

# Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern

## Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Einführung.....	7
A . Gegenstand der Untersuchung .....	7
B . Gang der Untersuchung.....	9
Kapitel 2 Grundlagen zu Resale im Mobilfunk .....	12
A . Das Mobilfunksystem .....	12
I . Mobilfunk .....	13
II . Mobilfunknetze .....	14
1 . Netzarchitektur der Mobilfunknetze .....	15
a ) Vermittlungsstationen .....	15
b ) Basisstationen .....	16
c ) Betriebs- und Wartungssysteme .....	17
d ) Teilnehmer-Endgeräte .....	17
2 . Technische Besonderheiten der Mobilfunknetze .....	18
a ) Handover.....	18
b ) Roaming.....	19
c ) Sprachkodierung .....	21
d ) Mobility Management .....	22
e ) Authentisierung.....	22
f ) Datenverschlüsselung.....	23
B . Entwicklung der Mobilfunknetze .....	24
I . Erste Generation (1G).....	24
1 . A-Netz.....	25
2 . B-Netz.....	26
3 . C-Netz.....	26
II . Zweite Generation (2G) .....	27
1 . D-Netze .....	30
a ) D1-Netz.....	30
b ) D2-Netz .....	31
2 . E-Netze .....	31
a ) E1-Netz .....	31
b ) E2-Netz.....	32
III . 2,5 Generation (2,5G) .....	33
IV . Dritte Generation (3G).....	35
V . Vierte Generation (4G) .....	38
C . Mobilfunkdienste .....	38
I . GSM-/GPRS-Dienste.....	39
II . UMTS-Dienste .....	40
D . Das Resale-Geschäftsmodell im Mobilfunk .....	41
I . Begriff Resale .....	41
II . Geschäftsmodelle von Resale.....	42
1 . Geschäftsmodell des Reinen Resale .....	43
2 . Geschäftsmodell des Value Added Resale .....	45
3 . Geschäftsmodell des MVNO .....	47
Kapitel 3 Gegenstand der Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk .....	49
A . Resale als Regulierungsinstrument .....	50
I . Resale und Regulierungssystematik im Telekommunikationsrecht .....	50

1 . Begriff der Regulierung .....	50
2 . Regulierungssystematik im Telekommunikationsrecht .....	54
3 . Regulatorische Einordnung von Resale .....	55
II . Wettbewerbsökonomische Bedeutung von Resale .....	56
1 . Resale im Hinblick auf Dienste- und Infrastrukturwettbewerb ..	56
2 . Resale im Spannungsverhältnis zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb.....	58
3 . Resale als ausgewogenes Regulierungsinstrument zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb .....	59
B . Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk .....	63
I . Resale-Verpflichtungen vor Erlass des TKG .....	63
1 . Formale Rahmenbedingungen nach Maßgabe des § 2 FAG .....	64
2 . Anspruchsinhalt der Resale-Verpflichtungen der D1-, D2- und E1-Lizenzen .....	65
a ) Zugangsverpflichtung .....	66
b ) Inhaltliche Ausgestaltung der Zugangsverpflichtung .....	67
II . Resale-Verpflichtungen nach dem TKG 1996 .....	69
1 . Formale Rahmenbedingungen nach Maßgabe des § 4 TKV .....	69
a ) Bedeutung des § 4 TKV für die E2-Lizenz .....	70
b ) Bedeutung des § 4 TKV für die UMTS-Lizenzen.....	71
c ) Bedeutung des § 4 TKV für die D1-, D2- und E1-Lizenz.....	71
2 . Anspruchsinhalt des § 4 TKV .....	72
III . Resale-Verpflichtungen nach dem TKG 2004.....	74
1 . Einführung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG .....	74
2 . Übergangsregelung des § 150 Abs. 4 TKG .....	77
C . Schlussfolgerung .....	77
Kapitel 4 Bestand der Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk .....	77
A . Bestand der Resale-Verpflichtungen nach § 150 Abs. 4 TKG .....	79
I . § 150 Abs. 4 TKG und EU-Vorgaben .....	79
1 . Genehmigungsrichtlinie (2002/20/EG).....	80
2 . Zugangsrichtlinie (2002/19/EG).....	81
II . Vereinbarkeit des § 150 Abs. 4 TKG mit EU-Vorgaben .....	83
1 . Vergabe von Frequenznutzungs- und Lizenzrechten.....	84
a ) Vergabe von Frequenznutzungsrechten nach bisherigem nationalen Telekommunikationsrecht.....	84
b ) Vergabe von Frequenznutzungsrechten nach aktuellem Telekommunikationsrecht.....	85
c ) Vereinbarkeit der „Frequenznutzungs- und Lizenzrechte“ in § 150 Abs. 4 Satz 1 TKG mit der Genehmigungsrichtlinie.....	88
(aa) Bedeutung der „Frequenznutzungsrechte“ in der Genehmigungsrichtlinie.....	89
(bb) Auslegung der „Frequenznutzungsrechte“ in der Genehmigungsrichtlinie.....	90
2 . Durchführung eines Auswahlverfahren .....	95
a ) Gegenstand eines Auswahlverfahrens .....	95
b ) Vergabe der Mobilfunklizenzen im Rahmen eines Auswahlverfahrens .....	97
(aa) Auswahlverfahren bei Vergabe der GSM- und UMTS- Lizenzen.....	97
(bb) Besonderheit bei Vergabe der D1-Lizenz .....	97
3 . Fortgeltung eingegangener Verpflichtungen .....	99

a ) Bedeutung von „geltenden“ Verpflichtungen.....	100
(aa) Gesetzgeberische Verwendung von „geltenden“ Verpflichtungen in § 150 Abs. 4 Satz 2 TKG.....	100
(bb) „Geltende“ Verpflichtungen und EU-Vorgaben .....	101
b ) „Eingegangene“ Verpflichtungen.....	102
(aa) Grammatikalische Auslegung.....	102
(bb) Systematische und teleologische Auslegung.....	104
(cc) Historische Auslegung.....	108
c ) Resale-Verpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber als „eingegangene Verpflichtungen“ .....	108
(aa) D2- und E1-Lizenz .....	109
(bb) D1-Lizenz.....	109
(cc) UMTS-Lizenzen .....	110
(dd) E2-Lizenz .....	113
B . Verwaltungsrechtlicher Bestandsschutz.....	114
I . Bestandsschutz der Lizenzen als Verwaltungsakte .....	114
1 . Formelle Bestandskraft .....	115
2 . Materielle Bestandskraft .....	117
II . Bestandsschutz der Lizenz als öffentlich-rechtlicher Vertrag.....	117
C . Schlussfolgerung .....	118
Kapitel 5 Neuauferlegung von Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk ....	119
A . Auferlegung von Resale-Verpflichtungen im Rahmen des Marktregulierungsverfahrens.....	120
I . Resale im Mobilfunk und Markt Nr. 15 der Märkteempfehlung ..	120
II . Potenzielle Regulierungsbedürftigkeit .....	122
III . Konkrete Regulierungsbedürftigkeit.....	123
B . Auferlegung von Resale-Verpflichtungen im Rahmen des Vergabeverfahrens von Mobilfunkfrequenzen .....	124
I . Neuvergabe von Mobilfunkfrequenzen .....	124
1 . Sachstand .....	124
2 . Rechtsstand .....	125
II . Resale und Neuvergabe von Mobilfunkfrequenzen .....	126
1 . Resale-Verpflichtungen als Nebenbestimmung.....	127
2 . Resale-Verpflichtungen und „störungsfreie, effizienten Frequenznutzung“ .....	129
a ) Störungsfreie und effizienten Frequenznutzung .....	130
(aa) Auslegungsgegenstand .....	130
(bb) „Störungsfreie“ Frequenznutzung.....	131
(cc) „Effiziente“ Frequenznutzung .....	132
b ) Auferlegung von Resale-Verpflichtungen zur Sicherung der effizienten Frequenznutzung.....	138
(aa) Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte ..	138
(bb) Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs .....	143
3 . Verhältnismäßigkeit der Auferlegung von Resale- Verpflichtungen im Rahmen der Frequenzzuteilung .....	145
a ) Legitimer Zweck .....	146
b ) Geeignetheit.....	147
c ) Erforderlichkeit.....	148
d ) Angemessenheit.....	149
(aa) Maßstab der Angemessenheitsprüfung.....	149

(bb) Grundrechtlich geschützte Interessen der Mobilfunknetzbetreiber.....	150
(cc) Grundrechtlich geschützte Interessen der Wettbewerber.....	157
(dd) Gemeinwohlinteressen.....	166
(ee) Abwägung der widerstreitenden Interessen.....	167
4 . Vereinbarkeit mit der Regulierungssystematik im Telekommunikationsrecht.....	174
a ) Regulierung knapper Frequenzen.....	174
b ) Vorgaben der Regulierungssystematik.....	175
(aa) EU-Vorgaben.....	175
(bb) Umsetzung im nationalen Recht.....	178
C . Schlussfolgerung.....	184
Kapitel 6 Reichweite von Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk.....	185
A . Das Diskriminierungsverbot im Mobilfunk.....	186
B . Fragestellungen zur Reichweite des Diskriminierungsverbotes.....	187
I . Vorleistungskonditionen der Diensteanbieter.....	187
II . Vorkonfigurierte SIM-Karten.....	188
III . Einführung neuer Resale-Geschäftsmodelle.....	189
C . Zeitliche Diskriminierung von Diensteanbietern bezüglich der Einführung neuer dienstorientierter Geschäftsmodelle.....	190
I . Neue dienstorientierte Geschäftsmodelle im Mobilfunk.....	191
1 . Entwicklung neuer Geschäftsmodelle.....	191
2 . Die „No-Frills“-Geschäftsmodelle.....	192
a ) Billig-Discounter.....	192
b ) Branded Retailer.....	193
c ) Lifestyle- & Marktnischen-Anbieter.....	194
II . Rechtsprechungsübersicht im Zusammenhang mit der Einführung neuer dienstorientierter Geschäftsmodelle.....	194
1 . „Simyo“-Verfahren.....	194
2 . „Online Flat“-Verfahren.....	197
3 . „Aldi Talk“-Verfahren.....	198
III . Streitstand im Hinblick auf die Einführung neuer dienstorientierter Geschäftsmodelle.....	199
1 . Auslegung des Begriffs „Diskriminieren“.....	199
a ) Grammatikalische Auslegung.....	200
(aa) Wortsinn bei GSM-Lizenzvergabe.....	201
(bb) Wortsinn nach dem TKG.....	202
b ) Systematische Auslegung.....	204
(aa) Ziff. 17.6 Satz 3 der GSM-Lizenzen.....	205
(bb) Ziff. 17.2 der GSM-Lizenzen.....	206
c ) Teleologische Auslegung.....	208
2 . Sachliche Rechtfertigung der zeitlichen Ungleichbehandlung.....	210
a ) Gegenstand der zeitlichen Ungleichbehandlung.....	210
b ) „Vorstoßender Wettbewerb“ als sachlicher Rechtfertigungsgrund.....	211
(aa) Begriff und Bedeutung des „vorstoßenden Wettbewerbs“.....	211
(bb) „Vorstoßender Wettbewerb“ als Bestandteil des Diskriminierungsverbotes im Mobilfunk.....	213
c ) Umfang des „vorstoßenden Wettbewerbs“ als sachlicher Rechtfertigungsgrund.....	218

(aa) Innovativer Resale-Mobilfunkdienst .....	218
(bb) Zeitlich gerechtfertigter Wettbewerbsvorsprung .....	229
D . Schlussfolgerung .....	231
Kapitel 7 Durchsetzung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Resale- Verpflichtungen im Mobilfunk .....	232
A . Verwaltungsrechtliches Verfahren .....	233
I . Verwaltungsbehördliches Verfahren .....	233
1 . Eingriffsbefugnis nach § 133 Abs. 1 TKG .....	234
a ) Regelungsgegenstand des § 133 Abs. 1 TKG .....	234
b ) Durchsetzung der Resale-Verpflichtungen vor Einführung des Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 TKG .....	235
c ) Streitgegenstand des § 133 Abs. 1 TKG im Hinblick auf die Resale-Verpflichtungen .....	237
d ) Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 TKG im Hinblick auf die Resale-Verpflichtungen .....	238
(aa) Verpflichtung aus dem oder aufgrund des TKG .....	238
(bb) „Streitigkeit“ zwischen Unternehmen .....	244
(cc) Streitigkeit „zwischen Unternehmen“ .....	246
(dd) Zusammenhang zwischen Streitigkeit und Verpflichtung .....	251
(ee) Verfahrenssubsidarität .....	252
2 . Eingriffsbefugnis nach § 126 Abs. 1, 2 TKG .....	257
a ) Verhältnis § 126 zu § 133 TKG .....	257
b ) Voraussetzungen des § 126 Abs. 1, 2 TKG .....	257
(aa) Drittschutz des § 126 TKG .....	258
(bb) Anspruch auf Einschreiten nach § 126 TKG .....	260
3 . Eingriffsbefugnis nach § 63 Abs. 2 Satz 1 Ziff. 2 TKG .....	262
4 . Sonderfall: Durchsetzbarkeit des D2-Lizenz als öffentlich- rechtlicher Vertrag im verwaltungsbehördlichen Verfahren .....	263
a ) Problemdarstellung hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der D2- Lizenz im Verwaltungsverfahren .....	264
b ) Bedeutung der Durchsetzbarkeit der D2-Lizenz im Verwaltungsverfahren .....	265
(aa) Vorteile eines Verwaltungsverfahrens .....	265
(bb) Vorteile des Verfahrens nach § 133 TKG .....	266
c ) Rechtliche Würdigung der Durchsetzbarkeit der D2-Lizenz .....	268
(aa) Grundsatz des Verbotes der Durchsetzbarkeit von verwaltungsvertraglichen Pflichten durch Verwaltungsakt ...	268
(bb) Ausnahme vom Verbot der Durchsetzbarkeit von verwaltungsvertraglichen Pflichten durch Verwaltungsakt bei Vorliegen einer gesetzlichen Ermächtigung .....	269
(cc) §§ 126 und 133 TKG als gesetzliche Ermächtigung zur Durchsetzung von verwaltungsvertraglichen Verpflichtungen durch Verwaltungsakt .....	270
II . Verwaltungsgerichtliches Verfahren .....	275
1 . Verwaltungsrechtsweg .....	277
2 . Zuständiges Gericht .....	278
3 . Statthafte Klage- und Antragsart .....	281
a ) Statthafte Klageart im Hauptsacheverfahren .....	281
b ) Statthafte Antragsart im einstweiligen Rechtsschutz .....	282
4 . Klage- und Antragsbefugnis .....	284

5 . Vorverfahren .....	285
a ) Ausschluss des Vorverfahrens im Fall des Verfahrens nach § 133 TKG gemäß § 137 Abs. 2 TKG .....	286
b ) Statthaftigkeit des Vorverfahrens im Fall des Verfahrens nach § 126 TKG .....	287
c ) Statthaftigkeit des Vorverfahrens im Fall des einstweiligen Rechtschutzes .....	288
6 . Klage- und Antragsfrist .....	289
7 . Richtiger Klage- und Antragsgegner .....	289
B . Zivilgerichtliches Verfahren .....	290
I . Parallelität von verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Verfahren .....	290
1 . Allgemeine Erwägungen zur Parallelität von Rechtswegzuständigkeiten .....	291
2 . Parallelität der Rechtswegzuständigkeiten im Hinblick auf die Durchsetzung von Resale-Verpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber .....	292
a ) Nebeneinander von verwaltungsgerichtlichem und zivilgerichtlichem Verfahren .....	292
b ) Nebeneinander von verwaltungsbehördlichen und zivilgerichtlichem Verfahren .....	292
II . Anforderungen an das zivilgerichtliche Verfahren .....	296
1 . Vorliegen einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit .....	296
2 . Gerichtsstand .....	298
a ) Gerichtsstand des Erfüllungsortes .....	298
b ) Prorogationsvereinbarung .....	299
3 . Verfahrensgegenstand .....	300
a ) Klagegrund .....	300
b ) Klageansprüche .....	301
(aa) Vertraglicher Anspruch .....	301
(bb) Anspruch aus dem TKG .....	301
(cc) Anspruch aus dem UWG .....	303
C . Schlussfolgerung .....	303