

Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE) und wiss. Mitarbeiter Anton Veidt*

Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und nationalem Roaming bei Verlängerung auslaufender Frequenznutzungsrechte?

Kurz und Knapp

Gegenstand der Abhandlung ist die im Zuge des Bereitstellungsverfahrens der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1800 MHz und 2600 MHz diskutierte Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming. Es wird dargelegt, dass angesichts der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse schon die Tatbestandsvoraussetzungen nach § 105 Abs. 2 TKG nicht vorliegen, sodass die Auferlegung solcher Verpflichtungen nicht zu rechtfertigen wäre.

I. Ausgangslage und Problemaufriss

Die Bundesnetzagentur („BNetzA“) führt derzeit ein Verfahren zur Bereitstellung der den drei bundesweit tätigen Mobilfunknetzbetreibern („MNOs“) (Deutsche Telekom, Telefónica Deutschland und Vodafone) zugeteilten und Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1800 MHz und 2600 MHz durch (BK1-22/001). Den bisher letzten Verfahrensschritt bildet das hierzu im September 2023 veröffentlichte Konsultationspapier „Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangentscheidung“ („Konsultationspapier“),¹ in dem die BNetzA erwägt, zunächst kein Vergabeverfahren durchzuführen, sondern die Zuteilungsdauer der auslaufenden Frequenznutzungsrechte um fünf Jahre zu verlängern.² In diesem Zusammenhang hat die BNetzA die Auferlegung bestimmter Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs nach § 105 Abs. 2 TKG zur Diskussion gestellt, die über das bisherige Verhandlungsgebot aus der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. 11. 2018³ („PKE 2018“) in ihrer Eingriffsintensität für die Zuteilungsinhaber hinausgehen.

Nach dem bisherigen Verhandlungsgebot haben Zuteilungsinhaber mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten und auf Nachfrage anderer bundesweiter Zuteilungsinhaber über die Mitnutzung bestehender bundesweiter Netze (sog. Roaming) zu verhandeln.⁴ Die BNetzA kann zudem bereits jetzt als Schiedsrichter eingeschaltet werden, wenn Verhandlungen nicht ordnungsgemäß geführt werden.⁵ Im Zuge der nun anvisierten Übergangs-Verlängerung erwägt die BNetzA die Auferlegung einer Pflicht der Zuteilungsinhaber zur Abgabe eines Angebots über die Gewährung des Vorleistungszugangs sowie ein Gebot zur Verhandlung über nationales Roaming.⁶ Einige Diensteanbieter und Mobile Virtual Network Operators („MVNOs“) fordern sogar noch weitergehende Verpflichtungen für Zuteilungsinhaber.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussionen und der anstehenden Frequenzbereitstellung widmet sich diese Ab-

handlung der Beantwortung der Frage, unter welchen materiellen Eingriffsvoraussetzungen die BNetzA Zuteilungsinhaber gem. § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG zur Gewährung des Vorleistungszugangs sowie zum nationalen Roaming verpflichten darf und welche Darlegungsobliegenheiten § 105 Abs. 2 TKG der BNetzA in diesem Zusammenhang auferlegt.

II. § 105 Abs. 2 TKG als Ermächtigungsgrundlage für die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming

Als in die Grundrechte der Frequenzzuteilungsinhaber eingreifende Maßnahmen bedürfen Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.⁷ Nach der alten Rechtslage war streitig, ob sich aus § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 i. V. m. § 61 Abs. 6 und § 60 Abs. 2 S. 1 TKG a. F. eine taugliche Rechtsgrundlage für die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen ergab.⁸ Dieser Streit ist nunmehr obsolet, da der deutsche Gesetzgeber im Zuge der TKG-Novelle 2021 mit § 105 TKG in Umsetzung des Art. 52 der RL (EU) 2018/1972⁹ („EKEK“) eine ausdrückliche Ermächtigungsnorm geschaffen hat, welche die unionsrechtlichen Vorgaben beinahe wortgleich wiedergibt.

§ 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG ermächtigt die BNetzA ausdrücklich zur Auferlegung von Verpflichtungen zur Gewährung des Vorleistungszugangs, worunter sämtliche in § 3 Nr. 74 TKG genannten Zugangsformen fallen. Damit erlaubt § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG grundsätzlich auch die Auferlegung sog. Diensteanbieterverpflichtungen, die Diensteanbietern und MVNOs den Vertrieb von Telekommunikationsdiensten auf dem Endkundenmarkt ermöglichen.¹⁰ Dane-

* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 22. 11. 2023.

1 BNetzA, Konsultationspapier, Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1800 MHz und 2600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen.

2 BNetzA, Konsultationspapier, S. 20 ff.

3 BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkammer v. 26. 11. 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, BK1-17/001.

4 BNetzA, PKE 2018, Ziff. III. 4. 15. und Ziff. III. 4. 17.

5 BNetzA, PKE 2018, Ziff. III. 4. 15, Rn. 503 ff., Ziffer III. 4. 17, Rn. 584 ff.

6 BNetzA, Konsultationspapier, S. 28 und 30.

7 Vgl. BVerwG, 20. 10. 2021 – 6 C 8.20, Rn. 101.

8 Siehe hierzu etwa Fetzer, MMR 2018, 63, 64 ff.

9 RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 12. 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation.

10 Offenbacher, in: Säcker/Körber (Hrsg.), Kommentar TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 22.

ben enthält § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG auch eine ausdrückliche Ermächtigung zur Auferlegung von Verpflichtungen zum nationalen Roaming i. S. d. § 3 Nr. 48 TKG. Rechtstechnisch handelt es sich bei den nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG auferlegbaren Bedingungen um Nebenbestimmungen i. S. d. § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 TKG.¹¹

III. Tatbestandsvoraussetzungen für die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming

§ 105 TKG knüpft die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming durch die BNetzA an mehrere Tatbestandsvoraussetzungen. Zunächst dürfen sämtliche wettbewerbsfördernden Maßnahmen gem. § 105 Abs. 1 TKG nur im Zusammenhang mit der Zuteilung einer Frequenz i. S. d. § 91 Abs. 1 TKG, mit der Änderung einer Frequenzzuteilung oder gemeinsam mit einer Zuteilungsverlängerung nach § 92 Abs. 2 TKG ergriffen werden (1.). Auch die Vorgabe des § 105 Abs. 2 S. 3 TKG, wonach Maßnahmen nach § 105 Abs. 2 TKG zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sein müssen (2.), bildet eine tatbestandliche Voraussetzung für die Eröffnung des behördlichen Ermessens auf Rechtsfolgenebene und nicht lediglich eine ermessensleitende Direktive.¹² Schließlich dürfen Verpflichtungen zur Gewährung des Vorleistungszugangs und zum nationalen Roaming nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG nur dann ergriffen werden, „wenn die Umstände dies rechtfertigen“ (3.).

1. Zuteilung von Frequenzen, Änderung oder Verlängerung von Frequenzzuteilungen

Im Rahmen der Frequenzbereitstellung 2025 sollen Frequenzen zugeteilt bzw. bestehende Zuteilungen verlängert werden. Unabhängig von dem gewählten Verfahren darf die BNetzA daher grundsätzlich Verpflichtungen nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG auferlegen, sofern die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

2. Zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich (§ 105 Abs. 2 S. 3 TKG)

Zentrale Tatbestandsvoraussetzung für die Auferlegung von Maßnahmen nach § 105 Abs. 2 TKG ist gem. § 105 Abs. 2 S. 3 TKG, dass diese Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind. Vor diesem Hintergrund gilt es insbesondere zu untersuchen, wie der Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ zu definieren ist, und welche die hinsichtlich einer Feststellung fehlenden („Erreichung“) bzw. gefährdeten („Erhaltung“) wirksamen Wettbewerbs relevanten Märkte sind.

a) Wirksamer Wettbewerb

aa) Grundsatz: Wirksamer Wettbewerb als Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht

Während „wirksamer Wettbewerb“ im TKG nach der alten Rechtslage noch in § 3 Nr. 31 TKG a.F. als Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht (significant market power, „SMP“) legaldefiniert wurde, fehlt der aktuellen Fassung des TKG eine ausdrückliche Begriffsdefinition. Die Streichung der Legaldefinition durch den deutschen Gesetzgeber im Zuge der TKG-Novelle 2021 lässt allerdings nur dann Rückschlüsse auf das bei § 105 Abs. 2 S. 3 TKG anzulegende Begriffsverständnis zu, sofern die Konkretisierung des Begriffs des „wirksamen Wettbewerbs“ überhaupt Gegenstand des mit-

gliedstaatlichen Umsetzungsspielraums sein kann und nicht abschließend – unionsrechtsautonom – durch die Erwägungsgründe und Umsetzungsvorgaben des EKEK determiniert wird.

Auch der EKEK enthält keine ausdrückliche Definition wirksamen Wettbewerbs. Ausweislich von Erwägungsgrund Nr. 163 zum EKEK sollen Vorabverpflichtungen auf Vorleistungsebene allerdings nur bei Vorliegen von SMP auferlegt werden, deren Bestimmung – ebenso wie die Beurteilung wirksamen Wettbewerbs – nach den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht („SMP-Leitlinien“)¹³ erfolgt. In Rn. 16 der SMP-Leitlinien stellt die Kommission für das Fehlen wirksamen Wettbewerbs ausdrücklich auf die Feststellung von SMP ab:

„Die NRB haben hierbei festzustellen, ob die zugrunde liegenden Endkundenmärkte ohne eine Regulierung auf der Vorleistungsebene, die auf der Feststellung alleiniger oder gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht beruht, potenziell wettbewerbsorientiert sind und somit ob das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs ein dauerhaftes Phänomen ist [...]“

In diesem Zusammenhang verweist die Kommission auch auf Erwägungsgrund Nr. 27 zur RL 2002/21/EG¹⁴ („Rahmenrichtlinie“), der den Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ explizit als Abwesenheit von SMP definiert. Damit hat der Unionsgesetzgeber das der Rahmenrichtlinie zu entnehmende Begriffsverständnis des „wirksamen Wettbewerbs“ über den Verweis auf die SMP-Leitlinien in Erwägungsgrund Nr. 163 zum EKEK sowie Art. 63 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK auch den Nachfolgeregelungen des EKEK zugrunde gelegt. Demnach kennzeichnet sich wirksamer Wettbewerb im Rahmen des EKEK ebenfalls durch die Abwesenheit von SMP.¹⁵

Gegen diese Auslegung lässt sich nicht anführen, dass sich Erwägungsgrund Nr. 163 zum EKEK nur auf die marktmachtabhängige Vorleistungsregulierung nach Art. 63 ff. EKEK bezieht. In der Gesamtschau seiner Erwägungsgründe ergibt sich nämlich, dass der EKEK ein einheitliches – unionsrechtsautonomes – Verständnis von wirksamem Wettbewerb zugrunde legt. Dafür spricht zunächst der Umstand, dass Erwägungsgrund Nr. 23 zum EKEK die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs als allgemeines – und eben nicht ausschließlich auf Art. 63 ff. EKEK bezogenes – Richtlinienziel ausweist. Auch Erwägungsgrund Nr. 27 zum EKEK betont, dass die Erforderlichkeit zur Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs bei den Endnutzerdiensten eine grundlegende Anforderung an regulatorische Marktinterventionen bilden soll. Schließlich kommt in Erwägungsgrund Nr. 29 zum EKEK das allgemeine Anliegen des Unionsgesetzgebers zum Ausdruck, „die sektorspezifische Vorabregulierung je nach der Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten schrittweise abzubauen und letztendlich sicherzustellen, dass die elektronische Kommunikation nur dem Wettbewerbsrecht unterliegt.“ Aufgrund der starken Wettbewerbsdynamik in den Märkten für elektronische Kommunikation ist es grundsätzlich von entscheidender Bedeutung, „dass regulatorische Vorabverpflich-

11 *Offenbacher*, in: Säcker/Körber (Fn. 10), § 105 TKG Rn. 13.

12 *Offenbacher*, in: Säcker/Körber (Fn. 10), § 105 TKG Rn. 15; a. A. *Korte*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 24 ff.

13 Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, 2018/C 159/001.

14 RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie).

15 *Fetzer*, MMR 2021, 190, 193; *Schmid*, ZWeR 2023, 57, 61.

tungen nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb auf den betreffenden Märkten besteht.“

Bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen auf Vorleistungsebene sind damit nicht nur im Rahmen der Marktregulierung nach Art. 63 ff. EKEK, sondern im Anwendungsbe- reich des gesamten EKEK ausdifferenzierte Eingriffsrechtfertigungs- und Darlegungslastmaßstäbe an die Regulierung anzulegen. Die Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs bildet in diesem Zusammenhang die dem EKEK fundamental zugrunde liegende Eingriffsvoraussetzung, die einheitlich – und somit auch in Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK – grundsätzlich an die Abwesenheit von SMP anknüpft. Diese Auslegung des Begriffs wirksamen Wettbewerbs im Kontext des Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK stützt auch der korrespondierende Erwägungsgrund Nr. 133 zum EKEK, der vor den potenziell wettbewerbsschädigenden Effekten von Zugangsverpflichtungen auf Vorleistungsebene in Abwesenheit von SMP ausdrücklich warnt und daher eine einheitliche Wettbewerbsprüfung verlangt.

Die Gebotenheit eines derartigen (einheitlichen) Begriffsverständnisses im EKEK untermauert auch der systematische Vergleich mit Art. 61 EKEK, der die unionsrechtliche Grundlage marktmachtunabhängiger regulatorischer Verpflichtungen (etwa Ende-zu-Ende-Verpflichtungen für Teilnehmernetzbetreiber, Interoperabilitätsverpflichtungen und Replizierbarkeitsverpflichtungen) spezifisch herausstellt und im Gegensatz zu den Art. 63 ff. EKEK und Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK gerade nicht an die Erhaltung oder Erreichung wirksamen Wettbewerbs anknüpft. Auch die auf Unternehmen mit SMP beschränkte Entgeltregulierung gründet gem. Art. 74 Abs. 1 EKEK auf der Feststellung, „dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte“. Der EKEK trifft damit eine an dem Eingriffscharakter verschiedener regulatorischer Vorabverpflichtungen orientierte Unterscheidung zwischen symmetrischen Verpflichtungen einerseits, die unabhängig von der Feststellung von SMP allen Unternehmen, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, auferlegt werden können (Art. 61 EKEK), und asymmetrischen Verpflichtungen andererseits, etwa gem. Art. 63 ff. EKEK und Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, für deren Auferlegung SMP festzustellen ist.

Da Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK i. V. m. den allgemeinen Zielvorgaben des EKEK die maßgebende unionale Auslegungsmaxime der nationalen Umsetzungsvorschrift des § 105 Abs. 2 S. 3 TKG bildet, ist der Begriff „wirksamer Wettbewerb“ auch hier unionsrechtskonform als Abwesenheit von SMP auszulegen.¹⁶ Das Vorliegen von SMP eines Unternehmens oder mehrerer Unternehmen ist damit tatbestandliche Voraussetzung für die Auferlegung von Maßnahmen nach § 105 Abs. 2 TKG. Eine Diensteanbieterverpflichtung oder eine Verpflichtung zum nationalen Roaming kann die BNetzA daher nur anordnen, sofern sie darlegt, dass das adressierte Unternehmen eine wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten (vgl. § 11 Abs. 4 S. 2 TKG bzw. 63 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK). Angesichts der unional determinierten Begriffsauslegung konnte der deutsche Gesetzgeber durch die Streichung der Legaldefinition des § 3 Nr. 31 TKG a. F. im Zuge der TKG-Novelle 2021 mithin auch keine niedrigere Eingriffsrechtfertigungs- und Darlegungslastschwelle für die Auferlegung wett-

bewerbsfördernder Maßnahmen gem. § 105 Abs. 2 TKG etablieren.

Nichts anderes ergibt sich aufgrund der gebotenen unionsrechtsautonomen Begriffsauslegung aus den Ausführungen des BVerwG in seinem Urteil vom 20. 10. 2021, wonach die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen auf Grundlage von § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 i. V. m. § 61 Abs. 6 und § 60 Abs. 2 S. 1 TKG a. F. unabhängig von der Feststellung von SMP möglich gewesen sei.¹⁷ Das Erfordernis einer Feststellung von SMP für die Auferlegung von Maßnahmen nach § 105 Abs. 2 Nr. 1 TKG ergibt sich nach der neuen Rechtslage nämlich unmittelbar aus § 105 Abs. 2 S. 3 TKG (bzw. Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK), der nicht Gegenstand der damaligen Urteilsbegründung des BVerwG sein konnte und eine Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen nach dem zu § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG a. F. wortgleichen § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG nunmehr sperrt, da andernfalls das durch § 105 Abs. 2 TKG (bzw. Art. 52 Abs. 2 EKEK) vorgegebene ausdifferenzierte Eingriffsrechtfertigungs- und Darlegungslastprogramm für die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen unterlaufen würde. Die Ausführungen des BVerwG zur Zulässigkeit der Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen auch in Abwesenheit von SMP entfalten daher keine Geltung für die neue Rechtslage.

bb) Jedenfalls: SMP-analoge Wettbewerbsinsuffizienzen

Sollte trotz alledem der Auffassung gefolgt werden, dass zur Auferlegung von Maßnahmen gem. § 105 Abs. 2 TKG keine Feststellung von SMP des Zuteilungsinhabers erforderlich sei,¹⁸ würde aus Erwägungsgrund Nr. 133 zum EKEK jedenfalls folgen, dass Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK – und somit § 105 Abs. 2 S. 3 TKG – im Rahmen von Frequenzzuteilungen bzw. -zuteilungsverlängerungen nur dann einen Verzicht auf die Feststellung von SMP rechtfertigt, wenn die Wettbewerbsinsuffizienzen einen Grad erreichen bzw. zu erreichen drohen, der den SMP-Wirkungen in ihrer Gravität entspricht.

Nach der Regelungssystematik des EKEK sowie des TKG bildet die Feststellung von SMP als Teil des technologieneutral aufgesetzten Marktanalyseverfahrens nämlich das zentrale Eingriffskriterium und damit die Regelvoraussetzung für die Auferlegung regulatorischer Vorabverpflichtungen (Art. 67 Abs. 4 EKEK bzw. § 11 Abs. 4 TKG). Damit unterscheidet sich die Telekommunikationsregulierung insbesondere von dem grundsätzlich symmetrischen Regulierungsansatz im Energiewirtschaftssektor, wonach die Netzbetreiber den jeweiligen regulatorischen Vorgaben unabhängig von dem Vorliegen von SMP unterworfen sind. Das dezidierte Marktregulierungssystem bestehend aus Marktdefinition gem. Art. 64 EKEK bzw. 10 TKG, Marktanalyse gem. Art. 67 EKEK bzw. § 11 TKG und Regulierungsverfügung gem. Art. 68 Abs. 1 EKEK bzw. § 13 TKG ist gerade das entscheidende Charakteristikum der Telekommunikationsregulierung und basiert auf einer bewussten Entscheidung des Unionsgesetzgebers gegen eine grundsätzlich marktmachtunabhängige Marktregulierung. Vor diesem Hintergrund ergibt sich für die Auferlegung regulatorischer Vorabverpflichtungen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis derart, dass die Feststellung von SMP die Regel, eine marktmachtunabhängige Vorabverpflichtung hingegen die Ausnahme bildet. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis muss sich in den materiellen Eingriffsvorausset-

¹⁶ Fetzer, MMR 2021, 190, 193.

¹⁷ BVerwG, 20. 10. 2021 – 6 C 8.20, Rn. 43 ff.

¹⁸ Siehe etwa BT-Drs. 19/26108, S. 244; *Offenbacher*, in: Säckler/Körper (Fn. 10), § 105 TKG Rn. 22.

zungen und Darlegungsobliegenheiten der nationalen Regulierungsbehörden für marktmachtunabhängig auferlegbare Vorabverpflichtungen systemgemäß niederschlagen. Den grundsätzlichen Ausnahmecharakter marktmachtunabhängiger Zugangsverpflichtungen hat auch das BVerwG bereits unter der alten Rechtslage ausdrücklich anerkannt und in diesem Zusammenhang betont, dass ein Verzicht auf das Erfordernis von SMP nur unter „besonderen Voraussetzungen“ in Betracht kommt.¹⁹

Während andere in Ausnahme zur marktmachtabhängigen Regulierung marktmachtunabhängig auferlegbare Maßnahmen, etwa die Maßnahmen nach Art. 61 EKEK bzw. §§ 21 und 22 TKG, eine vergleichsweise geringere Eingriffsintensität aufweisen und nicht (primär) der Wettbewerbsherstellung bzw. -sicherstellung dienen, ähneln die zur Wettbewerbsförderung auferlegbaren Verpflichtungen i. S. d. § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG in ihrer Eingriffsintensität und Zweckrichtung typischen marktmachtabhängigen Vorabverpflichtungen (etwa der Zugangsverpflichtung nach Art. 72 und 73 EKEK bzw. § 26 TKG).²⁰ Insbesondere werden die Verpflichtungen nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG den Zuteilungsinhabern ebenso wie Vorabverpflichtungen im Rahmen der Marktregulierung nach Teil 2 des TKG ex ante und ohne Nachweis eines konkreten wettbewerbswidrigen Verhaltens auferlegt. Auch die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG ist daher eine Form der Vorabregulierung auf Vorleistungsebene.

Vor diesem Hintergrund vermag die durch § 105 Abs. 2 TKG umgesetzte Unionsnorm des Art. 52 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK nur dann eine Abweichung vom technologieneutral aufgesetzten Marktanalyseverfahren nach Art. 67 Abs. 2 EKEK zu rechtfertigen, wenn die nationale Regulierungsbehörde den SMP-induzierten Insuffizienzen analoge Wettbewerbsdefekte substantiiert darlegt. Andernfalls würde der regelungssystematisch fundierte Ausnahmecharakter marktmachtunabhängiger Vorabregulierung durch § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG konterkariert. Daher muss für die Feststellung fehlenden wirksamen Wettbewerbs – analog zu dem Marktergebnis im Falle des Vorliegens von SMP – ausschlaggebend sein, ob gravierende Wettbewerbsdefekte vorliegen, die denen von SMP-induzierten Insuffizienzen, also einer Situation entsprechen, die insbesondere in ihren preis- oder qualitätsbezogenen Auswirkungen zulasten von Wettbewerbern sowie Nachfragern derjenigen entspricht, in der sich ein oder mehrere Unternehmen auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten vermag bzw. vermögen. Dies wäre insbesondere dann anzunehmen, wenn mangels dynamischer Rivalität zwischen verschiedenen Anbietern die Preise auf dem relevanten Markt (signifikant) über dem Wettbewerbspreis liegen oder die Leistungsqualität (signifikant) hinter derjenigen zurückbleibt, die sich auf einem wettbewerblich strukturierten Markt einstellen würde.

Darüber hinaus muss die BNetzA weitere strukturelle Marktkriterien berücksichtigen und auf dieser Grundlage im Rahmen einer Gesamtbetrachtung darlegen, dass wirksamer Wettbewerb fehlt oder gefährdet ist. Für die Feststellung fehlenden oder gefährdeten wirksamen Wettbewerbs ist insbesondere von Bedeutung, ob ein geringerer infrastrukturbasierter Qualitätswettbewerb gegeben ist, eine geringe Anbietervielfalt auf Diensteebene besteht, Diensteanbieter und MVNOs nur geringe Marktanteile haben, der Mobilfunkendkundenmarkt durch ein hohes Preisniveau, eine geringe

Produktvielfalt und einen hohen Konzentrationsgrad gekennzeichnet ist, keine – eine hinreichende ausgleichende Nachfragemacht indizierende – Anbieterwechsel auf Vorleistungsebene vorliegen und kein Zugang zu 5G-Vorleistungsprodukten gewährt wird.

cc) Feststellung im Lichte der Vorgaben nach § 105 Abs. 2 S. 3 und 4 TKG

Gem. § 105 Abs. 2 S. 3 TKG stützt sich die BNetzA bei der Feststellung fehlenden oder gefährdeten wirksamen Wettbewerbs unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse. Nach § 105 Abs. 2 S. 4 TKG „berücksichtigt“ die BNetzA dabei den in § 11 Abs. 3 TKG beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen. Fraglich ist, ob § 105 Abs. 2 S. 4 TKG, der Art. 52 Abs. 2 S. 4 EKEK beinahe wortgleich umsetzt, den Charakter eines Rechtsgrundverweises hat und damit auch auf den Drei-Kriterien-Test nach § 11 Abs. 2 TKG verweist.²¹ Dann müsste die BNetzA zur Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen oder Verpflichtungen zum nationalen Roaming nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG zunächst eine formale Feststellung treffen, dass die relevanten Märkte regulierungsbedürftig i. S. d. § 11 Abs. 2 TKG sind. Gegen eine Auslegung des § 105 Abs. 2 S. 4 TKG als „Rechtsgrundverweis“ spricht indes der Wortlaut, wonach die BNetzA den in § 11 Abs. 3 TKG beschriebenen „Ansatz“ zur Durchführung von Marktanalysen lediglich „berücksichtigt“. Eine formale Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit des relevanten Marktes bzw. der relevanten Märkte wäre dann nicht erforderlich, um Maßnahmen nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG zu ergreifen. Auch unter Zugrundelegung eines derartigen Normverständnisses entbindet § 105 Abs. 2 S. 4 TKG die BNetzA indes nicht von einer substantiierten Prüfung und konsistenten Berücksichtigung der Parameter des § 11 Abs. 3 TKG.

b) Relevante Märkte

aa) Mobilfunkendkundenmarkt

Aufgrund der ausdrücklichen Nennung der Gewährung des Vorleistungszugangs in § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG könnte auf den ersten Blick lediglich der Mobilfunkvorleistungsmarkt als der hinsichtlich der Feststellung fehlenden oder gefährdeten wirksamen Wettbewerbs relevante Markt angesehen werden. Die Regulierung der Vorleistungsmärkte dient im EKEK und im TKG jedoch stets dem Ziel, den Dienstewettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten her- bzw. sicherzustellen. Hintergrund dieses Regulierungsansatzes ist der Umstand, dass eine Vorabregulierung auf Vorleistungsebene grundsätzlich einen geringeren Eingriff als die Regulierung der nachgelagerten Endkundenmärkte darstellt und zugleich als ausreichend angesehen wird, um potenzielle Wettbewerbsprobleme auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu beheben.²²

Das fundamentale Ziel der Vorabregulierung, Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu gewährleisten, hat der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund Nr. 168 zum EKEK ausdrücklich formuliert. Auch in Erwägungsgrund Nr. 29 zum EKEK betont der Unionsgesetzgeber, dass auf Vorleistungsebene nur regu-

¹⁹ BVerwG, 20. 10. 2021 – 6 C 8.20, Rn. 44.

²⁰ Vgl. Fetzer, MMR 2021, 190, 190.

²¹ So wohl Spoerr/Ruthemeyer, Rechtsgutachten Wettbewerbsförderung durch die Diensteanbieterverpflichtung – Stellungnahme zum Positionspapier der Bundesnetzagentur, erstellt für die freenet AG, S. 17.

²² Erwägungsgrund Nr. 173 zum EKEK.

liert werden soll, um auf einem Endkundenmarkt bzw. mehreren Endkundenmärkten wirksamen Wettbewerb zu erhalten oder zu erreichen. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG sollen regulatorische Vorabverpflichtungen daher nur dann auferlegt werden, „wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb im Sinne der Endnutzer gibt“. Dementsprechend bildet die Analyse der entsprechenden Endkundenmärkte ausweislich von Erwägungsgrund Nr. 169 zum EKEK auch den Ausgangspunkt bei der Festlegung potenziell regulierungsbedürftiger Vorleistungsmärkte.

Da die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming ebenso wie die Auferlegung bestimmter Regulierungsverfügungen nach Teil 2 des TKG eine Vorabregulierung der Vorleistungsebene darstellt, gilt auch im Rahmen von § 105 Abs. 2 S. 3 TKG die allgemeine unionsrechtliche Direktive, dass vorrangig die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt – hier dem Mobilfunkendkundenmarkt – für die Beurteilung fehlenden oder gefährdeten wirksamen Wettbewerbs maßstabsbildend sind.

bb) Mobilfunkvorleistungsmarkt

Im Zuge der gem. § 105 Abs. 2 S. 3 TKG von der BNetzA verlangten objektiven, vorausschauenden Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse darf aber auch der Markt für Mobilfunkvorleistungsprodukte²³ nicht außer Betracht bleiben. Zwischen Mobilfunkendkunden- und Mobilfunkvorleistungsmarkt bestehen nämlich Hebelwirkungen derart, dass die Wettbewerbssituation auf dem Vorleistungsmarkt die langfristige Entwicklung des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt maßgebend beeinflusst.²⁴ In Ermangelung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Mobilfunkvorleistungsmarkt könnte daher zu befürchten sein, dass zukünftig auch auf dem Mobilfunkendkundenmarkt signifikante Wettbewerbsinsuffizienzen entstehen. Der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkvorleistungsmarkt kommt in § 105 Abs. 2 S. 3 TKG daher insbesondere dann Bedeutung zu, sofern die BNetzA zwar zu dem Ergebnis gelangt, dass zu dem gegebenen Zeitpunkt wirksamer Wettbewerb auf dem Mobilfunkendkundenmarkt herrscht und daher Maßnahmen zur Erreichung wirksamen Wettbewerbs ausscheiden, sie aber zusätzliche Maßnahmen auf Vorleistungsebene nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG zur Erhaltung wirksamen Wettbewerbs auf dem Mobilfunkendkundenmarkt für erforderlich hält. Auch unabhängig von der ergänzenden Betrachtung des Vorleistungsmarktes gilt indes, dass eine Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming nicht gerechtfertigt ist, wenn jedenfalls der Endkundenmarkt durch einen über eine längere Zeit andauernden und auch prognostisch nachhaltigen wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet ist.

c) Kein wirksamer Wettbewerb bzw. Gefährdung wirksamen Wettbewerbs auf den relevanten Märkten

Im Lichte des vorstehend herausgearbeiteten Maßstabs für die Feststellung wirksamen Wettbewerbs – kein Vorliegen von SMP bzw. SMP-analogen Wettbewerbsinsuffizienzen – sprechen gewichtige Argumente gegen ein Fehlen bzw. eine Gefährdung wirksamen Wettbewerbs auf den relevanten Märkten.

Zunächst besteht ein reger Infrastrukturwettbewerb zwischen den drei etablierten MNOs, wofür insbesondere der Umstand streitet, dass Deutschland im europäischen Vergleich zu den

Spitzenreitern in der 5G-Netzabdeckung zählt.²⁵ Dazu kommt mit 1&1 ein weiterer Zuteilungsinhaber mit einer großen Endkundenbasis, der seine Ausbauziele zwar verfehlt hat und daher bislang nicht über ein relevantes eigenes Funkzugangnetz verfügt, aber dennoch als potenzieller Wettbewerber Wettbewerbsdruck auf die drei etablierten MNOs ausüben vermag und vor diesem Hintergrund bei der Beurteilung der aktuellen und insbesondere der zukünftig zu erwartenden Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkendkundenmarkt als solcher zu berücksichtigen ist.²⁶

Zudem wird der deutsche Endkundenmarkt von den (vertikal integrierten) MNOs, Diensteanbietern und MVNOs mit mehr als 50 Marken mit jeweils unterschiedlichen Geschäftsmodellen und Zielgruppen bedient, sodass eine hohe Anbietervielfalt besteht.²⁷ Aus der hohen Anbietervielfalt resultiert ein ausdifferenziertes Angebot individuell auf die einzelnen Endkundeninteressen zugeschnittener Zugangsprodukte sowie ein niedriges Preis- und ein hohes Qualitätsniveau.²⁸ Auch bei Betrachtung der Marktanteile zeigt sich, dass ein reger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendkundenmarkt herrscht. Diensteanbieter und MVNOs verfügen in Deutschland seit mehreren Jahren konstant über einen Marktanteil von insgesamt – je nach Studie – ca. 20-30 % und damit über den im europäischen Vergleich höchsten Marktanteil auf dem Mobilfunkendkundenmarkt.²⁹ Mehr als 40 Diensteanbieter bzw. MVNOs konkurrieren auf dem Mobilfunkendkundenmarkt mit den etablierten MNOs. Demnach ist auch der Konzentrationsgrad auf dem deutschen Mobilfunkendkundenmarkt gemessen am Herfindahl-Hirschman-Index im europäischen Vergleich äußerst gering.³⁰ Ausweislich von Daten von Statista wechseln zudem jährlich 12-20 % der Kunden eines jeden der drei etablierten MNOs zu einem alternativen Anbieter.³¹

Der Mobilfunkvorleistungsmarkt wurde von der BNetzA bereits im Jahr 2007 als wettbewerblich eingestuft³² und ist nicht Teil der aktuellen Märkteempfehlung der Kommission. Diese Einstufung wird durch die jüngsten Marktentwicklungen bestätigt. Auf dem Mobilfunkvorleistungsmarkt bestehen zahlreiche Vereinbarungen über Diensteanbieter- bzw. MVNO-Zugang. Für die hohe Intensität des Wettbewerbs spricht dabei der Umstand, dass die Diensteanbieter und MVNOs unterschiedliche Netze, teilweise sogar parallel, nutzen.³³ Die Diensteanbieter und MVNOs sind somit nicht von dem Angebot eines einzelnen MNO abhängig. Der intensive Wettbewerb der MNOs um die Vorleistungskunden zeigt sich auch anhand des Um-

23 Es kann im Rahmen dieser Abhandlung dahinstehen, ob auf Vorleistungsebene noch separate (Sub-) Märkte abgegrenzt werden können, da dies für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse keine Auswirkungen hätte. Nicht relevant sind auch die bereits regulierten Vorleistungsmärkte für die Terminierung und das internationale Roaming.

24 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 29 zum EKEK.

25 Vgl. hierzu umfassend *Fritz/Gösser/Haucap/Heimeshoff*, Wettbewerb im Mobilfunk in Deutschland, DICE Consult, August 2021, Anlage 1 der Deutschen Telekom zur Stellungnahme zum Szenarienspapier 2021 der BNetzA („Gutachten DICE Consult“), S. 25 ff.

26 BNetzA, Konsultationspapier, S. 29.

27 BNetzA, Konsultationspapier, S. 28; BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, S. 73 f.

28 Hinsichtlich des niedrigen Preisniveaus: Digital Economy and Society Index (DESI) 2021, Country Report Germany, EU-Kommission, 2021, S. 9: „Compared with other Member States, Germany performs particularly well on [...] broadband prices.“

29 Siehe etwa WIK-Consult, Study for BEREC – Study on wholesale mobile connectivity, trends and issues for emerging mobile technologies and deployment, 27. 3. 2023, S. 101.

30 Gutachten DICE Consult, S. 24.

31 Statista, Dossier „Mobilfunk Deutschland“, 2022, S. 29-31.

32 Festlegung der BNetzA: Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen, Markt Nr. 15 der Märkte- Empfehlung der EU-Kommission, S. 90 f.

33 Gutachten DICE Consult, S. 41.

standes, dass in jüngster Vergangenheit viele Diensteanbieter und MVNOs ihre Vorleistungsanbieter gewechselt haben. Zu nennen ist insofern bspw. der Wechsel von Lebara von der Deutschen Telekom zu Telefónica Deutschland.³⁴ Daneben streitet auch der am 3.8.2023 bekanntgegebene National Roaming Wechsel seitens 1&1 von Telefónica Deutschland zu Vodafone ab 2024³⁵ für das Bestehen eines wirksamen (Preis- und/oder Qualitäts-)Wettbewerbs zwischen den MNOs um die Vorleistungskunden. Insbesondere gewährt Vodafone das nationale Roaming zugunsten von 1&1 nicht nur im 4G-, sondern in seinem schon weit ausgebauten 5G-Netz. Aufgrund des Roamingzugangs zu dem 5G-Netz von Vodafone ist davon auszugehen, dass 1&1 künftig noch konkurrenzfähiger auf dem Mobilfunkendkundenmarkt sein wird und damit den preis- und qualitätsbasierten Dienstewettbewerb maßgeblich verschärfen wird. Eine „Belebung des Wettbewerbs auf der Diensteebene“ erwartet die BNetzA auch mit Blick auf die mit dem National Roaming Wechsel von 1&1 verbundenen freierwerdenden Vorleistungskapazitäten von Telefónica Deutschland.³⁶ Angesichts des National-Roaming-Wechsels seitens 1&1 von Telefónica Deutschland zu Vodafone verliert auch das Vorbringen an Gewicht, dass wirksamer Wettbewerb auf dem Mobilfunkendkundenmarkt möglicherweise nicht vorliege, da die MNOs bei der Weitergabe von 5G-Vorleistungsprodukten zurückhaltend agierten, sodass die Diensteanbieter und MVNOs insoweit nicht mit den MNOs konkurrieren könnten.³⁷

Die dargelegten Wettbewerbsverhältnisse lassen darauf schließen, dass auf den relevanten Märkten derzeit wirksamer Wettbewerb herrscht und zugleich Anzeichen dafür fehlen, dass dieser in Gefahr sein könnte. Die Tatbestandsvoraussetzungen nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG dürften schon aus diesem Grund nicht erfüllt sein.

3. Erforderlichkeit

Wenn man gleichwohl einmal annehmen würde, wirksamer Wettbewerb auf den relevanten Märkten würde – entgegen den vorstehenden Ausführungen – tatsächlich fehlen oder gefährdet sein, müsste die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder einer Verpflichtung zum nationalen Roaming gem. § 105 Abs. 2 S. 3 TKG auch erforderlich zur Erhaltung oder Erreichung wirksamen Wettbewerbs sein. Auch die Erforderlichkeit prüft die BNetzA auf Grundlage der verfahrensrechtlichen Vorgaben nach § 105 Abs. 2 S. 3 und 4 TKG.

Die ergriffene Maßnahme muss unter gleichermaßen geeigneten Mitteln das mildeste Mittel gegenüber dem (potenziellen) Zuteilungsinhaber bilden, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Prüfungsmaßstab ist hierbei der Schutz des Wettbewerbs als Institution, nicht hingegen der Schutz des einzelnen Wettbewerbers, also einzelner Unternehmen bzw. konkreter Geschäftsmodelle.³⁸ Obgleich die Erforderlichkeit von Maßnahmen nach § 105 Abs. 2 TKG ohnehin eine Voraussetzung des – auf Rechtsfolgenebene als Maßstab einer Ermessensüberschreitung (§ 114 S. 1 Var. 1 VwGO) zu prüfenden – Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bildet, hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, die Erforderlichkeit (zusätzlich) als materielle Eingriffsvoraussetzung auf Tatbestands-ebene festzulegen und damit die besondere Bedeutung der Wahl des bei gleichbleibender Effektivität mildesten Mittels untermauert. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat vor diesem Hintergrund in seiner Gesetzesbegründung zu § 105 TKG betont, dass eine Auferlegung von Maßnahmen nach § 105 Abs. 2 TKG „nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht [kommt]“.³⁹ Die BNetzA ist daher gehalten, privatwirtschaftliche Vereinbarungen der Marktteilnehmer vorzu-

ziehen, die sie gem. § 99 Abs. 2 S. 1 TKG als „Möglichkeiten“ anregen kann.⁴⁰ Sollte sich die BNetzA hingegen dazu entscheiden, Diensteanbieterverpflichtungen oder Verpflichtungen zum nationalen Roaming nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG aufzuerlegen, trifft sie die Obliegenheit, anhand konkreter Tatsachen substantiiert darzulegen, dass sie milde-re Maßnahmen – insbesondere eine dem aktuell geltenden Verhandlungsgebot entsprechende Pflicht der Zuteilungsinhaber – geprüft hat und diese hinsichtlich der Erhaltung oder Erreichung wirksamen Wettbewerbs auf den relevanten Märkten nicht ausreichend gewesen wären.

Angesichts der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse auf den relevanten Märkten, der öffentlichen Äußerungen des nach Marktanteilen größten Diensteanbieters, freenet, wonach die heute bestehenden Regelungen „auskömmlich“ seien,⁴¹ und der ausdrücklichen Bestätigung der BNetzA, dass das Verhandlungsgebot im Hinblick auf die Ermöglichung des Roamingzugangs wirkt,⁴² dürfte die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG – unterstellt, wirksamer Wettbewerb würde tatsächlich fehlen oder gefährdet sein – zur Erhaltung oder Erreichung wirksamen Wettbewerbs jedenfalls nicht erforderlich sein.

4. „Wenn die Umstände dies rechtfertigen“, § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG

Die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming ist zudem gem. § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG nur zulässig, „wenn die Umstände dies rechtfertigen“. Der Wortlaut der deutschen Umsetzungsnorm entspricht insoweit Art. 52 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a EKEK. Durch die Einfügung dieser zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung wollte der Unionsgesetzgeber offenbar den Ultima-Ratio-Charakter der Auferlegung von Verpflichtungen gem. Art. 52 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a EKEK (bzw. § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG) verdeutlichen.⁴³ Auch diese Tatbestandsvoraussetzung betont damit den Vorrang etwaiger Alternativen, insbesondere privatautonomer Vereinbarungen unter Moderation der BNetzA nach § 99 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG, die bei gleicher Eignung vorzuziehen sind.⁴⁴ Da angesichts der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse allerdings nicht ersichtlich ist, dass die Auferlegung eines Verhandlungsgebots hinsichtlich der Gewährung des Vorleistungszugangs oder nationalem Roaming nicht ausreichend zur Erhaltung oder Erreichung wirksamen Wettbewerbs wäre, dürfte auch diese Tatbestandsvoraussetzung nicht erfüllt sein.

IV. Fazit

Die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming wäre im Zuge der

34 *Sawall*, STATT TELEKOM: Lebara wechselt ins Netz von Telefónica Deutschland, 6. 5. 2022, <https://www.golem.de/news/statt-telekom-lebara-wechselt-ins-netz-von-telefonica-deutschland-2205-165147.html>.

35 Vodafone, Vodafone und 1&1 vereinbaren langfristige Mobilfunk-Partnerschaft, 3. 8. 2023, <https://newsroom.vodafone.de/unternehmen/vodafone-und-1-und-1-mobilfunk-partnerschaft-national-roaming>.

36 BNetzA, Konsultationspapier, S. 29.

37 Vgl. hierzu Monopolkommission, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch, 12. Sondergutachten Telekommunikation, Rn. 138.

38 Vgl. *Offenbacher*, in: Säcker/Körber (Fn. 10), § 105 TKG Rn. 15.

39 BT-Drs. 19/26198, S. 316.

40 *Offenbacher*, in: Säcker/Körber (Fn. 10), § 105 TKG Rn. 16.

41 So der Vorstandsvorsitzende von freenet, *Vilanek*, auf www.teltarif.de v. 16. 3. 2023.

42 BNetzA, Konsultationspapier, S. 30.

43 Vgl. *Fetzer*, MMR 2021, 190, 192 f.

44 *Korte*, in: Geppert/Schütz (Fn. 12), § 105 TKG Rn. 19.

Frequenzbereitstellung 2025 angesichts der derzeitigen Wettbewerbsverhältnisse nicht gem. § 105 Abs. 2 S. 3 TKG zur Erhaltung oder Erreichung wirksamen Wettbewerbs erforderlich. Auch die zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung aus § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG, wonach Diensteanbieterpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming nur zulässigerweise auferlegt werden können, „wenn die Umstände dies rechtfertigen“, wäre derzeit nicht erfüllt. Damit liegen schon die Tatbestandsvoraussetzungen nach § 105 Abs. 2 TKG nicht vor, sodass eine Auferlegung von Diensteanbieterpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming nach § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Hs. 2 TKG im Zuge der Frequenzbereitstellung 2025 durch die BNetzA nicht zu rechtfertigen wäre.



Christian Koenig

Jahrgang 1961, ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Seine Veröffentlichungen, Forschungsprojekte sowie Gutachtertätigkeiten konzentrieren sich schwerpunktmäßig auf das EU-Wettbewerbsrecht und das Regulierungsrecht.



Anton Veidt

Jahrgang 1997, ist wiss. Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn und promoviert dort im Bereich des Telekommunikationsrechts. Seine weiteren Tätigkeitsschwerpunkte umfassen das EU-Wettbewerbsrecht und das Verwaltungsrecht.

Dr. Simon Menke*

Der „SCHUFA-Komplex“ aus der Sicht von Versandhändlern

Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteile vom 7. 12. 2023 – C-26/22, C-64/22, K&R 2024, 37 ff. und C-634/21, K&R 2024, 41 ff.

Kurz und Knapp

In diesen Entscheidungen stellt der EuGH fest, dass es sich bei einer von einer Auskunftsei (hier: SCHUFA) vorgenommenen Scorewertbildung um eine automatisierte Einzelfallentscheidung (inklusive Profiling) im Sinne der Vorschrift in Art. 22 Abs. 1 DSGVO handelt, wenn der berechnete Scorewert für die Entscheidung des diesen empfangenden Dritten (z. B. Versandhändler) wesentlich ist und diese Entscheidung gegenüber dem Betroffenen „rechtliche Wirkung entfaltet oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“ (C-634/21). Darüber hinaus dürfen Auskunftseien Informationen über Restschuldbefreiungen nicht länger als öffentliche Insolvenzregister speichern (C-26/22, C-64/22).

I. Bedeutung für Versandhändler

Die vom EuGH in der Entscheidung C-634/21 vorgenommene Feststellung ist in der Praxis unter anderem für Versandhändler von großer Relevanz. Dies liegt daran, dass Versandhändler bei der Auswahl bonitätsseitig unsicherer Zahlungsarten (z. B. Rechnungs-/Ratenkauf) Bonitätsprüfungen vornehmen. Im Rahmen dieser Bonitätsprüfungen rufen sie regelmäßig Scorewerte bei Auskunftseien ab. Aufgrund der Vielzahl an Bestellungen auf bonitätsseitig unsichere Zahlungsarten werden durch Versandhändler die Bonitätsprüfungen in aller Regel vollständig mittels automatisierter Verarbeitungen durchgeführt. Außerdem erwarten die Kunden, dass sie die Entscheidung, ob die erbetene Zahlungsart eingeräumt wird, in „Realtime“ angezeigt/mitgeteilt bekommen. Ob die Nichteinräumung¹ einer bestimmten Zahlungsart (z. B. eines Rechnungskaus) durch einen Versandhändler den jeweiligen Betroffenen „in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“, ist gerichtlich bisher noch nicht abschließend geklärt. Bei der Nichteinräumung eines Ratenkaufs von einem relevanten

Volumen sollte aus Sicherheitsgründen hiervon jedoch abgesehen werden.²

II. Hintergrund der Entscheidung C-634/21

Im Rahmen der Beurteilung der Feststellung des EuGH zur automatisierten Einzelfallentscheidung (inklusive Profiling) ist zwingend zu berücksichtigen, dass der EuGH diese vor allen Dingen vor dem Hintergrund getätigt hat, dass nach seiner Ansicht bei einer Nichtanwendbarkeit der Vorschrift in Art. 22 Abs. 1 DSGVO in so genannten „Drei-Parteien-Konstellationen“ (z. B. Auskunftsei/Versandhändler/Betroffener) eine Schutzlücke zu Lasten des jeweiligen Betroffenen gegeben ist. Dies begründet der EuGH insbesondere damit, dass bei einer abweichenden Beurteilung der jeweilige Betroffene kein Recht auf Auskunft im Hinblick auf die (konkrete) Bildung des Scorewerts hat, da die einschlägige Vorschrift in Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO³ das Vorliegen einer automatisierten Einzelfallentscheidung gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO voraussetzt. Ginge man davon aus, dass eine automatisierte Einzelfallentscheidung im Sinne der Vorschrift in Art. 22 Abs. 1 DSGVO nicht durch die Auskunftsei, sondern z. B. durch den Versandhändler vorgenommen wird, könnte eine Auskunft über das Zustandekommen des Scorewerts nicht erfolgen, da dem Versandhändler keine ausreichenden Informationen hierzu vorliegen.

In dem vorliegenden Rechtsstreit geht es daher nur vordergründig um die Reichweite des Anwendungsbereichs der Vorschrift in Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Dessen Hintergrund ist viel-

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags.

1 Die Vorschrift in Art. 22 Abs. 1 DSGVO kann nur dann einschlägig sein, wenn die Entscheidung negative Folgen für den Betroffenen hat, vgl. *Kamlah*, in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 22 Rn. 7e.

2 Vgl. S. 1 des Erwägungsgrunds 71 zur DSGVO.

3 Der EuGH verweist zusätzlich auch auf die Vorschriften in Art. 13 Abs. 2 lit. f und in Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO.