



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 40.10
VG 21 K 7173/09

Verkündet
am 22. Juni 2011
Zweigler
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 2011
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge, Dr. Graulich, Vormeier
und Dr. Bier

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 17. März 2010 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur über die Vergabe von Funkfrequenzen (Allgemeinverfügungen vom 19. Juni 2007, ABI BNetzA S. 3115, vom 7. April 2008, ABI BNetzA S. 581 und vom 12. Oktober 2009, ABI BNetzA S. 3623); wegen der näheren Einzelheiten wird auf das Urteil gleichen Rubrums vom heutigen Tag - BVerwG 6 C 3.10 - Bezug genommen.
- 2 Gegenstand der hier vorliegenden Klage ist die unter Nr. IV der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 - im Wesentlichen gleichlautend mit Nr. III der vorangegangenen Allgemeinverfügung vom 7. April 2008 - enthaltene Anordnung über „Festlegung und Regeln des Vergabeverfahrens“ (im Folgenden: Vergabebedingungen). Die hier umstrittenen Vergabebedingungen haben folgenden Inhalt: Die Berechtigung zur Teilnahme am Versteigerungsverfahren im Rahmen der fachlichen und sachlichen Mindestvoraussetzungen ist nicht be-

schränkt (Nr. IV.1.1). Jeder Antragsteller hat darzulegen, dass er die in Anlage 5 der Allgemeinverfügung näher bezeichneten Voraussetzungen für die Zulassung zum Versteigerungsverfahren erfüllt (Nr. IV.1.3). Der sachlich relevante Markt, für den die zu vergebenden Frequenzen unter Beachtung des Frequenznutzungsplanes verwendet werden dürfen, ist als der Markt für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten bestimmt (Nr. IV.2.1), der räumlich relevante Markt als das Bundesgebiet (Nr. IV.2.2). Die Bietrechte sind (nur) für den Frequenzbereich 790 bis 862 MHz beschränkt (Nr. IV.3.2). Als Nutzungszweck der zur Vergabe stehenden Frequenzen ist der drahtlose Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten (Nr. IV.4.1) nach Maßgabe bestimmter technischer Frequenznutzungsbestimmungen festgelegt (Nr. IV.4.2). Die Frequenzzuteilungen sind bis zum 31. Dezember 2025 befristet (Nr. IV.4.3). Der mit den Frequenzen im Bereich 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz zu erreichende Versorgungsgrad der Bevölkerung ist - vorbehaltlich einer Sonderregelung für streitbefangene Frequenzen - ab 1. Januar 2014 auf 25 % und ab 1. Januar 2016 auf 50 % festgelegt (Nr. IV.4.4). Das Mindestgebot ist für einen Frequenzblock von 2 x 5 MHz bzw. 2 x 4,95 MHz (gepaart) auf 2 500 000 €, für einen Frequenzblock von 1 x 5 MHz (ungepaart) auf 1 250 000 € und für den Frequenzblock von 1 x 14,2 MHz (ungepaart) auf 3 550 000 € festgesetzt (Nr. IV.5).

- 3 Die Klägerin, die bereits einzelne Vergabebedingungen der vorangegangenen Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur vom 7. April 2008 angefochten hatte, hat die Klage auf die Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 erstreckt und auf alle oben angegebenen Klagepunkte erweitert. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen: Unbeschadet erheblicher Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage, soweit bestimmte Regelungen inhaltsgleich bereits in der Allgemeinverfügung vom 7. April 2008 enthalten, aber damals nicht angefochten gewesen seien, sei die Klage jedenfalls insgesamt unbegründet. Die angefochtenen Bestimmungen seien im Rahmen des gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur rechtlich nicht zu beanstanden.

4 Mit der - vom Senat zugelassenen - Revision macht die Klägerin geltend: Bei der Festlegung der Vergabebedingungen stehe der Bundesnetzagentur entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ein Beurteilungsspielraum nicht zu. Jedenfalls seien dessen Grenzen überschritten, denn die Behörde habe sich einseitig an den Interessen der großen Netzbetreiber orientiert und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen unberücksichtigt gelassen. Im Einzelnen sei zu beanstanden, dass Nr. IV.1.1 der Allgemeinverfügung einen Teilnahmeausschluss mit Blick auf streitbefangene Frequenzen ermögliche. In Nr. IV.1.3 würden Anforderungen an die finanzielle Leistungsfähigkeit statuiert, die einer gesetzlichen Grundlage entbehrten und weniger finanzstarke Unternehmen diskriminierten. Durch die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes (Nr. IV.2.1) werde ebenso wie durch die Nutzungsbestimmungen IV.4.1 und IV.4.2 der ihr seinerzeit genehmigte „feste Funkdienst“ entgegen den Vorgaben des nationalen Frequenzplanungsrechts, das sich an höherrangigen völkerrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben messen lassen müsse, ausgeschlossen. Die Bestimmung eines bundesweiten Marktes (Nr. IV.2.2) berücksichtige nicht die Bedarfe zahlreicher Unternehmen für regionale Nutzungen. Die Regelung in Nr. IV.3.2, die eine Beschränkung der Bietrechte nur im Bereich von 800 MHz, nicht aber von 2,6 GHz vorsehe, setze mittelständische Unternehmen in 2,6-GHz-Band einem Verdrängungswettbewerb durch die finanzstarken Mobilfunknetzbetreiber aus. Die Befristung der Frequenznutzungsrechte (Nr. IV.4.3) lasse das Recht auf eine wirtschaftlich angemessene Nutzungszeit, insbesondere im Hinblick auf streitbefangene Frequenzen, unberücksichtigt. Die Festlegung der Versorgungsverpflichtung (Nr. IV.4.4), die für die etablierten Mobilfunknetzbetreiber wegen der Möglichkeit der Anrechnung einer bereits realisierten Versorgung faktisch keine Geltung beanspruche, diskriminiere Neueinsteiger. Die Mindestgebote (Nr. IV.5) nähmen keine Rücksicht auf den unterschiedlichen wirtschaftlichen Wert der zur Vergabe gestellten Frequenzen und lehnten sich zudem an einen Gebührentatbestand an, der für die Zuteilung der hier in Rede stehenden Frequenzen nicht gelte.

5 Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1. Nr. III.1.1, 1.3, 2.1, 2.2, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5.1, 5.2 und 5.3 der Entscheidung der Beklagten vom 7. April 2008 und Nr. IV.1.1, 1.3, 2.1, 2.2, 3.2, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5.1, 5.2 und 5.3 der Entscheidung vom 12. Oktober 2009 aufzuheben, soweit diese den Frequenzbereich 2,6 GHz (2500 MHz - 2690 MHz) betreffen;

2. hilfsweise: Nr. III.1.1, 1.3, 2.1, 2.2, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5.1, 5.2 und 5.3 der Entscheidung der Beklagten vom 7. April 2008 und Nr. IV.1.1, 1.3, 2.1, 2.2, 3.2, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5.1, 5.2 und 5.3 der Entscheidung vom 12. Oktober 2009 aufzuheben;

3. hilfsweise: Nr. III. der Entscheidung der Beklagten vom 7. April 2008 und Nr. IV. der Entscheidung vom 12. Oktober 2009 aufzuheben, soweit diese den Frequenzbereich 2,6 GHz (2500 MHz - 2690 MHz) betreffen;

4. hilfsweise: Nr. III. der Entscheidung der Beklagten vom 7. April 2008 und Nr. IV. der Entscheidung vom 12. Oktober 2009 aufzuheben.

6 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

7 Sie verteidigt ihre angegriffene Entscheidung sowie das Urteil des Verwaltungsgerichts.

II

8 Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das angefochtene Urteil erweist sich, auch soweit es mit Bundesrecht nicht in vollem Umfang in Einklang steht, jedenfalls im Ergebnis als zutreffend (§ 144 Abs. 4 VwGO).

9 1. Die Klage ist insgesamt zulässig, soweit die Klägerin die Teilentscheidung IV der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 anfight.

10 a) Wie sich im Einzelnen aus dem Urteil vom heutigen Tag in der Sache BVerwG 6 C 3.10 zu der parallelen Problematik im Hinblick auf die Vergabeordnung (Teilentscheidung I und II) erschließt, ist diese Allgemeinverfügung als

eine neue Sachentscheidung und nicht, auch nicht teilweise, als eine lediglich wiederholende Verfügung im Hinblick auf die vorangegangene Allgemeinverfügung vom 7. April 2008 anzusehen. Die Anfechtungsklage ist daher auch insoweit statthaft, als die Klägerin sinngleiche Regelungen der vorangegangenen Allgemeinverfügung unbeanstandet gelassen hatte.

- 11 Die Klagebefugnis der Klägerin in Bezug auf die angefochtenen Vergabebedingungen folgt daraus, dass diese den - bereits durch die Vergabeanordnung und die Anordnung eines Versteigerungsverfahrens gestalteten - Zugangsanspruch weiter verengen (s. auch Urteil vom 1. September 2009 - BVerwG 6 C 4.09 - BVerwGE 134, 368 Rn. 19 = Buchholz 442.066 § 55 TKG Nr. 1); eine subjektive Rechtsverletzung ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen.
- 12 Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin lässt sich im Hinblick auf die in der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 festgelegten Vergabebedingungen nicht mit der Erwägung verneinen, deren Gestaltungswirkung habe sich mit der mittlerweile ohne Beteiligung der Klägerin durchgeführten Versteigerung erledigt. Denn die einzelnen Teilentscheidungen über die Frequenzvergabe - einschließlich derjenigen über die Vergabebedingungen - bilden das sachliche Fundament für die Frequenzzuteilungen; bei deren Anfechtung müsste sich die Klägerin eine etwaige Bestandskraft der Vergabebedingungen entgegenhalten lassen.
- 13 b) Dagegen ist die Klage gegen die durch die Neuregelung vom 12. Oktober 2009 erledigten Vergabebedingungen der Allgemeinverfügung vom 7. April 2008 mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig; auch insoweit wird wegen der näheren Einzelheiten auf das Urteil in der Sache BVerwG 6 C 3.10 verwiesen.
- 14 2. Die Klage gegen die Teilentscheidung IV der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 ist aber unbegründet.
- 15 a) Nach § 61 Abs. 4 Satz 2 TKG „bestimmt“ die Bundesnetzagentur vor Durchführung eines Vergabeverfahrens u.a. die von den Antragstellern zu erfüllenden fachlichen und sachlichen Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zum Ver-

gabeverfahren, den sachlich und räumlich relevanten Markt, für den die zu vergebenden Frequenzen unter Beachtung des Frequenznutzungsplanes verwendet werden dürfen, sowie die Frequenznutzungsbestimmungen. Mit diesem Bestimmungsrecht bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass der Behörde bei der Festlegung dieser Vergabebedingungen - nicht auf der Tatbestandsseite, sondern auf der Rechtsfolgenseite der Norm - ein Ausgestaltungsspielraum zusteht, der einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

- 16 Dieses Normverständnis widerspricht nicht der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Sie verlangt zwar, dass das Gericht über eine hinreichende Prüfungsbefugnis hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Seite des Rechtsschutzbegehrens sowie über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer etwaigen Rechtsverletzung wirksam abzuhelpen, steht aber normativ eröffneten Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen nicht von vornherein entgegen. So kann die gerichtliche Überprüfung nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Exekutive. Die gerichtliche Kontrolle endet dort, wo ihr das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben. Insoweit hat die Verwaltung aufgrund normativer Ermächtigung die Befugnis zur Letztentscheidung. Dabei löst auch der Umstand, dass die betreffende Verwaltungsentscheidung mit einem Eingriff in Grundrechte, insbesondere dasjenige aus Art. 12 Abs. 1 GG, verbunden ist, kein Verbot einer Letztentscheidungsermächtigung aus (stRspr, s. zuletzt: BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2009 - 1 BvR 3151/07 - NVwZ 2010, 435 <437 ff.> und Beschluss vom 31. Mai 2011 - 1 BvR 857/07 - juris Rn. 73 ff., jeweils m.w.N.). Die gerichtliche Kontrolle ist demgemäß darauf beschränkt, ob die Bundesnetzagentur – von der hier nicht problematischen Einhaltung der Verfahrensbestimmungen abgesehen (s. auch das Urteil in der Sache BVerwG 6 C 3.10 zu § 135 Abs. 3 TKG) - von einem richtigen Verständnis der gesetzlichen Begriffe ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend in den Blick genommen hat und bei der eigentlichen Bewertung im Hinblick auf die in § 61 Abs. 4 Satz 2 TKG ausdrücklich hervorgehobenen Kriterien widerspruchsfrei und plausibel argumentiert und insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (s. auch Urteil vom 23. März 2011

- BVerwG 6 C 6.10 - juris Rn. 37, zur Veröffentlichung in BVerwGE vorgesehen, zu den Versteigerungsregeln gemäß § 61 Abs. 5 TKG).

- 17 b) An diesem Maßstab gemessen, halten die hier angefochtenen Vergabebedingungen der rechtlichen Überprüfung stand.
- 18 aa) Hinsichtlich der angefochtenen Regelung über die Voraussetzungen für die Teilnahme am Versteigerungsverfahren (Nr. IV.1.1) folgt dies schon daraus, dass ihr der von der Klägerin unterstellte belastende Regelungsgehalt nicht zukommt. Ob die tatrichterliche Auslegung durch das Verwaltungsgericht insoweit das Revisionsgericht bindet, kann auf sich beruhen. Denn die Auslegung erweist sich unter der Prämisse, dass der Senat sie in vollem Umfang nachprüfen kann, auch unter Berücksichtigung des Klage- und des Revisionsvorbringens als zutreffend. Schon nach dem eindeutigen Wortlaut der Vergabebedingung IV.1.1 ist die Berechtigung zur Teilnahme am Versteigerungsverfahren *nicht* beschränkt. Aus der Begründung der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 (a.a.O. S. 3670 f.) ergibt sich nichts anderes. Sie nimmt gerade nicht Bezug auf den von der Klägerin erwähnten Hinweis in der Begründung der vorangegangenen Allgemeinverfügung vom 7. April 2008 (a.a.O. S. 588 f.), worin insbesondere mit Blick auf die streitbefangenen Frequenzblöcke eine Überprüfung etwaiger unangemessener Vorteile einzelner Bieter nach Maßgabe der damals noch ausstehenden Versteigerungsregeln in Aussicht gestellt worden war. Stattdessen ist in der Begründung vom 12. Oktober 2009 (a.a.O.) ausdrücklich festgehalten, dass kein Bieter allein aufgrund der Tatsache, dass er einen Teil des zur Vergabe stehenden Spektrums „beklagt“, von dem Versteigerungsverfahren ausgeschlossen wird.
- 19 bb) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg gegen die Regelung unter Nr. IV.1.3 wenden, nach der die Voraussetzungen für die Zulassung zum Versteigerungsverfahren nach näherer Maßgabe der Anlage 5 zur Allgemeinverfügung dargelegt werden müssen. Die Darlegungs- und Nachweispflicht erstreckt sich darauf, dass dem Antragsteller die erforderlichen finanziellen Mittel - nicht nur für die Ersteigerung der Frequenzen, sondern auch für den Aufbau und den Betrieb des Netzes - zur Verfügung stehen, und auf die Einzelheiten der Finan-

zierung. Deren Sicherstellung ist durch Belege, z.B. schriftliche Finanzierungserklärungen der Muttergesellschaft bzw. von anderen verbundenen Unternehmen (sog. „harte Patronatserklärungen“) oder von Kreditinstituten nachzuweisen; bloße Absichtserklärungen oder Bemühenszusagen werden nicht anerkannt. Der Nachweis der erforderlichen Finanzmittel für den Netzaufbau hat sich an den Planungs- und Aufbaukosten unter Zugrundelegung der Versorgungsverpflichtung und deren Zeitrahmens sowie an den Kosten für den laufenden Betrieb zu orientieren (a.a.O. S. 3800). Das Verwaltungsgericht hat diese Festlegungen als rechtsfehlerfrei bewertet: Zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung sei der Nachweis der Verfügbarkeit der erforderlichen Sach- und Finanzmittel erforderlich, die allerdings für den Netzaufbau und -betrieb nicht zwingend schon zum Zeitpunkt der Zulassung zur Versteigerung dauerhaft bereitstehen müssten; vielmehr lasse die Orientierung an dem Zeitrahmen der Versorgungsverpflichtung Raum für eine zukünftige Entwicklungen und Erfordernisse berücksichtigende Darlegung der Finanzplanung.

- 20 Die Einwände, die die Klägerin dagegen im Revisionsverfahren erhebt, führen nicht zum Erfolg. Die umstrittene Bestimmung stimmt in der Auslegung durch das Verwaltungsgericht, die auch der Sache nach zutrifft, mit der Rechtslage überein. Die umstrittene Vergabebedingung verlangt dem Antragsteller einerseits den Nachweis ab, dass ihm die insgesamt erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung stehen, während andererseits der Nachweis der Finanzmittel für den Netzaufbau an dem betreffenden „Zeitrahmen“ zu orientieren ist. Daraus folgt entgegen der Ansicht der Klägerin, dass diese Mittel erst im Zeitpunkt des tatsächlichen Netzaufbaus verfügbar sein müssen, die (künftige) Verfügbarkeit allerdings bereits im Zeitpunkt der Zulassung zum Versteigerungsverfahren nachgewiesen sein muss. Mit diesem Inhalt steht die Vergabebedingung in Einklang mit ihrer gesetzlichen Grundlage in § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 TKG. Gemäß § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 TKG muss eine effiziente und störungsfreie Frequenznutzung durch den Antragsteller sichergestellt sein. Die Systematik und der Zweck des Gesetzes gebieten es, diese subjektive Frequenzzuteilungsvoraussetzung bereits bei der Aufstellung der Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zum Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Nur so lässt sich vermeiden,

dass ein Bewerber zunächst das Vergabeverfahren durchläuft, um dann nach Erhalt des Zuschlages bei der Zuteilung der Frequenzen, die gemäß § 61 Abs. 1 Satz 3 TKG „nach § 55“ erfolgt, an der genannten Zuteilungsvoraussetzung zu scheitern (so zu Recht Wegmann, in: BerlKommTKG, 2. Aufl. 2009, § 61 Rn. 27; Jenny, in: Heun, HdbTKR, 2. Aufl. 2007, D Rn. 208). Die effiziente Frequenznutzung, die daher bereits im Rahmen des § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 TKG überprüft werden darf, wird nur durch einen Antragsteller sichergestellt, der neben Zuverlässigkeit und Fachkunde das Kriterium der finanziellen Leistungsfähigkeit erfüllt (Hahn/Hartl, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 55 Rn. 20, 34; § 61 Rn. 15; Wegmann, a.a.O. § 55 Rn. 34; Kroke, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, § 55 Rn. 41, 49, § 61 Rn. 31; Marwinski, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 55 Rn. 27).

- 21 Diese Auslegung des nationalen Rechts steht auch offensichtlich mit Gemeinschaftsrecht in Einklang. Dort ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten im Verfahren für die Vergabe von Frequenznutzungsrechten überprüfen können, ob der Antragsteller in der Lage sein wird, die an diese Rechten gebundenen Bedingungen zu erfüllen (Erwägungsgrund 13 Genehmigungsrichtlinie - GRL -). Die Bedingungen, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft werden können, sind in Anhang B GRL aufgeführt. Wenn die Klägerin meint, Anhang B führe nur eine einzige auf die finanzielle Leistungsfähigkeit bezogene Bedingung auf, nämlich Nr. 6 (Nutzungsentgelte), übersieht sie Nr. 2 (effektive und effiziente Frequenznutzung); insofern gelten die oben zum nationalen Recht angestellten Erwägungen entsprechend. Aus Art. 11 GRL, der sich mit Informationsverpflichtungen bei Allgemeingenehmigungen und Nutzungsrechten befasst, ergibt sich nichts anderes. Danach dürfen von den Unternehmen u.a. Informationen verlangt werden, die angemessen und objektiv gerechtfertigt sind für „Verfahren für Anträge auf Erteilung von Nutzungsrechten und Überprüfung solcher Anträge“ (Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c GRL). Die für die Anforderung anderer Informationen normierte Einschränkung, dass diese nicht vor dem Zugang zum Markt oder als Bedingung für den Zugang verlangt werden dürfen (Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 GRL), gilt insoweit nicht.

- 22 Zur Erreichung des nach nationalem wie nach europäischem Recht legitimen Zwecks, die finanzielle Leistungsfähigkeit der Teilnehmer eines Vergabeverfahrens vorab zu überprüfen, ist die von der Bundesnetzagentur ausgestaltete Vergabebedingung erforderlich und auch verhältnismäßig. Dies gilt entgegen der Kritik der Klägerin auch insoweit, als die „Streitbefangenheit“ bestimmter Frequenzen ein Investitionshemmnis darstellt. Zwar hat die Bundesnetzagentur für solche Fälle in der Vergabebedingung IV.4.4 die Netzausbau- und Versorgungsverpflichtung entsprechend suspendiert, um dem Risiko eines etwaigen späteren Erlöschens der Frequenzzuteilung Rechnung zu tragen. Die Parallele, die die Klägerin zu dem hier in Rede stehenden Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit zu ziehen versucht, überzeugt aber nicht. Würde diese Nachweispflicht bis zum Ende einer etwaigen „Streitbefangenheit“ der betreffenden Frequenzen aufgeschoben, bliebe bis dahin in der Schwebe, ob der Nutzungsberechtigte überhaupt in der Lage ist, seine mit der Frequenzzuteilung verbundenen Verpflichtungen zu erfüllen. Dies stünde in Widerspruch dazu, dass die knappen Frequenzgüter, wie schon gesagt, nur solchen Interessenten zugeteilt werden dürfen, bei denen eine effiziente Frequenznutzung sichergestellt ist. Von diesem Erfordernis gerade bei solchen Frequenzen abzusehen, die besonders begehrt und daher Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen sind, wäre widersprüchlich. Davon abgesehen sind subjektive Rechte der Klägerin in Bezug auf die aus der Streitbefangenheit folgenden Investitionsrisiken ohnehin nicht verletzt, da allein sie es ist, die Rechtsstreitigkeiten um Frequenzzuteilungen im Bereich von 2,6 GHz gegen die Beklagte führt.
- 23 Soweit sich die Klägerin gegenüber großen Netzbetreibern dadurch benachteiligt sieht, dass sie ihre finanzielle Leistungsfähigkeit nicht durch eine sog. Patronatserklärung eines verbundenen Unternehmens, sondern nur durch die Zusage eines Bankkredits belegen könne, für die sie schon im Zeitpunkt der Zulassung zur Versteigerung in Vorleistung treten müsse, kann sie damit die Notwendigkeit des Nachweises als solche nicht in Zweifel ziehen. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass sie auch im Hinblick auf kleinere und mittlere Unternehmen sicherstellen muss, dass nur ernsthafte, d.h. finanziell ausreichend leistungskräftige Bieter an dem Bietwettbewerb teilnehmen. Dies entspricht nicht nur den schutzwürdigen Interessen der Wettbewerber, sondern

auch dem öffentlichen Interesse daran, als Ergebnis der Versteigerung denjenigen auszuwählen, der zu einer effizienten Frequenznutzung am besten geeignet ist (§ 61 Abs. 4 Satz 1 TKG).

- 24 cc) Die Bestimmung Nr. IV.2.1, wonach der sachlich relevante Markt, für den die zu vergebenden Frequenzen unter Beachtung des Frequenznutzungsplans verwendet werden dürfen, der Markt für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten ist, hält der Überprüfung ebenfalls stand.
- 25 (1) Soweit die Beklagte den Widmungsbereich (u.a.) der hier umstrittenen Frequenzen des 2,6-GHz-Bereichs auf der Grundlage des Frequenznutzungsplans mit dem sachlich relevanten Markt gleichgesetzt hat, ohne das Nachfrager- und Anbieterverhalten empirisch zu ermitteln (siehe dazu das Urteil vom heutigen Tag in der Sache BVerwG 6 C 5.10), kann sich dieser Mangel im Verhältnis zur Klägerin nicht nachteilig auswirken. Die Marktbestimmung gemäß § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 TKG dient der Festlegung der Geschäftstätigkeit, für die die betreffenden Frequenzen unter Beachtung ihrer Zweckbestimmung genutzt werden dürfen (Kroke, a.a.O. § 61 Rn. 33; Jenny, a.a.O. Rn. 216; Wegmann, a.a.O. § 61 Rn. 28), und kann deshalb dieser gegenüber zu einer weiteren Verengung führen. Die Bundesnetzagentur dürfte freilich weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck des Gesetzes daran gehindert sein, mehrere (benachbarte) sachlich relevante Märkte zu bestimmen, auf denen die Frequenzen zweckentsprechend verwendet werden dürfen. Sieht die Behörde - wie hier - im Ergebnis von einer Abgrenzung solcher Märkte nach den Kriterien des Bedarfsmarktkonzepts ab, so bedeutet dies, dass die Frequenzen im Rahmen des im Frequenznutzungsplan mit „drahtloser Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten“ angegebenen Nutzungszwecks ohne Einschränkung auf sämtlichen etwa voneinander zu unterscheidenden Telekommunikationsmärkten verwendet werden dürfen, für die diese Zweckbestimmung zutrifft. Die Einräumung einer derart weitgehenden Nutzungsmöglichkeit kann Rechte des einzelnen Zuteilungspetenten grundsätzlich nicht beeinträchtigen; solches macht die Klägerin auch nicht geltend.

- 26 (2) Sie sieht sich vielmehr dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Bundesnetzagentur den festen Funkdienst bzw. feste Funkanwendungen aus dem sachlich relevanten Markt ausgeschlossen habe und dadurch von völkerrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben abgewichen sei, die wiederum den rechtlichen Maßstab für die Festlegungen des nationalen Frequenzbereichszuweisungsplans bildeten. Dem ist nicht zu folgen. Feste Funkanwendungen sind einerseits ausdrücklich Teil des sachlich relevanten Marktes, sofern die in der Allgemeinverfügung festgelegten Frequenznutzungsparameter eingehalten werden (a); andererseits kann die Klägerin nicht verlangen, dass feste Funkanwendungen, die auf anderen als den in der Allgemeinverfügung festgelegten Frequenznutzungsparametern beruhen, in den sachlichen Markt einbezogen werden (b).
- 27 (a) Der von der Bundesnetzagentur für die Marktbestimmung verwandte Begriff des drahtlosen Netzzugangs zum Angebot von Telekommunikationsdiensten schränkt die Angebote nicht auf mobile Anwendungen ein, sondern umfasst - wie in der Begründung der angefochtenen Allgemeinverfügung ausdrücklich klargelegt (a.a.O. S. 3654, 3677) - auch feste und nomadische Anwendungen, sofern sie die Frequenznutzungsbestimmungen einhalten; diese sind für den 2,6-GHz-Bereich in Anlage 3 Abschnitt 1 E der Allgemeinverfügung (S. 3795 ff.) festgelegt. Die Klägerin kann die so verstandene Marktbestimmung nicht durch den Hinweis darauf in Zweifel ziehen, dass die aufgrund des § 53 TKG erlassene Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, die das 2,6-GHz-Band ursprünglich sowohl dem Mobilfunkdienst als auch dem festen Funkdienst zugewiesen hatte (Verordnung vom 28. September 2004, BGBl I S. 2499, Nr. 280 - 282 der Anlage), seit der Zweiten Änderungsverordnung vom 14. Juli 2009 (BGBl S. 1809, Nr. 283 - 285 der Anlage) nur noch die Zuweisung zum Mobilfunkdienst vorsehe. Mit diesem Argument verkennt die Klägerin, dass der Verordnungsgeber den Inhalt dieser Zuweisung ausdrücklich dahin klargelegt hat, dass sie sowohl mobile, nomadische als auch feste Anwendungen ermöglicht und Frequenznutzungen zwischen ortsfesten Funkstellen an beliebigen, unbestimmten Punkten mit umfasst (Nutzungsbestimmung 37 i.d.F. der Dritten Änderungsverordnung zur Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung vom 22. April 2010, BGBl I S. 446). Zwar ist diese Änderungsverordnung erst nach

dem Erlass der angefochtenen Allgemeinverfügung in Kraft getreten; doch kann der Umstand, dass deren Regelungsgehalt in der Allgemeinverfügung bereits zu Gunsten der Klägerin vorweggenommen wurde, diese nicht in ihren Rechten verletzen.

- 28 (b) Die Klägerin kann allerdings darüber hinausgehend nicht unter Hinweis auf Vorgaben des Völkerrechts bzw. des Europarechts verlangen, dass der sachlich relevante Markt auch auf solche festen Funkanwendungen erstreckt wird, die auf anderen als den in der Allgemeinverfügung festgelegten Frequenznutzungsparametern beruhen.
- 29 Soweit sich die Klägerin hierfür auf den in Art. 5 der Vollzugsordnung für den Funkdienst - VO Funk - enthaltenen internationalen Frequenzbereichsplan beruft, der den Frequenzbereich von 2520 - 2690 MHz nach wie vor (auch) dem festen Funkdienst zuordnet, kann sie damit schon deshalb nicht durchdringen, weil die völkervertragsrechtlichen Bestimmungen der Vollzugsordnung nicht Bundesrecht im Sinne des § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO sind und damit nicht als Maßstab für die revisionsgerichtliche Überprüfung der Allgemeinverfügung in Betracht kommen. Völkervertragsrecht kann als Bundesrecht in die nationale Rechtsordnung einbezogen sein, wenn ihm - innerhalb der Gesetzgebungskompetenz des Bundes - durch Bundesgesetz zugestimmt worden ist (s. Urteil vom 29. April 2009 - BVerwG 6 C 16.08 - BVerwGE 134 Rn. 47 = Buchholz 421.2 Hochschulrecht Nr. 165 m.w.N.). Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der Zuweisung des 2,6-GHz-Bandes (auch) an den festen Funkdienst durch Art. 5 VO Funk nicht erfüllt. Zwar wurde die Konstitution der Internationalen Fernmeldeunion, auf deren Art. 4 Abs. 3 die Vollzugsordnung für den Funkdienst beruht, in innerstaatliches Recht transformiert (Gesetz vom 20. August 1996, BGBl II S. 1306, i.d.F. des Gesetzes vom 2. Mai 2005, BGBl II S. 426), nicht aber die Vollzugsordnung als solche. Der Regelungskonzeption des deutschen Gesetzgebers wie auch des Ordnungsgebers zufolge wird der internationale Frequenzbereichsplan vielmehr durch die Frequenzbereichszulassungsplanverordnung innerstaatlich in Kraft gesetzt, so dass in einer etwaigen unvollständigen Umsetzung zwar gegebenenfalls ein Verstoß gegen Völkerrecht liegen

könnte, nicht aber ein Widerspruch gegen Bundesrecht im Sinne von § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

- 30 Die von der Klägerin behauptete Notwendigkeit, den in Rede stehenden sachlich relevanten Markt auch für feste Funkanwendungen aufgrund anderer als der in der Allgemeinverfügung ausgewiesenen Frequenznutzungsparameter zu öffnen, ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung 2008/477/EG der Kommission vom 13. Juni 2008 zur Harmonisierung des Frequenzbandes 2500 - 2690 MHz. Deren Ziel ist es, für dieses Frequenzband die „am wenigsten einschränkenden technischen Bedingungen“ festzulegen, „die das Management des Risikos funktechnischer Störungen (...) anhand optimaler Parameter (...) erlauben, ohne den Einsatz einer bestimmten Technologie zu erfordern“ (s. Erwägungsgrund 5). Vor diesem Hintergrund verpflichtet die Entscheidung in ihrem Art. 2 Abs. 1 die Mitgliedstaaten, für die „nicht-ausschließliche Zuweisung und anschließende Bereitstellung des Frequenzbands 2500 - 2690 MHz für terrestrische Systeme, die elektronische Kommunikationsdienste erbringen können, in Übereinstimmung mit den Parametern im Anhang dieser Entscheidung“ zu sorgen. Indem die hier angefochtene Allgemeinverfügung mobile, feste und nomadische Anwendungen bei Einhaltung der maßgebenden Frequenznutzungsbestimmungen ausdrücklich für zulässig erklärt und diese technischen Bestimmungen inhaltsgleich mit den im Anhang zu Art. 2 der Kommissionsentscheidung vom 13. Juni 2008 genannten Frequenznutzungsparametern ausgestaltet hat, steht die darauf beruhende Bestimmung des sachlich relevanten Marktes mit den europarechtlichen Vorgaben ebenso im Einklang wie mit dem nationalen Frequenzbereichszuweisungsplan, der schon vor der ausdrücklichen Klarstellung durch die oben erwähnte Änderungsverordnung vom 22. April 2010 europarechtskonform im gleichen Sinne auszulegen war.
- 31 dd) Ebenso wenig ist die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes zu beanstanden, der gemäß Nr. IV. 2.2 der Allgemeinverfügung die Bundesrepublik Deutschland umfasst. Der Standpunkt der Bundesnetzagentur, eine „Regionalisierung“ erscheine nicht sachgerecht, erweist sich in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgericht jedenfalls im Ergebnis als zutreffend. Sofern die Bundesnetzagentur dazu berechtigt ist, regionale Märkte anstelle eines bundesweiten

Marktes zu bestimmen - dies kommt nach den Kriterien des Bedarfsmarktkonzepts (s. dazu auch das Urteil vom heutigen Tag - BVerwG 6 C 5.10 -) nur für Gebiete in Betracht, die unter Berücksichtigung des Nutzungszwecks der Frequenzen wie auch der steuernden Wirkung der Marktbestimmung selbst (voraussichtlich) durch eine regionale Nachfrage bestimmt sein werden - hat sie die konkreten normativen Vorgaben des Frequenzplanungsrechts zu berücksichtigen. Insoweit hatte sie für die Frequenzen aus dem 2,6-GHz-Bereich zu beachten, dass der Frequenzbereichszuweisungsplan sie, vorbehaltlich der Zulässigkeit mobiler wie auch fester und nomadischer Funkanwendungen bei Einhaltung der maßgeblichen Frequenznutzungsparameter, dem Mobilfunkdienst zuweist. Diese Zuweisung prägt den Ausgestaltungsspielraum der Bundesnetzagentur auf die Bestimmung eines bundesweiten Marktes hin vor, so dass nicht diese, sondern umgekehrt eine Bestimmung regionaler Märkte besonders rechtfertigungsbedürftig wäre.

- 32 Eine bundesweite Mobilität mag zwar für den Begriff des Mobilfunkdienstes nicht zwingend sein, doch entspricht sie ihm offensichtlich besser als eine nur regionale Mobilität, wie sich insbesondere an dem konkreten Anwendungsbeispiel der Mobilfunknutzung auf überregionalen Verkehrswegen wie Fernstraßen und Eisenbahnen zeigt. Es kommt hinzu, dass nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur eine regionale Vergabe der Frequenzen - zur Vermeidung eines erhöhten geographischen Koordinierungsaufwandes - besondere Schutzabstände erforderlich machen würde, um Gleichkanalnutzungen in benachbarten Regionen zu ermöglichen. Selbst wenn solche Schutzabstände, wie die Klägerin meint, in unbesiedelten oder dünn besiedelten Gebieten eingerichtet werden könnten, was aber angesichts der Besiedlungsdichte in großen Teilen Deutschlands zweifelhaft ist und zudem mit dem Ziel der Schließung noch vorhandener Versorgungslücken in Konflikt geraten könnte, würden solche Abstände jedenfalls die Mobilität zusätzlich einschränken. Auch der Erwartung der Europäischen Kommission, dass die drahtlosen elektronischen Kommunikationsdienste, denen das 2,6-GHz-Band zugewiesen ist, weitgehend europaweite Dienste sein werden, sodass die Nutzer in einem Mitgliedstaat auch Zugang zu gleichwertigen Diensten in jedem anderen Mitgliedstaat erhalten können (Erwägungsgrund 3 der Entscheidung vom 13. Juni 2008, a.a.O.), wird die Festle-

gung eines bundesweiten Marktes erkennbar eher gerecht als die Festlegung regionaler Märkte für regional unterschiedliche Geschäftsmodelle.

- 33 Aufgrund dieser Vorprägung, die von der Zuweisung zum Mobilfunkdienst im Frequenzbereichszuweisungsplan ausgeht, ist die umstrittene Marktbestimmung plausibel. Die von der Bundesnetzagentur hervorgehobenen Gesichtspunkte, dass für die Zwecke einer mobilen Breitbandnutzung eine bundesweite Verwendung der Frequenzen erforderlich sei, für die diese unter anderem wegen der für Mobilfunk besonders günstigen Ausbreitungseigenschaften geradezu prädestiniert seien (a.a.O. S. 3679 mit Bezugnahme auf die Allgemeinverfügung vom 7. April 2008, a.a.O. S. 596), während eine nur regionale Nutzbarkeit der Frequenzen die Mobilität erheblich beschränken würde, sind geeignet, das Ergebnis zu tragen. Weitergehende Feststellungen der von der Klägerin vermissten Art zur Möglichkeit einer effizienten Frequenznutzung (auch) auf regionaler Ebene, zur Nachfrage regional tätiger Netzbetreiber bzw. zur technischen Eignung der zur Vergabe gestellten Frequenzen für regionale Nutzungen waren vor diesem rechtlichen Hintergrund nicht veranlasst. Soweit die Klägerin in der Festlegung eines bundesweiten Marktes eine Diskriminierung kleinerer und mittlerer Unternehmen gegenüber den großen Netzbetreibern sieht, muss sie sich zum einen auf die etwaige Nutzung anderer Frequenzbereiche, zum anderen aber auch darauf verweisen lassen, dass eine bundesweite Vergabe die Verwirklichung regionaler Geschäftsmodelle nicht von vornherein ausschließt. Die Beklagte verweist insoweit u.a. auf die Möglichkeit einer Konsortiallösung, also des Zusammenschlusses mehrerer Anbieter regionaler Geschäftsmodelle, mit der diese bei einer Frequenzvergabe gegebenenfalls hätten zum Zuge kommen können.
- 34 ee) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg dagegen wenden, dass Nr. IV.3.2 der Allgemeinverfügung eine Beschränkung der Bietrechte nur für den Frequenzbereich 800 MHz und nicht für das 2,6-GHz-Band vorsieht. Die Bundesnetzagentur hat ihren Verzicht auf eine weitergehende Bietrechtsbeschränkung damit begründet, dass das verfügbare Spektrum außerhalb des 800-MHz-Bereichs hinreichende Erwerbsmöglichkeiten biete; eine Spektrums- kappe sei daher einerseits nicht notwendig und berge andererseits das Risiko,

bestimmte Geschäftsmodelle mit einem höheren Spektrumsbedarf auszu-schließen (a.a.O. S. 3685 f. unter Bezugnahme auf die Begründung vom 7. April 2008, a.a.O. S. 599 ff.).

- 35 Im Anschluss an die Erwägungen des Verwaltungsgerichts ist die getroffene Regelung, soweit sie von einer Beschränkung der Bietrechte (auch) im Bereich von 2,6 GHz absieht, rechtlich nicht zu beanstanden. Sie findet ihre Rechtsgrundlage in § 61 Abs. 5 Satz 1 TKG über die Festlegung der Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens (s. auch Urteil vom 23. März 2011, a.a.O. Rn. 36). Den gesetzlichen Kriterien, wonach die Versteigerungsregeln objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen müssen, trägt die Begründung der Bundesnetzagentur hinreichend Rechnung. Soweit die Klägerin in dem Absehen von einer Bietrechtsbeschränkung bei 2,6 GHz einen Verstoß gegen die Pflicht zur Berücksichtigung der Belange kleiner und mittlerer Unternehmen sieht, die einem Verdrängungswettbewerb finanzstarker Unternehmen ausgesetzt seien, führt dies nicht auf einen Rechtsfehler. Die diesbezüglichen Erwägungen der Bundesnetzagentur sind auf der Grundlage eines zutreffenden Gesetzesverständnisses nachvollziehbar und plausibel. So hat die Behörde den Umstand, dass eine Begrenzung der Bietrechte Neueinsteigern den Marktzutritt erleichtern könnte, erwogen, aber hinter den Gesichtspunkt einer möglichst effizienten Frequenznutzung zurücktreten lassen. Entscheidend war aus ihrer Sicht, dass nicht nur bei den etablierten Unternehmen, sondern auch bei Neueinsteigern der Frequenzbedarf je nach Geschäftsmodell extrem unterschiedlich sein kann, so dass eine zu gering bemessene Spektrumskappe das Frequenzangebot künstlich verknappen würde, während eine zu hoch bemessene Spektrumskappe wirkungslos und damit entbehrlich wäre. Die Notwendigkeit einer „Sicherheitskappe“ zur Verhinderung strategischen Bietverhaltens ist von der Bundesnetzagentur geprüft, aber im Ergebnis verworfen worden, weil die Bieter ihren Frequenzbedarf im Rahmen der Zulassung zur Versteigerung anhand konkreter Nutzungskonzepte schlüssig darzulegen hätten. Die Überprüfung dieser Konzepte, die der gesetzlichen Aufgabe der Bundesnetzagentur entspricht (§ 55 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 TKG), ist geeignet, einem missbräuchlichen Bietverhalten entgegenzuwirken.

- 36 ff) Fehl gehen auch die Angriffe der Klägerin gegen den in Nr. IV.4.1 der Allgemeinverfügung festgelegten Nutzungszweck „drahtloser Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten“ sowie gegen die in Nr. IV.4.2 in Verbindung mit der Anlage 3 der Allgemeinverfügung festgelegten technischen Frequenznutzungsbestimmungen. Wie schon im Zusammenhang mit der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes im Einzelnen erläutert, stehen auch die hier in Rede stehenden Regelungen, die im Rahmen der frequenzplanungsrechtlichen Zuweisung des 2,6-GHz-Bandes an den Mobilfunkdienst mobile, feste und nomadische Funkanwendungen vorbehaltlich der Einhaltung der entsprechenden Frequenznutzungsparameter gestatten, mit der Rechtslage in Einklang.
- 37 gg) Ebenso wenig wird die Klägerin durch Nr. IV.4.3 der Allgemeinverfügung, der die Frequenzzuteilungen bis zum 31. Dezember 2025 befristet, in ihren Rechten verletzt. Die Bundesnetzagentur hat die Befristung damit begründet, dass einerseits das Interesse der Zuteilungsinhaber an einem angemessenen Zeitraum zur Amortisation ihrer Investitionen, andererseits ein angemessener planerischer Gestaltungsspielraum zu berücksichtigen sei. Vor dem Hintergrund der bisherigen Frequenzzuteilungspraxis sei eine Laufzeit von ca. 15 Jahren angemessen und erforderlich, um insbesondere Neueinsteigern die Amortisation der Netzaufbaukosten zu ermöglichen; noch nicht absehbaren künftigen Entwicklungen könne gegebenenfalls durch eine nachträgliche Verlängerung der Laufzeiten Rechnung getragen werden (a.a.O. S. 3712 unter ergänzender Bezugnahme auf die Begründung vom 7. April 2008, a.a.O., S. 615).
- 38 Die Befristung der Laufzeiten ist auf der Grundlage eines zutreffenden Normverständnisses und eines ausreichend ermittelten Sachverhalts plausibel begründet. Rechtlicher Ausgangspunkt für die umstrittene Frequenznutzungsbestimmung ist § 55 Abs. 8 TKG, wonach Frequenzen in der Regel befristet - mit der Möglichkeit der Verlängerung - zugeteilt werden und die Befristung für den betreffenden Dienst angemessen sein muss. In offenkundiger Übereinstimmung mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts (Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 3 GRL; s. auch Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 4 GRL in der auf den vorliegenden Fall

noch nicht anwendbaren Fassung der Richtlinie 2009/140/EG vom 25. November 2009) ist für die Angemessenheit der Befristung einerseits eine hinreichende Amortisation der für eine bestimmungsgemäße Nutzung der Frequenzen erforderlichen Investitionen, andererseits die erforderliche Flexibilität für eine innovationsoffene und effiziente Frequenzplanung zu berücksichtigen (Wegmann, a.a.O. § 55 Rn. 49; Marwinski, in: Arndt/Fetzer/Scherer, § 55 Rn. 42, Göddel, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 55 Rn. 36). Vor diesem Hintergrund ist nichts dafür ersichtlich, dass eine - die an die bisherige Zuteilungspraxis (s. etwa die sog. D2-Lizenz vom 15. Februar 1990, ABI BMPT 1991, 1681) angelehnte - ca. 15-jährige Laufzeit für die Nutzung der hier in Rede stehenden 2,6-GHz-Frequenzen unangemessen kurz wäre. Dies gilt zumal deshalb, weil die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang gerade Neueinsteiger in den Blick genommen hat, während für etablierte Netzbetreiber an sich „kürzere Amortisationszeiträume gelten müssten“; dass die Behörde von einer dahingehenden Differenzierung letztlich abgesehen hat, weil diese nach ihrem Urteil „die Wertigkeiten der Frequenzen regulierungsinduziert beeinflussen“ würde, ist ebenfalls plausibel (a.a.O. S. 3712).

- 39 Soweit die Klägerin geltend macht, bei streitbefangenen Frequenzen dürfe der Zeitraum der Streitbefangenheit nicht auf den Amortisationszeitraum angerechnet werden, sodass derartige Frequenznutzungsrechte allenfalls nachträglich nach Abschluss der Gerichtsverfahren befristet werden dürften, dringt sie auch damit nicht durch. Abgesehen davon, dass vieles für die Rechtsansicht der Bundesnetzagentur und des Verwaltungsgerichts spricht, dass der Hinweis auf eine mögliche nachträgliche Fristverlängerung insoweit angemessen und ausreichend ist, kann sich die Klägerin jedenfalls nicht auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen. Denn bezüglich der von ihr begehrten 2,6-GHz-Frequenzen ist ausschließlich sie es, die (weitere) Rechtsstreitigkeiten führt, indem sie Verpflichtungsklagen mit dem Ziel der Verlängerung bzw. Neuzuteilung der ihr seit 1999 zugewiesenen Frequenznutzungsrechte erhoben hat. Hätte sie Frequenzblöcke aus dem 2,6-GHz-Band ersteigert, wäre sie daher nicht dem Risiko des nachträglichen Erlöschens der betreffenden Nutzungsrechte und des damit verbundenen Fehlschlagens von Investitionen ausgesetzt gewesen.

- 40 hh) Ohne Erfolg wendet die Klägerin sich ferner gegen Nr. IV. 4.4 der Allgemeinverfügung, die den Mindestversorgungsgrad der Bevölkerung - vorbehaltlich einer Sonderregelung für streitbefangene Frequenzen - auf 25% ab dem 1. Januar 2014 und 50% ab dem 1. Januar 2016 festlegt. Ausweislich der zur Auslegung des Tenors mit heranzuziehenden Begründung der Allgemeinverfügung ist diese Versorgungsverpflichtung nicht mit jedem einzeln erworbenen Frequenzblock, sondern mit dem gesamten für den sachlich und räumlich relevanten Markt zugeteilten Spektrum zu erfüllen, sodass eine bereits realisierte Versorgung der Bevölkerung auf die Versorgungsverpflichtung angerechnet wird. Die Bundesnetzagentur hat dies für sachgerecht erachtet, weil einerseits etwaigen Verdrängungsstrategien der großen Netzbetreiber durch die Überprüfung des jeweiligen Frequenznutzungskonzepts entgegengewirkt werde, andererseits der Versorgungsgrad von 50%, der tatsächlich der am dichtesten besiedelten Fläche von nur ca. 8% des Bundesgebietes entspricht, auch für Neueinsteiger zumutbar sei (a.a.O. S. 3713 ff.).
- 41 Übereinstimmend mit der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts ist auch diese Regelung im Rahmen des Gestaltungsspielraumes der Bundesnetzagentur rechtmäßig; ausgehend von einem richtigen Normverständnis und einem zutreffend in den Blick genommenen Sachverhalt hat die Behörde ihre Bewertung plausibel begründet. In § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 TKG, der die Festlegung des Versorgungsgrades ausdrücklich zu den Frequenznutzungsbestimmungen zählt, findet sich keine Festlegung dahin, ein zur Erreichung der Regulierungsziele notwendiger Versorgungsgrad müsse von dem einzelnen Zuteilungsinhaber gerade durch die konkret zur Vergabe gestellten Frequenzen erreicht werden. Gegen ein derart restriktives Verständnis spricht, dass es für die Versorgung der Nutzer unerheblich ist, mittels welcher Frequenzen ein Unternehmen Telekommunikationsdienste anbietet; es besteht kein schutzwürdiges Interesse an einer spezifischen Versorgung mittels bestimmter Frequenzen, solange eine entsprechende Versorgung auf der Grundlage anderer Frequenzen gewährleistet ist. Vor diesem Hintergrund kann die Anrechnungsmöglichkeit dazu beitragen, Versorgungslücken zu schließen, indem ein Unternehmen, das schon mit den ihm bisher zugeteilten Frequenzen und einem entsprechenden Netzaufbau

in den Ballungsgebieten mehr als 50% der Bevölkerung erreicht, in einer zweiten Phase auch in weniger dicht besiedelten Gebieten zu investieren vermag, solange der Gesamtversorgungsgrad nicht unter 50% sinkt.

- 42 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die großen Netzbetreiber Fehlanreize für den Erwerb von Frequenzen ohne reale Nutzungsabsicht mit dem Ziel der Frequenzhortung und der Verdrängung potentieller Wettbewerber erhielten. Dieser Gefahr wird nach den plausiblen Darlegungen der Bundesnetzagentur dadurch begegnet, dass Frequenzen nur zugeteilt werden, wenn eine effiziente Frequenznutzung durch den Antragsteller sichergestellt ist (§ 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 TKG); andernfalls ist zudem ein Widerruf möglich (§ 63 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG) und regelmäßig auch geboten. Die Bundesnetzagentur hat sich (auch) in dem hier gegebenen Zusammenhang ausdrücklich darauf festgelegt, dass von allen Interessenten im Rahmen der Zulassung zur Versteigerung eine Verifizierung der Bietrechte durch Vorlage eines schlüssigen Frequenznutzungskonzepts verlangt wird. Im Übrigen hat schon das Verwaltungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die mit der Anrechnungsmöglichkeit einhergehende Ungleichbehandlung von kleineren Unternehmen gegenüber den etablierten Netzbetreibern im Hinblick auf deren bereits getätigte Investitionen an die unterschiedliche Ausgangslage anknüpft und ihr Rechnung trägt.
- 43 Davon abgesehen hat sich die Bundesnetzagentur mit der Zumutbarkeit der Versorgungsverpflichtung für Neueinsteiger ausdrücklich auseinandergesetzt und darauf hingewiesen, dass die relativ kleine, unter Berücksichtigung der Einwohnerstatistik tatsächlich zu versorgende Fläche von ca. 8% des Bundesgebietes durch einen Infrastrukturaufbau mindestens abgedeckt werden müsse, damit ein Netzbetreiber im Wettbewerb auf dem bundesweiten Markt bestehen könne. Diese Einschätzung erscheint vertretbar und wird von der Klägerin auch nicht substantiiert in Zweifel gezogen.
- 44 ii) Als rechtswidrig erweist sich schließlich auch nicht die in Nr. IV.5 der Allgemeinverfügung getroffene Regelung über das Mindestgebot, das für einen Frequenzblock von 2 x 5 bzw. 2 x 4,95 MHz (gepaart) auf 2 500 000 € (Nr. IV.5.1)

und davon ausgehend für einen Frequenzblock von 1 x 5 MHz (ungepaart) auf 1 250 000 € (Nr. IV.5.2) sowie für den einzigen Frequenzblock von 1 x 14,1 MHz (ungepaart) auf 3 550 000 € festgesetzt wurde (Nr. IV.5.3). Zur Begründung hat die Bundesnetzagentur erwogen, die Mindestgebote orientierten sich an dem unteren Wert des Gebührenrahmens für die Zuteilung einer Frequenz in einem GSM-Netz und sei so niedrig bemessen, dass eventuelle Wertminderungen streitbefangener Frequenzen mit umfasst seien; kleine und mittlere Unternehmen würden nicht diskriminiert, da das Mindestgebot der Zuteilungsgebühr entspreche, die im Falle der Zuteilung versteigerter Frequenzen ohnehin zu zahlen sei (a.a.O. S. 3732 ff. unter Bezugnahme auf die Begründung vom 7. April 2008, a.a.O. S. 625 f.).

- 45 Auf der Grundlage des § 61 Abs. 5 Satz 2 TKG, der im Rahmen der Versteigerungsregeln die Festsetzung eines Mindestgebotes ausdrücklich zulässt, ist die getroffene Regelung nicht zu beanstanden. Der Zweck der gesetzlichen Regelung zielt - jedenfalls in erster Linie - auf Verfahrenseffizienz. Sie soll vermeiden, dass Versteigerungen sich in die Länge ziehen, weil zunächst eine Vielzahl von Auktionsrunden mit Geboten unterhalb des späteren Versteigerungsergebnisses abgehalten wird (Jenny, a.a.O. Rn. 246; Wegmann, a.a.O. § 61 Rn. 34). Vor diesem Hintergrund ist es evident sachgerecht, das Mindestgebot als „Einstiegspreis“ an die gesetzliche Zuteilungsgebühr anzulehnen. Denn Versteigerungserlös und Zuteilungsgebühr sind kraft Gesetzes insofern miteinander verzahnt, als letztere im Fall des Versteigerungsverfahrens in dem Umfang erhoben wird, in dem sie den Erlös übersteigt (§ 142 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 TKG). Da die Gebühr mithin den Mindestbetrag darstellt, der von dem erfolgreichen Bieter auf jeden Fall zu entrichten ist, erfüllt ein Mindestgebot in gleicher Höhe den ihm zugedachten Zweck der Verfahrensbeschleunigung, ohne die Versteigerungsteilnehmer zusätzlich zu belasten.
- 46 Der Einwand der Klägerin, die Festsetzung des Mindestgebotes sei im vorliegenden Fall deshalb rechtswidrig, weil hinsichtlich der zur Vergabe gestellten Frequenzen „für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten“ ein gesetzlicher Gebührentatbestand nicht bestehe, trägt nicht. Die Frequenzgebührenverordnung vom 21. Mai 1997 (BGBl I S. 1226), zuletzt

geändert durch Verordnung vom 23. November 2006 (BGBl I S. 2661) enthält einen speziellen Gebührentatbestand für die Zuteilung einer Frequenz in einem GSM-Netz; die Gebühr beträgt für eine Referenzbandbreite bis 200 kHz zwischen 100 000 und 2 000 000 € (Buchst. B Nr.1.1 des Gebührenverzeichnisses); anknüpfend an den unteren Wert dieses Gebührenrahmens errechnet sich für eine Blockbandbreite von 5 MHz der in Nr. IV.5.1 veranschlagte Eckwert von 2 500 000 €. Das Argument der Klägerin, dieser Gebührentatbestand sei auf die hier zur Versteigerung anstehenden Frequenzen nicht übertragbar, verkennt zum einen, dass sich die Bundesnetzagentur seiner ausdrücklich nur als Orientierungshilfe für die Festsetzung des Mindestgebotes bediente, die ihrerseits nicht auf der gebührenrechtlichen Grundlage, sondern, wie erwähnt, auf § 61 Abs. 5 Satz 2 TKG beruht. Zum anderen übersieht die Klägerin, dass eine - als Modell für das Mindestgebot grundsätzlich geeignete - Zuteilungsgebühr auch außerhalb des zuvor erwähnten speziellen Gebührentatbestandes für sämtliche Entscheidungen nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 TKG erhoben wird; für sie ist in dem Auffangtatbestand (Buchst. D des Gebührenverzeichnisses) ein Rahmen zwischen 60 € und 5 000 000 € mit der Maßgabe vorgesehen, dass sich die Gebühr nach den Vorgaben u.a. des § 142 Abs. 2 Satz 4 TKG zu richten hat. Danach ist die Frequenzzuteilungsgebühr so festzusetzen, dass sie als Lenkungszweck die optimale Nutzung und eine den Zielen des Gesetzes verpflichtete effiziente Verwendung der Frequenzgüter sicherstellt; durch eine dem wirtschaftlichen Wert angemessene hohe Gebühr wird die bestmögliche Nutzung der knappen Ressourcen angestrebt (Roth, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 142 Rn. 50 f.). Von daher drängt es sich auf, dass der spezielle Gebührentatbestand in Buchst. B Nr. 1.1 des Gebührenverzeichnisses in dem Sinne als Anhaltspunkt auch für eine etwa hier in Rede stehende Gebührenfestsetzung heranzuziehen wäre, dass die von dem Erwerber zu tragende Zuteilungsgebühr bei Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten nicht unterhalb der unteren Grenze der Gebühr für die Zuteilung einer (reinen) GSM-Frequenz liegen kann (so der Sache nach zu Recht auch das Verwaltungsgericht, UA S. 32).

- 47 Vor diesem Hintergrund kann sich das festgesetzte Mindestgebot, wie von der Bundesnetzagentur zutreffend angenommen, nicht diskriminierend zu Lasten

kleiner und mittlerer Unternehmen auswirken, da auch ein solches Unternehmen die Gebühr entrichten müsste, falls sein erfolgreiches Gebot dahinter zurückbleiben sollte. Ebenso wenig führt die fehlende Differenzierung der Mindestgebote nach den unterschiedlichen Frequenzbereichen bzw. zwischen streitbefangenen und nicht streitbefangenen Frequenzen auf einen Abwägungsfehler. Denn diese Gesichtspunkte rechtfertigen es nicht, die untere Grenze des als Orientierungshilfe herangezogenen Gebührenrahmens weiter zu unterschreiten. Vielmehr hat die Bundesnetzagentur - gerade aus gebotener Rücksicht auf die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen - davon abgesehen, für einzelne wertvollere Frequenzbereiche höhere Mindestgebote festzulegen.

- 48 c) Soweit die Klägerin im Zusammenhang mit den vorstehenden Vergabebedingungen dem Verwaltungsgericht Verfahrensfehler, nämlich eine Verletzung des Überzeugungsgrundsatzes (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO), der Begründungspflicht (§ 108 Abs. 1 Satz 2 VwGO) sowie des rechtlichen Gehörs (§ 108 Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG) vorhält, bleiben auch diese Verfahrensrügen ohne Erfolg. Die von der Klägerin im Hinblick auf die Auslegung der angefochtenen Allgemeinverfügung mehrfach erhobene Rüge aktenwidriger Feststellungen setzt einen offensichtlichen Widerspruch zwischen den Feststellungen des Tatsachengerichts und dem insoweit unumstrittenen Akteninhalt voraus; wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, kann davon nicht die Rede sein. Im Übrigen wird der Überzeugungsgrundsatz verletzt, wenn das Gericht Umstände übergeht, deren Entscheidungserheblichkeit sich ihm auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung hätte aufdrängen müssen. Was die Begründungspflicht angeht, verlangt sie keine ausdrückliche Auseinandersetzung mit jedem vorgetragenen Gesichtspunkt, sondern nur eine vernünftige, der jeweiligen Sache angemessene Gesamtwürdigung. Erst wenn das Gericht auf den wesentlichen Kern des Vorbringens eines Beteiligten zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, nicht eingeht, verletzt dies regelmäßig die Begründungspflicht und zugleich den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Auch daran fehlt es hier erkennbar. Auf der Grundlage des materiellrechtlichen Standpunktes des Verwaltungsgerichts bedurfte es keiner weitergehenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil, das sich im Übrigen aus

den vorstehenden Erwägungen jedenfalls im Ergebnis in vollem Umfang als zutreffend erweist (§ 144 Abs. 4 VwGO).

49 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Neumann

Büge

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 33 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG).

Neumann

Büge

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG §§ 55, 61 Abs. 4 und 5, § 142 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 und 5

Stichworte:

Frequenz; Funkfrequenz; Zuteilung; Vergabe; Vergabebedingungen; Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zum Vergabeverfahren; sachlich und räumlich relevanter Markt; Frequenznutzungsbestimmungen; Versorgungsgrad; Mindestgebot; Zuteilungsgebühr; Beurteilungsspielraum.

Leitsatz:

Bei der Festlegung der fachlichen und sachlichen Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zum Vergabeverfahren, des für die Frequenznutzung sachlich und räumlich relevanten Marktes und der Frequenznutzungsbestimmungen steht der Bundesnetzagentur nach näherer Maßgabe des § 61 Abs. 4 Satz 2 TKG ein Ausgestaltungsspielraum zu, der einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt (im Anschluss an Urteil vom 23. März 2011 - BVerwG 6 C 6.10 -).

Urteil des 6. Senats vom 22. Juni 2011 - BVerwG 6 C 40.10

I. VG Köln vom 17.03.2010 - Az.: VG 21 K 7173/09 -