

nahme, die in den Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV falle, also eine Beihilfe darstelle, von der Kommission als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden könne.<sup>177</sup> Ergänzend stützte sich das Gericht auf Wortlaut und Systematik von Art. 4 VO 2015/1589/EU. Dieser enthält nach Auffassung des Gerichts eine abschließende Liste der Beschlüsse, die die Kommission nach Abschluss der Vorprüfung erlassen kann.<sup>178</sup> Dort sei die Möglichkeit, einen Beschluss zu erlassen, mit dem eine nationale Maßnahme für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt wird, ohne dass die Kommission zuvor über die Einstufung dieser Maßnahme als staatliche Beihilfe entschieden hat, nicht vorgesehen.<sup>179</sup> Daher habe die Kommission ihre Befugnisse überschritten.<sup>180</sup> Darüber hinaus hatte die Kommission nach Auffassung des Gerichts auch gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen. Denn der Beschluss lasse im Unklaren, ob eine Beihilfe vorliege. Diese Frage sei jedoch wesentlich u. a. für die Verpflichtung des Empfängers, für die Dauer der Rechtswidrigkeit Zinsen zu zahlen.<sup>181</sup> Auch im Hinblick auf die Anwendung beihilferechtlicher Kumulierungsvorschriften führe die fehlende Einstufung der Maßnahme als Beihilfe zu einer unsicheren Situation.<sup>182</sup>

Erwartungsgemäß hat die Kommission gegen die das erstinstanzliche Urteil Rechtsmittel beim EuGH eingelegt.<sup>183</sup> Generalanwalt Sánchez-Bordona schloss sich in seinen Schlussanträgen vom 22. 2. 2024 dem Rechtsmittelvortrag der Kommission weitgehend an und plädierte für eine „korrigierende Auslegung“ der Art. 107, 108 AEUV und Art. 4 VO 2015/1589/EU.<sup>184</sup> Hierzu verwies der Generalanwalt insbesondere auf die Tatsache, dass eine Beihilfe nach

Art. 4 Abs. 6 VO 2015/1589/EU als genehmigt gilt, wenn die Kommission innerhalb der dort vorgegebenen Frist keinen Beschluss trifft. Da die Kommission diese Rechtsfolge ohne jegliche Äußerung über die Beihilfeeigenschaft der angemeldeten Maßnahme allein durch ihr Schweigen herbeiführen könne, müsse sie erst recht ausdrücklich die Vereinbarkeit einer möglicherweise als Beihilfe einzustufenden Maßnahme mit dem Binnenmarkt feststellen können.<sup>185</sup> Auch sei es vor dem Hintergrund der knappen Ressourcen der Kommission nicht sinnvoll, dass gegebenenfalls (zeit-)aufwendige Untersuchungen zur Feststellung der Beihilfeeigenschaft auch in einem Fall durchgeführt werden müssen, in dem die Unvereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt bereits sicher ausgeschlossen werden kann. Es bleibt abzuwarten, ob sich der EuGH den Argumenten des Generalanwalts anschließt.

177 EuG Rs. T-469/20, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2022:713, Rn. 55.

178 EuG Rs. T-469/20, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2022:713, Rn. 59.

179 EuG Rs. T-469/20, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2022:713, Rn. 59.

180 EuG Rs. T-469/20, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2022:713, Rn. 62.

181 EuG Rs. T-469/20, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2022:713, Rn. 65.

182 EuG Rs. T-469/20, Niederlande/Kommission, ECLI:EU:T:2022:713, Rn. 66 ff.

183 S. EuGH, Rechtsmittelantrag vom 26. 1. 2023 – Rs. C-40/23 P.

184 Schlussanträge des Generalanwalts Sánchez-Bordona vom 22. 2. 2024 – Rs. C-40/23 P, Kommission/Niederlande, ECLI:EU:C:2024:153; kritisch auch *Stützel*, EuZW 2023, 86 (91).

185 Schlussanträge des Generalanwalts Sánchez-Bordona in der Rs. C-40/23 P, Kommission/Niederlande, ECLI:EU:C:2024:153, Rn. 51 ff.

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Bonn, und Anton Veidt, Wiss. Mitarbeiter, Bonn \*

## EU-beihilferechtliche Koordinaten öffentlicher Ressourcenallokationen am Beispiel von Frequenznutzungsrechten

Das EU-Beihilferecht bildet einen maßgeblichen primärrechtlichen Rahmen für die Gewährung knapper öffentlicher Ressourcen durch die Mitgliedstaaten. Demnach könnte auch die anstehende Bereitstellung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800, 1 800 und 2 600 Megahertz dem Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV unterliegen. In diesem Beitrag wird anhand der Rechtsprechung der Unionsgerichte und der Kommissionspraxis untersucht, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen eine Verlängerung der Zuteilungsdauer dieser Frequenznutzungsrechte um fünf bzw. acht Jahre beihilferechtlich zulässig wäre.

### I. Einleitung

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) führt derzeit ein Verfahren zur Bereitstellung der den drei bundesweit tätigen

Mobilfunknetzbetreibern (MNOs) (*Telekom*, *Telefónica Deutschland* und *Vodafone*) zugeteilten und Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 Megahertz (MHz), 1 800 MHz und 2 600 MHz durch (BK1-22/001). Den bisher letzten Verfahrensschritt bildet das hierzu im September 2023 veröffentlichte Konsultationspapier „Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung“<sup>1</sup> (Konsultationspapier), in dem die BNetzA erwägt, die auslaufenden Nutzungsrechte dieser Frequenzen um fünf Jahre zu verlängern.<sup>2</sup> Noch wei-

\* 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. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. IV.

1 BNetzA, Konsultationspapier, Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1 800 MHz und 2 600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen.

2 BNetzA, Konsultationspapier, S. 20 ff.

tergehend hat die BNetzA jüngst auch einen Verlängerungszeitraum von acht Jahren in Betracht gezogen. Flankierend erwägt die BNetzA, die Verlängerung der Laufzeiten an Auflagen zur Verbesserung der Mobilfunkversorgung<sup>3</sup> und zur weiteren Förderung des Wettbewerbs<sup>4</sup> zu knüpfen.

Durch eine Verlängerung der auslaufenden Frequenznutzungsrechte würde sich die BNetzA zugleich gegen die Durchführung eines Vergabeverfahrens in Form einer Versteigerung der Frequenznutzungsrechte gem. § 91 Abs. 9 i.V.m. § 100 Abs. 5 TKG entscheiden und damit auf die in diesem Zuge erzielbaren Auktionserlöse verzichten. Angesichts dieses staatlichen Einnahmeverzichts sieht die Monopolkommission die EU-beihilferechtliche Zulässigkeit einer Zuteilungsverlängerung ausweislich ihres Sektorgutachtens Telekommunikation 2023 als problematisch an.<sup>5</sup> Der Frage, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen eine Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte beihilfefrei möglich wäre, widmet sich dieser Beitrag.

## II. Zuteilungsverlängerung der Frequenznutzungsrechte als Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV?

Unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung ist eine staatliche Maßnahme als Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren, wenn dem Unternehmen mittel- oder unmittelbar ein wirtschaftlicher Vorteil zukommt, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.<sup>6</sup> Zunächst ist daher zu untersuchen, ob das (begünstigte) Unternehmen einen (geldwerten) Vorteil erhalten hat. In einem zweiten Schritt muss ermittelt werden, ob diesem Vorteil eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, in welchem Fall das Unternehmen nicht als wirtschaftlich begünstigt anzusehen ist.<sup>7</sup>

### 1. Maßstab der Begünstigungsprüfung bei der Gewährung von Rechten

Bei klassischen Subventionen ist der Empfang eines geldwerten Vorteils unproblematisch anzunehmen. Auch die Gewährung staatlicher Rechte stellt einen beihilferelevanten geldwerten Vorteil dar, sofern diese einen wirtschaftlichen Wert haben. Im Hinblick auf Mobilfunkfrequenzen hat das EuG das Vorliegen eines wirtschaftlichen Werts in der Rs. T-475/04 (*Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*) bereits ausdrücklich anerkannt.<sup>8</sup> Die Ausführungen des EuG sind auf die Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte übertragbar, sodass auch deren Verlängerung einen geldwerten Vorteil der (begünstigten) Unternehmen – hier der aktuellen Frequenzzuteilungsinhaber – i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV bildet. Dieser ergibt sich hierbei aus der Möglichkeit, auf Grundlage der zugeteilten Frequenznutzungsrechte Telekommunikationsdienste auf dem Mobilfunkendkundenmarkt sowie entsprechende Vorleistungsdienste auf dem Mobilfunkvorleistungsmarkt zu erbringen.

Sodann ist zu untersuchen, ob diesem Vorteil eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, in welchem Fall die Unternehmen nicht als begünstigt anzusehen sind. Die Beantwortung dieser Frage deckt sich in diesem Zusammenhang mit der – in anderen Begünstigungskonstellationen dogmatisch der vorgelagerten Prüfung eines geldwerten Vorteils zuzuordnenden – Untersuchung, ob die betreffenden Unter-

nehmen aufgrund der Bedingungen der Rechtevergabe von Belastungen befreit werden, die sie normalerweise zu tragen hätten. Handelt eine staatliche Stelle wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer, richtet sich die Beantwortung der Frage nach der Angemessenheit der Gegenleistung danach, ob das Unternehmen eine Begünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte (sog. *Market Economy Operator Test*, MEOT).<sup>9</sup> In Anwendung des MEOT prüfen die Unionsgerichte, ob die Vereinbarung als ein normales Handelsgeschäft anzusehen ist, in welchem sich Staat und Vertragspartner als marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsteilnehmer verhalten haben und sich somit vor allem von kaufmännischen Erwägungen unter Ausschluss von wirtschafts- oder sozialpolitischen Zielen leiten lassen, sodass keine Begünstigung vorliegt.<sup>10</sup> Ein privater Wirtschaftsteilnehmer würde in einer Verkaufssituation stets eine Gewinnmaximierung anstreben. Als besonders rechtssichere Vorgehensweise zur Gewährleistung der Marktüblichkeit der Gegenleistung gilt daher insbesondere die Durchführung eines Bieterverfahrens, wobei der Höchstbietende den Zuschlag erhält.<sup>11</sup> Durch eine Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte würde die BNetzA auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens in Form einer Versteigerung nach § 91 Abs. 9 i.V.m. § 100 Abs. 5 TKG, und damit auf die hierbei erzielbaren Auktionserlöse, verzichten. Wäre der MEOT anwendbar, dürfte – auch angesichts der bei einer Frequenzzuteilungsverlängerung zu entrichtenden, durchaus umfangreichen Gebühren<sup>12</sup> – keine angemessene Gegenleistung vorliegen.

Der Anwendungsbereich des MEOT ist indes auf Fälle beschränkt, in denen der Staat einen geldwerten Vorteil in seiner Eigenschaft als Wirtschaftsbeteiligter gewährt.<sup>13</sup> Die Rolle des Staates als Wirtschaftsbeteiligter ist daher von der Rolle des Staates als Träger öffentlicher Gewalt zu unterscheiden. Maßgeblich ist, ob mit einer bestimmten Maßnahme Ziele verfolgt werden, wie sie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verfolgen würde.<sup>14</sup> Da ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in seinen Entscheidungen durch Rentabilitätskriterien geleitet wird, ist der Anwendungsbereich des MEOT auf Situationen beschränkt, in denen sich der Staat an unternehmensbezogenen Rentabilitätskriterien ausrichtet.<sup>15</sup> Ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des MEOT hingegen in Fällen, in denen der Staat geldwerte Vorteile kraft seiner öffentlichen Gewalt gewährt und dabei Ziele verfolgt, die ein privater Wirt-

3 BNetzA, Konsultationspapier, S. 31 ff.

4 BNetzA, Konsultationspapier, S. 27 ff.

5 Monopolkommission, 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Rn. 156 ff.

6 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 13. Aufl. 2023, Rn. 1168.

7 *Arhold*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 136.

8 EuG, 4. 7. 2007 – Rs. T-475/04, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 101; bestätigt durch EuGH, 2. 4. 2009 – Rs. C-431/07 P, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:C:2009:223, Rn. 118.

9 EuGH, 29. 4. 1999 – Rs. C-342/96, *Spanien/Kommission*, ECLI:EU:C:1999:210, Rn. 41.

10 EuG, 17. 10. 2002 – Rs. T-98/00, *Linde/Kommission*, ECLI:EU:T:2002:248, Rn. 49.

11 *Arhold*, in: MüKo Wettbewerbsrecht (Fn. 7), Art. 107 AEUV, Rn. 156 m. w. N.

12 Siehe hierzu sogleich II. 2.

13 EuGH, 5. 6. 2012 – Rs. C-124/10 P, *Kommission/EDF*, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 81.

14 EuGH, 9. 6. 2011 – Rs. C-71/09, *Comitato „Venezia vuole vivere“ u. a./Kommission*, ECLI:EU:C:2011:368, Rn. 101.

15 *Schweitzer/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 65a.

schaftsteilnehmer in vergleichbarer Weise von vornherein nicht verfolgen könnte oder würde.<sup>16</sup>

In der Rs. *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission* hat das EuG in der Vergabe von Mobilfunkfrequenzen, obgleich diese entgeltlich im Rahmen einer öffentlichen Vergabe und in Ausübung öffentlicher Eigentümerbefugnisse erfolgte, eine Ausübung regulatorischer – hoheitlicher – Befugnisse gesehen, die nicht durch das Ziel der Erlösmaximierung bestimmt war. Vielmehr ließen sich die zuständigen Behörden bei ihrer Entscheidung über die Verfahrenswahl maßgebend durch die nach dem unionalen Regelungsregime vorgegebenen Regulierungsziele leiten, sodass der MEOT nicht anwendbar war. Die verfahrensgegenständliche Situation gleicht insofern dem durch die BNetzA angestregten Verfahren zur Zuteilung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte. Auch in diesem Zuge agiert die BNetzA zwar als öffentlicher „Vermögensverwalter“, zugleich aber als Regulierungsbehörde, deren Entscheidungsbildung maßgebend durch die Regulierungsziele der Richtlinie (EU) 2018/1972<sup>17</sup> (EKEK) bzw. des TKG geprägt wird und damit auch einen wirtschaftspolitischen Charakter aufweist. Da sich die BNetzA hierbei nicht von Rentabilitätskriterien leiten lässt, und auch nicht leiten lassen darf, findet der MEOT bei der Beurteilung der Angemessenheit der – hier hoheitlich anzuordnenden – Gegenleistung keine Anwendung.

In der Literatur wird mitunter vertreten, dass im Falle der Existenz unionsrechtlicher Vorgaben für die Rechtevergabe allein deren Einhaltung genüge, um die Angemessenheit hoheitlich angeordneter Gegenleistungen zu gewährleisten und damit das Vorliegen eines beihilferechtlich relevanten Vorteils auszuschließen.<sup>18</sup> Die Unionsgerichte und die Kommission verorten diesen Prüfungsmaßstab indes in dem Kriterium der Gewährung aus staatlichen Mitteln oder der Selektivität.<sup>19</sup> Sofern die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben für die Rechtevergabe das Vorliegen einer Begünstigung im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und der Auffassung der Kommission (noch) nicht ausschließt, muss die Angemessenheit der Gegenleistung auch bei hoheitlich angeordneten Gegenleistungen jedenfalls dann angenommen werden, wenn die durch die im Zuge der Rechtengewährung auferlegten Pflichten und Gebühren verursachten Kosten auf der einen Seite dem wirtschaftlichen Wert der gewährten Rechte auf der anderen Seite entsprechen oder diesen sogar übersteigen.

## 2. Zuteilungsverlängerung ohne angemessene Gegenleistung?

Der wirtschaftliche Wert der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1800 MHz und 2600 MHz lässt sich nicht allgemeingültig, sondern insbesondere nur in Abhängigkeit von der Dauer der Erteilung des Nutzungsrechts, der damit verknüpften (Versorgungs-) Auflagen sowie weiteren subjektiven – also bewerbenspezifischen – Faktoren ermitteln.<sup>20</sup> Zu den bewerbenspezifischen Faktoren zählt etwa deren bereits ausgebauter Netzinfrastruktur, welche die Nutzungsperspektiven der betreffenden Funkfrequenzen und damit die auf dieser Grundlage erzielbaren Erlöse maßgeblich beeinflusst. Konkrete Anhaltspunkte für die Ermittlung des wirtschaftlichen Werts lassen sich den Mindestgeboten, die sich an dem Wert der Frequenzen orientieren, und den Ergebnissen vergangener Versteigerungen vergleichbarer Frequenzen entnehmen.<sup>21</sup>

Dem wirtschaftlichen Wert der betreffenden Frequenznutzungsrechte sind im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Gegenleistung alle Kosten gegenüberzustellen, welche den MNOs im Ausgleich für die Zuteilungsverlängerung der Frequenznutzungsrechte unmittelbar oder mittelbar auferlegt werden. Als unmittelbare Gegenleistung sind mit der Verlängerung der Frequenznutzungsrechte auf Antrag zunächst die Zuteilungsgebühren (§ 223 Abs. 1 TKG) nach der Besonderen Gebührenverordnung der BNetzA für Frequenzzuteilungen (Frequenzgebührenverordnung) verknüpft. Mit § 223 TKG wird insbesondere Art. 42 EKEK umgesetzt. Die Frequenzzuteilungsgebühren stehen bei Zuteilungsverlängerungen neben den jährlich zu entrichtenden Frequenznutzungsbeiträgen (§ 224 TKG). Werden Frequenznutzungsrechte hingegen im Wege eines Vergabeverfahrens nach § 100 TKG zugeteilt, entfällt die Erhebung der Frequenzzuteilungsgebühr (§ 223 Abs. 1 Satz 6 TKG). Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 13 der Richtlinie 2002/20/EG<sup>22</sup>, der die Vorgängerregelung zu Art. 42 EKEK bildet, ist zur Gewährleistung einer „angemessenen“ Entgeltfestsetzung im Rahmen der Zuteilung von Frequenznutzungsrechten geboten, dass die Entgelthöhe den wirtschaftlichen Wert der Nutzung der Frequenzressourcen widerspiegelt.<sup>23</sup>

Die Frequenzgebührenverordnung wurde am 21. 7. 2021 zuletzt aktualisiert. In diesem Zuge wurden die Gebühren signifikant erhöht. Die Zuteilungsgebühren für die Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte würden im Falle einer fünfjährigen Verlängerung für die gesamte Branche in etwa 600 Millionen Euro und bei einer achtjährigen Verlängerung knapp 1 Milliarde Euro betragen. Die Zuteilungsinhaber würden somit, neben den jährlich zu entrichtenden Frequenznutzungsbeiträgen, eine umfangreiche – an dem wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung orientierte – finanzielle Gegenleistung für die Verlängerung ihrer Frequenznutzungsrechte erbringen, welche die BNetzA hinsichtlich der Zuteilungsdauer ausdrücklich als „sachgerecht“ erachtet.<sup>24</sup>

Eine weitere Gegenleistung der MNOs stellt der Versorgungsausbau der Mobilfunkinfrastruktur dar, insbesondere die Infrastrukturbereitstellung in unwirtschaftlichen Regionen. Ausweislich ihres Konsultationspapiers erwägt die BNetzA als Nebenbestimmung zur Verlängerung der Frequenznutzungsrechte die Auferlegung anspruchsvoller Auflagen zur Verbesserung der Mobilfunkversorgung im ländlichen Raum, entlang der Verkehrswege und entlang der

16 *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 65.

17 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 vom 17. 12. 2018, S. 36–214.

18 *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 126; *Fetzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), 2. Teil. Besonderes Beihilfenrecht, XVI. Abschnitt. Beihilfen im Telekommunikationssektor, Rn. 64.

19 Hierzu sogleich III. 1.

20 BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkommission v. 26. 11. 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, BK1-17/001, Rn. 255, 630.

21 EuGH, 21. 3. 2013 – Rs. C-375/11, Belgacom u. a., ECLI:EU:C:2013:185, Rn. 52.

22 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24. 4. 2002, S. 21–32.

23 EuGH Rs. C-375/11, Belgacom u. a., ECLI:EU:C:2013:185, Rn. 52.

24 BNetzA, Konsultationspapier, S. 25.

Schienenwege.<sup>25</sup> Bei den MNOs entstehen somit über die Frequenzteilungsgebühren und die Frequenznutzungsbeiträge hinausgehend erhebliche Kosten für den Infrastrukturausbau. Auch diese Kosten bilden im Rahmen einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung eine Gegenleistung für eine Verlängerung der Frequenznutzungsrechte. Demgegenüber wendet das Bundeskartellamt ein, dass die etablierten MNOs bei Erfüllung der Versorgungsaufgaben gleichzeitig ein höherwertiges Netz erlangten, wodurch sich der wettbewerbliche Vorsprung gegenüber dem Neueinsteiger (*I&I*) vergrößern würde.<sup>26</sup> Dieser Einwand übersieht zum einen, dass die Zuteilungsinhaber aufgrund der Versorgungsaufgaben gerade auch zum Ausbau in wirtschaftlich nicht rentablen Regionen verpflichtet werden, aus dem allenfalls nur in äußerst geringem Umfang wettbewerbliche Vorteile resultieren dürften, die zudem durch die entstehenden Bau- und Betriebskosten vollständig überlagert würden. Solche „wettbewerblichen Vorteile“ unterstellt, verkennt dieser Einwand zum anderen, dass diese auch im Rahmen der Erfüllung von Versorgungsaufgaben gerade auf der eigenen unternehmerischen Leistung beruhen, also nicht als Begünstigung gewährt werden. Hinzu kommt, dass auch *I&I* über seinen nationalen Roamingpartner *Vodafone* als aktuellem Zuteilungsinhaber unmittelbar von dessen Netzausbau profitieren würde,<sup>27</sup> ohne dafür Investitions- und Auslastungsrisiken in Kauf nehmen zu müssen.

Angesichts der durch die MNOs sowohl unmittelbar durch Frequenzteilungsgebühren und Frequenznutzungsbeiträge als auch mittelbar durch die Erfüllung der mit der Frequenzteilung verknüpften Versorgungsaufgaben zu erbringenden umfangreichen finanziellen Gegenleistungen für die Verlängerung ihrer Frequenznutzungsrechte erscheint schon das Vorliegen einer Minderung von Belastungen, welche die betreffenden Unternehmen normalerweise zu tragen hätten, und damit einer Begünstigung, durchaus fragwürdig.

### III. Jedenfalls keine staatliche Beihilfe bei Einhaltung der unionssekundärrechtlichen Vorgaben für die Ressourcenallokation

#### 1. Prüfungsmaßstab der Unionsgerichte und der Kommission

Aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte und der Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfebegriff<sup>28</sup> (Beihilfebekanntmachung) ergibt sich allerdings, dass eine Gewährung von Rechten trotz eines – im vorliegenden Fall durchaus fraglichen – staatlichen Einnahmeverzichts jedenfalls dann keine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, wenn der Mitgliedstaat die unionssekundärrechtlichen Vorgaben für die Ressourcenallokation einhält. Während der EuGH diese Frage mitunter auch bei der Selektivität der Maßnahme oder bei der „Anwendbarkeit“ des Art. 107 Abs. 1 AEUV stellt,<sup>29</sup> verortet die Kommission die Prüfung der unionssekundärrechtlichen Vorgaben für die Ressourcenallokation ausweislich ihrer Beihilfebekanntmachung im Rahmen des Kriteriums der Gewährung staatlicher Mittel.

Eine Vorteilsgewährung erfolgt aus staatlichen Mitteln, wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: die Zurechenbarkeit des Mitteltransfers an den Staat und die Belastung staatlicher Mittel.<sup>30</sup> Eine Maßnahme ist dem Staat stets zuzurechnen, wenn eine Behörde – hier die BNetzA – einem Begünstigten einen Vorteil gewährt.<sup>31</sup> In ihrer Beihilfebekanntmachung betont die Kommission ausdrücklich,

dass auch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte ohne marktübliche Vergütung eine Belastung staatlicher Mittel darstellen kann.<sup>32</sup> Nach den einschränkenden Ausführungen der Kommission in Rn. 54 ihrer Beihilfebekanntmachung muss bei der Gewährung staatlicher Rechte jedoch vorgelagert festgestellt werden,

„ob der Staat zusätzlich zu seiner Rolle als Verwalter der betreffenden öffentlichen Ressourcen auch als Regulierungsbehörde fungiert, die politische Ziele verfolgt, indem sie die Auswahl der betreffenden Unternehmen von qualitativen Kriterien abhängig macht (die zuvor auf transparente und diskriminierungsfreie Weise festgelegt wurden) [...]“

Dabei verweist die Kommission auf das Urteil des EuG in der Rs. *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission* zu der Frage nach der Erfüllung des Beihilfetatbestands im Zusammenhang mit der Zuteilung von UMTS-Lizenzen und der damit verknüpften – vermeintlich zu niedrigen – Abgaben der betreffenden Zuteilungsinhaber. In seinem Urteil hat das EuG zunächst die Eigenschaft der UMTS-Lizenzen als staatliche Mittel bestätigt. Dagegen ließe sich insbesondere nicht anführen, dass private Verwalter nichts Gleichwertiges besäßen.<sup>33</sup> Ein Verzicht auf staatliche Mittel stelle „aufgrund des Wesens und der Systematik der Regelung“ indes nicht notwendigerweise eine staatliche Beihilfe dar.<sup>34</sup> Insbesondere sei bei der Prüfung des Beihilfetatbestands zu beachten, ob der einschlägige unionale Rechtsrahmen den mitgliedstaatlichen Behörden einen Ermessensspielraum bei der Wahl des Verfahrens zur Erteilung der Lizenzen einräumt und die Behörden innerhalb dieser Grenzen – unionsrechtskonform – auf die Durchführung eines erlösmaximierenden Allokationsverfahrens verzichten können.<sup>35</sup> Darüber hinausgehend hat das EuG ausdrücklich klargestellt, dass sogar die Einräumung der Mobilfunklizenzen zum Null-Tarif beihilferechtlich nicht zu beanstanden sei, sofern der Mitgliedstaat die Rechte im Einklang mit den einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben gewährt und das Gebot der Nichtdiskriminierung wahr.<sup>36</sup>

Den Umstand, dass der Staat auf Mittel verzichtet hat, hat das EuG angesichts der Besonderheiten des unionalen Telekommunikationsrechts gegenüber dem allgemeinen Recht der staatlichen Beihilfen daher nicht für ausreichend gehalten.

25 BNetzA, Konsultationspapier, S. 32 ff.

26 Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Konsultationspapier der Bundesnetzagentur – Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1 800 MHz und 2 600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen, 6. 11. 2023, S. 4.

27 Vodafone, Vodafone und 1&1 vereinbaren langfristige Mobilfunk-Partnerschaft, <https://newsroom.vodafone.de/unternehmen/vodafone-und-1-und-1-mobilfunk-partnerschaft-national-roaming> (Abruf: 30. 1. 2024).

28 Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [Beihilfebekanntmachung], C/2016/2946, ABl. C 262 vom 19. 7. 2016, S. 1–50.

29 Siehe etwa EuGH, 14. 1. 2015 – Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9.

30 *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 247 ff.; Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 38.

31 Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 39.

32 Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 53.

33 EuG Rs. T-475/04, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 105.

34 EuG Rs. T-475/04, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 106.

35 EuG Rs. T-475/04, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 108.

36 EuG Rs. T-475/04, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 110.

ten, um das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe anzunehmen.<sup>37</sup> Zur Begründung stellte das EuG darauf ab, dass der gegenständliche Einnahmeverzicht aufgrund der Systematik des einschlägigen unionalen Rechtsrahmens „unvermeidbar“ war. Die Entscheidung des EuG wurde im Rechtsmittelverfahren durch den EuGH bestätigt,<sup>38</sup> der dazu ebenfalls auf die aus der Regelungssystematik des einschlägigen unionalen Rechtsrahmens folgende Unvermeidbarkeit des Einnahmeverzichts abstellte.<sup>39</sup> Als nach den einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben „unvermeidbar“ muss ein Einnahmeverzicht jedenfalls dann gelten,

- wenn der unionale Rechtsrahmen eine gebundene Entscheidung der nationalen Behörden zugunsten eines nicht-erlösmaximierenden Allokationsverfahrens vorsieht oder
- den nationalen Behörden ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, die Verfahrenswahl im jeweiligen Einzelfall aufgrund der Regulierungssystematik indes nur dann ermessensfehlerfrei erfolgen kann, sofern sich die nationale Behörde für die Durchführung eines nicht-erlösmaximierenden Allokationsverfahrens entscheidet.

Auch außerhalb der regulatorischen Unvermeidbarkeit verlangen die Unionsgerichte indes nicht die Wahl eines erlösmaximierenden Verfahrens, um eine Erfüllung des Beihilfetatbestands auszuschließen. In den Urteilen des EuG und des EuGH wurde nämlich zuvorderst der Ermessensspielraum der nationalen Regulierungsbehörden hinsichtlich der Wahl des Verfahrens zur Zuteilung der UMTS-Lizenzen betont.<sup>40</sup> Die Wahl eines (nicht-erlösmaximierenden) Verfahrens der vergleichenden Auswahl (sog. *beauty contest*) durch die französischen Behörden haben die Unionsgerichte nicht beanstandet.<sup>41</sup> Damit hat der EuGH klargestellt, dass sich die nationalen Behörden im Rahmen der unionsrechtlich gezogenen Ermessensgrenzen zulässigerweise für ein nicht-erlösmaximierendes Allokationsverfahren entscheiden können, ohne in den Anwendungsbereich des Beihilfeverbots zu fallen. Der EuGH verlangt im Falle einer unionsrechtlich vorgesehenen Ermessensentscheidung hinsichtlich der Verfahrenswahl also keine regulatorische „Unvermeidbarkeit“, sondern lediglich eine fehlerfreie Ermessensausübung im Lichte der regulatorischen Ziele und Allokationssystematik.

Dies gilt insbesondere angesichts der Ausführungen des EuGH in seinem Urteil in der Rs. C-518/13 (*Eventech*). Hierin ging es um die Konkurrenz zwischen dem traditionellen (Londoner) Taxigewerbe und onlinebasierten Alternativen. Die privaten Fahrdienste hatten sich gegen eine straßenverkehrsrechtliche Privilegierung der Londoner „black cabs“ gewendet, da nur diesen die Benutzung von Busspuren gestattet war. Dem EuGH kam es in diesem Zusammenhang entscheidend darauf an, ob der Staat beihilferechtlich dazu verpflichtet sei, von den Nutzern einer öffentlichen Infrastruktur eine dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung entsprechende Gegenleistung zu verlangen. Der EuGH hat dies verneint und den nationalen Behörden ein Ermessen bei der Verfolgung regulatorischer Ziele eingeräumt, in dessen Rahmen beihilferechtskonform auf potenzielle Einnahmen verzichtet werden könne, sofern der Mitgliedstaat den Zugang in transparenter und nichtdiskriminierender Weise festlegt.<sup>42</sup>

Im Einklang mit den Ausführungen des EuG und des EuGH hat die Kommission den unionsgerichtlichen Maßstab für das Vorliegen einer Belastung staatlicher Mittel zwecks Präzisierung der Vorgaben für neue Rechtsgewährungskonstellationen konkretisiert und weiterentwickelt. Auch die Kom-

mission verlangt für das Nichtvorliegen einer Belastung staatlicher Mittel bei der Rechtsgewährung ausweislich ihrer Beihilfebekanntmachung keine regulatorische Unvermeidbarkeit, sondern (lediglich) das Bestehen einer „immanente[n] Verbindung zwischen der Verwirklichung des regulatorischen Ziels und dem Einnahmeverzicht“, sofern alle betroffenen Betreiber diskriminierungsfrei behandelt werden.<sup>43</sup> Die Auffassung der Kommission, dass im Einklang mit den Direktiven aus der unionsgerichtlichen Rechtsprechung auch ohne regulatorische Unvermeidbarkeit des Einnahmeverzichts keine Belastung staatlicher Mittel vorliegen könne, wird in Fn. 83 der Beihilfebekanntmachung bestätigt. Unter Verweis auf die dargelegte Rechtsprechung des EuG und des EuGH hält die Kommission es für ausreichend, dass der Einnahmeverzicht durch die regulatorischen Ziele des einschlägigen unionalen Rechtsrahmens „gerechtfertigt“ ist und mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Einklang steht.

Dieser Maßstab für das Vorliegen einer Belastung staatlicher Mittel im Falle einer Gewährung staatlicher Rechte wird auch im Schrifttum zugrunde gelegt.<sup>44</sup> Im Lichte der unionsgerichtlichen Rechtsprechung sei nämlich nicht ausschlaggebend, ob die öffentliche Hand für die Rechtsgewährung einen Marktpreis verlangt habe, sondern vielmehr, ob die Festsetzung der Gegenleistung durch die Ziele und die regulatorische Struktur des Allokationssystems, das für die Frage der Entgeltfestsetzung Anwendung findet, gerechtfertigt sei.<sup>45</sup> Daher genüge im Falle der Existenz unionsrechtlicher Vorgaben für die Rechtsgewährung allein deren Einhaltung, um die Erfüllung des Beihilfetatbestands auszuschließen.<sup>46</sup> Vor diesem Hintergrund seien die allgemeinen und die frequenzordnungsspezifischen Regulierungsziele des EKEK der alleinige Maßstab für die (Ermessens-)Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde über den Frequenzallokationsmechanismus.<sup>47</sup> Wird daher in telekommunikationsrechtlich zulässiger Weise von einer Frequenzauktion abgesehen, sei diese Entscheidung auch beihilferechtlich nicht zu beanstanden.<sup>48</sup>

## 2. Unionsrechtliche Vorgaben für eine Frequenz-zuteilungsverlängerung (Art. 49, 50 und 55 EKEK)

Im Folgenden werden die sektorspezifischen Vorgaben für eine Verlängerung der Mobilfunk-Frequenzzuteilung knapp

37 EuG Rs. T-475/04, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 111.

38 EuGH Rs. C-431/07 P, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:C:2009:223.

39 EuGH Rs. C-431/07 P, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:C:2009:223, Rn. 103.

40 EuG Rs. T-475/04, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 108; EuGH Rs. C-431/07 P, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:C:2009:223, Rn. 90.

41 EuGH Rs. C-431/07 P, *Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission*, ECLI:EU:C:2009:223, Rn. 91 f.

42 EuGH Rs. C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 49.

43 Kommission, Beihilfebekanntmachung, Rn. 54.

44 Einige Autoren verorten die Ausführungen der Unionsgerichte dogmatisch zwar bereits auf der Ebene der Begünstigung oder der Selektivität (siehe Fn. 18), nehmen aber im Ergebnis – mit einer inhaltlich identischen Begründung – ebenfalls eine Nichterfüllung des Beihilfetatbestands an.

45 *Arhold*, in: MüKo Wettbewerbsrecht (Fn. 7), Art. 107 AEUV, Rn. 477; *Bartosch* (Fn. 18), Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 125.

46 *Bartosch* (Fn. 18), Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 126.

47 *Fetzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), Beihilfen im Telekommunikationssektor Rn. 64.

48 *Fetzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 15), Beihilfen im Telekommunikationssektor Rn. 64.

zusammengefasst. Eine umfassende Darstellung dieser unionsrechtlichen Regulierungsvorgaben findet sich in einer Abhandlung der Verfasser an anderer Stelle.<sup>49</sup>

#### a) Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre als gebundene Rechtsfolgeentscheidung

Gem. Art. 49 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „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“. Dazu gewährleisten die Mitgliedstaaten nach Art. 49 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, dass die Frequenznutzungsrechte „für einen Zeitraum von mindestens 15 Jahren gelten, und sehen unter den in diesem Absatz festgelegten Bedingungen eine angemessene Verlängerung vor, damit erforderlichenfalls Unterabs. 1 eingehalten werden kann“.

Nach Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK sind im Rahmen der Frequenzzuteilung allgemeine Kriterien für eine Verlängerung der Dauer der Nutzungsrechte bekanntzugeben, welche sich insbesondere auf die Notwendigkeit, die effektive und effiziente Nutzung der betreffenden Funkfrequenzen sowie einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten, beziehen. Stehen auf Tatbestandsebene die gem. Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK festgelegten allgemeinen Kriterien einer solchen Regelverlängerung um fünf Jahre nicht entgegen, stellt die Regelverlängerung gem. Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 EKEK eine *gebundene* Rechtsfolgeentscheidung dar.

In Umsetzung des Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 EKEK hat der deutsche Gesetzgeber im Zuge der TKG-Novelle 2021 ausweislich von § 92 Abs. 3 Satz 3 TKG eine – den unionsrechtlichen Bestimmungen inhaltlich entsprechende – Ermächtigungsgrundlage der BNetzA für die Gewährung einer Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre geschaffen. § 92 Abs. 3 Satz 3 TKG sieht nunmehr auch im nationalen Recht eine gebundene Rechtsfolgeentscheidung zur Regelverlängerung um fünf Jahre vor. Auch die Anknüpfungspunkte für die Festlegung der allgemeinen Kriterien für die Regelverlängerung gem. Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 lit. a) und b) EKEK hat der deutsche Gesetzgeber nahezu wortgleich in § 92 Abs. 3 Satz 6 Nr. 1 bis 6 TKG umgesetzt.

#### b) Ermessensentscheidung über eine Zuteilungsverlängerung jenseits des Regelverlängerungszeitraums versus Durchführung eines Vergabeverfahrens

Aus Art. 50 EKEK ergeben sich die Voraussetzungen einer Frequenzzuteilungsverlängerung, die über den Zeitraum der Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre nach Art. 49 Abs. 2 EKEK hinausgeht. Gem. Art. 50 Abs. 2 EKEK trifft die nationale Regulierungsbehörde eine Ermessensentscheidung über die Zuteilungsverlängerung, welche unter anderem den allgemeinen und den frequenzordnungsspezifischen Regulierungszielen nach Art. 3 EKEK bzw. Art. 45 Abs. 2 EKEK Rechnung tragen muss.

Sowohl Art. 49 EKEK als auch Art. 50 EKEK sehen auch für eine Situation von Frequenzknappheit die Möglichkeit vor, Zuteilungsverlängerungen zu gewähren.<sup>50</sup> Art. 50 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK schreibt hierfür – entgegen der Auffassung der Monopolkommission<sup>51</sup> – kein originäres Auswahlverfahren (Vergabeverfahren), sondern vielmehr lediglich ein offenes, transparentes und nichtdiskriminierendes *Konsultationsverfahren* vor. Erst wenn in diesem Rahmen eine Nachfrage anderer Unternehmen festgestellt wird, ent-

scheidet die nationale Regulierungsbehörde, ob sie die Zuteilungsdauer der Nutzungsrechte verlängert oder ein neues Vergabeverfahren nach Art. 55 EKEK initiiert.<sup>52</sup> In ihrer regelungssystematischen Gesamtschau räumen die Art. 50 und 55 EKEK den nationalen Regulierungsbehörden damit ein vollständig unvoreingenommenes – von der bestmöglichen Erreichung der Regulierungsziele des EKEK geleitetes – Ermessen ein. Die Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte (Art. 50 EKEK) steht dabei gleichrangig neben möglichen Vergabeverfahren (Art. 55 EKEK).

Diese unionsrechtlichen Umsetzungsvorgaben waren der Grund für die Abkehr von der tradierten gesetzlichen Vorprägung im Falle von Frequenzknappheit zugunsten eines Vergabeverfahrens ausweislich von § 92 Abs. 2 Satz 3 TKG i.V.m. § 91 Abs. 9 Satz 1 TKG.<sup>53</sup> Im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigt die BNetzA die ermessensleitenden Kriterien des § 92 Abs. 2 Satz 3 TKG, also insbesondere die Frage, welches Verfahren die Regulierungsziele des TKG (§§ 2 und 87 TKG) am besten zu erreichen geeignet ist. Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des BVerwG vom 22. 6. 2011, wonach die Ermessensentscheidung nach § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG a.F., dem § 91 Abs. 9 Satz 1 TKG im Wortlaut entspricht, im Falle einer Frequenzknappheit regelmäßig i.S.d. Erlasses einer Vergabeanordnung vorgeprägt war (sog. *intendiertes Ermessen*).<sup>54</sup> Nur ausnahmsweise durfte trotz Frequenzknappheit unter Berücksichtigung der Regulierungsziele vom Erlass einer Vergabeanordnung abgesehen werden.<sup>55</sup> Diese Rechtsprechung des BVerwG ist auf die neue Rechtslage nicht übertragbar und entfaltet daher keine Geltung für die Ermessensentscheidung der BNetzA nach § 92 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 91 Abs. 9 Satz 1 TKG.<sup>56</sup> Die grundsätzliche Gleichrangigkeit der verschiedenen Bereitstellungsoptionen (Verlängerung, Versteigerung und Ausschreibung) im Rahmen der Ermessensentscheidung der BNetzA wird nunmehr durch den EKEK, welcher die maßgebende unionsrechtliche Auslegungsmaxime des (neuen) TKG bildet und somit die Auslegungsdirektiven aus dem Urteil des BVerwG vom 22. 6. 2011 unionsrechtlich überlagert, nämlich auch im Falle einer Frequenzknappheit eindeutig vorgeschrieben.

### 3. Einhaltung der unionssekundärrechtlichen Vorgaben im vorliegenden Fall

#### a) Gebundene Entscheidung über fünfjährige Regelverlängerung

Eine fünfjährige Verlängerung der erteilten Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1800 MHz und 2600 MHz von 15 auf 20 Jahre erfolgt als gebundene

49 Koenig/Veidt, K&R 2021, 776; siehe hierzu ebenfalls Koenig, *Legislativ beschränkende Vorfestlegungen der Frequenzregulierung in der TKG-Novelle?*, Kurzgutachten im Auftrag der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG v. 19. 2. 2021.

50 Koenig, *Legislativ beschränkende Vorfestlegungen der Frequenzregulierung in der TKG-Novelle?*, Kurzgutachten (Fn. 49), S. 20.

51 Monopolkommission, 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Rn. 155.

52 Koenig, *Legislativ beschränkende Vorfestlegungen der Frequenzregulierung in der TKG-Novelle?*, Kurzgutachten (Fn. 49), S. 20.

53 Koenig/Veidt, K&R 2021, 776, 778.

54 BVerwG, 22. 6. 2011 – 6 C 3.10, 2. Leitsatz und Rn. 35, MMR 2012, 130.

55 BVerwG 6 C 3.10, 2. Leitsatz und Rn. 35, MMR 2012, 130.

56 Vgl. *Offenbacher*, in: Säcker/Körber, TKG – TTDSG, 4. Aufl. 2022, § 92 TKG, Rn. 12 f.; i.E. auch Göddel, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 92 TKG, Rn. 12.

Rechtsfolgeentscheidung, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 EKEK erfüllt sind.

Die Frequenznutzungsrechte wurden für den Zeitraum zwischen 2010 und 2025, also eine Laufzeit von 15 Jahren, gewährt. Zentrale Tatbestandsvoraussetzung der Regelverlängerung ist sodann gem. Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 EKEK, dass die gem. Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK festgelegten allgemeinen Kriterien einer solchen Regelverlängerung um fünf Jahre nicht entgegenstehen. Die Zuteilung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte erging jedoch nach der damaligen Rechtslage, wonach die verpflichtende Festlegung der allgemeinen Kriterien für eine Zuteilungsverlängerung im Rahmen der Frequenzzuteilungsregeln durch die nationale Regulierungsbehörde weder unionsrechtlich noch nach dem nationalen Recht vorgesehen war. Daher bestehen auch keine allgemeinen Kriterien für eine Regelverlängerung i. S. d. Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK, welche den tatbestandlichen Prüfungsmaßstab für eine Regelverlängerung bilden könnten.

Aus der Abwesenheit allgemeiner Kriterien für eine Regelverlängerung darf gleichwohl nicht geschlossen werden, dass ein Anspruch der Zuteilungsinhaber auf Erteilung einer Regelverlängerung in Form einer gebundenen Rechtsfolgeentscheidung *a priori* ausscheidet. Vielmehr gebietet Art. 49 Abs. 2 EKEK zur Gewährleistung von Investitionssicherheit für die Rechteinhaber, dass auch für bereits vor Erlass des EKEK (bzw. der TKG-Novelle) zugeteilte Frequenznutzungsrechte grundsätzlich eine Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre erfolgt. In seiner Regelungssystematik legt Art. 49 Abs. 2 EKEK nämlich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis derart fest, dass eine Verlängerung um fünf Jahre die Regel, ein Absehen von der Regelverlängerung hingegen die Ausnahme bildet. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 Satz 2 EKEK, wonach die nationale Regulierungsbehörde eine Regelverlängerung gewährt,

„es sei denn, sie gelangt zu dem Schluss, dass eine solche Verlängerung den in Unterabs. 3 Buchstaben a oder b genannten allgemeinen Kriterien in Bezug auf Folgendes nicht entsprechen würde.“

Vor diesem Hintergrund werden durch die Festlegung allgemeiner Kriterien für eine Regelverlängerung im Zuge der Frequenzzuteilung nicht die zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen für eine Regelverlängerung geschaffen, sondern lediglich Gründe spezifiziert, aus denen die nationale Regulierungsbehörde im Einzelfall ausnahmsweise von einer Regelverlängerung absehen darf. Die Festlegung allgemeiner Kriterien für eine Regelverlängerung soll dabei verhindern, dass aufgrund einer Regelverlängerung das Erreichen der Ziele aus Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 lit. a) und b) EKEK beeinträchtigt wird. Im Lichte dieses Regelungszwecks bildet das Erreichen dieser Ziele den maßgebenden tatbestandlichen Prüfungsmaßstab für die nationalen Regulierungsbehörden. Eine Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre ist demzufolge auch in Abwesenheit festgelegter allgemeiner Kriterien für die Verlängerung zu gewähren, wenn die in Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 lit. a) und b) EKEK aufgeführten Ziele einer Regelverlängerung im Einzelfall nicht entgegenstehen.

Im Lichte der zu berücksichtigenden marktlichen und technologischen Gesichtspunkte ist nicht ersichtlich, dass die Ziele des Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 lit. a) und b) EKEK einer Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1 800 MHz und 2 600 MHz um fünf Jahre entgegenstehen würden. Dies wird

auch von der BNetzA anerkannt, die ausweislich ihres Konsultationspapiers eine Zuteilungsverlängerung um fünf Jahre befürwortet. Zwar geht die BNetzA davon aus, dass (mangels festgelegter allgemeiner Kriterien) schon grundsätzlich kein Anspruch auf eine Regelverlängerung bestehe (*quod non*) und sie über eine Verlängerung um fünf Jahre daher nur gem. § 92 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 91 Abs. 9 Satz 1 TKG im Rahmen ihres Ermessens entscheiden könne.<sup>57</sup> Sofern man hingegen entsprechend den vorstehenden Ausführungen eine grundsätzliche Erfüllbarkeit des Tatbestands der Regelverlängerung nach Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 EKEK annimmt, ergibt sich aus den Ausführungen der BNetzA in ihrem Konsultationspapier gleichwohl, dass die Ziele des Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 lit. a) und b) EKEK einer solchen Regelverlängerung nicht entgegenstehen würden.

#### *b) Ermessensentscheidung über Verlängerung um acht Jahre durch Regulierungsziele gerechtfertigt*

Auch eine Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte um acht Jahre dürfte im Rahmen einer Ermessensentscheidung der BNetzA nach Art. 50 Abs. 2 EKEK durch die Regulierungsziele des EKEK gerechtfertigt sein. Insbesondere würde eine achtjährige Zuteilungsverlängerung aufgrund der damit einhergehenden Laufzeitharmonisierung der Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1 800 MHz und 2 600 MHz (dann Ende 2033) und der Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1 500 MHz und 1 800 MHz (auch Ende 2033) dem Ziel der effizienten Frequenzverwaltung und -nutzung (Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2 UAbs. 1 EKEK) dienen.<sup>58</sup>

Dies gilt zunächst für die In-Band-Harmonisierung der Laufzeiten der Frequenznutzungsrechte in dem Bereich 1 800 MHz. Unterschiedliche Laufzeiten von Frequenzzuteilungen im gleichen Band führen nämlich zu einer möglichen Fragmentierung von Nutzungsrechten, was die effiziente Nutzung einschränken kann. Zudem bergen asymmetrische Laufzeiten innerhalb eines Bandes das Risiko ineffizienter Auktionen, da Gebote verzerrt werden und Bieter mit einer relativ sichereren Position durch strategisches Bietverhalten Druck auf die anderen Teilnehmer ausüben könnten.

Ähnliches gilt hinsichtlich der Laufzeitharmonisierung von Frequenzbändern mit vergleichbaren physikalischen Eigenschaften, namentlich den Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 800 MHz und 900 MHz. Diese Frequenzen bieten große Reichweiten und eine besonders effektive Durchdringung von Widerständen, die sie insbesondere für die Mobilfunkversorgung ländlicher Gebiete sowie in Fahrzeugen und Gebäuden qualifizieren. Durch eine gemeinsame Vergabe dieser Frequenzbänder würde ein größeres Angebot an vergleichbaren Gütern entstehen, das Substitutions- und Ausweichmöglichkeiten für die Bieter eröffnet und damit eine effiziente Verteilung der Frequenzen und die Findung eines Gleichgewichts in einer Auktion begünstigt.<sup>59</sup>

#### *c) Keine Verletzung des Diskriminierungsverbots*

Zudem müsste eine Zuteilungsverlängerung im Einklang mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung stehen. Diesen Aspekt sieht die Monopolkommission als besonders proble-

<sup>57</sup> BNetzA, Konsultationspapier, S. 20.

<sup>58</sup> Vgl. BNetzA, Konsultationspapier, S. 22.

<sup>59</sup> Vgl. BNetzA, Konsultationspapier, S. 21 f.

matisch an, da der Kreis der Begünstigten von vornherein auf die bisherigen Zuteilungsnehmer beschränkt ist.<sup>60</sup>

Eine Diskriminierung besteht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH in der Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder in der Anwendung derselben Vorschrift auf unterschiedliche Sachverhalte ohne sachlichen Grund.<sup>61</sup> Die Frage, ob im Einzelfall eine Diskriminierung vorliegt, beantworten die Unionsgerichte unter Berücksichtigung der anwendbaren Verfahrensvorschriften, um zu bestimmen, welche Verpflichtungen die nationalen Behörden im jeweiligen Fall hatten.<sup>62</sup> Das Diskriminierungsverbot fordert im Falle von Frequenzbereitstellungen damit nicht die pauschale Gleichstellung aller Bewerber im Hinblick auf das Zuteilungsergebnis, sondern geht letztlich in der Einhaltung der – sekundärrechtlich vorgesehenen – verfahrensrechtlichen Vorgaben sowie in der Berücksichtigung der Regulierungsziele des EKEK auf. Innerhalb der Regulierungsziele schlägt sich das Diskriminierungsverbot insbesondere in dem Ziel der Wettbewerbsförderung bzw. der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen nieder, welches mit einer fünfjährigen Zuteilungsverlängerung im Einklang steht. Auch die verfahrensrechtlichen Verlängerungsvorgaben des EKEK tragen dem Diskriminierungsverbot ausdrücklich Rechnung. So sieht Art. 49 Abs. 2 UAbs. 7 EKEK (deklaratorisch) vor, dass eine Regelverlängerung nach Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 EKEK stets nichtdiskriminierend sein muss. Zudem muss die BNetzA allen Marktakteuren die Gelegenheit geben, in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Konsultationsverfahren zu der erwogenen Zuteilungsverlängerung Stellung zu nehmen (vgl. Art. 50 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a) EKEK), und die vorgebrachten Belange der Marktakteure im Rahmen ihrer – durch das Erreichen der Regulierungsziele des EKEK geleiteten – Entscheidungsbildung berücksichtigen.

In ihrem Konsultationspapier hat die BNetzA alle interessierten Parteien ausdrücklich dazu aufgefordert, zu der erwogenen Zuteilungsverlängerung um fünf Jahre bis zum 6. 11. 2023 Stellung zu nehmen.<sup>63</sup> Mit Blick auf die vorherigen Veröffentlichungen der BNetzA im Rahmen des Frequenzbereitstellungsverfahrens BK1-22/001 zeigt sich zudem, dass die BNetzA die Konsultationsbeiträge der Marktakteure berücksichtigt, gegeneinander abwägt und ihren Stellungnahmen zugrunde legt. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots ist vor diesem Hintergrund (derzeit) nicht ersichtlich. Dagegen hat die BNetzA eine Zuteilungsverlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte um acht Jahre bisher nicht ausdrücklich zur Konsultation gestellt. Zur Gewährleistung der beihilferechtlichen Zulässigkeit sowie der telekommunikationsrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 50 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK müsste die BNetzA den Marktakteuren also transparent eröffnen, dass sie eine Zuteilungsverlängerung um acht Jahre in Erwägung zieht, und diesen die Möglichkeit einräumen, dazu innerhalb eines angemessenen Zeitraums Stellung zu nehmen.

*d) Keine Abhängigkeit der beihilferechtlichen Zulässigkeit von der Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und nationalem Roaming*

Die beihilferechtliche Zulässigkeit einer Zuteilungsverlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte hängt hingegen nicht von der Auferlegung von

Diensteanbieterverpflichtungen und/oder Verpflichtungen zum nationalen Roaming gem. Art. 52 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a) EKEK ab. Nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte und der Beihilfebekanntmachung der Kommission, wonach mit der regulatorischen Rechtfertigung auf unionsrechtlicher Ebene zugleich die beihilferechtliche Zulässigkeit einhergeht, kann nämlich nur die – quasi kompensatorische – Auferlegung solcher Maßnahmen beihilferechtlich geboten sein, die auch nach dem jeweils einschlägigen unionalen Regulierungsrahmen rechtlich zulässig sind. Da bereits die Tatbestandsvoraussetzungen für die Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen und Verpflichtungen zum nationalen Roaming gem. Art. 52 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a) EKEK derzeit nicht vorliegen (insbesondere fehlt die Erforderlichkeit zur Erreichung oder Erhaltung wirksamen Wettbewerbs),<sup>64</sup> scheidet eine Berücksichtigung solcher Maßnahmen im Rahmen der Beurteilung der beihilferechtlichen Zulässigkeit einer Zuteilungsverlängerung von vornherein aus.

#### IV. Fazit

Eine Zuteilungsverlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1 800 MHz und 2 600 MHz um fünf oder um acht Jahre würde keine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen.

Angesichts der durch die Mobilfunknetzbetreiber sowohl unmittelbar durch Frequenzzuteilungsgebühren als auch mittelbar durch die Erfüllung der mit der Frequenzzuteilung verknüpften Versorgungsaufgaben zu erbringenden umfangreichen finanziellen Gegenleistungen für die Verlängerung ihrer Frequenznutzungsrechte erscheint schon das Vorliegen einer Begünstigung durchaus fragwürdig.

Jedenfalls würde es nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte und der Beihilfebekanntmachung der Kommission an einer Belastung staatlicher Mittel i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV fehlen. Eine Regelverlängerung von 15 auf 20 Jahre erfolgt als gebundene Rechtsfolgeentscheidung nach Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 EKEK. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots wäre im Falle einer fünfjährigen Zuteilungsverlängerung ebenfalls nicht ersichtlich. Eine Zuteilungsverlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte um acht Jahre wäre im Rahmen einer Ermessensentscheidung der BNetzA nach Art. 50 Abs. 2 EKEK durch die regulatorischen Ziele des EKEK gerechtfertigt. Zur Wahrung der Diskriminierungsfreiheit müsste die BNetzA jedoch allen Marktakteuren die Gelegenheit geben, in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Konsultationsverfahren zu einer solchen Zuteilungsverlängerung Stellung zu nehmen, und die vorgebrachten Belange der Marktakteure im Rahmen ihrer Entscheidungsbildung berücksichtigen.

60 Monopolkommission, 13. Sektorgutachten Telekommunikation 2023, Rn. 158.

61 Siehe etwa EuGH, 14. 2. 1995 – Rs. C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt/Schumacker, ECLI:EU:C:1995:31, Rn. 30.

62 EuG Rs. T-475/04, Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 133.

63 BNetzA, Konsultationspapier, S. 10.

64 Siehe hierzu ausführlich Koenig/Veidt, K&R 2024, 22.