

Wettbewerbsförderung nach § 105 TKG im Lichte des EU-Beihilfenrechts

– Kurzgutachten im Auftrag der Freenet AG –

von Prof. Dr. Stefan Korte, Dipl.-Kfm. und Prof. Dr. Mario Martini, beide DUV Speyer¹

Der unionale TK-Kodex hat den normativen Rahmen für die telekommunikationsrechtliche Frequenzordnung (§§ 87 ff. TKG) nachhaltig verschoben. Insbesondere führte der deutsche Gesetzgeber (in Umsetzung der sekundärrechtlichen Vorgaben) die Regelung des § 105 TKG ein, um den Wettbewerb im Zusammenhang mit der Zuweisung von Frequenznutzungsrechten zu fördern. Diese neue Vorschrift kann im Zuge der Ende 2025 anstehenden Neuzuweisung in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz zum Züglein an der Waage werden. Denn ausweislich ihres Konsultationspapiers² favorisiert die Bundesnetzagentur es, diese ursprünglich durch Versteigerung zugeteilten Frequenznutzungsrechte übergangsweise (bis zum Auslaufen anderer Frequenznutzungsrechte) zu verlängern. Sie möchte auf eine Vergabe im wettbewerblichen Verfahren zunächst verzichten, um dann später eine deutlich höhere Anzahl an Frequenzbändern gemeinsam auf dem Markt der Netzbetreiber anbieten zu können. Den jetzigen Frequenzinhabern dürften dadurch im Übergangszeitraum erhebliche Vorteile erwachsen, insbesondere weil sich der Netzbetreibermarkt zwischenzeitlich verändert hat und weitere Anbieter in den Startlöchern stehen. § 105 TKG könnte die Bundesnetzagentur dazu zwingen, kompensierende Maßnahmen zu ergreifen, um etwaige Vorteile auszugleichen. Die Autoren leuchten die Grenzen des Handlungsräums aus, der der Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über das weitere Schicksal der Frequenznutzungsrechte zur Verfügung steht. Es zeigt sich, dass eine unentgeltliche Verlängerung insbesondere aus beihilfenaufsichtsrechtlichen Gründen von geeigneten Kompensationsmaßnahmen begleitet werden muss, um Wettbewerbsneutralität herzustellen.

¹ Die Verfasser haben die Lehrstühle für Öffentliches Recht, insb. Öffentliches Wirtschafts- und Klimaschutzrecht (Korte) sowie für Verwaltungswissenschaft, Staats-, Verwaltungs- und Europa-recht (Martini), an der DUV Speyer inne.

² Bundesnetzagentur, Konsultationspapier 09/2023 (BK 1-22/001).

Inhaltsübersicht

A. TATBESTAND DES § 92 ABS. 2 NR. 4 TKG I. V. M. § 105 TKG	4
I. AUSDRÜCKLICHE ANFORDERUNGEN DES ABS. 1	4
II. UNGESCHRIEBENE TATBESTANDSMERKMALE?	5
1. <i>Erfordernis beträchtlicher Marktmacht?</i>	5
a) Begründungsversuch	5
b) Überprüfung anhand der gängigen Auslegungsmethoden	6
aa) Wortlautbezogene Erwägungen	6
bb) Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund	6
cc) Normsystematik	7
dd) Teleologie	8
ee) Zwischenergebnis	9
2. <i>Erfordernis einer ähnlich intensiven Wettbewerbsinsuffizienz?</i>	9
3. <i>Erforderlichkeitsgebot?</i>	10
B. RECHTSFOLGE DES § 92 ABS. 2 NR. 4 TKG I. V. M. § 105 TKG	10
I. ENTSCHLIEÜNGSERMESSEN	11
1. <i>Grundlagen</i>	11
2. <i>Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV</i>	12
a) Wirkungs- und nicht Gemeinwohlbezogenheit des Beihilfenrechts	12
b) Beihilfe gleich welcher Art	13
aa) Wirtschaftlich relevante Maßnahme	13
bb) Eingeräumter relevanter Vorteil – Begünstigung	14
(1) Besserstellung (in Gestalt eines Einnahmeverzichts)	14
(2) Verfolgung von Gemeinwohlzielen als Ausschlussgrund	15
(a) Grundlagen	16
(b) Anforderungen	16
(i) Immanente Gemeinwohlverbindung	17
(ii) Gleichbehandlung	19
(a) Grundlagen	19
(β) Systemimmanente Vorgaben	20
(γ) Wettbewerberbezogene Vorgaben	21
(3) Zwischenergebnis	23
cc) Fehlende Gegenleistung	23
(1) Umfang des eingeräumten Vorteils	24
(2) Vorteilkompensation	25
(a) Entrichtung von Zuteilungs- und Nutzungsabgaben?	25
(b) Auferlegung von Netzausbau- und Abdeckungspflichten?	26
(i) Unsicherheiten bei der Wertermittlung	26
(ii) Probleme bei der Festlegung der Kostenstrukturen	27
(iii) Probleme infolge des Auflagencharakters	28
(3) Zwischenergebnis	28
c) Staatlichkeit der Mittel	28
aa) Verfügbarkeit der Mittel – Budgetrelevanz	29
bb) Kontrollierbarkeit der Mittel	32
cc) Zwischenergebnis	34
d) Selektivität	34

e)	(Drohende) Wettbewerbsverfälschung	35
f)	Zwischenstaatlicher Bezug	35
g)	Zwischenergebnis.....	35
3.	<i>Erlaubnisvorbehalt des Art. 107 Abs. 3 AEUV</i>	36
a)	lit. b	36
b)	lit. c	37
c)	Zwischenergebnis.....	38
II.	AUSWAHLERMESSEN	38
1.	<i>Grundlagen</i>	38
2.	<i>Bezüge zur Dienstanbieterebene</i>	39
3.	<i>In Betracht kommende Maßnahmen</i>	41
a)	Netzausbau- bzw. -abdeckungspflichten?	42
b)	Wettbewerbsnahe Ausgleichsmechanismen	42
aa)	Angebotspflicht; Verhandlungsgebot	42
bb)	Vorleistungszugang	43
4.	<i>Ermessensleitende Gesichtspunkte</i>	44
III.	GESAMTERGEBNIS.....	44

Das neue Telekommunikationsrecht eröffnet die Möglichkeit, zugeteilte Frequenznutzungsrechte auch im Falle der Frequenzknappheit³ zu verlängern (§ 92 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 TKG). Wenn die Regulierungsbehörde davon Gebrauch macht, trifft sie eine für den Wettbewerb wesentliche Wegentscheidung: Sie befindet darüber, ob sie den Status quo zugunsten der ursprünglichen Frequenzinhaber aufrechterhält oder ein Vergabeverfahren nach § 100 TKG, also eine Versteigerung oder eine Ausschreibung, durchführt.

Bei dieser Entscheidung hat sie die Notwendigkeit „zu berücksichtigen“, den Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (§ 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 TKG). Der Gesetzgeber nimmt die Bundesnetzagentur insoweit im Wege eines Optimierungsgebotes in die Pflicht, alle regulatorischen Mittel einzusetzen, um einen wirksamen Wettbewerb herzustellen und Anbietern den Zugang zum Markt zu verschaffen.⁴ Nicht umsonst betont der historische Gesetzgeber, dass die Bundesnetzagentur aufgerufen ist, mit ihren Maßnahmen „die Grundlagen für die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs [zu] schaffen“.⁵

Begrenzter Marktzugang zu Frequenzen ist diesem Ansinnen nicht zuträglich, sondern erschwert „den Markteintritt [...] oder Investitionen, den Netzaufbau, die Bereitstellung neuer Dienste oder Anwendungen, Innovationen und den Wettbewerb“.⁶ Deshalb erlaubt § 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 i. V. m. § 105 Abs. 2 S. 1 TKG der Bundesnetzagentur Maßnahmen zur Wettbewerbsförderung.

A. Tatbestand des § 92 Abs. 2 Nr. 4 TKG i. V. m. § 105 TKG

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 105 Abs. 2 S. 1 TKG sind überschaubar. Die Bestimmung nimmt im Wesentlichen auf die Zwecke des Absatzes 1 Bezug: Um die dort normierten Ziele zu erreichen, darf die Bundesnetzagentur „geeignete Maßnahmen“ erlassen.

I. Ausdrückliche Anforderungen des Abs. 1

§ 105 Abs. 1 TKG knüpft an drei Situationen an: Wettbewerbsfördernde Maßnahmen können sowohl die *Zuteilung* von Frequenznutzungsrechten als auch deren *Verlängerung* oder *Änderung* gemäß dem TKG betreffen. In praxi wird insoweit die Hauptverfügung, welche die Zuteilung, Änderung oder Verlängerung regelt, um eine entsprech-

³ Ausf. dazu *Di Fabio*, Rechtsgutachten 1&1, 2024, S. 13ff., 17f.; vgl. zur alten, insoweit keine relevanten Unterschiede aufweisenden Rechtslage auch BVerwG, Az. 6 C 3.10, MMR 2012, 130, Rn. 15.

⁴ Geppert/Schütz/Cornils, TKG, 5. Aufl. 2023, § 2 Rn. 36.

⁵ BT-Drs. 19/26108, 316.

⁶ BT-Drs. 19/26108, 316.

de Nebenbestimmung ergänzt.⁷ Dieser Zusatz muss dann dazu dienen, die in § 105 Abs. 1 TKG genannten Ziele zu erreichen, sich also darauf richten, wirksamen Wettbewerb zu fördern oder Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden.⁸

Ob es um eine auf Unionsebene harmonisierte Frequenz geht oder (wie vorliegend) nicht, ist nicht erheblich. Die Regelung bezieht sich vielmehr auf jedwede Zuweisung von Frequenzen für Telekommunikationsnetze und -dienste im Sinne des § 3 Nr. 61 und 65 TKG – und damit auch auf die Bandbreitenbereiche, bei denen nunmehr⁹ die Verlängerung der Nutzungsdauer ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens im Raum steht.

II. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale?

Jenseits einer Frequenzzuteilungs-/Verlängerungs-/Änderungssituation und einer spezifischen Zielsetzung kennt § 105 Abs. 1 TKG (ebenso wie der dazu textgleiche unionsrechtliche Rahmen aus Art. 52 Abs. 1 TK-Kodex) seinem Wortlaut nach weder Einschränkungen im Kreis der Verfügungsadressaten noch anderweitige sachlich-inhaltliche Restriktionen. Gleichwohl finden sich bisweilen Argumentationsmuster, die wettbewerbsfördernde Maßnahmen der Bundesnetzagentur an zusätzliche Tatbestandsmerkmale knüpfen wollen.

1. Erfordernis beträchtlicher Marktmacht?

Manche fordern, die Maßnahmen im Sinne des § 105 TKG auf Verfügungsadressaten mit beträchtlicher Marktmacht zu beschränken.¹⁰

a) Begründungsversuch

Der Ansatz, § 105 TKG auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu beschränken, stützt sich vor allem auf die Binnensystematik des TK-Kodex: Da Art. 52 Abs. 1 EKEK darauf zielt, wirksamen Wettbewerb zu fördern, der TK-Kodex dieses Ziel aber nicht definiere, müsse man sich an den nach Art. 52 Abs. 2 EKEK möglichen Maßnahmen orientieren, um diese Voraussetzung zu konkretisieren. Da aber namentlich Verpflichtungen auf Vorleistungsebene aufgrund Art. 63 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK i. V. m. ErwGr. 163 und 164 nur gegenüber Akteuren mit beträchtlicher Marktmacht zulässig seien, müsse der Kreis der Verfügungsadressaten auch im Falle von Maßnahmen auf Basis des § 105 Abs. 2 S. 1 TKG auf marktmächtige Akteure beschränkt werden.

⁷ Säcker/Körber/Offenbächer, TKG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 13.

⁸ Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 13.

⁹ Vgl. aber noch Bundesnetzagentur, Frequenzkompass 2020, S. 2f.

¹⁰ Ausf. dazu König, Rechtsgutachten Telefonica, 2023, S. 13ff.; ebenso Fetzer, Gutachten Deutsche Telekom, 2023, S. 10 ff.

Art. 63 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK betrifft allerdings die Zugangsregulierung und steht daher in einem gänzlich anderen Kontext als Art. 52 Abs. 2 EKEK, der sich auf den Marktzutritt (und den Netzausbau) bezieht. Dies erkennt die restriktive Lesart des § 105 TKG zwar ebenfalls; sie versucht dieses Argument jedoch zu entkräften, indem sie darauf verweist, dass sich auch die Erwägungsgründe Nr. 23, 27 und 29 darauf beziehen, wirksamen Wettbewerb herzustellen. Folglich sei das Ziel des § 105 Abs. 1 TKG, einen wirksamen Wettbewerb zu verbürgen, unionsrechtsautonom zu interpretieren und adresiere nur Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht.

b) Überprüfung anhand der gängigen Auslegungsmethoden

Weder dem Wortlaut (a), noch dem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund (b) und der Systematik (c) noch der Teleologie des § 105 TKG (d) wird dieser Ansatz gerecht.

aa) Wortlautbezogene Erwägungen

Betrachtet man den Wortlaut des Art. 52 Abs. 2 EKEK sowie des § 105 Abs. 1 TKG, ist das Ziel, den Wettbewerb zu fördern, zwar ein, nicht aber der einzige Anknüpfungspunkt für „geeignete Maßnahmen“ im Sinne dieser Regelungen. Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden, tritt als gleichberechtigtes Ziel daneben. Der Wortlaut des Art. 52 Abs. 2 EKEK bzw. des § 105 Abs. 1 TKG nimmt insoweit keine Engführung auf Verfälschungen eines *wirksamen* Wettbewerbs vor, die den Kreis der tauglichen Verfügbungsadressaten auf solche mit beträchtlicher Marktmacht beschränken könnte. Im Gegenteil setzt das Ziel, Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden, breiter an: Es zielt darauf ab, dass kein Unternehmen auf dem sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt einen Vorteil infolge hoheitlichen Handelns erhält.¹¹ Schon der Wortlaut des § 105 Abs. 1 TKG spricht somit dagegen, den Kreis der Verpflichtungsadressaten auf Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht zu beschränken.

bb) Entstehungsgeschichtlicher Hintergrund

Dass auch der Umsetzungsgesetzgeber nicht davon ausging, Verfügungen auf der Grundlage des § 105 Abs. 2 S. 1 TKG seien nur gegenüber Adressaten mit beträchtlicher Marktmacht möglich, indiziert der Umstand, dass der Gesetzgeber § 3 Nr. 31 TKG a.F. gestrichen hat. Er definierte früher wirksamen Wettbewerb legal als Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht, erklärte diesen Passus aber im Zuge der Umsetzung des TK-Kodex für obsolet. Die Entwurfsbegründung zum Umsetzungsgesetz formulierte:

„Die (umgekehrte) Definition des bisherigen § 3 Nummer 31 war in diesem Kontext ebenfalls irreführend („wirksamer Wettbewerb die Abwesenheit von beträchtlicher Markt-

¹¹ Calliess/Ruffert/Cremer, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Rn. 35 ff.

macht im Sinne des § 11 Absatz 1 Satz 3 und 4“) und zu streichen. Für diese Sichtweise spricht, dass die Kommission beispielsweise mit Artikel 52 und 61 Richtlinie (EU) 2018/1972 neue Eingriffsbefugnisse geschaffen hat für Marktkonstellationen, in denen sie diese mit Blick auf die Wettbewerbsergebnisse, u. a. für Endnutzer, für erforderlich hält (und in denen sie somit – losgelöst von einer Feststellung beträchtlicher Marktmacht – nicht von wirksamem Wettbewerb ausgeht).¹²

Diese Ausführungen zeigen deutlich, dass gerade Art. 52 EKEK und in Fortschreibung dessen auch § 105 Abs. 2 S. 1 TKG nach den Vorstellungen des (historischen) Umsetzungsgesetzgebers eine Rechtsgrundlage vorhält, die wettbewerbsfördernde Maßnahmen auch gegenüber solchen Netzbetreibern ermöglicht, die nicht über eine beträchtliche Marktmacht verfügen. Eine derartige Engführung ist auch deshalb abzulehnen. Sie widerspricht dem klaren Willen des Umsetzungsgesetzgebers.¹³

cc) Normsystematik

Erwägungsgrund Nr. 133 EKEK äußert die regulatorische Sorge, dass „Zugangsverpflichtungen auf der Vorleistungsebene (...) — sofern keine Marktmacht besteht — Geschäftsmodelle behindern (können).“ Daher sei „eine einheitliche und objektive Wettbewerbsprüfung erforderlich und sollte konsequent angewendet werden, wenn solche Bedingungen auferlegt werden.“ Diese Formulierung ist jedoch kein Indiz dafür, dass nur Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht Adressaten von Verfügungen im Sinne des Art. 52 Abs. 2 EKEK sein können.¹⁴ Sie spricht im Gegenteil gerade dafür, dass die Bundesnetzagentur auch ohne dieses Erfordernis Maßnahmen auf Basis des § 105 Abs. 2 S. 1 TKG (in Umsetzung des Art. 52 Abs. 2 EKEK) ergreifen darf.

Der von den Verfechtern einer restriktiven Auslegung des § 105 TKG herangezogenen Vorschrift des Art. 63 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK, der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht adressiert, liegt abgesehen davon eine andere Struktur zugrunde als Art. 52 Abs. 2 EKEK. Denn Art. 63 EKEK bezieht sich nach seinem Absatz 1 auf den Fall, dass „die nationalen Regulierungsbehörden aufgrund dieser Richtlinie nach dem in Artikel 67 genannten Verfahren festzustellen haben, ob Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen“. Der Anwendungsbereich des Art. 63 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK setzt also auf eine Rechtsgrundlage im TK-Kodex auf, die die Feststellung beträchtlicher Marktmacht verlangt; das sind im Wesentlichen die Art. 69 ff. EKEK.

Manche Stellen sich auf den Standpunkt, dass auch § 105 TKG eine Feststellung beträchtlicher Marktmacht erfordere, weil dessen Absatz 2 Satz 4 vorsehe, dass die Bun-

¹² BT-Drs. 19/26108, 244.

¹³ Im Ergebnis ebenso Säcker/Körber/Offenbächer, TKG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 7 f. König, Rechtsgutachten Telefonica, 2023, S. 16.

desnetzagentur den in § 11 Abs. 3 TKG beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen zu berücksichtigen hat.¹⁵ Dieses Berücksichtigungsgebot beschreibt dem Wortlaut nach – auch im Unterschied zu den in Umsetzung der Art. 69 ff. EKEK ergangenen Vorschriften – jedoch keine formale Marktanalyse, an deren Ende eine wie auch immer geartete Entscheidung steht, sondern nennt vielmehr einen Orientierung bietenden Vergleichsmaßstab.¹⁶ Normsystematisch spricht daher auch im Lichte des § 105 Abs. 2 S. 4 TKG nichts für eine restriktive Lesart des § 105 TKG.

dd) Teleologie

Betrachtet man den Sinn und Zweck des § 105 TKG, der Art. 52 EKEK in nationales Recht umsetzt, so stellt man fest: Die recht offene Formulierung des § 105 Abs. 2 S. 1 TKG ist kein Zufall. Der Richtliniengeber hat diese Norm bewusst so gefasst, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass knappe Funkfrequenzen die für das Regulierungsrecht typische Gefahr wettbewerbsaverser Effekte mit sich bringen – etwa weil Anbieter von Telekommunikationsdiensten darauf angewiesen sein können, diese zu nutzen, um Zugang zum Endnutzer zu erlangen. § 105 TKG verfolgt deshalb das Ziel, der Bundesnetzagentur die für wettbewerbskonforme Zustände durch Frequenzregulierung nötigen Befugnisse an die Hand zu geben.¹⁷ Eine Beschränkung auf einen (ohnehin erst im Entstehen begriffenen) Infrastrukturwettbewerb¹⁸ überzeugt daher nicht.

Dass § 105 TKG trotz der anderen in der Frequenzordnung enthaltenen Rechtsgrundlagen ergänzend erforderlich war, folgt daraus, dass sich diese Bestimmung (anders als etwa § 99 Abs. 3 S. 6 TKG) nicht auf sämtliche Regulierungsziele aus den §§ 2, 87 TKG bezieht, sondern nur spezifisch wettbewerbsfördernde Maßnahmen erlaubt. Zwar hat das *BVerwG* zwischenzeitlich festgestellt, dass namentlich Dienstanbieterverpflichtungen nach Umsetzung des TK-Kodex „weiterhin zulässig“¹⁹ sind, und gibt dadurch zu verstehen, dass das auch schon vorher der Fall war. Gewisse Unsicherheiten in der Auslegung des früher geltenden Rechts lassen sich aber nicht leugnen²⁰. Diese will § 105 TKG in Umsetzung des Art. 52 EKEK beseitigen und so (unionsrechtlich induzierte) Rechtssicherheit schaffen.²¹ Für eine Einschränkung des Kreises der tauglichen Verfü-

¹⁵ Ausf. dazu *Fetzer*, Gutachten Deutsche Telekom, 2023, S. 14 ff.

¹⁶ So auch *Freese*, N&R 2021, 149 (154); in diese Richtung wohl auch *Säcker/Körber/Offenbächer*, TKG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 14 f.

¹⁷ *Geppert/Schütz/Korte*, TKG, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 4.

¹⁸ So aber *Fetzer*, Gutachten Deutsche Telekom, 2023, u.a. S. 9, 19, 37 f.

¹⁹ *BVerwG*, Az. 6 C 8.20, ECLI:DE:BVerwG:2021:201021U6C8.20.0, Rn. 98.

²⁰ S. dazu etwa *Ludwigs*, N&R 2018, 262 (266); vgl. auch *Fetzer*, MMR 2018, 63 (64 ff.).

²¹ *Geppert/Schütz/Korte*, TKG, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 7.

gungsadressaten auf solche mit beträchtlicher Marktmacht ist folglich auch aus einer teleologischen Perspektive kein Raum.²²

ee) Zwischenergebnis

§ 105 TKG schränkt den Kreis der Verpflichtungsadressaten nicht auf spezifische Gruppen ein: Es bedarf (danach) keiner beträchtlichen Marktmacht, um Netzbetreibern im Rahmen der Frequenzregulierung Verpflichtungen aufzuerlegen.²³ Die zur früheren Rechtslage ergangene Rechtsprechung des *BVerwG*²⁴ gilt vielmehr nach wie vor.

2. Erfordernis einer ähnlich intensiven Wettbewerbsinsuffizienz?

Auch wenn man den Kreis der tauglichen Verfügungsadressaten nicht auf Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht limitiert, wollen einige Stimmen den Tatbestand des § 105 Abs. 2 S. 1 TKG jedenfalls sachgegenständlich beschränken: Ein Vorgehen der Bundesnetzagentur soll nur dann zulässig sein, wenn Marktstrukturen bestehen, die den Auswirkungen beträchtlicher Marktmacht in ihrer Gravität entsprechende, jedenfalls aber signifikante²⁵ Wettbewerbsinsuffizienzen hervorbringen. Dieser Ansatz stützt sich vor allem darauf, dass marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen auch nach der verwaltungsgerichtlichen Spruchpraxis nur ausnahmsweise in Betracht kommen sollen.²⁶ Das *BVerwG* formuliert indes wie folgt:

„Auch das Regelungssystem der Marktregulierung weist in Bezug auf die Voraussetzung der beträchtlichen Marktmacht Differenzierungen auf. So geht § 18 Abs. 1 Satz 2 TKG davon aus, dass Betreibern, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, die gleichen Zugangsverpflichtungen auferlegt werden können wie den Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht (vgl. Scherer, in: Fetzer/Scherer/Graulich <Hrsg.>, TKG, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 9; Hölscher, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 18 Rn. 40 f.). Selbst wenn der Verzicht auf das Erfordernis des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen danach nur unter besonderen Voraussetzungen gilt (Fetzer, MMR 2018, 63 <65 f.>), zeigt sich, dass das System der Marktregulierung Ausnahmen von dem Grundsatz zulässt, dass Zugangsverpflichtungen nur bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden können.“

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass sich der Ausnahmeharakter marktmachtunabhängiger Zugangsverpflichtungen strikt auf das Recht der Marktregulierung beschränkt – und nicht zugleich auch die Frequenzregulierung erfasst. Denn die besonderen Voraussetzungen, um die es in dieser Passage geht, beziehen sich auf Maßnahmen

²² Säcker/Körber/*Offenbächer*, TKG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 14.

²³ Im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne (derart dezidierte) Begründung *Freese*, N&R 2021, 149 (155); vgl. auch Säcker/Körber/*Offenbächer*, TKG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 7 f.

²⁴ *BVerwG*, Az. 6 C 8.20, ECLI:DE:BVerwG:2021:201021U6C8.20.0, Rn. 43ff.

²⁵ *Fetzer*, Gutachten Deutsche Telekom, 2023, S. 12 ff.

²⁶ *König*, Rechtsgutachten Telefonica, 2023, S. 18ff.; ähnl. *Fetzer*, MMR 2021, 190 (192f.).

im Sinne des früheren § 18 TKG für den Fall der Zugangskontrolle ohne beträchtliche Marktmacht. Das *BVerwG* führt sie deshalb auch nur an, um folgenden Erst-Recht-Schluss zu begründen: Wenn schon die Marktregulierung das Aufgriffserfordernis beträchtlicher Marktmacht nicht konsequent durchhält, dann lassen sich im Bereich der Frequenzregulierung keine strengeren oder gleich strenge Anforderungen stellen.

Erwägungsgrund Nr. 133 S. 3-6 TK-Kodex mahnt zwar für wettbewerbsfördernde Maßnahmen Vorsicht an. Der Umsetzungsgesetzgeber will § 105 TKG überdies explizit auf „besondere(n) Ausnahmefälle“²⁷ beschränken. Das belegt im Lichte des Wortlauts des Art. 52 RL (EU) 2018/1972 sowie des Erwägungsgrundes Nr. 133 jedoch keine Engführung der in § 105 TKG normierten Befugnisse auf Konstellationen, in denen die bestehenden Marktstrukturen signifikante Störungen oder Wettbewerbsinsuffizienzen mit sich bringen, die in ihrer Gravität den Auswirkungen beträchtlicher Marktmacht entsprechen. Stattdessen handelt es sich lediglich um eine rechtsfolgenbezogene Pflicht zu einer besonders sorgsamen Prüfung,²⁸ nicht um eine Engführung im Tatbestand.²⁹

3. Erforderlichkeitsgebot?

Auch das Erforderlichkeitskriterium des § 105 Abs. 2 TKG vermag dessen Engführung auf marktbeherrschende Akteure nicht zu begründen.³⁰ Der Wortlaut dieser Bestimmung beschränkt sich zwar auf erforderliche Maßnahmen und (in Bezug auf die Verknüpfung von Frequenznutzungsrechten mit Bedingungen) auf den Fall, dass die Umstände ein derartiges Vorgehen rechtfertigen. Darin kommt aber letztlich nur das allgemeine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip zum Ausdruck. Das Erforderlichkeitsgebot wirkt deshalb lediglich als ermessensleitende Direktive³¹ – nicht als echtes Tatbestandsmerkmal³².

B. Rechtsfolge des § 92 Abs. 2 Nr. 4 TKG i. V. m. § 105 TKG

Soweit eine Frequenzverlängerung oder -zuteilung Maßnahmen der Wettbewerbsförderung im Sinne des § 105 Abs. 1 TKG nahelegt, gesteht die Vorschrift der Bundesnetzagentur ein erhebliches Maß an Entscheidungsautonomie zu. Sie kann im Grundsatz frei entscheiden, ob (I.) und wenn ja welche (II.) wettbewerbsfördernden Maßnahmen zu erlassen sind. Die damit einhergehenden Optionen rücken etwaige Maßnahmen, die

²⁷ Siehe dazu auch BT-Drs. 19/26108, 316.

²⁸ Ähnl. Säcker/Körber/*Offenbächer*, TKG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 14 ff.

²⁹ Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 16.

³⁰ So aber etwa *König*, Rechtsgutachten Telefonica, 2023, S. 21f.

³¹ Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 16.

³² So aber Säcker/Körber/*Offenbächer*, TKG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 16.

auf Basis des § 105 TKG ergehen, in die Nähe des verwaltungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer³³ Regulierungsermessens^{34 35}.

I. Entschließungsermessen

§ 92 Abs. 1 S. 3 und § 105 Abs. 2 TKG schränken die Entscheidungsautonomie der Bundesnetzagentur durch eine Vielzahl an Direktiven ein, die im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten sind. Höherrangiges Recht kann die regulierungsbehördliche Freiheit zusätzlich auf Null reduzieren.

1. Grundlagen

Das Ermessen, wettbewerbsfördernde Maßnahmen zu treffen, kann insbesondere aufgrund einer Einwirkung der Grundrechte eingeschränkt sein. Denn der Marktzugang von Neuanbietern genießt den besonderen grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit. Es muss sichergestellt sein, dass Newcomer, eine realistische Chance erhalten, auf Mobilfunkfrequenzen mit gleichen Möglichkeiten zugreifen zu können, um ihre Dienstleistungen anbieten zu dürfen. Als Teil eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren erwachsen aus den Grundrechten Anforderungen an die Zugangsmöglichkeiten Dritter.

Denn die Verlängerung von Frequenznutzungsrechten geht mit einer Marktabschottung und einer Verfestigung der bestehenden Marktverhältnisse einher. Sie versperrt Marktkonkurrenten den Zugang zu einer staatlich verwalteten knappen Ressource, die Voraussetzung dafür ist, Mobilfunkleistungen anbieten zu können. Für Dritte errichtet die Entscheidung eine absolute Marktzutrittsbarriere. Wer Zugang zur Netzinfrastruktur erhalten möchte und Produkte auf dem Endkundenmarkt anbieten will, muss sich in der Folge an die Netzbetreiber mit eigener Netzinfrastruktur halten. Das Ermessen der Regulierungsbehörde steht auch deshalb im Dienste der Zielsetzung, einen chancengleichen Wettbewerb der Teilnehmer herzustellen und wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation zu fördern (vgl. auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG).

Nicht nur die Ausstrahlungswirkung der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit³⁶ sowie der Niederlassungsfreiheit der Dienstanbieter in Verbindung mit einer objektiven vorausschauenden Wettbewerbsbeurteilung kann den Handlungsräum, den § 105 TKG der Regulierungsbehörde grundsätzlich zugesteht, verengen,³⁷ sondern auch das unio-

³³ Vgl. BVerwG, Az. 6 C 1.16, ECLI:DE:BVerwG:2017:290317U6C1.16.0, Rn. 32; BVerwG, Az. 6 C 13.12, NVwZ 2014, 589, Rn. 34.

³⁴ Allg. dazu bspw. Schoch/Schneider/Geis, Verwaltungsrecht– VwVfG, 3. Ergänzungslieferung 2022, § 40 Rn. 213ff.

³⁵ Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 28.

³⁶ Dazu ausf. Di Fabio, Rechtsgutachten 1&1, 2024, S. 36ff.

³⁷ Vgl. bspw. Rossi/Sandhu, MMR 2021, 293 (295f.).

nale Beihilfenrecht aus den Art. 107 ff. AEUV.³⁸ Es stellt notifizierungspflichtige Beihilfen unter den Vorbehalt der Erlaubnis. Sie ist zu versagen, wenn die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegen (1.) und die Beihilfe nicht auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden kann (2.).³⁹

2. Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte (b)) Beihilfen gleich welcher Art (a)), die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (c)) den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (d)), sind grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen (e)); Art. 107 Abs. 1 AEUV macht also fünf kumulativ erforderliche Vorgaben.

a) Wirkungs- und nicht Gemeinwohlbezogenheit des Beihilfenrechts

Ob die Verlängerung von Mobilfunkfrequenzen einen legitimen Zweck verfolgt, ist unerheblich dafür, ob eine Beihilfe vorliegt. Der gute Zweck heiligt insoweit nicht die Mittel. Denn das Beihilfenrecht operiert strikt wirkungsbezogen.⁴⁰ Die Ziele, die einer Maßnahme zugrunde liegen – seien sie versorgungs- oder wettbewerbsbezogen – sind nicht auf Tatbestandsebene, sondern allenfalls als Rechtfertigungsgründe relevant. Es kommt somit innerhalb des Art. 107 Abs. 1 AEUV allein darauf an, ob die Frequenzverlängerung den Versteigerungsgewinnern (sei es auf dem Vorleistungsmarkt, sei es auf dem nachgelagerten Markt) einen geldwerten wirtschaftlichen Vorteil zuwendet, der den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten verfälschen kann.

Ob und wenn ja welche Gemeinwohlziele die Bundesnetzagentur mit der avisierten Verlängerung der Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz verfolgt, ist im Lichte des Beihilfenaufsichtsrechts der EU unerheblich. Das regulierungsbehördliche Ansinnen, später mehrere Nutzungsrechte gleichzeitig im wettbewerblichen Verfahren vergeben zu können, um den Netzbetreibern dann eine Konzentration auf bestimmte Bandbreiten zu ermöglichen, entfaltet folglich keine tatbestandsausschließende Kraft, auch wenn dadurch eine effizientere Frequenzverwaltung je Netzbetreiber für die Zukunft mit ggf. positiven Auswirkungen auf Netzabdeckung und -ausbau verwirklicht werden soll.

³⁸ Vgl. *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 156 ff.

³⁹ Die in Art. 107 Abs. 2 AEUV normierten gesetzlichen Ausnahmen greifen mit Blick auf die avisierte Verlängerung nicht.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-279/08P, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 75 – Kommission/Niederlande.

b) Beihilfe gleich welcher Art

Tatbestandlich fordert Art. 107 Abs. 1 AEUV eine Beihilfe gleich welcher Art. Die primärrechtliche Norm meint damit eine Begünstigung in Gestalt geldwerter „Vorteile, die gleich in welcher Form die Belastungen mildern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, und denen gleichzeitig keine angemessene Gegenleistung des Begünstigten gegenübersteht“.⁴¹ Gefordert ist damit letztlich dreierlei – eine wirtschaftlich relevante Maßnahme (aa)), die eine Besserstellung mit sich bringt (bb)) und ohne Gegenleistung des Begünstigten (cc)) bleibt.

aa) Wirtschaftlich relevante Maßnahme

Das Beihilfenaufsichtsrecht der Union ist nur auf wirtschaftlich relevante Maßnahmen anwendbar.⁴² Die Zuwendung muss also von wirtschaftlichem Wert sein. Das versteht sich gerade im Falle hoheitlicher Maßnahmen und daher auch im Falle der Verlängerung bereits erteilter Frequenznutzungsrechte keineswegs von selbst.⁴³ Die hoheitliche Zuteilung von Nutzungsrechten schließt eine wirtschaftlich relevante Maßnahme aber auch nicht per se aus. Sonst liefe die Schutzfunktion der Art. 107 ff. AEUV im Ergebnis leer. Insoweit formulierte das *EuG* in einem der Konstellation einer Verlängerung von Frequenznutzungsrechten vergleichbaren Fall, der die Zuweisung von UMTS-Lizenzen zum Gegenstand hatte:

„Ebenso haben die UMTS-Lizenzen, durch die die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten der Mobilfunkdienste im öffentlichen Radiowellenspektrum genehmigt wird und bei denen es sich um die Verleihung von Rechten zur Inanspruchnahme oder Nutzung des entsprechenden öffentlichen Bereichs handelt, einen wirtschaftlichen Wert, den der Verwalter dieses Raumes bei der Festsetzung der Höhe der von den betreffenden Betreibern zu entrichtenden Abgaben berücksichtigen muss. (...) Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse schließt somit im Rahmen der Vermögensverwaltung einer knappen öffentlichen Ressource wie der Funkfrequenzen, die das öffentliche Radiowellenspektrum bilden, für das ein Zugangs- oder Nutzungsrecht gewährt werden kann, die Berücksichtigung wirtschaftlicher Gegebenheiten nicht aus..“⁴⁴

Genauso wie die Erstzuteilung kann nach diesen Ausführungen des *EuG* auch die Verlängerung von Frequenznutzungsrechten als Ausdruck hoheitlicher Befugnisse wirtschaftliche Relevanz entfalten, jedenfalls wenn eine knappe staatlich verwaltete Res-

⁴¹ Wernsmann/Loscher, NVwZ 2014, 976 (977).

⁴² Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-690/13, ECLI:EU:C:2015:235, Rn. 20 – Trapeza Eurobank Ergasias.

⁴³ S. dazu etwa Immenga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfrenrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 3.

⁴⁴ EuG, Rs. T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 101, 104f. – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission.

source im Raum steht.⁴⁵ Solange die Zahl der Interessenten die Zahl der verfügbaren Frequenzen übersteigt (wie es auch das Konsultationspapier der Bundesnetzagentur unterstellt), haben die Frequenzen daher einen wirtschaftlichen Wert.

Das ergibt sich nicht zuletzt aus § 101 TKG. Diese Norm unterstellt in Fortschreibung des Art. 51 EKEK die Handelbarkeit von Frequenznutzungsrechten, indem sie die Möglichkeit der Flexibilisierung und damit auch des Verkaufs eröffnet. Da nach Art. 51 EKEK im Verbund mit Erwägungsgrund Nr. 132 S. 2 EKEK die Frequenzübertragung „grundätzlich (zu) erlauben“ ist,⁴⁶ folgt auch nichts anderes aus der dafür erforderlichen Freigabeentscheidung der Bundesnetzagentur.⁴⁷ Denn deren insoweit bestehendes Ermessen ist jedenfalls sekundärrechtskonform auszuüben.⁴⁸

Man mag einwenden, dass die in Art. 51 EKEK vorgesehene Option der Flexibilisierung in praxi bisher kaum zum Einsatz gekommen ist. Innerhalb des Beihilfenaufsichtsrechts kommt es darauf allerdings nicht an. Denn die Art. 107 ff. AEUV operieren strikt wirkungsbezogen. Es genügt, wenn das geltende Recht – sei es nun auf nationaler oder unionaler Ebene – einer Rechtsposition einen wirtschaftlichen Wert zuspricht. Denn der Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV lässt es ausreichen, dass Wettbewerbsverfältschungen drohen, und unterstreicht so dessen präventive Zielrichtung.⁴⁹

bb) Eingeräumter relevanter Vorteil – Begünstigung

Ob ein Vorteil im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliegt, bestimmt sich nicht nach dessen Art oder Form, sondern danach, wie sich die Maßnahme tatsächlich im Wettbewerb der Marktteilnehmer bemerkbar macht. Ausreichend, aber auch erforderlich ist im Ausgangspunkt eine geldwerte Besserstellung.

(1) Besserstellung (in Gestalt eines Einnahmeverzichts)

Der Vorteil muss nicht darin bestehen, dass der Mitgliedstaat Unternehmen direkt Geldzahlungen zukommen lässt. Er kann auch indirekt dadurch entstehen, dass der Staat darauf verzichtet, den Marktteilnehmern Leistungspflichten abzuverlangen, die sie sonst zu erbringen hätten.⁵⁰ Es kommt auch nicht darauf an, ob finanzielle Mittel im

⁴⁵ Vgl. *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 157f.

⁴⁶ Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 101 Rn. 16, 4.

⁴⁷ So zur früheren Rechtslage Geppert/Schütz/Göddel, TKG, 4. Aufl. 2013, § 62 Rn. 4, 9.

⁴⁸ Vgl. Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 101 Rn. 9.

⁴⁹ S. dazu etwa Calliess/Ruffert/Cremer, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 37.

⁵⁰ Vgl. EuGH Rs. C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, Rn. 24 – Spanien/Kommission.

Sinne eines Zahlungsstroms übergehen. Es reicht jeder geldwerte Vorteil, also jede Übertragung staatlicher Mittel auf Unternehmen.⁵¹

Dieser Transfer kann auch darin bestehen, Güter zu überlassen, Dienstleistungen zu erbringen⁵² oder Rechtspositionen einzuräumen⁵³. Dem *EuGH* genügt es deshalb auch, dass der Staat den Zugang zu natürlichen Ressourcen oder künstlich geschaffenen Rechten gewährt – etwa indem er Unternehmen handelbare Emissionsrechte zur Verfügung stellt – und bejaht in dieser Konstellation deshalb eine Besserstellung. Denn das Emissionshandels-System schafft dann geldwerte Nutzungsrechte.⁵⁴

Ganz ähnlich liegen die Dinge im Falle der avisierten Maßnahmen der Bundesnetzagentur. Wenn nämlich der Staat den etablierten Mobilfunkanbietern Nutzungszeiträume für knappe zugeteilte Frequenzen verlängert, weist er ihnen zwar nicht unmittelbar Geldzahlungen als Vorteil zu, immerhin aber Frequenznutzungsrechte, denen infolge ihrer Knappheit und Handelbarkeit ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Daher liegt in der avisierten Verlängerung grundsätzlich auch eine beihilfenaufsichtsrelevante Besserstellung in Gestalt einer Rechteübertragung.⁵⁵

(2) Verfolgung von Gemeinwohlzielen als Ausschlussgrund

Wenn der Staat wirtschaftlich wertvolle Rechtspositionen zuteilt, um Gemeinwohlziele zu verwirklichen, setzt er keine finanziellen Mittel ein, sondern ergreift Verwaltungsmaßnahmen, die öffentlichen Zwecken dienen. Die Verfolgung solcher Allgemeininteressen – und damit auch das Ziel, Frequenzen mit Hilfe einer Verlängerung effizient zu nutzen – kann das Beihilfenaufsichtsrecht der EU dann womöglich übersteuern, weil der Mitgliedstaat nicht einzelne Wirtschaftsakteure durch Zuwendungen privilegiert, sondern diese zum Zwecke der Gemeinwohlverwirklichung in seinen Dienst stellen will. Insoweit geht es dann nicht um die Frage, ob der Zuwendungsgegenstand staatlichen Mitteln zuzuordnen ist, sondern darum, ob eine privilegierende Besserstellung⁵⁶ einzelner Marktakteure vorliegt, die das Beihilfenaufsichtsrecht der EU verhindern will.

⁵¹ Vgl. *EuGH*, Rs. C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 14 – Banco de Crédito Industrial; s. auch Immenaga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Band 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 4.

⁵² Vgl. *EuGH* Rs. C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, Rn. 24 – Spanien/Kommission.

⁵³ *EuGH*, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 48ff. – Eventech; *EuG*, Rs. T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 101, 104f. – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission.

⁵⁴ *EuGH*, Rs. C-279/08P, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 103, 106-108 – Kommission/Niederlande; vgl. auch *Pfromm*, *Emissionshandel und Beihilfenrecht*, 2008, S. 103.

⁵⁵ Vgl. *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten, 2023, Rn. 157.

⁵⁶ So auch *EuGH*, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 47 – Eventech.

(a) Grundlagen

Wenn eine hoheitliche Privilegierung zugunsten eines Markakteurs in unmittelbarem Zusammenhang mit nationalen Gemeinwohlzielen steht, neigt die Unionsgerichtsbarkeit dazu, das Beihilfenaufsichtsrecht der Union ggf. nicht greifen zu lassen. So hat der *EuGH* beispielsweise in einem britischen Fall, der einen bevorrechtigten Zugang von Taxiunternehmen zu Busspuren im Londoner Stadtgebiet in der sog. Rush-Hour zum Gegenstand hatte, Bezüge zur Gewährleistung eines sicheren bzw. effizienten Versorgungssystems mit Verkehrsdienstleistungen hergestellt und eine Beihilfe verneint: Das Gericht hatte zu entscheiden, ob die Privilegierung von London-Taxis (sog. black-cabs) einen geldwerten relevanten Vorteil mit sich bringt. Die Taxis dürfen zu bestimmten Rush-Hour-Zeiten die Busspur nutzen, während Funkmietwagen dieses Privileg nicht genießen. In dem Vorteil, den Black Cabs erfahren, sah der *EuGH* einen notwendigen Teil eines sicheren bzw. effizienten Versorgungssystems mit Verkehrsdienstleistungen, der eine Beihilfe ausschließe. Denn die Effizienz des Londoner Straßenverkehrssystems könne den Zugang der Taxis zu den Busspuren erfordern, um Taxidienstleistungen erbringen zu können.⁵⁷ Es gebe keine Pflicht, „von den Nutzern, die ein Recht auf bevorzugten Zugang zu einer öffentlichen Infrastruktur haben, den wirtschaftlichen Wert dieses Rechts als Gegenleistung zu erheben“⁵⁸. In den Worten des *EuGH*⁵⁹:

„In diesem Zusammenhang ist mit der Europäischen Kommission und der EFTA-Überwachungsbehörde davon auszugehen, dass der Staat, wenn er zur Erreichung eines in seiner Regelung vorgesehenen Ziels den Nutzern einer von den Behörden nicht wirtschaftlich genutzten öffentlichen Infrastruktur ein Recht auf bevorzugten Zugang zu dieser gewährt, nicht zwangsläufig einen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einräumt.“

Darüber hinaus ist zu betonen, dass zur Feststellung des verfolgten Ziels grundsätzlich allein die zuständigen nationalen Behörden befugt sind und dass diese in Bezug auf die Frage, ob es erforderlich ist, zur Erreichung des verfolgten Regelungsziels auf potenzielle Einnahmen zu verzichten, und in Bezug auf die Feststellung geeigneter Zuweisungskriterien, die jedoch im Voraus und transparent festzulegen sind und nicht diskriminierend sein dürfen, über ein Ermessen verfügen müssen.“

(b) Anforderungen

Das Beihilfenaufsichtsrecht der EU gesteht den Mitgliedstaaten dort, wo sie mit Hilfe eines Einnahmeverzichts durch unentgeltliche Zuwendung von Rechtspositionen ope-

⁵⁷ EuGH, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 52, 40 – Eventech.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 46 – Eventech.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 48ff. – Eventech.

rieren, um Gemeinwohlziele zu erreichen, durchaus erhebliche Spielräume zu. Die damit einhergehende Autonomie besteht aber nicht grenzenlos. Sie ist an Voraussetzungen geknüpft, die schon auf Tatbestandsebene einer Beihilfe einen Ausgleich zwischen Gemeinwohlverwirklichung und Wettbewerbsneutralität hoheitlicher Zuwendungen erreichen sollen. Es bedarf insbesondere – wie sich aus der Judikatur des EuGH deduzieren lässt – einer immanenten Verbindung des Gemeinwohlziels zum hoheitlich gewährten Vorteil (i); die Zuwendung darf auch nicht diskriminierend sein (ii).

(i) Immanente Gemeinwohlverbindung

Soll eine Maßnahme von den Anforderungen des Beihilfenaufsichtsrechts befreit sein, muss zwischen der Verwirklichung des regulatorischen Ziels und der Zuwendung etwa in Gestalt des Einnahmeverzichts⁶⁰ eine immanente Verbindung bestehen. Dieses Erfordernis zieht insbesondere Begründungslasten in Gestalt von Nachweispflichten nach sich. Es soll verhindern, dass die hoheitliche Zuwendung zum Selbstzweck degeneriert, Gemeinwohlaspekte also nur vorgeschenkt werden, und gewährleistet, dass die Beihilfe tatsächlich Ausdruck nationaler Ordnungspolitik ist. Der EuGH hat das in der Entscheidung zu den London Taxis⁶¹ wie folgt formuliert:

„Was die Frage betrifft, ob ein Zusammenhang zwischen der Erreichung des Regelungsziels, ein sicheres und effizientes Beförderungssystem zu schaffen, und dem Verzicht auf potenzielle Einnahmen aufgrund der Busspurregelung besteht, kann, wie der Generalanwalt in Nr. 30 seiner Schlussanträge zutreffend ausgeführt hat, nicht ausgeschlossen werden, dass es die Erreichung dieses Ziels zumindest teilweise beeinträchtigen könnte, wenn von den London-Taxis eine dem wirtschaftlichen Wert, den ihr Recht auf Zugang zu den Busspuren darstellt, entsprechende Gegenleistung erhoben würde, da dies einen Teil der London-Taxis davon abhalten könnte, diese Spuren zu benutzen.“

Auch die Bundesnetzagentur argumentiert mit dem Ziel einer effizienten Frequenzverwaltung aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG: Die geplante Übergangsregelung solle bewirken, dass zu einem späteren Zeitpunkt mehr Frequenzressourcen in das Verfahren einbezogen und regulierungsinduzierte Knappheiten verhindert werden. Denn ein größerer Zuteilungsrahmen könne betroffenen Unternehmen mehr Zugang zum Frequenzspektrum eröffnen. Er erlaube es den Netzbetreibern, sich mit ihrem Leistungsangebot auf bestimmte Frequenzbereiche zu konzentrieren.⁶² Deren Interesse, einen hinreichenden Zeitraum für Investitionen in Netzinfrastrukturen zur Verfügung zu haben, um Vorher-

⁶⁰ Europäische Kommission, Bekanntmachung über den Beihilfebegriff, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016, Rn. 54.

⁶¹ EuGH, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 51 – Eventech.

⁶² Ähnl. Bundesnetzagentur, Konsultationspapier 09/2023 (BK 1-22/001), S. 40.

sehbarkeit für Planungen zu erfahren, erkennt der Gesetzgeber (in anderem Zusammenhang, namentlich in § 92 Abs. 3 S. 4 TKG) ausdrücklich an.

Um die Flexibilität der Unternehmen im Rahmen der übergreifenden Zuteilungsphase nach erfolgter Anpassung zu gewähren, kann es infolgedessen zwar auf den ersten Blick sinnstiftend sein, die Laufzeiten von Nutzungsrechten für verwandte Frequenzbereiche zu synchronisieren. Ob das Gemeinwohlziel effizienter Frequenzverwaltung mit dem Verzicht auf einen marktgerechten Knapheitspreis in der geforderten immanenten Verbindung steht, ist jedoch keineswegs gesichert. Denn eine effiziente Frequenznutzung lässt sich auch erreichen, wenn die Verlängerung der Nutzungszeit mit ihrem Knapheitswert bepreist wird. Die zugehörigen Kosten hat das Unternehmen normalerweise zu tragen.

Da die Netzbetreiber ein hohes Eigeninteresse haben, den regulatorischen Status quo aufrechtzuerhalten, um ihre Anfangsinvestitionen länger zu nutzen, dadurch deren Verzinsung zu erhöhen und so deren Rentabilität zu steigern, werden sie bereit und willens sein, die dafür erforderlichen Mittel aufzubringen. Dieser Zusammenhang besteht umso mehr, je mehr sie fürchten müssen, im Falle einer Knapheit an Nutzungsrechten ihre Privilegierung zu verlieren. Dass die Unternehmen derartige Kosten normalerweise zu tragen haben, hat der *EuGH* auch in dem Parallelfall einer kostenfreien Zuteilung staatlich verwalteter Emissionszertifikate ausgesprochen:

„In Anbetracht der angeführten Rechtsprechung ist festzustellen, dass die Handelbarkeit der NOx-Emissionsrechte vor allem davon abhängt, dass der Staat zum einen den Verkauf dieser Rechte erlaubt und zum anderen den Unternehmen, die zu viel NOx ausgestoßen haben, gestattet, von anderen Unternehmen die fehlenden Emissionsrechte zu erwerben, und damit der Schaffung eines Marktes für diese Rechte zustimmt (vgl. auch Randnrn. 64, 65 und 87 bis 96 des vorliegenden Urteils). Diese Feststellung ergibt sich auch aus Randnr. 70 des angefochtenen Urteils, in der das Gericht zutreffend ausgeführt hat, dass das Königreich der Niederlande diesen Emissionsrechten dadurch, dass es sie handelbar gemacht habe, einen Marktwert zugewiesen habe.“

Das Vorbringen, die Handelbarkeit dieser Rechte sei eine dem Marktpreis entsprechende Gegenleistung für die Anstrengungen der unter die fragliche Maßnahme fallenden Unternehmen zur Verringerung ihrer NOx-Emissionen, ist nach der in Randnr. 86 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung zurückzuweisen, da die Kosten der Verringerung dieser Emissionen zu den Belastungen gehören, die das Unternehmen normalerweise zu tragen hat.“⁶³

Auch dann, wenn die Bundesnetzagentur die Verlängerung der ursprünglich zugewiesenen Frequenznutzungsrechte bepreisen würde, wäre deren Weiternutzung folglich

⁶³ EuGH, Rs. C-279/08P, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 88f. – Kommission/Niederlande.

gesichert. Der Verzicht auf die dadurch generierten Einnahmen steht somit also in keiner Weise in einer Beziehung zu dem Erfordernis, eine effiziente Frequenznutzung im Verlängerungszeitraum als Gemeinwohlziel zu ermöglichen. Beide Aspekte – Zuwendung und Gemeinwohlverwirklichung – stehen stattdessen vielmehr beziehungslos nebeneinander. Es fehlt die erforderliche immanente Verbindung.

Anders gewendet: Der Anreiz der etablierten Netzbetreiber, ihre Frequenznutzungsrechte länger inne zu haben, ist so groß, dass sie dafür auch einen Preis zahlen würden – und auf die dadurch generierbaren Mittel verzichtet die Bundesnetzagentur. Exakt darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von derjenigen Konstellation, die der Entscheidung des EuGH zu den London Taxis zugrunde lag: Denn dort bestand die Gefahr, dass die Taxifahrer die Busspuren nicht nutzen würden, wenn dafür ein Entgelt verlangt werden würde, was wiederum die Effizienz des Beförderungssystems als maßgebliches Gemeinwohlziel hätte unterminieren können.

(ii) Gleichbehandlung

Obgleich die unionsrechtlichen Beihilferegelungen das mitgliedstaatliche Fachrecht mit seinen Regelungsspielräumen grundsätzlich nicht verdrängen, hebelt es aber die beihilfenrechtlichen Primärregeln, insbesondere das Diskriminierungsverbot, auch nicht aus. Wenn eine staatliche Leistung Beihilfencharakter hat, verliert sie diese Eigenschaft daher noch nicht dadurch, dass das Sekundärrecht die Maßnahme aus fachlichen Gemeinwohlgründen zulässt⁶⁴ ⁶⁵. Sonst stünde den Mitgliedstaaten ein leicht gangbarer Weg offen, um sich durch geschickte Gestaltung ihrer nationalen Rechtsordnung den Vorgaben des unionsrechtlichen Primärrechts zu entziehen. Ob eine Maßnahme einzelne Unternehmen begünstigt, bestimmt sich mithin auch danach, ob der Verzicht auf grundsätzlich zu erbringende Geldleistungen ihnen Vorteile verschafft, die den Wettbewerb verfälschen können. Dafür kommt es darauf an, ob es zu einer Ungleichbehandlung der Bewerber kommt.

(a) GRUNDLAGEN

Der Staat darf ohne Verstoß gegen Beihilfenvorschriften auch auf Einnahmen verzichten, solange er alle Marktakteure, die sich nach den technischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in einer vergleichbaren Situation befinden, gleichbehandelt. Dann handelt es sich nämlich nicht um eine »Begünstigung« im Sinne des Art. 107 Abs. 1

⁶⁴ So wohl Immenga/Mestmäcker/Fetzer, Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, XVI. Abschnitt Rn. 64.

⁶⁵ So auch Monopolkommission, 13. Sektorgutachten, 2023, Rn. 156.

AEUV, weil es der hoheitlichen Maßnahme an Wettbewerbsrelevanz fehlt – aber auch nur dann.

In einem Fall zu französischen Funkfrequenzen⁶⁶ hat das *EuG* einen Forderungsverzicht deshalb als unvermeidbar eingestuft, weil es keine Ungleichbehandlung der Bewerber geben darf: Jeder Interessent muss den Zugang nach gleichen Bedingungen erhalten. Der Verzicht auf denkbare höhere Einnahmen gegenüber einem der Interessenten entsprach mit anderen Worten dem Gebot der Gleichbehandlung. Anders verhält es sich dann, wenn die Maßnahme Bewerber diskriminiert. Der Staat darf nur auf Einnahmen verzichten und so Vorteile gewähren, solange er alle Marktteilnehmer gleichbehandelt – in den Worten der Kommission:

„Wenn der Staat als Regulierungsbehörde fungiert, kann er legitim beschließen, auf eine Maximierung der Einnahmen, die er andernfalls hätte erzielen können, zu verzichten, ohne in den Anwendungsbereich der Beihilfenvorschriften zu fallen, vorausgesetzt, dass alle betroffenen Betreiber im Einklang mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung behandelt werden“⁶⁷

Damit ist die Frage aufgerufen, welche Bezugspunkte das so umschriebene Diskriminierungsverbot des Beihilfenaufsichtsrechts hat. Jedenfalls müssen konkurrierende Unternehmen gleich behandelt werden, soll Art. 107 AEUV nicht greifen. Zudem darf der diskriminierende Vorteil aber auch nicht Teil des der Zuwendung zugrunde liegenden Systems sein. Liegt diese Konstellation vor, kommt das Beihilfenaufsichtsrecht nicht zur Anwendung; der Vorteil ist stattdessen als Teil der verfolgten Gemeinwohlziele systemimmanent.

(β) SYSTEMIMMANENTE VORGABEN

Ist eine mitgliedstaatliche Zuwendung Ausdruck des Wesens bzw. der allgemeinen Struktur eines Regelungssystems, diskriminiert sie grundsätzlich nicht – noch dazu, wenn der Unionsgesetzgeber wie im Telekommunikationsrecht dieses System verantwortet. Das *EuG* hat sich in diesem Kontext zu einem telekommunikationsrechtlichen Beihilfenverfahren wie folgt geäußert:⁶⁸

„Außerdem (stellt) die gemeinschaftliche Regelung der Telekommunikationsdienste durch die Richtlinie 97/13 und die Entscheidung Nr. 128/1999 den Mitgliedstaaten die Wahl des Verfahrens zur Erteilung der Lizenzen frei, solange sie die Grundsätze des freien Wettbewerbs und der Gleichbehandlung beachten. So können die Mitgliedstaaten zwar öffentli-

⁶⁶ EuG, Rs. T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196 – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission, bestätigt durch EuGH, Rs. C-431/07P, ECLI:EU:C:2009:223.

⁶⁷ Europäische Kommission, Bekanntmachung über den Beihilfebegriff, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016, Rn. 54.

⁶⁸ EuG, Rs. T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 108, 110f. – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission.

che Versteigerungen durchführen, sie können sich aber auch wie hier für ein Verfahren der vergleichenden Auswahl entscheiden, denn wesentlich ist nur, dass die Betreiber insbesondere hinsichtlich der Abgaben gleichbehandelt werden. (...)

(...) Beschließen die nationalen Behörden dagegen allgemein, die Lizenzen unentgeltlich zu erteilen, sei es aufgrund öffentlicher Versteigerungen oder aufgrund eines einheitlichen Tarifs, so liegt keine Beihilfe vor, da diese Modalitäten in gleicher Weise für alle betroffenen Betreiber gelten.

Der Umstand, dass der Staat auf Mittel verzichtet hat und dass sich daraus möglicherweise für die von der Herabsetzung der Abgaben Begünstigten ein Vorteil ergeben hat, [reicht] angesichts der Besonderheiten des Telekommunikationsrechts der Gemeinschaft gegenüber dem allgemeinen Recht der staatlichen Beihilfen nicht aus, um das Vorliegen einer mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren staatlichen Beihilfe anzunehmen.“

Der Unionsgesetzgeber gesteht den Mitgliedstaaten gerade im Telekommunikationsrecht vor diesem Hintergrund die Freiheit zu, Nutzungsrechte auch im Falle der Knappheit zu verlängern, statt ein neues Auswahlverfahren zu organisieren. Die Mitgliedstaaten können, so heißt es in Art. 49 Abs. 4 EKEK „die Geltungsdauer von Nutzungsrechten gemäß diesem Artikel anpassen, damit Geltungsdauer der Rechte in einem oder mehreren Frequenzbändern gleichzeitig auslaufen“.

Diese Konstellation scheint auch die Bundesnetzagentur in ihrem Konsultationspapier zugrunde zu legen: Es begründet die Notwendigkeit einer Übergangsregelung insbesondere damit, dass es geboten ist, die auslaufenden mit anderen Frequenznutzungsrechten zusammenzuführen, damit sich die Netzbetreiber auf bestimmte Frequenzbänder konzentrieren und dann im Wege einer übergreifenden Kooperation Synergien heben können, statt wie bisher kleinere Bereiche in allen zur Zuweisung stehenden Bändern zu erwerben, um die eigene Wettbewerbsfähigkeit nicht zu gefährden.⁶⁹

(γ) *WETTBEWERBERBEZOGENE VORGABEN*

Selbst wenn das Telekommunikationsrecht eine Verlängerung erteilter Frequenznutzungsrechte erlaubt, kann sich eine Diskriminierung aber auch aus der unterschiedlichen tatsächlichen und rechtlichen Situation ergeben, in der sich etwaige Wettbewerber befinden. Diesen Aspekt hat der *EuGH* in seiner Entscheidung zu den London Taxis ebenfalls bereits beleuchtet, indem er ihnen die nicht privilegierten Funktaxen gegenüberstellte und eine Diskriminierung im Ergebnis ablehnte. In den Worten des Gerichtshofs:

„Zum einen kann die Feststellung der tatsächlichen und rechtlichen Situation von London-Taxis und Funkmietwagen nicht auf die Situation in dem Marktsegment beschränkt werden, in dem diese beiden Kategorien von Personenbeförderern in direktem Wettbewerb

⁶⁹ Ähnl. *Bundesnetzagentur*, Konsultationspapier 09/2023 (BK 1-22/001), S. 40.

stehen, d. h. dem der Vorbestellung. Es kann nämlich nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, dass sämtliche von London-Taxis und Funkmietwagen durchgeführten Fahrten die Sicherheit und Effizienz des Beförderungssystems auf allen Londoner Straßen beeinträchtigen können. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass aufgrund ihres rechtlichen Status nur London-Taxis auf offener Straße zur Anmietung angeboten werden können, einer Beförderungspflicht unterliegen und erkennbar und in der Lage sein müssen, Rollstuhlfahrer zu befördern und ihre Fahrer ihre Dienstleistungen mit einem Taxameter in Rechnung stellen und über besonders gründliche Kenntnisse der Stadt London verfügen müssen. Folglich befinden sich London-Taxis und Funkmietwagen in so unterschiedlichen tatsächlichen und rechtlichen Situationen, dass davon ausgegangen werden kann, dass sie nicht vergleichbar sind und dass die Busspurregelung den London-Taxis deshalb keinen selektiven wirtschaftlichen Vorteil gewährt.“

Behandelt der Staat Interessenten ungleich, kann es sich dann, wenn er Mittel zuwendet oder auf Einnahmen verzichtet, daher um eine Beihilfe handeln – so etwa, wenn der Staat in das Versteigerungsdesign Gestaltungen implementiert, die einzelne Interessenten geringeren Versteigerungskosten aussetzen, z. B. indem er einzelne Frequenzbereiche für Minderheiten oder kleinere Unternehmen reserviert bzw. ihnen einen Nachlass auf den Versteigerungspreis gewährt.⁷⁰

Bei Frequenzknappheit⁷¹ kommt es bei einer Verlängerung schon deshalb zu einer Ungleichbehandlung, weil sie einzelnen Marktteilnehmern ein Frequenznutzungsrecht zuweist, so dass sie auf das knappe Gut zugreifen können, andere demgegenüber nicht. Die Wahl des Instruments der Verlängerung entfaltet deshalb auch unmittelbare Wettbewerbsrelevanz: Sie verschafft einzelnen Marktteilnehmern gegenüber Konkurrenten einen geldwerten Vorteil.

Während in dem französischen Fall der Zuteilung von – nicht von einem Nachfrageüberhang gekennzeichneten – Mobilfunkfrequenzen⁷² das Gebot der Gleichbehandlung es erforderte, gegenüber einzelnen Interessenten auf eine bereits festgesetzte Forderung zu verzichten, verlangt das Gebot der Gleichbehandlung im Falle der Entscheidung über den Zugriff auf knappe Frequenznutzungsrechte grundsätzlich, den Zugang zu der knappen Ressource nach Maßgabe gleicher Zugangschancen zu eröffnen.

Die einzige Möglichkeit, um der Forderung nach Gleichbehandlung zu entsprechen, liegt dann darin, den Einzelnen gewährten Wettbewerbsvorteil durch einen Knappheitspreis auszugleichen. Dafür muss der Staat nicht notwendig ein Auswahlverfahren etablieren. Denn der Kern der Verlängerung als zulässiges regulierungspolitisches In-

⁷⁰ So auch Immenga/Mestmäcker/Fetzer, Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, XVI. Abschnitt Rn. 65ff.

⁷¹ Ähnl. *Bundesnetzagentur*, Konsultationspapier 09/2023 (BK 1-22/001), S. 13f., 23.

⁷² Vgl. EuG, Rs. T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 101, 104f. – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission, bestätigt durch EuGH, Rs. C-431/07P, ECLI:EU:C:2009:223.

strument besteht gerade darin, den Wettbewerb um eine knappe Ressource auszuschließen. Er muss aber den Vorteil ausgleichen.

(3) Zwischenergebnis

Nicht immer, wenn der Staat ein Recht auf bevorzugten Zugang zu einer nicht wirtschaftlich genutzten öffentlichen Infrastruktur gewährt, räumt er einen wirtschaftlichen Vorteil i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ein. Verlängert er nachträglich die Nutzungszeit für exklusiv zugeteilte knappe Frequenzen, für die jedenfalls ursprünglich ein Zuteilungspreis zu zahlen war, wächst den davon betroffenen Unternehmen aber ein Sondervorteil im Wettbewerb zu.

Das Beihilfenrecht hindert die nationalen Regulierungsbehörden zwar nicht prinzipiell daran, eine Verlängerungsentscheidung auszusprechen. Das Telekommunikationsrecht dispensiert aber umgekehrt auch nicht von den beihilfenrechtlichen Vorgaben. Sie setzen dem Regulierungsermessen der Behörde vielmehr eine Grenze – nicht umgekehrt. Das entspricht dem Hierarchieverhältnis der Normen: Das sekundärrechtliche Regulierungsprogramms des Telekommunikationsrechts lässt einen Verzicht auf ein wettbewerbliches Auswahlverfahren zu, befreit aber nicht von den sonstigen unionsrechtlichen Anforderungen der Wettbewerbsgleichheit.⁷³

Den Verzicht auf ein Entgelt für die Verlängerung als Zuwendung einzuordnen, entspricht insbesondere dem Schutzgehalt des Beihilfenrechts: Dieser zielt im Kern darauf, ungleiche Zutrittsbedingungen für die Marktteilnehmer zu verhindern. Sofern staatliche Maßnahmen durch Verzicht auf eine Einnahmeerzielung asymmetrische Marktzutrittsbedingungen schaffen oder der Maßnahme keine Beziehung zum Ziel einer effizienten Frequenznutzung immanent ist,⁷⁴ handelt es sich um eine Zuwendung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die avisierte Verlängerung der Frequenznutzungsrechte erfüllt beide Bedingungen.

cc) Fehlende Gegenleistung

Eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 AEUV setzt neben dem bestehenden finanziellen Vorteil voraus, dass den (aus freien Stücken gewährten) wirtschaftlich-finanziellen Vorteilen keine angemessene oder marktübliche Gegenleistung des Vorteilsempfängers gegenübersteht. Um feststellen zu können, ob die Netzbetreiber im Falle einer Verlängerung eine Begünstigung ohne Gegenleistung erhalten, ist zunächst der Umfang des einge-

⁷³ So auch *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 156.

⁷⁴ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Wallenberg/Schütte, *Das Recht der EU*, 77. Ergänzungslieferung 2022, Art. 107 AEUV Rn. 15.

räumten Vorteils näherungsweise zu bestimmen. Im Anschluss daran ist nach möglichen Kompensationen zu suchen.

(1) Umfang des eingeräumten Vorteils

Den relevanten Maßstab, um den Umfang des hoheitlich eingeräumten Vorteils zu bestimmen, bildet jedenfalls grundsätzlich das typische Verhalten eines am Markt tätigen Investors (sog. Market-Economy- oder Private Investor-Test). Es kommt also darauf an, ob die staatliche Mittelzuweisung zum Investitionszeitpunkt unter Bedingungen erfolgt, die für einen hypothetischen privaten Investor unter normalen marktwirtschaftlichen Voraussetzungen akzeptabel wären. Soweit der Staat Privaten Rechtspositionen überlässt, eignet sich dieser Maßstab aus der Sicht des *EuGH*⁷⁵ nur bedingt. Denn es ist dann kein privater Investor denkbar, der an die Stelle des Staates treten kann, weil nur er befugt ist, Rechtspositionen zu verleihen. Es sind daher entsprechend allgemeiner Grundsätze⁷⁶ dann die Konditionen zu vergleichen, die ein Unternehmen in Orientierung an der typischen Lastenverteilung am Markt mit und ohne die hoheitliche Intervention normalerweise zu tragen gehabt hätte.⁷⁷ Es bedarf bei summarischer Betrachtung einer vorteilhaften Abweichung von einer allgemeinen Regel.⁷⁸

In Umsetzung dessen gibt es für den Wert des zugeteilten Nutzungsrechts durchaus eine marktliche Anknüpfung: Der Preis, den die Netzbetreiber seinerzeit für die Zuteilung erbracht haben, wurde als Knappheitspreis marktgerecht im Versteigerungsverfahren ermittelt. Eine nachträgliche Verlängerung der Nutzungszeit verschiebt die Relation zwischen Leistung und Gegenleistung: Die Auktionsgewinner erhalten für die Zuschlagspreise, die sie im wettbewerblichen Verfahren als Gegenleistung geboten haben, eine höhere als die seinerzeit im Zuschlag versprochene Gegenleistung, nämlich die nunmehr verlängerte Laufzeit der Frequenznutzungsrechte. Daraus erwächst ihnen ein geldwerter Vorteil. Dessen Höhe besteht nicht nur in dem anteiligen (freilich mit dem Zeitwert zu gewichtenden) Zuschlagspreis für den Verlängerungszeitraum, sondern auch darin, dass sich der Zuschlagspreis im Rahmen der ursprünglichen Versteigerung der Nutzungsrechte vermutlich anders entwickelt hätte, wenn die früher daran interessierten Kreise von der Verlängerung⁷⁹ gewusst hätten⁸⁰.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-124/10P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 78f. – Kommission/Électricité de France u. a.

⁷⁶ Europäische Kommission, Bekanntmachung über den Beihilfebegriff, ABI. C 262/01 vom 19.7.2016, Rn. 67; EuGH, Rs. 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13 – Kommission/Italien.

⁷⁷ Immenga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 46.

⁷⁸ So schon Müller-Graff, ZHR 1988, 403 (418); vgl. auch EuGH, Rs. C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 41 – Adria-Wien Pipeline und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke.

⁷⁹ Gleichsinnig in anderem Kontext auch Fetzer, Gutachten Deutsche Telekom, 2023, S. 7.

⁸⁰ Vgl. Monopolkommission, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 160.

(2) Vorteilskompensation

Den Vorteil könnten verschiedene Maßnahmen bzw. Rechtsfolgen, die mit der avisierten Verlängerung der Nutzungsrechte einhergehen (können), kompensieren.

(a) Entrichtung von Zuteilungs- und Nutzungsabgaben?

Die Verlängerung ist von Gesetzes wegen nicht vollständig kostenfrei: Erhält ein Interessent eine Frequenz ohne wettbewerbliches Verfahren, muss er eine Zuteilungsgebühr zahlen (§ 223 Abs. 1 S. 1, 6 TKG). Die Höhe dieser Gebühr bemisst sich jedoch nicht nach dem Grundgedanken der Vorteilsabschöpfung. Ausweislich des Wortlauts des § 223 Abs. 1 S. 1 TKG soll die Gebührenhöhe vielmehr so bemessen werden, dass die überlassenen Nutzungsrechte im Lichte der §§ 2, 87 TKG einer optimalen Verwendung zugeführt werden (§ 223 Abs. 1 S. 1 TKG). Die allgemeinen abgabenrechtlichen Grundsätze, nach denen zumindest anteilig auch der wirtschaftliche Wert bzw. Nutzen einzubeziehen ist,⁸¹ greifen somit innerhalb der Frequenzordnung nicht.

Für die Richtigkeit dieses Ansatzes spricht auch § 223 Abs. 1 S. 6 TKG: Wenn Frequenzen über § 100 Absatz 5 und 6 TKG im wettbewerblichen Verfahren vergeben werden, sollen keine Gebühren erhoben werden. Darin kommt die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass die Zuteilungsgebühr bereits in den Einnahmen aus wettbewerblichen Verfahren enthalten ist, sie aber gerade nicht vollständig kompensiert. Ganz im Gegenteil kann die Höhe der Zuteilungsgebühr, obgleich § 142 Abs. 7 TKG a.F. inzwischen weggefallen ist, im Rahmen von Versteigerungen bei entsprechender Begründung nach wie vor⁸² herangezogen werden,⁸³ um das Mindestgebot festzulegen.⁸⁴

Die Zuteilungsgebühr ist somit nicht als Gegenleistung für den Wert der knappen Ressourcen „Frequenznutzungsrecht“ konzipiert und fällt auch deshalb ihrer Höhe nach kaum ins Gewicht⁸⁵. Infolge ihrer spezifischen, nicht auf Ausgleich, sondern auf die Zwecke der §§ 2, 87 ff. TKG ausgerichteten Zielsetzungen kann sie selbst dann, wenn sie im Zuge der Verlängerung der Nutzungsrechte erhöht würde, eine Zuwendung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht ausgleichen. Das gilt auch für die nach § 224 TKG zu erhebenden Frequenznutzungsbeiträge, da sie lediglich die laufenden Verwaltungskosten, nicht aber die Zuweisung von Frequenznutzungsrechten kompensieren sollen.⁸⁶

⁸¹ Vgl. dazu Geppert/Schütz/ders., TKG, 5. Aufl. 2023, § 223 Rn. 28, 32, 36.

⁸² S. dazu etwa BVerwG, Az. 6 B 36.16, Rn. 24 ff.

⁸³ Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 61.

⁸⁴ Vgl. dazu BT-Drs. 19/26108, 313f.

⁸⁵ Vgl. *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 160.

⁸⁶ Geppert/Schütz/ders., TKG, 5. Aufl. 2023, § 224 Rn. 2.

(b) Auferlegung von Netzausbau- und Abdeckungspflichten?

Obgleich das Beihilfenaufsichtsrecht der EU strikt wirkungsbezogen operiert, kann in einem höheren Netzausbau- bzw. abdeckungsgrad eine die Beihilfe ausschließende Kompensation liegen. Insoweit bildet nicht die finanzielle Besserstellung (vorliegend durch übergangsweise Frequenzüberlassung trotz Knappheit), sondern die Gegenleistung in Gestalt der regulierungsbehördlichen Auflagen den maßgeblichen Bezugspunkt. Voraussetzung für eine kompensierende Wirkung ist aber, dass solche Auflagen die Vermögenslage der etablierten Netzbetreiber trotz unentgeltlicher Nutzungsrechtsverlängerung im Verhältnis zum Status quo ante neutralisieren.

(i) Unsicherheiten bei der Wertermittlung

Soll eine nur näherungsweise mit einem Geldwert bezifferbare Rechtsposition (hier die unentgeltliche Verlängerung der Nutzungsrechte) durch eine nur näherungsweise in ihrem finanziellen Aufwand bezifferbare Verpflichtung des Begünstigten (hier Netzausbau- bzw. -abdeckungspflicht) kompensiert werden, ist die Rechnung zwangsläufig mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Sie vergrößern sich noch dadurch, dass der Wert der unentgeltlichen Verlängerung sich nicht nur im Netzbetrieb als solchem manifestiert, sondern zusätzlich auch die Besserstellung des Netzbetreibers auf dem nachgelagerten Dienstanbietermarkt einbeziehen muss. Auch insoweit bedarf es eines Ausgleichs. Denn die durch die staatliche Zuwendung insgesamt entstehenden Vorteile⁸⁷ sind in die Berechnung der Kompensation einzubeziehen.

Zu den Berechnungsschwierigkeiten treten weitere hinzu: Der mit der Auferlegung von Netzabdeckungs- und -ausbauverpflichtungen verbundene Nachteil müsste den mit der Verlängerung verknüpften Vorteil vollständig ausgleichen – und dies müsste nachweisbar sein. Schon bisher hatten die Frequenzinhaber Netzabdeckungsverpflichtungen zu erfüllen und hatten gleichzeitig einen hohen Preis für die Frequenznutzung geboten. Daran wird erkennbar, dass die Netzabdeckungsverpflichtung ein äußerst hohes, wahrscheinlich volkswirtschaftlich kaum sinnvolles Maß annehmen müsste, um den Vorteil auszugleichen. Zudem ändert eine höhere Netzausbau- bzw. -abdeckungspflicht nur bedingt etwas an den wettbewerblichen Verzerrungen, die eine Verlängerung auslöst, so dass auch deshalb deren Tauglichkeit als kompensationsfähiges Äquivalent erheblichen Zweifeln ausgesetzt ist.

⁸⁷

S. dazu allg. Streinz/Kühling, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 Rn. 32 ff.

(ii) Probleme bei der Festlegung der Kostenstrukturen

Ein weiterer Aspekt kommt hinzu: Geht man davon aus, dass zusätzliche Netzausbau- und -abdeckungspflichten mit der unentgeltlichen Verlängerung von Frequenznutzungsrechten verbunden werden, handelt es sich um Nebenbestimmungen im Sinne eines „Ja, aber!“. In dieser Einordnung schwingt zwar der Charakter eines Zugeständnisses seitens des Verfüngungsadressaten („aber“), zugleich aber auch eine überwiegende Begünstigung („Ja“) mit. Anderenfalls bestünden auch keine Anreize seitens der Netzbetreiber, einer Verlängerung ihrer Frequenznutzungsrechte positiv gegenüberzustehen. Infolgedessen ist ein dominierender Vorteilscharakter letztlich jedem begünstigenden Verwaltungsakt, der mit belastenden Nebenbestimmungen versehen ist, immanent.⁸⁸ Er ist die Karotte, die man dem Verfüngungsadressaten vorhält, um ein Ziel zu erreichen. Leistung und Gegenleistung sind damit dann per se nicht tariert.

Der *EuGH*⁸⁹ lässt es nun zwar durchaus zu, dass die Übernahme von Gemeinwohlverpflichtungen (hier Netzausbau- und -abdeckungsauflagen) hoheitliche Zuwendungsströme kompensieren kann. Die insoweit einschlägigen Fallgruppen sind jedoch in der Regel anders als in der Konstellation einer Netzabdeckungsverpflichtung als Kompensation für eine zusätzliche Frequenznutzungszeit gelagert: Die finanzielle Zuwendung soll die Übernahme einer Gemeinwohlverpflichtung, mit deren Erfüllung der Begünstigte vorab betraut worden ist, als Leistung kompensieren. Bei der unentgeltlichen Verlängerung von Frequenznutzungsrechten „Zug um Zug“ gegen die Übernahme von Netzausbau- und abdeckungsauflagen ist es umgekehrt, wie auch das Konsultationspapier der Bundesnetzagentur zeigt: Die unentgeltliche Verlängerung als Zuwendung bildet die Leistung, der Netzausbau die Gegenleistung.

Diese letztlich umgekehrten Vorzeichen des Leistungsverhältnisses vergrößern die Unsicherheiten bei der Ermittlung etwaiger kompensationsfähiger Zuwendungen: Jedenfalls⁹⁰ der *EuGH* verlangt insbesondere⁹¹, dass die als Ausgleich für die Erfüllung von Gemeinwohlpflichten fließenden hoheitlichen Zuwendungen auf die tatsächlich entstandenen, anhand objektiver Parameter berechneten und durch den Maßstab eines durchschnittlich gut geführten Unternehmens gedeckelten Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns unter Abzug etwaiger Einnahmen beschränkt sein müssen. Genau daran fehlt es jedoch, wenn die Zuwendung die Leistung abbildet, weil dann

⁸⁸ Wolff/Bachof/Stober/Kluth/Korte, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2018, § 47 Rn. 1 f.

⁸⁹ S. etwa EuGH, Rs. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 – Altmark Trans GmbH.

⁹⁰ Tendenziell großzügiger indes EuG, Rs. T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29, Rn. 233 – BUPA u.a.

⁹¹ Ausf. zu den relevanten Kriterien EuGH, Rs. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 88 ff. – Altmark Trans GmbH.

deren Höhe gerade nicht an die entstandenen, sondern lediglich an die schätzungsweise entstehenden Kosten anknüpfen kann.

(iii) Probleme infolge des Auflagencharakters

Abgesehen von Berechnungsunsicherheiten lässt sich der beihilfenaufsichtsrechtlichen Praxis der Kommission⁹² entnehmen, dass sie jedenfalls dort, wo die Marktpreise einander gegenüberstehender Leistungen sich nicht verlässlich bestimmen lassen, objektive Bewertungsmethoden bevorzugt. In diesem Kontext werden vor allem Ausschreibungsverfahren oder Wertgutachten von neutralen Sachverständigen, ein Benchmarking oder eine Risikoanalyse präferiert.⁹³ Diese Optionen scheiden im Falle einer unentgeltlichen Verlängerung von Frequenznutzungsrechten „Zug um Zug“ gegen die Übernahme von Netzausbau- und abdeckungsverpflichtungen jedoch aus. Denn erstens ist die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung mit der unentgeltlichen Zuwendung, die gerade nicht ausgeschrieben werden soll, im Sinne einer Nebenbestimmung zwingend verbunden und zweitens lasen sich die Kosten einer höheren Netzabdeckung allenfalls approximieren, nicht aber gutachterlich feststellen, per Benchmarking vergleichen oder über eine Risikoanalyse beziffern.

(3) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die avisierte Verlängerung der Frequenznutzungsrechte somit als eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV einzuordnen.

c) Staatlichkeit der Mittel

Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Zuwendung voraus. Erforderlich ist mithin, dass eine Übertragung staatlicher Mittel auf Unternehmen öffentliche Finanzen mindert.⁹⁴ Wenn der Staat Unternehmen den privilegierten Zugang zu staatlich verwalteten Infrastrukturressourcen vermittelt, fehlt es womöglich gerade daran. Denn dieser Vorteil hat nicht ohne Weiteres einen Bezug zu staatlichen Einnahmen, also solchen Mitteln, die unmittelbar aus nationalen Haushalten, in Deutschland also aus denen des Bundes und/oder der Länder, stammen.

⁹² Vgl. dazu *Europäische Kommission*, Bekanntmachung über den Beihilfebegriff, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016, Rn. 101 ff.

⁹³ Ausf. dazu *Streinz/Kühling*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107 Rn. 36; vgl. auch *Immenga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 81, 83.

⁹⁴ Vgl. bspw. EuGH, Rs. C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 14 – Banco de Crédito Industrial; ausf. dazu insbesondere *Immenga/Mestmäcker/Schweitzer/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 4.

Das Erfordernis der Staatlichkeit von Mitteln setzt daran anknüpfend letztlich zweierlei voraus: erstens die staatliche Herkunft der Mittel und zweitens die Zurechnung der die Mittel verwaltenden Stelle zum Staat.⁹⁵ Während die letztere Anforderung schon deshalb erfüllt ist, weil die Bundesnetzagentur und damit wegen § 1 BNetzAG eine selbstständige Bundesoberbehörde über die Verlängerung der Frequenznutzungsrechte entscheidet, ist die Anforderung, dass die Mittel der Zuwendung unmittelbar oder mittelbar staatlicher Natur sind, im Falle einer Frequenzverlängerung weniger trivial. Grundsätzlich verlangt dieses Merkmal, dass die Mittel unter staatlicher Kontrolle aa) und den mitgliedstaatlichen Stellen zur Verfügung bb) stehen.⁹⁶

aa) Verfügbarkeit der Mittel – Budgetrelevanz

Die Anforderung verfügbarer Mittel verbindet das Beihilfenaufsichtsrecht der Union mit dem Haushaltsrecht der Mitgliedstaaten. Ein Mitgliedstaat trifft nur dann eine Verfügung über staatliche Mittel, wenn die finanzielle Zuwendung bzw. der Verzicht auf finanzielle Einnahmen eine Budgetbelastung, mit sich bringt.⁹⁷ Diese Anforderung kann daher entweder dann fehlen, wenn die Mittel privat beschafft werden, oder dann, wenn die Mittel zu keinem Zeitpunkt Teil des mitgliedstaatlichen Haushalts werden. Hätten Mittel aber budgetrelevant werden können, liegt ein Einnahmeverzicht vor, der an Art. 107 Abs. 1 AEUV zu messen ist.

Wenn der Staat selbst Rechtspositionen schafft, wird es intrikat. Denn es ist dann der Mitgliedstaat selbst, der mit Hilfe des Designs des nationalen Rechts über die Budgetrelevanz der Rechtsposition entscheidet. Insoweit geht es dann nicht um die (eine Besserstellung ausschließende) Frage, ob eine Zuwendung diskriminierungsfrei ausgestaltet ist und von einem Gemeinwohlbezug getragen wird, sondern um die Frage, ob die Besserstellung budgetrelevant ist und daher spezifisch staatliche Mittel belastet, weil die öffentliche Hand den gewährten Vorteil auch zu Geld hätte machen können.⁹⁸

Eine Genehmigung zu erteilen, ist bspw. grundsätzlich genauso beihilferechtlich irrelevant wie, ein Nutzungsrecht zuzuweisen oder zu verlängern. Denn der wirtschaftliche Wert derartiger Rechtspositionen spiegelt keine Haushaltsposition, auf die der Staat verzichtet hat. In solchen Konstellationen liegt dann lediglich ein Fall der Gemeinwohlverwirklichung vor, wenn bzw. weil die hoheitliche Maßnahme wettbewerbsneutral

⁹⁵ Calliess/Ruffert/Cremer, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 AEUV Rn. 32.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413, Rn. 70 – Essent Netwerk Noord u.a.

⁹⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-399/10P, ECLI:EU:C:2013:175, Rn. 99 – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission u.a.

⁹⁸ EuGH, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 43ff. – Eventech.

ausgestaltet ist und wirkt. Grundlegend anders verhält es sich aber wiederum jedenfalls bei handelbaren Nutzungsrechten⁹⁹ – in den Worten des *EuGH*:

„Im vorliegenden Fall könnte eine derartige vom nationalen Gesetzgeber gewährte Verbürgung, nämlich die Handelbarkeit von NOx-Emissionsrechten, eine zusätzliche Belastung der öffentlichen Hand u. a. in Form des Erlasses von Geldbußen oder anderen Zwangsgeldern bewirken (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Juni 1999, *Piaggio*, C-295/97, Slg. 1999, I-3735, Randnr. 42). Mit der Einführung des „Dynamic cap“-Systems hat das Königreich der Niederlande den unter die fragliche Maßnahme fallenden Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, Emissionsrechte zu erwerben, um Geldbußen zu vermeiden. Außerdem wurden mit diesem System – ohne konkrete Gegenleistung an den Staat – Emissionsrechte geschaffen, die aufgrund ihrer Handelbarkeit einen wirtschaftlichen Wert besitzen. Der Mitgliedstaat hätte diese Rechte – gegebenenfalls im Rahmen einer Versteigerung – verkaufen können, wenn er dieses System anders gestaltet hätte (vgl. hierzu die Randnrs. 63, 64 und 86 bis 96 des vorliegenden Urteils).

Daher wird die Feststellung des Gerichts in Randnr. 75 des angefochtenen Urteils, dass die betreffenden Unternehmen ihre Emissionsrechte frei verkaufen könnten, auch wenn sie an eine Obergrenze gebunden seien, durch die vorgebrachten Argumente nicht in Frage gestellt. Wie der Generalanwalt in Nr. 87 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, hat der Mitgliedstaat, indem er diesen Emissionsrechten den Charakter handelbarer immaterieller Vermögensgegenstände verleiht und sie den betreffenden Unternehmen unentgeltlich zur Verfügung stellt, statt sie zu verkaufen oder zu versteigern, tatsächlich auf öffentliche Einnahmen verzichtet.

Außerdem wird dadurch, dass eine solche Maßnahme es den Unternehmen erlaubt, die aufgestellte Norm über- und unterschreitende Emissionen untereinander auszugleichen, und dass mit dieser Maßnahme ein rechtlicher Rahmen geschaffen wird, um den NOx-Ausstoß für Unternehmen mit Großanlagen kosteneffizient zu begrenzen, belegt, dass die unter die fragliche Maßnahme fallenden Unternehmen über eine Alternative zu einer vom Staat verhängten Geldbuße verfügen.“

Besteht Frequenzknappheit, weil die Zahl der Interessenten die verfügbaren Nutzungsrechte übersteigt, verlangt eine sachgerechte Ermessensausübung – auch wegen Art. 49 Abs. 4 EKEK – grundsätzlich, ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen,¹⁰⁰ um allen Interessenten eine objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Zuweisungschance im Sinne des Art. 55 Abs. 6 EKEK beizumessen¹⁰¹.

§ 91 Abs. 9 S. 1 TKG räumt der Behörde insoweit zwar grundsätzlich Ermessen ein. Sie genießt aber keine vollständige Entscheidungsfreiheit darin, ob sie ein Vergabeverfah-

⁹⁹ EuGH, Rs. C-279/08P, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 106 ff. – Kommission/Niederlande.

¹⁰⁰ Vgl. auch *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 156.

¹⁰¹ BVerwG, Az. 6 C 2.10, NVwZ 2011, 613, Rn. 26 ff.

ren durchführt (und damit Einnahmen generiert).¹⁰² Vielmehr ist die Entscheidung im Lichte des grundrechtlichen Zugangsanspruchs der interessierten Telekommunikationsunternehmen zu treffen. Denn für diese entscheidet die Bundesnetzagentur mit der Wahl des Zuteilungsmodus über den Zugang zum Markt – und damit die Möglichkeit, ihre grundrechtlich geschützte Tätigkeit ausüben zu können.

Sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände greifen, etwa im Falle eines Austauschs von Frequenzen Zug um Zug gegen die Rückgabe bereits zugeteilter Frequenzen,¹⁰³ hat daher ein Vergabeverfahren stattzufinden.¹⁰⁴ Der Staat kann dieses Zuteilungsverfahren im Wege einer Versteigerung an einen Knappheitspreis knüpfen, der dem staatlichen Haushalt zufließt.

Dem Recht des Staates, den Zugang zu knappen Frequenzen nur gegen Entgelt zuzulassen, folgt die Pflicht, dies zu tun, aber nicht auf dem Fuß.¹⁰⁵ Ganz im Gegenteil wäre es verfehlt, die Verfahrensauswahl allein am Ziel der staatlichen Einnahmeerzielung auszurichten. Denn das Verfahren ist darauf ausgerichtet, knappe Ressourcen effizient zu nutzen. Die Wahl des Zuteilungsmechanismus von der Zielsetzung überlagern zu lassen, staatliche Einnahmen zu generieren, liefe diesem Zweck grundsätzlich sogar zuwider. Die staatlichen Einnahmen sind lediglich ein Nebeneffekt des Zuteilungsprozesses.

Grundsätzlich hat die Regulierungsbehörde deshalb ein – von monetären staatlichen Einnahmeerzielungsinteressen unabhängiges – Wahlrecht zwischen der Versteigerung und der Ausschreibung. Anstelle des wettbewerbsorientierten, an einen Zuschlagspreis gekoppelten Instruments der Versteigerung kann der Staat auch das vergleichende Verfahren der – sekundärrechtlich nicht an einen Zuteilungspreis geknüpften – Ausschreibung wählen.¹⁰⁶ Auch wenn der Staat wettbewerbliche Verfahren durchführt, kann es mithin an der Verfügbarkeit staatlicher Mittel fehlen, da sie eben nicht zwingend Einnahmen generieren.

Der TK-Kodex eröffnet den Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, unabhängig von dem konkreten wettbewerblichen Verfahren Zuschlagspreise einzuführen. Davon hat der Bundesgesetzgeber auch Gebrauch gemacht: § 100 Abs. 6 S. 4 TKG gibt (inzwi-

¹⁰² Dazu insbesondere (noch unter der alten Rechtslage) BVerwG, Az. 6 C 6.10, NVwZ 2011, 1333, Rn. 23, BVerwG, Az. 6 C 3.10, MMR 2012, 130, Rn. 35; *Attendorn*, NVwZ 2012, 135 (136).

¹⁰³ BVerwG, Az. 6 C 2/10, NVwZ 2011, 613, Rn. 26 ff.; Säcker/Körber/*Offenbächer*, TKG, 4. Aufl. 2023, § 91 TKG Rn. 82.

¹⁰⁴ Ausf. dazu etwa *Rossi*, Rechtsgutachten, 2023, S. 10 ff.; ähnl. *Di Fabio*, Rechtsgutachten 1&1, 2024, S. 16 ff., 20.

¹⁰⁵ *Martini*, der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 788.

¹⁰⁶ Vgl. etwa EuG, Rs. T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, Rn. 108ff. – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission, bestätigt durch EuGH, Rs. C-431/07P, ECLI:EU:C:2009:223; *Immenga/Mestmäcker/Fetzer*, Wettbewerbsrecht, 5. Band: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, XVI. Abschnitt Rn. 64.

schen) ausdrücklich vor, dass die Bundesnetzagentur im Falle des Zuschlags einen „zu zahlenden Zuschlagspreis“ festlegt. Daher besteht auch im Falle der Ausschreibung eine Pflicht (und nicht nur wie nach der Entwurfsbegründung eine Option)¹⁰⁷, die Zuteilung mit einem (einseitig festgesetzten statt im Wege eines Wettbewerbs der Bieter durch Gebote ermittelten) Preis gegenüberzustellen, der den Knappheitswert des Nutzungsrechts abbilden soll.¹⁰⁸ Bei Frequenzknappheit besteht daher sowohl im Falle einer Versteigerung und einer Ausschreibung ein Budgetbezug. Auf diese Einnahmen verzichtet der Staat, wenn er von dem Instrument der Verlängerung Gebrauch macht.

bb) Kontrollierbarkeit der Mittel

Neben der Verfügbarkeit müssen die Mitgliedstaaten die Kontrolle über die Haushaltsmittel innehaben, damit Art. 107 Abs. 1 AEUV greift. Diese Anforderung ist Ausdruck des Umstands, dass dort, wo etwaige Mittel nicht staatlich kontrolliert werden, keine hinreichenden Budgetbezüge vorliegen, so dass die Zuwendung nicht hoheitlich verantwortet und folglich nicht staatlich ist bzw. aus staatlich gewährten Mitteln stammt. Erforderlich ist „ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen dem Vorteil, der dem Begünstigten gewährt wird, einerseits und der Verringerung eines Postens des Staatshaushalts oder einem hinreichend konkreten wirtschaftlichen Risiko für dessen Belastung andererseits“.¹⁰⁹ Dass ein Mittelfluss auf Gesetz beruht, genügt mithin nicht für staatliche Mittel.¹¹⁰ Die Mittel müssen vielmehr zu irgendeinem Zeitpunkt unter staatliche Kontrolle gelangt sein; der Staat muss also zumindest vorübergehend¹¹¹ die Kontrolle über die Mittel ausüben¹¹² und insoweit über einen Ermessensraum verfügen.¹¹³ Es kommt folglich darauf an, wem die Erhebung und Verwendung der Mittel zuzurechnen ist,¹¹⁴ wer also über diese bestimmt. Ohne Freiraum liegt keine Kontrolle vor.¹¹⁵ Allein die staatliche Anordnung oder Systemimmanenz der Mittel reicht für die Anwendbarkeit des Art. 107 Abs. 1 AEUV somit jedenfalls nicht, selbst wenn die Begünstigten feststehen.¹¹⁶ In den Worten des *EuGH*¹¹⁷:

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/26108, 314.

¹⁰⁸ Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 72f.

¹⁰⁹ Vgl. in diesem Sinne EuGH, Rs. C-399/10P, ECLI:EU:C:2013:175, Rn. 109 – Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission u.a.

¹¹⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 61 – PreussenElektra.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-83/98P, ECLI:EU:C:2000:248, Rn. 5o – Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission.

¹¹² EuGH, Rs. C-656/15P, ECLI:EU:C:2017:836, Rn. 46 ff. – Kommission/ TV2/Danmark.

¹¹³ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Wallenberg/Schütte, Das Recht der EU, 77. Ergänzungslieferung 2022, Art. 107 AEUV Rn. 58.

¹¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-345/02, ECLI:EU:C:2004:448, Rn. 35 – Pearle u.a.

¹¹⁵ Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Rn. 201.

¹¹⁶ Ders., a. a. O, Art. 107 Rn. 202.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-279/08P, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 109ff. – Kommission/Niederlande.

„Was das Vorbringen zum Urteil PreussenElektra betrifft, so hat das Gericht dieses Urteil zu Recht vom vorliegenden Fall abgegrenzt. Nach diesem Urteil stellt die Regelung eines Mitgliedstaats, mit der private Elektrizitätsversorgungsunternehmen verpflichtet werden, den in ihrem Versorgungsgebiet erzeugten Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert dieses Stroms liegen, und mit der die sich aus dieser Verpflichtung ergebenden finanziellen Belastungen zwischen den Elektrizitätsversorgungsunternehmen und den privaten Betreibern der vorgelagerten Stromnetze aufgeteilt werden, keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar.“

Der Gerichtshof hat in diesem Urteil ausgeführt, dass der Umstand, dass sich die finanzielle Belastung durch die Abnahmepflicht zu Mindestpreisen negativ auf das wirtschaftliche Ergebnis der dieser Pflicht unterliegenden Unternehmen auswirken und dadurch die Steuereinnahmen des Staates verringern konnte, eine Folge war, die einer derartigen Regelung immanent ist und nicht als Mittel angesehen werden kann, den Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energiequellen auf Kosten des Staates einen bestimmten Vorteil zu gewähren.

Im vorliegenden Fall kann dagegen, wie der Generalanwalt in Nr. 92 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Verzicht jedem Instrument zur Regelung der Emissionen von Luftschatstoffen durch ein System des Handels mit Emissionsrechten „immanent“ ist. Ein Staat, der sich solcher Instrumente bedient, hat nämlich grundsätzlich die Wahl zwischen der unentgeltlichen Zuteilung und der Veräußerung oder Versteigerung dieser Rechte. Außerdem besteht im vorliegenden Fall zwischen der fraglichen Maßnahme und dem Einnahmeverlust ein hinreichend enger Zusammenhang, der in der Rechtssache PreussenElektra zwischen der Auferlegung der Abnahmepflicht und der möglichen Verringerung der Steuereinnahmen nicht gegeben war. Der Sachverhalt beider Rechtssachen ist somit nicht vergleichbar, so dass die vom Gerichtshof im Urteil PreussenElektra gewählte Lösung nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar ist.“

Projiziert man diese Anforderungen auf die avisierte Verlängerung von Frequenznutzungsrechten, entpuppt diese sich zwar als Teil einer fachlichen Entscheidung, die das Telekommunikationsrecht vorsieht. Von der Systemimmanenz einer solchen Übergangsregel in dem Sinne, dass keine Auswahlfreiheit besteht, wird man gleichwohl nicht ausgehen können. Ganz im Gegenteil zeigt schon die Entstehungsgeschichte des Konsultationspapiers, dass die Bundesnetzagentur verschiedene Alternativen hat, wie sie mit den auslaufenden Frequenznutzungsrechten im Falle einer Knappheit umgeht – nämlich, indem sie auf ein wettbewerbliches Verfahren verzichtet oder eben nicht. Im Fall der Frequenzverlängerung hat es die Bundesnetzagentur folglich im Rahmen der ihr obliegenden Ermessensausübung in der Hand, ob sie ein entgeltliches wettbewerbliches Verfahren wählt oder die Nutzungsrechte verlängert. Der staatliche Verzicht ist

dem System also gerade nicht immanent.¹¹⁸ Denn zum einen besteht im Rahmen der Regulierungsziele ein Wahlrecht,¹¹⁹ ob der Staat die Frequenznutzungszeit verlängert oder ein wettbewerbliches Zuteilungsverfahren durchführt. Zum anderen muss die Verlängerung nicht notwendig kostenfrei erfolgen und darf es an sich auch nicht.

Im Rahmen des Merkmals der Kontrolle über die zugewendeten staatlichen Mittel fragt sich deshalb auch weniger, ob die Bundesnetzagentur als maßgeblicher Akteur (anders als im Falle einer Anordnung durch Gesetz) hinreichend Einfluss auf die Mittelgewährung ausüben kann, sondern vielmehr, ob der Zusammenhang zwischen den Maßnahmen der Bundesnetzagentur und der Verringerung staatlicher Mittel derart eng ist, dass noch von Kontrolle gesprochen werden darf. Denn letztlich liegen im Falle der Frequenzknappheit zwei separate Ermessensebenen vor – erstens in Gestalt der nur unter besonderen Umständen im regulierungsbehördlichen Ermessen stehenden Entscheidung über die Durchführung des wettbewerblichen Verfahrens und zweitens in Gestalt der Auswahl. Da diese beiden Entscheidungen aber unmittelbar miteinander zusammenhängen und aufeinander aufbauen, wird man einen hinreichend engen Zusammenhang zwischen diesen Maßnahmen der Bundesnetzagentur und der Gefahr einer Verringerung staatlicher Mittel bejahen müssen. Im Falle von Knappheit hat es allein die Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Entscheidungsraums in der Hand, ob sie verlängert, versteigert oder ausschreibt, was ebenfalls einen hinreichend engen Zusammenhang im obigen Sinne nahelegt.

cc) Zwischenergebnis

Die Verlängerung knapper Frequenzen wendet einzelnen Marktteilnehmern staatliche Mittel zu. Die Bundesnetzagentur hat Verfügungsgewalt über die durch wettbewerbliche Verfahren oder Verkauf verfügbaren Haushaltssmittel und kontrolliert zudem deren Auskehrung durch den Verzicht auf finanzielle Einnahmen bzw. Gegenleistungen, indem sie über die Ausgestaltung der Frequenznutzungsrechte bestimmt.

d) Selektivität

Um eine Beihilfe handelt es sich nur dann, wenn die Begünstigung nicht einem ganzen Markt, sondern einzelnen Unternehmen zuteil wird. Alleine der Umstand, dass eine staatliche Begünstigung auf einem allgemeinen Gesetz beruht, schließt jedoch noch nicht aus, dass es sich um eine Beihilfe handelt. Entscheidend ist, ob der Vorteil allen Unternehmen zufließt, die die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen.

¹¹⁸ S. dazu EuGH, Rs. C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, Rn. 62 – PreussenElektra.

¹¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-279/08P, ECLI:EU:C:2011:551, Rn. 101 – Kommission/Niederlande.

Im Falle der Verlängerung der Mobilfunkfrequenzen kommt der Vorteil der Versteigerung nicht ausnahmslos allen Marktteilnehmer zugute, die Interesse an einer Nutzung des Netzes haben, das auf der knappen Ressource „Frequenz“ basiert, sondern nur denjenigen Frequenzinhabern, die seinerzeit erfolgreich eine Frequenz ersteigert hatten, also bestimmten Unternehmen, sodass die Verlängerung selektiv wirkt.

e) (Drohende) Wettbewerbsverfälschung

Vorteile, die ein Staat aus seinen Mitteln gewährt, unterliegen nur dann den Vorgaben des Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn er dadurch den Wettbewerb zu verfälschen droht. Dafür ist nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsverfälschung oder die Auswirkungen auf den Handel erheblich oder wesentlich sind.¹²⁰ Es genügt, dass die Beihilfe die Wettbewerberstellung eines Unternehmens stärkt. Verlängert der Staat zugeteilte Mobilfunkfrequenzen (abgesehen von der Erhebung einer als Ausgleich des damit verbundenen finanziellen Vorteils unzureichenden Zuteilungsgebühr) kostenfrei, stärkt er die Stellung der etablierten Frequenzinhaber im Markt, indem er ihnen einen exklusiven Marktzugang für den Übergangszeitraum eröffnet. Der Verzicht auf ein wettbewerbsorientiertes Zuteilungsverfahren schafft asymmetrische Marktzutrittsbedingungen und droht damit, den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern zu verfälschen.¹²¹

f) Zwischenstaatlicher Bezug

Eine nationale Maßnahme als staatliche Beihilfe zu qualifizieren, verlangt zwar nicht den Nachweis, dass sich die Zuwendung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirkt – immerhin aber, dass die Beihilfe geeignet ist, diesen Handel zu beeinträchtigen.¹²² An dieses Erfordernis stellt der *EuGH* regelmäßig keine größeren Anforderungen. Insbesondere genügt es, wenn der Begünstigte mit Hilfe der Beihilfe seine Stellung am Markt verfestigt und dadurch ein dortiges Engagement anderer Unternehmen unattraktiver wird.¹²³ Da der frequenzbezogene Mobilfunkmarkt auch grenzüberschreitend sehr umkämpft ist, ist diese Voraussetzung gewahrt.

g) Zwischenergebnis

Eine unentgeltliche Verlängerung der Frequenznutzungsrechte in den Bandbreiten 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz erfüllt die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

¹²⁰ Europäische Kommission, Bekanntmachung über den Beihilfebegriff, ABl. C 262/01 vom 19.7.2016, Rn. 189.

¹²¹ Gleichsinnig *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 159.

¹²² EuGH, Rs. C-197/11 und C-203/11, EU:C:2013:288, Rn. 76 – Libert u.a.

¹²³ EuGH, Rs. C-518/13 ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 65 ff. – Eventech.

3. Erlaubnisvorbehalt des Art. 107 Abs. 3 AEUV

Beihilfen sind nicht generell unzulässig. Sie können entweder auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 2 generell oder unter den Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 3 kraft Erlaubnis der Kommission zulässig sein. Denkbar ist im Falle einer Frequenznutzungsverlängerung allenfalls eine Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 lit. b (a) oder c (b) AEUV. Die Begünstigung, die mit einer kostenfreien Frequenzzuteilung einhergeht, unterfällt auch nicht den Privilegierungen der Gruppenfreistellungsverordnung – schon deshalb, weil sie nicht zu den beihilfefähigen Kosten im Sinne des Art. 52 Abs. 2 GruppenfreistellungsVO zählt.

a) lit. b

Dass eine Frequenzverlängerung ein quantitativ und qualitativ „*wichtiges Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse*“ (Art. 107 Abs. 3 lit. b. Alt. 1 AEUV) darstellt, setzt nicht voraus, dass *mehrere Mitgliedstaaten* involviert sind. Dies indiziert zwar den Tatbestand, ist aber nicht zwingend erforderlich.¹²⁴ Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, welche Zielsetzung die Maßnahme verfolgt – insbesondere darauf, inwieweit sie dazu beiträgt, die Ziele des Art. 3 Abs. 3 EUV zu befriedigen.¹²⁵

Eine Frequenzverlängerung soll die Frequenzplanung vereinfachen und den Frequenzinhabern verbesserte Planungssicherheit für ihre Investitionen eröffnen.¹²⁶ Rechtssicherheit ist zwar auch ein unionales Schutzinteresse. Sie impliziert aber nicht notwendig auch eine unentgeltliche, asymmetrische Marktzutrittsbedingungen schaffende Maßnahme. Rechtssicherheit lässt sich auch ohne Entgeltfreiheit erzielen. Vielmehr ist es gerade sachgerecht, zwischen den Wettbewerbern, auch und gerade wenn Einzelne privilegierten Zugang zu knappen Ressourcen erhalten, einen Ausgleich herzustellen.

Erst recht knüpft die Verlängerung nicht an eine „*beträchtliche Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates*“ (Art. 107 Abs. 3 lit. b. Alt. 2 AEUV) an, die es zu beheben gilt. Dafür müssten gesamte Wirtschaftszweige oder Regionen eines Mitgliedsstaates betroffen sein. Die Kommission hat diesen Ausnahmetatbestand zu Recht sehr zurückhaltend angewendet.¹²⁷ Er spielte bisher vorrangig im Kontext der 2008 beginnenden Finanzkrise eine Rolle.¹²⁸ Von einer solchen beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates kann allein bei Bestrebungen, den Status quo der Frequenzord-

¹²⁴ Calliess/Ruffert/Cremer, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Rn. 59.

¹²⁵ Birnstiel/Bungenberg/Heinrich/ders., Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV. Rn. 1170.

¹²⁶ Vgl. Säcker/Körber/Offenbächer, TKG, 4. Aufl. 2023, § 92 TKG Rn. 4.

¹²⁷ Vgl. Calliess/Ruffert/Cremer, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Rn. 61.

¹²⁸ Birnstiel/Bungenberg/Heinrich/ders., Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV Rn. 1167.

nung durch eine Verlängerungsentscheidung für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten, nicht die Rede sein.

b) lit. c

„Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete“ (Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV) fordern Marktversagen: Zulässig ist das staatliche Einwirken im Wege einer Beihilfe, um Situationen entgegenzuwirken, in denen der Markt nicht die gesellschaftlich erwünschten Ergebnisse hervorzubringen vermag und der Staat ihre Ergebnisse korrigieren möchte, um Gleichheits- oder Effizienzzielen zu erreichen, z. B. soziale oder regionale Ungleichheiten auszugleichen.

Diese Anforderung verlangt implizit, dass die gegenwärtigen Marktmechanismen fehlgesteuert sind.¹²⁹ Im Falle der Regulierung knapper Frequenzen durch eine unentgeltliche Verlängerung von Nutzungsrechten hat der Staat die Güterverteilung jedoch in seine Obhut genommen, um Interferenzen bei der Frequenznutzung auszumerzen. Die Verlängerung der Frequenzen reagiert somit nicht auf ein Marktversagen, sondern ist Ausfluss originärer staatlicher Steuerungsmacht in diesem Feld.

Rechtfertigungsfähig wäre die Begünstigung der etablierten Anbieter allenfalls dann, wenn der Verzicht auf eine an eine Gegenleistung gekoppelte Zuteilung nötig wäre, um die Sachziele der Verlängerung zu erreichen. Diese Voraussetzung liegt allerdings nicht vor. Im Gegenteil fordert eine marktgerechte Lösung eine Gestaltung, die den wirtschaftlichen Mehrwert verlängerter Nutzungszeit in einer Gegenleistung abbildet.

Die Leitlinien zur Breitbandförderung zeigen daran anknüpfend, dass Beihilfe nur in engen, hier nicht einschlägigen Grenzen auf Basis des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV erlaubnisfähig sind. Insbesondere sind danach Fördermaßnahmen nur dort zulässig, wo keine ausreichende Versorgung gewährleistet ist¹³⁰. Das wird man mit Blick auf die avisierten Verlängerungen von Frequenznutzungsrechten schon deshalb nicht sagen können, weil die Bundesnetzagentur insoweit synergiebezogene Zielsetzungen verfolgt.

Zudem dürfen Beihilfen insbesondere nicht „die Kosten einer Tätigkeit finanzieren (...), die ein Unternehmen ohnehin ausüben würde“¹³¹. Genau dies täte die Bundesnetzagentur mit einer Verlängerungsentscheidung. Denn die etablierten Netzbetreiber wären auch bereit, in einem Versteigerungsverfahren Geld für den Knappheitswert der

¹²⁹ Birnstiel/Bungenberg/Heinrich/Heitheker, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV Rn. 1475.

¹³⁰ Ausf. dazu etwa Immenga/Mestmäcker/Fetzer, Wettbewerbsrecht, Band 5: Beihilfenrecht, 6. Aufl. 2022, XVI. Abschnitt Rn. 31.

¹³¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Förderung von Breitbandnetzen, C(2022) 9343 final vom 12.12.2022, S. 15 (Rn. 39).

ihnen zugeteilten Frequenzen zu zahlen. Gemessen an der Rechtsprechung des *EuGH* ist daher eine Ausnahme vom Beihilfenverbot nicht gerechtfertigt:

„Daher kann die Kommission die Genehmigung einer Beihilfe verweigern, wenn diese die begünstigten Unternehmen nicht dazu veranlasst, durch ihr Verhalten zur Verwirklichung eines der in Art. 107 Abs. 3 AEUV genannten Ziele beizutragen. Eine solche Beihilfe muss somit erforderlich sein, um die in dieser Bestimmung vorgesehenen Ziele in der Weise zu erreichen, dass ohne sie das freie Spiel der Marktkräfte allein die begünstigten Unternehmen nicht dazu veranlassen würde, durch ihr Verhalten zur Verwirklichung dieser Ziele beizutragen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. September 1980, Philip Morris Holland/Kommission, 730/79, Slg. 1980, 2671, Randnrn. 16 und 17). Denn eine Beihilfe, die die finanzielle Lage des begünstigten Unternehmens verbessert, ohne zur Erreichung der in Art. 107 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Ziele notwendig zu sein, kann nicht als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden (vgl. Urteil vom 15. April 2008, Nuova Agri-cast, C-390/06, Slg. 2008, I-2577, Randnr. 68).“

c) Zwischenergebnis

Die Beihilfe, die die Bundesrepublik Deutschland mit einer kostenfreien Verlängerung zugeteilter Mobilfunkfrequenzen vornimmt, ist nicht rechtfertigungsfähig. Selbst wenn die Kommission die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 3 AEUV annehmen sollte, legitimiert dies nicht zwingend die Beihilfe. Denn der Kommission kommt ein Ermessen zu, das sie mit Blick auf ihre typischerweise marktliberale Haltung im Zweifel restriktiv ausüben wird.

II. Auswahlermessen

Sofern der Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren bei einer Verlängerung nicht genehmigungsfähig ist (Art. 107 Abs. 2 bzw. 3 AEUV), ist die staatliche Leistung bereits per se unzulässig. Allenfalls kann der Mitgliedstaat die Maßnahme zulässig machen, indem er die Bedingungen modifiziert, unter denen die Verlängerung stattfindet. Der staatliche Beihilfencharakter verengt damit das Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur aus § 105 TKG nachhaltig.

1. Grundlagen

Um den Vorteil abzuschmelzen, stehen der Bundesnetzagentur mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. Sie kann insbesondere den Weg beschreiten, Ausgleichsmechanismen zugunsten derjenigen Unternehmen vorzusehen, die sich als Netzbetreiber betätigen wollen, aber infolge der Verlängerung von Frequenznutzungsrechten ohne wettbewerbliches Verfahren im Übergangszeitraum ohne nutzbare Bandbreiten bleiben. In

der Diskussion stehen etwa ein Frequenztausch¹³², National Roaming sowie viele andere Maßnahmen.¹³³

Sollen staatliche Maßnahmen den Vorteil vollständig ausgleichen, müssten Kompensationsmechanismen auf dem nachgelagerten Markt der Dienstanbieter hinzutreten. Im Verbund mit den Ausgleichsmechanismen auf Netzbetreiberebene können sie dann kumulativ dazu führen, dass keine Beihilfe im Lichte des Art. 107 Abs. 1 AEUV mehr vorliegt. Diese Notwendigkeit eines Ausgleichs im Falle einer Verlängerung von Frequenznutzungsrechten betont wenn auch in anderem Zusammenhang gleichsam das *BVerwG*, wenn es in dessen Entscheidungsgründen heißt:

„Auch wenn der hier vorliegende Fall einer Frequenzverlagerung kein unmittelbarer Anwendungsfall einer Beschränkung von Nutzungsrechten ist, spricht der Rechtsgedanke der Art. 5, 7 GRL dafür, dass die Bundesnetzagentur zur Förderung eines nachhaltigen Wettbewerbs befugt sein kann, das Frequenzspektrum vorhandener Marktteilnehmer durch neu freiwerdende Frequenzen zweckmäßig zu arrondieren, soweit die berechtigten Interessen der übrigen Marktteilnehmer durch einen Ausgleich an anderer Stelle angemessen berücksichtigt werden.“¹³⁴

2. Bezüge zur Dienstanbieterebene

Ein Ausgleichsmechanismus für Dienstanbieter rechtfertigt sich aus einer ökonomischen Perspektive aus den Rückwirkungen einer höheren Wettbewerbsintensität zwischen den Netzbetreibern auf die Bildung von Preisen für die Nutzung von Vorleistungen: Tritt ein vierter Unternehmen, das noch dazu erhebliche Investitionen im Bereich des Erwerbs von Frequenzbändern getätigt hat, hinzu und erhält es Nutzungsrechte, erhöht sich dadurch zwangsläufig der Druck auf die etablierten Netzbetreiber,¹³⁵ zumal der Newcomer in aller Regel versuchen wird, seine Investitionen möglichst rasch durch attraktive Angebote auch und insbesondere auf Vorleistungsebene zu amortisieren.¹³⁶ Dieser Effekt stellt sich demgegenüber nicht ein, wenn Frequenznutzungsrechte für einen Übergangszeitraum unentgeltlich verlängert werden, weil dadurch die Marktzutrittsbedingungen gleichsam festfrieren.¹³⁷ Geht die Bundesnetzagentur derart vor, muss sie folglich einen Ausgleich auch zugunsten der Dienstanbieter schaffen.

¹³² Bundesnetzagentur, Konsultationspapier 09/2023 (BK 1-22/001), S. 16, 43.

¹³³ Zu Versorgungsauflagen für Frequenzinhaber siehe *Monopolkommission*, 13. Sektorstudien 2023, Rn. 162 f.; ähnl. *Di Fabio*, Rechtsgutachten 1&1, 2024, S. 46.

¹³⁴ BVerwG, Az. 6 C 2.10, NVwZ 2011, 613, Rn. 26.

¹³⁵ Ausf. dazu auch *Monopolkommission*, 13. Sektorstudien 2023, Rn. 163ff.

¹³⁶ Vgl. Geppert/Schütz/Göddel, TKG, 5. Aufl. 2023, § 92 Rn. 13; siehe dazu auch *Bundeskartellamt*, Stellungnahme 2023, S. 5; ähnl. *easy bell*, Stellungnahme 2023, S. 2.

¹³⁷ Vgl. *Di Fabio*, Rechtsgutachten 1&1, 2024, S. 33 f.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt: Im Falle wettbewerblicher Verfahren kann die Bundesnetzagentur wegen § 100 Abs. 6 S. 2 Nr. 3 TKG zumindest im Wege einer Ausschreibung die Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auch auf Dienstanbieterebene zum Auswahlkriterium für die Bestenauslese erheben und so die Bewerber um Frequenznutzungsrechte unter Druck setzen, möglichst weitreichende Zugeständnisse in Gestalt entsprechender Dienstanbieterverpflichtungen zu machen.¹³⁸ Wenn nun aber die Bundesnetzagentur auf eine Ausschreibung verzichtet, kann sie den Dienstanbietermarkt auch nicht durch Etablierung ausleserelevanter Kriterien stärken, was dort Bedarf für Ausgleichsmechanismen entstehen lässt. Ganz ähnliche Erwägungen gelten auch im Bereich der Versteigerung, wo dienstanbietermarktstärkende Anreize jedenfalls nachträglich geschaffen werden und ggf. den Zuschlagspreis mindern können. Dazu heißt es in der Entwurfsbegründung zur Umsetzung des TK-Kodex:

„Eine Versteigerung nach Absatz 5 kann in Abstimmung mit den zuständigen obersten Bundesbehörden auch mit ergänzenden Förderelementen und sonstigen Anreizmechanismen kombiniert werden. Die Bundesnetzagentur kann beispielsweise im Zusammenhang mit der Festlegung der Vergabebedingungen vorsehen, dass der Zuschlagspreis vollständig oder teilweise mit der Eingehung zusätzlicher Ausbauverpflichtungen, die in räumlicher, qualitativer oder zeitlicher Hinsicht ausgestaltet werden können, verrechnet wird.“¹³⁹

Die „Übergangslösung“ einer Verlängerung führt somit dazu, dass sich weder die Kräfte auf dem Markt des Netzbetriebs noch (im Fall einer Ausschreibung, aber auch einer Versteigerung) die Kräfte um den Markt des Netzbetriebs voll entfalten können und geht damit auch zulasten des Dienstanbieterwettbewerbs. Die in der Folge notwendigen Kompensationsmechanismen müssen daher so strukturiert sein, dass sie auch die finanziellen Vorteile, die die etablierten Netzbetreiber aus einer unentgeltlichen Verlängerung auf dem nachgelagerten Markt (letztlich in Form von Oligopolrenten¹⁴⁰) über die konzernverbundenen Dienstanbieter oder den Eigenvertrieb ziehen können, vollständig ausgleichen. Nur dann liegt (eine hinreichende Kompensation übergangener Netzbetreiber unterstellt) keine Begünstigung i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Wie intensiv die ermessenssteuernde Wirkung beihilfenrechtsrelevanter Leistungen insoweit sein kann, verdeutlicht ein Vergleich zum Parallelfall staatlicher Breitbandförderungsbeihilfen: Die Europäische Kommission koppelt deren Zulässigkeit an die Verpflichtung, Zugang zu Vorleistungsprodukten in einer größeren Auswahl als im Falle der Nichtförderung durch staatliche Mittel zu gewähren, um deren Verhältnismäßigkeit

¹³⁸ Allg. dazu Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 64 ff.

¹³⁹ BT-Drs. 19/26108, 316.

¹⁴⁰ Vgl. Rossi/Sandhu, MMR 2021, 293 (297).

herzustellen. Die Kommission stuft diese Verpflichtung als unverzichtbares Mittel zur Wettbewerbsstärkung ein. In den Worten der Kommission:¹⁴¹

„Der wirksame Vorleistungszugang Dritter zu geförderten Netzen ist eine unverzichtbare Voraussetzung einer jeden staatlichen Beihilfemaßnahme. Über den Zugang auf Vorleistungsebene können Drittunternehmen mit dem ausgewählten Bieter in Wettbewerb treten, sodass die Wahlmöglichkeiten und der Wettbewerb in den Zielgebieten gestärkt werden. Außerdem beugt der Zugang auf Vorleistungsebene der Entstehung regionaler Dienstleistungsmonopole vor. Somit wird die Entwicklung des Wettbewerbs im Zielgebiet ermöglicht, was wiederum die langfristige Entwicklung des Marktes in diesem Gebiet gewährleistet. Der Vorleistungszugang ist unabhängig von etwaigen vorherigen Marktanalysen im Sinne des Kapitels III der Richtlinie (EU) 2018/1972. Für staatlich geförderte Netze sollten jedoch die gleichen Arten von Verpflichtungen in Bezug auf den Vorleistungszugang berücksichtigt werden, die in den sektorspezifischen Vorschriften vorgesehen sind. Da die Beihilfeempfänger für den Netzausbau jedoch nicht nur ihre eigenen Ressourcen, sondern auch öffentliche Mittel einsetzen, sollten sie eine größere Auswahl an Vorleistungszugangsprodukten anbieten, als von den NRB für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorgeschrieben.“

Die Ausführungen der Kommission in den Leitlinien stehen im Zusammenhang mit der Frage, ob staatliche Zuwendungen im Rahmen der Breitbandförderung als Beihilfen aufgrund von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV rechtfertigbar sind – und stellt darüber hinaus in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vielerlei weitere Anforderungen – namentlich in Gestalt einer technologienutralen Ausgestaltung, der Nutzung bestehender Infrastruktur sowie der Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens.

Im Vergleich dazu ist eine unentgeltliche Verlängerung der Frequenznutzungsrechte insoweit anders gelagert, als sie sich gerade nicht auf Basis des Art. 107 Abs. 3 AEUV rechtfertigen lässt. Stattdessen ist auf Tatbestandsebene anzusetzen und die damit verbundene Besserstellung auszugleichen. Da es insoweit nicht um Verhältnismäßigkeitsaspekte, sondern um finanzielle Zuwendungen geht, wird man indes davon ausgehen müssen, dass dadurch der Grad an Dienstanbieterfreundlichkeit, den Nebenbestimmungen auf Basis des § 105 TKG aufweisen müssen, um eine die unentgeltliche Zuwendung in Gestalt der Verlängerung kompensierende Wirkung entfalten zu können, eher steigt als fällt.

3. In Betracht kommende Maßnahmen

Das Portfolio der Maßnahmen, mit denen die Regulierungsbehörde die Marktzutrittsbedingungen derjenigen, die infolgedessen ungünstigeren Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt sind, verbessern und die dazu erforderlichen Maßnahmen mit der Verlänge-

¹⁴¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Förderung von Breitbandnetzen, C(2022) 9343 final vom 12.12.2022, S. 34 (Rn. 129).

rungsentscheidung durch Erlass entsprechender Nebenbestimmungen auf Basis des § 105 TKG verknüpfen kann, ist vielfältig. Weil sich auch danach der Umfang des finanziellen Vorteils der etablierten Netzbetreiber bestimmt, hängt er von der Dauer des Verlängerungszeitraums – im Gespräch sind derzeit drei bis acht Jahre – ab.¹⁴² Denkbar sind neben finanziellen Ausgleichspflichten insbesondere ein höherer Netzausbau- bzw. abdeckungsgrad.¹⁴³ sowie – wettbewerbsnahe Ausgleichs- und Schutzmechanismen, die darauf zielen, auf dem vor- und nachgelagerten Markt Wettbewerbsgleichheit zwischen den Frequenzinhabern und sonstigen Dienstleistern herzustellen.

a) Netzausbau- bzw. -abdeckungspflichten?

Prima facie denkbar ist die Auferlegung von Netzausbau- bzw. -abdeckungspflichten. Deren Festlegung in Form von Nebenbestimmungen passt jedoch nicht wirklich zum wettbewerbsbezogenen Schutzzweck des § 105 TKG, so dass andere Rechtsgrundlagen heranzuziehen wären. Unabhängig davon reicht die Verknüpfung einer unentgeltlichen Verlängerung von Frequenznutzungsrechten „Zug um Zug“ verbunden mit der Auferlegung von Netzausbau- und -abdeckungspflichten aber ohnehin nicht aus, um zu zwei gleich umfangreichen Leistungen zu kommen und so eine Zuwendung auszuschließen.

b) Wettbewerbsnahe Ausgleichsmechanismen

Jedenfalls ordnungspolitisch sinnvoller und wettbewerbsnäher als Netzausbaupflichten sind solche Maßnahmen, die darauf zielen, Wettbewerbsgleichheit zwischen den durch die Verlängerung Begünstigten und Nicht-Begünstigten herzustellen, insbesondere Verhandlungsgebote, Angebotspflichten oder die Einräumung eines Vorleistungszugangs.

aa) Angebotspflicht; Verhandlungsgebot

Ein Verhandlungsgebot erschöpft sich darin, mit interessierten Dienstanbietern über den Zugang zu eigenen Mobilfunknetzen zu verhandeln. Für die bestehenden Mobilfunkanbieter geht davon ein Anreiz aus, Verhandlungen zu führen, die von vornherein nicht darauf ausgerichtet sind, einen Vertragsschluss zu erzielen.

Über die derzeit schon bestehende und für sich nicht hinreichend kompensierende Verhandlungspflicht hinaus bringt die Bundesnetzagentur eine Angebotspflicht ins Spiel. Sie gibt dem Netzbetreiber zusätzlich auf, tatsächlich ein Angebot zu unterbreiten. Die Angebotspflicht lässt sich auch mit einem Diskriminierungsverbot verknüpfen.

¹⁴² Vgl. *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 169; ähnl. *Di Fabio*, Rechtsgutachten 1&1, 2024, S. 44.

¹⁴³ S. zu diesem Gedanken etwa *Monopolkommission*, 13. Sektorgutachten 2023, Rn. 158, vgl. dazu auch *SPD*, Stellungnahme 2023, S. 2 ff.

fen.¹⁴⁴ Dann wäre es untersagt, unabhängige Dienstanbieter im Verhältnis zu konzernverbundenen ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln.

Ob damit eine hinreichende Kompensation verbunden ist, ist allerdings sehr zweifelhaft. Denn erstens dürfen die Netzbetreiber einseitig festlegen, welche Leistungen sie den unabhängigen Dienstanbieter konkret anbieten. Zweitens bleibt offen, ob auch der Eigenvertrieb der Netzbetreiber oder nur die Dienste der konzernverbundenen Unternehmen den relevanten Maßstab des Diskriminierungsverbots abbildet¹⁴⁵. Abgesehen davon dürfte bei einer Angebotspflicht der Regulierungsaufwand eher zu- als abnehmen¹⁴⁶ ¹⁴⁷.

Summa summarum bleibt der entscheidende Nachteil der Verhandlungspflicht auch bei der Angebotspflicht bestehen – nämlich das bestehende Ungleichgewicht zwischen dem (die Verhandlungen steuernden bzw. das Angebot konzipierenden) Netzbetreiber und dem auf bloße Reaktion beschränkten Dienstanbieter. Da sich im Falle einer unentgeltlichen Verlängerung gerade dieses Ungleichgewicht verstärkt, indem sie die Marktpositionen verfestigt, ist dort anzusetzen.

Es besteht daher grundsätzlich eine Pflicht, dieses Marktungleichgewicht zu nivellieren. Sachgerecht kann daher beispielsweise ein Retail-Minus-Ansatz sein. Zu zahlen ist dann der hypothetische Endkundenpreis abzüglich der ersparten Aufwendungen auf Basis der Kosten effizienter Leistungserbringung. Die Vertriebsmarge des Netzbetreibers wäre abzuziehen, eine Offenlegung der Kostenstrukturen wäre erforderlich.

bb) Vorleistungszugang

§ 105 Abs. 2 Nr. 1 TKG sieht ausdrücklich auch die Möglichkeit vor, Vorleistungszugang anzuordnen. Da die Verlängerung für Dritte eine absolute Marktzutrittsschranke errichtet, lässt sich so dort, wo kein Wettbewerb *um* den Markt stattfinden kann, ein Wettbewerb *im* Markt initiieren. Denn zwischen Netzbetreiber und Dienstanbieter besteht keine symmetrische Verhandlungsmacht, die dafür sorgt, dass Verhandlungen oder Angebote zu Ergebnissen führen, die den Präferenzen der Beteiligten gerecht werden. Die Dienstanbieter können insbesondere keine Marktzutrittsbedingungen durchsetzen. Eine Pflicht, Vorleistungszugang zu gewähren,¹⁴⁸ schafft insoweit Abhilfe, wenn er technologienutral ausgestaltet ist und (etwa wegen des Retail-Minus-Ansatzes) auf

¹⁴⁴ Ähnl. *Bundesnetzagentur*, Konsultationspapier 09/2023 (BK 1-22/001), S. 29.

¹⁴⁵ Vgl. *easy bell*, Stellungnahme 2023, S. 5 f.

¹⁴⁶ So die Befürchtung von *hess. Staatskanzlei*, Stellungnahme 2023, S. 2.

¹⁴⁷ Auf all diese Punkte hinweisend *Land Rheinland-Pfalz*, Stellungnahme 2023, Pkt 8 (S. 3).

¹⁴⁸ In diese Richtung *Bay. Staatsministerium*, Stellungnahme 2023, S. 2.

sachgerechten Preisen basiert, und kann dann die mit einer unentgeltlichen Verlängerung verbundenen Besserstellung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV kompensieren.¹⁴⁹

4. Ermessensleitende Gesichtspunkte

Welche der vor diesem Hintergrund denkbaren Maßnahmen konkret in welcher Ausgestaltung das Mittel der Wahl bildet, ist eine Frage regulierungsbehördlichen Ermessens. Es ist objektiv und vorausschauend auszuüben, verlangt also einen unvoreingenommenen, insbesondere nicht an den Interessen einzelner Marktteilnehmer ausgerichteten Blick in die Zukunft.¹⁵⁰ Diese für regulierungsrechtliche Maßnahmen typische Perspektive muss sich nach § 105 Abs. 2 S. 3 TKG kumulativ auf drei Beurteilungsmaßstäbe beziehen – so erstens auf die Wettbewerbsverhältnisse, zweitens auf die Erforderlichkeit der jeweiligen Maßnahme für einen wirksamen Wettbewerb und drittens auf die voraussichtlichen Auswirkungen der avisierten Handlung auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau. Im Lichte dieser Erwägungen hat die Bundesnetzagentur folglich eine Auswahlentscheidung zu treffen. Im Falle einer unentgeltlichen Verlängerung der Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte sprechen vor diesem Hintergrund durchaus gute Gründe dafür, dass die Netzbetreiber unabhängigen Dienstanbietern diskriminierungsfreien Vorleistungszugang auf Basis der Kosten effizienter Leistungserbringung gewähren müssen.¹⁵¹

III. Gesamtergebnis

1. So sehr das Telekommunikationsrecht den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zugesteht, zugeteilte knappe Frequenznutzungsrechte zu verlängern (§ 92 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 91 Abs. 9 TKG), so wenig darf die Wahlentscheidung unionsrechtliches Primärrecht oder nationales Verfassungsrecht verletzen. Insbesondere hat die Regulierungsbehörde im Lichte der Grundrechte und des Wettbewerbsrechts ggf. Maßnahmen zu ergreifen, um den Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt zu vermeiden (§ 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 TKG i. V. m. § 105 Abs. 2 1 TKG).

2. § 105 Abs. 2 S. 1 TKG gesteht der Bundesnetzagentur grundsätzlich Ermessen zu. Dieses kann sich jedoch auf eine Pflicht reduzieren, wettbewerbsfördernde Maßnahmen zu erlassen. Eine solche Ermessensreduzierung kann sich nicht nur aus der Ausstrahlungswirkung der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit sowie der Niederlassungsfreiheit der Dienstanbieter in Verbindung mit einer objektiven vorausschauenden Wettbewerbsbeurteilung, sondern auch daraus ergeben, dass eine Verlängerung der

¹⁴⁹ In diese Richtung wohl *Bundeskartellamt*, Stellungnahme 2023, S. 4.

¹⁵⁰ BT-Drs. 19/26108, 316.

¹⁵¹ S. zum Ganzen Geppert/Schütz/Korte, TKG, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 17 ff.

Frequenzzuteilung ohne Gegenleistung als nicht genehmigungsfähige Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV einzustufen ist.

3. Eine Ausdehnung der Frequenznutzungszeit zugunsten der etablierten Frequenzhaber eröffnet diesen einen exklusiven Marktzugang und verschließt Wettbewerbern Marktchancen. Dadurch kann eine wettbewerblich relevante Schieflage eintreten, die Schutzbedarf zugunsten von Wettbewerbern auslöst. Der Preis, den die Marktanbieter seinerzeit für die Zuteilung erbracht haben, war zwar marktgerecht. Die nachträgliche Verlängerung verschiebt aber die Relation zwischen Leistung und Gegenleistung: Die Auktionsgewinner erhalten für die Zuschlagspreise, die sie im wettbewerblichen Verfahren als Gegenleistung geboten haben, eine höhere als die seinerzeit versprochene Gegenleistung. Daraus erwächst ein geldwerter Vorteil, dem keine marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht.

4. Die Verlängerung einer zugeteilten Mobilfunkfrequenz weist den etablierten Unternehmen nicht *direkt* aus staatlichen Mitteln Geldzahlungen zu. Ein geldwerter Vorteil kann aber auch *indirekt* dadurch entstehen, dass der Staat darauf verzichtet, den etablierten Mobilfunkanbietern Geldzahlungen abzuverlangen, die grundsätzlich zu erbringen wären. Mit der Frequenzverlängerung verzichtet der Staat auf mögliche Einnahmen, die sich in einem wettbewerblichen Verfahren erzielen ließen.

5. Zugleich trifft den Staat bei der Frequenzzuteilung nicht ohne Weiteres eine Pflicht, Einnahmen zu erheben. Er darf ohne Verstoß gegen Beihilfevorschriften auch auf Einnahmen verzichten, solange er alle Wettbewerber gleichbehandelt. Nicht mit jedem Verzicht auf einen telekommunikationsrechtlich erzielbaren Zuteilungspreis ist daher der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts eröffnet. Es gilt vielmehr der Grundsatz: Wenn die staatlichen Behörden frei entscheiden können, ob es erforderlich ist, auf potentielle Einnahmen zu verzichten und welche Zuweisungskriterien anzulegen sind, gewähren sie grundsätzlich keinen geldwerten Vorteil aus staatlichen Mitteln.

6. Deshalb ist es keine Beihilfe, wenn der Staat statt einer Versteigerung das Verfahren einer – im konkreten Fall – nicht entgeltpflichtigen Ausschreibung wählt. Der Staat muss die Wahlentscheidung nicht von Einnahmeerzielungsmöglichkeiten abhängig machen. Denn dieses Allokationsverfahren ist darauf ausgerichtet, knappe Ressourcen effizient zu nutzen. Die Wahl des Zuteilungsmechanismus von der Zielsetzung überlagern zu lassen, staatliche Einnahmen zu generieren, liefert diesem Zweck grundsätzlich sogar zuwider. Die staatlichen Einnahmen sind lediglich ein Nebeneffekt des Zuteilungsprozesses. Grundsätzlich hat die Regulierungsbehörde deshalb ein – von monetären staatlichen Einnahmeerzielungsinteressen unabhängiges – Wahlrecht zwischen der Versteigerung und der Ausschreibung – § 100 Abs. 1 S. 1 TKG. Eine Verlängerung beste-

hender Frequenzen unterscheidet sich jedoch in einem wesentlichen Punkt von der Wahl zwischen Ausschreibung und Versteigerung: Sie schafft ungleiche Marktzutrittsbedingungen und ist damit eine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Bei der Wahl zwischen Versteigerung und Ausschreibung sind die Marktzutrittsbedingungen für alle Beteiligten im Grundsatz nämlich gleich, alle erhalten unter gleichen Bedingungen den Zugang zu knappen Frequenzen nach Marktbedingungen.

Bei der Wahl zwischen Verlängerung und wettbewerblichen Neuzuteilung sind die Marktzutrittsbedingungen demgegenüber asymmetrisch. Denn die Inhaber der zugeteilten Frequenzen werden im Verhältnis zu den anderen Marktteilnehmern, die vom Zugang zur Frequenz ausgeschlossen bleiben, durch den Verzicht auf staatliche Einnahmen privilegiert. Während es im Falle der Wahl zwischen Versteigerung und Ausschreibung systemgerecht ist, die Auswahlentscheidung zwischen beiden Instrumenten nicht an staatlichen Einnahmezielungsmöglichkeiten auszurichten, ist es im Falle der Wahl zwischen Verlängerung und wettbewerblichen Zuteilungsverfahren grundsätzlich geboten, die asymmetrischen Marktzugangsbedingungen der Marktteilnehmer und die damit verbundenen finanziellen Implikationen auszugleichen, um wettbewerbliche Fairness herzustellen. Schon deshalb ist die Auswahlentscheidung zwischen Versteigerung und Ausschreibung beihilfrechtlich anders zu bewerten als diejenige zwischen Verlängerung und wettbewerblichen Auswahlverfahren.

7. Verlängert die Bundesnetzagentur im Wege einer Versteigerung zugeteilte Mobilfunkfrequenzen, ohne daran Gegenleistungen zu knüpfen, liegt darin daher eine Beihilfe. Sie verzichtet auf staatliche Einnahmen und schafft asymmetrische Marktzutrittsbedingungen in einem Bereich, der für das Geschäftsmodell von Unternehmen existenziell ist, und diskriminiert damit die Marktteilnehmer. Sowohl im Versteigerungs- als auch im Ausschreibungsverfahren hat der Inhaber einer knappen Frequenz einen Zuschlagspreis zu zahlen (§ 100 Abs. 6 S. 4 TKG), sodass der staatliche Einnahmenverzicht auch budgetrelevant ist. Der nach der unionsgerichtlichen Spruchpraxis notwendige Zurechnungszusammenhang zwischen der Zuwendung und dem Mittelverzicht ist mithin hinreichend eng.

8. Die Begünstigung im Sinn des Art. 107 Abs. 1 AEUV, die mit einer Verlängerung von Mobilfunkfrequenzen einhergeht, muss die Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Regulierungsermessens abschmelzen, um nicht gegen Unionsrecht zu verstößen und Wettbewerbsgleichheit herzustellen sowie den Wettbewerb im Sinne des § 105 Abs. 2 TKG zu fördern. Sie kann dies nicht nur durch staatliche Festsetzung eines Preises für die mit der Verlängerung eröffnete Nutzungsmöglichkeit einlösen, sondern auch – in besonderem Maße marktgerecht und ordnungspolitisch sinnvoll – durch eine Pflicht der Netz-

betreiber, diskriminierungsfreien Vorleistungszugang auf Basis der Kosten effizienter Leistungserbringung zu gewähren.