

hen sich also auf Amtsträger als Tatopfer. Ihr normativer Schutzzweck geht aber über den reinen Opferschutz (so sie ihn überhaupt betreffen) hinaus. § 113 StGB intendiert den Schutz der rechtmäßigen Betätigung staatlicher Vollstreckungsgewalt vor Widerstand¹⁴. Die Vorschrift soll die Durchführung des Staatswillens sichern¹⁵; der Pönalisierung seiner zweiten Begehungsform (tätlicher Angriff) liegt ebenfalls zumindest auch der Gedanke einer Sicherung staatlicher Vollstreckungstätigkeit zu Grunde¹⁶. Demgegenüber sichern die Strafnormen des 16. Abschnitts des Strafgesetzbuchs die körperliche Integrität des Tatopfers, dienen also keinen staatlichen Vollzugsinteressen. An dieser Wertung änderte auch die Einführung opfergruppenorientierter Qualifizierungen nichts. Der Schutz staatlicher Vollstreckungsgewalt träte bei ihnen als Rechtsreflex hinter den Gedanken des Lebensschutzes zurück, eine entsprechende Differenzierung wäre deshalb sachlich nicht gerechtfertigt.

III. Handlungsbedarf

Unabhängig von den dargelegten rechtlichen Schwierigkeiten bei der Einführung opfergruppenorientierter Qualifikationen besteht im Bereich der Straftaten gegen das Leben für derartige Regelungen kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Die geltenden Vorschriften reichen aus, um eine tat-, täter- und den Opferinteressen angemessene Ahndung von Straftaten im Einzelfall zu gewährleisten. Bereits heute erfüllt die Tötung von Polizeibeamten und anderen in § 113 StGB aufgeführten Personen in der überwältigenden Mehrheit aller praktisch vorkommenden Fälle den Tatbestand des Mords. Dies gilt vor allem dann, wenn die Tötung der Verdeckung von Straftaten dient oder aus niedrigen Beweggründen heraus erfolgt (wie im Regelfall). In der (nicht seltenen) Konstellation, dass der Täter einen ihn anhaltenden Polizeibeamten mit seinem Pkw überfährt, kann das Fahrzeug unter bestimmten Voraussetzungen zudem als „gemeingefährliches Mittel“ eingestuft werden.

Die wenigen Einzelfälle, in denen sich ein Mord- bzw. Tötungsvorsatz nicht nachweisen lässt oder ausgeschlossen werden kann, können über die Vorschriften der §§ 212, 224, 225, 227 StGB unrechtsangemessen geahndet werden. Für sie höhere Strafrahmen (insbesondere die lebenslange Freiheitsstrafe) vorzusehen, würde den Täter in einem nicht mehr hinnehmbaren Maße stigmatisieren.

IV. Schlussbemerkung

Im Ergebnis der Untersuchung kann somit festgestellt werden, dass:

1. normative Strafschärfungen für Tötungshandlungen gegenüber Vollzugsbeamten unter Berücksichtigung der täterbezogenen Grundrechte verfassungswidrig wären, insbesondere gegen das Gleichheitsprinzip und vor allem das Verhältnismäßigkeitsgebot verstießen, und es

2. zum Schutz von Leib und Leben der „Gesetzhüter“ keines legislativen Tätigwerdens, sondern allenfalls einer konsequenten Strafverfolgung im Rahmen der bestehenden Gesetze bedarf.

Weitergehende Forderungen einzelner Berufsverbände gehen an den vorhandenen Möglichkeiten und den Realitäten vorbei. Sie sind deshalb abzulehnen.

14) v. Bubnoff, in LK-StGB (o. Fußn. 6), § 113 Rdnr. 2.

15) Fischer, in: Fischer/Tröndle (o. Fußn. 6), § 113 Rdnr. 1; Maurach/Schroeder/Maiwald, StraFR, Bes. Teil, § 70 I Rdnr. 6; Schmid, JZ 1980, 58.

16) Vgl. Lackner, StGB, 22. Aufl., § 113 Rdnr. 1.

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter Andreas Neumann, Bonn

Telekommunikationsrechtliche Optimierung künftiger Lizenz- und Frequenz-Versteigerungen*

Das Verfahren um die Vergabe der Lizenzen zum Betreiben von Übertragungswegen für Mobilkommunikationsdienstleistungen der dritten Generation (Universal Mobile Telecommunications System, UMTS) sorgte im Jahr 2000 für großes Aufsehen. Die ursprüngliche Euphorie über die pekuniären Begleiterscheinungen dieses Vergabeverfahrens ist mittlerweile einer nüchterneren Betrachtung gewichen. Kritiker befürchten, dass die mit der Versteigerung vorweggenommene Gewinnabschöpfung das Wachstumspotenzial der Zukunftsbranche Telekommunikation nachhaltig beeinträchtigen könnte. Aber auch das Verfahren selbst wird zunehmend einer kritischen Würdigung unterzogen. Der folgende Beitrag möchte unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Diskussionsstands und mit Blick auf künftige Lizenz- und Frequenz-Versteigerungen die aus telekommunikationsrechtlicher Sicht zentralen Schlussfolgerungen aufzeigen.

I. Versteigerungen von Lizenzen und Frequenzen

Das Telekommunikationsgesetz sieht als Novum im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht die Möglichkeit der Vergabe öffentlich-rechtlicher Befugnisse nach Maßgabe des Ergebnisses einer unter den Bewerbern durchzuführenden Versteigerung vor¹. Dies betrifft zum einen die Zuteilung von Funkfrequenzen (§ 47 V 2 TKG i. V. mit § 11 IV TKG), zum anderen aber auch bereits die Vergabe von Lizenzen (§ 11 IV TKG), nach § 3 Nr. 7 TKG mithin der „Erlaubnis zum Angebot bestimmter Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“. Voraussetzung ist jeweils, dass die – zumindest erwartete – Nachfrage nach Funkfrequenzen das sich aus der entsprechenden Ausweisung im Frequenznutzungsplan ergebende Angebot übersteigt². Das Versteigerungsverfahren sah sich dabei schon früh rechtlichen Bedenken gegenüber³.

Diesen ungeachtet hat sich der für die Lizenzvergabe und Frequenzzuteilung zuständige Regulierer bislang bereits dreimal für die Durchführung eines Versteigerungsverfahrens und damit gegen die unter den Voraussetzungen des § 11 II TKG alternativ mögliche Ausschreibung der zu vergebenden Lizenzen bzw. der zuzuteilenden Frequenzen entschieden. Die erste Versteigerung wurde noch unter der Ägide des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation durchgeführt. Am 23. 9. 1996 wurden vier Lizenzen und zehn zusätzliche regionale Frequenzen für den Funkrufdienst ERMES versteigert⁴. Nur die Festsetzung eines Mindestgebots ermöglichte ein Versteigerungsergeb-

* Professor Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn. Andreas Neumann ist dort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Professor Dr. Koenig hat im Auftrag der MobilCom Multimedia GmbH die Vereinbarkeit der UMTS-Versteigerung mit deutschem und europäischem Telekommunikationsrecht gutachterlich untersucht.

1) Geppert, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. (2000), § 11 Rdnr. 16; Klöck, RTKOM 2000, 280; Varadinek, CR 2001, 17. Vgl. indes zu schon zuvor praktizierten – jedoch nicht auf das Höchstgebot als Vergabekriterium abstellenden – Versteigerungen im Bereich des Jagdrechts: Koenig, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslizenz, 1994, S. 408.

2) Vgl. auch Varadinek, CR 2001, 17 (18).

3) Grzeszick, DVBl 1997, 878 (883 f.); Scherer, NJW 1996, 2953 (2958, Fußn. 32). Vgl. auch Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (146).

4) Vgl. dazu Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (148 f.); Ruble/Geppert, MMR 1998, 175.

nis von 3,86 Mio. DM – für die vier Lizenzen hätten sich lediglich drei Interessenten gefunden⁵. Die zweite Versteigerung betraf zusätzliche Frequenzen aus dem 1800 MHz-Bereich für den Betrieb von Übertragungswegen für GSM-Mobilkommunikationsdienstleistungen. Sie wurde am 28. 10. 1999 von der zum 1. 1. 1998 an die Stelle des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation getretenen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post unter den vier mit einer GSM-Lizenz ausgestatteten Unternehmen durchgeführt⁶. Die Versteigerung der beiden 10,4 MHz umfassenden Frequenzblöcke erbrachte einen Erlös von 416 Mio. DM⁷.

II. Die Versteigerung der UMTS-Lizenzen

Eine ganz andere finanzielle Dimension wurde dann jedoch mit der Vergabe der UMTS-Lizenzen erreicht⁸. Entsprechend groß war der regulatorische Vorlauf, der bereits 1998 mit der Bekanntgabe von neun „Eckpunkte(n) zur Lizenzierung von UMTS“ durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post begann⁹. Nach der Abgabe von Stellungnahmen seitens der interessierten Kreise bis zum 15. 1. 1999 entschied die Behörde dann am 10. 5. 1999 im Wege einer als Allgemeinverfügung gekennzeichneten Entscheidung¹⁰, dass die Anzahl der zu vergebenden Lizenzen auf Grund des zur Verfügung stehenden Frequenzspektrums nach § 10 TKG beschränkt wird und die Vergabe der Lizenzen im Wege des Versteigerungsverfahrens erfolgt. Weiterhin wurden Rahmenregelungen für die Durchführung des Lizenzvergabeverfahrens festgelegt. Die endgültige Entscheidung über die Vergabebedingungen und Auktionsregelungen traf die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post schließlich in zwei weiteren als Allgemeinverfügungen gekennzeichneten Entscheidungen am 18. 2. 2000¹¹. Das Versteigerungsverfahren wurde dann mit dem ersten Versteigerungsabschnitt (Ersteigerung von Lizenzen) in der Zeit vom 31. 7. 2000 bis zum 17. 8. 2000 durchgeführt. Sechs von ursprünglich sieben beteiligten Unternehmen erhielten in diesem Versteigerungsabschnitt nach 173 Versteigerungsrunden Zuschläge für eine Lizenz mit jeweils zwei Frequenzblöcken – und damit eine so genannte „kleine Lizenz“¹² – zu einem Zuschlagspreis von je ca. 16 Mrd. DM. Der nicht erfolgreiche siebte Bieter war bereits nach der Versteigerungsrunde 126 ausgeschieden. Zu diesem Zeitpunkt wäre die Vergabe der sechs „kleinen“ Lizenzen zu einem Gesamtbetrag von jeweils etwa 10,5 Mrd. DM möglich gewesen. In einem zweiten Versteigerungsabschnitt (Ersteigerung zusätzlicher Frequenzen), der am 18. 8. 2000 stattfand, ersteigerten schließlich fünf der sechs Lizenznehmer nach nur neun Versteigerungsrunden noch jeweils einen ungepaarten Frequenzblock zu einem Zuschlagspreis von je ungefähr 120 Mio. DM¹³. Mit der UMTS-Versteigerung wurde somit die überaus beachtliche Gesamtsumme von 99,3682 Mrd. DM erzielt, die auf Grund ihrer Höhe allerdings auch geeignet war, die grundsätzlichen Bedenken gegen Versteigerungsverfahren als Instrumente zur Allokation knapper Ressourcen zu bestätigen. Einer der in beiden Versteigerungsabschnitten erfolgreichen Bieter, die MobilCom Multimedia GmbH, erhob dann auch am 14. 9. 2000 fristgerecht Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland, mit der sie die Aufhebung der an sie gerichteten Zuschlags- und Zahlungsbescheide, nicht aber der gesondert erteilten Lizenz begehrte¹⁴.

Nach eingehender juristischer Prüfung gab die MobilCom Multimedia GmbH am 11. 1. 2001 jedoch bekannt, dass die Klage vor Ablauf der verlängerten Klagebegrün-

dungsfrist zurückgenommen werde¹⁵. Das Risiko, in der Sache zu obsiegen, dabei aber auch die UMTS-Lizenz zu verlieren, sollte den Anteilseignern nicht zugemutet werden. Die Frage, inwieweit das von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post gewählte Verfahren den Anforderungen deutschen und europäischen Telekommunikationsrechts entsprach, wird damit verwaltungsgerichtlich ungeklärt bleiben. Da auf Grund der fiskalischen Effekte und der zu erwartenden expliziten gemeinschaftsrechtlichen Anerkennung des Versteigerungsverfahrens¹⁶ dieser Methode der Güterallokation im Telekommunikationssektor zumindest kurz- und mittelfristig erhebliche Bedeutung zukommen dürfte, ist eine intensive rechtswissenschaftliche Untersuchung gerade auch der Versteigerung der UMTS-Lizenzen nach wie vor geboten. Dies gilt vor allem deshalb, weil eine solche juristische Diskussion im Vorfeld der Versteigerung in Deutschland weitgehend unterblieben ist. Während es in Österreich zu dieser Frage mit Blick auf die dortige Vergabe der UMTS-Lizenzen zu einer kontrovers geführten Auseinandersetzung in der Sache gekommen ist¹⁷, blieb es hierzulande bei isolierten Beiträgen, die sich zudem entweder primär mit sonstigen regulatorischen Fragestellungen im Zusammenhang mit UMTS¹⁸ oder allgemein mit den rechtlichen Voraussetzungen einer Versteigerung im Telekommunikationsbereich auseinandersetzen¹⁹. Dementsprechend abstrakt blieben auch die rechtlichen Ausführungen zur Ausgestaltung des gewählten Verfahrens. Konsequenterweise konnte sich die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post bei ihren Entscheidungen beinahe ausschließlich auf die Einlassungen der am Erhalt einer Lizenz interessierten Unternehmen stützen. Umso größere Bedeutung kommt mithin der nachträglichen Analyse des Verfahrens zu, um die gewonnenen Erfahrungen bei künftigen Vergabeverfahren zu berücksichtigen und der Gefahr anderenfalls drohender juristischer Auseinandersetzungen im Interesse einer zügigen Vergabe schon im Vorfeld zu begegnen. Der lebhaften wissenschaftlichen Diskussion, die als Nachhall der UMTS-Versteigerung auch hierzulande die Fachpublikationen erreichte²⁰, können dabei wichtige Schlussfolgerungen für die Zukunft entnommen werden.

5) Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (149); Ruhle/Geppert, MMR 1998, 175 (178).

6) Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (149 f.).

7) Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (Fußn. 3).

8) Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (150), schreiben plastisch vom „größten Happen für das Finanzministerium“.

9) Vfg. 122/1998, ABRegTP 1998, 2513. Zur Vorgeschichte der Versteigerung vgl. auch Klöck, RTkom 2000, 280 (283).

10) Vfg. 51/1999 – Az.: BK-1b-98/005, ABRegTP 1999, 1519.

11) Vfg. 13/2000 – Az.: BK-1b-98/005-1, ABRegTP 2000, 516; Vfg. 14/2000 – Az.: BK-1b-98/005-2, ABRegTP 2000, 564.

12) Im Gegensatz zu einer „großen Lizenz“, bei welcher der Lizenznehmer drei Frequenzblöcke zugeteilt bekommen hätte.

13) Eine Ausnahme bildeten nur E-Plus Hutchinson, die im Gegensatz zu den anderen Bietern für einen konkreten Frequenzblock boten und diesen bereits zu einem Zuschlagspreis von ca. 73,5 Mio. DM erhielten.

14) Ehlers, K&R 2001, 1.

15) Vgl. dazu die Meldung der Financial Times Deutschland „MobilCom lässt Milliardenklage gegen UMTS-Kosten fallen“ v. 11. 1. 2001, <http://www.ftd.de/tm/tk/FTDKULA2UHC.html>.

16) Art. 8 III des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, KOM (2000) 393 endgültig (im Folgenden „Rahmenrichtlinienentwurf“ genannt).

17) Lehofer, MR 1999, 307; Taucher/Vartian, MR 1999, 247.

18) So etwa Heilbock, MMR 1999, 23; Ladew, RTkom 1999, 68.

19) Z. B. Gramlich, CR 1999, 752; ders., CR 2000, 101.

20) Vgl. Arndt, K&R 2001, 23; Degenhardt, K&R 2001, 32; Ehlers, K&R 2001, 1; Hommel/Berndt, K&R 2000, 581; Klöck, RTkom 2000, 280; Koenig, K&R 2001, 41; Luttermann, K&R 2000, 473; Sachs, K&R 2001, 13; Varadinek, CR 2001, 17; sowie aus ökonomischer Sicht: Bach/Erber, Wochenbericht des DIW 2000, 490.

III. Telekommunikationsrechtliche Schlussfolgerungen

Das Verfahren zur Vergabe der UMTS-Lizenzen hat verschiedene Schwächen des im Telekommunikationsgesetz normierten Lizenzierungsregimes offen gelegt. Einige können nur vom Gesetzgeber behoben werden. Dazu zählen vor allem die Fragen im Zusammenhang mit der Festlegung der Verfahrensregeln²¹. Auch die Klärung des rechtlichen Verhältnisses zwischen dem Zuschlagsbescheid und der Lizenzerteilung kann letzten Endes nur durch den Gesetzgeber mit der gebotenen Rechtssicherheit erfolgen. Hier wird aber bereits die Abhängigkeit von der Entwicklung des Telekommunikationsrechts auf Gemeinschaftsebene deutlich. Nach den bislang vorliegenden Vorschlägen der Kommission der Europäischen Gemeinschaft wird das telekommunikationsrechtliche Genehmigungsregime nachhaltig reformiert. Das System der Einzelgenehmigungen soll abgeschafft und durch ein System von Allgemeingenehmigungen ersetzt werden²². Lediglich für die Inanspruchnahme knapper Ressourcen (Nummern und Funkfrequenzen) wird der reformierte Rechtsrahmen der Gemeinschaft nach bisherigem Sachstand unter bestimmten Umständen die Vergabe so genannter „Nutzungsrechte“ erlauben²³. Ob es damit in Einklang zu bringen sein wird, dass weiterhin bereits die Berufswahl oder -ausübung an eine gesonderte hoheitliche Genehmigung geknüpft ist, wie bislang im deutschen Telekommunikationsrecht für die hier relevanten Tätigkeiten der Fall, erscheint fraglich²⁴. Von solchen mit der Versteigerung der UMTS-Lizenzen offenbar gewordenen oder angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklung vorgezeichneten grundsätzlichen Fragestellungen abgesehen lassen sich aber auch zahlreiche konkrete materiell-rechtliche Schlussfolgerungen für die Ausgestaltung künftiger Vergabeverfahren durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ziehen.

1. Die Wahl des Vergabeverfahrens

Das Versteigerungsverfahren ist in § 11 TKG als Regelverfahren ausgestaltet²⁵. Danach ist eine Ausschreibung nur durchzuführen, wenn eine Versteigerung nicht geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 II TKG sicherzustellen (§ 11 II 1 TKG) oder wenn Frequenzen für die Funkanbindung von Teilnehmeranschlüssen vergeben werden (§ 11 II 3 TKG). Von dem zweiten, an dieser Stelle nicht zu vertiefenden Fall abgesehen, steht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post also grundsätzlich ein gewisser Beurteilungsspielraum zu²⁶, lassen sich die Auswirkungen eines Vergabeverfahrens auf die zum Teil auch gegenläufigen Regulierungsziele doch nicht mit mathematisch-naturwissenschaftlicher Genauigkeit voraussagen²⁷. Auf diesen Beurteilungsspielraum kann sich der Regulierer jedoch dann nicht mehr ohne weiteres berufen, wenn eine Maßnahme entweder zur Sicherstellung *aller* Regulierungsziele ungeeignet ist oder wenn sie zur Sicherstellung *einiger* Regulierungsziele ungeeignet ist und zugleich auf *alle anderen* Regulierungsziele keine Auswirkungen hat. Beide Male fehlt es in der konkreten Situation bereits an der Gegenläufigkeit der Regulierungsziele, so dass der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post insoweit kein Beurteilungsspielraum mehr zusteht²⁸. Auf die Regulierungsziele der § 2 II Nrn. 3, 4 und 6 TKG wird die Wahl des Vergabeverfahrens regelmäßig keine oder nur geringe Auswirkungen haben²⁹. Hinsichtlich der drei anderen Ziele der Regulierung lassen sich jedoch einige allgemeine Aussagen formulieren.

Eine Versteigerung kann ihr ökonomisches Ziel, die Ermittlung des wirtschaftlichen Knappheitspreises des Versteigerungsguts³⁰ und damit die in § 2 II Nr. 5 TKG als Regulierungsziel

ausgewiesene Sicherstellung seiner effizienten Nutzung³¹, nur dann erreichen, wenn gewisse Grundbedingungen sichergestellt sind. Dazu zählt zunächst, dass die Preisbildung von wettbewerbswidrigen Einflussnahmen einzelner³² oder mehrerer³³ Bieter abgeschirmt werden muss. Die Gebote der Versteigerungsteilnehmer müssen deren Einschätzung des wirtschaftlichen Werts des Versteigerungsguts widerspiegeln. Eine solche Einschätzung muss überdies auf plausiblen ökonomischen Erwägungen beruhen, soll der so ermittelte Preis mehr sein als eine bloße Spekulationsgröße³⁴. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht wird folgerichtig gefordert, dass von rationalem Bieterverhalten und zumindest annähernd vollständigen und symmetrischen Informationen der Versteigerungsteilnehmer über die tatsächliche Verwendbarkeit des Versteigerungsguts auszugehen sein muss³⁵. Je unsicherer die Prognose hinsichtlich des tatsächlichen Nutzungswerts des Versteigerungsguts ausfällt³⁶, desto größeren Einfluss gewinnen sachfremde Elemente auf die Wertzumessung³⁷.

21) Vgl. dazu Ehlers, K&R 2001, 1; Sachs, K&R 2001, 13.

22) Art. 3 II des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, KOM (2000) 386 endgültig.

23) Art. 3 II i. V. mit Art. 5, 6, 7 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, KOM (2000) 386 endgültig. Vgl. auch Kardasiadou, RTkom 1999, 168 (170).

24) Dabei soll nicht verkannt werden, dass die praktischen Konsequenzen nicht überbewertet werden dürfen. Die Aufnahme der Tätigkeit als Mobilfunknetzbetreiber setzt rein faktisch den Zugriff auf entsprechende Funkfrequenzen voraus, für welche auch nach dem künftigen Rechtsrahmen entsprechende Nutzungsrechte erforderlich sein können.

25) RegTP, Vfg. 122/1998, ABRegTP 1998, 2513, Eckpunkt 5; Vfg. 51/1999, ABRegTP 1999, 1519 (1525); Geppert (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 5; Manssen, in: ders. (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimedia, Stand: September 2000, C § 11 Rdnr. 6; Grzeszick, DVBl 1997, 878 (880); Hefekäuser/Wehner, CR 1996, 698 (700); Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243 (244); Schumacher, NJW 2000, 3096; Varadinek, CR 2001, 17 (19). A. A. Gersdorf, AfP 1997, 424 (425 Fußn. 3).

26) Geppert (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 5; Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (146); ähnlich auch Hiltl/Großmann, BB 1996, 169 (172). Auf Grund der Vorschrift des § 11 I TKG nimmt Varadinek, CR 2001, 17 (19 f.), gar ein der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post zustehendes Auswahlermessen an und geht insoweit von einer Kopplungsnorm aus. Diese Auffassung kann indes den einer Annahme eines Auswahlermessens entgegenstehenden imperativischen Zuschnitt des § 11 II 1 TKG („erfolgt [...] nicht erklären, wohingegen § 11 I TKG auch bei Annahme eines (bloßen) Beurteilungsspielraums einen eigenständigen Anwendungsbereich behält (Geppert [o. Fußn. 1], § 11 Rdnr. 3). In der Praxis dürften die Unterschiede zwischen beiden Auffassungen indes gering sein. Klöck, RTkom 2000, 280 (283), geht von einem der Behörde eingeräumten Ermessen aus. Seine Berufung auf Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243 (244), ist allerdings zumindest missverständlich. Dort ist ausdrücklich von einer „Beurteilungsermächtigung“ die Rede.

27) Vgl. nur Varadinek, CR 2001, 17 (20).

28) Erwaige Beurteilungsspielräume hinsichtlich der einzelnen Regulierungsziele bestehen freilich fort.

29) So auch RegTP, Vfg. 122/1998, ABRegTP 1998, 2513, Eckpunkt 5. Ähnlich Ehmer, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 1), § 47 Rdnr. 10, dem zufolge „insbesondere“ die anderen drei Regulierungsziele „zu beachten“ sind.

30) Geppert (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 16.

31) So ausdrücklich § 11 IV 1 TKG. Vgl. auch Geppert (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 16 f.; Varadinek, CR 2001, 17 (20).

32) Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243 (248).

33) Bach/Erber, Wochenbericht des DIW 30/2000, 490 (491); Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243 (248); Netti/Stumpf, Funkschau 8/1999, 61 (62).

34) Dieser Aspekt wird von Klöck, RTkom 2000, 280 (285), nicht hinreichend beachtet, der zutreffend erkennt, dass eine Einschätzung des Werts der UMTS-Lizenzen zum Zeitpunkt der Versteigerung sowohl betriebs- als auch volkswirtschaftlich nicht möglich war. Wie bei derart ungesicherter Faktenlage das Versteigerungsverfahren der Ermittlung des „optimalen Knappheitspreises“, welcher „die wirtschaftliche Nutzbarkeit eines Guts korrekt widerspiegelt“ – Klöck, RTkom 2000, 280 (283 bzw. 287) –, dienen soll, bleibt dunkel.

35) Bach/Erber, Wochenbericht des DIW 30/2000, 490 (491).

36) Ein Grund hierfür mag z. B. das durch einen besonders großen zeitlichen Abstand mit der Einführung einer neuen Technologie bedingte völlige Fehlen praktischer Erfahrungen mit dem erwarteten Dienstleistungsangebot sein.

37) Krit. auch Gneiting, Funkschau 4/2000, 20 (23), hinsichtlich der ungesicherten Informationslage und der daraus resultierenden Unmöglichkeit, das kommerzielle Potenzial von UMTS einzuschätzen.

Als Beispiele solcher Elemente mögen der – durch die Wahl eines mehrstufigen Versteigerungsverfahrens allerdings relativierte³⁸ – „Winner's Curse“³⁹ und vor allem die aus der Reaktion auf die Gebote der Mitbieter resultierende überhöhte Bewertung des Versteigerungsguts⁴⁰ dienen.

Neben der durch die Wahl des Versteigerungsverfahrens zumindest vom ökonomischen Ansatz her grundsätzlich eher geförderten Sicherstellung der effektiven Frequenznutzung sind ausweislich § 11 II 1 TKG aber auch die anderen Regulierungsziele zu beachten, namentlich also auch „die Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation und des Funkwesens“ (§ 2 II Nr. 1 TKG). Die Nutzer werden regelmäßig ein Interesse an möglichst erschwinglichen Preisen der von den Lizenznehmern erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen haben⁴¹. Die Auswirkungen der Wahl des Vergabeverfahrens auf die Preise der Telekommunikationsdienstleistungen lassen sich allerdings nicht pauschal formulieren⁴². So sind Situationen denkbar, in denen gerade der mit hohen Lizenzkosten verbundene Rentabilitätsdruck für den Dienstleister einen Anreiz dahin gehend schafft, einen großen Kundenkreis zu erreichen und deshalb seine Leistungen zu kundenfreundlichen Preisen anzubieten⁴³. Nicht in jeder Situation verringern jedoch die bei einer Auktion anfallenden (historischen) Kosten lediglich den Unternehmensgewinn auf ein normales Maß⁴⁴ (sog. „lump sum“-Transfer⁴⁵). Ab einer gewissen Höhe müssen Lizenzkosten zwangsläufig aus Mitteln finanziert werden, die sich die Lizenzinhaber auf dem Kreditmarkt verschafft haben⁴⁶.

Diese Kredite müssen in der Folge aus den Umsätzen bedient werden. Auf Grund der gleichmäßigen Belastung aller Lizenzinhaber besteht insoweit auch kein wettbewerblicher Druck, diese Kosten nicht in die Preisgestaltung miteinfließen zu lassen⁴⁷. Zugleich führt die hohe Verschuldung zu einer vorsichtigeren Bewertung der Lizenznehmer durch die Kapitalmärkte, was die Kreditaufnahme generell verteuert⁴⁸. Davon sind dann aber auch Kredite betroffen, die zur (zumindest übergangsweisen) Deckung variabler Kosten aufgenommen werden⁴⁹ – so dass die Versteigerungskosten auch auf diesem Wege in den Grenzkosten der Leistungsbereitstellung Niederschlag finden. In einer solchen Situation haben die Lizenzkosten in der Praxis (nachteilige) Auswirkungen auf die von den Nutzern für die Telekommunikationsdienstleistungen zu zahlenden Preise⁵⁰. Wenn schon zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Vergabeverfahren mit Geboten in einer entsprechenden Höhe gerechnet werden muss, ist somit grundsätzlich davon auszugehen, dass die Entscheidung für das Versteigerungsverfahren nicht geeignet ist, die Interessen der Nutzer zu wahren.

Und schließlich sind auch die (zu erwartenden) Auswirkungen der Wahl des Vergabeverfahrens auf das von § 2 II Nr. 2 TKG vorgegebene Regulierungsziel der „Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs“ zu beachten. Dieses Regulierungsziel wirft zahlreiche Auslegungsprobleme auf. Dies gilt in besonderem Maße im Rahmen der lediglich prognostischen Beurteilung des zu erwartenden Wettbewerbs nach § 11 II 1 TKG. Dieser kommt dennoch zentrale Bedeutung zu, da sie die entscheidenden Rahmenbedingungen für diesen Wettbewerb setzt. Insoweit ist eine ausführliche Auseinandersetzung mit den (zu erwartenden) Marktverhältnissen im Einzelfall erforderlich. Als grobe Leitlinie lässt sich in prognostischer Hinsicht formulieren, dass die Annahme funktionsfähigen Wettbewerbs umso näher liegt, je mehr voneinander unabhängigen Unternehmen die Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht wird⁵¹. Vor allem aber kommt den Bedingungen dieser Teilnahme zentrale Bedeutung zu. Sie bestimmen die ökonomischen Gestaltungsspielräume

der Wettbewerber. Je größer diese Spielräume sind, desto freier kann die „unsichtbare Hand“ des Markts wirken, kann der Wettbewerb die ihm zugeordneten Funktionen erfüllen⁵². Funktionsfähiger Wettbewerb kann sich damit grundsätzlich umso besser entfalten, desto leichter Unternehmen der Marktzutritt gemacht wird⁵³. Eine Gefährdung des funktionsfähigen Wettbewerbs geht bei einem solchen Verständnis z. B. von hohen Marktzutrittskosten aus⁵⁴, wie sie sich etwa aus der Durchführung eines Versteigerungsverfahrens ergeben können⁵⁵. Das gilt insbesondere im Fall einer Bepreisung des Versteigerungsguts, die nicht die wahre Einschätzung des Nutzwerts wiedergibt, sondern in erheblichem Umfang durch das Bestreben determiniert wird, den Marktzutritt von Konkurrenten zu verhindern oder zu erschweren⁵⁶ (strategi-

38) Keuter/Nett/Stumpf, in: WIK-Diskussionsbeiträge Nr. 165, 1996, S. 90 f.; Nett/Stumpf, Funkschau 8/1999, 61 (63); Ruhle/Geppert, MMR 1998, 175 (177).

39) Vgl. zum „Winner's Curse“: Keuter/Nett/Stumpf (o. Fußn. 38), S. 52; Nett/Stumpf, Funkschau 8/1999, 61 (62).

40) Bach/Erber, Wochenbericht des DIW 2000, 490 (491).

41) Degenhart, K&R 2001, 32 (33).

42) Überdies ist zu beachten, dass die Argumentation über die Auswirkungen auf das Preisniveau nur mittelbar die Verfahrenswahl betrifft. Sie basiert auf der Prämisse, dass bei einer Versteigerung regelmäßig höhere Lizenzkosten anfallen als bei einer Ausschreibung. Dies muss freilich nicht in jeder Konstellation zutreffen.

43) Scheurle, MMR 2000, 577 (578).

44) Vgl. dazu auch die antithetische Argumentation bei Noam, Telecommunications Policy 1997, 461 (465).

45) Keuter/Nett/Stumpf (o. Fußn. 38), S. 40.

46) Vgl. auch Bach/Erber, Wochenbericht des DIW 30/2000, 490 (496).

47) Davon geht auch das OVG Münster, MMR 2000, 115 (116), aus.

48) Noam, Telecommunications Policy 1997, 461 (465). Vgl. dazu auch die Mitteilung der Europäischen Kommission „Einführung von Mobilkommunikationssystemen der dritten Generation in der Europäischen Union: Aktueller Stand und weiteres Vorgehen“ v. 20. 3. 2001, KOM (2001) 141 endgültig („UMTS-Mitt.“), S. 6.

49) Auf strengere Anforderungen an Kreditvergaben im Telekommunikationsbereich als Folge der UMTS-Versteigerungen weist auch Medosch, Telepolis v. 8. 12. 2000, hin. Im Internet abrufbar unter: <http://www.telepolis.de/deutsch/inhalte/te/4440/1.html>.

50) Geppert (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 8; Demmel, in: Manssen (o. Fußn. 25), C § 47 Rdnr. 38; Bach/Erber, Wochenbericht des DIW 30/2000, 490 (493); Degenhart, K&R 2001, 32 (39); Grzeszick, DVBl 1997, 878 (884); Manssen, Archiv PT 1998, 236 (240); Ruhle, MR 2000, 49 (53); Taucher/Vartian, MR 1999, 247 (247); Varadinek, CR 2001, 17 (21).

51) So ausdrücklich auch die RegTP, vgl. RegTP, Vfg. 14/2000, ABL-RegTP 2000, 564 (571). Vgl. auch Maaß, Der Wettbewerb im örtlichen Personenbeförderungswesen, 1998, S. 30. Diese Überlegung liegt wohl auch den Ausführungen von Nett, WIK-Newsletter Nr. 40, 18 (19), zu Grunde, wenn dieser angesichts der Zahl der letztlich vergebenen UMTS-Lizenzen Deutschland nun „die wettbewerbsfreundlichste Marktstruktur in Europa“ attestiert.

52) Immenga, WuW 1999, 949 (956); Maaß (o. Fußn. 51), S. 30 f.

53) Schütz/Nüsken, MMR 1998, 523 (524).

54) Mit Blick auf die neuen Mobilfunknetzbetreiber wird dieser Aspekt von der Europäischen Kommission, UMTS-Mitt. (o. Fußn. 48), S. 6, ausdrücklich betont. Vgl. allg. auch VG Köln, MMR 1999, 373 (375). Schon die BReg. unterstrich in ihrer Gegenäußerung zu Nr. 1 der Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der BReg., BT-Dr 13/4438, dass „überzogene Auflagen für den Markteintritt (...) die Wettbewerbsmöglichkeiten der potenziellen Anbieter verschlechtern“ würden, was „sich im übrigen keinesfalls wettbewerbs-, sondern allenfalls konzentrationsfördernd auswirken“ würde. Ob der Marktzutritt nun aber durch „überzogene Auflagen“ oder durch überzogene Marktzutrittskosten erschwert wird, ist in der Auswirkung auf den (funktionsfähigen) Wettbewerb irrelevant.

55) Beese/Naumann, MMR 2000, 145 (147); Schütz/Nüsken, MMR 1998, 523 (524).

56) Geppert (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 8; Manssen (o. Fußn. 25), C § 11 Rdnr. 11. Vgl. auch Noam, Telecommunications Policy 1997, 461 (466 f.); Schumacher, NJW 2000, 3096 (3097). Klöck, RTKom 2000, 280 (289), berücksichtigt zu wenig, dass auf Grund der Verengung der wettbewerblichen Handlungsspielräume der hinzutretenden Unternehmen bereits die Erschwerung des Marktzutritts den funktionsfähigen Wettbewerb gefährden kann.

ches Bieterverhalten)⁵⁷. Hinzu tritt die nicht minder bedeutsame Berücksichtigung von Gesichtspunkten des *chancengleichen* Wettbewerbs. Dabei hat der Gesetzgeber in § 11 II 2 Alt. 1 TKG selbst eine Regelung für einen typischerweise den chancengleichen Wettbewerb gefährdenden Lebenssachverhalt getroffen. Das Versteigerungsverfahren kann danach insbesondere dann zur Sicherstellung der Regulierungsziele ungeeignet sein, „wenn auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt der zu lizenzierenden Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit bereits eine Lizenz ohne Durchführung eines Versteigerungsverfahrens erteilt worden ist“.

Die Bestimmung beruht auf der Überlegung, dass es unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten unzulässig sein kann, den Marktzutritt durch die Durchführung eines regelmäßig mit hohen Lizenzkosten verbundenen Versteigerungsverfahrens zu erschweren, wenn zuvor Lizenzen bereits im Ausschreibungsverfahren vergeben und die Lizenznehmer dabei mit in der Regel erheblich geringeren Lizenzkosten belastet wurden⁵⁸ (asymmetrische Marktzutrittsbedingungen⁵⁹). Sind die Voraussetzungen des § 11 II 2 Alt. 1 TKG gegeben, so muss eine dennoch erfolgende Entscheidung für ein Versteigerungsverfahren substantiiert begründet werden⁶⁰. Überdies ist der Gedanke der asymmetrischen Marktzutrittsbedingungen nicht auf die in § 11 II 2 Alt. 1 TKG normierte Situation beschränkt. Insoweit werden vielmehr in Zukunft verstärkt auch solche Vorteile zu berücksichtigen sein, die sich aus der Interdependenz mit Marktmachtpositionen auf benachbarten Märkten ergeben⁶¹. Dieses allgemeine kartellrechtliche Problem gewinnt gerade im durch Netzcharakteristika geprägten Telekommunikationsbereich zunehmend an Bedeutung und soll nach der Vorstellung der EG-Kommission im neuen Ordnungsrahmen des EG-Telekommunikationsrechts positivrechtlichen Niederschlag finden⁶².

2. Die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens

Auch bei der Ausgestaltung eines Versteigerungsverfahrens, sofern es sich denn unter Anlegung der dargelegten Kriterien als zur Sicherstellung der Regulierungsziele geeignet erweist, ist der Entscheidungsspielraum der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post alles andere als unbeschränkt. Eine bedeutsame Vorgabe ergibt sich bereits aus dem Telekommunikationsgesetz selbst. § 11 IV 3 TKG fordert unter anderem die Berücksichtigung der „Belange kleiner und mittlerer Unternehmen“ bei der Festlegung der Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens. In der Literatur wird diesem Kriterium oftmals nur der Stellenwert einer primär politischen Zielvorgabe ohne konkreten Regelungsgehalt zugestanden⁶³. Die Berücksichtigung der Belange kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Festlegung der Verfahrensregeln ist indes durchaus möglich. So wäre es beispielsweise denkbar, die Gebotshöhe der einzelnen Bieter in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße fiktiv zu werten⁶⁴ oder kleinen und mittleren Unternehmen Sonderrechte im Versteigerungsverfahren einzuräumen⁶⁵. Der Regulierer wird eine solche Vorgehensweise bei zukünftigen Versteigerungen stets zumindest zu erwägen haben.

Vorgaben für die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens ergeben sich aber in erster Linie aus höherrangigem Recht und hier namentlich aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit. In Knappheitssituationen kommt seiner gesetzlichen Ausgestaltung verteilungslenkende Wirkung zu⁶⁶. Die dabei zu berücksichtigende Kollision der Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger⁶⁷ ist im Wege der praktischen Konkordanz unter weitest möglicher Wahrung aller betroffenen Grundrechtspositionen aufzulösen⁶⁸. Von Verfassungen wegen gilt daher in einer solchen Knappheitssituation das Gebot erschöpfender Kapazitätsauslastung⁶⁹. Dieses verpflichtet den Staat, eine bestmögliche, effiziente Kapazitätsauslastung herbeizuführen, wobei insbesondere das Interesse der betroffenen Grund-

rechtsträger auf gleiche Zugangschancen zu berücksichtigen ist⁷⁰. Auswahlverfahren sind angesichts dieser Vorgaben aus Art. 12 I GG flexibel zu gestalten und müssen vor allem den Zugang zu dem jeweils betroffenen Beruf so vielen Grundrechtsträgern wie unter Effizienzgesichtspunkten möglich eröffnen⁷¹. Mit diesen grundrechtlichen Vorgaben verträglich es sich aber nicht, wenn die endgültige Entscheidung über die Zahl der zu vergebenden Lizenzen an die im Versteigerungsverfahren konkurrierenden Grundrechtsträger delegiert wird. Damit wird vielmehr die Gefahr geschaffen, dass die im Fall einer eigenen Entscheidung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post zu beachtenden grundrechtlichen Wertungen bei der Festlegung der Zahl der Marktzutrittsgenehmigungen unberücksichtigt bleiben und die an die konkurrierenden Grundrechtsträger delegierte Entscheidung nicht auf Effizienzgesichtspunkten, sondern auf strategisch geprägten Überlegungen der (potenziellen) Marktteilnehmer über den Marktzutritt eines (potenziellen) Konkurrenten beruht⁷². In Zukunft wird daher die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post die Anzahl der zu versteigernden Lizenzen bzw. der zu vergebenden Marktzutrittsgenehmigungen selbst festlegen müssen⁷³.

57) Ähnlich auch die Definition des Begriffs „strategisches Abstimmungsverhalten“ im *Gabler Wirtschafts-Lexikon*, 14. Aufl. (1997): „St. A. bedeutet, daß es bei Abstimmungen nicht zur Aufdeckung der wahren Präferenzen kommt.“ Sofern die Bepreisung des Versteigerungsguts wesentlich durch strategisches Bieterverhalten mitbestimmt wird, liegt überdies eine der o. beschriebenen Konstellationen vor, in denen die Gebote der Versteigerungsteilnehmer nicht deren Einschätzung des wirtschaftlichen Werts des Versteigerungsguts widerspiegeln. Das Versteigerungsverfahren ist dann schon zur Sicherstellung der effizienten Frequenznutzung ungeeignet, vgl. auch *Varadinek*, CR 2001, 17 (22).

58) Auf die Bedenklichkeit einer solchen Ungleichbehandlung weist auch *Geppert* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 20, hin. Vgl. auch *Wessely/Etling-Ernst*, MR 1996, 135 (136), die darüber hinaus auch die Berücksichtigung „einer Art Selbstbindung der Verwaltung“ als gesetzgeberisches Motiv ausmachen.

59) *Geppert* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 7. Vgl. trotz des anderen Begründungsansatzes auch *Manssen* (o. Fußn. 25), C § 11 Rdnr. 9.

60) *Ehmer* (o. Fußn. 29), § 47 Rdnr. 10.

61) Zu diesem Komplex vgl. *Koenig*, MMR 2001, 1.

62) Vgl. Art. 13 III des Rahmenrichtlinienentwurfs.

63) *Geppert* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 24; *Manssen* (o. Fußn. 25), C § 11 Rdnr. 16; *Klöck*, RTKom 2000, 280 (283).

64) *Geppert* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 24; *Keuter/Nett/Stumpf* (o. Fußn. 38), S. 40. Vgl. zu dieser Idee einer stärkeren Gewichtung der Gebote kleiner und mittlerer Unternehmen bereits die Stellungnahme des Bundesrats zu § 11 VI (Nr. 26) des Gesetzentwurfs der BReg., BT-Dr 13/4438.

65) *Beesel/Naumann*, MMR 2000, 145 (148); *Gramlich*, CR 2000, 101 (102). Vgl. auch *McMillan*, Telecommunications Policy 1995, 191 (194 ff.).

66) Vgl. zur Einordnung verteilungslenkender Maßnahmen in die Dogmatik der Grundrechtslehre: *Koenig* (o. Fußn. 1), S. 71 ff. Vgl. auch *BVerfGE* 82, 246 (255) = NVwZ 1990, 262 (263).

67) *Berkemann*, NJW 1980, 2697.

68) Vgl. *BVerfGE* 35, 202 (225) = NJW 1973, 1226; v. *Münch*, in: *Münch/Kunig*, GG-Komm., 4. Aufl. (1992), Vorb. Rdnr. 47; *Koenig* (o. Fußn. 1), S. 26.

69) *BVerfGE* 43, 291 (314, 326) = NJW 1977, 569; *BVerfGE* 54, 173 (191) = NJW 1980, 2693; *BVerfGE* 66, 155 (179) = NVwZ 1984, 571; *BVerfG*, NVwZ 1992, 361; *Geppert* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 2; *Varadinek*, CR 2001, 17 (23).

70) *BVerfGE* 43, 291 (314) = NJW 1977, 569; *Geppert* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 2; *Frotscher/Becht*, NVwZ 1986, 81 (85).

71) *BVerfGE* 40, 196 (229) = NJW 1976, 179. Dies wird auch von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post anerkannt, vgl. RegTP, VfG. 14/2000, ABIRegTP 2000, 564 (571). Vgl. des Weiteren auch *Koenig* (o. Fußn. 1), S. 202.

72) Vgl. auch *Schumacher*, NJW 2000, 3096 (3099).

73) Zu Recht wird daher in der Kommentarlit. gefordert, dass aus der Entscheidung nach § 10 TKG hervorgehen müsse, auf welche Anzahl die Beschränkung der Lizenzen erfolgt – so *Manssen* (o. Fußn. 25), C § 10 Rdnr. 4. Für die Vergabe zusätzlicher Frequenzen ergeben sich aus Art. 12 GG nicht ohne weiteres derartig weit reichende Vorgaben.

IV. Fazit

Die Versteigerung der UMTS-Lizenzen hat zu gesamtgesellschaftlich auf den ersten Blick erfreulichen Einnahmen für den Bundeshaushalt geführt. Die Freude könnte sich jedoch als verfrüht herausstellen, wenn sich die kurzfristig erzielten Einkünfte als schwere Bürde für die Zukunft der – in eine Vielzahl vertikaler Märkte integrierter – Telekommunikationsbranchen und überdies als Innovations- und Investitionsbremse für die deutsche Telekommunikationswirtschaft erweisen sollten, welche den Telekommunikationsstandort Deutschland mittel- und langfristig schwächt. Als Folge des sinkenden Werts der so belasteten Unternehmen droht ein weiteres Fortschreiten der Konzentrationsprozesse in dieser Branche⁷⁴. Nicht nur Auswirkungen auf die Beschäftigungssituation in diesem Zukunftssektor wären zu befürchten, den öffentlichen Haushalten könnten überdies die Einkünfte aus der UMTS-Versteigerung weit übertreffende Steuereinnahmen entgehen. Eine solche Entwicklung ist natürlich kein Naturgesetz. Ihr kann auch durch die Verbesserung der regulatorischen Rahmenbedingungen der Markteinführung von UMTS entgegengewirkt werden⁷⁵. Die Europäische Kommission hat hierzu konkrete Vorschläge vorgelegt⁷⁶. Aus der Vergabe der UMTS-Lizenzen müssen aber vor allem Schlussfolgerungen gezogen werden, die zur telekommunikationsrechtlichen Optimierung künftiger Vergabeverfahren dienen können und verhindern helfen, dass sich Einnahmen aus diesen Verfahren als Danaergeschenke erweisen. Hierzu einen Beitrag zu leisten, war Anliegen dieses Aufsatzes.

74) Vgl. z. B. Klöck, RTKom 2000, 280 (288, Fußn. 104).

75) Zu denken ist hier beispielsweise an Möglichkeiten der gemeinsamen Infrastrukturnutzung, mit deren Hilfe sich die in der Phase des Netzaufbaus anfallenden Investitionskosten reduzieren ließen.

76) Europäische Kommission, UMTS-Mitt., S. 11 f.

Dr. Mathias Ulmer, Kassel

Im Schatten der Scheinselbstständigkeit*

Die Rentenpflichtversicherung ist mit den letzten Gesetzesänderungen ausgeweitet worden. Nun können verstärkt – je nach Vertragsgestaltung – „klassische“ Selbstständige wie freie Mitarbeiter von Rechtsanwälten versicherungspflichtig sein. Betrachtet man die Entwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung in den letzten 120 Jahren, so ist der Streit, wer pflichtversichert sein soll, noch überhaupt die Einbeziehung von Selbstständigen neu, sondern eher Teil einer alten und konsequenten Entwicklung.

I. Einleitung

Die Aufregungen sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der Fachpresse zur jüngsten Gesetzgebung zu dem Problem der Scheinselbstständigkeit¹ haben ein anderes Problem weitgehend in den Schatten gestellt, welches aber ebenfalls in jenen diskutierten Gesetzen geregelt wurde: die Einbeziehung der Selbstständigen in die gesetzliche Rentenpflichtversicherung. Mit der Regelung der Scheinselbstständigkeit wurde zugleich § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI eingefügt. Danach sind – vereinfacht – auch Personen, die keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer

beschäftigen und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind, versicherungspflichtig. Dieses können damit auch „klassische“ Selbstständige – besonders die so genannten freien Mitarbeiter – sein. Zwar steht diese Regelung in den diskutierten Gesetzen an zweiter Stelle. Bedenkt man aber, dass die Vermutungsregelung des § 7 SGB IV praktisch keinen Anwendungsbereich hat², so muss sich das Interesse auf die zweite Regelung konzentrieren.

II. Anfänge der Rentenpflichtversicherung für Selbstständige

Die Einbeziehung von Selbstständigen in die gesetzliche Rentenpflichtversicherung ist keineswegs etwas Neues. Vielmehr sah bereits der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Alters- und Invaliditätsversicherung vom 22. 11. 1888³ vor, dass durch Beschluss des Bundesrats die Versicherungspflicht auch auf Betriebsunternehmer erstreckt werden kann, welche regelmäßig wenigstens einen Lohnarbeiter beschäftigen, sowie ohne Rücksicht auf die Zahl der von ihnen beschäftigten Lohnarbeiter auf Hausgewerbetreibende. Schon zu diesem frühen Zeitpunkt zeigten sich die gleichen Probleme, mit denen man bis heute zu kämpfen hat: wie differenziert man bezüglich des Kreises der versicherten Personen? Für das kaiserliche Deutschland – wohl auch noch im Geist des Standesdenkens – war die Antwort naheliegend: nach den Berufen. Dies führte dann zu aus heutiger Sicht skurril anmutenden Diskussionen über eine Pflichtversicherung für die in Apotheken beschäftigten Lehrlinge⁴ oder angestellte Rechtsanwälte⁵. Auch in Bezug auf die Selbstständigen sah man das Problem, dass die Lebenslage von Inhabern kleinerer Betriebe nicht günstiger als die der Arbeiter war. Schließlich beschränkte man die Versicherungspflicht auf Personen, welche berufsmäßig einzelne persönliche Dienstleistungen bei wechselnden Arbeitgebern übernahmen, da diese ähnlich wie die Arbeiter ihren Unterhalt durch eigener Hände Arbeit verdienten⁶.

Diese Differenzierung stieß aber auch schon damals auf Protest. So verlangte die SPD-Fraktion, alle selbstständigen Handwerker sowie sonstige Unternehmer, deren Einkommen oder regelmäßiger Jahresarbeitsverdienst 2000 M nicht überstieg, in die Versicherungspflicht einzubeziehen⁷. Bereits zehn Jahre später stellte man konsequent fest, dass Lehrer an Privatanstalten oder in Privathäusern einerseits und Lehrer, welche aus der Erteilung einzelner Stunden in den Häusern ihrer Kunden ein Gewerbe machten, versicherungsrechtlich gleich behandelt werden müssten, da sich ihre Lage nicht grundlegend unterschied. Zwar wurden selbstständige Lehrer explizit nicht in die Versicherungspflicht einbezogen; diese Gesetzesbegründung hatte aber zur Folge, dass schon vor

* Der Autor ist Richter am SG und zur Zeit wissenschaftlicher Mitarbeiter am BSG.

1) Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit (BGBl I 2000, 4); Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte (BGBl I 1998, 3843).

2) So auch Seewald, in: Kasseler Komm. z. SozialversicherungsR, Stand: April 2000, § 7 SGB IV Rdnr. 4 a.

3) RT-Dr. 7. Legislaturperiode, IV Session 1888/89, Nr. 10 S. 1.

4) § 1 S. 1 Nr. 2 des Entwurfes des Gesetzes betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung; Reichstag, IV. Session 1888/89 Nr. 270.

5) RT-Dr 1911, S. 8212, Diskussionsbeitrag des Abgeordneten Roth.

6) RT-Dr 1888/89, Nr. 10 S. 36; vgl. Urt. des BSG, SozR 3-2600 § 2 Nr. 3 = USK 9824; BSG, SozR 2400 § 2 Nr. 24 = USK 87111; vgl. auch Voelzke, in: Schulin, Hdb. des SozialversicherungsR III, Rentenversicherung, 1999, § 15 Rdnrn. 12, 126; krit. Wolff, in: Ruland, Hdb. der gesetzlichen Rentenversicherung, 1990, S. 536.

7) RT-Dr IV. Session 1888/89, Nr. 149, S. 1.