

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

Rechtsgutachten

erstattet der CDU/CSU-Bundestagsfraktion

von

Universitätsprofessor Dr. Matthias Cornils,

Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Direktor des Mainzer Medieninstituts

15. Februar 2021

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| A. Executive Summary | 3 |
| B. Zusammenfassung in Thesen | 7 |
| C. Einleitung und Fragestellung des Gutachtens | 23 |
| I. Die Sachlage | 23 |
| 1. Versorgungsziel flächendeckende Mobilfunkversorgung..... | 23 |
| 2. Ausbaustand 2020 | 25 |
| 3. Regulatorische Maßnahmen zur Verbesserung der Versorgung..... | 27 |
| II. EKEK und TK-Modernisierungsgesetz..... | 33 |
| III. Gutachtenfragen | 34 |
| D. Unionsrechtliche Vorgaben und Spielräume..... | 39 |
| I. Ebene der Zielvorgaben..... | 39 |
| 1. Regulierungsziele: Konkretisierungs- und Abweichungsspielraum des mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebers? | 40 |
| 2. Verhältnis der verschiedenen Zielkataloge im Kodex | 53 |
| 3. Zuständigkeit für die Zielkonkretisierung | 63 |
| 5. „Wichtige Straßen“ und Schienenstrecken | 99 |
| III. Vorgaben für die Instrumentenebene | 103 |
| 1. Versorgungsverpflichtungen | 103 |
| 2. Kooperationen zum Roaming oder Infrastruktursharing..... | 105 |
| 3. Verhältnismäßigkeit | 112 |
| E. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Spielräume..... | 115 |
| I. Art. 87f GG: Wettbewerbliche Leistungserbringung unter Garantievorbehalt..... | 116 |
| II. Verständnis und Inhalt des Gewährleistungsauftrags (Art. 87f Abs. 1 GG) | 117 |
| 1. Konsentierete Grundsätze: Garantierte dynamische Grundversorgung nach Maßgabe gesetzlicher Konkretisierung..... | 118 |
| 2. Verfügbarkeit funktionaler Mobilfunknetze als gewährleistete Grundversorgung..... | 121 |
| 3. Art. 87f Abs. 1 GG als Legitimationsgrund für weitergehende Versorgungsziele | 127 |
| 4. Keine Sperrwirkung des Art. 87f Abs. 1 GG gegenüber weitergehenden Versorgungszielen..... | 131 |
| III. Ergebnis | 132 |
| Literaturverzeichnis | 133 |

A. 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 Maßstabbildung 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 Versorgungsziel-
festlegung und entsprechenden regulatorischen Instrumenten. Im Ergebnis kann daher
auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht überzeugend bestritten werden, dass der Ge-
setzgeber die Befugnis hat, eine flächendeckende, unterbrechungsfreie, für eine Daten-
übertragung geeignete Mobilfunkversorgung als Versorgungsziel zu definieren.

B. Zusammenfassung 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 Bundesregierung 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 *starren* 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-Vorbehaltbereich) 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 überantworten, 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 organkompetentiell 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 Ausbaupflichtungen 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 Garantiehinhalt 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.

C. Einleitung und Fragestellung des Gutachtens

Die nachfolgende rechtsgutachtliche Untersuchung geht zusammengefasst der Frage nach, ob und inwiefern der unions- und verfassungsrechtliche Rahmen für das deutsche Telekommunikationsrecht es zulässt, wirksamere Vorgaben für einen flächendeckenden Ausbau der Mobilfunknetze im Telekommunikationsgesetz zu verankern, um so die normative Grundlage für nachhaltigere regulatorische Anreize oder Maßnahmen zu schaffen, die dazu beitragen können, dem Rückstand Deutschlands bei der Mobilfunkversorgung in der Fläche durch Maßnahmen der Frequenzordnung in absehbarer Zeit abzuhelpfen. Dieses hinter der Gutachtenfrage stehende Anliegen resultiert aus der ernüchternden Erkenntnis, dass alle bisherigen Ausbauanstrengungen und regulatorischen Versorgungsauflagen auf der Grundlage des bisher geltenden TK-Rechtsrahmens es nicht vermocht haben, die politisch schon seit langem proklamierten Ausbauziele im Mobilfunk auch nur annähernd zu erreichen. Dies wirft auch in sehr grundsätzlicher Hinsicht die Frage auf, ob die unions- und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der seit 30 Jahren privatisierten Telekommunikationswirtschaft es den Mitgliedstaaten der EU tatsächlich unmöglich machen, politisch gesetzte und demokratisch beschlossene Leistungsziele auf dem Gebiet der Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Netze und Dienste) zu verfolgen und zu erreichen.

Anlass der Begutachtung ist die gegenwärtig stattfindende Gesetzgebung zur Umsetzung des Kodex für die elektronische Kommunikation der Europäischen Union vom 11. Dezember 2018, also die infolgedessen notwendig werdende Neufassung des Telekommunikationsgesetzes auf der Grundlage des am 16. Dezember von der Bundesregierung beschlossenen Gesetzentwurfs eines Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes.

I. Die Sachlage

1. Versorgungsziel flächendeckende Mobilfunkversorgung

Der flächendeckende Zugang auch zu drahtlosen Kommunikationsnetzen mit breitbandigen Datenübertragungsraten ist schon seit vielen Jahren Zielgröße der europäischen und deutschen Politik. Auf EU-Ebene betonte bereits der Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik den Beitrag des Mobilfunks zur Erreichung des Versorgungsziels der Digitalen Agenda 2010 von mindestens 30 Mbit/s bis 2020 für alle Haushalte der Union¹.

¹ Art. 3 Buchst. c) des Beschlusses Nr. 243/2012/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über ein Mehrjahresprogramm für die Funkfrequenzpolitik.

Erwägungsgrund Nr. 109 des Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK)² greift diese Vorgabe auf und stellt klar, dass sie so zu verstehen ist, „dass alle Bürger der Union bis 2020 sowohl in Gebäuden als auch im Freien Zugang zu den höchstmöglichen Breitbandgeschwindigkeiten von mindestens 30 Bit/s haben sollten“. Zwar legen die Verlautbarungen der Unionsorgane seit 2016 und auch die Zielformulierungen des Kodex nun den Akzent auf die Verfügbarkeit von Zugängen zu hochleistungsfähigen Netzen „mit sehr hoher Kapazität“ (über 100 Mbit/s, Gigabit-Anschlüsse, für Mobilfunk; 5G).³

Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die schon ältere Zielvorgabe einer flächendeckenden Versorgung aller Bürger mit immerhin mittleren Breitbandqualitäten, die für eine stabile Datenübertragung ausreichen (für Mobilfunk also: 4G = LTE), fortbesteht und nicht etwa entfallen ist.

Die deutsche Bundesregierung hat sich vielfach zum politischen Ziel eines flächendeckenden Mobilfunkausbaus auch außerhalb der Ballungsräume bekannt, so etwa in der Mitte November 2019 beschlossenen Mobilfunkstrategie. Danach ist erklärtes Ziel „eine flächendeckende Mobilfunkversorgung mit LTE (4G), die die Grundlage dafür schafft, dass Deutschland in den nächsten Jahren auch bei 5G eine Spitzenposition einnehmen“.⁴

Im Koalitionsvertrag 2018 heißt es:

„Wir forcieren den Ausbau der Mobilfunkversorgung und entwickeln Deutschland zum Leitmarkt für 5G. Die Frequenzpolitik und die frequenzregulatorischen Festlegungen der Regulierungsbehörde müssen sicherstellen, dass es zu einer verlässlichen und lückenlosen Mobilfunkversorgung insbesondere im ländlichen Raum kommt. Um den Ausbau in bisher unterversorgten Gebieten wirtschaftlicher zu machen, wollen wir den Mobilfunkanbietern für ein nationales Roaming durch entsprechende Änderungen im Telekommunikations- und Kartellrecht Absprachen erlauben. Die Lizenzvergabe werden wir mit Ausbauforderungen kombinieren, um bestehende Funklöcher zu schließen und 5G dynamisch aufzubauen. Es muss die Vorgabe gelten: Neue Frequenzen nur gegen flächendeckende

² Richtlinie (EU) 2018/1972 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK).

³ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 14.9.2016 COM(2016) 578 final „Konnektivität für einen wettbewerbsfähigen digitalen Binnenmarkt-hin zu einer europäischen Gigabit-Gesellschaft“; Mitteilung der Kommission vom 14.9.2016 COM(2016) 588 final „5G für Europa: ein Aktionsplan“; Art. 3 Absatz 2 Buchst a) und d) EKEK; Schlussfolgerungen des Rates zu Gestaltung der digitalen Zukunft Europas vom 9.6.2020, Ratsdokument Nr. 8711/20, Ziff. 33 f.; Empfehlung der Kommission vom 18.9.2020 für ein gemeinsames Instrumentarium der Union zur Senkung der Kosten des Aufbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität und zur Gewährleistung eines raschen und Investitionskennzeichen Zugangs zu 5G-Funkfrequenzen im Hinblick auf die Forderung der Konnektivität zur Unterstützung der wirtschaftlichen Erholung von der COVID-19-Krise in der Union“, C(2020) 6270 final.

⁴ Mobilfunkstrategie der Bundesregierung, S. 6.

Versorgung. Denn innovative, zukunftsfähige Mobilitätsangebote werden gerade für Menschen im ländlichen Raum nur möglich sein, wenn eine Versorgung mit der neuesten Mobilfunktechnologie (5G) an Bundesfernstraßen und in zeitlicher Perspektive abgestuft auch im nachgeordneten Straßennetz und an allen Bahnstrecken sichergestellt ist.“⁵

In ihrer „Mobilfunkstrategie“ präzisiert die Bundesregierung das Ausbauziel auch quantitativ: Danach sollen mit den in der Strategie vorgeschlagenen Maßnahmen 97,5 % der Fläche erreicht werden. Flächendeckende Versorgung bedeute keineswegs, dass sämtliche weißen Flecken auch abseits von Verkehrswegen oder bebauten Ortsbereichen geschlossen werden müssten. Jedoch müssten neben den mit Haushalten besiedelten Gebieten, in denen eine Versorgung von 99,95 % erreicht werden sollte, auch die Kreis- und Gemeindestraßen mit Mobilfunk erschlossen werden.⁶

In der Erklärung zum 2. Mobilfunkgipfel vom 16. Juni 2020 haben neben dem Bund, den Ländern und den kommunalen Spitzenverbänden auch die am Mobilfunkausbau beteiligten Mobilfunknetzbetreiber und Betreiber von Mobilfunkstandorten ihre Unterstützung für das Ziel einer flächendeckenden Versorgung mit mobilen und breitbandigen Sprach- und Datendiensten zugesagt.⁷

2. Ausbaustand 2020

Der tatsächliche Stand des Ausbaus bleibt hinter diesen Zielen bisher weit zurück. Bekanntlich liegt Deutschland auch im europäischen Vergleich in der Netzabdeckung auf hinteren Plätzen. Zwar sind in den letzten Jahren durchaus erhebliche Ausbaufortschritte erzielt worden. Jedoch haben die drei großen Mobilfunkunternehmen nicht einmal die ihnen in der Frequenzversteigerung von 2015 aufgegebenen haushalts- und verkehrswegbezogenen Versorgungsaufgaben fristgerecht erfüllt, so dass eine Nachfristsetzung für das Jahr 2020 erforderlich geworden ist.⁸ Abgesehen davon erreichen die auf die Versorgung der Haushalte und Hauptverkehrswege beschränkten Ausbauziele und -maßnahmen nicht vollständig die dünn oder gar nicht besiedelte Fläche. Ohne dass dies hier im Einzelnen vertieft werden muss, machen die einschlägigen Dokumentationen (insbesondere die Mobilfunk Monitoring-Karte der BNetzA) auf den ersten Blick deutlich, dass erhebliche Flächen nicht mit leistungsfähigen, für eine Datenübertragung geeigneten Netzen

⁵ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 38 f.

⁶ Mobilfunkstrategie, S. 7.

⁷ Erklärung zum 2. Mobilfunkgipfel, Ziff. 1.

⁸ S. zum Stand der Erfüllung der Zwischenziele Pressemitteilung der BNetzA vom 10.8.2020.

abgedeckt sind. Die Lücken in der 4G-Abdeckung (LTE) liegen über alle Netzbetreiber immer noch bei annähernd 10 % der Gesamtfläche.

Erheblich problemverschärfend tritt hinzu, dass die Netze der einzelnen Betreiber eine unterschiedlich weit entwickelte Flächenabdeckung aufweisen; namentlich das Netz der Telefónica erreichte 2019 nur eine Flächenversorgung von 69,1 %, dasjenige von Vodafone eine Abdeckung von 80,8 %. Besonders auffallend sind auch die Diskrepanzen zwischen den Netzbetreibern bei der Versorgung der Verkehrswege: Während die Telekom immerhin eine Funkversorgung entlang der Landesstraßen von 93,4 % erreicht (Stand 2019), liegt der Wert im Netz von Telefónica bei 69,3 %; für die Versorgung entlang der Kreisstraßen ist das Verhältnis 91,3 % zu 67,4 %.⁹

Solange keine Berechtigung der Endnutzer und Kunden eines Netzbetreibers, der in einem bestimmten Gebiet (entlang einer bestimmten Straße) keine Funkversorgung bereitstellt, zur Mitnutzung eines anderen, dieses Gebiet abdeckenden Netzes vereinbart ist (Roaming),¹⁰ führt dies für diese Nutzer zu noch erheblicheren Lücken in der Versorgung und Unterbrechungen des Zugangs als bei einer Betrachtung der Abdeckung durch alle Netze in ihrer Gesamtheit. Diskrepante Netzabdeckungen als Folge unterschiedlicher Geschäftsmodelle der Unternehmen oder Entwicklungsstände ihrer Netze verschärfen also für die einzelnen Nutzer das Problem nicht flächendeckender Versorgung. Sie führen neben den „weißen Flecken“, in denen überhaupt keine datenübertragungsfähige Funkversorgung angeboten wird, in noch erheblich größerem Umfang zu „grauen Flecken“, in denen zwar immerhin ein Netz verfügbar ist, damit aber nicht die Kunden anderer Netzbetreiber Netzzugang erlangen.

Die von der BNetzA im Rahmen der 5G-Versteigerung eingeräumte Möglichkeit der Anrechnung von Netzausbauleistungen anderer Netzbetreiber hinsichtlich des Ausbaus entlang der Bundesstraßen, Landes- und Staatsstraßen, allen Schienenstrecken, allen Wasserstraßen auf die eigene Versorgungsverpflichtung kann naheliegenderweise dazu führen, dass dieser Zustand der grauen Flecken perpetuiert wird, weil schon das Netzangebot nur eines Betreibers an einem Verkehrsweg ausreicht, die Versorgungsverpflichtung aller Betreiber zu erfüllen (s. dazu näher sogleich sub 3.).

⁹ Sämtliche Zahlen in: umlaut communications GmbH und wik CONSULT GmbH, Abschlussbericht zur Versorgungs- und Kostenstudie Mobilfunk für das BMVI, Version 2.1, 14. November 2019, S. 17 ff.

¹⁰ Zur technischen Seite des Roaming (nationales bundesweites und lokales Roaming) vgl. P3 communications GmbH, Studie 5G National Roaming v. 10.12.2018; Fraunhofer-Institut für Nachrichtentechnik, Kurzstudie zum lokalen Roaming, 31. Januar 2019.

3. Regulatorische Maßnahmen zur Verbesserung der Versorgung

Die BNetzA hat diesem Problem in der Vergangenheit, insbesondere in den beiden Versteigerungen 2015 und 2019 mit symmetrischen Versorgungsauflagen für alle drei Netzbetreiber (2019 asymmetrisch zusätzlich gegenüber dem Neueinsteiger-Unternehmen) zu begegnen versucht. Die Versorgungsauflagen sind, gestützt auf § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 in Verbindung mit § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG, als Frequenznutzungsbestimmungen vor Durchführung der Vergabeverfahren (als Versteigerungen) festgelegt worden. In der Gesamtschau auf beide Versteigerungen und die dazu festgesetzten Versorgungsauflagen ist unschwer erkennbar, dass sich die BNetzA in der Langfristperspektive von einer Strategie evolutiver Verschärfung der Anforderungen an die Unternehmen – abgestuft durch die im Zeitablauf anstehenden Vergabeverfahren für die befristet zugeteilten (und gegebenenfalls neuen) Frequenzen – leiten lässt. So sieht die Entscheidung über die Vergaberegeln für das Verfahren 2015 (Frequenzbereiche 700/900 MHz, 1800 MHz, 1,5 GHz) haushaltsbezogen eine Abdeckung von bundesweit mindestens 98 % der Haushalte, mindestens aber 97 % in jedem Bundesland mit einer Übertragungsrate von mindestens 50 Mbit/s je Antennensektor durch jeden Zuteilungsinhaber innerhalb eines Zeitraums von 3 Jahren nach Zuteilung vor. Hinsichtlich der Verkehrswege gilt eine Verpflichtung zu vollständiger Versorgung der Hauptverkehrswege (Bundesautobahnen und ICE-Strecken), „soweit dies rechtlich und tatsächlich möglich ist“.¹¹

Die Versorgungsauflagen zur „5G-Versteigerung“ 2019 in der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 26. November 2018 haben die Ziele sowohl hinsichtlich der Haushalte als auch hinsichtlich der Verkehrswege verschärft, zusätzlich die Pflicht zur Errichtung von Basisstationen für 5G und in weißen Flecken begründet und erstmals Verhandlungsgebote sowohl hinsichtlich von Dienstanbieterverpflichtungen als auch von Vereinbarungen über Roaming oder eine gemeinsame Infrastruktur-Nutzung angeordnet. Danach sind, abgesehen von Neueinsteigern, symmetrisch von allen Zuteilungsinhabern bis Ende 2022 nunmehr mindestens 98 % der Haushalte je Bundesland mit nunmehr mindestens 100 Mbit/s zu versorgen. Bei den Verkehrswegen erfolgt eine der Strategie abgestuft steigender Verpflichtungen entsprechende Differenzierung nun auch innerhalb eines

¹¹ BNetzA, Entscheidung der Präsidentenkammer vom 28. Januar 2015 zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie 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 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen im Bereich 1452-1492 MHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten, BK1-11/003, III. 4.

Vergabeverfahrens: Die Versorgungsaufgabe erfasst neben den Bundesautobahnen nun auch Bundesstraßen,¹² Landes- und Staatsstraßen,¹³ dies jedoch in zwei zeitlichen Stufen (Ende 2022 bzw. Ende 2024;¹⁴ vergleichbares gilt für die Schienenwege (je nach Fahrgastvolumen¹⁵).

Qualitativ sind die Anforderungen gegenüber den Bedingungen von 2015 für die Bundesautobahnen und (nunmehr auch) Bundesstraßen auf eine Übertragungsrate von 100 Mbit/s angehoben und ist erstmals eine Latenzbegrenzung von 10 ms eingeführt worden.¹⁶ Jedoch gilt dies nicht für die nachrangigen Straßen; es wirkt sich der Differenzierungsansatz der Versorgungsaufgaben der BNetzA also nicht nur in zeitlicher Hinsicht aus, sondern auch qualitativ: Für die bis einschließlich 2024 zu versorgenden Landes- und Staatsstraßen gilt nur eine Übertragungsrate von mindestens 50 mbit/s und kein Latenzhöchstwert.¹⁷

Die Versorgungsaufgaben hinsichtlich der Verkehrswege enthalten, anders als bei der Auktion von 2015, den Vorbehalt des tatsächlich und rechtlich Möglichen nicht mehr explizit in den Versorgungsaufgaben, wohl aber in der Begründung zu den Auflagen.¹⁸ Dieser Rechtfertigungsgrund für ein Zurückbleiben hinter den Auflagen gilt also weiter. Hinzu tritt nun jeweils eine Anrechnungsklausel: Danach ist die Versorgung durch andere Zuteilungsinhaber auf den eigenen Versorgungsgrad anzurechnen. Im Ergebnis bedeutet dies für die Verkehrswege eine Abkehr vom Grundsatz symmetrischer Verpflichtung. Die Anrechnungsmöglichkeit ist der Begründung durch die BNetzA zufolge ein hauptsächliches Instrument zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Versorgungsverpflichtung, welche eben insoweit nicht mehr durch jeden Netzbetreiber allein erfolgen muss.¹⁹ Das damit einhergehende Problem unterschiedlicher Abdeckungen durch die einzelnen Netze (s.o.) soll durch Kooperationen zwischen den Netzbetreibern bewältigt werden. Dementsprechend ist jede einzelne Versorgungsaufgabe hinsichtlich der Verkehrswege flankiert

¹² BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, III. 4. Nr. 5.

¹³ BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, III. 4. Nr. 6.

¹⁴ Bis Ende 2022: Bundesstraßen der Verbindungsfunktion Stufen 0 und 1, bis Ende 2024: übrige Bundesstraßen und Landes- und Staatsstraßen.

¹⁵ BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, III. 4. Nr. 8: Versorgung bis Ende 2022 mit mindestens 100 Mbits/S für Schienenwege mit mehr als 2000 Fahrgästen pro Tag; bis Ende 2024 aller übrigen Schienenwege mit mindestens 50 Mbits/s.

¹⁶ BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, III. 4. Nr. 4.

¹⁷ BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, III. 4. Nr. 6.

¹⁸ s. BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, Rz. 297 (Bundesautobahnen), Rz. 310, 318 (Bundesstraßen), Rz. 357 (Wasserwege), Rz. 378, 409 (Schienenwege), Rz. 429 (500 5G-Basisstationen).

¹⁹ BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, Rn. 240: „kann der Verhältnismäßigkeit der Auflagen jedoch insbesondere durch die Anrechnungsmöglichkeiten der Versorgung durch andere Netzbetreiber Rechnung getragen werden“.

durch die Regelung, dass die Zuteilungsinhaber „Kooperationen eingehen oder Frequenzen überlassen“ können. Zur Förderung des Zustandekommens solcher Kooperationen, also insbesondere einer Vereinbarung über die Mitnutzung der Netze eines jeweils anderen Netzbetreibers (Roaming) oder eines Infrastruktur-Sharing, sehen die Frequenznutzungsbestimmungen ein entsprechendes Verhandlungsgebot vor.²⁰

Die Begründung der BNetzA lässt keinen Zweifel, dass diese Kooperationen intendiert in einem Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zur Anrechnungsmöglichkeit stehen. Insbesondere das regionale Roaming zwischen bestehenden Netzbetreibern ist aus der Sicht der BNetzA gleichsam die vorausgesetzte und funktional notwendige Gegenleistung für die Anrechnung, weil nur so die sonst aus der Anrechnungsmöglichkeit ergebenden und fortbestehenden Versorgungslücken bei den einzelnen Netzen überwunden werden können.²¹ Mehrfach drückt die BNetzA daher ihre „Erwartung“ aus, dass es zu Roaming- oder Infrastruktursharing-Kooperationen zwischen den Netzbetreibern kommen werde.²² Sie beabsichtige, „die Möglichkeiten des Roamings auszuschöpfen, um die Regulierungsziele zu fördern, insbesondere hinsichtlich der Verbraucherinteressen an einer hochleistungsfähigen Mobilfunkinfrastruktur – gerade auch in ländlichen Räumen – sowie eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Dies setzt voraus, dass hinreichend Anreize für Verhandlungen über Roaming bestehen.“²³ Damit ist auch anerkannt, dass Roaming-Lösungen (regional und lokal) für Gebiete, „die für einen Netzbetreiber allein wirtschaftlich schwer zu erschließen sind“, eine marktkonforme Option sein können, die dem Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Teilmärkte keineswegs entgegensteht, im Gegenteil sogar „Anreize [für] einen kosteneffizienten Ausbau von Mobilinfrastrukturen“ in solchen Gebieten

²⁰ BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, III. 4. Nr. 17: „Zuteilungsinhaber haben auf Nachfrage anderer bundesweiter Zuteilungsinhaber unter Beachtung des Telekommunikations- und Kartellrechts über die Mitnutzung bestehender bundesweiter Netze (sog. Roaming) sowie über Infrastruktur-Sharing zu verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein.“

²¹ BNetzA, BK1-17/001, S. 3 „und die Versorgung im Gegenzug durch Roaming erreicht werden“.

²² BNetzA, Entscheidung BK1-17/001, Rn. 241: „Auch wenn durch die Anrechnung der Versorgung anderer Netzbetreiber nicht jeder Mobilfunkkunde von der Erfüllung der Versorgungsaufgabe vollumfänglich profitieren wird, erwartet die Kammer aber, dass Zuteilungsinhaber auf vertraglicher Grundlage in den Grenzen des Wettbewerbs- und Telekommunikationsrechts Kooperationen (zum Beispiel Infrastruktur-Sharing, Roaming) eingehen, sodass durch jeden Zuteilungsinhaber ein weiterer Ausbau erfolgt.“, s. auch Rn. 248, 260: „die Kammer legt ihren Erwägungen ausdrücklich die Möglichkeiten von Kooperationen der Mobilfunknetzbetreiber – zum Beispiel durch Infrastruktur-Sharing und Roaming – zugrunde. Hiermit können die Belastungen durch Versorgungsaufgaben zugunsten aller Zuteilungsinhaber reduziert werden. Das diesbezügliche Verhandlungsgebot ist geeignet, bei allen Marktbeteiligten Anreize zu setzen, den besonderen Herausforderungen des Netzausbaus in der Fläche durch Kooperationen zu begegnen.“

²³ BNetzA, BK1-17/001, Rn. 576.

setzen kann.²⁴ Die Präsidentenkammer bekennt sich auch explizit zum Roaming als einer Maßnahme, die entsprechend der Empfehlung der Monopolkommission dazu beitragen könne, eine unnötige Duplizierung von Infrastrukturen in schwer abschließbaren Gebieten zu vermeiden.²⁵

Weitergehende Versorgungsaufgaben, sowohl gegenständlich und qualitativ als auch hinsichtlich der Kooperationen zwischen den Netzbetreibern, hat die BNetzA hinsichtlich der 5G-Versteigerung 2019 erwogen, aber nicht für erforderlich oder angemessen gehalten. Dies betrifft insbesondere die in der Diskussion teilweise geforderte Erstreckung der Verkehrswege-Verpflichtung auch auf die Ebene der Kreis- und Gemeindestraßen. Eine derartige Versorgungsverpflichtung „würde aufgrund der damit verbundenen Kostenbelastung den Wert der Frequenzen übersteigen und damit nicht mehr verhältnismäßig sein“.²⁶ Ob auch Roaming- oder Sharing-Verpflichtungen auf der Grundlage des TKG hätten auferlegt werden können, wird von der Präsidentenkammer mit Blick auf die kontroverse juristische Diskussion dieser Frage²⁷ nicht mehr kategorisch ausgeschlossen, vielmehr offen gelassen (kann „dahinstehen“).²⁸ Solche Verpflichtungen seien indes als Maßnahmen von größerer Eingriffsintensität „aus derzeitiger Sicht nicht erforderlich“; bei dem bloßen Verhandlungsgebot, das nicht mit einem Kontrahierungszwang verbunden sei, handele es sich um das „mildeste Mittel“, um Kooperationen zu fördern.²⁹

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 mithin eine entscheidende Rolle auch in der Ausbaustrategie der BNetzA, so sind die Erfolge dieses auf freiwillige Verhandlungen

²⁴ BNetzA, BK1-17/001, Rn. 595.

²⁵ BNetzA, BK1-17/001, Rn. 599, mit Bezug auf das Sondergutachten 78 (2017) der Monopolkommission, Seite 88.

²⁶ BNetzA, Rn. 262.

²⁷ Vgl. einerseits (bejahend) *Wagner*, Nationales Roaming im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe, CR 2018, 534 ff.; *ders.* (für Dienstanbieterverpflichtungen), Vorgaben für die Frequenzmitnutzung durch Dienstanbieter im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe (Teil 1), CR 2017, 604 (605 ff.); *Rossi/Sandhu*, National Roaming zur Sicherung einer effizienten Frequenznutzung, MMR 2019, 90 ff.; *Schütz/Schreiber*, 5G-Wettbewerb in der Fläche. Gestaltungsspielräume und rechtliche Anforderungen an Frequenz Zuteilungen, MMR 2019, 19 (21 ff.); andererseits (verneinend) *Fetzer*, Dienstanbieterverpflichtung für Mobilfunkbetreiber, MMR 2018, 63 ff. (mit Blick auf Dienstanbieterverpflichtungen); *ders.*, Ergänzende Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 13.2.2019 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes, S. 3.

²⁸ BNetzA, BK1-17/001, Rn. 575.

²⁹ BNetzA, BK1-17/001, Rn. 609.

unter der (im Hinblick auf die konkreten Befugnisse diffus bleibenden) „Schiedsrichter“-Rolle der BNetzA setzenden Ansatzes, soweit ersichtlich, bisher überschaubar: Die Verhandlungen der etablierten Mobilfunknetzbetreiber mit dem Neueinsteiger 1&1 hinsichtlich der Einräumung bundesweiten Roamings scheinen bisher nicht zu einem Ergebnis geführt zu haben; insoweit sind offenbar auch die Vorbehalte („Trittbrettfahrerei“) der etablierten Betreiber besonders stark.

Aus den Verhandlungen zwischen den etablierten Netzbetreibern hinsichtlich regionaler Kooperationen werden hingegen erste Einigungen oder zumindest Absichtserklärungen im Hinblick auf Einigungen gemeldet, namentlich hinsichtlich eines Vorhabens zur gemeinsamen Errichtung und Nutzung von 6000 Masten (Erschließung weißer Flecken), darüber hinaus auch hinsichtlich Roaming-Vereinbarungen etwa zwischen der Deutschen Telekom und Vodafone betreffend „graue Flecken“ (4000 Standorte). Ob und inwieweit dieser Ansatz regulatorisch erwarteter, aber nicht zu erzwingender Kooperation ausreichen kann, die Versorgungslücken in der Fläche so zu schließen, dass das politische Ziel lückenloser Versorgung aller Nutzer jedenfalls in besiedelten Gebieten und entlang der Verkehrswege mittelfristig erreicht werden kann, kann aus der Außensicht nicht abschließend beurteilt werden. Jedenfalls bestehen angesichts der bisher gemachten Erfahrungen, der schleppenden Ausbaupraxis und auch der wirtschaftlich motivierten Widerstände in den Unternehmen gegen eine flächendeckende, die Leistungsprofile der verschiedenen Netzzugangsangebote angleichenden Zusammenarbeit erhebliche Zweifel an dieser Eignung. Auch die erwähnte Kooperation zum gemeinsamen Ausbau von 6.000 Masten unter Einschluss auch von Telefónica ist offenbar nur auf Druck der BNetzA und des BKartA zustande gekommen.³⁰

Diese Zweifel bilden den Hintergrund für die zu begutachtende Frage, ob rechtliche Möglichkeiten bestehen, im Rahmen der TKG-Novelle den gesetzlichen Rahmen für die Frequenzverwaltung so zu gestalten, dass weitergehende Versorgungsverpflichtungen in

³⁰ Vgl. die Pressemitteilung der PM BNetzA v. 19.01.2021: „Zunächst beabsichtigten nur Telekom und Vodafone in grauen Flecken zu kooperieren. Nach Intervention von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur stehen jetzt drei Mobilfunknetzbetreiber – auch Telefónica – jeweils in Verhandlungen.“ (https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/20210119_TelefonicaTelekom.html?nn=265778).

künftigen Vergabeverfahren, gerade auch mit dem Instrument pflichtiger Kooperation, erleichtert werden.

Derartige Überlegungen hinsichtlich künftig möglicherweise weitergehender Verpflichtungen sind auch der BNetzA keineswegs fremd; sie fügen sich grundsätzlich bruchlos ein in das schon bisher von der BNetzA verfolgte Konzept stufenweise gesteigerter Anforderungen. Schon in der Entscheidung zur 5G-Versteigerung wird der nicht abschließende Charakter der Versorgungsaufgaben sehr deutlich ausgesprochen („nur ein erster Schritt“) und für die kommenden Vergabeverfahren sowohl für die im Jahr 2025 als auch für die im Jahr 2033 auslaufenden Frequenznutzungsrechte angekündigt, dass dann wieder Versorgungsaufgaben einschließlich der Möglichkeit bedarfsgerecht höherer Auflagen zu definieren sein würden.³¹

Die Entscheidung der Präsidentenkammer weist auch bereits auf die im Kodex vorgesehenen künftig neuen Befugnisse hinsichtlich einer regulierungsbehördlichen Anordnung von regionalem Roaming hin (Art. 61 Abs. 4 EKEK). Im Frequenzkompass 2020, mit dem die tatsächlichen Grundlagen für die nächsten Vergabeverfahren vorbereitet werden sollen, nimmt die BNetzA auf diese Ankündigung Bezug und bekennt sich zu dem Anliegen einer Verbesserung der Mobilfunkversorgung.³² Zitiert wird im Frequenzkompass auch die Feststellung der Bundesregierung in ihrer Mobilfunkstrategie, dass die nächste Frequenzvergabe (2022/23), die Gelegenheit biete, „weitergehende Versorgungsaufgaben und damit weiterflächige 5G-spezifische Anforderungen an die Netzqualität“ festzulegen.³³ Die BNetzA legt sich im Frequenzkompass nicht auf eine bestimmte Vorgehensweise fest, kündigt aber an, sowohl „die Frage symmetrischer Versorgungsaufgaben zu adressieren“,³⁴ d. h. die bisher geübte Praxis symmetrischer Auflagen einer kritischen Prüfung zu unterziehen, als auch den Zusammenhang der Versorgungsaufgaben mit weiteren staatlichen Maßnahmen, die zu einer Verbesserung der Versorgung führen können, zu berücksichtigen. Beachtung verdient hier die allerdings in ihrem Aussagegehalt dunkel bleibende Bemerkung, es bestünden bei der Ausgestaltung der Erfüllung sowohl der verwaltungsrechtlichen Auflagen als auch der weiteren staatlichen Maßnahmen „Freiheitsgrade für Vereinbarungen zwischen Betreibern hinsichtlich Kooperationen oder National

³¹ BNetzA, BK1-17/001, S. 3.

³² BNetzA, Frequenzkompass 2020, S. 12.

³³ BNetzA, Frequenzkompass 2020, S. 1 f.; das Zitat bezieht sich auf: Mobilfunkstrategie der Bundesregierung, S. 48 f.

³⁴ BNetzA, Frequenzkompass 2020, S. 12.

Roaming“.³⁵ Hier deutet sich immerhin an, dass das Verhältnis und die Wechselbezüglichkeit zwischen staatlicher Ausbauförderung und regulatorischen Verpflichtungen stärker als in der Vergangenheit in den Blick gerät. Damit ist ein Ansatzpunkt für eine bessere Verzahnung beider Strategien zur Verbesserung der Versorgung auch im normativen telekommunikationsrechtlichen Rahmen bezeichnet, auf den zurückzukommen sein wird.

II. EKEK und TK-Modernisierungsgesetz

Die maßgeblichen telekommunikationsrechtlichen Bedingungen auch für die regulatorische Förderung des Mobilfunkausbaus werden durch den 2018 im EKEK neugefassten unionsrechtlichen Rechtsrahmen für die Telekommunikation in Europa sowie für Deutschland durch das neu zu fassende Telekommunikationsgesetz errichtet. Der vom Bundeskabinett verabschiedete Entwurf schließt sich zu erheblichen Teilen – teilweise wörtlich – an die umzusetzenden Vorgaben des Kodex an, weicht aber auch in einigen Hinsichten davon ab.

So übernimmt der Entwurf beispielsweise – im Hinblick auf die Versorgungsaufgaben – zwar die im Kodex neu formulierte explizite Befugnis zur Auferlegung von Verpflichtungen zu einem lokalen Roaming (§ 105 TKG-E in Umsetzung von Art. 61 Abs. 4 EKEK) sowie die Befugnis, zur Förderung des Wettbewerbs Frequenznutzungsrechte mit der Bedingung nationalen oder regionalen Roamings in bestimmten Frequenzbereichen oder in Gruppen von Frequenzbereichen mit ähnlichen Merkmalen zu verknüpfen (§ 104 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E in Umsetzung von Art. 52 Abs. 2 Buchst. a) EKEK), verzichtet aber auf eine explizite Umsetzung von Art. 47 Abs. 2 EKEK, der sowohl die gemeinsame Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen für die Funkfrequenznutzung als auch kommerzielle Roamingzugangvereinbarungen und den gemeinsamen Ausbau von Infrastrukturen als Möglichkeiten von Bedingungen, an die individuelle Funkfrequenznutzungsrechte geknüpft werden können, vorsieht.

Auch sieht beispielsweise § 105 TKG-E als Voraussetzung einer behördlichen Verpflichtung zum lokalen Roaming vor, dass das von der Verpflichtung begünstigte Unternehmen einen angemessenen Beitrag zur Versorgung von bislang unterversorgten Gebieten leistet, eine Anforderung, die Art. 61 Abs. 4 EKEK nicht aufstellt.³⁶

³⁵ BNetzA, Frequenzkompass 2020, S. 13.

³⁶ Skeptisch gegenüber Beschränkungen des Berechtigtenkreises bei Annahme eines vollharmonisierenden Charakters des Art. 61 Abs. 4 EKEK *Kühling*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des

Der TKG-E präzisiert zwar – immerhin – in der Bestimmung über die Ziele der Frequenzregulierung (§ 86 TKG-E) die Vorgabe des Art. 45 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) EKEK betreffend die Versorgung des mitgliedstaatlichen Hoheitsgebiets und der Bevölkerung mit hochwertigen und leistungsfähigen drahtlosen Breitbanddiensten sowie entlang wichtiger nationaler und europäischer Verkehrswege dahingehend, dass „die Versorgung der Bundesrepublik Deutschland mit [...] unterbrechungsfreien drahtlosen Sprach- und Datendiensten und dabei insbesondere die Versorgung und die nutzbare Dienstqualität in ländlichen Räumen“ vorangetrieben werden soll. Hinsichtlich der Verkehrswege übernimmt die Bestimmung aber nur die Formulierung der Richtlinie („entlang wichtiger nationaler und europäischer Verkehrswege einschließlich des transeuropäischen Verkehrsnetzes“), ohne insoweit den Begriff der wichtigen Verkehrswege zu konkretisieren und auch beispielsweise für die Ebene der Kreisstraßen zu öffnen.

Insgesamt spiegelt der Gesetzentwurf 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 an gezielten Gigabit-Standards.

III. Gutachtenfragen

Diese Konzeption und ihre Ausgestaltung im Regierungsentwurf eines neugefassten TKG haben in der CDU/CSU-Fraktion zu der Besorgnis geführt, dass die damit gesetzten normativen Rahmenbedingungen keine hinreichende Grundlage für in den künftigen Vergabeverfahren ggf. gebotene durchgreifendere regulatorische Maßnahmen darstellen, mit denen das politische Ziel der flächendeckenden Versorgung aller Nutzer tatsächlich in absehbarer Zukunft erreicht werden kann.

Aus dieser Sorge resultiert das Erkenntnisanliegen, dem dieses Gutachten dienen soll: Sind dem TK-Gesetzgeber durch die unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben Spielräume eingeräumt, das flächenbezogene Versorgungsziel für die Frequenzregulierung sowie die dafür einsetzbaren regulatorischen Instrumente stärker zu akzentuieren als dies im beschlossenen Gesetzentwurf geschieht? Für diese Fragestellung ist zwischen den unionsrechtlichen Vorgaben, die sich insbesondere aus dem Kodex ergeben, und verfassungsrechtlichen Rahmenseetzungen, insbesondere aus den Grundrechten sowie

Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 13.2.2019, Ausschussdrucksache 19(15)181-B, S. 10 f.

Art. 87f GG, zu unterscheiden. Da das mitgliedstaatliche Telekommunikationsrecht auch hinsichtlich der Frequenzregulierung durch die Richtlinienvorgaben maßgeblich vorgeprägt ist und auch das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nur in dessen Rahmen Maßstabwirkung entfalten kann, liegt der Schwerpunkt der Betrachtungen auf dem Unionsrecht (C.). Dies rechtfertigt sich auch daraus, dass die Bindungen des mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebers aus dem Kodex weitaus fein gesponnener und enger sind als diejenigen des deutschen Grundgesetzes (dazu u., D.). So besteht etwa weitgehende Übereinstimmung darüber, dass die Infrastrukturgewährleistung für den Sektor der Telekommunikation (Art. 87f Abs. 1 GG) den Gesetzgeber nicht darauf beschränkt, den verfassungsrechtlich garantierten Mindeststandard einer Telekommunikationsversorgung (Universaldienst) als normatives Leistungsziel zu setzen, er vielmehr befugt ist, auch anspruchsvollere Versorgungsziele zu verfolgen.

Kommt es danach für die Reichweite der mitgliedstaatlichen Gestaltungsoptionen vor allem auf den nun im Kodex zusammengefassten unionsrechtlichen Rechtsrahmen an, stellen sich insoweit mehrere Fragen, die im Folgenden abgearbeitet werden sollen. Diese Fragen und ihre Beantwortung beziehen sich nicht auf konkrete Alternativvorschläge zu einzelnen Bestimmungen des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, haben vielmehr grundsätzlicheren Charakter.

Ein erster Fragenkomplex betrifft die Ebene der Zielfestlegung und Formulierung von Versorgungsstandards für den Mobilfunk. Das gesamte Telekommunikations-Regulierungsrecht basiert auf einem Gerüst von allgemeinen Regulierungszielen und -grundsätzen (§ 1 und § 2 Abs. 2 und 3 TKG-E), die im Unionsrecht vorgezeichnet sind (früher: Art. 8 Rahmenrichtlinie, heute: Art. 3 Abs. 2 und Abs. 4 EKEK). Hinzu treten besondere Zielformulierungen für die Frequenzregulierung schon im Kodex, und zwar hier wiederum in verschiedenen spezifischen Regelungskontexten (insb.: Art. 45 Abs. 2, Art. 46 Abs. 1 Unterabsatz 2, Art. 55 Abs. 2 EKEK). Diese Zielformulierungen erfassen unter anderem auch das Interesse der Gesellschaft und der einzelnen Nutzer an einer Versorgung mit Zugängen zu drahtlosen Telekommunikationsnetzen.

Schon auf dieser Basis-Ebene der Ziele der Regulierung stellt sich daher die Frage, ob und inwiefern die mitgliedstaatlichen Normsetzer in Durchführung der Richtlinie insoweit Möglichkeiten zu eigenständiger Zielfestlegung oder immerhin zur Konkretisierung der in der Richtlinie angelegten Ziele behalten oder ob sie darauf beschränkt sind, die

Ziele, damit aber auch die versorgungsbezogenen Ziele, so wie sie die Richtlinie formuliert, text- oder sinngleich in das mitgliedstaatliche Recht zu übertragen. Dies ist deshalb von zentraler Bedeutung für das skizzierte Erkenntnis Anliegen, weil der Kodex zwar das Versorgungsinteresse im Hinblick auf breitbandige Netzinfrastrukturen in seinem Zielkatalog neben den anderen Zielen (insbesondere: Förderung des Wettbewerbs) prominent betont, sich dabei aber vor allem auf die Förderung der Konnektivität und des Zugangs zu Netzen mit sehr hoher Kapazität (also: hoch- und höchstleistungsfähige Breitbandnetze) konzentriert, den politisch für Deutschland angestrebten Standard einer tatsächlich für jedermann verfügbaren, flächendeckenden Mobilfunkversorgung auf einem funktionalen, aber nicht notwendigerweise technisch avanciertesten Niveau (namentlich: 4G-Standard) hingegen nicht explizit als Versorgungsziel ausformuliert. Sind konkretisierende Standardsetzungen im mitgliedstaatlichen Gesetz unionsrechtlich zulässig, ist zu klären, welche normative Verbindlichkeit derartige Festlegungen haben dürfen, insbesondere, ob sie auch - wie der Universaldienst – als strikt verbindliche Ergebnisgarantie, die jedenfalls zu erfüllen ist, gefasst werden dürfen oder doch nur als eine der Abwägung mit anderen Zielen unterliegende prinzipielle Vorgabe. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob und wie sich mitgliedstaatliche Versorgungszielfestlegungen zu den unionsrechtlichen Vorgaben zum Universaldienst verhalten, insbesondere auch deswegen, weil die Universaldienstgarantie nunmehr im Kodex aus dem Katalog der Regulierungsziele herausgefallen ist, obgleich die früher in der Universaldienst-Richtlinie normierten Regelungen zum Universaldienst, seiner Gewährleistung und Finanzierung auch im Kodex im Wesentlichen erhalten geblieben sind (Art. 84 ff. EKEK).

Der Klärung bedarf – immer noch auf der Ebene der Zielfestlegung und Standardsetzung – ferner die Frage, wie sich die verschiedenen – allgemeinen und spezifischeren – Zielkataloge des Kodex in Bezug auf die Frequenzregulierung zueinander verhalten, insbesondere ob für die verschiedenen Verfahrensmöglichkeiten und -schritte der Frequenzverwaltung durchgehend dieselben oder aber jeweils unterschiedliche Ziele beachtlich sind. Können, wie es der Kodex insbesondere für die Festlegung der Bedingungen für das Vergabeverfahren vorzusehen scheint (Art. 55 Abs. 2 EKEK), bestimmte Ziele ausgewählt, damit aber auch der Kreis relevanter Ziele eingegrenzt werden, stellt sich die Frage, ob diese Kompetenz notwendigerweise der mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörde zukommt – die Bestimmung des Kodex adressiert „den Mitgliedstaat“ – oder ob diese Aufgabe der Zielkonkretisierung und -festlegung auch vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber wahrgenommen werden darf.

Letztere Frage führt auf das grundsätzlichere Problem der unionsrechtlichen Vorgaben zur Kompetenzverteilung zwischen dem mitgliedstaatlichen Regulierungsgesetzgeber und den Regulierungsbehörden des jeweiligen Mitgliedstaates. Für die Marktregulierung hat der Europäische Gerichtshof bekanntlich die gestalterische Aufgabe der Regulierungsbehörden betont, deren unionsrechtlich vorgesehene Ermessensspielräume daher nicht durch gesetzliche Bindungen unzulässig eingeschränkt werden dürfen. Auch im Bereich der Frequenzverwaltung stehen der Regulierungsbehörde nach geltendem Recht erhebliche Spielräume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene zu, die möglicherweise von Unionsrechts wegen nicht gesetzgeberischer Disposition unterliegen und – trifft dies zu – daher nicht durch gesetzliche Festlegungen auf jedenfalls zu erreichende Versorgungsziele oder auf bestimmte zu ergreifende Regulierungsmaßnahmen verengt werden dürfen.

Diese Prüfung der Kompetenzfrage erfasst nicht mehr nur die Zieleebene, sondern auch zugleich schon diejenige der Instrumente, also der im Zuge der Frequenzregulierung einzusetzenden regulatorischen Maßnahmen und Auflagen. Insoweit sieht der Kodex im Vergleich mit dem früheren Richtlinienrahmen weitergehende Möglichkeiten und Befugnisse der Regulierungsbehörde vor, um eine Verbesserung der Mobilfunkversorgung zu erreichen. Wie schon bemerkt, überträgt der vorliegende Regierungsentwurf diese Befugnisse teilweise, jedoch nicht vollständig in das TKG. Auch insoweit bedürfen zunächst die in ihrem normativen Gehalt und auch in ihrem Verhältnis zueinander nicht ohne weiteres klaren Bestimmungen des Kodex etwa zu Roaming- und Infrastruktur-Sharing-Verpflichtungen einer genaueren Betrachtung. Dies ermöglicht eine Analyse, ob die unionsrechtlichen Vorgaben – neben der unzweifelhaft bestehenden Möglichkeit, die bisher im Entwurf nicht umgesetzten Normaussagen des Kodex noch einzuführen (insbesondere: Art. 47 Abs. 2 EKEK) – Raum lassen für eine eigenständigere und präzisere Fassung etwa von möglichen Versorgungsauflagen zur Kooperation von Netzbetreibern mit dem Ziel der lückenlosen Versorgung in der Fläche.

Eine wichtige Frage auf der Instrumentenebene der Frequenzregulierung, insbesondere für die Verhältnismäßigkeit von Versorgungsauflagen, betrifft auch das bisher viel zu wenig beachtete und auch im Regulierungsrecht selbst nicht ausreichend adressierte Problem des Verhältnisses von regulatorischen Maßnahmen zu staatlichen Maßnahmen der Förderung des Infrastrukturausbaus. Letztere sind unionsrechtlich bisher im Wesentlichen nur als Gegenstand des Beihilfenrechts begriffen worden, stehen aber schon von den tatsächlichen Gegebenheiten her in einem engen Bedingungs Zusammenhang mit der

telekommunikationsrechtlichen Regulierung. Dieser Bedingungs-zusammenhang ist bisher stets eher als Problem begriffen worden (keine Förderung in Gebieten, in denen eigenwirtschaftlicher Netzausbau stattfindet, keine telekommunikationsrechtliche Regulierung im Förderungsbereich),³⁷ könnte aber möglicherweise stattdessen konstruktiv für die Erreichung des Ziels flächendeckender Versorgung rechtlich verarbeitet werden: Staatliche Förderung (etwa von Masten und anderer passiver Mobilfunk-Infrastruktur) könnte auch aus regulatorischer Sicht ein Faktor sein, der die Zumutbarkeit von Versorgungsauflagen erhöht, insoweit er die Kostenlast für den Netzausbau senkt.

Im verfassungsrechtlichen Teil ist in gebotener Kürze der Frage nachzugehen, ob der Gewährleistungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG möglicherweise auf dem heutigen Stand technologischer Entwicklung und gesellschaftlicher Bedürfnisse eine flächendeckende 4G-Versorgung sogar schon garantiert, also dem Gewährleistungsstaat zur Pflichtaufgabe macht, oder ob er – wenn dies nicht der Fall ist – immerhin eine einfachgesetzliche darauf gerichtete Zielsetzung zulässt. Dabei ist auch zu erörtern, ob ein derartiges Versorgungsziel und dafür bereitgestellte regulatorische Verpflichtungsinstrumente außerhalb des Universaldienstmechanismus (insbesondere: Versorgungsauflagen im Rahmen der Frequenzregulierung) mit den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen privatwirtschaftlicher Leistungserbringung sowie des Wettbewerbs in Art. 87f Abs. 2 GG sowie mit den Wirtschaftsgrundrechten der betroffenen Unternehmen vereinbar sein können.

³⁷ Vgl. nur *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f Rn. 57 (Stand: Okt. 2015).

D. Unionsrechtliche Vorgaben und Spielräume

I. Ebene der Zielvorgaben

Der Kodex und der Regierungsentwurf eines den Kodex umsetzenden TKG betonen mit im Vergleich mit der Vorgängerregelung in der Rahmenrichtlinie und dem noch geltenden TKG gesteigertem Gewicht die Interessen der Nutzer an einem flächendeckenden Zugang zu Breitbandnetzen einschließlich drahtloser Netze. Diese besondere Akzentuierung des Versorgungsziels wird insbesondere in der Einfügung des neuen allgemeinen Ziels der Förderung der Konnektivität von sowie des Zugangs zu unter Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität durch alle Bürger und Unternehmen der Union (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) EKEK, übernommen in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E) sowie in der weiter entwickelten und klareren Formulierung des Ziels des Schutzes der Verbraucherinteressen (Art. 3 Abs. 2 Buchst. d) EKEK, übernommen in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E) sichtbar, aber auch in einer ganzen Reihe von Erwägungsgründen zum Kodex zum Ausdruck gebracht. Allerdings enthalten der Kodex und das bei den Zielformulierungen weitgehend am Wortlaut der Richtlinie orientierte Umsetzungsgesetz keine ausdrückliche Garantie einer lückenlos-flächendeckenden Versorgung mit breitbandigem Mobilfunk mit einer funktionalen, aber nicht notwendig sehr hohen Übertragungsrate (praktisch also: 4G), die insbesondere auch das Verkehrswegenetz unterhalb der Hauptverkehrsstrecken (namentlich: Versorgung auch der Kreisstraßen und aller Schienenstrecken) einschließt. Wird entsprechend den oben skizzierten politischen Zielen eine derartige Versorgung in absehbarer Zukunft angestrebt, könnte indes eine explizite Formulierung dieses Versorgungsziels im TKG dazu beitragen, die Frequenzregulierung verbindlicher auf die Erreichung dieses Ziels zu verpflichten oder doch jedenfalls diesem Ziel größeres Gewicht in den im Rahmen der Entscheidung über Maßnahmen der Frequenzregulierung anzustellenden Abwägungen zu verschaffen. Daher ist zu untersuchen, ob eine solche konkretisierende Ziel festlegung im Gesetz unionsrechtlich möglich ist. Da der Kodex und die ihm folgende gesetzgeberische Umsetzung Zielkataloge für die Telekommunikationsregulierung, wie skizziert, auf verschiedenen Ebenen kennen (allgemeine Ziele und Grundsätze, spezifischere Ziele der Frequenzregulierung), kommt eine Verankerung einer solchen konkretisierenden Formulierung grundsätzlich an verschiedenen Orten des Gesetzes in Betracht, wobei selbstverständlich auf eine kohärente Fassung im Hinblick auf das Verhältnis der Zielkataloge zueinander zu achten ist.

1. Regulierungsziele: Konkretisierungs- und Abweichungsspielraum des mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebers?

In grundsätzlicher Hinsicht bedarf zunächst der Klärung, ob die unionsrechtlichen Vorgaben des Kodex (wie früher des Richtlinienrahmens, insbesondere der Rahmenrichtlinie) überhaupt mitgliedstaatliche Spielräume für eine mehr oder weniger weitgehende eigenständige Akzentuierung belassen oder auf eine inhalts- oder sogar wortgetreue Umsetzung durch die Mitgliedstaaten verpflichten.

a) Ausgangspunkt: „harmonisierte Ziele“

Im Ausgangspunkt lässt sich zunächst nicht bezweifeln, dass die grundrechtlichen Zielkataloge, insbesondere die allgemeinen Ziele und Grundsätze des Art. 3 EKEK, prägende Bedeutung auch für die mitgliedstaatliche Fassung der Telekommunikationsgesetze und also ein hohes Maß an Verbindlichkeit für den Umsetzungsgesetzgeber haben. Die Bestimmungen über die Ziele und Grundsätze haben Leitnormcharakter für alle Bereiche des Telekommunikationsrechts;³⁸ sie geben den einzelnen Aufgaben und Befugnissen Richtung und Inhalt und markieren insbesondere für die Regulierungsverfahren, in denen den mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden gestalterische Spielräume eröffnet sind, substantiell die Belange, die von der Regulierungsbehörde regelmäßig im Wege der Abwägung zu berücksichtigen und so in ihrer Gesamtheit zu optimieren sind.³⁹ Auf die allgemeinen Ziele der Regulierung wird vielfach in den einzelnen Befugnisnormen verwiesen; sie beanspruchen aber Beachtung kraft ihrer Normativität auch unabhängig von solchen Verweisungen.⁴⁰

Ihrer fundamentalen Bedeutung entsprechend sind gerade die Regulierungsziele bei den Änderungen des unionalen Rechtsrahmens für die Telekommunikation ein wichtiger Gegenstand der Reformschritte gewesen; dies gilt sowohl für die Überarbeitung des Rechtsrahmens und damit auch der Rahmenrichtlinie 2009, in der das Verbraucherschutzziel gestärkt, die Förderung von Investitionen und Innovationen bei leistungsfähigen Infrastrukturen eingefügt und die Kategorie der Regulierungsgrundsätze eingefügt worden ist,⁴¹ als auch für den Kodex, der die Regulierungsziele gestrafft, in den Leitbegriffen der Wettbewerbsförderung, der Binnenmarktförderung und des Verbraucherschutzes klarer

³⁸ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 19; *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 16; *Säcker*, in: ders., TKG, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 1.

³⁹ S. nur BVerwGE 130, 39 – TAL, Rn. 28 ff.

⁴⁰ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 19.

⁴¹ S. dazu näher *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 1 ff.

geordnet und insbesondere um das schon genannte – nun also vierte – Konnektivitätsziel erweitert hat.

Diese Bedeutung der Ziele für die Regulierung, aber auch die textliche Formulierung in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 EKEK lassen keinen anderen Schluss zu als denjenigen, dass die Mitgliedstaaten an diese Ziele gebunden und also gehindert sind, andere wirtschaftspolitische Vorstellungen zu verfolgen, die im Kodex keine Grundlage und Verankerung haben. So ist in Art. 3 Abs. 1 EKEK davon die Rede, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die nationalen Regulierungsbehörden „alle angezeigten Maßnahmen treffen, die zur Erreichung der in Abs. 2 vorgegebenen Ziele erforderlich und verhältnismäßig sind“. Art. 3 Abs. 2 EKEK verpflichtet sowohl die nationalen Regulierungsbehörden als auch die Mitgliedstaaten (neben sonstigen Behörden und der Kommission) dazu, „sämtliche nachstehenden Ziele, wobei die Auflistung keine Rangfolge der Prioritäten entspricht“, zu verfolgen. Gerade hinsichtlich der Ziele erhebt die Richtlinie mithin einen Anspruch weitreichender Harmonisierung; die mitgliedstaatlichen Zielformulierungen sind daher sämtlich richtlinienkonform im Sinne des Kodex auszulegen.⁴² Erwägungsgrund Nr. 107 führt aus, dass Funkfrequenzen von den Behörden „auf der Grundlage harmonisierter Ziele“ zugeteilt und zugewiesen werden.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich schon in der Vergangenheit dementsprechend gebunden gesehen und die unionsrechtlichen Zielvorgaben zu einem erheblichen Teil sogar wortgetreu, wenn auch – im bisher geltenden TKG – in teilweise anderer Anordnung in das Gesetz übertragen. Die Neufassung im vorliegenden Entwurf orientiert sich sogar noch enger an den – nun allerdings auch klarer geordneten – Zielen und Grundsätzen im Kodex.

b) Spielraum mitgliedstaatlicher Zielkonkretisierung

Diese inhaltliche Bindung ist jedoch keineswegs gleichbedeutend mit einer Verpflichtung, die allgemeinen Ziele und Grundsätze des Kodex textgetreu und ohne jeden Spielraum zu eigenständiger gesetzlicher Ausformung einfach abzuschreiben.

Dagegen spricht schon die Wahl des Rechtsetzungsinstrumentes der Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV), an dem die Kommission auch für die Kodifizierung des bisher in den verschiedenen Richtlinien ausdifferenzierten unionalen Telekommunikationsrechts

⁴² Gärditz, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 1.

festgehalten hat. In ihrer Begründung des Richtlinienvorschlags weist die Kommission ausdrücklich auf diesen Umstand hin: „Zudem lässt die Rechtsform einer Richtlinie den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum bei der Umsetzung in einzelstaatliches Recht.“⁴³ Zwar können auch Richtlinienbestimmungen den Anspruch einer Vollharmonisierung erheben und, soweit dies geschieht, den Mitgliedstaaten Möglichkeiten je unterschiedlicher Umsetzung verschließen. Aber selbst die strikt determinierende Vollharmonisierung führt keineswegs dazu, dass die äußere gesetzestechnische Anordnung und die Wortwahl der Richtlinienbestimmungen originalgetreu in die mitgliedstaatliche Umsetzung implementiert werden müssen; entscheidend ist die inhaltliche Übereinstimmung.

Darüber hinaus zielt der Kodex keineswegs in seiner Gesamtheit auf Vollharmonisierung, sondern erhebt – wie schon die *Rahmenrichtlinie* – nur und allerdings den Anspruch, einen „harmonisierten Rahmen“ für die Telekommunikationsregulierung zu errichten (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 EKEK). Schon begrifflich ist damit zum Ausdruck gebracht, dass die Richtlinie keine detailscharfe Durchregelung sämtlicher Maßstäbe und Instrumente des Telekommunikationsrechts anstrebt, schon gar nicht für alle Bereiche der Regulierung. Vielmehr sieht sie bereichsspezifisch unterschiedliche Determinierungsgrade vor: So sind beispielsweise die Vorschriften über den Kundenschutz in der Tat vollharmonisierend,⁴⁴ während die Kommission in ihrer Entwurfsbegründung gerade für die Frequenzregulierung Spielräume der Mitgliedstaaten anerkannt hat:

c) Insbesondere: Mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielraum bei der Frequenzregulierung
Sie werden hier offensichtlich auch nicht – wie bei der Marktregulierung⁴⁵ – nur als Gestaltungsspielräume der Regulierungsbehörden verstanden, sondern betreffen auch schon die *Umsetzung* des Kodex in das mitgliedstaatliche Recht: Danach – der Kommissionsbegründung zufolge – wird die Zuständigkeit für die Funkfrequenzen von der Kommission und den Mitgliedstaaten „gemeinsam wahrgenommen. Die Vorschläge sollen einen Gesamtrahmen für eine unionsweit kohärente Funkfrequenzverwaltung bilden, während die Mitgliedstaaten über einen ausreichenden Spielraum verfügen, diese

⁴³ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Kodex für die elektronische Kommunikation Brüssel v. 12.10.2016 COM(2016) 590 final, S. 6.

⁴⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 257.

⁴⁵ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Kodex für die elektronische Kommunikation Brüssel v. 12.10.2016, COM(2016) 590 final, S. 6, 2. Absatz.

*Vorschriften entsprechend den nationalen Gegebenheiten umzusetzen und anzuwenden.*⁴⁶

Der schon erwähnte Erwägungsgrund Nr. 107 spricht von den Befugnissen der nationalen Behörden *auf der Grundlage* harmonisierter Ziele – nicht nur in Vollzug harmonisierter Maßstäbe –, und er deutet darüber hinaus Spielräume der Frequenzregulierung an, mit denen den unterschiedlichen Gegebenheiten und politischen Zielvorstellungen in den Mitgliedstaaten entprochen werden kann, indem er betont, dass dabei „den demokratischen, sozialen, sprachlichen und kulturellen Interessen, die mit der Nutzung von Funkfrequenzen verbunden sind, Rechnung getragen werden sollte“. Auch hinsichtlich der Regulierungsziele bedeutet dies, dass sie, jedenfalls soweit es um die Frequenzregulierung geht, nicht auf einen vollharmonisierten Regelungsbereich bezogen sind, vielmehr so verstanden werden müssen, dass sie die im Kodex für diesen Bereich zugelassenen mitgliedstaatlichen Spielräume für die Berücksichtigung nationaler Gegebenheiten wahren.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass – jedenfalls für die hier nur interessierende Frequenzregulierung – die Mitgliedstaaten nicht gehindert sind, eine in gewissem Umfang eigenständige Fassung der einschlägigen Regulierungsziele vorzunehmen, vorausgesetzt allerdings, dass sich diese Konkretisierung inhaltlich im Rahmen der im Kodex vorgegebenen Ziele und Grundsätze hält.

d) Eigenständige Zielformulierung im TKG

Tatsächlich ist der deutsche Gesetzgeber von dieser Befugnis auch in der Vergangenheit und nun auch im Entwurf des neugefassten TKG ausgegangen, namentlich durch die Beschreibung des Gesetzeszwecks in § 1 TKG. Nach ganz überwiegender Auffassung beschreibt auch schon § 1, nicht erst § 2 TKG, die grundlegenden Ziele der Telekommunikationsregulierung, enthält also selbst auch schon normativ verbindliche Ziele, die sich von denjenigen in § 2 nicht kategorial, hinsichtlich ihrer Normativität und der Art ihrer inhaltlichen Aussagen, unterscheiden.⁴⁷ Bei diesen schon in der ersten Bestimmung des Gesetzes gefassten Zielen, die den Gesetzeszweck definieren, handelt es sich um vom Gesetzgeber für besonders charakterprägend gehaltene Leitvorgaben.⁴⁸

⁴⁶ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Kodex für die elektronische Kommunikation Brüssel v. 12.10.2016, COM(2016) 590 final, S. 6, 3. Absatz.

⁴⁷ Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 4 f.; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 14.

⁴⁸ Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 11.

§ 1 TKG hatte indes in den Bestimmungen der Rahmenrichtlinie 2002/2009 keine Entsprechung. Zwar hat nun der Kodex in Art. 1 EKEK eine strukturell vergleichbare Basis-Zielfestlegung eingeführt. Jedoch stimmt § 1 TKG-E des Regierungsentwurfs mit dieser neuen Basis-Zielnorm keineswegs textlich überein. So übernimmt § 1 TKG schon seit der Gesetzesfassung von 1996 in textlicher Anlehnung an die Formulierung des Art. 87f Abs. 1 GG den verfassungsrechtlichen Universaldienst-Gewährleistungsauftrag auch in das einfachgesetzliche Regulierungsgesetz und hält daran auch jetzt fest, obgleich der Universaldienst im Kodex nicht mehr als allgemeines Regulierungsziel (wie noch in Art. 8 Absatz 4 Buchst. a) RahmenRL) aufgeführt wird.

Auch das im Zuge der Gesetzesberatungen zum TKG 2004 in § 1 TKG eingeführte und so prominent hervorgehobene Infrastrukturförderungsziel ging über das in der RahmenRL 2002 deutlich zurückhaltender angelegte, hier dem Oberziel der Wettbewerbsförderung zugeordnete Ziel effizienter Infrastruktur-Investitionsförderung (Art. 8 Abs. 2 Buchst. c) RahmenRL) unverkennbar hinaus.⁴⁹ In der Basisnorm des Art. 1 EKEK findet sich ohnehin weiterhin kein vergleichbar eigenständig formuliertes Infrastruktur-Förderziel. Der deutsche Gesetzgeber setzt mit den drei in die erste Bestimmung des Gesetzes gestellten Zielen Wettbewerb, Infrastrukturförderung und Universaldienst offenkundig andere Akzente als der Kodex in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a) EKEK mit der unionsrechtlichen Hauptziel-Trias Wettbewerb, Binnenmarkt und Verbraucherschutz. Auch hinsichtlich der Zuordnung zu den Zielen bzw. Grundsätzen der Regulierung in § 2 des Gesetzes hält sich das deutsche TKG nicht durchweg strikt an die Struktur des unionsrechtlichen Vorbilds in der Rahmenrichtlinie.⁵⁰

e) Eigenständige Zielformulierung im TKG-E

Auch der Regierungsentwurf eines Telekommunikationsgesetzes folgt in der Fassung des Zielekatalogs in § 2 TKG keineswegs sklavisch den Formulierungen in Art. 3 Abs. 2 EKEK. So verschärft der Entwurf das Wettbewerbsziel, indem er statt der im Kodex verlangten „Förderung“ (Art. 3 Abs. 2 Buchst. b) EKEK) B die „Sicherstellung“ eines chancengleichen Wettbewerbs vorgibt (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG-E). Dazu passt, dass die BNetzA „sicherzustellen“ hat, „dass im Bereich der Telekommunikation keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen bestehen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. e)

⁴⁹ In der Neufassung der RahmenRL 2009 ist der Infrastrukturausbau zwar stärker betont (*Scheurle/Kaienburg*, in *Scheurle/Mayen*, TKG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 23), aber doch nur als auch inhaltlich begrenzterer Regulierungsgrundsatz gefasst worden, Art. 8 Abs. 5 Buchst. d); s. dazu *Cornils*, in: *Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 10.

⁵⁰ Näher *Cornils*, in: *Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 9 ff.

TKG-E), eine Forderung, die als solche zudem im Zielkatalog des Kodex nicht aufgeführt ist. Diese hervorstechende sprachliche Schärfung des Wettbewerbsziels ist im Übrigen nicht frei von unionsrechtlichen Zweifeln, auch wenn sie schon im geltenden TKG enthalten ist: Insofern unionsrechtlich eindeutig und im Kodex nun auch ausdrücklich klargestellt ist (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EKEK), dass die Regulierungsziele gleichrangig sind und also nicht einzelne davon mit einem a priori-Vorrang ausgestattet werden dürfen,⁵¹ kann durchaus hinterfragt werden, ob die besondere sprachliche Betonung gerade des Wettbewerbsziels etwa im Unterschied zum Ziel der Förderung der Konnektivität, des Binnenmarktes oder der Interessen der Verbraucher in Abweichung von der Formulierung des Kodex diesem Postulat der Ziel-Gleichrangigkeit noch entspricht. Jedenfalls bedarf die deutsche Fassung einer unionsrechtskonformen Auslegung dahin, dass auch die „Sicherstellung“ des Wettbewerbs nicht im Sinn einer unbedingt zu erfüllenden Erfolgsgarantie verstanden wird. Ein kategorischer Vorrang des Wettbewerbsziels gegenüber dem Versorgungsziel in einer regulatorischen Entscheidungssituation, in der beide Ziele nicht gleichermaßen verwirklicht werden können, vielmehr gegenläufig wirken, wäre unionsrechtlich nicht haltbar.

Noch deutlicher wird der Anspruch des Umsetzungsgesetzgebers, die allgemeine Regulierungsziele durchaus eigenständig zu konturieren, auch im neugefassten Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. d) TKG-E: „Sicherstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse in städtischen und ländlichen Räumen“, das in dieser Gestalt im Kodex kein Vorbild hat. Hier findet der verfassungsrechtlich unterfangene Gesetzeszweck der flächendeckenden Gewährleistung angemessener und ausreichender Dienstleistungen auch Eingang in den Zielekatalog des § 2 Abs. 2 TKG-E.

f) Insbesondere: Mitgliedstaatliche Konturierung des Versorgungsziels

Abgesehen von den angedeuteten Bedenken hinsichtlich der sprachlichen Hervorhebung einzelner Ziele („Wettbewerb“) gegenüber anderen ist diese vom Umsetzungsgesetzgeber (schon des geltenden TKG sowie in Gestalt des Regierungsentwurfs) in Anspruch genommene Akzentuierungs- und Konturierungsbefugnis hinsichtlich der allgemeinen Regulierungsziele mit dem Kodex vereinbar. Dies soll im Folgenden noch einmal mit spezifischen Blick auf das Versorgungsziel näher begründet werden.

⁵¹ Gärditz, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 19 („keine Zielhierarchie“)

aa) Zum Beispiel: Universaldienstgarantie

Das Beispiel der Universaldienst-Gewährleistung veranschaulicht, dass die Mitgliedstaaten nicht kategorisch gehindert sind, ein Versorgungsziel weiterhin (oder auch: neu) in ihren Telekommunikationsgesetzen auszuformulieren, auch wenn der Zielekatalog des Kodex dieses Versorgungsziel nicht mehr explizit benennt, sofern – dies allerdings ist Voraussetzung – dieses Versorgungsziel in der Sache (wenn auch nicht in der Formulierung) im Kodex legitimiert ist. Unter dieser Voraussetzung substantieller unionsrechtlicher Billigung eines solchen Versorgungsziels ist ein Spielraum der Mitgliedstaaten anzuerkennen, dieses Ziel auch ausdrücklich und klarer als im Kodex zu formulieren und im Umsetzungsgesetz zu verankern:

Während im Zielkatalog der Rahmenrichtlinie unter dem Gesichtspunkt des Endnutzer- und Verbraucherschutzes auch die in der Universaldienstrichtlinie näher ausgeformte Universaldienstgarantie als Sicherstellungsauftrag aufgeführt wurde,⁵² enthält der Zielekatalog des Kodex dieses Ziel wohl als Folge der beabsichtigten „Straffung“ der Fassung der Ziele⁵³ nicht mehr. Wohl aber sieht auch der Kodex weiterhin vor, dass die Mitgliedstaaten einen Universaldienst-Gewährleistungsmechanismus einrichten müssen (Art. 84 ff. EKEK). Die einschlägigen Regelungen, die früher in der Universaldienstrichtlinie vorgesehen waren, bestehen also, wenn auch in modifizierter Fassung, im Kodex fort, haben aber nunmehr keine explizite Verankerung mehr im allgemeinen Zielkatalog des Art. 3 EKEK. Nur Art. 1 Abs. 2 Buchst. b) EKEK verweist, indes deutlich allgemeiner und ohne eigenen normativen Gehalt, auf in der Richtlinie getroffene Regelungen von Fällen, „in denen die Bedürfnisse von Endnutzern [...] durch den Markt nicht ausreichend befriedigt werden können“, damit also unter anderem auch auf die Art. 84 ff. EKEK betreffend den Universaldienst.

Die vorgeschlagene Neufassung des TKG hat zwar, der Streichung des Regulierungsziels Universaldienst in Art. 3 EKEK folgend, ebenfalls auf die ausdrückliche Nennung dieses Ziels in dem diesem Artikel nachgebildeten Zielekatalogs des § 2 verzichtet, die Universaldienstgarantie in § 1 TKG aber beibehalten. Diese Fortschreibung der Universaldienstgarantie (wenn auch nicht im § 2, so doch immer noch in § 1) ist nach den dargelegten Grundsätzen unzweifelhaft mit der Richtlinie vereinbar: Der Universaldienst

⁵² Art. 8 Absatz 4 RahmenRL: „Die nationalen Regulierungsbehörden fördern die Interessen der Bürger der Europäischen Union, indem sie unter anderem a) sicherstellen, dass alle Bürger gemäß der Richtlinie 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie) Zugang zum Universaldienst erhalten [...]“

⁵³ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Kodex für die elektronische Kommunikation Brüssel v. 12.10.2016, COM(2016) 590 final, S. 17.

gehört auch weiterhin zu den obligatorischen Gewährleistungsgehalten des unionalen und mitgliedstaatlichen Telekommunikationsrechts: Die Mitgliedstaaten haben nun weitergehende Befugnisse, das jeweilige Universaldienst-Niveau – relativ auf die jeweils herrschenden Versorgungsbedürfnisse – festzusetzen (Art. 84 Abs. 1 EKEK), sind aber in diesem Umfang zur Sicherstellung der Versorgung verpflichtet. Die Mitgliedstaaten dürfen die überkommene Mindest-Versorgungsgarantie eines Universaldienstes in der Sache nicht aufgeben. Das modernisierte Telekommunikationsrecht fällt in seinem Anspruch, den Interessen der Endnutzerinteressen gerecht zu werden, keineswegs hinter den bisher erreichten Stand des Unionsrechts zurück. Das zeigen eben schon Art. 84 ff. EKEK, die den Sicherstellungsauftrag weiterhin aufrechterhalten, und darüber hinaus auch die Vorschriften des Kodex, die die Nutzerinteressen stärker noch als in den Vorgängerrichtlinien in den Vordergrund stellen, gerichtet auf die Bereitstellung sogar noch höherer Leistungsstandards (Netze mit sehr hoher Kapazität, 5G-Ausbau).

Es kann vor diesem Hintergrund nicht ernsthaft angenommen werden, dass es den Mitgliedstaaten untersagt sein sollte, diese unionsrechtliche Verpflichtung, die auf eine (nicht abwägungsfähige) staatliche Garantieverantwortung (Ergebnisgarantie) gerichtet ist,⁵⁴ weiterhin explizit in ihrem Umsetzungsgesetz auch unter den Regulierungszielen aufzuführen, nachdem der Unionsgesetzgeber auf diese Erwähnung im Zielkatalog inzwischen verzichtet hat. Unionsrecht gestattet weiterhin die prominente Benennung der für Deutschland auch verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Universaldienst-Versorgung in den Zielen des deutschen Regulierungsgesetzes, weil diese Universaldienst-Garantie nach wie vor substantiell den unionsrechtlichen Vorgaben entspricht.

bb) Mobilfunkversorgung

Die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Zielformulierung und -konkretisierung beschränkt sich aus den dargelegten Gründen auch nicht nur auf den Universaldienst, kann vielmehr auch für andere Versorgungsziele angenommen werden, wenn diese sich substantiell aus dem Kodex herleiten lassen. Insbesondere gilt dies für die Frequenzregulierung, für die, wie dargelegt, nach der Intention des Kodex sogar weiterreichende mitgliedstaatliche Umsetzungsspielräume greifen. Und gerade für die Versorgung mit Zugängen zu drahtlosen Netzen und die Frequenzregulierung lassen sich dem Kodex vielfache und

⁵⁴ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 17: strikt bindendes, nicht abwägungsfähiges Ziel nach Art eines Planungsleitsatzes.

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 – auch deutlicher, als dies in Art. 3 EKEK der Fall ist. Dies belegen insbesondere folgende Aussagen des Kodex:

(1) Konnektivitätsziel und Endnutzerinteressen

Von herausragender Bedeutung ist zunächst, dass der Kodex innerhalb der grundlegenden Trias der Haupt-Regulierungsziele – Förderung des Wettbewerbs, Schutz der Verbraucherinteressen, Binnenmarkt – das Leitbild bestmöglicher Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (im weiten Sinn, einschließlich der Netzleistungen) im Interesse sowohl der individuellen Endnutzer als auch des Gemeinwohls noch gestärkt hat. Dies findet seinen auffälligsten Ausdruck in der Einführung des neuen Konnektivitätsziels hinsichtlich der Netze mit sehr hoher Kapazität, das zudem in bemerkenswerter Weise unmittelbar verknüpft ist mit der Forderung, Zugangsmöglichkeiten zu diesen Netzen *für alle Bürger und Unternehmen* der Union zu schaffen (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a) EKEK).⁵⁵

Der schon mit diesem neuen Ziel angestrebte möglichst breite, auf alle Endnutzer zielende hochwertige Netzzugang, explizit auch zu Mobilfunk- und Drahtlosnetzen, wird sodann mit der darauf abgestimmten Neuformulierung des Verbraucherschutzziels gleichsam noch einmal „gedoppelt“. Hier wird noch einmal wiederholt, dass die *breite Verfügbarkeit der Netze* im Interesse der Bürgerinnen und Bürger der Union zu fördern ist (Art. 3 Abs. 2 Buchst. d) EKEK).

Gewiss hält auch der Kodex weiterhin an den Zielen der Wettbewerbs- und Binnenmarktförderung fest sowie auch an der für das Regulierungsrecht kennzeichnenden Leitidee, die Endnutzer- und gesellschaftlichen Gemeinwohlinteressen an einer Versorgung mit möglichst hochwertigen und zugleich erschwinglichen

⁵⁵ S. zu dieser Verknüpfung *Neumann*, Kommissionsvorschlag für einen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, N&R 2016, 262 (264); *ders.*, Das Ergebnis der Trilog-Verhandlungen zum Kodex für die elektronische Kommunikation im Bereich der Marktregulierung, N&R 2018, 204 (204); *ders.*, Erste Schritte auf dem Weg zur Umsetzung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation. Die Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019, N&R 2019, 152 (152 f.).

Leistungen durch Effektivierung wirtschaftlichen Wettbewerbs zu fördern; das Wettbewerbsziel und das endnutzerbezogene Versorgungsziel sind aus dieser Sicht, auch wenn hier durchaus Zielkonflikte auftreten können, nicht strukturell kollidierende Prinzipien, sondern aufeinander bezogen: Das Wettbewerbsziel hat im Konzept der privatisierten, aber staatlich gewährleisteten Telekommunikationsleistungserbringung nicht nur, aber doch auch instrumentelle Bedeutung für die Erfüllung der politisch gesetzten Daseinsvorsorge-Leistungsziele.⁵⁶ Aber die Weiterentwicklung der nunmehr sogar „gedoppelten“ quantitativen und qualitativen Zielvorgabe eines hohen Standards der Leistungserbringung ist doch bemerkenswert: 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.⁵⁷

Allerdings hat der Kodex diese Versorgungsziele in Art. 3 EKEK nun auf die Netze neuester Generation ausgerichtet („Netze mit sehr hoher Kapazität“: NGA+, für Mobilfunk also 5G oder noch leistungsfähigere künftige Technologien). Unverkennbar unterstreicht der Kodex den regulatorischen Anspruch einer möglichst avancierten Breitbandversorgung für die Zukunft.⁵⁸ Schon der Kommissionsentwurf betont die „NGA+-Ausrichtung der Regulierung“.⁵⁹ Erwägungsgrund Nr. 24 erläutert des Näheren die Bedeutung der angestrebten Verfügbarkeit von Netzen mit sehr hoher Kapazität.

(2) Implizite Gewährleistung einer umfassenden funktionalen Basisversorgung

Jedoch wird gerade in diesen Erläuterungen auch erkennbar, dass sich der Kodex keineswegs darauf beschränkt, nur diese Spitzenversorgung auf dem höchstmöglichen Qualitätsniveau einzufordern: So hat schon die Kommission in ihrer Entwurfsbegründung zur beabsichtigten Überarbeitung der Frequenzregulierungs-Vorschriften die

⁵⁶ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 22; 2 Rn. 12; relativierend und den Eigenwert des Wettbewerbs betonend *Gärditz*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, Einf II Rn. 40.

⁵⁷ *Neumann*, N&R 2016, 262 (264): „industriepolitische Aufladung“ des Rechtsrahmens; *ders.*, N&R 2018, 204 (204 f.); jeweils mit kritischer Tendenz.

⁵⁸ S. auch Empfehlung der Kommission vom 18.9.2020 für ein gemeinsames Instrumentarium der Union zur Senkung der Kosten des Aufbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität und zur Gewährleistung eines raschen und investitionsfreundlichen Zugangs zur 5G-Funkfrequenzen im Hinblick auf die Förderung der Konnektivität zur Unterstützung der wirtschaftlichen Erholung von der COVID-19-Krise in der Union, C(2020) 6270 final, Erwägungsgrund Nr. 8 „[...] Diese Empfehlung soll zur Verwirklichung dieses Ziels [des Kodex] beitragen in ihrem Mittelpunkt steht daher der Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität.“

⁵⁹ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Kodex für die elektronische Kommunikation Brüssel v. 12.10.2016, S. 12.

„allgegenwärtige Netzanbindung“ *neben* den „5G-Auf- und Ausbau“ gestellt. Die Frequenzvorschriften sollen „an das künftige 5G-Umfeld angepasst“ werden, dabei aber nicht die Versorgung *aller* Bürgerinnen und Bürger der Union mit dem Zugang zu Breitband-Mobilfunknetzen aus den Augen verlieren. Lässt die Kommission zwar, wie schon bemerkt, Zweifel an der Zweckmäßigkeit oder bestmöglichen Eignung des Universaldienst-Verpflichtungsmechanismus erkennen, so gilt dies keineswegs für das Versorgungsziel einer funktionalen Basisversorgung als solches, das im Gegenteil besonders hervorgehoben wird:

„So wird infolge von Marktentwicklungen beispielsweise die Zweckmäßigkeit bestimmter Teile der Universaldienstvorschriften infrage gestellt, wobei das Konzept eines Sicherheitsnetzes, das dafür sorgen soll, dass alle Bürgerinnen und Bürger in eine vollständig entwickelte digitale Gesellschaft einbezogen werden, dagegen im Zusammenhang mit dem digitalen Binnenmarkt sogar immer mehr an Bedeutung gewinnt.“⁶⁰

Der bereits genannte Erwägungsgrund Nr. 24 begrenzt die Verfügbarkeit von Netzen mit *sehr hoher Kapazität* auf eine Reihe besonders wichtiger Bereiche, bezieht sie damit aber gerade nicht lückenlos auf die Fläche: Die „Verfügbarkeit lückenloser 5G-Abdeckung“ wird (nur) für „die städtischen Gebiete und [...] die wichtigsten Landverkehrswege“ eingefordert. Erwägungsgrund Nr. 109 hingegen erinnert daran, dass auch unter dem Kodex das historisch ältere Ziel der Funkfrequenzpolitik, dass „*alle Bürger* der Union bis 2020 sowohl in Gebäuden als *auch im Freien* Zugang zu den höchstmöglichen Breitbandgeschwindigkeiten von mindestens 30 Mbits/s haben sollten“, nicht etwa aufgegeben worden ist, sondern fortgilt.

Vor allem aber beschränkt sich auch die Bestimmung im Regelungsteil, auf die sich Erwägungsgrund Nr. 109 bezieht, mithin Art. 45 EKEK, nicht auf die Hochgeschwindigkeitsnetze mit sehr hoher Kapazität, ist vielmehr signifikant offener und damit umfassender formuliert: Art. 45 EKEK ist die Grundnorm für den Abschnitt über die Verwaltung der Funkfrequenzen. Abs. 2 der Bestimmung enthält einen spezifizierten Zielkatalog für diesen Regulierungsbereich. Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) statuiert hier das Versorgungsziel; die Bestimmung lautet:

⁶⁰ Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Kodex für die elektronische Kommunikation Brüssel v. 12.10.2016, COM(2016) 590 final, S. 7.

„[...] indem sie [E. E.: die Mitgliedstaaten] *die Versorgung ihres Hoheitsgebiets und ihrer Bevölkerung mit hochwertigen und leistungsfähigen drahtlosen Breitbanddiensten* sowie die Versorgung entlang *wichtiger nationaler und europäischer Verkehrswege einschließlich des transeuropäischen Verkehrsnetzes* [...] vorantreiben“ (Hervorhebung: M.C.).

Der textliche Unterschied zu den auf die Netze mit sehr hoher Kapazität, für den Mobilfunk: 5G, bezogenen Formulierungen, etwa in dem schon zitierten Erwägungsgrund Nr. 24, ist unübersehbar: Sehr wohl liegt nicht nur den Erwägungsgründen, sondern auch der im Regelungsteil der Richtlinie ausformulierten Zielperspektive des Kodex gerade für die Frequenzverwaltung auch eine *hochwertige*, nicht etwa allein eine *höchstwertige* Mobilfunk-Versorgung zugrunde. Die spezifischere Zielformulierung in Art. 45 Abs. 2 bezieht das ganze *Hoheitsgebiet* und die *wichtigen* Verkehrswege der Mitgliedstaaten ein, nicht nur die *städtischen* Gebiete und die *wichtigsten* Landverkehrswege wie Erwägungsgrund Nr. 24 für die 5G-Abdeckung (Hervorh. d. Verf.).

Die konkretisierende Zielfestlegungskompetenz der Mitgliedstaaten – jedenfalls für den Mobilfunk im Rahmen der Frequenzverwaltung – wird auch in der bemerkenswerten Aussage des Art. 45 Abs. 2 Satz 2 EKEK bekräftigt, dass die Mitgliedstaaten die in der folgenden Enumeration aufgeführten Ziele „*unter anderem*“ verfolgen. Mithin ist die Auflistung in dem spezifischen Zielekatalog der Grundnorm zur Frequenzverwaltung ersichtlich nicht abschließend gemeint. Vielmehr gewährt die Bestimmung den Mitgliedstaaten sogar ausdrücklich eine Ergänzungsbefugnis um weitere Aspekte, die auch schon in Art. 45 Abs. 1 2. UA EKEK erkennbar wird („können öffentliche Belange berücksichtigen“).

Bestätigt wird dies durch weitere Bestimmungen: Art. 46 Abs. 1 UA 2 Buchst. e) EKEK räumt den Mitgliedstaaten das Recht ein, für die Auswahlentscheidung zwischen den Genehmigungsverfahrenarten Einzelzuteilung oder Allgemeinzuteilung neben den in der Bestimmung enumerativ aufgeführten Beklangen auch „von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht festgelegte Ziele von allgemeinem Interesse“ zu berücksichtigen. § 50 Abs. 2 Buchst. a) EKEK sieht für die Verlängerung von individuellen Nutzungsrechten für harmonisierte Frequenzen vor, dass die dafür zuständigen Behörden neben den Zielen der Art. 3, 45 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 EKEK auch „Ziele des Gemeinwohls gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht“ zu berücksichtigen haben. Dass ein die Versorgung gerade auch dünn besiedelter Flächen-

Gebiete einschließender Standard mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang steht, lässt sich zusätzlich auch darauf stützen, dass der Kodex mehrfach die Bedeutung des sozialen und territorialen Zusammenhalts durch eine weitverbreitete Netzanbindung betont.⁶¹

Dies alles deckt sich mit der bereits beschriebenen, entstehungsgeschichtlich begründbaren Erkenntnis, dass die Mitgliedstaaten im Bereich der Frequenzverwaltung weitergehende Umsetzungsspielräume haben als in anderen Bereichen der Richtlinie.

cc) Folgerungen und Ergebnis

Der Kodex basiert mithin auf einem Konzept abgestufter Versorgungszielsetzungen, wie es seit jeher und insbesondere auch in der Regulierungspraxis der BNetzA (s.o., A. II.) für die auf eine immer weitergehende Leistungssteigerung und Verbesserung der Versorgung gerichtete Telekommunikationsregulierung charakteristisch ist: Akzentuiert der Kodex in seinen Formulierungen zum Netzausbau und zur Versorgung zwar nun besonders die ambitionierteste Ausbaustufe, so bleiben die Ziele einer niedrigerstufigen Basisversorgung doch weiterhin gültig (insb. in Art. 84, Art. 45 Abs. 2 EKEK, Erwägungsgrund Nr. 109 auch eindeutig formuliert). Dies gilt, wie gezeigt, für den Universaldienst im Festnetzbereich, der, obgleich im Zielkatalog des Art. 3 EKEK nicht mehr ausdrücklich aufgeführt, sicherzustellen ist, aber auch für eine umfassende, alle Bürger erreichende Mobilfunk-Breitbandversorgung auf zumindest mittlerer Qualitätsstufe.

Der Kodex setzt sich in seinen Zielformulierungen zur Konnektivität und zum Versorgungsgrad gleichsam 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 selbstverständlich die schon früher formulierten elementaren Ziele einer flächendeckenden Versorgung mit zumindest ausreichenden Netzzugängen und Dienstleistungen.

⁶¹ Spezifisch für die Funkfrequenzverwaltung: Art. 45 Abs. 5 Unterabs. 2, Buchst. b) EKEK („Stärkung des sozialen, regionalen oder territorialen Zusammenhalts“); Erwägungsgrund Nr. 23: „territorialer Zusammenhalt im Sinne einer Konvergenz der in verschiedenen Gebieten verfügbaren Kapazität“; Erwägungsgrund Nr. 109 Satz 1: „Die Gewährleistung einer weitverbreiteten Netzanbindung in jedem Mitgliedstaat ist von wesentlicher Bedeutung für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung, die Beteiligung am öffentlichen Leben sowie den sozialen und territorialen Zusammenhalt.“

Wie beim Universaldienst (der konzeptuell auch weiterhin die Verfügbarkeit des Mobilfunks nicht umfasst⁶²) sind die Mitgliedstaaten auch bei der Mobilfunk-Versorgung mithin nicht gehindert, das im Kodex in den Versorgungszielen mit angelegte und in Erwägungsgrund Nr. 109 klar formulierte Basisversorgungsziel einer flächendeckenden Versorgung mit funktionalen Breitbanddiensten expliziter in ihren Umsetzungsgesetzen zu fassen. Darin läge, wie gezeigt, 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.

2. Verhältnis der verschiedenen Zielkataloge im Kodex

Mit den vorstehend gewonnenen Erkenntnissen lassen auch schon Teilaspekte der Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen Zielkataloge des Kodex zueinander und ihrer Bedeutung für die Umsetzung der Richtlinie beantworten, insbesondere soweit das Verhältnis des allgemeinen Zielkatalogs in Art. 3 EKEK (sowie auch schon der neuen Eingangsnorm des Art. 1 EKEK) zu dem spezifischeren Katalog des Art. 45 Abs. 2 EKEK in Rede steht: Indem Art. 45 Abs. 1 Satz 1 EKEK für die Frequenzverwaltung generell vorschreibt, dass sie im Einklang mit den Artikeln 3 und 4 des Kodex zu erfolgen habe, ist klargestellt, dass die allgemeinen Zielvorgaben auch für diesen Bereich Geltung beanspruchen und nicht etwa im Sinne eines Vorrangs der dann folgenden spezifischeren Festlegungen verdrängt sind.⁶³ Dies entspricht dem umfassenden, anerkanntermaßen auch ohne explizite Verweisung in den Bestimmungen des Kodex selbstverständlichen Steuerungsanspruch der allgemeinen Ziele für die gesamte Regulierung.⁶⁴

a) Art. 1, 3 und Art. 45 Abs. 1, 2 EKEK/§ 1, 2 und § 86 Abs. 1, 2 TKG-E

Damit ist auch unzweifelhaft, dass die spezifischeren Festlegungen die allgemeinen Ziele weder abbedingen noch in einem Sinn verstanden werden dürfen, der den allgemeinen Zielen zuwiderläuft. Art. 45 Abs. 2 Satz 1 EKEK greift vielmehr die unionsrechtlichen Hauptziele der Telekommunikationsregulierung (Binnenmarkt: „Harmonisierung“, Verbraucherschutz und Wettbewerbsförderung) sowie selbstredend das Ziel effizienter Frequenznutzung (Art. 3 Abs. 2 Buchst. c) EKEK) auf und richtet die nachfolgenden spezifischeren und auf einer konkreteren Stufe angesiedelten Ziele der Frequenzregulierung

⁶² Art. 84 Abs. 1 EKEK: „an einem festen Standort“, vgl. auch Abs. 2: nur die Erschwinglichkeit, nicht auch die Verfügbarkeit von Mobilfunkdiensten kann in den Universaldienst einbezogen werden.

⁶³ EuGH, Urt. v. 26.7.2017, C-560/15 – Europa Way und Persidera, Rn. 72; *Gärditz*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, Einf II Rn. 95.

⁶⁴ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 19.

(d. h. die nicht abschließende Enumeration in Art. 45 Abs. 2 Satz 2 EKEK) auf diese grundlegenden Ziele aus („indem“). In diesem Zusammenspiel wird erneut sichtbar, dass der Kodex zwar auf der höchsten Abstraktionsstufe genereller Leitgedanken für die Regulierung, wie sie in Art. 1 und Art. 3 EKEK formuliert ist, keine davon abweichenden andersartigen Leitmaximen in den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzen duldet (s. o.), die Ausdifferenzierung der Unterziele spezifisch für die Frequenzverwaltung im Kodex selbst aber nicht abschließend ist („unter anderem“), vielmehr Raum für eigenständige mitgliedstaatliche Zielformulierungen lässt, solange sie sich im Rahmen des Leitprogramms der allgemeinen Ziele halten. Dies ist ersichtlich von größter Bedeutung für die hier erörterte Untersuchungsfrage, die ja auf die mitgliedstaatliche Befugnis zu einer im Verhältnis zur Richtlinie stärker akzentuierten Definition des Versorgungsziels eines flächendeckenden Mobilfunkzugangs gerichtet ist.

b) Weitere Zielfestlegungen für die Frequenzverwaltung

Im Verhältnis zwischen Art. 3 und Art. 45 EKEK erschöpfen sich die durchaus komplexen Bezüge zwischen allgemeineren und spezifischeren Ziel- und Kriterienvorgaben des Kodex indes nicht. Vielmehr sieht die Richtlinie weitere Aufzählungen berücksichtigungspflichtiger oder -fähiger Interessen und Belange vor, so in Art. 45 Abs. 4 und 5 EKEK als Gründe für die Rechtfertigung von behördlichen Einschränkungen von Funktechnologien oder Dienstarten, in Art. 46 Unterabsatz 2 EKEK für die Frage der Entscheidung zwischen den verschiedenen Genehmigungsarten (insbesondere, in deutscher Terminologie: Allgemeinzuteilung oder Einzelzuteilung), in Art. 50 Abs. 2 EKEK für die Verlängerung von Nutzungsrechten, in Art. 52 EKEK, der spezifisch das Wettbewerbsförderungsziel noch einmal in einer eigenen Bestimmung regelt und in diesem Zusammenhang als Maßstab für bestimmte Begrenzungen der Frequenzzuteilung (etwa: „Frequenzkappen“), und schließlich in Art. 55 Abs. 2 EKEK die für ein Vergabeverfahren vorab festgelegten Leistungsziele.

Diese sich teilweise überschneidenden, teilweise auch unterschiedlich gestalteten Ziele- bzw. Kriterienkataloge müssen hier nicht in jeder Hinsicht vollständig analysiert und miteinander abgeglichen werden; namentlich interessieren hier nicht die Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen der Nutzungsarten über die Frequenzplanung hinaus und der Technologieneutralität sowie auch nicht die Kriterien für die Wahl der Genehmigungsart, die nicht unmittelbar etwas mit dem Versorgungsziel, sondern vor allem mit dem Anliegen einer störungsfreien und effizienten Frequenznutzung zu tun haben.

Wohl aber bedürfen die Ziele, die für die Festlegung von Frequenznutzungsbestimmungen maßgeblich sind oder maßgeblich sein dürften, etwas genauerer Betrachtung.

aa) Einzelzuteilung

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Richtlinienvorgaben zur Einzelzuteilung (Erteilung individueller Frequenznutzungsrechte) keine zusätzlichen oder abweichenden Normaussagen über Art. 3 und Art. 45 EKEK hinaus treffen; insoweit ergibt sich also kein Kohärenzproblem, das besondere Interpretationsanstrengungen auslösen würde. Art. 48 Abs. 2 verweist vielmehr nur auf Art. 45 EKEK, mithin insbesondere auf die dort in Abs. 2 aufgeführten Ziele der Frequenzverwaltung. Art. 47 Abs. 2 EKEK, der die an individuelle Frequenznutzungsrechte geknüpften Bedingungen thematisiert, erwähnt in diesem Zusammenhang noch einmal sowohl die effektive und effiziente Frequenznutzung einerseits als auch die Verbesserung der Versorgung andererseits, auf die die Festlegung von Bedingungen auszurichten ist. Darin liegt aber keine substantielle Modifikation der Ziele des Art. 45 Abs. 2 EKEK, vielmehr nur die wiederholende, indes auch nicht abschließend-vollständige („insbesondere“) Hervorhebung besonders markanter Regulierungsziele im Bereich der Frequenzverwaltung. Wird hier das Wettbewerbsziel nicht explizit noch einmal genannt, so kann daraus, wie schon Art. 52 EKEK verdeutlicht, nicht darauf geschlossen werden, dass es auf die Wettbewerbsförderung bei der Erteilung von individuellen Nutzungsrechten nicht mehr ankomme. Es bleibt vielmehr in der Gesamtschau der Vorschriften bei der grundsätzlichen Erheblichkeit aller schon in den allgemeinen Zielen des Art. 3 zum Ausdruck gebrachten und sodann in Art. 45 Abs. 2 EKEK spezifizierten Belange.

bb) Ziele für ein Vergabeverfahren: Art. 55 Abs. 2 EKEK/§ 99 Abs. 1 Sätze 2 und 3 TKG-E

Klärungsbedürftig, und zwar auch mit Blick auf die hier erörterte Fragestellung, ist jedoch Art. 55 Abs. 2 EKEK, der in § 99 Abs. 1 Sätze 2 und 3 TKG-E umgesetzt worden ist. Die Bestimmungen betreffen das Vergabeverfahren in den Fällen, in denen eine Einzelzuteilung wegen natürlicher oder „künstlicher“ (d. h. durch regulatorische Entscheidung der Behörde erst erzeugter) Knappheit der Frequenzen nicht möglich ist. In der Formulierung des Kodex bestimmt der Mitgliedstaat, wenn er festgestellt hat, dass Frequenznutzungsrechte zahlenmäßig beschränkt werden müssen, die mit dem Vergabeverfahren verfolgten Ziele. Diese Ziele, die „der Mitgliedstaat im Zusammenhang mit dem besonderen

Auswahlverfahren festlegen“ kann, sind danach „zusätzlich zur Förderung des Wettbewerbs auf einen oder mehrere der folgenden Aspekte beschränkt“:

- a) Verbesserung der Versorgung,
- b) Gewährleistung der erforderlichen Dienstqualität,
- c) Förderung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen und
- d) Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung.

Diese Bestimmung des Art. 55 Abs. 2 EKEK ist sowohl im Hinblick auf ihre systematische und inhaltliche Bedeutung als auch hinsichtlich des Verhältnisses zu den allgemeinen Zielen unklar. Mit den insoweit festzulegenden Zielen könnten diejenigen gemeint sein, die für die Auswahl des vorzugswürdigen Vergabeverfahrens (Versteigerung oder Ausschreibung) maßgeblich sein sollen, oder aber diejenigen, die für die Zuteilung in dem gewählten Verfahren relevant sind.

(1) Ziele des Vergabeverfahrens, nicht Ziele der Verfahrensauswahl

Die sprachliche Formulierung des Abs. 2 („die mit dem wettbewerbsorientierten oder vergleichenden Auswahlverfahren verfolgten Ziele“, Ziele [...] im Zusammenhang mit dem besonderen Auswahlverfahren“) lässt indes wohl keinen anderen Schluss zu, dass es um die End-Ziele geht, die mit dem Vergabeverfahren – gleich welcher Art – angestrebt werden, nicht nur um Kriterien für die Wahl der einen oder anderen Verfahrensart. Auch die Verfasser des Regierungsentwurfs des TKG-E haben die Vorgabe offenkundig in diesem Sinne verstanden, indem sie etwas klarer (als die Vorgabe) formulieren: „Die Bundesnetzagentur legt bei der Entscheidung zur Wahl des Vergabeverfahrens gemäß Satz 1 die allgemeinen Ziele des Verfahrens fest.“

(2) Verhältnis von Zielebestimmung und Vergabebedingungen im Vergabeverfahren

Allerdings führt dieses Verständnis dazu, dass die Bedeutung der in Art. 55 Abs. 2 EKEK thematisierten Ziele in Abgrenzung zu den in Art. 55 Abs. 6 EKEK in Bezug genommenen allgemeinen Regulierungszielen genauer bestimmt werden muss. Letztere Vorschrift bestimmt, wie schon früher Art 7 Abs. 3 GenehmigungsRL, dass die Mitgliedstaaten die Erteilung von knappen und daher in einem Vergabeverfahren zuzuteilenden Nutzungsrechten „anhand objektiver, transparenter, nicht diskriminierender und verhältnismäßiger Auswahlkriterien“ vorzunehmen und dass sie bei diesen Auswahlkriterien „der

Umsetzung der *Ziele und Anforderungen nach den Artikeln 3, 4, 28 und 45 EKEK* gebührend Rechnung“ zu tragen haben.

Gewiss lässt sich die neue, in der Genehmigungsrichtlinie bisher nicht enthaltene Vorgabe zu einer Zielfestlegung für das Vergabeverfahren (Art. 55 Abs. 2 EKEK) in die im deutschen TKG auch bisher schon anerkannte vier-stufige Struktur der Verfahrensschritte einpassen: Die (neue) Zielfestlegung geschieht danach auf der zweiten Stufe, also derjenigen, auf der durch Präsidentenkammerentscheidung die Art des durchzuführenden Vergabeverfahrens bestimmt wird (Auswahlentscheidung, § 61 Abs. 1 Satz 1 TKG, nun § 99 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 TKG-E), nachdem zunächst (auf der 1. Stufe) die Entscheidung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens getroffen worden ist („Durchführungsanordnung“ oder „Vergabeanordnung“, § 55 Abs. 10 TKG, nun § 90 Abs. 9 TKG-E). Diese Auswahlentscheidung ist nun mit der Festlegung der „allgemeinen Ziele des Verfahrens“ zu verbinden.

Jedoch scheint es damit zu einer Konkurrenz mit den für die Festlegung der Vergabebedingungen, also insbesondere auch der Frequenznutzungsbestimmungen, relevanten Maßstäben gemäß Art. 55 Abs. 6 EKEK/ § 99 Abs. 4 TKG-E zu kommen. Diese dritte Stufe war und ist von der Auswahlentscheidung zeitlich und verfahrensrechtlich nicht abgetrennt; vielmehr erfolgt gemäß § 61 Abs. 1 Satz 2 TKG zusammen mit der Bekanntgabe der Verfahrensart auch die Veröffentlichung der Vergabe- und zudem auch der Versteigerungsregeln (letztere bilden die „4. Stufe“).⁶⁵ An dieser Verbindung der Veröffentlichung der begründeten Entscheidung über das gewählte Auswahlverfahren mit den zugehörigen Bedingungen für dieses Verfahren einschließlich der Frequenznutzungsbestimmungen halten auch der Kodex (Art. 55 Abs. 3 EKEK) und der Entwurf des Umsetzungsgesetzes fest (§ 99 Abs. 3 Satz 1 TKG-E). Zwar sind die Vergabebedingungen (einschließlich der Nutzungsbestimmungen) gegenständlich etwas anderes als die nun festzulegenden Ziele. Jedoch gibt, wie zitiert, Art. 55 Abs. 6 EKEK vor, dass für die Festlegung der Auswahlkriterien den Zielen insbesondere der Artikel 3 und 45 EKEK Rechnung zu tragen ist.

(3) Verhältnis der Regulierungsziele zu den Zielen für das Vergabeverfahren

Ginge es bei den in Art. 55 Abs. 2 EKEK gemeinten „Zielen“ um Ziele in derselben Funktion wie die allgemeinen Ziele der Regulierung (Art. 3 EKEK) und

⁶⁵ sie zu den Stufen *Hahn/Hartl/Dorsch*, in: Scheurle/Mayen, TKG, Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 61 Rn. 6.

Frequenzregulierung (Art. 45 Abs. 2 EKEK), ergäbe sich offenkundig ein Maßstäbe-Konkurrenzproblem und Inkohärenzrisiko. Zu der Verweisung des Art. 55 Abs. 6 EKEK auf die umfassenden Zielkataloge passte nicht die ungewöhnliche Beschränkung auf nur einige abschließend aufgeführte „Aspekte“ in Art. 55 Abs. 2 EKEK, unter denen der Mitgliedstaat sogar ggf. nur zwei (Förderung des Wettbewerbs und einen weiteren der unter Buchst. a) bis d) aufgeführten Aspekte) auszuwählen berechtigt sein soll. Es bereitet Schwierigkeiten zu verstehen, wie der Mitgliedstaat einerseits das Vergabeverfahren auf ggf. nur zwei Ziele (zum Beispiel: Wettbewerb und Förderung der effizienten Frequenznutzung) ausrichten, andererseits aber bei der Festlegung der Vergabebedingungen sämtliche Ziele der Telekommunikationsregulierung auf allgemeiner – Art. 3 EKEK – und spezifizierter – Art. 45 Abs. 2 EKEK – Ebene) berücksichtigen können soll. Die Festlegung der „Auswahlkriterien“ (Vergabebedingungen) scheint sich schwerlich nach anderen Zielen richten zu können als denjenigen, die für das Vergabeverfahren gerade festgelegt worden sind.

Weder der Kommissionsvorschlag noch die Erwägungsgründe (hier Erwägungsgrund Nr. 136) noch die Begründung des Regierungsentwurfs zur deutschen Umsetzung der Bestimmung geben erhellende Hinweise, wie dieses Verhältnis zwischen den maßstabgebenden Zielkatalogen einerseits Art. 55 Abs. 2 EKEK, andererseits der Art. 3, 45 Abs. 2 EKEK aufzulösen ist. Die Begründung des Regierungsentwurfs begnügt sich mit der knappen Bemerkung, sie setze mit den gegenüber dem auch im deutschen TKG im Verhältnis zu dem bisherigen § 61 Abs. 1 neu eingefügten Sätzen Art. 55 Abs. 2 EKEK um. Nimmt man die wohl auf diese Neufassung der Bestimmung zum Vergabeverfahren zielende Anmerkung in der Kommissionsbegründung beim Wort, wonach es um ein „Verfahren zur Verbesserung der Kohärenz und Vorhersehbarkeit bei der Erteilung und Verlängerung individueller Nutzungsrechte“ gehe,⁶⁶ so kann daraus nur geschlossen werden, dass mit der zusätzlichen Verpflichtung, nun nicht nur die Auswahlkriterien, sondern zunächst auch Ziele für das Vergabeverfahren festzulegen und zu veröffentlichen, die Rationalität und Nachvollziehbarkeit der Auswahlkriterien und damit des Verfahrens insgesamt erhöht werden sollte.

Möglicherweise soll die ausdrücklich eingeräumte Befugnis, Ziele auch „zusätzlich“ zum Wettbewerbsförderungsziel festzulegen, auch klarstellen, dass das Vergabeverfahren

⁶⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Kodex für die elektronische Kommunikation Brüssel v. 12.10.2016, COM(2016) 590 final, S. 20.

nicht ausschließlich an dem Kriterium ausgerichtet werden muss, unter mehreren Bewerbern den Teilnehmer am Verfahren zu ermitteln, der die effizienteste Frequenznutzung verspricht, dass vielmehr die Beurteilung der relativen Leistungsfähigkeit der Bewerber in dem Wettbewerbsverfahren (Versteigerung) oder Vergleichsverfahren (Ausschreibung) auch auf bestimmte, „regulierungspolitisch“ gesetzte Ziele bezogen werden darf.⁶⁷ Tatsächlich ist die Einführung solcher Ziele in das Vergabeverfahren ohnehin nicht der Auswahlfunktion dieses Verfahrens fremd, weil sich die Effizienz der Bewerber immer nur im Hinblick auf definierte Leistungsziele bestimmen lässt; deswegen habe der deutsche Gesetzgeber (§ 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG) und die BNetzA auch bisher schon keine Bedenken getragen, Versorgungsaufgaben als Frequenznutzungsbestimmungen für das Versteigerungsverfahren festzulegen. Möglicherweise hat sich der EU-Gesetzgeber gleichwohl vor dem Hintergrund der Diskussion um die Zulässigkeit der Befrachtung eines Vergabeverfahrens unter Knappheitsbedingungen mit derartigen Versorgungsaufgaben veranlasst gesehen, diese Zulässigkeit noch ausdrücklich im Kodex zu bekräftigen und aus diesem Grund die neue Zielfestlegungsbefugnis eingeführt.

Auch diese Erklärung löst allerdings noch nicht das Spannungsverhältnis, das sich aus der Divergenz der Ziele in Art. 55 Abs. 2 EKEK einerseits, der Art. 3, 45 EKEK andererseits ergibt, auf. Die dadurch aufgeworfene Frage nach dem zutreffenden Verständnis der Zielfestlegungskompetenz der Mitgliedstaaten in Art. 55 Abs. 2 EKEK hat aber offenkundig auch Bedeutung für die hier erörterten Spielräume der Mitgliedstaaten, des Weiteren auch für die sich anschließende Frage, wer diese Spielräume auf mitgliedstaatlicher Ebene für sich in Anspruch nehmen darf, namentlich, ob dies auch der Gesetzgeber sein kann oder nur, wie im deutschen TKG-Entwurf, die Regulierungsbehörde.

Konkret bedeutet dies, ob die danach zuständige Instanz (nationaler Gesetzgeber oder Regulierungsbehörde) für ein Vergabeverfahren neben dem offenbar nicht disponiblen Wettbewerbs-Förderziel (Art. 55 Abs. 2 Satz 2 EKEK) beispielsweise ausschließlich das Ziel der Verbesserung der Versorgung (Art. 55 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) EKEK) setzen, andere konkurrierende Belange wie beispielsweise die effiziente Frequenznutzung (Buchst. c) oder die Innovationsförderung (Buchst. d)) hingegen beiseiteschieben und für dieses Verfahren für unbeachtlich erklären kann. Vergleichbares könnte dann auch für

⁶⁷ Vgl. EG Nr. 107: „[Funkfrequenzen] sollten [...] nach objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Kriterien effizient zugeteilt und zugewiesen werden, wobei den demokratischen, sozialen, sprachlichen und kulturellen Interessen, die mit der Nutzung von Funkfrequenzen verbunden sind, Rechnung getragen werden sollte.“

inhaltlich andere Zielausrichtungen der Vergabeverfahren gelten (etwa: nur effiziente Funkfrequenznutzung, aber keine Verbesserung der Versorgung).

Diese Überlegung verdeutlicht, dass die Annahme, die für das Vergabeverfahren zu bestimmenden Ziele gem. Art. 55 Abs. 2 EKEK wären funktional gleichbedeutend mit den allgemeinen (Art. 3 EKEK) bzw. spezifischen (Art. 45 Abs. 2 EKEK) Regulierungszielen, nicht zutreffen kann. Die von den Mitgliedstaaten zu setzenden Ziele des Vergabeverfahrens können nicht den für die gesamte Regulierung und auch für Frequenzverwaltung maßgeblichen Zielehorizont verkürzen; sie liegen auf einer anderen Ebene und haben eine andere Funktion.

Die Regulierungsziele beanspruchen grundsätzlich auch Geltung für das Vergabeverfahren. Dies wird, wie dargelegt, schon dadurch belegt, dass die Festlegung der konkreteren Auswahlkriterien für das Verfahren wieder umfassend auf die „Umsetzung der Ziele“ der Art. 3 und 45 EKEK verpflichtet ist. Auch Erwägungsgrund Nr. 136 bekräftigt, dass „die zuständigen Behörden [...] bei der Durchführung solcher Verfahren den Zielen dieser Richtlinie Rechnung tragen sollten.“ Wenn die Neufassung im Kodex entsprechend der Begründung der Kommission gerade für kohärente und transparente Regulierungsstrategien bei der Durchführung von Vergabeverfahren sorgen soll, muss sich das zuvörderst auf die maßgeblichen Ziele und damit Maßstäbe für die zu treffenden Entscheidungen beziehen. Gerade weil der Kodex wie gezeigt an verschiedenen Stellen katalogartige Zielvorgaben beschreibt, bedürfen diese umso mehr einer aufeinander abgestimmten Auslegung, sodass Wertungswidersprüche ausgeschlossen sind und die Bestimmungen der Richtlinie zu den Zielen als kohärentes System erscheinen. Es wäre mithin mit den unionsrechtlichen Vorgaben schwerlich vereinbar, in den mitgliedstaatlichen Regelungen des Vergabeverfahrens eine Verengung der mit dem Verfahren verfolgten Ziele ausschließlich auf die Wettbewerbsförderung und noch einzelne der in Art. 55 Abs. 2 genannten „Aspekte“ vorzusehen; die Regulierungsziele bleiben insgesamt beachtlich.

Gleichwohl sieht Art. 55 Abs. 2 EKEK nun einmal eine auf wenige Aspekte begrenzte und daher gegenüber dem Horizont der Regulierungsziele verkürzte Zielfestlegungskompetenz der Mitgliedstaaten vor. Diese Ziele müssen daher eine andere Bedeutung haben als diejenigen der Art. 3, 45 EKEK, die weiterhin insgesamt Maßstabwirkung für das Vergabeverfahren entfalten, also nicht abbedungen werden können.

(3) Ergebnis: Eingeschränkte Funktion der Leistungsziele für das Vergabeverfahren (Bestenauslese)

Eine vor dem Hintergrund dieser Einsicht und bei genauerer Betrachtung des Inhalts der in Art. 55 Abs. 2 Satz 2 EKEK angeführten und zur „Auswahl“ der Mitgliedstaaten gestellten Ziele naheliegende Erklärung ist, dass es sich bei diesen Zielen (nur) um solche handelt, die spezifisch für die Funktion des Vergabeverfahrens relevant sind, den oder die leistungsfähigsten Zuteilungsbewerber im Hinblick auf eine möglichst effiziente Frequenznutzung zu ermitteln. Die Ziele gemäß Art. 55 Abs. 2 EKEK sind mithin „outputbezogen“ auf die je in einem Vergabeverfahren zu fordernden Angebotsqualitäten und Leistungsfähigkeiten der Bewerber beschränkt; sie haben damit in der Tat nur teilweise eine Überschneidung mit den Regulierungszielen. Dies erklärt die Beschränkung auf die vier in Art. 55 Abs. 2 Satz 2 EKEK angeführten Kategorien, besonders deutlich in den Fällen der Buchst. a) (Versorgung) und b) (Dienstqualität). Bei diesen Zielen „im Zusammenhang mit dem besonderen Auswahlverfahren“ geht es daher um die für das Verfahren gesetzten Ergebnisvorstellungen und Leistungsstandards hinsichtlich der Frequenznutzung, nicht um die Regulierungsziele im Allgemeinen. Diese sind für die Festlegung jener Leistungsziele durchaus zu beachten, aber nicht damit identisch. Dies ergibt sich auch aus der Anforderung des Art. 55 Abs. 2 Satz 1 EKEK, wonach die Mitgliedstaaten bei der Zielfestlegung „der Notwendigkeit, die in Bezug auf die nationalen Märkte und den Binnenmarkt bestehenden Ziele zu erfüllen, gebührend Rechnung“ zu tragen haben.

Hier wird die funktionale Verschiedenheit der jeweils gemeinten Ziele sehr deutlich: Das fundamentale Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 2 Buchst. c) EKEK), das in den Leistungsstandard-Beschreibungen gem. Art. 55 Abs. 2 EKEK unmittelbar keinen Niederschlag findet, muss doch bei deren Festlegungen berücksichtigt werden. Die allgemeinen Regulierungsziele und die spezifischeren Ziele der Frequenzregulierung bilden also den – keineswegs verdrängten – rechtlichen Argumentationshaushalt, unter Ausschöpfung dessen auf einem mittleren Konkretisierungsniveau zunächst die Leistungsziele für das Vergabeverfahren und sodann auf der höchsten Konkretisierungsstufe die Auswahlkriterien, etwa Frequenznutzungsbestimmungen, festzulegen sind. Dieses Verständnis dürfte sich im Übrigen mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum eingeschränkten, auf die Funktion der „Bestenauslese“ ausgerichteten „Entscheidungsprogramm“ der

BNetzA bei der Festlegung der Vergabebedingungen decken;⁶⁸ darauf wird noch zurückzukommen sein.

(4) Konsequenz: Mitgliedstaatliche Zielfestlegungsprärogative für das Vergabeverfahren Besteht der Sinn dieser nun zwischengeschalteten Stufe einer expliziten Zielfestlegung für das Vergabeverfahren auch wohl, wie dargelegt, vor allem in der Verbesserung der Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Begründung und Festlegung der einzelnen Vergabebedingungen, so erschöpft er sich darin doch nicht. Die neue, im Kodex vorgegebene Zielfestlegungskompetenz der Mitgliedstaaten macht darüber hinaus auch 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.

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, insbesondere Frequenznutzungsbestimmungen, also etwa Versorgungsaufgaben. Zwar muss auch bei deren Bestimmung, wie dargelegt, wiederum den allgemeinen Regulierungszielen Rechnung getragen werden (Art. 55 Abs. 6 EKEK, § 99 Abs. 3 TKG-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.

⁶⁸ BVerwGE 144, 284, Rn. 30 ff. (juris).

c) Ergebnis

Gerade das Vergabeverfahren erweist sich daher mit der damit verbundenen Zielfestlegungskompetenz der Mitgliedstaaten als ein Instrument vergleichsweise eigenständiger Verfolgung selbstgesetzter Ziele. Dies gilt insbesondere auch für die Festsetzung von Versorgungszielen, die dann in entsprechende Versorgungsaufgaben als Frequenznutzungsbestimmungen umgesetzt werden können. Die eingeräumte Prerogative 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.

Dieser Befund stimmt mit der schon beschriebenen Intention des Kommissionsentwurfs des Kodex überein, den Mitgliedstaaten im Bereich der Frequenzregulierung arbeitsteilig Handlungsspielräume einzuräumen. Er harmonisiert auch damit, dass das novellierte Unionsrecht Versorgungsaufgaben im Zusammenhang von Frequenzzuteilungen ausdrücklich als geeignetes und vorzugswürdiges Instrument zur Verfolgung von Versorgungszielen anerkennt,⁶⁹ Zielen, die in konkreter Gestalt aber nicht das Unionsrecht definiert, sondern der jeweilige Mitgliedstaat für seine Vergabeverfahren.

3. Zuständigkeit für die Zielkonkretisierung

Bestehen nach alledem gerade im Bereich der Frequenzregulierung durchaus mitgliedstaatliche Ziel-Konkretisierungsspielräume, bedarf nunmehr der Erörterung, welcher mitgliedstaatlichen Instanz diese Spielräume eingeräumt sind, insbesondere, ob auch der Gesetzgeber oder ggf. ein exekutiver Normsetzer (zum Beispiel: Regierung als Verordnungsgeber) an dieser Aufgabe der Zielkonkretisierung und -festlegung mitwirken kann oder ob sie exklusiv der nationalen Regulierungsbehörde vorbehalten ist. Dieser Frage soll hier auf einer allgemeineren, die Frequenzregulierung insgesamt erfassenden Ebene, sodann aber auch spezifischer hinsichtlich des Verständnisses der Zielfestlegung gemäß Art. 55 Abs. 2 EKEK nachgegangen werden.

⁶⁹ Vgl. EG Nr. 229: „In Gebieten, in denen der Markt keine entsprechende Versorgung hervorbringt, wird zur Förderung des angemessenen Breitbandinternetzugangs auf andere Mittel zur Erreichung der Gemeinwohlziele zurückgegriffen, die grundsätzlich kosteneffizienter und weniger wettbewerbsverzerrend scheinen als Universalienstverpflichtungen, so z. B. (...) die Verknüpfung von Versorgungsverpflichtungen mit Funkfrequenznutzungsrechten zur Förderung des Breitbandnetzausbaus in dünner besiedelten Gebieten (...).“

Auf der allgemeinen Ebene geht es also darum, ob der mitgliedstaatliche Telekommunikations-Gesetzgeber überhaupt berechtigt ist, im durch den Kodex vorgegebenen unionalen Rechtsrahmen jene vorstehend beschriebenen Zielkonkretisierungen oder sogar Ergänzungen vorzunehmen, entweder schon im Regelungszusammenhang der allgemeinen Regulierungsziele (Artikel 3 EKEK, § 1, 2 TKG) oder bei den Zielen der Frequenzregulierung (Art. 45 Abs. 2 EKEK, § 86 TKG).

Im konkreten Bezug auf Art. 55 Abs. 2 EKEK (§ 99 Abs. 1 TKG-E), der die mit dem Kodex erstmals eingeführte Verpflichtung zur Festlegung von Zielen für das Vergabeverfahren bei Frequenzknappheit betrifft, geht es insbesondere darum, ob diese Zielfestlegung, die, wie gezeigt, auch Bedeutung für die darauf gestützte Bestimmung der Auswahlkriterien und Frequenznutzungsbestimmungen hat, schon wegen ihres Verfahrensbezuges notwendigerweise nur von der Regulierungsbehörde vorgenommen werden kann oder ob auch gerade hier möglicherweise regulierungspolitische normative Zielvorgaben für die das Verfahren durchführende Behörde denkbar und unionsrechtlich zulässig sind.

a) Bedeutung der Kompetenzfrage

Für das Erkenntnisziel des Gutachtens sind diese Fragen deswegen von zentraler Bedeutung, weil der vorliegende Regierungsentwurf eines TKG-E nur zurückhaltend den Versuch unternimmt, die durch die unionalen Vorgaben eingeräumten Konkretisierungsspielräume selbst gesetzgeberisch auszufüllen. Vielmehr begnügt er sich überwiegend damit, die im Kodex formulierten Ziele textgetreu in das Gesetz zu übernehmen und ihre Beachtung und Handhabung der Regulierungsbehörde (BNetzA) zu übertragen. Dies gilt auf der Stufe der Ziele der Frequenzregulierung namentlich auch für den Zielkatalog des Art. 45 EKEK und hier auch für die in Art. 45 Abs. 2 EKEK angelegte Ziel-Ergänzungsbefugnis der Mitgliedstaaten („unter anderem“): Die danach offenkundig unionsrechtlich mögliche Erweiterung oder zumindest Arrondierung der Ziele der Frequenzregulierung wird ohne weiteres der Bundesnetzagentur überlassen.⁷⁰ Das gleiche Muster findet sich auch bei fast allen der in Art. 45 Abs. 2 EKEK regelbeispielhaft aufgeführten Ziele, die in § 86 Abs. 2 TKG-E nur abgeschrieben werden.

Immerhin aber zeigt der Entwurf bei einem dieser Ziele, und zwar bei dem hier besonders interessierenden Versorgungsziel (Art. 45 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) EKEK), ansatzweise

⁷⁰ § 86 Abs. 2 TKG-E: „die Bundesnetzagentur handelt bei der Verfolgung der in Abs. 1 genannten Ziele im Einklang mit § 197 und mit der Entscheidung Nr. 676/2002/EG, indem sie unter anderem 1. die Versorgung der Bundesrepublik Deutschland [...] vorantreibt, 2. die rasche Entwicklung neuer drahtloser Kommunikationstechnologien [...] erleichtert, [...]“

den Ehrgeiz und damit Anspruch eigener normativer Konkretisierung, die auch inhaltlich für die hier erörterte Frage bemerkenswert ist: Während Art. 45 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) EKEK nur davon spricht,

dass die Mitgliedstaaten „die Versorgung ihres Hoheitsgebiets und ihrer Bevölkerung mit hochwertigen und leistungsfähigen drahtlosen Breitbanddiensten sowie die Versorgung entlang wichtiger nationaler und europäischer Verkehrswege [...] vorantreiben“,

verdichtet der Gesetzgeber in § 86 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E diese Zielvorgabe in doppelter Hinsicht: Erstens soll die Versorgung „*unterbrechungsfrei*“ sein, ein im Kodex nicht vorgegebenes Prädikat, zweitens soll „dabei insbesondere die *Versorgung und die nutzbare Dienstqualität in ländlichen Räumen*“ vorangetrieben werden. Damit anerkennt auch die Bundesregierung ein eigenes Konkretisierungsmandat des Gesetzgebers und geht also 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. Es wird zu zeigen sein, dass diese Auffassung unionsrechtlich überzeugend ist, dass von diesem Standpunkt aus aber auch andere und weitergehende Konkretisierungen schon im Gesetz nicht ausgeschlossen sind.

In grundsätzlicher Hinsicht (also auf der allgemeinen Ebene) ist die Frage der Befugnis und Reichweite gesetzgeberischer Prägung der Regulierungsziele insbesondere vor dem Hintergrund der bekannten Rechtsprechung zu den Prärogativen der mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden im Verhältnis zum Gesetzgeber zu erörtern. Insbesondere dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu den „Neuen Märkten“ zufolge dürfen diese unionsrechtlich vorgesehenen „weitreichenden Befugnisse“ der Regulierungsbehörden nicht durch gesetzliche „Vorstrukturierungen“ verkürzt oder beseitigt werden.⁷¹

Im Urteil des Gerichtshofs vom 26. Juli 2017 in der Rechtssache C-560/15 (Europa Way u. Persidera) sind auch für die Frequenzverwaltung einer Einflussnahme der Regierung des nationalen Gesetzgebers auf Regulierungsentscheidungen Grenzen gezogen worden, hier insbesondere begründet aus der unionsrechtlichen Gewährleistung unabhängiger Regulierungsbehörden.⁷² Diese Rechtsprechung könnte so zu verstehen sein, dass auch bei der Frequenzregulierung die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber keine Möglichkeiten hätten, den Regulierungsbehörden Orientierung gebende Zielvorgaben insbesondere im Sinn

⁷¹ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, C-424/07-Kommission/Bundesrepublik Deutschland.

⁷² EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017, C-560/15-Europa Way Srl, Persidera SpA/AGCOM u.a.

einer Schwerpunktsetzung zu setzen, die über eine bloße Vermittlung der sich schon aus dem Kodex ergebenden Zielvorgaben hinausginge. Aus diesem Grund ist zu fragen, inwieweit die genannte Rechtsprechung für die hier erörterte Frage der Befugnis zur Ziele- und Kriterienkonkretisierung im Rahmen der Frequenzregulierung aussagekräftig ist. Tatsächlich ist dies, wie zu zeigen sein wird, nur sehr eingeschränkt der Fall und ergibt sich aus den Entscheidungen des Gerichtshofs keineswegs ein umfassender Ausschluss des Gesetzgebers von allen regulatorischen Entscheidungen im Bereich der Frequenzordnung (b). Zu betrachten ist sodann, ob und inwieweit dem Kodex gerade in den Bestimmungen über die Frequenzregulierung Aussagen zur Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Instanzen für die Aufgabe der Ziel- und Kriterienfestlegung zu entnehmen sind (c). Die Erkenntnisse aus dieser Analyse sind sodann auch für die Interpretation der Zielfestlegungskompetenz gemäß Art. 55 Abs. 2 EKEK fruchtbar zu machen (d).

b) Das Verhältnis von Gesetzgeber und Regulierungsbehörde im Bereich der Frequenzverwaltung: keine Übertragbarkeit der Grundsätze zur Marktregulierung

aa) Die Neue-Märkte-Entscheidung des EuGH v. 3. 12.2009

Mit seinem Urteil vom 3. Dezember 2009 in der Rechtssache Kommission/Deutschland hat der EuGH bekanntlich der Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen die Bundesrepublik wegen der im TKG vorgesehenen gesetzlichen Herausnahme der „neuen Märkte“ aus der Marktregulierung (§ 9a TKG 2004) stattgegeben und in diesem Zusammenhang das unionsrechtlich vorgegebene weitreichende Ermessen der Regulierungsbehörden betont. Die Einzelheiten dieser Entscheidung müssen hier nicht wiederholt werden. Wichtig sind aber die Aussagen des Gerichtshofs zur Begründung dieses Ergebnisses, soweit sie Aufschluss über die Reichweite dieser vom EuGH gefundenen Grundsätze zur Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Regulierungsbehörde geben.

Die Kommission hatte ihre Klage auf (vom Gerichtshof zusammengefasst) zwei Rügen gestützt: Erstens beschneide der gesetzliche Ausschluss der neuen Märkte das der Regulierungsbehörde durch den unionsrechtlichen Rechtsrahmen eingeräumte Ermessen. Zweitens verstoße die Befreiung von der Regulierung gegen die Vorschrift der Rahmenrichtlinie über die allgemeinen Regulierungsziele (Art. 8 Abs. 1 und 2 RahmenRL), indem sie einem dieser Ziele, nämlich demjenigen der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und der Unterstützung von Innovationen, einen Vorrang gegenüber den anderen Regulierungszielen einräume, obgleich Art. 8 RahmenRL eine derartige Rangfolge unter den Zielen nicht festlege. Der EuGH stützt seine Beurteilung, mit der er der

Kommissionsauffassung zustimmt, unter beiden Aspekten auf eine Analyse der einschlägigen Vorschriften der Rahmenrichtlinie, der Zugangsrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie.⁷³

(1) Marktregulierung als exklusive Vorbehaltsaufgabe der Regulierungsbehörde

Was das von der Kommission geltend gemachte Regulierungsermessen der Behörden angeht, folge dies aus den Bestimmungen, die die „spezifischen Aufgaben zur Regulierung der Märkte“⁷⁴ auf die nationalen Regulierungsbehörden übertragen, namentlich Art. 15 und 16 RahmenRL betreffend die Märktedefinition und Marktanalyse sowie die Vorschriften der Zugangs- und Universaldienstrichtlinie zur Auferlegung von Vorabverpflichtungen (Ex-ante-SMP-Regulierung). Zudem zieht der Gerichtshof die Vorschriften der Rahmenrichtlinie, der Zugangs- und der Universaldienstrichtlinie heran, aus denen sich ergibt, dass die Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung der genannten Aufgaben die allgemeinen Ziele der Regulierung, wie sie sich aus Art. 8 Rahmenrichtlinie ergeben, zu beachten haben (Art. 7 Abs. 1 RahmenRL, Art. 8 Abs. 4 ZugangsRL und Art. 17 Abs. 2 URL).

Aus dieser Begründung ergibt sich sehr deutlich der auf konkrete Normaussagen der Richtlinien bezogene, dadurch aber auch begrenzte Aussagegehalt der Beurteilung: Die Regulierungsbehörden sind nach der ausdrücklichen Formulierung der genannten Vorschriften zuständig für die drei Entscheidungsschritte der Marktregulierung (Marktdefinition, -analyse, Vorabverpflichtung) und sie sind für die Wahrnehmung dieser in den Richtlinien explizit ihnen – nicht dem Gesetzgeber – zugewiesenen Aufgaben auch unmittelbar auf die Beachtung der Regulierungsziele in Art. 8 RahmenRL verpflichtet. Das Ermessen der Regulierungsbehörden und die diesen Ermessen korrespondierende Unzuständigkeit der nationalen Gesetzgeber für die zu treffenden Entscheidungen, insbesondere die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes, ergibt sich mithin direkt und unzweideutig aus den einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts, die insoweit eine definitive Kompetenzaussage zugunsten der Regulierungsbehörden treffen. Der Gerichtshof stellt fest, dass die genannten Vorschriften die in Rede stehenden Befugnisse ausdrücklich an die nationalen Regulierungsbehörden und nicht die nationalen Gesetzgeber übertragen.⁷⁵ Hinzu kommt die vom Gerichtshof gleichfalls angesprochene

⁷³ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, C-424/07-Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 53 ff. bzw. Rn. 85 ff.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, C-424/07-Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 55.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, C-424/07-Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 74f.

Einbindung der Regulierungsbehörden bei der Marktregulierung in den europäischen Regulierungsverbund, insbesondere auch die Pflicht zur Berücksichtigung der Märkteempfehlung der Kommission sowie von deren Leitlinien für die Märkteffinition und -analyse.⁷⁶

Vor dem Hintergrund dieser eindeutigen Rechtslage ist das Ergebnis des EuGH wenig überraschend, dass den Mitgliedstaaten keine Möglichkeit zustehen kann, sich über das unionsrechtlich vorgesehene Verfahren der Ermittlung regulierungsbedürftiger Märkte mit der hierfür eingerichteten Kompetenz der nationalen Regulierungsbehörden (im Regulierungsverbund) hinwegzusetzen und bestimmte Märkte aus diesem Verfahren gesetzlich herauszunehmen.

Unzweifelhaft ist aber nach diesem Begründungsgang auch, dass dieses Ergebnis allein aus den konkret in Rede stehenden Aufgabenzuweisungen und Ermächtigungen der Richtlinien für die Marktregulierung hergeleitet worden ist, also nicht etwa aus einem abstrakten oder übergreifenden unionsrechtlichen Grundsatz der Alleinzuständigkeit der Regulierungsbehörden für jedwede telekommunikationsrechtliche Entscheidung. Im Gegenteil kann der sorgfältigen, genuin juristisch sich auf die einzelnen Aufgabennormen mit ihrer Zuständigkeitszuweisung zu den Regulierungsbehörden beziehenden Argumentation sogar entnommen werden, dass es aus Sicht des Gerichtshofs auf derartige abschließende Aufgabenzuständigkeiten gemäß den insoweit jeweils zu prüfenden Vorschriften des Rechtsrahmens gerade ankommt, sich die exklusive Zuständigkeit der Regulierungsbehörden also nicht von selbst versteht.

(2) Gleichrangigkeit der Regulierungsziele: Abwägungszuständigkeit der Regulierungsbehörde

Dies wird in der Neue-Märkte-Entscheidung auch erkennbar in der Auseinandersetzung mit der zweiten Rüge der Kommission betreffend die Missachtung der Gleichrangigkeit der Regulierungsziele durch den Gesetzgeber, die darin lag, dass der Ausschluss der „neuen Märkte“ aus der Marktregulierung mit dem Ziel des Investitionsschutzes und damit dessen Vorrang begründet wurde. Auch hier stellt der Gerichtshof entscheidend auf die Zuständigkeit der Regulierungsbehörden für die nach den Vorschriften des Rechtsrahmens von ihnen, und gerade nicht vom Gesetzgeber, wahrzunehmende Abwägungsaufgabe bei den Entscheidungen der Marktregulierung ab.⁷⁷ Auch hier ist also die

⁷⁶ , Urteil vom 3. Dezember 2009, C-424/07-Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 75-77.

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, C-424/07-Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 91.

Sachzuständigkeit der Behörden, wie sie sich aus den zuvor erörterten Vorschriften der Richtlinien ergibt, schon vorausgesetzt.

Der vom Gerichtshof im besonderen herangezogene Art. 8 Abs. 1 RahmenRL macht das mit der Formulierung „dass die nationalen Regulierungsbehörden *bei der Wahrnehmung der in dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien festgelegten regulatorischen Aufgaben* alle angezeigten Maßnahmen treffen“ auch deutlich; noch klarer tritt dies in Art. 7 Abs. 1 RahmenRL zutage: „Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien tragen die nationalen Regulierungsbehörden den in Art. 8 genannten Zielen [...] weitestgehend Rechnung.“⁷⁸ Dementsprechend urteilt der Gerichtshof, „dass eine nationale Rechtsvorschrift wie § 9a Abs. 2 TKG, die für die Untersuchung der Regulierungsbedürftigkeit eines neuen Marktes durch die NRB die vorrangige Berücksichtigung eines der in der Rahmenrichtlinie anerkannten Ziele vorschreibt, [...] eine Abwägung dieser Ziele [des Art. 8 RahmenRL] vor[nimmt], obwohl diese Abwägung bei der Wahrnehmung der ihnen übertragenen regulatorischen Aufgaben der NRB zufällt.“⁷⁹

(3) Geänderte Regulierungszuständigkeiten im Kodex

Im Kodex sind die für die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Kommission/Deutschland betreffend § 9a TKG maßgeblichen Bestimmungen im Wesentlichen, selbstredend in anderer Anordnung, erhalten geblieben. Dies betrifft namentlich die Rolle der nationalen Regulierungsbehörden im Verfahren der Marktregulierung (Binnenmarktvorfahren, Art. 32 ff. EKEK) und die ihnen hier (exklusiv) eingeräumten Abwägungsspielräume.

Allerdings hat der Unionsgesetzgeber insgesamt im Kodex die Frage der Organzuständigkeit (welche Behörde oder Stelle kann von den Mitgliedstaaten eingesetzt werden?), die für eine etwaige exklusive Wahrnehmungskompetenz der Regulierungsbehörden entscheidend ist, in bemerkenswerter Weise neu geregelt. Diese Änderungen machen noch deutlicher und schließen nunmehr jeden Zweifel aus, dass die Regulierungsbehörden keineswegs für sämtliche Regulierungsaufgaben nach dem Kodex und dem mitgliedstaatlichen Telekommunikationsrecht allzuständig sind, dass vielmehr auch andere Stellen an der Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben teilnehmen können und dass der Kodex insoweit differenzierte Vorgaben macht. Darauf wird noch einmal zurückzukommen sein.

⁷⁸ Entspricht Art. 32 Abs. 1 EKEK.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, C-424/07-Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rn. 93.

An dieser Stelle soll zunächst nur auf die Neufassung der Bestimmung über die allgemeinen Regulierungsziele hingewiesen werden, die, wie vorstehend gezeigt, auch in der Neue-Märkte-Entscheidung des EuGH wesentlich für die Begründung des Ergebnisses war (damals: Art. 8 Abs. 1 sowie die Folgeabsätze der Bestimmung RahmenRL, nun Art. 3 Abs. 1, 2 EKEK): Waren hier in der Rahmenrichtlinie in der Tat nur die Regulierungsbehörden genannt (wenn auch damals schon nur in Bezug auf die ihnen zugewiesenen Aufgaben), so bezieht der Kodex nun in diese Zentralvorschrift über die allgemeinen Regulierungsziele auch ausdrücklich andere Instanzen ein und verpflichtet sie auf die Beachtung und Verfolgung dieser Ziele. Dies sind neben den nationalen Regulierungsbehörden zunächst „andere zuständige Behörden“ des jeweiligen Mitgliedstaats. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EKEK statuiert sodann ausdrücklich: „Die Mitgliedstaaten, die Kommission, die Gruppe für Frequenzpolitik (RSPG) und das GEREK tragen ebenfalls zur Erfüllung dieser Ziele bei.“ Auch Art. 3 Abs. 2 EKEK adressiert nun (anders als früher) nicht nur die nationalen Regulierungsbehörden, sondern auch die „anderen zuständigen Behörden“ und „die Mitgliedstaaten“ mit dem Auftrag, die enumerativ aufgeführten Ziele zu verfolgen.

Damit ist in der materiellen Leitnorm des Kodex deutlich gemacht, dass die Aufgabe der Abwägung zwischen den unionsrechtlich vorgeprägten Regulierungszielen nicht allein den Regulierungsbehörden obliegt, sondern je nach Ausgestaltung der spezifischen Zuständigkeiten, die ihrerseits natürlich in Einklang mit den jeweiligen sektoralen Vorgaben des Kodex stehen muss, auch anderen Stellen zugewiesen sein kann. Auch wenn also die Neue-Märkte-Entscheidung des EuGH in ihrem Begründungsabschnitt zur zweiten Rüge der Kommission möglicherweise dahingehend verstanden werden konnte, dass für die Abwägung der als gleichrangig vorausgesetzten Regulierungsziele ausschließlich die nationalen Regulierungsbehörden zuständig und verantwortlich sein könnten, ist einem solchen Verständnis durch den Kodex nun jedenfalls die Grundlage entzogen.

bb) EuGH, Urt. v. 26.7.2017 - Persidera

Das Urteil des Gerichtshofs vom 26. Juli 2017 in der Rechtssache C-560/15 – Europa Way, Persidera ist thematisch für die hier erörterte Fragestellung von besonderem Interesse, weil es in der Tat die Frequenzregulierung betraf. Zu prüfen war die Auslegung der einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die Frage, ob die Mitgliedstaaten berechtigt sind, durch Gesetz ein laufendes, durch die nationale Regulierungsbehörde durchgeführtes Vergabeverfahren – hier in der Verfahrensart der Ausschreibung

(beauty contest) – abubrechen durch ein anderes Auswahlverfahren – hier eine Versteigerung – zu ersetzen. Der Gerichtshof befand, dass einem solchen Vorgehen Art. 3 Abs. 3a RahmenRL entgegenstehe.⁸⁰

Die im Zuge der Überarbeitung des Rechtsrahmens 2009 eingefügte Bestimmung errichtete ausführlicher als die Ursprungsfassung der Richtlinie Anforderungen an die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde. Insbesondere bezog die Neuregelung die Unabhängigkeit nun sehr viel deutlicher auch auf das Verhältnis zur Politik und zum Staat (nicht nur gegenüber den Telekommunikationsdienstleistungen anbietenden Unternehmen).⁸¹ Zu diesem Zweck haben die Mitgliedstaaten namentlich die Weisungsfreiheit der Regulierungsbehörden sicherzustellen, soweit diese Aufgaben wahrnehmen, die ihnen in Umsetzung des Unionsrechts übertragen sind. Diese Regelungen zur politischen Unabhängigkeit⁸² sind heute im Wesentlichen übereinstimmend in Art. 8 EKEK gefasst.

(1) Zuständigkeit und Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde

Für den hier behandelten Zusammenhang wesentlich ist, dass der Gerichtshof wie schon in der Neue-Märkte-Entscheidung im Kern kompetenzrechtlich argumentiert, auch wenn die Entscheidung besonders die Missachtung der unionsrechtlich geforderten Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde durch den italienischen Gesetzgeber (hier als ministerieller Verordnungsgeber: „decreto legge“) betont. Entscheidend für den gerügten Eingriff in die Unabhängigkeit ist die logisch vorgelagerte, auf Art. 9 Abs. 1 UA 1 RahmenRL gestützte Feststellung, dass die Richtlinie den nationalen Regulierungsbehörden die Zuteilung von Funkfrequenzen sowie die Erteilung von Allgemeingenehmigungen und individuellen Nutzungsrechten für Funkfrequenzen als spezifische Regulierungsaufgaben zuweise. Dementsprechend gehöre „auch die Durchführung eines Auswahlverfahrens zur Vergabe von digitalen Funkfrequenzen, wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ‘beauty contest’ [...] zur Wahrnehmung einer Regulierungsaufgabe im Sinne der Rahmenrichtlinie, für die eine nationale Regulierungsbehörde zuständig ist.“ Der Abbruch des schon eingeleiteten Vergabeverfahrens durch den Gesetzgeber bedeutet also einen klaren Kompetenzübergriff in eine der Regulierungsbehörde vorbehaltene Zuständigkeit – und damit selbstredend auch eine Missachtung von deren Unabhängigkeit.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017, C-560/15-Europa Way Srl, Persidera SpA/AGCOM u. a., Rn. 56-58.

⁸¹ S. zu diesen zwei verschiedenen Schutzrichtungen der Unabhängigkeit („funktionelle“ und „politische“ Unabhängigkeit) näher *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 11.

⁸² S. dazu – mit kritischer Tendenz – *Gärditz*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, Einf II Rn. 128.

(2) Folgerung: Unabhängigkeitsschutz der NRB nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit

Das Urteil zeigt, dass unter dem bisherigen Richtlinienrecht auch Verfahren und Entscheidungen der Frequenzregulierung – wie im Neue-Märkte-Urteil der Marktregulierung –, soweit sie den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesen sind, nicht von anderen Hoheitsträgern des Mitgliedstaates an sich gezogen werden dürfen, schon gar nicht durch Eingriff in ein laufendes Verfahren. Damit ist auch für den Bereich der Frequenzregulierung bestätigt, dass sich die Antwort auf die Frage, ob nur die Regulierungsbehörde oder auch eine andere Stelle, namentlich der Gesetzgeber, unionsrechtlich befugt sein können, Regelungen oder Maßnahmen der Frequenzregulierung zu treffen, allein nach den jeweils maßgeblichen Vorschriften des Unionsrechts, genauer ihrer kompetenzrechtlichen Aussagen zu dieser Frage, richtet. Insoweit auch Aufgaben der Frequenzregulierung allein den Regulierungsbehörden zugewiesen werden dürfen, ist ein mitgliedstaatlicher Gesetzgeber gehindert, diese Aufgaben selbst wahrzunehmen. Für die Erteilung der Frequenznutzungsrechte und auch für die Durchführung eines Vergabeverfahrens hat der Gerichtshof diese ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörden aus Art. 9 Abs. 1 UA 1 RahmenRL begründet.⁸³ Keineswegs hat er damit gesagt, dass auch alle anderen Entscheidungen im Bereich der Frequenzregulierung in die Alleinzuständigkeit der Regulierungsbehörden fallen.

cc) Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-718/18 Kommission/Deutschland

Der vorstehend aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hergeleitete Rechtsgrundsatz, demzufolge sich der Schutz der exklusiven Zuständigkeiten und der auf die Wahrnehmung dieser Zuständigkeiten bezogenen Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden aus den konkreten Bestimmungen der jeweils einschlägigen Sekundärrechtsakte ergibt, daher aber auch nur so weit greift, wie diese Bestimmungen den nationalen Regulierungsbehörden exklusive Zuständigkeiten verleihen, wird durch die Schlussanträge des Generalanwalts Giovanni Pitruzella vom 14. Januar 2021 in der Rechtssache C-718/18 – Kommission/Deutschland bestätigt.

Das Vertragsverletzungsverfahren betrifft nicht das Telekommunikationsrecht, sondern eine von der Kommission beanstandete Umsetzung energiewirtschaftlicher Richtlinien. Strukturell geht es aber um ein der hier erörterten Kompetenzfrage vergleichbares Problem, sodass sowohl die Auffassung der Kommission als auch die Ausführungen des

⁸³ EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017, C-560/15-Europa Way Srl, Persidera SpA/AGCOM u. a., Rn. 54.

Generalanwalts von Interesse sind. Der Generalanwalt verweist auch selbst über den energiewirtschaftlichen Bezugsrahmen hinaus auf andere Sektoren, in denen kraft Unionsrechts unabhängige Behörden eingesetzt sind, und zieht so auch die Verbindung zur Neue-Märkte-Entscheidung des EuGH zur telekommunikationsrechtliche Marktregulierung.⁸⁴

(1) Kommission und Generalanwalt: Verletzung des unionsrechtlichen Zuständigkeitsvorbehalts zugunsten der NRB

Die hier nur interessierende vierte Rüge der Kommission geht dahin, dass der deutsche Gesetzgeber des Energiewirtschaftsgesetzes ausschließliche Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörde, wie sie in den umzusetzenden Richtlinien vorgesehen seien, dadurch verletzt habe, dass er der Bundesregierung in § 24 EnWG die Befugnis eingeräumt habe, durch Rechtsverordnung das Verfahren und die Methode zur Bestimmung von Entgelten für den Netzzugang zu regeln. Damit habe die Bundesrepublik Art. 37 Abs. 1 Buchst. a) und Abs. 6 Buchst. a) und b) der Richtlinie 2009/72 (Elektrizitätsbinnenmarktlinie) sowie Art. 41 Abs. 1 Buchst. a) und Abs. 6 Buchst. a) und b) der Richtlinie 2009/73 nicht ordnungsgemäß umgesetzt.

Zwar bestünden keine Einwände dagegen, dass die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden durch Rechtsvorschriften festgelegt werden müssten. Dies sei im Übrigen unausweichlich, da die Richtlinien in nationales Recht umgesetzt werden müssten. Jedoch habe der deutsche Gesetzgeber die Regulierungsbehörde nicht mit den vom Unionsgesetzgeber vorgesehenen Aufgaben betraut, insbesondere diese Aufgaben entgegen den Richtlinienvorgaben nicht als ausschließliche Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörde festgelegt.⁸⁵

Der Generalanwalt hat sich dieser Argumentation angeschlossen. Den schon in der Kommissionsrüge vorgebrachten Einwand der Missachtung einer bindenden Zuständigkeitsvorgabe des Unionsrechts führt der Generalanwalt mit dem Argument der in den Richtlinien gewährleisteten Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zusammen, so wie dies schon der Gerichtshof auch in dem telekommunikationsrechtlichen Fall *Persidera* getan hat. Die Verletzung des nach den Richtlinien exklusiv der NRB zukommenden Zuständigkeits-Vorbehaltsbereichs durch die abweichende mitgliedstaatliche Kompetenzzuweisung an den Ordnungsgeber begründet danach zugleich eine Verletzung

⁸⁴ GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18, Rn. 127.

⁸⁵ Dazu GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 88.

der garantierten Unabhängigkeit, indem die Regulierungsbehörde durch die zwischengeschaltete Normsetzung des Ordnungsgebers (hinsichtlich der Methoden und Verfahren der Tariffestsetzung) in ihrem Aufgabenbereich an Vorgaben einer politischen Stelle (hier der Regierung) gebunden wird.

Kein Zweifel besteht aber daran, dass auch der Generalanwalt das unionsrechtliche Argument der Unabhängigkeit⁸⁶ nicht von demjenigen der Zuständigkeit⁸⁷ löst, vielmehr die Unabhängigkeit nur, im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, als zusätzliches Argument zur Unterstützung des Ergebnisses einer richtlinienwidrigen Zuständigkeitszuweisung durch den deutschen Gesetzgeber einsetzt. Nur deswegen kann der Generalanwalt auch annehmen, dass das Unabhängigkeitsargument implizit auch in der im Vertragsverletzungsverfahren erhobenen Kommissionsrüge, die von der Unabhängigkeit nicht explizit handelte, mit angelegt war:

„Hierzu ist festzustellen, dass sowohl die Verleihung der Befugnis, in Bereichen tätig zu werden, *die der NRB vorbehalten sind*, an eine andere Person als die NRB, als auch die Frage, ob die NRB von anderen Personen erlassenen Bestimmungen unterworfen wird, die detailliert die Ausübung ihrer *Befugnisse in den ihr vorbehaltenen Zuständigkeitsbereichen* vorsehen, die Möglichkeit der NRB beeinträchtigen können, *in diesen Bereichen* Entscheidungen selbstständig, frei und ohne äußere Einflüsse zu treffen. Daraus folgt, dass die vierte Rüge Fragen betreffend einen Verstoß gegen die den NRB durch die Richtlinien gewährleistete Unabhängigkeit umfasst und dass daher das Vorbringen der Kommission hierzu nicht als neue Rüge angesehen werden kann.“⁸⁸

Der Generalanwalt argumentiert, dass sich die unionsrechtliche Aufgabenzuweisungen an die NRB und ihre garantierte Unabhängigkeit wechselseitig bedingen; die Zuweisung von Vorbehaltsaufgaben in der Richtlinie an die NRB ist sowohl Ausdruck ihrer Unabhängigkeit als auch von dieser abhängig:

„Der so für die Unabhängigkeit der NRB dargestellte allgemeine Rahmen wird in Bestimmungen der Richtlinien genauer ausgeführt, in denen ihre Ziele, Aufgaben und Befugnisse im Einzelnen festgelegt werden. In diesem Sinne wird die wörtliche und die teleologische Auslegung durch die systematische Auslegung bestätigt. So legen Art. 37 der Richtlinie 2009/72 und Art. 41 der Richtlinie 2009/73 die Zuständigkeiten der NRB genau fest, bei denen es sich um diejenigen, und nur um diejenigen, handelt, die in den Richtlinien festgelegt sind.“

⁸⁶ Behandelt in GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 102-113.

⁸⁷ Behandelt in GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 114 ff.

⁸⁸ GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 100, Hervorh., d. Verf.

Damit ist völlig klar, dass sich auch die Forderung der Unabhängigkeit nur auf diejenigen Aufgaben und Befugnisse der NRB bezieht, welche ihnen ausschließlich durch das Sekundärrecht vorbehalten sind und die ihnen daher durch die Mitgliedstaaten exklusiv zugewiesen werden müssen. Vorbehaltsbereiche der NRB, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten gehindert sind, Aufgaben und Befugnisse anderen Behörden oder auch dem Gesetzgeber zu überantworten, ergeben sich also nicht abstrakt aus dem Begriff oder der Institution der unabhängigen Regulierungsbehörde, sondern nur aus ausdrücklicher Zuweisung des Sekundärrechts. Daher leitet der Generalanwalt auch seine Analyse zutreffend mit der Bemerkung ein, „zur Prüfung der vierten Rüge der Kommission“ seien „meines Erachtens die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinien zu untersuchen“.⁸⁹

Bei den in der Rechtssache C-718/18 gegenständlichen Zuständigkeiten der Tariffestsetzung für die Energienetze ist es in der Tat so, dass dafür in den einschlägigen Vorschriften der Richtlinien ausschließlich die NRB adressiert werden.⁹⁰ Der Generalanwalt führt zudem an, dass die Richtlinien auch die für die Wahrnehmung dieser Aufgabe anzuwendenden Ziele, Kriterien und verfahrensrechtlichen Garantien festlegten. Das Konzept der Richtlinien für die in Rede stehenden Aufgaben besteht aus dieser Sicht darin, die NRB ausschließlich zur Wahrnehmung dieser Aufgaben zu ermächtigen und ihnen die dafür erforderlichen normativen Vorgaben bereitzustellen. Indem die Unionsregelung daher „Befugnisse, Ziele und Kriterien für die Ausübung der Befugnisse genau festlegt, [lasse sie] keinen Raum für nationale Eingriffe, die zwischen die Richtlinie und die Ausübung der Aufgaben durch die NRB, die ihnen durch die Richtlinien ausschließlich übertragen sind, treten“.⁹¹

Wegen der unmittelbar schon durch die Richtlinien getroffenen materiellen und prozeduralen Vorgaben handele es sich bei der Aufgabenwahrnehmung der NRB auch nicht um politische Entscheidungen, bei denen die demokratische Legitimation der unabhängigen Behörde zweifelhaft sein könnte,⁹² sondern um eine „äußerst technische Tätigkeit“⁹³ auf der „Grundlage einer technisch-fachlichen Beurteilung der Wirklichkeit“;⁹⁴ es gehe

⁸⁹ GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 101.

⁹⁰ S. beispielhaft Art. 37 Abs. 1 Buchst. a) RL 2009/72: Die Regulierungsbehörde hat folgende Aufgaben: a) sie ist dafür verantwortlich, anhand transparenter Kriterien die Fernleitungs- oder Verteilungstarife bzw. die entsprechenden Methoden festzulegen oder zu genehmigen; [...]

⁹¹ GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 120.

⁹² Diese Ausführungen treten dem sich auf die Meroni-Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Europäischen Agenturen beziehende Verteidigungsargumentation Deutschlands entgegen, GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 132 ff.

⁹³ GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 141.

⁹⁴ GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 134.

um eine bloße „Durchführungs“-Zuständigkeit, nicht um energiepolitische Ermessensentscheidungen.

(2) Folgerungen

Die Schlussanträge des Generalanwalts liegen mithin ganz auf der Linie der zuvor dargestellten Rechtsprechung des Gerichtshofs: Aufgaben, die den NRB in den einschlägigen Sekundärrechtsakten direkt und ausschließlich vorbehalten sind, müssen ihnen auch in den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzen exklusiv zugewiesen werden. Dies galt nach den früheren Richtlinien (insbesondere Rahmen- und Zugangsrichtlinie) und gilt auch weiterhin nach dem Kodex für die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung und dies trifft nach den für die energiewirtschaftliche Regulierung maßgeblichen Richtlinien für die Entgeltregulierung für den Zugang zu Energienetzen. Die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber sind insoweit darauf beschränkt, die Richtlinien normativ umzusetzen, dürfen aber grundsätzlich⁹⁵ weder Regulierungsaufgaben in diesen Vorbehaltsbereichen selbst übernehmen noch diese Aufgaben anderen Behörden übertragen.

Auch sachlich spricht viel für die Parallelität der Beurteilung einerseits der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung, andererseits der energiewirtschaftlichen Entgeltfestsetzung. Die Entgeltregulierung einschließlich der Methodenwahl für die Kostenberechnung⁹⁶ gehört auch im Telekommunikationsrecht zum Kernbereich der unmittelbar wettbewerbsgestaltenden Marktregulierung; sie ist mit der Zugangsverpflichtung verbunden und daher den NRB vorbehalten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a), Art. 74 EKEK, §§ 39 f. TKGE). Gerade in diesem Bereich der Zugangs- und Entgeltregulierung geht es um die Aufgabe der Verwirklichung eines wettbewerbsorientierten Marktes, für die eine fachlich hochkompetente und in ihren Entscheidungen unabhängige Spezialbehörde besonders gut geeignet ist und bei der, wie der Generalanwalt betont, das Risiko einer parteiischen und diskriminierenden Regulierungspraxis durch eine politisch abhängige Behörde bestünde.⁹⁷

⁹⁵ S. aber EuGH, Urt. v. 6.10.2010, C-389/08 – Base NV/Ministerraad, Rn. 27: Unionsrechtliche Zulässigkeit der Zuweisung von Aufgaben der Universaldienstregulierung an den Gesetzgeber, allerdings nur bei Wahrung der institutionellen Anforderungen des Unionsrechts an die NRB; ob dies auch für die Kernbereiche regulatorischer Wettbewerbsgestaltung gilt, ist zweifelhaft, *Gärditz*, in: Scheurle/Mayen, TKG, Einf II Rn. 126.

⁹⁶ Vgl. dazu *Berger-Kögler/Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 18 ff.

⁹⁷ GA Pitruzella, Schlussanträge, C-718/18. Rn. 111 f.

Auf andere Aufgabenbereiche, für die diese Erwägungen nicht zutreffen und hinsichtlich derer das Unionsrecht gerade keinen Zuständigkeits-Vorbehalt zugunsten der NRB errichtet, sind diese unionsrechtlichen Bindungen des mitgliedstaatlichen Spielraums hinsichtlich der Zuweisung von Regulierungskompetenzen ersichtlich nicht übertragbar. Dies gilt namentlich auch für die Forderung der Unabhängigkeit, die naturgemäß immer nur dort eingreifen kann, wo die NRB auch ausschließlich zuständig sind. Dürfen hingegen auch andere Zuständigkeiten, ggf. auch in Arbeitsteilung oder im Zusammenwirken mit der NRB, eingerichtet werden, ist für eine Unabhängigkeitsvorstellung im Sinne eines Alleinentscheidungsmonopol der NRB, frei von jeder Mitentscheidung oder Einflussnahme anderer Stellen, kein Raum.

Wie schon angedeutet und im Folgenden noch näher auszuführen ist, behält der Kodex die Aufgaben der Frequenzregulierung nicht ausschließlich den NRB vor, räumt den Mitgliedstaaten vielmehr explizit das Recht ein, auch „andere zuständige Behörden“ zu ermächtigen. Dies entspricht der schon erwähnten Intention der Kommission, für diesen Bereich der Frequenzregulierung den Mitgliedstaaten weitergehende, auch normative Regelungsbefugnisse einzuräumen. Die Frequenzregulierung ist mithin gerade kein Vorbehaltsbereich der NRB im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und nun der Schlussanträge des Generalanwalts zur energiewirtschaftlichen Entgeltregulierung. Damit gelten für die Frage, ob auch der Gesetz- oder Verordnungsgeber oder eine andere Stelle nach mitgliedstaatlicher Zuständigkeitsbestimmung in diesem Sachbereich der Frequenzordnung Kompetenzen wahrnehmen kann, jedenfalls nicht die dies ausschließenden Maßstäbe der EuGH-Judikatur zur Marktregulierung.

Ob und inwieweit andere Zuständigkeitsregelungen des mitgliedstaatlichen Rechts, also auch insbesondere eine Bindung der Frequenzvergabeverfahren durchführenden Regulierungsbehörde durch konkretisierende normative Vorgaben eines mitgliedstaatlichen Normsetzers, muss vielmehr jeweils den die verschiedenen Verfahrensschritte und Entscheidungsinhalte betreffenden Vorschriften des Unionsrechts entnommen werden. Der Kodex hat dazu, wie im Folgenden darzulegen sein wird, im Vergleich mit dem bisherigen Recht eingehendere, insgesamt aber hinsichtlich der Zuständigkeiten bemerkenswert differenzierende Bestimmungen getroffen. Vor allem aber ist nun unter dem Kodex eindeutig, dass – anders als noch vom EuGH im Fall Persidera zur RahmenRL angenommen – für die Aufgaben der Frequenzregulierung gerade nicht mehr unionsrechtlich zwingend die Regulierungsbehörden alleinzuständig sind.

b) Mitgliedstaatliche Regulierungskompetenzen für die Frequenzordnung nach dem Kodex

aa) Kompetenz des Gesetzgebers: Normative Umsetzung des Kodex

Sind im Folgenden nun diese Normaussagen des Kodex zu den mitgliedstaatlichen organkompetentiellen Zuständigkeiten im Bereich der Frequenzordnung zu analysieren, so ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass die Mitzuständigkeit auch der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber – und nicht nur der Regulierungsbehörden oder anderer Behörden – für diese Aufgabe eine Selbstverständlichkeit ist und auch unter dem alten Rechtsrahmen schon war. Die Umsetzung der Richtlinien des EU-Rechtsrahmens, nun des Kodex, ist Aufgabe des mitgliedstaatlichen Normsetzers, im Regelfall des parlamentarischen Gesetzgebers. Damit setzt dieser die maßgeblichen, unmittelbar anwendbaren Standards für die Telekommunikationsregulierung und nimmt durch diese Standardsetzung an der Regulierungsaufgabe selbst teil. Da durch die Richtlinien, wie gezeigt, auch dem Umsetzungsgesetzgeber Spielräume eingeräumt sind, erschöpft sich diese Funktion auch nicht darin, die unionalen Vorgaben möglichst getreu zu übersetzen und an die zuständigen Exekutivorgane, insbesondere die Regulierungsbehörde, weiterzureichen.

Der Kodex – wie schon früher die Einzelrichtlinien des TK-Rechtsrahmens – adressiert mithin nicht unmittelbar nur die Regulierungsbehörden, sondern sogar in erster Linie die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, denen er Rechtsetzungspflichten auferlegt („Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass [...]“), aber damit auch eine positive Gestaltungskompetenz überträgt. Deren Reichweite ist je nach Harmonisierungsgrad der in Rede stehenden Bestimmungen sowie deren Regelungsgehalt unterschiedlich und kann, wie etwa das EuGH-Urteil zu § 9a des deutschen TKG 2004 deutlich gemacht hat, begrenzt sein. Dass aber die Mitgliedstaaten auch durch ihre Umsetzungsgesetzgebung an der Ausgestaltung des Regulierungsrechts mitwirken und damit funktional an der Regulierung selbst teilnehmen, ist unbestreitbar.

bb) Festlegung der Regulierungsziele als Aufgabe des Umsetzungsgesetzgebers

Indem Art. 5 Abs. 1 UA 2 Buchst. c) EKEK von der „Durchführung der Funkfrequenzverwaltung“ spricht, ist bestätigt, dass jedenfalls die Festlegung der allgemeinen Regulierungsziele (Art. 3 EKEK) sowie Ziele der Frequenzregulierung in Umsetzung von Art. 45 Abs. 1 und 2 EKEK nicht von dieser Aufgabe und damit Zuständigkeit der „zuständigen Behörden“ erfasst sind, denn die verwaltungsmäßige Durchführung der

Frequenzregulierung setzt die vorgängige Ziel- und Maßstäbefestlegung, an denen diese Durchführung auszurichten ist, voraus.

Dass die Definition der Regulierungsziele und -grundsätze⁹⁸ genuine Aufgabe der normativen Maßstäbe-Bildung für die Regulierung und nicht Domäne der gesetzesgebundenen Regulierung selbst ist, lässt sich schon an der unionsgesetzlichen Vorgabe der Ziele im unionalen Rechtsrahmen und heute Kodex erkennen. Die Regulierungsbehörden verfügen mit den ihnen eingeräumten Beurteilungs-, Abwägungs- und Ausgestaltungsspielräumen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite sowie kombiniert beim Regulierungsermessen⁹⁹ erhebliche gestalterische Prärogativen.¹⁰⁰ Jedoch machen gerade diese Spielräume und die Dogmatik und Rechtsprechung zu den gerichtlich überprüfbaren Grenzen dieser Spielräume auch deutlich, dass zu diesen Prärogativen nicht die Disposition über die anzuwendenden rechtlichen Maßstäbe gehört.

(1) Beispiel: Regulierungsziele und Regulierungsermessen

So ist das Regulierungsermessen im Hinblick auf den Erlass einer Regulierungsverfügung an die zu berücksichtigenden allgemeinen Regulierungsziele sowie die weiteren, im Regelungszusammenhang der jeweils in Betracht gezogenen Vorabverpflichtung vorgegeben Kriterien gebunden, gegebenenfalls darüber hinaus noch weitere rechtliche Vorgaben des Verfassungsrechts. Das von der Regulierungsbehörde für die Abwägung gebildete „Zielbündel“ ist mithin normativ vorgegeben und nicht etwa eigenständig von der Regulierungsbehörde zu gestalten; es muss aus den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen hergeleitet werden und kann daher auch auf Vollständigkeit oder Unvollständigkeit gerichtlich geprüft werden.¹⁰¹

⁹⁸ So wie sich Art. 3 Abs. 1 und 2 EKEK (§ 2 Abs. 2 TKG-E) der Kategorie der Regulierungsziele und Art. 3 Abs. 4 (§ 2 Abs. 3 TKG-E) der Kategorie der Regulierungs-Grundsätze zuordnen lassen, gilt dies bei Art. 45 EKEK für die Absätze 1 und 2 Satz 1 (§ 86 Abs. 1 TKG-E: Ziele) bzw. Art. 45 Abs. 2 Satz 2 (§ 86 Abs. 2 TKG-E: Grundsätze). Die Kategorie-Unterscheidung zwischen finalen Regulierungszielen und modalen Regulierungsgrundsätzen ist indessen im Unionsrecht und Umsetzungsgesetz nicht überschneidungsfrei und konsequent durchgeführt (vgl. dazu *Cornils*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 9 ff.) und daher auch nicht von rechtlicher Bedeutung, etwa hinsichtlich der normativen Bindungswirkung. Sowohl die Ziele als auch die Grundsätze sind in den für die Regulierungsentscheidungen maßgeblichen Abwägungen gleichermaßen zu berücksichtigen, vergleiche BVerwG, Urteil vom 21.9.2018, 6 C 7/17 – Vectoring, Rn. 44 f.

⁹⁹ BVerwGE 130, 39, Rn. 29; 131, 41, Rn. 47.

¹⁰⁰ S. nur *Gärditz*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 15 ff.; *Ruthig*, in: Arndt/Fetzer/Scheurer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 19.

¹⁰¹ BVerwG, Urteil vom 21.9.2018, 6 C 7/17 – Vectoring, Rn. 53 (juris): „Es ist nicht erkennbar, dass dieses von der Beschlusskammer zugrunde gelegte Abwägungsprogramm vom rechtlichen Ansatz her im vorliegenden Fall unvollständig sein könnte.“

Dass auf einzelne oder einige der Ziele mit Billigung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung Schwerpunkte gesetzt werden dürfen,¹⁰² diese Schwerpunktsetzung also schon in die Ermessenskompetenz der Regulierungsbehörde fällt, ergibt sich letztlich aus dem Wesen der Abwägung selbst, die immer in der Herausbildung und Begründung von Vorzugsrelationen im Rahmen auflösender Prinzipienkollisionen besteht. Dies ändert aber nichts daran, dass die zu berücksichtigenden Ziele zunächst rechtlich vorgegeben sind und auch rechtlich vorgegeben sein müssen. Andernfalls – bei Anerkennung nicht nur von Beurteilungs- oder Abwägungsspielräumen, sondern auch noch einer eigenen Zielfestlegungskompetenz der Behörde – wäre deren Handeln rechtlich weitgehend ungebunden und entfielen daher auch der Maßstab für die Beurteilung eines möglichen Abwägungsdefizits, unzulänglicher Sachverhaltsermittlung und einer inhaltlich unververtretbaren (disproportionalen) Abwägung. Vergleichbares gilt auch etwa für den von der Rechtsprechung zuerkannten Ausgestaltungsspielraum der BNetzA auf der Rechtsfolgenseite für die Festlegung der Frequenznutzungsbestimmungen vor Durchführung eines Vergabeverfahrens. Auch die hier anzustellende „komplexe Gesamtabwägung“ ist an die „gesetzlichen Begriffe“ gebunden und auf deren Einhaltung überprüfbar, d. h. aber insbesondere an die maßstabsetzenden Vorgaben sowohl in § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG als auch der allgemeinen Ziele und Grundsätze in §§ 1 und 2 TKG.¹⁰³

(2) Begrenzte Inanspruchnahme der gesetzgeberischen Zielfestlegungskompetenz im TKG-E

Der TKG-Entwurf der Bundesregierung hat, wie dargelegt, die ihm also eröffneten Möglichkeiten einer Zielekonkretisierung teilweise genutzt. Bei den allgemeinen Regulierungszielen hat er die Gewährleistung der flächendeckenden angemessenen und ausreichenden Versorgung aufrechterhalten (§ 1 TKG-E) und fordert er nun die Sicherstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. d) TKG-E). Er hat ferner die Vorgabe des § 45 Abs. 2 Satz 2 a) EKEK zum Frequenzregulierungsziel der Versorgung mit Mobilfunkleistungen verdichtet. Auf andere und weitergehende Zielkonkretisierungen hat er hingegen verzichtet, sie vielmehr 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.

¹⁰² BVerwGE 131, 41, Rn. 70; Urteil vom 21.9.2018, 6 C 7/17 – Vectoring, Rn. 53.

¹⁰³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36.11, Rn. 38 ff.; VG Köln, Beschluss vom 14.3.2019 – 9 L 205/19, Rn. 4 ff.; Urteil vom 17.2.2020 – 9 K 8515/18, Rn. 171 ff.

Damit weist § 86 TKG-E – wie übrigens auch schon § 2 Abs. 3 TKG-E betreffend die allgemeinen Regulierungsgrundsätze (hier sogar ohne textliche Vorlage in Art. 3 Abs. 4 EKEK) – der Regulierungsbehörde eine Politikverantwortung zu, von der sich fragen lässt, ob sie nicht besser vom Gesetzgeber selbst wahrgenommen werden sollte.

Dass dies unionsrechtlich zwingend sei, lässt sich nicht begründen. Die Ablehnung eines Rechts des deutschen Gesetzgebers zu einer „Vorstrukturierung“ des Ermessens der BNetzA im Bereich der Marktregulierung ergab sich, wie dargelegt, allein aus dem hier unionsrechtlich vorgegebenen Zuständigkeitsvorbehalt zugunsten der politisch unabhängigen Regulierungsbehörde, ist daher, wie gezeigt, gerade nicht gleichbedeutend mit einem umfassenden Ausschluss gesetzgebender Organe der Mitgliedstaaten von sämtlichen regulierungserheblichen Entscheidungen. Und auch Erwägungsgrund Nr. 37 des Kodex, demzufolge „nationale rechtsetzende Organe“ sich wegen ihrer fehlenden politischen Unabhängigkeit nicht dazu eignen, „als nationale Regulierungsbehörde nach dem Rechtsrahmen zu fungieren“, sagt nur aus, dass die Mitgliedstaaten gehindert sind, den Gesetzgeber selbst zur nationalen Regulierungsbehörde für die dieser zugewiesenen Aufgaben zu bestimmen. Er verhält sich aber nicht dazu, welche Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde ausschließlich vorbehalten sind und im Hinblick auf welche Aufgaben auch andere Organe, möglicherweise auch im Wege parlamentarischer oder exekutivischer Normsetzung, tätig werden dürfen. Dort, wo die nationalen Regulierungsbehörden im Kodex für ausschließlich zuständig erklärt werden, greift das Argument politischer Unabhängigkeit mit der Folge, dass auch die parlamentarischen oder gouvernementalen Gesetzgeber nicht mit diesen Aufgaben betraut werden dürfen – aber eben auch nur in diesen Exklusiv-Zuständigkeitsbereichen der Regulierungsbehörden.

cc) Umsetzung und regulatorische Aufgabenwahrnehmung

Begegnet also keinen Zweifel, dass die Festlegung der Ziele (und Grundsätze) auch für die Frequenzregulierung (Art. 45 EKEK, § 86 TKG-E) durch den Gesetzgeber erfolgen kann und sogar erfolgen muss, insoweit also keine unionsrechtlich vorgegebene Zuständigkeit der Behörden besteht, so ist im Weiteren zu fragen, ob auch Möglichkeiten des Gesetzgebers bestehen, Entscheidungen im Rahmen der Frequenzregulierung selbst zu treffen.

(1) Ausgangspunkt: Unterscheidung normativer Richtlinienumsetzung und administrativer Regulierung

Allerdings geht der Kodex erkennbar von einer Unterscheidung zwischen den Funktionen der normativen Umsetzung des Unionsrechts einerseits und des exekutiven Vollzugs des Telekommunikationsrechts als der eigentlichen Regulierung andererseits und einer entsprechenden Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und (Regulierungs-)Behörden aus. Für die Wahrnehmung der „regulatorischen Aufgaben“ (Art. 3 Abs. 1 EKEK) nach dem Kodex werden (nur) die mitgliedstaatlichen Behörden für zuständig erklärt. Art. 5 Abs. 1 EKEK bestimmt in diesem Sinn, dass „alle in dieser Richtlinie festgelegten Aufgaben von zuständigen Behörden wahrgenommen werden“. Behörden in diesem Sinn sind nun allerdings nicht mehr nur die nationalen Regulierungsbehörden, sondern auch „andere zuständige Behörden“; der Kodex unterscheidet nun in den einzelnen Bestimmungen zwischen exklusiv den nationalen Regulierungsbehörden zugewiesenen Aufgaben und anderen Aufgaben, welche die Mitgliedstaaten auch sonstigen Behörden zuweisen können.

(2) Frequenzregulierung: keine Vorbehaltsaufgabe der NRB

Art. 5 Abs. 1 UA 2 Buchst. c) EKEK führt die „Durchführung der Funkfrequenzverwaltung und diesbezüglicher Beschlüsse“ als eine Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden auf, lässt aber zu, dass diese Aufgabe durch den Mitgliedstaat auch auf „andere zuständige Behörden“ übertragen werden kann. Den Regulierungsbehörden muss in diesem Fall der Betrauung anderer Behörden mit Aufgaben der Frequenzverwaltung (nur) eine Beratungsfunktion eingeräumt werden.

Damit ist zunächst einmal angeordnet, dass dieser ganze Regulierungssektor von Unionsrechts wegen kein Exklusiv-Vorbehaltsgebiet der nationalen Regulierungsbehörden ist wie etwa die Marktregulierung. Damit stimmt überein, dass sämtliche Einzelbestimmungen zur Frequenzregulierung entweder „die Mitgliedstaaten“ als solche oder aber „die nationalen Regulierungsbehörden oder die anderen zuständigen Behörden“ oder kurz „die zuständigen Behörden“ adressieren, aber niemals allein die nationale Regulierungsbehörde.

(3) „Mitgliedstaaten“ und „zuständige Behörden“

Mit dieser Zuweisung der regulatorischen Aufgaben im Allgemeinen und der Durchführung der Frequenzverwaltung im Besonderen an „zuständige Behörden“ ist aber unionsrechtlich weder klar definiert, wer diese zuständigen Behörden sein können, noch ob nicht

auch dem Gesetzgeber auf parlamentarischer oder Regierungsebene Kompetenzen in diesem Bereich eingeräumt werden können.

Bemerkenswert uneinheitlich und damit unklar ist insoweit zunächst die sprachliche Formulierung bei den einzelnen Maßnahmen und Befugnissen der Frequenzregulierung. Teilweise ist spezifiziert von den „nationalen Regulierungsbehörden oder anderen zuständigen Behörden“ die Rede (Art. 50 Abs. 1, Abs. 2 UA 2, Art. 52 EKEK), in anderen Bestimmungen nur von den „zuständigen Behörden“ (z.B.: Art. 46 Abs.2, Art. 47, 48, 49 Abs. 2 UA 4 ff. EKEK), in wieder anderen Bestimmungen hingegen nur (wie schon früher in der Genehmigungsrichtlinie) von dem „Mitgliedstaat“ (Art. 53 Abs. 3, Art. 55 Abs. 1 EKEK) oder „den Mitgliedstaaten“ (z.B.: Art. 46 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1, Abs. 2 UA 1, 2, 3, Abs. 3 EKEK). Zwar erläutert Erwägungsgrund Nr. 35, dass die Mitgliedstaaten berechtigt sein sollen, entweder die nationalen Regulierungsbehörden oder andere zuständige Behörden mit den in der Richtlinie vorgesehenen Regulierungsaufgaben zu betrauen, „falls nichts anderes bestimmt ist“, also falls die in Rede stehende Aufgabe nicht schon unionsrechtlich ausschließlich den Regulierungsbehörden vorbehalten ist. Dies erklärt aber nicht, weshalb der Kodex dann im Abschnitt über die Frequenzregulierung doch hin und her schwankt zwischen der „ausformulierten“ Benennung der Behörden und der Bezeichnung „Mitgliedstaat“, wenn damit doch auch nur jene beiden Behördenkategorien gemeint sein sollten.

Wenn der Kodex unter „den Mitgliedstaaten“ überhaupt nur entweder die nationalen Regulierungsbehörden oder andere (Exekutiv-) Behörden als Aufgabenträger der Regulierung verstünde, leuchtete nicht ein, weshalb dann in Art. 3 Abs. 1 und 2 EKEK, wie schon erwähnt, ausdrücklich neben den Regulierungsbehörden und „anderen zuständigen Behörden“ zusätzlich „die Mitgliedstaaten“ als Akteure genannt sind, die zur Erfüllung der Regulierungsziele „beitragen“ und auch sogar durch den Kodex dazu verpflichtet sind, die Regulierungsziele zu „verfolgen“. Wenn eine unter dem Begriff des „Mitgliedstaats“ gefasste *andere* mitgliedstaatliche Instanz als die Regulierungsbehörde oder andere zuständige Behörde des Mitgliedstaats das Recht und die Pflicht haben soll, die Regulierungsziele zu „verfolgen“, müssen ihr auch die dafür erforderlichen Zuständigkeiten und Befugnisse zukommen. Dazu passt nicht, dass „alle“ Aufgaben nach dem Kodex doch entweder den Regulierungsbehörden oder den anderen zuständigen Behörden zugewiesen sein sollen. Und es lässt sich die zusätzliche Erwähnung der „Mitgliedstaaten“ als Adressaten der Regulierungsziele auch nicht einfach nur damit erklären, dass sie insoweit als

Umsetzungsgesetzgeber gemeint seien. Denn diese mitgliedstaatliche Funktion der Umsetzungsgesetzgebung ist bereits in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EKEK angesprochen („Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden [...]). Dafür hätte es der ausdrücklichen Betrauung der Mitgliedstaaten mit der Aufgabe, zur Erfüllung der Ziele beizutragen und die Ziele zu verfolgen, nicht bedurft.

Auf einer grundsätzlicheren Ebene lässt sich auch die Möglichkeit einer trennscharfen Unterscheidung von Umsetzung (Maßstabsetzungsebene) und Regulierung in Anwendung der umgesetzten Maßstäbe in Zweifel ziehen. Schon die Umsetzung selbst ist, wie vorstehend skizziert, auch gestalterische Regulierung. Und andererseits gehören zu den regulatorischen Aufgaben unzweifelhaft auch normative Regelsetzungen und planerische Entscheidungen, wie – für den Sachbereich der Frequenzordnung – schon die Ebenen der Frequenzzuweisung durch Rechtsverordnung und der Frequenzplanung belegen. Auch die Vorabfestlegung von Zielen und Kriterien für die Frequenzzuteilung bezieht sich zwar auf konkrete Verfahren und Entscheidungen, hat aber unzweifelhaft auch regulierungspolitischen Charakter. Gestalterische Spielräume können schon im Zuge der Umsetzungsgesetzgebung genutzt werden, etwa durch konkretisierende Fassung von Regulierungszielen. Sie können aber auch auf mittlerer Abstraktions- und Generalisierungsebene liegen, etwa in Bezug auf anstehende Auswahlverfahren. Es gibt daher keine aus der Natur der Sache sich zwingend ergebende Zuordnung sämtlicher Regelungsinhalte des Gesamtsystems Regulierung entweder zur Ebene der vorgelagerten gesetzlichen Umsetzung oder zu derjenigen exekutivischen Aufgabenwahrnehmung. Vielmehr ist es zumindest in gewisser Hinsicht – namentlich bei Regelungen von einzelfallübergreifender Tragweite – eine Frage gesetzgeberischer Entscheidung, ob solche Regelungen schon im Gesetz selbst getroffen oder auf gesetzesanwendende Behörden verlagert werden.

(4) Ergebnis

Insgesamt spricht zwar einiges dafür, dass der Kodex 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 ausgeht. Jedoch kann diese Unterscheidung nicht so verstanden werden, dass die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber von der Formung der Maßstäbe für die Regulierung schlechthin ausgeschlossen wären. Jedenfalls die Fassung und ggf. auch Konkretisierung der allgemeinen und der bereichsspezifischen Ziele der Regulierung steht dem Umsetzungsgesetzgeber, wie gezeigt, offen. Denn dabei geht es um die Umsetzung des Kodex

selbst, um die Vorgabe der Ziele für die Funkfrequenzverwaltung und nicht um ihre Durchführung (s.o.). Aber auch für die weiteren verfahrensrechtlichen und sachlichen Entscheidungen im Rahmen der Frequenzregulierung kann keineswegs als gesichert gelten, dass sich der Gesetz- oder Verordnungsgeber für den Mitgliedstaat insoweit schlechterdings gar keine organkompetentiellen Kompetenzen vorbehalten könnte.

dd) Gesetz- oder Verordnungsgeber als „zuständige Behörde“ der Frequenzregulierung? Selbst wenn angenommen wird, dass die Zuweisung aller regulatorischen Aufgaben, darunter auch der Durchführung der Frequenzverwaltung, an „zuständige Behörden“ (Art. 5 Abs. 1 EKEK) eine Aussage dahingehend beinhaltet, dass der *Umsetzungsgesetzgeber* an der Wahrnehmung dieser Aufgaben keinesfalls selbst, durch eigene Regelung, teilnehmen könne, ist immer noch denkbar, dass als „andere zuständige Behörde“ doch auch ein mit Normsetzungsbefugnissen ausgestattetes mitgliedstaatliches Organ berufen sein kann, ggf. sogar durchaus der parlamentarische Gesetzgeber, wenn auch *nicht in der Funktion der Umsetzung* der Richtlinie.

Der Kodex hat nunmehr hinsichtlich der Zuständigkeit für die regulatorischen Aufgaben die Unterscheidung zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und „anderen zuständigen Behörden“ eingeführt. Auf der Grundlage dieser Unterscheidung differenzieren die einzelnen Bestimmungen der Richtlinie genau zwischen Zuständigkeitszuweisungen entweder ausschließlich an die nationalen Regulierungsbehörden (Vorbehaltsaufgaben der Regulierungsbehörden) oder auch an andere zuständige Behörden wie im Bereich der Frequenzregulierung.

Erwägungsgrund Nr. 35 erläutert dazu, dass „einige der aus der Richtlinie resultierenden Aufgaben wie der Vorab-Marktregulierung einschließlich der Auferlegung von Zugangs- und Zusammenschaltungsverpflichtungen [...] nur von nationalen Regulierungsbehörden wahrgenommen werden sollten, d. h. von Stellen, die sowohl von der Branche unabhängig sind als auch unabhängig von jeglicher äußerer Einflussnahme oder politischen Druck agieren.“ Dem entspricht, dass nur die nationalen Regulierungsbehörden nach dem Kodex auch politisch unabhängig (insbesondere weisungsfrei) sein müssen (Art. 7f. EE-EKEK),¹⁰⁴ während für die „anderen zuständigen Behörden“ 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

¹⁰⁴ S. auch EuGH, Urt. v. 28.7.2016, C-240/15 – *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni/ISTAT*, Rn. 34 ff.

unmittelbar in die mitgliedstaatliche Behördenhierarchie oder Staatsorganisation eingebundene Stellen in Betracht.

Der Begriff der „anderen zuständigen Behörde“ wird im Übrigen nicht definiert. Das Unionsrecht schirmt nur die nationalen Regulierungsbehörden gegen politischen Einfluss ab und verlangt daher ihre institutionelle Unabhängigkeit. Welche Einrichtung die Mitgliedstaaten im Übrigen als eine zuständige Behörde einsetzen, ist im Kodex nicht geregelt und bleibt der mitgliedstaatlichen Organisationshoheit überlassen. Können sämtliche Entscheidungen der Frequenzregulierung von dem Mitgliedstaat auch an eine andere zuständige Behörde delegiert werden - insoweit greift ja kein Vorbehalt zugunsten der Regulierungsbehörde, kann dies, wie gleichfalls schon begründet, 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.

Auch die Bindung der regulatorischen Maßnahmen und dafür zu treffenden Entscheidungen an die allgemeinen und besonderen Regulierungsziele und ihre Eigenart als Abwägungsentscheidungen führen nicht notwendigerweise dazu, dass diese Entscheidungen allein von den Regulierungsbehörden oder vergleichbaren Fachbehörden getroffen werden könnten; das erhellt schon die Zuständigkeit des Verordnungsgebers für die planerische Frequenzzuweisung nach geltendem Recht (§ 53 TKG). Wie dargelegt, verpflichtet der Kodex, anders als noch die Rahmenrichtlinie, auch die Mitgliedstaaten und anderen zuständigen Behörden auf die Regulierungsziele. Entscheidend ist aus unionsrechtlicher Sicht allein die Beachtung und effektive Wirksamkeit der Regulierungsziele und sonstigen Vorgaben für die Frequenzverwaltung, nicht die Frage, welches Organ nach der mitgliedstaatlichen Kompetenzzuweisung dafür zuständig ist.

ee) Funktionale Grenzen der Normsetzung in der Frequenzregulierung

Allerdings lassen sich funktionale Grenzen einer Aufgabenwahrnehmung durch legislative oder exekutivische Normsetzung aus dem Gegenstand der zu treffenden Entscheidungen herleiten. Soweit es sich dabei um Einzelfallentscheidungen handelt, sind Regelungen in der Form des Parlamentsgesetzes schon aus Gewaltenteilungsgründen allenfalls ausnahmsweise adäquat und vorstellbar

(1) Administrative Einzelfallentscheidungen

Wenn Art. 45 Abs. 1 EKEK die Erteilung der Frequenznutzungsrechte (in sämtlichen Varianten) den „zuständigen Behörden“ überträgt, kann dies jedenfalls für die Einzelzuteilung kaum anders verstanden werden, als dass dies durch behördlichen Verwaltungsakt zu geschehen hat. Art. 48 EKEK, der von der Gewährung individueller Nutzungsrechte durch „die Mitgliedstaaten“ spricht, ist daher so zu lesen, dass diese Gewährung durch eine mit dieser Aufgabe betraute Verwaltungsbehörde erfolgt (vgl. auch Art. 48 Abs. 4, der mit Blick auf das Erteilungsverfahren wieder von der „zuständigen Behörde“ spricht).

Auch die gleichermaßen ausdrücklich der „zuständigen Behörde“ (und nicht: „dem Mitgliedstaat“) zugewiesene Entscheidung über die Verknüpfung individueller Funkfrequenznutzungsrechte mit Bedingungen (Art. 47 Abs. 1 EKEK) ist schwerlich als gesetzgeberischer Akt vorstellbar. Des Weiteren ist die Auswahlentscheidung zwischen einem wettbewerbsorientierten Vergabeverfahren (Versteigerung) oder einem vergleichenden Auswahlverfahren (Ausschreibung) gem. Art. 55 Abs. 2 UA 2 EKEK der „nationalen Regulierungsbehörde oder einer anderen zuständigen Behörde“ vorbehalten; auch diese Entscheidung lässt sich nicht in abstrakt-genereller Weise für eine Mehrzahl von Vergabeverfahren vorwegnehmen. Korrespondierend wird auch schon die Anordnung der Durchführung eines Vergabeverfahrens als Einzelfallentscheidung administrativ zu treffen sein, auch wenn Art. 55 Abs. 1 EKEK insoweit nur allgemein den „Mitgliedstaat“ adressiert.

(2) Grundsätzliche Möglichkeit normativer Maßstabsetzung in der Frequenzregulierung

Keineswegs sicher ist aber, ob diese funktional aus der Eigenart der zu treffenden Entscheidungen hergeleitete Notwendigkeit einer verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit auch für andere Entscheidungsinhalte gilt, die durchaus grundsätzlicheren, allgemeineren Charakter haben. Dies ließe sich beispielsweise schon für die „allgemeinen Kriterien für eine Verlängerung der Dauer von Nutzungsrechten“ (Art. 49 Abs. 2 UA 3 EKEK) diskutieren, die wohl nicht sachnotwendig auf ein einzelnes Erteilungsverfahren bezogen sein müssen. Der Kodex gibt insoweit nur Ziele vor, auf die sich diese Kriterien beziehen müssen, nicht aber diese Kriterien selbst. Dem folgt § 91 Abs. 3 TKG-E, der gleichfalls nur die schon im Kodex in Bezug genommenen Ziele aufführt, die Kriterien-Definition aber der BNetzA überantwortet (§ 91 Abs. 3 Satz 3 iVm § 98 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E).

Art. 46 Abs. 1 EKEK sieht für die Entscheidung zwischen den Genehmigungsarten der Allgemeinzuteilung („Allgemeingenehmigung“) und der Einzelzuteilung („Erteilung

individueller Frequenznutzungsrechte“) durch die „zuständige Behörde“ (vgl. Abs. 2 der Bestimmung) die Berücksichtigung verschiedener Belange vor, darunter auch der „von den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht festgelegten Ziele von allgemeinem Interesse“ (Art. 46 Abs. 1 UA 2 Buchst. e) EKEK). § 90 Abs. 3 Satz 2 TKG-E der Bundesregierung übernimmt auch hier wieder nur den Kriterienkatalog der Richtlinie in das Gesetz, ohne zu erläutern, welche Ziele von allgemeinem Interesse in Betracht kommen. Schon die Formulierung in Art. 46 EKEK deutet darauf hin, dass die Festlegung dieser Ziele durch die „Mitgliedstaaten“ hier nicht durch die für die Entscheidung zwischen den Genehmigungsarten zuständige Behörde erfolgen muss, vielmehr vorgelagert durch eine andere Stelle vorgegeben werden kann. Die der zuständigen Behörde zukommende Berücksichtigung der Ziele ist nicht dasselbe wie ihre Festlegung. Das Beispiel zeigt, dass auch bei den Einzelbestimmungen der Frequenzregulierung wiederum Ziel festlegungen in Bezug genommen werden, die keineswegs zwingend oder auch nur sinnvollerweise der für die regulatorische Verwaltungsentscheidung zuständigen Behörde überlassen bleiben müssen. Neben den allgemeinen Regulierungszielen und -grundsätzen sowie den besonderen Zielen für die Frequenzregulierung kommen also durchaus noch andere Anknüpfungspunkte in Betracht, die dafür genutzt werden können, einzelfallübergreifend-normative Ziele oder Standards einer anderen als der für die Verfahren und Maßnahmen der Frequenzregulierung zuständigen Behörde (in Deutschland: BNetzA) in diese Verfahren einzuspeisen.

Auch Voraussetzungen und Kriterien für die Auswahlentscheidung zwischen den Arten eines Vergabeverfahrens (Versteigerung oder Ausschreibung) können normativ geregelt werden, eine Befugnis, die der Gesetzgeber im deutschen TKG auch schon bisher mit der Vorgabe eines grundsätzlichen Vorrangs des Versteigerungsverfahrens in Anspruch genommen hat, § 61 Abs. 2 Satz 1 TKG, übernommen nun in § 99 Abs. 2 Satz 1 TKG-E (ohne dass dies im übrigen unionsrechtlich gefordert wäre).

Es geht hier nicht darum, das Für und Wider der denkbaren Gestaltungen abschließend zu erörtern, sondern nur darum darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Frequenzregulierung auch unterhalb der Ebene der Festlegung der Regulierungsziele ggf. Regelungsinhalte einer einzelfallübergreifend-normativen Regelung zugänglich sein können.

c) Festlegung von Leistungszielen gem. Art. 55 Abs. 2 EKEK

Für die hier erörterte Fragestellung von besonderer Bedeutung ist als weitere Möglichkeit insoweit die Festlegung der dienstbezogenen Leistungsziele gemäß der Neuregelung in

Art. 55 Abs. 2 EKEK, die im Regierungsentwurf, wie dargelegt, wiederum der BNetzA übertragen ist (§ 99 Abs. 1 Sätze 2 und 3 TKG-E.

Art. 55 Abs. 2 UA 1 EKEK richtet diese Pflicht an den „Mitgliedstaat“, nicht (explizit) an die zuständige Behörde, eine sprachliche Gestaltung, die aber aus schon dargelegten Gründen noch keine durchgreifende Bedeutung haben muss. Wesentlicher sind auch hier (wie schon bei dem Beispiel der Verlängerung der Frequenzen) inhaltlich-funktionale Erwägungen zur in Rede stehenden Zieldefinitionskompetenz. Bei den Zielen gemäß Art. 55 Abs. 2 UA 1 EKEK geht es, wie dargelegt, nicht um (konkretisierte) Regulierungsziele, die ohnehin in der Zuständigkeit des Umsetzungsgesetzgebers liegen, sondern um Ziele, die für die Funktion des Verfahrens zur Bestenauslese bestimmt sind und die daher insbesondere durch Anforderungen an die ausgewählten Unternehmen verfolgt werden sollen, namentlich also solche der Versorgung, der Dienstqualität, der Innovativität der Produkte usw. Diese Ziele für die Versteigerung oder Ausschreibung sollen die Festlegung der konkreten Vergabebedingungen, insbesondere der Frequenznutzungsbestimmungen etwa hinsichtlich eines bestimmten Versorgungsgrades anleiten und so zusätzlich begründen und transparenter machen. Sie beziehen sich daher zwar auf Vergabeverfahren, liegen aber auf einer höheren Abstraktionsebene als die definitiven Nutzungsbestimmungen und prägen deren Festlegung vor.

aa) Zielebestimmung gem. Art. 55 Abs. 2 EKEK: Maßstabsetzung oder Einzelfallverwaltung?

Diese Funktion einer Steuerung der mit den Vergabeverfahren verbundenen Bedingungen auf einer Zwischenebene zwischen den Regulierungszielen und den konkreten Frequenznutzungsbestimmungen lässt es denkbar erscheinen, auch an dieser Stelle normative Vorgaben für das von der Behörde durchzuführende Vergabeverfahren einfließen zu lassen. Auch diese Zielfestlegungskompetenz müsste danach, anders als im TKG-Entwurf der Bundesregierung, nicht einfach der Regulierungsbehörde zugewiesen werden, könnte vorgelagert vielmehr auch einem anderen Organ des Mitgliedstaats übertragen werden, so möglicherweise etwa der obersten Bundesbehörde als Verordnungsgeber.

Gewiss ist mit dem Einwand zu rechnen, dass diese Zielebestimmung auf konkrete Vergabeverfahren bezogen ist und in inhaltlichem Zusammenhang mit den von der Behörde für ein bestimmtes Verfahren zu erlassenden Frequenznutzungsbestimmungen steht. Diese Argumente könnten dafür ins Feld geführt werden, auch die im Kodex neu vorgesehene gedanklich vorgelagerte Stufe der Zielebestimmung jeweils in das einzelne

Vergabeverfahren einzubinden; sie müsste dann auch der für dieses Verfahren zuständigen Behörde zugewiesen sein. Eine Ziele-Bestimmung gemäß Art. 55 Abs. 2 1. UA EKEK käme so verstanden immer nur jeweils neu in jedem durchzuführenden Vergabeverfahren in Betracht und könnte nicht vorweggenommen für mehrere Vergabeverfahren auch normativ vorgenommen werden.

Auf der anderen Seite leuchtet aber bei einem solchen Verständnis die funktionale Bedeutung dieser Zielebestimmungsstufe entweder nicht ein oder stößt diese Bedeutung sogar auf erhebliche Bedenken:

Entweder macht sie keinen rechten Sinn, weil sie, wenn sie in der Hand der Regulierungsbehörde liegt, ohnehin keinen extern steuernden Einfluss auf das Vergabeverfahren ermöglicht. Sie diene damit allenfalls der ausführlicheren Begründung der ohnehin von der das Vergabeverfahren durchführenden Behörde festgelegten Frequenznutzungsbestimmungen.

Oder es ist Art. 55 Abs. 2 Satz 2 EKEK stattdessen auch als Kompetenz von erheblich weiter reichender Tragweite zu verstehen, weckt aber bei diesem Verständnis Bedenken, wenn diese Kompetenz der Regulierungsbehörde übertragen ist. Gemäß dieser Bestimmung sind „die Ziele, die der Mitgliedstaat im Zusammenhang mit dem besonderen Auswahlverfahren festlegen kann, [...] zusätzlich zur Förderung des Wettbewerbs auf einen oder mehreren der folgenden Aspekte beschränkt“, es folgt die Auflistung der vier schon genannten Aspekte. Dies bedeutet, 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. Zwar muss diese Priorisierung, wie schon erwähnt, ihrerseits mit den allgemeinen Regulierungszielen vereinbar sein, sich also als Abwägung dieser Ziele begründen lassen. Und auch die Festlegung der definitiven Vergabebedingungen ist wieder an die Ziele der Art. 3 und 45 EKEK gebunden (Art. 55 Abs. 6 EKEK).

Gleichwohl lässt sich Art. 55 Abs. 2 1. UA EKEK mit seinem Mandat zur Fokussierung auf bestimmte von einem Vergabeverfahren erwartete Erfolge 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. Nimmt man Art. 55 Abs.

2 1. UA EKEK und die textgetreue Übernahme der Bestimmung in § 99 Abs. 1 TKG-E beim Wort, könnte die Regulierungsbehörde (BNetzA) sich mit Blick auf eine bevorstehende Frequenzauktion auch dafür entscheiden, das Ziel einer Verbesserung der Versorgung hintanzustellen und stattdessen die Vergabebedingungen allein auf die Ziele der Wettbewerbsförderung und eines weiteren der zur Wahl gestellten „Aspekte“ auszurichten.

Man mag darauf vertrauen, dass die BNetzA kraft ihrer Unabhängigkeit und fachlichen Expertise auch in Wahrnehmung der ihnen übertragenen Aufgabe der Zielbestimmung für Vergabeverfahren gem. Art. 55 Abs. 2 EKEK/§ 99 Abs. 1 TKG-E ausgewogene und verantwortungsbewusste Entscheidungen gerade auch mit Blick auf das Ziel der flächendeckenden angemessenen und ausreichenden Versorgung treffen wird. Aber in grundsätzlicher und auch legitimatorischer Hinsicht stellt sich schon die Frage, ob die beschriebenen Präferenzentscheidungen von erheblicher regulierungspolitischer Tragweite, die dann auch Grundlage der darauf beruhenden Versorgungsaufgaben und zugehörigen Nutzungsbestimmungen sind, nicht eher von demokratisch unmittelbarer legitimierten, parlamentsverantwortlichen Entscheidungsträgern des Mitgliedstaats getroffen werden sollten. Dies gilt zumal, wenn erkannt wird, dass die Festlegung von Versorgungsaufgaben (damit aber auch die vorausgehende Bestimmung eines Versorgungsziels) im Zusammenhang mit Vergabeverfahren ein zentral wichtiges Instrument der regulatorischen Verfolgung der politisch gesetzten Versorgungsziele ist. Haben die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, wie gezeigt, unzweifelhaft die Kompetenz, die Regulierungsziele auch für die Frequenzverwaltung vorzugeben, damit also auch das Versorgungsziel zu akzentuieren (wie dies der Regierungsentwurf in § 86 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E auch tut!), so passt dazu schwerlich ein Zielfestlegungsrecht der Regulierungsbehörde auf der Ebene der von ihr durchzuführenden Vergabeverfahren, mit der jene Vorgaben aus eigener Priorisierungsbefugnis unterlaufen werden könnten.

bb) Folgerungen

Die Frage nach rechtspolitisch daraus konkret zu ziehenden Konsequenzen liegt außerhalb der Reichweite dieser Untersuchung. Festzuhalten bleibt aber, dass die unionsrechtlichen Vorgaben im Kodex keineswegs dazu verpflichten, die nationale Regulierungsbehörde mit der Ziele-Bestimmungskompetenz für die Vergabeverfahren zu betrauen. Jedenfalls vertretbar erscheint darüber hinaus auch eine Auslegung, derzufolge es zulässig wäre, die mit Vergabeverfahren verfolgten „allgemeinen Ziele des Verfahrens“ (so der

Wortlaut in § 99 Abs. 1 Satz 2 TKG-E) normativ vorab zu fassen, hier also etwa das Versorgungsziel als jedenfalls und prioritär zu verfolgendes Ziel festzusetzen, und nur die Festlegung der Frequenznutzungsbestimmungen im Einzelfall eines jeden Verfahrens der dieses Verfahren durchführenden Behörde (etwa der BNetzA) zu überlassen.

Denkbar wäre es auch, zumindest die im Kodex angelegte Befugnis der Auswahl zwischen den verschiedenen genannten „Aspekten“ (Art. 55 Abs. 2 UA 1 Satz 2 EKEK) schon legislativ in Anspruch zu nehmen, also nicht, wie jetzt in § 99 Abs. 1 Satz 3 TKG-E, auch diese Befugnis in wörtlicher Anlehnung an den Kodex der BNetzA zu überlassen. Damit könnte immerhin verhindert werden, dass bestimmte „Aspekte“, wie zum Beispiel derjenige der Verbesserung der Versorgung, bei der Ziele-Festlegung für ein Vergabeverfahren durch die BNetzA ganz vernachlässigt werden können. Dies könnte dadurch geschehen, dass schon der TKG-Gesetzgeber den Kern der jedenfalls von der BNetzA in einem Vergabeverfahren festzulegenden Ziele (zum Beispiel das Versorgungsverbesserungsziel) zwingend vorgibt und nicht (wie jetzt im Entwurf) der Disposition durch die BNetzA anheimstellt. So könnte durch verbindliche Vorgabe aller im Kodex vorgezeichneten – und nicht nur einzelner, jeweils von der BNetzA auszuwählender – „Aspekte“ gewährleistet werden, dass immerhin alle diese Aspekte bei der Zielfestlegung Berücksichtigung finden müssen.

d) Zielvorgaben und Abwägung

Keiner ausgedehnten Erörterung, aber doch einer knappen Behandlung bedarf die Frage, in welcher Gestalt und Fassung gesetzliche Zielkonkretisierungen im Einklang mit dem Unionsrecht erfolgen können. Dabei geht es also darum, wie konkret und verbindlich Zielvorgaben insbesondere hinsichtlich der flächendeckenden Mobilfunkversorgung im Telekommunikationsgesetz oder in einem Verfahren zur Bestimmung der allgemeinen Ziele für ein Vergabeverfahren gemäß Art. 55 Abs. 2 EKEK gefasst werden können.

Dass die Mitgliedstaaten und insoweit also ihre Gesetzgeber berechtigt sind, ihre Zielfestlegungen auch im Vergleich mit den Vorgaben des Kodex zu präzisieren und zu akzentuieren, ist vorstehend eingehend begründet worden. Dies kann auch in der Weise geschehen, dass implizit im Kodex angelegte Ziele im mitgliedstaatlichen Umsetzungs-gesetz explizit ausformuliert werden, wie etwa im Fall der Universaldienstgewährleistung oder einer genaueren Beschreibung des Ziels flächendeckender Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen.

aa) Abwägung von Zielen als Prinzipien

Allerdings gehört es, wie schon erwähnt, zu den unionsrechtlichen Vorgaben, dass die Regulierungsziele grundsätzlich gleichrangig (Art. 3 Abs. 2 EKEK) und in ihrer Pluralität auf eine Gesamt-Optimierung angelegt sind.¹⁰⁵ Der Modus des Ausgleichs der verschiedenen Ziele, die zwar nicht sämtlich, aber doch strukturell oder in bestimmten Situationen gegenläufige Tendenz haben können, ist derjenige der Abwägung. Daraus ergeben sich auch die in der Rechtsprechung anerkannten – im Einzelnen dogmatisch durchaus differenziert entfalteten – Gestaltungsspielräume der Behörde bei den verschiedenen regulatorischen Entscheidungen. 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 vorzunehmen¹⁰⁶ – wobei allerdings die präzise Unterscheidung zwischen den Funktionen der Maßstabsetzung und der Abwägung, wie insbesondere am Beispiel des Art. 55 Abs. 2 EKEK gezeigt, durchaus nicht durchweg so eindeutig ist und jedenfalls nicht nur entlang den Aufgaben der gesetzgeberischen Umsetzung der Richtlinie einerseits und den regulatorischen Aufgaben der Behörde andererseits verläuft.

Für die Marktregulierung ist durch die Neue-Märkte-Entscheidung des EuGH geklärt, dass die Regulierungsziele grundsätzlich umfassend und vollständig im Rahmen der Abwägungen zu berücksichtigen sind und daher ein apriorischer Ausschluss einzelner Ziele ebenso unionsrechtlich ausgeschlossen ist wie die Anordnung eines absolut höheren Gewichts einzelner Ziele gegenüber anderen Zielen. Dem Gesetzgeber ist es daher in diesem Regulierungsbereich, der zugleich unionsrechtlich als Vorbehaltsaufgabenbereich der nationalen Regulierungsbehörden bestimmt ist, versagt, das Ermessen der Behörden dadurch zu begrenzen oder „vorzustrukturieren“, dass es auf die Verfolgung nur oder schwerpunktmäßig bestimmter Ziele festgelegt wird.

Daraus folgt, dass die Ziele der Regulierung prinzipielle, aber nicht unbedingte Verbindlichkeit haben müssen; der Entscheidungsmodus der Abwägung setzt den Prinzipiencharakter der abzuwägenden Ziele voraus. Gesetzliche Vorgaben, die einen ganz bestimmten Inhalt der regulatorischen Entscheidung im Einzelfall vorgeben und erzwingen (etwa den

¹⁰⁵ Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 17; Gärditz, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 15 ff.

¹⁰⁶ S. nur Gärditz, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, Einf II Rn. 33.

Ausschluss bestimmter Märkte aus der Regulierung: „Regulierungsferien“), sind damit nicht vereinbar.

bb) Stärkere gesetzliche Bindungen der Frequenzregulierung

Jedoch ist oben schon dargelegt worden, dass sich diese Aussagen des EuGH auf den Sachbereich der Marktregulierung beschränken und nicht ohne weiteres auf andere Tätigkeitsbereiche wie die Frequenzregulierung übertragbar sind.

Tatsächlich ergeben sich auch unter dem hier erörterten Gesichtspunkt des Verbindlichkeitsgrades gesetzgeberischer Vorgaben bemerkenswerte Unterschiede zwischen der Marktregulierung und der Frequenzordnung, die insbesondere in der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte herausgearbeitet worden sind. Zusammengefasst lässt sich in den Worten des Bundesverwaltungsgerichts feststellen, dass es sich „bei der Frequenzordnung um ein vom Gesetzgeber detailliert ausgestaltetes Rechtsgebiet handelt“¹⁰⁷, das in weitaus größerem Umfang als die Marktregulierung gesetzgeberische Maßstababbildungen und gesetzliche Bindungen der einzelnen Verwaltungsentscheidungen kennt.

Dies gilt namentlich für die Verfahrensstufe der Frequenzzuteilung und die insoweit zutreffenden Entscheidungen (in den verschiedenen Varianten und Verfahren der Zuteilung). Hintergrund dieser engeren gesetzlichen Bindung ist, dass der planerische Ausgleich sämtlicher verschiedener Interessen und Belange im Rahmen der Frequenzordnung schon auf den vorgelagerten Stufen der Frequenzplanung erfolgt (Frequenzzuweisung in der Rechtsform der Rechtsverordnung und Frequenzplan in der Rechtsform der Verwaltungsvorschrift, §§ 53 f. TKG, §§ 88 f. TKG-E). Auf die Zuteilung einer Frequenz besteht hingegen, sofern insoweit keine Knappheitslage vorliegt, ein Anspruch, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Zuteilung erfüllt sind. Liegt eine festgestellte Knappheitssituation vor, wandelt sich der Anspruch auf Zuteilung in einen Anspruch auf chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren, dem in den hinsichtlich des Vergabeverfahrens zu treffenden Entscheidungen Rechnung zu tragen ist.¹⁰⁸

Diesen begrenzten Funktionen der jeweils zutreffenden Entscheidungen entspricht auch ein jeweils begrenztes Entscheidungsprogramm.¹⁰⁹ Der Behörde (BNetzA) sind daher zwar auch für diese Entscheidungen überwiegend Beurteilungs- bzw.

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, 6 C 36/11 = BVerwGE 144, 284, Rn. 41 (juris).

¹⁰⁸ BVerwGE 139, 226, Rn. 21; 144, 284, Rn. 19.

¹⁰⁹ BVerwGE 144, 284, Rn. 29 ff.

Gestaltungsspielräume, die eine Abwägung der relevanten Belange voraussetzen, eingeräumt, dies jedoch in deutlich engeren Grenzen als etwa bei den Beurteilungsspielräumen für die Marktdefinition und-analyse oder dem Regulierungsermessen gemäß § 13 TKG.

cc) Gesetzliche Vorstrukturierung der Frequenzordnung

Durch die gesetzlichen Vorschriften zur Frequenzordnung „strukturiert“ der Gesetzgeber mithin das Ermessen in vielfacher Hinsicht vor:

So sieht schon das Unionsrecht selbst den Vorrang der Allgemeinzuteilung gegenüber der nur ausnahmsweise statthaften Einzelzuteilung vor (Art. 46 Abs. 1 EKEK).

Das Ermessen hinsichtlich des Erlasses einer Vergabeanordnung bei Frequenzknappheit ist regelmäßig durch den erwähnten grundrechtlich begründeten Teilhabeanspruch im Sinne des Erlasses „vorgeprägt“.¹¹⁰

Hinsichtlich der Auswahl zwischen den Verfahrensarten bei Durchführung eines Vergabeverfahrens ordnet das Gesetz den grundsätzlichen Vorrang der Versteigerung an (§ 61 Abs. 2 TKG).

Für alle diese Entscheidungen hat das BVerwG ausdrücklich klargestellt, dass die insoweit eingeräumten Beurteilungs- bzw. Ermessensspielräume nicht gleichbedeutend sind mit einem „umfassenden Planungsermessen“, bei dem sämtliche allgemeinen Regulierungsziele und darüber hinaus ggf. noch weitere Abwägungskriterien von der Regulierungsbehörde frei gegeneinander abzuwägen wären.¹¹¹

cc) Insbesondere: Ziele und Kriterien des Vergabeverfahrens

Diese Ablehnung eines Planungsermessens setzt sich schließlich fort auch für die hier besonders interessierende Verfahrensstufe der Festlegung von Vergabebedingungen, insbesondere Frequenznutzungsbestimmungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens (§ 61 Abs. 3 Satz 2 TKG, § 99 Abs. 4 TKG-E). Zwar steht der BNetzA für diese Festlegung der Vergabebedingungen ein Ausgestaltungsspielraum auf der Rechtsfolgenseite der Norm zu, für dessen Wahrnehmung eine „komplexe Gesamtabwägung“ der einzustellenden Belange erforderlich ist. Aber diese einzustellenden Belange umfassen eben nicht sämtliche Regulierungsziele, werden vielmehr begrenzt durch die Funktion des

¹¹⁰ BVerwGE 144, 284, Rn. 36 mwN.

¹¹¹ BVerwGE 144, 284, Rn. 35: „Die Anordnung der Bundesnetzagentur, der Frequenzzuteilung ein Vergabeverfahren vorzuschalten, hat nicht zur Folge dass in planungsähnlicher Weise alle öffentlichen und privaten Belange im Hinblick auf die spätere Frequenzzuteilung abzuwägen wären mit der Folge einer auch Drittbetroffene erfassenden rechtlichen Bindung.“

Vergabeverfahrens festzustellen, welcher oder welche Antragsteller am besten geeignet sind, die zu vergebenden Frequenzen effizient zu nutzen. Abwägungsrelevant sind daher „nur solche privaten und öffentlichen Belange, die von der Entscheidung, inwieweit eine (weitere) Verengung des Zugangsanspruchs der Zuteilungsbewerber durch die Festlegung von Vergabebedingungen in Betracht kommt, berührt werden.“¹¹² Der Umstand der Frequenzknappheit, der dazu führt, dass anstelle einer gebundenen Einzelzuteilung ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, habe nicht zur Folge, dass nunmehr „in planungsähnlicher Weise alle öffentlichen und privaten Belange im Hinblick auf die spätere Frequenzzuteilung abzuwägen wären“.¹¹³

Ist tragend für das Entscheidungsprogramm für die Festlegung der Vergabebedingungen der Gedanke der „Bestenauslese“, so sind maßgebliche Belange dieser Entscheidung mit hin solche, die für die Ziele der Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung, der Ausgestaltung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens und drittens der Gewährleistung einer flächendeckend angemessenen und ausreichenden Versorgung von Bedeutung sind.¹¹⁴ Es ist mittlerweile in der Rechtsprechung geklärt und auch unionsrechtlich abgesichert, dass auch das öffentliche Interesse an einer flächendeckenden, leistungsfähigen Versorgung in die Festlegung der Auswahlkriterien für das Vergabeverfahren einbezogen werden kann; die Fähigkeit, eine bestimmte Versorgung der Endnutzer zu erbringen, ist eine relevante Größe für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Bewerber.¹¹⁵ Ist daher insbesondere ein festgelegter Versorgungsgrad ein gesetzlich und unionsrechtlich zulässiges Auswahlkriterium, so ist andererseits schon grundrechtlich sowie gem. Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG und ebenfalls unionsrechtlich die Zumutbarkeit von Versorgungsverpflichtungen als begrenzender Maßstab zu beachten.¹¹⁶

Die teilweise streitigen Details hinsichtlich der entweder schon auf der Ebene der Festlegung der Vergabebedingungen oder erst bei der Frequenzzuteilung und hierzu erlassenen Nebenbestimmungen zulässigerweise zu berücksichtigenden Belange und Ziele müssen hier nicht weiter diskutiert werden. Es ist auch nicht zu übersehen, dass die Rechtsprechung zu dem „eingeschränkten Entscheidungsprogramm“ bei § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4

¹¹² BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, 6 C 36/11 = BVerwGE 144, 284, Rn. 38.

¹¹³ BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, 6 C 36/11 = BVerwGE 144, 284, Rn. 35.

¹¹⁴ BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, 6 C 36/11 = BVerwGE 144, 284, Rn. 32; VG Köln, Beschluss vom 14. März 2019, 9 L 205/19, Rn. 21 ff.

¹¹⁵ S. nur VG Köln, Beschluss vom 14. März 2019, 9 L 205/19, Rn. 115 ff.; Urt. vom 17. Februar 2020, 9 K 8 515/18, Rn. 367 ff.

¹¹⁶ VG Köln, Beschluss vom 14. März 2019, 9 L 205/19, Rn. 38.

TKG in einer gewissen, bis heute wohl noch nicht befriedigend aufgelösten Spannung zu der Bindung auch dieser Entscheidung an die Regulierungsziele steht.

Für die hier erörterte Frage entscheidend ist hingegen, dass es für die Spielräume der Behörde bei der Wahrnehmung ihrer regulatorischen Befugnisse in der Frequenzordnung entscheidend auf die spezifisch dafür erlassenen gesetzlichen Vorgaben ankommt:

„Die materiellen und formellen Voraussetzungen der in § 52 TKG genannten Handlungsformen der Frequenzordnung sind den folgenden Bestimmungen im Einzelnen zu entnehmen.“¹¹⁷

Daraus müssen sich korrespondierend aber Präskriptionsbefugnisse des Gesetzgebers ergeben, die weit über diejenigen bei der Marktregulierung hinausgehen. Schon bisher hat der Gesetzgeber mit der Vorgabe, dass als Frequenznutzungsbestimmungen auch der Versorgungsgrad festgesetzt werden kann, die Ausgestaltung der Vergabebedingungen durch die BNetzA dahingehend gesteuert, dass gerade das öffentliche Interesse an einer flächendeckenden Versorgung – nicht aber zum Beispiel individuelle Interessen Dritter an einer störungsfreien Frequenznutzung – in die Auswahl der Bewerber einfließen soll.¹¹⁸

War diese Vorgabe schon bisher durch Art. 6 in Verbindung mit Anhang B Nr. 7 GenehmigungsRL unionsrechtlich gedeckt, sichert der Kodex die mitgliedstaatliche Befugnis, im Rahmen von Vergabeverfahren durch Erlass von Bedingungen hinsichtlich Versorgungsverpflichtungen gerade auch das Ziel der Verbesserung der Mobilfunkversorgung zu verfolgen, noch deutlicher ab: Neben Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang I D Nr. 7 EKEK tritt nun die schon erörterte neue Kompetenz und Verpflichtung der Mitgliedstaaten, dem Erlass von Vergabebedingungen gemäß Art. 55 Abs. 2 EKEK festgelegte Ziele vorzuschalten, zu denen insbesondere auch das Ziel der Verbesserung der Versorgung gehört (s.o.). Die unionsrechtliche Zulässigkeit, die Bewerberauswahl in Vergabeverfahren fokussiert gerade auf dieses Ziel, wenn auch unter Berücksichtigung der wettbewerblichen Belange, auszurichten, tritt mithin im Kodex noch deutlicher zutage als unter dem bisherigen Rechtsrahmen.

Der oben erörterte eingeschränkte Zielekanon des Art. 55 Abs. 2 EKEK bestätigt überdies auch im Unionsrecht die dargelegte Sichtweise des BVerwG zum eingeschränkten Entscheidungsprogramm der Festlegung der Vergabebedingungen für das Vergabeverfahren:

¹¹⁷ BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, 6 C 36/11 = BVerwGE 144, 284, Rn. 41.

¹¹⁸ BVerwG, Urteil vom 10.10.2012, 6 C 36/11 = BVerwGE 144, 284, Rn 30.

Die für die Bestimmung der Auswahlkriterien leitenden Ziele sind eben nicht sämtliche Regulierungsziele, sondern nur die besonders für die Leistungsfähigkeit der Bewerber relevanten Ziele, darunter insbesondere diejenigen der Versorgung und der Dienstqualität.

dd) Folgerungen

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten und auch schon der 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. Insoweit sind verschiedene Vorgehensweisen denkbar, ohne dass hier insoweit der Anspruch vollständiger Auslotung sämtlicher Möglichkeiten erhoben werden kann.

In Betracht kommt insbesondere eine präzise und mit besonderem Verbindlichkeitsanspruch ausgestattete Vorgabe zur Verbesserung der Versorgung bei den Frequenzregulierungszielen. Darauf wird im nächsten Abschnitt noch einmal mit Blick auf die Versorgung der Verkehrswege zurückzukommen sein. Vorstellbar ist darüber hinaus die schon oben beschriebene stärkere Fokussierung der Ziele für das Vergabeverfahren oder jedenfalls der „Aspekte“, auf die sich diese Ziele beziehen sollen (Art. 55 Abs. 2 EKEK), im Gesetz oder in einer den Vergabeverfahren vorgeordneten Verordnung. Schließlich kann wie ansatzweise schon bisher mit § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG („Versorgungsgrad“) ein das Ausgestaltungsermessen steuernder Effekt auch mit einer noch substantiierteren Vorgabe möglicher Frequenznutzungsbestimmungen erzielt werden. Auch darauf wird noch einmal zurückzukommen sein.

Zu betonen ist allerdings, dass diese gesetzlichen Fokussierungen nicht so weit gehen können, die Ausgestaltungsspielräume der für die Vergabeverfahren zuständigen Behörden ganz oder weitgehend zu verschließen. Der zuständigen Behörde (in Deutschland der BNetzA) müssen auch bei dem eingegrenzten Entscheidungsprogramm für die Festlegung von Vergabebedingungen doch Abwägungsspielräume verbleiben, die insbesondere Raum lassen für eine hinreichende Berücksichtigung des unionsrechtlich unabdingbar gestellten Wettbewerbsziels (Art. 55 Abs. 2 EKEK) sowie der Zumutbarkeit von Versorgungsverpflichtungen.

Damit unvereinbar wäre es, definierte Versorgungsaufgaben schon im Gesetz festzulegen oder der BNetzA zeitlich, quantitativ und qualitativ genau bestimmte Leistungsziele hinsichtlich der Versorgung im Sinn einer strikt bindenden Gewährleistungsverpflichtung

vorzugeben (etwa: jedenfalls zu garantierende unterbrechungsfreie Zugänglichkeit von datenübertragungsgeeigneten Mobilfunknetzen entlang von Kreisstraßen zu einem bestimmten Zeitpunkt). Auch wenn die unionsrechtlichen Vorgaben zur Frequenzordnung eine deutlich weitergehende gesetzliche Vorstrukturierung der administrativen Letztentscheidungen ermöglichen als etwa bei der Marktregulierung, muss die Abwägung im Einzelfall eines konkreten Vergabeverfahrens insbesondere zwischen den Belangen der Versorgungssicherung und der Aufrechterhaltung eines so weit wie möglich funktionierenden Wettbewerbs und in diesem Zusammenhang die Wahrung der Zumutbarkeit für die Unternehmen Sache der Behörde bleiben.

5. „Wichtige Straßen“ und Schienenstrecken

Die danach bestehende Reichweite der Befugnis des TK-Gesetzgebers zu einer präziseren und verbindlicheren Fassung des Versorgungsziels für die Frequenzregulierung soll hier im Folgenden noch einmal etwas eingehender für die Frage der flächendeckenden Zugänglichkeit von Mobilfunknetzen entlang der Verkehrswege erörtert werden. Wie dargelegt richten sich die politischen Versorgungsziele längst über die Versorgung der Bundesautobahnen und Bundesstraßen hinaus auch auf eine Erschließung anderer Straßen jedenfalls bis zur Kreisstraßenebene. Hinzu kommt die gleichfalls avisierte Mobilfunkversorgung entlang aller Schienenstrecken, die einer inzwischen entstandenen Erwartung der Nutzer hinsichtlich der durchgängigen Erreichbarkeit und Datennutzung in Zügen Rechnung tragen soll. Dies ist für die auch umweltpolitisch notwendige Sicherung und Steigerung der Attraktivität des Verkehrsträgers Schiene unabdingbar.

a) § 86 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E

Die gestufte, evolutionäre Ausbaustrategie der BNetzA zielt schon jetzt, mit den im Zuge der 5G-Vergabebedingungen erlassenen Versorgungsaufgaben, auch auf die Versorgung entlang der Landes- und Staatsstraßen und lässt es zumindest als möglich, wenn nicht wahrscheinlich erscheinen, dass bei den nächsten Vergabeverfahren auch noch weitergehende Auflagen – dann wohl bis zur Kreisstraßenebene – folgen werden. Allerdings enthält sich § 86 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E eines ausdrücklichen Bekenntnisses zu diesem Versorgungsziel, beschränkt sich hinsichtlich der Verkehrswege vielmehr darauf, die Formulierung des Art. 45 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) EKEK wörtlich zu übernehmen. Danach soll die Bundesnetzagentur [unter anderem] „insbesondere die Versorgung [...] entlang wichtiger nationaler und europäischer Verkehrswege einschließlich des transeuropäischen Verkehrsnetzes gemäß Verordnung (EU) Nummer 1315/2013 [...]“ vorantreiben.

Indes lässt sich bei genauer Lektüre der Formulierung dieser Bestimmung im Regierungsentwurf durchaus eine gewisse Weiterentwicklung des Versorgungsziels auch hinsichtlich der Verkehrswege im Vergleich mit der Fassung des Kodex entnehmen: Danach wird die Versorgung entlang der wichtigen Verkehrswege nur beispielhaft („insbesondere“), also nicht abschließend genannt und sie ist als Unterfall der „Versorgung der Bundesrepublik Deutschland mit hochwertigen, leistungsfähigen und unterbrechungsfreien drahtlosen Sprach- und Datendiensten“ gefasst – während die Formulierung im Kodex die Versorgung entlang der Verkehrswege neben die Versorgung des Hoheitsgebietes stellt („sowie“) und letztere auch nicht mit dem Prädikat „unterbrechungsfrei“ qualifiziert. Diese textliche Gestaltung muss man durchaus so lesen – ein anderer Sinn dieser Differenz ist nicht ersichtlich –, dass die Entwurfsverfasser das Versorgungsziel auch hinsichtlich der Verkehrswege immerhin offenhalten wollten für eine Versorgung, die über die Erschließung der wichtigen nationalen und europäischen Verkehrswege noch hinausgeht, die Regulierung also nicht etwa darauf festlegt, bei Erreichen dieses ausdrücklich beschriebenen Ziels (wichtige Verkehrswege) weitere regulatorische Anstrengungen zu einer flächendeckenden Erschließung des Straßennetzes einstellen zu müssen. Die Versorgung jedenfalls der wichtigen Verkehrswege erscheint in dieser Formulierung als aus dem Kodex übernommene ausdrückliche Hervorhebung eines zunächst jedenfalls anzustrebenden Primärziels, bei dem der regulatorisch begleitete Ausbau sodann aber nicht stehen bleiben muss.

Entsprechend den oben begründeten Ergebnissen ist der mitgliedstaatliche Gesetzgeber zu einer derartigen konkretisierenden Entfaltung des Versorgungsziels für die Frequenzregulierung im Kodex 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 (s.o.).

b) Weitergehende Schärfung des Versorgungsziels Verkehrswege

In der Konsequenz dieser Überlegung liegt es aber, dass der Gesetzgeber nicht gehindert wäre, das Versorgungsziel hinsichtlich der Verkehrswege noch klarer und expliziter zu fassen als in der jetzt vorliegenden Fassung des Regierungsentwurfs, namentlich unter Benennung auch der Kreisstraßen und aller Schienenstrecken als der zu erschließenden Verkehrswege.

aa) Keine Sperrwirkung des Art. 45 Abs. 2 Satz 2 Buchst. 1) EKEK

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.

Es wäre schlicht unverständlich, dass der Kodex einem regulatorisch begleiteten Ausbau der flächendeckenden Versorgung über ein bestimmtes Netz von Straßen und sonstigen Verkehrswegen hinaus einen Riegel vorschieben wollte, obgleich der mit dem Kodex und den Umsetzungsgesetzen geschaffene Rahmen auf potentiell viele Jahre hinaus die rechtlichen Bedingungen für die Regulierung setzen will. Damit würde schon jetzt in der Regulierungspraxis erörterten Weiterentwicklungen des Versorgungsziels z.B. bis hinunter zur Kreisstraßenebene die rechtliche Grundlage entzogen, ein kaum vorstellbares Ergebnis.

Der unionalen Breitband-Ausbaustrategie und damit auch dem Kodex liegt, wie dargelegt, selbst ein Konzept stufenweisen Ausbaus der Netzabdeckung zugrunde. Erwägungsgrund Nr. 23 proklamiert eine *5G-Versorgung auf den wichtigsten Landesstraßen*, Art. 45 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a) EKEK hingegen - deutlich allgemeiner und umfassender formuliert – eine Versorgung mit hochwertigen und leistungsfähigen Breitbanddiensten [...] entlang wichtiger Verkehrswege“. In der Zusammenschau mit Erwägungsgrund Nr. 109, der die „nahtlose flächendeckende“ Versorgung mit 30 Mbit/s „auch im Freien“ fordert, kann dies nicht anders verstanden werden als im Sinne einer quantitativ – hinsichtlich der Reichweite der zu erschließenden Verkehrswege – keineswegs gedeckelten Zielvorgabe. Die Mitgliedstaaten können ihre Ausbaustrategie danach selbstredend zunächst auf die besonders wichtigen Verkehrswege konzentrieren, sind aber nicht gehindert, sodann auch darüber hinaus zu gehen und die Regulierung entsprechend auszurichten. Dafür spricht auch, dass sowohl der Unionsgesetzgeber als auch die BNetzA die Bedeutung der „nahtlosen flächendeckenden Versorgung“ gerade auch des Straßennetzes besonders betonen, weil nur so Anwendungen wie das automatisierte Fahren oder vernetzte Fahrzeuge praktisch möglich werden (vgl. auch hierzu Erwägungsgrund Nr. 109 EKEK am Ende). Die schon in der Entscheidung über die Vergaberegeln zur 5G-Auktion insoweit von der Bundesnetzagentur angestellten Überlegungen betreffend die Versorgungsaufgaben für

Landesstraßen greifen mit praktisch wohl kaum geringerer Plausibilität auch für Kreisstraßen.¹¹⁹

Rechtlich lässt sich dieses Ergebnis mit den Argumenten absichern, dass die Zielvorgaben in Art. 45 Abs. 2 EKEK ohnehin nicht abschließend sind („unter anderem“) und dass zum anderen der Ausdruck der „wichtigen nationalen Verkehrswege“ unionsrechtlich nicht definiert ist. Daher ist es möglich, 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 der 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.

bb) Unzulässigkeit unbedingter Ergebnisverpflichtungen

Mit Blick auf die vorstehend erörterten Grenzen einer definitiven Festlegung von Versorgungszielen durch den Gesetzgeber sollte die Formulierung eines (demnach möglichen) präzisierten Versorgungsziels der Erschließung auch von Kreisstraßen allerdings von *starren* Zeitzielen Abstand nehmen. 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, die sicherstellt, dass damit keine unbedingte Erfolgshaftung der BNetzA für den gesetzten Zeitpunkt gemeint ist. Es muss hinreichend zum Ausdruck gebracht werden, dass die Behörde nicht verpflichtet ist, zu einem bestimmten Zeitpunkt unter allen Umständen das programmierte Ziel durch entsprechende Versorgungsaufgaben durchzusetzen. Die Formulierung muss vielmehr so elastisch sein, dass Raum für eine Abwägungsentscheidung der BNetzA bleibt, die das Versorgungsziel im Abgleich mit dem Interesse der Wettbewerbsförderung erst auf der Ebene der Vergabebedingungen in konkrete zumutbare Versorgungsaufgaben ausmünzt. Die Versorgungsaufgaben dürfen nicht der Sache nach schon im Gesetz vorweggenommen werden.

¹¹⁹ BNetzA 2018, Rn. 332 f.: „(...) Ist eine Breitbandversorgung auch auf Landstraßen erforderlich, um möglichst weitgehend automatisiertes Fahren in der Zukunft zu ermöglichen.“

Die danach gebotene Relativierung könnte z. B. durch Zusätze wie „möglichst“ oder „nach Möglichkeit“ deutlich gemacht werden. Relativierende Wirkung hat selbstredend auch die im Kodex vorgeschlagene und im Regierungsentwurf übernommene Formulierung „vorantreiben“. Allerdings könnte dieser Ausdruck ggf. nur mehr als bloße Bemühensverpflichtung aufgefasst werden, die die angestrebte normative Steuerungswirkung wiederum zu weit abschwächt. Auf die Übernahme gerade dieser textlichen Formulierung des Versorgungsziels ist der Umsetzungsgesetzgeber nicht verpflichtet.

III. Vorgaben für die Instrumentenebene

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, das ist vorstehend erläutert worden, 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 TKG-E 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 Gestaltungsmessen 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.

Die neuen Vorgaben des Kodex räumen rechtlich eindeutiger und weitergehende Befugnisse in dieser Hinsicht ein als die frühere Genehmigungsrichtlinie.

1. Versorgungsverpflichtungen

Dies gilt zum einen für die Versorgungsverpflichtungen, vor allem aber für das Instrument von Kooperationen zwischen den Anbietern (Roaming und Infrastruktursharing). Die Befugnis, Frequenzzuteilungen mit Versorgungsaufgaben zu verknüpfen, ist nicht nur, wie schon in der Genehmigungsrichtlinie (Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang

Teil B, Nr. 1 und Nr. 7) nun in Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang I. Teil D, Nr. 1 und Nr. 7 EKEK erteilt. Sie wird auch in Art. 47 Abs. 1 EKEK zusätzlich statuiert („einschließlich des geforderten Nutzungsgrads“). Erwägungsgrund Nr. 109 führt dazu aus, dass die Mitgliedstaaten bestrebt sein sollen, „eine unionsweite Versorgung mit drahtlosen Breitbanddiensten sicherzustellen“ und dass eine solche Versorgung erreicht werden sollte, „indem die Mitgliedstaaten angemessene Versorgungsverpflichtungen auferlegen, die an das jeweilige Versorgungsgebiet angepasst [...] werden sollten.“

Weiter heißt es in dem Erwägungsgrund, dass „schlüssige und abgestimmte Maßnahmen für eine hochwertige terrestrische drahtlose Versorgung in der gesamten Union, gestützt auf die besten nationalen Verfahren für in Betreiber genehmigten auferlegte Verpflichtungen, auf die Erreichung des Ziels [...] hinwirken [sollten].“ Im Besonderen für die Frequenzzuteilung unter Durchführung eines Vergabeverfahrens unterstreicht Art. 55 Abs. 2 EKEK mit der neu eingeführten Verpflichtung, Ziele für das Auswahlverfahren zu definieren, zu denen insbesondere auch das Ziel der Verbesserung der Versorgung gehören kann, dass das Versorgungsziel ein für die Formulierung der Auswahlkriterien gem. Art. 55 Abs. 6 EKEK zulässiges Interesse ist (s. dazu schon o.).

Erwägungsgrund Nr. 229 stellt klar, dass der Auferlegung von Versorgungsverpflichtungen nicht etwa die Vorschriften des Kodex über die Verpflichtung zu Universaldienstleistungen mit Sperrwirkung entgegenstehen. Wie schon erwähnt, wird im Gegenteil die mit Frequenzzuteilungen verbundene Versorgungsverpflichtung sogar als das unionsrechtlich vorzugswürdige Instrument begriffen:

„In Gebieten, in denen der Markt keine entsprechende Versorgung hervorbringt, wird zur Förderung des angemessenen Breitbandinternetzugangs auf andere Mittel zur Erreichung der Gemeinwohlziele zurückgegriffen, die grundsätzlich kosteneffizienter und weniger wettbewerbsverzerrend scheinen als Universaldienstverpflichtungen, so zum Beispiel Finanzinstrumente (...), die Verknüpfung von Versorgungsverpflichtungen mit Funkfrequenznutzungsrechten zur Förderung des Breitbandnetzausbaus in dünner besiedelten Gebieten sowie öffentliche Investitionen im Einklang mit dem Beihilferecht der Union.“

Damit ist dem auch in der deutschen Diskussion um die Versorgungsaufgaben immer wieder aufgekommenen Einwand einer unzulässigen Umgehung der Voraussetzungen des Universaldienstregimes durch den Kodex selbst der Boden entzogen.

Hinsichtlich der Legitimation solcher mit der Genehmigung verbundenen Verpflichtungen im Kontext der Frequenzordnung außerhalb des Universaldienstregimes wird in der

jüngeren Rechtsprechung immer deutlicher, dass dafür weniger die Knappheit der Frequenzen entscheidend ist als der Umstand, dass mit dem Frequenznutzungsrecht ein bisher dem Berechtigten nicht zustehendes Eigentumsrecht, an dessen Nutzung gewichtige gesellschaftliche Interessen bestehen und das daher hochgradig sozial gebunden ist, erst übertragen wird.¹²⁰ Ginge es nur um die Knappheit, ließen sich die Versorgungsaufgaben nur im Zusammenhang mit Vergabeverfahren rechtfertigen, nicht aber der Einzelzuteilung und müsste zwischen Vergabebedingungen für ein Auswahlverfahren und Haupt- bzw. Nebenbestimmungen zu einer Einzelzuteilung streng unterschieden werden. Sowohl die Bundesnetzagentur¹²¹ als auch die Verwaltungsgerichte¹²² gehen demgegenüber davon aus, dass Versorgungsaufgaben auch bei Einzelzuteilung grundsätzlich möglich sind. Art. 45 Abs. 1 EKEK betont das besondere Gewicht der Sozialbindung der Nutzungsrechte mit der Formel von ihrem „hohen gesellschaftlichem, kulturellem und wirtschaftlichem Wert“. Daher ist, so Erwägungsgrund Nr. 107, bei ihrer Zuteilung nicht nur dem Ziel einer möglichst effizienten Frequenznutzung, sondern auch „den demokratischen, sozialen, sprachlichen und kulturellen Interessen, die mit der Nutzung von Funkfrequenzen verbunden sind“, Rechnung zu tragen.

Wird die Frequenzvergabe in transparenter Weise ex ante mit Versorgungsaufgaben verknüpft, werden damit keine grundrechtlich geschützten Vertrauenserwartungen enttäuscht. Die Befugnis zum Erlass von Frequenznutzungsbestimmungen (derzeit noch § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG) ist daher auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ein geeignetes und dem Grunde nicht zu beanstandendes „Instrument, mithilfe dessen der Bund – handelnd durch die Bundesnetzagentur – seinem auf Art. 87f Abs. 1 GG gegründeten Streben nach dem Ausbau des Mobilfunknetzes Rechnung tragen kann.“¹²³

2. Kooperationen zum Roaming oder Infrastruktursharing

Noch augenfälliger ist die Erweiterung der Befugnisse im Hinblick auf Kooperationen zwischen Telekommunikationsunternehmen, die der Kodex gegenüber Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang Teil B Nr. 7 GenehmigungsRL vorgenommen hat. In Anhang I

¹²⁰ Vgl. BVerwG, Beschl. V. 7.2.2017, 6 B 31.16, Rn. 32; *Wagner*, Nationales Roaming im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe, CR 2018, 534; *ders./Helmstädter/Nüßing*, CR 2017, 743 (749 f.).

¹²¹ BNetzA, Frequenzkompass 2020, S. 12.

¹²² VG Köln, Urt. v. 17.2.2020, 9 K 8515/18, Rn. 342 ff.; s. auch BVerwG 2012: Die Frequenzknappheit und infolgedessen erforderliche Einbindung der Frequenzzuteilung in ein Vergabe-„Trägerverfahren“ rechtfertigt nicht die Annahme eines völlig anderen planerischen Entscheidungscharakters der Zuteilung.

¹²³ *Di Fabio*, Inpflichtnahme von Telekommunikationsunternehmen zur Gewährleistung einer bundesweit flächendeckenden Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen, Rechtsgutachten im Auftrag der Vodafone GmbH, September 2019, S. 31; s. auch *Wagner*, CR 2018, 534 (541).

Teil D Nr. 8 sind neben den bisher schon möglichen Verpflichtungszusagen im Zusammenhang von Genehmigungsverfahren (Nr. 7) nun „Verpflichtungen zur Bündelung oder gemeinsame Nutzung von Funkfrequenzen oder zur Zugangsgewährung zu Funkfrequenzen für andere Nutzer in bestimmten Regionen oder auf nationaler Ebene“ als möglicher Inhalt von Bedingungen aufgenommen worden.

Der Kodex führt darüber hinaus Roaming und Infrastruktursharing nun erstmals in den Bestimmungen über die Frequenzverwaltung als möglichen Inhalt regulatorischer Maßnahmen auf. Namentlich geschieht dies, wie eingangs schon bemerkt, in Art. 47 Abs. 2, Art. 52 Abs. 2 Buchst. a) und Art. 61 Abs. 4 EKEK. Während die auf die Förderung des Wettbewerbsziels bezogene Befugnis in Art. 52 Abs. 2 EKEK die bisher schon in Art. 5 Abs. 2 des Beschlusses über die Funkfrequenzpolitik enthaltene Regelung in den Kodex übernimmt, sind die Bestimmungen des Art. 47 Abs. 2 EKEK und des Art. 61 Abs. 4 EKEK neuartig. Der Regierungsentwurf des TKG-E verzichtet, wie schon bemerkt, darauf, Art. 47 Abs. 2 EKEK in einer eigenständigen Bestimmung in das Umsetzungsgesetz zu übernehmen mit dem Argument, der Regelungsgehalt der unionsrechtlichen Vorgabe sei ohnehin schon durch andere Vorschriften umgesetzt. Art. 52 Abs. 2 EKEK ist im wesentlichen textgetreu in Art. 104 TKG-E übertragen, Art. 61 Abs. 4 EKEK in modifizierter Gestalt in Art. 105 TKG-E.

Für die EU tritt die Kooperation verschiedener Unternehmen, namentlich in Gestalt der gemeinsamen Nutzung und des gemeinsamen Ausbaus von Infrastrukturen, als Instrument zur Förderung des Netzausbaus immer mehr in den Vordergrund. So liegt die Empfehlung der Kommission vom 18.9.2020 für ein gemeinsames Instrumentarium der Union zur Senkung der Kosten des Aufbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität etc. den Mitgliedstaaten nationale Maßnahmen nahe, mit denen sie entsprechende Möglichkeiten einer gemeinsamen Nutzung schaffen.¹²⁴ Solche gemeinsamen Nutzungen oder Ausbaumaßnahmen der Unternehmen können (vor allem Frequenzen in höheren Frequenzbändern mit geringer Flächenabdeckung) die Ausbaukosten senken, so den Netzausbau beschleunigen und eine breitere Netzabdeckung fördern, was wiederum eine wirksamere und effizientere Nutzung der Funkfrequenzen zum Vorteil der Verbraucher ermöglicht. Die Kommission schließt daraus, dass „ein solches Vorgehen von den zuständigen

¹²⁴ Kommission, Empfehlung v. 18.9. 2020, C(2020) 6270 final, Nr. 4 Buchst. f).

Behörden wohlwollend geprüft werden“ solle, „insbesondere auch in Gebieten, die eine geringe wirtschaftliche Rentabilität versprechen“.¹²⁵

Da insbesondere verbindliche Kooperationen zwischen Unternehmen, wie eingangs skizziert, wegen des bei den verschiedenen Netzen unterschiedlichen, zudem aber auch in keinem Netz annähernd vollständigen Ausbaus eine zentrale Bedeutung für die lückenlose flächendeckende Versorgung aller potentiellen Nutzer haben, stellt sich die Frage ob nicht auch bei diesem Instrument eine ambitioniertere, aber selbstredend unionsrechtskonforme Umsetzung möglich wäre. Insbesondere könnte ein solches Vorhaben an der Schwachstelle der bisher verfügbaren Kooperations-Verhandlungsgebote ansetzen, die hinsichtlich des Zustandekommens von Kooperationen auf freiwillige Vereinbarungen der Unternehmen angewiesen sind, aber bisher, auch aus Unsicherheit hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit weitergehender Verpflichtungen, auf die Anordnung von Kontrahierungszwängen verzichtet haben. Gewiss stellen Art. 61 Abs. 4 EKEK und seine Umsetzung in § 105 TKG nun eine rechtlich eindeutige Befugnis zur Auferlegung von Roaming-Verpflichtungen bzw. zur Einräumung der Mitnutzung auch von aktiven Infrastrukturen bereit. Mit dieser Befugnis ist unionsrechtlich und gesetzlich die unter dem bisher geltenden Recht umstrittene¹²⁶ Frage der Zulässigkeit entsprechender Verpflichtungen entschieden.

Allerdings binden Art. 61 Abs. 4 EKEK/ § 105 TKG den behördlichen Erlass entsprechender Verpflichtungen als Frequenznutzungsbestimmung (oder Nebenbestimmung) an detailliert definierte Voraussetzungen. Zwar ist anzunehmen, dass diese Voraussetzungen in den in Deutschland nach wie vor und auch noch auf absehbare längere Zeit vorfindlichen Situationen lückenhafter Versorgung in dünn besiedelten Gebieten und entlang von Verkehrswegen, wo sich der Aufbau mehrfacher Infrastrukturen für Mobilfunknetze wirtschaftlich nicht lohnt, im Lichte des Versorgungsziels nicht selten werden bejaht werden können. Noch zusätzlich gestärkt werden könnte das regulatorische Repertoire der Regulierungsbehörde zur effektiveren Durchsetzung von Kooperationen jedoch ggf. durch die gesetzliche Ausformung weiterer Nutzungsbestimmungen unterhalb der Schwelle direkter behördlicher Roaming-Verpflichtung. Insofern rücken die erwähnten anderen unionsrechtlichen Grundlagen für Unternehmenskooperationen in den Blick.

¹²⁵ Kommission, Empfehlung v. 18.9. 2020, C(2020) 6270 final, EG Nr. 26.

¹²⁶ Bejahend z. B. *Rossi/Sandhu*, National Roaming zur Sicherung einer effizienten Frequenznutzung, MMR 2019, 90 ff.

Was zunächst Art. 52 Abs. 2 EKEK/ § 104 TKG anbetrifft, ermächtigt auch diese Vorschrift immerhin zur Auferlegung von nationalem und auch regionalem Roaming und könnte daher durchaus als weitere Grundlage für derartige Verpflichtungen in Betracht kommen. Textlich erscheint das weder von der Voraussetzungsseite noch vom Regelungsinhalt solcher Anordnungen her von vornherein ausgeschlossen. Allerdings dient diese Befugnis der Wettbewerbssicherung (etwa der Ermöglichung des Marktzutritts eines neu einsteigenden Unternehmens, das noch nicht über ausgebaute eigene Infrastrukturen verfügt). Ob diese Zielbindung und damit möglicherweise verbundene funktionale Begrenzung der Befugnis es schlechthin ausschließt, damit auch das Ziel einer verbesserten Versorgung im Interesse der Nutzer zu verfolgen, kann hier nicht weiter vertieft werden, bedarf aber auch deshalb keiner weiteren Erörterung, weil diese Befugnis auch im TKG-E der Bundesregierung ohne Abstriche übernommen worden ist. Ob und inwiefern auch darauf künftig ggf. Roaming-Verpflichtungen gestützt werden können, wird in der Anwendungspraxis auszuloten und ggf. gerichtlich zu klären sein.

Nicht ausdrücklich umgesetzt ist aber, wie dargelegt, Art. 47 Abs. 2 EKEK. Auch diese Bestimmung sieht immerhin eine eigenständige behördliche Maßnahmen-Befugnis vor.¹²⁷ Danach sehen die zuständigen Behörden zur Sicherstellung der effektiven und effizienten Frequenznutzung oder der Versorgungsverbesserung als „Möglichkeiten“ vor: a) gemeinsame Nutzung von passiven oder aktiven Infrastrukturen für die Funkfrequenznutzung oder von Funkfrequenzen, b) kommerzielle Roamingszugangvereinbarungen, c) gemeinsamer Ausbau von Infrastrukturen für die Bereitstellung von auf Funkfrequenzen gestützten elektronischen Kommunikationsnetzen oder -diensten.

Sicherlich lässt sich, zumal auch in der systematischen Zusammenschau mit Art. 61 Abs. 4 EKEK, konstatieren, dass diese Befugnis nicht einfach als weitere Ermächtigung zu direkten, behördlich angeordneten Kooperationsverpflichtungen zur Schließung regionaler oder lokaler Deckungslücken („weiße“ oder „graue“ Flecken) gelesen werden kann. Dass ihr aber überhaupt keine über die schon bisher von der BNetzA in Anspruch genommenen, auf § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 in Verbindung mit § 60 Abs. 2 TKG gestützten Verhandlungsgebote hinausgehenden Anordnungsinhalte entnommen werden könnten,

¹²⁷ *Kiparski*, Der Europäische Telekommunikations-Kodex – Ein neuer Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation, CR 2019, 179 (182: „Damit wird die BNetzA mehr Möglichkeiten für Auflagen in Zuteilungsbescheiden haben, als sie aktuell hat. Insbesondere wird hier durch eine Möglichkeit geschaffen, nationales Roaming aufzuerlegen.“); zurückhaltender *Neumann*, N&R 2019, 152 (159 Fn. 130: „Diese Regelung wird im Schrifttum im Sinne der Schaffung einer Befugnis zur Vorgabe diesbezüglicher Verpflichtungen verstanden [...]“).

erscheint keineswegs sicher. Zwar gibt die Bestimmung, jedenfalls für das Roaming, mit der Formulierung „kommerzielle Roamingzugangvereinbarungen“ einen deutlichen textlichen Hinweis darauf, dass mit dieser „Möglichkeit“ anders als bei Art. 52 Abs.2 EKEK/ § 104 TKG keine einseitige behördliche Verpflichtung, sondern nur Verträge zwischen den Unternehmen gemeint sind.¹²⁸ Indem Art. 47 Abs. 2 EKEK auch derartige Vereinbarungen zum Gegenstand einer behördlichen Maßnahme („Möglichkeit vorsehen“) im Zusammenhang von Bedingungen für Funkfrequenznutzungsrechte macht, stellt die Bestimmung aber immerhin klar, dass auf den Abschluss solcher Vereinbarung gerichtete behördliche Nutzungsbestimmungen rechtlich zulässig sind. Schon aus diesem Grunde könnte die ausdrückliche Übernahme der Regelung in das TKG (insbesondere in § 98) für Rechtsklarheit sorgen, weil in der Vergangenheit bekanntlich auch schon die Rechtmäßigkeit der Verhandlungsgebote (etwa mit dem Argument mangelnder Bestimmtheit¹²⁹), nicht nur definitiv auferlegter Roaming-Verpflichtungen bestritten worden ist.¹³⁰

Darüber hinaus kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Befugnis in Art. 47 Abs. 2 EKEK durchaus eine Grundlage bietet, Vereinbarungen zwischen Unternehmen hinsichtlich eines Roaming oder eines Infrastruktursharing¹³¹ nicht nur im Sinne einer ergebnisoffenen Aufforderung zu Verhandlungen auf den Weg zu bringen, sondern ein solches Verhandlungsgebot mit einem höheren Verbindlichkeitsgrad als bisher auszustatten. Insbesondere die derzeit in ihrer Befugnisreichweite wenig klare von der BNetzA ein Anspruch genommene „Schiedsrichter“-Rolle¹³² ließe sich auf der Grundlage einer ausdrücklichen Befugnis, die auf den Abschluss von Roaming-Vereinbarungen gerichtet ist, deutlicher konturieren. Solange für derartige „Schiedsrichter“-Befugnisse keine gesetzliche Grundlage besteht, bleiben die Möglichkeiten der Behörde, auf einen erfolgreichen Abschluss der Vereinbarungen zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen zu drängen, schwach oder doch zumindest rechtlich unklar. Dass der Kodex mit der ausdrücklichen Normierung von Art. 47 Abs. 2 EKEK mehr als nur schlechthin

¹²⁸ Wagner, CR 2018, 534 (537).

¹²⁹ Rossi/Sandhu, MMR 2019, 90 (92); a. A. VG Köln, Urt. v. 17.2.2020, 9 K 8515/18, Rn. 402 ff. (juris).

¹³⁰ Für § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG als hinreichende Ermächtigungsgrundlage demgegenüber VG Köln, Urt. v. 17.2.2020, 9 K 8515/18, Rn. 332 ff. (juris).

¹³¹ Insoweit spricht Art. 47 Abs. 2 EKEK auch – anders als beim Roaming – keineswegs von „Vereinbarungen“.

¹³² Eingehend dazu VG Köln, Urt. v. 17.2.2020, 9 K 8515/18, Rn. 371 ff. (juris).

unverbindliche Erwartungen der zuständigen Behörde an das Zustandekommen von Vereinbarungen verbunden hat, ist zumindest nicht unplausibel.

Ein solches Verständnis der Befugnis als qualifiziertes Verhandlungsgebot ließe sich wohl auch systematisch durchaus mit dem an engere Voraussetzungen geknüpften Instrument einseitiger behördlicher Roaming-Verpflichtung in Art. 61 Abs. 4 EKEK¹³³ in Einklang bringen. So steht etwa auch die Verhandlungspflicht des § 16 TKG neben den behördlichen Zugangsverpflichtungen gemäß §§ 18, 21 TKG (und der an letztere Verpflichtung gekoppelten qualifizierten Vereinbarungspflicht des § 22 TKG) und ist zwar nicht abschließend geklärt, aber jedenfalls sehr gut vertretbar, dass auch schon die Pflicht des § 16 TKG behördlich gemäß § 126 TKG durchgesetzt werden kann.¹³⁴

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,¹³⁵ lässt sich hier nicht abschließend beurteilen. Erwägungsgrund Nr. 124 gibt insoweit keine klaren Aufschlüsse, wohl aber zu erkennen, dass die „gemeinsame Nutzung oder Koordinierung zwischen Unternehmen“ ein unionsrechtlich favorisiertes Mittel ist, „eine wirksame und effiziente Funkfrequenznutzung oder Einhaltung der Versorgungsverpflichtungen sicherzustellen, [...] und den raschen Netzausbau [zu] sichern, Insbesondere in dünn besiedelten Gebieten“.

Auch ohne unmittelbare Kontrahierungsverpflichtung, der möglicherweise das Argument einer systematischen Unverträglichkeit mit den Voraussetzungen und Befugnissen gemäß Art. 61 Abs. 4 EKEK/ § 105 TKG-E entgegengehalten werden könnte, ließen sich aus dieser Kombination von Versorgungsverpflichtungen und Kooperationsvereinbarungen (zum Roaming oder Sharing) Inhalte einer möglichen Frequenznutzungsbestimmung entwickeln, die als solche gesetzlich auch substantieller als im derzeitigen TKG-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:

¹³³ Dazu *Kühling*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 13.2.2019, Ausschussdrucksache 19(15)181-B, S. 7 ff.

¹³⁴ Vgl. *Scherer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. Aufl. 2015, § 16 Rn. 10.; a. A. *Hölscher*, in: *Scheurle/Mayen*, TKG, 3. Aufl. 2018, § 16 Rn. 44.

¹³⁵ Für die Zulässigkeit einer Zugangsverpflichtung als Nebenbestimmung schon nach geltendem Recht *Schütz/Schreiber*, MMR 2019, 19 (23 f.).

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.¹³⁶ Die Verhandlungsgebote hinsichtlich Roaming oder gemeinsamer Infrastrukturnutzung standen mithin schon bei der letzten Vergabe in funktionalem Zusammenhang mit den Versorgungsaufgaben und der hierfür vorgesehenen Anrechnungsmöglichkeit. Es fällt nicht schwer, eine Wirksamkeitsschwäche dieser Gestaltung darin zu sehen, 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.

Dies legt es nahe, die Anrechnungsmöglichkeit in Zukunft verbindlicher mit dem Zustandekommen von Kooperationsvereinbarungen zu verknüpfen. Hier ist nicht der Ort, die rechtlichen Möglichkeiten einer solchen Gestaltung des Näheren zu erörtern; gewiss wären hier Probleme zu überwinden, die sich aus den unterschiedlichen Interessen der Unternehmen im Hinblick auf das Zustandekommen solcher Vereinbarungen als Bedingung für den Gewinn der Anrechnungsmöglichkeit ergeben. Jedenfalls aber könnte eine Übertragung der Ermächtigung des Art. 47 Abs. 2 EKEK in das deutsche TKG 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

¹³⁶ BNetzA, BK1 – 17/001, Rn. 241, 248, 317, 338, 576,

Versorgungsaufgaben zu erweitern und auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen. Hingegen lässt der Verzicht des vorliegenden TKG-E auf die Umsetzung und überhaupt der Ansatz, den möglichen Inhalt von Frequenznutzungsbestimmungen hinsichtlich der Versorgungsverpflichtungen und damit verknüpfter Kooperationen der Unternehmen nicht gesetzlich näher zu thematisieren, es vielmehr insoweit bei der wortkargen alten Fassung zu belassen (§ 98 Abs. 1 und 2, § 99 Abs. 4 Nr. 4 TKG-E), diese unionsrechtlich insbesondere durch Art. 47 Abs. 2 EKEK eröffnete Möglichkeit ungenutzt.

3. Verhältnismäßigkeit

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 Frequenznutzung Bestimmungen, insbesondere Versorgungsaufgaben, maßgeblich ist, einzubeziehen. Ausgangspunkt dafür ist die unzweifelhafte unionsrechtliche Anforderung, dass Versorgungsverpflichtungen verhältnismäßig (zumutbar) sein müssen; sie sind, wie Erwägungsgrund Nr. 109 ausdrücklich formuliert, auf „verhältnismäßige Belastungen“ zu beschränken.

Die Regulierungspraxis hat daraus – und aus grundrechtlichen Schranken der wirtschaftlichen Belastung der Unternehmenstätigkeit – überzeugend hergeleitet, dass die Kosten der Verpflichtung jedenfalls nicht höher sein dürfen als der wirtschaftliche Wert der Frequenzen.¹³⁷ Jedenfalls an dieser Schwelle endet auch die eigentumsverfassungsrechtlich zulässige Sozialbindung der Frequenznutzungsrechte (Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG). Spielt mithin die mit Ausbauverpflichtungen gerade an wirtschaftlich nicht rentablen Orten verbundene Kostenlast eine entscheidende Rolle für die Beurteilung der Zumutbarkeit dieser Verpflichtungen, so können nicht nur Kooperationen zwischen Unternehmen (insbesondere Sharing) kostensenkend wirken und damit Investitionsanreize setzen. Vielmehr können auch öffentliche Investitionen, die den Ausbau unterstützen, zur Senkung der Kostenlast beitragen, indem die Unternehmen im Umfang dieser Investition und damit dieses Finanzierungsbeitrags von eigenen Investitionen entlastet werden.

¹³⁷ BNetzA, BK1 – 17/001, Rn.229, 258, 262; VG Köln, Urt. v. 17.2.2020, 9 K 8515/18, Rn. 225 ff.

Bisher stehen die telekommunikationsrechtliche Regulierung des eigenwirtschaftlichen Netzausbaus und die Instrumente öffentlicher Infrastrukturförderung rechtlich weitgehend unverbunden nebeneinander.¹³⁸ Das gilt auch für die unionsrechtlichen Maßstäbe für die Zulässigkeit einerseits der Regulierung, andererseits mitgliedstaatlicher Beihilfen. Öffentliche Förderung und regulatorisch begleiteter eigenwirtschaftlicher Ausbau sind nicht miteinander verzahnt, schließen einander sogar grundsätzlich aus: Die öffentliche Förderung kommt nicht in Betracht, soweit ein eigenwirtschaftlicher Ausbau vorgenommen wird; Versorgungsverpflichtungen, die einen solchen Ausbau einfordern, können daher dazu führen, dass eine öffentliche Förderung unmöglich wird.¹³⁹ In der Perspektive des Regulierungsziels flächendeckender Netz-Versorgung bedeutet diese fehlende Einbindung öffentlicher Förderungen in das Telekommunikationsrecht eine Verengung der regulatorischen Möglichkeiten, gerade unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit von Versorgungsaufgaben. 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.

Natürlich setzt dies auch entsprechende (ggf. künftig zu ändernde) beihilfe- und haushaltsrechtliche Flankierungen voraus, die hier nicht zu thematisieren sind. Und es ist auch unzweifelhaft, dass das geltende Telekommunikationsrecht auch auf der Grundlage des Kodex nicht selbst die rechtlichen Rahmenbedingungen für die öffentliche Förderung

¹³⁸ Vgl. *Cornils*, Sicherstellung der technischen Infrastruktur durch Staat und Markt, Der Landkreis 2019, 246 (248 ff.).

¹³⁹ S. hier nur Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (2013/C 25/01), ABl. C Nr. 25 v. 26.1.2013, S. 1, Rz. 61 ff.; *Fetzer*, Verwendung von Frequenzauktion Erlösen zur Förderung des Breitbandausbaus?, MMR 2015, 369 372 f.); s. auch die BNetzA in der 4G-Vergabeentscheidung 2015, BK1 – 11/003, Rn. 678: „Soweit vorgetragen wird, eine Versorgungsverpflichtung stünde auch der Breitbandförderung entgegen, da so versorgte Gebiete nicht zusätzlich gefördert werden könnten, weist die Kammer darauf hin, dass beihilferechtlichen Maßnahmen nicht Gegenstand dieser Entscheidung sind. Die Bundesnetzagentur trifft zuständigkeitshalber keine Entscheidungen über Beihilfen.“

des Netzausbaus bereitstellt.¹⁴⁰ Dies bedeutet aber nicht, dass das Telekommunikationsrecht, etwa im Kontext der Frequenzregulierung, öffentliche Infrastrukturförderungen nicht als für die Zumutbarkeit regulatorischer Auflagen ggf. bedeutsamen Umstand wahrnehmen und verarbeiten kann. Die schon erwähnte Empfehlung der Kommission vom 18.9.2020 hat diesen Gedanken explizit formuliert und daraus eine der empfohlenen „Nationalen Maßnahmen zur Gewährleistung eines raschen und investitionsfreundlichen Zugangs zu 5G-Funkfrequenzen“ abgeleitet: Danach sollen die Mitgliedstaaten „finanzielle[r] Anreize mit Verpflichtungen oder förmlichen Zusagen zur Beschleunigung oder Ausweitung einer hochwertigen drahtlose Netzversorgung“ verknüpfen.¹⁴¹ Gemeint ist damit, dass die Frequenzgenehmigungsverfahren mit Blick auf die „große Bedeutung einer sicheren und störfesten 5G-Infrastruktur für die Erholung und das Wachstum der Wirtschaft [...] gegebenenfalls Infrastrukturinvestitionen begünstigen und dazu die finanzielle Belastung der Frequenznutzer, insbesondere der Netzbetreiber, unter Einhaltung der Vorschriften über staatliche Beihilfen verringern“ sollen.¹⁴² Auch insoweit böte sich also mit der Umsetzung des Kodex im neuen TKG die Möglichkeit, der Kommissionsempfehlung zu entsprechen und also den Gedanken einer „Anrechnung“ von für den Netzausbau nutzbaren öffentlichen Investitionsbeiträgen auf die mit Versorgungsverpflichtungen verbundene Kostenlast der Unternehmen im Gesetz zu verankern.

Insgesamt ist festzuhalten, dass sich also 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 Genehmigung-bzw. Vergabebedingungen durchaus Vorschriften aufnehmen, die solchen Nutzungsbestimmungen einen klareren Rückhalt im Gesetz geben würden.

¹⁴⁰ Gärditz, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 34: „Subventionsrechtliche Instrumente hat die BNetzA nicht zur Hand [...]“

¹⁴¹ Kommission, Empfehlung v. 18.9. 2020, C(2020) 6270 final, Nr. 4 Buchst.e).

¹⁴² Kommission, Empfehlung v. 18.9. 2020, C(2020) 6270 final, EG Nr. 24.

E. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Spielräume

Der unionsrechtliche Rahmen des Telekommunikationsrechts umreißt, belässt damit aber auch mitgliedstaatliche Spielräume der Zielkonkretisierung, der Wahl und Festlegung regulatorischer Instrumente und der Bestimmung zuständiger Stellen und Behörden für die Frequenzregulierung. Dies ist im vorausgehenden Abschnitt eingehend dargelegt worden. Innerhalb der so eröffneten Spielräume können mitgliedstaatliche verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Anwendung kommen und zusätzliche Bindungen entfalten. Dies gilt für die Grundrechte des Grundgesetzes, insbesondere aber auch für den besonderen Infrastrukturgewährleistungsauftrag des Art. 87f Abs. 1 GG in seinem Zusammenspiel mit dem Wettbewerbsprinzip des Art. 87f Abs. 2 GG (dazu I.). Diese Bindungen – aus Art. 87f GG und den Wirtschaftsgrundrechten der von regulatorischen Maßnahmen betroffenen Unternehmen – werden hier im Verhältnis zu den unionsrechtlichen Vorgaben nachrangig und auch mit geringerer Tiefenschärfe behandelt, erstens weil sie wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nur Anwendung beanspruchen können, soweit sie den unionsrechtlichen Vorgaben nicht zuwiderlaufen, zweitens weil sich aus deutschem Verfassungsrecht jedenfalls keine durchgreifenden Einwände gegen die hier erörterten weitergehenden gesetzlichen Impulse für eine stärker auf das Ziel flächendeckender Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen gerichtete Regulierungspraxis herleiten lassen. Gut vertretbar ist vielmehr, dass sich eine flächendeckende 4G-Versorgung auf dem heutigen Stand technologischer Entwicklung und gesellschaftlicher Bedürfnisse sogar schon als verbindlicher Verfassungsauftrag aus Art. 87f Abs. 1 GG (Universaldienst im gesetzlich aktualisierten Sinn) begründen lässt (II. 2.). Weniger weitgehend wäre ein Verständnis der Vorschrift, demzufolge diese neben der Ergebnisgarantie für den klassischen Universaldienst immerhin einen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsgrund für darüber hinaus gehende Versorgungszielfestlegungen des Regulierungsrechts bereitstellt (II. 3.). Soweit ersichtlich nicht bestritten ist jedenfalls, dass Art. 87f Abs. 1 und 2 GG keine Sperrwirkung gegenüber gesetzlichen Versorgungszielfestlegungen entfalten, die über den Grundversorgungsstandard der Infrastrukturgewährleistung hinausgehen. Werden zur Durchsetzung solcher ambitionierteren Versorgungsziele regulatorische Verpflichtungen gegenüber den Telekommunikations-Unternehmen ausgesprochen, müssen diese mit deren Grundrechten (Art. 12, Art. 14 GG) vereinbar, also insbesondere verhältnismäßig sein (II. 4.).

I. Art. 87f GG: Wettbewerbliche Leistungserbringung unter Garantievorbehalt

Systematisch bemerkenswert an der Spitze der vier Normaussagen des Art. 87f GG steht in Abs. 1 die mit dem Regelungsauftrag an den Gesetzgeber verbundene Gewährleistung hinsichtlich flächendeckender, angemessener und ausreichender Telekommunikationsdienstleistungen.¹⁴³ Mit der systematischen Vorrangstellung des Versorgungsziels und der darauf bezogenen staatlichen Gewährleistung ist zwar noch keine relative Geringbewertung des Wettbewerbsprinzips und des Gebotes privatwirtschaftlicher Leistungserbringung (beide statuiert in Abs. 2) zum Ausdruck gebracht:¹⁴⁴ Auch das Gebot der Privatwirtschaftlichkeit greift – wie die Versorgungsgarantie in Abs. 1 – unbedingt und ohne Relativierung; eine verwaltungsmäßige Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen ist schlechthin ausgeschlossen (keineswegs allerdings eine marktkonforme Leistungserbringung durch öffentliche Unternehmen).¹⁴⁵ Und das in Art. 87f Abs. 2 GG implizit statuierte Wettbewerbsprinzip¹⁴⁶ wird vom Grundgesetz im Ausgangspunkt nicht als Gegenspieler der Versorgungsgarantie begriffen, sondern als deren Bedingung und Treiber: Das garantierte Mindestangebot und darüber hinaus Dienstleistungen auf einem höheren Niveau sollen der konzeptionellen Grundidee der Infrastruktur-Privatisierung und des Gewährleistungsstaates zufolge gerade durch wettbewerbliche Unternehmenstätigkeit in funktionierenden Märkten erbracht werden.¹⁴⁷ Art. 87f Abs. 1 und 2 GG sind zusammen Ausdruck des Konzepts des Gewährleistungsstaates und mithin eng aufeinander bezogen.¹⁴⁸

Allerdings lassen die systematische Vorrangstellung in Art. 87f GG und die historische Prägung der Infrastruktur-Gewährleistung als funktionelle Nachfolger früherer staatlicher Daseinsvorsorge-Leistungspflichten, ihre sozialstaatliche Verankerung und schließlich auch ihr unbedingt formulierter Wortlaut („gewährleistet der Bund flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“) keinen Zweifel, dass sie eine definitive Verpflichtung im Sinne einer Ergebnisgarantie errichtet, nicht nur ein auf Abwägung

¹⁴³ Näher dazu *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, Einl A Rn. 15 ff.

¹⁴⁴ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 13; stärker die dienende Funktion des Wettbewerbs für die Versorgungsziele betonend („Zweck-Mittel-Pyramide“) *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. § 2 Rn. 5.

¹⁴⁵ Näher *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, Einl A Rn. 18 ff.; vgl. ferner BVerwG, Urteil vom 21.9.2018-6/C 50/16, Rn. 15 ff. – Vectoring; *Cornils*, Staatliche Infrastrukturverantwortung und kontingente Markt Voraussetzungen, AÖR 131 (2006), 378 (405 ff.); ders., der Landkreis 2019, 246 (249 f.).

¹⁴⁶ *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 87 f, Rn. 7 ff.; *Mörtl*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f, Rn. 36.

¹⁴⁷ S. nur *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 15.

¹⁴⁸ *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f Rn. 65 (Stand: Okt. 2015).

angelegtes Optimierungsgebot oder gar eine unverbindlich-programmatische Zielvorgabe.¹⁴⁹ Die Rechtsordnung hat die früher hoheitlich erbrachten Infrastruktur-Versorgungsleistungen nur unter der Bedingung und mit dem Vorbehalt in den Markt entlassen, dass die Überall-Zugänglichkeit dieser Leistungen zu einem erschwinglichen Preis gewährleistet bleibt.¹⁵⁰ Die verfassungsrechtliche Versorgungsgarantie erreicht hier – im Einklang mit der unionsrechtlichen Universaldienstverpflichtung – einen für verfassungsrechtliche Staatsziele ungewöhnlichen Verdichtungsgrad normativer Verbindlichkeit.¹⁵¹ Diese setzt sich, im von der Verfassung nicht als Regelsituation erwarteten, aber auch nicht ausgeschlossenen Konfliktfall auch gegenüber dem Wettbewerbsprinzip durch,¹⁵² legitimiert dann nicht nur, sondern gebietet Maßnahmen regulatorischen Eingreifens oder notfalls eigenwirtschaftlicher Tätigkeit des Staates auch unter Hintanstellung wettbewerblicher Maximen, soweit dies zur Erfüllung der Garantie erforderlich ist.

Die Erinnerung an diese verfassungsrechtlichen Grundsätze zum Verhältnis von Art. 87f Abs. 1 und 2 GG ist auch für die hier erörterte Frage wichtig: Das Grundgesetz stellt danach keine normative Grundlage für Argumentationen bereit, 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.

II. Verständnis und Inhalt des Gewährleistungsauftrags (Art. 87f Abs. 1 GG)

Gerade weil dies so ist, das Wettbewerbsprinzip mithin nur unter dem Vorbehalt der Versorgungsgarantie gilt und nicht umgekehrt, kommt es umso mehr auf den Inhalt der Versorgungsgarantie in Art. 87f Abs. 1 GG an. In dieser Frage nach der gegenständlichen Reichweite sowie dem quantitativ-qualitativen Standard der Gewährleistung herrscht, soweit ersichtlich, im Grundsätzlichen überwiegend Übereinstimmung.

¹⁴⁹ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 16.

¹⁵⁰ BVerfGE 108, 370, Rn. 94-96 (juris) – Postexklusivlizenz.

¹⁵¹ *Cornils*, AöR 131 (2006), 378 (382).

¹⁵² Sehr deutlich BVerfGE 108, 370, Rn. 95.

1. Konsentierete Grundsätze: Garantierte dynamische Grundversorgung nach Maßgabe gesetzlicher Konkretisierung

Dies gilt namentlich für das Verständnis als Grund- oder Mindestversorgung¹⁵³ mit Telekommunikationsdiensten einschließlich der Netzdienstleistungen¹⁵⁴ und die damit in der Regel verbundene Parallelisierung dem unionsrechtlichen Universaldienstbegriff.¹⁵⁵ Art. 87f Abs. 1 GG gewährleistet keine bestmögliche Versorgung auf dem neuesten Stand technologischer Innovation und grundsätzlicher Verfügbarkeit am Markt, sondern eine Basisversorgung, die eine Teilhabe Aller am Kommunikationsverkehr entsprechend dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungsstand und einem daraus sich ergebenden überwiegend verbreiteten Bedarf der Bevölkerung ermöglicht. Eindeutig ist allerdings, dass mit der Gewährleistung „flächendeckender“ Versorgung tatsächlich eine jeden potentiellen Nutzer erreichende Versorgung im geografischen Gesamttraum der Bundesrepublik Deutschland gemeint ist, also auch in dünn besiedelten Gebieten und strukturschwachen Regionen, und zwar auf einem annähernd gleichen Niveau („Flächengleichheit“).¹⁵⁶

Die Bestimmung dieses verfassungsrechtlich jedenfalls garantierten Versorgungsumfanges im Genaueren bereitet freilich Schwierigkeiten. Anerkannt ist, dass die Orientierung des obligatorischen Standards einerseits am tatsächlichen Verbreitungsgrad, andererseits an der darüber möglicherweise hinausgehenden Nachfrage¹⁵⁷ zu einem dynamischen Universaldienstbegriff führt, der sich in Parallelität zu dem Fortschritt des tatsächlichen Versorgungsniveaus der Bevölkerung und der Unternehmen sowie wachsender Bedarfe weiterentwickelt.¹⁵⁸ Maßstab ist die Angewiesenheit des durchschnittlichen Nutzers auf die Bereitstellung entsprechender Dienstleistungen zur Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit.¹⁵⁹ 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

¹⁵³ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 12/7269, S. 5; *Freund*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, 2002, S. 65; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 87f Rn. 18; *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 12.

¹⁵⁴ Annähernd allg. Meinung, dazu *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 87 f. Rn. 16.

¹⁵⁵ *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f Rn. 60 (Stand: Okt. 2015); *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 8.

¹⁵⁶ *Scheurle/Kaienburg*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 67.

¹⁵⁷ Zu diesen Bestimmungsfaktoren *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 19.

¹⁵⁸ *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 19 („Entwicklungsgarantie“); *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 78 Rn. 19.

¹⁵⁹ *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 196 f.; *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 33.

der Universaldienstbegriff neuer Bewertung und Fassung in überschaubaren zeitlichen Abständen.¹⁶⁰ Der Angebots- und Bedarfsfortschritt muss sich in einem „mitwachsenden“ Verständnis der Prädikate einer „ausreichenden“ – qualitatives Merkmal – und „angemessenen“ – quantitatives Merkmal – Versorgung niederschlagen.¹⁶¹

Verweist der dynamische Universaldienstbegriff zwar mit der Verfügbarkeit und dem Bedarf auf empirische Parameter, so kann er doch nicht nur auf eine technische Ableitung aus den Realbefunden reduziert werden. Vielmehr ist er – das bringen die Prädikate „ausreichend“ und „angemessen“ schon sprachlich zum Ausdruck – auch Ausdruck einer Bewertung, die das Verhältnis der Bestimmungsfaktoren (schon bestehende) Verfügbarkeit und (ggf. darüber hinaus gehender) Bedarf normativ entscheiden und darüber hinaus auch die Realisierbarkeit eines gesetzten Standards im Hinblick auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten und die regulatorischen Möglichkeiten mit in Betracht zu nehmen hat.

Einigkeit besteht daher darüber, dass dem Gesetzgeber kraft des Regelungsauftrags in Art. 87f Abs. 1 GG („nach Maßgabe eines Bundesgesetzes“) ein weitgehender Gestaltungsspielraum für die Festlegung des zeit- und entwicklungsbedingt jeweils geltenden Universaldienststandards zukommt.¹⁶² Ob dieser Spielraum im Sinne einer Einschätzungs- und Konkretisierungsprärogative hinsichtlich des verfassungsrechtlich unscharfen Garantieinhalts zu verstehen oder als ein Mandat zu einer „gewissen Überschreitung“ einer (dann offenbar verfassungsrechtlich als definitiv vorgestellten) „Untergrenze“ bis zu einer den Spielraum von der anderen Seite her limitierenden „Obergrenze“ zu begreifen ist,¹⁶³ muss hier nicht weiter erörtert werden.

Jedenfalls ist der Gesetzgeber befugt und beauftragt, innerhalb eines durch Art. 87f Abs. 1 GG abgesteckten Beurteilungs-Korridors den Universaldienst zu bestimmen, und zwar nicht nur in dessen einfachrechtlicher Bedeutung, sondern auch im Sinne der verfassungsrechtlichen Ergebnisgarantie. Letztere Einsicht ist wesentlich, auch mit Blick auf das Verhältnis zu den anwendungsvorrangigen unionsrechtlichen Vorgaben:

¹⁶⁰ *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 19.

¹⁶¹ S. dazu *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 13.

¹⁶² *Freund*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, 2002, S. 64 f.; *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f Rn. 88 (Stand: Okt. 2015); *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 19.

¹⁶³ Für letztere Deutung *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 19; für die Unter- und Obergrenzenvorstellung auch *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 87 f. Rn. 33 f.

Der verfassungsrechtliche Gewährleistungsinhalt weist zwar nach überkommener Lesart eine weitgehende Übereinstimmung mit dem unionsrechtlich geprägten Universaldienstbegriff auf, so wie er dem telekommunikationsrechtlichen Sicherstellungsmechanismus (einschließlich behördlicher Verpflichtungsanordnung und finanziellem Ausgleichsanspruch) zugrunde liegt (§§ 78 ff. TKG). Aber 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 diesen Leistungsinhalt des einfachrechtlichen Universaldienstes mit seinem spezifischen Sicherstellungsregime beschränkt.¹⁶⁴ Das überkommene einfachrechtliche Universaldienstkonzept kann den Gesetzgeber nicht darauf festlegen, den verfassungsrechtlichen Regelungsauftrag hinsichtlich der Garantiebestimmung nur und ausschließlich in seinem Rahmen und mit seinen Instrumenten nachzukommen. Der einfachrechtliche Universaldienst ist gewiss auch Teil der gesetzgeberischen Konkretisierung der Versorgungsgarantie des Art. 87f Abs. 1 GG, aber er muss von Verfassung wegen nicht deren einziger Teil sein; in diesem Sinne ergibt sich aus der Entscheidung für einen bestimmten, auf bestimmte garantierte Versorgungsangebote bezogenen Sicherstellungsmechanismus nicht eine Pfadabhängigkeit der gesetzgeberischen Wahrnehmung des Regelungsauftrags, die den verfassungsrechtlich eröffneten Spielraum auch hinsichtlich sämtlicher anderen Garantieinhalte auf diesen Mechanismus verweist.

Dies hat gerade für die Mobilfunkversorgung, die traditionell und auch heute noch jedenfalls hinsichtlich der Verfügbarkeit des Mobilfunks nicht zum unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Universaldienstregime gehört, Bedeutung: Wäre die Konkretisierungsbefugnis des Gewährleistungsgesetzgebers aus Art. 87f Abs. 1 GG auf den Universaldienst im einfachrechtlichen Sinne beschränkt, unterläge sie damit zugleich den unionsrechtlichen Begrenzungen dieses Begriffs. Eine Bereitstellungspflicht von Mobilfunk könnte daher auch für die Gegenwart und Zukunft nicht vom Gesetzgeber als Garantieinhalt der verfassungsrechtlichen Infrastrukturgewährleistung verstanden und definiert werden, auch und wenn die verfassungsrechtlichen Kriterien ausreichender und angemessener Dienstleistungen inzwischen an sich eine derartige Erweiterung nahelegen oder jedenfalls legitimieren sollten.¹⁶⁵ Eine solche Sichtweise, die die verfassungsrechtliche

¹⁶⁴ Cornils, AöR 131 (2006), 378 (384 Fn. 23); Di Fabio, Inpflichtnahme von Telekommunikationsunternehmen zur Gewährleistung einer bundesweit flächendeckenden Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen, Rechtsgutachten im Auftrag der Vodafone GmbH, September 2019, S. 13.

¹⁶⁵ Art. 84 Abs. 2 EKEK berechtigt die Mitgliedstaaten wohl nur zu auf die Sicherstellung der *Erschwinglichkeit* von Mobilfunkdienstleistungen bezogenen Universaldienstverpflichtungen, nicht zur

Versorgungsgarantie letztlich an den unionsrechtlichen Universaldienstbegriff fesselte, müsste umso eher irritieren, als das Unionsrecht – heute der Kodex – wie gezeigt gerade keine Beschränkung möglicher Versorgungspflichten auf den Universaldienst im engen Sinn (Art. 84 ff. EKEK) kennt, vielmehr gerade für die Mobilfunkversorgung Versorgungsziele und zu ihrer Erfüllung Möglichkeiten der Auferlegung von Versorgungsverpflichtungen ausdrücklich auch außerhalb des Universaldienstes vorsieht.

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

2. Verfügbarkeit funktionaler Mobilfunknetze als gewährleistete Grundversorgung

Damit stellt sich also die Frage, ob eine flächendeckende 4G-Versorgung einschließlich der bisher „weißen Flecken“ und nicht erschlossenen Verkehrswege heute vom TK-Gesetzgeber in Erfüllung seines Regelungsauftrags als Inhalt der jedenfalls zu erfüllenden verfassungsrechtlichen Versorgungsgarantie definiert werden kann. Diese Frage, die also dahin geht, ob die Konkretisierungsprärogative des Gesetzgebers soweit reicht, auch diesen Standard flächendeckender Mobilfunkversorgung mit funktionaler Datenübertragung als Inhalt der Ergebnisgarantie zu fassen, bedarf etwas eingehenderer Erörterung.

a) Das Gegenargument des qualitativen Sprungs in der Entwicklung des Universaldienstbegriffs

Dagegen könnte angeführt werden, dass ein derartiges Verständnis weit über den bisherigen, nur auf die Festnetzanschlüsse und hier nur auf bescheidene Übertragungsraten im niedrigsten Breitband-Bereich begrenzten Universaldienstumfang hinausgehen würde.¹⁶⁶

Jedoch müssen die letzten gesetzgeberischen Bewertungen zum Universaldienstinhalt im Zuge der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes 2012, die diesen Standard

Einbeziehung des Mobilfunks auch in den Universaldienst als Verfügbarkeitsgarantie, undifferenzierter Kiparski, CR 2019, 179 (183).

¹⁶⁶ S. zum Stand des Universaldienstes 2012 eingehend Cornils, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 78 Rn. 36 ff.

zugrunde gelegt haben, längst durch die inzwischen stattgefundene hochdynamische Steigerung der verbreitet verfügbaren Anschlussqualitäten sowie des Bedarfs an höherwertigen Übertragungsleistungen als überholt gelten. Dies gilt für die standortgebundenen Anschlüsse (Festnetz), ist aber auch für den Mobilfunk, der eine immer größere Bedeutung, nicht nur in der Substitution des Festnetzes, sondern auch mit den spezifisch (nur) ihm eigenen Leistungsmerkmalen gewinnt (insb.: mobile Datennutzung auf den Verkehrswegen), zumindest plausibel. Dass sich die verbreitet als elementar verstandenen Kommunikationszugänge im privaten und wirtschaftlichen Bereich, die durch die Versorgungsgarantie abgesichert sind, noch heute nur auf die standortgebundenen Anschlüsse beziehen sollen, erscheint demgegenüber kaum noch überzeugend.

Die seit vielen Jahren festgelegten Versorgungsziele der Frequenzpolitik und der Frequenzregulierung führen vor Augen, dass auch eine flächendeckende Mobilfunkversorgung selbstverständlich zu den zentralen Anforderungen einer modernen Kommunikationsgesellschaft gehört und schwerlich nur als „freiwillige Leistung“ der Regulierung, die verfassungsrechtlich keine Grundlage hätte, begriffen werden kann. Was den Gegenstand – datenübertragungsfähiger Mobilfunk – anbetrifft, lässt sich daher, ohne dass dies hier im Einzelnen empirisch untermauert werden könnte und müsste, eine gesetzgeberische Einbeziehung in den dynamischen Garantiestandard des Art. 87f Abs. 1 GG gewiss gut vertreten.

Man könnte auf der Linie dieser Argumente sogar darüber nachdenken, ob diese Einbeziehung nicht mehr im gesetzgeberischen Ermessenspielraum liegt, sondern einer verfassungsrechtlichen Pflicht entspricht, so dass die Nicht-Aufnahme der 4G-Versorgung in den Garantie-Umfang eine verfassungswidrige Unterschreitung der durch Art. 87f Abs. 1 GG auch dem Gesetzgeber gezogenen „Untergrenze“ bedeuten würde. Dieser Gedanke scheint aber doch vor allem mit Blick auf das bisher überwiegend vertretene, recht restriktive Verständnis des Universaldienstes zu weitgehend; ihm soll hier daher nicht weiter nachgegangen werden. Wohl aber könnte die Aufnahme der flächendeckenden 4G-Versorgung in den verfassungsrechtlichen Garantieinhalt (nicht: den einfachrechtlichen Universaldienst!) in den Konkretisierungsspielraum des Regelungsgesetzgebers gem. Art. 87f Abs. 1 GG fallen.

b) Das Argument der definitiven Ergebnisgarantie

Größeres Gewicht als das Argument des qualitativen Sprungs könnten gegenüber einer solchen Annahme verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Einwände haben, die sich

aus der Eigenart der Infrastrukturgewährleistung als definitive Ergebnisgarantie herleiten:

Gehaltvollere Garantien mit unbedingtem Erfüllungsversprechen laufen Gefahr, dass sie sich bei gegebenen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und nur begrenzten Möglichkeiten einer öffentlichen Reserveverantwortung auf der Erfüllungsebene (durch öffentliche Unternehmen) nicht realisieren lassen oder, wenn doch, nur um den Preis erheblicher – gegebenenfalls nicht unproblematischer – Eingriffe in den Wettbewerb.¹⁶⁷ Geht es bei der Infrastrukturgewährleistung funktional gerade auch um die Absicherung einer Versorgung in Bereichen, in denen eine marktliche Leistungsbereitstellung aus wirtschaftlichen Gründen nicht erfolgt oder prekär ist, muss der Gewährleistungsinhalt realitätsgerecht so bestimmt und auch begrenzt werden, dass er mit verhältnismäßigen regulatorischen Steuerungen und Eingriffen und insgesamt in Übereinstimmung mit dem Gebot privatwirtschaftlicher Dienstleistung (Art. 87f Abs. 2 GG) umgesetzt werden kann.¹⁶⁸ Die Schere zwischen dem tatsächlich verfügbaren, anhand der Marktgesetze bisher dargestellten Leistungsangebot und dem garantierten Standard darf daher nicht zu weit gespreizt sein, soll die verfassungsrechtlich vorausgesetzte ratio privatwirtschaftlich-nehmerischer Dienstleistung nicht überstrapaziert werden.¹⁶⁹

Jedoch muss dieses Argument noch nicht gegen eine ambitioniertere Versorgungsziel-Bestimmung sprechen, deren Garantieverprechen eben noch nicht durch die bereits vorfindlichen Angebote im Wesentlichen vollständig erfüllt ist und die gerade darum erst eine substantielle verfassungsnormative Bedeutung hätte. Vielmehr kommt es auch für die Zumutbarkeit des Garantieinhalts und seine Verträglichkeit mit dem Wettbewerbsprinzip des Art. 87f Abs. 2 GG ersichtlich darauf an, wie die Verbindlichkeit der „Ergebnisgarantie“ im genaueren verstanden wird.

Insoweit muss aber gerade für das Merkmal der „flächendeckenden“ Versorgung, das bei der Mobilfunkabdeckung in ländlichen Räumen besonders kritisch ist, der die Schärfe der

¹⁶⁷ S. zu diesem Argument schon *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 78 Rn. 37 ff.

¹⁶⁸ *Cornils*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 17; *Mörtl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 87f Rn. 72.

¹⁶⁹ Vgl. auch *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f Rn. 43, allerdings in Gleichsetzung der verfassungsrechtlichen Garantie mit dem Universaldienstbegriff des branchen-querfinanzierten einfachrechtlichen Universaldienstregimes: „beschränkt eine universaldienstgetriebene Marktintervention folglich darauf, flächendeckend das zu garantieren, was in der breiten Masse bereits genutzt wird. Damit bleibt es bei einer primär marktbedingten Versorgungsdefinition, die lediglich nachlaufend bis zur 100%igen Flächendeckung geführt werden darf.“

Garantie relativierende Faktor zeitlicher Streckung mit in Betracht genommen werden: Dass die Verfassung und der sie konkretisierende Gesetzgeber einen anspruchsvollen, bisher zwar weit überwiegend, aber gerade noch nicht in der Fläche durchgehend realisierten Versorgungsstandard vorgibt, weil dieser Standard den plausibel begründbaren Versorgungsbedürfnissen der Bevölkerung und der Unternehmen entspricht, bedeutet dann noch keine strukturelle Überforderung des Konzepts privatwirtschaftlicher Leistungserbringung, wenn die flächendeckende Realisierung des Standards nicht, wie beim klassischen Universaldienst, im engen Sinn als Minimalversorgung, sofort schon im Zeitpunkt des Garantieverprechens, sondern in einer den Ausbauherausforderungen angemessenen zeitlichen Perspektive geschuldet ist.¹⁷⁰

Dass Art. 87f Abs. 1 GG und daher auch ein die Versorgungsgarantie konkretisierendes gesetzliches Versorgungsziel in diesem Sinn als prospektive, auf (auch und fortgesetzt) künftige Erfüllung gerichtete Gewährleistung verstanden werden kann, ist nicht nur plausibel, sondern nachgerade zwingend: Wenn, was unstreitig ist, der Universaldienst gerade auch an dem Maßstab des (ggf. in den bisher nicht erschlossenen Gebieten vorausseilenden) Bedarfs – Nachfrage – (und nicht nur des sowieso schon existierenden Angebots) ausgerichtet werden darf,¹⁷¹ zielt die Garantie insoweit schon nach herkömmlichem Verständnis auf künftige Angebotsverbesserung (in den „weißen Flecken“) und nicht nur auf die Absicherung des status quo ante.¹⁷²

Und selbst wenn nur diese Absicherungsfunktion des Universaldienstmechanismus im Sinn eines Rückschrittsverbots betrachtet wird, bedeutet doch der Garantiefall stets, dass in einer konkreten Situation eben kein der Garantie entsprechendes Angebot im Markt bereitgestellt wird, mit der Folge, dass ein Unternehmen verpflichtet wird, künftig diese Angebotslücke (wieder) zu schließen.¹⁷³ Es geht also bei der Versorgungsgarantie – auch

¹⁷⁰ Ähnlich auch *Windthorst*, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 13: „Allerdings tritt das Postulat einer Flächendeckung nicht einseitig, andere Belange zurückdrängend, in den Vordergrund (...), sondern kann aus überwiegenden Gründen, zum Beispiel bei kostenintensivem Aufbau eines Hochleistungsnetzes, auch etappenweise verwirklicht werden. Sofern solche Leistungen überhaupt zum Universaldienst gehören, bedeutet ‚flächendeckend‘ keine sofortige umfassende lückenlose Versorgung mit ihnen, sondern eine zu optimierende Zielvorgabe.“; dem folgend *Freund*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, 2002, S. 63.

¹⁷¹ *Freund*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, 2002, S. 64: „objektiv aus Sicht der Nutzer [...], keinesfalls jedoch aus Sicht der Dienstleister“; ebenso *Scheurle/Kaienburg*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 68.

¹⁷² *Kiparski*, CR 2019, 179 (183: „Diese Universaldienste müssen alle Verbraucher in einem Mitgliedstaat nutzen können und damit auch solchen weißen Flecken, in denen es bisher keine Breitbandversorgung gibt.“).

¹⁷³ Zum Verpflichtungsmechanismus nach dem TKG eingehend *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, Komment. zu § 80 f.; dass der Mechanismus schon bei einer

schon in Gestalt des sehr zurückgenommenen klassischen Universaldienstes im Festnetz, wenn sie kritisch wird, immer um die Situation eines derzeit nicht (mehr) bereitgestellten, aber normativ geforderten Angebots, also um eine Garantiewirkung, die sich in Reaktion auf ein vorhandenes oder neu entstandenes Angebotsdefizit entfaltet.

Daraus folgt, dass eine zeitlich gestreckte, „etappenweise“ Verwirklichung eines garantierten Versorgungsziels, wie sie in der Regulierungspraxis hinsichtlich des Netzausbaus seit jeher angestrebt wird, durchaus mit der Vorstellung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung als einer Ergebnisgarantie vereinbar ist: Die „Gewährleistung“ im Sinne des Art. 87f Abs. 1 GG bedeutet daher nicht, dass das Ergebnis flächendeckender Dienstleistungen auf einem bestimmten avisierten Niveau notwendigerweise schon gegenwärtig erreicht sein muss. Und der Gesetzgeber ist nicht gehalten, das garantierte Ergebnis so zurückhaltend zu definieren, dass es ohne weitere Anstrengungen schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt erreicht werden kann.

Plausibler als ein derart 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, 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, wie gezeigt, durchaus vereinbar.

Aus diesen Gründen lässt sich die Annahme durchaus rechtfertigen, dass eine flächendeckende 4G-Verfügbarkeit zumindest in besiedelten Gebieten und entlang wichtiger Verkehrswege heute schon als Garantieinhalt im Sinne der dynamischen Verfassungsgewähr-

Besorgnis drohender Unterversorgung einsetzt (ebd., § 80 Rn. 16 f.), spricht nicht gegen die im Text vertretene These, bedeutet nur eine sinnvolle zeitliche Vorverlagerung der regulatorischen Reaktion auf einen künftig eintretenden Garantiefall; auch die Prognose eines bisher noch nicht eingetretenen Versorgungsdefizits ist begriffsnotwendig zukunftsgerichtet.

leistung des Art. 87f Abs. 1 GG verstanden und vom Gesetzgeber als zu verwirklichender Versorgungsstandard gesetzt werden kann.¹⁷⁴

Ein solches Verständnis steht auch im Einklang mit dem Charakter der Gewährleistung als einer bloßen Grundversorgungs-Garantie. Es geht, wie schon vorstehend im unionsrechtlichen Teil skizziert, bei der tatsächlich flächendeckenden 4G-Versorgung insbesondere entlang der Verkehrswege nicht um ein Ausbauziel auf dem letzten technologischen Stand mit höchster Leistungsfähigkeit. Eine 4G-Versorgung mit Übertragungsraten von 30-50 mbit/s dürfte auch für die Bedarfe, denen sie entsprechen soll (insb.: unterbrechungsfreie, stabile Datenübertragung bei Bewegung auf Verkehrswegen), der mindestens technisch gebotene Standard sein, unterhalb dessen keine noch leistungsschwächere, einfachere Versorgungsqualität denkbar wäre. Gehört zum klassischen Universaldienst im Festnetz der für jedermann verfügbare funktionale Internetzugang (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG),¹⁷⁵ so bedeutet eine Erweiterung des Garantieinhalts auf den Mobilfunk-4G-Standard letztlich nichts anderes als eine Übertragung dieser Basisanforderung auf den Mobilfunk. Ein funktionaler, für die Zwecke automatisierten Fahrens usw. hinreichender Mobilfunkzugang liegt vermutlich – verbindlich kann diese technische Frage aus nur mehr juristischer Sachkunde nicht beantwortet werden – überhaupt erst mit diesem Standard vor.

Dass ein lückenschließender 4G-Ausbau hinter dem längst avisierten und vorangetriebenen 5G-Ausbau (und erst recht noch weiterentwickelten Technologien) zurückbleibt, entspricht dem etablierten Verständnis der Infrastruktur-Gewährleistung als einem Mindeststandard, der durchaus auch Schrittmacherbedeutung für eine erwünschte, als solche aber nicht verfassungsrechtlich garantierte noch höherwertige Versorgung haben kann. Dass die Schließung der „weißen Flecken“ und die Erschließung aller bedeutenderen Verkehrswege (auch auf regionaler Ebene) eine wirtschaftlich und (ggf. auch technisch) anspruchsvolle Herausforderung ist, steht der Qualifizierung als Grundversorgung nicht entgegen; auch eine „Grundversorgung“ kann aufwändig sein.¹⁷⁶ Der besondere Aufwand für eine nicht nur standortgebundene, sondern gerade auch die mobile Netznutzung

¹⁷⁴ So *Di Fabio*, Inpflichtnahme von Telekommunikationsunternehmen zur Gewährleistung einer bundesweit flächendeckenden Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen, Rechtsgutachten im Auftrag der Vodafone GmbH, September 2019, S. 13.

¹⁷⁵ Näherdazu *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 78 Rn. 37 ff.

¹⁷⁶ Richtig *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f Rn. 102: „ist im Ergebnis ein großzügig fixierter Mindeststandard sowohl materiell-rechtlich als auch kompetenziell durch Art. 87f Abs. 1 GG noch abgedeckt“.

flächendeckend erfassende Versorgung folgt letztlich aus dem spezifischen Eigen- und Mehrwert des Mobilfunks (im Vergleich mit dem Festnetz), der wiederum das gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedürfnis nach einer funktionalen Grundversorgung gerade mit diesen Netzdienstleistungen begründet.

3. Art. 87f Abs. 1 GG als Legitimationsgrund für weitergehende Versorgungsziele

Auch wenn Art. 87f Abs. 1 GG mit seiner Normwirkung einer Ergebnisgarantie einer Grundversorgung restriktiver verstanden wird, mithin so, dass eine 4G-Versorgung in der Fläche nicht mehr als verfassungsrechtlich gebotener „Mindeststandard“ begriffen und vom Gesetzgeber als solcher definiert werden kann, besteht doch die Möglichkeit, dass die Bestimmung einer entsprechenden Versorgungsziel-Definition verfassungsrechtliche Legitimation verleiht. Insoweit ginge es also nicht mehr um eine verfassungsrechtliche Gebotswirkung, um einen definitiv zu erfüllenden Sicherstellungsauftrag, sondern um Art. 87f Abs. 1 GG als verfassungsrechtliches Argument, insbesondere in Güterabwägungen mit anderen Verfassungspositionen, namentlich den durch Versorgungsaufgaben betroffenen Grundrechten der Telekommunikationsunternehmen. Art. 87f Abs. 1 GG hätte dieser Vorstellung zufolge eine zweischichtige Struktur, bestehend aus einem Kernbereich unbedingt und definitiv gewährleisteter Dienstleistungen und daneben einem abwägungsfähigen Prinzip weitergehender oder sogar möglichst weitgehender (Optimierungsgebot) guter Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen.¹⁷⁷

Eine solche Struktur ist im Verfassungsrecht, bei den Grundrechten, den Staatszielbestimmungen, bei der Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)¹⁷⁸ und sogar bei staatsorganisationsrechtlichen Maßstäben¹⁷⁹ nichts Ungewöhnliches, vielmehr die Regel:

¹⁷⁷ Dafür *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 87f Rn. 65, 71, 72: „Aber auch jenseits des Bereichs, in dem bestimmte Dienstleistungen bereits jetzt zu einer angemessenen Grundversorgung zu zählen sind oder in sie hineinwachsen, folgt aus Art. 87f Abs. 1 eine Direktive, in einer weitaus zukunftsgerichteteren Weise neue Technologien, die vielleicht erst in einigen Jahren zum Standard werden (z.B. Next Generation Networks), bereits in der Gegenwart entsprechend zu fördern und einer geeigneten Regulierung zuzuführen (Optimierungsrecht).“

¹⁷⁸ BVerfGE 79, 127 – Rastede, Rn. 56: „Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthält daher auch außerhalb des Kernbereichs der Garantie ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden, das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu berücksichtigen hat.“

¹⁷⁹ Vgl. nur BVerfGE 110, 199 zum Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung und dem insoweit abgestuften Schutz der Regierung gegenüber Auskunftsverlangen nach Art. 44 GG, s. Rn. 45: „[...] Informationen aus dem Vorfeld von Regierungsentscheidungen zwar nach Abschluss der jeweiligen Entscheidung nicht mehr im selben Maße geschützt sind wie in der Phase, in der die Kenntnisnahme Dritter diesen einen unmittelbaren Einfluss auf die Entscheidung verschaffen würde, dass aber das parlamentarische Informationsrecht auch dann noch Grenzen hat: Auch bei abgeschlossenen Vorgängen sind Fälle möglich, in denen

So ergibt sich – um mit dieser schon begrifflich naheliegenden Parallele zu beginnen – aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht nur der jedenfalls vom Rundfunk zu erfüllende klassische Funktionsauftrag und damit die vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk wahrzunehmende Aufgabe der Grundversorgung, sondern darüber hinaus ein grundrechtliches Recht der Anstalten, auch jenseits der Grundversorgung tätig zu werden.¹⁸⁰ Auch andere Grundrechte – wohl fast alle Grundrechte – kennen Kernbereiche eines starken oder sogar absoluten Schutzes und auch entsprechend definitiver Schutzpflichten und darüber hinaus einen breiteren Randbereich, in dem der Schutz nur prinzipiellen Charakter hat; zu erinnern ist beispielhaft nur an die Unterscheidung unterschiedlicher Sphären mit verschiedener Schutzintensität im Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes¹⁸¹ oder den durch Art. 14 Abs. 3 GG errichteten besonderen Eigentums(Vermögens-)schutz vor qualifizierten Eigentumsbeschränkungen in Gestalt der Enteignung.¹⁸²

Die definitiv aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie gewährleistete, wenngleich auch hier vom Gesetzgeber zu ziehende Untergrenze des Existenzminimums¹⁸³ hindert den Staat keineswegs, darüber hinausgehende Sozialleistungen zu erbringen; auch insoweit – im nicht definitiv verfassungspflichtigen Bereich – kann das Sozialstaatsprinzip derartige Leistungen aber verfassungsrechtlich abstützen; dies gilt sogar für die Legitimation von Grundrechtseingriffen aus sozialstaatlichen Erwägungen,¹⁸⁴ ohne dass diese sich wie beim Existenzminimum zu einer unbedingten Verfassungspflicht verdichtet haben müssen.

Dieses Beispiel macht überdies *pars pro toto* deutlich, dass Staatszielbestimmungen, zu denen auch Art. 87f Abs. 1 GG gehört,¹⁸⁵ sogar in aller Regel keine präzise definierten

die Regierung aus dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung geheimzuhaltende Tatsachen mitzuteilen nicht verpflichtet ist [...].“

¹⁸⁰ BVerfGE 74, 298 – LandesmedienG BW, Rn. 93 ff.

¹⁸¹ BVerfGE 80, 367 – Tagebuch, Rn. 16: „Die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, [...]“.

¹⁸² Dazu eingehend *Cornils*, Der Begriff der Enteignung – Rückschritt als Fortschritt?, in: Depenheuer/Shirvani (Hrsg.), Die Enteignung, 2018, S. 137 (199 ff.).

¹⁸³ BVerfGE 137, 34, Rn. 74 ff. (juris).

¹⁸⁴ Z.B. BVerfGE 116, 202 – Tariftreue, Rn. 88: „Das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang.“, Rn. 102 f.: „Die rechtfertigenden Gründe, die den Gesetzgeber zu der zur Prüfung gestellten Regelung veranlasst haben, haben demgegenüber erhebliches Gewicht. Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss (...). Dieser Gemeinwohlbelang, dem die Tariftreuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln Rechnung zu tragen versucht, besitzt eine überragende Bedeutung (...).“

¹⁸⁵ *Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 14.

Handlungspflichten für die staatliche Gewalt errichten, dem Gesetzgeber vielmehr weiten Spielraum lassen, ob und inwieweit er dem Staatsziel Rechnung trägt. Dies ändert aber nichts daran, dass Staatsziele auch in dieser Normalsituation gesetzgeberischen Ermessens bei ihrer Erfüllung legitimierende Kraft entfalten. Dies gilt wie für den Sozialstaat auch z. B. für den Umwelt- und Tierschutz¹⁸⁶ und es entspräche mithin aus einer systematischen Sicht auf die Verfassung einem regulären Verständnis der Infrastrukturgewährleistungen des Grundgesetzes, dass auch diese über den unbedingt gewährleisteten Mindeststandard hinaus eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung für eine qualitativ höherwertige Versorgung enthalten.

Dass in der Bestimmung des Art. 87f Abs. 1 GG kein „Anhaltspunkt“ für eine derartige „Dichotomie“ von Normwirkungen zu finden sei,¹⁸⁷ ist kein starkes verfassungsrechtliches Gegenargument. Explizite Ausformulierungen solcher komplexeren Normwirkungen finden sich regelmäßig auch nicht in anderen Verfassungsnormen, bei denen sie allgemein anerkannt sind, etwa in den genannten Beispielen. Und der Wortlaut des Art. 87f Abs. 1 GG gibt ebenso wenig zwingend vor, dass *ausschließlich* der definitiv obligatorische Mindeststandard Inhalt der Gewährleistung sein soll. Auch bei Art. 87f Abs. 2 GG trägt das verfassungsrechtliche Schrifttum zu Recht keine Bedenken, aus der Bestimmung ein Wettbewerbsprinzip zu entfalten, das im Wortlaut allenfalls andeutungsweise eine schwache Verankerung hat („und durch andere private Anbieter“).

Für ein umfassenderes Verständnis des Art. 87f Abs. 1 GG in dem hier erörterten Sinn spricht zudem auch die verbreitete und zutreffende Auffassung, dass der Regelungsauftrag dieser Bestimmung dem Bund eine besondere Gesetzgebungskompetenz verleiht, welche über den Regelungsgegenstand des klassischen Universaldienstmechanismus hinausgeht. Nicht nur die spezifisch dem Universaldienst gewidmeten Mechanismen und Regulierungsbefugnisse (§§ 78 ff. TKG) sind Gewährleistungsrecht im Sinne des Gewährleistungsauftrages aus Art. 87f Abs. 1 GG. Vielmehr haben auch die im Schwerpunkt der Telekommunikationsregulierung liegenden, praktisch weit wichtigeren Maßstäbe und Befugnisse für die Markt-, Zugangs- und Entgeltregulierung, im Übrigen auch die allgemeinen Verbraucherschutzstandards (Kundenschutz) und – jedenfalls wenn man den Mobilfunk heute in den Grundversorgungsbegriff einbezieht – die Frequenzordnung

¹⁸⁶ BVerfGE 127, 293, Rn. 121 (juris): „Als Belang von Verfassungsrang ist der Tierschutz, nicht anders als der in Art. 20a GG schon früher zum Staatsziel erhobene Umweltschutz, im Rahmen von Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen und kann geeignet sein, ein Zurücksetzen anderer Belange von verfassungsrechtlichem Gewicht - wie etwa die Einschränkung von Grundrechten - zu rechtfertigen.“

¹⁸⁷ Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 35

Bedeutung für die Erfüllung des Gewährleistungsziels: Das Gewährleistungskonzept des europäischen und nationalen Rechtsrahmens für die Telekommunikation besteht gerade darin, jedenfalls die garantierten (Universal-) Dienstleistungen nach Möglichkeit ohne spezifische hoheitliche Dienstverpflichtung, wie sie das Universaldienstregime nur mehr ergänzend und subsidiär vorsieht, unter regulierten Marktbedingungen erbringen zu lassen. In diesem Sinne sind daher auch die Vorschriften über die Aktivierung und Förderung des Dienste- und Infrastrukturwettbewerbs Regelungen zur Universaldienstsicherung, greifen jedoch über dieses Basisversorgungsziel hinaus.¹⁸⁸

Das spricht dafür, den Regelungsauftrag und die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 87 f Abs. 1 GG nicht nur gegenständlich weiter – über die unmittelbar der Sicherstellung der Mindestversorgung dienenden Universaldienst Vorschriften hinaus –, sondern dementsprechend auch hinsichtlich des Versorgungsziels umfassender zu verstehen: Der auf die telekommunikationsrechtlichen Regulierungsinstrumente bezogenen umfassenderen Reichweite des Gesetzgebungsauftrags in Art 87f Abs. 1 GG korrespondiert eine entsprechend weiter greifende Ziel-Gewährleistung, wenn auch (möglicherweise) nicht im Sinn einer absolut bindenden Ergebnisgarantie, sondern im Verständnis eines verfassungsnormativen Prinzips.

Wird also nicht schon aus den vorstehend unter b) beschriebenen Gründen die definitive Versorgungsgarantie des Art. 87f Abs. 1 GG als solche 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, Art. 87f Abs. 1 GG 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 auch kaum eine eigenständige normative Bedeutung und bliebe der politisch und unionsrechtlich seit langem als unabdingbar erkannte Ausbau hochleistungsfähiger Infrastrukturen ohne verfassungsrechtliche Grundlage.

Praktisch dürfte der Unterschied zwischen den hier erörterten verfassungsdogmatischen Zugängen auf das Problem indes eher gering sein: Wird dem Gesetzgeber nach

¹⁸⁸ So schon *Cornils*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, Einl A Rn. 17; *Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 87f Rn. 72.

allgemeiner Meinung auch für die Bestimmung des verfassungsrechtlich definitiv Gebotenen (also der Grundversorgung, des Universaldienstes) ein weiter Gestaltungsspielraum und eine Konkretisierungsprärogative eingeräumt, lässt sich eine gesetzliche Zielfestlegung auf ein 4G-Versorgungsziel in der Fläche je nach Standpunkt sowohl als eine derartige Universaldienst-Konkretisierung oder als darüber hinausgehende, aber auch auf das Staatsziel einer guten Telekommunikations-Dienstleistungsversorgung gestützte Standarddefinition begreifen. Art. 87f Abs. 1 GG ist aus beiden Perspektiven die verfassungsrechtliche Grundlage einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung.

4. Keine Sperrwirkung des Art. 87f Abs. 1 GG gegenüber weitergehenden Versorgungszielen

Auch die in der Literatur vertretene restriktive Gegenauffassung, die den Gewährleistungsgehalt und auch die Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Art. 87f Abs. 1 GG auf die Grundversorgung beschränkt sieht, konzediert indes, dass sich dieser Verfassungsbestimmung keine Sperrwirkung für eine gesetzliche weitergehende Versorgungszielbestimmung und entsprechende regulatorische Instrumente entnehmen lässt.¹⁸⁹ Auch wenn also Art. 87f Abs. 1 GG trotz der vorstehend dargelegten Gründe ausschließlich als eng gefasste Mindestgewährleistung etwa einer niedrigklassigen Festnetz-Breitbandqualität gedeutet wird, ist der Bundesgesetzgeber jedenfalls nicht gehindert, darüber hinausgehende Versorgungsziele, gestützt auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG, zu definieren und zu verfolgen. Er bleibt damit nur und allerdings auf die Wahrung der durch Regulierungsmaßnahmen betroffenen Grundrechte verpflichtet.¹⁹⁰ Diese Bindung insbesondere an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz trifft den Gesetzgeber allerdings auch bei Anerkennung einer entsprechenden Versorgungsgarantie aus Art. 87f Abs. 1 GG oder eines in Art. 87f Abs. 1 GG angelegten Staatsziels der Infrastrukturförderung; die Anerkennung als verfassungsrangiges Versorgungsziel (mit oder ohne Ergebnisgarantie) stellt Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen nicht von der grundrechtlichen Rechtfertigungslast frei,¹⁹¹ hat allerdings Auswirkungen auf deren Maß, indem ein Staatsziel hochleistungsfähiger flächendeckender Telekommunikationsversorgung in der Verhältnismäßigkeits-

¹⁸⁹ *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 36: „Das bedeutet indes nicht, dass Regelungen jenseits des Grundversorgungsbereichs von Verfassung wegen ausgeschlossen sind. Der Gesetzgeber kann auf der Grundlage der allgemeinen Kompetenzbestimmung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 Vorschriften erlassen, die über den unverzichtbaren Standard der Grundversorgung hinausgehen [...]“

¹⁹⁰ *Kühling*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87f Rn. 103: „keine Ausschlusswirkung gegenüber Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG im Falle der Regelung einer darüber hinaus gehenden Versorgung“.

¹⁹¹ *Di Fabio*, Inpflichtnahme von Telekommunikationsunternehmen zur Gewährleistung einer bundesweit flächendeckenden Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen, Rechtsgutachten im Auftrag der Vodafone GmbH, September 2019, S. 15; *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 34.

Abwägung (Angemessenheit) das Gewicht des für regulatorische Maßnahmen mit Eingriffswirkung streitenden Gemeinwohlinteresses verstärken kann.

III. Ergebnis

Im Ergebnis kann aus verfassungsrechtlicher Sicht die Befugnis des Gesetzgebers, eine flächendeckende, unterbrechungsfreie, für eine Datenübertragung geeignete Mobilfunkversorgung als Versorgungsziel zu definieren, schwerlich bestritten werden. Aus der vorstehenden Darlegung der verschiedenen denkbaren verfassungsdogmatischen Positionen zum Verständnis des Art. 87f Abs. 1 GG ist deutlich geworden, dass dieses Ergebnis unabhängig davon gilt, welche dieser Positionen für richtig gehalten wird: Entweder gehört die funktionale Mobilfunkversorgung heute schon zum – freilich durch den Gesetzgeber dahin gehend zu konkretisierenden – Universaldienst im verfassungsrechtlichen Sinn *oder* sie lässt sich legitimatorisch auf eine in Art. 87f Abs. 1 GG angelegte Staatszielbestimmung einer leistungsfähigen Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen stützen *oder* eine entsprechende Zielfestlegung liegt jedenfalls, unabhängig von Art. 87f Abs. 1 GG, im gesetzgeberischen Gemeinwohl-Definitionsermessen, verfassungsrechtlich gebunden nur und allerdings durch die Grundrechte von durch Regulierungsmaßnahmen betroffenen Telekommunikationsunternehmen.

Literaturverzeichnis

Cornils, Matthias, Einleitung A sowie Kommentierung von § 1, § 2, § 35 zusammen mit Ulrike Berger-Kögler), §§ 78 ff. TKG, in: Martin Geppert/Raimund Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013.

Cornils, Matthias, Sicherstellung der technischen Infrastruktur durch Markt und Staat, Der Landkreis 2019, 246.

Cornils, Matthias, Staatliche Infrastrukturverantwortung und kontingente Markt Voraussetzungen, AöR 131 (2006), 378.

Di Fabio, Udo, Inpflichtnahme von Telekommunikationsunternehmen zur Gewährleistung einer bundesweit flächendeckenden Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen, Rechtsgutachten im Auftrag der Vodafone GmbH, September 2019.

Fetzer, Thomas, Dienstanbieterverpflichtung für Mobilfunkbetreiber. Rechtmäßigkeit der Auferlegung bei Frequenzneuvergabe, MMR 2018, 63 ff.

Fetzer, Thomas, Ergänzende Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 13.2.2019 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes, BT-DRS. 19/6336 (ergänzende Stellungnahme zu Ausschlussdrucksache 19(15)181-D).

Fetzer, Thomas, Kommentierung von § 1 TKG, in: Hans-Wolfgang Arndt/Thomas Fetzer/Joachim Scherer/Kurt Graulich (Hrsg.), TKG, Kommentar, 2. Aufl. 2015.

Fetzer, Thomas, Verwendung von Frequenzauktion Erlösen zur Förderung des Breitbandausbaus?, MMR 2015, 369.

Fraunhofer-Institut für Nachrichtentechnik, Heinrich-Hertz-Institut, drahtlose Kommunikation und Netze, Kurzstudie zum lokalen Roaming, 31. Januar 2019.

Freund, Matthias, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, 2002.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Einführung II und Kommentierung zu § 2 TKG, in: Klaus-Dieter Scheurle/Thomas Mayen (Hrsg.), TKG, Kommentar, 3. Aufl. 2018.

Gersdorf, Hubertus, Kommentierung zu Art. 87f GG, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018.

Hahn, Rüdiger/Hartl, Andreas/Dorsch, Matthias, Kommentierung von § 61 TKG, in: Klaus-Dieter Scheurle/Thomas Mayen (Hrsg.), TKG, Kommentar, 3. Aufl. 2018.

Hölscher, Frank, Kommentierung von § 16 TKG, in: Klaus-Dieter Scheurle/Thomas Mayen (Hrsg.), TKG, Kommentar, 3. Aufl. 2018.

Kiparski, Gerd, Der Europäische Telekommunikations-Kodex – Ein neuer Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation, CR 2019, 179.

Kühling, Jürgen, Kommentierung zu Art. 87f GG, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Stand: Okt. 2015).

Kühling, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 13.2.2019, Ausschussdrucksache 19(15)181-B.

Möstl, Markus, Kommentierung von Art. 87f GG, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar (Stand: Okt. 2010).

Neumann, Andreas, Das Ergebnis der Trilog-Verhandlungen zum Kodex für die elektronische Kommunikation im Bereich der Marktregulierung, N&R 2018, 204.

Neumann, Andreas, Erste Schritte auf dem Weg zur Umsetzung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation. Die Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019, N&R 2019, 152.

Neumann, Andreas, Kommissionsvorschlag für einen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, N&R 2016, 262.

P3 communications GmbH, Dr. Ingo Forkel, Peter Seidenberg, Ralf Pabst, Studie 5G National Roaming v. 10.12.2018, https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/medien/pdf/181210_Studie_Mobilfunk_Roaming.pdf

Rossi, Matthias/Sandhu, Aqilah, National Roaming zur Sicherung einer effizienten Frequenznutzung, MMR 2019, 90.

Ruthig, Josef, Kommentierung von § 2 TKG, in: Hans-Wolfgang Arndt/Thomas Fetzter/Joachim Scherer/Kurt Graulich (Hrsg.), TKG, Kommentar, 2. Aufl. 2015.

Säcker, Franz Jürgen, in: ders. (Hrsg.), Kommentierung zu § 2 TKG, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013.

Scherer, Joachim, Kommentierung von § 16 TKG, in: Hans-Wolfgang Arndt/Thomas Fetzter/Joachim Scherer/Kurt Graulich (Hrsg.), TKG, Kommentar, 2. Aufl. 2015.

Scheurle, Klaus-Dieter/Kaienburg, Nils, Kommentierung zu § 1 TKG, in: Klaus-Dieter Scheurle/Thomas Mayen (Hrsg.), TKG, Kommentar, 3. Aufl. 2018.

Schütz, Raimund/Schreiber, Kristina, 5G-Wettbewerb in der Fläche. Gestaltungsspielräume und rechtliche Anforderungen an Frequenz Zuteilungen, MMR 2019, 19.

Wagner, Christoph, Nationales Roaming im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe, CR 2018, 534.

Wagner, Christoph, Vorgaben für die Frequenzmitnutzung durch Diensteanbieter im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe (Teil 1), CR 2017, 604.

Wagner, Christoph/Helmstädter, Felix/Nüßing, Christoph, Vorgaben für die Frequenzmitnutzung durch Diensteanbieter im Rahmen der 5G-Frequenzvergabe (Teil 2), CR 2017, 743.

Wieland, Joachim, Kommentierung von Art. 87f GG, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2018.

Windthorst, Kay, Kommentierung zu Art. 87f GG, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018.