

Allerdings kann allein mit diesen Erwägungen ein Verzicht auf die Anwendung der Vorschriften über die dauernde Unmöglichkeit nicht begründet werden; denn hierdurch wurde tatsächlich nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner geschützt⁴⁵. Für ihn kann es äußerst belastend sein, wenn er unter Umständen auf unabsehbare Zeit für den Wegfall des Leistungshindernisses leistungsbereit bleiben muß. Auch dem Schuldner kam daher die Einordnung eines zeitweiligen Hindernisses als dauernde Unmöglichkeit zugute. Doch rechtfertigt es dies gleichfalls nicht, an der partiellen Gleichstellung der vorübergehenden Unmöglichkeit mit der dauernden festzuhalten. Bei Lichte betrachtet handelt es sich um einen Fall der Leistungserschwerung für den Schuldner. Folglich sollten allein die bei bloßen Leistungser schwerungen einschlägigen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) Anwendung finden⁴⁶; die Gleichstellung der vorübergehenden Unmöglichkeit mit der dauernden, soweit einer Partei das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist, sollte daher aufgegeben werden.

⁴⁵ Vgl. BGHZ 83, 197, 201 = JZ 1982, 467 f., wo die Gleichstellung gerade mit den Interessen des Schuldners begründet wurde.

⁴⁶ Vgl. U. Huber (Fn. 2), § 58 II 3 a, S. 788; im Ansatz auch schon *Nastelski* JuS 1962, 289, 293; vgl. im übrigen zur problematischen Abgrenzung zwischen § 275 Abs. 2 BGB und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage *Anwaltkomm-BGB/Dauner-Lieb* (Fn. 23), § 275 Rn. 6 f.; *Canaris* (Fn. 34), XII; *Arnold*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring*, Das neue Schuldrecht, ein Lehrbuch, 2002, § 3 Rn. 63 ff.; *Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz*, Fälle zum Neuen Schuldrecht, 2002, Fälle 24 und 114.

V. Zusammenfassung

1. Die vorübergehende Unmöglichkeit steht zwischen Unmöglichkeit und Leistungsverzögerung und kann daher nicht vollständig einer Leistungsstörungskategorie zugeordnet werden. Vorübergehende Leistungshindernisse führen daher entsprechend § 275 Abs. 1 bis 3 BGB dazu, daß der Schuldner für die Dauer des Hindernisses von der Leistungspflicht befreit ist. Die weiteren Rechtsfolgen bestimmen sich jedoch nicht nach §§ 283, 326 BGB, weil diese allein auf die dauernde Unmöglichkeit zugeschnitten sind. Vielmehr finden die §§ 281, 286, 323 BGB Anwendung. Dabei ist trotz der Anwendung des § 275 BGB von einer fälligen Leistungspflicht im Sinne dieser Vorschriften auszugehen.

2. Auch wenn einem Teil das Festhalten am Vertrag bis zum Wegfall des Leistungshindernisses nicht mehr zuzumuten ist, ist es nicht notwendig, die vorübergehende Unmöglichkeit der dauernden gleichzustellen. Ist dem Schuldner infolge des Leistungshindernisses ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar, kommt ausnahmsweise ein Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht.

3. Durch die Schuldrechtsreform ist das Problem der Abgrenzung zwischen verschiedenen Leistungsstörungstypen nicht entfallen. Die durch die Einführung des Generalatbestands der „Pflichtverletzung“ bezweckte Vereinfachung wird insoweit nicht erreicht.

Privatdozent Dr. Ulrich Hufeld, Universität Heidelberg

Die Versteigerung der UMTS-Lizenzen zwischen Telekommunikations- und Finanzverfassungsrecht

Das UMTS-Urteil des BVerfG vom 28. 3. 2002 bestätigte die Vereinnahmung der Lizenzversteigerungserlöse durch den Bund. Das Urteil brachte aber keine Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Versteigerungsoption im Telekommunikationsrecht. Ebenso blieb die genaue finanzrechtliche Einordnung der Erlöse offen. Der folgende Beitrag geht diesen Fragen nach und erörtert die Offenheit der Finanzverfassung für staatliche Einnahmen aus einer sachgesetzlich begründeten und öffentlich-rechtlich gelenkten Auktion.*

I. Einleitung

Im Jahre 2000 brachte die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post das Kunststück fertig, durch Versteigerung der UMTS¹-Mobilfunk-Lizenzen für den Bundeshaushalt knapp 100 Mrd. DM zu vereinnahmen. Der

* Habilitationsvortrag des Verfassers vor der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg am 26. 6. 2002.

¹ Abk. für Universal Mobile Telecommunications System. Knappe Beschreibung dieser dritten, multimedialen Mobilfunkgeneration, der „breitbandigeren Anwendungen“ und der technischen Grundlagen bei *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, Glossar, S. 1629. Die Hoffnungen der Branche spiegelt die Verlagsbeilage „Telekommunikation“ der FAZ Nr. 144 v. 25. 6. 2002.

nächste Rückgriff auf die Versteigerungsoption des § 11 TKG wird befürchten lassen, daß der Staat Gefallen findet an einer vielleicht nicht neuen, aber doch ungeahnt ertragreichen Einnahmequelle. Auch das BVerfG hat diese Quelle bislang nicht verschlossen. Mit seinem UMTS-Urteil² entschied der Zweite Senat in einem Bund-Länder-Streit ausschließlich über und im Ergebnis gegen einen Beteiligungsanspruch der Länder. Mehr war nicht veranlaßt, nachdem die Länder in ihrer Sorge um Teilhabe die prinzipielle Zulässigkeit der Einnahme gar nicht erst in Zweifel gezogen hatten. Der Bundesfinanzminister feierte das Urteil als endgültiges Plaket für einen rundum gelungenen und jedenfalls in diesem Umfang überraschenden Finanzcoup.

§ 6 Abs. 1 TKG birgt noch keine Überraschung. Er statuiert eine Lizenzpflicht, und das heißt: er macht den Zugang zu einem Telekommunikationsmarkt von einer Genehmigung abhängig. Das ist dem Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht fremd und im Allgemeinen Verwaltungsrecht geläufig als Kontrollerlaubnis, hier in Form des präventiven Verbots unter Lizenzvorbehalt. Noch weniger überrascht, daß der Bund dem Lizenzbewerber Kosten aufbürdet, die der Kontrollaufwand verursacht, hier die vom TKG selbst so genannte Lizenzgebühr (§ 16 TKG), in den Kategorien des Ab-

² JZ 2002, 888, in diesem Heft.

gabenrechts eine Verwaltungsgebühr für Amtshandlungen. – Wenn aber der Staat im Wege der Versteigerung ein Markteintrittsgeld ermittelt und die Eintrittswilligen dadurch nötigt, ihre Gebote nach ungewissen Marktchancen zu bemessen, dann geraten, nach *Georg Büchner*, alle Kategorien in die schändlichste Verwirrung: Der staatliche Auktionswettbewerb führt zum Ausschluß von mindestens einem Teilnehmer, der, ohne Lizenz, auf dem zugangsregulierten Markt als Wettbewerber nicht in Erscheinung treten kann. Zugespielt: Der Auktionswettbewerb verkürzt den Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt – ein Problem der Verteilungsgerechtigkeit. Und über den Versteigerungserlös gibt kein gesetzlicher Tarif Auskunft, weil die Konkurrenten im Laufe der Auktion nicht dem Abgabengesetz, sondern dem Marktgesetz folgen. Mit welchem Recht, so ist zu fragen, schöpft der Staat Gewinne ab, die noch nicht realisiert worden sind, und mit welchem Recht hält er den finanzschwächeren oder auch nur vorsichtigeren Konkurrenten vom Marktzutritt ab?

II. Telekommunikationsrecht und Verteilungsgerechtigkeit

1. Berufsfreiheit, Telekommunikation in privater Hand (Art. 87f GG)

Die Verfassungsentscheidung für Telekommunikation in privater Hand (Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG) streitet für das Gegenteil, für den *freien* Marktzugang. Doch steht diese Entscheidung unter dem Vorbehalt des technisch Möglichen.

a) Von der Marktzugangsfreiheit zur Teilhabe an der Lizenzverteilung

Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG erwartet Telekommunikationsdienstleistungen privater Anbieter, deren Tätigkeit unter dem Schutz der Berufsfreiheit steht³. Dieser Verfassungsartikel geht auf Vollprivatisierung aus. Das Wächteramt des Bundes aus Abs. 1 ändert daran nichts. Die Privatisierungsnorm will kein *mixtum compositum* zwischen Staat und Markt, sondern die staatlich begleitete Durchsetzung und subsidiäre Ergänzung des Wettbewerbsprinzips⁴. Der Regulierungsauftrag reduziert nicht die grundrechtlichen Schutzstandards. Schon daß überhaupt ein Lizenzierungsverfahren stattfindet, erweist sich als rechtfertigungsbedürftige Berufsausübungsregelung. § 8 Abs. 3 Nr. 2a TKG benennt subjektive Zugangsvoraussetzungen: Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde des Antragstellers. Vor allem aber interessiert § 8 Abs. 3 Nr. 1 TKG, der die Lizenzerteilung aus Mangel an verfügbaren Frequenzen auch dann versperrt, wenn der Antragsteller alle subjektiven Voraussetzungen erfüllt. Dieser Tatbestand rekurriert auf den Vorbehalt des Möglichen. Soweit die lizenzpflichtige Tätigkeit von einer nutzbar

³ Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BT-Drucks. 13/3609, S. 34; *Breuer*, Verfassungsrecht und Versteigerungsverfahren nach § 11 Telekommunikationsgesetz, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), FS Maurer (2001), S. 25 (39).

⁴ Vgl. *Badura*, in: *Dolzer/Vogel/Graßhof* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 87f (Stand: September 1997), Rdnr. 2 (Verweis auf den Grundrechtsschutz in der Entstehungsgeschichte), Rdnr. 14: „konkludente Festlegung des Wettbewerbsprinzips durch die Grundsatznorm des Art. 87f Abs. 2 S. 1“ (s. auch Rdnr. 20, 28), Rdnr. 25 und 31 zum Grundrechtsschutz. *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG III, 2000, Art. 87f Rdnr. 16: „grundsätzlich der Markt“; und *Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 87f (Stand: 1996) Rdnr. 33: „grundsätzliche Entstaatlichung“.

der Möglichkeit der Frequenzzuordnung. In der Knappheitssituation richtet auch der nach den Vorgaben der Drei-Stufen-Theorie stärkste abwehrrechtliche Grundrechtsschutz nichts aus. Allgemein gilt: Aus der Knappheit der Frequenzen resultiert die Knappheit der Lizenzen. § 10 TKG stellt das ausdrücklich klar.

Dabei knüpft das TKG nicht an regulatorische, künstlich veranlaßte, sondern an technisch bedingte Knappheit an, die der Frequenznutzungsplan ausweist (§ 46 TKG). Alles andere wäre mit der Verfassungsentscheidung für Telekommunikation in privater Hand und der EG-Genehmigungsrichtlinie für Telekommunikationsdienste⁵ unvereinbar. Zudem wirkt der Grundrechtsschutz aus Art. 12 GG auch in der technisch bedingten Knappheitssituation und vermittelt dem Bewerber ein Recht auf chancengleiche Teilhabe in einem sachgerecht organisierten Auswahlverfahren⁶.

b) Status und gegenständliche Zuordnung der Frequenz

Die Beschränkung der Grundrechtsberechtigten, etwa der Mobilfunkbetreiber, auf ein knappes Gut, auf „verfügbare und nutzbare Frequenzen“ (§ 10 und § 8 Abs. 3 Nr. 1 TKG), wirft die Frage nach dem Status dieser Grundrechtsvoraussetzung auf. Sie ist zugleich Vorfrage, sofern die staatliche Frequenzverwaltung, die das TKG der Bundesregierung und der Regulierungsbehörde anvertraut (§§ 44 ff. TKG), als Anknüpfungspunkt für eine besondere Abgabenbelastung in Betracht kommt. Aus der Privatisierungsentscheidung des Art. 87f GG folgt kein Gebot, die Frequenz zusammen mit der Lizenz als Privateigentum zuzuweisen, und kein Verbot, dem knappen Gut den Status einer öffentlichen Sache zuzuweisen. Die Frequenz als öffentliche Sache – das entspricht durchaus der Gewährleistungsfunktion des Bundes, die ihm Art. 87f Abs. 1 GG aufgibt. Das zwingt jedoch nicht zu dem Schluß, daß die Frequenz im Eigentum des Staates steht. Sie steht wohl in niemandes Eigentum. Die Privatisierungsentscheidung der Verfassung drängt aber dahin, die Frequenzzuordnung funktional auf die grundrechtsgeprägte Lizenzvergabe auszurichten. Es handelt sich im Lichte der Verfassung um privat-akzessorische Ressourcenverwendung, um *Widmung für den Individualgebrauch*. Die Frequenz ist und bleibt auch nach der befristeten Zuordnung an den Lizenzinhaber öffentlich bewirtschafteter Gegenstand; läuft die Lizenz aus, fällt die Frequenz eo ipso in die staatliche Regulierung zurück. Doch die Bewirtschaftungsaufgabe des Bundes bleibt durchweg der privaten Nutzung verpflichtet und nicht etwa einem Ressourcenschonungsinteresse, das die Ressourcennutzung zu minimalisieren trachtet. Die Frequenzzuordnung realisiert nicht einen Staatsvorbehalt, sondern einen Verteilungsvorbehalt. Formelhaft: Die Frequenz wird nicht *zurückgehalten*, wie das Grundwasser, sondern wie der Studienplatz *vorgehalten*, im Rahmen des Möglichen.

⁵ RiL 97/13/EG v. 10. 4. 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABIEG Nr. L 117/15; dort Art. 10 Abs. 1: „Die Mitgliedstaaten dürfen die Anzahl der Einzelgenehmigungen für jede Art von Telekommunikationsdiensten ... nur in dem Maße beschränken, wie dies zur Gewährleistung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen erforderlich ist ...“.

⁶ *Badura*, Verteilungsordnung und Zuteilungsverfahren bei der Bewirtschaftung knapper Güter durch die öffentliche Verwaltung, in: *Wendt u. a.* (Hrsg.), FS Friauf (1996), S. 529 (543). Vgl. *BVerfGE* 33, 303 (338) – numerus clausus I = JZ 1972, 686 (691) m. Anm. *Kimminich*; E 43, 291 (316 f.) – numerus clausus II; E 57, 295 (327) – 3. Rundfunkentscheidung = JZ 1981, 581 (584), dazu *Scholz*, S. 561; E 83, 238 (319) – 6. Rundfunkentscheidung = JZ 1991, 346 (352) m. Anm. *Albrecht Hesse*.

2. Die Verteilungsaufgabe des Staates

a) Die Knappheitssituation

§ 11 TKG, der Verteilungsgerechtigkeit herstellen will, setzt die Knappheitssituation und die darauf gestützte Lizenzbeschränkung voraus. Mit der Beschränkung der Lizenzen auf einem Markt der Telekommunikation (§ 10 TKG) trifft die Regulierungsbehörde eine gewichtige, grundrechtsrelevante Vorentscheidung. In dieser Lage verwandelt sich, wie gesehen, der Lizenzanspruch des Unternehmers in einen Teilhabeanspruch im Verteilungsverfahren, und dem Staat wächst die Verteilungsaufgabe zu, von der im Folgenden die Rede sein soll. Zur Knappheitssituation, der Voraussetzung aller Verteilungsprobleme, nur zwei kurze Bemerkungen:

(1) Die Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Lizenzbeschränkung ist keine Ermessensentscheidung. Das „kann“ im Wortlaut des § 10 ist ein Kompetenz-Kann, nicht Ermessens-Kann⁷. Den Ausschlag gibt der Frequenznutzungsplan der Regulierungsbehörde (§ 46 TKG), der seinerseits auf dem Frequenzbereichszuweisungsplan der Bundesregierung (§ 45 TKG) basiert. Um bedarfsbezogene Kontingentierung geht es bei alledem nicht, sondern um effiziente und störungsfreie Nutzung; es geht um rationale Planung, die das „Chaos im Funkverkehr“⁸ vermeidet. *Nutzbare Frequenzen stehen zur Verfügung*.

(2) Ob sie „in ausreichendem Umfang“ „vorhanden sind“, wie § 10 TKG formuliert, bedarf sorgfältiger Sachverhaltsermittlung. Vielleicht hat der Schwerpunkt in der Sachverhaltsermittlung den Gesetzgeber bewogen, die Lizenzbeschränkungsentscheidung – anders als die Entscheidung über den Verteilungsmodus nach § 11 TKG – nicht der sog. Präsidentenkammer vorzubehalten, also dem Präsidenten und den beiden Vizepräsidenten in einer Beschluskammer⁹. Wenn sich die Regulierungsbehörde gleichwohl so formiert und über die Beschränkung der Anzahl der Lizenzen die Präsidentenkammer entscheiden läßt, wie es im Falle der UMTS-Lizenzen geschah¹⁰, dann ist das eine interne Gestaltung der Mitvertretung mit Rückhalt im Selbstorganisationsrecht der Behörde und in der Geschäftsleitungsgewalt des Präsidenten. Das Gesetz verwehrt dem Präsidenten nur, den Vorbehalt der Hierarchie aufzugeben, soweit das Gesetz von einer Beschluskammerzuständigkeit absieht (§ 66 Abs. 2 TKG). Daß der Präsident in der Behördenpraxis sich selbst einschaltet und eine kollegial abgestützte Entscheidung sucht, darf man als Hinweis auf die Bedeutung der Sache verstehen. Die Knappheitssituation darf nicht leichtfertig verneint werden. Die Regulierungsbehörde muß einen *zu erwartenden Bedarf* feststellen und den Frequenzbedarf abfragen¹¹. Sie darf nicht vorschnell nach dem Prioritätsprinzip verfahren, indem sie den zuerst gestellten Lizenzanträgen entspricht und damit auf kurzem Wege jene Unverfügbarkeit herbeiführt, die notwendig die Ablehnung aller weiteren Lizenzanträge nach sich zieht (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Wenn am Ende dieser anspruchsvollen Bedarfsermittlung der Nachweis steht, daß die Zahl der Lizenzbewerber das Frequenzangebot übersteigt, stellt sich der Regulierungsbehörde die noch anspruchsvollere Aufgabe, der technisch und tatsächlich bedingten Frequenzknappheit und zugleich der Berufs-

freiheit der Telekommunikationsunternehmer Rechnung zu tragen.

b) Verteilungsmodi und Regulierungsziele

§ 11 TKG bietet zwei Verteilungsmodi an, das Versteigerungs- oder das Ausschreibungsverfahren. Die Wahlentscheidung obliegt der Regulierungsbehörde. Das Gesetz weist die ausschließliche Zuständigkeit der Präsidentenkammer zu (§ 73 Abs. 3 TKG). Mit dieser Zuweisung gewährleistet das Gesetz eine kollegiale und weisungsfreie¹², allein den Regulierungszielen verpflichtete Willensbildung. In ihrer besonderen gesetzlichen Konstruktion hebt sich die Präsidentenkammer nicht nur von den üblichen monokratischen Organisationsformen, sondern auch von den anderen Beschluskammern in der Regulierungsbehörde ab. Die Entscheidung für das Versteigerungs- oder das Ausschreibungsverfahren wird damit von vornherein ministerialfrei gestellt, dem politischen Raum entzogen. Bedenkt man den Rechtfertigungsdruck, den Demokratie und Rechtsstaat dieser besonderen Zuständigkeitszuweisung entgegensetzen, verbietet sich die unpräzise Redeweise, „der Staat“ versteigere Lizenzen. Es sind, genau genommen, drei gesetzlich bestimmte und abgeschirmte Vertreter des Staates, die die Versteigerung anordnen und ausgestalten. Das darf bei der Beurteilung dieser Verteilungsvariante nicht außer Betracht bleiben.

Das Gesetz gibt zwar eine Präferenz für das Versteigerungs- vor dem Ausschreibungsverfahren zu erkennen. Das legt seine Formulierung in § 11 Abs. 2 S. 1 TKG nahe, der die Auktion unter einen Es-sei-denn-Vorbehalt stellt und die Wahlentscheidung an den Regulierungszielen ausrichtet. Aber gerade dieser Vorbehalt zwingt die Regulierungsbehörde zu einer komplexen Prüfung, an die sich bislang keineswegs selten der nachgeordnete Verfahrensmodus, das Ausschreibungsverfahren, angeschlossen.

Zur Geltung drängen bei der Wahl zwischen den Verfahrensmodi gleichzeitig: die Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), das Wettbewerbsprinzip (Nr. 2), das verfassungsfeste Postulat der Grundversorgung (Nr. 3) und die Nutzungseffizienz (Nr. 5); ohne Marktanalyse, die eine prognostische Beurteilung künftiger Angebots- und Nachfragestrukturen einschließt, kann die Regulierungsbehörde nicht feststellen, ob eine Verteilung im Wege der Versteigerung den Regulierungszielen gerecht wird. Die Verwaltungsgerichte kommen nicht umhin, insoweit eine Beurteilungsermächtigung der Präsidentenkammer anzuerkennen.

Über einen Beurteilungsfreiraum verfügt die Behörde bei der Wahlentscheidung über das leistungsfähige Verfahren *in concreto*. Die *prinzipielle* Tauglichkeit der Versteigerung setzt das Telekommunikationsgesetz voraus. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gesetz muß dem entsprechen und den Beweis führen, daß die Auktion *schlechthin ungeeignet ist*, die Regulierungsziele sicherzustellen. Einzelne Szenarien der Ungeeignetheit zu entwerfen, genügt nicht; darüber befindet in jedem Einzelfall die Präsidentenkammer¹³. Hier zeigt sich, daß eine zuständigkeits- und funktionsorientierte Betrachtung zu der richtigen Fragestellung führt: Hat der Gesetzgeber seine Verfassungspflicht aus Art. 87f GG oder das Gebot der Verteilungsgerechtigkeit allein dadurch verletzt, daß er die Versteigerungsoption zur

⁷ Vgl. *Spoerr*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, TKG, 2001, § 10 Rdnr. 13 mit Fn. 19.

⁸ BVerfGE 12, 205, 230 – 1. Rundfunkentscheidung = JZ 1961, 217, 219.

⁹ § 73 Abs. 3 TKG. Ausführlich zur kollegialen Vertretung der Regulierungsbehörde *Hufeld*, Die Vertretung der Behörde (i.E.), § 5 I 2.

¹⁰ Kritisch *Spoerr* (Fn. 7), § 10 Rdnr. 8 mit Fn. 9.

¹¹ Vgl. *Oertel*, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, S. 424 mit Fn. 1298.

¹² *Oertel* (Fn. 11), S. 432 ff.

¹³ Vgl. aber *Breuer* (Fn. 3), S. 35–39 (bes. der Abs. auf S. 38, der die „Erwartung, daß das effizienteste Unternehmen die größte Zahlungsbereitschaft und den bestmöglichen Mitteleinsatz gewährleiste“ als Maßstab heranzieht): Schluß von der UMTS-Versteigerung auf die Verfassungswidrigkeit des Versteigerungsverfahrens?

Verfügung stellt? Anders formuliert: Scheidet die Versteigerung als Instrument der Verteilungsgerechtigkeit auf den Märkten der Telekommunikation unter allen Umständen aus? Meine Antwort lautet: nein¹⁴. Den Gegenbeweis im Prinzipiellen hat die vielfach geäußerte Kritik¹⁵ nicht erbracht.

c) Die Auktion zwischen Staat und Markt

Die Versteigerung ermöglicht ein wettbewerbliches, preisgeleitetes Auswahlverfahren¹⁶. In der Versteigerung läuft alles auf das Höchstgebot zu – ein Auswahlkriterium mit Unterscheidungskraft! Wenn ihm zugleich Aussagekraft zukommt im Hinblick auf die Regulierungsziele, dann ist die Zahlungspflicht des erfolgreichen Bieters unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit dem Grunde und der Höhe nach gerechtfertigt. Die Versteigerung als Auswahlmodus von Staats wegen bedarf dieser doppelten Rechtfertigung. Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft an sich und die Zahlung in der bestimmten Höhe – beides muß mit dem Zweck der Auswahl in einem Rechtfertigungszusammenhang stehen, wenn der Staat die Auktion aus einem Verfahren der *iustitia commutativa* in einen Modus der *iustitia distributiva* verwandeln will. Denn das Höchstgebot darf weder Selbstzweck noch fiskalischer Zweck sein. Sein Zweck ist der in der Knappheitssituation unvermeidliche Verdrängungswettbewerb nach Maßgabe der Regulierungsziele: § 11 Abs. 4 S. 1 TKG rückt die Effizienzprüfung in den Vordergrund. Das Gesetz vermutet, daß die wohlkalkulierte Gewinnerwartung Ausdruck findet im Höchstgebot¹⁷ – und unterstellt, daß erfolgreiche Bieter effiziente Anbieter sein werden, den Wettbewerb sichern (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) und unter dem Druck des Wettbewerbs ihre Effizienz in günstige Preise (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) ummünzen werden¹⁸. Und umgekehrt: Der Ausschluß der erfolglosen Bieter gilt als gerecht, weil das Gesetz annimmt, daß die erfolgreichen Bieter die Regulierungsziele zuverlässiger verwirklichen werden. Der Staat organisiert einen Verdrängungswettbewerb und instrumentalisiert ihn für seine Zwecke. Er ist nicht Anbieter und Wirtschaftssubjekt¹⁹, sondern Verteiler und Regulierer.

Der Regulierungsbehörde wird dabei Wettbewerbsneutralität aberlangt, aber keineswegs Abstinenz auferlegt. § 11 Abs. 4 TKG fordert „Regeln für die Durchführung“²⁰. Wiederum gilt es anzuerkennen, daß der Gesetzgeber kompe-

¹⁴ Ebenso *Badura* (Fn. 6), S. 540 und 546; aus ökonomischer Sicht: *Freytag/Jäger* ORDO (47, 1996), S. 215 (221 f.).

¹⁵ *Florian Becker* Die Verwaltung 2002, 1 (7 ff.); *Breuer* (Fn. 3), S. 47 mit Fn. 89; *Grzeszick* DVBl. 1997, 878 (883 f.).

¹⁶ *Oertel* (Fn. 11), S. 424.

¹⁷ 13. Hauptgutachten der Monopolkommission 1998/1999, BT-Drucks. 14/4002 (16. 8. 2000), S. 57; *Storr* K&R 2002, 67 (70).

¹⁸ Dazu die Entwurfsbegründung der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BT-Drucks. 13/3609, S. 39 (Zu § 11 Abs. 4): „Das erfolgreiche Gebot belegt typischerweise die Bereitschaft und die Fähigkeit, die zuzuteilende Frequenz im marktwirtschaftlichen Wettbewerb der Dienstleistungsangebote möglichst optimal einzusetzen und sich um eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Frequenz zu bemühen. Gleichzeitig dient das frequenzökonomische Auswahlkriterium dem regulierungspolitischen Ziel, den Wettbewerb zu fördern.“

¹⁹ So aber *Altmeppen/Bunte*, in: *Piepenbrock/Schuster* (Hrsg.), UMTS-Lizenzvergabe, 2001, S. 443 (457 ff.), die die Versteigerung als „Handlungstyp privatautonomer Gestaltung von Rechtsverhältnissen“ charakterisieren und von dort – kurz – auf die Anwendbarkeit des GWB schließen (S. 487 ff.). Die Regulierungsbehörde vereinnahmt indessen die private Handlungsform für hoheitliche Tätigkeit: instrumental (arg. § 11 Abs. 3 und 4 TKG) und final (arg. § 11 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 TKG); die Auktion wird öffentlich-rechtlich überformt.

²⁰ Vgl. die Allgemeinverfügung der Präsidentenkammer vom 18. 02. 2000 über die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens „im Einzelnen“ zur Vergabe von Lizenzen für UMTS/IMT-2000, ABl. RegTP S. 564 ff.

tenzrechtlich eine sachgerechte Arbeitsteilung sucht, selbst nur die Richtung bestimmt und im übrigen die Regulierungsbehörde in die Pflicht nimmt. Sie hat es in der Hand, über die Intensität des künftigen Wettbewerbs mitzubestimmen, indem sie die Frequenzausstattung der Lizenz limitiert und keinem Unternehmen mehr als eine Lizenz zuteilt²¹. Die Wettbewerbsintensität beeinflusst auch die spätere Preisbildung. Ob die erfolgreichen Bieter ihre Lizenzkosten auf die Nutzer überwälzen, wie es allenthalben befürchtet wird²², oder aber der Rentabilitätsdruck den Endkunden zugute kommt, hängt wesentlich von der Wettbewerbssituation ab²³.

Die Regulierungsbehörde setzt einen Rahmen, indem sie ein sog. Auktionsdesign entwirft²⁴, die Auktionsregeln fixiert und das Versteigerungsobjekt exakt individualisiert²⁵. Innerhalb der objektiven, nachvollziehbaren und diskriminierungsfreien Regeln, die sie festzusetzen hat (§ 11 Abs. 4 S. 3 Halbs. 2 TKG), findet ein Wettbewerb zwischen privaten Bietern statt. Diese Konfiguration entspricht geradezu idealtypisch der Verfassungsentscheidung für regulierte Privatisierung. Preisbildung im Auktionswettbewerb bedeutet Privatisierung der Verteilungsfrage. Mit einem Schlag – mit dem Schlag des Auktionshammers – befreit sich die Regulierungsbehörde von der Schwierigkeit, das Leistungs- und Innovationspotential der Unternehmen zu bewerten, Eigentümerverhältnisse zu vergleichen und unternehmerische Perspektiven und Prognosen abzuschätzen, von allen Problemen also, die sich stellen, wenn der Marktzugang über ein Ausschreibungsverfahren reguliert und mindestens ein Bewerber im Zuge behördlicher Abwägung aussortiert werden muß.

3. Die UMTS-Versteigerung – Kalkulation, Spekulation, Eskalation?

In der Literatur zur UMTS-Versteigerung dominiert eine überaus kritische Haltung. Die Gegenstimmen mit apologetischer Tendenz wirken dagegen eher defensiv, ja beinahe peinlich berührt. Die Größenordnung, um die es ging, knapp 100 Mrd. DM, wächst offenbar über das spröde juristische Argument hinaus. So war von Eskalation die Rede, und davon, daß die UMTS-Versteigerung dem ökonomischen Ideal der optimalen Allokation geradezu Hohn spreche²⁶. Diese Auktion habe die unrealistische Erwartung falsifiziert, in der atypischen Marktsituation der Telekommunikation lasse sich ein „modellgerechtes“ Ergebnis erzielen. Ohne die Einzelheiten der UMTS-Konstellation hier nachzeichnen zu können²⁷, sind doch folgende Punkte festzuhalten:

²¹ Vgl. die Allgemeinverfügung der Präsidentenkammer vom 18. 2. 2000 (Fn. 20), sub B 1 (Frequenzausstattung) und B 3.1 S. 2: „Jeder Bieter kann nur eine Lizenz ersteigern.“

²² Vgl. *Koenig*, in: *Piepenbrock/Schuster* (Fn. 19), S. 318 (370 ff.).

²³ Die Monopolkommission (Fn. 17, S. 58) betont, „der Auktionspreis stellt sunk costs dar. Er ist im klassischen Sinne eine Marktzutrittsgebühr und hat für das Verhalten auf dem Mobilfunkmarkt keine unmittelbare Bedeutung.“

²⁴ Die Regulierungsbehörde bevorzugt das *simultane mehrstufige Verfahren*: Die Teilnehmer können für alle Lizenzen, die zur Versteigerung anstehen, gleichzeitig Gebote abgeben. Die Behörde verspricht sich davon eine transparente und realistische Preisbildung; vgl. die Allgemeinverfügung der Präsidentenkammer vom 18. 2. 2000 (Fn. 20).

²⁵ S. zum „Versteigerungsobjekt“ die Allgemeinverfügung der Präsidentenkammer vom 18. 2. 2000 (Fn. 20), sub B 1.

²⁶ *Breuer* (Fn. 3), S. 38.

²⁷ Zum Ablauf der UMTS-Auktion: *Degenhart*, in: *Piepenbrock/Schuster* (Fn. 19), UMTS-Lizenzvergabe, 2001, S. 259 (263 ff.); *Koenig/Neumann* ZRP 2001, 252 (253).

(1) Zunächst erhebt sich die Gegenfrage: Was genau hat die UMTS-Versteigerung falsifiziert – auf den UMTS-Markt bezogene Entscheidungen der Regulierungsbehörde, also die Geeignetheit der Versteigerung in concreto, die Tauglichkeit des Versteigerungsverfahrens auf den Märkten der Telekommunikation oder die Brauchbarkeit einer Auktion überhaupt?

(2) Sollte die Regulierungsbehörde die Knappheitssituation falsch eingeschätzt, mit der Versteigerung einen ungeeigneten Marktzutrittsmechanismus vorgeschaltet oder aber unangemessene Durchführungsregeln gesetzt haben, so wäre das ein Fall für das Verwaltungsgericht. Die Konzeption des Gesetzgebers bliebe davon unberührt.

(3) Ob die Bereitschaft der sechs erfolgreichen Bieter, jeweils rund 16 Mrd. DM für eine Lizenz aufzubringen, als Ausdruck unternehmerischer Kalkulation gelten kann – oder aber als Zeugnis einer bedenklichen, im Wettstreit eskalierten Unternehmenspolitik, weiß niemand. Doch die Kritiker haben übersehen, daß die Regulierungsbehörde die Lizenzen auf 20 Jahre befristet hat²⁸, über 20 Jahre also das Oligopol der erfolgreichen Bieter vor weiterer Konkurrenz schützt²⁹. Unter diesen Umständen mag von Spekulation eher die Rede sein als von Eskalation. In wenigen Jahren könnte sich die Zahlung als Ausfluß einer kalkulierten Berechnung mit spekulativem Einschlag erweisen.

(4) Wenn die Auktion, ein Wettbewerb, dessen Transparenz höchsten ökonomischen Anforderungen genügt³⁰, eskaliert, dann liegt das in der Verantwortung der Wettbewerber. Nicht die Regulierungsbehörde hat die UMTS-Versteigerung befeuert. Die Bieter haben geboten. Wer hier mehr Staat und weniger Markt fordert, berührt das Wettbewerbsprinzip im Kern und nähert sich einer Ordnungspolitik, die eine Schutzpflicht des Staates auch in Einzelfällen wahrzunehmen, ja sogar einzelne Managementfehler zu korrigieren hätte.

(5) Wenn aber eine Knappheitssituation bestand mit der Folge, daß ein Verdrängungswettbewerb stattfinden mußte – das freilich ist die Voraussetzung, von der alles weitere abhängt –, dann stellte sich nur noch die Frage, wie er zu gestalten sei. Die schärfsten Kritiker der UMTS-Versteigerung haben sich der Gegenprobe nicht gestellt: Hätte das Ausschreibungsverfahren zu einem gerechteren Verdrängungsergebnis geführt?

4. Zwischenbilanz: Regulierungszwecke und Nebeneffekte der Versteigerung

Damit komme ich zu einer Zwischenbilanz. § 11 TKG zielt auf Verteilungsgerechtigkeit unter den besonderen Umständen der Frequenzknappheit und im Zeichen der zielgerichteten (§ 2 Abs. 2 TKG) Regulierung. Die Auktion dient diesem Doppelzweck. Den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, weist das TKG in seinem § 1 im Einklang mit dem Grundgesetz (Art. 87f) als obersten Zweck des Gesetzes aus.

Daß der Versteigerung der Vorrang vor dem Ausschreibungsverfahren zukommt, rechtfertigt sich daraus, daß die

²⁸ Vgl. Koriath, Verfassungsrechtliche und verfassungsprozessuale Aspekte einer Beteiligung der Länder an den Erlösen aus der Versteigerung der UMTS/IMT-2000-Lizenzen, Gutachten (unveröff.), Januar 2001, sub I; Storr (Fn. 17), S. 72 (Nachw.).

²⁹ Zur ratio der Befristung bei Knappheit der Frequenzen Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 8 Rdnr. 34.

³⁰ 13. Hauptgutachten der Monopolkommission 1998/1999, BT-Drucks. 14/4002 (16. 8. 2000), S. 57.

Zahlung der erfolgreichen Bieter das Alles-oder-Nichts-Prinzip mildert: Ein kleiner Vorsprung in puncto Zahlungs- oder Risikobereitschaft, in puncto Innovationsfähigkeit, oder ein geringfügiger Informationsvorsprung trägt dem im Verdrängungswettbewerb um den Marktzugang überlegenen Konkurrenten alle Marktchancen ein; dem Unterlegenen bleibt nichts. Später erzielte Gewinne wachsen dann im relativen Konkurrentenvergleich leicht über das gerechte Maß hinaus, nämlich über das Ausmaß jener Distanz, die den Marktzutritt des einen und den Marktausschluß des anderen Konkurrenten gerechtfertigt erscheinen ließ. Das gilt für das Versteigerungsverfahren ebenso wie für das Ausschreibungsverfahren. Die Auktion jedoch, in der sich die Teilnehmer am Nutzwert der Lizenz orientieren, schmilzt einen dem Grunde nach verdienten, aber der Höhe nach unverdienten Gewinn ab. Insoweit vermeidet die Versteigerung sog. windfall profits³¹.

Das ist ein willkommener Nebeneffekt, der den Zahlungen der erfolgreichen Bieter als Zahlungen aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit zusätzlich Legitimation vermittelt. Der andere Nebeneffekt, der Versteigerungserlös, dürfte dem Bund nicht weniger willkommen sein. Nur: Wie fügt sich diese Einnahme in das auf Belastungsgerechtigkeit gestellte und bundesstaatlich balancierte System der Abgaben- und Finanzverfassung?

III. Finanzverfassungsrecht und Belastungsgerechtigkeit

1. Das Steuerstaatsprinzip

Der Steuerstaat deckt seinen Finanzbedarf im wesentlichen durch Steuern. Dieser Satz trägt ein deskriptives und ein normatives Verständnis der Finanzstaatlichkeit. Er kennzeichnet die Steuer als Haupteinnahmequelle des modernen Staates, der notwendig Finanzstaat ist³². Daraus ergibt sich aber noch kein normatives Gebot, der Staat habe Steuerstaat zu sein. Die Dominanz der Steuer geht in Deutschland auf eine konkrete Verfassungsentscheidung zurück, auf das Verfassungsrecht der Art. 104a bis 108 GG. Dem „liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Finanzierung der staatlichen Aufgaben in Bund und Ländern einschließlich der Gemeinden grundsätzlich aus dem Ertrag der in Art. 105 ff. GG geregelten Einnahmequellen erfolgt (Prinzip des Steuerstaates ...)“³³. Der Einwand, daß die Regelungen im X. Abschnitt des Grundgesetzes lediglich das bundesstaatliche Steuerverteilungsproblem aufnahmen, greift zu kurz. Denn es geht nicht nur um Verteilung an sich, sondern um die Statik im Verhältnis zwischen 17 Finanzstaaten und darum, daß für den voraussetzungslosen Zugriff zur Finanzierung der allgemeinen Staatsaufgaben nur ein Zugriffsinstrument zur Verfügung steht³⁴. Diese Statik gründet auf der Verfügungsmacht über Geldmittel aus Steuern. Sicherer Halt findet sie nur, solange der Steuerzugriff als voraussetzungsloser Zugriff konkurrenzlos bleibt; sobald sich das ändert, gerät das System der bundesstaatlichen Finanzordnung ins Wanken.

³¹ Vgl. zum Begriff Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 16. Aufl. 1998, § 9 Rdnr. 215 f.

³² Vogel/Waldhoff, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Fn. 4), Vorbem. z. Art. 104a-115 (Stand: November 1997), Rdnr. 327 i.V.m. Rdnr. 267 ff.

³³ BVerfGE 78, 249 (266 f.) – Fehlbelegungsabgabe = JZ 1989, 387 (388) m. Anm. Karpen.

³⁴ Ferdinand Kirchhof Die Verwaltung 1988, 137 (147 f.).

Darum setzt das Steuerstaatsprinzip jede nicht-steuerliche Abgabe unter Rechtfertigungsdruck³⁵.

Die Erlöse aus der Lizenzversteigerung nach § 11 TKG sind Abgaben, aber keine Steuern³⁶. Über die Steuer partizipiert der Staat an *realisiertem* Vermögenszuwachs; er besteuert nicht Erwerbsfähigkeit, sondern das Erworben³⁷, nicht die privatwirtschaftliche Erfolgchance, sondern den privatwirtschaftlichen Erfolg. Der Bieter, der sich in der Lizenzversteigerung durchsetzt, also den Marktzutritt ersteigert, zahlt indessen für eine Erfolgchance. Andererseits führt der Auktionswettbewerb nicht in einen privatrechtlichen Finanzierungszusammenhang. Die Zahlungspflicht erreicht den erfolgreichen Bieter ebenso wie die Lizenz einseitig-hoheitlich durch Verwaltungsakt³⁸. Die öffentlich-rechtliche Handlungsform zieht die letzte Konsequenz aus dem Anspruch des TKG, die Auktion öffentlich-rechtlich zu lenken³⁹. Deshalb steht eine öffentlich-rechtliche Abgabe zur Diskussion. Als *nicht-steuerliche Abgabe* hält sie dem finanzverfassungsrechtlichen Rechtfertigungsdruck stand, wenn sie sich den geläufigen, neben der Steuer etablierten Abgabentypen zuschlagen läßt. Die Begriffe ‚Beitrag‘, ‚Gebühr‘ und ‚Sonderabgabe‘ speichern Rechtfertigungsmuster, die den nicht-steuerlichen Zugriff auf das Vermögen des Abgabenschuldners legitimieren.

2. Der Versteigerungserlös – eine Verleihungsgebühr?

So haben Baden-Württemberg, Bayern und Hessen den UMTS-Versteigerungserlös, im Verfassungstreit um ihren Anteil⁴⁰, den Verleihungsgebühren zugeordnet⁴¹. Der Begriff bezeichnet und begründet den – nicht unumstrittenen⁴² – dritten Gebärentypus neben der Verwaltungs- und der Benutzungsgebühr⁴³. Der Schuldner bezahlt für eine Rechtsverleihung, für eine Rechtsübertragung⁴⁴. Nur auf den ersten Blick nimmt sich dieses Schuldverhältnis wie ein Fossil aus den Zeiten der Monopole und Regalien aus.

Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip streitet allerdings gegen Staatsvorbehalte und für den Freiheitsvorbehalt: Die Eigentümerfreiheit des Bauherrn verhindert, daß die Behörde das Baugenehmigungsverfahren in ein Verleihungsverfahren umfunktioniert; das Baurecht wird nicht verliehen; hier sucht man vergeblich nach einem Vorgang der Rechtsübertragung aus der staatlichen Sphäre in die Sphäre des Privaten. Darum darf die Behörde dem Bauherrn zwar eine Verwaltungsgebühr für Amtshandlungen auferlegen, nicht aber eine Verleihungsgebühr für die Verschaffung des Baurechts. – Anders aber, wenn der Gesetzgeber einen Staatsvorbehalt

begründet hat, dessen Lockerung zu einer Rechtsverleihung führt. Das ist anerkannt etwa für den Spielbankbetrieb. Er ist „an sich unerwünschte Tätigkeit“⁴⁵. Soweit er doch stattfindet, dispensiert der Staat von einem repressiven Verbot. In diesem Bereich greift nicht das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern das repressive Verbot mit Dispensierungsvorbehalt⁴⁶. Der Spielbank-Beschluß des *BVerfG* vom Juli 2000⁴⁷ steht ganz im Zeichen dieser kategorialen Unterscheidung. Mit Rücksicht auf das Gewinnprivileg der privaten Spielbankbetreiber und das korrespondierende Abschöpfungsrecht des Staates gab das *BVerfG* dem baden-württembergischen Landesgesetzgeber zu bedenken, die Spielbank-Konzessionen unter den privaten Bewerbern zu versteigern⁴⁸. Sollte ein Bundesland diesem richterlichen Gesetzgebungsvorschlag folgen, dann vereinnahmt das Land Verleihungsgebühren.

Der UMTS-Versteigerungserlös jedoch fügt sich nicht dem Format der Verleihungsgebühr. Die Regulierungsbehörde konzessioniert nicht⁴⁹, sie *lizenziiert*. Die Frequenz wird, um es zu wiederholen, nicht zurückgehalten, sondern vorgehalten für die privatwirtschaftliche Nutzung. Eine gesetzliche Gestaltung, die die Frequenzbewirtschaftung repressiv einem Staatsvorbehalt unterwirft, wäre unvereinbar mit Art. 87f GG. Eine gebührenpflichtige Verleihung kommt daher nicht in Frage. Die Verleihungsgebühr gehört zu den speziellen Finanzierungsabgaben⁵⁰. Sie ist individueller Finanzausgleich im Verhältnis Bürger – Staat. Dem Schuldner fließt mit der Lockerung des Staatsvorbehalts ein geldwerter individueller Vorteil zu. Dafür zahlt er einen Verwaltungspreis⁵¹. Der im Verfahren des § 11 Abs. 4 TKG erfolgreiche Bieter zahlt dagegen einen Knappheitspreis. Nicht der staatliche Aufwand, sondern die regulierungsbedürftige Knappheitssituation, die Verteilungsrationalität im Verdrängungswettbewerb und die Regulierungsziele bilden den Belastungsgrund. Mit den speziellen Finanzierungsabgaben hat der auf § 11 TKG gestützte Zahlungsbescheid nichts zu tun. Er fordert eine *spezielle Regulierungsabgabe*.

3. Nicht-steuerliche Abgaben

Damit erhebt sich die Frage, ob diese Abgabe, ohne Rückhalt im Spektrum der Gebühren, einen anderen Platz findet im Finanzverfassungsrecht. Oder sollte sich ergeben, daß der Bund mit der Versteigerung zwar ein rechtlich akzeptables, jedenfalls für den Bereich der Telekommunikation gerechtes Lizenzverteilungsverfahren gefunden hat, aber den Versteigerungserlös nicht verbuchen kann?

a) Irrelevanz der begrifflichen Zuordnung und Rechtfertigungsbedarf

Zunächst: Der Staat gerät nicht schon dadurch in Verbuchungsnot, daß er eine Abgabe außerhalb der gängigen Kategorien einführt. Einen *numerus clausus* der Abgabearten kennt das Verfassungsrecht nicht⁵². Damit bleibt Raum für

35 „... und nur ausnahmsweise, d.h. unter besonderen Voraussetzungen, Einnahmen außerhalb des von der Finanzverfassung erfaßten Bereichs erschlossen werden dürfen“, *BVerfGE* 78, 249 (267).

36 Ebenso – ohne nähere Prüfung – *BVerfG* (JZ 2002, 888), sub B I 1 (vor a) zu den UMTS-Erlösen: „Die Beteiligten streiten um die Aufteilung, nicht hingegen um die grundsätzliche Berechtigung, diese Erlöse überhaupt zu erzielen. Ihre genaue rechtliche Einordnung als nichtsteuerliche Einnahme ist deshalb für die Entscheidung des Verfassungsrechtsstreits unerheblich.“

37 Paul Kirchhof, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 88 Rdnr. 48.

38 Das betont Koriath (Fn. 28), sub IV 1.

39 S.o. Fn. 19.

40 S.o. Fn. 2.

41 Vgl. *BVerfG* sub A II 1 a zum Vortrag der Antragstellerinnen (in JZ 2002, 888 nicht abgedruckt); Koriath (Fn. 28); sub IV 2 c dd, ee; Schumacher NJW 2000, 3096 (3098 ff.); vgl. auch Degenhart (Fn. 27), S. 307 ff.

42 Vgl. nur Paul Kirchhof (Fn. 26), Rdnr. 187.

43 Jüngst Schimpf, Die Verleihungsgebühr, 1999, dort alle weit. Nachw.

44 Ferdinand Kirchhof DVBl. 1987, 554 (555).

45 *BVerfGE* 28, 119 (148) – Spielbank I = JZ 1970, 411 (414); *BVerfGE* 102, 197 (215) – Spielbank II.

46 Ausdrücklich mit Blick auf den Spielbankbetrieb: *BVerfGE* 28, 119 (148) = JZ 1970, 411 (414).

47 *BVerfGE* 102, 197 – Spielbank II.

48 *BVerfGE* 102, 197 (218).

49 Präzise Abgrenzung bei Spoerr/Deutsch DVBl. 1997, 300 (309).

50 Klaus Vogel, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 87 Rdnr. 46 und 48.

51 Ausdruck „Verwaltungspreis“ bei Leisner, in: Conrad (Hrsg.), GS Peters (1967), S. 730 (734, 744, 747).

52 *BVerfGE* 82, 159 (LS Nr. 2) – Absatzfonds: „... auch andere Abgaben verfassungsrechtlich möglich.“ (S. 181); *BVerfGE* 93, 319 (342 ff.) – Was-

ein Abgabenerfindungsrecht des Gesetzgebers – neben den kanonisierten Abgaben und in den Grenzen, die das Steuerstaatsprinzip zieht. Jeder sog. „sonstigen Abgabe“ fehlt allerdings die rechtfertigende Kraft der dogmatisch und begrifflich anerkannten Abgabentypen. Auch das Gemeinschaftsrecht füllt diese Leerstelle nicht aus. Die EG-Genehmigungsrichtlinie für Telekommunikationsdienste⁵³ stellt nur klar (Art. 11 Abs. 2), daß Abgabenerhebung in der Knappheitssituation möglich ist, wenn sie die optimale Nutzung der Ressource sicherstellt; die Richtlinie sanktioniert dies im gemeinschaftsrechtlichen Liberalisierungskontext; sie will nicht freizeichnen von den finanzverfassungsrechtlichen Erfordernissen im Mitgliedstaat.

In seinem Beschluß zum „Wasserpennig“ hat das *BVerfG* ein allgemeines Rechtfertigungsprogramm der nicht-steuerlichen Abgaben zusammengestellt:

b) Standards der Rechtfertigungsprüfung

Zu den Standards der Prüfung gehört eine besondere *sachliche* Rechtfertigung „über die Einnahmeerzielung hinaus oder an deren Stelle“⁵⁴. Das ist wichtig: Der Gesetzgeber bewegt sich hier, im Bereich der nicht-steuerlichen Abgaben, außerhalb der Steuergesetzgebungshoheiten des Art. 105 und außerhalb der Ertragshoheiten des Art. 106 GG. Dieses Sonderrecht darf er nicht dadurch unterlaufen, daß er eine Sachgesetzgebungskompetenz sachfremd, nämlich zielgerichtet für Finanzierungszwecke in Anspruch nimmt. Neben der Finanzverfassung darf es weder Besteuerung noch sachgesetzlich bemäntelte Quasi-Besteuerung geben. Das Telekommunikationsgesetz geht auf Art. 87f Abs. 1 und auf die ausschließliche Bundeskompetenz aus Art. 73 Nr. 7 GG zurück⁵⁵. Diese Kompetenztitel tragen ein dem *Sachbereich*, also der *Telekommunikation* verpflichtetes Auktionsrecht. Die staatlichen Einnahmen, die es ermöglicht, sind, wie dargelegt, dem Grunde und der Höhe nach nur fiskalische Reflexe der wettbewerblichen und regulatorischen Verdrängungsrationalität. Der Belastungsgrund wurzelt im Recht der Telekommunikation. Dementsprechend fehlt ein einkommenorientierter gesetzlicher Tarif. Die Auktion verläuft marktorientiert.

Zu den Standards der Rechtfertigung gehört zweitens der Gesichtspunkt der Belastungsgleichheit. Wiederum hat der Gesetzgeber Sachgründe ins Feld zu führen, die eine Zusatzbelastung des ohnehin steuerlich belasteten Abgabenschuldners abstützen⁵⁶. Auch die vorbelasteten Lizenzinhaber werden ihre Gewinne versteuern müssen. Dann steht freilich fest, daß die Lizenzkosten nicht entreichert, sondern eine Bereicherung geschmälert haben. Alles dreht sich um diese Gewinnchance, die aus Gründen der Knappheit nicht jeder Interessent realisieren kann. Um sie gerecht zuzuweisen, findet ein Verteilungsverfahren mit Belastungswirkung statt. Die Versteigerung trägt der Belastungsgleichheit Rechnung, indem sie den Zuschlag von einem einzigen formalen Kriterium abhängig macht, vom Höchstgebot. Dann erst eröffnet sich eine Gewinnchance, die zur Steuerbelastung führt. Die aus dem Höchstgebot fließende Vorbelastung erweist sich als *Zugangslast*. Gleichheitswidrige *Zusatzbelastung* ist sie nicht.

serpfennig; Ferdinand Kirchhof (Fn. 34), S. 143; Paul Kirchhof (Fn. 37), Rdnr. 269 f.

53 S.o. Fn. 5.

54 *BVerfGE* 93, 319 (342 f.).

55 *Lerche* (Fn. 4), Rdnr. 13: Art. 87f als Spezialkompetenz; Art. 73 Nr. 7 GG für „allgemeinere Normen“.

56 *BVerfGE* 93, 319 (343).

c) Das UMTS-Urteil des *BVerfG*

Das *BVerfG* stellte in seinem Urteil vom 28. 3. 2002 mit Blick auf die UMTS-Versteigerungserlöse klar, ihre „genaue rechtliche Einordnung als nichtsteuerliche Einnahme“⁵⁷ sei für die Entscheidung der Bund-Länder-Streitigkeit um die Aufteilung der Erlöse unerheblich. Der Zweite Senat urteilte also nicht über Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Versteigerung. Wohl aber ordnete er die Erträge den nichtsteuerlichen Einnahmen zu. Bedenkt man diese Zuordnung und rückt man das knappe, scheinbar spröde UMTS-Urteil in die Rechtsprechungslinie des Gerichts, wird urplötzlich die offene Flanke der Finanzverfassung sichtbar: Einerseits bleibt im Zeichen parlamentarischer Gestaltungsfreiheit ein begrenztes Abgabenerfindungsrecht erhalten, das der Gesetzgeber gegen das Steuerstaatsprinzip durchzusetzen vermag; andererseits verweigert sich das *BVerfG* dem Ansinnen der Länder, zum Schutz des kunstvoll balancierten Finanzgleichgewichts im Bund-Länder-Verhältnis nichtsteuerliche Einnahmen außerordentlichen Umfangs *wie Steuern zu verteilen*. Der Senat versperrt den Zugang zu Art. 106 GG und statuiert ein Analogieverbot für die „auf Formenklarheit und auf Formenbindung“ angelegte Finanzverfassung⁵⁸. Die verzweifelten Bemühungen der Länder kommen nicht von ungefähr. Nicht-steuerliche Einnahmen des Bundes in der Größenordnung der UMTS-Erlöse – aus Sicht der Länder grast im Steuerstaat ein trojanisches Pferd mit dem Vermögen eines Goldesels.

Das *BVerfG* hat konsequent entschieden; das UMTS-Urteil bleibt strikt in den Bahnen der bisherigen Rechtsprechung. Man mag kritisch fragen, ob es möglich gewesen wäre, dem Steuerstaatsprinzip eine an Quantitäten, an Einnahmeverolumina orientierte Schutzwirkung beizulegen. Der Zweite Senat verwies in seiner Antwort auf die Zuständigkeit des Verfassungsgesetzgebers:

„Sollte sich allerdings in Zukunft erweisen, dass neuartige Einnahmequellen mit bedeutsamen Erträgen das von Art. 106 GG zu Grunde gelegte Verteilungssystem sprengen, könnte der verfassungsändernde Gesetzgeber gefordert sein.“⁵⁹

Die Finanzverfassung entzieht sich über ein Analogieverbot der richterlichen Ausformung; ihre Rigidität führt zurück in die Verantwortung des Gesetzgebers! Eines Tages könnte der verfassungsändernde Gesetzgeber in der Pflicht stehen, den vertikalen Finanzausgleich auf eine zweite Säule zu stellen. Grundlage seines Gesetzgebungsauftrags wird dann freilich nicht das Steuerstaatsprinzip sein, sondern das Bundesstaatsprinzip.

Um einer Überbewertung seines UMTS-Urteils vorzubeugen, hätte der Senat schärfer trennen sollen zwischen der steuerstaatlichen und der bundesstaatlichen Dimension der Bund-Länder-Konkurrenz im Finanzwesen:

(1) Der *Steuerverfassung* droht nur Gefahr, wenn eine zweite Abgabe neben der Steuer „voraussetzungslos auferlegt und geschuldet wird“⁶⁰. Und umgekehrt: Eine der „besonderen sachlichen Rechtfertigung“ bedürftige Abgabe, die sich von der Steuer „deutlich unterscheiden“ muß⁶¹, bietet keine Gelegenheit, dem Steuerverteilungsrecht zu entfliehen (also „das von Art. 106 GG zu Grunde gelegte Verteilungssystem [zu] sprengen“, wie das UMTS-Urteil formuliert).

57 *BVerfG* (JZ 2002, 888), sub B I 1 (vor a).

58 *BVerfG* (JZ 2002, 888 f.), sub B I 1 b.

59 *BVerfG* (JZ 2002, 888, 889), sub B I 1 c.

60 *BVerfGE* 93, 319 (343), bezogen auf die Steuer.

61 *BVerfGE* 93, 319 (343), bezogen auf nicht-steuerliche Abgaben.

(2) Das *Bundesstaatsprinzip* jedoch fordert eine Finanzstatik zwischen Bund und Ländern auch außerhalb der Steuerverfassung. Das Gebührenrecht bereitet insoweit keine Schwierigkeiten; als Gläubiger einer Zahlung für besonderen Aufwand kommt naturgemäß die Körperschaft in Betracht, die den Aufwand bestreitet⁶²; der Idee nach gleicht die Gebühr den Aufwand in vollem Umfang aus. Wenn aber eine nicht-steuerliche Einnahme abseits der Gebühren und abseits der Finanzierungsabgaben zur Diskussion steht, beantwortet sich die Frage nach der Ertragshoheit nicht von selbst. Die Berechtigung des Bundes, die UMTS-Erlöse zu vereinnahmen, lag nahe, weil der Bund sowohl über die Gesetzgebungs- als auch über die Verwaltungskompetenz (Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG) im Bereich der Telekommunikation verfügt. Wie aber steht es, wenn Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz auseinanderfallen? Gilt dann Art. 30 GG? Warum soll nicht generell der Finanzierungseffekt einer Regulierungsabgabe ebenso wie das Aufkommen der Einkommen- und Körperschaftsteuer (Art. 106 Abs. 3 S. 2 GG) in den Haushalten des Bundes und der Länder je zur Hälfte zu Buche schlagen?

4. Finanzverfassungsrechtliches Fazit

Als finanzverfassungsrechtliches Fazit ergibt sich: Das Steuerstaatsprinzip im besonderen und die Finanzverfassung im allgemeinen widersetzen sich nicht einer sachgesetzlich fundierten Verteilungs- und Verdrängungsrationalität, die auf einen Befähigungsnachweis in Geld ausgeht⁶³. Und das TKG allein erschüttert die Finanzverfassung nicht. Die Bezeichnung ‚spezielle Regulierungsabgabe‘ verweist auf die spezifischen Regulierungsziele des TKG. Noch deutet nichts darauf hin, daß sich die ‚Regulierungsabgabe‘ auf breiter Front und als Typusbegriff etabliert. Das Bundesstaatsprinzip fordert deshalb ein Einschreiten des Verfassungsgesetzgebers derzeit nicht.

IV. Rechtsschutz des Lizenzbewerbers

In der Knappheitssituation erfolgt die Vergabe der Lizenzen in einem gestuften Verwaltungsverfahren⁶⁴. Das erschwert den Rechtsschutz der Lizenzbewerber. Soweit die Regulierungsbehörde auf den Vorstufen vor der Lizenzvergabe bestandskraftfähige Verwaltungsakte erläßt, kommt die aus formeller Bestandskraft erwachsende Rechtssicherheit auch den Telekommunikationsunternehmen und insbesondere den Teilnehmern einer Versteigerung zugute; zugleich jedoch tragen sie auf diesen Vorstufen die Anfechtungslast; das ist die Kehrseite der Teil-Regulierung durch bestandskraftfähige Verwaltungsakte. Die Regulierungsbehörde ist nicht daran gehindert, die weichenstellende Beschränkungsentcheidung nach § 10 TKG zu verselbständigen und in der Form einer separierten Allgemeinverfügung angreifbar zu machen bzw. der Bestandskraft zuzuführen⁶⁵. Ansonsten

zieht sie diese wichtige Vorentscheidung über die Anzahl der Lizenzen mit der Wahlentscheidung zwischen dem Versteigerungs- und dem Ausschreibungsverfahren zusammen. Spätestens auf dieser Stufe stellt die Regulierungsbehörde durch Verwaltungsakt (§ 73 Abs. 1 S. 2 TKG) eine Anfechtungslage her – und Rechtssicherheit, wenn sie die Versteigerung erst nach Ablauf der Anfechtungsfristen terminiert oder sogar einen Verwaltungsprozeß abwartet.

Ergeben sich aus der Sicht des Lizenzbewerbers Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Lizenzkontingentierung, so erhebt er Verpflichtungsklage, bestreitet die Knappheitssituation und klagt seinen aus der Berufsfreiheit fließenden Lizenzanspruch (§ 8 Abs. 1 TKG) ein. Im Erfolgsfall ergeht eine verpflichtende Entscheidung (§ 113 Abs. 5 VwGO), die ein „vernichtendes Urteil“ über die rechtswidrige Kontingentierung einschließt⁶⁶. Wenn aber an der Lizenzverknappung nicht zu rütteln ist, mag der Unternehmer sein Recht auf ein sachgerechtes Verteilungsverfahren gegen die Versteigerungsanordnung ins Feld führen. In dieser Konstellation genügt ihm ein Aufhebungsurteil, das die Vergabe kraft Gesetzes (§ 11 Abs. 5 TKG) in das Ausschreibungsverfahren verweist. Das Verwaltungsgericht prüft aber nicht, ob das Ausschreibungsverfahren der Idee optimaler Allokation näher kommt; insoweit respektiert es die Beurteilungsermächtigung der Präsidentenkammer⁶⁷. Das Gericht prüft nur, ob die Auktion die Frequenzen sachgerecht verteilt und der Kläger in diesem Verfahren mit seinem Anspruch auf chancengleiche Teilhabe zum Zuge kommt⁶⁸.

V. Schluß

Ich fasse meine Überlegungen in einer Generalthese zusammen: Der Erlös aus der telekommunikationsrechtlichen Lizenzversteigerung hat sich als *sachgesetzlich* begründete Abgabe erwiesen, mit einem Finanzierungseffekt, jedoch ohne Finanzierungsfunktion. Er ist auch nicht Privatisierungserlös, sondern Einnahme aus regulierter Verteilung. Das Finanzverfassungsrecht sperrt sich nicht gegen diese spezielle Regulierungsabgabe⁶⁹. Ein Verbot gegenleistungsfreier Abgaben außerhalb des Steuersystems besteht nicht⁷⁰. Eine Regulierungsabgabe ist möglich; sie ist gegenleistungsfrei, aber keineswegs voraussetzungslose Abgabe; unter den bestimmten Voraussetzungen – gesetzlich vorgezeichnet und behördlich konkretisiert – ist sie Gerechtigkeitsabgabe im Sachbereich Telekommunikation.

62 Wendt, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 2. Aufl. 1999, § 104 Rdnr. 71.

63 A.A. Arndt, in: *Piepenbrock/Schuster* (Fn. 19), 2001, S. 207 ff., mit Blick auf die UMTS-Versteigerung.

64 Müller-Terpitz K&R 2002, 75 (79 ff.).

65 A.A. Spoerr (Fn. 7), § 11 Rdnr. 69, § 10 Rdnr. 15, mit Blick auf § 44a VwGO. Indes eröffnet die verfassungskonforme Auslegung des § 44a S. 2 VwGO (Stelkens, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, § 44a Rdnr. 29) einen Weg, zeitigen Rechtsschutz zu ermöglichen und unzumutbare Verspätung zu vermeiden. S. auch Geppert, in: *Beck'scher TKG-Kommentar* (Fn. 1), § 10 Rdnr. 16 f.; Müller-Terpitz K & R 2002, 75, 79.

66 Daher erübrigt sich, daß der Kläger die Verpflichtungsklage mit einer Anfechtungsklage verbindet. A.A. Müller-Terpitz K & R 2002, 75, 80 f.

67 S.o. II 2 b.

68 Dazu das Differenzierungsgebot des § 11 Abs. 4 S. 3 Halbs. 2 TKG: Die Versteigerungsregeln müssen „die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen“. Fragwürdig deshalb, daß die Regulierungsbehörde keine normative Handhabe geschaffen hatte, die den Zuschlag der UMTS-Lizenzen nach dem Ausstieg von debitel Multimedia (127. Runde) ermöglicht hätte. Bereits zu diesem Zeitpunkt standen den sechs verbliebenen Bewerbern zwölf Frequenzblöcke (Mindestwerb: zwei) zur Verfügung; s. Degenhart (Fn. 27), S. 266 f.

69 Siekmann, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, vor Art. 104a Rdnr. 122, zu der Möglichkeit, daß die nichtsteuerlichen Abgaben einen Finanzierungsbeitrag leisten: „Sie dürfen nur nicht darauf ausgerichtet sein.“

70 Unzutreffend Schumacher (Fn. 41), S. 3098, der sich zu Unrecht auf Siekmann (Fn. 69) beruft.