



Sachstand

Nutzungsbestimmungen für die Vergabe von Mobilfunklizenzen Spielraum des Gesetzgebers

Nutzungsbestimmungen für die Vergabe von Mobilfunklizenzen

Spielraum des Gesetzgebers

Aktenzeichen: WD 5 - 3000 - 154/24
Abschluss der Arbeit: 14.11.2024
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft, Energie und Umwelt

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Spielraum der Mitgliedstaaten	4
3.	Spielraum des Gesetzgebers	5

1. Fragestellung

Der vorliegende Sachstand untersucht, inwieweit der deutsche Gesetzgeber für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen Vorgaben an die Versorgungsqualität machen darf, z. B. zu Flächenabdeckungen oder Mindestlatenzzeiten (Reaktionszeiten¹).

2. Spielraum der Mitgliedstaaten

Der europäische Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK)² sieht in Art. 55 Abs. 2 folgenden Spielraum der Mitgliedstaaten vor:³

„Stellt ein Mitgliedstaat fest, dass Frequenznutzungsrechte zahlenmäßig beschränkt werden müssen, so **bestimmt** und begründet er eindeutig die mit dem wettbewerbsorientierten oder vergleichenden Auswahlverfahren gemäß diesem Artikel verfolgten Ziele und quantifiziert diese nach Möglichkeit, wobei er der Notwendigkeit, die in Bezug auf die nationalen Märkte und den Binnenmarkt bestehenden Ziele zu erfüllen, gebührend Rechnung trägt. Die **Ziele**, die der Mitgliedstaat im Zusammenhang mit dem besonderen Auswahlverfahren festlegen kann, sind 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, u. a. durch Berücksichtigung der für die Nutzungsrechte geltenden Bedingungen und der Höhe der Entgelte,
- d) Förderung von Innovation und Geschäftsentwicklung.

Die nationale Regulierungsbehörde oder eine andere zuständige Behörde bestimmt und begründet eindeutig das gewählte Auswahlverfahren, einschließlich einer etwaigen Vorlaufphase für den Zugang zum Verfahren. Sie legt ferner die Ergebnisse einer damit in Zusammenhang stehenden Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und

1 <https://www.deutschland-spricht-ueber-5g.de/informieren/mobilfunktechnik/3g-4g-5g-was-ist-der-unterschied/>: „Mit Latenz bezeichnet man im Mobilfunk die Zeitspanne zwischen dem Senden und Empfangen von Daten. Man spricht auch von Reaktionszeit.“

2 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02018L1972-20241018>.

3 Vgl. Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Auflage 2023, § 100, Rn. 3.

wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes eindeutig dar und begründet die mögliche Anwendung und Wahl von Maßnahmen nach Artikel 35.“⁴

Die Norm ermächtigt die Mitgliedstaaten dazu, die Ziele für das Auswahlverfahren festzulegen, wozu auch „Verbesserung der Versorgung“ und „Dienstqualität“ gehören können.⁵ Der EKEK trifft jedoch keine explizite Aussage, wer innerhalb des Mitgliedstaats diese Ziele in welchem Detailgrad festlegt (Gesetzgeber oder Regulierungsbehörde).

3. Spielraum des Gesetzgebers

Das Europarecht setzt dem Gesetzgeber bestimmte Grenzen, nationalen Regulierungsbehörden detaillierte Vorgaben zu machen. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Vorgaben im Gesetz selbst erfolgen oder über bzw. aufgrund einer Verordnungsermächtigung des Gesetzgebers an die Exekutive.⁶ Nach Art. 8 Abs. 1 EKEK haben die nationalen Regulierungsbehörden unabhängig von **politischer** Einflussnahme zu arbeiten:

„Unbeschadet des Artikels 10 handeln die nationalen Regulierungsbehörden – auch bei der Ausarbeitung interner Verfahren und der Personalverwaltung – **unabhängig** und objektiv, arbeiten entsprechend dem Unionsrecht in transparenter und verantwortungsvoller Weise und holen im Zusammenhang mit der laufenden Erfüllung der ihnen nach nationalem Recht zur Umsetzung des Unionsrechts übertragenen Aufgaben weder **Weisungen** einer anderen Stelle ein noch nehmen sie solche entgegen. Dies steht einer Aufsicht im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegen. Ausschließlich Beschwerdestellen nach Artikel 31 sind befugt, Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden auszusetzen oder aufzuheben.“

Nach dem dazugehörigen Erwägungsgrund sind auch politische Einflussnahmen durch den **Gesetzgeber** unzulässig:

„Die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden wurde mit der 2009 abgeschlossenen Überarbeitung des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation gestärkt, um eine wirksamere Anwendung des Rechtsrahmens zu gewährleisten und sowohl ihre Amtsgewalt zu stärken als auch ihre Entscheidungen vorhersehbarer zu machen. Hierfür mussten ausdrückliche Bestimmungen des nationalen Rechts gewährleisten, dass die nationalen

4 Richtline (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02018L1972-20241018>; Hervorhebung hier und im Folgenden durch Verf. dieses Sachstands.

5 Cornils spricht hier von einer „Gestaltungsprärogative der Mitgliedstaaten“, vgl. Sachverständigenstellungnahme im Gesetzgebungsverfahren, https://www.bundestag.de/resource/blob/824466/e32905f23bb6f8978a0f10b6ce3c5806/19-9-972_Stellungnahme_SV_Prof_Dr_Cornils_JGU_oeA_TKG-data.pdf. Ähnlich Offenbacher, in: Säcker/Körber, TKG, TTDSG, Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 100, Rn. 29: „[mitgliedstaatlicher] Umsetzungsspielraum [für] grundlegende normative Entscheidungen“.

6 Siehe z. B. die im Verfahren C-718/18 angegriffene Verordnungsermächtigung, Urteil vom 2. September 2021, Rn. 13, die der EuGH kritisierte (Rn. 130), https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=245521&part=1&doclang=DE&text=&dir=&occ=first&cid=4538012.

Regulierungsbehörden bei der Durchführung ihrer Aufgaben vor äußerer Einflussnahme und politischem Druck geschützt werden, die sie an der **unabhängigen** Beurteilung der von ihnen bearbeiteten Angelegenheiten hindern könnten. Wegen einer derartigen äußeren Einflussnahme eignen sich nationale **rechtssetzende** Organe **nicht** dazu, als nationale Regulierungsbehörde nach dem Rechtsrahmen zu fungieren [...].“⁷

Der Europäische Gerichtshof hat 2021 in seinem Urteil in der Rechtssache **C-718/18** zur Regulierung des Energiesektors ausgeführt:

„Wie der Generalanwalt [...] ausgeführt hat, ist die völlige Unabhängigkeit der NRB [nationalen Regulierungsbehörde] gegenüber Wirtschaftsteilnehmern und öffentlichen Einrichtungen, unabhängig davon, ob es sich bei Letzteren um Verwaltungsorgane oder politische Stellen und, im letztgenannten Fall, um Träger der exekutiven oder der **legislativen Gewalt** handelt, **notwendig**, um zu gewährleisten, dass die von den NRB getroffenen Entscheidungen unparteiisch und nicht diskriminierend sind, was die Möglichkeit einer bevorzugten Behandlung der mit der **Regierung**, der **Mehrheit** oder jedenfalls der politischen Macht verbundenen Unternehmen und wirtschaftlichen Interessen ausschließt. Zudem gibt die völlige Trennung von der politischen Macht den NRB die Möglichkeit, bei ihrem Handeln eine langfristige Perspektive zu verfolgen, die erforderlich ist, um die Ziele der Richtlinien 2009/72 und 2009/73 zu verwirklichen.“⁸

Die Abgrenzung zwischen einer allgemeinen politischen Vorgabe oder Zielsetzung und einer die Unabhängigkeit des nationalen Regulierers beeinträchtigenden Detailvorgabe ist richterlich noch nicht geklärt. Dem EuGH-Urteil lässt sich lediglich die Tendenz entnehmen, wonach Entscheidungen, die auf der Grundlage einer **technisch-fachlichen** Beurteilung im Einzelfall zu treffen sind, der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zuzuordnen sind:

„Zum einen fallen die den [nationalen Regulierungsbehörden] vorbehaltenen Zuständigkeiten in den Bereich der Durchführung, und zwar auf der Grundlage einer technisch-fachlichen Beurteilung der Wirklichkeit. Zum anderen unterliegen die [nationalen Regulierungsbehörden] [...] bei der Ausübung dieser Zuständigkeiten Grundsätzen und Regeln, die durch einen detaillierten normativen Rahmen auf Unionsebene festgelegt werden, ihren Wertungsspielraum beschränken und sie daran hindern, Entscheidungen politischer Art zu treffen.“⁹

Das **Bundesverwaltungsgericht** hat zu einer Einflussnahme durch die Regierung (Ministerium) auf die Bundesnetzagentur in einem Telekommunikationsfall ausgeführt:

7 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), Erwägungsgrund 37, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32018L1972>.

8 Urteil vom 2. September 2021, C-718/18, Rn. 112, https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=245521&part=1&doclang=DE&text=&dir=&occ=first&cid=4538012.

9 Urteil vom 2. September 2021, C-718/18, Rn. 132, https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=245521&part=1&doclang=DE&text=&dir=&occ=first&cid=4538012.

„Wo genau die Grenze zwischen noch zulässigen und unzulässigen Einflussnahmen verläuft, lässt sich angesichts der Vielgestaltigkeit der möglichen Fallkonstellationen kaum abstrakt bestimmen und bedürfte gegebenenfalls einer Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Union. Grundsätzlich dürfte allerdings davon auszugehen sein, dass eine Weisung das unionsrechtliche Gebot der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde umso eher verletzt, je weiter sie sich von den Merkmalen einer allgemeinen politischen Rahmenvorgabe entfernt und **je detaillierter** sie konkrete Entscheidungsinhalte vorgibt.“¹⁰

In diesem Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht auch auf die Entscheidung des EuGH (C-718/18) verwiesen.¹¹

Der Wirtschaftsausschuss des Bundesrats hatte Bedenken, das behördliche Ermessen im TKG vorzustrukturieren:

„Gemäß § 87 Absatz 2 TKG^[12] sollen als Minimalfestlegung Versorgungsaufgaben entlang von Bundesfernstraßen und auch im nachgeordneten Straßennetz sowie an allen Schienen- und Wasserwegen im Zuge von Frequenzvergaben durch die Bundesnetzagentur direkt ins Gesetz geschrieben werden. Die intendierte neue Regelung zielt nur auf die bundesweite Versorgung von Endnutzern ab und definiert detaillierte Umsetzungsziele für diesen Einzelfall. Hiermit werden der **Bundesnetzagentur** jegliche **Ermessensspielräume** für künftig anstehende Frequenzvergaben **genommen**.“¹³

Die **Fachliteratur** diskutiert die Grenzen für den Gesetzgeber eher kontrovers.¹⁴ Die Diskussion knüpft zwar an die unionsrechtlichen Vorgaben für die Regulierung der Netzentgelte im Energiesektor an. Die Literatur diskutiert das energierechtliche Urteil C-718/18 aber vielfach als Klärung für das grundsätzliche Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Regulierungsbehörde, und insoweit wohl sektorübergreifend.¹⁵ *Bertram* sieht die Spielräume für eine „normativ-konditionale Vorstrukturierung“ der Bundesnetzagentur als eher eng an.¹⁶ *Meinzenbach/Klein/Uwer* verweisen auf

10 Urteil vom 20. Oktober 2021, 6 C 8.20, Rn. 87, <https://www.bverwg.de/de/201021U6C8.20.0>.

11 Rn. 86.

12 https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2021/BJNR185810021.html.

13 <https://dserver.bundestag.de/brd/2021/0325-1-21.pdf>, S. 2.

14 Übersicht: Wissenschaftliche Dienste, Zur Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, WD 3 - 3000 - 052/24, <https://www.bundestag.de/resource/blob/1011308/1d63ba5879c3f6dcdf81905f11210a92/WD-3-052-24-pdf.pdf>; siehe auch: Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, WD 5 - 3000 - 044/22, <https://www.bundestag.de/resource/blob/894046/b2471e88e3a1020b209aa370e92eaffc/WD-5-044-22-pdf-data.pdf>; siehe ferner: *Bertram*, N&R 2023, 130; *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 304; *Missling/Eberleh*, IR 2021, 250; *Scholtka*, EuZW 2021, 893; *Schwintowski*, EWeRK 2021, 252.

15 Siehe z. B. *Cornils*, N&R 2021, 194, 200 (bei Fn. 41); *Hammen*, WM 2023, 1; *Wendel*, EuR 2022, 327, 360, Fn. 233.

16 *Bertram*, N&R 2023, 130, 132, für den Bereich Netzentgelte im Energierecht. Spielräume des nationalen Gesetzgebers im Bereich der Regulierung von Energienetzentgelten verneint auch *Scholtka*, EuZW 2021, 893, 901. Ähnlich *Schwintowski*, EWeRK 2021, 252: „[Wegnahme des] Grundentscheidungen strukturierenden Rechtsrahmen[s] [durch den EuGH]“.

die Interpretationsspielräume, die das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-718/18 ermögliche. So habe der EuGH nicht entschieden, wo genau die Grenze zwischen zulässiger Rahmensetzung (Grundsatzentscheidung) und unzulässiger Kompetenzbeschränkung der Regulierungsbehörde durch detaillierte Vorgaben verlaufe. Solange auf Unionsebene nur programmsatzartige Zielvorgaben existierten, spreche viel dafür, dass der deutsche Gesetzgeber berechtigt bleibe, in Konkretisierung der unionsrechtlichen Vorgaben verbindliche materiell-rechtliche Maßstäbe zu setzen.¹⁷ *Missling/Eberleh* stellen darauf ab, ob es sich um wesentliche, für die regulierten Unternehmen grundrechtsrelevante Fragestellungen handle (dann Spielraum des Gesetzgebers), oder ob eher „administrativ zu entscheidende ökonomischtechnische Themen im Fokus“ stünden.¹⁸

Konkrete Latenzzeiten oder konkrete Flächenabdeckungen sind eher Detailvorgaben. Ferner sind solche Vorgaben auch mit Blick auf den Einzelfall zu sehen (technischer Fortschritt, Wettbewerbssituation, regionale Unterschiede, Wechselwirkung mit anderen Maßnahmen, etc.), dem ein Ermessensspielraum Rechnung trägt. So ist z. B. denkbar, dass nur ein Wettbewerber in der Lage ist, einen bestimmten Mindestwert einzuhalten.¹⁹ Damit sprechen schlüssige Argumente dafür, konkrete Latenzzeiten oder konkrete Flächenabdeckungen – je nach Ausgestaltung – eher als **unzulässige** Vorgaben an die Bundesnetzagentur anzusehen. Zugleich ist aber auch – zumindest theoretisch – denkbar, dass Mindestwerte so weit gefasst sind oder ihre Umsetzung einer so langen Frist unterliegt, dass sie den Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur **nicht unzulässig** einschränken.

17 Meinzenbach/Klein/Uwer, N&R 2021, 304, 307.

18 Missling/Eberleh, IR 2021, 250, 252.

19 Zu den im Einzelfall von der Bundesnetzagentur berücksichtigten Abwägungsparametern vgl. etwa die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz, BK1-17/001, Rn. 226 ff., https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Projekt2018/20181126_Auktion2019Entscheidungen_III_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=1.