

CHRISTIAN KOENIG/ALEXANDER KOCH

Die Resale-Verpflichtung von Mobilfunknetzbetreibern nach dem neuen gemeinschaftlichen TK-Rechtsrahmen

Im Mobilfunkmarkt haben Endverbraucher beim Abschluss von Handy-Verträgen die Wahl zwischen solchen mit dem Netzbetreiber und solchen mit reinen Wiederverkäufern (Resellern). Resale führt hierbei nicht etwa ein Schattendasein, vielmehr rangiert nach den Teilnehmerzahlen bereits an dritter Stelle ein reiner Reseller. Rechtliche Grundlagen für Resale sind derzeit § 4 Abs. 1 TKV sowie Klauseln in den Lizenzen der meisten GSM-Netz-

betreiber. Inwieweit Resale mit dem neuen gemeinschaftlichen TK-Rechtsrahmen vereinbar ist, und ob Resale auch im UMTS-Markt von den Netzbetreibern angeboten werden muss, ist Gegenstand der folgenden Untersuchungen. Die Frage ist für die künftige Wettbewerbsintensität auf den Mobilfunkmärkten von großer Bedeutung.

I. Die Resale-Verpflichtung nach geltendem Recht

Telekommunikations(TK)-Netzbetreiber sind nach § 4 Abs. 1 TKV verpflichtet, Resale¹ zu ermöglichen: „Betreiber öffentlicher TK-Netze haben ihr Leistungsangebot so zu gestalten, dass Anbieter von TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit diese Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben und ihren Kunden anbieten können. Dies gilt nicht, wenn die Verpflichtung im Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt ist.“

II. Vereinbarkeit einer generellen Resale-Verpflichtung mit dem neuen TK-Rechtsrahmen

Die Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 1 TKV wird unter den Gesichtspunkten der Deckung durch die Ermächti-

gungsgrundlage² und der Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitsgarantie³ bezweifelt. Diese Frage ist allerdings nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

Art. 12 Abs. 2 lit. d) Zugangsrichtlinie⁴ sieht ausdrücklich „die Verpflichtung, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten“, vor. Allerdings nimmt Abs. 1 der Vorschrift Bezug auf Art. 8 Zugangsrichtlinie. Dieser knüpft die Auferlegung entsprechender Pflichten in Abs. 2 an das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht.

Ein Verbot, unterhalb der Schwelle der beträchtlichen Marktmacht regulatorisch tätig zu werden, kann sich nun aus Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie ergeben. Hiernach „...erlegen die nationalen Regulierungsbehörden Betreibern, die nicht gem. Absatz 2 [als solche mit beträchtlicher Marktmacht] eingestuft wurden, die in den Art. bis 13 genannten Verpflichtungen nicht auf.“ Bei einem rein am Wortlaut orientierten Verständnis verbietet Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie lediglich, den nationalen Regulierungsbehörden entsprechende Verpflichtungen aufzuerlegen. Es könnte somit durchaus denkbar sein, dass es mit der Zugangsrichtlinie vereinbar wäre, wenn der nationale Gesetz- oder Verordnungsgeber eine Resale-Verpflichtung – etwa entsprechend § 4 Abs. 1 TKV – vorsähe. Bereits bei einer systematischen Betrachtung ergeben sich jedoch Zweifel. Die Zugangsrichtlinie ist auf Grundlage des Art. 95 EG erlassen worden. Es handelt sich folglich um eine Harmonisierungsrichtlinie, die darauf abzielt, einen Gemeinsamen Markt i.S.v. Art. 2 EG zu errichten.⁵ Hierfür ist es nötig, die innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzugleichen.⁶ Es ist also zu klären, ob es mit diesem Ziel vereinbar ist, wenn in den einzelnen Mitgliedstaaten zwar ein harmonisiertes Regime der Regulierung durch die nationalen Regulierungsbehörden existierte, parallel hierzu aber weitere sektorspezifische Vorabverpflichtungen durch die jeweiligen nationalen Gesetzgeber auferlegt werden könnten. Eine solche Doppelregulierung würde letztlich dazu führen, dass in den einzelnen Mit-

1) Vgl. zur volkswirtschaftlichen Bedeutung von Resale: *Neumann*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 230, 2002; *Kurth*, MMR 2001, 653 ff.

2) Für eine Verfassungswidrigkeit der Norm aus diesem Grund: *Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. 2000, § 4 TKV Anh § 41 Rdnr. 5; v. *Hammerstein*, MMR 2001, 214, 217. Zweifelnd: *Kammerlohr*, K&R 1998, 90, 91 Fußn. 15.

3) Vgl. allgemein zur Wesentlichkeitstheorie: BVerfGE 49, 89, 126; 61, 260, 275; 77, 170, 230; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Komm., 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rdnr. 46. Für eine Verfassungswidrigkeit der Norm aus diesem Grund: *Ehmer* (o. Fußn. 2), § 4 TKV Anh § 41 Rdnr. 6.

4) RL 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7 ff.

5) Zur Funktion von Harmonisierungs-Richtlinien: *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 692.

6) *Koenig/Haratsch* (o. Fußn. 5), Rdnr. 692.

■ Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn. Alexander Koch ist dort wissenschaftlicher Referent. Bei dem Beitrag handelt es sich um die stark verkürzte Fassung eines im Auftrag der *debitel* AG erstellten Rechtsgutachtens.

gliedstaaten unterschiedliche TK-Rechtsrahmen existierten, weil etwa in dem einen Land eine generelle Resale-Verpflichtung bestünde, während in einem anderen Land eine solche Pflicht nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden dürfte. Eine solche Zersplitterung der Rechtsrahmen widerspricht jedoch dem Anliegen, einen harmonisierten europäischen Rechtsrahmen für den TK-Sektor zu schaffen. Eine generelle Verpflichtung aller TK-Netzbetreiber, auch unterhalb der Schwelle beträchtlicher Marktmacht Resale⁷ anzubieten, ist folglich mit dem neuen gemeinschaftlichen Rechtsrahmen unvereinbar. § 4 Abs. 1 TKV kann somit unter dem neuen gemeinschaftlichen Rechtsrahmen keinen Bestand haben.

III. Weitergeltung der Resale-Verpflichtung aus den GSM-Lizenzen

Die GSM-Lizenzen von D1,⁸ D2⁹ und E1¹⁰ enthalten als Punkt 17.1 folgende Bedingung: „Der Lizenznehmer ist verpflichtet, geeignete Diensteanbieter zuzulassen. Die Diensteanbieter haben ... das Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste des Lizenznehmers zu vertreiben sowie Zusatzdienste i.R.d. Lizenz zu entwickeln und ihren Teilnehmern anzubieten.“ Möglicherweise können diese lizenzrechtlichen Verpflichtungen auch unter dem neuen Rechtsrahmen Bestand haben.

1. Art. 17 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie

Dies ist zunächst an Art. 17 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie¹¹ zu messen. Hiernach „bringen [die Mitgliedstaaten] die Genehmigungen, die am Tag des In-Kraft-Tretens dieser Richtlinie bereits gültig sind, ... mit den Bestimmungen dieser Richtlinie in Einklang.“ Soweit Lizenzbestimmungen mit den Vorgaben der neuen Genehmigungsrichtlinie unvereinbar sind, muss folglich eine Anpassung vorgenommen werden.

Die zulässigen Auflagen sind in den Teilen A, B und C des Anhangs der neuen Genehmigungsrichtlinie enumerativ¹² aufgezählt. Resale ist hiernach nicht vorgesehen. Abgesehen davon erlaubt die Zugangsrichtlinie die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung nur beim Vorliegen „beträchtlicher Marktmacht“. Unterhalb dieser Schwelle soll also gerade keine Regulierung durch Auferlegung einer Resale-Verpflichtung stattfinden. Dieses Ziel könnte umgangen werden, wenn die *Regulierungsbehörde* grundsätzlich eine solche Pflicht i.R.v. Einzelgenehmigungen durchsetzen könnte. Die Regulierungsbehörde würde in solchen Konstellationen in ihrer Funktion als Lizenzgeberin das für sie ansonsten bestehende Regulierungsverbot umgehen.

2. Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 Zugangsrichtlinie

Bei den bisherigen Betrachtungen ist Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 Zugangsrichtlinie unberücksichtigt geblieben. Dieser nimmt „... Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Richtlinie 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie), die gem. Art. 6 Absatz 1 jener Richtlinie angewandt wird ...“, von dem Verbot aus, eine Resale-Verpflichtung unterhalb der Schwelle beträchtlicher Marktmacht aufzuerlegen. Nach Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie dürfen „Verpflichtungen, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist“, an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden. Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie liest sich im hier relevanten Kontext also folgendermaßen: „Unbeschadet von Verpflichtungen, die das Unternehmen im

Laufe eines Auswahlverfahrens eingegangen ist, erlegen die nationalen Regulierungsbehörden nicht über beträchtliche Marktmacht verfügenden Unternehmen die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen nicht auf.“

a) Auslegung

Welche Funktion dieser Verweisung auf in Auswahlverfahren eingegangene Verpflichtungen zukommt, soll im Folgenden ermittelt werden, indem zunächst gefragt wird, welche Folgen ein Fehlen dieser Vorschrift hätte.

Auswirkung eines Fehlens der Vorschrift

Würde die Verweisung fehlen, wäre eine generelle Resale-Verpflichtung von Mobilfunkbetreibern mit dem neuen Rechtsrahmen unvereinbar. Gleiches würde für zahlreiche andere Verpflichtungen der Mobilfunkbetreiber gelten. Anders als bei kabelgebundenen Netzen setzen Mobilfunknetze die Nutzung des knappen Guts Funkfrequenzspektrum voraus. Solche Frequenznutzungsrechte sind unter dem derzeit noch geltenden Rechtsrahmen durch auf Wettbewerb oder Vergleich beruhenden Auswahlverfahren zugeteilt worden.

Bei Vergleichsauswahlverfahren kann es nun zu einer Situation gekommen sein, in der verschiedene Unternehmen Angebote gemacht haben und hierin bereit waren, auf Bedingungen einzugehen, zu denen sie unter dem neuen Rechtsrahmen jedenfalls nicht mehr gezwungen werden könnten.¹³ So ist es theoretisch denkbar, dass bei der Entscheidung zwischen zwei konkurrierenden Unternehmen mit ansonsten gleichen Angeboten die Bereitschaft des einen Unternehmens, Resale anzubieten, den Ausschlag gegeben hat. Grundlage der Entscheidung wäre in einer solchen Konstellation also gerade die Resale-Bereitschaft des Unternehmens gewesen. Verschärfen ließe sich dieser Konflikt noch, wenn man annimmt, dass ohne die Resale-Verpflichtung das andere Unternehmen die Auswahl für sich entschieden hätte, weil sein Gesamtkonzept insofern das Vergabeziel besser erreicht hätte. Sollte eine Verpflichtung zum Resale unter dem neuen Rechtsrahmen also nicht mehr gelten, würde letztlich das durchgeführte Auswahlverfahren rückwirkend ad absurdum geführt.

Zu einer ähnlichen Situation kann es bei Wettbewerbsauswahlverfahren kommen. So ist es vorstellbar, dass ein Unternehmen i.R.e. Auktion ab einem bestimmten Betrag nicht mehr bereit war mitzubieten, weil nach seinen internen Kalkulationen gerade eine der Nebenbedingungen – wie etwa eine Resale-Verpflichtung – dazu geführt hätte, dass der potenzielle wirtschaftliche Nutzen eines eigenen Netzes die zu erwartenden Investitionen nicht rechtfertigen würde. Oder aber ein Unternehmen hat angesichts der zu erwartenden hohen Investitionskosten für den Lizenz-

7) S. zu Anglizismen als Fremdworte vor allem im juristischen Kontext: *Sti-ckel*, in: FS Celsen, S. 159, 165.

8) ABl. BMPT 1994, S. 406 ff.

9) ABl. BMPT 1994, S. 415 ff.

10) ABl. BMPT 1993, S. 229 ff.

11) RL 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7. 4. 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108 v. 24. 4. 2002, S. 21 ff.

12) Nach dem Wortlaut der RL handelt es sich um eine „Maximalliste“ der zulässigen Bedingungen. Vgl. auch *Koenig/Neumann/Koch*, in: *Koenig/Bartosch/Braun*, EC competition and telecommunications law, 2002 (i.E.), Chapter 9, C. II.

13) Vgl. etwa die Stellungnahme der *National Post and Telecom Agency in Sweden (PTS)* zu den Vorschlägen der *Kommission* für einen neuen gemeinschaftlichen TK-Rechtsrahmen, abrufbar unter: <http://europa.eu.int/ISPO/in-fosoc/telecompolicy/review99/nrfwd/PTse23e.htm>.

erwerb und den Netzaufbau auf eine Teilnahme am Auswahlverfahren verzichtet, sich aber gleichzeitig darauf verlassen, am später stattfindenden Dienststewettbewerb als Reseller teilnehmen zu können. Auch in einer solchen Situation würde es nun zu einer Wettbewerbsverzerrung kommen, wenn nachträglich eine der zuvor festgelegten Bedingungen nicht mehr erfüllt werden müsste.

Schutz eines durch Auswahlverfahren geschaffenen Vertrauens

Eine Funktion der Verweisung in Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 Zugangsrichtlinie auf Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie kann also darin bestehen, das i.R.v. Auswahlverfahren geschaffene Vertrauen der Wettbewerber auf die Gültigkeit der dort jeweils eingegangenen Verpflichtungen zu schützen.

Dies gilt umso mehr, als der neue Rechtsrahmen zu einer Zeit diskutiert wurde, als gerade die UMTS-Vergabeverfahren in der Gemeinschaft durchgeführt wurden.¹⁴ Nun wäre es zumindest ungewöhnlich, wenn die dort eingegangenen Verpflichtungen ausgerechnet zu dem Zeitpunkt, zu dem sie relevant würden – nämlich mit dem nun beginnenden Netzaufbau und In-Betrieb-Gehen –, nicht mehr gelten sollten. Zudem ist dem neuen Rechtsrahmen an keiner Stelle zu entnehmen, dass er beabsichtigt, etwas an den Bedingungen zu ändern, zu denen die UMTS-Netze im Anschluss an die durchgeführten Vergabeverfahren aufgebaut und betrieben werden sollen.

Die Beteiligten von UMTS-Auktionen sind zum Teil extreme finanzielle Risiken eingegangen. Unternehmen, die nicht zum Zuge gekommen sind, blieb ein potenziell gewinnträchtiger Markt von Anfang an verschlossen. Diese Investitionen – oder auch der Verzicht auf solche Investitionen – sind volks- und betriebswirtschaftlich aber nur dann sinnvoll, wenn wenigstens während der Laufzeit der Frequenznutzungsrechte auch die Bedingungen gelten, die zum Zeitpunkt der Vergabe eingegangen wurden. Insofern besteht ein schutzwürdiges Interesse aller beteiligten Unternehmen daran, dass die in den UMTS-Lizenzen gewährten Rechte und Pflichten jedenfalls nicht grundsätzlichen Veränderungen unterworfen werden. Würde der neue gemeinschaftliche TK-Rechtsrahmen also dazu führen, dass die durch die UMTS-Vergabeverfahren geschaffene Rechtslage eine grundsätzliche Umgestaltung erführe, würde dies letztlich zu einer Enttäuschung des Vertrauens der beteiligten Unternehmen führen, die im Vertrauen

auf die Weitergeltung während der Lizenzlaufzeit Investitionen getätigt oder bewusst auf solche verzichtet haben.

Vor diesem Hintergrund bildet die Verweisung in Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 Zugangsrichtlinie auf Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie eine durch den Vertrauensschutzgedanken begründete Ausnahme vom Resale-Regulierungsverbot unterhalb der Schwelle beträchtlicher Marktmacht.

Zwischenergebnis

Bezogen auf bestehende Lizenzen sichert Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie das Vertrauen aller Verfahrensbeteiligten auf eine Weitergeltung der im Auswahlverfahren eingegangenen Verpflichtungen.

b) Die Resale-Verpflichtung als Klausel i.S.v. Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie

Soweit es sich bei der Resale-Verpflichtung in den GSM-Lizenzen also um eine „Verpflichtung [handelt], die [die] Unternehmen ... im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen [sind]“, kann diese Pflicht auch unter dem neuen gemeinschaftlichen Rechtsrahmen fortbestehen.

Resale-Verpflichtung als Bedingung der „Frequenznutzung“

Ausweislich Punkt 1 der GSM-Lizenzen ist Lizenzgegenstand „... die Errichtung und der Betrieb von für den öffentlichen Verkehr bestimmten Fernmeldeanlagen für das Angebot von ... [GSM-Diensten] im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.“ Gegenstand der GSM-Lizenzen ist zunächst noch nicht die Frequenznutzung.¹⁵ Die GSM-Lizenzen enthalten also selbst noch keine Frequenzzuteilung, sodass fraglich ist, inwieweit Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie auf die in den Mobilfunklizenzen vorgesehene Resale-Pflicht anwendbar ist.

Das deutsche TKG unterscheidet zwischen Lizenzerteilung (§§ 6 ff. TKG, insb. § 8 TKG) und Frequenzzuteilung¹⁶ (§§ 44 ff. TKG, insb. § 47 TKG). Diese Differenzierung beruht auf der verfahrenstechnischen Trennung der beiden Bereiche. Soweit eine Tätigkeit – wie etwa das Betreiben von Mobilfunknetzen – sowohl lizenzpflichtig als auch abhängig von einer Frequenzzuteilung ist, ergibt sich ein Anspruch auf die Frequenzzuteilung bereits aus der Lizenz.¹⁷

Anders als das nationale Recht kennen weder die alte¹⁸ noch die neue Genehmigungsrichtlinie den Begriff der Lizenz. Stattdessen verwenden sie den Begriff der Genehmigung als Oberbegriff für die Allgemein- und die Einzelgenehmigung bzw. das Nutzungsrecht.¹⁹ Das gesamte Verfahren der Lizenz- und Frequenzvergabe wird also im Gemeinschaftsrecht unter dem Oberbegriff der Genehmigung zusammengefasst, wobei der alte Rechtsrahmen weiter zwischen der Allgemein- und der Einzelgenehmigung differenziert und der neue Rechtsrahmen die Begriffe „Allgemeingenehmigung“ und „individuelles Nutzungsrecht“ verwendet.

Wenn Bedingung 7 im Teil B des Anhangs der neuen Genehmigungsrichtlinie nun Bezug nimmt auf „Bedingungen, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden können“, so ist dies in erster Linie in Abgrenzung zu den „Bedingungen, die an eine Allgemeingenehmigung geknüpft werden können“,²⁰ und den „Bedingungen, die an

14) Nach *Freiell*, MR 2001, 199, 201 f. Fußn. 24 ist Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie auf Betreiben der österreichischen Regierung aufgenommen worden, um die Konzessionen für die UMTS-Frequenzzuteilung nicht nachträglich ändern zu müssen.

15) Dies folgt ausdrücklich auch aus Punkt 23.1 der Lizenzen von D1 und D2: „Für das ... Netz werden Sendefrequenzen vom Lizenzgeber ... durch besonderen Verwaltungsakt ... zugeteilt.“ Punkt 25.1 der E1-Lizenz weicht zwar im Wortlaut, nicht aber vom Sinn her ab.

16) Vgl. zum Verfahren der Frequenzzuteilung: *Koch*, RTKom 2001, 217, 218.

17) Vgl. auch *Spoerr*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Komm., 2001, § 8 Rdnr. 72; *Manssen*, in: *Manssen*, TK- und Multimediarecht, Stand: 4. EL, § 8 Rdnr. 20. Die Gegenansicht, etwa *Schütz*, in: *Beck'scher TKG-Komm.* (o. Fußn. 2), § 8 Rdnr. 51, verkennt, dass andernfalls eine Lizenz dadurch praktisch unbrauchbar werden könnte, dass nach ihrer Erteilung die benötigte Frequenz nicht erteilt wird. In der Regulierungspraxis sichert die *Reg TP* deshalb die Frequenzzuteilung nach § 38 VwVfG zu.

18) RL 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 10.4.1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für TK-Dienste, ABl. EG Nr. L 117 v. 7.5.1997, S. 15 ff.

19) Art. 2 Abs. 1 Nr. a) Genehmigungsrichtlinie (1997); Art. 5 Genehmigungsrichtlinie (2002).

20) Teil A des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie.

Nummernnutzungsrechte geknüpft werden können“,²¹ zu verstehen.

Da weder die alte noch die neue Genehmigungsrichtlinie zwingend ein „einstufiges“ Lizenz- und Frequenzvergabeverfahren vorschreiben, bestehen keine Bedenken gegen eine nationale Lösung, die für bestimmte Bereiche – im Einklang mit der Genehmigungsrichtlinie – zunächst eine Lizenz vorsieht und die eigentliche Frequenzzuteilung in einem zweiten Verfahrensabschnitt gewährt. Der Passus „Bedingungen, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden können“, ist folglich so zu verstehen, dass diese Bedingungen i.R.e. nationalen Vergabeverfahrens für Funkfrequenzen mit einem individuellen Nutzungsrecht verbunden werden können. Soweit dieses nationale Verfahren zwischen Lizenzerteilung und Frequenzzuteilung unterscheidet, ist dies gemeinschaftsrechtlich als ein Verfahren zur Erteilung eines individuellen Nutzungsrechts zu verstehen. Weder an die Lizenzerteilung noch an die Frequenzzuteilung dürfen somit Bedingungen geknüpft werden, die mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unvereinbar sind. Andererseits ist es unter dem gemeinschaftsrechtlichen Blickwinkel unbedeutend, ob eine Bedingung verfahrenstechnisch an die Lizenz oder an das Frequenznutzungsrecht geknüpft wird. Die Verbindung der Resale-Verpflichtung mit der Lizenz und nicht mit der Frequenzzuteilung ist als nationale Besonderheit der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens anzusehen. In der Terminologie des Gemeinschaftsrechts handelt es sich dennoch um eine „Bedingung, die an [ein] Frequenznutzungsrecht[...] geknüpft“ wurde.

Verpflichtung „im Laufe“ eines Auswahlverfahrens

Die Resale-Verpflichtung muss im Laufe eines Auswahlverfahrens eingegangen worden sein. Betrachtet man die auf Wettbewerb oder Vergleich beruhende Auswahlverfahren, so ist in beiden Fällen vor Zuteilung des Nutzungsrechts den Unternehmen bekannt, welche Bedingungen an die Frequenznutzung geknüpft werden, zum einen weil diese vom Auktionator bekannt gegeben wurden, zum anderen weil diese aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgingen oder weil das Unternehmen die Bedingungen selbst „angeboten“ hat. In jedem Fall weist das Vergabeverfahren eine zeitliche Komponente auf: So muss etwa eine Entscheidung über die Verfahrensart getroffen werden und die Verfahrensbedingungen müssen bekannt gegeben werden.²² Freilich kommt diesem Zeitpunkt keine besonders große Bedeutung zu. Vielmehr ist die Wendung „im Laufe“ ein Synonym für „im Rahmen“ oder „während“.

Verpflichtung im Laufe eines „Auswahlverfahrens“

Schließlich muss die Resale-Verpflichtung gerade i.R.e. Auswahlverfahrens eingegangen worden sein. Die D2-Lizenz ist 1989 vergeben worden. Vorangegangen war ein Auswahlverfahren, an dem sich zehn Konsortien beteiligt haben.²³ Die Auswahl fand unter Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher, ordnungspolitischer und strukturpolitischer Gesichtspunkte statt.²⁴ Die Lizenz ist mithin i.R.e. auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens i.S.v. Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie vergeben worden. 1992/93 ist dann eine weitere GSM-Lizenz erteilt worden. Auch dieser Vergabe war ein auf Vergleich beruhendes Auswahlverfahren vorangegangen.²⁵

Demgegenüber hat für die D1-Lizenz kein vergleichbares Vergabeverfahren stattgefunden. Vielmehr hat die *DeTeMobil Deutsche Telekom Mobilfunk GmbH* als Tochter

der damals noch hoheitlich organisierten²⁶ *Deutschen Bundespost TELEKOM* diese Lizenz ohne Ausschreibungsverfahren erhalten.²⁷ Allerdings ist zu bedenken, dass die Genehmigungsrichtlinie an den vorherigen Rechtsrahmen anknüpft, nach dem eine Lizenzvergabe nur i.R.e. „offenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Verfahrens“ möglich war.²⁸ Eine Vergabe ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens war also bereits unter dem alten Rechtsrahmen nicht mehr vorgesehen. Dementsprechend fehlen in der Genehmigungsrichtlinie auch Sonderregeln für solche „Altfälle“ – sie ist insofern lückenhaft. Die gemeinschaftliche Politik auf dem Gebiet der Telekommunikation zielte zunächst primär auf die Liberalisierung der Märkte ab. Mit diesem vorrangigen Anliegen wäre es nun gerade nicht zu vereinbaren, wenn ausgerechnet ein ehemaliges staatliches Unternehmen dafür privilegiert würde, dass es seine Lizenz nicht i.R.e. Auswahlverfahrens erhalten hat.

Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie ist folglich so zu verstehen, dass jedenfalls auch verpflichtende Auflagen in Genehmigungen weitergelten sollen, die ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens an ein ehemaliges staatliches Unternehmen erteilt wurden.²⁹ Der Wortlaut ist insofern teleologisch zu reduzieren. Dies muss umso mehr gelten, als im Falle der beiden D-Netze inhaltsgleiche Lizenzen erteilt wurden und daher andernfalls gleiche Sachverhalte ungleich behandelt würden.

Verpflichtung gerade durch die Lizenz begründet

Schließlich muss sich die Resale-Verpflichtung gerade aus der Lizenz ergeben. In Punkt 17.1 der GSM-Lizenzen von D1, D2 und E1 wird ausdrücklich die Resale-Verpflichtung festgeschrieben. In den folgenden Unterpunkten finden sich detaillierte Ausführungen zur genauen Ausgestaltung dieser Pflicht.

3. Zwischenergebnis

Die lizenzrechtliche Resale-Verpflichtung in den GSM-Lizenzen von D1, D2 sowie E1 hat unter dem neuen gemeinschaftlichen TK-Rechtsrahmen Bestand.

IV. Auferlegung einer Resale-Verpflichtung gegenüber den UMTS-Lizenzinhabern

Im Gegensatz zu den GSM-Lizenzen enthalten die UMTS-Lizenzen³⁰ keine eigenständige Resale-Verpflichtung. Stattdessen wird in Teil C Punkt 15 auf die sich aus § 4 Abs. 1 TKV ergebende Pflicht hingewiesen.

1. Reines Wortlautverständnis

Bei einem rein am Wortlaut orientierten Verständnis ließe sich nun argumentieren, die Resale-Verpflichtung sei nicht i.R.e. Auswahlverfahrens eingegangen worden. Demnach käme dem „Hinweis“ auf die nach der TKV bestehende

21) Teil C des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie.

22) Vgl. zum Verfahren Art. 7 Genehmigungsrichtlinie.

23) *Plagemann*, CR 1990, 317, 318 f.

24) *Plagemann* (o. Fußn. 23), S. 319.

25) Der Xonio Mobilfunk-Report 2000, 7. Jg., S. 12.

26) *Schütz* (o. Fußn. 17), § 6 Rdnr. 39.

27) Vgl. *Schütz* (o. Fußn. 17), § 6 Rdnr. 39.

28) Art. 9 Abs. 2 Spiegelstrich 1 Genehmigungsrichtlinie (1997).

29) Der Wortlaut von Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie ist insofern teleologisch zu reduzieren. Vgl. auch *Lutter*, JZ 1992, 593, 602 f.

30) Die Lizenzen sind im Internet über http://www.regtp.de/reg_tele/start/in_05-01-01-01-00_m/index.html abrufbar.

Resale-Verpflichtung keine eigenständige Bedeutung zu. Verstünde man den Hinweis also rein deklaratorisch, handelte es sich nicht um eine Bedingung i.S.v. Nr. 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie. Demnach würde auch die Ausnahme des Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 Zugangsrichtlinie nicht greifen und eine Resale-Verpflichtung dürfte nur beim Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden.

2. Auslegung der Lizenzen

Allerdings sind die Lizenzen wie alle Verwaltungsakte einer Auslegung zugänglich. Die Auslegung von Verwaltungsakten und anderen öffentlich-rechtlichen Willenserklärungen richtet sich nach den für Willenserklärungen geltenden allgemeinen Grundsätzen. Insbesondere ist § 133 BGB entsprechend anzuwenden.³¹ Der Wortlaut der Lizenzen bildet hierbei den Ausgangspunkt der Auslegung.³² Es kommt daher weniger auf die Buchstaben³³ der Lizenz, als vielmehr auf den zum Ausdruck gekommenen Willen an.³⁴ Dabei ist freilich nicht alleine auf den subjektiven Willen³⁵ des Lizenzgebers abzustellen, sondern vielmehr auf den objektiven Erklärungswert der Willenserklärung nach dem Empfängerhorizont.³⁶ Unklarheiten bei der Auslegung gehen zu Lasten der Behörde.³⁷

a) Für die Auslegung maßgeblicher Empfängerkreis

Zunächst ist also zu klären, auf welchen Empfängerkreis bei der Auslegung der Lizenzen abzustellen ist. In Betracht kommen hier einmal nur die UMTS-Lizenznehmer, aber auch alle an der Auktion Beteiligten, einschließlich der Unternehmen, die frühzeitig aus dem Vergabeverfahren ausgestiegen sind.

Für eine Auslegung nur am Empfängerhorizont der UMTS-Lizenznehmer spricht zunächst, dass ihnen durch die Lizenz unmittelbar Rechte eingeräumt und Pflichten auferlegt werden, sie also Adressaten des Verwaltungsakts sind. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung grundsätzlich auch der Empfängerhorizont der Drittbetroffenen Berücksichtigung finden muss.³⁸ Eine solche Drittbetroffenheit ist vor allem bei Ver-

waltungsakten mit Doppelwirkung anzunehmen. Sie setzt im Normalfall voraus, dass der Dritte ein eigenes subjektives öffentliches Recht geltend machen kann,³⁹ also selbst begünstigt oder belastet wird.⁴⁰

Begünstigt in diesem Sinne könnten etwa Reseller sein, die durch die Resale-Klausel eine Möglichkeit erhalten, als Wiederverkäufer fremder Dienste tätig zu werden. Aber auch unabhängig davon, ob durch die Lizenzerteilung selbst eine Begünstigung i.S.e. subjektiven öffentlichen Rechts entsteht, ist bei den UMTS-Lizenzen eine Besonderheit gegenüber normalen Verwaltungsakten zu berücksichtigen:

Die Lizenzbedingungen sind im Vorfeld der Auktion im Entwurf veröffentlicht und zur öffentlichen Diskussion gestellt worden. Über die abschließende Formulierung der Lizenzen hat ebenfalls vor der Auktion die *Reg TP* entschieden.⁴¹ Allen Beteiligten war somit bekannt, welche Rechte und Pflichten ihnen im Falle eines Zuschlags eingeräumt bzw. auferlegt würden. Die Entscheidung, sich an der Auktion zu beteiligen oder während der Auktion weiterzubieten bzw. auszusteigen, war also entscheidend durch die Kenntnis der Lizenzbedingungen bestimmt. Dementsprechend ist jedenfalls bei der Auslegung der Lizenzen der Empfängerhorizont sämtlicher an der Auktion beteiligter Unternehmen zu berücksichtigen, einschließlich solcher, die frühzeitig aus dem Vergabeverfahren ausgestiegen sind.

b) Auslegung nach dem Empfängerhorizont

Im Vergabeverfahren zum Ausdruck gekommener Wille

Für die Ermittlung des letztlich hinter dem „Hinweis“ auf § 4 Abs. 1 TKV stehenden Sinns und Zwecks sind zunächst die Materialien heranzuziehen, die schließlich zu der Endfassung der Lizenzen geführt haben.⁴² Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung der *Präsidentenkammer* der *Reg TP* v. 18.2.2000 über die Festlegungen und Regeln zur Vergabe der UMTS-Lizenzen.⁴³

I.R.d. Entscheidung wurde dem Resale eine gewichtige Bedeutung beim Aufbau einer UMTS-Infrastruktur beigegeben. Die *Reg TP* sah hier die Gefahr einer Benachteiligung von UMTS-Lizenznehmern ohne eigenes GSM-Netz gegenüber solchen, die über ein GSM-Netz verfügen. Gerade in der Anfangsphase des Netzaufbaus wird keiner der UMTS-Lizenznehmer in der Lage sein, flächendeckend UMTS anzubieten. Deshalb wird es in dieser Phase von elementarer Bedeutung sein, neben UMTS- auch GSM-Dienste anbieten zu können.⁴⁴ Zur Herstellung von Chancengleichheit zwischen den UMTS-Lizenznehmern ist es also nötig, diesen die Möglichkeit zu geben, GSM-Dienste anzubieten, unabhängig davon, ob sie über ein eigenes Netz verfügen oder nicht.

Die *Reg TP* sah in dieser Frage allerdings keinen Handlungsbedarf, weil durch § 4 Abs. 1 TKV eine solche Möglichkeit ohnehin bestünde.⁴⁵ Insgesamt zeigt die wiederholte Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 TKV,⁴⁶ dass jedenfalls die *Reg TP* keine Zweifel an der Gültigkeit bzw. der Weitergeltung dieser Norm zum Zeitpunkt des beginnenden Wettbewerbs im UMTS-Markt hatte.⁴⁷ Dies verwundert insofern, als jedenfalls die Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht nicht unproblematisch ist.⁴⁸ Aus Sicht der *Reg TP* bestand damit auch kein Grund, in die UMTS-Lizenzen eine eigenständige Resale-Verpflichtung aufzunehmen. Eine den

31) BVerwGE 84, 236, 264; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 35 Rdnr. 6; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2000, Rdnr. 129; *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, Komm., 6. Aufl. 2001, § 35 Rdnr. 43; *Wolff/Bachoff/Stober*, VwVfG, Bd. 1, 11. Aufl. 1999, § 36 Rdnr. 11.

32) Vgl. allgemein zum Wortlaut als Ausgangspunkt der Auslegung: *Peine* (o. Fußn. 31), Rdnr. 129; *Wolff/Bachoff/Stober* (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 11.

33) *Badura*, in: *Erichsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 38 Rdnr. 17.

34) *Peine* (o. Fußn. 31), Rdnr. 129; *Stelkens/Stelkens* (o. Fußn. 31), § 35 Rdnr. 43; *Wolff/Bachoff/Stober* (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 11.

35) *Stelkens/Stelkens* (o. Fußn. 31), § 35 Rdnr. 43.

36) BVerwGE 74, 15, 17; *Kluth*, NVwZ 1990, 608, 610; *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 31), § 35 Rdnr. 6; *Wolff/Bachoff/Stober* (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 11.

37) BVerwGE 41, 305, 306; 48, 279, 281 f.; 60, 223, 229; *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 31), § 35 Rdnr. 6; *Wolff/Bachoff/Stober* (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 11.

38) BVerwG DVBl 1992, 52; *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 31), § 35 Rdnr. 6; *Stelkens/Stelkens* (o. Fußn. 31), § 35 Rdnr. 43.

39) *Wolff/Bachoff/Stober* (o. Fußn. 31), § 43 Rdnr. 18 ff.

40) *Peine* (o. Fußn. 31), Rdnr. 139.

41) ABl. Reg TP 2000, S. 516 ff.

42) Vgl. bzgl. der Heranziehbarkeit solchen Materials: *Badura* (o. Fußn. 33), § 38 Rdnr. 17.

43) ABl. Reg TP 2000, S. 516 ff.

44) ABl. Reg TP 2000, S. 516, 533.

45) ABl. Reg TP 2000, S. 516, 533.

46) ABl. Reg TP 2000, S. 516, 533 f.

47) Auch später hat die *Reg TP* keine Zweifel an der Wirksamkeit dieser Verpflichtung gesehen. Vgl. Jahresbericht der *Reg TP* 2001, S. 72. Der Bericht ist unter <http://www.regtp.de/imperia/md/content/aktuelles/jahresb2001.pdf> abrufbar.

48) S. oben I.

GSM-Lizenzen vergleichbare Regelung war, jedenfalls unter der Voraussetzung, dass § 4 Abs. 1 TKV Bestand haben würde, unnötig.

Auch auf Seiten der an der Auktion Beteiligten bestanden offensichtlich keine Zweifel an der Geltung des § 4 Abs. 1 TKV – jedenfalls findet sich in den Stellungnahmen der Unternehmen, soweit sie in den Verfügungsbegründungen der *Reg TP* abgedruckt sind, kein solcher Hinweis.

Für die potenziellen Gewinner der Auktion war somit unzweifelhaft klar, dass sie Resale anbieten müssten. Ein schutzwürdiges Vertrauen, dass § 4 Abs. 1 TKV wegfallen und damit auch die Resale-Verpflichtung hinfällig sein würde, bestand unter keinem Gesichtspunkt. Von noch größerer Bedeutung ist hingegen das Vertrauen in den Bestand einer Resale-Verpflichtung im UMTS-Markt auf Seiten solcher Unternehmen, die keine Lizenzen ersteigert haben. Schon vor der Auktion war deutlich, dass auf Grund der Frequenzknappheit und der damit verbundenen Beschränkung der UMTS-Lizenzen nur eine begrenzte Anzahl von Unternehmen am Infrastrukturwettbewerb teilnehmen könnte.

Solange im UMTS-Markt aber eine Resale-Verpflichtung besteht, wird dies für die nicht zum Zuge kommenden Unternehmen durch die Möglichkeit, am Dienstewettbewerb⁴⁹ teilhaben zu können, jedenfalls zu einem Teil kompensiert. Für alle potenziell am UMTS-Markt interessierten Unternehmen stellte sich somit bereits im Vorfeld der Auktion die betriebswirtschaftliche Frage, welcher Wert der Möglichkeit, ein eigenes UMTS-Netz betreiben zu können, gegenüber der Möglichkeit, UMTS-Dienste „lediglich“ weiterverkaufen zu können, zukommt. Gerade das Vertrauen auf einen Dienstewettbewerb kann also Unternehmen mit weniger großer Finanzkraft davon abgehalten haben, sich beim Infrastrukturwettbewerb zu engagieren. Hätten solche Unternehmen auch nur die Möglichkeit in Betracht gezogen, ein Dienstewettbewerb werde doch nicht stattfinden, wäre hiermit gleichzeitig die Richtigkeit der betriebswirtschaftlichen Entscheidung gegen die Teilnahme an der Auktion in Frage gestellt.

Zwischenergebnis

Es ist anzunehmen, dass alle Beteiligten – Regulierungsbehörde, Auktionsgewinner und potenzielle Reseller – davon ausgegangen sind, im UMTS-Markt werde eine Resale-Verpflichtung bestehen.

So gesehen hat die Ausgestaltung der Resale-Verpflichtung in den UMTS-Lizenzen als Hinweis vor allem rechtstechnische Gründe. Die Alternative zu der gewählten Gestaltung wäre eine eigenständige Begründung im „konstitutiven“ Teil der Lizenzen gewesen. Hierfür bestand aber nach Ansicht aller Beteiligten keine Notwendigkeit, weil damit lediglich § 4 Abs. 1 TKV – von dessen Weitergeltung allgemein ausgegangen wurde – wiederholt worden wäre. Stellt man darauf ab, wie die Resale-Klausel in den UMTS-Lizenzen von allen Beteiligten verstanden werden musste, so war für alle Beteiligten klar, dass im UMTS-Netz Resale angeboten werden müssten. Bei einer am Empfängerhorizont orientierten Auslegung ist Punkt 15 in Teil C der UMTS-Lizenzen also so zu verstehen, dass eine Resale-Verpflichtung bestehen sollte. Hiervon abzuschichten ist allerdings die Frage, woraus sich diese Pflicht ergeben sollte. Da alle Beteiligten von einer Weitergeltung des § 4 Abs. 1 TKV ausgegangen sind, sollte sich die Pflicht gerade nicht aus den Lizenzen ergeben.

Nachträgliche Konstituierung einer Resale-Verpflichtung

Eine Möglichkeit, Zweifel über das Bestehen einer Resale-Verpflichtung zu beseitigen, könnte darin bestehen, eine solche Pflicht nachträglich ausdrücklich in die UMTS-Lizenzen aufzunehmen. Eine solche Lizenzänderung ist grundsätzlich sowohl nach nationalem⁵⁰ wie auch nach gemeinschaftlichem⁵¹ Recht möglich.⁵² Sinn und Zweck der Verweisung in Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 Zugangsrichtlinie auf die Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie bestehen im hier interessierenden Kontext darin, das zum Zeitpunkt der Frequenzvergabe begründete Vertrauen auf das Bestehen einer Resale-Verpflichtung zu schützen. Diesem Gedanken entspricht es gerade, wenn Lizenzen nachträglich geändert werden, um dieses Vertrauen zu schützen.

Letztlich handelt es sich um einen Sachverhalt, der mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage im Zivilrecht vergleichbar ist. Hiernach führt der Wegfall von Umständen, die die Grundlage eines Vertrags bilden, zu einem Änderungsanspruch, wenn beide Parteien in Kenntnis dieser Umstände den Vertrag redlicherweise nur mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten.⁵³ Die Ursprünge dieses Rechtsinstituts gehen bis in das gemeine Recht⁵⁴ und weiter noch bis in das römische Recht zurück.⁵⁵ Mittlerweile ist der Wegfall der Geschäftsgrundlage ausdrücklich in § 313 BGB normiert. Der Grundgedanke, dass eine Veränderung der äußeren Situation redlicherweise auch zu einer Anpassung der zwischen den Parteien geltenden Regeln führen muss, ist allerdings keineswegs auf das Zivilrecht beschränkt. Im Verwaltungsrecht enthält etwa § 60 VwVfG ausdrücklich eine vergleichbare Regelung.⁵⁶ Aber auch im Völker-,⁵⁷ Kirchen- oder Verfassungsrecht wird der Vorbehalt der „*clausula rebus sic stantibus*“ anerkannt.⁵⁸ Für das Gemeinschaftsrecht hat der *EuGH* die „*clausula rebus sic stantibus*“ ausdrücklich – jedenfalls in völkerrechtlichen Angelegenheiten – als Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft anerkannt.⁵⁹ Es handelt sich hierbei also um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz.

49) Vgl. zur Bedeutung eines solchen parallel zum Infrastrukturwettbewerb stattfindenden Dienstewettbewerbs: *Kurth*, MMR 2001, 653, 657. Kritisch hierzu: *Schmidt/Rommel*, MMR 2002, 225 ff.

50) Soweit die *Reg TP* bei der E2-Lizenz davon ausgegangen ist, eine solche Pflicht nicht lizenzrechtlich festzuschreiben zu können, vgl. *Ehmer* (o. Fußn. 2), § 4 TKV Anh § 41 Rdnr. 5, hat sie verkannt, dass dies nach § 8 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 TKG sehr wohl möglich gewesen wäre. Für den UMTS-Markt gilt nun, dass eine solche Resale-Verpflichtung notwendig ist, um einen Anreiz für die UMTS-Netzbetreiber zu schaffen, ihr Netz auch in der Fläche auszubauen. Gerade in der Anfangsphase werden die UMTS-Netzbetreiber sich auf Großstädte und einzelne Regionen konzentrieren. Indem Reseller nun in der Lage sind, flächendeckend UMTS-Dienstleistungen weiterzuverkaufen, fördern sie den Wettbewerb vor allem auch in der Fläche.

51) Für das derzeit noch geltende Gemeinschaftsrecht wäre ein solche Verpflichtung an den zulässigen Bedingungen im Anhang der Genehmigungsrichtlinie (1997) zu messen. Indem Resale einen wichtigen Beitrag zur Verhinderung von wettbewerbsinadäquaten Endkundenpreisen leistet, handelt es sich jedenfalls um eine Bedingung i.S.v. Auflage 2.3 im Anhang der Genehmigungsrichtlinie (1997).

52) Wobei freilich zu beachten ist, dass es vorliegend untechnisch gesprochen um eine klarstellende Lizenzänderung geht – also gerade nicht um eine Modifikation der Regulierungsgrundlagen, wie sie derzeit von einigen Mobilfunkbetreibern gefordert wird. Vgl. zu solchen Bestrebungen: <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-03.04.02-001/> sowie <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-03.04.02-005/>.

53) *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, AT, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, S. 321 ff.

54) *Roth*, in: *MüKo.*, 3. Aufl. 1994, § 242 Rdnr. 501.

55) *Roth* (o. Fußn. 54), § 242 Fußn. 1361; a.A. *Wieling*, *Jura* 1985, 505, 506, der meint, die *clausula* gehe auf die scholastische Moralphilosophie zurück.

56) *Kopp/Ramsauer* (o. Fußn. 31), § 60 Rdnr. 2.

57) *Larenz* (o. Fußn. 53), S. 321. Vgl. auch § 62 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge.

58) *BVerfGE* 34, 216, 230.

59) *EuGH*, U. v. 16.6.1998, *Slg.* 1998 I, 3655, Tz. 46.

Überträgt man den Gedanken der „*clausula rebus sic stantibus*“ auf die UMTS-Lizenzen, so bildet die Weitergeltung von § 4 Abs. 1 TKV zumindest einen Teil der „Geschäftsgrundlage“ bei der Lizenzvergabe. Eine ausdrückliche Konstituierung der Pflicht ist nur deshalb unterblieben, weil alle Beteiligten auf diese Regulierungsgrundlage vertraut haben. Hätten sie damit gerechnet, dass eine solche gesetzliche Verpflichtung möglicherweise später nicht mehr bestehen würde, hätten sie diese redlicherweise in den Lizenzen ausdrücklich geregelt – etwa so, wie in den ersten drei GSM-Lizenzen geschehen.

Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie ist folglich unter teleologischen Aspekten so zu verstehen, dass sie auch für solche Bedingungen gilt, die zwar nicht ausdrücklich konstitutiven Eingang in die Lizenzen gefunden haben, von deren Geltung die Beteiligten aber ausgegangen sind und die deshalb zur Klarstellung nachträglich in die Lizenzen aufgenommen wurden. Hiergegen könnte nun freilich eingewandt werden, dies führe dazu, dass der gesamte nationale Rechtsrahmen zur Regulierungsgrundlage erklärt werde. Diese Kritik trifft aber jedenfalls dann nicht, wenn in den Lizenzen ausdrücklich Bezug auf bestimmte Normen genommen wurde, die nachher aufgehoben werden. Die nachträgliche Aufnahme einer Resale-

Verpflichtung in die UMTS-Lizenzen hätte demnach unter dem neuen gemeinschaftlichen TK-Rechtsrahmen Bestand.

Wenn eine Resale-Verpflichtung durch eine Änderung der Lizenzen begründet werden kann, so stellt sich weiter die Frage, ob dies nicht auch durch eine gesetzliche Regelung möglich wäre. Die Resale-Verpflichtung war Teil der Regulierungsgrundlage bei der Vergabe der Lizenzen. Deshalb stünde auch eine nachträgliche Normierung einer solchen Verpflichtung in Einklang mit Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie. Letztlich gilt es also zu klären, auf welchen Wegen sichergestellt werden kann, dass diese Regulierungsgrundlage auch in die Praxis umgesetzt wird. Insofern geht es folglich nicht darum, eine andere Rechtslage für die betroffenen Unternehmen zu schaffen, sondern lediglich um die Klarstellung, dass die eingegangenen Pflichten auch weiterhin Bestand haben. Soweit in der Sache keine neuen Rechte oder Verpflichtungen geschaffen werden, bestehen auch keine Bedenken, wenn eine solche Klarstellung durch den Gesetzgeber getroffen wird.⁶⁰

Gesetzestechisch wird es notwendig sein, eine Regelung für die Resale-Verpflichtung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu treffen.⁶¹ In den Übergangsvorschriften des neuen TKG könnte dann für die bisher vergebenen GSM- und UMTS-Lizenzen auch unterhalb der Schwelle der beträchtlichen Marktmacht auf die Rechtsfolgen der Resale-Norm verwiesen werden. Eine solche Norm könnte folgenden Wortlaut haben:

„Betreiber von öffentlichen TK-Netzen nach dem Standard UMTS/IMT-2000 haben während der Laufzeit ihrer Lizenzen die Pflichten nach § X zu erfüllen, auch wenn sie nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen. Das Gleiche gilt für Betreiber öffentlicher TK-Netze nach dem Standard GSM, soweit sich eine solche Pflicht bereits aus den Lizenzen ergibt.“⁶²

60) Eine solche gesetzliche Regelung ist auch mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Die Resale-Verpflichtung ist i.R.e. auf Wettbewerb beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen worden, mithin eine Verpflichtung i.S.v. Bedingung 7 des Anhangs B der Genehmigungsrichtlinie. Wie diese Verpflichtung nun im nationalen Recht umgesetzt wird, wird von der Richtlinie nicht vorgegeben – die Mitgliedstaaten haben hier vielmehr einen Umsetzungsspielraum. Unter gemeinschaftsrechtlichen Aspekten spricht also ebenfalls nichts gegen eine gesetzliche Normierung der Resale-Verpflichtung.

61) Dies wird nötig, um Art. 12 Abs. 2 lit. d) Zugangsrichtlinie umzusetzen. Zumindest muss der Gesetzgeber der *Reg TP* die Möglichkeit geben, markt-mächtigen Unternehmen Resale-Verpflichtungen aufzuerlegen.

62) Der zweite Unterabsatz hat lediglich eine klarstellende Funktion.