der Lizenznehmer überprüfen und gegebenenfalls regulatorisch einschreiten kann. Dass sich die Behörde die Möglichkeit eines Widerrufs der Lizenz wegen der Nichterfüllung gesetzlicher oder lizenzrechtlicher Vorgaben unterhalb dieser Interventionsschwelle unter dem Gesichtspunkt der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ vorbehält, ist den Ausführungen der RegTP zu Teil C Punkt 2 Satz 2 der UMTS-Lizenz nicht zu entnehmen.

Dass die Regulierungsbehörde dem Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ aber eine darüber noch hinausreichende Bedeutung zuzumessen scheint, deutet sich im Rahmen der Begründung von Teil C Punkt 2 Satz 3 der UMTS-Lizenz an³¹. Obwohl auch hier ausdrücklich der bloß hinweisende Charakter der Lizenzbestimmung betont wird und die RegTP auf die Vorschriften des TKG – in diesem Fall „§§ 10, 11 TKG, insbesondere § 11 Abs. 3 TKG“ – verweist, beschränken sich die Ausführungen zur Frage, ob ein Lizenznehmer³² zugleich Diensteanbieter eines anderen Lizenznehmers auf demselben räumlichen und sachlichen Markt sein kann, nicht auf die Anwendung konkreter Normen des Telekommunikationsrechts. Die RegTP verneint die Frage pauschal unter Verweis auf die Konzeption der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“. Damit gehen die telekommunikationsrechtlichen Anforderungen nach Auffassung der Behörde über die Möglichkeit einer auf einen konkreten Einzelfall bezogenen *ex post* erfolgenden Intervention auf Grundlage des allgemeinen Kartell- und Wettbewerbsrechts hinaus. Grund dafür seien auch die Besonderheiten der zurzeit dynamischen Telekommunikationsmärkte, welche eindeutiger und klarer *ex ante*-Regelungen bedürften, damit die Entstehung irreversibler, wettbewerbsbeeinträchtigender Marktstrukturen verhindert werden könne. Diese Ausführungen der Regulierungsbehörde könnten auch mit Blick auf die gemeinsame Infrastrukturnutzung relevant werden, wobei es freilich festzuhalten gilt, dass im Unterschied zu der von der RegTP angesprochenen Form der Zusammenarbeit die beteiligten Lizenznehmer bei der gemeinsamen Infrastrukturnutzung regelmäßig kein Interesse an der Auslastung des Netzes ihrer Kooperationspartner haben, sondern sie vielmehr den von ihnen genutzten Teil der Netzinfrastruktur auszulasten bestrebt sind.

Der Regelungsgehalt und die Grenzen des Gebots der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ ergeben sich jedoch aus der Verfügungsbegründung entgegen des anderslautenden Postulats der RegTP in weder eindeutiger noch

klarer Weise. Auch ist ungeklärt, mit welchen regulatorischen Mitteln die Behörde einer eventuellen Betätigung eines Lizenznehmers als Diensteanbieter eines anderen Lizenznehmers entgegen Teil C Punkt 2 Satz 3 der UMTS-Lizenz begegnen will. Es bedarf folglich einer Betrachtung der Vorschriften des TKG, denen sich Aussagen zur Frage der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ entnehmen lassen. Diese Notwendigkeit wird durch die in der Verfügungsbegründung enthaltenen Ausführungen zur lizenzrechtlichen Zulässigkeit von „Roaming“-Verbindungen noch akzentuiert³³. Darüber hinaus erkennt die RegTP in Vfg. 13/2000 die Relevanz des Gebots der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ für die Frage der gemeinsamen Infrastrukturnutzung ausdrücklich an³⁴. In einer wenig differenzierten Zusammenschau mit Fragen der Auswirkungen der gemeinsamen Infrastrukturnutzung auf die Netzbetreibereigenschaft der beteiligten Lizenznehmer erklärt die RegTP in einer Art *obiter dictum*, dass aus ihrer Sicht „grundsätzlich lediglich Standorte mit Betriebsgebäuden, Stromversorgung, Antennenmasten sowie Antennen (mit Kabel und Combiner)“ gemeinsam genutzt werden dürften³⁵.

III. Telekommunikationsrechtliche Konkretisierung und Begrenzung des Gebots der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“

Wie die Analyse der Vfg. 13/2000 ergeben hat, gewinnt die RegTP das Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ rechtsdogmatisch aus einer Zusammenschau aus dem Regulierungsziel der Sicherstellung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) mit dem aus §§ 10, 11 TKG, insbesondere aus § 11 Abs. 3 TKG, hergeleiteten Gebot der Wettbewerbsoptimierung im Falle der erfolgten Beschränkung der Anzahl der Lizenzen. Diese gesetzlichen Vorgaben determinieren somit die telekommunikationsrechtliche Konkretisierung des Gebots der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“. Heranzuziehen sind weiterhin positivrechtliche Wertungen des TKG, welche dem Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ zusätzliche Grenzen ziehen können.

30 RegTP (Fn. 3), S. 527.

31 RegTP (Fn. 3), S. 527.

32 Sowie ein mit dem Lizenznehmer i. S. d. § 15 AktG verbundenes in- und ausländisches Unternehmen.

33 RegTP (Fn. 3), S. 532. Danach sollen u. a. wettbewerbsbeeinträchtigende Absprachen unter dem Gesichtspunkt der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ lizenzrechtlich stets unzulässig sein. Dies widerspricht kartellrechtlichen Grundsätzen, wonach wettbewerbsbeeinträchtigende Absprachen in zahlreichen Konstellationen vom Kartellverbot freigestellt werden können und damit kartellrechtlich zulässig sind. Unklar ist auch, warum die RegTP in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit einer Prüfung durch das Bundeskartellamt verweist, obwohl bei der Annahme eines Verstoßes gegen Bestimmungen der Lizenz oder des TKG ein Widerruf der Lizenz nach § 15 Nr. 1 TKG durch die Regulierungsbehörde selbst in Betracht käme.

34 RegTP (Fn. 3), S. 535.

35 RegTP (Fn. 3), S. 535.

1. Ausschluss von Unternehmen (§ 11 Abs. 3 TKG)

Die Vorschrift des § 11 Abs. 3 TKG bezieht sich ausdrücklich auf das Verfahren der Lizenzvergabe. Der RegTP wird die Möglichkeit eröffnet, einzelne Unternehmen von dem Vergabeverfahren auszuschließen. Dabei sind allerdings zwei zentrale Einschränkungen zu berücksichtigen. Zum einen müsste im Falle der Lizenzvergabe an das auszuschließende Unternehmen eine Gefährdung des chancengleichen Wettbewerbs zu vermuten sein. Das setzt zwar nicht die Gefahr der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung voraus³⁶, erfordert jedoch eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung der konkreten Marktsituation. Konsequenterweise hält die Regulierungsbehörde selbst § 11 Abs. 3 TKG nur für anwendbar, wenn die möglicherweise erfolgreiche Teilnahme der auszuschließenden Unternehmen am Vergabeverfahren „zu erkennbaren schwerwiegenden Störungen bei der Entwicklung eines funktionsfähigen Marktes führen würde“³⁷. Die Annahme, dass jede Einbuße „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ der später tatsächlich lizenzierten Unternehmen zu einer vergleichbar starken Bedrohung für den sich entwickelnden Wettbewerb führt, ist mit dieser gesetzlichen Vorgabe (*erkennbare schwer wiegende Störungen*) nicht in Einklang zu bringen.

Zum anderen hat die regulatorische Intervention im Vorfeld der Lizenzvergabe zu erfolgen. Die nach § 11 Abs. 3 TKG erforderliche Prüfung ähnelt daher der Sache nach einer fusionskontrollrechtlichen Prognoseentscheidung³⁸. Der Regulierer muss im Vorfeld die zu erwartenden wettbewerblichen Auswirkungen der Lizenzerteilung beurteilen. Entscheidet er sich gegen eine Intervention, steht ihm das in § 11 Abs. 3 TKG enthaltene regulatorische Instrument nicht mehr zur Verfügung. Das gilt in besonderem Maße für UMTS. Der Mobilfunk der dritten Generation stellt dem Verständnis der RegTP zufolge einen sachlich neuen Markt dar³⁹, so dass ein Eingriff auf Grundlage des § 11 Abs. 3 TKG der Sache nach dem betroffenen Unternehmen die Betätigung auf diesem Markt unmöglich machen würde. Ein solches Ergebnis wäre *ex post* jedoch rechtmethodisch nicht in Form einer Lizenzauflage, sondern durch die Aufhebung der Lizenz zu erreichen. Hierfür bedürfte es einer einen solchen Eingriff tragenden, den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genügenden Ermächtigungsgrundlage. Der den Zugang zum Vergabeverfahren regelnde § 11 Abs. 3 TKG kann zu diesem Zweck nicht herangezogen werden.

Unter Verweis auf eine Passage der Gesetzesbegründung⁴⁰ wird allerdings auch vertreten, dass die möglichen Handlungsformen für den in § 11 Abs. 3 TKG eröffneten Ermessensspielraum nicht abschließend geregelt seien und deshalb ein Rückgriff auf §§ 1 Abs. 1, 36 Abs. 2 VwVfG als allgemeine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Nebenbestimmungen zur Ausräumung des in § 11 Abs. 3 TKG enthaltenen Versagungsgrundes in Betracht komme⁴¹. Diese Literaturmeinung könnte im vorliegenden Kontext zu Missverständnissen führen. Die Möglichkeit, anstelle des Ausschlusses verhaltenskontrollierende Maßnahmen in Form von Lizenzauflagen zu

erlassen, ist als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit⁴². Die damit auf Rechtsfolgenseite eröffneten Handlungsoptionen korrespondieren jedoch nicht mit einer Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereiches der Vorschrift. Dies geht auch aus der Gesetzesbegründung klar hervor, wenn diese auf den *Marktzutritt* (also den Zeitpunkt der Lizenzvergabe) *überlegener* Wettbewerber abstellt und damit die beiden oben dargestellten Kriterien in Bezug nimmt. Ein generelles Gebot „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ lässt sich vor diesem Hintergrund aus § 11 Abs. 3 TKG nicht herleiten und auf Grundlage dieser Norm auch nicht lizenzrechtlich verankern.

2. Zusammenschlussverbot (§ 32 TKG)

Das TKG selbst trifft indes eine positivrechtliche Aussage zur Frage, in welchen Grenzen wettbewerbliche Abhängigkeiten vor dem Hintergrund eines nur beschränkt möglichen Marktzutritts telekommunikationsrechtlicher Intervention bedürfen. Das Zusammenschlussverbot des § 32 TKG dient angesichts der Gefahr einer Verengung der Marktstruktur ebenfalls dem Regulierungsziel der Sicherstellung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs⁴³. Seine Voraussetzungen sind allerdings sehr eng. Die Vorschrift eröffnet der Regulierungsbehörde die Möglichkeit, einem marktbeherrschenden Lizenznehmer im Wege der Lizenzauflage zu untersagen, sich in Fällen einer nach § 10 TKG durchgeführten Beschränkung der Anzahl der Lizenzen mit einem anderen auf dem sachlich und räumlich gleichen Markt tätigen Unternehmen zusammenzuschließen⁴⁴. Damit knüpft das Gesetz für den Bereich der Zusammenschlusskontrolle die Möglichkeit einer Lizenzauflage an die Beteiligung eines auf dem Markt der lizenzierten Telekommunikationsdienstleistung marktbeherrschenden Unternehmens. Eine gemeinsame Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen (Oligopol) i. S. d. § 19 Abs. 3 S. 2 Nrn. 1 und 2 GWB erfüllt angesichts der ausdrücklichen Bezugnahme auf *einen* marktbeherrschenden Lizenznehmer die Voraussetzungen des § 32 TKG nicht⁴⁵. Die Möglichkeit einer regulatorischen Intervention zum Schutz chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs ist auf Grundlage des § 32 TKG mithin in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Zunächst kann dem Lizenznehmer nur ein *Zusammenschluss*, nicht jedoch unterhalb dieser Schwelle bleibende Formen der Kooperation untersagt werden. Des Weiteren handelt es sich nur um eine von der RegTP im

36 So auch *Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 11 Rdnr. 14.

37 RegTP (Fn. 3), S. 1527.

38 Den prognostischen Charakter betont auch *Grzeszick*, ZUM 1997, 911, 918.

39 RegTP (Fn. 3), S. 516. Vgl. zur a. A. *Koenig*, K&R 2001, 41, 47 f.

40 BT-Drucks. 13/3609, 39.

41 *Grzeszick*, ZUM 1997, 911, 923.

42 Vgl. auch *Grzeszick*, ZUM 1997, 911, 919.

43 *Salger/Traugott*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 32 Rdnr. 3; *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 2 Rdnr. 21. Vgl. auch BT-Drucks. 13/3609, 45.

44 Insoweit sind die Zusammenschlussformen i. S. v. § 37 Abs. 1, 2 GWB zu berücksichtigen. *Salger/Traugott*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 32 Rdnr. 5.

45 *Salger/Traugott*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 32 Rdnr. 36.

Einzelfall wahrzunehmende *Möglichkeit*⁴⁶, nicht jedoch um ein generell geltendes Zusammenschlussverbot. Und schließlich ist die Regulierungsbehörde darauf beschränkt, dieses Verbot *gegenüber einem marktbeherrschenden Unternehmen* zur Geltung zu bringen.

Bei Annahme eines unmittelbar geltenden, an alle Lizenznehmer gerichteten Gebots der dauerhaften „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ wäre § 32 TKG überflüssig. Er soll gerade verhindern, dass durch die Umgestaltung der zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung herrschenden Marktverhältnisse diese regulatorische Entscheidung unterlaufen wird⁴⁷. Die Existenz von § 32 TKG spricht somit dafür, dass eine regulatorische Intervention unterhalb der dort genannten Grenzen (Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens, Marktverengung durch Unternehmenszusammenschluss) jedenfalls nur punktuell im Einzelfall möglich ist und dann gesonderter Begründung bedarf.

Diese Schlussfolgerung wird auch von der RegTP selbst gestützt, wenn sie – mit Blick auf einen Anspruch auf allgemeinen Netzzugang – ausdrücklich darauf hinweist, dass mittels der Beifügung von Lizenznebenbestimmungen nicht von gesetzlich vorgegebenen Leitbildern abgewichen werden kann, selbst wenn sich die Nebenbestimmung unter Verweis auf ein Regulierungsziel rechtfertigen ließe⁴⁸.

3. Wettbewerbssichernde Lizenzaufgaben (§ 8 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG)

Zur Sicherstellung der Regulierungsziele erlaubt das TKG (auch nachträglich) die Beifügung entsprechender Lizenzaufgaben. Diese dürfen indes ausschließlich der „Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2“⁴⁹ dienen. Wie bei der dem Marktzutritt vorgeschalteten Entscheidung über die Lizenzvergabe nach § 11 Abs. 2 S. 1 TKG⁵⁰ verlangt das Gesetz also eine Gesamtbetrachtung aller Regulierungsziele. Insoweit besteht angesichts der potenziellen Gegenläufigkeit der Regulierungsziele ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum der RegTP⁵¹, der aber freilich nicht unbegrenzt ist⁵². Insbesondere sind schematische Regulierungsvorgaben ohne Rückanbindung an die konkrete Marktsituation ausgeschlossen.

Dabei ist schon ein zwingender Kausalzusammenhang zwischen einer wirtschaftlichen oder rechtlichen Verbindung zwischen einem Teil der auf einem Markt tätigen Wettbewerber und einer von dieser Zusammenarbeit ausgehenden Gefährdung des funktionsfähigen Wettbewerbs auf diesem Markt empirisch nicht nachweisbar. So steht selbst die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens der Annahme funktionsfähigen Wettbewerbs nicht zwingend bzw. automatisch entgegen⁵³. Die sich unterhalb dieser Marktmachtschwelle bewegend Kooperation eines Teils der auf einem Markt tätigen Wettbewerber erscheint demgegenüber als die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs weniger beeinträchtigendes Minus. Konsequenterweise geht auch das Bundeskartellamt insoweit lediglich von einer widerlegbaren Vermutungsregel aus⁵⁴ – wohlgernekt bezogen auf die vorliegend auch mit Blick

auf die Zusammenarbeit der Wettbewerber nicht in Rede stehende Existenz eines marktbeherrschenden Wettbewerbers.

Es ist somit schon zweifelhaft, ob unter dem Gesichtspunkt der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die auf das Vergabeverfahren keine Auswirkungen entfaltende Zusammenarbeit von Lizenznehmern im Wege einer Lizenzaufgabe unter Verweis auf die Gewährleistung der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ überhaupt pauschal untersagt oder beschränkt werden kann.

Vor allem aber muss bei der Hinzufügung einer Lizenzaufgabe, welche die Möglichkeiten der gemeinsamen Infrastrukturnutzung einschränkt, berücksichtigt werden, dass von einer solchen Kooperation regelmäßig auch positive Effekte auf die Sicherstellung der Regulierungsziele ausgehen. So ermöglicht die gemeinsame Infrastrukturnutzung einen schnelleren Netzaufbau, so dass die Verfügbarkeit von UMTS-Dienstleistungen rascher und umfassender gewährleistet wird⁵⁵. Insoweit dient die gemeinsame Infrastrukturnutzung dem Interesse der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

UMTS-Netzbetreiber, die bereits im GSM-Bereich tätig sind, haben auf Grund der bereits bestehenden Mobilfunk-Netzinfrastruktur Zugriff auf bereits vorhandene Standorte für Funk-Basisstationen⁵⁶. Wenn Neueinsteiger die Möglichkeit erhalten, diese Infrastruktur mitzunutzen, wird der bestehende Wettbewerbsvorteil der GSM-Netzbetreiber zum Teil kompensiert und damit der chancengleiche Wettbewerb gefördert (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG)⁵⁷.

Die gemeinsame Nutzung der UMTS-Infrastruktur – insbesondere auf Ebene der Funk-Basisstationen – kann sogar der effizienten Funkfrequenznutzung zuträglich sein (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG)⁵⁸. Dieser Effekt kann zum einen durch die gemeinsame Nutzung der Frequenzen selbst erzielt werden. Er ist vor allem aber im Zusammenspiel mit dem schnelleren Netzaufbau zu sehen – dieser ermöglicht die Nutzung von UMTS-Frequenzen auch in solchen Ge-

46 Diese Möglichkeit kann freilich in einer bestimmten Marktsituation auf Grund einer „Ermessensreduzierung auf Null“ durchaus auch eine Pflicht der RegTP begründen.

47 *Etling/Ernst*, Praxiskommentar zum TKG, 2. Aufl. 1999, § 32 Rdnr. 6; *Manssen*, in: ders. (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblatt, Stand: 3. Ergänzungslieferung Sept. 2000, C § 32 Rdnr. 1.

48 RegTP (Fn. 16), S. 1529.

49 Hervorhebung durch die Verfasser.

50 Vgl. dazu *Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 11 Rdnr. 5; *Koenig*, K&R 2001, 41, 49.

51 *Manssen*, in: ders. (Fn. 47), C § 8 Rdnr. 22.

52 *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 36), § 8 Rdnr. 29.

53 *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 600.

54 Vgl. *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 600.

55 UMTS Forum, Report No. 4, 4. 3. 4.

56 *Gneiting*, Funkschau 11/2000, 8; *Koenig*, K&R 2001, 41, 49.

57 UMTS Forum, Report No. 4, 4. 3. 4. Vgl. dazu auch die Stellungnahme der Telekom Austria zu Punkt 3.25 und von European Telecom zu Punkt 3.21 der öffentlichen Konsultation zu wesentlichen Punkten von Konzessionsvergaben für Mobilfunksysteme der 3. Generation.

58 UMTS Forum, Report No. 4, 4. 3. 4.

bieten, in denen ohne die gemeinsame Infrastrukturnutzung zunächst kein UMTS-Netz errichtet würde.

Regulatorische Einschränkungen der gemeinsamen Infrastrukturnutzung auf Grundlage des Telekommunikationsgesetzes haben diese gegenläufigen Folgen zu berücksichtigen⁵⁹. Die Annahme eines generell geltenden Gebots „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ steht daher in letzter Konsequenz auch nicht im Einklang mit der Praxis der RegTP, auf pauschale Wertungen zu verzichten und stattdessen die einzelnen Regulierungsziele gegeneinander abzuwägen und miteinander in Einklang zu bringen⁶⁰.

4. Das Gebot „wettbewerblicher Unabhängigkeit“

Die Untersuchung der Vorschriften des TKG, welche sich der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ der auf einem Markt der Telekommunikation tätigen Unternehmen als regulatorischem Problem annehmen, hat ergeben, dass sich eine als Rechtssatz zu formulierende Konzeption der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ dem Gesetz nicht entnehmen lässt. Vielmehr hält das TKG nur punktuelle Eingriffsmöglichkeiten bereit, die zudem eine sorgfältige Analyse der konkreten Wettbewerbssituation erfordern. Die Heranziehung einer „Konzeption der wettbewerblichen Unabhängigkeit“ lässt auf Grund der gewählten Begrifflichkeit ein gefestigtes Rechtsinstitut vermuten. Sie kann jedoch die dogmatisch saubere Begründung der auf diese Konzeption gestützten juristischen Schlussfolgerungen nicht ersetzen. Sie ist überdies auch mit Blick auf die kompetitive Interdependenz der Wettbewerber terminologisch fragwürdig. Das von seinen Wettbewerbern unabhängige Verhalten eines Unternehmens am Markt gilt im Allgemeinen Kartellrecht als Kennzeichen einer marktbeherrschenden Stellung⁶¹. Dass sich hinter der „Konzeption der wettbewerblichen Unabhängigkeit“ in letzter Konsequenz der Gedanke einer Mehrzahl nebeneinander bestehender marktbeherrschender Stellungen verbirgt, ist aber nicht anzunehmen⁶².

In seiner Festlegung in Punkt 1.2 der Vfg. 70/1999 bezog sich der „Gesichtspunkt der wettbewerblichen Unabhängigkeit“ auf die Unabhängigkeit der zugelassenen Bieter im Versteigerungsverfahren. Dort ist ein Gebot „wettbewerblicher Unabhängigkeit“ freilich nicht nur legitim, sondern versteigerungstheoretisch sogar geboten.

Vor dem dargelegten rechtlichen Hintergrund ist die RegTP indes gut beraten, in zukünftigen Entscheidungen darauf zu verzichten, ein auch über das Vergabeverfahren hinausreichendes Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ zu formulieren. Die Berufung auf ein solches Prinzip findet keine Stütze im geltenden Telekommunikationsrecht. Sie kann die Beurteilung im Einzelfall nicht ersetzen.

Sofern der RegTP ein Entschließungs- oder Auswahlermessens zusteht, begründet der pauschale Verweis auf die Sicherstellung der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ mithin einen Ermessensfehler. Regulatorische Einschränkungen der gemeinsamen Infrastrukturnutzung sind auf

Grundlage des Telekommunikationsgesetzes nur durch die (auch nachträglich mögliche) Beifügung von Lizenznebenbestimmungen möglich. Dabei sind die gegenläufigen Auswirkungen der gemeinsamen Infrastrukturnutzung auf die einzelnen Regulierungsziele zu berücksichtigen. Der Begriff der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ ist demgegenüber nicht zielführend und verstellt den Blick auf die einschlägigen Maßstäbe des materiellen Rechts.

IV. Regulatorische Vorgaben des EG-Telekommunikationsrechts

Die gemeinsame Infrastrukturnutzung scheidet somit nicht an einem telekommunikationsrechtlichen Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“. Vielmehr ist die gemeinsame Infrastrukturnutzung – insbesondere in einer Phase des Netzaufbaus – aus regulatorischer Sicht in der Regel zu begrüßen. So geht Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/33/EG⁶³ implizit von der grundsätzlichen Zulässigkeit der gemeinsamen Infrastrukturnutzung aus und überlässt sie weithin kommerziellen und technischen Vereinbarungen der betroffenen Unternehmen. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie hebt ausdrücklich hervor, dass die „gemeinsame Nutzung von Einrichtungen (...) aus städtebaulichen, umweltpolitischen, wirtschaftlichen oder anderweitigen Gründen vorteilhaft sein“ kann. Sie „sollte von den nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage freiwilliger Vereinbarungen gefördert werden“. Diese telekommunikationsrechtlichen Wertungen sollen nach gegenwärtigem Stand der Beratungen auch im künftigen sektorspezifischen Rechtsrahmen der Gemeinschaft verankert werden. Sie sind Bestandteil des Vorschlags für eine Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste⁶⁴. Sowohl Satz 1 des 19. Erwägungsgrundes dieses Richtlinienvorschlags als auch sein Art. 11 Abs. 2 entsprechen

59 Zur Berücksichtigung des Zwecks der Ermächtigung vgl. § 40 VwVfG.

60 Die RegTP erkennt dabei auch ausdrücklich an, dass sich Synergieeffekte beim Netzaufbau „im Interesse der Nutzer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) auswirken können und damit nicht einseitig auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten als nur nachteilig zu werten sind“, RegTP (Fn. 16), S. 1527.

61 Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl. 1999, S. 186: „Diese Voraussetzung [das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs und damit eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 GWB, Anm. der Verfasser] ist erfüllt, wenn der Wettbewerb seine zentrale Steuerungsfunktion gegenüber dem betreffenden Unternehmen nicht mehr zu erfüllen vermag, d.h., wenn sich dieses Unternehmen weitgehend *unabhängig* von seinen Konkurrenten bewegen kann.“ (Hervorhebung im Original.)

62 Vgl. auch *Kilian*, NJW 1974, 289, 293, zu einer ähnlichen (und für irrig befundenen) Deutung eines Urteils des KG durch *Fink*.

63 Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 6. 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABIEG Nr. L 199 vom 26. 7. 1997, 32, i. d. F. der Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 9. 1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33 EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreiber vorauswahl, ABIEG Nr. L 268 vom 3. 10. 1998, 37 (im Folgenden: „Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG“).

64 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 12. 7. 2000, KOM(2000)393 endgültig. Wie erst nach Fertigstellung des Manuskripts bekannt wurde, hat sich im Verlaufe des europäischen Gesetzgebungsprozesses mittlerweile allerdings eine Mehrheit für die Streichung von Art. 11 Abs. 2 gefunden. Satz 1 des 19. Erwägungsgrundes soll jedoch nach derzeitigem Stand der Dinge unangetastet bleiben.

ihren Vorgängervorschriften in beinahe wörtlicher Übereinstimmung. Dass die hier relevanten Bestimmungen aus dem mit dem „Kommunikationsbericht 1999“ initiierten Reformprozess auch sprachlich beinahe unbeschadet übernommen wurden, unterstreicht die Bedeutung, die der europäische Gesetzgeber den in ihr enthaltenen Wertungen auch in einem Umfeld zumisst, dessen Überführung in den Wettbewerb im Vergleich zu 1997 erheblich fortgeschritten ist. Unter konkreter Bezugnahme auf die UMTS-Netze hat die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* jüngst in einer Mitteilung folgerichtig ihre grundsätzlich befürwortende Haltung gegenüber der gemeinsamen Nutzung der Netzinfrastruktur ausdrücklich bestätigt⁶⁵.

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht statuiert somit die grundsätzliche Zulässigkeit der gemeinsamen Infrastrukturnutzung. Diese soll nur ausnahmsweise und im konkreten Einzelfall – etwa unter kartellrechtlichen Aspekten – unzulässig sein. Die Vorgaben der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG sind dabei im Wege der richtlinienkonformen Auslegung der Vorschriften des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen. Dies gilt nicht nur für ihren operativen Teil, sondern auch für die Interpretationsvorgaben in den Erwägungsgründen der Richtlinie⁶⁶.

V. Exkurs: Kartellrechtliche Aspekte der gemeinsamen Infrastrukturnutzung

Da ein in dieser Allgemeinheit formuliertes telekommunikationsrechtliches Gebot der „wettbewerblichen Unabhängigkeit“ nicht existiert, ergeben sich rechtliche Grenzen der gemeinsamen Infrastrukturnutzung in erster Linie aus dem allgemeinen Kartellrecht, ohne ihr jedoch pauschal entgegenzustehen. Die kartellrechtliche Dimension der gemeinsamen Infrastrukturnutzung kann im vorliegenden Rahmen nur angedeutet werden. Als grundlegende Norm des deutschen Kartellrechts verbietet § 1 GWB Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Ob der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen der Netzinfrastruktur eine solche Wirkung zukommt oder ob eine solche Wirkung bezweckt ist, kann nur im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände festgestellt werden.

Dabei sind einige Vorkehrungen denkbar, mittels deren eine Vereinbarung über eine gemeinsame Infrastrukturnutzung kartellrechtlich abgesichert werden kann. Insbesondere scheidet eine Wettbewerbsbeschränkung dann aus, wenn sichergestellt ist,

- dass die individuelle Funktionsherrschaft der beteiligten Unternehmen über die gemeinsam genutzte Infrastruktur gewahrt bleibt,
- dass die Vereinbarung keinen Ausschließungsanspruch erhebt und auch in tatsächlicher Hinsicht nicht

geeignet ist, eine Beschränkung der beteiligten Unternehmen auf die gemeinsam genutzte Infrastruktur zu bewirken,

- dass sich der Austausch wettbewerblich relevanter Informationen auf das zur Durchführung der gemeinsamen Infrastrukturnutzung absolut unerlässliche Maß beschränkt, d.h. eine detaillierte Abstimmung der Netzplanung der an der Vereinbarung beteiligten Wettbewerber nicht stattfindet und Daten über das Verkehrsaufkommen der Netzbetreiber stets voneinander getrennt verarbeitet und den an der Vereinbarung beteiligten Wettbewerbern nicht offen gelegt werden, und
- dass die Vereinbarung lediglich objektive Grenzen der unternehmerischen Handlungsfreiheit (z.B. das frühe Stadium des Netzaufbaus, begrenzte finanzielle Spielräume) antizipiert, so dass eine mögliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht durch die gemeinsame Infrastrukturnutzung, sondern durch die Struktur des Marktes selbst bewirkt wird.

Selbst wenn eine Vereinbarung über gemeinsame Infrastrukturnutzung diese Voraussetzungen nicht erfüllt und auch trotz der Besonderheiten in der Phase des Aufbaus der UMTS-Netze dem Tatbestand des § 1 GWB unterfällt, ist aber nicht ohne weiteres von ihrer kartellrechtlichen Unzulässigkeit auszugehen. Vielmehr muss die Möglichkeit einer Ausnahme vom Kartellverbot in Betracht gezogen werden. Hier ist insbesondere an ein auf Antrag freizustellendes Rationalisierungskartell nach § 5 Abs. 1 GWB zu denken. In die Abwägung zwischen dem an die Marktgegenseite (Nutzer) weitergegebenen Rationalisierungserfolg⁶⁷ und der durch die Zusammenarbeit bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung sind insbesondere auch die gemeinschaftsrechtlichen Wertungen einzustellen⁶⁸, wie sie in Art. 11 Abs. 2 und Erwägungsgrund 14 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG zum Ausdruck kommen. Demzufolge ist regelmäßig von einer Vermutung zu Gunsten der Zulässigkeit eines Rationalisierungskartells auszugehen.

65 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Einführung von Mobilkommunikationssystemen der dritten Generation in der Europäischen Union: Aktueller Stand und weiteres Vorgehen“ vom 20. 3. 2001, KOM(2001)141 endgültig, S. 12.

66 Vgl. dazu auch ausführlich *Lutter*, JZ 1992, 593, 600: „Das macht sie [die Erwägungsgründe, Anm. der Verfasser] zu einem Auslegungsmittel von besonderem Rang hinsichtlich der Beweggründe, die zum Erlaß der Richtlinie geführt haben, als auch hinsichtlich der mit ihr verfolgten Ziele.“ Vgl. auch *Koenig*, K & R 2001, 41, 46.

67 Zur Notwendigkeit der Weitergabe der Rationalisierungsvorteile an die Marktgegenseite vgl. *Bechtold*, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl. 1999, § 5 Rdnr. 5; *Emmerich* (Fn. 61), S. 89; *Kiecker*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 5 GWB Rdnr. 22.

68 Zur Berücksichtigung selbst gesamtwirtschaftlicher Aspekte: *Kiecker*, in: *Langen/Bunte* (Fn. 67), § 5 GWB Rdnr. 22; *Mestmäcker/Schweitzer*, Netzettbewerb, Netzzugang und „Roaming“ im Mobilfunk, 1999, S. 92.