

Telekommunikationsrecht

*CHRISTIAN KOENIG/ANDREAS NEUMANN**

Funktionsherrschaft und gemeinsame Infrastrukturnutzung beim Aufbau eines UMTS-Netzes

In der Folge der Versteigerung der Lizenzen zum Betreiben von Übertragungswegen für Mobilkommunikationsdienstleistungen der dritten Generation (Universal Mobile Telecommunications System, UMTS) im August 2000 wurden schon bald Überlegungen angestellt, die beim Aufbau eines bundesweiten UMTS-Netzes anfallenden Kosten durch die gemeinsame Nutzung von Teilen der Infrastruktur (sog. »Infrastructure Sharing«) zu senken. Mit einem »Thesenpapier« hat die Regulierungsbehörde für

Telekommunikation und Post (RegTP) am 5.6.2001 nun den Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen die gemeinsame Infrastrukturnutzung zulässig ist, ohne einen Verstoß gegen die UMTS-Lizenzen zu begründen. Der folgende Beitrag führt in die technischen Grundlagen der gemeinsamen Infrastrukturnutzung ein und erläutert die zentralen Aussagen des Thesenpapiers der RegTP vor dem Hintergrund der einschlägigen Lizenzvorschriften und der Vorgaben des Telekommunikationsrechts.

I. Technische Grundlagen

Die geplanten UMTS-Netzwerke werden grundsätzlich aus zwei voneinander zu unterscheidenden Elementen bestehen: dem Funknetz (UMTS Terrestrial Radio Access Network, UTRAN) einerseits und dem Kernnetz (sog. »Core Network«) andererseits. Das Funknetz umfasst neben den einzelnen Funk-Basisstationen (sog. »Knoten B« bzw. »Node B«) auch eigene Vermittlungsanlagen, die sog. Radio Network Controller (RNC).¹ Diese sind mit dem Kernnetz verbunden und geben ihrerseits die Daten an die von ihnen gesteuerten Funk-Basisstationen weiter. Im Kernnetz wiederum befinden sich die zentralen Systemelemente des Netzes, wie die Home Location Register (HLR), die Visitor Location Register (VLR), die Ser-

ving GPRS Support Nodes (SGSN), die Gateway GPRS Support Nodes (GGSN) und die Netzvermittlungsstellen, die sog. Mobile Switching Centres (MSC).² Innerhalb des Kernnetzes wird der Telekommunikationsverkehr über konventionelle Transportwege geleitet, d.h. vor allem über Lichtwellenleiter, Koaxialkabel und Richtfunk-Strecken. Hier findet auch die Verbindung zu anderen Telekommunikationsnetzen, insbesondere also zu den öffentlichen Telefonfestnetzen, statt. UMTS-Funknetz und UMTS-Kernnetz sind für die Datenübertragung auf Grundlage des Internet-Protokolls ausgelegt, wobei die Vermittlung auf jeder Netzebene paketorientiert erfolgt. Aus diesem Grunde kommt eine Mitnutzung der auf Ebene der zu Grunde liegenden GSM-Netze nach wie vor durchschaltvermittelnden (circuit-switched) GPRS-Infrastruktur insoweit nicht in Betracht.³ Eine Mitnutzung bestehender GSM-Infrastruktureinrichtungen ist aber zum einen auf Ebene des Funknetzes denkbar, was insbesondere die Sendemasten betrifft, welche bereits in den GSM-Netzen in beachtlichem Maße doppelt genutzt werden. Zum anderen kann GSM-Infrastruktur im Rahmen eines UMTS-Netzwerks auch auf Ebene der technischen Hilfseinrichtungen mitgenutzt werden. Dies betrifft vor allem die Stromversorgung und das sog. »Site Support Cabinet«⁴ (SSC).⁵ Ähnliche Möglichkeiten der Mitnutzung von Infrastruktureinrichtungen kommen auch im Hinblick auf das UMTS-Netzwerk eines anderen Betreibers in Betracht. In diesem Fall kann die gemeinsame Nutzung der Netzinfrastruktur technisch auf jeder Netzebene erfolgen und geht somit weit über die Möglichkeiten der Mitnutzung der Infrastruktur eines GSM-Netzwerks hinaus.

* Univ.-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.

1) Vgl. *Gneiting*, Funkschau 19/1998, 78 (79).

2) Vgl. *Gneiting*, Funkschau 19/1998, 78 (79).

3) Vgl. auch die Stellungnahme der *Telekom Austria* zu Punkt 3.21 der öffentlichen Konsultation zu wesentlichen Punkten von Konzessionsvergaben für Mobilfunksysteme der 3. Generation in Österreich.

4) Dabei handelt es sich um einen »Schrank, in dem u.a. die Basisstationen, die Verstärker und die Stromversorgung untergebracht sind«, vgl. *RegTP*, Thesenpapier Infrastruktur-Sharing, im WWW abrufbar unter http://www.regtp.de/reg_tele/start_in_05-05-03-05-00_m/index.html (Stand: 14.6.2001), nachfolgend »Thesenpapier« genannt.

5) Vgl. dazu auch die Stellungnahme der *Telekom Austria* zu Punkt 3.21 der öffentlichen Konsultation zu wesentlichen Punkten von Konzessionsvergaben für Mobilfunksysteme der 3. Generation in Österreich.

In der Praxis diskutiert werden derzeit bestimmte Modelle, die sich vor allem auf eine Infrastrukturmitnutzung auf Ebene des Funknetzes konzentrieren und nachfolgend in der Reihenfolge des zunehmenden Integrationsgrades dargestellt werden sollen. Bei der bloßen *Standortmitbenutzung* sind die Übertragungsweinfrastrukturen der beteiligten Unternehmen völlig getrennt. Lediglich einige Standorte für Funk-Basisstationen werden gemeinsam genutzt,⁶ ggf. verbunden mit einer gemeinsamen Nutzung von Antennenmasten, Antennen, Kabeln und Combinern. Bei der *SSC-Mitbenutzung* wird darüber hinaus auch das SSC gemeinsam genutzt. Dieses Modell wird bei der *Knoten-B-Mitbenutzung* um die gemeinsame Nutzung des Knoten B ergänzt. Es wird jedoch eine strikte logische Trennung der Übertragung des Kommunikationsverkehrs durchgehalten, indem die beteiligten Unternehmen eine bestimmte garantierte Nutzkapazität des Knoten B (z.B. 50%) zugeteilt bekommen.

Noch weiter geht schließlich die *RNC-Mitbenutzung*. Nicht nur der Knoten B und die Verbindung zwischen der Funk-Basisstation und dem RNC, sondern der RNC selbst wird in diesem Modell gemeinsam genutzt. Die strikte logische Trennung der Übertragung des Kommunikationsverkehrs wird jedoch auch auf dieser Ebene beibehalten. Den beteiligten Unternehmen wird eine bestimmte Kapazität des RNC zugeordnet, welche sie in eigener Verantwortung in Anspruch nehmen können. Der Zugriff auf die den anderen beteiligten Unternehmen zugeteilte Kapazität wird softwareseitig ausgeschlossen. Überdies ist es jedem einzelnen Unternehmen möglich, zur alleinigen Nutzung vorgesehene Funk-Basisstationen mit dem RNC zu verbinden und so die ihm zustehende RNC-Kapazität in beliebigem Umfang für den über diese Funk-Basisstationen abgewickelten Kommunikationsverkehr zu nutzen.

II. Das Thesenpapier der RegTP

Welche dieser Modelle mit den lizenzrechtlichen und telekommunikationsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen, war in der Praxis unklar und auf Grund der divergierenden ökonomischen Interessen der einzelnen Lizenznehmer selbst zwischen diesen umstritten. Gefördert wurde ein eher zurückhaltendes Verständnis der Möglichkeiten gemeinsamer Infrastrukturnutzung auch durch eine Passage der Verfügung 13/2000 über die »Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Lizenzen (Vergabebedingungen)«. ⁷ Dort hatte die *RegTP* in einer Art obiter dictum »grundsätzlich lediglich Standorte mit Betriebsgebäuden, Stromversorgung, Antennenmasten sowie Antennen (mit Kabel und Combiner)« einer gemeinsamen Nutzung für zugänglich erklärt.⁸ Die Präziserungsbedürftigkeit dieser Einschätzung wurde jedoch in der Diskussion mit den Lizenznehmern bald offenbar. Dass die erfolgreiche Einführung der UMTS-Mobilfunktechnologie nicht an zu rigiden Vorgaben hinsichtlich der gemeinsamen Infrastrukturnutzung in der Phase des Netzaufbaus scheitern dürfe, machte schließlich auch eine Mittei-

lung der *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* deutlich, in welcher die Kommission ihre grundsätzlich befürwortende Haltung gegenüber der gemeinsamen Nutzung der Netzinfrastruktur zum Ausdruck brachte.⁹ Mit der Veröffentlichung ihres Thesenpapiers¹⁰ hat die *RegTP* die Konsequenzen aus dieser Entwicklung gezogen. Die Entstehung der im Gespräch mit den Lizenznehmern und unter Einbeziehung der Fachöffentlichkeit vorbereiteten Stellungnahme steht im Einklang mit dem bereits verschiedentlich zum Ausdruck gebrachten Bemühen der Regulierungsbehörde um ein Mehr an Transparenz und Beteiligung.¹¹

Dem Thesenpapier liegt, wie sich aus einer begleitenden Pressemitteilung¹² ergibt, die Kernthese zu Grunde, dass der bestehende Lizenzrahmen hinreichend flexibel ist und dem technischen Fortschritt auf Ebene der Netzzugangstechnologie nicht im Wege steht. Die fortschreitende Erstreckung der Infrastrukturmitnutzung auf weitere Elemente des Funknetzes wird von der *RegTP* als ein bekanntes Phänomen identifiziert. Die Möglichkeit der trotz physischer Verbindung getrennten logischen Kontrolle der Sende-, Empfangs- und Steuerungselemente stelle dabei nur eine Fortentwicklung bestehender technischer Möglichkeiten dar. Eine Grenze sei allerdings mit dem Kernnetz erreicht – eine gemeinsame Infrastrukturnutzung hält der Regulierer auf dieser Ebene für unzulässig. Hinsichtlich der Möglichkeit, mangelnde Netzabdeckung durch Roaming-Vereinbarungen (sog. »National Roaming«) zu kompensieren, sei der lizenzrechtlich vorgegebene Rahmen hingegen »eher« weit gesteckt.¹³

Im Einzelnen sieht die *RegTP* die Standortmitbenutzung und die *SSC-Mitbenutzung*, d.h. die gemeinsame Nutzung von Grundstücken, Masten, Antennen, Kabeln, Combinern und *SSC*, im Einklang mit den Vergabebedingungen. Die Zulässigkeit der *Knoten-B-Mitbenutzung* und der *RNC-Mitbenutzung* müsse hingegen im Einzelfall beurteilt werden, sei jedoch mit den Vergabebedingungen unter folgenden Voraussetzungen vereinbar:

- 6) Zu den technischen Rahmenbedingungen einer Standortmitbenutzung vgl. *Rohrbacher*, Funkschau 24/2000, 64 (66).
- 7) Verfügung 13/2000 der Präsidentenkammer der *RegTP* v. 18.2.2000 – BK-1b-98/005-1, ABl. RegTP 2000, 516, im Folgenden »Vfg. 13/2000« genannt.
- 8) *RegTP*, Vfg. 13/2000, ABl. RegTP 2000, 516 (535).
- 9) *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« v. 20.3.2001, KOM (2001) 141 endgültig, S. 12.
- 10) *RegTP*, Thesenpapier. Vgl. dazu auch den im Amtsblatt der Behörde veröffentlichten Hinweis: *RegTP*, UMTS/IMT-2000; Gemeinsame Nutzung von Infrastruktur, ABl. RegTP 2001, 1811.
- 11) Vgl. dazu *Koenig/Kühling*, MMR 2001, 80 (82), sowie *Oertel*, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, S. 181 f.
- 12) *RegTP*, UMTS-Infrastruktursharing, Pressemitteilung v. 5.6.2001, im WWW abrufbar unter <http://www.regtp.de/aktuelles/pm/02118/index.html> (Stand: 14.6.2001), nachfolgend »Pressemitteilung v. 5.6.2001« genannt.
- 13) Vgl. dazu auch von *Hammerstein*, MMR 2001, 214.

- Unabhängige Steuerung des eigenen »logischen Node B« bzw. des »eigenen logischen RNC« durch jeden Lizenznehmer.
- Kein Austausch wettbewerbsrelevanter Daten über betriebstechnische Informationen hinaus.
- Trennung der Betriebs- und Wartungszentralen (Operation and Maintenance Center).
- Im Falle der Knoten-B-Mitbenutzung müssten die Lizenznehmer zur Gewährleistung ihrer Planungshoheit überdies zusätzlich zu den gemeinsam genutzten Knoten B auch eigene Knoten B betreiben. Ausgeschlossen werden müsse des Weiteren eine regionale Aufteilung der Versorgungsgebiete, was sich, ohne dass dies die *RegTP* explizit erwähnt, sinnvollerweise nur auf die außerhalb der gemeinsam genutzten Infrastruktur unter Verwendung eigener Knoten B aufgebaute Netzinfrastruktur beziehen kann.
- Im Falle der RNC-Mitbenutzung sei die Planungshoheit der Lizenznehmer dadurch zu gewährleisten, dass die Möglichkeit zum Betrieb zusätzlicher eigener RNC bestehen muss. Des Weiteren müssten auch eigene, ausschließlich selbst betriebene Knoten B an gemeinsam genutzte RNC angeschlossen werden.

Nicht in Betracht kommt hingegen nach Auffassung der *RegTP* eine gemeinsame Nutzung des Kernnetzes, insbesondere also der MSC, da dies zu einem »Frequenzpool« führe und folglich »mit dem Erfordernis der Funktionsherrschaft nach dem Telekommunikationsgesetz und den UMTS-Vergabebedingungen nicht vereinbar« sei. Auch Übergangsregelungen zu einer MSC-Mitbenutzung schießen vor diesem Hintergrund aus.

14) Ausführlich dazu *König/Neumann*, K&R 2001, 281.

15) Im Einzelnen *König/Neumann*, K&R 2001, 281 (284 ff.).

16) Ein kursorischer Überblick findet sich bei *König/Neumann*, K&R 2001, 281 (288).

17) Zur Möglichkeit der Freistellung einer Kooperationsvereinbarung als Rationalisierungskartell nach § 5 Abs. 1 GWB vgl. *König/Neumann*, K&R 2001, 281 (288).

18) *König/Neumann*, K&R 2001, 281 (288).

19) Für die Knoten-B-Mitbenutzung betrifft das den »Betrieb zusätzlicher eigener Node B«, für die RNC-Mitbenutzung die »Möglichkeit zum Betrieb zusätzlicher eigener RNC«.

20) Dieser Punkt hat für die Knoten-B-Mitbenutzung zur Forderung der *RegTP* geführt, der zufolge es »keine regionale Aufteilung der Versorgungsgebiete« geben dürfe, »die eine Überlappung der Netze und Versorgungsgebiete der Kooperationspartner ausschließt«. Mit Blick auf die RNC-Mitbenutzung soll die Exklusivität einer Kooperationsvereinbarung durch den »Anschluss auch eigener, ausschließlich selbst betriebener Node B an den eigenen logischen RNC« verhindert werden.

21) Teil B Punkt 4.1 der UMTS-Lizenz.

22) Nach § 3 Nr. 8 TKG sind »Mobilfunkdienstleistungen« »Telekommunikationsdienstleistungen, die für die mobile Nutzung bestimmt sind«. Da »Telekommunikationsdienstleistungen« wiederum nach § 3 Nr. 18 TKG »das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte« sind, würde die Aufbauverpflichtung bei erst genommenem Wortlaut die Herstellung eines Versorgungsgrades »für das Angebot des gewerblichen Angebotes von für die mobile Nutzung vorgesehener Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen« fordern.

23) So ist nicht eindeutig bestimmt, auf welche Weise der »Versorgungsgrad« herzustellen ist. Vgl. demgegenüber die Festlegungen in §§ 8, 9 der Anlage zu den österreichischen Konzessions- und Frequenzuteilungsurkunden. Entsprechende »zur Bestimmung der Versorgungspflicht erforderliche Parameter« werden den deutschen UMTS-Lizenzen nach Punkt 4.2 ihres Teils B im Wege einer nachträglichen Auflage beigelegt.

III. Die lizenzrechtlichen Vorgaben

Die telekommunikationsrechtliche Bewertung des Thesenpapiers kann nur vor dem Hintergrund der lizenzrechtlichen Vorgaben erfolgen. Der gemeinsamen Infrastrukturnutzung sind hierbei vor allem in zweierlei Hinsicht Grenzen gezogen, welche die *RegTP* mit den Stichworten der »Funktionsherrschaft der Netze« und der »wettbewerblichen Unabhängigkeit der Lizenznehmer« in Bezug nimmt.

1. Die wettbewerbliche Unabhängigkeit

Wie an anderer Stelle gezeigt werden konnte, handelt es sich bei dem zuletzt genannten Gesichtspunkt um eine fragwürdige Begriffsschöpfung des Regulierers, welcher kein umfassend geltender Rechtssatz zu Grunde liegt, der einer Zusammenarbeit von UMTS-Lizenznehmern per se entgegensteht.¹⁴ Vielmehr verbirgt sich hinter dem Terminus der »wettbewerblichen Unabhängigkeit« zunächst eine Gemengelage unterschiedlichster telekommunikationsrechtlicher Vorgaben, die jedoch im Falle der gemeinsamen Infrastrukturnutzung regelmäßig nicht tangiert sind.¹⁵

Der Kooperation zweier UMTS-Lizenznehmer, welche mit der gemeinsamen Infrastrukturnutzung regelmäßig verbunden ist, kann indes kartellrechtliche Relevanz zukommen.¹⁶ Die Gefahr einer kartellrechtlich grundsätzlich unzulässigen Wettbewerbsbeeinträchtigung¹⁷ i.S.d. § 1 GWB besteht insbesondere dann, wenn eine Kooperationsvereinbarung Ausschließlichkeitsanspruch erhebt oder in tatsächlicher Hinsicht geeignet ist, eine Beschränkung der beteiligten Unternehmen auf die gemeinsam genutzte Infrastruktur zu bewirken, oder wenn die Vereinbarung zum Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen führt, der über das zur Durchführung der gemeinsamen Infrastrukturnutzung erforderliche Maß hinausgeht.¹⁸ Die *RegTP* antizipiert diese kartellrechtlichen Bedenken, wenn sie für die Knoten-B-Mitbenutzung und die RNC-Mitbenutzung Vorkehrungen fordert, welche die Gewährleistung der Planungshoheit der beteiligten Lizenznehmer sicherstellen¹⁹ und einem auch nur faktischen Ausschließlichkeitsanspruch entgegenwirken²⁰ sollen, und wenn sie sich gegen den Austausch »wettbewerbsrelevanter Daten über betriebstechnische Informationen hinaus« wendet.

2. Die lizenzrechtliche Aufbauverpflichtung

Einen spezifisch telekommunikationsrechtlichen Bezug hat schließlich die andere Grenze, die der gemeinsamen Infrastrukturnutzung gezogen ist und die von der *RegTP* mit dem Hinweis auf die »Funktionsherrschaft der Netze« angesprochen wird. In der Sache geht es dabei um die Verpflichtung der Lizenznehmer, »für das Angebot von UMTS/IMT-2000-Mobilfunkdienstleistungen einen Versorgungsgrad der Bevölkerung von mindestens 25% bis zum 31.12.2003 und von mindestens 50% bis zum 31.12.2005 herzustellen«.²¹ Diese missverständliche,²² interpretationsoffene²³ und mit dem Wortlaut des § 11 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 TKG nur

schwer in Einklang zu bringende²⁴ Formulierung etabliert eine an den jeweiligen Lizenznehmer gerichtete Aufbauverpflichtung. Dabei handelt es sich um eine mit dem begünstigenden Verwaltungsakt, der UMTS-Lizenz,²⁵ verbundene Anordnung, welche dem Lizenznehmer ein bestimmtes Tun, die Sicherstellung eines bestimmten Versorgungsgrades vorschreibt. Die Aufbauverpflichtung ist somit eine Nebenbestimmung in Form einer Auflage i.S.v. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, die der Lizenz gem. §§ 8 Abs. 2 S. 2, 11 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 TKG zulässigerweise beigefügt wurde.

Ohne mit dem Gegenstand der Vergünstigung identisch zu sein,²⁶ steht der Gegenstand einer Auflage doch regelmäßig in einem engen Zusammenhang mit diesem.²⁷ In den Fällen, in denen die Auflage die Voraussetzungen für die rechtmäßige Inanspruchnahme der Vergünstigung schaffen bzw. dauerhaft sicherstellen soll, ist dies evident.²⁸ Aber auch vorwirkende Auflagen oder Folgeauflagen stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gegenstand der Vergünstigung.²⁹ Gegenstand der UMTS-Lizenz ist das Betreiben von Übertragungswegen für UMTS-Mobilfunkdienstleistungen für die Öffentlichkeit im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland durch den Lizenznehmer oder andere (Teil A Punkt 1 der UMTS-Lizenz³⁰). Die Lizenz verleiht nach Punkt 2 ihres Teils A das Recht, Übertragungswege für UMTS-Mobilfunkdienstleistungen für die Öffentlichkeit im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu betreiben. Gegenstand der Lizenz ist mithin das *Betreiben* der Übertragungswege, nicht die *Erbringung* der über diese erbrachten Dienstleistungen. Darin liegt die im öffentlichen Interesse ausgleichende Vergünstigung.³¹ Auf diesen dem Betreiber eingeräumten Vorteil bezieht sich die Auflage. Das *Recht zum Betreiben* der UMTS-Übertragungswege korrespondiert mit einer – freilich auf einen bestimmten Bevölkerungsanteil beschränkten – *Pflicht zum Betreiben* von UMTS-Übertragungswegen. Für die Verpflichtung der UMTS-Lizenznehmer bedeutet dies, dass die UMTS-Mobilfunkdienstleistungen über die von dem einzelnen Lizenznehmer betriebenen UMTS-Übertragungswege erbracht werden müssen.³² Um der lizenzrechtlichen Aufbauverpflichtung Folge zu leisten, muss jeder UMTS-Lizenznehmer somit bis zum 31.12.2003 25% der Bevölkerung und bis zum 31.12.2005 50% der Bevölkerung den Zugang zu UMTS-Mobilfunkdienstleistungen ermöglichen, die über diejenigen UMTS-Übertragungswege erbracht werden, welche von dem betreffenden Lizenznehmer betrieben werden.

Unter dem »Betreiben von Übertragungswegen« ist nach § 3 Nr. 1 TKG das »Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle (Funktionsherrschaft) über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen« zu verstehen. Die Ermöglichung des Zugangs zu UMTS-Mobilfunkdienstleistungen ist danach dann nicht geeignet, den lizenzrechtlich vorgegebenen Versorgungsgrad zu erreichen, wenn diese Mobilfunkdienstleistungen über UMTS-Übertragungswege erbracht werden, die der Lizenznehmer nicht selbst betreibt. Vereinbarungen, auf deren Grundlage Übertragungswege errichtet werden,

die von keinem Lizenznehmer in alleiniger Verantwortung betrieben werden, sind damit freilich lizenzrechtlich nicht unzulässig.³³ Da der in der Aufbauverpflichtung vorgesehene Versorgungsgrad aber unabhängig von den so genutzten Übertragungswegen sichergestellt werden müsste, besteht ein starker ökonomischer Anreiz, nicht auf solcherart gemeinsam genutzte Infrastruktur zurückzugreifen. Vielmehr werden die Lizenznehmer bemüht sein, auch bei der gemeinsamen Infrastrukturnutzung die individuelle »Funktionsherrschaft« zu wahren und auf diesem Wege die Vorteile der gemeinsamen Infrastrukturnutzung – d.h. die Einspareffekte jedenfalls in der Phase des Netzaufbaus – mit den Vorteilen des Betriebens eigener Übertragungswege – d.h. der Erfüllung der lizenzrechtlichen Aufbauverpflichtung – zu verbinden.

IV. Das Betreiben von Übertragungswegen

Die somit eher faktische als rechtliche Grenze der »Funktionsherrschaft der Netze« wird mithin von der

- 24) Während § 11 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 TKG die Möglichkeit eines »räumlichen Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung« vorsieht, also eher an einem (geographischen) Versorgungsgebiet ausgerichtet scheint, verwendet Teil B Punkt 4.1 der UMTS-Lizenz einen Bevölkerungsanteil als Bezugsgröße. Dies steht freilich im Einklang mit der ständigen Regulierungspraxis. Der Regulierer selbst geht ausdrücklich davon aus, einen »räumlichen« Versorgungsgrad vorgeschrieben zu haben, vgl. *RegTP*, Jahresbericht 2000, S. 65.
- 25) Vgl. dazu *Kerkhoff* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 15 Rz. 3; *Scherer*, NJW 1996, 2953 (2956).
- 26) Vgl. *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. 1995, § 50 Rz. 16.
- 27) Vgl. auch *Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. 1998, § 36 Rz. 34; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht, 12. Aufl. 1999, § 12 Rz. 9.
- 28) Vgl. dazu *Janßen* in *Obermayer*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999, § 36 Rz. 19.
- 29) Dies wird auch deutlich angesichts der Beispiele bei *Henneke* in *Knack* (Begr.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2000, § 36 Rz. 40, und *Janßen* in *Obermayer*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999, § 36 Rz. 19.
- 30) Auch hier ist der Sprachgebrauch der UMTS-Lizenz unpräzise und nimmt implizit das »Angebot eines Angebotes« in Bezug (vgl. auch die Ausführungen in Fn. 22). Diese sprachliche Ungenauigkeit wurde im Text dieses Beitrages behoben.
- 31) Vgl. zu dieser Funktion einer Aufl. *Henneke* in *Knack* (Begr.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2000, § 36 Rz. 40; *Janßen* in *Obermayer*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999, § 36 Rz. 20.
- 32) *RegTP*, VfG. 13/2000, ABl. RegTP 2000, 516 (532). Die *Telekom-Control-Kommission* hat dies für die österreichischen UMTS-Lizenzen in § 8 der Anlage zu den Konzessions- und Frequenzzuteilungsurkunden ausdrücklich formuliert: »Der in Abs. 2 genannte Versorgungsgrad ist mittels *selbst betriebenen* Netz anzubieten.« (Hervorhebung durch die Verfasser)
- 33) Missverständlich insoweit *RegTP*, VfG. 13/2000, ABl. RegTP 2000, 516 (535). Eine andere, hier nicht zu diskutierende Frage ist, ob die *RegTP* die benötigten UMTS-Frequenzen zuteilen würde, wenn sie zum Schluss kommen müsste, dass die individuelle Funktionsherrschaft nicht gewahrt ist. Nach Teil B Punkt 5.1 der UMTS-Lizenz erfolgt die Frequenzzuteilung nämlich »für jeden ortsfesten Sender des UMTS/IMT-2000-Netzes« (vor Inbetriebnahme des jeweiligen Senders auf Antrag des Lizenznehmers durch die Lizenzgeberin). Auch in VfG. 13/2000 wird darauf hingewiesen, dass »die Frequenzzuteilung (...) standortbezogen auf Antrag nach § 47 Abs. 5 S. 1 TKG« erfolgt, vgl. *RegTP*, VfG. 13/2000, ABl. RegTP 2000, 516 (524).

Auslegung des den Lizenzgegenstand bestimmenden Tatbestandsmerkmals »Betreiben von Übertragungswegen« (§ 3 Nr. 1 TKG) determiniert. Im früheren Fernmelderecht findet sich keine Entsprechung zu der Legaldefinition des § 3 Nr. 1 TKG. Grundsätzlich sollte im Rahmen des § 3 TKG an »frühere Begriffsbestimmungen des FAG (...) bewusst nicht angeknüpft werden«. ³⁴ Aus diesem Grunde können überkommene Begrifflichkeiten insoweit nur in engen Grenzen für die Gesetzesauslegung fruchtbar gemacht werden.

Die in § 3 Nr. 1 TKG enthaltene Begriffsdefinition kann in zwei voneinander zu unterscheidende, dabei jedoch aufeinander bezogene Bestandteile unterteilt werden: die Kontrollmacht und den Gegenstand dieser Kontrollmacht, d.h. den Kontrollgegenstand. Bei unbefangenen Verständnis des Begriffes »Betreiben von Übertragungswegen« liegt dabei die Annahme nahe, Gegenstand der Kontrollmacht seien die Übertragungswege ³⁵ oder gar die – ihrerseits Übertragungswege umfassenden – »Netze«. Ein solches Begriffsverständnis erweist sich jedoch als unpräzise, wie sich aus § 3 Nr. 1 TKG unmittelbar erschließt. Gegenstand der Kontrollmacht ist vielmehr die Gesamtheit der zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar zu erbringenden Funktionen.

Dies spiegelt sich auch in der gewählten Begrifflichkeit wider, welche die Verknüpfung von Kontrollmacht und Kontrollgegenstand bereits im Nominalkompositum »Funktionsherrschaft« deutlich macht. Das wortschließende Zweitglied, die »Herrschaft«, legt die grammatische Funktionsklasse des Gesamtkomplexes sowie die begriffliche Grundklasse fest, während das vorangestellte Erstglied »Funktions-« als spezifizierendes Zusatzmerkmal den Gegenstand der Herrschaft benennt. ³⁶ Der Begriff der »Funktionsherrschaft« weist mithin eine hypotaktische Verbindung auf, so dass es sich bei ihm um ein Determinativkom-

positum handelt. Als solches ist in ihm bereits die Zweigliedrigkeit der Grundstruktur des § 3 Nr. 1 TKG angelegt.

Zugleich wird aber auch deutlich, dass die redaktionelle Fassung des § 3 Nr. 1 TKG nur bedingt zu überzeugen weiß. Das »Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle« kann für sich genommen noch nicht sinnvollerweise als »(Funktionsherrschaft)« zusammengefasst werden. Dies ist erst nach der Einbeziehung des Gegenstands der Kontrollmacht möglich. Löst man die in § 3 Nr. 1 TKG angebotene Begrifflichkeit auf, erhält man mit dem »Ausüben der Funktionsherrschaft über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen« ³⁷ eine selbstreflexive Begriffsdefinition, deren Aussagegehalt unklar und der eigentlich intendierten Rechtssicherheit ³⁸ nicht zuträglich ist. Der Begriff der »Funktionsherrschaft« eignet sich somit zwar hervorragend zur plakativen Verdichtung rechtlicher Wertungen. Dem dogmatischen Erkenntnisgewinn ist er jedoch nur begrenzt zuträglich. ³⁹ Auch wenn die »Funktionsherrschaft« nicht nur im Normtext ausdrücklich erwähnt ist, sondern sich auch in der telekommunikationsrechtlichen Literatur und in der Regulierungspraxis als Terminus etabliert hat, wird sich die nachfolgende Auslegung des § 3 Nr. 1 TKG daher nicht an diesem Begriff, sondern an der ihm zu Grunde liegenden Legaldefinition orientieren.

1. Kontrollgegenstand

Gegenstand der Kontrollmacht ist die »Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen«. Nicht die Übertragungswege selbst sind damit Kontrollgegenstand, sondern eine näher spezifizierte »Gesamtheit der Funktionen«. Die Verbindung zwischen diesem Kontrollgegenstand und den Übertragungswegen wird erst durch die inhaltliche Bestimmung der »Funktionen« als der »zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar« zu erbringenden Funktionen, kurz: der »Übertragungsfunktionen« ⁴⁰, hergestellt. Die Formulierung »unabdingbar erbracht werden müssen« stellt dabei in der Sache ein (enges) Erforderlichkeitserfordernis auf.

»Übertragungswege« sind in § 3 Nr. 22 TKG definiert als »Telekommunikationsanlagen in Form von Kabel- oder Funkverbindungen mit ihren übertragungstechnischen Einrichtungen als Punkt-zu-Punkt- oder Punkt-zu-Mehrpunkt-Verbindungen mit einem bestimmten Informationsdurchsatzvermögen (Bandbreite oder Bitrate) einschließlich ihrer Abschlusseinrichtungen«. Es handelt sich bei Übertragungswegen mithin um eine besondere Form von Telekommunikationsanlagen, ⁴¹ also gemäß § 3 Nr. 17 TKG von »technische(n) Einrichtung(e)n oder Systeme(n), die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können«.

34) BT-Drucks. 13/3609, 37.

35) So noch zur Rechtslage vor In-Kraft-Treten des TKG *Bothe/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (17).

36) Rein morphologisch wäre es zwar denkbar, das Erstglied hier als Bestimmung des Mittels der Herrschaft zu verstehen, wie z.B. »Gewaltherrschaft« nicht die Herrschaft über, sondern durch Gewalt ist. Dass das Erstglied vorliegend den Gegenstand der Herrschaft spezifiziert, ist indes dem § 3 Nr. 1 TKG selbst zu entnehmen: »Kontrolle (...) über die Gesamtheit der Funktionen.«

37) Zumindest theoretisch wäre es auch möglich, den Bedeutungsgehalt der »Funktionsherrschaft« auch auf das *Ausüben* der Kontrolle zu erstrecken. In dem hier relevanten Kontext kann indes dahingestellt bleiben, ob ein solches Begriffsverständnis vorzugswürdiger wäre.

38) BT-Drucks. 13/3609, 37.

39) Damit zeigt sich ein grundsätzliches Problem der Überhöhung morphologischer Erkenntnisgewinnung im Rahmen des § 3 TKG. Zur »fachsprachlichen Grundlagenarbeit« im Bereich des Telekommunikationsrechts vgl. auch *Hahn*, RTKom 2000, 139.

40) Wie jede sprachliche Verkürzung birgt auch diese die Gefahr einer mit ihr einhergehenden inhaltlichen Verkürzung. Sofern nachfolgend der Begriff »Übertragungsfunktionen« verwendet wird, ist daher immer auch die ihm zu Grunde liegende Bedeutung zu berücksichtigen.

41) *Schütz* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 3 Rz. 25.

Die Bestimmung des Kontrollgegenstandes wirft daher die Frage auf, welche Funktionen zur Realisierung der Informationsübertragung auf solchen Telekommunikationsanlagen, die einen Übertragungsweg bilden, zwingend erforderlich sind. Diese Frage wird sich nur im konkreten Kontext, mit Blick auf den betroffenen Übertragungsweg beantworten lassen. Allgemein können lediglich aus der Zusammenschau der Begriffe der »Informationsübertragung« und des »Übertragungsweges«, auf welchem diese Informationsübertragung zu erfolgen hat, gewisse – konkretisierungsfähige und -bedürftige – Grundaussagen getroffen werden. Danach sind Übertragungsfunktionen diejenigen Systemparameter, welche die Vorgänge des Aussendens, der Übertragung, der Vermittlung, des Empfangs, der Steuerung und der Kontrolle von (als Nachrichten identifizierbaren elektromagnetischen oder optischen) Signalen bestimmen, soweit diese Vorgänge zur Gewährleistung einer über Kabel- oder Funkverbindungen realisierten Punkt-zu-Punkt- oder einer Punkt-zu-Mehrpunkt-Verbindung mit einem bestimmten Informationsdurchsatzvermögen (Bandbreite oder Bitrate) erforderlich sind.

Mit der Abstraktion der Übertragungsfunktionen von konkreten technisch-physikalischen Gegenständen folgt das Gesetz in der Sache lediglich einem ernst genommenen Telekommunikationsbegriff. Telekommunikation liegt dabei nicht deshalb vor, weil eine bestimmte Hardware (beschaltetes Kabel etc.) verwendet wird. Entscheidend ist vielmehr die Erfüllung bestimmter Funktionen, nämlich derjenigen, die in den netzwerkbezogenen Schichten des ISO/OSI-Referenzmodells abgebildet sind.⁴² Ein solches Telekommunikationsverständnis erweist sich als technologieoffen und kann beispielsweise auch der zunehmenden Ersetzung ehemals typischerweise in Hardware realisierter Funktionen durch Softwarelösungen gerecht werden.

2. Kontrollmacht

Das die Betreibereigenschaft maßgeblich konstituierende Element, welches den Betreiber von den Nutzern eines Übertragungsweges unterscheidet, ist jedoch die Kontrollmacht. Rechtliche und tatsächliche Kontrolle über einen Gegenstand übt jemand aus, der in eigener Verantwortung entscheiden kann, was mit diesem Gegenstand geschieht.⁴³ Kontrollgegenstand im Rahmen des § 3 Nr. 1 TKG ist die Gesamtheit der Übertragungsfunktionen.

Schon aus diesem Grund setzt die rechtliche Kontrolle i.S.d. § 3 Nr. 1 TKG nicht das Eigentum an den Übertragungswegen voraus.⁴⁴ Allerdings wird die Ausübung der rechtlichen Kontrolle über die Übertragungsfunktionen regelmäßig nur mit Zustimmung des Eigentümers der Einrichtungen erfolgen können, mittels derer die Übertragungsfunktionen erbracht werden. Grundsätzlich übt daher der Eigentümer der Übertragungseinrichtungen die rechtliche Kontrolle über die Übertragungsfunktionen aus, es sei denn, er hat die Kontrollmacht einem anderen eingeräumt. Ob jemand rechtliche Kontrolle über die Übertragungsfunktionen

ausübt, ist mithin auf Grund einer wertenden Würdigung unter Einbeziehung vertraglicher Vereinbarungen festzustellen.⁴⁵ So übt beispielsweise regelmäßig der Mieter einer Übertragungseinrichtung die rechtliche Kontrolle an der Gesamtheit der durch diese Einrichtung realisierten Übertragungsfunktionen aus.⁴⁶

Demgegenüber setzt die tatsächliche Kontrolle die Möglichkeit der praktischen Beeinflussung der technischen Abläufe voraus.⁴⁷ Deshalb fehlt es an der Kontrollmacht beispielsweise auch dann, wenn die rechtliche Ausgestaltung lediglich vorgeschoben ist und kein Äquivalent in der tatsächlichen Kontrollmacht hat.⁴⁸ Da die rein tatsächliche Kontrolle über die Gesamtheit der Übertragungsfunktionen alleine nicht zur Annahme der Kontrollmacht i.S.v. § 3 Nr. 1 TKG führt, wird man andererseits durch die Wahrnehmung bloßer Hilfstätigkeiten im Rahmen des Netzbetriebes (z.B. Wartung und Instandhaltung) noch nicht Betreiber der Übertragungswege, selbst wenn mit diesen Tätigkeiten eine gewisse tatsächliche Kontrolle über die Übertragungsfunktionen verbunden ist.⁴⁹ Ein starkes Indiz da-

42) Dazu ausführlich *Helmke/Müller/Neumann*, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 28 ff. m.w.N. Durch die Erstreckung auf die »Kontrolle« der Signale in § 3 Nr. 17 TKG ist ggf. insoweit Schicht 5 des ISO/OSI-Referenzmodells einbezogen, vgl. *Hoeren*, MMR 1998, 1 (4). Dies hat jedoch auf die Reichweite des Telekommunikationsbegriffs keine Auswirkungen, vgl. *Helmke/Müller/Neumann*, JurPC Web-Dok. 93/1998, Abs. 43.

43) Vgl. auch – freilich unter Annahme eines anderen Kontrollgegenstandes – *Erling-Ernst*, Praxiskommentar zum Telekommunikationsgesetz TKG, 2. Aufl. 1999, § 3 Rz. 6; *Schütz* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 3 Rz. 4 und § 6 Rz. 33; *Manssen* in Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: 3. Ergänzungslieferung September 2000, C § 3 Rz. 2; *Bothel/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (18).

44) Vgl. auch *Schütz* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 3 Rz. 4 und § 6 Rz. 34; *Bothel/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (15 und 20); *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 1998, Rz. 111.

45) Vgl. auch *Bothel/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (14 und 21).

46) Ähnlich *Erling-Ernst*, Praxiskommentar zum Telekommunikationsgesetz TKG, 2. Aufl. 1999, § 3 Rz. 5 f. Vgl. auch *Schütz* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 6 Rz. 35; *Manssen* in Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: 3. Ergänzungslieferung September 2000, C § 3 Rz. 2.

47) *Manssen* in Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: 3. Ergänzungslieferung September 2000, C § 3 Rz. 2. Die Forderung einer unter Ausblendung jeglicher vertraglicher Verpflichtungen im *Tatsächlichen* begründeten Möglichkeit einer »Letztentscheidung über den Betrieb oder Nichtbetrieb (»Ein-Aus«)«, vgl. *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 1998, Rz. 599, würdigt nicht hinreichend, dass das Gesetz die *Kontrolle*, nicht die *ausschließliche* Kontrolle verlangt, was angesichts der regelmäßig bestehenden tatsächlichen Angewiesenheit auf Vorleistungen (Stromversorgung) ein wenig praxistaugliches Kriterium wäre. Überdies setzt die Frage nach dem Inhaber der Letztentscheidungskompetenz letzten Endes auch normative Wertungen voraus (etwa wenn tatsächliches Handeln einer Person rechtlich einer anderen zugeordnet wird), bei denen vertragliche Verpflichtungen nicht ignoriert werden können. Ähnlich für die Rechtslage vor In-Kraft-Treten des TKG: *Bothel/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (13 und 18).

48) *Bothel/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (14).

49) *Schütz* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 6 Rz. 34; *Bothel/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (15 f.). Regelmäßig wird es bei Wartungsarbeiten und ähnlichen Hilfstätigkeiten überdies selbst im Tatsächlichen an einer Kontrolle der *Gesamtheit* der Übertragungsfunktionen fehlen.

für, ob jemand die tatsächliche Kontrolle über die Gesamtheit der Übertragungsfunktionen innehat, ist schließlich darin zu sehen, wenn es demjenigen möglich ist, über die tatsächliche Nutzung einer jeden Teilmenge dieser Funktionsgesamtheit zu disponieren, d.h. beispielsweise die Funktionen im Rahmen eines neu ausgerichteten Übertragungsweges zu nutzen.⁵⁰

3. Zwischenergebnis

Die Kontrolle über die Übertragungsfunktionen hat vor diesem Hintergrund folglich derjenige, der entsprechende Kontrollrechte mittelbar oder unmittelbar vom Eigentümer der diese Funktionen erbringenden Übertragungsrichtungen ableiten kann und diese Rechte überdies tatsächlich wahrzunehmen in der Lage ist.

Üblicherweise wird »Funktionsherrschaft« angenommen, wenn der Betreiber die Möglichkeit hat, in eigener Verantwortung darüber zu entscheiden, ob der Übertragungsweg in Betrieb geht, bleibt oder außer Betrieb gesetzt wird.⁵¹ Diese Formel ist griffig, aber angesichts des oben Herausgearbeiteten unpräzise. Insbesondere vermag sie nicht die Frage zu beantworten, wann ein Übertragungsweg »in Betrieb geht« (etc.), definiert letzten Endes also wenig zielführend den Betreiber als denjenigen, der über das »Ob« des Betriebs entscheidet. Unter Berücksichtigung des richtigen Kontrollgegenstandes kommt es hingegen einzig auf die Kontrolle über die Gesamtheit der Übertragungsfunktionen an.

4. Gemeinsame Infrastrukturnutzung

Bei gemeinsam genutzter Infrastruktur muss somit sichergestellt sein, dass die beteiligten Unternehmen be-

rechtigt und tatsächlich in der Lage sind, auf die Teile der Anlagen zuzugreifen, die sie für den Betrieb ihres Netzes benötigen.⁵² So müssen etwa bei einem gemeinsam genutzten Standort für eine Funk-Basisstation die beteiligten Unternehmen Zugang zu diesem haben. Bei einer gemeinsam genutzten Funk-Basisstation müssen die beteiligten Unternehmen die – voneinander unabhängige – Kontrolle über die ihnen zugeordneten Systeme haben. Gleiches gilt etwa für gemeinsam genutzte RNC, MSC und andere Netzelemente.⁵³

Diese Grundsätze sind indes nicht auf technisch-physikalische Gegenstände beschränkt, da es für das »Betreiben von Übertragungswegen«, für die »Funktionsherrschaft«, ausschließlich auf die Kontrolle der Gesamtheit der Übertragungsfunktionen ankommt. Wenn mittels eines technisch-physikalischen Gegenstandes Übertragungsfunktionen erbracht werden und die dabei insgesamt zur Verfügung stehende Übertragungsleistung logisch dergestalt unterteilt werden kann, dass die einzelnen Übertragungsteilleistungen unabhängig voneinander nutzbar sind, können diese Kapazitäten der tatsächlichen und rechtlichen Kontrolle i.S.d. § 3 Nr. 1 TKG durch unterschiedliche Unternehmen unterliegen. Die »Funktionsherrschaft« beschränkt sich dann auf den genutzten Anteil an diesem Gegenstand, d.h. auf eine Teilmenge der auf die elektrischen und physikalischen Eigenschaften der Signalübertragung bezogenen Funktionen und damit i.d.R. auf eine dem Unternehmen zur Verfügung stehende Kapazität (Rechnerkapazität, Übertragungskapazität, etc.), die unabhängig von der Restkapazität genutzt werden kann. Scheidet auch eine solche logische Unterteilung aus, hat die gemeinsame Infrastrukturnutzung zur Folge, dass insoweit die Betreibereigenschaft zumindest auf Seiten eines der beteiligten Unternehmen entfällt. Gegen die damit festgestellte Möglichkeit einer die individuelle Funktionsherrschaft nicht beeinträchtigenden gemeinsamen Infrastrukturnutzung spricht auch nicht, dass die beteiligten Unternehmen dabei auf die Vorleistung eines Dritten⁵⁴ angewiesen sind. Dieser muss, ohne insoweit selbst Übertragungswege zu betreiben, die technisch-physikalische Plattform zur Verfügung stellen, über deren logisch getrennte Kapazitäten die Unternehmen dann die rechtliche und tatsächliche Kontrolle ausüben können. Vielmehr ist der Betreiber eines Übertragungsweges stets auf Vorleistungen anderer Unternehmen (z.B. Stromlieferanten) zwingend angewiesen. Die Möglichkeit, gänzlich autonom die Übertragungsleistung zur Verfügung stellen zu können, ist daher nicht Voraussetzung der Betreiber-eigenschaft. Dieses Ergebnis hat schließlich auch nichts mit der Annahme eines »Sekundärbetriebs« zu tun, wie sie im früheren fernmelderechtlichen Schrifttum verbreitet war.⁵⁵ Anders als bei der für diesen »Sekundärbetrieb« üblichen Unterordnung unter den »Primärbetrieb« werden bei der gemeinsamen Infrastrukturnutzung die Funktionen, die sich auf die elektrischen und physikalischen Eigenschaften der Signalübertragung beziehen, von den beteiligten Betreibern parallel und systemhierarchisch auf derselben Ebene realisiert, wohingegen der die Vorleistung erbringende

50) Dies ist auch den Ausführungen der *RegTP* zu entnehmen, wenn sie für die RNC-Mitbenutzung neben der unabhängigen Steuerung auch die Möglichkeit des »Anschlusses auch eigener, ausschließlich selbst betriebener Node B an den eigenen logischen RNC« fordert, vgl. *RegTP*, Thesenpapier.

51) *Erling-Ernst*, Praxiskommentar zum Telekommunikationsgesetz TKG, 2. Aufl. 1999, § 3 Rz. 6; *Schütz* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 3 Rz. 4 und § 6 Rz. 33; *Manssen* in Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimedia-recht, Loseblattsammlung, Stand: 3. Ergänzungslieferung September 2000, C § 3 Rz. 2.

52) Vgl. auch *Bothe/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (18).

53) Ein anderes Konzept verfolgt ausweislich des § 8 der Anlage zu den Konzessions- und Frequenzteilungsurkunden die österreichische *Telekom-Control-Kommission*, die ausdrücklich den Umfang des »selbst« zu betreibenden Netzes umschreibt und offenkundig eine gemeinsame Infrastrukturnutzung der »wesentlichen Elemente« des Kern- und des Funknetzes (Switch, VLR, HLR einerseits, RNC und Knoten B andererseits) für lizenzrechtlich unzulässig hält. Damit ist freilich noch nicht abschließend entschieden, ob ein »selbst« zu betreibendes Netz nur dann vorliegt, wenn die betreffenden Netzelemente *alleine* betrieben werden. Vor allem aber fehlt eine solche Bestimmung in den deutschen UMTS-Lizenzen.

54) Wobei an die Stelle eines Dritten auch eines der beteiligten Unternehmen oder sogar ein aus den beteiligten Unternehmen gebildetes Gemeinschaftsunternehmen treten kann – ohne dass mit dieser tatsächlichen Feststellung die jeweilige kartellrechtliche Zulässigkeit behauptet werden soll.

55) Vgl. dazu *Bothe/Heun/Lohmann*, ArchPT 1995, 5 (16).

Dritte insoweit selbst keinen Übertragungsweg betreibt.⁵⁶

V. Fazit

In ihrem Thesenpapier präsentiert die *RegTP* Thesen zur gemeinsamen Nutzung logisch getrennter Knoten B und RNC in ein und derselben Einheit anstelle physikalisch getrennter Knoten B bzw. RNC am selben Standort. Sie hält eine solche Nutzung »logischer Knoten B« bzw. »logischer RNC« für lizenzrechtlich zulässig und hat auch hinsichtlich der Wahrung der »Funktionsherrschaft« keine Bedenken, wenn die Steuerung der logischen Knoten B bzw. logischen RNC »unabhängig (...) durch jeden Lizenznehmer« erfolgt. Wie auch die kartellrechtlichen Überlegungen, die in dem Thesenpapier zum Ausdruck kommen, verdienen diese Ausführungen Zustimmung. Sie stehen im Einklang mit dem TKG, dem ein funktionaler Betreiberbegriff zu Grunde liegt.

Mit der Veröffentlichung ihres Thesenpapiers hat die *RegTP* die gegenwärtig erforderliche Rechtssicherheit geschaffen. Es liegt nun an den Unternehmen der Telekommunikationsbranche, die technischen und ökonomischen Voraussetzungen dafür zu schaffen,⁵⁷ um die so eröffneten praktischen Gestaltungsspielräume nutzen zu können. Dabei will der Regulator den Aufbau der UMTS-Netze auch in Zukunft sowohl fördernd als auch überwachend begleiten. Die »hilfreichen Hinweise«, wie

der Präsident der Regulierungsbehörde das Thesenpapier bezeichnete, würden erst dann relevant, »wenn die Lizenznehmer derartige Vereinbarungen abschließen und der Behörde vorlegen.«⁵⁸ Die *RegTP* geht somit offenbar von einer zumindest faktischen Genehmigungsobliegenheit für einzelne Vereinbarungen über die gemeinsame Infrastrukturnutzung aus. Kommen die Lizenznehmer dieser Verhaltensanforderung in eigener Sache nicht nach, müssen sie mit lizenzrechtlichen Maßnahmen (Auflagenvollzug, Ultima Ratio: Widerruf der Lizenz nach § 15 Nr. 1 TKG) der *RegTP* rechnen. Der Begriff der »Funktionsherrschaft« wird damit aller Voraussicht nach noch nicht von der telekommunikationsrechtlichen Tagesordnung genommen werden können.

56) Schon aus diesem Grund ist die gemeinsame Infrastrukturnutzung auch nicht ohne weiteres mit dem bloßen Anmieten von Übertragungskapazität (Bandbreite) vergleichbar, wie es im Rahmen der Sprachtelefondienstlizenz u.U. relevant sein kann. Vgl. dazu *Schütz* in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 6 Rz. 70; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 1998, Rz. 599. Hier wird es überdies an der tatsächlichen Kontrolle fehlen, da der Mieter reiner Übertragungskapazität über die tatsächliche Nutzung der jeweiligen Übertragungsfunktionen (etwa der Vermittlungsleistung eines (physikalischen oder logischen) Switches) ausschließlich hinsichtlich des Ausmaßes der Inanspruchnahme dieser Funktionen disponieren kann.

57) So existiert beispielsweise noch keine Hardware, die eine Knoten-B-Mitbenutzung in dem hier dargelegten Sinne – unter gegenseitiger Abschottung der mitnutzenden Unternehmen – erlauben würde.

58) *RegTP*, Pressemitteilung v. 5.6.2001.