

Rechtliche Instrumente der Frequenzzuteilung zur Sicherung nachhaltigen Wettbewerbs

- Notwendigkeit von Vergabeverfahren und Möglichkeit von Reservierungen bei künftigen Frequenzzuteilungen -

Professor Dr. Matthias Rossi/Dr. Aqilah Sandhu¹

In ihrem „Frequenzkompass 2020“ hat die *Bundesnetzagentur* erste Überlegungen zur künftigen Verfügbarkeit von Frequenzen für den Mobilfunk angestellt. Mit Blick auf die Ende 2025 auslaufenden Nutzungsrechte bestimmter Frequenzbereiche bringt sie eine Verlängerung der bisherigen Nutzungsrechte anstelle eines neuen Vergabeverfahrens ins Spiel. Dies widerspräche jedoch dem Recht auf Chancengleichheit konkurrierender Marktteilnehmer. Anstatt die aktuellen Marktverhältnisse zu zementieren, muss die Bundesnetzagentur einen nachhaltigen funktionsfähigen Wettbewerb sicherstellen. Als Instrument kommt insofern auch die vom Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation vorgesehene Möglichkeit der Reservierung von Frequenzen für bestimmte Marktteilnehmer in Betracht.

I. Einführung

Mit Blick auf die Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte für die Bereiche 800 MHz, 1,8 GHz und 2,6 GHz einerseits und die ab 2034 verfügbaren Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1,5 GHz und 1,8 GHz andererseits hat die *Bundesnetzagentur* (BNetzA) im August 2020 einen sog. Frequenzkompass 2020² vorgestellt, der sich u.a mit Verfahren zur Bereitstellung von Frequenzen befasst. So positiv das Ziel dieser Kommunikationsstrategie auch ist, frühzeitig eine Rechts- und Planungssicherheit für den Mobilfunkmarkt und insbesondere auch für seine Nutzer herstellen zu wollen, so kritisch ist doch der Instrumentenkasten zu betrachten, den der Kompass vorstellt. Denn es besteht die Gefahr, dass die BNetzA mit dem Frequenzkompass eine Pfadabhängigkeit begründet, die dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen Soft Law und verbindlichem Recht nicht gerecht wird (II.). Dabei soll an dieser Stelle nicht erneut die Möglichkeit eines National Roaming thematisiert werden,³ die vom Kompass immerhin benannt wird. Vielmehr ist die vom Frequenzkompass aufgeworfene Frage⁴ zu beantworten, ob die auslaufenden Frequenznutzungsrechte einfach zu Gunsten der derzeitigen Zuteilungsinhaber verlängert werden können anstatt neu vergeben werden zu müssen (III.). Zum anderen ist zu beklagen, dass der Kompass mit der Reservierung von Frequenzen ein Instrument vollständig außer Acht lässt, das vom Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK)⁵ explizit benannt wird.⁶

II. Strategie von heute zum Recht von morgen

Der Frequenzkompass der BNetzA fällt in eine Zeit, in der das nationale Recht im Umbruch ist. Denn das TKG hätte bis zum 21.12.2020 an den 2018 in Kraft getretenen EKEK angepasst werden müssen, der seinerseits die bisherigen Rahmen-RL (EG) 2009/140 und die Zugangs-RL (EG) 2002/19 ersetzt. Erst am 9.12.2020 wurde indes ein offizieller Referentenentwurf für die Neufassung des TKG vorgestellt, der in leicht überarbeiteter

Fassung am 16.12.2020 vom Bundeskabinett beschlossen wurde und am 1.01.2021 als Regierungsentwurf dem Bundesrat übermittelt wurde.⁷ Unabhängig von der notwendigen Novellierung des TKG ergeben sich die grundsätzlichen Rahmenbedingungen für die Frequenzvergabe freilich aus dem EKEK, der auch nach seiner Umsetzung als Auslegungsmaßstab für das neu gefasste TKG von Bedeutung bleibt. Insofern müssen die Wertungen und Zielsetzungen des EKEK insbesondere dort unmittelbar berücksichtigt werden, wo nach dem TKG ein Ermessensspielraum für die *BNetzA* besteht. Dies war sicherlich auch der *BNetzA* bei der Formulierung ihres Frequenzkompasses bewusst. Dennoch ist grundlegend festzuhalten, dass nicht etwa dem Frequenzkompass und auch nicht der von ihm in Bezug genommenen Mobilfunkstrategie der *Bundesregierung* aus dem Jahr 2019 oder dem Beschluss des *Bundesrats* vom 11. Oktober 2019⁸ eine besondere Bindungswirkung zukommt. Vielmehr bestimmt sich die künftige Zuteilung von Frequenzen ausschließlich nach dem zum Zeitpunkt ihrer Zuteilung geltenden Recht, nicht nach in der Vergangenheit propagierten Strategien.

III. Vergabe statt Verlängerung

Im Frequenzkompass 2020 wird die Möglichkeit angedeutet,⁹ die Allokation der in den Jahren 2025 bzw. 2033 auslaufen Frequenznutzungsrechte aus den Bereichen 700, 800 und 900 MHz (sog. Flächenfrequenzen) durch bloße Verlängerungen der bisherigen Frequenznutzungsrechte, also ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, vorzunehmen. Der Sache nach bewirkte eine solche Verlängerung nahezu eine staatliche Schließung des Mobilfunkmarktes und eine Sicherung des auf diesem Markt agierenden Oligopols. Dies widerspräche nicht nur verfassungsrechtlichen Vorgaben, sondern auch telekommunikationsrechtlichen Zielsetzungen.

1. Verfassungsrechtliche Determinanten

Der Telekommunikationsmarkt in Deutschland ist historisch vom „natürlichen Monopol“¹⁰ des ehemaligen staatlichen Monopolunternehmens geprägt, das nunmehr einem relativ gefestigten Oligopol gewichen ist. Vor diesem Hintergrund war es ein „wesentliches Ziel“ des 1996 erlassenen TKG, die staatlichen Rahmenbedingungen für die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt zwischen der damaligen *Deutschen Telekom AG* und anderen privaten Anbietern zu ermöglichen.¹¹ Angesichts der Knappheit von Frequenzen¹² liegt eine Hauptaufgabe des Telekommunikationsrechts in der Verteilung begrenzter Güter auf mehrere Interessenten bei gleichzeitiger Gewährleistung flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen.

Die Lösung solcher multipolarer Verteilungskonflikte ist verfassungsrechtlich schon generell sowohl durch die Grundrechte als auch das Rechtsstaatsprinzip determiniert.¹³ Im Telekommunikationssektor ist zudem der verfassungsrechtliche Gewährleistungsauftrag aus Art. 87f GG zu beachten.¹⁴ Darüber hinaus kommt dem Zugang zu elektronischer Kommunikation und den zugrunde liegenden Telekommunikationsnetzen eine freiheitssichernde Funktion zu.¹⁵ Das Bestehen einer „Zugangschancengerechtigkeit“¹⁶ ist deshalb notwendige Bedingung für die Grundrechtsausübung nicht nur der Endnutzer, sondern auch für die Grundrechtswahrnehmung der auf dem Markt bereits tätigen sowie insbesondere auch der auf den Markt drängenden Unternehmen. Die Beschränkung des

Zugangs zu Frequenzen stellt sich bei der Nutzung zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken insofern als Einschränkung ihrer Berufsfreiheit dar, die zur Sicherstellung der Regulierungsziele, insbesondere der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung, zwar rechtfertigungsfähig ist. Die Anordnung eines staatlichen Verfahrens zur Vergabe der Frequenzen ist als objektive Berufszulassungsschranke mit Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich aber nur vereinbar, wenn sie Konsequenz einer durch Frequenzbewirtschaftung zu bewältigenden Knappheitssituation ist.¹⁷

Determinierend für die Erreichung der Regulierungsziele und damit für die Wahl des Vergabeverfahrens und der Vergabekriterien sind mithin der verfassungsrechtlich verankerte Wettbewerbsgedanke, der aus Art. 12 Abs. 1 GG und aus der grundgesetzlichen Entscheidung zu Gunsten der privatwirtschaftlichen Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im freien Wettbewerb folgt, sowie die Gewährleistungsverantwortung des Staates für eine flächendeckend angemessene Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen.¹⁸

Unabhängig von dieser telekommunikationsrechtlichen Ausrichtung wird die Frequenzver- und -zuteilung wie jede andere staatliche Vergabe grundrechtlich in besonderer Weise durch das Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG geprägt. Es bindet die *BNetzA* nicht erst bei der eigentlichen Vergabeentscheidung, sondern bereits bei der Ausgestaltung und Bestimmung des Verteilungsverfahrens. Zudem gewährt es allen Bewerbern auf knappe Güter ein Recht auf chancengleiche Berücksichtigung bei der Verteilungsentscheidung.¹⁹ Art. 3 Abs. 1 GG gebietet in materieller Hinsicht insofern die Festlegung sachgerechter Verteilungskriterien und in prozeduraler Hinsicht die Einräumung fairer Chancen im Verteilungsverfahren.²⁰

2. Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben im TKG-E

Ausdruck dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben ist zum einen § 90 Abs. 1 S. 2 TKG-E (bisher § 55 Abs. 1 S. 3 TKG), nach dem die Frequenzzuteilung zweckgebunden nach Maßgabe des Frequenzplanes und diskriminierungsfrei auf der Grundlage nachvollziehbarer und objektiver Verfahren zu erfolgen hat, und zum anderen § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E (bisher § 2 Abs. 2 Nr. 2 und TKG), der als Regulierungsziele den chancengleichen Wettbewerb und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte vorgibt. Diese Ziele sind insbesondere durch ein Verfahren zu gewährleisten, das auch Markteinsteigern einen chancengleichen Zugang zur knappen Ressource in Form der auslaufenden Frequenznutzungsrechte ermöglicht.

Das Verfahren zur Frequenzvergabe ist auch nach Maßgabe des künftigen Rechtsrahmens diskriminierungsfrei, objektiv, unparteiisch, transparent und verhältnismäßig auszugestalten, wie sich aus Art. 3 Abs. 4 Satz 1 lit. b, Satz 2 und Art. 45 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2, Art. 48 Abs. 4 EKEK ergibt. Dies hat sich in § 86 Abs. 1 Nr. 2 und § 90 Abs. 1 S. 2 TKG-E niedergeschlagen, wonach Ziel der Frequenzregulierung die Frequenzzuteilung nach objektiven, transparenten, wettbewerbsfördernden, nichtdiskriminierenden und angemessenen Kriterien ist.

3. Anwendung durch die *BNetzA*

Die Durchführung eines Vergabeverfahrens ist vor diesem Hintergrund bereits zur Sicherung der Chancengleichheit der Wettbewerber notwendig. Der *BNetzA* kommt insofern kein freier und auch kein weiter Gestaltungsspielraum zu. Vielmehr ist die Frage, ob überhaupt ein (neues) Vergabeverfahren durchgeführt wird oder nicht, für die Grundrechtsausübung so relevant, dass der *BNetzA* enge Grenzen gezogen sind,²¹ die durch eine enge Bindung an

Verhältnismäßigkeitserfordernisse gekennzeichnet sind. Dabei ist auch das Interesse der Allgemeinheit an der Nutzung des zu verteilenden knappen Guts zu berücksichtigen, bei der Frequenzzuteilung insbesondere das Interesse der Verbraucher.²² Schließlich muss jeder Bieter eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der spezifischen Vergabekriterien und des vorgesehenen Verfahrens Zugang zu den Frequenzen zu erhalten.²³ Die Anordnung eines staatlichen Verfahrens zur Vergabe der Frequenzen ist als objektive Berufszulassungsschranke mit Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nur vereinbar, wenn sie Konsequenz einer durch Frequenzbewirtschaftung zu bewältigenden Knappheitssituation ist.²⁴

Damit ist die Entscheidung zu Gunsten der Frequenzvergabe in Gestalt des – gem. § 99 Abs. 2 S. 1 TKG-E (§ 61 Abs. 2 S. 1 TKG) grundsätzlich vorrangigen²⁵ –

Versteigerungsverfahrens zwar verfassungsrechtlich nicht zementiert. Der einer Auktion immanenten Gefahr strategischen Bietverhaltens und übermäßiger Marktkonzentration durch hohe Bietspreise hat der Staat jedoch durch eine wettbewerbssichernde Ausgestaltung des Auktionsrahmens und durch die Festlegung entsprechender Vergabekriterien, die Neueinsteiger besonders berücksichtigen, entgegenzuwirken. Verfassungsrechtlich ist das Vergabeverfahren aber insofern vorgezeichnet, als es allen Bewerbern zur Realisierung des grundrechtlichen Teilhabeanspruchs faire Chancen bieten und die grundsätzliche Berücksichtigung bei der Frequenzzuteilung gewährleisten muss.

Eine pauschale Verlängerung der bestehenden Frequenzzuteilungen schottete den Markt dauerhaft oder jedenfalls langfristig ab und missachtete insofern das verfassungsrechtlich fundierte Recht auf chancengleichen Zugang zum Markt. Eine Verlängerung mag zwar langfristige Planungs- und Investitionssicherheit für die etablierten Mobilfunknetzbetreiber bieten, läuft aber im Übrigen den Regulierungszielen, insbesondere den Verbraucherinteressen und der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs zuwider und erweist sich für Neueinsteiger, die Zugang zu den frei werdenden Frequenzen begehren, als offensichtlich diskriminierend.

4. Möglichkeiten der Verlängerung unter dem TKG-E

a) Voraussetzungen für den Verlängerungsanspruch

Ausdrücklich sieht § 91 Abs. 2 TKG-E erstmals für das deutsche Recht die Möglichkeit der Verlängerung einer befristeten Frequenzzuteilung vor. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 49 und 50 EKEK. Die Verlängerung ist zu gewähren, wenn die in Art. 49 Abs. 2 UAbs. 3 lit. a und b EKEK genannten Kriterien erfüllt sind. Maßgeblich für die Verlängerung ist zum einen die Notwendigkeit, die effektive und effiziente Nutzung der betreffenden Funkfrequenzen zu gewährleisten.²⁶ Die Nutzung muss der Versorgung der Bevölkerung mit hochwertigen und leistungsfähigen drahtlosen Breitbanddiensten sowie der Versorgung entlang wichtiger nationaler Verkehrswege, der raschen Entwicklung neuer drahtloser Kommunikationstechnologien und der Notwendigkeit, den Zielen von allgemeinem Interesse in Bezug auf den Schutz des menschlichen Lebens, die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die Verteidigung entsprechen (lit. a). Maßgebliches Kriterium ist zum anderen die Notwendigkeit, einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten (lit. b). Schließlich ist eine Verlängerung der Frequenznutzungsrechte explizit nicht zu gewähren, wenn dies den genannten Kriterien widerspricht (Art. 49 Abs. 2 UAbs. 4 a.E. EKEK).

Entsprechend dieser unionsrechtlichen Bestimmungen sieht § 91 Abs. 2 TKG-E vor, dass die Befristung der Frequenzzuteilung zu verlängern ist, wenn die Voraussetzungen für eine Frequenzzuteilung nach § 90 Abs. 5 TKG-E vorliegen. Der Verlängerungsanspruch dient der Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit und der Vermeidung bürokratischer Verfahren.²⁷

b) Ermessenslenkung zu Gunsten einer Vergabeanordnung bei Frequenzknappheit

Im Falle der Frequenzknappheit kann die *BNetzA* jedoch statt der Verlängerung die Durchführung eines Vergabeverfahrens anordnen (§ 91 Abs. 2 S. 3 i.V.m § 90 Abs. 9 TKG-E). Dabei hat sie bei der Ausübung ihres Ermessens die in § 91 Abs. 2 TKG-E genannten Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Bei Vorliegen von Frequenzknappheit wandelt sich der Anspruch des Antragstellers auf Zuteilung zunächst in einen Anspruch auf chancengleiche Teilnahme an einem diskriminierungsfreien Vergabeverfahren und erst im Falle der Durchsetzung gegen die Mitbewerber in einen Anspruch auf Zuteilung um.²⁸ § 90 Abs. 9 TKG-E entspricht dem bisherigen § 55 Abs. 10 TKG. Die Rechtsprechung des *BVerwG* zur Auslegung des Entscheidungsermessens („kann“) ist insofern auf die neue Rechtslage übertragbar.²⁹ In Bezug auf diese Bestimmung entschied das *BVerwG*, dass bei bestehender Frequenzknappheit die Ermessensentscheidung der *BNetzA* nach § 55 Abs. 10 S. 1 TKG „regelmäßig im Sinne des Erlasses einer Vergabeanordnung vorgeprägt“³⁰ ist. Dies folgt aus der Grundrechtsbindung aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG sowie dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot.³¹ Der Vorrang des Vergabeverfahrens gegenüber dem Anspruch auf Verlängerung befristet erteilter Frequenznutzungsrechte verletzt auch nicht Art. 14 Abs. 1 GG, denn er ist durch die kollidierenden Grundrechte der übrigen Teilnehmer gerechtfertigt.³² Angesichts der befristeten Zuteilung besteht auch kein schützenswertes Vertrauen des Zuteilungsinhabers in die unbegrenzte Weiternutzung der Frequenzen nach Ablauf der Zuteilungsfrist.³³ Denn der Sinn der Befristung liegt gerade auch darin, den Markteintritt von Neueinsteigern nicht auf unabsehbare Zeit unmöglich zu machen.³⁴

c) Determinierung der Ermessensausübung nach dem EKEK

Ergänzend hierzu zählt der EKEK explizit Ermessensgesichtspunkte auf, die die nationale Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über die Verlängerung zu berücksichtigen hat (Art. 50 Abs. 2 lit. a-f EKEK). Diese verweisen – wie bisher die *BVerwG*-Rechtsprechung – maßgeblich darauf, dass eine Verlängerung der Realisierung der Regulierungsziele nicht entgegenstehen darf. Gemäß der Umsetzung in § 91 Abs. 2 S. 3 TKG-E hat die *BNetzA* insbesondere die Erfüllung der in §§ 2 und § 86 TKG-E festgelegten Ziele (Nr. 1) sowie die Notwendigkeit zu berücksichtigen, im Einklang mit § 104 TKG-E den Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (Nr. 4).

d) Kein Raum für Verlängerungen

Auch mit Blick auf diese Ermessenserwägungen kommt eine Verlängerung der auslaufenden Frequenzzuteilungen derzeit aus folgenden Gründen nicht in Betracht.

Zum einen verhinderte sie die Zugangsmöglichkeit von anderen Interessenten, würde sie also diskriminieren. Dabei können andere Interessenten sowohl Neueinsteiger sein, die noch über keinerlei Frequenznutzungsrechte verfügen, als auch solche Unternehmen, die nur über Nutzungsrechte in bestimmten Frequenzbereichen verfügen und künftig auch in andere Frequenzbereiche einsteigen wollen, weil sie am Markt nur dann wettbewerbsfähig werden können, wenn sie ihr Frequenzportfolio um zusätzliche Frequenzbereiche erweitern. So ist z.B. ein Neueinsteiger, der bislang ausschließlich über sog. Kapazitätsfrequenzen verfügt, die zwar hohe Datenübertragungsraten, aber keinen Netzaufbau in der Fläche ermöglichen, auf den Zugang zu sog. Flächenfrequenzen (also Frequenzen unter 1 GHz) angewiesen, um sein Mobilfunknetz auch in der Fläche und mit einer Mobilfunkversorgung innerhalb von Gebäuden aufbauen zu können. Der Zugang zu Flächenfrequenzen ist auch Voraussetzung dafür, den Nutzern eine Mobilfunkversorgung innerhalb von Gebäuden (sog. Deep-Indoor-Versorgung) anbieten zu können. Viele Echtzeitanwendungen (Stichwort: Internet der Dinge) setzen aus technischen Gründen ebenfalls die Nutzung von Flächenfrequenzen voraus.

Entscheidend ist insofern allein der Umstand, dass ein Unternehmen in einem bestimmten Frequenzbereich noch keine Nutzungsrechte innehat. Unternehmen, die etwa über Nutzungsrechte im Bereich 2,6 GHz (Kapazitätsfrequenzen) verfügen, gelten mit Blick auf Flächenfrequenzen als Neueinsteiger. Soweit sie an der Zuteilung auslaufender Frequenznutzungsrechte für Flächenfrequenzen interessiert sind, würden sie bereits durch den Verzicht auf ein Vergabeverfahren durch die *BNetzA* diskriminiert.

Diese Diskriminierung wiegt umso schwerer, als sie die Wettbewerbssituation nicht nur einmal zu Gunsten etablierter Mobilfunkbetreiber veränderte, sondern sie dauerhaft perpetuierte. Selbst wenn der Markt durch eine Verlängerung auslaufender Frequenzzuteilungen nur für die Dauer der Verlängerung rechtlich gesperrt wird, bleibt er faktisch weit über diese Zeitdauer geschlossen. Denn die Profiteure der Verlängerung können ihren Wettbewerbsvorsprung in dieser Zeit quantitativ und durch eine Kombination unterschiedlicher Frequenzbereiche auch qualitativ so weit ausbauen, dass Neueinsteiger nach Ablauf dieser weiteren Verlängerung wirtschaftlich nicht mehr in der Lage wären, eine etwaige Marktöffnung zu dieser Zeit nutzen zu können. Eine Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte ist insofern entgegen dem ersten Anschein gerade kein Ausdruck von Nachhaltigkeit, sondern nimmt dem Mobilfunkmarkt und damit im Übrigen auch der *BNetzA* die notwendige Resilienz.

e) Missachtung objektiver Regulierungsziele

Die Verlängerung auslaufender Frequenzzuteilungen widerspräche auch objektiven Regulierungszielen. Denn die Zugänglichkeit des Marktes dient insbesondere auch den Nutzer- und Verbraucherinteressen, dem chancengleichen Wettbewerb und der Beschleunigung des Ausbaus hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze. Grundbedingung für die Erfüllung des Wettbewerbsprinzips ist, dass neben dem vormaligen Monopolisten weitere private Anbieter zugelassen werden und diese überdies in einen funktionsfähigen Wettbewerb treten.³⁵

Dieser Zusammenhang wird insbesondere auch vom *VG Köln* in seinem Beschluss über die Eilanträge der drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber gegen die Entscheidung der Präsidentenkammer der *BNetzA* vom 26. November 2018 verdeutlicht. Der in Art. 87f Abs. 1

GG enthaltene Infrastruktursicherungsauftrag solle danach verhindern, dass es nach der Privatisierung und Liberalisierung des Telekommunikationswesens zu einer Unterversorgung mit Dienstleistungen kommt, weil der Wettbewerb (noch) nicht funktioniere.³⁶ Zwar zielt das Privatisierungsgebot des Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG auf den Rückzug des Staates aus dem Bereich der betreffenden Dienstleistungen, „doch begründet der Infrastrukturgewährleistungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG die staatliche Verantwortung, marktwirtschaftlich bedingte Nachteile für eine Grundversorgung der Bevölkerung mit Telekommunikation zu verhindern.“³⁷

f) Begrenzung künftiger Gestaltungsspielräume der *BNetzA*

Schließlich spricht auch ein strategisches Argument gegen die leichtfertige Nutzung des Instruments der Verlängerung: Die *BNetzA* begrenzte mit einer Verlängerung für die Zukunft ihren eigenen Gestaltungsspielraum. Denn mit einer verlängerten Frequenznutzung wüchse die Marktmacht der etablierten Mobilfunknetzbetreiber in einem Maße, das späteren Neueinsteigern den Marktzutritt schon faktisch verwehrt. Der *BNetzA* wäre es dann kaum möglich, den Markt für weitere Wettbewerber wieder zu öffnen. Insofern sollte sie eher die durch auslaufende Frequenzzuteilungen bewirkte partielle Marktzugangsöffnung zur Förderung des Wettbewerbs nutzen als später einen verfestigten Markt mit großen Anstrengungen überhaupt wieder zugänglich zu machen.

5. Fazit

Sowohl die Regulierungsziele als auch die Aufgabe der Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen (§ 85 Abs. 1 TKG-E) lenken das Ermessen der *BNetzA* dahingehend, dass eine Verlängerung der auslaufenden Frequenznutzungsrechte ausgeschlossen ist. Insbesondere spricht gegen eine Verlängerung der Frequenznutzungsrechte aus den Bereichen 700, 800 und 900 MHz, dass der Zugang zu diesem Frequenzspektrum entscheidend für die Mobilfunkversorgung und damit den Wettbewerb in der Fläche ist.

III. Reservierung von Frequenzen

Insgesamt scheint die *BNetzA* in ihrem Frequenzkompass der Offenhaltung des Marktes keine hinreichende Bedeutung geschenkt haben. Denn sie thematisiert ein Instrument nicht, das doch von Art. 52 Abs. 2 lit. b EKEK und nun auch von § 104 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E explizit vorgesehen wird – die Reservierung eines bestimmten Abschnitts eines Frequenzbereichs. Dieses Instrument zielt insbesondere auf solche Neueinsteiger, die noch überhaupt keine Frequenznutzungsrechte innehaben, als auch auf solche, deren bestehende Frequenznutzungsrechte für den Aufbau eines wettbewerbsfähigen Mobilfunknetzes ungenügend sind. Gerade die anstehende Vergabe von Flächenfrequenzen ist für alle Marktteilnehmer von besonderer Bedeutung, weil sie essentielle Voraussetzung für die Mobilfunkversorgung in der Fläche ist.

1. Bedeutung von Flächenfrequenzen

Der garantierte Zugang zu Spektrum im Bereich 800 MHz ermöglicht dem Neueinsteiger einen chancengleichen Infrastruktur- und Dienstwettbewerb. Denn der Zugang zu Spektrum im Bereich 800 MHz ist von erheblicher Bedeutung für die zukünftige Entwicklung des Mobilfunkmarktes. Dem steigenden Bedarf mobiler breitbandfähiger Endgeräte im Alltag und der zunehmenden Nutzung mobiler Datendienste lässt sich nur durch eine flächendeckende Versorgung begegnen.

Derzeit haben mit der *Deutschen Telekom*, *Vodafone* und *Telefónica* allein die drei großen Mobilfunknetzbetreiber Zugang zu den Flächenfrequenzen im Bereich 700-800 MHz (mit 2x30 MHz) sowie im Bereich 900 MHz (mit 2x35 MHz). Dies verschafft ihnen eine erhebliche Marktmacht und verfestigt das Oligopol auf dem Mobilfunkmarkt. Denn (nur) Flächenfrequenzen ermöglichen die bundesweite Netzabdeckung zu attraktiven Preisen. Für die langfristige Wettbewerbsfähigkeit von Netzbetreibern ist der Zugang zu Flächenfrequenzen essentiell. Insbesondere für Neueinsteiger und Marktteilnehmer, die nur über Kapazitätsfrequenzen verfügen, sind die Bänder in den Flächenfrequenzen unter 1 GHz unabdingbar, um einen kosteneffizienten bundesweiten Netzausbau wettbewerbsfähig voranzutreiben. Vor diesem Hintergrund dient die Reservierung eines hinreichenden Frequenzteils im Bereich 800 MHz sowohl der Sicherstellung eines chancengleichen und nachhaltigen Wettbewerbs als auch dem flächendeckenden Infrastrukturgewährleistungsauftrag. Diesen Zusammenhang hat die *BNetzA* in ihrer Vergabeentscheidung 2018 durchaus erkannt. Hier verweist sie darauf, dass ein Neueinsteiger, der nur Frequenzen bei 3,6 GHz ersteigere, einen erhöhten Versorgungsgrad der Haushalte nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten erreichen könne.³⁸ Der niedrigere Versorgungsgrad für Neueinsteiger ist mit Blick auf die Ausbreitungseigenschaften der sog. Kapazitätsfrequenzen im 3,6-GHz-Frequenzbereich gerechtfertigt, die einen flächenmäßigen Ausbau nur unter unverhältnismäßig hoher Kostenlast erlauben.

2. Möglichkeit der Reservierung nach dem TKG-E

Im Unterschied zum alten TKG³⁹ sieht § 104 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E nun explizit die Möglichkeit der Reservierung eines bestimmten Abschnitts eines Frequenzbereichs oder einer Gruppe von Frequenzbereichen für neue Marktteilnehmer vor, „wenn dies angesichts der besonderen Lage auf dem nationalen Markt angemessen und gerechtfertigt ist.“

Diese gesetzliche Bestimmung setzt die unionsrechtliche Vorgabe wortwörtlich um. Dementsprechend sind auch die unionsrechtlichen Gründe für die Möglichkeit einer solchen Reservierung zu berücksichtigen, die insbesondere in Erwägungsgrund 133 EKEK zum Ausdruck kommen. § 104 Abs. 2 S. 3 TKG-E bezieht diese Überlegungen in Gesetzesform ein. Danach stützt sich die *BNetzA* bei ihren Entscheidungen unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen „auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse, der Frage, ob solche Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind, und der voraussichtlichen Auswirkungen solcher Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau“.

Unsicherheiten senken ökonomisch betrachtet nachweislich die Investitionsanreize für Unternehmen.⁴⁰ Die Reservierung entsprechender Frequenzen schafft Anreize für die Investitionstätigkeit der Mobilfunknetzbetreiber sowie insbesondere für Neueinsteiger einen

investitionssicheren Regulierungsrahmen. Denn diese wären nicht mehr allein auf National Roaming-Vereinbarungen mit den etablierten Mobilfunknetzbetreibern angewiesen. Letztlich ist die Frage, ob Reservierungen von Frequenzbereichen angezeigt sind, vor allem im Lichte des konkreten Wettbewerbs zu beurteilen. Eine Konsolidierung des Marktes und die Erschwerung netzbasierter Markteintritte ist nicht im Sinne des Wettbewerbs auf dem Mobilfunkmarkt und des Ausbaus der Netzarchitektur.

Wie sich auch aus der Erfahrung anderer Mitgliedstaaten zeigt, kann der Einstieg eines neuen Anbieters auf dem Markt einen sehr intensiven Wettbewerb entfachen.⁴¹ Insofern sollte – insofern muss – die *BNetzA* das Instrument der Reservierung von Frequenzen nicht nur bei der konkreten Zuteilung von Frequenzen, sondern auch schon im Rahmen ihrer mittelfristigen strategischen Planung berücksichtigen, die im Frequenzkompass zum Ausdruck kommen soll.

Neueinsteiger werden durch eine Reservierung im Übrigen nicht unzulässig privilegiert.⁴² Sie stehen vor der besonderen Herausforderung, anders als die bisher etablierten und bundesweit aktiven Mobilfunknetzbetreiber, ein Mobilfunknetz erst aufbauen zu müssen.⁴³ Auch verfügen Neueinsteiger im Unterschied zu den drei etablierten Mobilfunknetzbetreibern bislang über keine Frequenzen unterhalb 1 GHz, die einen kostengünstigeren, flächendeckenden Mobilfunknetzausbau sowie eine angemessene Indoor Coverage ermöglichen.⁴⁴

Umgekehrt darf die Reservierung von Funkfrequenzen auch keine künstliche Knappheit erzeugen. Der EKEK gibt in Erwägungsgrund 133 EKEK deshalb auch zu bedenken, dass eine „unangemessene Anwendung“ bestimmter Bedingungen zur Förderung des Wettbewerbs auch andere (gemeint sind gegenteilige) Auswirkungen haben kann. Allerdings ließe sich der Sorge, die Berechtigten von Reservierungen würden die für sie reservierten Frequenzen nicht, nicht schnell genug oder nicht ausreichend nutzen, durch entsprechende Ausbauforderungen oder Befristungen begegnen.

IV. Zusammenfassung („schnell gelesen“)

Die *BNetzA* muss bei künftigen Frequenzvergaben das telekommunikationsrechtliche Ziel im Blick behalten, den Markt im Interesse eines nachhaltigen Wettbewerbs auch für Neueinsteiger offen zu halten.

Sie darf deshalb nur dann von dem Vergabeverfahren als Regelverfahren der Frequenzzuteilung abweichen, wenn dies dem Ausgleich einer strukturellen Unausgewogenheit der Frequenzverteilung dient, also der Sicherung bzw. Herstellung des Wettbewerbs. Hingegen rechtfertigt das bloße Ziel, eine schnelle und unkomplizierte Frequenzzuteilung vorzunehmen, nicht den Verzicht auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens.

Mit einer Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen verfestigte die *BNetzA* nicht nur das bestehende Oligopol, sondern nähme sich selbst den Gestaltungsspielraum, den Markt künftig wieder für neue Unternehmen öffnen zu können.

Der Frequenzkompass nutzt das rechtlich bereitgestellte Instrumentarium nicht aus, wenn er die Möglichkeit der Reservierung von Frequenzbereichen nicht in den Blick nimmt.

Eine solche Reservierung von Frequenzbereichen kann den Markt für neue Marktteilnehmer öffnen und damit einen funktionsfähigen Wettbewerb sicherstellen. Dies ist zudem ein

wirkungsvolles Instrument zur Regulierung des Frequenzportfolios der einzelnen Marktteilnehmer: Ein konkurrenzfähiges Angebot an die Endnutzer können Mobilfunkunternehmen nur erstellen, wenn sie über verschiedene Frequenzen verfügen.

¹ Prof. Dr. Matthias Rossi ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Universität Augsburg, Dr. Aqilah Sandhu ist Akademische Rätin a.Z. an diesem Lehrstuhl. Der Beitrag geht auf ein Gutachten zurück, das für ein TK-Unternehmen erstellt wurde.

² BNetzA, Frequenzkompass 2020, abrufbar unter:

https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Frequenzkompass2020.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

³ Vgl. *Rossi/Sandhu*, MMR 2019, 90.

⁴ *BNetzA* (o. Fußn. 2), S. 2.

⁵ Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), ABl. EU L 321 v. 17.12.2018, S. 36.

⁶ Vgl. Erwägungsgrund 133 sowie Art. 52 Abs. 2 lit. b RL 2018/1972.

⁷ BR-Drs. 29/21.

⁸ BR-Drs. 445/19.

⁹ *BNetzA* (o. Fußn. 2), S. 2.

¹⁰ *Faulhaber*, Information Economics and Policy 18 (2006), 256, 258; *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 88.

¹¹ Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG), 23.4.1996, BT-Drs. 13/4438, 1.

¹² Frequenzen als knappe Güter vgl. statt vieler *Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 39 ff.

¹³ *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 31 ff.

¹⁴ BT-Drs. 13/4438, 1.

¹⁵ *Kugelman*, VerwArch 95 (2004) 515, 541.

¹⁶ *Kugelman* (o. Fußn. 15), S. 542.

¹⁷ BVerwG, Urt. v. 22.6.2011, 6 C 3.10, MMR 2012, 130 (131 Rn. 28).

¹⁸ Vgl. auch *Wollenschläger* (o. Fußn. 13), S. 420 f.

¹⁹ BVerfGE 116, 1, 12; *Wollenschläger* (o. Fußn. 13), S. 34 ff.

²⁰ *Wollenschläger* (o. Fußn. 13), S. 36 ff. und 427.

²¹ Vgl. zuletzt BVerfGE 129, 49 (Ls. 1); BVerfGE 118, 79, 100; BVerfGE 99, 367, 388.

²² *Bumke* (o. Fußn. 11), S. 222.

²³ BVerfGE 116, 135, 154.

²⁴ BVerwG MMR 2012, 131, Rdnr. 28.

²⁵ Vgl. nur *Bumke* (o. Fußn. 12), S. 119 m.w.N.

²⁶ BR-Drs. 29/21, 365.

²⁷ BR-Drs. 29/21, 365.

²⁸ BVerwG MMR 2012, 130, Rdnr. 36; BVerwG MMR 2010, 56, Rdnr. 16.

²⁹ BR-Drs. 29/21, 365, verweist auch auf diese Rspr.

³⁰ BVerwG NVwZ 2011, 613, Rdnr. 25; BVerwG NVwZ 2011, 1333, Rdnr. 20 ff.; BVerwG MMR 2012, 130, Rdnr. 35.

³¹ BVerwG NVwZ 2011, 1333, Rdnr. 20 ff.

³² BVerwG MMR 2012, 130, Rdnr. 36.

³³ *Marwinski*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2. Aufl. 2015, § 55 Rdnr. 41.

³⁴ Vgl. auch *Wollenschläger* (o. Fußn. 13), S. 420.

³⁵ *Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 87 f. Rdnr. 61.

³⁶ VG Köln, B. v. 14.3.2019 – 9 L 300/19, Rdnr. 62.

³⁷ VG Köln, B. v. 14.3.2019 – 9 L 300/19, Rdnr. 62.

³⁸ Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA vom 26.11.2018, Az. BK1-17/001, Rdnr. 447; dies nicht als diskriminierend beanstandend VG Köln, B. v. 14.3.2019 – 9 L 300/19, Rdnr. 92.

³⁹ Möglich ist die Reservierung als Maßnahme auf Grundlage von § 61 Abs. 4 TKG, der einen weiten Ausgestaltungsspielraum hinsichtlich der Durchführung des Vergabeverfahrens einräumt *Sörries*, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2013, § 61 Rdnr. 46.

⁴⁰ S. die Nachweise bei *Haucap/Heimeshoff*, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 39 (2013), 71, 81.

⁴¹ *Haucap/Heimeshoff* (o. Fußn. 40), S. 80 zum Beispiel Österreich.

⁴² Vgl. VG Köln, B. v. 14.3.2019 – 9 L 300/19, Rdnr. 90 ff. und B. v. 14.3.2019 – 9 L 205/19, Rdnr. 127 f., 131.

⁴³ Zur Zulässigkeit dieser Nebenbestimmungen s. VG Köln, B. v. 14.3.2019 – 9 L 205/19, Rdnr. 130, Rdnr. 142 ff.

⁴⁴ VG Köln, B. v. 14.3.2019 – 9 L 205/19, Rdnr. 134 f.