



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 6.10
VG 21 K 7769/09

Verkündet
am 23. März 2011
Bärhold
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge, Dr. Graulich, Vormeier und Dr. Bier

für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 17. März 2010 wird aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussercheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin, die öffentliche Mobilfunknetze nach dem GSM- und dem UMTS-Standard betreibt, wendet sich gegen eine Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur über die Vergabe weiterer Funkfrequenzen.
- 2 Die Frequenzausstattung der Klägerin und der drei anderen in Deutschland tätigen Mobilfunknetzbetreiber, die Mobilfunkdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, ist unterschiedlich. Im Bereich der Frequenzen unter 1 GHz, die sich wegen ihrer physikalischen Ausbreitungseigenschaften besonders für die Versorgung in der Fläche eignen, verfügen die beiden sog. D-Netzbetreiber über jeweils 2 x 12,4 MHz (gepaart) im 900-MHz-Band, während den beiden sog. E-Netzbetreibern, darunter der Klägerin, dort nur 2 x 5 MHz (gepaart) zu-

geteilt sind. Im Bereich der Frequenzen über 1 GHz halten demgegenüber die E-Netzbetreiber ein größeres Spektrum als die D-Netzbetreiber.

- 3 Die Unterschiede haben im Wesentlichen historische Gründe: Mit dem Markteintritt der D-Netzbetreiber im Jahr 1990 wurde diesen zunächst das seinerzeit verfügbare Spektrum aus dem 900-MHz-Bereich zugeteilt. Für die 1993 bzw. 1997 in den Markt getretenen E-Netzbetreiber standen Frequenzen im Bereich unter 1 GHz nicht mehr zur Verfügung, sodass sie zunächst Frequenzen im 1800-MHz-Bereich erhielten. Nachdem im Jahr 2005 das Bundesministerium der Verteidigung auf die militärische Nutzung von Frequenzen im Bereich von 900 MHz (sog. E-GSM-Band) verzichtet hatte, entschied die Bundesnetzagentur, diese Frequenzen zu gleichen Teilen von je 2 x 5 MHz (gepaart) den E-Netzbetreibern zuzuteilen, die in entsprechendem Umfang auf Frequenzen aus dem Bereich 1800 MHz verzichteten.

- 4 Infolge dieses Verzichts, des Freiwerdens weiterer bislang militärisch genutzter Frequenzen und des Übergangs von analogem auf digitalen Fernsehrundfunk wurden in der Folgezeit zunächst weitere 270 MHz in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz verfügbar, für die die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur die Durchführung eines Vergabeverfahrens in Form eines Versteigerungsverfahrens beschloss (Allgemeinverfügungen vom 19. Juni 2007, Vfg. 34/2007, ABI BNetzA S. 3115, und vom 7. April 2008, Vfg. 34/2008, ABI BNetzA S. 581). Nach Freiwerden weiterer 90 MHz, von denen 60 MHz auf den Frequenzbereich 800 MHz entfielen, erließ die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur schließlich die hier umstrittene Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 (Vfg. 59/2009, ABI BNetzA S. 3623). Darin entschied sie, die Vergabe der zuletzt freigewordenen Frequenzen mit dem bereits zuvor eingeleiteten Verfahren zur Vergabe von Frequenzen der Bereiche 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz zu verbinden (Teilentscheidung I). Die Allgemeinverfügung regelt des Weiteren die Anordnung des Vergabeverfahrens (Teilentscheidung II) sowie die Wahl des Vergabeverfahrens als Versteigerungsverfahren (Teilentscheidung III) und stellt Vergabebedingungen (Teilentscheidung IV) und Versteigerungsregeln (Teilentscheidung V) auf. Unter Nr. IV.3 i.V.m. Nr. V.1.5 enthält die Allgemeinverfügung eine Regelung über die Beschränkung der Biet-

rechte im 800-MHz-Bereich auf höchstens 2 x 20 MHz (gepaart) unter Anrechnung bestehender Frequenzausstattungen bei 900 MHz. Weiterhin sind unter Nr. IV.4 Frequenznutzungsbedingungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung unter besonderer Berücksichtigung der Frequenzen im Bereich von 800 MHz festgelegt.

- 5 Die Klägerin hat gegen die Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 Klage erhoben. Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit folgender Begründung abgewiesen: Die Klage sei, soweit sie sich gegen die Anordnung und die Auswahl des Vergabeverfahrens sowie die darauf bezogenen Regeln in den Frequenzbereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz richte, im Hinblick auf die Bestandskraft der vorangegangenen Verfügung vom 7. April 2008 unzulässig und im Übrigen unbegründet. Durch die Verfahrensverbindung werde die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt. Auch die Anordnung, dass der Zuteilung der Frequenzen ein Vergabeverfahren voranzugehen habe, sei rechtmäßig. Bei der Frage, ob für Frequenzzuteilungen in ausreichendem Umfang Frequenzen vorhanden seien, verfüge die Bundesnetzagentur über einen Beurteilungsspielraum. In dessen Rahmen sei das von der Behörde gefundene Ergebnis, dass die Nachfrage das zur Verfügung stehende Spektrum übersteige, nicht zu beanstanden. Die Vergabeanordnung sei auch frei von Ermessensfehlern. Rechtmäßig sei ferner die Anordnung, das Vergabeverfahren als Versteigerungsverfahren durchzuführen. Auch insoweit komme der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser sei auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass zuvor GSM-Lizenzen ohne Durchführung eines Versteigerungsverfahrens zugeteilt worden seien, nicht überschritten. Schließlich hielten auch die Festlegungen und Regeln des Vergabeverfahrens sowie die Versteigerungsregeln, soweit sie von der Klägerin angegriffen worden seien, der Überprüfung stand. Bei der Frage, ob und in welchem Umfang Bietrechte zu beschränken seien, habe die Bundesnetzagentur innerhalb des ihr auch insofern zustehenden Beurteilungsspielraums unter Abwägung des Interesses der E-Netzbetreiber an einer Bereinigung der ungleichen Wettbewerbssituation, des Interesses der D-Netzbetreiber an Zugang zu ausreichendem Spektrum für die Flächenversorgung und etwaigen Chancen für einen Neueinsteiger eine sachgerechte Regelung getroffen. Die Klägerin könne nicht verlangen, dass der von ihr für not-

wendig erachtete vollständige Ausgleich der Frequenzausstattungen Vorrang vor allen anderen Belangen habe.

- 6 Zur Begründung der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Revision macht die Klägerin geltend: Die Bundesnetzagentur habe mit der angefochtenen Allgemeinverfügung eine Sachentscheidung mit neuem Regelungsgehalt getroffen. Für die Verfahrensverbundung fehle es allerdings an der erforderlichen Gleichwertigkeit der verbundenen Verfahren, da die umstrittenen Regelungen durch die Auswechslung ihres Bezugsgegenstandes eine inhaltlich andere Bedeutung erhalten hätten als zuvor. Rechtswidrig sei auch die Anordnung des Vergabeverfahrens. Das Verwaltungsgericht habe der Bundesnetzagentur zu Unrecht einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Feststellung einer Frequenzknappheit zugebilligt. Jedenfalls aber seien der Behörde Beurteilungsfehler in Bezug auf die Bedarfsermittlung unterlaufen. Überdies leide die Vergabeanordnung an einem Ermessensausfall. Zu beanstanden sei ferner die Entscheidung der Bundesnetzagentur, das Vergabeverfahren als Versteigerungsverfahren durchzuführen. Auch insoweit sei die Annahme eines Beurteilungsspielraums fehlerhaft. Jedenfalls begegne das Versteigerungsverfahren unter den hier gegebenen Umständen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, da auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt bereits Frequenzen ohne vorherige Durchführung eines Versteigerungsverfahrens zugeteilt worden seien. Schließlich seien die Regeln des Vergabeverfahrens und die Versteigerungsregeln defizitär, weil die Beklagte weitergehende Beschränkungen zulasten der D-Netzbetreiber hätte anordnen müssen. Die angegriffene Bietrechtsbeschränkung im 800-MHz-Band habe es den D-Netzbetreibern ermöglicht, dort so viele Frequenzen zu erwerben, dass der Rest für die beiden E-Netzbetreiber nicht ausgereicht habe. Es sei von Anfang an vorhersehbar gewesen, dass einer der beiden kleineren Netzbetreiber bei der Versteigerung dieser Frequenzen leer ausgehen werde. Unvertretbar sei die Entscheidung der Bundesnetzagentur insbesondere deshalb, weil die Bietrechte der ohnehin schon privilegierten D-Netzbetreiber bei der Anrechnung der bestehenden Frequenzausstattung im 900-MHz-Band aufgerundet worden seien; jedenfalls hätten die ihnen zugestanden Bietrechte mit einem Verzicht auf Nutzungsrechte im Frequenzbereich von 900 MHz verknüpft werden müssen.

7 Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Verwaltungsgerichts

1. die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 hinsichtlich der Teilentscheidungen zu I, II und III aufzuheben,

2. hilfsweise zu 1.:

die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 im Hinblick auf Nr. IV.3.2 Satz 3 dahingehend aufzuheben und abzuändern, dass die Bietrechte der D-Netzbetreiber auf „2 x 5 MHz (gepaart) im Bereich von 800 MHz“ festgesetzt werden, sowie im Hinblick auf Nr. V.1.5 Satz 4 dahingehend aufzuheben und abzuändern, dass für die D-Netzbetreiber die „maximalen Bietberechtigungen in Lot Ratings im Bereich von 800 MHz“ auf „2“ festgesetzt werden,

3. hilfsweise zu 2.:

die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 im Hinblick auf Nr. IV.3.2 Satz 3 sowie V.1.5 Satz 4 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, Nr. IV.3.2 und V.1.5 der angefochtenen Entscheidungen dahingehend zu ändern, dass die D-Netzbetreiber nur dann Bietrechte im Umfang von 2 x 10 MHz und damit korrespondierende Lot Ratings im Frequenzbereich 800 MHz ausüben dürfen, wenn sie auf je 2 x 2,4 MHz im Frequenzbereich 900 MHz verzichten,

4. hilfsweise zu 2. und 3.:

die Beklagte unter Aufhebung der Teilentscheidungen zu IV und V der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Teilentscheidung zu IV und V neu zu entscheiden,

5. hilfsweise zu 4.:

die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 hinsichtlich der Teilentscheidungen zu IV und V aufzuheben.

8 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

9 Sie verteidigt das Urteil des Verwaltungsgerichts.

II

10 Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht, soweit es die Klage hinsichtlich der mit dem Hauptantrag angegriffenen Teilentscheidungen zu I, II und III der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 abgewiesen hat, und erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat nicht möglich, da es an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlt. Dies führt zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

11 1. Die Klage ist mit dem Hauptantrag zulässig.

12 a) Die Anfechtungsklage gegen die genannten Teilentscheidungen ist in vollem Umfang statthaft. Dies gilt entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch insoweit, als bereits die - von der Klägerin nicht angegriffene - Allgemeinverfügung vom 7. April 2008 bestimmte Regelungen in Bezug auf die Frequenzbereiche 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz inhaltsgleich mit der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 getroffen hatte. Die Auslegung der hier angefochtenen Allgemeinverfügung, zu der im Hinblick auf die die Problematik nicht erschöpfenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts der Senat selbst berechtigt ist (Urteil vom 14. Februar 2007 - BVerwG 6 C 28.05 - Buchholz 442.066 § 150 TKG Nr. 3 Rn. 24), ergibt, dass es sich insgesamt um eine neue Sachentscheidung und nicht lediglich um eine wiederholende Verfügung handelt. Durch die Verbindung des seinerzeit bereits eingeleiteten Vergabeverfahrens für Frequenzen der Bereiche von 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz mit der Vergabe

der neu hinzugetretenen Frequenzen der Bereiche 800 MHz und 1,8 GHz sollte der Frequenzzugang flexibilisiert und die Entstehung künstlicher Frequenzknappheiten vermieden werden. Dadurch ist insgesamt ein neuer Verfahrensgegenstand entstanden, sodass auch wortgleich übernommene Bestimmungen einen neuen Regelungsgehalt aufweisen. Demgemäß hat sich die Bundesnetzagentur in den Gründen der Vergabeanordnung wie auch der übrigen angefochtenen Teilentscheidungen mit den im Anhörungsverfahren erhobenen Einwänden insgesamt und nicht nur im Hinblick auf die neu einbezogenen Frequenzen sachlich auseinandergesetzt. Der Hinweis des Verwaltungsgerichts auf die Befugnis der Bundesnetzagentur, durch zweckmäßige Zusammenfassung mehrerer Beschlusskammerentscheidungen in einer Allgemeinverfügung bzw. durch ihre Aufteilung auf mehrere Allgemeinverfügungen die Rahmenbedingungen für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu beeinflussen (s. Urteil des Senats vom 1. September 2009 - BVerwG 6 C 4.09 - BVerwGE 134, 368 Rn. 27 = Buchholz 442.066 § 55 TKG Nr. 1), verfährt demgegenüber nicht. Diese Befugnis bezieht sich auf eine „horizontale“ Abschichtung einzelner Teilentscheidungen, nicht aber auf eine „vertikale“ Aufspaltung nach Frequenzbereichen, die im Anfechtungsrechtsstreit praktisch kaum lösbar Probleme aufwerfen würde.

- 13 b) Die Klägerin ist in Bezug auf die ersten drei Teilentscheidungen der angefochtenen Allgemeinverfügung klagebefugt, denn sie kann im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, in ihren Rechten verletzt zu sein. Die Vergabeanordnung (§ 55 Abs. 9 Satz 1 TKG) wandelt den Anspruch auf Einzelzuteilung von Frequenzen (§ 55 Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 TKG) in einen Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Vergabeverfahren um. Daher ist ein Unternehmen wie die Klägerin, das einen noch nicht bestandskräftig abgelehnten Antrag auf Einzelzuteilung gestellt hat, im Hinblick auf die in den geltend gemachten Zuteilungsanspruch eingreifende Vergabeanordnung klagebefugt, wenn - wie hier - deren Rechtswidrigkeit nach dem Klagevorbringen zumindest möglich erscheint und auch der behauptete Einzelzuteilungsanspruch ohne die umstrittene Vergabeanordnung nicht ausgeschlossen ist (Urteil vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 16 f.). Ebenso wird die materielle Rechtsposition der Klägerin durch die Auswahl des Versteigerungsverfahrens berührt, da diese den Fre-

quenzzugang auf einen Erwerb im Wege des Höchstgebotes verengt (Urteil vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 19); auch insoweit scheidet eine subjektive Rechtsverletzung jedenfalls nicht von vornherein aus.

- 14 c) Auf die Anordnung der Bundesnetzagentur über die Durchführung des Vergabeverfahrens und die Auswahl der Verfahrensart findet § 44a VwGO, wonach Rechtsschutz nur im Zusammenhang mit der abschließenden Sachentscheidung in Anspruch genommen werden kann, keine Anwendung (Urteil vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 22).
- 15 d) Soweit aufgrund der im Frühjahr 2010 durchgeführten Auktion bereits Frequenzzuteilungen an diejenigen ausgesprochen worden sind, die die Höchstgebote abgegeben hatten, beseitigt dies nicht das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin für die Anfechtung der hier umstrittenen Allgemeinverfügung. Die Klägerin trägt hinsichtlich der im gestuften Verfahren (vgl. Urteil vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 25) ergangenen Teilentscheidungen eine Anfechtungslast, da sie sich sonst deren Bestandskraft in einem etwaigen Rechtsstreit gegen die Frequenzzuteilungen entgegenhalten lassen müsste.
- 16 2. Die Begründung, mit der das Verwaltungsgericht die Klage hinsichtlich des Hauptantrages abgewiesen hat, hält der Überprüfung nicht stand. Zwar wäre das angefochtene Urteil - auch hinsichtlich des für unzulässig erachteten Teils des Klagebegehrens - im Ergebnis zutreffend (§ 144 Abs. 4 VwGO), wenn die Klage sich insgesamt als unbegründet erwiese. Ein dahingehender Ausspruch ist dem Senat aber auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht möglich.
- 17 a) Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die Vergabe der zuletzt freigegebenen Frequenzen der Bereiche 800 MHz und 1,8 GHz mit der Vergabe der schon länger verfügbaren Frequenzen der Bereiche 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz zu einem gemeinsamen Verfahren zu verbinden (Teilentscheidung I), ist der gerichtlichen Überprüfung nicht isoliert, sondern nur gemeinsam mit der Vergabeanordnung (Teilentscheidung II) zugänglich, auf die sich der Verbindungsbeschluss bezieht. Ob die Verbindung der Vergabeverfahren im Hinblick

auf die von der Bundesnetzagentur erwarteten Beschleunigungs- und Synergieeffekte zur optimalen Erreichung der bei der Frequenzordnung zu beachtenden Regulierungsziele (§ 52 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 TKG) geeignet und mit dem drittschützenden Diskriminierungsverbot (§ 55 Abs. 1 Satz 3 TKG) vereinbar ist, hängt wesentlich davon ab, ob für die Gesamtheit der verbundenen Frequenzen die Voraussetzungen gegeben sind, die das Gesetz an den Erlass einer Vergabeanordnung knüpft.

- 18 b) Eine Vergabeanordnung kann gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1 i.V.m. § 61 TKG nach Anhörung der betroffenen Kreise erlassen werden, wenn für Frequenzzuweisungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind. Ob die Voraussetzungen für den Erlass einer Vergabeanordnung im vorliegenden Fall erfüllt sind, kann der Senat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen (aa); bejahendenfalls liegt ein Ermessensfehler der Bundesnetzagentur nicht vor (bb).
- 19 aa) Die in beiden Alternativen des § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG vorausgesetzte Frequenzknappheit kann sich entweder aus der bereits feststehenden Tatsache eines Antragsüberhangs (§ 55 Abs. 9 Satz 1 Alt. 2) oder aus der Prognose einer mangelnden Verfügbarkeit von Frequenzen ergeben (§ 55 Abs. 9 Satz 1 Alt. 1; s. auch Urteil vom 26. Januar 2011 - BVerwG 6 C 2.10 - juris Rn. 25; Marwinski, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 55 Rn. 44). Unter Berücksichtigung des Gesetzeswortlautes wie auch des systematischen Zusammenhangs der beiden Fallvarianten des § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG bezieht sich die zuletzt erwähnte Prognose darauf, dass im Zuteilungszeitpunkt eine das verfügbare Frequenzspektrum übersteigende Anzahl von Zuteilungsanträgen gestellt sein wird. Grundlage dieser Prognose ist die Feststellung eines überschießenden Frequenzbedarfs. Bei dieser Feststellung als solcher steht der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum nicht zu.
- 20 Eine mit einer Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle verbundene Befugnis zur Letztentscheidung wird der Verwaltung dort zuerkannt, wo ihr das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abver-

langt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben. Unbestimmte Rechtsbegriffe, die für sich genommen einen Beurteilungsspielraum nicht begründen, können unter Umständen wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt (stRspr; s. nur BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 1992 - 1 BvR 167/87 - BVerfGE 88, 40 <61>; Urteil vom 20. Februar 2001 - 2 BvR 1444/00 - BVerfGE 103, 142 <156 f.>; Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2009 - 1 BvR 3151/07 - NVwZ 2010, 435 <437 f.>; BVerwG, Urteil vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 20 = Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 1; jeweils m.w.N.). Dabei steht der Umstand, dass eine Verwaltungsentscheidung mit einer Grundrechtsbeeinträchtigung verbunden ist, der Annahme einer Letztentscheidungsermächtigung nicht entgegen; die Rechtfertigungsanforderungen steigen aber mit der Intensität des Grundrechtseingriffs (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2009 a.a.O. S. 440). Eine der Verwaltung übertragene Letztentscheidungsbefugnis bezieht sich überdies grundsätzlich nicht auf die Feststellung der für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen. Bei ihnen ist die gerichtliche Überprüfung darauf zu erstrecken, ob sie wirklich vorliegen, und nicht nur darauf, ob sie von der Behörde in vertretbarer Weise angenommen worden sind (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Dezember 2009 a.a.O. S. 438; BVerwG, Urteil vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 21 m.w.N.).

- 21 Daran gemessen rechtfertigt die Feststellung eines Bedarfsüberhangs als Grundlage für die Prognose, dass mit einer die verfügbaren Frequenzen übersteigenden Anzahl von Anträge zu rechnen ist (§ 55 Abs. 9 Satz 1 Alt. 1 TKG), für sich genommen nicht die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums. Anders als bei der Prognose selbst, die die Bewertung eines ausreichenden Frequenzumfangs zur Erbringung von Leistungen in einem wettbewerblichen Umfeld einschließt, zählt die Bedarfsfeststellung als solche zu der entscheidungserheblichen Tatsachengrundlage, die wirklich gegeben und nicht nur vertretbar angenommen worden sein muss. Die Vergabeanordnung mit der Frequenzversteigerung als Regelfolge (§ 61 Abs. 2 Satz 1 TKG) stellt sich als eine objektive

Berufszulassungsschranke dar, die nur als Konsequenz einer durch Frequenzbewirtschaftung zu bewältigenden Knappheitssituation mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Aufgrund der mit dem Vergabeverfahren verbundenen Kosten und Risiken für alle Antragsteller ist dieses Verfahren nur gerechtfertigt, wenn ein Bedarfsüberhang an Frequenzen tatsächlich besteht (Geppert, in: BeckTKG, 2. Aufl. 2000, § 10 Rn. 6; Selmer, in: NVwZ 2003, 1304 <1310>). Hierfür steht in Gestalt des förmlichen Bedarfsermittlungsverfahrens, bei dem die Bundesnetzagentur zur Vorbereitung ihrer Entscheidung über den Erlass einer Vergabeanordnung öffentlich dazu auffordert, innerhalb einer angemessenen Frist Bedarfsmeldungen in Bezug auf die fraglichen Frequenzen einzureichen, ein in der Praxis erprobtes, aussagekräftiges Verfahren zur Verfügung, das zudem den unionsrechtlich vorgegebenen Kriterien der Objektivität, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit genügt (Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste - Rahmenrichtlinie, RRL - und Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 sowie Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste - Genehmigungsrichtlinie, GRL -; vgl. dazu Geppert a.a.O.; Wegmann, in: BerlKommTKG, 2. Aufl. 2009, § 55 Rn. 51; Kroke, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, § 55 Rn. 72; Göddel, in: Beck TKG, 3. Aufl. 2006, § 55 Rn. 11). Zwar ist ein förmliches Bedarfsermittlungsverfahren in § 55 Abs. 9 TKG nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Wird es - wie hier - nicht (zeitnah) vor dem Erlass der Vergabeanordnung durchgeführt, ist die Bundesnetzagentur aber jedenfalls gehalten, auf Erkenntnisse zurückzugreifen, die eine vergleichbare Gewähr für die zutreffende Erfassung des aktuellen Frequenzbedarfs bieten und somit als Grundlage für die Prognose einer (nicht) ausreichenden Verfügbarkeit von Frequenzen nicht weniger geeignet sind.

- 22 Im vorliegenden Fall hat die Bundesnetzagentur anstelle einer aktuellen Bedarfsermittlung auf eine Mischung von Erkenntnissen aus teilweise lange zurückliegenden Bedarfsabfragen bezüglich einzelner der - nunmehr zur gemeinsamen Vergabe zusammengefassten - Frequenzspektren, bestimmten neueren Bedarfsmeldungen und eigenen Bedarfsabschätzungen zurückgegriffen. In dieser Konstellation hätte sich das Verwaltungsgericht eine eigene Überzeu-

gung darüber bilden müssen, ob ein Bedarfsüberhang auf dieser Grundlage nachgewiesen ist. Diesen Anforderungen entspricht das angefochtene Urteil nicht vollständig. Denn es begnügt sich mit der Feststellung, dass der von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegte Frequenzbedarf auf vertretbaren, auf Tatsachen gestützten Annahmen beruhe. Das Ermittlungsdefizit bezieht sich insbesondere auf die gerichtliche Kontrolle der nicht hinreichend begründeten Prämisse der Bundesnetzagentur, dass die bis in das Jahr 2005 rückreichenden Bedarfsmeldungen nach wie vor für „stabil“ gehalten würden. Zudem wurde nicht näher untersucht, inwieweit das neu hinzugekommene Spektrum unterhalb von 1 GHz - insbesondere in Anbetracht der mit der Verfahrensverbundung bezweckten „Entschärfung des Bietwettbewerbs“ (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3648) - Auswirkungen auf den angenommenen Bedarfsüberhang hinsichtlich der Frequenzen oberhalb von 1 GHz hat. Das Verwaltungsgericht hat zwar nicht verkannt, dass die mit der Verfahrensverbundung bewirkte Ausweitung des verfügbaren Frequenzspektrums eine etwa vorhandene Frequenzknappheit unter Umständen mildern kann, sich insoweit aber einer abschließenden eigenen Überprüfung enthalten. Da der Senat die fehlenden tatsächlichen Feststellungen und Bewertungen nicht selbst vornehmen kann, muss das Verwaltungsgericht Gelegenheit erhalten, sie nachzuholen. Dabei wird es gegebenenfalls auch auf spätere Erkenntnisse, etwa über den tatsächlichen Ablauf und die Ergebnisse des Versteigerungsverfahrens, zurückgreifen können, soweit diese Hilfstatsachen nach seiner Überzeugung den Rückschluss auf einen bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Vergabeanordnung bestehenden Bedarfsüberhang zulassen.

- 23 bb) Unter der Prämisse, dass die Knappheitsprognose der Bundesnetzagentur nach erneuter Überprüfung eine ausreichende tatsächliche Grundlage hat, ist das Verwaltungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der Behörde beim Erlass der Vergabeanordnung ein Ermessensfehler nicht unterlaufen ist. Bei bestehender Knappheit schließt § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG die Einzelzuteilung der betreffenden Frequenzen in der Regel aus. In einer solchen Situation ist die Ermessensentscheidung („kann“) der Bundesnetzagentur infolge der Grundrechtsbindung (Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG) und des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes (Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2, Art. 7 Abs. 3 GRL) regelmäßig

im Sinne des Erlasses einer Vergabeanordnung vorgeprägt; nur ausnahmsweise darf unter Berücksichtigung der Regulierungsziele trotz Frequenzknappheit vom Erlass einer Vergabeanordnung abgesehen werden (Urteil vom 26. Januar 2011 a.a.O. Rn. 25 m.w.N.). Demgemäß bedarf es ausdrücklicher Ermessenserwägungen nicht im Regel-, sondern nur im Ausnahmefall.

- 24 Soweit sich die Klägerin für einen solchen Ausnahmefall auf das sog. GSM-Konzept der Bundesnetzagentur (Vfg. 88/2005 vom 21. November 2005, ABl BNetzA S. 1852) beruft, vermag dies nicht zu überzeugen. Wie vom Verwaltungsgericht zu Recht ausgeführt, hat dieses Konzept nicht die Qualität einer das Ermessen der Bundesnetzagentur für eine unbestimmte Vielzahl von Vergabefällen generell bindenden Ermessensrichtlinie, sondern es reagierte ausdrücklich nur auf die damals konkret entstandene Möglichkeit, die aus der militärischen Nutzung freigegebenen sog. E-GSM-Frequenzen zwischen 880 und 935 MHz für den digitalen zellularen Mobilfunk zur Verfügung zu stellen. Das GSM-Konzept regelte den Sonderfall einer Frequenzverlagerung durch Zuteilung dieser Frequenzen an die beiden E-Netzbetreiber Zug um Zug gegen die Rückgabe bisher von diesen genutzter Frequenzen aus dem 1,8-GHz-Band, deren Neuzuteilung ihrerseits einer späteren diskriminierungsfreien Vergabe vorbehalten wurde. Vor diesem Hintergrund trifft das Argument der Klägerin, das GSM-Konzept offenbare grundlegende Wertungen der Behörde im Zusammenhang mit der Zuteilung der für die Flächenversorgung geeigneten Frequenzen unterhalb von 1 GHz, nicht zu. Die Bundesnetzagentur ist in einem bestimmten historischen Einzelfall ausnahmsweise von dem bei Frequenzknappheit sonst gebotenen Vergabeverfahren abgewichen; daraus folgt unter keinem Gesichtspunkt, dass eine spätere Ermessensausübung, die dem gesetzlichen Regelfall folgt, ihrerseits besonders begründungsbedürftig wäre.
- 25 Auch der Hinweis der Klägerin auf die Richtlinie 2009/114/EG vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinie 87/372/EWG führt nicht auf einen Ermessensfehler der Bundesnetzagentur. Mit der Änderungsrichtlinie wird eine Flexibilisierung der Nutzung des 900-MHz-Bandes zwischen 880 und 960 MHz bezweckt. Wie ihrem Art. 1 Abs. 1 sowie den Erwägungsgründen zu 2 bis 4 entnehmen ist, soll die Nutzung der genannten, gemeinschaftsweit zu-

nächst technologiebezogen für die GSM-Nutzung zugewiesenen Frequenzen für andere terrestrische Systeme verfügbar gemacht werden; gemäß Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob aufgrund der bestehenden Zuteilung des 900-MHz-Bands Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind, und diese durch geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen zu beheben. Die Klägerin meint, dass die Bundesnetzagentur gemäß dem Normzweck dieser Bestimmung vorrangig eine unmittelbare Zuteilung der nunmehr verfügbaren 800-MHz-Frequenzen an die E-Netzbetreiber in Betracht zu ziehen hatte; dem ist das Verwaltungsgericht unter Berücksichtigung der Erwägungen der Bundesnetzagentur zu Recht nicht gefolgt. Die Behörde hat sich in ihrer zeitgleich mit der hier angefochtenen Allgemeinverfügung erlassenen Entscheidung vom 12. Oktober 2009 zur Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte für drahtlose Netzzugänge zum Angebot von Telekommunikationsdiensten (Vfg. 58/2009, ABI BNetzA S. 3575 <3603 ff.>) mit den Konsequenzen, die aus der geänderten GSM-Richtlinie sowohl für das 900-MHz-Band, in welchem ein etwa erforderlicher Ausgleich vorrangig stattzufinden hätte, als auch für die hier umstrittenen 800-MHz-Frequenzen zu ziehen sind, im Einzelnen auseinandergesetzt. Danach wurde im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung eine regulatorische Umverteilung des 900-MHz-Spektrums nicht für geboten erachtet, weil einerseits eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie nicht vorliege, solange die D-Netzbetreiber ihre 900-MHz-Frequenzen weiterhin ausschließlich für GSM-Anwendungen nutzten, und andererseits nunmehr ein für die Flächenversorgung geeignetes Spektrum im Bereich von 800-MHz zur Verfügung stehe, zu dem (auch) die E-Netzbetreiber nach Maßgabe der Vergabebedingungen chancengleichen Zugang hätten. In Anbetracht des Umstandes, dass die Zweifel der Klägerin an der Geeignetheit der von der Bundesnetzagentur in die Vergabebedingungen aufgenommenen Bietrechtsbeschränkung die Vergabeanordnung als solche nicht in Frage stellen, waren bei dem - durch § 55 Abs. 9 TKG vorgeprägten - Erlass der Vergabeanordnung weitergehende Erwägungen nicht veranlasst.

- 26 c) Auch im Hinblick auf die Entscheidung der Bundesnetzagentur für die Durchführung eines Versteigerungsverfahrens (Teilentscheidung III) steht die Abwei-

sung der Klage - selbst unter der Prämisse, dass die Vergabeanordnung rechtmäßig ist - nicht in vollem Umfang mit Bundesrecht in Einklang.

- 27 aa) Ein Vergabeverfahren kann gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 TKG als Versteigerungsverfahren oder als Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden. Bei der danach vorzunehmenden Verfahrensbestimmung hat die Bundesnetzagentur zwar kein Ermessen, denn nach § 61 Abs. 2 Satz 1 TKG ist grundsätzlich das Versteigerungsverfahren durchzuführen, falls dieses Verfahren nicht ausnahmsweise ungeeignet zur Erreichung der Regulierungsziele ist. Im Hinblick auf diese Bewertung ist aber - auf der Tatbestandsseite der Norm - eine Einschätzungsprärogative der Bundesnetzagentur anzuerkennen. Sie rechtfertigt sich aus der Notwendigkeit, zur Bestimmung der Geeignetheit bzw. Ungeeignetheit des Versteigerungsverfahrens in eine komplexe Abwägung der Regulierungsziele einzutreten, was die Gewichtung und den Ausgleich gegenläufiger öffentlicher und privater Belange einschließt. Dementsprechend wird in Bezug auf § 61 Abs. 2 Satz 1 TKG ein Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur im Schrifttum nahezu einhellig befürwortet (Kroke, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, § 61 Rn. 19; Jenny, in: Heun, HdbTKR, D Rn. 196; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG 2001, § 11 Rn. 16; Selmer, a.a.O. S. 1311; Koenig/Hasenkamp, K&R 2009, 696 <699>; vgl. auch Urteile vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 - BVerwGE 130, 39 Rn. 28 = Buchholz 442.066 § 132 TKG Nr. 1 und vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 47, jeweils zu § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG).
- 28 Dieser Beurteilungsspielraum ist freilich zum einen dadurch eingeschränkt, dass § 61 Abs. 2 Satz 1 TKG ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Versteigerungsverfahrens vorgibt, also grundsätzlich von der Geeignetheit dieses Verfahrens zur Erreichung der Regulierungsziele ausgeht. Der Gesetzgeber unterstellt generalisierend, dass das erfolgreiche Gebot die Bereitschaft und die Fähigkeit belegt, die zuzuteilenden Frequenzen im marktwirtschaftlichen Wettbewerb optimal einzusetzen (BTDrucks 15/2316 S. 80). Eine gegenläufige Einschränkung ergibt sich aus § 61 Abs. 2 Satz 2 TKG. Dort heißt es mit Blick auf die ausnahmsweise fehlende Eignung des Versteigerungsverfahrens zur Sicherstellung der Regulierungsziele, dass dies - insbesondere - unter zwei

alternativen Voraussetzungen der Fall sein kann, nämlich wenn entweder auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt, für den die Funkfrequenzen unter Beachtung des Frequenznutzungsplanes verwendet werden dürfen, bereits Frequenzen ohne vorherige Durchführung eines Versteigerungsverfahrens zugeteilt wurden oder ein Antragsteller für die zuzuteilenden Frequenzen eine gesetzlich begründete Präferenz geltend machen kann. Die beiden Fallbeispiele, die dadurch gekennzeichnet sind, dass das beispielhaft erläuterte Tatbestandsmerkmal - die Ungeeignetheit des Versteigerungsverfahrens - nicht (regelmäßig) vorliegt, sondern eben nur vorliegen „kann“, sind weder abschließend noch zwingend (Jenny, a.a.O. Rn. 197). Die gesetzliche Regelung ist als ein qualifizierter Prüfauftrag in dem Sinne zu verstehen, dass die Bundesnetzagentur die Verfahrensart in den angesprochenen Fallkonstellationen mit Blick auf die Sicherstellung der Regulierungsziele einer detaillierten Eignungsprüfung zu unterziehen hat. Dabei führt das Vorliegen eines der beiden Regelbeispiele zwar nicht zu einer Umkehrung, wohl aber zu einer Aufhebung des in § 61 Abs. 2 Satz 1 TKG angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses, so dass die Geeignetheit des Versteigerungsverfahrens in dieser Situation ohne gesetzliche Vorsteuerung anhand der Regulierungsziele zu beurteilen ist (so im Ergebnis auch Spoerr, a.a.O. Rn. 22 sowie Hahn/Hartl, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 61 Rn. 11). Im vorliegenden Fall lässt sich aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht beurteilen, ob das Fallbeispiel des § 61 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 TKG vorliegt (1); von der Beantwortung dieser Frage hängt die Rechtmäßigkeit der von der Bundesnetzagentur getroffenen Entscheidung ab (2).

- 29 (1) Wie vom Verwaltungsgericht festgestellt und im Übrigen zwischen den Beteiligten nicht umstritten, wurden die zur Flächenversorgung besonders geeigneten Frequenzen aus dem 900-MHz-Bereich in der Vergangenheit ohne Versteigerungsverfahren zugeteilt: Die beiden D-Netzbetreiber haben ihr diesbezügliches Frequenzspektrum von jeweils 2 x 12,4 MHz (gepaart) Anfang der 1990er Jahre außerhalb einer Auktion erlangt. Auch die Frequenzausstattung der Klägerin und der anderen E-Netzbetreiberin im 900-MHz-Band von jeweils 2 x 5 MHz (gepaart) beruht nicht auf einer Versteigerung, sondern gemäß dem GSM-Konzept der Bundesnetzagentur auf den Frequenzverlagerungsbescheiden vom 3. Februar 2006. Demgegenüber hat sich die Bundesnetzagentur für

ihre hier umstrittene Entscheidung zugunsten eines Versteigerungsverfahrens (auch) für die 800-MHz-Frequenzen, die den 900-MHz-Frequenzen in den Ausbreitungseigenschaften ähneln, auf den Schutzzweck des § 61 Abs. 2 Satz 2 TKG berufen, wettbewerbliche Benachteiligungen durch asymmetrische Marktzutrittsbedingungen zu verhindern: Auch unter Berücksichtigung bislang unterschiedlicher Marktzutrittsbedingungen seien symmetrische Bedingungen für den Frequenzzugang dann umso wichtiger, wenn Frequenzen für denselben sachlich und räumlich relevanten Markt gleichzeitig oder annähernd gleichzeitig vergeben würden (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3668).

- 30 Diese Argumentation ist insofern defizitär, als der sachlich und räumlich relevante Markt nicht hinreichend abgegrenzt worden ist. Der Begriff des relevanten Marktes in § 61 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 TKG entspricht dem Marktbegriff des § 10 Abs. 1 TKG und folgt dem sog. Bedarfsmarktkonzept (Jenny, a.a.O. Rn. 216; Kroke, a.a.O. Rn. 35; Koenig/Hasenkamp, a.a.O. S. 698). Während räumlich relevant das Gebiet ist, in dem die in Rede stehenden Produkte nachgefragt und vertrieben werden und die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, kommt es für die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes auf die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte aus Nachfrager- und Anbietersicht an. Zu dem sachlich relevanten Markt gehören diejenigen Produkte, die wegen ihrer objektiven Merkmale, der Wettbewerbsbedingungen und der Struktur von Angebot und Nachfrage hinreichend austauschbar bzw. substituierbar sind; Produkte, die nur in geringem Maß oder nur relativ austauschbar sind, gehören regelmäßig nicht demselben Markt an (Urteile vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 26, vom 28. Januar 2009 - BVerwG 6 C 39.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 3 Rn. 18; Beschluss vom 28. Januar 2010 - BVerwG 6 B 50.09 - Buchholz 442.066 § 135 TKG Nr. 1 Rn. 11; s. auch bereits Urteil vom 25. April 2001 - BVerwG 6 C 6.00 - BVerwGE 114, 160 <170 f.> = Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 1 zu § 33 TKG 1996).
- 31 Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur genügt diesen Anforderungen nicht. Die Behörde hat den relevanten Markt, für den die zu vergebenden Frequenzen verwendet werden dürfen, in räumlicher Hinsicht als das Bundesgebiet und in sachlicher Hinsicht als den Markt für den drahtlosen Netzzugang

zum Angebot von Telekommunikationsdiensten bestimmt (Nr. IV.2 der angefochtenen Allgemeinverfügung zu § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 TKG). Zur Begründung der sachlichen Marktabgrenzung hat sie darauf verwiesen, der weit gefasste Markt entspreche den Widmungen der Frequenzbereiche im Frequenznutzungsplan; aufgrund der Flexibilisierung der Frequenznutzungsrechte bestehe die Möglichkeit, regulatorische Maßnahmen derart aufeinander abzustimmen, dass (sämtliche) Funkanwendungen zur flächendeckenden Versorgung mit schnellen Internetzugängen beitragen könnten (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3677). Damit hat die Behörde den Widmungsbereich der Frequenzen auf der Grundlage des Frequenznutzungsplans mit dem sachlich relevanten Markt gleichgesetzt, ohne das Nachfrager- und Anbieterverhalten empirisch zu ermitteln. Zwar kann die öffentlich-rechtliche Widmung der Frequenzen das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflussen; dies ist jedoch auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts festzustellen (so die berechnete Kritik von König/Hasenkamp a.a.O.). Dass die Bundesnetzagentur die anerkannten Marktabgrenzungskriterien nicht hinreichend berücksichtigt hat, wird auch daran deutlich, dass sie an anderer Stelle, nämlich im Zusammenhang mit der Verfahrensverbundung, ausdrücklich klargestellt hat, dass es ihr „nicht auf die (...) Austauschbarkeit der 800-MHz-Frequenzen mit den weiteren zur Vergabe stehenden Frequenzen ankommt“ (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3648), von denen sie sich nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts immerhin in ihren Ausbreitungseigenschaften wesentlich unterscheiden.

- 32 (2) Auf der Grundlage der noch vorzunehmenden Marktabgrenzung kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Beurteilung der Geeignetheit des Versteigerungsverfahrens als unplausibel und damit wegen Überschreitung der Grenzen des Beurteilungsspielraums als rechtswidrig erweist. Abgesehen davon, dass die Behörde vom Regelvorrang des Versteigerungsverfahrens ausgegangen ist, der unter den Voraussetzungen des § 61 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 TKG entfielen, ist die gleichzeitige oder annähernd gleichzeitige Vergabe der Frequenzen auf „denselben sachlich und räumlich relevanten Markt“ wesentlicher Bestandteil der Begründungserwägungen der Bundesnetzagentur (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3668). Die Entscheidungserheblichkeit der Marktabgrenzung entfällt auch nicht deshalb, weil

jedenfalls als feststehend angenommen werden könnte, dass die seinerzeit zugeteilten, von der Klägerin vergleichsweise angeführten 900-MHz-Frequenzen einem heute nicht mehr bestehenden Markt (dem von der Beklagten sog. „GSM-Markt für Sprachtelefonie“) zuzurechnen sind, dessen Identität mit dem heute bestehenden Markt oder den heute bestehenden Märkten für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten mit Gewissheit ausgeschlossen werden kann. Zwar dürfte unter dieser Prämisse gegen die am Schutzzweck des § 61 Abs. 2 Satz 2 TKG orientierte Argumentation der Bundesnetzagentur im Ergebnis nichts zu erinnern sein. Ob die Prämisse zutrifft, kann der Senat jedoch im Revisionsverfahren wegen der fehlenden tatsächlichen Feststellungen über die sachliche Marktabgrenzung nicht entscheiden. Die Feststellungen sind - nach Zurückverweisung der Sache - vom Verwaltungsgericht nachzuholen.

- 33 bb) Sollte sich die Beurteilung der Geeignetheit des Versteigerungsverfahrens durch die Bundesnetzagentur auch unter Berücksichtigung des ersten Fallbeispiels des § 61 Abs. 2 Satz 2 TKG im Ergebnis als zutreffend erweisen, greifen die weiteren Bedenken, die die Klägerin gegen die Geeignetheit des Versteigerungsverfahrens erhebt, nicht durch. Das zweite Fallbeispiel des § 61 Abs. 2 Satz 2 TKG (gesetzlich begründete Präferenz für die zuzuteilenden Frequenzen) liegt nicht vor; insbesondere lässt sich der Richtlinie 2009/114/EG vom 16. September 2009 nach den hierzu bereits oben angestellten Erwägungen eine derartige Präferenz nicht entnehmen. Wie schon vom Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt, führt das Vorbringen der Klägerin im Hinblick auf die Regulierungsziele der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und der Sicherung chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) nicht auf einen Beurteilungsfehler der Bundesnetzagentur. Soweit die Behörde zur Erreichung der genannten Regulierungsziele auf die nähere Ausgestaltung der Vergabebedingungen und Auktionsregeln verwiesen hat (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3668), war sie daran auch in Anbetracht der dem § 61 TKG zu entnehmenden Verfahrensabstufung nicht gehindert, zumal ihr eine sachgerechte Zusammenfassung mehrerer Teilentscheidungen in einer Allgemeinverfügung unbenommen bleibt (Urteil des Senats vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 27). Im Übrigen stellen die Zweifel der Klägerin an der Recht-

mäßigkeit einzelner Vergabebedingungen und Versteigerungsregeln nicht die gesetzlich vorgeprägte Entscheidung der Bundesnetzagentur für das Versteigerungsverfahren als solches in Frage.

- 34 d) Tragen nach alledem die vom Verwaltungsgericht bisher getroffenen Feststellungen seinen Ausspruch über die Abweisung der Klage hinsichtlich des Hauptantrages auch im Ergebnis nicht, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Der Senat ist daran gehindert, seinen Ausspruch auf einzelne Frequenzbereiche zu beschränken. Denn nach dem Vorverständnis der Bundesnetzagentur, die die gemeinsame Vergabe aller in Rede stehenden Frequenzen unter regulatorischen Gesichtspunkten für geboten erachtet, kann die angefochtene Allgemeinverfügung im Falle ihrer teilweisen Rechtswidrigkeit nicht sinnvoller und rechtmäßiger Weise im Übrigen bestehen bleiben.
- 35 3. Im Hinblick auf die weiterhin anhängigen Hilfsanträge der Klägerin weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass gegen die klageabweisende Entscheidung des Verwaltungsgerichts insoweit von Bundesrechts wegen keine Bedenken bestehen.
- 36 a) Das Verwaltungsgericht hat die Rechtsgrundlage für die zwischen den Beteiligten umstrittene Regelung über die Beschränkung der Bietrechte (Nr. IV.3.2 und V.1.5 der angefochtenen Allgemeinverfügung) zu Recht in § 61 Abs. 5 Satz 1 TKG erblickt. Im Gegensatz zu den in § 61 Abs. 4 Satz 2 TKG näher bezeichneten Vergabebedingungen, zu denen zwar eine - hier nicht für erforderlich erachtete - Regelung über die Grundausstattung an Frequenzen zählen kann (§ 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3), nicht aber umgekehrt eine in einer Bietrechtsbeschränkung ausgedrückte Regelung über die Höchstaussattung, sind die Versteigerungsregeln in § 61 Abs. 5 Satz 1 TKG thematisch nicht näher umrissen. Das Gesetz legt lediglich allgemein fest, dass sie „objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen“ müssen. Dies schließt auch eine Beschränkung der Bietrechte ein; sie kann bei ungleicher Marktmachtverteilung erforderlich sein, um das Regulierungsziel der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) zu erreichen (Jenny, a.a.O. Rn. 221). Wie vom Verwaltungs-

gericht zutreffend ausgeführt, erschließt sich dies mittelbar auch aus § 61 Abs. 3 Satz 1 TKG, wonach ein potentieller Bieter sogar ganz von der Teilnahme ausgeschlossen werden kann, wenn zu erwarten ist, dass dessen erfolgreiches Gebot den chancengleichen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt gefährden würde. Der in der Bietrechtsbeschränkung liegende Teilausschluss lässt sich als „minus“ zum vollständigen Ausschluss deuten (Koenig/Hasenkamp, a.a.O. S. 700).

- 37 b) Bei der Aufstellung der Versteigerungsregeln, auch soweit sie sich auf eine Beschränkung der Bietrechte beziehen, steht der Bundesnetzagentur ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Ausgestaltungsspielraum zu. Das Gesetz sieht in § 61 Abs. 5 TKG davon ab, selbst die Versteigerungsregeln auszuformulieren, und begnügt sich, wie ausgeführt, mit allgemeinen Vorgaben für Regelungen, die im Einzelnen von der Bundesnetzagentur festzulegen sind. Die Versteigerungsregeln können daher innerhalb des gesetzlichen Rahmens unter Beachtung der Regulierungsziele (§ 52 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 TKG; s. auch Art. 7 Abs. 3 GRL i.V.m. Art. 8 RRL) unterschiedlich ausfallen, was eine komplexe Gesamtabwägung durch die Bundesnetzagentur erforderlich macht. In § 61 Abs. 5 Satz 1 TKG ist somit ein Ausgestaltungsspielraum - auf der Rechtsfolgenseite der Norm - zwingend angelegt (so auch Wegmann, in: BerlKommTKG, § 61 Rn. 35; Kroke, a.a.O. Rn. 44; Jenny, a.a.O. Rn. 245; Koenig/Hasenkamp, a.a.O. S. 700).
- 38 Die gerichtliche Kontrolle ist demgemäß darauf beschränkt, ob die Bundesnetzagentur - von der hier nicht problematischen Einhaltung der Verfahrensbestimmungen abgesehen - 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. 5 Satz 1 TKG ausdrücklich hervorgehobenen Kriterien widerspruchsfrei und plausibel argumentiert und insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat.
- 39 c) An diesem Maßstab gemessen, hat das Verwaltungsgericht einen erheblichen Fehler bei der Ausgestaltung der umstrittenen Bietrechtsbeschränkung zu

Recht nicht zu erkennen vermocht. Die Bewertungen der Bundesnetzagentur sind auf der Grundlage eines zutreffenden Rechtsverständnisses und eines vollständig berücksichtigten Sachverhaltes plausibel und willkürfrei.

- 40 Die „Marktasymmetrie“ hinsichtlich der Frequenzausstattung der am Markt vorhandenen Mobilfunknetzbetreiber hat der Bundesnetzagentur ersichtlich ebenso vor Augen gestanden wie die Möglichkeit, dass angesichts eines insgesamt verfügbaren Spektrums an 800-MHz-Frequenzen von nur 2 x 30 MHz einer der E-Netzbetreiber leer ausgehen könnte. Sie hat sich aber aus sachgerechten und insgesamt vertretbaren Überlegungen gegen weitergehende Beschränkungen entschieden: Die Chance der D-Netzbetreiber, ihrerseits mindestens 2 x 10 MHz im 800-MHz-Band hinzuzuerwerben, sollte deshalb nicht weiter eingeschränkt werden, weil einerseits die normative Forderung nach breitbandigen Diensten zur Versorgung der Fläche (s. Nutzungsbestimmung 36 der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung i.d.F. vom 14. Juli 2009, BGBl I S. 1809) die Bereitstellung ausreichend hoher und dadurch kostengünstig zu realisierender Kapazitäten gebiete, andererseits eine etwaige Zusammenlegung der bestehenden 900-MHz-Frequenzen der D-Netzbetreiber mit neu zu erwerbenden 800-MHz-Frequenzen technisch nicht gewährleistet sei (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3687 ff.). Die in diesem Zusammenhang von der Bundesnetzagentur getroffene und vom Verwaltungsgericht nachvollzogene tatsächliche Feststellung, dass die technische Option einer „Bandbreitenaggregation“ im Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverfügung noch nicht zur Verfügung gestanden habe und auch nicht verlässlich prognostiziert werden könne, ist im Revisionsverfahren nicht substantiiert angegriffen worden.
- 41 Soweit die Klägerin einen Wertungswiderspruch darin erblicken will, dass die Bundesnetzagentur zwar eine Ausstattung von mindestens 2 x 10 MHz für technisch und wirtschaftlich sinnvoll erachtet, aber dennoch keine Grundausstattung gemäß § 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 TKG festgesetzt hat, ist auch dem nicht zu folgen. Bei der Grundausstattung durfte die Behörde vielmehr auf das wohlverstandene Eigeninteresse der Marktteilnehmer bauen und einer größtmöglichen Flexibilität im Hinblick auf die Vielzahl denkbarer Geschäftsmodelle den Vorrang geben (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3681 f.).

- 42 Den Einwand der Klägerin, dass die Spektrumskappe von 2 x 10 MHz der D-Netzbetreiber angesichts des anzurechnenden Frequenzbestandes von jeweils 2 x 12,4 MHz im 900-MHz-Band zu einer Aufrundung der Höchstausrüstung führte, hat die Bundesnetzagentur berücksichtigt. Sie hat dies hingenommen, weil eine Abrundung zu einer faktischen Begrenzung der Bietrechte der D-Netzbetreiber auf nur 2 x 5 MHz geführt hätte, die aus den erwähnten technischen Gründen als mit dem Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) unvereinbar erachtet wurde (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3687 f.).
- 43 Schließlich hat sich die Bundesnetzagentur auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Spektrumskappe der D-Netzbetreiber bei jeweils 2 x 10 MHz davon abhängig gemacht werden sollte, dass Spektrum im Bereich von 900 MHz abgegeben wurde. Sie hat sich - auch aus Gründen des Vertrauensschutzes - dagegen entschieden, weil den Netzbetreibern eine Verlängerung ihrer GSM-Frequenznutzungsrechte bis 2016 eingeräumt worden sei, die unter einheitlichen Rahmenbedingungen eine effiziente Nutzung aller bestehenden 900-MHz-Frequenzen für GSM-Dienstleistungen weiterhin erwarten lasse (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3689 f.).
- 44 Diese Bewertungen sind jedenfalls vertretbar und lassen ein schlüssiges Handlungskonzept erkennen, das dem in § 52 Abs. 1 Satz 1 TKG besonders hervorgehobenen Gesichtspunkt der effizienten Frequenznutzung den Vorrang gegenüber kollidierenden anderen Belangen einräumt. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend bemerkt hat, kann die Klägerin nicht verlangen, dass der von ihr für notwendig erachtete vollständige Ausgleich der unterschiedlichen Frequenzausstattungen der Netzbetreiber sich von vornherein gegenüber allen anderen Belangen durchsetzen muss. Dass die Bundesnetzagentur die Gewichtung anders vorgenommen hat, macht das Ergebnis ihrer Abwägung nicht rechtswidrig.

- 45 4. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens ist der Schlussentscheidung vorzubehalten.

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 500 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG).

Neumann

Büge

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG § 52 Abs. 1, § 55 Abs. 9, § 61

Stichworte:

Frequenz; Funkfrequenz; Zuteilung; Vergabe; Vergabeanordnung; Knappheit; Bedarfsermittlung; Versteigerung; Frequenzversteigerung; Vergabebedingungen; Versteigerungsregeln; Beurteilungsspielraum; Bietrechtsbeschränkung.

Leitsätze:

1. Die für den Erlass einer Vergabeanordnung vorausgesetzte Frequenzknappheit (§ 55 Abs. 9 Satz 1 TKG) kann sich entweder aus der bereits feststehenden Tatsache eines Antragsüberhangs oder aus der Prognose einer mangelnden Verfügbarkeit von Frequenzen ergeben. Grundlage der Prognose ist die Feststellung eines das verfügbare Spektrum übersteigenden Frequenzbedarfs; diese Feststellung unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung.

2. Hinsichtlich der Bestimmung der Art des Vergabeverfahrens steht der Bundesnetzagentur ein durch den gesetzlichen Vorrang des Versteigerungsverfahrens (§ 61 Abs. 2 Satz 1 TKG) begrenzter Beurteilungsspielraum zu. Eine dabei erforderliche Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes (§ 61 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 TKG) ist nach dem Bedarfsmarktkonzept vorzunehmen.

3. Die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens, zu denen auch eine Beschränkung der Bietrechte zählen kann, sind von der Bundesnetzagentur im Rahmen der in § 61 Abs. 5 Satz 1 TKG vorgegebenen Kriterien unter Beachtung der Regulierungsziele auszugestalten.

Urteil des 6. Senats vom 23. März 2011 - BVerwG 6 C 6.10

I. VG Köln vom 17.03.2010 - Az.: VG 21 K 7769/09 -