

DER DIREKTOR

Professor Dr. Matthias Cornils

Mainzer Medieninstitut e.V.
Jakob-Welder-Weg 4
55128 Mainz

Telefon 06131 3937690

Telefax 06131 3937695

info@mainzer-medieninstitut.de

www.mainzer-medieninstitut.de

Mainz, 24. Februar 2021

Stellungnahme Professor Dr. Matthias Cornils

Direktor des Mainzer Medieninstituts

Lehrstuhl für Medienrecht, Kulturrecht und Öffentliches Recht,

Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Anhörung von Sachverständigen
des Ausschusses für Wirtschaft und Energie
des Deutschen Bundestages am 1. März 2021

betreffend die Vorlage Gesetzentwurf der Bundesregierung **Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz)**, BT-Drucksache 19/26108, sowie zu den Anträgen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auf BT-Drucksachen 19/26531, 19/26532 und 19/26533

Für die Einladung als Sachverständiger und Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme bedanke ich mich.

Meine Stellungnahme beschränkt sich auf den Themenbereich Frequenzregulierung (Art. 45 ff. EKEK, §§ 86 ff. TKG-E (Art. 1 TKModG-E) und fokussiert hier auf die Fragen mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielräume und ihrer Nutzung durch den Bundesgesetzgeber zum Zweck der Akzentuierung und Stärkung des Regulierungsziels flächendeckender Mobilfunkversorgung. Die Stellungnahme besteht in der Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse eines Rechtsgutachtens, das ich der CDU/CSU-Fraktion erstattet habe.

Flächendeckende Mobilfunkversorgung als gesetzlicher Auftrag für die Frequenzregulierung

Zur unions- und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit mitgliedstaatlich-gesetzlicher Vorgaben für den lückenlosen und unterbrechungsfreien Zugang zu Mobilfunkdiensten im Verkehrsnetz

Executive Summary

I. Der tatsächliche Stand des Mobilfunk-Netzausbaus in Deutschland bleibt hinter den politisch – auch von der Bundesregierung – proklamierten Versorgungszielen weit zurück. Der Ausbau erreicht in immer noch erheblicher Größenordnung nicht die dünn besiedelte Fläche und die Verkehrswege über die Hauptstrecken hinaus. Die Erfolge der bisher auf freiwillige Verhandlungen der Netzbetreiber setzenden Frequenzregulierungsstrategie der BNetzA bleiben überschaubar. Der Regierungsentwurf eines Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes statuiert indes trotz dieser ernüchternden Erfahrungen kein konkretisiertes Regulierungsziel einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung aller Nutzer, einschließlich einer funktionalen Datenübertragung auf einem ausreichenden Mindestniveau (also namentlich: 4G/LTE). Der TKModG-E überlässt auch die Maßstababbildung für die Frequenzvergabe weitgehend der BNetzA. Er verzichtet auch darauf, nähere Regelungen zu den der BNetzA zur Verfügung stehenden möglichen regulatorischen Instrumenten zu treffen, die über das vom EU-Kodex unabdingbar aufgegebene Pflichtprogramm der Umsetzung hinausgehen. Das Gutachten geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, ob der EU-Kodex und das Grundgesetz dem Bundesgesetzgeber Spielräume einräumen, das Mobilfunk-Versorgungsziel sowie die dafür einsetzbaren regulatorischen Instrumente im Gesetz klarer zu akzentuieren bzw. auszuformen.

II. Die allgemeinen Regulierungsziele des Telekommunikationsrechts sowie die besonderen Ziele der Frequenzregulierung sind durch das unionale Richtlinienrecht harmonisiert. Diese inhaltliche Bindung ist keineswegs gleichbedeutend mit einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Ziele und Grundsätze des Kodex textgetreu in ihre nationalen Umsetzungsgesetze zu übertragen. Entscheidend für die Unionsrechtskonformität mitgliedstaatlicher Ziel- und Maßstäbefassung ist die substantielle Vereinbarkeit mit den harmonisierten Zielen. Die Mitgliedstaaten sind daher berechtigt, Ziele ausdrücklicher und klarer als im Kodex in ihren Umsetzungsgesetzen zu verankern, sofern diese Ziele substantiell im Kodex selbst angelegt und damit unionsrechtlich anerkannt sind. Dies gilt insbesondere auch für Konkretisierungen von Versorgungszielen der Frequenzregulierung. Hinsichtlich

dieses Teilbereichs der Regulierung sind den Mitgliedstaaten ohnehin weitergehende Umsetzungsspielräume eingeräumt als für andere Regelungsbereiche. Zudem rückt der EU-Kodex mit dem neuen Konnektivitätsziel und dem darauf abgestimmten Verbraucherschutzziel die Regulierungsziele, die auf eine hochwertige Endnutzerversorgung gerichtet sind, noch stärker in den Vordergrund. Das unionsrechtliche Ausbau- und Versorgungsziel fokussiert auch nicht ausschließlich auf Netze auf dem neuesten technologischen Stand (NGA+, 5G). Vielmehr impliziert der EU-Kodex die schon früher auch im Unionsrecht formulierten Ziele einer flächendeckenden Versorgung mit zumindest ausreichenden Netzzugängen und Dienstleistungen. Das gilt namentlich auch für eine umfassende, alle Bürger erreichende Mobilfunk-Breitbandversorgung auf zumindest mittlerer Qualitätsstufe. Die Mitgliedstaaten sind daher europarechtlich nicht gehindert, das im Kodex angelegte Basisversorgungsziel einer flächendeckenden Versorgung mit funktionalen Breitbanddiensten im Mobilfunk expliziter in ihren Umsetzungsgesetzen zu fassen. Insbesondere darf das Ziel flächendeckender Versorgung präziser bestimmt werden als dies in Art. 45 Abs. 2 EKEK und im TKModG-E geschieht. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Erschließung der Verkehrswege. Es gibt keinen überzeugenden Grund, weshalb die Zielformulierung durch den Gesetzgeber nicht auch die Ebene der Kreisstraßen und aller Schienenwege einbeziehen dürfte. Auch die neue, in Art. 55 Abs. 2 EKEK vorgegebene Zielfestlegungskompetenz macht deutlich, dass die Mitgliedstaaten gerade im Rahmen der Vergabe knapper Frequenzen ein beträchtliches frequenzpolitisches Gestaltungsermessen haben.

III. Der Kodex unterscheidet zwischen einerseits der normativen Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten, im Regelfall durch Gesetz, und andererseits der Zuständigkeit nur von Behörden für die Wahrnehmung der regulatorischen Aufgaben. Unzweifelhaft ist es daher Sache des parlamentarischen Gesetzgebers, die allgemeinen und die besonderen Regulierungsziele festzulegen und dafür auch die unionsrechtlich eröffneten Konkretisierungsspielräume, namentlich bei der Umsetzung von Art. 45 Abs. 2 EKEK, zu nutzen. Darüber hinaus gehören auch Aufgaben normativer Maßstabsetzung, nicht nur behördliche Einzelfallentscheidungen, zur Regulierung als solcher. Für den Bereich der Frequenzregulierung erscheint sogar nicht ausgeschlossen, dass sich insoweit auch der mitgliedstaatliche Gesetz- oder Verordnungsgeber Organkompetenzen vorbehalten könnte. Der Kodex fordert für diesen Bereich nicht zwingend eine Zuständigkeit der Nationalen Regulierungsbehörden, wie etwa für die Marktregulierung. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten befugt, Zuständigkeiten der Frequenzregulierung „anderen Behörden“ zuzuweisen. Diese Behörden müssen auch nicht notwendigerweise politisch unabhängig sein. Auch unterhalb

der Ebene der parlamentsgesetzlichen Festlegung der Regulierungsziele erscheint es daher vorstellbar, Maßstababbildungen der Frequenzregulierung von politischer Tragweite einzelfallübergreifend-normativ durch einen demokratisch unmittelbar verantwortlichen Normsetzer zu regeln. Denkbar ist dies etwa bei den neu einzuführenden Zielen für das Vergabeverfahren gem. Art. 55 Abs. 2 EKEK. Diese den Mitgliedstaaten überantwortete Zielfestlegungskompetenz könnte für die Vorgabe einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung maßstabsetzende Bedeutung gewinnen.

IV. Die Vorgaben des Kodex räumen den Mitgliedstaaten rechtlich eindeutiger und weitergehende Befugnisse zur regulatorischen Durchsetzung der Versorgungsziele ein als die frühere Genehmigungsrichtlinie. Dies eröffnet Möglichkeiten, das Repertoire regulatorischer Maßnahmen zur Verfolgung von Mobilfunk-Versorgungszielen gesetzlich eingehender zu beschreiben, als dies im Regierungsentwurf des TKModG geschieht. Auf eine Umsetzung des Art. 47 Abs. 2 EKEK wird im TKModG-E verzichtet. Mit einer Umsetzung könnte aber das funktionale Zusammenspiel von Versorgungsaufgaben, Anrechnungsmöglichkeiten und Kooperationspflichten der Betreiber (Infrastruktursharing und/oder Roaming) gesetzlich verankert werden. Der von der BNetzA schon in den bisher erlassenen Frequenznutzungsbestimmungen eingeschlagene Weg würde damit vom Gesetzgeber abgesichert werden. Eine solche Verknüpfung und daher eine dafür bereitgestellte gesetzliche Grundlage erscheint für die flächendeckende Versorgung in Bereichen, in denen ein jeweils eigener Netzausbau verschiedener Betreiber wirtschaftlich wenig sinnvoll ist, vielversprechend. Denkbar – und im Einklang mit der Kommissionsempfehlung v. 18.9. 2020 stehend – erscheint auch, den Faktor staatlicher Förderung des Netzausbaus stärker als bisher in die Abwägung der Belange, die für die Festlegung verhältnismäßiger Versorgungsaufgaben maßgeblich sind, einzubeziehen.

V. Angesichts der rasanten Entwicklung sowohl der verfügbaren Angebote als auch der Bedarfe von Bürgern und Unternehmen hinsichtlich überall verfügbarer Verbindungen für eine stabile und schnelle Datenübertragung bedarf auch der entwicklungs-offene Universalienbegriff neuer Bewertung in überschaubaren zeitlichen Abständen. Gut vertretbar ist daher die Annahme, dass eine flächendeckende 4G-Verfügbarkeit zumindest in besiedelten Gebieten und entlang wichtiger Verkehrswege heute schon als *Garantieinhalt* im Sinne der dynamischen Verfassungsgewährleistung des Art. 87f Abs. 1 GG verstanden und vom Gesetzgeber als zu verwirklichender Versorgungsstandard gesetzt werden kann. Zumindest erscheint es überzeugend, in Art. 87f Abs. 1 GG über die Versorgungsgarantie hinaus ein verfassungsrechtliches Staatsziel der Förderung einer hochwertigen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen, einschließlich einer flächendeckenden 4G-

Abdeckung, angelegt zu sehen. In jedem Fall, dies entspricht wohl allgemeiner Ansicht der Staatsrechtslehre, entfalten Art. 87f Abs. 1 und 2 GG keine Sperrwirkung gegenüber einer gesetzlichen über den Universaldienst hinausgehenden Versorgungszielfestlegung und entsprechenden regulatorischen Instrumenten. Im Ergebnis kann daher auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht überzeugend bestritten werden, dass der Gesetzgeber die Befugnis hat, eine flächendeckende, unterbrechungsfreie, für eine Datenübertragung geeignete Mobilfunkversorgung als Versorgungsziel zu definieren.

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse des Gutachtens in Thesen

I. Einführung und Problemstellung

1. Die EU und die Mitgliedstaaten, auch Deutschland, verfolgen seit Jahren ehrgeizige Ausbauziele auch für die Mobilfunkversorgung. So sollen nach der „Mobilfunkstrategie“ der Bundesregierung 97,5 % der Fläche erreicht werden. Flächendeckende Versorgung bedeutet danach zwar keineswegs, dass sämtliche „weißen Flecken“ auch abseits von Verkehrswegen oder bebauten Ortsbereichen geschlossen werden müssten. Jedoch sollten neben den mit Haushalten besiedelten Gebieten, in denen eine Versorgung von 99,95 % erreicht werden sollte, jedenfalls auch die Verkehrswege, darunter auch die Kreis- und Gemeindestraßen, mit Mobilfunk erschlossen werden.

2. Der tatsächliche Stand des Ausbaus bleibt hinter diesen Zielen bisher weit zurück. Deutschland liegt auch im europäischen Vergleich in der Netzabdeckung auf hinteren Plätzen. Zwar sind in den letzten Jahren erhebliche Ausbaufortschritte erzielt worden. Jedoch konzentriert sich der Ausbau auf die Versorgung der Haushalte und Hauptverkehrswege und erreicht in immer noch erheblicher Größenordnung nicht die dünn oder gar nicht besiedelte Fläche. Zahlreiche Flächen und Verkehrswegestrecken sind nicht mit datenübertragungsfähigen Netzen abgedeckt. Die Lücken in der 4G-Abdeckung (LTE) liegen über alle Netzbetreiber immer noch bei annähernd 10 % der Gesamtfläche. Problemverschärfend tritt hinzu, dass die Netze der einzelnen Betreiber eine unterschiedlich weit entwickelte Flächenabdeckung aufweisen.

3. Spielen für die Lückenschließung im ländlichen Raum – sowohl für die Erst-Erschließung bisher „weißer Flecken“ als auch für den Netzzugang zugunsten aller Nutzer in bisher nur von einem Netzbetreiber erschlossenen „grauen Flecken“ – auf Roaming und/oder Infrastruktur-Sharing zielende Vereinbarungen eine entscheidende Rolle auch in der bisherigen Regulierungspraxis der BNetzA, so sind die Erfolge dieses auf freiwillige Verhandlungen unter der (im Hinblick auf die konkreten Befugnisse diffus bleibenden) „Schiedsrichter“-Rolle der BNetzA setzenden Ansatzes, soweit ersichtlich, bisher überschaubar.

4. Der in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Entwurf der Bundesregierung eines Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes in Umsetzung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation übernimmt zwar die auf die Förderung des Zugangs zu Netzen sehr hoher Kapazität bezogenen Ziele des Kodex, enthält sich aber einer konkretisierenden Zielvorgabe einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung aller Nutzer auf einem für eine funktionale Datenübertragung ausreichenden Mindestniveau (also namentlich: 4G/LTE) unterhalb des langfristig angezielten Gigabit-Standards.

5. Vor diesem Hintergrund geht das Gutachten der Frage nach, ob dem Telekommunikationsgesetzgeber durch die unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben Spielräume dahingehend eingeräumt sind, das flächenbezogene Versorgungsziel für die Frequenzregulierung sowie die dafür einsetzbaren regulatorischen Instrumente stärker zu akzentuieren als dies im Gesetzentwurf geschieht. Bestehen solche Spielräume, bedarf auch der Klärung, welche mitgliedstaatliche Stelle – Normsetzer oder Behörde – unionsrechtlich mit der Kompetenz zur Ziel- und Maßstabkonkretisierung sowie der Präzisierung verfügbarer regulatorischer Instrumente, namentlich von Frequenznutzungsbestimmungen in Vergabeverfahren der Frequenzverwaltung, betraut werden darf. Verfassungsrechtlich ist zu untersuchen, ob die grundgesetzliche Infrastrukturgewährleistung für die Telekommunikation (Art. 87f Abs. 1 GG) auf dem heutigen Stand der technischen Entwicklung, der – weitgehenden, aber eben nicht vollständigen – Verfügbarkeit sowie des gesellschaftlichen Bedarfs das Versorgungsziel einer flächendeckenden 4G-Versorgung einschließt oder immerhin eine einfachgesetzliche darauf gerichtete Zielsetzung zulässt.

II. Der unionsrechtliche Spielraum auf der Ebene der Zielfestlegung und -konkretisierung

6. Die allgemeinen Regulierungsziele des Telekommunikationsrechts sowie die besonderen Ziele der Frequenzregulierung sind durch das unionale Richtlinienrecht (heute: den Kodex) harmonisiert. Die Mitgliedstaaten sind substantiell an diese Ziele gebunden, können mithin keine ihnen zuwiderlaufenden rechtspolitischen Vorstellungen verfolgen und in ihren Telekommunikationsgesetzen verankern. Diese inhaltliche Bindung ist jedoch keineswegs gleichbedeutend mit einer Verpflichtung, die Ziele und Grundsätze des Kodex ohne jeden Spielraum zu eigenständiger gesetzlicher Ausformung oder gar textgetreu in ihre nationalen Umsetzungsgesetze zu übertragen. Entscheidend für die Unionsrechtskonformität mitgliedstaatlicher Ziel- und Maßstäbefassung ist die substantielle Vereinbarkeit mit den harmonisierten Zielen, nicht die äußere Übereinstimmung nach textlicher Formulierung und systematischer Anordnung.

7. Der deutsche Gesetzgeber ist auch schon bisher stets von einer Befugnis zu einer eigenständigen Fassung der allgemeinen Regulierungsziele und -grundsätze (Art. 3 EKEK, §§ 1 und 2 TKG) ausgegangen, besonders prägnant etwa durch die Beschreibung des Gesetzeszwecks in § 1 TKG, die im Unionsrecht bisher kein Vorbild hatte. Auch der Regierungsentwurf eines TKModG folgt in der Fassung des Zielekatalogs in § 2 TKG keineswegs sklavisch den Formulierungen in Art. 3 Abs. 2 EKEK und dokumentiert insbesondere im neugefassten Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. d) TKG-E:

„Sicherstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse in städtischen und ländlichen Räumen“ einen eigenen Gestaltungswillen.

8. Das Beispiel der im Kodex nicht mehr im Katalog der allgemeinen Regulierungsziele aufgeführten, aber weiterhin enthaltenen Universaldienstgarantie veranschaulicht, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls berechtigt sind, Ziele ausdrücklicher und klarer als im Kodex in ihren Umsetzungsgesetzen zu verankern, sofern diese Ziele substantiell im Kodex selbst angelegt und damit unionsrechtlich anerkannt sind.

9. In der ausdrücklichen Beschreibung des Universaldienstziels, wie sie auch im Regierungsentwurf zumindest in § 1 TKG-E aufrechterhalten bleiben soll, erschöpft sich die Berechtigung der Mitgliedstaaten, Ziele der Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Interesse der Verbraucher und des Gemeinwohls auch in weitergehender Konkretisierung der Vorgaben des Kodex festzulegen, nicht. Namentlich für die Frequenzregulierung und hier also für die spezifischen Zielfestlegungen und Maßstababbildungen für diesen Sektor anerkennt der Kodex sogar relativ weitergehende mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume als in anderen Bereichen. Diese Spielräume werden hier auch nicht – wie etwa bei der Marktregulierung – im Wesentlichen nur als Gestaltungsspielräume der Regulierungsbehörden verstanden, sondern betreffen auch schon die Umsetzung des Kodex in das mitgliedstaatliche Recht.

10. Insbesondere für die Versorgung mit Zugängen zu drahtlosen Netzen und die Frequenzregulierung lassen sich dem Kodex vielfache und eindeutige Hinweise entnehmen, dass die Mitgliedstaaten berechtigt sind, regulatorisch auch außerhalb des Universaldienstmechanismus tätig zu werden, um Ziele einer umfassenden Versorgung der Bevölkerung zu verfolgen. Daraus lässt sich schließen, dass derartige Ziele im Kodex selbst angelegt sind und von den Mitgliedstaaten dementsprechend als solche ausformuliert und in ihren Gesetzen verankert werden dürfen. So ist schon in den allgemeinen Regulierungszielen das Leitbild bestmöglicher Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Vergleich mit den Vorgängerrichtlinien noch gestärkt worden, besonders deutlich in der Einführung des neuen Konnektivitätsziels hinsichtlich der Netze mit sehr hoher Kapazität, unmittelbar verknüpft mit der Forderung, Zugangsmöglichkeiten zu diesen Netzen *für alle Bürger und Unternehmen* der Union zu schaffen (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) EKEK). Diese Forderung wird sodann mit der darauf abgestimmten Neuformulierung des Verbraucherschutzziels gleichsam noch einmal „gedoppelt“. Der Kodex betont noch deutlicher als die Vorgängerrichtlinien die Erwartungen des Regulierungsrechts an die Angebotsleistungen des Marktes und fordert

von der Regulierung entsprechende Strategien und Maßnahmen ein, die dazu beitragen können, dass diese Erwartungen auch erfüllt werden.

11. Der Kodex beschränkt sich keineswegs darauf, nur eine Spitzenversorgung mit höchstleistungsfähigen Dienst- und Netzangeboten auf dem neuesten technologischen Stand einzufordern. Zwar setzt er sich in seinen Zielformulierungen zur Konnektivität und zum Versorgungsgrad an die Spitze des technologischen Fortschritts, um für die Zukunft Anreize zu setzen und Rahmenbedingungen vorzugeben, die eine höchstwertige Netzversorgung ermöglichen. Er impliziert aber weiterhin die schon früher formulierten elementaren Ziele einer flächendeckenden Versorgung mit zumindest ausreichenden Netzzugängen und Dienstleistungen. Die Ziele einer niedrigerstufigen Basisversorgung bleiben, wie sich aus den einzelnen Regelungen des Kodex und den Erwägungsgründen belegen lässt, weiterhin gültig; dies gilt namentlich auch für eine umfassende, alle Bürger erreichende Mobilfunk-Breitbandversorgung auf zumindest mittlerer Qualitätsstufe.

12. Insbesondere sind die Ziele im spezifischen Zielekatalog für die Frequenzordnung (Art. 45 Abs. 2 EKEK) nicht nur auf die Bereitstellung von Hochgeschwindigkeitsnetzen mit sehr hoher Kapazität gerichtet, vielmehr signifikant offener und damit umfassender formuliert, indem sie nicht nur höchste Leistungsqualitäten beschreiben. Die Ziele der Frequenzregulierung sind im Kodex zudem nicht abschließend aufgeführt. Vielmehr gewährt die Bestimmung den Mitgliedstaaten ausdrücklich eine Befugnis zur Ergänzung des in der Richtlinie vorgegebenen Katalogs um weitere Ziele („unter anderem“); hier wird der Zielkonkretisierungs- und sogar -festlegungsspielraum der Mitgliedstaaten besonders deutlich.

13. Die Mitgliedstaaten sind mithin unionsrechtlich nicht gehindert, das im Kodex in den Versorgungszielen mit angelegte und in Erwägungsgrund Nr. 109 klar formulierte Basisversorgungsziel einer flächendeckenden Versorgung mit funktionalen Breitbanddiensten im Mobilfunk expliziter in ihren Umsetzungsgesetzen zu fassen. Darin läge keineswegs eine Abweichung vom Kodex, vielmehr nur eine explizitere Entfaltung des im Kodex selbst vorgegebenen – für die Mobilfunkversorgung sogar textlich schon zum Ausdruck gebrachten – umfassenderen, flächenbezogenen Versorgungsziels.

14. Der Entwurf eines TKModG anerkennt ansatzweise dieses unionsrechtlich eingeräumte Konkretisierungsmandat des Gesetzgebers, in dem er der Frequenzregulierung das Ziel einer „unterbrechungsfreien“ Versorgung insbesondere „in ländlichen Räumen“ vorgibt, Prädikate, die der Kodex in Art. 45 Abs. 2 EKEK so nicht anführt. Die Bundesre-

gierung geht also zu Recht selbst nicht davon aus, dass der Umsetzungsgesetzgeber darauf beschränkt wäre, die im Kodex formulierten (nicht abschließenden) Ziele unter Verzicht auf jedwede Modifikation oder Akzentuierung zu übernehmen.

15. Allerdings begnügt sich der TKModG-E im Übrigen damit, die im Kodex formulierten Ziele der Frequenzverwaltung textgetreu in das Gesetz zu übernehmen und ihre Beachtung und Handhabung der Regulierungsbehörde (BNetzA) zu übertragen. Auch die in Art. 45 Abs. 2 EKEK angelegte Ziel-Ergänzungsbefugnis der Mitgliedstaaten wird ohne weiteres der Bundesnetzagentur überlassen. Indem der Regierungsentwurf die Aufzählung der „instrumentellen“ Ziele des Art. 45 Abs. 2 EKEK („indem sie [...] vorantreiben“) nur als nicht abschließende („unter anderem“) in § 86 TKG übernimmt, schöpft er die Zielfestlegungskompetenz des Gesetzgebers nicht aus. Damit weist § 86 TKG-E – wie übrigens auch schon § 2 Abs. 3 TKG-E betreffend die allgemeinen Regulierungsgrundsätze – der Regulierungsbehörde eine Politikverantwortung zu, von der sich auch aus funktional-gewaltenteiliger Sicht fragen lässt, ob sie nicht besser vom Gesetzgeber selbst wahrgenommen werden sollte.

16. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber ist zu einer – ansatzweise auch im TKModG-E schon enthaltenen – konkretisierenden Entfaltung des Versorgungsziels für die Frequenzregulierung aus dem Kodex, aber über dessen Formulierung hinaus berechtigt. Insbesondere darf das Ziel flächendeckender Versorgung ambitionierter gefasst werden als dies in Art. 45 Abs. 2 EKEK ausdrücklich geschieht, weil diese ambitioniertere Fassung nicht im Widerspruch, sondern im Einklang mit dem anspruchsvollen, auf höchste Leistungsfähigkeit der Versorgung gerichteten Konnektivitätsziel des Kodex steht.

17. Der Gesetzgeber wäre nicht gehindert, das Versorgungsziel namentlich hinsichtlich der Erschließung der Verkehrswege noch klarer und expliziter zu fassen als in der Fassung des Regierungsentwurfs, namentlich unter Benennung auch der Kreisstraßen und aller Schienenwege als der zu erschließenden Verkehrswege. Dagegen lässt sich insbesondere nicht einwenden, die Formulierung im Kodex („entlang wichtiger nationaler und europäischer Verkehrswege“) entfalte eine Sperrwirkung gegenüber einer mitgliedstaatlichen Zielvorgabe, die das Straßennetz bis hinunter zu den Straßenklassen der Kreis- und Gemeindestraßen mit einbezieht. Für eine derartige Sperrwirkung könnte es keine plausible Begründung geben.

18. Unionsrechtlich lässt sich eine explizitere und weitergehende Fassung des Verkehrswege-Erschließungsziels darauf stützen, dass die Zielvorgaben in Art. 45 Abs. 2 EKEK zum einen nicht abschließend sind, und dass zum anderen der Ausdruck der „wichtigen

nationalen Verkehrswege“ unionsrechtlich nicht definiert ist. Daher ist es möglich, etwa die Versorgung der Kreisstraßen entweder – ohne Sperrwirkung des Kodex – als diejenige einer weiteren Straßenkategorie *neben* den „wichtigen“ Straßen zu begründen oder auch die Kreisstraßen als „wichtige nationale Verkehrswege“ zu begreifen. Da es dem Unionsrecht und den Mitgliedstaaten unzweifelhaft um eine immer weiter voranschreitende Mobilfunk-Erschließung sämtlicher besiedelter Flächen und Straßen geht, kann der Begriff der „Wichtigkeit“ nur relativ auf den jeweils erreichten Ausbaustand zu verstehen sein. Es gibt jedenfalls mit Blick auf die Mobilfunkversorgung und die dadurch ermöglichten Funktionen (automatisiertes Fahren!) keine wichtigen und unwichtigen Straßen in einem absoluten Sinn.

19. Eine nicht nur qualitativ, sondern auch zeitlich definitive Festlegung von Versorgungszielen durch den Gesetzgeber außerhalb des Universaldiensts im engen Sinn stieße indes auf unionsrechtliche Bedenken. Daher sollte die Formulierung eines (möglichen) präzisierten Versorgungsziels der Erschließung auch aller Schienenwege oder von Kreisstraßen von *starr*en Zeitzielen Abstand nehmen. Realitätsgerechte Zeitziele, innerhalb derer die Versorgung erreicht werden soll, können auch im Gesetz durchaus gesetzt werden (etwa: „bis 2026“ o. ä.), müssen dann aber mit einer Relativierung verbunden sein (z.B.: „möglichst“), die sicherstellt, dass damit keine unbedingte Erfolgshaftung der BNetzA für den gesetzten Zeitpunkt gemeint ist.

20. Die neue, in Art. 55 Abs. 2 EKEK vorgegebene Zielfestlegungskompetenz der Mitgliedstaaten macht die unionsrechtlich den Mitgliedstaaten eröffnete Gestaltungsprärogative im Rahmen der Vergabe knapper Frequenzen noch sichtbarer und gibt ihr eine ausdrückliche normative Grundlage: Es sind die Mitgliedstaaten, denen das Mandat zur Auswahl zwischen verschiedenen möglichen Leistungszielen, etwa der Verbesserung des Versorgungsgrades oder der Innovativität oder Qualität der angebotenen Dienste, eingeräumt ist. Damit sind erhebliche Potenziale einer regulierungspolitischen Schwerpunktsetzung verbunden, die unionsrechtlich keineswegs vorgegeben ist. Die Mitgliedstaaten müssen diese Auswahl des einen oder anderen oder mehrerer Leistungsziele für das Vergabeverfahren aus dem Argumentationshaushalt der Regulierungsziele begründen und rechtfertigen, aber sie sind dadurch nicht auf einen bestimmten Kurs festgelegt.

21. Die Festlegung dieses Kurses und also der leistungsbezogenen Ziele des Vergabeverfahrens (etwa hinsichtlich einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung auch in dünn besiedelten Gebieten) hat auch wiederum Bedeutung für die darauf basierende Festlegung der Vergabebedingungen, also etwa Versorgungsaufgaben. Zwar muss auch bei deren Bestimmung durch die zuständige Behörde wiederum den allgemeinen Regulierungszielen

Rechnung getragen werden (Art. 55 Abs. 6 EKEK, § 99 Abs. 3 TKModG-E). Aber die nun geforderte, logisch vorrangige Festlegung der allgemeineren Ziele gemäß Art. 55 Abs. 2 EKEK entfaltet ihrerseits normative Bindung für die nachgelagerte Festsetzung der konkreten Bestimmungen als Verfahrens-Auswahlkriterien. Die mit der Zielfestlegung bewirkte Fokussierung auf bestimmte Leistungsziele wirkt sich daher auch auf die konkreten Versorgungsaufgaben aus, kann diesen Richtung und Maß geben und sie rechtfertigen.

22. Das Vergabeverfahren erweist sich daher mit der damit verbundenen neuen Zielfestlegungskompetenz der Mitgliedstaaten als ein Instrument der – im unionsrechtlichen Rahmen – eigenständigen Verfolgung selbstgesetzter Ziele. Dies gilt insbesondere auch für die Festsetzung von Versorgungszielen, die dann in entsprechende Versorgungsaufgaben als Frequenznutzungsbestimmungen umgesetzt werden können. Die eingeräumte Prärogative der Mitgliedstaaten und die nun erstmalige ausdrückliche Nennung des Ziels der Verbesserung der Versorgung als eines möglichen Leistungsziels für das Vergabeverfahren lassen erkennen, dass das Unionsrecht gerade dieser Möglichkeit einer Nutzung des Vergabeverfahrens für die Verfolgung von Versorgungszielen und insoweit bestehenden Spielräume der Mitgliedstaaten nicht nur nicht entgegensteht, sondern sie unterstützt.

III. Die Kompetenzfrage: Zum Verhältnis von Umsetzung und Regulierung sowie zur Organkompetenz der NRB und sonstiger Behörden

23. Der Kodex geht von der Unterscheidung zwischen der normativen Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten einerseits und der Zuständigkeit nur von „Behörden“ für die Wahrnehmung der regulatorischen Aufgaben andererseits aus – auch wenn diese Unterscheidung rechtstheoretisch nur begrenzt belastbar ist und auch konkrete Abgrenzungsschwierigkeiten aufwerfen kann. Die Umsetzung des Kodex ist Aufgabe des mitgliedstaatlichen Normsetzers, im Regelfall des parlamentarischen Gesetzgebers. Damit setzt dieser die maßgeblichen, unmittelbar anwendbaren Standards für die Telekommunikationsregulierung, nimmt durch diese Standardsetzung aber an der Regulierungsaufgabe auch selbst teil.

24. Dementsprechend ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Regulierungsziele als zentrale Maßstäbe und damit als „Abwägungsmaterial“ für das Regulierungshandeln vorzugeben, und Aufgabe der zuständigen Behörde, unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe die einzelfallbezogenen Abwägungen vorzunehmen. Die präzise Unterscheidung zwischen den Funktionen der Maßstabsetzung und der Abwägung ist indes, wie insbesondere das Beispiel des Art. 55 Abs. 2 EKEK zeigt, durchaus nicht durchweg so eindeutig; die Funktionsgrenze verläuft jedenfalls nicht nur zwischen den Aufgaben der gesetzgeberischen

Umsetzung der Richtlinie einerseits und den regulatorischen Aufgaben der Behörde andererseits. Daher kann auch für die weiteren verfahrensrechtlichen und sachlichen Entscheidungen im Rahmen der Frequenzregulierung keineswegs als unionsrechtlich gesichert gelten, dass sich der Gesetz- oder Verordnungsgeber eines Mitgliedstaats insoweit schlechterdings gar keine organkompetentiellen Kompetenzen vorbehalten könnte.

25. Die Verneinung eines Rechts des deutschen Gesetzgebers zu einer „Vorstrukturierung“ des Ermessens der BNetzA im Bereich der Marktregulierung durch den Europäischen Gerichtshof ergab sich allein aus dem hier unionsrechtlich vorgegebenen Zuständigkeitsvorbehalt zugunsten der politisch unabhängigen Regulierungsbehörde. Daraus kann daher nicht auf einen unionsrechtlichen Grundsatz eines umfassenden Ausschlusses gesetzgebender Organe der Mitgliedstaaten von sämtlichen regulierungserheblichen Entscheidungen geschlossen werden.

26. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs und auch die Schlussanträge des Generalanwalts in der energiewirtschaftsrechtlichen Rechtssache C-718/18 (Kommission/Deutschland) machen deutlich, dass auch das unionsrechtliche Gebot politischer Unabhängigkeit der Nationalen Regulierungsbehörde nur dort greift, wo die NRB sekundärrechtlich für ausschließlich zuständig erklärt werden. Nur in diesen Exklusiv-Zuständigkeitsbereichen der Regulierungsbehörden (NRB-Vorbehaltsbereich) dürfen andere, nicht unabhängige Behörden oder auch ein mitgliedstaatlicher Normsetzer nicht mit diesen Aufgaben betraut werden.

27. Der EuGH und der Generalanwalt lassen keinen Zweifel, dass eine Exklusivzuständigkeit der NRB im Vorbehaltsbereich allein aus den konkret in Rede stehenden Aufgabenzuweisungen und Ermächtigungen der Richtlinien für die Marktregulierung hergeleitet worden ist. Vorbehaltsbereiche der NRB, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten gehindert sind, Aufgaben und Befugnisse anderen Behörden oder auch dem Gesetzgeber zu übertragen, ergeben sich also nicht abstrakt aus dem Begriff oder der Institution der unabhängigen Regulierungsbehörde, sondern nur aus ausdrücklicher Zuweisung des Sekundärrechts.

28. Art. 5 Abs. 1 UA 2 Buchst. c) EKEK und die Einzelbestimmungen zur Frequenzverwaltung zeigen, dass dieser Regulierungssektor von Unionsrechts wegen kein Vorbehaltsbereich der NRB ist wie etwa die Marktregulierung. Sämtliche Einzelbestimmungen zur Frequenzregulierung adressieren nun im Kodex entweder „die Mitgliedstaaten“ als solche oder aber „die nationalen Regulierungsbehörden oder die anderen zuständigen Behörden“ oder kurz „die zuständigen Behörden“, aber niemals ausschließlich die NRB. Insoweit hat der Kodex den Mitgliedstaaten klarer noch als die Vorgängerrichtlinien eine Berechtigung

zu eigenständiger Zuständigkeitsbestimmung zugewiesen; auch kompetenzrechtlich wird mithin der Befund weiterer Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten gerade im Bereich der Frequenzordnung bestätigt. Namentlich sind für die Aufgaben der Frequenzregulierung, anders als noch vom EuGH im Fall Persidera zur RahmenRL angenommen, gerade nicht mehr unionsrechtlich zwingend die Regulierungsbehörden allein zuständig.

29. Schon nach geltendem Recht handelt es sich – in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts – „bei der Frequenzordnung um ein vom Gesetzgeber detailliert ausgestaltetes Rechtsgebiet“, das in deutlich größerem Umfang als die Marktregulierung gesetzgeberische Maßstababbildungen und gesetzliche Bindungen der einzelnen Verwaltungsentscheidungen, so auch eine Vorstrukturierung des Ermessens der BNetzA in mehrfacher Hinsicht, kennt.

30. Nur die NRB müssen nach dem Kodex auch politisch unabhängig (insbesondere weisungsfrei) sein (Art. 7f. EKEK), während für die „anderen zuständigen Behörden“, denen Aufgaben der Frequenzregulierung übertragen werden dürfen, nur der erste Aspekt der Unabhängigkeit, mithin die „Unabhängigkeit von der Branche“ (also von den wirtschaftlichen Unternehmen), verpflichtend ist (Art. 6 EKEK). Insoweit kommen also auch unmittelbar in die mitgliedstaatliche Behördenhierarchie oder Staatsorganisation eingebundene Stellen in Betracht.

31. Der Begriff der „anderen zuständigen Behörde“ wird im Kodex nicht definiert. Welche Einrichtung die Mitgliedstaaten als eine andere zuständige Behörde einsetzen, bleibt – in den Bindungen allgemeiner rechtsstaatlicher Anforderungen funktionsgerechter Organstruktur (Gewaltenteilung) – der mitgliedstaatlichen Organisationshoheit überlassen. Können sämtliche Entscheidungen der Frequenzregulierung von dem Mitgliedstaat auch an eine andere zuständige Behörde delegiert werden – insoweit greift kein Vorbehalt zugunsten der NRB, kann dies an sich durchaus auch eine Ministerialbehörde oder ggf. ein mitgliedstaatliches Parlament sein. Der Schutz politischer Unabhängigkeit greift für diesen Sektor nicht und eine verfahrensrechtliche Vorgabe hinsichtlich bestimmter Handlungsformen (Verwaltungsakt, Verordnung usw.) lässt sich dem Unionsrecht nicht entnehmen.

32. Es erscheint nahe liegend, dass im Rahmen der Frequenzregulierung auch unterhalb der Ebene der Festlegung der Regulierungsziele Regelungsinhalte einer einzelfallübergreifend-normativen Regelung zugänglich sein können – wie dies im Übrigen bei der Frequenzplanung auch nach geltendem Recht schon der Fall ist.

33. Namentlich bei den Zielen für das Vergabeverfahren gemäß Art. 55 Abs. 2 UA 1 EKEK geht es nicht um (konkretisierte) Regulierungsziele, die ohnehin in der Zuständigkeit des

Umsetzungsgesetzgebers liegen, sondern um eine Maßstababbildung auf mittlerer Abstraktionsebene zwischen den Regulierungszielen und den definitiven Nutzungsbestimmungen. Während die Festlegung der letzteren der NRB (oder einer anderen zuständigen Behörde) vorbehalten bleiben muss, könnte für die Bestimmung der Ziele oder zumindest für die verbindliche Vorgabe der dafür zu berücksichtigenden „Aspekte“ durchaus eine normative Entscheidungszuständigkeit etwa des Ordnungsgebers in Betracht kommen.

34. Dafür spricht auch, dass diejenige Stelle, die über die Zielfestlegung entscheidet, einen bemerkenswerten Spielraum der Priorisierung innehat. Sie kann sich für die nun gebotene Fokussierung des Vergabeverfahrens auf das Ziel der Versorgungsverbesserung oder aber für das Ziel der Gewährleistung erforderlicher Dienstqualität usw. entscheiden, jeweils andere „Aspekte“ hingegen (mit Ausnahme des Wettbewerbsförderziels) ganz ausblenden. Art. 55 Abs. 2 EKEK lässt sich daher – unabhängig davon, ob diese Lesart der Intention des Richtliniengebers entsprach – als Mandat zur Fokussierung auf bestimmte von einem Vergabeverfahren erwartete Erfolge, mithin als Ermächtigung zu wichtigen regulierungspolitischen Weichenstellungen lesen, zudem gerade solchen, die sich im Besonderen auf die gesellschaftlichen und individuellen Nutzer-Interessen an einer umfassenden und qualitativ hochwertigen Versorgung beziehen. Dies lässt es durchaus bedenkenswert erscheinen, ob diese Präferenzentscheidungen von erheblicher regulierungspolitischer Tragweite, die dann auch Grundlage der darauf beruhenden Versorgungsaufgaben und zugehörigen Nutzungsbestimmungen sind, nicht eher von demokratisch unmittelbar legitimierten, parlamentsverantwortlichen Entscheidungsträgern des Mitgliedstaats getroffen werden sollten.

35. Insgesamt ergibt die Analyse der unionsrechtlichen Vorgaben, dass die Mitgliedstaaten und organschaftlich auch schon der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die Befugnis haben, den Erlass der Vergabebedingungen durch die zuständige Behörde durch normative Vorgaben so vorzuprägen, dass dabei dem Versorgungsziel ein besonderer Stellenwert zukommt.

IV. Normative Impulse für eine versorgungsorientierte Regulierungspraxis auf der Instrumentenebene

36. Neben einer Schärfung der gesetzlichen Zielvorgaben zur Verbesserung der flächendeckenden Mobilfunkversorgung ist aus Sicht eines Gesetzgebers, dem an wirksameren Anreizen für regulatorische Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels gelegen ist, auch an die Ebene dieser Maßnahmen als solcher zu denken. Gewiss kann es nicht Aufgabe des

Gesetzgebers sein, den Erlass derartiger Maßnahmen, also insbesondere von Versorgungsaufgaben und Kooperationsverpflichtungen als Frequenznutzungsbestimmungen, im Einzelfall vorwegzunehmen oder der Regulierungsbehörde verbindlich aufzugeben. Dies schließt es aber keineswegs aus, sowohl das Repertoire derartiger Maßnahmen und ihren Inhalt auf Rechtsfolgenseite als auch die für ihren Erlass zu beachtenden Voraussetzungen gesetzlich klarer und ausführlicher zu regeln. Der Regierungsentwurf des TKModG macht von den unionsrechtlich eröffneten Möglichkeiten, derartige Regelungen zu treffen, teilweise Gebrauch, schöpft sie aber keineswegs aus. Auch insoweit, wie schon bei den Zielen der Frequenzordnung, sind über die jetzige Fassung des Entwurfs hinausgehende Gestaltungen denkbar, die das Gestaltungsermessen der BNetzA bei Erlass von Frequenznutzungsbestimmungen (oder ggf. auch: von Haupt- und Nebenbestimmungen im Zuge einer Einzelzuteilung) zwar nicht beseitigen, aber seine Ausübung im Sinn eines noch wirksameren „Vorantreibens“ des Ziels flächendeckender Mobilfunkversorgung unterstützen könnten.

37. Die neuen Vorgaben des Kodex räumen den Mitgliedstaaten rechtlich eindeutiger und weitergehende Befugnisse zur regulatorischen Durchsetzung der Versorgungsziele ein als die frühere Genehmigungsrichtlinie. Insbesondere tritt für die EU – im Kodex und in anderen Rechtsakten und Verlautbarungen – die Kooperation verschiedener Unternehmen, namentlich in Gestalt der gemeinsamen Nutzung und des gemeinsamen Ausbaus von Infrastrukturen, als Instrument zur Förderung des Netzausbaus immer deutlicher in den Vordergrund. Solche gemeinsamen Nutzungen oder Ausbaumaßnahmen der Unternehmen können (vor allem bei Frequenzen in höheren Frequenzbändern mit geringer Flächenabdeckung) die Ausbaurkosten senken, so den Netzausbau beschleunigen und eine breitere Netzabdeckung fördern, was wiederum eine wirksamere und effizientere Nutzung der Funkfrequenzen zum Vorteil der Verbraucher ermöglicht.

38. Ob eine Schärfung der Befugnisse der Regulierungsbehörde im Hinblick auf das Zustandekommen von Kooperationsvereinbarungen der Unternehmen auf der Grundlage von Art. 47 Abs. 2 EKEK auch so weit gehen könnte, einen Kontrahierungszwang anzuordnen und durchzusetzen, lässt sich nicht abschließend beurteilen; einem solchen Verständnis des Art. 47 Abs. 2 EKEK ließe sich möglicherweise das Argument einer systematischen Unverträglichkeit mit den Voraussetzungen und Befugnissen gemäß Art. 61 Abs. 4 EKEK/ § 105 TKG-E entgegengehalten. Auch ohne unmittelbare Kontrahierungsverpflichtung ließen sich aber aus der Kombination von Versorgungsverpflichtungen und Kooperationsvereinbarungen (zum Roaming oder Sharing) Inhalte einer möglichen Frequenznutzungsbestimmung entwickeln, die als solche gesetzlich auch substantieller als im

derzeitigen TKModG-E, der mangels ausdrücklicher Umsetzung von Art. 47 Abs. 2 EKEK dazu gar keine Regelungen trifft, beschrieben und damit der BNetzA in rechtssicherer Weise zur Verfügung gestellt werden könnten.

39. Schon in den Vergabebedingungen für die 5G-Auktion hat die BNetzA die symmetrischen Versorgungsaufgaben für die Verkehrswege zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit mit der Anrechnungsklausel verbunden, diese aber wiederum an die Erwartung gekoppelt, dass die Unternehmen korrespondierende Kooperationsvereinbarungen abschließen, um so auch den Nutzern derjenigen Netze ohne Ausbau an bestimmten Orten und Regionen dort den Zugang zu den dort vorhandenen anderen Netzen zu ermöglichen. Eine Wirksamkeitsschwäche dieser Gestaltung liegt darin, dass zwischen der Anrechnungsmöglichkeit und der als korrespondierend gedachten Kooperationsverpflichtung kein rechtlich bindendes Bedingungsverhältnis errichtet worden ist; die Anrechnung greift für die Bestimmung der Erfüllung der Versorgungsverpflichtung auch, wenn es nicht zu Roaming-Vereinbarungen kommt mit der Folge, dass zwar auf dem Papier die Versorgungsaufgaben erfüllt sein können, tatsächlich aber die Kunden und Nutzer einzelner Netze keineswegs einen der Versorgungsaufgabe entsprechenden Netzzugang entlang der Verkehrswege erhalten.

40. Dies legt es nahe, die Anrechnungsmöglichkeit in Zukunft verbindlicher mit dem Zustandekommen von Kooperationsvereinbarungen zu verknüpfen. Eine Übertragung der Ermächtigung des Art. 47 Abs. 2 EKEK in das deutsche TKG könnte eine rechtliche Grundlage dafür liefern, derartige über die bisherige Gestaltung hinausführende Modellierungen von Frequenznutzungsbestimmungen im Zusammenspiel von Versorgungsaufgaben, Anrechnung und Kooperationsvereinbarungen zu erwägen. Eine ausdrückliche Umsetzung von Art. 47 Abs. 2 EKEK, ggf. in konkretisierender Ausformung der in der Vorschrift angesprochenen „Möglichkeiten“, könnte daher durchaus geeignet sein, dazu beizutragen, den Handlungsspielraum der BNetzA bei der Formulierung derartiger Frequenznutzungsbestimmungen zur Absicherung der praktischen Effektivität der Versorgungsaufgaben zu erweitern und auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen.

41. Eine weitere denkbare Möglichkeit, im Einklang mit dem Unionsrecht gesetzliche Impulse für eine Regulierungspraxis zu setzen, die das Ziel flächendeckender Mobilfunkversorgung noch konsequenter verfolgt, besteht darin, den Faktor staatlicher Förderung des Netzausbaus stärker als bisher in die Abwägung der Belange, die für die Festlegung von Frequenznutzungsbestimmungen, insbesondere Versorgungsaufgaben, maßgeblich ist, einzubeziehen. Bisher stehen die telekommunikationsrechtliche Regulierung des eigenwirtschaftlichen Netzausbaus und die Instrumente öffentlicher

Infrastrukturförderung rechtlich weitgehend unverbunden nebeneinander. Könnten öffentliche Infrastruktur-Investitionsbeiträge in die wirtschaftliche Verhältnismäßigkeitsbeurteilung von Ausbauverpflichtungen einbezogen werden (so wie bisher schon der Ausbau durch andere Netzbetreiber in den Anrechnungsklauseln), ließen sich Verpflichtungen zu flächendeckender Versorgung, für deren Erfüllung auch in Teilen auf die öffentlich bereitgestellte Infrastruktur zurückgegriffen werden könnte, eher rechtfertigen. Aus einem grundsätzlicheren Blickwinkel eröffnete sich so die Chance, die öffentliche Finanzierungs-Beteiligung an im Gemeinwohlinteresse liegenden, aber wirtschaftlich nicht rentablen Leistungen auch über den Universaldienstmechanismus hinaus mit dem auf dem Prinzip privatwirtschaftlicher Leistungserbringung beruhenden Telekommunikationsrecht zu verbinden. Mit der Umsetzung des Kodex im neuen TKG bietet sich die Chance, im Einklang mit der Kommissionsempfehlung v. 18.9.2020 (C(2020) 6270 final) den Gedanken einer „Anrechnung“ von für den Netzausbau nutzbaren öffentlichen Investitionsbeiträgen auf die mit Versorgungsverpflichtungen verbundene Kostenlast der Unternehmen im Gesetz zu verankern.

42. Insgesamt ist festzuhalten, dass sich aus dem Unionsrecht nicht nur die Berechtigung, sondern explizite Vorgaben und Erwartungen ergeben (Art. 47 Abs. 2 EKEK, Kommissionsempfehlung vom 18. September 2020), im Zusammenhang der Erteilung von Frequenznutzungsrechten Nutzungsbestimmungen zu entwickeln, die einen flächendeckenden hochwertigen Netzausbau im Mobilfunk noch effektiver begünstigen als in der Vergangenheit. Der Gesetzgeber könnte in den Regelungen über die Genehmigungs- bzw. Vergabebedingungen durchaus Vorschriften aufnehmen, die solchen Nutzungsbestimmungen einen klareren Rückhalt im Gesetz geben würden.

V. Verfassungsrechtliche Bindungen

43. Das Grundgesetz liefert keine normative Grundlage für Argumentationen, die der Verbindlichkeit des Gewährleistungsziels flächendeckender Versorgung Einwände des Wettbewerbsfunktionsschutzes oder gar eines Primats des Wettbewerbsprinzips entgegensetzen wollen. Dies muss seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Post-Exklusivlizenz als geklärt gelten.

44. Angesichts der rasanten Entwicklung sowohl der verfügbaren Angebote als auch der Bedarfe von Bürgern und Unternehmen, namentlich hinsichtlich überall verfügbarer Verbindungen für eine stabile und schnelle Datenübertragung, bedarf auch der entwicklungs-offene Universaldienstbegriff neuer Bewertung und Fassung in überschaubaren zeitlichen Abständen. Der Angebots- und Bedarfsfortschritt muss sich in einem „mitwachsenden“

Verständnis der Prädikate einer „ausreichenden“ – qualitatives Merkmal – und „angemessenen“ – quantitatives Merkmal – Versorgung niederschlagen.

45. Verfassungsrechtlich ist der Gewährleistungsgesetzgeber, der den Versorgungsstandard im Sinne des Art. 87f Abs. 1 GG konkretisiert, schon kraft der Überordnung des Verfassungsrechts nicht ausschließlich auf den Leistungsinhalt des einfachrechtlichen Universaldienstes mit seinem spezifischen Sicherstellungsregime beschränkt.

46. In dem unionsrechtlich eröffneten Spielraum für eine mitgliedstaatlich definierte und regulatorisch durchgesetzte flächendeckende Mobilfunkversorgung kann die grundgesetzliche Infrastrukturgewährleistung wirksam werden – und also ohne Hinderung durch den engeren Universaldienstbegriff – auch die flächendeckende Verfügbarkeit von Mobilfunk als Versorgungsziel einschließen, wenn diese nach heutigem Verständnis zu den „ausreichenden und angemessenen“ Dienstleistungen im Sinne des Art. 87f Abs. 1 GG gehört.

47. Plausibler als ein bescheidenes, hinter dem tatsächlichen technologischen Fortschritt und den Bedarfen der digitalen Gesellschaft, aber auch hinter den unionsrechtlichen Ausbau- und Versorgungszielen weit zurückbleibendes Verständnis einer damit im Wesentlichen funktionslosen Gewährleistung erscheint eine Deutung des Art. 87f Abs. 1 GG, die den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrag anspruchsvoller und zugleich realitätsgerechter versteht, mithin so, dass die längst in Politik, Gesetz und Regulierung auch für den Mobilfunk projektierten Ausbauziele hinsichtlich der flächenbezogenen Versorgung auch im Verfassungsrecht eine Grundlage haben. Mit dem Charakter der Gewährleistung als einer definitiven (und nicht nur prinzipiellen), aber auf einen je nach dem Maß der Divergenz zum schon bestehenden Angebotsniveau mehr oder weniger weit gesteckten Zeithorizont bezogenen Ergebnisgarantie ist dies durchaus vereinbar. Aus diesen Gründen lässt sich die Annahme rechtfertigen, dass eine flächendeckende 4G-Verfügbarkeit zumindest in besiedelten Gebieten und entlang wichtiger Verkehrswege heute schon als Garantieinhalt im Sinne der dynamischen Verfassungsgewährleistung des Art. 87f Abs. 1 GG verstanden und vom Gesetzgeber als zu verwirklichender Versorgungsstandard gesetzt werden kann.

48. Wird nicht schon die definitive Versorgungsgarantie des Art. 87f Abs. 1 GG so interpretiert, dass sie auch einer gesetzgeberischen Einbeziehung einer flächendeckenden Mobilfunkversorgung auf dem technologischen Stand weitgehend schon eingeführter Netztechnik (4G) offensteht, so erscheint es jedenfalls überzeugend, der Verfassungsbestimmung über die Versorgungsgarantie hinaus ein (weiteres) Staatsziel der Förderung einer hochwertigen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen zu entnehmen, die

nicht nur in der Aufrechterhaltung einer restriktiv verstandenen Mindestversorgung besteht. Gerade wenn die definitiv garantierte Grundversorgung restriktiv gefasst wird, hätte Art. 87f Abs. 1 GG ansonsten kaum eine eigenständige normative Bedeutung und bliebe der politisch und unionsrechtlich seit langem als unabdingbar erkannte Ausbau hochleistungsfähiger Infrastrukturen ohne verfassungsrechtliche Entsprechung.

49. Auch die in der Literatur vertretene Gegenauffassung, die den Gewährleistungsgehalt und auch die Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Art. 87f Abs. 1 GG ausschließlich auf die Grundversorgung beschränkt sieht, konzidiert jedenfalls, dass sich dieser Verfassungsbestimmung keine Sperrwirkung für eine gesetzliche weitergehende Versorgungszielbestimmung und entsprechende regulatorische Instrumente entnehmen lässt. Auch wenn also Art. 87f Abs. 1 GG trotz der vorstehend dargelegten Gründe nur als eng gefasste Mindestgewährleistung etwa einer niedrigklassigen Festnetz-Breitbandqualität gedeutet wird, ist der Gesetzgeber nicht gehindert, darüber hinausgehende Versorgungsziele außerhalb des Gewährleistungsbereichs des Art. 87f Abs. 1 GG zu definieren und zu verfolgen. Er bleibt damit nur und allerdings auf die Wahrung der durch Regulierungsmaßnahmen betroffenen Grundrechte verpflichtet.

50. Im Gesamtergebnis kann mithin aus verfassungsrechtlicher Sicht die Befugnis des Gesetzgebers, eine flächendeckende, unterbrechungsfreie, für eine Datenübertragung geeignete Mobilfunkversorgung als Versorgungsziel zu definieren, schwerlich bestritten werden.