



Ausarbeitung

Zur künftigen Nutzung der 450-Megahertz-Frequenz

Zur künftigen Nutzung der 450-Megahertz-Frequenz

Aktenzeichen: WD 5 - 3000 - 096/20
Abschluss der Arbeit: 22.10.2020
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft und Verkehr, Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

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.	Einleitung	4
2.	Grundsätze der Frequenzzuteilung	5
3.	Zuteilung der Frequenzen im Bereich 450 Mhz	6
3.1.	Stand des Verfahrens	6
3.2.	BDBOS: Funkdienste für die Energiewirtschaft	7
3.2.1.	Telekommunikationsrecht	7
3.2.1.1.	Energiewirtschaft unmittelbar nutzungsberechtigt?	7
3.2.1.2.	Nutzungsüberlassung an Energiewirtschaft?	8
3.2.1.3.	Gesetzliche Aufgabe der BDBOS	9
3.2.1.4.	Art. 87f Grundgesetz	10
3.2.2.	Beihilferecht	11
3.2.2.1.	BDBOS	11
3.2.2.2.	Energiewirtschaft	12
3.2.3.	Wettbewerbsrecht	12
3.3.	Gesellschaft des Bundes und der Energiewirtschaft	12
3.3.1.	Öffentlich-private Partnerschaft	12
3.3.2.	Telekommunikations-, Beihilfe- und Wettbewerbsrecht	13
3.3.3.	§ 65 BHO	13

1. Einleitung

Derzeit besitzen zwei Zuteilungsinhaber die Lizenz zur Nutzung der 450-Mhz-Frequenz (Deutsche Telekom; 450connect GmbH). Teilweise nutzt bereits der Energiesektor die Frequenz zur Steuerung der Stromnetze, insbesondere für die Notfallkommunikation.¹ Das Nutzungsrecht läuft zum 31. Dezember 2020 aus und soll daher neu vergeben werden.² Im Vorfeld haben die folgenden Akteure Interesse an der Nutzung der Frequenz bekundet:³

- Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) und die für deren Digitalfunk zuständige Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOS);
- Bundeswehr;
- Wasser- und Energiewirtschaft.

Die Energiewirtschaft begründet ihr Interesse insbesondere damit, dass die Frequenzen im 450-Mhz-Bereich alternativlos seien, um die Digitalisierung der Energiewende voranzutreiben. Insbesondere die Schwarzfallfähigkeit der Frequenzen sei unabdingbar (Funktionsfähigkeit bei Stromausfall). Ein vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenes Gutachten kommt zum Ergebnis, dass der Frequenzbereich am besten für die Belange der Energiewirtschaft geeignet sei.⁴

Vor diesem Hintergrund werden mehrere Szenarien der Nutzung ab 2021 diskutiert. Darunter sind Szenarien, die die gemeinsame Nutzung der Frequenz durch die BOS und die Wasser- und Energiewirtschaft vorsehen. Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages sind gefragt worden, ob die Szenarien für eine gemeinsame Nutzung grundsätzlich rechtlich zulässig sind.

1 <https://www.hkt.de/450-mhz-interessenskonflikt-rund-um-funkfrequenzen/>: „Die 450connect GmbH, der zweite Lizenzinhaber hingegen, hat auch für die Zukunft Bedarf angemeldet. Denn die Tochter des niederländischen Unternehmens Aliander betreibt über diese Frequenzen regionale Funknetze in Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen. Gemeinsam mit Energieversorgern nutzt das Unternehmen diesen Frequenzbereich, um die Steuerung von Stromnetzen sicherzustellen, sowie deren Notfallkommunikation.“

2 <https://www.hkt.de/450-mhz-interessenskonflikt-rund-um-funkfrequenzen/>.

3 WIK, Digitalisierung der Energiewende Topthema 3: TK-Netzinfrastruktur und TK-Regulierung, Berichtsjahr 2018, S. 7 f., <https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2019/digitalisierung-der-energiewende.pdf>.

4 WIK, Digitalisierung der Energiewende Topthema 3: TK-Netzinfrastruktur und TK-Regulierung, Berichtsjahr 2018, S. 7 f., <https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2019/digitalisierung-der-energiewende.pdf>.

2. Grundsätze der Frequenzzuteilung

Bei Frequenzen handelt es sich um physikalisch begrenzte Ressourcen. Daher gilt gemäß § 55 Abs. 1 **Telekommunikationsgesetz** (TKG)⁵ der Grundsatz, dass jede Frequenznutzung einer vorherigen **Frequenzzuteilung** bedarf. Zuständig für die Frequenzzuteilung ist die Bundesnetzagentur (BNetzA).⁶

Die Zuteilung von Frequenzen durch die BNetzA hat zweckgebunden nach Maßgabe des Frequenzplans und diskriminierungsfrei im Rahmen eines nachvollziehbaren und objektiven Verfahrens zu erfolgen, § 55 Abs. 1 TKG. Die Frequenzzuteilung enthält u.a. Bestimmungen zu Art- und Umfang der Frequenznutzung, soweit dies zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen erforderlich ist.⁷

Das Verfahren für die Zuteilung von Frequenzen richtet sich grundsätzlich nach § 55 TKG. Danach erfolgt die Zuteilung in der Regel von Amts wegen über eine **Allgemeinzuteilung** in Form einer Allgemeinverfügung. Bei einer solchen generellen Freigabe des betreffenden **Frequenzspektrums** ist es vorab nicht möglich, die künftige Frequenzauslastung detailliert zu bestimmen. Daher scheidet eine Allgemeinzuteilung insbesondere dann aus, wenn einem bestimmten Nutzer die Nutzung bestimmter Frequenzkapazitäten garantiert sein muss.⁸

Ist eine Allgemeinzuteilung nicht möglich, so erfolgt die Vergabe der Nutzungsrechte als **Einzelzuteilung** auf Antrag. Die Zuteilung im Wege der Einzelzuteilung muss dabei erforderlich sein. Sie kann nur dann erfolgen, wenn die Allgemeinzuteilung nicht möglich ist, aber ausreichend **Frequenzen** zur Verfügung stehen, um konkurrierende Anträge in absehbarer Zukunft befriedigen zu können. Typischerweise werden Einzelzuteilungen bei Frequenznutzungen erlassen, die nicht der unmittelbaren Bereitstellung eines kommerziellen Angebots von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit dienen. Ein Beispiel dafür ist der nichtöffentliche Mobilfunk, zu welchem insbesondere der Betriebsfunk zählt (z. B. der Funk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben).⁹

Wenn für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind, liegt **Frequenzknappheit** vor.

5 https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004/BJNR119000004.html.

6 Siehe dazu auch die Arbeit der Wissenschaftlichen Dienste WD 5 – 3000 – 112/20 „Rechtliche Vorgaben für die telekommunikationsrechtlichen Verfahren zur Vergabe und Zuteilung von Mobilfunkfrequenzen“, <https://www.bundestag.de/resource/blob/572428/b31581c0476a0bda6b3a9d7183c074c7/WD-5-112-18-pdf-data.pdf>.

7 WIK Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste, Gutachten Digitalisierung der Energiewende, Topthema 3: TK-Netzinfrastruktur und TK-Regulierung, Berichtsjahr 2018, S. 113, <https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2019/digitalisierung-der-energiewende.pdf>.

8 Vgl. Göddel, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 55 Rn. 9.

9 Vgl. Göddel, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 55 Rn. 15.

In diesem Fall kann die BNetzA gemäß § 55 Abs. 10 TKG anordnen, dass der Zuteilung der Frequenzen ein **Vergabeverfahren** voranzugehen hat. Das Vergabeverfahren wird in § 61 TKG konkretisiert und soll vorrangig als Versteigerungsverfahren ausgestaltet sein. In bestimmten Fällen kann aber auch das Ausschreibungsverfahren gewählt werden. Das Ziel des Versteigerungsverfahrens liegt darin,

„den wirtschaftlichen Knappheitspreis von Frequenzen zu ermitteln. Damit verbunden ist die Erwartung, dass die ersteigerten Frequenzen möglichst optimal eingesetzt und wirtschaftlich und sparsam verwendet werden. Die ökonomische Logik des Versteigerungsverfahrens besteht in der Erwartung, dass das **effizienteste Unternehmen** auch die **größte Zahlungsbereitschaft** für das betreffende Frequenzspektrum aufweist.“¹⁰

Das Ausschreibungsverfahren verfolgt hingegen das Ziel der **Bestenauswahl**, bei der es entscheidend auf die Fähigkeiten und Eigenschaften der Bewerber ankommt.¹¹ § 61 Abs. 5 S. 2 bestimmt als Kriterien: die Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bewerber, die Eignung von vorzulegenden Planungen für die Nutzung der ausgeschriebenen Frequenzen, die Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes und den räumlichen Versorgungsgrad.

3. Zuteilung der Frequenzen im Bereich 450 Mhz

3.1. Stand des Verfahrens

Aufgrund der Interessensbekundung von BOS und der Wasser- und Energiewirtschaft hat die BNetzA die Entscheidung über die Zuteilung der Bundesregierung übergeben. Zuletzt hat die BNetzA einen **Konsultationsentwurf**¹² einer Entscheidung der Präsidentenkammer veröffentlicht über die Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe, zu den Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Ausschreibungsregeln) von Frequenzen in dem Bereich 450 MHz für den drahtlosen Netzzugang. Darin sieht die BNetzA eine **vorrangige Bereitstellung** der Frequenzen für Anwendungen **kritischer Infrastrukturen** vor. Unter „kritischen Infrastrukturen“ werden nach § 2 Abs. 10 Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon verstanden, die den Sektoren Energie, Informationstechnik und Telekommunikation, Transport und Verkehr, Gesundheit, Wasser, Ernährung sowie Finanz- und Versicherungswesen angehören und von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden. Die BNetzA weist aber darin daraufhin, dass das Verfahren „unter dem Vorbehalt einer anderslautenden Entscheidung der Bundesregierung“ stehe. Die Federführung im Bereich des Telekommunikationsrechts liegt beim Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur.

10 Göddel, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 61 Rn. 26.

11 Hahn/Hartl/Dorsch, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage 2018, § 61 Rn. 52.

12 Aufzurufen als PDF unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/450MHz/450MHz-node.html.

3.2. BDBOS: Funkdienste für die Energiewirtschaft

Die BDBOS hat vorgeschlagen, dass sie als Anbieter von Funkdiensten für BOS auch die Energiewirtschaft mit 450-MHz-basierten Telekommunikationsdiensten über eine Mitnutzung teilhaben lässt.¹³ Ein solches Vorgehen insbesondere mit den folgenden Grundsätzen des Telekommunikationsrechts, Beihilferechts sowie Wettbewerbsrechts im Einklang stehen.

3.2.1. Telekommunikationsrecht

3.2.1.1. Energiewirtschaft unmittelbar nutzungsberechtigt?

Damit die BDBOS als Anbieterin von Telekommunikationsdiensten für die Energiewirtschaft fungieren kann, müsste die BNetzA den betreffenden Frequenzbereich zunächst einmal dem BOS-Funk zuweisen.

Für Funkanwendungen der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben sind im **Frequenzplan**¹⁴ bestimmte Frequenzbereiche des nichtöffentlichen mobilen Landfunks, des nichtöffentlichen Festfunks und des Richtfunks ausgewiesen. Die Frequenznutzung für diese Bereiche weist dann „Funkanwendungen der BOS“ aus. Den Frequenzplan erlässt die BNetzA nach Maßgabe der Frequenzverordnung.¹⁵

Auch die Nutzung einer im Frequenzplan für den BOS-Funk ausgewiesenen Frequenz bedarf einer Frequenzzuteilung durch die BNetzA.¹⁶ Eine Zuteilung erfolgt aber **ausschließlich an anerkannte Berechtigte** zur Teilnahme am BOS-Funk.¹⁷ § 2 Abs. 1 S. 4 des Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (**BDBOS-Gesetz – BDBOSG**)¹⁸ bestimmt:

13 Koenig/Prior, Verfassungs- und EU-beihilferechtliche Bewertung staatlicher Angebote von Funkdiensten für die Energiewirtschaft, N&R 2020, 29 (29); Der Tagesspiegel, Energiewirtschaft eskaliert Frequenzstreit (23. Oktober 2019), <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/ueberwachung-und-steuerung-der-stromnetze-energiewirtschaft-eskaliert-frequenzstreit/25148992.html>.

14 Frequenzplan gem. § 54 TKG über die Aufteilung des Frequenzbereichs von 0 kHz bis 3.000 GHz auf die Frequenznutzungen sowie über die Festlegungen für diese Frequenznutzungen, Stand: Oktober 2019, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/20191202_Frequenzplan.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

15 <https://www.gesetze-im-internet.de/freqv/BJNR332600013.html>.

16 Vgl. Göddel, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 57 Rn. 11.

17 https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Firmennetze/BOS-Funk/bos-funk-node.html.

18 <https://www.gesetze-im-internet.de/bdbosg/BJNR203900006.html>.

„Der Digitalfunk BOS soll den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben des Bundes zur Verfügung stehen sowie der Bundeswehr und, nach Maßgabe des Verwaltungsabkommens nach § 7, den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben in den Ländern.“

Wer konkret als Berechtigter gilt und wie das Zuteilungsverfahren für Frequenznutzungen in diesem Bereich aussieht, ist in der **BOS-Funkrichtlinie**,¹⁹ einer Verwaltungsvorschrift²⁰ geregelt, dort insbesondere § 4. Die Richtlinie erlässt gemäß § 57 Abs. 4 TKG das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat im Benehmen mit den zuständigen obersten Landesbehörden. Die zuteilten Frequenzen des BOS-Funks dürfen **nur** zur Wahrnehmung von **Sicherheitsaufgaben**, die dem anerkannten Berechtigten zur Teilnahme am BOS-Funk durch Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder durch öffentlich rechtliche Vereinbarung übertragen worden sind, genutzt werden.²¹

Unternehmen der **Energie- und Wasserwirtschaft** dürften **nicht** zu dem Kreis der **Berechtigten** nach § 4 BOS-Funkrichtlinie fallen. Es erscheint wohl noch vertretbar, das Anbieten von Telekommunikationsdiensten für **kritische Infrastrukturen** unter den Begriff „Sicherheitsaufgaben“ in § 2 Abs. 1 S. 4 BDBOSG zu subsumieren. Hiergegen könnte aber sprechen, dass der Gesetzgeber es für nötig erachtet hat, die „Bundeswehr“ in § 2 Abs. 1 S. 4 BDBOG ausdrücklich zu erwähnen,²² da sie „grundsätzlich nicht zu den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben zählt“.²³ Entsprechendes ließe sich für kritische Infrastrukturen argumentieren.

3.2.1.2. Nutzungsüberlassung an Energiewirtschaft?

Ein Zuteilungsinhaber einer Frequenz des BOS-Funk darf seine Frequenz nur dann an Dritte überlassen, wenn letzterer ebenfalls zum Kreis der **BOS-Berechtigten** im Sinne der BOS-Funkrichtlinie gehört.²⁴ Beantragt jemand die Zuteilung ohne in der Richtlinie als Berechtigter aufgeführt zu sein, jedoch geltend macht, zu dem berechtigten Kreis zu gehören, so hat die BNetzA den Vorgang dem BMI zur Vorabklärung vorzulegen. Das BMI muss sodann gemäß § 57 Abs. 4 S.

19 Bestimmungen für Frequenzzuteilungen zur Nutzung für das Betreiben von Funkanlagen der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) vom 7. September 2009, <https://www.bdbos.bund.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Gesetzestexte/BOS-Funkrichtlinie.pdf?blob=publicationFile&v=2>.

20 Vgl. Göddel, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 57 Rn. 11.

21 https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Firmennetze/BOS-Funk/bos-funk-node.html.

22 Siehe oben bei Fn. 18.

23 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des BDBOS-Gesetzes, BR-Drs. 548/18, S. 4, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2018/0548-18.pdf>.

24 Vgl. die Verwaltungsvorschriften für Frequenzzuteilungen zur Nutzung von Funkanwendungen der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS-Funk) in 5.4, https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Verwaltungsvorschriften/VV_BOS.pdf?blob=publicationFile&v=6.

3 TKG nach Anhörung der sachlich zuständigen obersten Bundes- und Landesbehörden über die Antragsberechtigung entscheiden.²⁵

§ 58 TKG enthält Bestimmungen, nach denen von der regulären Zuteilung i. S. des § 55 TKG **abgewichen** werden kann.

Gemäß § 58 Abs. 1 TKG können Frequenzen, bei denen eine effiziente Nutzung durch einen Einzelnen allein nicht zu erwarten ist, auch mehreren zur **gemeinschaftlichen Nutzung** zugeteilt werden. Dabei haben die Inhaber dieser Frequenzzuteilungen Beeinträchtigungen hinzunehmen, die sich aus einer bestimmungsgemäßen gemeinsamen Nutzung der Frequenz ergeben. Ob § 58 Abs. 1 EnWG auch die gemeinsame Nutzung der 450-Mhz-Frequenz durch die BOS und die Energiewirtschaft erfasst, dürfte vor allem von folgenden zwei Aspekten abhängen:

- **Technische Machbarkeit:** Hier fällt insbesondere ins Gewicht, ob eine störungsfreie gemeinsame Nutzung möglich ist. Dies ist eine Frage der künftigen technischen Rahmenbedingungen.
- **Ausgestaltung der Nutzung:** Hier fällt insbesondere ins Gewicht, nach welchen künftigen Regeln die Nutzung durch die Energiewirtschaft erfolgt.

§ 58 Abs. 2 TKG räumt der BNetzA ein Ermessen an, in begründeten Einzelfällen, insbesondere zur Erprobung innovativer Technologien in der Telekommunikation oder bei kurzfristig auftretendem Frequenzbedarf, von den im **Frequenzplan** enthaltenen Festlegungen bei der Zuteilung von Frequenzen befristet **abzuweichen**. Der Wortlaut „in begründeten Einzelfällen“ weist darauf hin, dass die BNetzA nicht in übermäßigem Maße von der Möglichkeit Gebrauch machen soll.²⁶ Für den vorliegenden Sachverhalt dürfte § 58 Abs. 2 TKG eher nicht relevant sein, da das Gesetz nur von einer „befristeten Abweichung“ von den Festlegungen im Frequenzplan spricht.

3.2.1.3. Gesetzliche Aufgabe der BDBOS

§ 2 Abs. 1 S. 1-3 BDBOSG lauten:

„Die Bundesanstalt hat die Aufgaben, den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (Digitalfunk BOS) aufzubauen, zu betreiben und seine Funktionsfähigkeit sicherzustellen. Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat kann im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen sowie mit den im Einzelfall zuständigen weiteren Bundesministerien der Bundesanstalt darüber hinaus Planung, Aufbau, Betrieb und Sicherstellung der Funktionsfähigkeit weiterer staatlicher Kommunikationsinfrastrukturen des Bundes sowie Aufgaben, die sich aus dem Zusammenwirken von Bund und Ländern bei

25 Vgl. Hahn/Hartl/Dorsch, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Auflage 2018, § 57 Rn. 12.

26 Vgl. Hahn/Hartl/Dorsch, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, 3. Auflage 2018, § 58 TKG Rn. 10.

der Planung, Errichtung, dem Betrieb und der Sicherstellung ihrer staatlichen Kommunikationsinfrastrukturen ergeben, übertragen. Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahr.“

Wie bereits oben erwähnt,²⁷ erscheint es u. U. vertretbar, das Anbieten von Telekommunikationsdiensten für **kritische Infrastrukturen** unter die Begriffe „Sicherheitsaufgaben“ und „öffentliches Interesse“ zu subsumieren. Hiergegen könnte aber sprechen, dass der Gesetzgeber es für nötig erachtet hat, die „Bundeswehr“ in § 2 Abs. 1 S. 4 BDBOG ausdrücklich zu erwähnen,²⁸ da sie „grundsätzlich nicht zu den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben zählt“.²⁹ Entsprechendes ließe sich für kritische Infrastrukturen argumentieren.

3.2.1.4. Art. 87f Grundgesetz

Die Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht³⁰ ist nicht im Detail Gegenstand dieser Arbeit. Gleichwohl ist folgender Hinweis grundsätzlich von Belang:

„Aus verfassungsrechtlichen Gründen wäre insbesondere eine Mitnutzung der BOS-Infrastruktur durch die Energiewirtschaft zwingend auf die kritische Kommunikation beschränkt und dürfte die daneben bestehende marktliche Kommunikation nicht umfassen.“³¹

Hierbei könnte wohl auch Art. 87f Grundgesetz eine Rolle spielen. Nach Abs. 2 S. 1 werden Dienstleistungen der Telekommunikation „als **privatwirtschaftliche** Tätigkeiten“ erbracht. Nur für **Hoheitsaufgaben** gilt nach Abs. 2 S. 2:

„Hoheitsaufgaben im Bereich [...] der Telekommunikation werden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt.“

27 Siehe oben bei Fn. 23.

28 Siehe oben bei Fn. 18.

29 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des BDBOS-Gesetzes, BR-Drs. 548/18, S. 4, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2018/0548-18.pdf>.

30 Hierzu im Detail: Koenig/Prior, Verfassungs- und EU-beihilferechtliche Bewertung staatlicher Angebote von Funkdiensten für die Energiewirtschaft, N&R 2020, 29-36.

31 BT-Drs. 19/18629, S. 6 – Antwort der Bundesregierung auf Frage 15 („Welche Probleme sieht die Bundesregierung bei einer, wie von den BDBOS vorgeschlagenen, Mitnutzung der BOS-Infrastruktur durch die Energiewirtschaft für die Digitalisierung der Energiewende und zum Smart-Meter-Rollout (insbesondere die Smart-Meter-Gateway-Infrastruktur)?“).

Zu dem Begriff „Hoheitsaufgaben“ sind

„im Gesetzgebungsverfahren Fragen der Standardisierung und Normierung, die Funkfrequenzverwaltung, die Erteilung von Genehmigungen und die Vorsorge für den Krisen- und Katastrophenfall genannt worden.“³²

Hierzu ließe sich auch die Vorsorge für **kritische Infrastrukturen** zählen.

3.2.2. Beihilferecht

Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)³³ lautet:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Bietet die BDBOS privatwirtschaftlichen Unternehmen kritischer Infrastrukturen der Energiewirtschaft Telekommunikationsdienste an, könnte dies den Tatbestand des **Beihilfverbots** nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen. Sowohl die BDBOS als auch die Unternehmen der Energiewirtschaft könnten als Beihilfeempfänger angesehen werden.

3.2.2.1. BDBOS

Wenn die BDBOS Telekommunikationsdienste gegenüber den Unternehmen der Energiewirtschaft anbietet, so handelt sie im Sinne des Beihilferechts mit Unternehmenseigenschaft. Die Herstellungskosten ihrer angebotenen Dienste werden jedoch, da die BDBOS eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist, aus staatlichen Mitteln gedeckt. Dies könnte das Merkmal der **Begünstigung** begründen. Es ist aber auch denkbar, dass die öffentliche Hand eine marktübliche Gegenleistung erhält für die Finanzierung des BOS-Digitalfunknetzes (vgl. § 9 S. 2 BDBOSG), so dass **keine Begünstigung** vorliegt.³⁴ Dies ist Frage der künftigen Ausgestaltung im Einzelfall.

32 Möstl, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 91. EL April 2020, Art. 87f Rn. 97.

33 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

34 Koenig/Prior, Verfassungs- und EU-beihilferechtliche Bewertung staatlicher Angebote von Funkdiensten für die Energiewirtschaft, N&R 2020, 29 (32 f.).

3.2.2.2. Energiewirtschaft

Auch möglich wäre eine Begünstigung der Energieunternehmen, wenn diese das 450-MHz-Netz von der BDBOS für ihre kritische Kommunikation zu nicht marktüblichen Entgelten nutzen könnten. Hier gilt das zur BDBOS Ausgeführte entsprechend.³⁵

3.2.3. Wettbewerbsrecht

Sollte die BDBOS als Anbieterin von Funkdiensten für private Unternehmen der Energiewirtschaft fungieren, so wäre auch das Verbot des Missbrauchs einer **marktbeherrschenden** Stellung gemäß § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)³⁶ zu beachten.³⁷ Ob der Tatbestand erfüllt ist, hängt von einer Reihe Faktoren ab, insbesondere der künftigen Ausgestaltung der Telekommunikationsdienste, der Nutzungsbedingungen und der Bandbreite einbezogener Unternehmen. Dies ist Frage des derzeit offenbar noch nicht entschiedenen Einzelfalls. Entsprechendes gilt für die europarechtlichen Kartellvorschriften (u. a. Art. 82 EG-Vertrag: „missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“).

3.3. Gesellschaft des Bundes und der Energiewirtschaft

3.3.1. Öffentlich-private Partnerschaft

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) und das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat und das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) haben einen Kompromissvorschlag unterbreitet. Dieser sieht vor, dass die Energiewirtschaft und der Bund eine **gemeinsame Gesellschaft** gründen, welche die 450-MHz-Frequenz zugeteilt bekäme. Solche gemeinsamen Gründungen oder Beteiligungen des Staates mit privaten Akteuren werden vielfach statt in deutscher Sprache mit dem englischen Ausdruck „Public Private Partnership“ umschrieben.³⁸ Im konkreten Fall sollen beide Interessenten die Frequenz gemeinsam nutzen können. Das Planen, Aufbauen und Betreiben der Gesellschaft soll die BDBOS übernehmen.³⁹

35 Siehe auch Koenig/Prior, Verfassungs- und EU-beihilferechtliche Bewertung staatlicher Angebote von Funkdiensten für die Energiewirtschaft, N&R 2020, 29 (33 ff.).

36 <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html>.

37 Siehe Ausführungen zur Frage, ob die BDBOS gegen das Missbrauchsverbot verstoßen würde: Koenig, Verfassungs-, wettbewerbs- und EU-beihilferechtliche Bewertung des Umsetzungsvorschlages der BDBOS als Betreiber von Funkdiensten für die Energiewirtschaft, 28. November 2019, S. 44 ff., http://www.profkoenig.de/pdf/Rechtsgutachten-Prof-Koenig_Vergabe-450-MHz-Frequenzen_final.pdf.

38 <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/oeffentlich-private-partnerschaften-oepp-54537>; siehe im Detail: Becker, Rechtsrahmen für Public Private Partnership – Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?, ZRP 2002, 303 (306); Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011, 865.

39 <https://www.spiegel.de/wirtschaft/peter-altmaier-und-horst-seehofer-streiten-um-frei-werdende-funkfrequenzen-a-d7ba2fa6-bdbd-4d53-a58c-72cd93bafca2> (vom 22. September 2020).

3.3.2. Telekommunikations-, Beihilfe- und Wettbewerbsrecht

Über die konkrete Ausgestaltung dieses Vorschlags ist aus offenen Quellen nur wenig bekannt. Insoweit ist eine rechtliche Bewertung derzeit allenfalls ansatzweise möglich. Es **gelten** jedoch gleichermaßen alle oben unter 3.2. genannten **Grundsätze** im Bereich des Telekommunikationsrechts, Beihilferechts sowie des Wettbewerbsrechts. Diese dürften sich wohl nicht umgehen lassen, indem zwischen BDBOS und Unternehmen der Energiewirtschaft eine Gesellschaft zwischengeschaltet wird.

3.3.3. § 65 BHO

Gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 1 **Bundeshaushaltsordnung** (BHO)⁴⁰ soll sich der Bund an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn ein **wichtiges Interesse des Bundes** vorliegt und sich der vom Bund angestrebte Zweck **nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise** erreichen lässt.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot macht es erforderlich zu prüfen, ob nicht ein Tätigwerden des Bundes in weniger bindender Form als einer kapitalmäßigen Beteiligung, etwa durch die Einschaltung von Behörden oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts, durch die Übernahme von Sicherheiten, die Gewährung von Darlehen oder Zuwendungen oder Kooperationen in Form schuldrechtlicher Verträge ausreichen würde (**Subsidiaritätsprüfung**). Auch eine Aufgabenerfüllung durch Private ist vorher in Betracht zu ziehen.⁴¹ Maßgeblich ist die Wirtschaftlichkeit auf lange Sicht. Die Verwaltung besitzt bei der Beurteilung der Subsidiarität einen tatsächlichen Einschätzungsspielraum, der aber gerichtlich überprüfbar ist.⁴²

Grundsätzlich ist es **nicht** von vornherein **ausgeschlossen**, dass eine künftige Gesellschaft der BDBOS haushaltsrechtlichen Vorschriften genügen würde. Ob dies aber im Ergebnis der Fall ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung und den entsprechenden getroffenen Annahmen ab, aus der sich insbesondere die Wirtschaftlichkeit und Handlungsalternativen ergeben.

40 <https://www.gesetze-im-internet.de/bho/BJNR012840969.html>.

41 Vgl. Wernsmann, in: Gröpl, Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Auflage 2019, BHO § 65 Rn. 7.

42 Vgl. Lewinski/Burdat, Bundeshaushaltsordnung, 1. Auflage 2013, BHO § 65 Rn. 7.