

Legislativ beschränkende Vorfestlegungen der Frequenzregulierung in der TKG-Novelle?

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE)

Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI)
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten im Auftrag der Telefónica Germany GmbH & Co OHG.

Executive Summary

I. Weite Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräume der nationalen Regulierungsbehörden im Frequenzbereitstellungsverfahren

Mit dem von den Mitgliedstaaten bis zum 21. 12. 2020 in die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften umzusetzenden europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK) wird ein offener Ansatz zur Durchführung von Frequenzbereitstellungsverfahren vorgegeben, welcher den nationalen Regulierungsbehörden weite Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse zuweist.

So sind den nationalen Regulierungsbehörden im EKEK verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten zur Verlängerbarkeit von befristet zugewiesenen Frequenznutzungsrechten sowie zur Verfahrensauswahl zugewiesen.

Demgegenüber schränkt der Kabinettsentwurf der Bundesregierung zum Telekommunikations-Modernisierungsgesetz (TKModG-KE) vom 16. 12. 2020 die Verlängerbarkeit von Frequenznutzungsrechten ein und schreibt in Fällen der Frequenzknappheit die im derzeit geltenden Telekommunikationsgesetz (TKG) verankerte Vorprägung zugunsten der Durchführung eines Vergabeverfahrens darüber hinaus auch noch in Form einer Versteigerung fort.

Diese Vorfestlegungen durch den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgeber zulasten der Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräume der nationalen Regulierungsbehörden sind mit den Vorgaben der Art. 49, 50 und 55 EKEK nicht vereinbar. Die in diesem Kurztgutachten enthaltenen Änderungsvorschläge zu den §§ 90 ff. TKModG-KE sind als Diskussionsgrundlage für die deshalb gebotene unionsrechtskonforme Anpassung des Kabinettsentwurfes zu verstehen.

II. Auch in Knappheitssituationen gilt: Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen als Regel gegenüber dem Vergabeverfahren als Ausnahme

Nach Art. 49 Abs. 2 EKEK ist eine Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen von 15 auf 20 Jahre vorgesehen. Auch in Knappheitssituationen eröffnet sowohl Art. 49 als auch Art. 50 EKEK prioritär die Möglichkeit, Zuteilungsverlängerungen zu gewähren. Für die Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen schreibt Art. 50 Abs. 3 EKEK kein originäres Auswahlverfahren, vielmehr ein offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes Konsultationsverfahren vor. Eine – auch nur tendenzielle – Vorfestlegung durch den nationalen Umsetzungsgeber zugunsten eines bestimmten Allokationsverfahrens ist in Art. 50 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK dagegen nicht vorgesehen.

Die Art. 49 Abs. 2 und Art. 50 Abs. 3 EKEK verbieten daher einen durch die mitgliedstaatliche Gesetzgebung oder administrative Maßnahmen bewirkten generellen Vorrang des Vergabeverfahrens auch in Knappheitssituationen. Vielmehr normieren diese Rechtsangleichungsbestimmungen in ihrem systematisch-teleologischen Zusammenwirken die Verlängerung als Regel und das Vergabeverfahren als Ausnahme.

III. Unionsrechtswidrigkeit legislativer Vorfestlegungen zulasten des den nationalen Regulierungsbehörden eingeräumten Verlängerungsermessens

Gerade in Situationen der Frequenzknappheit gibt Art. 50 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK den Mitgliedstaaten auf, im Verfahren der Zuteilungsverlängerung die Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse ihrer nationalen Regulierungsbehörden zu wahren. Insoweit gelten auch im Verlängerungsverfahren die Maßgaben aus dem „§ 9a TKG-Urteil“ (Urteil vom 3. 12. 2009, Rs. C-424/07). Darin hat der EuGH Vorfestlegungen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers nachdrücklich verworfen, welche die im harmonisierten Rechtsrahmen gewährleisteten Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden beschränken.

IV. Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte als gegenüber dem Vergabeverfahren vorrangige Option

Die §§ 90 ff. TKModG-KE setzen die Vorgaben von Art. 49 Abs. 2 und Art. 50 Abs. 3 EKEK nicht unionsrechtskonform um. Zunächst richtet sich diese Kritik gegen die Formulierung des § 90 Abs. 9 S. 1 TKModG-KE in die intendierte Richtung eines Vergabeverfahrens.

Hinzu kommt das Zusammenwirken von § 90 Abs. 9 S. 1 TKModG-KE mit der legislativen Vorfestlegung des § 99 Abs. 2 TKModG-KE auf das Versteigerungsverfahren unter Missachtung der nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK zu wählenden Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse der BNetzA. Entgegen der unionsrechtlichen Regelverlängerung droht dieses Zusammenwirken von § 90 Abs. 9 S. 1 mit § 99 Abs. 2 TKModG-KE zu einem faktischen Ausschluss einer Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte zu führen.

Eine Anpassung der §§ 90, 91 TKModG-KE an die Vorgaben des EKEK müsste vor allem zum einen die Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte von 15 auf 20 Jahre als Regelfall und zum anderen die Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte als gegenüber dem Vergabeverfahren vorrangige Option vorsehen.

V. In begründeten Fällen der Verlängerungsablehnung gilt: Nachgelagertes Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden auch bei der Festlegung, Gestaltung und Durchführung des Vergabeverfahrens

Auch in begründeten Fällen, in denen die nationalen Regulierungsbehörden eine Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte ablehnen, haben die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber das Ermessen ihrer nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Festlegung, Gestaltung und Durchführung des Vergabeverfahrens nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK zu wahren und darüber hinaus entsprechend den Spezifika des mitgliedstaatlichen Rechtssystems praktisch wirksam zu kodifizieren.

Der deutsche Gesetzgeber stellt in § 99 TKModG-KE nicht ausreichend die alleinige Zuständigkeit und Entscheidungsbefugnis der BNetzA nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK bei der Auswahl des Vergabeverfahrens sicher. Denn § 99 Abs. 2 TKModG-KE enthält insoweit eine Vorfestlegung des deutschen Gesetzgebers, als dass dieser für den Fall der Anordnung eines Vergabeverfahrens durch die BNetzA nach § 90 Abs. 9 TKModG-KE bestimmt, dass „grundsätzlich (...) das Versteigerungsverfahren nach Abs. 5 durchzuführen“ ist.

Demgegenüber verlangt Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, dass allein die nationale Regulierungsbehörde „eindeutig das gewählte Auswahlverfahren“ bestimmt und zwar nach „Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes“, vor allem in Abwägung der zuvor am Ende von Unterabsatz 1 aufgeführten – möglicherweise konfligierenden – Zielaspekte.

VI. Direktiven aus dem § 9a TKG-Urteil des EuGH

Die im EKEK vorgesehenen komplexen Beurteilungs- und Abwägungsaufgaben der nationalen Regulierungsbehörde im Frequenzbereitstellungsverfahren entsprechen mindestens denjenigen bei der Marktdefinition und Marktanalyse im Rahmen der Zugangs- und Entgeltregulierung, für welche der EuGH nach einem entsprechenden Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland in seinem § 9a TKG-Urteil die legislativen Vorfestlegungen durch den deutschen Gesetzgeber als unionsrechtswidrig verworfen hat.

Wie damals aufgrund der legislativen Vorfestlegungen von § 9a TKG, der die Zugangs- und Entgeltregulierung „neuer Märkte“ im Regelfall ausschließen sollte, würde der deutsche Gesetzgeber mit § 99 Abs. 2 TKModG-KE in die weiten Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse der BNetzA eingreifen, die dieser durch Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK gewährt werden. § 99 Abs. 2 TKModG-KE würde die BNetzA darin behindern, auf die jeweiligen technischen und wirtschaftlichen Marktgegebenheiten abgestimmte Auswahl- und Gestaltungsentscheidungen für ein allokatationseffizientes Frequenzbereitstellungsverfahren aufgrund der konkret festgestellten Knappheitssituationen in Abwägung der in Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK genannten Zielaspekte und möglichen Spannungslagen zu treffen. Mithin erweist sich auch § 99 Abs. 2 TKModG-KE in seiner vorgeschlagenen Fassung als unionsrechtswidrig.

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	2	II. Unionsrechtliche Bewertung	4
Inhaltsverzeichnis	3	1. Unionsrechtliche Vorgaben an § 99 TKModG-KE bei der Auswahlentscheidung und Gestaltung des Frequenzvergabeverfahrens im Falle festgestellter Knappheitssituationen	4
Kurzgutachten	3	2. Unionsrechtliche Vorgaben an die §§ 90, 91 TKModG-KE für eine Frequenzverlängerung und an das hierbei durchzuführende Verfahren	6
I. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage	3	3. Exkurs: Gesetzliche Regelungsbedürftigkeit des Bedarfsermittlungsverfahrens	8
1. Tradierte Vorprägung zugunsten von Versteigerungsverfahren	3	III. Fazit	8
2. Ermessensbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden bei der Verfahrensauswahl und der Verlängerung von Nutzungsrechten nach dem europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK)	3	K&R Autor	8
3. Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung zum Telekommunikations-Modernisierungsgesetz vom 16. 12. 2020 (TKModG-KE)	4		

Kurzgutachten

I. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage

1. Tradierte Vorprägung zugunsten von Versteigerungsverfahren

Das bisher geltende Telekommunikationsgesetz (TKG) sieht für den Fall einer von der BNetzA ermittelten Frequenzknappheit in zweifacher Hinsicht eine Vorprägung vor. Zum einen wird im Falle einer von der BNetzA festgestellten Knappheitssituation regelmäßig nach § 55 Abs. 10 TKG ein Frequenzvergabeverfahren durchgeführt. Zum anderen trifft § 61 Abs. 2 TKG eine gesetzgeberische Vorentscheidung, ein solches Vergabeverfahren in Form einer Versteigerung durchzuführen („Grundsätzlich ist das in Abs. 4 geregelte Versteigerungsverfahren durchzuführen“).

Die deutschen Frequenzversteigerungen haben in den letzten gut 20 Jahren bei den Mobilfunknetzbetreibern Lizenzkosten in Höhe von mehr als 65 Mrd. € verursacht. Im Rahmen der Frequenzauktion 2019 fielen Frequenzkosten in Höhe von 6,5 Mrd. € an. Diese Mittel fehlen den Mobilfunknetzbetreibern für ihre Investitionen in den eigentlichen Netzausbau.

Entsprechend wird seitens der Politik und Öffentlichkeit Kritik an den bisherigen Frequenzauktionen und dem Ausbau der deutschen Mobilfunknetze geäußert.

In diesem Zusammenhang weist zum Beispiel die – in Kenntnis des EKEK beschlossene – Mobilfunkstrategie der Bundesregierung vom 18. 11. 2019 auf Folgendes hin:

„(...) Die nächste Frequenzvergabe (voraussichtlich in 2022/23) bietet die Gelegenheit, weitergehende Versorgungsaufgaben und damit weiterläufigere 5G-spezifische Anforderungen an die Netzqualität festzulegen. [...] Dabei soll im Vorfeld geprüft werden, ob und wie die Regelungen zur Frequenzvergabe dahingehend angepasst werden kann, dass die Mobilfunkversorgung in der Fläche der entscheidende Maßstab bei der Vergabe und letztere nicht in erster Linie an finanziellen Höchstgeboten orientiert wird. Dies schließt auch die Möglichkeiten einer Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte aus den Bereichen 700, 800 und 900 MHz mit ein, die 2025 bzw. 2033 auslaufen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass in den kommenden Jahren eine Diskussion darüber beginnen wird, wie weitere Frequenzen unterhalb 1 GHz dauerhaft genutzt werden (...)“¹

Auch der Bundesrat hatte bereits 2019 einen Beschluss hinsichtlich der zukünftigen Ausgestaltung von Frequenzbereitstellungsverfahren gefasst:

„Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, in Zusammenarbeit mit den Ländern die bisherige Praxis zur Vergabe von Frequenzen im Wege der Versteigerung einer grundsätzlichen, ergebnisoffenen Überprüfung zu unterziehen. Begleitet von einer neutralen Expertise sollten dabei alternative Vergabemodelle unter der Maßgabe bewertet wer-

den, eine marktorientierte und wettbewerbskonforme Lösung zu finden, die zu einer spürbaren Verbesserung der Mobilfunkversorgung führt.“²

Dieser öffentlichen Kritik an den bisherigen Versteigerungsverfahren und der Qualität der deutschen Mobilfunknetze kann nun im Rahmen der zu ändernden Frequenzregulierungsvorschriften in der Novelle des TKG durch die Verbesserung der Investitionsbedingungen für den Ausbau der Mobilfunknetze begegnet werden.

Dabei müssen die im geltenden TKG getroffenen Festlegungen zur Durchführung von Frequenzbereitstellungsverfahren entsprechend der vom europäischen Rechtsrahmen vorgegebenen Öffnung für eine investitionsfördernde Frequenzregulierung angepasst werden.

2. Ermessensbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden bei der Verfahrensauswahl und der Verlängerung von Nutzungsrechten nach dem europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK)

Mit dem im Dezember 2018 in Kraft getretenen und von den Mitgliedstaaten bis zum 21. 12. 2020 in die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften umzusetzenden europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation³ (EKEK) wird ein offener Ansatz zur Durchführung von Frequenzbereitstellungsverfahren vorgegeben, welcher den nationalen Regulierungsbehörden weite Beurteilungs- und Ermessensbefugnisse zuweist.

So räumt Art. 55 Abs. 2 EKEK im letzten Unterabsatz den nationalen Regulierungsbehörden selbst im Falle festgestellter Knappheitssituationen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens einen weiten Ermessensspielraum bei der Auswahlentscheidung und Gestaltung des konkreten Verfahrens ein, ohne das Versteigerungsverfahren in irgendeiner Weise zu favorisieren:

„Die nationale Regulierungsbehörde oder eine andere zuständige Behörde bestimmt und begründet eindeutig das gewählte Auswahlverfahren, einschließlich einer etwaigen Vorlaufphase für den Zugang zum Verfahren. Sie legt ferner die Ergebnisse einer damit in Zusammenhang stehenden Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes eindeutig dar und begründet die mögliche Anwendung und Wahl von Maßnahmen nach Art. 35.“

Darüber hinaus sieht Art. 49 EKEK vor, dass Frequenzen für mindestens 15 Jahre zugeteilt werden sollen und eine Verlängerungsoption um 5 Jahre von den Mitgliedstaaten zu kodifizieren ist, um für die

¹ https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/Digitales/Mobilfunkstrategie.pdf?__blob=publicationFile (Stand: 19. 2. 2021).

² Bundesrats-Drucksache 445/19 vom 11. 10. 2019.

³ RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation.

Rechteinhaber einen planbaren Zeitrahmen von 20 Jahren zu ermöglichen. Art. 50 Abs. 1 EKEK weist wiederum den nationalen Regulierungsbehörden gerade auch in Fällen der Frequenzknappheit die alleinige Ermessensbefugnis zur Verlängerung von individuellen Frequenznutzungsrechten zu:

„Die nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden entscheiden über die Verlängerung individueller Nutzungsrechte für harmonisierte Funkfrequenzen rechtzeitig vor dem Ablauf der Geltungsdauer solcher Rechte, es sei denn, zum Zeitpunkt der Zuteilung wurde die Möglichkeit einer Verlängerung ausdrücklich ausgeschlossen. Zu diesem Zweck prüfen diese Behörden, ob solche Verlängerungen von Amts wegen oder auf Antrag des Rechteinhabers, im letzteren Fall frühestens fünf Jahre vor dem Ablauf der Geltungsdauer der betreffenden Rechte, erforderlich sind. Für bestehende Rechte geltende Verlängerungsbestimmungen bleiben davon unberührt.“

Art. 50 Abs. 3 EKEK bestimmt, dass vor einer Verlängerung individueller Nutzungsrechte für harmonisierte Funkfrequenzen, „für die nur eine beschränkte Zahl von Nutzungsrechten zur Verfügung steht“, von den zuständigen Behörden „ein offenes, transparentes und nicht-diskriminierendes Verfahren“ durchzuführen ist.

3. Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung zum Telekommunikations-Modernisierungsgesetz vom 16. 12. 2020 (TKModG-KE)

Demgegenüber schreibt der Kabinettsentwurf der Bundesregierung zum Telekommunikations-Modernisierungsgesetz (TKModG-KE) vom 16. 12. 2020 in Fällen der Frequenzknappheit die im derzeit geltenden TKG verankerte Vorprägung zugunsten der Durchführung eines Vergabeverfahrens und auch in Form einer Versteigerung fort.

Hat die Bundesnetzagentur nach § 90 Abs. 9 TKModG-KE angeordnet, dass der Zuteilung von Frequenzen ein Vergabeverfahren voranzugehen hat, so ist nach § 99 Abs. 2 TKModG-KE „grundsätzlich (...) das Versteigerungsverfahren nach Abs. 5 durchzuführen.“ Dies gilt nach Abs. 2 S. 2 und 3 nur dann nicht, wenn das Versteigerungsverfahren nicht geeignet ist, die Regulierungsziele sicherzustellen, insbesondere, wenn

- „für die Frequenznutzung, für die die Frequenzen unter Beachtung des Frequenzplanes verwendet werden dürfen, bereits Frequenzen ohne Versteigerungsverfahren zugeteilt wurden, oder
- ein Antragsteller für die zuzuteilenden Frequenzen eine gesetzlich begründete Präferenz geltend machen kann.“

§ 91 Abs. 2 TKModG-KE kodifiziert die Regeln für eine Frequenz-zuteilungsverlängerung und das hierbei durchzuführende Verfahren durch eine Verweisung auf § 90 Abs. 9:

„Eine befristete Zuteilung ist zu verlängern, wenn die Voraussetzungen für eine Frequenzzuteilung nach § 90 Abs. 5 vorliegen. (...) § 90 Abs. 9 gilt entsprechend (...).“

In Situationen der Frequenzknappheit dürfte nach den Vorgaben des Kabinettsentwurfs damit eine Frequenzzuteilungsverlängerung aufgrund der Verweisung auf § 90 Abs. 9 regelmäßig ausgeschlossen und – in Ansehung der bisherigen Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur – dann ein Vergabeverfahren durchgeführt werden:

„Sind für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder sind für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt, kann die Bundesnetzagentur anordnen, dass der Zuteilung der Frequenzen ein Vergabeverfahren nach § 99 voranzugehen hat.“

Der Bundesrat hat sich dagegen am 12. 2. 2021 (BR-Drs. 29/21) im Rahmen einer Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren in Ziffer 28 gegen eine Vorfestlegung im Sinne eines Versteigerungsverfahrens ausgesprochen und folgenden Änderungsvorschlag zu § 99 TKModG-KE unterbreitet:

„Art. 1

§ 99 ist wie folgt zu ändern:

a) Abs. 1 S. 1 ist wie folgt zu fassen:

„Hat die Bundesnetzagentur nach § 90 Abs. 9 angeordnet, dass der Zuteilung von Frequenzen ein Vergabeverfahren voranzugehen hat, kann sie nach Anhörung der betroffenen Kreise ein Versteigerungsverfahren nach Abs. 5, ein Ausschreibungsverfahren nach Abs. 6 oder ein anderes geeignetes Verfahren durchführen.“

b) Abs. 2 ist wie folgt zu ändern:

aa) S. 1 ist wie folgt zu fassen:

„Es ist dasjenige Verfahren durchzuführen, das am besten ist, die Regulierungsziele nach § 2 sicherzustellen.“

bb) S. 2 ist zu streichen.

c) In Abs. 3 ist nach S. 1 folgender Satz einzufügen:

„Dabei hat sie insbesondere darzulegen, warum andere international gängige Vergabeverfahren weniger geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 sicherzustellen.“⁴

II. Unionsrechtliche Bewertung

1. Unionsrechtliche Vorgaben an § 99 TKModG-KE bei der Auswahlentscheidung und Gestaltung des Frequenzvergabeverfahrens im Falle festgestellter Knappheitssituationen

a) Vorgaben des Art. 55 EKEK

aa) Tatbestandsvoraussetzungen

Bevor Frequenznutzungsrechte zahlenmäßig beschränkt werden müssen nach Art. 55 Abs. 1 EKEK die Gründe für die Beschränkung der Nutzungsrechte eindeutig angegeben werden, insbesondere „Notwendigkeit, größtmögliche Vorteile für die Nutzer zu erzielen“, „den Wettbewerb zu erleichtern“, und „allen Beteiligten, einschließlich Nutzern und Verbrauchern, die Gelegenheit [gegeben werden], einer eventuellen Beschränkung im Rahmen einer öffentlichen Konsultation gemäß Art. 23 Stellung zu nehmen.“

Art. 55 Abs. 2 EKEK enthält subtile organschaftsrechtliche Aufgabenzuweisungen einerseits an den „Mitgliedstaat“ und andererseits an „die nationale Regulierungsbehörde oder eine andere zuständige Behörde.“ Während der „Mitgliedstaat“, also ein von diesem bestimmtes Organ (Gesetzgeber oder Behörde), festlegt, „dass Frequenznutzungsrechte zahlenmäßig beschränkt werden müssen (...) und die mit dem wettbewerbsorientierten oder vergleichenden Auswahlverfahren gemäß diesem Artikel verfolgten Ziele“ bestimmt, quantifiziert und begründet, entscheidet danach allein „die nationale Regulierungsbehörde oder eine andere zuständige Behörde (...) eindeutig das gewählte Auswahlverfahren.“

Alternative Bezugnahmen auf „die nationale Regulierungsbehörde oder eine andere zuständige Behörde“ finden sich in zahlreichen Bestimmungen des EKEK und sind der mitgliedstaatlichen Organisationsautonomie und damit dem Umstand geschuldet, dass Mitgliedstaaten Regulierungsaufgaben auch anderen funktional unabhängigen Behörden, wie etwa den nationalen Wettbewerbsbehörden, übertragen können und deren mit Regulierungsaufgaben betrauten Abteilungen dann als funktionale Regulierungsbehörden im Sinne des EKEK handeln.⁵ Dies ändert aber nichts an dem unionsrechtlichen Gebot, dass hier eben nur eine funktional unabhängige (Regulierungs-) Behörde, nicht aber ein politisches Regierungsorgan oder der Gesetzgeber, regulatorische Entscheidungen oder (Vor-)Festlegungen treffen darf.⁶

Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK ermächtigt den „Mitgliedstaat“, also auch seine politischen Regierungsorgane oder seinen Gesetzgeber, zahlenmäßige Beschränkungen von Frequenznutzungsrechten und „die mit dem wettbewerbsorientierten oder vergleichenden Auswahlverfahren gemäß diesem Artikel verfolgten Ziele“ festzulegen. Hierzu gehören die

- a) Verbesserung der Versorgung,
- b) Gewährleistung der erforderlichen Dienstqualität,
- c) Förderung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen, u. a. durch Berücksichtigung der für die Nutzungsrechte geltenden Bedingungen und der Höhe der Entgelte,
- d) Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung.

Die deutsche Bundesregierung hat sich in § 99 Abs. 1 S. 2 TKModG-KE dafür entschieden, die Festlegung der „mit dem wettbewerbsorientierten oder vergleichenden Auswahlverfahren gemäß diesem Artikel verfolgten Ziele“ (Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK) der BNetzA zuzuweisen:

„Die Bundesnetzagentur legt bei der Entscheidung zur Wahl des Vergabeverfahrens gemäß S. 1 die allgemeinen Ziele des Verfahrens fest.“

Allerdings muss der deutsche Umsetzungsgesetzgeber darüber hinaus nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK die alleinige Zuständigkeit und

⁴ Bundesrats-Drucksache 29/1/21 vom 2. 2. 2021, S. 25 ff.

⁵ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 291, Rn. 1 f.; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 291, Rn. 12 ff.

⁶ Grussmann/Honekamp, in: Beck'scher TKG-Kommentar, B. Europarechtliche Grundlagen, Rn. 108.

Entscheidungsbefugnis der BNetzA bei der Auswahl des Vergabeverfahrens selbst sicherstellen:

„Die nationale Regulierungsbehörde oder eine andere zuständige Behörde bestimmt und begründet eindeutig das gewählte Auswahlverfahren, einschließlich einer etwaigen Vorlaufphase für den Zugang zum Verfahren. Sie legt ferner die Ergebnisse einer damit in Zusammenhang stehenden Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes eindeutig dar.“

Art. 55 Abs. 6 EKEK räumt dem „Mitgliedstaat“ allerdings die Befugnis ein, das von ihm betraute Organ, etwa seine Regulierungsbehörde oder ein Ministerium, aufgrund des allein von der nationalen Regulierungsbehörde festgelegten, ausgestalteten und durchgeführten Auswahlverfahrens mit der Einzelerteilung von Frequenznutzungsrechten zu beauftragen und zwar „nach Auswahlkriterien (...), die objektiv, transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sind“, also nach der strikten Filtermaßgabe des von der Regulierungsbehörde durchgeführten Auswahlverfahrens.

Mit anderen Worten räumt Art. 55 Abs. 6 EKEK den Mitgliedstaaten nur eine gewisse, gleichwohl unionsrechtlich geführte Organisationsautonomie für das Verwaltungsverfahren der Einzelerteilung von Frequenznutzungsrechten ein, nicht aber für die vorgelagerte Festlegung, Gestaltung und Durchführung des Auswahlverfahrens; diese Verfahrensabschnitte liegen nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK allein in den Händen der nationalen Regulierungsbehörde.

bb) Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK

Danach haben die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Umsetzung von Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, also bei der Festlegung, Gestaltung und Durchführung des Auswahlverfahrens zu wahren und darüber hinaus entsprechend den Spezifika des mitgliedstaatlichen Rechtssystems praktisch wirksam zu kodifizieren.⁷

Im Hinblick auf die Wahrung des in einem EU-Rechtsangleichungsakt den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesenen Ermessens und das Verbot – dieses einschränkender – legislativer Vorfestlegungen finden sich in dem Vertragsverletzungsurteil des EuGH vom 3. 12. 2009 in der Rechtssache C-424/07 betreffend den mit Wirkung vom 1. 4. 2011 aufgehobenen § 9a TKG zur Regulierungsfreistellung „neuer Märkte“ gewichtige unionsrechtliche Direktiven.

In seinem § 9a TKG-Urteil stellte der EuGH klar, dass der damalige EU-Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation eine von darin vorgeschriebenen Marktregulierungsverfahren unabhängige Freistellung innovativer Infrastrukturinvestitionen von der Zugangs- und (ex ante) Entgeltregulierung durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht zulässt.⁸ Denn schon dieser Rechtsrahmen nahm – wie heute der EKEK – hinsichtlich der einzelnen Regulierungsschritte (insbesondere zur Marktdefinition sowie Marktanalyse) und -inhalte eine Vollharmonisierung des unionsrechtlich verbindlich ausgestalteten Verfahrensdesigns vor, von dem der nationale Gesetzgeber nicht abweichen darf.⁹

Das § 9a TKG-Urteil bekräftigt, dass sich jede unionsrechtlich vorgegebene Zielverfolgung im Rahmen der mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebung gerade auch in die durch den Rechtsrahmen kodifizierten Regulierungsverfahrensmethoden einfügen muss. Damit sind die Mitgliedstaaten im Rahmen jeder richtlinienkonformen Zielverfolgung darüber hinaus aufgrund des verfahrensrechtlichen Imperativs „die nationalen Regulierungsbehörden wenden (...) an“ zur gesetzlichen Einrichtung einer entsprechenden praktisch wirksamen Regulierungsverfahrensmechanik unter Wahrung des den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesenen Ermessens verpflichtet.¹⁰

Bevor § 99 Abs. 2 TKModG-KE anhand der vom EuGH herausgearbeiteten Grundsätze zu legislativen Vorfestlegungen unter Wahrung der Ermessensspielräume nationaler Regulierungsbehörden zu bewerten ist, werden im Folgenden die wesentlichen Gründe des § 9a TKG-Urteils zu dieser unionsrechtlich gebotenen Ausbalancierung im Wortlaut wiedergegeben:

„78 Folglich greift § 9a TKG als Rechtsvorschrift, die die Regulierung neuer Märkte durch die NRB im Regelfall ausschließt, in die weiten Befugnisse ein, die dieser durch den gemeinsamen Rechtsrahmen gewährt wurden, und hindert sie daran, auf den Einzelfall abgestimmte Regulierungsmaßnahmen zu ergreifen.“

80 Zweitens hat die Bundesrepublik Deutschland nach Auffassung der Kommission mit der Definition des Begriffs „neuer Markt“ in § 3 Nr. 12b TKG das Ermessen der NRB eingeschränkt und gegen ihre

Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie verstoßen. (...)

91 (...) Folglich steht, wie der Generalanwalt in Nr. 64 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, auch die Abwägung zwischen diesen Zielen bei der Definition und der Analyse eines für die Regulierung in Betracht kommenden relevanten Marktes den NRB und nicht den nationalen Gesetzgebern zu. (...)

99 Folglich verstößt § 9a Abs. 2 TKG, indem er für die Analyse der für eine Regulierung in Betracht kommenden relevanten Märkte restriktivere Voraussetzungen als die in der Rahmenrichtlinie vorgesehenen festlegt, gegen Art. 16 der Rahmenrichtlinie und schränkt das Ermessen der NRB ein.“¹¹ (Hervorhebungen durch den Verfasser)

b) Bewertung von § 99 Abs. 2 TKModG-KE anhand der vom EuGH in seinem § 9a TKG-Urteil aufgestellten Grundsätze zu legislativen Vorfestlegungen

Zwar will die Bundesregierung in § 99 Abs. 1 S. 2 TKModG-KE die Festlegung der „mit dem wettbewerbsorientierten oder vergleichenden Auswahlverfahren gemäß diesem Artikel verfolgten Ziele“ (Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK) der BNetzA zuweisen. Dabei stellt sie aber nicht ausreichend nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK die alleinige Zuständigkeit und Entscheidungsbefugnis der BNetzA bei der Auswahl des Vergabeverfahrens selbst sicher. Denn § 99 Abs. 2 TKModG-KE enthält insoweit eine Vorfestlegung des deutschen Gesetzgebers, als dass dieser für den Fall der Anordnung eines Vergabeverfahrens durch die BNetzA nach § 90 Abs. 9 TKModG-KE bestimmt, dass „grundsätzlich (...) das Versteigerungsverfahren nach Abs. 5 durchzuführen“ ist.

Von dieser Versteigerungsregel darf nach Abs. 2 S. 2 und 3 nur dann abgewichen werden, wenn das Versteigerungsverfahren nicht geeignet ist, die Regulierungsziele sicherzustellen. Hierfür nennt der Gesetzesentwurf regelbeispielhaft zwei Ausnahmefälle, nämlich „insbesondere“ wenn nach § 99 Abs. 2 S. 3 TKModG-KE

- „für die Frequenznutzung, für die die Frequenzen unter Beachtung des Frequenzplanes verwendet werden dürfen, bereits Frequenzen ohne Versteigerungsverfahren zugeteilt wurden, oder
- ein Antragsteller für die zuzuteilenden Frequenzen eine gesetzlich begründete Präferenz geltend machen kann.“

Diese Ausnahmeregelbeispiele sind mit ihren tatbestandlich beschriebenen Situationen, in denen bereits aufgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes (Nr. 1) bzw. einer gesetzlich begründeten Zuteilungspriorität (anders kann der Begriff der „Präferenz“ nach Nr. 2 rechtlich nicht zu verstehen sein) ein Versteigerungsverfahren ohnehin zwingend ausscheidet, so eng gefasst, dass der Ermessensspielraum der BNetzA durch den deutschen Gesetzgeber stark eingeschränkt würde.

Demgegenüber verlangt Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, dass allein die nationale Regulierungsbehörde „eindeutig das gewählte Auswahlverfahren“ bestimmt und zwar nach „Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes“, vor allem in Abwägung der zuvor am Ende von Unterabsatz 1 aufgeführten – möglicherweise konfligierenden – Zielaspekte:

- a) Verbesserung der Versorgung,
- b) Gewährleistung der erforderlichen Dienstqualität,
- c) Förderung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen, u. a. durch Berücksichtigung der für die Nutzungsrechte geltenden Bedingungen und der Höhe der Entgelte,
- d) Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung.

Diese komplexe Beurteilungs- und Abwägungsaufgabe der nationalen Regulierungsbehörde im Frequenzverfahren entspricht mindestens derjenigen bei der Marktdefinition und Marktanalyse im Rahmen der Zugangs- und Entgeltregulierung, für welche der EuGH in seinem § 9a TKG-Urteil die legislativen Vorfestlegungen durch den deutschen Gesetzgeber als unionsrechtswidrig verworfen hat.

Wie damals aufgrund der legislativen Vorfestlegungen von § 9a TKG, der die Zugangs- und Entgeltregulierung „neuer Märkte“ im Regelfall ausschließen sollte, würde der deutsche Gesetzgeber mit § 99 Abs. 2 TKModG-KE in die weiten Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermes-

7 Grussmann/Honekamp, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 6), Rn. 105.

8 EuGH, Urt. v. 3. 12. 2009 – C-424/07, Rn. 1 – Kommission ./ Deutschland.

9 EuGH, Urt. v. 3. 12. 2009 – C-424/07, Rn. 53 – Kommission ./ Deutschland.

10 Koening, Zu guter Letzt ... kann das Urteil des EuGH zu § 9a TKG den hierdurch enttäuschten Unternehmen zugutekommen, N&R 2010, S. 192.

11 EuGH, Urt. v. 3. 12. 2009 – C-424/07 – Kommission ./ Deutschland.

sensbefugnisse der BNetzA eingreifen,¹² die dieser durch Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK gewährt werden. § 99 Abs. 2 TKModG-KE würde die BNetzA darin behindern, auf die jeweiligen technischen und wirtschaftlichen Marktgegebenheiten abgestimmte Auswahl- und Gestaltungsentscheidungen für ein allokatoren effizientes Frequenzverfahren aufgrund der konkret festgestellten Knappheitssituationen in Abwägung der in Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK genannten Zielaspekte und möglichen Spannungslagen zu treffen.¹³

Mithin erweist sich § 99 Abs. 2 TKModG-KE in seiner vorgeschlagenen Fassung als unionsrechtswidrig.¹⁴

c) *Vorschlag zur unionsrechtskonformen Anpassung von § 99 Abs. 2 TKModG-KE*

Um § 99 Abs. 2 TKModG-KE an die Vorgaben des Art. 55 Abs. 2 EKEK anzupassen, könnte der Wortlaut wie folgt gefasst werden:

„Die Bundesnetzagentur bestimmt die Art und Weise des für die Zuteilung von Frequenzen durchzuführenden Verfahrens, einschließlich der für den Zugang zum Verfahren getroffenen Vorkehrungen, nach Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes und nach Abwägung der Vor- und Nachteile der jeweiligen Möglichkeiten der rechtlichen und technischen Verfahrensgestaltung insbesondere zur

- Sicherheit und Verbesserung der Versorgung,
- Gewährleistung der erforderlichen Dienstqualität,
- Förderung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen, u. a. durch Berücksichtigung der für die Nutzungsrechte geltenden Bedingungen und der Höhe der Entgelte,
- Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze,
- Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung.

Die Bundesnetzagentur begründet das von ihr bestimmte Verfahren und die für den Zugang zum Verfahren getroffenen Vorkehrungen. Hierzu legt sie insbesondere die Ergebnisse ihrer Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes zur Begründung des angeordneten Vergabeverfahrens dar und veröffentlicht diese.

Ein Versteigerungsverfahren nach Abs. 5 darf nicht durchgeführt werden, wenn dieses Verfahren nicht geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 sicherzustellen. Die fehlende Eignung zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 kann insbesondere vorliegen, wenn

[es folgen unverändert die in § 99 Abs. 2 S. 3 Ziffer 1 und 2 TKModG-KE aufgeführten Regelbeispiele zum Ausschluss des Versteigerungsverfahrens]

oder wenn Zuteilungsinhaber geltend machen können, dass sie die Frequenzen zur Erfüllung von Versorgungsaufgaben benötigen.“

2. *Unionsrechtliche Vorgaben an die §§ 90, 91 TKModG-KE für eine Frequenzzuteilungsverlängerung und an das hierbei durchzuführende Verfahren*

a) *Unionsrechtliche Vorgaben für eine Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen (Art. 49, 50 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 EKEK)*

aa) *Tatbestandsvoraussetzungen einer Zuteilungsverlängerung auch in Knappheitssituationen*

Art. 49 Abs. 2 EKEK regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen von 15 auf 20 Jahre erfolgen soll:

„(...) die Mitgliedstaaten (...) stellen unter Berücksichtigung der Anforderungen des Absatzes 1 dieses Artikels sicher, dass der Regelungsrahmen hinsichtlich der Bedingungen für Investitionen in Infrastrukturen für die Nutzung solcher Funkfrequenzen während eines Zeitraums von mindestens 20 Jahren für die Rechteinhaber vorhersehbar ist. (...)“

Zu diesem Zweck stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass diese Rechte für einen Zeitraum von mindestens 15 Jahren gelten, und sehen unter den in diesem Absatz festgelegten Bedingungen eine angemessene Verlängerung vor, damit erforderlichenfalls Unterabsatz 1 eingehalten werden kann.

Bevor die Mitgliedstaaten Nutzungsrechte erteilen, geben sie allen Beteiligten die allgemeinen Kriterien für eine Verlängerung der Dauer der Nutzungsrechte, die Teil der Bedingungen gemäß Art. 55 Absätze 3 und 6 sind, in transparenter Weise bekannt. (...)“

Spätestens zwei Jahre vor Ablauf der ursprünglichen Geltungsdauer eines individuellen Nutzungsrechts nimmt die zuständige Behörde unter Berücksichtigung des Artikels 45 Abs. 2 lit. c eine objektive und zukunftsgerichtete Bewertung der allgemeinen Kriterien für die Ver-

längerung der Geltungsdauer dieses Nutzungsrechts vor. Sofern die zuständige Behörde keine Durchsetzungsmaßnahmen aufgrund der Nichterfüllung der Bedingungen für die Nutzungsrechte gemäß Art. 30 eingeleitet hat, gewährt sie die Verlängerung der Geltungsdauer des Nutzungsrechts, es sei denn, sie gelangt zu dem Schluss, dass eine solche Verlängerung den in Unterabsatz 3 Buchstaben a oder b genannten allgemeinen Kriterien in Bezug auf Folgendes nicht entsprechen würde. (...)“

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sowohl Art. 49 als auch Art. 50 EKEK auch in Knappheitssituationen¹⁵ die Möglichkeit eröffnen, Zuteilungsverlängerungen zu gewähren, und dass der nationale Umsetzungsgesetzgeber das Verlängerungsverfahren richtlinienkonform ausgestalten muss. Dies ergibt sich aus Art. 50 Abs. 3 EKEK:

„Erwägen die zuständigen Behörden gemäß Abs. 2 dieses Artikels eine Verlängerung individueller Nutzungsrechte für harmonisierte Funkfrequenzen, für die nur eine beschränkte Zahl von Nutzungsrechten zur Verfügung steht, so führen sie ein offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren durch (...)“

Indes schreibt Art. 50 Abs. 3 EKEK hierfür kein originäres Verfahren vor, vielmehr lediglich „ein offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren“, in dessen Rahmen die „zuständigen Behörden

- a) allen Beteiligten Gelegenheit geben, in einer öffentlichen Konsultation gemäß Art. 23 Stellung zu nehmen, und
- b) die Gründe einer solchen möglichen Verlängerung eindeutig angeben.“

Dass hiermit gerade kein originäres Verfahren vorgeschrieben wird, ergibt sich aus dem zweiten Unterabsatz von Art. 50 Abs. 3 EKEK:

„Die nationale Regulierungsbehörde oder andere zuständige Behörde berücksichtigt jeden sich aus der Konsultation nach Unterabsatz 1 ergebenden Nachweis, dass bei anderen Unternehmen als denen, die im betreffenden Funkfrequenzband über Nutzungsrechte verfügen, eine Nachfrage besteht, wenn sie darüber entscheidet, ob sie die Nutzungsrechte verlängert oder ein neues Auswahlverfahren organisiert, um die Nutzungsrechte gemäß Art. 55 zu erteilen.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

Damit verlangt Art. 50 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK zunächst nur ein offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes Konsultationsverfahren. Erst wenn in dessen multilateralem Rahmen eine Nachfrage anderer Unternehmen festgestellt wird, obliegt es – nach Abschluss des Konsultationsverfahrens – allein der nationalen Regulierungsbehörde zu entscheiden, ob sie die Nutzungsrechte in einem bilateralen Verwaltungsverfahren mit dem bisherigen Rechteinhaber verlängert oder ein neues Auswahlverfahren (Vergabeverfahren) organisiert. Eine – auch nur tendenzielle – Vorfestlegung durch den nationalen Umsetzungsgesetzgeber zugunsten eines bestimmten Allokationsverfahrens ist in Art. 50 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK dagegen nicht vorgesehen. Begrifflich ist das dem Konsultationsverfahren nachgelagerte Verlängerungsverfahren selbst immer ein bilaterales Verwaltungsverfahren zwischen der Behörde und dem bisherigen Rechteinhaber und damit scharf von einem multilateralen Auswahlverfahren (Vergabeverfahren) zu unterscheiden. Wird dagegen ein Vergabeverfahren durchgeführt, so werden die Nutzungsrechte gerade nicht verlängert, sondern neu (originär) erteilt.

Dieser Verfahrenslogik folgend verbieten die Art. 49 Abs. 2 und Art. 50 Abs. 3 EKEK einen durch die mitgliedstaatliche Gesetzgebung oder administrative Maßnahmen bewirkten Vorrang des Vergabeverfahrens auch in Knappheitssituationen. Vielmehr normieren diese Rechtsangleichungsbestimmungen in ihrem systematisch-teleologischen Zusammenwirken die Verlängerung als Regel und das Vergabeverfahren als Ausnahme.

bb) *Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde*

Gerade in Situationen der Frequenzknappheit gibt Art. 50 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK den Mitgliedstaaten auf, im Verfahren der Zuteilungs-

12 So bereits zur Wirkung des § 61 Abs. 2 TKG Göddel/Geppert, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 61, Rn. 8; BVerwG, Ur. v. 23. 3. 2011 – 6 C 6/10, Rn. 27.

13 Vgl. EuGH, Ur. v. 3. 12. 2009 – C-424/07, Rn. 78. – Kommission ./ Deutschland.

14 In diese Richtung bereits Schütz, Kommunikationsrecht, Rn. 361, der feststellt, dass für einen Vorrang des Versteigerungsverfahrens kein unionsrechtliches Gebot bestehe.

15 Zu den Voraussetzungen der Frequenzknappheit Göddel, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 12), § 55, Rn. 16 ff.

Verlängerung die Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse ihrer nationalen Regulierungsbehörde¹⁶ zu wahren,

wenn sie darüber entscheidet, ob sie die Nutzungsrechte verlängert oder ein neues Auswahlverfahren organisiert, um die Nutzungsrechte gemäß Art. 55 zu erteilen.“

Insofern gelten auch im Verlängerungsverfahren die Maßgaben aus dem § 9a TKG-Urteil. Darin hat der EuGH Vorfestlegungen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers nachdrücklich verworfen, welche die im harmonisierten Rechtsrahmen gewährleisteten Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden beschränken.¹⁷

b) Unionsrechtliche Bewertung der §§ 90, 91 TKModG-KE

Die §§ 90 ff. TKModG-KE setzen die Vorgaben von Art. 49 Abs. 2 und Art. 50 Abs. 3 EKEK nicht unionsrechtskonform um. Zunächst richtet sich diese Kritik gegen die Formulierung des § 90 Abs. 9 S.1 TKModG-KE in die intendierte Richtung eines Vergabeverfahrens:

„Sind für Frequenzanteile nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder sind für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt, kann die Bundesnetzagentur anordnen, dass der Zuteilung der Frequenzen ein Vergabeverfahren nach § 99 voranzugehen hat.“

Hinzu kommt das Zusammenwirken von § 90 Abs. 9 S. 1 TKModG-KE mit der unter Abschnitt II. 1. b) dargestellten legislativen Vorfestlegung des § 99 Abs. 2 TKModG-KE auf das Versteigerungsverfahren unter Missachtung der nach Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK zu wahrenen Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse¹⁸ der BNetzA. Entgegen der unionsrechtlichen Regelverlängerung droht dieses Zusammenwirken von § 90 Abs. 9 S. 1 mit § 99 Abs. 2 TKModG-KE zu einem faktischen Ausschluss einer Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte zu führen.

Insgesamt ist festzustellen, dass § 91 TKModG-KE aufgrund einer verwirrenden Verweisungstechnik die unionsrechtlich gebotene Transparenz¹⁹ zur praktisch wirksamen Umsetzung²⁰ der Vorgaben von Art. 49 und Art. 50 EKEK vermissen lässt:

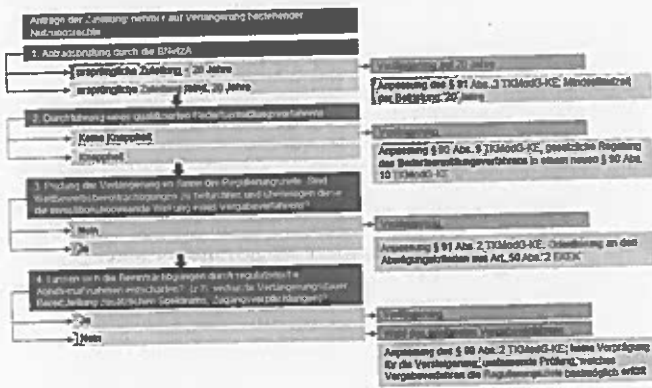
In § 91 Abs. 3 S. 4 TKModG-KE wird darauf hingewiesen, die Zuteilung harmonisierter Frequenzen für drahtlose Breitbanddienste zu verlängern, damit der Regelungsrahmen für Investitionen in Netzinfrastrukturen für die Nutzung solcher Frequenzen während eines Zeitraums von mindestens 20 Jahren für die Inhaber der Frequenznutzungsrechte vorhersehbar ist. § 91 Abs. 3 S. 5 TKModG-KE sieht sodann vor, dass § 91 Abs. 2 davon unberührt bleibt, der seinerseits S. 3 für unberührt erklärt. § 91 Abs. 2 S. 3 wiederum verweist auf eine entsprechende Anwendung von § 90 Abs. 9, welcher die Anordnung eines Vergabeverfahrens vorsieht, wenn für Frequenzanteile nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind. Dadurch würde, wie dargelegt, die Möglichkeit einer unionsrechtlich vorrangigen Verlängerung nach § 91 Abs. 2 TKModG-KE leerlaufen.

Art. 50 Abs. 4 EKEK legt demgegenüber fest, dass den Entscheidungen über eine Verlängerung von individuellen Nutzungsrechten für harmonisierte Funkfrequenzen eine Überprüfung der mit diesen Rechten verbundenen Entgelte und anderen Bedingungen vorauszugehen hat. Die nationalen Regulierungsbehörden können dann die für die Nutzungsrechte erhobenen Entgelte im Falle einer Verlängerung nach Art. 42 EKEK gegebenenfalls anpassen und die Verlängerung an zusätzliche Versorgungsaufgaben knüpfen. Der Gesetzesentwurf greift diese Vorgaben des Art. 50 Abs. 4 EKEK nicht auf.

c) Abschnitte eines unionsrechtskonformen Verfahrens zur Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte

Eine Anpassung der §§ 90, 91 TKModG-KE an die Vorgaben des EKEK müsste vor allem zum einen die Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte von 15 auf 20 Jahre als Regelfall und zum anderen die Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte als dem Vergabeverfahren vorrangige Option vorsehen.

Die folgende Abbildung skizziert die möglichen Abschnitte eines unionsrechtskonformen Verfahrens zur Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte und die sich daraus ergebenden Entscheidungsoptionen der BNetzA aufgrund ihrer in §§ 90, 91 TKModG-KE entsprechend abzusehenden Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensbefugnisse:



1. Prüfungsschritt

Feststellung, ob die in Art. 49 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK vorgesehene Dauer der Frequenzzuteilung von 20 Jahren mit der initialen Zuteilung bereits ausgeschöpft wurde. Falls nicht, wäre nach den Voraussetzungen, unter denen nach Art. 49 Abs. 2 EKEK eine Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen von 15 auf 20 Jahre erfolgen soll, eine solche zu gewähren.

2. Prüfungsschritt (falls erforderlich)

Falls die Initialzuteilung bereits 20 Jahre umfasst, müsste ein qualifiziertes Bedarfsermittlungsverfahren durchgeführt werden. Wird in diesem Bedarfsermittlungsverfahren keine Knappheit festgestellt, so müssen die Zuteilungen verlängert werden.

3. Prüfungsschritt (falls erforderlich)

Falls Knappheit festgestellt wird, müsste anhand der Regulierungsziele und auf der Grundlage der Erkenntnisse aus dem nach Art. 50 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK durchgeführten offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Konsultationsverfahren geprüft und abgewogen werden, inwiefern eine Verlängerung zu wesentlichen Wettbewerbsbeschränkungen führen würde, welche das Ziel der Investitionsförderung überwiegen. Sofern dies nicht der Fall ist, wäre zu verlängern.

4. Prüfungsschritt (falls erforderlich)

Drohen dagegen wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen, so sind zunächst zu deren Entschärfung regulatorische Vorkehrungen zu erwägen, um den unionsrechtlich gebotenen Vorrang der Verlängerung vor dem Vergabeverfahren zu wahren. In Betracht kommen hierzu etwa eine kürzere Verlängerung, die Bereitstellung zusätzlichen Spektrums oder dem Wettbewerbsproblem angepasste Zugangsverpflichtungen zugunsten potenzieller Neubewerber. Sofern solche Kompensationsmaßnahmen wirksam einer Wettbewerbsbeschränkung entgegenwirken, wären die Zuteilungen zu verlängern. Nur wenn keine geeigneten Abhilfemaßnahmen die Wettbewerbsbeschränkungen zu kompensieren vermögen, wäre ein geeignetes Vergabeverfahren anzuordnen, das die Regulierungsziele bestmöglich erfüllt, und die Verfahrenswahl gemäß Art. 55 Abs. 2 EKEK substantiiert zu begründen, ohne dem Versteigerungsverfahren einen Vorrang einzuräumen.

Um die unionsrechtlich gebotene Verfahrenstransparenz, Justiziabilität und Rechtssicherheit praktisch wirksam für alle Bewerber zu gewährleisten, sollten alle Verfahrensabschnitte 1. - 4. in einer öffentlichen Konsultation mit den Marktteilnehmern, einschließlich der Verbraucherverbände, offengelegt und diskutiert werden.

16 Grussmann/Honekamp, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 6), Rn. 108.
 17 Vgl. EuGH, Ur. v. 3. 12. 2009 – C-424/07, Rn. 53 ff. – Kommission ./ Deutschland.
 18 Grussmann/Honekamp, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 6), Rn. 108.
 19 EuGH, Ur. v. 6. 10. 1970 – Rs. 9/70, Rn. 5 – Grad; EuGH, Ur. v. 8. 4. 1976 – Rs. 48/75, Rn. 69/73 – Royer; EuGH, Ur. v. 23. 5. 1985 – Rs. 29/84, Rn. 23 ff. – Kommission ./ Deutschland; EuGH, Ur. v. 28. 2. 1991 – C-360/87, Rn. 11 – Kommission ./ Italien; EuGH, Ur. v. 20. 5. 1992 – C-190/90, Rn. 17 – Kommission ./ Niederlande; EuGH, Ur. v. 11. 7. 2002 – C-62/00, Rn. 26 ff. – Marks & Spencer; Zum Gebot der hinreichend klaren und bestimmten Umsetzung Ruffert, in: Callies/Ruffert (Fn. 5), Art. 288 Rn. 29.
 20 Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 5), Art. 19, Rn. 57 f.

d) *Vorschläge zur unionsrechtskonformen Anpassung der §§ 90, 91 TKModG-KE*

§ 91 Abs. 3 S. 1 TKModG-KE sollte wie folgt geändert werden:

„Harmonisierte Frequenzen für drahtlose Breitbandnetze und -dienste werden für mindestens 20 Jahre zugeteilt oder entsprechend verlängert.“

Eine Verlängerung darf nicht voraussetzen, dass in der Zuteilung die Anforderungen des neuen § 98 Abs. 1 Ziff. 2 TKModG-KE erfüllt sind, da andernfalls eine Verlängerung von bereits vor Inkrafttreten des TKModG zugeteilten Frequenzen ausgeschlossen wäre.

§ 91 Abs. 3 TKModG-KE sollte von S. 3 bis S. 7 wie folgt geändert werden:

S. 3: „Die Zuteilung ist auf Antrag bis zu einer Gesamtdauer von 20 Jahren zu verlängern.“

S. 4: „§ 90 Abs. 9 TKModG-KE findet im Falle des § 91 Abs. 3 S. 3 TKModG-KE keine Anwendung.“

S. 5: „Über den Gesamtzeitraum von 20 Jahren hinaus kann die Zuteilung angemessen verlängert werden, wenn dies erforderlich ist, um einen vorhersehbaren Regelungsrahmen für gesamtwirtschaftlich förderliche Investitionen der Inhaber der Frequenznutzungsrechte in Netzinfrastrukturen und für eine bestmögliche Nutzung solcher Frequenzen zu gewährleisten, wozu insbesondere die Erfüllung bestehender Versorgungsauflagen zählt.“

S. 6: „§ 90 Abs. 9 TKModG-KE findet nur Anwendung, wenn nach einer Abwägung aller von der Zuteilung der Frequenznutzungsrechte betroffenen Belange, insbesondere der Interessen der Inhaber der Frequenznutzungsrechte und der Neubewerber, schwerwiegende und überwiegende Gründe gegen eine Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte und für ein Vergabeverfahren sprechen.“

S. 7: „Die allgemeinen Kriterien der Verlängerung beziehen sich auf: [...]“

Um den unionsrechtlich gebotenen Vorrang der Verlängerung vor dem Vergabeverfahren zu wahren, sollte auch § 90 Abs. 9 TKModG-KE wie folgt ergänzt werden:

„Sind für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder sind für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt, kann die Bundesnetzagentur vorbehaltlich der Regelungen in § 91 TKModG-KE nur dann anordnen, dass der Zuteilung der Frequenznutzungsrechte ein Vergabeverfahren nach § 99 voranzugehen hat, wenn nicht von der Bundesnetzagentur zu treffende Abhilfemaßnahmen im Rahmen der Verlängerung der Frequenznutzungsrechte wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden geeignet sind. Als solche Abhilfemaßnahmen zieht die Bundesnetzagentur insbesondere die Bereitstellung neuen Frequenzspektrums, eine kürzere Verlängerungsdauer oder dem Wettbewerbsproblem angepasste, auch bereits freiwillig angebotene Zugangsverpflichtungen zugunsten potenzieller Neubewerber in Betracht. Die Voraussetzungen einer Einzelzuteilung nach Abs. 5 bleiben hiervon unberührt. Vor jeder Entscheidung der Bundesnetzagentur sind die betroffenen Kreise anzuhören. Die Entscheidungen der Bundesnetzagentur sind zu veröffentlichen.“

3. Exkurs: Gesetzliche Regelungsbedürftigkeit des Bedarfs-ermittlungsverfahrens

Das der Knappheitsfeststellung vorausgehende Bedarfsermittlungsverfahren, in dem die BNetzA den bewerberseitigen Bedarfsüberhang quantifiziert und qualifiziert,²¹ ist im Hinblick auf die methodischen, subjektiv-fachlichen und sachlichen Voraussetzungen weder im geltenden TKG (§ 55) noch im TKModG-KE (§ 90) gesetzlich geregelt. Deshalb musste das BVerwG in diesem grundrechtssensiblen Bereich (Art. 12 GG)²² die wesentlichen rechtlichen Leitplanken des Bedarfsermittlungsverfahrens in seiner Rechtsprechung – allerdings lediglich grundsatzartig – definieren.²³ Auch wenn das Bedarfsermittlungsverfahren selbst nicht in seinen methodischen, subjektiv-fachlichen und sachlichen Voraussetzungen durch den EKEK unionsrechtlich harmonisiert wird und damit auch nicht Gegenstand dieses Kurzgutachtens ist, erscheint dem Verfasser eine gesetzliche Regelung geboten. Denn die festgestellte Frequenzknappheit resultiert als Voraussetzung für die Anordnung eines Vergabeverfahrens schließlich aus dem Bedarfsermittlungsverfahren, sodass letzteres für den grundrechtssensiblen Marktzugang mitentscheidend ist.²⁴

III. Fazit

Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung zum Telekommunikations-Modernisierungsgesetz vom 16. 12. 2020 schränkt zum einen die Verlängerbarkeit von Frequenznutzungsrechten unzulässig ein und schreibt zum anderen in Fällen der Frequenzknappheit die Vorrangung zugunsten der Durchführung eines Vergabeverfahrens in Form einer Versteigerung unzulässigerweise vor.

Diese gesetzgeberischen Vorfestlegungen in den §§ 90 ff. TKModG-KE zulasten der Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräume der BNetzA sind mit den Vorgaben der Art. 49, 50 und 55 EKEK nicht vereinbar und dementsprechend unionsrechtskonform anzupassen.

21 Göddel, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 12), § 55, Rn. 20 ff.

22 Ruffert, in: BeckOK GG, Art. 12 Rn. 75 ff.; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 311 ff.

23 BVerwG, Urt. v. 22. 6. 2011 – 6 C 3.10, Rn. 22 ff.; BVerwG, Urt. v. 23. 3. 2011 – 6 C 6/10 Rn. 21 ff.

24 Mann, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 16; BVerfG, Beschl. v. 23. 4. 2009 – 1 BvR 3405/08.



Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE)

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

werbsrecht, insbesondere Beihilfenrecht, sowie auf das europäische Regulierungsrecht.

© 2021 Deutscher Fachverlag GmbH, Mainzer Landstr. 251, 60326 Frankfurt am Main
Geschäftsführung: Peter Esser (Sprecher), Sönke Reimers (Sprecher), Thomas Berner, Marcus Gotta

Aufsichtsrat: Andreas Lorch, Catrin Lorch, Peter Ruß

Homepage Verlag: www.dfv.de

Homepage Zeitschrift K&R: www.kommunikationsrecht.de

Chefredakteur und Gesamtverlagsleitung Fachmedien Recht und Wirtschaft:

RA Torsten Kutschke

Tel. 069/75 95-11 51, Fax: 069/75 95-11 50,

E-Mail: Torsten.Kutschke@dfv.de

Stellvertretende Chefredakteurin: RAin Dr. Anja Keller

Tel. 069/75 95-27 67, Fax: 069/75 95-27 80, E-Mail: Anja.Keller@dfv.de

Redaktionsassistenz: Dagmar Dinkel, Tel. 069/75 95-27 53,

Fax: 069/75 95-27 80, E-Mail: Dagmar.Dinkel@dfv.de

Anzeigen: Eva Triantafyllidou, Tel. 069/75 95-27 13, Fax: 069/75 95-27 10,
E-Mail: Eva.Triantafyllidou@dfv.de

Vertrieb: Konrad Eckes, Tel. 069/75 95-11 54,
E-Mail: Konrad.Eckes@dfv.de

Satz: DFV – inhouse production

Druck: medienhaus Plump GmbH, Rolandsecker Weg 33, 53619 Rheinbreitbach

Die in diesem Beihefter veröffentlichten Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar.

Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.