

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

Alte Versorgungsaufgaben im Rahmen der Ermessensausübung durch die BNetzA in neuen Frequenzbereitstellungsverfahren

Kurz und Knapp

Gegenstand der Abhandlung ist das bevorstehende Bereitstellungsverfahren der Ende 2025 auslaufenden 800-MHz-Frequenznutzungsrechte. Aufgrund der technischen Abhängigkeit der Versorgungsaufgaben aus der Frequenzauktion 2019 von der Nutzung der Frequenzen im Bereich 800 MHz erscheint eine Neuvergabe nicht angebracht. Vielmehr kommt einer Ermessensreduzierung auf Null zugunsten einer Zuteilungsverlängerung maßgebliche Bedeutung zu, um die Erfüllung der Versorgungsaufgaben zu gewährleisten.

1. Technische und rechtliche Ausgangslage

Die Versorgungsaufgaben aus der Frequenzauktion 2019 sehen für die drei bundesweiten Mobilfunknetzbetreiber¹ unter anderem vor, dass mindestens 98 % der Haushalte in jedem Bundesland mit einer Übertragungsrate von mindestens 100 Mbit/s im Downlink im Antennensektor zu versorgen sind. Darüber hinaus gibt es für die drei bundesweiten Mobilfunknetzbetreiber weitere Auflagen, die ebenfalls eine solche Übertragungsrate von mindestens 100 Mbit/s im Downlink vorsehen. Diese Auflagen sind in der Entscheidung der Präsidentenkammer („PKE“) der Bundesnetzagentur („BNetzA“) vom 26. 11. 2018 über die Festlegungen der Vergaberegeln und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz („PKE 3 + 4“) so ausgestaltet, dass sie in wirtschaftlich zumutbarer Weise von einem Netzbetreiber nur mit Frequenzen im Umfang von insgesamt 2 x 20 MHz im Bereich unter 1 GHz erfüllt werden können. Es besteht also die besondere Situation, dass die Erfüllung der Versorgungsaufgaben aus der Frequenzauktion 2019 (2 GHz und 3,6 GHz) von der Nutzbarkeit nicht verfahrensgegenständlicher Frequenzen (unter 1 GHz) abhängig ist.

Den drei bundesweiten Netzbetreibern sind Frequenzen im erforderlichen Umfang von 2 x 20 MHz unter 1 GHz zugewiesen, nämlich jeweils 2 x 10 MHz im 800-MHz-Band (Zuteilungsende 2025) und im 700-MHz-Band (Zuteilungsende 2033). In beiden Bändern stehen insgesamt nur jeweils 2 x 30 MHz zur Verfügung. Das den etablierten Netzbetreibern im 900-MHz-Band zugewiesene Spektrum scheidet hingegen zur Erfüllung dieser Versorgungsaufgaben aus, da es auf längere Sicht für andere Technologien (GSM) verwendet werden dürfte und Interferenzen mit anderen Bandlagen unterliegt (GSM-R der Deutschen Bahn).

Mit den Frequenzen aus dem 700-MHz-Spektrum allein kann die Vorgabe aus der Versorgungsaufgabe 2019 nicht erfüllt werden: Mit den zur Verfügung stehenden 2 x 10 MHz bei 700 MHz lässt sich nur eine Bandbreite von

50 Mbit/s realisieren. Für die geforderten 100 Mbit/s sind 2 x 20 MHz erforderlich. Dies macht die Kombination von 700 MHz mit 800 MHz technisch unabdingbar.

Sollte einer der bundesweiten Mobilfunknetzbetreiber im Falle einer Versteigerung der 800-MHz-Frequenzen nicht in der Lage sein, ausreichend Spektrum in diesem Band zu erwerben, wäre ihm die Erfüllung der Versorgungsaufgaben aus der Auktion 2019 entsprechend nicht mehr möglich. Die objektive technische Unmöglichkeit der Erfüllung der Versorgungsaufgaben in einem wirtschaftlich zumutbaren Rahmen ohne Nutzung der Frequenzen im Bereich unter 1 GHz hat auch die BNetzA in der PKE 3 + 4 anerkannt.² Zu diesem Ergebnis kommt auch WIK-Consult in dem im Auftrag der BNetzA erstellten Gutachten vom 22. 11. 2018.³ In diesem Gutachten wird unter anderem dargelegt:

„Auch wenn ein Mobilfunknetzbetreiber alle ihm zur Verfügung stehenden Frequenzbereiche unter Einschluss der in diesem Verfahren zu vergebenden Frequenzen zur Erfüllung von Versorgungsaufgaben einsetzen kann, wird bei der Berechnung der Anzahl der Basisstationen bei der Versorgung von Verkehrswegen davon ausgegangen, dass dort aus betriebswirtschaftlichen Gründen primär Frequenzen unterhalb von 1 GHz eingesetzt werden. Beispielsweise könnten dort 700-MHz- oder 800-MHz-Frequenzen eingesetzt werden. [...]“

Allen Netzbetreibern stehen 2 x 10 MHz im 700-MHz-Band und 2 x 10 MHz im 800-MHz-Band zur Verfügung, um eine Auflage zur Flächenversorgung zu erfüllen. Durch die bestehende GSM-Nutzung [...] können, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt weitere Frequenzen im 900-MHz-Band eingesetzt werden. Aus diesem Grund werden diese Frequenzen zur Erfüllung der Versorgungsaufgabe nicht mitbetrachtet.⁴

Diese technische *Conditio sine qua non*, die Versorgungsaufgaben mit bereits bestandskräftig vergebenen, anderen Frequenzen aus dem Bereich unter 1 GHz zu erfüllen, besteht dabei nicht als verwaltungsverfahrenrechtliche Bedingung i. S. v. § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG, also nicht im Sinne „einer Bestimmung, nach der [...] der Wegfall [...] einer Belastung [Versorgungsaufgaben] von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses [technische Nichterfüllbarkeit] abhängt“. Die Versorgungsaufgabe

* Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor und Anton Veidt wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M. (LSE). Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 4. 11. 2021. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

¹ Telefónica/O2, Telekom und Vodafone.

² PKE 3 + 4, Rn. 257, 278, 284, 386.

³ WIK-Consult, Gutachten für die BNetzA, Versorgungsaufgaben und Investitionen in den Netzaufbau (LTE/5G) vom 22. 11. 2018.

⁴ WIK Consult, S. 2-3.

gen enthalten mithin keine auflösende Bedingung für den Fall des Verlusts von Flächenspektrum.

Aktuell bereitet die BNetzA das nächste Frequenzverfahren vor, das absehbarerweise die Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1,8 GHz und 2,6 GHz erfassen wird. Vor diesem Hintergrund hat die BNetzA am 21. 6. 2021 ein ergebnisoffenes Szenarienpapier im Hinblick auf die Zuteilung der Frequenznutzungsrechte insbesondere im Bereich des 800-MHz-Bandes veröffentlicht, in dem fünf Szenarien (Versteigerungsverfahren, Zuteilungsverlängerung, Ein-Betreiber-Modell, Kombination aus Elementen der Verlängerung und Versteigerung, Ausschreibungsverfahren) zur Bereitstellung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte skizziert sind.

Angesichts des Befundes, dass die den drei bundesweiten Mobilfunknetzbetreibern obliegenden Versorgungsaufgaben aus der Auktion 2019 nur auf Basis der 700/800-MHz-Nutzungsrechte erfüllbar sind, wird im Rahmen dieser Abhandlung anhand des im Lichte des EKEK auszulegenden neuen TKG, der Rechtsprechung und der Regulierungspraxis der BNetzA dargelegt, dass als rechts- und ermessensfehlerfreie Entscheidung der BNetzA nur eine Verlängerung der aktuell bereits zugeteilten Frequenzen von jeweils 2 x 10 MHz im Bereich 800 MHz bis mindestens 2033 in Betracht kommt.

II. Rechtliche Bewertung

1. Der neue gesetzgeberische Ziel- und Regelungsrahmen

§ 87 Abs. 1 TKG (neu)⁵ legt erstmals die Ziele der Frequenzregulierung explizit fest. Eine Konkretisierung nimmt diesbezüglich § 87 Abs. 2 TKG (neu) vor.

Wie das bisher geltende Telekommunikationsgesetz („TKG (alt)“) sieht auch dessen Neufassung in § 91 Abs. 9 S. 1 für den Fall einer von der BNetzA ermittelten Frequenzknappheit vor, dass die BNetzA ein Vergabeverfahren nach § 100 TKG (neu) anordnen kann. Der Ermessensausübung über das „Ob“ eines Vergabeverfahrens nach § 100 TKG (neu) stellt die Novelle in § 92 Abs. 2 S. 1 TKG (neu) in Abkehr von der bisherigen gesetzlichen Vorfestlegung im Falle von Frequenzknappheit zugunsten eines Vergabeverfahrens (insbesondere eines Versteigerungsverfahrens), die mit den unionsrechtlich nach Art. 49, 50 und 55 EKEK⁶ gebotenen Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräumen der nationalen Regulierungsbehörden nicht vereinbar war,⁷ eine Entscheidung der BNetzA über eine Frequenzzuteilungsverlängerung gegenüber.

§ 92 Abs. 2 S. 1 TKG (neu) ist in die Ermessensregelung des § 92 Abs. 2 S. 3 TKG (neu) eingebettet, wonach bei der Ermessensausübung insbesondere die in Nr. 1-7 aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen sind. Im Gegensatz zur Rechtslage vor der TKG-Novelle besteht nun nach § 92 Abs. 2 TKG (neu) für den Knappheitsfall keinerlei gesetzliche Vorprägung zugunsten eines Vergabeverfahrens nach § 100 TKG (neu) mehr. Ausweislich des dem § 92 Abs. 2 S. 3 TKG (neu) folgenden (nicht abschließenden) Kataloges von Ermessenskriterien kommt der BNetzA nun vielmehr ein gesetzlich ausdrücklich vollständig „unvoreingenommener“ Entscheidungsspielraum zu, bei der Frequenzbereitstellung dasjenige Verfahren zu wählen, welches am besten geeignet ist, die Regulierungsziele zu erreichen. Die Novelle stellt die Verlängerung bestehender

Frequenznutzungsrechte gleichrangig neben mögliche Vergabeverfahren.

2. Unionsrechtliche Vorgaben zur Frequenzzuteilungsverlängerung

a) Vorgaben der Art. 49, 50 EKEK

Art. 49 Abs. 2 EKEK regelt zunächst die Voraussetzungen, unter denen eine Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen von 15 auf 20 Jahre erfolgen soll. Art. 50 Abs. 1 und 2 EKEK macht dann Vorgaben zu den Voraussetzungen einer Frequenzzuteilungsverlängerung, die über den Zeitraum der Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre nach Art. 49 Abs. 2 EKEK hinausgeht. Art. 50 Abs. 2 EKEK regelt dabei die im Rahmen der behördlichen Entscheidung zu berücksichtigenden (nicht abschließend aufgeführten) Ermessenskriterien, die sich in § 92 Abs. 2 S. 3 TKG (neu) widerspiegeln.

Nach Art. 50 Abs. 1 EKEK prüfen die mitgliedstaatlichen Behörden, „ob [Verlängerungen individueller Nutzungsrechte für harmonisierte Funkfrequenzen] [...] erforderlich sind.“ Der Unionsgesetzgeber gibt dadurch den mitgliedstaatlichen Behörden auf, der Notwendigkeit einer – über den Zeitraum der Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre hinausgehenden – Frequenzzuteilungsverlängerung ein besonderes Gewicht beizumessen.

Art. 50 EKEK eröffnet ausweislich des Absatzes 3 die Möglichkeit, Zuteilungsverlängerungen auch in Knappheitssituationen zu gewähren. Art. 50 Abs. 3 EKEK schreibt hierfür vor, „ein offenes, transparentes und nicht-diskriminierendes Verfahren“ durchzuführen, in dessen Rahmen die „zuständigen Behörden (a) [...] (b) die Gründe einer solchen möglichen Verlängerung eindeutig angeben.“

Die unionsrechtliche Vorgabe, auf der Grundlage des Konsultationsverfahrens die Gründe der möglichen Verlängerung vor dem Hintergrund einer bestehenden Frequenzknappheit sorgfältig zu ermitteln und zu evaluieren, bekräftigt den Stellenwert von besonderen Umständen auch atypischer bzw. komplexer Konstellationen, die wie hier der Frequenzzuteilung zugrunde liegen. Die Gründe einer Zuteilungsverlängerung müssen sich dabei von den Zielvorgaben des Art. 50 Abs. 2 EKEK im Rahmen der behördlichen Ermessensausübung leiten lassen. So könnte hier – insbesondere mit Blick auf die Erwägungsgründe des EKEK – eine nach Art. 50 Abs. 1 EKEK zu berücksichtigende Notwendigkeit der über den Zeitraum der Regelverlängerung hinausgehenden Zuteilungsverlängerung aufgrund der Abhängigkeit durchgreifen, welche zwischen der Erfüllbarkeit bereits auferlegter Versorgungsaufgaben, die mit den in der Auktion 2019 zugeteilten Frequenzen verbunden wurden, und erst später erneut zuzuteilenden Frequenzen besteht, mit denen diese Versorgungsaufgaben weiterhin zu erfüllen sind.

Aus Unterabsatz 2 ergibt sich, dass aus dem Konsultationsverfahren nach Art. 50 Abs. 3 EKEK auch die jeweilige Nachfragesituation im Knappheitsfall hervorgehen soll und diese als Faktor im Rahmen der behördlichen Entscheidung zwischen einer Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte oder der Anordnung eines Auswahl-

⁵ Geändert durch Art. 30 des Gesetzes vom 5. 7. 2021 (BGBl. I S. 3338).

⁶ RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation.

⁷ Koenig, Beihefter 1 zu K&R 4/2021, I ff.

verfahrens zur Neuzuteilung der Nutzungsrechte gem. Art. 55 EKEK zu beachten ist.

In ihrem Zusammenspiel sind die Absätze 1 bis 3 des Art. 50 EKEK als Rechtsangleichungsbestimmung Grundlage für den in § 92 Abs. 2 TKG (neu) vorgesehenen vollständig „unvoreingenommenen“, insbesondere von der Erreichung der Regulierungsziele geleiteten Entscheidungsspielraum der BNetzA.

b) Direktiven der Erwägungsgründe des EKEK

Die Erwägungsgründe bilden im Unionssekundärrecht als normgewordener Wille des Gesetzgebers das Fundament der teleologischen Auslegung der Vorschriften des Rechtsaktes. In dieser Funktion konkretisieren die Erwägungsgründe auch den Inhalt der in Art. 50 Abs. 2 EKEK geregelten Ermessenskriterien, insbesondere der Regulierungsziele.

Ausweislich des Erwägungsgrundes Nr. 229 dient die Verknüpfung von Versorgungsverpflichtungen mit Funkfrequenznutzungsrechten als regulatorisches Instrument mitgliedstaatlicher Behörden insbesondere der Förderung des Breitbandnetzausbaus in dünn besiedelten Gebieten, in denen der Markt keine hochkapazitive Versorgung hervorbringt. Aus Erwägungsgrund Nr. 124 geht hervor, dass die Einhaltung der im Rahmen von Frequenzzuteilungen auferlegten Versorgungsaufgaben sicherzustellen ist. Zur Gewährleistung einer unionsweiten Versorgung mit drahtlosen Breitbanddiensten dürfen die Mitgliedstaaten gem. Erwägungsgrund Nr. 109 darüber hinaus nur „angemessene Versorgungsverpflichtungen auferlegen, die an das jeweilige Versorgungsgebiet angepasst und auf eine verhältnismäßige Belastung beschränkt werden sollten, damit der Ausbau durch die Diensteanbieter nicht behindert wird.“

c) Unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung der Regelungen des TKG (neu)

Die Vorgaben des EKEK sind im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung und Anwendung der Regelungen des TKG (neu) zur Frequenzzuteilungsverlängerung zu berücksichtigen. Der EuGH betont, dass nationale Behörden und Gerichte den Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu wahren haben und die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts mit Blick auf Richtlinien durch die Methode der unionsrechtskonformen Auslegung gewährleisten. Das Auslegungsergebnis soll dabei auch die mit der Richtlinie verfolgten Ziele, die aus den Erwägungsgründen hervorgehen, widerspiegeln.⁸

Die einschlägigen Vorschriften des EKEK räumen den mitgliedstaatlichen Behörden hinsichtlich der Rechtsfolgeentscheidung zwischen einer Zuteilungsverlängerung (Art. 49, 50 EKEK) oder der Anordnung eines Auswahlverfahrens (Art. 55 EKEK) Beurteilungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräume ein. Demzufolge ist der freie, grundsätzlich „unvoreingenommene“ Ermessensspielraum der BNetzA im Rahmen der Ermessensausübung in der vorliegenden Konstellation gem. § 92 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) zu wahren. Die Ermessensführung wird ausweislich Art. 50 Abs. 2 EKEK unter anderem durch die in § 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 1-7 TKG (neu) kodifizierten Ermessenskriterien, insbesondere die Regulierungsziele (§§ 2, 87 TKG (neu)) geleitet.

Weitere Direktiven hinsichtlich der Ermessensausübung der BNetzA gem. § 92 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) sind den Erwägungsgründen des EKEK zu

entnehmen. Mit Blick auf Erwägungsgrund Nr. 124 ist die Erfüllbarkeit auferlegter Versorgungsverpflichtungen zu gewährleisten. Um eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung der Zuteilungsinhaber zu vermeiden, sind die Versorgungsauflagen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Frequenzbereitstellungskosten und den jeweiligen Ausbaupflichtungen zudem angemessen auszugestalten (Erwägungsgrund Nr. 109). Eine unionsrechtskonforme Auslegung muss diesen dem EKEK zugrundeliegenden Zielvorstellungen Rechnung tragen. Diesen Maßgaben entsprechend ist auch die Ermessensführung in der dieser Abhanglung zugrundeliegenden Konstellation zu justieren.

3. Ermessensreduzierung auf Null zugunsten einer Frequenzzuteilungsverlängerung

a) Verwaltungsrechtliche Grundlagen

Ist das behördliche Ermessen auf Null reduziert, verdichten sich die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung auf eine einzige.⁹ Nur eine Entscheidung erweist sich dann als rechtmäßig, während alle übrigen Handlungsalternativen ermessensfehlerhaft wären.¹⁰

Vorab ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die BNetzA im Rahmen der Entscheidung gem. § 92 Abs. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) kein Regulierungsermessen, sondern ein allgemeines Verwaltungsermessen eingeräumt ist. Das Regulierungsermessen stellt ein durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung entwickelte, eigenständige Kategorie dar und greift Element des Planungsermessens auf.¹¹ Auch wenn – mit prognostischem Blick auf die Frequenzzuteilungseffekte für die künftige Infrastrukturversorgung – die strukturelle Nähe der vorliegenden Ermessensbefugnisse zum Planungsermessen nicht verkennbar ist, hält das BVerwG gleichwohl an dem Grundsatz fest, dass das Frequenzzuteilungsermessen weder Planungs- noch Regulierungsermessen ist.¹² In Hinblick auf die Entscheidung nach § 55 Abs. 10 S. 1 TKG (alt) räumt das BVerwG der BNetzA vielmehr ausdrücklich „Ermessen“, mithin allgemeines Verwaltungsermessen, ein.¹³ Diese Rechtsprechung gilt auch für § 92 Abs. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) fort.

Da die Rechtsfigur der Ermessensreduzierung auf Null der normativen Vorgabe der behördlichen Letztentscheidungsbefugnis widerspricht, werden in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hieran strenge Anforderungen gestellt. Die Annahme einer Ermessensreduzierung auf Null setzt daher voraus, dass „nach Lage der Dinge alle denkbaren Alternativen offenkundig nur unter pflichtwidriger Vernachlässigung eines eindeutig vorrangiger Sachgesichtspunkts gewählt werden können.“¹⁴ Über diese allgemeine Definition hinaus lassen sich der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung weiterführende Kriterien entnehmen, die Einfluss darauf haben, inwieweit der eröffnete Ermessensspielraum beschränkt wird.

Zunächst kommt dem Normzweck eine erhebliche Bedeutung im Hinblick auf die Annahme einer Ermessensreduzierung auf Null zu.¹⁵ Insofern sind insbesondere die in § 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 1-7 TKG (neu) aufgezählten Aspekte

⁸ EuGH, 4. 7. 2006 – C-212/04, Rn. 111 – Andeneler.

⁹ BVerwG, 27. 9. 1988 – 1 C 41/87, BVerwGE 80, 249, 257 f.

¹⁰ BVerwG, 18. 8. 1960 – 1 C 42/59, BVerwGE 11, 95, 97.

¹¹ BVerwG, 5. 5. 2014 – 6 B 46/13, NVwZ 2014, 1034.

¹² BVerwG, 10. 10. 2012 – 6 C 13/11 – Rn. 32 ff.

¹³ BVerwG, 24. 6. 2020 – 6 C 3/19, Rn. 53.

¹⁴ BVerwG, 19. 5. 2016 – 5 C 36/15, NJW 2016, 3607, 3610.

¹⁵ BVerwG, 27. 1. 1994 – 2 C 12/92, BVerwGE 95, 86, 92.

für die Ermessensausübung der BNetzA maßgebende Faktoren. Kann der Erfüllung dieser Ziele nur durch eine Frequenzzuteilungsverlängerung Rechnung getragen werden, kommt im Einzelfall eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht.

Eine solche Ermessensverdichtung kann sich auch aus höherrangigem Recht (Grundrechte,¹⁶ praktische Wirksamkeit des Unionsrechts¹⁷) ergeben. Ebenfalls kommt eine Ermessensreduzierung auf Null infolge einer behördlichen Zusicherung gem. § 38 VwVfG¹⁸ in Betracht.

Während vorliegend das verwaltungsrechtliche Institut der behördlichen Zusicherung ausscheidet, da jedenfalls weder die PKE 3 + 4 noch ein anderer Verwaltungsakt der BNetzA eine solche enthält, könnte die Ermessensreduzierung auf Null im Rahmen der hier anstehenden Frequenzzuteilungen im Bereich 800 MHz aus einer anderenfalls drohenden Ermessensunterschreitung, Ermessensüberschreitung oder einer Selbstbindung der Verwaltung folgen.

Eine Ermessensunterschreitung ist gegeben, wenn die Behörde eine in Wirklichkeit nicht bestehende Beschränkung ihres Ermessensspielraums annimmt.¹⁹ Hinsichtlich der behördlichen Ermessensausübung im Rahmen der Frequenzzuteilung käme eine Ermessensunterschreitung in Betracht, wenn die BNetzA weiterhin von einer im Hinblick auf die Vorgängernorm (§ 55 Abs. 10 S. 1 TKG (alt)) durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung angenommene Vorprägung des Ermessens zugunsten einer Vergabeanordnung ausgehen würde. Denn ausweislich des dem § 92 Abs. 2 S. 3 folgenden Kataloges von Ermessenskriterien (Nr. 1 - 7) kommt der BNetzA nun vielmehr ein gesetzlich ausdrücklich vollständig „unvoreingenommener“ Entscheidungsspielraum zu, bei der Frequenzbereitstellung dasjenige Verfahren zu wählen, welches am besten geeignet ist, die Regulierungsziele zu erreichen.

Die Behörde überschreitet die gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 114 S. 1 VwGO), wenn sie sich nicht im Rahmen der ihr vom Gesetz zugestandenen Rechtsfolgenermächtigung hält und dadurch den vorgegebenen Ermessensraum verlässt.²⁰ Einer Ermessensnorm können zunächst intrinsische, also vom Gesetz selbst und explizit gezogene Rechtsfolgenreichen hinsichtlich der zur Auswahl stehenden Rechtsfolgen zugrunde liegen. Der im Rahmen der Ermessensentscheidung gem. § 92 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) bestehende Spielraum ist nach dem Wortlaut auf der Rechtsfolgenseite ausdrücklich auf die Anordnung einer Zuteilungsverlängerung oder eines Vergabeverfahrens gem. § 100 TKG (neu) begrenzt. Extrinsische, also durch höherrangige Normen gezogene Ermessensgrenzen ergeben sich insbesondere aus Grundrechten, unionsrechtlichen Vorgaben und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²¹

Eine Selbstbindung der Verwaltung als spezielle Ausprägung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG folgt insbesondere aus Verwaltungsvorschriften oder einer ständigen gleichmäßigen Übung der Verwaltung (Verwaltungspraxis).²² Eine ähnliche Bindungswirkung kann der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes entfalten.²³ Dogmatisch ist die Missachtung einer behördlichen Selbstbindung als Ermessensüberschreitung einzuordnen, da die durch den allgemeinen Gleichheitssatz und das Rechtsstaatsprinzip gezogenen extrinsischen Ermessensgrenzen überschritten werden.

Weitergehende, von der Literatur angebotene²⁴ Systematisierungsansätze anhand eines abstrakten Kriterienkata-

logs zur Ermessensreduzierung auf Null sind angesichts der hier sektorspezifischen Ermessensführung nach § 92 Abs. 2 S. 3 TKG (neu) i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) nicht zielführend. Letztlich liegt hier der Prüfung einer Ermessensreduzierung auf Null eine Bewertung sämtlicher den Einzelfall betreffenden Umstände der anstehenden Frequenzzuteilung zugrunde: „Unter welchen Voraussetzungen eine Ermessensreduzierung auf Null anzunehmen ist, richtet sich regelmäßig nach den Umständen des Einzelfalls.“²⁵

b) Ermessensreduzierung auf Null in der vorliegenden Konstellation

aa) Technische Unmöglichkeit der Versorgungsaufgabenerfüllung

Zunächst kommt die Annahme einer Ermessensreduzierung zugunsten einer Verlängerung der Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz aufgrund der objektiven technischen Unmöglichkeit der Versorgungsaufgabenerfüllung in einem wirtschaftlich zumutbaren Rahmen und der daraus folgenden Gefährdung der Erfüllung der Regulierungsziele des TKG (neu) in Betracht. Eine Vergabe des Ende 2025 freiwerdenden Spektrums nach Maßgabe des § 100 TKG (neu), insbesondere im Wege der Versteigerung, birgt das hohe Risiko, dass einer der Zuteilungsinhaber den Zuschlag für das zur Aufgabenerfüllung zwingend erforderliche Flächenspektrum im Umfang von 2 x 10 MHz im Bereich 800 MHz nicht oder nur in unzureichendem Umfang erhält. Zur Teilnahme am Versteigerungsverfahren sind nur die von der BNetzA bestimmten subjektiven, fachlichen und sachlichen Mindestvoraussetzungen zu erfüllen (§ 100 Abs. 4 Nr. 1 TKG (neu)). Die Frequenzzuteilung erfolgt an den Höchstbietenden. Die ökonomische Logik des Versteigerungsverfahrens besteht in der theoretischen Erwartung, dass das auch im Hinblick auf die Versorgung effizienteste Unternehmen die größte Zahlungsbereitschaft für das betreffende Frequenzspektrum aufweist.²⁶

Indes erweisen sich die theoretischen ökonomischen Effizienzparameter in komplexen Konstellationen wie der vorliegenden als problematisch. Wenn hier eine Erfüllung der Versorgungsaufgaben nur mit den verfahrensgegenständlichen Frequenzen der Auktion 2019 nicht möglich ist, drohen bei der Durchführung eines Versteigerungsverfahrens, aber auch eines Ausschreibungsverfahrens, den Regulierungszielen abträgliche Allokationsverwerfungen. So droht etwa ein taktisches Bietverhalten, da Neubewerbern die den Altsassen auferlegten Versorgungsaufgaben bekannt sind, zu deren Erfüllung die Altsassen auf die neu zuzuteilenden Frequenzen angewiesen sind.²⁷

16 BVerwG, 6. 4. 2016 – 3 C 10/14, Rn. 37.

17 BVerwG, 1. 6. 2017 – 9 C 2/16, Rn. 24.

18 BVerwG, 22. 4. 1975 – I WB 189/72, I WB 227/72, BVerwGE 53, 23, 26.

19 BVerwG, 27. 6. 1995 – I C 5/94, BVerwGE 99, 28, 37.

20 Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 122.

21 BVerwG, 22. 2. 2017 – I C 27/16, Rn. 22 ff.

22 BVerwG, 17. 4. 1970 – VII C 60/68, BVerwGE 35, 159, 162 f.; BVerwG, 10. 12. 1969 – VIII C 104/69, BVerwGE 34, 278, 280; BVerwG, 22. 1. 1969 – VI C 52/65, BVerwGE 31, 212.

23 BVerwG, BVerwG, 17. 1. 1980 – 3 C 116/79, BVerwGE 59, 284, 291 ff.

24 Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 40 Rn. 51; Wolff, in: Sodan/Ziekow (Fn. 20), § 114 Rn. 129 ff.

25 BVerwG, 15. 7. 1987 – 4 C 56/83, BVerwGE 78, 40, 46.

26 Göddel/Geppert, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 61 Rn. 26.

27 Die Stellungnahme des Unternehmens I&I zum Frequenzkompass (Rn. 29) deutet jedenfalls für den Fall einer Versteigerung auf ein solches Bietverhalten hin: „[...] dass es im ansonsten notwendigen Versteigerungsverfahren nicht zu einem ruinösen Bieterwettbewerb kommt, der zu Lasten des Netzausbaus in Deutschland geht“.

Im Fall einer solchen Abhängigkeit bei gleichzeitiger Diskongruenz zwischen den mit Versorgungsaufgaben verbundenen Frequenzen (der Auktion 2019) und später erneut zuzuteilenden Frequenzen, mit denen diese Versorgungsaufgaben zu erfüllen sind, geht die abstrakte Erwägung der Monopolkommission fehl, dass „durch Auktionen regulatorische Ziele verlässlicher erreicht werden, weil die Regulierungsbehörde die Frequenznutzung gezielt an konkrete Verpflichtungen, wie z. B. Versorgungsaufgaben in einer festgelegten Höhe, knüpfen kann“.²⁸ Abgesehen davon, dass der Regulierungsbehörde diese Möglichkeit nach § 92 Abs. 5 S. 1 TKG (neu) auch im Falle der Verlängerung eröffnet ist, könnte sich insbesondere aber mit Blick auf ein drohendes taktisches Bietverhalten seitens 1&1 der Erwerb von für die Erfüllung der Versorgungsaufgaben aus der PKE 3 + 4 erforderlichen Frequenzen für die betreffenden Mobilfunkunternehmen als betriebswirtschaftlich unvertretbar darstellen, wollen sie nicht durch Gebote für einen Zuschlag um jeden Preis ihre Bilanz strapazieren.

Zwar dürfte eine Versteigerung des Flächenspektrums im Bereich 800 MHz mit Blick auf das Volumen und aufgrund der Möglichkeit, Vorkehrungen im Auktionsdesign zur Vermeidung von „Bluthund-Strategien“ zu treffen, nicht mit den Versteigerungen der UMTS-Lizenzen in Deutschland im Jahre 2000 vergleichbar sein. Gleichwohl wäre absehbar, dass auch hier durch den Einstieg des Neubewerbers eine taktische Verschärfung des Bietverhaltens drohen würde, gerade weil dem Neubewerber bekannt ist, dass die Altsassen aufgrund der ihnen auferlegten Versorgungsaufgaben für deren Erfüllung auf das Flächenspektrum im Bereich 800 MHz angewiesen sind.

Erhält ein Unternehmen den Zuschlag für das zur Aufgabenerfüllung erforderliche Flächenspektrum im Bereich 800 MHz demzufolge nicht oder nur in unzureichendem Umfang, stellen die zur Erfüllung der Versorgungsaufgaben aus der PKE 3 + 4 ohne hinreichendes Flächenspektrum im Bereich 800 MHz notwendigen Infrastrukturinvestitionen eine wirtschaftlich unzumutbare Belastung für die jeweiligen Zuteilungsinhaber dar. Durch eine Frequenzzuteilungsverlängerung hingegen wird die Erfüllbarkeit der Versorgungsaufgaben aus der Frequenzauktion 2019 durch die jeweiligen Zuteilungsinhaber gewährleistet. Damit wird vor allem einem bei Nichterfüllung der Versorgungsaufgaben schlimmstenfalls drohenden Entzug des Spektrums gem. § 102 Abs. 1 Nr. 4 TKG (neu) im Bereich 3,6 GHz vorgebeugt.

Das 3,6 GHz-Band soll vorrangig der Errichtung hochkapazitiver 5G-Netze dienen. Bereits das – durch ein Vergabeverfahren begründete – Risiko, aufgrund eines Verlustes von 800-MHz-Spektrum die an Frequenzen im Bereich 3,6 GHz gekoppelten Versorgungsaufgaben nicht erfüllen zu können und demzufolge das hochkapazitive Spektrum gem. § 102 Abs. 1 Nr. 4 TKG (neu) zu verlieren, dürfte die Anreize senken, Infrastrukturinvestitionen im Bereich des 3,6 GHz-Bandes zu tätigen. Eine Entscheidung gegen eine Zuteilungsverlängerung könnte somit aufgrund der daraus möglicherweise resultierenden Nichterfüllbarkeit der Versorgungsaufgaben auch dem 5G-Ausbau schaden.

Die im Rahmen der Frequenzzuteilungen auferlegten Versorgungsaufgaben dienen als regulatorisches Instrument unmittelbar dem Regulierungsziel der „Sicherstellung der Konnektivität sowie [der] Förderung des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen“ aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG

(neu). Diese Zielvorgabe kann nur erfüllt werden, wenn die jeweiligen Frequenzzuteilungsinhaber in der Lage sind, die erteilten Versorgungsaufgaben einzuhalten. Die objektive technische Unmöglichkeit der Versorgungsaufgabenerfüllung bzw. eine Einhaltung der Versorgungsaufgaben, die die wirtschaftliche und finanzielle Grundlage der Mobilfunkunternehmen gefährdet, ist mit Blick auf das Konnektivitätsziel unbedingt zu vermeiden.

Die in § 87 Abs. 2 Nr. 1 TKG (neu) kodifizierten Versorgungsimperative, wonach die BNetzA „die Versorgung der Bundesrepublik Deutschland mit hochwertigen, leistungs-fähigen, flächendeckenden und unterbrechungsfreien drahtlosen Sprach- und Datendiensten für alle Endnutzer [...] gewährleistet“, gebieten regulatorisch ebenfalls einen Zuteilungsrahmen, welcher gewährleistet, dass auferlegte Versorgungsaufgaben technisch in wirtschaftlich zumutbarer Weise erfüllt werden können. Eine Verlängerung der Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz ist vor dem Hintergrund des anderenfalls zu befürchtenden Versorgungsdefizits infolge der Nichterfüllbarkeit der Versorgungsaufgaben auch im Hinblick auf das Regulierungsziel der „Wahrung der Nutzer-, insbesondere der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation“ gem. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG (neu) angezeigt. Die Gewährleistung der Erfüllung dieser Regulierungsziele ist gemäß § 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 TKG (neu) als maßgebender Faktor im Rahmen der Ermessensentscheidung gem. § 92 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) zu berücksichtigen. Eine Ermessensausübung seitens der BNetzA, durch welche die Erfüllung der Versorgungsaufgaben in einem wirtschaftlich zumutbaren Rahmen objektiv technisch unmöglich wird, würde diesen Regulierungszielen und damit dem Zweck der Ermächtigung widersprechen. Demzufolge ist das Ermessen der BNetzA zugunsten einer Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in dem Bereich 800 MHz reduziert.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Tatsache, dass die Versorgungsaufgaben aus der Auktion 2019 grundsätzlich bis 2022 bzw. 2024 und somit in einem Zeitraum zu erfüllen sind, in dem die erst Ende 2025 auslaufenden Nutzungsrechte hinsichtlich der Frequenzen im Bereich 800 MHz noch bestehen. Die Versorgungsaufgaben verpflichten die jeweiligen Zuteilungsinhaber nämlich nicht nur bis 2022 bzw. 2024, sondern bis zum Ende des Zuteilungszeitraums (2040). Bis dahin widerspricht die Nichterfüllbarkeit der Versorgungsaufgaben den Regulierungszielen und kann zudem die im Folgenden dargestellten Sanktionen nach sich ziehen.

bb) Folgen einer Zuwiderhandlung gegen Versorgungsaufgaben

Mit Blick auf die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen die Versorgungsaufgaben ist die Annahme einer Ermessensüberschreitung durch die BNetzA denkbar, indem dies die Zuteilungsinhaber unter Missachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der Gefahr von gravierenden behördlichen Sanktionen aussetzt. Diese Sanktionsfolgen umfassen unter anderem die Vollstreckung der Versorgungsaufgaben gem. § 202 TKG (neu), die Verhängung eines Bußgelds gem. § 228 Abs. 2 Nr. 19 TKG (neu), den Entzug des Spektrums gem. § 102 Abs. 1 Nr. 4 TKG (neu), und das Verbot, Telekommunikationsdienste anzubieten und Tel-

²⁸ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2011) Rn. 226.

kommunikationsnetze zu betreiben, § 202 Abs. 3 TKG (neu).

Mit diesen Sanktionen geht aufgrund der Öffentlichkeitswirkung (in der Regel durch begleitende Pressemitteilungen der BNetzA) zudem eine Beeinträchtigung des „Goodwill“ und der Unternehmensbewertung durch die Finanzmärkte einher.

cc) Selbstbindungswirkung der Ausführungen in der PKE 3 + 4

Eine Ermessensreduzierung auf Null kommt zudem aufgrund einer Selbstbindung der BNetzA an die Ausführungen in den Entscheidungsgründen der PKE 3 + 4 in Betracht. Diesen Ausführungen zufolge hat die Behörde die Abhängigkeit der Aufgabenerfüllung in einem wirtschaftlich zumutbaren Rahmen von den Frequenzen unter 1 GHz selbst anerkannt und die Verhältnismäßigkeit der Versorgungsaufgaben mit der Nutzbarkeit dieser Frequenzen begründet:

„Die oben beschriebenen Auflagen wahren aus Sicht der Kammer den Kostenrahmen, der durch den Wert der Frequenzen vorgegeben wird. Einerseits wurde hierbei berücksichtigt, dass die Zuteilungsinhaber sämtliches zugeeignetes Spektrum – also auch Frequenzen unterhalb 1 GHz – zum kosteneffizienten Netzausbau nutzen können. Hiermit können unzumutbare Kostenbelastungen der Zuteilungsinhaber vermieden werden. Insbesondere die Frequenzen unterhalb 1 GHz eignen sich aufgrund ihrer physikalischen Ausbreitungseigenschaften für eine Versorgung in der Fläche [...]“²⁹

In Betracht zu ziehen ist eine Selbstbindung der Verwaltung durch die getätigten Äußerungen der BNetzA, die das behördliche Ermessen im Rahmen einer späteren Frequenzbereitstellung auf Null reduzieren könnte. Zwar hat sich die BNetzA nicht ausdrücklich durch vorher ergangene Verwaltungsvorschriften oder ständige Verwaltungspraxis in ihrer Ermessensausübung diesbezüglich festgelegt. Dennoch könnte von den Ausführungen in den Gründen der Präsidentenkammerentscheidung eine Bindungswirkung ausgehen. Beschlusskammerentscheidungen der BNetzA ergehen gem. § 132 Abs. 1 S. 2 TKG (alt) (bzw. § 211 Abs. 1 S. 2 TKG (neu)) als Verwaltungsakte i. S. d. § 35 VwVfG. Die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts erzeugt Wirksamkeit und bindet durch die Regelungswirkung die erlassende Behörde. Der Regelungsgehalt, auf den sich diese Bindungswirkung bezieht, ergibt sich zunächst nur aus dem Tenor. Eine unmittelbare Bindungswirkung geht von den Gründen eines Verwaltungsakts nicht aus.

Die Nutzung der Frequenzen unterhalb 1 GHz ist den Ausführungen der BNetzA zufolge Grundlage der Verhältnismäßigkeit der in der PKE 3 + 4 erteilten Versorgungsaufgaben. Die Behörde muss dabei das – durch ein Vergabeverfahren begründete – Risiko erkannt haben, dass ein bisheriger Inhaber der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz aufgrund seines Verlustes dieses Spektrums in eine Situation geraten könnte, die an die Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz gekoppelten Versorgungsaufgaben nicht erfüllen zu können. Eine Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz ist daher notwendig, um die Erfüllbarkeit, mithin die Verhältnismäßigkeit der Versorgungsaufgaben weiterhin zu gewährleisten.

Die von der Behörde kundgegebene Annahme, dass die Verhältnismäßigkeit der Versorgungsaufgaben unmittelbar von der Nutzung der Frequenzen unter 1 GHz abhängt, hat daher trotz der fehlenden Bindungswirkung der Begründung des Verwaltungsakts einen Vertrauenstatbestand für die Zuteilungsinhaber hinsichtlich der hoheitlichen Gewährleistung einer ausreichenden Nutzungsmöglichkeit der für den gesamten Zeitraum der Aufgabenerfüllung (bis 2040) erforderlichen Frequenzen geschaffen. Eingebettet ist dieser Vertrauenstatbestand nämlich in die staatliche Gewährleistungsaufgabe, eine den unionsrechtlichen wie gesetzlichen Regulierungszielen entsprechende Frequenzordnung aufzubauen und dynamisch abzusichern. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG (neu) besteht die staatliche Garantspflicht, durch die Frequenzregulierung auf der Grundlage der zwei Planungsinstrumente, der Frequenzverordnung (§ 89 TKG (neu)) und dem Frequenzplan (§ 90 TKG (neu)), eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung sicherzustellen, welche durch geeignete Zuteilungen die unionsrechtlichen und gesetzlichen Regulierungsziele optimierend ausbalanciert.³⁰

Im Zusammenwirken von der behördlich kundgegebenen Verhältnismäßigkeitsabhängigkeit zwischen den Versorgungsaufgaben und der Frequenznutzung unter 1 GHz mit der staatlichen Garantpflicht müssen die betroffenen Mobilfunknetzbetreiber darauf vertrauen können, die für die praktisch-technische Erfüllbarkeit der Versorgungsaufgaben notwendigen Frequenzen im Bereich 800 MHz auch über den originären Zuteilungszeitraum hinaus nutzen zu können. Auf diesem Vertrauen basierende Investitionen in den Netzausbau würden durch eine ausbleibende Frequenzzuteilungsverlängerung entwertet. Der in die staatliche Gewährleistungsaufgabe eingebettete und durch die Behörde selbst konkretisierte Vertrauenstatbestand verdichtet danach das Ermessen zugunsten der Frequenzzuteilungsverlängerung im Bereich 800 MHz und begründet insoweit zugleich die Selbstbindung der Behörde.

Eine solche Ermessensreduzierung trägt auch dem Gebot der kohärenten Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte gem. § 211 Abs. 5 S. 1 TKG (neu) Rechnung. Eine kohärente Spruchpraxis kann nur gewährleistet werden, indem eine Frequenzzuteilungsverlängerung erfolgt, da die BNetzA sich anderenfalls zu den eigenen Verhältnismäßigkeitsannahmen hinsichtlich der Versorgungsaufgaben in Widerspruch setzen würde.

dd) Gebotenheit einer Frequenzzuteilungsverlängerung im Hinblick auf die Ermessenskriterien des § 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 - 7 TKG (neu), insbesondere die Regulierungsziele

Eine Frequenzzuteilungsverlängerung im Bereich 800 MHz ist zunächst im Hinblick auf das Regulierungsziel der „Sicherstellung der Konnektivität sowie [der] Förderung des Zugangs zu und der Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen“ gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (neu) geboten.

Wenn im Falle einer Versteigerung oder Ausschreibung der Frequenzen mehrere Mobilfunknetzbetreiber nicht hinreichend Frequenzen im Bereich 800 MHz erwerben, wäre eine Verschlechterung der 4G-Versorgung in der Fläche zu befürchten. Schlimmstenfalls wäre das LTE800-Netz abzuschalten, wodurch Millionen von Kunden ihren 4G-Zu-

²⁹ PKE 3 + 4, Rn. 256 - 257.

³⁰ Cornils, in: Geppert/Schütz (Fn. 26), § 2 Rn. 3.

gang verlieren würden.³¹ Die BNetzA weist vor diesem Hintergrund sogar selbst auf die negativen Effekte der Zersplitterung des Spektrums im Bereich 800 MHz infolge einer Versteigerung hin.³² Ein etwaiger Erwerb von Frequenzen durch den neuen Netzbetreiber 1&1 würde den Netzausbau erheblich verzögern. So hat das Unternehmen gegenüber dem Kapitalmarkt stets angekündigt, lediglich 50 % der Haushalte bis 2030 versorgen zu wollen. Zudem hat 1&1 gefordert, dass die ihr aus der Frequenzversteigerung 2019 obliegenden Versorgungsaufgaben im aktuellen Frequenzbereitstellungsverfahren nicht erhöht werden dürfen.³³ Durch eine Verlängerung der Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz kann hingegen ein solches Versorgungsdefizit verhindert und daher dem Konnektivitätsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (neu) und den Versorgungsimperativen aus § 87 Abs. 2 Nr. 1 TKG (neu) Rechnung getragen werden.

Mit Blick auf das Gebot der effizienten Frequenznutzung gem. § 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 5 TKG (neu) könnte durch eine Zuteilungsverlängerung zudem eine ineffiziente Zersplitterung des 800-MHz-Spektrums verhindert werden. Darüber hinaus ermöglicht eine Verlängerung der Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz die gemeinsame Vergabe der Frequenzen in den Bereichen 700, 800 und 900 MHz ab 2034, welche die BNetzA ausdrücklich als Effizienzvorteil ansieht.³⁴ Im Falle einer Versteigerung oder Ausschreibung wäre hingegen eine Situation zu befürchten, in der mindestens zwei Netzbetreiber weniger als 2 x 10 MHz aus dem 800-MHz-Spektrum erwerben. Mit nur einem 2 x 5 MHz-Block wäre den bundesweiten Mobilfunknetzbetreibern die Erfüllung der Versorgungsaufgaben aus der Frequenzauktion 2019 in einem wirtschaftlich zumutbaren Rahmen nicht mehr möglich. Ebenfalls unmöglich wäre der Ausbau eines effizienten flächendeckenden Netzes mit nur einem 2 x 5 MHz-Block durch den neuen Netzbetreiber.

Die Wahl eines Versteigerungsverfahrens wäre im Hinblick auf die Verbesserung der Mobilfunkversorgung auch nicht durch „gute Gestaltungsmöglichkeiten (Auflagen)“³⁵ zu rechtfertigen. Denn auch im Rahmen einer Frequenzzuteilungsverlängerung, bei der es sich rechtstechnisch um eine Neuzuteilung einer Frequenz handelt,³⁶ können gem. § 92 Abs. 5 i. V. m. § 99 TKG (neu) Nebenbestimmungen auferlegt werden.

Eine Frequenzzuteilungsverlängerung trägt auch dem Wettbewerbsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG (neu) (§§ 87 Abs. 1 Nr. 2, 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 TKG (neu)) hinreichend Rechnung.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Interessen des neuen Netzbetreibers 1&1 einer Zuteilungsverlängerung nicht entgegenstehen. Das Unternehmen plant nach eigenen Angaben am Kapitalmarkt keinen Ausbau eines Flächennetzes im Umfang der drei bundesweiten Mobilfunknetze und benötigt daher aus technischer Sicht zumindest derzeit keine Flächenfrequenzen. Vielmehr plant das Unternehmen zunächst, seine – im Vergleich zu den Altsassen geringeren – Versorgungsaufgaben durch Rückgriff auf Frequenzen aus den Bereichen 2 GHz, 2,6 GHz und 3,6 GHz bis 2030 zu erfüllen. Darüber hinaus hat 1&1 eine National Roaming Vereinbarung mit Telefónica Germany abgeschlossen und verfügt damit über einen langfristigen Zugang zu deren Flächennetz. Insofern ist hinsichtlich 1&1 kein durch bestehende Versorgungsaufgaben verursachter zwingender Frequenzbedarf erkennbar.

Infolge einer Frequenzzuteilungsverlängerung wären positive Effekte mit Blick auf den Dienste- und Infrastruktur-

wettbewerb zu erwarten. Netzbetreiber könnten ihren Fokus auf den weiteren Netzausbau statt auf einen kosten- und zeitintensiven Netzausbau richten. Eine Versteigerung würde hingegen Anreize für taktisches Bietverhalten schaffen, welches hohe Frequenzkosten zeitigen könnte und daher investitionsschädigende Wirkungen hätte (II. 3. a) aa)). Der Alternative der Ausschreibung sind ebenfalls potenziell wettbewerbsschädigende Wirkungen zu attestieren. Im Rahmen einer Ausschreibung wäre der Rückerwerb der Frequenznutzungsrechte ähnlich wie bei einer Versteigerung fraglich, sodass auch insoweit die Gefahr besteht, dass sich der Infrastrukturwettbewerb langfristig verschlechtert.

In der vorliegenden Konstellation kann den in § 92 Abs. 2 S. 3 TKG (neu) kodifizierten Zielen allein durch eine Verlängerung der Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz Rechnung getragen werden. Die Anordnung eines Vergabeverfahrens nach § 100 TKG (neu) würde dem der Ermächtigung zugrundeliegenden Zweck hingegen widersprechen.

Angesichts der Tatsache, dass die Erfüllung der Versorgungsaufgaben aus der PKE 3 + 4 nur mittels Nutzung der Frequenzen im Bereich 800 MHz in einem wirtschaftlich zumutbaren Rahmen erfolgen kann, ist insoweit eine Frequenzzuteilungsverlängerung angezeigt. Jede andere Entscheidung, insbesondere für eine Versteigerung, würde zu einer Situation führen, in der für die betreffende Zuteilungsinhaberin – will sie nicht durch Gebote für eine Zuschlag um jeden Preis ihre Bilanz strapazieren – das Risiko besteht, die ihr auferlegten Versorgungsaufgaben nicht erfüllen zu können. Tritt eine solche Situation nicht etwa infolge eines von im Verantwortungsbereich des betreffenden Unternehmens liegenden Verhaltens ein, sondern aufgrund einer behördlichen Ermessensausübung wäre die Ermessensentscheidung als unverhältnismäßig mithin als Ermessensüberschreitung, zu qualifizieren. Der mit greift hier nach der von Art. 50 Abs. 1 EKEK vorgegebenen Prüfung, „ob [Verlängerungen individueller Nutzungsrechte für harmonisierte Funkfrequenzen] [...] erforderlich sind“, auch die insoweit rechtliche Notwendigkeit darüber den Zeitraum der Regelverlängerung hinausgehende Zuteilungsverlängerung durch. Ermessensfehlerfrei kann die BNetzA nur entscheiden, indem sie eine Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte im Bereich 800 MHz anordnet.

III. Fazit

Die BNetzA hat die technische Erfüllbarkeit erteilter Versorgungsaufgaben in einem wirtschaftlich zumutbaren Rahmen bei der Frequenzbereitstellung zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund ist das der BNetzA im Rahmen von § 92 Abs. 2 S. 3 TKG (neu) i. V. m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG (neu) eingeräumte Ermessen zugunsten einer Verlängerung der Frequenznutzungsrechte in dem Bereich 800 MHz auf Null reduziert. Dieses Ergebnis bestätigen auch die von den Ausführungen in der PKE 3 + 4 ausgehenden Selbstbindungswirkungen und die Ermessenskriterien (§ 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 1-7 TKG (neu), insbesondere die Regulierungsziele.

31 Hinsichtlich des Netzes von Vodafone wird die Zahl auf ca. 4 Millionen Kunden beziffert, <https://www.md.de/wirtschaft/interview-vodafone-hannes-ametsreiter-fuer-verlaengerung-von-mobil-funklizenzen-GC-MOTQ2BGBTLCADDEUUEMYUA.html>.

32 BNetzA, Folien Szenarienspapier, S. 7.

33 1&1, Stellungnahme Frequenzkompass, Rn. 55.

34 BNetzA, Folien Szenarienspapier, S. 8.

35 BNetzA, Folien Szenarienspapier, S. 8.

36 BVerwG, 1. 9. 2009 – 6 C 4/09, Rn. 15.