

# **Frequenzzuteilung als Verfassungsproblem:**

## Chancengleicher Wettbewerb und Vertrauensschutz

---

Rechtsgutachten

zu dem Thema  
der durch die Bundesnetzagentur erwogenen  
Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens  
(„Frequenzauktion 2025“)  
nach § 91 Abs. 9 TKG

---

erstellt im Auftrag der 1&1 Mobilfunk GmbH

von

Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. sc. pol. Udo Di Fabio  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

im Januar 2024

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Sachverhalt und Untersuchungsgegenstand</b> .....	<b>4</b>
1. Eröffneter Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt.....	4
2. Das vierte Mobilfunknetz und sein Frequenzbedarf.....	5
3. Regulatorische Entscheidung zur Frequenzverlängerung und ihre Folgen für den geplanten Netzaufbau.....	7
4. Entwicklungsverlauf für die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten...8	
5. Rechtsfragen.....	12
<b>II. Fachgesetzliche Grundlage und Bindungswirkung des Verfassungsrechts</b> .....	<b>13</b>
1. Gesetzlich eröffnetes Auswahlermessen im Umgang mit Frequenzkonkurrenzen .....	13
2. Grundrechtswesentliche Bedeutung der Frequenzzuteilung .....	15
a) Legislative Unbestimmtheit: Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts?.....	15
b) Maßgebliche fachgesetzliche Vorgaben der Frequenzzuteilung.17	
c) Einwirkung des grundrechtlichen Teilhabeanspruchs auf die Ermessensausübung .....	18
3. Verfassungskonforme Auslegung.....	20
4. Grundlagen der verfassungskonformen Auslegung .....	21
5. Auslegung von § 91 Abs. 9 TKG .....	23
6. Sonderkonstellation durch die Frequenzauktion 2019 .....	27
<b>III. Wettbewerbsgerechtigkeit als Systementscheidung aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG</b> .....	<b>30</b>
1. Zusammenspiel von objektiv- und subjektivrechtlichen Verfassungsgeboten .....	30
2. Geltungsgehalt von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG.....	31
<b>IV. Gleichheitswidrige Berufsregelung (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG)</b> .....	<b>36</b>
1. Berufsausübungsregelung oder objektive Berufszulassungsschranke? .....	36
2. Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	40
3. Kürzere Verlängerungszeit als verhältnismäßige Lösung? .....	44
4. Recht auf chancengleiche Teilhabe am Wettbewerb (Art. 3 Abs. 1 GG).....	47
<b>V. Verstoß gegen das unionsrechtsrechtliche Diskriminierungsverbot, Art. 48 Abs. 2, 55 Abs. 6 EKEK</b> .....	<b>52</b>

---

<b>VI. Vertrauensschutz .....</b>	<b>54</b>
1. Vertrauensenttäuschung .....	54
2. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....	55
3. Bindung der Verwaltung .....	59
a) Schaffung von Vertrauenstatbeständen durch die Verwaltung ..	59
b) Kriterien des Bundesverfassungsgerichts .....	63
4. Vertrauenstatbestand durch Frequenzauktion 2019 .....	65
a) Frequenzauktion 2019 .....	65
b) Herstellung eines regulatorischen Zuteilungszusammenhangs ..	66
5. Vertrauensschutz durch bisherige Behördenpraxis (Art. 14 i.V.m. Art 20 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG) .....	71
6. Frequenzverlängerung 2005 als Abweichung vom gesetzlichen Regelfall .....	72
<b>VII. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen.....</b>	<b>76</b>

## **I. Sachverhalt und Untersuchungsgegenstand**

### **1. Eröffneter Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt**

Mit der Öffnung des deutschen Mobilfunkmarktes unter Auflösung der Monopolstellung der Deutschen Telekom Anfang der 1990er Jahre wurden hohe Erwartungen an einen rege einsetzenden Wettbewerb verbunden, der für einen besseren Netzausbau, große Innovationsschübe und vorteilhaftere Konditionen der Endnutzer sorgen sollte.

Diese Erwartungen haben sich erfüllt. Der Wettbewerb ist längst Wirklichkeit. Aber er bleibt gerade im Bereich der Mobilfunknetze durch Oligopolisierung gefährdet, er bleibt wegen der Verfügungsgewalt über Netze und der Abhängigkeit von öffentlichen Gütern in Form von Frequenzen für die Bereitstellung von Mobilfunkdiensten von regulatorischer Aufsicht abhängig. Nach der Phase eines erfreulich zunehmenden Wettbewerbs befindet sich in den letzten zehn Jahren der deutsche Mobilfunkmarkt in einer Etappe verfestigter Konsolidierung. Auf diesem Markt agieren mit strategisch einsetzbaren Netzkapazitäten vor allem die drei etablierten MNOs („Mobile Network Operators“): Die Telekom Deutschland GmbH („Telekom“), die Vodafone GmbH („Vodafone“) und die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG („Telefónica“).

Die Bundesnetzagentur hat aufgrund dieses mittlerweile gefestigt bestehenden faktischen Oligopols<sup>1</sup> mehr Wettbewerb im Mobilfunkmarkt und das Hinzutreten eines Neueinsteigers im Netzangebot stets ausdrücklich begrüßt.

## 2. Das vierte Mobilfunknetz und sein Frequenzbedarf

Auch das Bundeskartellamt, Deutschlands wichtigste Wettbewerbsbehörde, begrüßt aus diesem Grund das Hinzutreten der 1&1 Mobilfunk GmbH (im Folgenden "1&1") als vierten Wettbewerber.<sup>2</sup> Das Unternehmen 1&1 hat vor der Frequenzauktion 2019, bei der Mobilfunkfrequenzen in den Bereichen von 2,1 GHz und 3,6 GHz versteigert wurden, den Entschluss gefasst, ein eigenes, viertes Mobilfunknetz aufzubauen. Im Zuge dessen hat die 1&1 bei dieser Frequenzauktion 2019 Mobilfunkfrequenzen für 1,07 Milliarden Euro ersteigert.

Der flächendeckende und kosteneffiziente Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes ist jedoch nach Einschätzung des neu hinzugeetretenen Telekommunikationsunternehmens sowie

---

<sup>1</sup> Rossi/Sandhu, Frequenzzuteilung zur Sicherung eines nachhaltigen Wettbewerbs, MMR 2021, 293 (293); das Bundeskartellamt spricht von einem „**oligopolistisch geprägten Mobilfunkmarkt**“, Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Konsultationspapier der Bundesnetzagentur – Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen, 6. November 2023, S. 5.

<sup>2</sup> Zuletzt so in der Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Konsultationspapier der Bundesnetzagentur – Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen, 6. November 2023.

entsprechender Experten<sup>3</sup> nur möglich, wenn 1&1 insbesondere auch Zugang zu den *Low-Band-Frequenzen* im Bereich unter 1 GHz erlangen kann, die bei der Versteigerung 2019 nicht Gegenstand sein konnten, weil sie bereits an Wettbewerber befristet vergeben waren. Dieses Frequenzdelta und die dadurch sich für den Neueinsteiger ergebende Problematik hat die Bundesnetzagentur auch bei der Frequenzauktion 2019 erkannt. Sie stellte bei dieser Auktion bereits fest, dass die 2025 auslaufenden Mobilfunkfrequenzen (800 MHz, 1,8 GHz und 2,6 GHz) auch vor Ende 2025 erneut versteigert werden würden, sodass die 1&1 vor Ende 2025 die Möglichkeit des Zugangs zu ausbaurelevanten Frequenzen erhalten könne.<sup>4</sup> Zudem hat die BNetzA in Fortsetzung ihrer Entscheidungspraxis<sup>5</sup> auch in der Vergabeentscheidung 2019 eine Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte gerade deshalb abgelehnt, um den Marktzugang für Neueinsteiger nicht zu verschließen.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu auch exemplarisch die Feststellung in der Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018, Az. BK1-17/001, Über die Festlegung der Vergabe und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3.6 GHz, Rz. 452, dass es für einen kosteneffizienten flächendeckenden Ausbau Frequenzen unterhalb 1 GHz bedarf.

<sup>4</sup> Dazu näher VII. 4. a).

<sup>5</sup> Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 28. Januar 2015 zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen im Bereich 1452 – 1492 MHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten, Rz. 418.

<sup>6</sup> Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 14. Mai 2018 über Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang, Rz. 275.

### 3. Regulatorische Entscheidung zur Frequenzverlängerung und ihre Folgen für den geplanten Netzaufbau

Vor diesem Hintergrund völlig überraschend erwägt die Bundesnetzagentur nunmehr jedoch in ihrem jüngsten Konsultationspapier vom 13. September 2023<sup>7</sup>, dass sie die 2025 auslaufenden Frequenzen ausschließlich zu Gunsten der gegenwärtigen drei Frequenzinhaber verlängern und von einem Vergabeverfahren absehen wolle.

Dies würde für 1&1, welcher die Bundesnetzagentur die Durchführung einer Auktion 2025 bei der Versteigerung im Jahr 2019 in Aussicht gestellt hatte, nach ihrer unternehmerischen Einschätzung einen Ausschluss vom fairen, gleichberechtigten Wettbewerb zu den bestehenden MNOs darstellen und den Netzaufbau der 1&1 massiv behindern oder ihn sogar praktisch zum Erliegen bringen.

1&1 versorgt ihre über 12 Millionen Kunden deutschlandweit mit Mobilfunkvorleistungen auf den Mobilfunknetzen von Vodafone und Telefónica. Im Vorfeld der Frequenzvergabe 2019 hat 1&1 den Entschluss gefasst, ein eigenes Mobilfunknetz in Deutschland aufzubauen und die bisherige Geschäftstätigkeit als Mobilfunkanbieter auf Wholesale-Basis (Mobile Virtual Network Operator „MVNO“) in die Tätigkeit als Mobilfunkanbieter mit einem eigenen Mobilfunknetz (Mobile Network Operator, "MNO") zu

---

<sup>7</sup> Konsultationspapier Bundesnetzagentur vom 13. September 2023, Az. BK1-22/001, Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung.

überführen. Dafür hat 1&1 im Rahmen der Frequenzauktion vom 19. März 2019 bis zum 12. Juni 2019 ("Frequenzauktion 2019") für insgesamt EUR 1,07 Mrd. Mobilfunkfrequenzen in den Bereichen 2,1 GHz und 3,6 GHz für den Aufbau des vierten deutschen Mobilfunknetzes ersteigert. Derzeit befindet sich 1&1 in der Aufbauphase für das eigene vollständig virtualisierte, auf Basis der innovativen sog. OpenRAN-Technologie betriebene 5G-Netz. Seit dem Start mobiler Dienste auf dem 1&1 Netz (am 8. Dezember 2023) stellt 1&1 seinen Kundinnen und Kunden während dieser Aufbauphase dort, wo noch keine eigene Versorgung durch das 1&1 Netz gegeben ist, Mobilfunkleistungen im Wege des National Roaming zur Verfügung. Entsprechende National Roaming-Leistungen bezieht 1&1 gegenwärtig noch von Telefónica. Ab 1. Juli 2024, spätestens ab 1. Oktober 2024, wird 1&1 Mobilfunk National Roaming-Leistungen von Vodafone in Anspruch nehmen.<sup>8</sup>

#### 4. Entwicklungsverlauf für die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten

Bereits im Jahr 2010 wurden die Frequenznutzungsrechte für die Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz versteigert, damals naturgemäß ohne 1&1, die noch kein Netzbetreiber war. Diese Frequenznutzungsrechte laufen zum Ende des Jahres 2025 aus. In diesem Zusammenhang

---

<sup>8</sup> Vgl. hierzu Ad-hoc-Mitteilung der 1&1 AG vom 2. August 2023, abrufbar unter: <https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/11-ag-11-stellt-weichen-fuer-flaechendeckendes-5g-abschluss-eines-verbindlichen-vorvertrages-fuer-eine-langfristige-exklusive-national-roaming-partnerschaft-mit-vodafone/1871745>.

fürhte die Bundesnetzagentur ("BNetzA") seit 2020 verschiedene Konsultationen der interessierten Kreise durch. Im Rahmen dieses Konsultationsprozesses hat die BNetzA

- am 19. August 2020 den "Frequenzkompass 2020"<sup>9</sup>,
- am 21. Juni 2021 das "Szenarienpapier 2021"<sup>10</sup>,
- am 24. Januar 2022 die "Orientierungspunkte und Bedarfsabfrage für die Bereitstellung der Frequenzen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz"<sup>11</sup>, sowie
- am 22. September 2022 das "Positionspapier zur Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen"<sup>12</sup>

veröffentlicht. Zu jedem der vorgenannten Konsultationsdokumente hat 1&1 jeweils umfassend Stellung genommen und

---

<sup>9</sup> Abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Frequenzkompass2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Frequenzkompass2020.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>10</sup> Abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Szenarienpapier2021.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Szenarienpapier2021.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>11</sup> Abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Positionspapier2022.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Positionspapier2022.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>12</sup> Abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Positionspapier2022.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Positionspapier2022.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

ergänzende rechtliche und technisch-ökonomische Gutachten in das Verfahren eingebracht.<sup>13</sup>

Wie bereits erwähnt hat die BNetzA am 13. September 2023 das Konsultationspapier "Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen"<sup>14</sup> ("Konsultationspapier") veröffentlicht und die interessierten Kreise zur Abgabe von Stellungnahmen aufgefordert.

Im Konsultationspapier hat die BNetzA angekündigt, dass sie erwägt, „zunächst“ kein Vergabeverfahren anzuordnen. Vielmehr erwäge die zuständige Präsidentenkammer im Näheren, für den Zeitraum zwischen Auslaufen der bestehenden Nutzungsrechte Ende des Jahre 2025 und erneuter Bereitstellung ab 2031 im Wege einer Übergangentscheidung die Bestandsnutzungsrechte bei 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz um fünf Jahre zu verlängern<sup>15</sup>.

Diese Ankündigung kam für die Marktteilnehmer, jedenfalls aber für 1&1 völlig überraschend: Denn noch im Positionspapier 2022

---

<sup>13</sup> Sämtliche Stellungnahmen und Gutachten von 1&1 sowie der anderen interessierten Parteien abrufbar unter: <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/MobilesBreitband/start.html>.

<sup>14</sup> Konsultationspapier 2023, abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Rahmenbedingungen2023.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Rahmenbedingungen2023.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>15</sup> Konsultationspapier 2023, S. 20.

hatte sich die BNetzA gegen eine Verlängerung und zugunsten einer Versteigerung ausgesprochen:

"Nach Auswertung der Bedarfsbekundungen liegt eine Frequenzknappheit nahe. Dies spricht gegen eine Verlängerung und für die Anordnung eines objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens."<sup>16</sup>

Im Einzelnen erwägt die BNetzA nunmehr,

- im Jahr 2024 eine Übergangentscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und die Verlängerung bestehender Nutzungsrechte für den Zeitraum von Anfang des Jahre 2026 bis Ende des Jahres 2030 zu treffen (Handlungskomplex 1);
- voraussichtlich bis zum Jahr 2028 in einem transparenten, offenen und diskriminierungsfreien Verfahren eine Entscheidung über die langfristige Bereitstellung von Frequenznutzungsrechten ab dem Jahr 2030 in einem größeren Vergabekontext zu treffen (Handlungskomplex 2).

---

<sup>16</sup> Positionspapier 2022, S. 8.

## 5. Rechtsfragen

Rechtsgrundlage für die von der Bundesnetzagentur erwogene Entscheidung ist § 91 Abs. 9 TKG. Es stellt sich die Frage, ob der von der Bundesnetzagentur im jüngsten Konsultationspapier offenbar angenommene Ermessensspielraum vorliegend überhaupt besteht. Untersuchungsgegenstand des Rechtsgutachtens wird deshalb vor allem die Frage sein, welche Wertungen des Grundgesetzes – auch des insoweit parallellaufenden Unionsrechts – bei einer Entscheidung der Bundesnetzagentur als ausgeübtes Auswahlermessen zwingend berücksichtigt werden müssen.

Diese Frage stellt sich insbesondere unter folgenden Gesichtspunkten:

- Inwieweit eröffnen die Grundwertungen und die Systementscheidung des Grundgesetzes und des TKG im Sinne einer Förderung des Wettbewerbs bei § 91 Abs. 9 TKG der Bundesnetzagentur einen Ermessensspielraum oder begrenzen bestehendes Ermessen?
- Welche entstandenen Grundrechtspositionen eines Neueinsteigers sind bei einer Entscheidung zwingend zu berücksichtigen?
- Inwiefern muss die Bundesnetzagentur entstandene Vertrauensschutzpositionen des Neueinsteigers berücksichtigen bzw. wird diese in ihrer Ermessensausübung gebunden?

## II. Fachgesetzliche Grundlage und Bindungswirkung des Verfassungsrechts

### 1. Gesetzlich eröffnetes Auswahlermessen im Umgang mit Frequenzkonkurrenzen

Sind für begehrte Zuteilungen verfügbare Frequenzen nicht in ausreichendem Umfang vorhanden oder sind für bestimmte Frequenzen mehrere, nicht alle erfüllbare Anträge gestellt, kann die BNetzA gemäß § 91 Abs. 9 TKG anordnen, dass der Zuteilung der Frequenzen ein *Vergabeverfahren* nach § 100 TKG voranzugehen hat (sog. "Vergabeanordnung").

§ 91 Abs. 9 TKG lautet:

„Sind für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder sind für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt, kann die Bundesnetzagentur anordnen, dass der Zuteilung der Frequenzen ein Vergabeverfahren nach § 100 voranzugehen hat. Die Voraussetzungen einer Einzelzuteilung nach Absatz 5 bleiben hiervon unberührt. Vor der Entscheidung sind die betroffenen Kreise anzuhören. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur ist zu veröffentlichen.“

Beide Tatbestandsmerkmale (Frequenzknappheit und mehrere Anträge) sind regelmäßig erfüllt, so auch im vorliegenden Fall. Das Vorliegen einer Frequenzknappheit wurde von der BNetzA bereits nach der ersten Bedarfsabfrage im Positionspapier 2022 bejaht.

Die der Behörde vom Gesetz eröffnete Alternative zu einer Vergabeanordnung ist die *Verlängerung* bereits bestehender

Frequenzzuteilungen. Es handelt sich („kann“) um eine Ermessensentscheidung, welche die BNetzA gemäß § 211 Abs. 1 S. 1 TKG durch Beschlusskammern fällt und die nach § 211 Abs. 3 TKG in Form eines Verwaltungsaktes ergeht. Prima vista überlässt es das TKG somit der Behörde, darüber zu entscheiden, wie es mit einer Wettbewerbslage bei der Frequenzzuteilung unter Knappheitsbedingungen umzugehen gedenkt.

Nach allgemeinen Regeln der Ermessensfehlerlehre<sup>17</sup> wäre allerdings schon auf der einfachgesetzlichen, auf der verwaltungsrechtlichen Ebene zu fragen, ob im konkreten Fall die Regeln der Ermessensausübung mit der beabsichtigten Verlängerungsentscheidung eingehalten würden. Denn ein *Ermessensausfall* entsteht, wenn das Konnektivitätsinteresse des Newcomers schlicht gar nicht berücksichtigt oder lediglich auf die Wirkung einer Marktzugangssperre abgestellt wird. Ein *Ermessensfehlergebrauch* jedenfalls dürfte dann vorliegen, wenn in der Nutzungsverlängerung und damit die mindestens fünfjährige Verschließung einer Nutzung der betroffenen Frequenzen durch 1&1 zu Unrecht als ein nur geringfügiger Grundrechtseingriff angesehen würde. Das wäre eine Fehlgewichtung des Konnektivitätsinteresses von 1&1. Bei einer Verlängerung der Bestandsnutzungsrechte um weitere mindestens fünf Jahre handelt es sich ersichtlich nicht lediglich um eine „Übergangsentscheidung“ ohne wettbewerblich gravierende Auswirkung, da in diesem Zeitraum kein echter und fairer Netzwettbewerb stattfinden kann. Das würde den Netzaufbau nicht nur verzögern, sondern die

---

<sup>17</sup> Zum Ermessenausfall und -fehlergebrauch: Riese, § 114 VwGO, Rn. 59 ff. in: Schoch/Schneider (Hg.), Verwaltungsrecht Werkband: 44. EL März 2023.

unternehmerische Absicht des MNO-Newcomers vereiteln, das modernste Mobilfunknetz zu errichten, denn in einem dynamisch angelegten Wettbewerbsverhältnis hieße das angesichts des gebundenen Investitionskapitals, bereits heute zu Lasten von 1&1 vollendete Tatsachen zu schaffen. Diese Wirkung tritt umso intensiver ein, je länger der Zugang zu den notwendigen Frequenzen hinausgeschoben wird.

## 2. Grundrechtswesentliche Bedeutung der Frequenzzuteilung

### a) *Legislative Unbestimmtheit: Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts?*

Das Gesetz eröffnet zwei unter Wettbewerbsbedingungen sehr unterschiedliche Vorgehensweisen, die für die grundrechtlich geschützten Positionen vor allem des Newcomers von wesentlicher Bedeutung sind. Dabei soll hier nicht näher der Frage nachgegangen werden, ob gemessen am Vorbehalt des Gesetzes hinsichtlich des hier bestehenden wesentlichen Konkurrenzverhältnisses im TKG eine normative Untersteuerung (Unbestimmtheit) vorliegt, insofern es an tatbestandlichen Kriterien fehlt, unter welchen näheren Tatbestandvoraussetzungen denn die Behörde den einen oder den anderen Weg betreten darf. In dieser Unbestimmtheit könnte ein Verstoß gegen das Prinzip des Gesetzesvorbehalts liegen. Denn:

„Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen“.<sup>18</sup>

Man fragt sich, ob die für den Neueinsteiger elementare Entscheidung, wann man den MNO-Newcomer im Prozess des Netzaufbaus durch Verlängerung einer Frequenzzuteilung an die etablierten Bestandskonkurrenten „außen vor lassen“ kann, im Sinne einer hinreichenden Determinierung vom Gesetz selbst getroffen ist oder ob hier der Behörde nicht ein – den Gesetzesvorbehalt verletzendes – legislativ *ungebundenes Ermessen* eingeräumt wurde.

Auf diese Frage einer Verletzung des Gesetzesvorbehalts kommt es indes nicht an, wenn es möglich ist, durch eine verfassungskonforme Auslegung des geltenden Fachrechts ein womöglich gesetzlich nicht hinreichend bestimmtes Auswahlermessen zu konkretisieren und damit zu dirigieren. Es fehlt nicht an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, wenn die Vorschriften des TKG insofern durch methodische Auslegung *bestimmbar* wären, denn:

„Die notwendige Bestimmtheit fehlt aber nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist (...). Dem Bestimmtheitserfordernis ist vielmehr genügt, wenn die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können(...)“.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> BVerfGE 134, 141 (184).

<sup>19</sup> BVerfGE 134, 141 (184).

b) *Maßgebliche fachgesetzliche Vorgaben der  
Frequenzzuteilung*

Die Bundesnetzagentur teilt Funkfrequenzen grundsätzlich auf Antrag eines Zuteilungspetenten zeitlich befristet zu. Allerdings liegt bei Funkfrequenzen als mengenmäßig begrenztem Gut, da eine Frequenz nicht von mehreren Nutzern gleichzeitig verwendet werden kann, regelmäßig ein Überhang des Bedarfs an Frequenzen vor („Frequenzknappheit“), sodass die Bundesnetzagentur nicht Frequenzen auf Antrag umstandslos zuteilen kann. Für den Fall der Frequenzknappheit scheint es sich bei § 91 Abs. 9 TKG um den Standardfall einer Ermessensnorm zu handeln, die der Behörde hinsichtlich des Auswahlmessens, ob ein Vergabeverfahren nach § 100 TKG durchzuführen ist, einen weitgehenden Freiraum nach normalen Ermessensgrundsätzen einräumt („kann die Bundesnetzagentur anordnen“).

Dementsprechend könnte man annehmen, dass die in der Vorgehensweise alternative *Verlängerung* von Frequenzen gleichberechtigt neben die Anordnung eines Vergabeverfahrens nach § 100 TKG träte. Eine solche Sichtweise würde jedoch die besondere Situation, der die Bundesnetzagentur im Falle eines Bedarfsüberhanges Herr werden muss, außer Acht lassen: Es handelt sich bei der Frequenzzuteilung durch die Bundesnetzagentur als Kernbereich der hoheitlichen Ordnung des TK-Verkehrs<sup>20</sup> um die Verteilung eines begrenzten und grundrechtsrelevanten Wirtschaftsgutes. Schon einfachgesetzlich führt das zu der Einsicht, dass für den Fall einer wettbewerbsrelevanten

---

<sup>20</sup> Schuster/Müller, Rechtliche Grundlagen und Praxis der Frequenzzuteilung durch die Reg TP, MMR 2000, 26 (26).

Frequenzknappheit die Behörde nicht einfach zwischen Versteigerung und Verlängerung frei entscheiden können soll, sondern es der Regulierungsbehörde vom Gesetz aufgegeben ist, wenngleich auf von ihr wählbaren unterschiedlichen Handlungsebenen, so doch immer eine den gesetzlichen Zielen entsprechende wettbewerbsgerechte Konfliktlösung zu finden. Liest man demnach den Sinn und Zweck der Ermessenseinräumung richtig, dann ist zur Konfliktlösung regelmäßig nur der Weg über die Versteigerung tauglich, oder aber die Bundesnetzagentur müsste im Rahmen von qualifizierten Verlängerungsmodalitäten eine Lösung finden, die dem MNO-Newcomer gleiche Verhältnisse garantieren, etwa indem ihm ebenfalls benötigte Frequenzen zugeteilt würden, etwa durch freiwillige, vereinbarte Abgabe, also den Verzicht seitens der bisherigen Frequenzinhaber.

c) *Einwirkung des grundrechtlichen Teilhabeanspruchs auf die Ermessensausübung*

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht bei staatlichen Verteilungsentscheidungen ein Anspruch auf Gewährung des Gutes aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Beteiligung an diesem notwendige Voraussetzung für die Berufsausübung ist.<sup>21</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn der Staat ein Verfügungsmonopol für sich in Anspruch genommen hat,<sup>22</sup> wie es im Bereich der Frequenzverteilung der Fall ist. Die Frequenzbereitstellung ist ein

---

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303 (331 f.) – Numerus Clausus I.

<sup>22</sup> Ebd.

Kernbestandteil der Telekommunikationsordnung. Als Ausübung hoheitlicher Gewalt unterliegen die Zuteilung von Frequenzen und die Regulierung netzbezogener Dienstleistungen verfassungsrechtlichen Bindungen.

Sofern es sich um begrenzte Wirtschaftsgüter handelt, die stärker nachgefragt als tatsächlich vorhanden sind, wandelt sich dieses derivative Recht in einen Anspruch auf eine chancengleiche Teilhabe in einem fairen Verteilungsverfahren um.<sup>23</sup> Nach dem Entscheidungssatz des Bundesverfassungsgerichts

„gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG, dass jeder Bewerber eine faire Chance erhält, entsprechend den (...) Genehmigungsvoraussetzungen zum Zuge zu kommen.“<sup>24</sup>

Dieses Teilhaberecht ist darauf gerichtet, eine den Konkurrenten gleichgestellte Chance auf Zuteilung zu erhalten, begründet aber nicht ohne weiteres auch einen Anspruch darauf, dass überhaupt eine solche Verteilungsentscheidung herbeigeführt wird.<sup>25</sup> Vorliegend handelt es sich allerdings nicht um eine subjektivrechtlich zu erzwingende Verteilungsentscheidung, die ansonsten nicht stattfände, sondern um chancengerechte Partizipation an einer *impliziten*, in der Verlängerung von zugewiesenen Frequenzen

---

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 43, 291 (316 f.) – Numerus Clausus II; BVerfGE 147, 253 (306 f.) – Numerus Clausus III.

<sup>24</sup> BVerfG, Beschluss vom 11.10.2010 – 1 BVR 1425/10 = NZBau 2011, 123 Rn. 10.

<sup>25</sup> Vgl. Burgi, Die künftige Bedeutung der Freiheitsgrundrechte für staatliche Verteilungsentscheidungen, WiVerw 2007, 173 (176).

liegenden Verteilungsentscheidung. Bei einer Verlängerung von Frequenznutzungsrechten handelt es sich zumindest materiell betrachtet um nichts anderes als eine erneute Zuteilung, die an die vorherige anschließt.<sup>26</sup> Eine Verlängerung stellt somit eine erneute Verteilungsentscheidung *unter Ausschluss sämtlicher Neubewerber* dar.

Der Anspruch auf eine chancengleiche Teilnahme an einem fairen Verteilungsverfahren wird durch die Frequenzverlängerung schon im ersten Schritt vollständig ausgeschaltet, ohne dass sich hier überhaupt Fragen der fairen Verfahrensgestaltung stellen könnten: Für die Neubewerber findet insofern gar kein förmliches Verfahren statt, auch wenn er im Rahmen der Verlängerungsentscheidung angehört wird.

### 3. Verfassungskonforme Auslegung

Sofern die Bundesnetzagentur § 91 Abs. 9 TKG so auslegen würde, dass die Systementscheidung aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG oder Ansprüche aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verletzt würden, wäre dies wegen des Vorrangs der Verfassung nicht mehr von den Bestimmungen des TKG als rechtmäßig gedeckt. Würde das TKG durch seinen normativen Direktionsgehalt selbst diesen Verstoß notwendig herbeiführen, wären die entsprechenden Gesetzesvorschriften verfassungswidrig. Wenn jedoch das TKG eine Auslegung und Anwendung erlaubte, die den Verfassungsverstoß vermeidet, dann ist nicht das Gesetz

---

<sup>26</sup> BVerwGE 134, 368 (371).

verfassungswidrig, sondern seine exekutive Anwendung. Denn es bestünde dann jedenfalls die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung, die das Auswahlermessen der Behörde aufgrund des Vorrangs der Verfassung beschränken und reduzieren würde.

Das Instrument der verfassungskonformen Auslegung steht nicht nur dem Bundesverfassungsgericht zur Verfügung, sondern muss auch von jeder Behörde (und jedem zur Kontrolle exekutiven Handelns berufenen Gericht) zur Vermeidung von Verfassungsverstößen angewandt werden.<sup>27</sup> Somit muss auch die Bundesnetzagentur § 91 Abs. 9 TKG verfassungskonform auslegen, sofern dies möglich ist.

#### 4. Grundlagen der verfassungskonformen Auslegung

Der Anwendungsfall der verfassungskonformen Auslegung ist eröffnet, wenn neben einer Auslegung der Norm, die zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führt, auch eine nach gängigen Auslegungsmethoden zulässige andere Deutung der Norm möglich ist, die den Verfassungsverstoß vermeidet. Ist dies der Fall, so hat die Norm nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bestand (nur) in ihrer verfassungskonformen Auslegung.<sup>28</sup> Nur in dem Fall, dass keine der rechtmethodisch möglichen Auslegungsergebnisse zur Vermeidung eines

---

<sup>27</sup> Vgl. Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 102. EL 2023, Art. 93 Rn. 112.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfGE 2, 262 (282).

Verfassungsverstoßes führt, ist eine Normerhaltung nicht mehr möglich und damit die Norm selbst verfassungswidrig.

Die verfassungskonforme Auslegung bewegt sich dauerhaft im Spannungsfeld zwischen dem Grundgedanken der Normerhaltung, um den Gesetzgeber zu schonen, sowie der Gefahr, den gesetzgeberischen Willen durch extensive Deutungen zu verformen.<sup>29</sup> Eine klare Grenzziehung der verfassungskonformen Auslegung gestaltet sich deshalb mitunter als schwierig, es lässt sich jedoch Folgendes festhalten:

- Die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung bestimmen sich primär nach den anerkannten und gängigen Auslegungsmethoden, wie etwa Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck der Norm.<sup>30</sup>
- In keinem Fall darf der zur Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben gewählte Auslegungsweg konträr zum Willen des Gesetzgebers stehen, da dies einen unzulässigen Eingriff in die Rechte des demokratisch legitimierten Gesetzgebers darstellen würde.<sup>31</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf

---

<sup>29</sup> Vgl. Walter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 102. EL 2023, Art. 93 Rn. 112 f.

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 138, 64 (93 f.).

<sup>31</sup> Vgl. Jarass/Piero, GG, 17. Auflage 2022, Art. 20, Rn. 68; BVerfGE 130, 372 (398).

„einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz somit nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden.“<sup>32</sup>

## 5. Auslegung von § 91 Abs. 9 TKG

Es spricht im hier vorliegenden Fall viel dafür, dass eine verfassungskonforme Auslegung dem Sinn und Zweck des TKG nicht widerspricht, sondern ganz im Gegenteil den Zweck des Gesetzes überzeugend entfaltet. Mit Blick auf den reinen Wortlaut der Norm (insbesondere „*kann anordnen*“), stünde nur der Wortlaut einer verfassungskonformen Auslegung entgegen, die der Behörde in keiner möglichen Konstellation mehr ein ungebundenes Auswahlermessen einräumt, wenn man also § 91 Abs. 9 TKG als quasi gebundene Entscheidung in Richtung der Anordnung eines Vergabeverfahrens auslegen würde.

Da eine Ermessensbindung durch den Zweck des Gesetzes oder durch die notwendige Beachtung vorrangigen Rechts aber ein dogmatischer Normalfall ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass eine solche Bindung dem Wortlaut widerspreche. Die Ermessensformel „*kann*“ ist insofern neutral und beinhaltet keinen entgegenstehenden Rechtsanwendungsbefehl. Der Wortlaut erlaubt demnach jedenfalls auch eine Auslegung, die der Anordnung des Vergabeverfahrens Vorrang gibt und die

---

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 130, 372 (398).

Frequenzverlängerung auf einen sachlich rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall beschränkt.

Das Bundesverwaltungsgericht legt die hier maßgebliche Ermessensnorm aufgrund der besonders hohen Grundrechtssensitivität der Verteilungsentscheidung verfassungskonform dahingehend aus, dass diese grundsätzlich die Anordnung eines Vergabeverfahrens vorsehe; das Gericht spricht von einer „Vorprägung“ der Norm:

„Denn im Falle einer Frequenzknappheit ist die Ermessensentscheidung („kann“) der Bundesnetzagentur infolge der Grundrechtsbindung (Art. 12 I, 3 I GG) und des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes (Art. 5 II, 7 III GRL) regelmäßig im Sinne des Erlasses einer Vergabeanordnung vorgeprägt.“<sup>33</sup>

Hinsichtlich des Auswahlermessens erkennt die verwaltungsgewärtliche Rechtsprechung hier ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis, das dem grundrechtlich geschützten Interesse auf chancengleichen Wettbewerb Vorrang einräumt. Das Interesse der Wettbewerber auf einen chancengleichen Zugang zu Mobilfunkfrequenzen wiegt demnach grundsätzlich so schwer, dass die Ermessensentscheidung nach § 91 Abs. 9 TKG in Richtung der regelmäßigen Durchführung des Vergabeverfahrens nach § 100 TKG gelenkt und damit deutlich verengt wird.

---

<sup>33</sup> BVerwG Urteil vom 26.01.2011, 6 C 2/10, Rn. 25; ebenso BVerwGE 139, 226 (235); BVerwG Urteil vom 22.06.2011, 6 C 40/10, Rn. 35; die Entscheidungen beziehen sich auf 55 Abs. 9 TKG a.F., es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Grundsätze auf den regelungsgleichen § 91 Abs. 9 TKG n.F. anzuwenden sind.

Eine solche Auslegung entspricht der Gesetzessystematik des TKG: Dieses konkretisiert die vom Verfassungsgesetzgeber nach Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG getroffene Grundentscheidung im Sinne einer Gewährleistungspflicht eines gleichen und offenen Wettbewerbs<sup>34</sup>, wie es sich etwa in den Regulierungszielen gem. §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG zeigt: Das TKG ist auf die aktive Förderung eines Wettbewerbs gerichtet.

Dies belegt auch § 105 Abs. 1 TKG<sup>35</sup>, der bei der Zuteilung von Frequenzen und deren Verlängerung direkt anwendbar ist:

§ 105 Förderung des Wettbewerbs

(1) Bei der Zuteilung von Frequenzen für Telekommunikationsnetze und -dienste gemäß diesem Gesetz sowie der Änderung oder Verlängerung von Zuteilungen solcher Frequenzen fördert die Bundesnetzagentur einen wirksamen Wettbewerb und vermeidet Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt.

§ 105 Abs. 1 TKG stellt für die Bundesnetzagentur im Rahmen der Ermessensausübung folglich nicht nur einen weiteren zu berücksichtigenden Belang, sondern eine aktive Förderpflicht für wettbewerbsfördernde Maßnahmen bzw. eine Vermeidungspflicht wettbewerbsverfälschender Maßnahmen dar.<sup>36</sup> Auch in der Gesetzesbegründung zum aktuellen TKG werden die Pflicht der Bundesnetzagentur zur Förderung eines wirksamen

---

<sup>34</sup> Dazu näher unten III. 2.

<sup>35</sup> § 105 TKG dient der Umsetzung des Artikel 52 Richtlinie (EU) 2018/1972.

<sup>36</sup> Vgl. Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 105 Rn. 13.

Wettbewerbs und die positiven Auswirkungen eines erhöhten Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt betont.<sup>37</sup>

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten: Eingeführte und bewährte Eigentümer von Mobilfunknetzen (Mobile Network Operators/MNOs, hier als Bestands-MNOs bezeichnet) dürfen auch im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit und Effizienz des Telekommunikationsangebots nicht bevorzugt behandelt werden, wenn ein neu hinzutretender Netzbetreiber (MNO-Newcomer) beim Netzausbau bereits durch die konditionierte Ersteigerung von Frequenzen zugelassen worden ist. Zur Herstellung eines chancengleichen Wettbewerbs im Markt der Netzanbieter besteht schon telekommunikationsgesetzlich eine Pflicht der Regulierungsbehörde, die Abhängigkeiten des Newcomers von Bestands-MNOs zu dessen Gunsten kompensatorisch zu gewichten.

Der Regelfall entspricht somit der Vorprägung im Sinne einer regelmäßigen Anordnung eines Vergabeverfahrens gem. § 91 Abs. 9 TKG. Diese Regelmäßigkeit folgt demnach nicht allein aus einer bloßen, regelmäßig ausgeübten Behördenpraxis der Bundesnetzagentur, von der diese jedenfalls mit einem gewichtigen sachlichen Grund in der Zukunft abweichen könnte (Art. 3 Abs. 1 GG)<sup>38</sup>. Die fachgesetzlich bereits vorgezeichnete Rechtspflicht zur Anordnung eines diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens oder anderweitiger Zuteilung komplementär notwendiger Frequenzen an den MNO-Newcomer wird mit vorrangigem Recht im Sinne einer Ermessensbeschränkung weiter verfestigt, wenn die

---

<sup>37</sup> Vgl. BT-Dr 19/26108, S. 209, 226, 227; ebenso in der Gesetzesbegründung zum alten TKG.

<sup>38</sup> Dazu unten: IV.

Systementscheidung für den chancengleichen Wettbewerb in Art. 87f Abs. 2 GG in diesem Sinne zu verstehen ist oder grundrechtliche Maßgaben von Art. 12 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG bestehen, die dann im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung bei der Anwendung des Telekommunikationsrechts zu beachten sind.

## 6. Sonderkonstellation durch die Frequenzauktion 2019

Eine Besonderheit auch für die verfassungskonforme Auslegung von § 91 Abs. 9 TKG tritt im vorliegenden Fall noch hinzu, die der Gesetzgeber nicht geregelt hat: Bei 1&1 handelt es sich um einen Neueinsteiger, der sich in der Netzaufbauphase befindet. Die Bundesnetzagentur hat bei der Frequenzauktion 2019 neben den drei Bestands-MNOs auch an 1&1 als MNO-Newcomer Frequenzen versteigert, und damit 1&1 als Neueinsteiger rechtlich und faktisch anerkannt. Ungeachtet der möglicherweise hierdurch geschaffenen Vertrauensschutzpositionen<sup>39</sup> bedeutet eine Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte im Anschluss an die Einführung eines Neueinsteigers durch die Frequenzauktion 2019 einen erheblich schwereren Eingriff in dessen Rechtsstellung als im theoretischen Vergleichsfall eines Neueinsteigers, der bisher noch gar keine Frequenzen ersteigert hat, und den erstmaligen Marktzugang versucht.

---

<sup>39</sup> Dazu unten Abschnitt VII.

Der im Netzaufbau befindliche Betreiber, der seinen Netzaufbau ohne die erforderlichen weiteren Frequenzen nicht voranbringen kann, ist im Wettbewerb mit Bestands-MNOs besonders verletzlich. Er befindet sich rechtlich in einem Schwebezustand, während er durch bereits getätigte Investitionen in die Rechte an Frequenzbändern und in die Netzinfrastruktur erheblich belastet ist. Nach Feststellung der Monopolkommission handelt es sich zur Zeit im Mobilfunknetz um eine David-Goliath-Konstellation, wobei „David“ es mit gleich drei Riesen zu tun hat:

„Derzeit verfügen in Deutschland die Deutsche Telekom AG, die Vodafone und die Telefónica über Mobilfunkfrequenzspektrum und betreiben damit unabhängige Mobilfunknetze. Der Aufbau des Mobilfunknetzes der 1&1 befindet sich in einer frühen Phase mit wenigen aktiven Antennenstandorten. Gemessen an der Anzahl der SIM-Karten wird das Mobilfunknetz der Vodafone mit rund 41,2 Prozent im Jahr 2022 häufiger genutzt als das Mobilfunknetz der Deutsche Telekom AG (26,2 Prozent im Jahr 2022) und der Telefónica (32,1 Prozent im Jahr 2022). Dieses Verhältnis ist in den letzten Jahren weitgehend unverändert geblieben. Größere Verschiebungen sind durch den Start des Mobilfunknetzes der 1&1 im Dezember 2023 zu erwarten.“<sup>40</sup>

In einem solchen Sonderfall bleibt schon auf der einfachgesetzlichen Ebene kaum mehr Raum für eine Auslegung dahingehend, dass der Bundesnetzagentur ein vergleichsweise ungebundenes Auswahlermessen bei § 91 Abs. 9 TKG zusteht. Einer Frequenzverlängerung unter Ausschluss des im Netzaufbau befindlichen Neueinsteigers steht die Förderpflicht aus Art. 87f Abs.

---

<sup>40</sup> 13. Sektorgutachten der Monopolkommission, Telekommunikation 2023: Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!, S. 8.

2 S. 1 GG, § 105 Abs. 1 TKG erkennbar entgegen. Eine vom Regelfall (Anordnung eines Vergabeverfahrens) abweichende Entscheidung wäre nur dann denkbar, wenn die Frequenzverlängerung unter gleichzeitiger Zuteilung von benötigten Frequenzen an die 1&1 als Neueinsteiger erfolgen würde bzw. anderen, gleich wirksamen Maßnahmen, die die Nachteile des Neueinsteigers vollständig ausgleichen würden.

### **III. Wettbewerbsgerechtigkeit als Systementscheidung aus Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG**

#### **1. Zusammenspiel von objektiv- und subjektivrechtlichen Verfassungsgeboten**

Der Verfassungsgesetzgeber hat bei der Neuschaffung des Art. 87f GG die Systementscheidung<sup>41</sup> zu einem Wechsel des vormals monopolistisch gestalteten Telekommunikationsmarktes hin zu einer Marktöffnung für private Anbieter und einen damit einhergehenden marktwirtschaftlichen Wettbewerb getroffen.<sup>42</sup>

Das TKG konkretisiert insoweit den verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 87f Abs. 1 GG zur Gewährleistung von Telekommunikation sowie den Gewährleistungsauftrag eines offenen Wettbewerbs privater Telekommunikationsunternehmen gemäß Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG. Neben dieser objektiv-verfassungsrechtlichen Grundwertung aus Art. 87f Abs. 2 S.1 GG im Sinne eines freien Wettbewerbs sind die subjektivrechtlichen Grundrechtspositionen insbesondere hier des Neueinsteigers zu berücksichtigen. Vorliegend sind das insbesondere der Anspruch auf chancengleichen Wettbewerb aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs.1 GG sowie entstandene Vertrauensschutzpositionen, die aus Art. 14 GG und Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG bestehen.

---

<sup>41</sup> Remmert, in: BeckOK GG, 56. Ed. 2023, Art. 87f Rn. 7.

<sup>42</sup> In den Gesetzesmaterialien zu Art. 87f GG und Art. 143b GG wurde von Beginn an die Zielsetzung der Schaffung eines freien Wettbewerbs im Post- und Telekommunikationsmarkt betont, BT-Dr 12/6717, S. 1; BT-Dr 12/7269, S. 1; BT-Dr 12/8108, S. 1.

## 2. Geltungsgehalt von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG

Die Eröffnung und Sicherung einer Dienstleistung unter marktwirtschaftlichen Wettbewerbsbedingungen entsprach dem substantziellen Sinn der Deregulierung des Telekommunikationssektors und findet ihren Ausdruck in der Systementscheidung von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG:

„Kern der in Art. 87f Abs. 2 Satz 1 getroffenen Aussage zur funktionalen Qualifizierung der künftigen Erbringung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen ist deren Unterstellung unter das Privatwirtschaftlichkeits- sowie unter das Wettbewerbsprinzip. (...) Gemeinsam bringen die Grundentscheidungen zugunsten des Privatwirtschaftlichkeits- und des Wettbewerbsprinzips die von der Postreform II intendierte volle Aufgabenprivatisierung des Erbringens von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen zum Ausdruck. Der Post- und Telekommunikationsbereich wird von Verfassungs wegen auf das Marktprinzip festgelegt.“<sup>43</sup>

Damit werden sowohl der Gesetzgeber als auch die gesetzestvollziehende Bundesnetzagentur in diesem Sektor durch die Verfassungsentscheidung zur Aufgabenprivatisierung auf die Beachtung von Markt- und Wettbewerbsgesetzmäßigkeiten besonders festgelegt.

„Die Erbringung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen soll keine unmittelbar gemeinwohlgebundene Verwaltungsaufgabe mehr sein, sondern

---

<sup>43</sup> Möstl, Dürig. Art. 87 f Rn. 36, in Bezug nehmend: Peter Badura, BK Art. 87 f Rdnr. 1 und II, Rdnr. 6.;

privatwirtschaftlich, d. h. nach Marktgesetzen, ohne eingestiftete Gemeinwohlbindung, sondern mit dem vorrangigen Ziel der Gewinnerzielung betrieben werden. Kern des Privatwirtschaftlichkeitsgebots ist also eine Aussage zum Unternehmenszweck der auf dem Markt tätigen Post- und Telekommunikationsdienstleister, die einen grundsätzlichen Wechsel der Handlungsrationalität und des dominierenden Primärziels zum Ausdruck bringt; an die Stelle des Primats dominierender Leistungsstaatlichkeit und einer von vornherein eingestifteten Gemeinwohlbindung tritt nunmehr das Primärziel der Erwerbswirtschaftlichkeit und Gewinnerzielung (...).<sup>44</sup>

Die Entscheidung für einen wettbewerblich aufgebauten Telekommunikationsmarkt wird in der Tat schon durch den Wortlaut von Art. 87f Abs. 2 S.1 GG zum Ausdruck gebracht: „Dienstleistungen (...) werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch (...) und durch andere private Anbieter erbracht“.

Die in Art. 87f Abs. 1 GG festgeschriebene Aufgabe der Universaldienstgewährleistung, die sich auch in § 1 Abs. 1 TKG einfachgesetzlich wiederfindet, sollte fortan nicht mehr durch ein Verwaltungsmonopol, sondern durch konkurrierende, private Unternehmen nach den allgemeinen Regeln des Wirtschaftsverkehrs erbracht werden.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Möstl, Dürig. Art. 87 f Rn. 37.

<sup>45</sup> Vgl. BVerwGE 163, 136 (143 f.).

Dieses in Art. 87f Abs. 2 GG verankerte Verfassungsgebot verpflichtet Gesetzgebung und vollziehende Gewalt zur Herstellung und fortwährenden Gewährleistung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs.<sup>46</sup>

„Mit seiner ausdrücklichen Festlegung, dass Post- und Telekommunikationsdienstleistungen von den Nachfolgeunternehmen der Bundespost „und durch andere private Anbieter“ erbracht werden, bekennt sich Art. 87f Abs. 2 Satz 1 unmissverständlich zur Geltung des Wettbewerbsprinzips; für den Post- und Telekommunikationsbereich wird eine prinzipiell freie und chancengleiche Wettbewerbsordnung von Verfassungs wegen verbindlich festgeschrieben.“<sup>47</sup>

Diese von der Rechtsprechung festgestellte Gewährleistungspflicht des Staates, faire Wettbewerbsbedingungen zu garantieren, ergibt sich im Gegensatz zur Universaldienstgewährleistung des Art. 87f Abs. 1 GG zwar noch nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 87f Abs. 2 GG. Jedoch folgt das Gebot der Wettbewerbsgerechtigkeit aus der Zielsetzung, trotz der strukturellen Besonderheiten des Telekommunikationsmarktes einen funktionsfähigen Wettbewerb herzustellen sowie den grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber allen durch die verfassungsrechtliche Privatisierungsentscheidung „eingeladenen“ Marktteilnehmern.<sup>48</sup> Dies konnte und kann aufgrund der bis zum Jahr 1990 bestehenden Monopolstellung der Deutschen Telekom und der im

---

<sup>46</sup> Vgl. BVerwGE 114, 160 (180); BVerwGE 163, 136 (143 f.).

<sup>47</sup> Möstl, Dürig. Art. 87 f Rn. 38.

<sup>48</sup> Vgl. Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG 7. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 61.

Telekommunikationsmarkt systemisch bedingten, hohen Marktzugangsbarrieren, insbesondere der Abhängigkeit der Newcomer von etablierten Marktteilnehmern bei der Bereitstellung von Dienstleistungen im Endkundenbereich, nicht durch einen einmaligen Liberalisierungsakt erfolgen, sondern bedarf einer fortlaufenden regulativen Marktaufsicht.

Der Staat ist insofern eben nicht wie in anderen Bereichen des allgemeinen Wirtschaftsverkehrs auf den Ausgleich kollidierender Grundrechtspositionen im Sinne einer bloßen Missbrauchskontrolle beschränkt: Durch das dreipolige Verhältnis zwischen Bundesnetzagentur, der Deutschen Telekom als ursprünglich staatliches Monopol, und den als Dritte neu hinzutretenden privaten Wettbewerbern hat der Staat sich mit Art. 87f Abs. 2 S.1 GG einen positiven Gestaltungsauftrag gegeben, die bisherigen Monopolstrukturen zu beseitigen und einen funktionalen Wettbewerb zu ermöglichen.<sup>49</sup>

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten: Mit der Verfassungsentscheidung für eine privatwirtschaftliche, im marktwirtschaftlichen Wettbewerb erfolgende Angebotserbringung (Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG) ist die öffentliche Verwaltung im Rahmen ihrer regulativen Tätigkeit verpflichtet, einen fairen und chancengleichen Wettbewerb zu gewährleisten.

---

<sup>49</sup> Vgl. Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG 7. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 61.

Das Wettbewerbsprinzip aus Art. 87f Abs. 2 GG begründet insofern eine laufende, eigenständige verfassungsrechtliche Pflichtaufgabe<sup>50</sup> des Staates, die von der Regulierungsbehörde bei der Anwendung des TKG zwingend zu beachten ist.

---

<sup>50</sup> Gersdorf, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG 7. Aufl. 2018, Art. 87f Rn. 61.

#### **IV. Gleichheitswidrige Berufsregelung (Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG)**

Die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffes in das Recht auf chancengleichen Zugang nach Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ist sowohl am Maßstab der Berufsfreiheit als auch des allgemeinen Gleichheitssatzes zu messen.

##### **1. Berufsausübungsregelung oder objektive Berufszulassungsschranke?**

Aus der Perspektive eines Wettbewerbers, dessen Netz sich in der Aufbauphase befindet, könnte sich die Nichtanordnung des Vergabeverfahrens bzw. die Frequenzverlängerung zu Gunsten der Mitbewerber als Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen. 1&1 kann sich als inländische juristische Person ohne weiteres im Sinne der Gewerbe- oder Unternehmerfreiheit auf Art. 12 GG berufen (Art. 19 Abs. 3 GG).<sup>51</sup> Bei einer marktgestaltenden Regulierungsentscheidung ist die berufsregelnde Tendenz stets gegeben, denn hier werden von der Bundesnetzagentur die Bedingungen des Wettbewerbs für Telekommunikationsunternehmen planmäßig regulatorisch festgelegt. Als verweigerte oder verspätete Zuteilung handelt es sich jedenfalls um einen gravierenden, um einen intensiven Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, weil mit der jahrelangen Sperrung des Zugriffs auf Low-Band- und weitere Mid-Band-Frequenzen ganz wesentliche Wettbewerbsbedingungen zu Lasten von 1&1 ausgestaltet werden. Denn: Bestehende Lücken im Frequenzportfolio insbesondere mangels

---

<sup>51</sup> Vgl. Ossenbühl, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AöR 115 (1990), 1 ff.

Low-Band-Frequenzen, die nur eingeschränkt durch National Roaming geschlossen werden können, führen zu wirtschaftlich nachteiligen Abhängigkeiten von im Wettbewerb stehenden Bestands-MNOs. Das daraus folgende besondere Konnektivätsinteresse des MNO-Newcomers an einer vollständigen Frequenzbereitstellung ist bei der Zuteilung von freiwerdenden Komplementärfrequenzen (aktuell 800, 1800 und 2.600 MHz) entsprechend zu berücksichtigen, wenn eine dem Regulationsauftrag entsprechende Ausgestaltung der Berufsfreiheit erfolgen soll.

Es kann an dieser Stelle nicht exakt abgeschätzt werden, welche Konsequenzen diese Abhängigkeit im Einzelnen haben wird. Doch es darf als gesichert gelten, dass der Kampf um das beste und preisgünstigste Netz hart ausfallen wird, mit der Folge, dass Abhängigkeiten zu Konditionen führen, die dem MNO-Newcomer die praktischen Möglichkeiten nehmen, mit einem modernen leistungsfähigen Netz Vorteile am Markt zu erringen. Schlimmstenfalls könnte damit sogar in einem dynamischen Wettbewerbsumfeld der Aufbau des Netzes unternehmerisch sinnlos werden: das entwertete nicht nur im Schutzbereich des Art. 14 GG Investitionen, die im Vertrauen auf eine zeitig eröffnete Zuteilungsoption getroffen wurden.<sup>52</sup> Es handelt sich gemessen an Art. 12 GG dann sogar um eine objektive Berufszulassungsschranke, weil

---

<sup>52</sup> Dazu näher VII.

der Netzbetrieb im Vergleich zum bloßen Diensteanbieter (Wiederverkäufer) ein eigenständiges Berufsbild darstellt.<sup>53</sup>

Sowohl intensive Berufsregelungen mit dem Gewicht einer Berufswahlregelung als auch objektive Zulassungsvoraussetzungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann zulässig, wenn diese zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut erforderlich sind.<sup>54</sup>

Als solche überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter kommen vor allem die beiden verfassungsrechtlichen Gewährleistungsaufträge nach Art. 87f Abs. 1 und Abs. 2 S.1 GG in Betracht. Diese sind als durch die Bundesnetzagentur zu achtende Regulierungsziele in § 2 Abs. 2 TKG einfachgesetzlich konkretisiert worden, d.h. insbesondere die aktive Förderung des Wettbewerbs (Nr. 2), die Sicherstellung der Konnektivität (Nr. 1) und eine störungsfreie Frequenznutzung (Nr. 5).

Die Rechtfertigung eines Eingriffes wäre nur dann denkbar, wenn konkrete Tatsachen die Annahme belegen würden, dass die Sicherstellung der Regulierungsziele ernsthaft gefährdet werden würden.

---

<sup>53</sup> Das BVerwG hat die Vergabeanordnung als objektive Berufszulassungsschranke der Frequenzinhaber qualifiziert, vgl. BVerwGE 139, 226 (233), daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass sich auch die Nichtanordnung des Vergabeverfahrens für den Neueinsteiger, insbesondere den, der bereits in vorherigen Auktionen Frequenzen ersteigert hat, eine objektive Berufszulassungsschranke darstellt.

<sup>54</sup> BVerfGE 7, 377 (408) – Apotheken Urteil.

Aufgrund der besonders hohen Eingriffsintensität bei objektiven Zulassungsbeschränkungen ist die Darlegungspflicht für die Gründe dieser Beschränkung besonders hoch und muss substantiiert dargelegt werden; das Bundesverfassungsgericht legt aus diesem Grund hier einen erhöhten Nachprüfungsmaßstab an und prüft nicht lediglich die reine Vertretbarkeit der von der Behörde vorgebrachten Gründe.<sup>55</sup>

Die Bundesnetzagentur hat bisher noch nicht den Versuch unternommen, eine solche Gefährdung substantiiert darzulegen. Die Bundesnetzagentur begründet die Erwägung der Nichtanordnung vor allem aus vorgebrachten Effizienzgründen, der möglichen Allokation mehrerer freiwerdender Frequenzressourcen bei einem künftig durchzuführenden Auktionsverfahren.<sup>56</sup> In dem Konsultationspapier werden als Erwägungsgründe für eine Nichtanordnung einer Vergabe vergleichbar vage Prognosen abgegeben, die auf das Abwarten künftiger Technologie- und Marktentwicklungen abzielen;<sup>57</sup> bei diesen Prognosen ist überhaupt nicht konkret absehbar, ob die Allokation mehrerer Vergaben zu

---

<sup>55</sup> Manssen, in: von Mangold/Klein/Starck, GG 7. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 148.

<sup>56</sup> Vgl. Konsultationspapier Bundesnetzagentur vom 13. September 2023, Az. BK1-22/001, Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen S. 21 ff.

<sup>57</sup> Ebd.

einem späteren Zeitpunkt eine bestehende Knappheitssituation entschärfen würde.<sup>58</sup>

Einziges historisches Beispiel für eine solche substantiierte Darlegung stellt das von der Bundesnetzagentur im Jahr 2005 veröffentlichte „GSM-Konzept“ dar, mit welchem auch die bisher einzige Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens im Jahr 2005 einherging. Damals ging es jedoch um die Beseitigung einer „historischen Ausnahmesituation“, deren Fortbestand für erhebliche Asymmetrien im Wettbewerb gesorgt hätte und die im Rahmen eines Gesamtkonzepts unter Berücksichtigung aller aktiven MNOs erfolgte.<sup>59</sup>

## 2. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Des Weiteren ist fraglich, ob ein solcher Eingriff überhaupt verhältnismäßig im engeren Sinne wäre.

Ein Eingriff ist im Sinne einer grundrechtlichen Proportionalitätsgewichtung angemessen, wenn bei der Gesamtabwägung zwischen der Schwere, der Intensität des Eingriffs für den Grundrechtsträger auf der einen Seite und dem Gewicht der ihn

---

<sup>58</sup> Vgl. Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Konsultationspapier der Bundesnetzagentur – Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen, 6. November 2023, S. 4.

<sup>59</sup> Siehe insoweit auch Kapitel VI. 6.

rechtfertigenden Gemeinwohlgründe auf der anderen Seite die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird.<sup>60</sup>

Im vorliegenden Fall ist vor allem auf die Sperrwirkung der objektiven Zulassungsregelung in Form der Nichtanordnung abzustellen, sofern die Bundesnetzagentur nicht auf andere Weise, etwa durch einen Frequenztausch, dafür sorgt, dass die 1&1 als Neueinstiger gleichberechtigt behandelt wird und am Wettbewerb zu adäquaten Bedingungen teilnehmen kann.

Die Frequenzverlängerung führt zu einer einseitigen Privilegierung der derzeitigen Frequenzinhaber unter gleichzeitigem und vollständigem Ausschluss des im Netzaufbau befindlichen MNO-Wettbewerbers. Damit ist die Berufswahlentscheidung des neuen Netzbetreibers unmittelbar gefährdet. Objektive Berufszulassungsregelungen entfalten zwar grundsätzlich Sperrwirkung, im vorliegenden Fall der Nichtanordnung entfaltet sich jedoch diese Sperrwirkung ausschließlich gegenüber dem Neueinsteiger. Für diesen Verlängerungszeitraum begründet eine solche Entscheidung eine absolute Marktsperre.

Die einseitig diskriminierende Wirkung zulasten des Neueinsteigers wirkt auch deshalb besonders schwer, weil der Perpetuierungseffekt der derzeitigen Marktlage zugunsten der gegenwärtigen Frequenzrechteinhaber weit über den Zeitraum der rein rechtlichen Sperre (bis zur nächsten Versteigerung) bedeutet: Die aktuellen Rechteinhaber können in diesem Zeitraum den bestehenden Wettbewerbsvorsprung in quantitativer und

---

<sup>60</sup> BVerfGE 141, 82 (100 f.).

qualitativer Hinsicht so weit ausbauen, dass der Neueinsteiger nicht mehr in der Lage ist, diesen Vorsprung aufzuholen.<sup>61</sup> Es wird fraglich, ob sich Netzaufbau und -betrieb unternehmerisch überhaupt rechnen.

Erschwerend käme hinzu, dass die Bestands-MNOs die Verlängerung ohne Zahlung eines Auktionspreises erlangen würden. Diese werden dann zwar vermutlich mit höheren Vorsorgeauflagen durch die Bundesnetzagentur belastet, verfügen dadurch im Ergebnis durch Erfüllung der Auflagen aber auch im Markt über ein höherwertiges Netz, das den Wettbewerbsvorsprung jedenfalls auch unter Gegenrechnung des Aufwandes keineswegs schwächen – und damit kompensatorisch im Verhältnis zum MNO-Newcomer wirken – würde.<sup>62</sup>

Für 1&1 dagegen entstünde über einen deutlich längeren Zeitraum eine finanzielle Doppelbelastung, da diese sowohl die eigene Netzinfrastruktur weiter ausbauen und unterhalten als auch wesentlich mehr als notwendig National-Roaming-Leistungen von anderen Bestands-MNOs beziehen muss.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Vgl. Rossi/Sandhu, *Frequenzzuteilung zur Sicherung eines nachhaltigen Wettbewerbs*, MMR 2021, 293 (295).

<sup>62</sup> Vgl. Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Konsultationspapier der Bundesnetzagentur – Bedarfsaktualisierung und Rahmenbedingungen einer Übergangsentscheidung für die Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz für den Ausbau digitaler Infrastrukturen, 6. November 2023, S. 4.

<sup>63</sup> Ebd.

Die Anordnung einer Vergabe nach §§ 91 Abs. 9, 100 TKG stellt zwar für den Netzbetrieb auch eine sperrende Zulassungsregelung dar,<sup>64</sup> diese wirkt jedoch gegenüber sämtlichen Zuteilungspetenten und gibt allen eine gleichbemessene Chance auf Zuteilung. Die Sperrwirkung einer solchen Entscheidung wirkt im Ergebnis deshalb nur relativ und bewirkt für keinen Mitbewerber eine absolute Marktsperre.

Es widerspräche dem für die Legislative wie die Exekutive gleichermaßen verbindlichen Übermaßverbot, den im Netzaufbau befindlichen Wettbewerber hier in unzumutbarer und sachlich nicht gerechtfertigter Weise gegenüber seinen seit vielen Jahren etablierten Konkurrenten zu benachteiligen. Im Hinblick auf mögliche kollidierende Rechte oder Bestandsansprüche der gegenwärtigen Frequenzinhaber aus Art. 14 Abs. 1 GG oder Art. 12 Abs. 1 GG ist im Übrigen festzustellen, dass eine Berufung hierauf über die zugeteilten Laufzeiten hinaus bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil eine Befristung schon gar kein schutzwürdiges Vertrauen in dessen Bestand über diesen Zeitpunkt hinaus hervorrufen kann.<sup>65</sup> Bei Frequenzknappheit besteht für die Inhaber befristeter Frequenznutzungsrechte lediglich derselbe Anspruch auf chancengleiche Teilhabe am kommenden Vergabeverfahren wie für den Neueinsteiger.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Vgl. BVerwGE 139, 226 (233).

<sup>65</sup> Vgl. Rossi/Sandhu, Frequenzzuteilung zur Sicherung eines nachhaltigen Wettbewerbs, MMR 2021, 293 (295).

<sup>66</sup> Vgl. BVerwGE 145, 368 (372).

### 3. Kürzere Verlängerungszeit als verhältnismäßige Lösung?

Die Monopolkommission, deren gesetzlicher Auftrag es gemäß § 195 Abs. 2, 3 TKG ist, alle zwei Jahre ein Sektorengutachten für den Stand der Wettbewerbsentwicklung der Telekommunikationsmärkte zu erstellen, ist in ihren Gutachten bisher stets zu dem Ergebnis gekommen, dass im Interesse des offenen Wettbewerbs Frequenzauktionen statt Verlängerungen durchzuführen sind.<sup>67</sup> In ihrem jüngsten Sektorgutachten, in dem sich die Monopolkommission auch weiterhin grundsätzlich für die Durchführung eines Versteigerungsverfahrens ausspricht, empfiehlt diese im Hinblick auf die von der Bundesnetzagentur erwogene Verlängerung um fünf bis acht Jahre, diese Frequenzzuteilungen dann doch wenigstens auf einen Verlängerungszeitraum von maximal drei Jahren zu beschränken.<sup>68</sup>

Auch eine solche Frist wäre weiterhin eine den Wettbewerb substantiell verzerrende Verlängerung und deshalb *gleichheitswidrig*. Es stellt sich indes die Frage, ob eine solche zeitliche Begrenzung, die – jedenfalls im Vergleich zu einer Verlängerung von fünf bis acht Jahren – ein milderer Mittel darstellen würde, wodurch immerhin im Ergebnis wenigstens die hier angenommene *Unzumutbarkeit* des Eingriffs in die Rechte des Neueinsteigers aus Art. 12 Abs. 1 GG entfallen könnte.

---

<sup>67</sup> So zuletzt 12. Sektorgutachten der Monopolkommission, Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch, S. 58.

<sup>68</sup> Vgl. 13. Sektorgutachten der Monopolkommission, Telekommunikation 2023: Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!, S. 90 Rn. 173.

Denn bei einer abstrakten Beurteilung darf als gewiss gelten: Je kürzer der Zeitraum der Verlängerung ist, desto geringer sind die negativen Auswirkungen der Marktzugangssperre für den Neueinsteiger und damit verbundene Perpetuierungseffekte für einen gegenwärtig im Hinblick auf die Verfügbarkeit des vollen notwendigen Frequenzbereichs asymmetrischen Wettbewerbs. Je länger die Verlängerung bemessen ist, desto schwieriger wird es für den Neueinsteiger, im Wettbewerb zu den länger etablierten Bestands-MNOs aufzuholen oder sich zu behaupten.

Bei der konkreten Betrachtung der Marktverhältnisse wäre aber auch eine Verlängerung um drei Jahre für 1&1 insofern unzumutbar, weil hier das schwächste Glied der Viererkette von Mobilfunknetzbetreibern ohne gewichtigen sachlichen Grund abhängig von den Bestands-MNOs gemacht wird. Eine kürzere, aber nicht kurze Verlängerungszeit, mit welcher in absehbarer Zeit wieder ein offener Wettbewerb um die Frequenznutzungsrechte möglich wäre, gewährte den derzeitigen Frequenznutzungsinhabern dennoch spürbare Wettbewerbsvorteile in einem Wettlauf um die Kunden, die eine bestehende Asymmetrie, die eine Regulierungsbehörde eigentlich ausgleichen oder verringern müsste, vergrößert. Auch hier bleibt die Frage offen, worin eigentlich die schwergewichtigen Gemeinwohlbelange bestehen sollen, die bei einer proportionalen Betrachtung die gravierenden Auswirkungen auf den Wettbewerb zu Lasten von 1&1 rechtfertigen könnten. Im Ergebnis heißt das, dass auch eine Verlängerung von drei Jahren im Hinblick auf die Low-Band- und weitere Mid-Band-Frequenzen sich als unzumutbar am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erweisen würde und nicht

allein schon bei isolierter Betrachtung nur ein nicht gerechtfertigter Gleichheitsverstoß vorliegt.

Die Unzumutbarkeit könnte nur dadurch abgewendet werden, dass die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die bestehenden Rechte des Neueinsteigers und der expliziten Wettbewerbsförderungspflicht im Falle einer begrenzten Verlängerung dem Neueinsteiger adäquate Ausgleichsregelungen schaffen würde, die dem Neueinsteiger auch für den Verlängerungszeitraum eine gleiche Teilnahme am Wettbewerb ermöglicht oder erlittene Nachteile in vollem Umfang ausgleicht. Eine solche Teilnahme kann nur in der Nutzbarmachung von benötigten Frequenznutzungsrechten liegen, da nur hierdurch gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden.

Die von der Monopolkommission erwogenen Auflagen zugunsten des Neueinsteigers, die auf eine Verringerung der dann weiter bestehenden Abhängigkeit des Neueinsteigers von Vorleistungen der Wettbewerber abzielten, würden 1&1 weiter beim zügigen Aufbau eines eigenen Netzes behindern und dieser weiterhin Wettbewerbsnachteile mangels wirtschaftlicher Attraktivität und technischer Gleichwertigkeit der National-Roaming-Leistungen während des parallel stattfindenden Netzausbaus bringen.<sup>70</sup>

Zu der von der Monopolkommission erwogenen, auf einen kürzeren Zeitraum begrenzten Verlängerung lässt sich also festhalten: Je kürzer die Verlängerung ist, desto geringer sind zwar die

---

<sup>70</sup> Vgl. 13. Sektorgutachten der Monopolkommission, Telekommunikation 2023: Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!, S. 89 Rn. 171.

den Wettbewerb zementierenden und verschließenden Wirkungen, was eine zeitlich stark begrenzte Verlängerung beispielsweise auf höchstens ein Jahr bei einer entsprechend substantiierten Begründung durch die Bundesnetzagentur möglich erscheinen lässt. Das gilt aber nur für die Abwendung des Verdikts der Unzumutbarkeit. Für die Abwendung eines Gleichheitsverstoßes fehlte es dann nach wie vor an einem hinreichend gewichtigen sachlichen Differenzierungsgrund, warum nicht zum Fristende versteigert wird oder warum die Bundesnetzagentur gleichzeitig wettbewerbsfördernde Maßnahmen zugunsten des ausgeschlossenen Neueinsteigers veranlassen kann, durch welche dessen durch die (auch womöglich kürzer bemessene) Verlängerung erlittenen Nachteile vollständig ausgeglichen werden.<sup>71</sup>

Die Bundesnetzagentur hat solche Maßnahmen, die hierzu geeignet wären, bisher nicht erwogen bzw. in Aussicht gestellt.<sup>72</sup>

#### 4. Recht auf chancengleiche Teilhabe am Wettbewerb (Art. 3 Abs. 1 GG)

Auch jenseits eines unzumutbaren Eingriffes in die Berufsfreiheit, der bei bestehendem Wettbewerb der MNOs im Markt auch einen Gleichheitsverstoß darstellt, ist zu prüfen, ob unterhalb der Unzumutbarkeitsschwelle eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG besteht. Bereits das Wettbewerbsprinzip aus Art. 87f Abs. 2 GG erfordert aus eigenem objektivrechtlichem Regelungsgehalt

---

<sup>71</sup> Dazu sogleich unter 4.

<sup>72</sup> Ebd.

heraus eine strikte Gleichbehandlung der konkurrierenden Marktteilnehmer. Das gilt nicht nur in einem Dienstwettbewerb, wie er sich unter bereits bestehenden Netzvoraussetzungen zu entwickeln vermochte, sondern ebenso und gerade auch im Hinblick auf den Wettbewerb der Netze neben- und untereinander:

„Das Gebot der Zulassung von Wettbewerb erstreckt sich hierbei grundsätzlich auf beide in Netzwirtschaften möglichen Dimensionen des Wettbewerbs, d. h. sowohl auf den Wettbewerb der Dienste auf einem bereits bestehenden Netz (Dienstwettbewerb), als auch auf einen aufkommenden Wettbewerb der verschiedenen Netze untereinander (Infrastrukturwettbewerb).“<sup>73</sup>

Das in Art. 87f Abs. 2 GG verankerte Wettbewerbsprinzip eröffnet zugleich den Geltungs- und Wirkungsanspruch der entsprechenden subjektiven wirtschaftlichen Grundrechte und des Gleichheitsgebots. Soweit die im Telekommunikationsbereich privatwirtschaftlich geführten Unternehmen grundrechtsberechtigt sind, hat die Regulierungsbehörde Grundrechte als unmittelbar wirksames und den Bundesgesetzen gegenüber vorrangiges Recht zu beachten (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Wenn auf diesem Feld des Infrastrukturwettbewerbs ein neuer Anbieter hinzutritt, darf er unter Wettbewerbs- und Gleichheitsgesichtspunkten des Art. 12 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur nicht benachteiligt werden, sondern er kann sogar ein Gegenstand besonderer Förderung sein:

„In der bis hierher betrachteten – gleichsam abwehrrechtlichen – Dimension des Verbots, sich aus eigener Kraft

---

<sup>73</sup> Möstl, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Kommentar, Art. 87 f Rn. 38.

entwickelnden Wettbewerb nicht zu behindern oder unmöglich zu machen, erschöpft sich der Aussagegehalt des Wettbewerbsgebots jedoch nicht. Zu bedenken ist dabei, dass gerade unter den Funktionsbedingungen (noch dazu traditionell monopolistisch geprägter) Netzwirtschaften strukturelle Marktzutritts Hindernisse bestehen können, die der Staat – z. B. durch Einräumung von Netzzugangsrechten für Konkurrenten des Netzbetreibers – erst mithilfe positiver Maßnahmen beseitigen muss, um das Aufkommen eines funktionierenden Wettbewerbs zu ermöglichen. Soweit funktionierender Wettbewerb in diesem Sinne (nach Aufhebung der Monopole) nicht von sich aus entstehen kann, sondern erst zusätzlicher positiver Maßnahmen des Staates bedarf, schließt das Wettbewerbsgebot des Art. 87f Abs. 2 Satz 1 (iVm Abs. 1, siehe sogleich) auch die Dimension eines Handlungs- und Gesetzgebungsauftrags zur positiven Herstellung und Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs/Marktes ein.<sup>74</sup>

Diese Gleichbehandlungspflicht erfährt über Art. 12 Abs. 1 GG – und, soweit es um bereits getätigte Investitionen geht, auch über Art. 14 GG – in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG ihre grundrechtliche Absicherung gegenüber staatlichen Wettbewerbseingriffen in den Telekommunikationsmarkt. Das betrifft zuerst den Gesetzgeber und bei der Ausführung des verfassungskonformen oder jedenfalls verfassungskonform ausgelegten Gesetzes dann auch die Verwaltung.

„Der Gesetzgeber ist bei der inhaltlichen Festlegung von Eigentümerbefugnissen und -pflichten nach Art. 14 Abs. 1 GG auch an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden (vgl. BVerfGE 21, 73 <84>; 34, 139 <146>; 37, 132 <143>; 49, 382 <395>; 87, 114 <139>; 102, 1 <16 f.>).

---

<sup>74</sup> Möstl, Dürig. Art. 87 f Rn. 38.

Eigentumsgestaltende Belastungen müssen daher bei wesentlich gleichen Sachverhalten gleich verteilt werden und Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (vgl. BVerfGE 126, 400 <416>; 129, 49 <69>; 132, 179 <188 Rn. 30>).<sup>75</sup>

Bei staatlichen Verteilungsentscheidungen von begrenzten Wirtschaftsgütern steht den Konkurrenten ein Teilhaberecht in Form des chancengleichen Zugangs zu.<sup>76</sup> Dieses Teilhaberecht, dogmatisch vom Bundesverfassungsgericht verortet in Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG, ist zwar grundsätzlich nur darauf gerichtet, eine im Verhältnis zu den Konkurrenten gleichgestellte Chance auf Zuteilung zu erhalten<sup>77</sup>, aber im Hinblick auf unterschiedliche Behandlung der Konkurrenten ist ein strenger Maßstab an die gerichtliche Überprüfung des sachlichen Differenzierungsgrundes anzulegen. Denn das hier vorliegende infrastrukturelle Rechtsverhältnis ermächtigt und verpflichtet die Bundesnetzagentur, bei der Frequenzbereitstellung in wesentlicher Weise sowohl Eigentumsverhältnisse (Art. 14 GG) als auch Bedingungen der gewerblichen Berufsausübung (Art. 12 GG) zu gestalten.<sup>78</sup> Wird hier eine Seite bevorzugt oder benachteiligt, können im Rahmen des telekommunikationsrechtlichen Gesetzesauftrags nur Gründe zur Herstellung eines bislang nur asymmetrischen Wettbewerbs oder übergeordnete

---

<sup>75</sup> BVerfGE 143, 246 (373).

<sup>76</sup> Vgl. Burgi, WiVerw 2007, 173 (176); verweisend auf BVerfGE 33, 303 – Numerus Clausus I.

<sup>77</sup> Vgl. Burgi, WiVerw 2007, 173 (176).

<sup>78</sup> Dazu oben II. 2.

Ziele der gesicherten Versorgung einen Rechtfertigungsgrund liefern. Zurzeit ist nicht erkennbar, mit welchem sachlichen Rechtfertigungsgrund die Bundesnetzagentur die Verlängerung rechtssicher bei Anlegung eines strengen Prüfungsmaßstabs begründen will.

## **V. Verstoß gegen das unionsrechtsrechtliche Diskriminierungsverbot, Art. 48 Abs. 2, 55 Abs. 6 EKEK**

Das Ergebnis der Prüfung von Art. 12, 3 Abs. 1 GG wird bestätigt durch einen Blick auf das geltende und bei der Anwendung des TKG mit Vorrang zu beachtende Unionsrecht.<sup>79</sup> Die EU-Richtlinie über den europäischen Kodex für elektronische Kommunikation vom 11.12.2018 (EKEK) regelt die mitgliedstaatliche Regulierung von Telekommunikationsnetzen und die Bereitstellung der für Kommunikationszwecke genutzten Dienste durch die Diensteanbieter. In Art. 55 Abs. 6 der Richtlinie heißt es:

„Muss die Erteilung von Frequenznutzungsrechten beschränkt werden, so erteilen die Mitgliedstaaten diese Rechte nach Auswahlkriterien und einem Auswahlverfahren, die objektiv, transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sind. Bei diesen Auswahlkriterien tragen sie der Umsetzung der Ziele und Anforderungen nach den Artikeln 3, 4, 28 und 45 gebührend Rechnung.“

Nach der Richtlinie ist bei Frequenzknappheit grundsätzlich ein offenes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen. Zielsetzung der Richtlinie ist die Förderung des Wettbewerbs und Konnektivität, vgl. Art. 3 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2, 48 Abs. 2, Art. 55 Abs. 6 EKEK. Zwar ist nach Art. 50 Abs. 1 EKEK eine Verlängerung von Frequenznutzungsrechten möglich, jedoch

---

<sup>79</sup> Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts ist allgemein anerkannt und Bestandteil des unionsrechtlichen Besitzstandes („*acquis communautaire*“), Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 4 Rn. 36.

sind nach § 50 Abs. 2 lit. d EKEK bei der Ermessensausübung der nationalen Regulierungsbehörde zwingend die Interessen des Wettbewerbs zu berücksichtigen. So heißt es darin:

„(2) Bei ihren Entscheidungen gemäß Absatz 1 dieses Artikels berücksichtigen die zuständigen Behörden u.a. Folgendes: (...)

d) die Notwendigkeit, im Einklang mit Artikel 52 den Wettbewerb zu fördern und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.“

Der Wortlaut der Richtlinie („*Notwendigkeit, fördern*“) lässt eine zwingende Vorgabe bei der Ermessensausübung durch die Bundesnetzagentur erkennen, diese muss im Rahmen der Ermessensentscheidung nicht nur abstrakte Wettbewerbsinteressen beachten, sondern hat bei der Entscheidung notwendig eine aktive Förderpflicht in Hinsicht auf die konkrete Lage des Wettbewerbs.

Die Bundesnetzagentur ist folglich durch das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot und die ermessenslenkende Vorschrift nach Art. 50 Abs. 2 lit. d EKEK im Sinne der Vergabeanordnung gebunden. Sie hat das TKG richtlinienkonform auszulegen.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Zur richtlinienkonformen (oder inzwischen unionsrechtskonformen) Auslegung: Nettesheim, AöR 119 (1994), 261 ff.; Maria Geismann, in: von der Groben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht 7. Auflage 2015, EUV Art. 288 (ex-Artikel 249 EGV), Rn. 55.

## VI. Vertrauensschutz

### 1. Vertrauensenttäuschung

1&1 hat am 19. März 2019 im Rahmen der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Frequenzauktion Mobilfunkfrequenzen in den Bereichen von 2,1 GHz und 3,6 GHz für eine Summe von insgesamt 1,07 Mrd. EUR ersteigert. 1&1 nahm an dieser Auktion teil und tätigte diese erhebliche Investition, um ein eigenes vollständiges Mobilfunknetz in Deutschland zu errichten und damit als vierter MNO in den Wettbewerb zu treten.

Zum Aufwand für die Ersteigerung der Frequenzen treten erhebliche Investitionen hinzu für den Aufbau einer eigenen Netzinfrastruktur, dies umfasst etwa Antennen, Rechenzentrums-Equipment, Software und Glasfaser-Anbindungen.

1&1 hat diese umfangreichen Investitionen in der Erwartung getätigt, dass mit dem Ablauf der Befristung der Frequenznutzungsrechte 800 MHz, 1,8 und 2,6 GHz im Jahr 2025 eine von der zuständigen Behörde konkret eröffnete Möglichkeit zur Ersteigerung weiterer Frequenzen gegeben wäre, welche notwendige Voraussetzung für den Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes sind. Denn ohne diese Komplementärfrequenzen bleibt der MNO-Newcomer 1&1 abhängig von seinen Wettbewerbern. Denn er muss im National Roaming Leistungen erwerben, die er mangels Zuteilung der Frequenzen nicht selbst erbringen kann. Damit bleibt er in der Hand seiner Konkurrenten, die nicht nur einen rentablen Betrieb einschränken, sondern auch den Ehrgeiz von 1&1, das „beste Netz“ zu entwickeln, wirksam beschränken können. Damit ist eine unternehmensstrategische

Kalkulationsgrundlage, die bei der Auktion im Jahr 2019 bis einschließlich 2022 bestand, durch das nunmehr gezeigte Verhalten der Bundesnetzagentur wesentlich verändert und eine im Vertrauen auf den baldigen Zugang zu den Komplementärfrequenzen getroffene Investitionsentscheidung zu einem nicht unwesentlichen Teil entwertet worden.

Es stellt sich die Frage, ob die Bundesnetzagentur durch ihr bisheriges Verwaltungshandeln, insbesondere durch die konkrete Art der Durchführung der Versteigerung 2019, einen Vertrauensstatbestand geschaffen hat, auf den die 1&1 als Neueinsteigerin vertrauen durfte.

Sofern hier ein im Rahmen der Eigentumsgewährleistung maßgeblicher Vertrauensschutz zugunsten der 1&1 entstanden sein sollte, wäre das als verfassungsrechtliche Vorgabe bei der pflichtgemäßen Ermessensausübung durch die Bundesnetzagentur zwingend zu berücksichtigen.

## 2. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG bildet ein wesentliches Merkmal der Verfassungsordnung. Aus diesem Staatsstrukturprinzip wird der Vertrauensgrundsatz herkömmlich abgeleitet. In ihrem Gesamtbild zeigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „eine gewisse Präferenz für eine

Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>81</sup>, vor allem in früheren Entscheidungen, die neuere Rechtsprechung stellt den Zusammenhang zu Grundrechten deutlicher heraus.

Als Kernelement des Rechtsstaatsprinzips gilt die Verlässlichkeit der Rechtsordnung: Staatliches Handeln ist Einsatz der öffentlichen Gewalt mit Geboten und Verboten, mit Erlaubnissen, Begrenzungen und Zuteilung knapper Güter. Die Anwendung öffentlicher Gewalt muss klar bestimmbar und beständig sein, damit sich die Bürger darauf verlassen können.<sup>82</sup>

„Das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) zieht der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis Grenzen bei der Verwirklichung des gesetzgeberischen Anliegens für das Gemeinwohl (vgl. BVerfGE 14, 288 <300>; 25, 142 <154>; 43, 242 <286>; 75, 246 <280>; 109, 133 <182>; 128, 326 <390>; 134, 33 <59 Rn. 67>). Aus dem Umstand, dass Art. 103 Abs. 2 GG ein Rückwirkungsverbot (nur) für materielle Strafrechtsnormen aufstellt, darf nicht gefolgert werden, Rückwirkungen seien im Übrigen verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 72, 200 <257>).

Der Bürger muss die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe grundsätzlich voraussehen und sich dementsprechend einrichten können. Es bedarf deshalb einer besonderen Rechtfertigung, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolgen eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert (vgl. BVerfGE 30, 272 <285 f.>; 45, 142 <167 f.>; 72, 200 <257>; 105, 17

---

<sup>81</sup> Leisner-Egensperger, Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot, in: Stern/Sodan/Möstl, das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 89 Rn. 6.

<sup>82</sup> Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL 2023, Art. 20 Rn. 50.

<36 f.>). Dabei ist zwischen der Rückbewirkung von Rechtsfolgen (sog. „echte“ Rückwirkung) und der tatbestandlichen Rückanknüpfung (sog. „unechte“ Rückwirkung) zu unterscheiden.“<sup>83</sup>

Das gilt gerade im Hinblick auf Wirtschaftsgrundrechte besonders für durch Art. 14 GG gewährleistete Investitionen, die im Vertrauen auf eine bestimmte Gesetzeslage oder Verwaltungspraxis getätigt worden sind.

„In Art. 14 Abs. 1 GG hat der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes für die vermögenswerten Güter eine eigene Ausprägung gefunden (vgl. BVerfGE 58, 81 <120>). Geschützt ist das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (vgl. BVerfGE 101, 239 <262>; 132, 302 <317>; 135, 1 <21 Rn. 60>). Das Eigentumsgrundrecht schützt damit auch berechtigtes Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum und seiner Nutzbarkeit; ob und inwieweit ein solches Vertrauen berechtigt ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.“<sup>84</sup>

Wenn Gesetzgeber oder Verwaltung hoheitliche Vorgaben machen oder zurechenbar in einem konkreten Rechtsverhältnis Erwartungen wecken, schaffen sie Koordinaten für die Ausübung von Freiheit: Wenn hier willkürlich – ohne rechtfertigenden Sachgrund – die Gewichte verschoben werden, nachdem die Freiheit im Vertrauen auf diese Koordinaten ausgeübt wurde, tritt eine Frustration ein, die bei Investitionen zu Verlusten und Schäden

---

<sup>83</sup> BVerfGE 156, 63, Rnrn. 233 f.

<sup>84</sup> BVerfGE 143, 246 (383).

führen kann. Das Verfassungsprinzip des Vertrauensschutzes schützt deshalb das Vertrauen des Regelungsadressaten in die Kontinuität von Recht im Sinne individueller Erwartungssicherheit.<sup>85</sup>

Rechtsprechung und Lehre haben – auf diesem Gedanken aufbauend – nach und nach eine eigene, wenn auch nicht ganz einheitliche Kasuistik unter dem Stichwort des Vertrauensschutzprinzips entwickelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird dieser Vertrauensschutz auf zwei unterschiedliche Grundlagen gestützt: zum einen auf den allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes, zum anderen direkt auf einzelne Grundrechtspositionen, namentlich Art. 12 und Art. 14 GG.

Der allgemeine Vertrauensschutz, begründet in Art. 20 Abs. 3 GG, wird als Wesensmerkmal des Rechtsstaatsprinzips verstanden. Eine rückwirkende Verschlechterung der Rechtspositionen des Bürgers verletzt seinen Anspruch auf Rechtssicherheit.<sup>86</sup> Ist zugleich der Schutzbereich eines Grundrechts berührt, ergibt sich der Vertrauensschutz unmittelbar aus dem grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt.

In der Rechtsprechung stellen sich Fragen des Vertrauensschutzes regelmäßig im Rahmen von durch den Gesetzgeber herbeigeführten Systemwechseln, durch welche im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage getätigte Aufwendungen frustriert worden

---

<sup>85</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL 2023, Art. 20 Rn. 6; *verweisend auf* Kisker, VVDStRL 32 (1974), 149 (161 ff.).

<sup>86</sup> Vgl. BVerfGE 13, 261 (271).

sind. Es geht hierbei primär um die Frage von Überleitungs- und Entschädigungsklauseln.

### 3. Bindung der Verwaltung

#### a) *Schaffung von Vertrauenstatbeständen durch die Verwaltung*

Ein schutzwürdiges Vertrauen kann jedoch nicht nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden, sondern auch Verwaltungshandeln kann Vertrauenstatbestände erzeugen.<sup>87</sup> Der Vertrauensschutz ist als allgemeines Verfassungsprinzip nicht nur auf diese einzelnen Fallkonstellationen im Verwaltungsrecht begrenzt, in denen er eine gesetzliche Normierung erfahren hat. Sofern ein behördliches Verhalten geeignet ist, in eindeutig artikulierter Willensrichtung eine hinreichend konkrete Erwartung des Grundrechtsträgers auszulösen, ist diese Erwartung als exekutiv erzeugtes Vertrauen im Rahmen von Ermessensentscheidungen durch die Verwaltung zu beachten.

Die Verwaltung ist an das Vertrauensschutzprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG in gleichem Umfang gebunden, weil sie nicht nur an das Gesetz, sondern zugleich und unmittelbar an die Verfassung gebunden ist.<sup>88</sup> Wenn das Gesetz einen Beurteilungsspielraum

---

<sup>87</sup> Leisner-Egensperger, Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot, in: Stern/Sodan/Möstl, das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 89 Rn. 16.

<sup>88</sup> Dazu Hans-Detlef Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 178 ff.

oder ein Ermessen – hier ein Auswahlermessen – eröffnet, entstehen der Anwendungsraum und das aus Art. 1 Abs. 3 GG folgende Erfordernis für eine *unmittelbare* Grundrechtsbindung der ausführenden Verwaltung. Der Umfang der Bindung hängt vom Ausmaß des gesetzlich eingeräumten und eröffneten Handlungsform ab,<sup>89</sup> wobei informelles Handeln jenseits untergesetzlicher Rechtsetzung, des Erlasses von Verwaltungsakten oder des Abschlusses öffentlich-rechtlicher Verträge eine Grauzone bilden.

In vorliegendem Fall eröffnete das TKG der Regulierungsbehörde einen Spielraum der Handlungsform für die Frage, wie mit einer Frequenzzuteilung nach Ablauf der Befristung umzugehen ist. Verlängerung oder Auktion sind sehr verschiedene und für alle Konkurrenten im Markt – für Inhaber wie Petenten – wesentliche Entscheidungen.<sup>90</sup> Wenn man der Ansicht ist, dass eine solche fundamentale wettbewerbsrelevante Entscheidung überhaupt ohne nähere gesetzliche Vorgabe in die Hand der Exekutive gegeben werden darf<sup>91</sup>, dann ist das verfassungsrechtlich jedenfalls nur dann unbedenklich, wenn die den Gesetzgeber treffenden Verfassungsbindungen in vollem Umfang auch die Regulierungsbehörde treffen und von ihr beachtet werden. Das gilt auch für die Schaffung von Vertrauenstatbeständen, die nicht

---

<sup>89</sup> Leisner-Egensperger, Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot, in: Stern/Sodan/Möstl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2022, § 89 Rn. 16.

<sup>90</sup> Siehe dazu oben: II. 2.

<sup>91</sup> Siehe oben II. 2. a).

unmittelbar aus dem Gesetzestext folgen, sondern aus dem Verhalten der Bundesnetzagentur.

Dieses Verhalten wird dann vertrauensschaffend wirksam, wenn die Behörde ankündigt, wie sie mit ihrem Regulierungsermessen im klaren Blick auf eine für Telekommunikationsunternehmen hochbedeutsame strategische Investitionsentscheidung umzugehen gedenkt. Dabei steht die Frage im Vordergrund, inwiefern eine Behörde sich durch ein von ihr geschaffenes Vertrauen selbst gebunden haben kann. Fragen zur Selbstbindung der Verwaltung werden üblicherweise vor allem im allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG behandelt. Im Verwaltungsrecht hat das Vertrauensschutzprinzip an verschiedenen Stellen eine gesetzliche Regelung erfahren. Ausdruck dieses Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht sind etwa §§ 48, 49 VwVfG. Der Vertrauensschutz geht hier so weit, dass sogar ein fehlerhafter Verwaltungsakt, sofern das begründete Vertrauen des Begünstigten auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen überwiegt, Bestand haben muss.<sup>92</sup> Auch die Regelung nach § 38 VwVfG über die behördliche Zusicherung als formalisierte Zusage<sup>93</sup> ist Ausdruck eines insoweit sogar im Sinne einer unzweideutigen Verfestigung gesteigerten Vertrauensschutzes auf den

---

<sup>92</sup> Vgl. BVerwGE 19, 188 (189).

<sup>93</sup> Stelkens, § 38 Rn. 1 f., in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage 2023.

Erlass eines Verwaltungsakts<sup>94</sup>. Jenseits der förmlichen Zusicherung ist die Frage, wann ein vertrauensbegründender Tatbestand vorliegt, vom konkreten Einzelfall abhängig. Übereinstimmung herrscht, dass eine lediglich an die Allgemeinheit gerichtete politische Erklärung ohne klaren rechtlichen Konnex nicht geeignet ist, einen Vertrauenstatbestand zu schaffen – so etwa politische Absichtserklärungen, „im Katastrophenfall unbürokratisch Hilfe zu leisten“.<sup>95</sup>

Demgegenüber kann nicht nur im verwaltungsrechtlichen Sinne sondern gerade auch im erweiterten verfassungsrechtlich maßgeblichen Sinne *Zusage-Gegenstand* und damit *Vertrauensschutztatbestand* jede behördliche Äußerung sein, die die „zukünftige Gestaltung eines bestimmten Rechtsverhältnisses“<sup>96</sup> betrifft. „Wird eine Maßnahme nur ‚in Aussicht gestellt‘, kann dies als Zusage zu bewerten sein.“<sup>97</sup> Es kommt dabei immer auf die näheren Umstände an, auf den Sachzusammenhang und die Bedeutung der privaten Disposition für den Grundrechtsschutz sowie auf den verwaltungsrechtlichen Kontext.

---

<sup>94</sup> Es geht bei der Zusicherung um die „Begründung eines Anspruchs des Begünstigten gegenüber der Behörde, also eines Rechts des Begünstigten, von der Behörde ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (vgl. § 194 Abs. 1 BGB)“. Stelkens, § 38 Rn. 5, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage 2023.

<sup>95</sup> Stelkens, § 38 Rn. 4, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage 2023.

<sup>96</sup> Stelkens, § 38 Rn. 7, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage 2023.

<sup>97</sup> Stelkens, § 38 Rn. 24, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage 2023.

b) *Kriterien des Bundesverfassungsgerichts*

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung über eine Aufenthaltserlaubnisverlängerung ganz grundsätzliche Kriterien zum Gebot des Vertrauensschutzes bei Verwaltungshandeln herangezogen:

„Außerdem sind die Ausländerbehörden trotz des ihnen gesetzlich eingeräumten Ermessens in ihrer Entscheidung nicht frei, sondern haben im Rechtsstaat immer nach *pflichtgemäßem* Ermessen zu handeln (...), vor allem die zwingenden Gebote des Rechtsstaates, insbesondere den Gleichheitssatz zu beachten (...) sowie den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit (...) und des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen; dabei ist davon auszugehen, daß der Ermessensspielraum bei der Verlängerung (...) enger ist als bei der erstmaligen Erteilung.“<sup>98</sup>

Ein durch hoheitliches Handeln begründeter Vertrauenstatbestand muss bei Ermessensentscheidungen demnach zwingend von der Behörde berücksichtigt werden. Dabei stellt das Bundesverfassungsgericht bezüglich des Ermessensspielraums auch auf gegenüber dem Regelungsadressaten vorausgegangenes Verwaltungshandeln ab, dieses kann beim Adressaten eine berechnete Kontinuitätserwartung hervorrufen, die zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen kann.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> BVerfGE 49, 168 (184).

<sup>99</sup> Vgl. BVerfGE 49, 168 (186).

Das Gericht stellt für das Entstehen eines solchen berechtigten Vertrauens mehrere Kriterien auf:

1. Ein beständiges und wiederholtes Verwaltungshandeln, das die Erwartung in eine bestimmte Verwaltungspraxis hervorruft.<sup>100</sup>
2. Das rechtmäßige und beanstandungsfreie Vorverhalten des Adressaten innerhalb des Geltungsbereiches des jeweiligen Gesetzes.<sup>101</sup> Derjenige, der sich bisher regelkonform und nach den gestellten Anforderungen der Behörde verhalten hat, wird auch besonders schutzwürdig für die Erfüllung des von der Behörde erzeugten Vertrauens.
3. Das schutzwürdige Interesse des Adressaten an einer bestimmten Behördenentscheidung war für die Behörde auch erkennbar.<sup>102</sup>

Die Kriterien für die Erzeugung von Vertrauen gilt nicht nur für gleichheitsgeprägte Wiederholungsfälle, sondern sie gilt auch dann, wenn eine Ankündigung im Sachzusammenhang als für den Rechtsunterworfenen wesentlich von der Behörde erkannt wird oder von ihr hätte erkannt werden müssen.

---

<sup>100</sup> Ebd.

<sup>101</sup> Ebd.

<sup>102</sup> Vgl. BVerfGE 49, 168 (187).

## 4. Vertrauenstatbestand durch Frequenzauktion 2019

### a) *Frequenzauktion 2019*

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für das von der Bundesnetzagentur erzeugte Vertrauen ist die Durchführung der Auktion, in deren Rahmen die 1&1 Mobilfunkfrequenzen in den Bereichen 2,1 GHz und 3,6 GHz ersteigert hat. Vorbereitend und grundlegend für die 5G-Frequenzauktion 2019 war die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018, in der die Vergabe- und Auktionsregeln für die Frequenzversteigerung 2019 festgelegt worden sind. Hier wird gleich zu Beginn der Bedingungen ausgeführt:

„Weiterer Breitbandausbau durch künftige Frequenzvergaben

In Zukunft werden weitere Frequenzbereiche bereitgestellt, die als Grundlage neuer technologischer Entwicklungen und einer besseren Flächenversorgung dienen können. Bereits zum Ende des Jahres 2025 werden neben weiteren Kapazitätsfrequenzen auch Flächenfrequenzen erneut verfügbar. Insofern ist die jetzt anstehende Auktion nur ein erster Schritt.“<sup>103</sup>

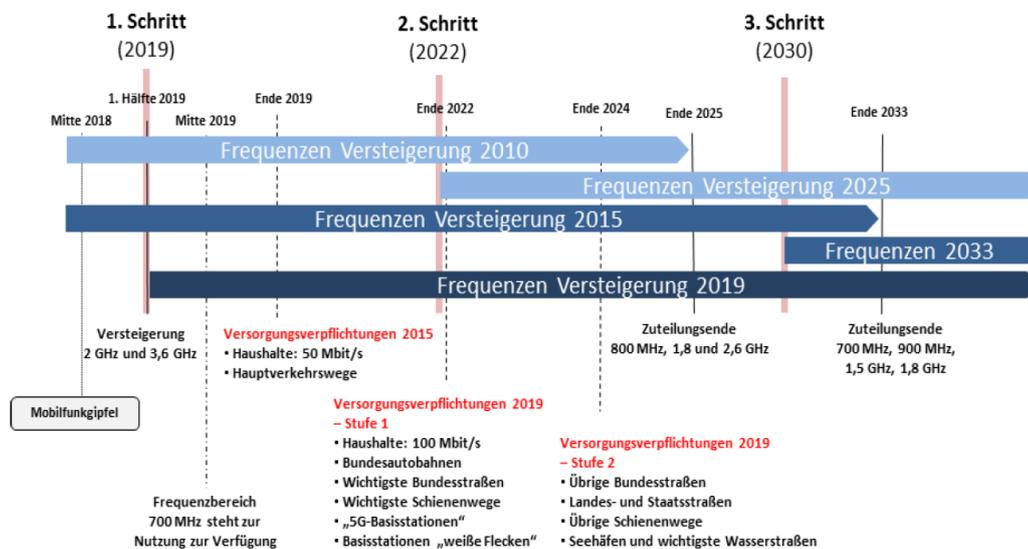
Dieser konkrete Zeitplan wurde von der Bundesnetzagentur auch durch folgende Illustration<sup>104</sup> untermauert:

---

<sup>103</sup> Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018, Az. BK1-17/001, Über die Festlegung der Vergabe und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3.6 GHz, S. 3.

<sup>104</sup> Ebd., S.4.

### Deutschland als Leitmarkt für 5G



#### b) Herstellung eines regulatorischen Zuteilungszusammenhangs

Die Bundesnetzagentur stellt mit der Bezugnahme auf „Frequenzen Versteigerung 2025“ ausdrücklichen einen Konnex, einen Zuteilungszusammenhang zwischen beiden Auktionen her.

Die Versteigerung weiterer ab Ende 2025 verfügbarer Frequenzen wurde damit ausdrücklich zu einer Grundlage der Frequenzauktion 2019 gemacht. Dass diese Versteigerung auch in jedem Falle durchgeführt werden sollte, wurde weder unter eine Bedingung noch unter einen erkennbaren Vorbehalt gestellt. Dies zeigt sich schon an Art und Weise der unbedingten Formulierung („werden verfügbar“).

Aus Sicht der Versteigerungsteilnehmer der Auktion 2019 – insbesondere für die neu hinzugetretene 1&1 – war folglich fest

davon auszugehen, dass die Ende 2025 auslaufenden Funkfrequenzen auch erneut versteigert, und nicht etwa zugunsten der bisherigen Inhaber ohne Zugriffschance für 1&1 weiter verlängert werden. Eine solche in Betracht kommende Vorgehensweise einer Verlängerung dieser zugeteilten Frequenzen wird von der BNetzA in Fortsetzung ihrer Entscheidungspraxis<sup>105</sup> auch in der Vergabeentscheidung 2019 explizit abgelehnt, um den Marktzugang für Neueinsteiger nicht zu verschließen.<sup>106</sup>

Damit war für das Unternehmen 1&1 nicht die gesetzlich eröffnete Option „Auktion oder Verlängerung“ die maßgebliche Informationsgrundlage, sondern die von der Bundesnetzagentur sehr deutlich gemachte, ausdrücklich angekündigte Ausübung des Auswahlermessens, die für die Investitionsentscheidung 2019 zugrunde gelegt wurde.

Dieser von der Bundesnetzagentur unzweideutig formulierte Zeitplan, dass es für die Ende 2025 auslaufenden Frequenzen zu einer erneuten Versteigerung kommen würde, war auch essenziell für die Entscheidung der 1&1 als MNO-Neueinsteiger, überhaupt an der Frequenzauktion 2019 teilzunehmen, da der

---

<sup>105</sup> Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 28. Januar 2015 zur Anordnung und Wahl des Verfahrens sowie über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz sowie weiterer Frequenzen im Bereich 1452 – 1492 MHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten, Rz. 418.

<sup>106</sup> Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 14. Mai 2018 über Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang, Rz. 275.

Aufbau eines eigenständigen Mobilfunknetzes ohne die Ende 2025 zu versteigernden Frequenzen nicht in marktgängiger Weise möglich ist.

Die Bundesnetzagentur hat somit 1&1 als MNO-Neueinsteiger mit den verbindlich formulierten Auktionsbedingungen hinsichtlich der Auktion Ende 2025 überhaupt erst veranlasst, an der Auktion 2019 teilzunehmen und dort über eine Milliarde EUR in Funkfrequenzen zu investieren sowie weitere, erhebliche Investitionen in den Aufbau einer Netzinfrastruktur zu tätigen.

Es ist davon auszugehen, dass die 1&1 mit dem Wissen, dass 2025 keine Frequenzen frei werden, den Netzaufbau gar nicht beschlossen bzw. jedenfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt Frequenzen erworben oder aber nicht ein entsprechendes Gebot in dieser Höhe abgegeben hätte.<sup>107</sup>

Die Schutzwürdigkeit des von der Bundesnetzagentur geschaffenen Vertrauens ist vorliegend als besonders hoch einzustufen: Die Ersteigerung von Frequenzen stellt ein gravierendes unternehmerisches Risiko und eine für die Rentabilität des Unternehmens bedeutende finanzielle Investition dar, die auch aus Sicht des Neueinsteigers eine langfristige und nachhaltige Planung für den Netzausbau erforderlich macht.

Der Vertrauensschutz entfällt auch nicht etwa deshalb, weil der Behörde dieser Zusammenhang nicht deutlich war (oder nicht

---

<sup>107</sup> 13. Sektorgutachten der Monopolkommission, Telekommunikation 2023: Gigabit-Ziele durch Wettbewerb erreichen!, S. 84 Rn. 160.

deutlich sein konnte) und dass dies dann spiegelbildlich auch dem Telekommunikationsunternehmen hätte klar sein müssen. Bereits zum Zeitpunkt der entsprechenden Erklärungen war der Bundesnetzagentur durch eine entsprechende Bedarfsanmeldung bekannt, dass die 1&1 den Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes beabsichtigt und dafür eine marktübliche Frequenzausstattung benötigt. Sie hatte nicht nur Kenntnis hiervon, sie hat auch selbst mehr Wettbewerb im Mobilfunkmarkt und das Hinzutreten eines weiteren MNOs ausdrücklich begrüßt. Wir haben es hier schließlich mit einer Regulierungsbehörde zu tun, die den Markt und die Wettbewerbslage genauestens kennt oder wegen ihres regulatorischen Auftrags jedenfalls kennen muss.

Die Bundesnetzagentur hat diesbezüglich das Vertrauen in die beabsichtigte oder jedenfalls begrüßte Wettbewerbsförderung ausdrücklich bestärkt:

„Die Kammer begrüßt im Interesse der Förderung des Wettbewerbs eine Teilnahme von Neueinsteigern im Versteigerungsverfahren. Sie ist jedoch in ständiger Verwaltungspraxis der Überzeugung, dass es nach Abwägung der Regulierungsziele sachlich nicht geboten ist und auch der Förderung des Wettbewerbs im Ergebnis nicht dient, abweichende Konditionen mit Blick auf den Frequenzzugang für einen Neueinsteiger (...) festzulegen.“<sup>108</sup>

Dies hat das entstandene Vertrauen der 1&1 in zweifacher Hinsicht weiter bestärkt: Die Bundesnetzagentur verfolgte doch

---

<sup>108</sup> Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018, Az. BK1-17/001, Über die Festlegung der Vergabe und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3.6 GHz, S. 36.

offenbar im Laufe der weiteren Versteigerungsverfahren die aktive Förderung eines chancengleichen Wettbewerbs („begrüßt Neueinsteiger im Interesse der Förderung des Wettbewerbs“).

Das Einzige, womit das Telekommunikationsunternehmen 1&1 nicht rechnen durfte und auch nicht gerechnet hat, war eine – nach dem Gesetz immerhin mögliche – *Bevorzugung* als MNO-Neueinsteiger gegenüber den Bestands-MNOs. Hier war nämlich in den Äußerungen der Behörde erkennbar, dass es im Einklang mit der bisherigen Behördenpraxis, abgesehen von abweichenden Versorgungsaufgaben und National-Roaming-Zugang, zu einer Gleichbehandlung des Neueinsteigers im Verhältnis zu den derzeitigen Frequenzinhabern kommen würde („keine abweichenden Konditionen für Neueinsteiger“). Aber dadurch wurde nur klargestellt, dass mit einer sonstigen *Vergünstigung* für 1&1 nicht zu rechnen war. Vice versa war diese Aussage aber zugleich vertrauensschaffend insofern, als jedenfalls gewiss nicht mit einer *Benachteiligung* im Sinne der Privilegierung der Bestands-MNOs durch bloße Verlängerung der in der Vergangenheit unter ganz anderen Wettbewerbsbedingungen bis Ende 2025 zugeteilten Frequenzen gerechnet werden konnte.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten: Die Bundesnetzagentur hat durch die konkrete Ausgestaltung der Frequenzauktion 2019, mit den dazugehörigen Vergabe- und Auktionsregeln einen eindeutig bestimmbareren Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass es für die Ende 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte im Interesse des Wettbewerbs zu einer Versteigerung kommen werde.

## 5. Vertrauensschutz durch bisherige Behördenpraxis (Art. 14 i.V.m. Art 20 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG)

Neben diesem besonderen Vertrauensschutz, der aus der Frequenzauktion 2019 erwächst, kommt auch ein Vertrauenstatbestand in Betracht, der durch die bisherige Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur entstanden ist. Die bisherige Verwaltungspraxis entfaltet – hier bei Investitionsentscheidungen – ihre verfassungsrechtliche Steuerungswirkung über den Gleichheitssatz, der den freiheitsrechtlich (Art. 14 GG) und rechtsstaatlich (Art. 20 Abs. 3 GG) bestehenden Vertrauensschutz mit einer entsprechenden Bindungswirkung für die Ausübung des Auswahlermessens im Hinblick auf die Zuteilung der freiwerdenden Frequenzen verstärkt.

Die Bundesnetzagentur hat bei Auslaufen der Frequenznutzungsrechte bisher stets Frequenzauktionen durchgeführt (in den Jahren 2000, 2010, 2015 und 2019). Die einzige Ausnahme von dieser Praxis bildete die Frequenzverlängerung im Jahr 2005, die indes als Sonderfall im Folgenden hervortritt. Die jeweiligen Entscheidungen im Sinne der Anordnung des Vergabeverfahrens hat jedenfalls die Bundesnetzagentur stets mit ihrem gesetzlichen Regulierungsziel der Förderung eines chancengleichen Wettbewerbs auch unter den Netzbetreibern begründet.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Vgl. zuletzt Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 14. Mai 2018, Az. BK1-17/001, Über die Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3.6 GHz, Rn. 275.

## 6. Frequenzverlängerung 2005 als Abweichung vom gesetzlichen Regelfall

Die Bundesnetzagentur hat bisher nur ein einziges Mal, im Jahr 2005<sup>110</sup>, von der Durchführung einer Frequenzauktion trotz bestehender Frequenzknappheit abgesehen und die bereits zugeeilten Frequenznutzungsrechte verlängert. Dies stellt nach den bisher dargestellten Grundsätzen eine Abweichung von dem gesetzlichen Regelfall und der Verwaltungspraxis im Sinne der Anordnung eines Vergabeverfahrens dar.

Hintergrund der Entscheidung im Jahr 2005 war die historisch bedingte Sondersituation, dass bei der Marktöffnung in den 1990er Jahren die weiteren Marktteilnehmer neben der Deutschen Telekom erst sukzessive eingetreten und somit auch die erforderlichen GSM-Frequenzen mit unterschiedlichen Frequenznutzungsbedingungen (Befristungen) zugeteilt worden sind. Zunächst erhielten 1990 die Deutsche Telekom und die Vodafone (damals Mannesmann Mobilfunk) GSM-Frequenzen im 900 MHz Band („D 1 und D 2-Lizenz“), später bekamen dann E-Plus im Jahr 1993 und Telefónica (damals E 2 Mobilfunk) im Jahr 1997 GSM-Frequenzen im 1800 MHz Band („E 1 und E 2-Lizenz“) vergeben.

Dies führte zu der Situation, dass aufgrund der unterschiedlichen Frequenznutzungsbedingungen von D- und E-Lizenzen kein

---

<sup>110</sup> Die Entscheidung erging durch Beschluss der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur am 23.01.2012, Az. BK1-12/001; hiermit wurde rückwirkend zum 21. November 2005 beschlossen, dass kein Vergabeverfahren durchgeführt wird.

gleichgelagerter Wettbewerb zwischen D- und E-Netzbetreibern stattfinden konnte. Daneben war auch aus Gesichtspunkten der Netzqualität eine möglichst symmetrische Verteilung von 900 MHz und 1900 MHz Band anvisiert.

Grundlage der Entscheidung für die Verlängerung der GSM-Lizenzen ist das von der Bundesnetzagentur am 21.11.2005 veröffentlichte GSM-Konzept gewesen. Ziel dieses umfassenden GSM-Konzeptes war es, die bisher asymmetrisch verteilte Frequenzausstattung der GSM-Netzbetreiber anzugleichen sowie auch die Befristungen der Frequenznutzungsrechte anzugleichen, indem die GSM-Netzbetreiber eine Option auf Verlängerung der Frequenznutzungsrechte bis zum 31.12.2016 erhalten haben.<sup>111</sup> Diese Verlängerungsoption wurde, wie von der Bundesnetzagentur beabsichtigt, auch von allen betroffenen Netzbetreibern<sup>112</sup> ausgeübt.

Dieser bisher einmaligen Entscheidung lagen aber nicht primär Erwägungen der Netzstabilität zugrunde, sondern die Angleichung war vor allem zur Sicherung eines gleichen und fairen Wettbewerbes erforderlich, da D- und E-Netzbetreiber durch die bisher unterschiedlichen Frequenznutzungsbedingungen nicht miteinander in einem chancengleichen Wettbewerb standen: Diese Situation ist – unter Wettbewerbsgesichtspunkten

---

<sup>111</sup> Vgl. Konzept der Bundesnetzagentur, Abl. Nr. 23/2005, zur Vergabe weiteren Spektrums für den digitalen öffentlichen zellularen Mobilfunk unterhalb von 1,9 GHz, vom 21. November 2005, S. 3.

<sup>112</sup> Dieses Recht wurde der Deutschen Telekom, Vodafone und E-Plus eingeräumt, um eine Angleichung aller Frequenznutzungsrechte an die Laufzeit der Telefónica zum 31.12.2016 zu erreichen.

unproblematisch – bei unveränderter Durchführung der Vergabeverfahren 2005 aufgelöst worden.<sup>113</sup>

Die Rechtsprechung sieht demgemäß aufgrund der Besonderheit des GSM-Konzepts hier einen Sonderfall. Das Bundesverwaltungsgericht stellt zu dieser Thematik fest:

„Das GSM-Konzept regelte den **Sonderfall** einer Frequenzverlagerung durch Zuteilung dieser Frequenzen an die beiden E-Netzbetreiber Zug um Zug gegen die Rückgabe bisher von diesen genutzter Frequenzen aus dem 1,8-GHz-Band, deren Neuzuteilung ihrerseits einer späteren diskriminierungsfreien Vergabe vorbehalten wurde. Vor diesem Hintergrund trifft das Argument der Kl., das GSM-Konzept offenbare grundlegende Wertungen der Behörde im Zusammenhang mit der Zuteilung der für die Flächenversorgung geeigneten Frequenzen unterhalb von 1 GHz, nicht zu. Die Bundesnetzagentur ist in einem bestimmten historischen Einzelfall ausnahmsweise von dem bei Frequenzknappheit sonst gebotenen Vergabeverfahren abgewichen; daraus folgt unter keinem Gesichtspunkt, dass eine spätere Ermessensausübung, die dem gesetzlichen Regelfall folgt, ihrerseits besonders begründungsbedürftig wäre.“<sup>114</sup>

Die Besonderheit des GSM-Konzepts von 2005 war der sachliche Grund für eine ausnahmsweise Abweichung von der Anordnung der Durchführung eines Vergabeverfahrens. Damit war keine Änderung der Verwaltungspraxis erfolgt, sondern lediglich der Erwartung Nahrung gegeben, dass eben nur unter

---

<sup>113</sup> Vgl. Konzept der Bundesnetzagentur, Abl. Nr. 23/2005, zur Vergabe weiteren Spektrums für den digitalen öffentlichen zellularen Mobilfunk unterhalb von 1,9 GHz, vom 21. November 2005, S. 2 f.

<sup>114</sup> BVerwGE 139, 226 (235 f.)

besonderen Umständen von der Vergabep Praxis durch Auktion abgewichen werden würde. Die damalige Abweichung stellte unstrittig eine solche Ausnahme dar. Mit dem GSM-Konzept hat die Bundesnetzagentur umfangreiche Regelungen getroffen, um eine historisch einmalige Situation und damit verbundene Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen.

Dieser Ausnahmefall war somit auch nicht geeignet, das Vertrauen des Neueinsteigers in die kontinuierliche Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur der Versteigerung zu erschüttern, solange nicht Anhaltspunkte für einen anderen ebenso gewichtigen Ausnahmefall ersichtlich waren. Deshalb kommt es auch unter Gleichheitsgesichtspunkten maßgeblich darauf an, mit welcher sachlichen Begründung die Bundesnetzagentur aktuell den Weg über die Verlängerung gehen will. Hier ist aber bislang nichts ersichtlich, was dieses Gewicht beanspruchen könnte. Im Grunde genommen ist überhaupt nicht erkennbar, warum keine Versteigerung stattfinden soll. Damit wäre die angekündigte Ausübung des Auswahlermessens auch gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

## VII. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

1. Der Staat gewährleistet die Frequenzordnung für Telekommunikationsnetze und Telekommunikationsdienste, die im Rahmen privatwirtschaftlicher Tätigkeiten durch Unternehmen erbracht werden (Art. 87f Abs. 1 und 2 GG).
2. Die Frequenzbereitstellung ist ein Kernbestandteil der Telekommunikationsordnung. Als Ausübung hoheitlicher Gewalt unterliegt die Zuteilung von Frequenzen und die Regulierung netzbezogener Dienstleistungen verfassungsrechtlichen Bindungen.
3. Art. 87f Abs. 1 GG verpflichtet zur Sicherstellung flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen.
4. Mit der Verfassungsentscheidung für eine privatwirtschaftliche, im marktwirtschaftlichen Wettbewerb erfolgende Angebotserbringung (Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG) ist die öffentliche Verwaltung im Rahmen ihrer regulativen Tätigkeit verpflichtet, einen fairen und chancengleichen Wettbewerb zu gewährleisten.
5. Soweit die im Telekommunikationsbereich privatwirtschaftlich geführten Unternehmen grundrechtsberechtigt sind, hat die Regulierungsbehörde Grundrechte als unmittelbar wirksames und den Bundesgesetzen gegenüber vorrangiges Recht zu beachten.

6. Die Frequenzbereitstellung gestaltet in wesentlicher Weise sowohl die Bedingungen der gewerblichen Berufsausübung (Art. 12 GG) als auch Eigentumsverhältnisse (Art. 14 GG).
7. Der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Verfassungsentscheidung für eine marktwirtschaftliche Leistungserbringung (Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG) verpflichtet die Regulierungsbehörde zu einer strikten Gleichbehandlung der Netzbetreiber und Diensteanbieter. Es besteht für die gerichtliche Überprüfung ein strenger Kontrollmaßstab hinsichtlich der behördlich geltend gemachten Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung.
8. Auch das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot nach Art. 48 Abs. 2, 55 Abs. 6 EKEK verpflichtet die Bundesnetzagentur im Falle der zahlenmäßigen Beschränkung von Frequenznutzungsrechten zur Durchführung eines wettbewerbsorientierten und fairen Verfahrens für alle Marktteilnehmer im Sinne einer aktiven Wettbewerbsförderpflicht.
9. Eingeführte und bewährte Eigentümer von Mobilfunknetzen (Mobile Network Operators/MNOs, hier als Bestands-MNOs bezeichnet) dürfen auch im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit und Effizienz des Telekommunikationsangebots nicht bevorzugt behandelt werden, wenn ein neu hinzutretender Netzbetreiber (MNO-Newcomer) beim Netzausbau bereits durch die konditionierte Ersteigerung von Frequenzen zugelassen worden ist. Zur Herstellung eines chancengleichen Wettbewerbs im Markt der Netzanbieter besteht eine Pflicht der Regulierungsbehörde, die Abhängigkeiten des Newcomers von

Bestands-MNOs zu dessen Gunsten kompensatorisch zu gewichten.

10. Wer als neu hinzutretender Netzbetreiber im Rahmen einer Frequenzversteigerung oder -zuteilung von der Regulierungsbehörde rechtlich und faktisch anerkannt wurde, hat bei künftigen Zuteilungsentscheidungen und regulativen Maßnahmen auf Grund des gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Regulierungsauftrags und als Konsequenz der einschlägigen grundrechtlichen Gewährleistungen einen Anspruch auf Berücksichtigung seiner spezifischen Unternehmensinteressen im Markt.
11. Die mittels hoheitlich vorgegebener Vergabebedingungen konditionierte Versteigerung von Frequenzen an Newcomer im Kreis der Netzeigentümer (MNOs) bedingt eine besondere exekutive Regulierungsverantwortung der Bundesnetzagentur aus Ingerenz. Mit der Teilnahme an der Frequenzauktion 2019 und der in diesem Zusammenhang von der Bundesnetzagentur erweckten Erwartung einer Bereitstellung komplementär benötigter Frequenzen ab 2026 ist ein schützenswertes Vertrauen des neu hinzugetretenen Netzbetreibers entstanden (Art 14, Art. 2 Abs. 1 GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip).
12. Zum Zeitpunkt der Disposition über erhebliche Investitionen durfte der MNO-Newcomer 1&1 darüber hinaus von einer auf Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte, mindestens aber wettbewerbsneutralen behördlichen Verfahrensweise ausgehen. Das auch insoweit schützenswerte Vertrauen

umfasst ein folgerichtiges und mindestens wettbewerbsneutrales Verhalten der Behörde bei der Neuzuteilung befristet vergebener Frequenznutzungsrechte.

13. Wenn Frequenzen in dem behördlichen Wissen versteigert werden, dass eine volle Nutzung nur durch spätere chancengerechte Eröffnung der Zuteilung von für den wirtschaftlichen Betrieb des Netzes im Markt notwendigen komplementären Frequenzen erfolgen kann, dann verstößt es gegen Grundsätze des Vertrauensschutzes und des Gleichheitssatzes, wenn die Behörde bei der Zuteilung der freiwerdenden Komplementärfrequenzen dem Newcomer keinen chancengerechten Zugang zur Nutzung dieser Frequenzen ermöglicht.
14. Lücken im Frequenzportfolio insbesondere mangels Low-Band-Frequenzen, die durch National Roaming geschlossen werden müssen, führen zu wirtschaftlich nachteiligen Abhängigkeiten des Neueinsteigers von im Wettbewerb stehenden Bestands-MNOs und beschränken die Positionierung im Wettbewerb. Das daraus folgende besondere Konnektivitätsinteresse des MNO-Newcomers an einer vollständigen Frequenzbereitstellung ist bei der Zuteilung von freiwerdenden Komplementärfrequenzen (aktuell 800, 1800 und 2.600 MHz) entsprechend zu berücksichtigen.
15. Ein chancengerechter Zugang kann durch die Eröffnung eines Vergabeverfahrens (Versteigerung) für freiwerdende Frequenzen gewährleistet werden oder durch eine wettbewerbsgleich konditionierte bedarfsgerechte Bereitstellung für den Newcomer, wodurch sein Konnektivitätsinteresse funktionell adäquat gewahrt wird.

- 
16. Ein Ermessensausfall entsteht, wenn das Konnektivitätsinteresse des Newcomers nicht berücksichtigt oder lediglich auf die Wirkung einer Marktzugangssperre abgestellt wird. Ein Ermessenfehlgebrauch dürfte dann vorliegen, wenn in der Nutzungsverlängerung und damit der mindestens fünfjährigen Verschließung einer Nutzung der betroffenen Frequenzen durch 1&1 zu Unrecht ein nur geringfügiger Grundrechtseingriff gesehen würde. Bei einer Verlängerung der Bestandsnutzungsrechte um weitere mindestens fünf Jahre handelt es sich nicht lediglich um eine „Übergangentscheidung“, da in diesem Zeitraum kein weiterer Wettbewerb stattfinden kann und insbesondere für den Newcomer vollendete Tatsachen geschaffen werden. Dies gilt umso mehr bei einem noch längeren Versperren des Zugangs zu selbst nutzbaren Frequenzen.
17. Die Ermessensausübung bei Frequenzknappheit nach § 91 Abs. 9 TKG ist durch die hohe Grundrechtsrelevanz der Entscheidung regelmäßig im Sinne des Erlasses einer Vergabeordnung nach § 100 TKG vorgeprägt. Die Bundesnetzagentur hat die berührten Grundrechtspositionen der Marktteilnehmer für den konkreten Einzelfall zu ermitteln. Die Besonderheiten des hier vorliegenden Falles (Newcomer/ Netzaufbauphase s.o.) binden die Bundesnetzagentur dahingehend, ihr Ermessen im Sinne des Erlasses einer Vergabeordnung oder gleichermaßen nicht-diskriminierenden Verfahrens auszuüben, soweit eine Knappheitslage besteht.

18. Eine Frequenzverlängerung zugunsten der Bestands-MNOs ohne gleichzeitige Bereitstellung von Nutzungsrechten der betroffenen Frequenzen an den MNO-Newcomer 1&1 erweist sich somit nicht nur als Verstoß gegen Bestimmungen des TKG sondern auch unter mehreren Gesichtspunkten als verfassungswidrig.

Bonn, im Januar 2024

Udo Di Fabio