

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**

„Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern“

vorgelegt von
Alexandra Brandenburg

Gegenstand der Untersuchung sind die Resale-Verpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber. Resale bedeutet, dass ein Unternehmen ohne eigenes Telekommunikationsnetz bei den Mobilfunknetzbetreibern Mobilfunkdienste einkauft und sie auf eigene Rechnung an ihre Endkunden weiterverkauft.

Das Konzept einer Vermarktung von Telekommunikationsdienstleistungen über netzunabhängige Diensteanbieter wurde in Deutschland mit der Lizenzierung der Mobilfunknetzbetreiber, erstmals im Jahre 1990, eingeführt. Dabei findet losgelöst vom Netzbetrieb auf der gesonderten Dienste- und Vertriebssebene parallel zu dem Direktvertrieb der Netzbetreiber der Vertrieb über Diensteanbieter statt.

Die Anfang der neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts ergangenen GSM-Lizenzen des D1-, D2- und E1-Netzes beinhalten explizite Regelungen bezüglich der Verpflichtung zur Zulassung von Resellern. Im Jahre 1997, nach Erlass des TKG 1996, wurde sodann eine nahezu gleich lautende gesetzliche Regelung über Resale-Verpflichtungen mit § 4 TKV geschaffen. Die zeitlich kurz vor Erlass der § 4 TKV erteilte GSM-Lizenz des E2-Netzes enthält keine unmittelbare Regelung zu Resale, sondern einen Verweis auf § 41 TKG 1996, die wiederum eine Ermächtigungsgrundlage für § 4 TKV darstellt. Die im Jahre 1999 erlassenen UMTS-Lizenzen enthalten sodann einen unmittelbaren Verweis auf § 4 TKV.

Nach Erlass Mobilfunklizenzen an die vier am Markt etablierten Mobilfunknetzbetreibern, wurde im Jahre 2004 das TKG vor dem Hintergrund des EG-Richtlinienpaketes zur elektronischen Kommunikation novelliert. Darin wurden erstmals Regelungen zu Resale in das Gesetz aufgenommen. Die Regelungen betreffen maßgeblich § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG und § 150 Abs. 4 TKG.

In § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist geregelt, dass die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten kann, Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Dienste wie sie Endnutzern angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen.

In § 150 Abs. 4 TKG hat der Gesetzgeber zugleich eine für Resale im Mobilfunk erhebliche Übergangsregelung getroffen. Der Wortlaut sieht eine allgemeine Fortgeltung der mit Frequenznutzungs- und Lizenzrechten erteilten Rechte und eingegangenen Verpflichtungen vor. Dies gilt gemäß § 150 Abs. 4 Satz 2 TKG insbesondere für die im Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen geltende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen. Infolge dessen wurde die bisherige Regelung des § 4 TKV aufgehoben.

I. Themenkomplexe

Vor dem Hintergrund der zuvor skizzierten Eckpunkte geht es in der Arbeit um Streitstände hinsichtlich der Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk, die sich in zwei übergeordnete Themenkomplexe zusammenfassen lassen.

Ein Bereich betrifft die Gesetzmäßigkeit der Resale-Verpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber. Darunter konkretisieren sich zwei Fragestellungen, und zwar

- der Bestand der bereits ergangenen Resale-Verpflichtungen und
- die Möglichkeit der Neuauferlegung von Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk.

Des Weiteren betrifft ein Themenkomplex die Reichweite der Resale-Verpflichtungen. Aufgrund der besonderen Wettbewerbskonstellation besteht die Gefahr eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens seitens eines Mobilfunknetzbetreibers gegenüber den Diensteanbietern. In diesem Zusammenhang ergibt sich Streitpotenzial, welcher sich in zwei Fragestellungen zusammenfassen lässt, und zwar

- Diskriminierung der netzunabhängigen Diensteanbietern
- prozessuale Durchsetzung solcher Streitigkeiten.

Der Arbeit liegt eine umfassende wissenschaftliche Bearbeitung und Kommentierung der aufgeworfenen Fragestellungen zugrunde. Dabei erfolgt die Analyse und Bewertung der Problemkreise vor dem Hintergrund der maßgeblichen regulatorischen Vorgaben im TKG und der zu den konkreten Fragestellungen ergangenen Rechtsprechung.

II. Grundlagen

Zur konkreten Einordnung der genannten Problembereiche in einen Gesamtkontext, werden in Kapitel 2 und 3 zunächst die technischen, strukturellen und begrifflichen Grundlagen hinsichtlich des Aspektes von Resale im Mobilfunk geschaffen. Dabei werden in Kapitel 2 die Funktionsweise und Entwicklung des Mobilfunksystems dargestellt. Der Gegenstand der Resale-Verpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber wird sodann in Kapitel 3 erörtert, wobei es maßgeblich um die regulatorische und wettbewerbsökonomische Einordnung der Resale-Verpflichtungen geht.

III. Diskussionspunkte

Der Schwerpunkt der Arbeit betrifft die Erörterung der einzelnen Fragestellungen im Zusammenhang mit den Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk. Die Problemkomplexe werden in Kapitel 4 bis Kapitel 7 behandelt.

1. Bestand der Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk

Der Bestand der Resale-Verpflichtungen wird in Kapitel 4 erörtert. Dabei wird die einleitend genannte Regelung des § 150 Abs. 4 TKG relevant. Die Regelung des § 150 Abs. 4 TKG wird kontrovers diskutiert, insbesondere im Hinblick auf die Gemeinschaftsrechtskonformität der Norm. Es stellt sich die Frage, ob die Klarstellung in § 150 Abs. 4 TKG hinsichtlich der Fortgeltung der bereits erteilten Resale-Verpflichtungen mit der Regulierungssystematik des TKG und den zugrunde liegenden EU-Vorgaben vereinbar ist.

Die Regulierungssystematik des Telekommunikationsrechts im Rahmen der Marktregulierung legt das sogenannte SMP-Konzept als wesentliches Instrument zur Beseitigung bestehender Wettbewerbsbeschränkungen und zur Förderung des Wettbewerbs zugrunde. Das SMP-Konzept beinhaltet, dass sektorspezifische Vorabregulierung regelmäßig nur dann

Anwendung findet, wenn auf einem als regulierungsbedürftig eingestuften sachlich und räumlich relevanten Märkten, einzelne Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die Feststellung einer solchen beträchtlichen Marktmacht ist an ein komplexes, mehrstufiges Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren zwischen nationalen Behörden und EU-Kommission geknüpft. Ohne Durchführung eines solchen Verfahrens dürfen konkrete Vorabregulierungsmaßnahmen grundsätzlich nicht auferlegt werden.

Entsprechend des SMP-Konzeptes wird in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG für die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht des betroffenen Unternehmens voraussetzt.

In den streitgegenständlichen Mobilfunklizenzen sind hingegen marktmachtunabhängige Resale-Verpflichtungen geregelt, deren Fortgeltung in § 150 Abs. 4 TKG genannt wird. Aus diesem Grund ist umstritten, ob § 150 Abs. 4 TKG, der den Bestand der marktmachtunabhängigen Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk klarstellt, mit den maßgeblichen EU-Vorgaben vereinbar ist.

Die Gemeinschaftsrechtskonformität wird vor dem Hintergrund der hinsichtlich § 150 Abs. 4 TKG zu beachtenden EU-Regelung des Art. 8 Abs. 3, 2. Spiegelstrich der Zugangsrichtlinie in Verbindung mit Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Gemeinschaftsrichtlinie erörtert.

Nach dieser Ausnahmeregelung kann, unabhängig vom Vorliegen beträchtlicher Marktmacht, eine Resale-Verpflichtung im Zusammenhang mit der Erteilung von Frequenznutzungsrechten auferlegt werden, wenn das Unternehmen die Verpflichtung im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist.

Das Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen der EU-Vorgaben im Hinblick auf die Resale-Verpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Da es um den Bestand des seit den Neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts im Mobilfunk etablierten Resale-Geschäftsmodell geht, ist der Streitstand von erheblicher praktischer Relevanz und beschäftigt auch aktuell die zuständigen Spruchkörper, namentlich im sogenannten „Simyo“-Verfahren.

In Kapitel 4 der Arbeit wird der Streitstand ausführlich diskutiert und im Ergebnis die Gemeinschaftsrechtskonformität des § 150 Abs. 4 TKG bejaht. D.h., die bestehenden Resale-Verpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber gelten gemäß § 150 Abs. 4 TKG fort.

2. Neuauferlegung von Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk

Nachdem in Kapitel 4 der Bestand der bereits auferlegten Resale-Verpflichtungen gegenüber den am Markt agierenden Mobilfunknetzbetreiber erörtert und im Ergebnis bejaht wurde, ist Gegenstand von Kapitel 5 die Frage, ob sich nach dem Rechtsrahmen des TKG eine Neuauferlegung von Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk rechtfertigen lässt.

Der Prüfungsgegenstand ist insofern von erheblicher praktischer Relevanz, als dass die Neuvergabe von freigewordenen Mobilfunkfrequenzen zum Betrieb eines Mobilfunknetzes zum einen die bereits auf dem Markt vertretenen Mobilfunknetzbetreiber betrifft. Es ist zum anderen ein Szenario denkbar, wobei Mobilfunkfrequenzen in einem Frequenzvergabeverfahren an einen neuen, bisher noch nicht am Markt agierenden Mobilfunknetzbetreiber vergeben werden. Das zuletzt genannte Szenario kann bereits Anfang der Jahres 2008 mit der Neuvergabe frei gewordener UMTS-Frequenzen Realität werden.

In diesen Fällen muss die Frage geklärt werden, ob den (potenziell neuen) Mobilfunknetzbetreiber die Resale-Verpflichtungen nach Maßgabe des TKG auferlegt werden können.

Gegenstand der Erörterungen des Kapitels 5 sind dabei regulatorische Regelung im Rahmen der Frequenzvergabe nach §§ 55 ff. TKG. Dabei stellt sich die Frage, ob Regulierungsinstrumente, wie Resale, im Rahmen der Frequenzzuteilung im Mobilfunk Berücksichtigung finden können und ob zudem eine erneute Auferlegung von Resale-Verpflichtungen auch dann möglich ist, wenn keine beträchtliche Marktmacht der jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber festgestellt werden kann.

Im Rahmen der Erörterungen werden umfassende Ausführungen zu der wettbewerbspolitischen Bedeutung der Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk vor dem Hintergrund der Vergabe knapper Mobilfunkfrequenzen vorgenommen. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung findet eine Abwägung der widerstreitenden Interessen sowohl

der Mobilfunknetzbetreiber als auch der Diensteanbieter im Zusammenhang mit den jeweils betroffenen Grundrechten statt. An fortgeschrittener Stelle wird sodann wiederum die besondere Regelung des Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 der Zugangsrichtlinie i.V.m. Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie bedeutsam.

In dem Kapitel wird herausgearbeitet, dass die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen bei der Neuvergabe von Mobilfunkfrequenzen im Hinblick auf die Zielvorgaben der effizienten Frequenznutzung unter Beachtung der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und der Sicherstellung von chancengleichen Wettbewerbes gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.

Ferner wird festgestellt, dass die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen bei der Neuvergabe von Mobilfunkfrequenzen entsprechend der EU-Vorgaben nach Maßgabe des Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 2 der Zugangsrichtlinie in Verbindung mit Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie zulässig ist.

Jedoch scheitert die Neuauferlegung von marktmachtunabhängigen Resale-Verpflichtungen im Frequenzvergabeverfahren gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern im Ergebnis daran, dass es an einer entsprechenden formal-gesetzlichen Regelung im TKG im Rahmen der Frequenzzuteilung fehlt. Diese ist jedoch wegen der Beachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes zwingend geboten.

Die Verfasserin schlussfolgert, dass der Bundesnetzagentur ein entsprechendes, formal-gesetzlich geregeltes, marktmachtunabhängiges Regulierungsinstrument bei der Vergabe knapper Frequenzen zur Sicherung und Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte seitens des nationalen Gesetzgebers an die Hand gegeben werden muss um die seitens der EU-Vorgaben vorgegebene Möglichkeit umfassend ausschöpfen zu können. In diesem Zusammenhang formuliert die Verfasserin abschließend einen Gesetzesvorschlag.

3. Reichweite der Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk

Kapitel 6 widmet sich der Frage der Reichweite der bestehenden Resale-Verpflichtungen. Dabei geht es maßgeblich um Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot.

Diese betreffen regelmäßig das Verhältnis zwischen Mobilfunknetzbetreiber und Diensteanbieter auf Vertriebssebene. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass die Unternehmen einerseits direkte Konkurrenten hinsichtlich der Vermarktung der Mobilfunkdienste sind, andererseits der durch die Resale-Verpflichtungen auferlegte Kontrahierungszwang das wettbewerbliche Verhalten der Mobilfunknetzbetreiber reguliert. Vor diesem Hintergrund werden Streitstände relevant, die im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot die Frage der sachlichen Rechtfertigung einer wettbewerbsrelevanten Ungleichbehandlung der Mobilfunknetzbetreiber zum Gegenstand haben.

Die konkrete Frage einer zeitlichen Diskriminierung war bereits Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten zwischen Mobilfunknetzbetreiber und Diensteanbietern. In diesem Zusammenhang stellt sich die konkrete Frage, ob die Mobilfunknetzbetreiber verpflichtet sind, eine neue Mobilfunkdienstleistung zeitgleich den Diensteanbietern wie dem eigenen Vertrieb bzw. einem konzernverbundenen Diensteanbieter des Mobilfunknetzbetreibers anzubieten.

Auf die konkrete Fallkonstellation, die maßgeblich Gegenstand des sogenannten „Simyo“-Verfahrens war, wird in Kapitel 6 ausführlich eingegangen, da es sich als Paradebeispiel für das besondere wettbewerbliche Konfliktpotenzial zwischen den Interessen der Mobilfunknetzbetreibern und der Diensteanbieter auf Vertriebssebene besonders gut eignet.

Dabei wird zunächst das begriffliche Verständnis des Diskriminierungsverbotes der Mobilfunknetzbetreiber analysiert und zwar die Frage, ob neben der Ungleichbehandlung die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung besteht. Dies bejaht die Verfasserin.

In einem weiteren Schritt stellt sich die Frage der Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung hinsichtlich einer zeitlichen Diskriminierung durch einen Mobilfunknetzbetreiber. Gegenstand der konkreten Frage ist die Beachtung des Grundsatzes des „vorstoßenden Wettbewerbs“. Dabei handelt es sich um einen Grundsatz der Innovationsökonomik. Erobert sich ein Unternehmen durch ein innovatives Produkt einen neuen Markt, streicht es mangels konkurrierender Nachahmer Monopolgewinne ein. Marktbeherrschung ist daher die natürliche Ausgangssituation. Jedoch besitzt der Innovator seinen Vorsprung nur vorübergehend, da das Auftreten von Konkurrenten folgt und damit

durch den Eintritt aufholenden Wettbewerbs erodiert. Diese vorübergehende Marktmachtposition wird als „Vorreiterstellung“ bezeichnet. Die Voreiterstellung stellt einen Anreiz zur Schaffung neuer Produkte dar, da der Innovator aufgrund eines zeitlich begrenzten Vorsprungs in Form einer Vorreiterstellung die Früchte seiner Innovation bis zu einem gewissen Grad selber erwirtschaften und tragen kann. Entsprechend bestimmt § 21 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 TKG hinsichtlich marktmächtiger Netzbetreiber, dass Investitionen für innovative Dienste bei der Frage der Auferlegung einer Resale-Verpflichtung zu berücksichtigen sind.

Die Verfasserin greift ebenso den Aspekt auf, dass der Grundsatz des „vorstoßenden Wettbewerbs“ in der Diskussion über die Regulierung „Neuer Märkte“ Beachtung findet.

Im Ergebnis wird die Berücksichtigung des „vorstoßenden Wettbewerbs“ im Rahmen des Diskriminierungsverbotes als sachlicher Rechtfertigungsgrund bejaht.

In einem letzten Schritt wird sodann der Umfang der Beachtung des „vorstoßenden Wettbewerbs“ im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung behandelt, wobei auf die Begrifflichkeit der Innovation und den zeitlich gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung eingegangen wird.

Die Verfasserin kommt zu dem Ergebnis, dass sich Diensteanbieter und Mobilfunknetzbetreiber, ungeachtet der Resale-Verpflichtungen, hinsichtlich der Vermarktung und dem Vertrieb der Mobilfunkdienstleistungen als ebenbürtige Marktakteure und Wettbewerber gegenüber stehen. Aus diesem Grund ist der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit nicht nur einseitig zu berücksichtigen. Dieser Ansatz ist ebenso von den Mobilfunklizenzen umfasst. Sie bezwecken keinen uneingeschränkten Zugang seitens der Diensteanbieter, sondern einen „diskriminierungsfreier“ Zugang. Dahinter verbirgt sich, neben dem Interesse des Diensteanbieters am Zugang zu den Netzleistungen, andererseits das Interesse des Netzbetreibers, dass dieser, entsprechend der Grundsätze des Diskriminierungsverbotes, im Einzelfall aufgrund sachlicher Rechtfertigung einen Zugang verweigern oder verzögern kann.

4. Durchsetzung von Resale-Verpflichtungen im Mobilfunk

Nachdem im vorangegangenen Kapitel maßgebliche Streitstände im Zusammenhang mit der Reichweite der bestehenden Resale-Verpflichtungen im Einzelnen erörtert wurde, stellt sich in Kapitel 7 die Frage, wie Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Resale-Verpflichtungen durchgesetzt werden können.

Streitigkeiten zwischen einem Mobilfunknetzbereiber und Diensteanbieter über die Resale-Verpflichtungen bestehen regelmäßig auf Grundlage bereits bestehender vertraglicher Beziehungen über den Vertrieb der Mobilfunkdienste. Da der Gegenstand des Streits jedoch gleichermaßen die als Regulierungsinstrument hoheitlich auferlegten Resale-Verpflichtungen betrifft, ist ebenso die Möglichkeit eines verwaltungsrechtlichen Vorgehens in Betracht zu ziehen. Dabei ist nicht nur an ein verwaltungsgerichtliche Verfahren, sondern dem vorgeschaltet, insbesondere an ein verwaltungsbehördliches Verfahren nach Maßgabe des TKG vor der Bundesnetzagentur zu denken. Ebenso stellt sich die Frage, ob parallel ein zivilgerichtlichen Verfahren angestrengt werden kann.

Ein Schwerpunkt der Analyse ist dabei die Zulässigkeit des mit der Novellierung des TKG neu eingeführten Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 Abs. 1 TKG. In diesem Zusammenhang wird neben anderen Streitfragen, maßgeblich die Besonderheit der sowohl vertraglichen, als auch hoheitlichen Relevanz von Resale-Verpflichtungen hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Einordnung von Streitigkeiten virulent. Mit dieser Fragestellung waren die Spruchkörper des bereits erwähnten „Simyo“-Verfahren betraut. Die entsprechenden Entscheidungen finden dabei Beachtung.

Die Verfasserin kommt zu dem Ergebnis, dass Streitigkeiten zwischen den Diensteanbietern und den Mobilfunknetzbetreibern über die Resale-Verpflichtungen im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 Abs. 1 TKG vor der Bundesnetzagentur entschieden werden können.

Bei einem streitigen Verhalten eines Mobilfunknetzbetreibers im Hinblick auf die Resale-Verpflichtungen kann in Einzelfällen ebenso in Betracht kommen, einen Anspruch auf Einschreiten der Bundesnetzagentur nach § 126 TKG geltend zu machen.

Sowohl gegen das Verfahren nach § 133 Abs. 1 TKG als auch nach § 126 TKG kann die jeweils belastete Partei, d.h. sowohl die Mobilfunknetzbetreiber als auch die Diensteanbieter,

gerichtlichen Rechtsschutz vor dem VG Köln einlegen. Dabei sind die Besonderheiten des § 137 TKG zu beachten.

Zuletzt wird herausgearbeitet, dass die Betroffenen ebenso parallel zu den verwaltungsrechtlichen Verfahren, ein zivilgerichtliches Verfahren anstrengen können.