



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 3.10
VG 21 K 6772/09

Verkündet
am 22. Juni 2011
Bärhold
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:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 17. März 2010 wird aufgehoben, soweit es die Klage hinsichtlich des Hilfsantrages zu 1 c) auf Aufhebung der Teilentscheidungen I und II der Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 über die Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Frequenzbereiche 2,6 GHz, 2 GHz, 1,8 GHz und 800 MHz, hinsichtlich der Hilfsanträge zu 2) und hinsichtlich des Eventualantrages zu 3) abgewiesen hat. Insoweit wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen eine Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur über die Vergabe von Funkfrequenzen. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist die Anordnung, dass der Zuteilung von Frequenzen verschiedener Frequenzbereiche ein gemeinsames Vergabeverfahren voranzugehen hat.

- 2 Auf der Grundlage von Frequenznutzungsrechten, die ab dem Jahr 1999 zuge-
teilt worden waren, betreibt die Klägerin ein eigenes Funknetz. Die insgesamt
36 regionalen Zuteilungen im Bereich von 2,6 GHz berechtigten zum Betrieb
von Punkt-zu-Mehrpunkt-Richtfunkanlagen im festen Funkdienst. Die Klägerin
bietet damit in Berlin, Bensberg bei Köln, Stuttgart und Hamburg Sprachtele-
fondienst und einen funkgestützten Internetzugang an. In den übrigen Regionen
werden die Frequenzen nicht genutzt. Die Zuteilungen waren bis zum
31. Dezember 2007 befristet, dürfen aber von der Klägerin übergangsweise
noch weiter genutzt werden.

- 3 Den Antrag der Klägerin auf Verlängerung der Frequenzzuteilungen lehnte die
Bundesnetzagentur mit Bescheid vom 4. November 2005 ab, da der Frequenz-
bereichszuweisungsplan die Nutzung des 2,6-GHz-Bandes für den festen
Funkdienst ab 1. Januar 2008 nicht mehr vorsehe und wegen absehbarer Fre-
quenzknappheit mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens zu rechnen sei.
Über die Verpflichtungsklagen der Klägerin auf Verlängerung der umstrittenen
Frequenznutzungsrechte ist noch nicht rechtskräftig entschieden.

- 4 Nachdem die Bundesnetzagentur bereits mit Bekanntmachung vom 4. Mai
2005 (ABI BNetzA S. 782) das Anhörungsverfahren eröffnet hatte, ordnete sie
durch Allgemeinverfügung vom 19. Juni 2007 (Vfg. 34/2007, ABI BNetzA
S. 3115) an, dass der Zuteilung von Frequenzen für digitalen zellularen Mobil-
funk in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz ein Vergabeverfahren in
der Form des Versteigerungsverfahrens voranzugehen habe. Die Klägerin hat
gegen diese Allgemeinverfügung Klage erhoben. Nach Erlass einer weiteren
Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur vom 7. April 2008 (Vfg. 34/2008,
ABI BNetzA S. 581), in der die bereits getroffenen Anordnungen wiederholt und
Vergabebedingungen festgelegt wurden, hat die Klägerin ihre Klage entspre-
chend erweitert. Durch Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 (Vfg.
59/2009, ABI BNetzA S. 3623) entschied die Bundesnetzagentur schließlich, die
Vergabe mittlerweile zusätzlich freigewordener Frequenzen aus den Bereichen
800 MHz und 1,8 GHz mit dem bereits eingeleiteten Verfahren zur Vergabe von
Frequenzen der Bereiche 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz zu verbinden (Teilent-
scheidung I). Im Hinblick auf die verbundenen Frequenzen regelt die Allge-

meinverfügung des Weiteren die Anordnung des Vergabeverfahrens (Teilentscheidung II) sowie dessen Ausgestaltung als Versteigerungsverfahren (Teilentscheidung III) und stellt Vergabebedingungen (Teilentscheidung IV) und Versteigerungsregeln (Teilentscheidung V) auf. Die Klägerin hat ihre Klage auf die Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 erstreckt. Nach der Trennung des Verfahrens durch das Verwaltungsgericht zielt der vorliegende Rechtsstreit auf die Teilentscheidungen I und II der Bundesnetzagentur.

- 5 Das Verwaltungsgericht hat diese Klage mit folgender Begründung abgewiesen: Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die genannten Frequenzbereiche zur gemeinsamen Vergabe zu verbinden, verletze die Klägerin ebenso wenig in ihren Rechten wie die Vergabeanordnung selbst. Insbesondere sei die Prognose einer Frequenzknappheit im Rahmen des der Behörde dabei zustehenden Beurteilungsspielraums nicht zu beanstanden. Gegenüber dem von der Klägerin behaupteten Anspruch auf Verlängerung ihrer Frequenzzuteilungen gebühre der Vergabe knapper Frequenzen im Wege der Versteigerung oder Ausschreibung der Vorrang. Aus einzelnen von der Bundesnetzagentur in anderem Zusammenhang ausgesprochenen Verlängerungen von Frequenzzuteilungen lasse sich keine gegenteilige Verwaltungspraxis ableiten. Die Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung der Bundesnetzagentur ergebe sich auch nicht aus dem in ihr bestimmten Frequenznutzungszweck „drahtloser Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten“. Er entspreche den Festlegungen des Frequenzbereichszuweisungsplans, der seinerseits mit höherrangigen Vorgaben völkerrechtlicher und europarechtlicher Art in Einklang stehe.

- 6 Mit der - vom Verwaltungsgericht zugelassenen - Revision macht die Klägerin geltend: Die Vergabeanordnung sei rechtswidrig. Bei der Frage, ob für Frequenzzuteilungen in ausreichendem Umfang Frequenzen vorhanden seien, komme der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum nicht zu. Jedenfalls sei gerichtlich zu überprüfen, ob die von der Behörde zugrunde gelegten Tatsachen wirklich gegeben seien. Dem werde das angefochtene Urteil nicht gerecht. Mangels einer transparenten Bedarfsermittlung sei die Feststellung einer Frequenzknappheit nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon habe die Bundesnetzagentur bei Erlass der Vergabeanordnung zu Unrecht von einer mündlichen

Verhandlung abgesehen; es sei nicht auszuschließen, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur nach mündlicher Erörterung der genannten Fragen anders ausgefallen wäre. Die Vergabeanordnung sei auch wegen Überschreitung der gesetzlichen Entscheidungsfristen rechtswidrig. Ihr, der Klägerin, sei über einen Zeitraum von fünf Jahren ein Frequenzzugang weder im Antragsverfahren noch im Vergabeverfahren gewährt worden. Jedenfalls sei ihr Anspruch auf Verlängerung der ihr seinerzeit befristet zugeteilten Frequenznutzungsrechte bei der Entscheidung über den Erlass der Vergabeanordnung rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt worden. Die Bundesnetzagentur habe im Rahmen einer seit dem Jahr 2005 entwickelten Verwaltungspraxis ein Konzept für die wirtschaftlich angemessene Verlängerung von Frequenzlaufzeiten entwickelt, die danach maßgeblichen Abwägungskriterien aber hier nicht angewendet. Zudem habe das Verwaltungsgericht verkannt, dass der bereits in der Vergabeanordnung festgelegte Nutzungszweck für das 2,6-GHz-Band, der feste Funkanwendungen jedenfalls nicht uneingeschränkt umfasse, rechtswidrig sei und sie in eigenen Rechten verletze.

7 Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1. a) Nr. I der Entscheidung der Beklagten vom 19. Juni 2007 in der Fassung vom 07. April 2008 und Nr. I und II der Entscheidung vom 12. Oktober 2009 aufzuheben, soweit diese die Durchführung eines Vergabeverfahrens für Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang für das Angebot von Telekommunikationsdiensten im Bereich 2,6 GHz anordnen;

b) hilfsweise: die vorgenannten Entscheidungen der Beklagten aufzuheben, soweit diese die Durchführung eines Vergabeverfahrens für den drahtlosen Netzzugang für das Angebot von Telekommunikationsdiensten für solche Frequenzen im Bereich 2,6 GHz anordnen, die der Klägerin durch die schriftsätzlich näher bezeichneten Frequenzteilungsurkunden zugeteilt sind;

c) hilfsweise: die vorgenannten Entscheidungen der Beklagten aufzuheben, soweit diese die Durchführung eines Vergabeverfahrens für Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang für das Angebot von Telekommunikations-

diensten in den Bereichen 2,6 GHz, 2 GHz, 1800 MHz und 800 MHz anordnen;

2. weiter hilfsweise zu den Anträgen zu 1,

a) die Beklagte zu verpflichten, die vorgenannten Entscheidungen der Beklagten aufzuheben, soweit diese die Durchführung eines Vergabeverfahrens für den drahtlosen Netzzugang für das Angebot von Telekommunikationsdiensten im Bereich 2,6 GHz anordnen;

b) hilfsweise: die Beklagte zu verpflichten, die vorgenannten Entscheidungen der Beklagten aufzuheben, soweit diese die Durchführung eines Vergabeverfahrens für den drahtlosen Netzzugang für das Angebot von Telekommunikationsdiensten für solche Frequenzen im Bereich 2,6 GHz anordnen, die der Klägerin durch die schriftsätzlich näher bezeichneten Frequenzzuteilungsurkunden zugeteilt sind;

c) hilfsweise: die Beklagte zu verpflichten, die vorgenannten Entscheidungen der Beklagten aufzuheben, soweit diese die Durchführung eines Vergabeverfahrens für Frequenzen für den drahtlosen Netzzugang für das Angebot von Telekommunikationsdiensten in den Bereichen 2,6 GHz, 2 GHz, 1800 MHz und 800 MHz anordnen;

3. weiter zusätzlich für den Fall, dass einem der Anträge zu 1 vollständig oder teilweise stattgegeben wird: festzustellen, dass die vorgenannten Entscheidungen der Beklagten zum Zeitpunkt ihres jeweiligen Erlasses rechtswidrig waren.

8 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

9 Sie verteidigt die umstrittene Allgemeinverfügung und das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts.

II

10 Die zulässige Revision der Klägerin ist teilweise begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht, soweit es die Klage hinsichtlich des Hilfsantrages

zu 1 c) auf Aufhebung der Teilentscheidungen I und II der Allgemeinverfügung der Bundesnetzagentur vom 12. Oktober 2009 über die Durchführung eines Vergabeverfahrens für die Frequenzbereiche 2,6 GHz, 2 GHz, 1,8 GHz und 800 MHz abgewiesen hat. In diesem Umfang erweist es 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 in Bezug auf den genannten Klageantrag und die sich an ihn anschließenden weiteren Hilfs- bzw. Eventualanträge zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO). Dagegen bleibt die Revision im Übrigen ohne Erfolg.

- 11 1. Die Klage ist mit den Anträgen zu 1 zulässig, soweit die Klägerin die Aufhebung der Teilentscheidungen I und II der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 begehrt (a); dagegen ist sie unzulässig in Bezug auf die entsprechenden Teilentscheidungen in den vorangegangenen Allgemeinverfügungen vom 19. Juni 2007 und 7. April 2008 (b).
- 12 a) Im Hinblick auf die Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 ist die Anfechtungsklage in vollem Umfang statthaft und auch im Übrigen zulässig.
- 13 aa) Die Auslegung dieser Allgemeinverfügung, zu der im Hinblick auf die insoweit nicht erschöpfenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts der Senat selbst berechtigt ist (Urteil vom 23. März 2011 - BVerwG 6 C 6.10 - juris Rn. 12, zur Veröffentlichung in BVerwGE vorgesehen, m.w.N.), 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 hinzugeetretenen Frequenzen der Bereiche 800 MHz und 1,8 GHz sollte der Frequenzzugang flexibilisiert und die Entstehung künstlicher Frequenzknappheiten vermieden werden. Dadurch ist ein neuer Verfahrensgegenstand entstanden, in Bezug auf den 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 - teilweise unter Bezugnahme auf Begründungsteile der vorangegangenen Allgemeinverfügungen - insgesamt und nicht nur im Hinblick auf die neu einbezogenen Frequenzen sachlich auseinandergesetzt. Gegen eine neue Sachentscheidung spricht nicht, dass sich in der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 keine Ausführungen über die Rücknahme oder den Widerruf der zuvor ergangenen Behördenentscheidungen finden. Solche Ausführungen waren nicht veranlasst, denn die Vorentscheidungen sind durch die überholende Entscheidung gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG „auf andere Weise erledigt“ worden (vgl. auch Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 43 Rn. 213 m.w.N.).

- 14 bb) Die Klägerin ist im Hinblick auf die ersten beiden 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 (Urteile vom 1. September 2009 - BVerwG 6 C 4.09 - BVerwGE 134, 368 Rn. 16 f. = Buchholz 442.066 § 55 TKG Nr. 1 und vom 23. März 2011 a.a.O. Rn. 13).
- 15 cc) 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 dd) Die Klägerin hat mit ihrer am 4. Dezember 2009 beim Verwaltungsgericht eingegangenen Klageerweiterungsschrift die einmonatige Frist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO eingehalten, die gemäß § 41 Abs. 4 Satz 3 VwVfG zwei Wochen nach der Bekanntmachung der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom 21. Oktober 2009 zu laufen begonnen hatte (s. Urteil vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 29).
- 17 b) Dagegen fehlt der Klägerin das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtung der erledigten Allgemeinverfügungen vom 19. Juni 2007 bzw. 7. April 2008. Das gilt auch für den Fall, dass der Klage gegen die Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 stattgegeben werden sollte. Mit der Ersetzung der ursprünglichen Regelung hat diese ihre Wirksamkeit unabhängig vom weiteren Schicksal der ersetzenden Neuregelung verloren.
- 18 Ob mit der etwaigen Aufhebung des Änderungs- bzw. Ersetzungsbescheides die Wirksamkeit des ursprünglichen Verwaltungsakts wieder auflebt, bestimmt sich nach dem jeweils einschlägigen materiellen Recht (Urteil vom 21. Juni 2007 - BVerwG 3 C 11.06 - BVerwGE 129, 66 Rn. 18 f. = Buchholz 310 § 121 VwGO Nr. 92). Dieses ist hier dadurch gekennzeichnet, dass die Bundesnetzagentur alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der Frequenzvergabe unter besonderer Berücksichtigung des Ziels einer möglichst effizienten Frequenznutzung zu treffen hat (§ 52 Abs. 1 TKG, Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 sowie Erwägungsgrund 19 Rahmenrichtlinie - RRL -). Dies schließt die Annahme aus, eine frühere Vergabeentscheidung, die gemäß einem fortentwickelten Erkenntnisstand der Bundesnetzagentur - hier über die effizienzsteigernde Zusammenfassung eines größeren Frequenzspektrums zur gemeinsamen Vergabe - durch eine neue Entscheidung überholt ist, könnte im Falle deren nachträglicher Aufhebung gewissermaßen automatisch wieder aufleben und erneut Grundlage für die weiteren Schritte der Frequenzvergabe werden.

- 19 2. Die Klage ist mit dem Hauptantrag zu 1 a) und dem Hilfsantrag zu 1 b) unbegründet. Eine Aufhebung der Teilentscheidungen I und II vom 12. Oktober 2009, die in der Weise aufeinander bezogen sind, dass sie die gemeinsame Vergabe der dort bezeichneten Funkfrequenzen der Frequenzbereiche 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz regeln (s. Urteil vom 23. März 2011 a.a.O. Rn. 17), kommt nicht ausschließlich für den Frequenzbereich von 2,6 GHz oder gar für die der Klägerin aus diesem Frequenzbereich seinerzeit zugeteilten Einzelfrequenzen in Betracht. Denn nach dem insoweit maßgeblichen Verständnis 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 (Urteil vom 23. März 2011 a.a.O. Rn. 34). Daran ändert der Umstand nichts, dass die Bundesnetzagentur die Auffassung vertreten hat, eine etwaige Aufhebung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren werde sich „grundsätzlich nur auf diejenigen Frequenzen beschränken ..., die derzeit Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten sind“ (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3649). Dieser Hinweis, der im Zusammenhang mit Nr. IV.4.7 des Tenors der Allgemeinverfügung steht, bezieht sich auf eine etwaige gerichtlich erzwungene (Wieder-)Einräumung der Frequenznutzungsrechte eines früheren Zuteilungsinhabers (Allgemeinverfügung, a.a.O. S. 3729), betrifft also die nachgelagerte Ebene der Frequenzzuteilungen, nicht aber die materielle Teilbarkeit der Vergabeanordnung selbst.
- 20 3. Die Begründung, mit der das Verwaltungsgericht die Klage hinsichtlich des Hilfsantrages zu 1 c) auf Aufhebung der Teilentscheidungen I und II vom 12. Oktober 2009 über die Durchführung eines Vergabeverfahrens für die verbundenen Frequenzbereiche 2,6 GHz, 2 GHz, 1,8 GHz und 800 MHz abgewiesen hat, hält der Überprüfung nicht stand. Der Senat kann insoweit auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen auch nicht entscheiden, ob das angefochtene Urteil im Ergebnis zutrifft (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 21 a) In formeller Hinsicht erweist sich die Vergabeanordnung allerdings als rechtmäßig.

- 22 aa) Dem steht zunächst nicht entgegen, dass die Bundesnetzagentur ein förmliches Bedarfsermittlungsverfahren, bei dem sie zur Vorbereitung ihrer Entscheidung öffentlich dazu auffordert, innerhalb einer angemessenen Frist Bedarfsmeldungen in Bezug auf die fraglichen Frequenzen einzureichen, vor Erlass der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 nicht durchgeführt hat. Denn ein förmliches Bedarfsermittlungsverfahren ist in § 55 Abs. 9 TKG als solches nicht vorgeschrieben (s. auch Urteil vom 23. März 2011 a.a.O. Rn. 21).
- 23 bb) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass zeitnah vor dem Erlass der angefochtenen Allgemeinverfügung eine mündliche Verhandlung vor der Beschlusskammer der Bundesnetzagentur nicht stattgefunden hat. Beschlusskammerentscheidungen, zu denen gemäß § 132 Abs. 1 Satz 1 TKG auch die Vergabeanordnung zählt, haben nach § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG - vorbehaltlich des Verzichts der Beteiligten - aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung zu ergehen. Allerdings wirft § 55 Abs. 9 Satz 2 TKG, wonach vor der Entscheidung über den Erlass einer Vergabeanordnung die betroffenen Kreise anzuhören sind, die Frage auf, ob das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung im Anwendungsbereich dieser Norm verdrängt wird. Dafür könnte sprechen, dass die Anhörungspflicht - anders etwa als die Konsultationspflicht gegenüber der interessierten Fachöffentlichkeit gemäß Art. 6 RRL, § 12 Abs. 1 TKG (s. Urteil vom 29. Oktober 2008 - BVerwG 6 C 38.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2 Rn. 40) - den „betroffenen“ Kreisen gilt, die von der Entscheidung unmittelbar oder mittelbar berührt werden (Wegmann, in: BerlKommTKG, § 55 Rn. 53), so dass sich der Schutzzweck des § 55 Abs. 9 Satz 2 TKG mit demjenigen des § 135 Abs. 3 TKG trifft.
- 24 Unabhängig davon kann sich die Klägerin auf die Einhaltung des § 135 Abs. 3 TKG jedenfalls deshalb nicht berufen, weil sie nicht zu den Beteiligten des Beschlusskammerverfahrens gehört. Daran beteiligt sind nach § 134 Abs. 2 TKG nur Antragsteller, Adressaten („gegen die sich das Verfahren richtet“) sowie Beigeladene. Die Klägerin erfüllt im Hinblick auf die hier angefochtene Allgemeinverfügung keine dieser Voraussetzungen. Der Umstand, dass die Vergabeanordnung in den von der Klägerin in einem anderen Verwaltungsverfahren (außerhalb der Beschlusskammer) geltend gemachten und noch nicht be-

standskräftig abgelehnten Einzelzuteilungsanspruch eingreift, begründet zwar ihre „Betroffenheit“ im Sinne von § 55 Abs. 9 Satz 2 TKG, macht sie aber nicht - und dies ist für § 135 Abs. 3 TKG entscheidend - zur Beteiligten des Beschlusskammerverfahrens.

- 25 b) Eine Vergabeanordnung kann gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1 in Verbindung mit § 61 TKG erlassen werden, wenn für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt sind. Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, kann der Senat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen (aa); bejahendenfalls bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken gegen die Vergabeanordnung (bb).
- 26 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). 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.
- 27 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 abverlangt, 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 Rechtspre-

chung 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.).

- 28 Daran gemessen rechtfertigt die Feststellung eines Bedarfsüberhangs als Grundlage für die Prognose, dass mit einer die verfügbaren Frequenzen übersteigenden Anzahl von Anträgen 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 RRL und Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 2 sowie Erwägungsgrund 12 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. Das Verwaltungsgericht hat sich eine eigene Überzeugung darüber zu bilden, ob ein Bedarfsüberhang auf dieser Grundlage nachgewiesen ist (s. zum Vorstehenden: Urteil vom 23. März 2011 a.a.O. Rn. 19 ff.).

- 29 Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Urteil nicht vollständig. Das Verwaltungsgericht hat seiner Überprüfung einen unzutreffenden Maßstab zugrunde gelegt, indem es die Frage gestellt und verneint hat, ob das von der Bundesnetzagentur gefundene Ergebnis, dass die Nachfrage nach den in Rede stehenden Frequenzen das zur Verfügung stehende Spektrum übersteigt und die Frequenzen mithin knapp sind, „im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums“ zu beanstanden sind. Auch der Sache nach hat das Verwaltungsgericht eine vollständige Überprüfung jedenfalls für die Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009, deren Erlasszeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit wesentlich ist, nicht durchgeführt. Die vom Verwaltungsgericht diesbezüglich angestellten Überlegungen (UA S. 34 bis 37) weisen selbst dann, wenn für das Jahr 2007 ein Bedarfsüberhang an den damals in Rede stehenden Frequenzen der Bereiche 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz als festgestellt angesehen werden

könnte, Defizite auf. Diese beziehen sich, wie bereits in dem Urteil vom 23. März 2011 (a.a.O. Rn. 22) herausgestellt, vor allem auf die nicht hinreichend begründete Prämisse der Bundesnetzagentur, dass die bis in das Jahr 2005 zurückreichenden Bedarfsmeldungen nach wie vor als „stabil“ gelten, sowie darauf, 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.

- 30 In diesem Zusammenhang ist wesentlich, dass zum Stichtag 12. Oktober 2009, verglichen mit der Situation bei Erlass der vorangegangenen Vergabeanordnung vom 19. Juni 2007 in der Fassung vom 7. April 2008 ein um 90 MHz vergrößertes, insgesamt auf 360 MHz angewachsenes Frequenzspektrum zur Vergabe zur Verfügung stand. Die Bundesnetzagentur hat die ihrer Ansicht nach fortbestehende Frequenzknappheit zunächst mit der allgemeinen Annahme begründet, die Bedarfe würden grundsätzlich - unabhängig von konkreten Anmeldungen und Interessenbekundungen - in Anbetracht eines zunehmenden Datenverkehrs und einer zunehmenden Nachfrage nach immer höheren Übertragungsraten bei gleichzeitiger Mobilität weiter ansteigen (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3663). Unter Wiederholung der Knappheitsbegründung aus der Beschlusskammerentscheidung vom 19. Juni 2007, wonach alle Bedarfsmeldungen aus dem Jahr 2005 nach wie vor für stabil gehalten würden und zusammen mit späteren Bedarfsmeldungen das im Jahr 2007 zur Verfügung stehende Spektrum von 270 MHz um mehr als 100 MHz überstiegen hätten, wurde sodann „derzeit ein noch größerer Bedarf“ prognostiziert, und zwar insbesondere bezogen auf den Bereich unterhalb von 1 GHz (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3664 f.), der sich auch im Hinblick auf die „Streitbefangenheit“ der bislang in das Vergabeverfahren einbezogenen Frequenzen bei 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz einer höheren Wertschätzung erfreue (Allgemeinverfügung a.a.O. S. 3666).
- 31 Der im Hinblick darauf fehlerhaft auf eine reine Vertretbarkeitsüberprüfung zurückgenommene Kontrollmaßstab des Verwaltungsgerichts zeigt sich vor allem

daran, dass es einerseits mit der Bundesnetzagentur davon ausgegangen ist, die neu hinzugekommenen Frequenzen der Bereiche 800 MHz und 1,8 GHz könnten gegenüber den streitbefangenen Frequenzen der höheren Frequenzbereiche eine größere Wertschätzung genießen, es aber gleichwohl dabei bewenden ließ, dass die Bundesnetzagentur „im Hinblick auf die vertretbare Annahme“ eines gestiegenen allgemeinen Bedarfs „keinen Anlass gesehen“ habe, ihre zuvor getroffene Prognose zu den Bedarfen bei 2 GHz und 2,6 GHz zu revidieren. Daran ändert auch die anschließende Erwägung nichts, eine Knappheit im Bereich von 2,6 GHz stehe deshalb nicht in Frage, weil die zusätzlich hinzugekommenen Frequenzen im Umfang von 90 MHz noch nicht einmal zur Deckung der 2007 prognostizierten Frequenzbedarfe ausreichen; denn sie fußt auf der Prämisse, alle früher angenommenen Bedarfe seien (jedenfalls) stabil. Eine eigene Feststellung, dass die Frequenznachfrage das Frequenzangebot im Erlasszeitpunkt der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 überstieg, hat das Verwaltungsgericht nicht getroffen, wie sich auch aus der Begründung ergibt, mit der es die von der Klägerin im Verhandlungstermin gestellten, auf das Fehlen einer Frequenzknappheit bezogenen Beweisanträge abgelehnt hat. 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 Vergabeordnung bestehenden Bedarfsüberhang zulassen.

- 32 bb) Unter der Prämisse, dass die Frequenzen knapp im Sinne des § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG sind, bestehen entgegen der Ansicht der Klägerin keine durchgreifenden Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der umstrittenen Vergabeordnung.
- 33 (1) Solche Bedenken ergeben sich zunächst nicht daraus, dass die Vergabeordnung im Hinblick auf die „Sperrwirkung“, die sie gegenüber dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Verlängerung bzw. Neuzuteilung der Frequenznutzungsrechte entfaltet, wegen Fristablaufs rechtswidrig geworden

wäre. Das Argument der Klägerin, ihr stehe schon aufgrund der Länge des Gesamtverfahrens, gerechnet ab ihrem Verlängerungsantrag vom 29. Juli 2005 bis zur Versteigerung der umstrittenen Frequenzen im April 2010, ein Anspruch auf Aufhebung der angegriffenen Vergabeordnung zu, überzeugt nicht. Zwar gibt das Gesetz in Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben Fristen vor, innerhalb der über einen vollständigen Frequenzzuteilungsantrag zu entscheiden ist. Die Frist beträgt sechs Wochen (§ 55 Abs. 4 Satz 3 TKG, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GRL) und kann bei Durchführung des Vergabeverfahrens um längstens acht Monate verlängert werden (§ 61 Abs. 8 Satz 1 TKG, Art. 7 Abs. 4 GRL). Abgesehen davon, dass die Bundesnetzagentur durch Bescheid vom 4. November 2005 über den Antrag der Klägerin in der Sache entschieden hat, ist aber die durch die Vergabeordnung bewirkte Umwandlung des Anspruchs auf Einzelzuteilung in einen Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Vergabeverfahren nicht dadurch auflösend bedingt, dass es die Bundesnetzagentur versäumt, über den Zuteilungsantrag rechtzeitig zu entscheiden. Eine derartige Konsequenz ist im Gesetz nicht vorgesehen; sie wäre erkennbar zweckwidrig, weil der gesetzliche Grund der Frequenzbeschränkung, der Nachfrageüberhang, von der Fristüberschreitung unberührt bleibt (Urteil vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 16).

- 34 Selbst wenn man annehmen wollte, ein bereits früher eingeleitetes Vergabeverfahren dürfe nach Fristablauf nur aufgrund erneuter Feststellung der Frequenzknappheit in einer neu zu erlassenden Vergabeordnung fortgesetzt werden (s. aber Beschluss vom 8. April 2010 - BVerwG 6 VR 2.10 - juris Rn. 6), wäre diese Voraussetzung hier erfüllt. Denn die Bundesnetzagentur hat mit der Vergabeordnung vom 12. Oktober 2009 eine neue Sachentscheidung getroffen, sodass diese und nicht mehr die zuvor ergangenen Anordnungen die Sperrwirkung bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens auslösten. Für die Rechtsaufassung der Klägerin, allein die seit der Ablehnung ihres Frequenzverlängerungsantrages verstrichene Frist begründe unbeschadet einer etwa fortbestehenden Frequenzknappheit einen dem (Neu-)Erlass einer Vergabeordnung entgegenstehenden Zuteilungsanspruch, findet sich mithin im Gesetz kein Anhaltspunkt.

- 35 (2) Unter der Voraussetzung, dass die Knappheitsprognose der Bundesnetzagentur nach erneuter Überprüfung eine ausreichende tatsächliche Grundlage hat, ist das Verwaltungsgericht ferner 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 Entscheidung der Bundesnetzagentur infolge der Grundrechtsbindung (Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG) gegenüber der Gesamtheit der Zuteilungspetenten wie auch 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 (Urteile vom 26. Januar 2011 a.a.O. Rn. 25 und vom 23. März 2011 a.a.O. Rn. 23).
- 36 Ein derartiger Ausnahmefall liegt zu Gunsten der Klägerin nicht deshalb vor, weil ihr ab dem Jahr 1999, befristet bis zum 31. Dezember 2007, Frequenznutzungsrechte im Bereich von 2,6 GHz zugeteilt worden waren, um deren Verlängerung sie rechtzeitig nachgesucht hat. Wie der Senat bereits entschieden hat, besteht grundsätzlich gemäß § 55 Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 TKG ein subjektives öffentliches Recht auf eine Frequenzzuteilung, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind und keine Hinderungsgründe entgegenstehen. An dieser Konstellation ändert sich nichts Wesentliches dadurch, dass ein Zuteilungspetent, wie im vorliegenden Fall die Klägerin, die umstrittenen Frequenzen bereits befristet zugeteilt erhalten hatte und mit einem vor Fristende gestellten Antrag die Verlängerung erstrebt. Nach § 55 Abs. 8 Satz 1 TKG werden Frequenzen in der Regel befristet zugeteilt, wobei eine Verlängerung der Befristung möglich ist. Die positive Entscheidung über einen Verlängerungsantrag, soweit der bisherige Inhaber die Zuteilungsvoraussetzungen nach Ablauf der Befristung weiter erfüllt, ist der Sache nach nichts anderes als eine Zuteilung, die sich zeitlich an eine vorherige Zuteilung anschließt und mit ihr gleichsam eine Kette bildet (Urteil vom 1. September 2009 a.a.O. Rn. 15 m.w.N.). Nicht anders als bei einem Antrag auf Erstzuteilung kann auch in diesem Fall der Zuteilungsanspruch dadurch gehemmt sein, dass für die Frequenzzuteilung nicht in ausreichendem

Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden sind. Auch unter den Voraussetzungen des § 55 Abs. 8 TKG wandelt sich dann der Anspruch auf Zuteilung gemäß § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG zunächst in einen Anspruch auf Teilnahme an einem diskriminierungsfreien Vergabeverfahren, und er wandelt sich erst dann, wenn sich der bisherige Zuteilungsinhaber im Vergabeverfahren nach § 61 TKG gegen die Mitbewerber durchsetzt, in einen Anspruch auf Zuteilung zurück (so zu Recht Hahn/Hartl, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 55 Rn. 50). Dagegen lässt sich nicht einwenden, der Vorrang des Vergabeverfahrens gegenüber dem Anspruch auf Verlängerung befristet erteilter Frequenznutzungsrechte greife in das durch Art. 14 Abs. 1 GG verbürgte Recht des bisherigen Zuteilungsinhabers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein. Dieser Eingriff ist bei Frequenzknappheit durch die kollidierenden Grundrechte der übrigen Zuteilungspetenten gerechtfertigt. Denn die Befristung der Frequenzzuteilung verhindert gerade die Bildung eines schutzwürdigen Vertrauens des bisherigen Zuteilungsinhabers darauf, die Frequenzen nach Fristablauf exklusiv weiter nutzen zu können (vgl. Marwinski, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 55 Rn. 41).

- 37 Vor diesem Hintergrund besteht eine Besonderheit des vorliegenden Falles, die den Vorrang der Frequenzvergabe vor der Verlängerung oder Neuzuteilung befristet erteilter Einzelzuteilungen beseitigen oder gar umkehren könnte, auch nicht darin, dass sich die Vorstellungen, die die Bundesnetzagentur ursprünglich mit der Befristung der Frequenznutzungsrechte der Klägerin verbunden hatte, nicht uneingeschränkt verwirklicht haben. So mag es sein, dass das Motiv für die Befristung seinerzeit darin bestand, einen angenommenen Bedarf für UMTS-Anwendungen zu sichern, der dann in diesem Umfang nicht eintrat. Das ändert aber nichts daran, dass die den Frequenzzuteilungen beigefügte Befristung - im Unterschied etwa zu einer auflösenden Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) - der Bundesnetzagentur auch in einem weiteren Sinn planerischen Freiraum unter Berücksichtigung der gewandelten normativen Vorgaben der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung bot (s. dazu näher das Urteil gleichen Rubrums vom heutigen Tag in der Sache BVerwG 6 C 40.10). Unbeschadet dessen mag die Klägerin bei fortbestehenden subjektiven Zuteilungsvoraussetzungen auf eine Verlängerung der Frequenzzuteilungen gehofft haben.

Dass sich diese Hoffnung nicht erfüllt hat, fällt aber ebenso in ihren Risikobereich wie die technischen und ökonomischen Schwierigkeiten, die der von ihr erwarteten Amortisation ihrer Investitionen innerhalb des befristeten Zuteilungszeitraums entgegengestanden haben.

- 38 Die Notwendigkeit, beim Erlass der Vergabeanordnung ausnahmsweise den von der Klägerin geltend gemachten Verlängerungs- bzw. Neuzuteilungsanspruch abwägend zu berücksichtigen, ergab sich auch nicht aus dem sog. GSM-Konzept der Bundesnetzagentur (Vfg. 88/2005 vom 21. November 2005, ABI BNetzA S. 1852 <1866 ff.>), durch welches die GSM-Netzbetreiber eine Option auf Verlängerung der Befristung der ihnen zugeteilten Frequenznutzungsrechte bis 31. Dezember 2016 erhielten. Diesem Konzept kam nicht die Qualität einer das Ermessen der Bundesnetzagentur für eine unbestimmte Vielzahl von Vergabefällen generell bindenden Ermessensrichtlinie zu, denn es beschränkte sich ausdrücklich auf eine besondere Problematik im Hinblick auf die Nutzung der GSM-Frequenzen in den Bereichen von 900 und 1800 MHz (Urteil vom 23. März 2011 a.a.O. Rn. 24). Wie vom Verwaltungsgericht zu Recht ausgeführt, wiesen die GSM-Lizenzen die Besonderheit unterschiedlicher Auslaufdaten auf, was mögliche Umwidmungsprozesse und Neuvergaben erschwert hätte, wenn sukzessive immer nur Teile des gesamten GSM-Bandes zur Verfügung gestanden hätten. Vor diesem Hintergrund hat die Bundesnetzagentur mit Blick auf die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs, der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte sowie der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen eine Vereinheitlichung der GSM-Restlaufzeiten für geboten erachtet. Eine vergleichbare Ausgangslage bestand im Hinblick auf die hier in Rede stehenden, seinerzeit der Klägerin zugeteilten Frequenzen des 2,6-GHz-Bandes ersichtlich nicht. Da sich die betreffenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts jedenfalls im Ergebnis als zutreffend erweisen, ist den von der Klägerin in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen nicht nachzugehen.
- 39 (3) Rechtswidrig ist die Vergabeanordnung schließlich auch nicht im Hinblick darauf, dass die Teilentscheidung II der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 als Nutzungszweck den „drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Tele-

kommunikationsdiensten“ nennt. Das folgt schon daraus, dass dieser Nutzungszweck entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts in der Vergabeanordnung selbst nicht mit regelnder Wirkung festgelegt ist. Die Rechtsgrundlage des § 55 Abs. 9 TKG gibt für eine Regelung des Nutzungszwecks nichts her. Solche Regelungen haben der Vergabeanordnung vielmehr (auf planerischer Ebene) voranzugehen bzw. ihr (im Zusammenhang mit der abschließenden Frequenzzuteilung) nachzufolgen: So werden im Frequenzbereichszuweisungsplan, den die Bundesregierung durch Rechtsverordnung erlässt (§ 53 Abs. 1 Satz 1 TKG), die Frequenzbereiche den Funkdiensten zugewiesen (§ 53 Abs. 2 Satz 1 TKG); der von der Bundesnetzagentur auf der Grundlage des Frequenzbereichszuweisungsplans zu erstellende Frequenznutzungsplan enthält die weitere Aufteilung der Frequenzbereiche auf die Frequenznutzungen sowie Festlegungen für diese Frequenznutzungen (§ 54 Abs. 1, 2 TKG). Innerhalb des Vergabeverfahrens weist erst die - hier im Verfahren BVerwG 6 C 40.10 gesondert angefochtene - Festlegung der Vergabebedingungen einen Bezug zum Nutzungszweck insofern auf, als darin der sachlich und räumlich relevante Markt, für den die zu vergebenden Frequenzen unter Beachtung des Frequenznutzungsplans verwendet werden dürfen (§ 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 TKG), sowie die Frequenznutzungsbestimmungen (§ 61 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 TKG) festgelegt werden. Die Frequenzzuteilung schließlich, die nach Abschluss des Vergabeverfahrens und außerhalb desselben durch gesonderten Verwaltungsakt ausgesprochen wird (§ 61 Abs. 1 Satz 3 TKG), ist gemäß § 55 Abs. 1 Satz 3 TKG zweckgebunden nach Maßgabe des Frequenznutzungsplans. Aufgrund dieser Einbindung der Vergabeanordnung in Entscheidungen, die ihr vorangehen bzw. nachfolgen, besteht ersichtlich keine Notwendigkeit für eine (weitere) regelnde Festsetzung des Frequenznutzungszwecks in der Vergabeanordnung selbst.

- 40 Demgemäß enthält auch die hier konkret angefochtene Anordnung keine objektiven Anhaltspunkte für eine dahingehende Regelungsabsicht der Bundesnetzagentur. Zwar findet sich in der bei der Auslegung des Verfügungstenors mit heranzuziehenden Begründung zu Nr. II der Allgemeinverfügung ein Abschnitt, der mit „Widmung der Frequenzbereiche für den drahtlosen Netzzugang“ überschrieben ist (a.a.O. S. 3653 f.). Die dortigen Darlegungen stehen aber nach

dem eindeutigen Wortlaut und der Systematik der Entscheidung im Zusammenhang mit der Schilderung von „notwendigen Aktivitäten“, die der angefochtenen Allgemeinverfügung „vorausgegangen“ sind (a.a.O. S. 3652). Dies verdeutlicht, dass die Nennung des drahtlosen Netzzugangs zum Angebot von Telekommunikationsdiensten an dieser Stelle - auch im Hinblick auf die Beurteilung einer etwaigen Frequenzknappheit - lediglich Hinweischarakter hat, am Regelungsgehalt *dieser* Anordnung aber nicht teilnimmt.

- 41 4. Tragen nach alledem die vom Verwaltungsgericht bisher getroffenen Feststellungen auch im Ergebnis weder dessen Ausspruch über die Abweisung der Klage gegen die Vergabeanordnung für die Frequenzbereiche 2,6 GHz, 2 GHz, 1,8 GHz und 800 MHz noch umgekehrt die Aufhebung dieser Anordnung, kann das angefochtene Urteil hinsichtlich des Klageantrages zu 1 c) sowie der nachfolgenden Hilfs- bzw. Eventualanträge keinen Bestand haben.
- 42 5. 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 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 Abs. 9, §§ 61, 132 Abs. 1, § 135 Abs. 3

Stichworte:

Frequenz; Funkfrequenz; Zuteilung; Vergabe; Vergabeanordnung; Knappheit; Frequenzknappheit; Bedarfsermittlung; Entscheidungsfrist; Ermessen; Beurteilungsspielraum.

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. Im Falle einer Frequenzknappheit schließt § 55 Abs. 9 Satz 1 TKG die Einzelzuteilung der betreffenden Frequenzen in der Regel aus. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur ist dann 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 Genehmigungsrichtlinie) regelmäßig im Sinne des Erlasses einer Vergabeanordnung vorgeprägt; nur ausnahmsweise darf trotz Frequenzknappheit unter Berücksichtigung der Regulierungsziele vom Erlass einer Vergabeanordnung abgesehen werden (im Anschluss an Urteil vom 23. März 2011 - BVerwG 6 C 6.10 -).

Urteil des 6. Senats vom 22. Juni 2011 - BVerwG 6 C 3.10

I. VG Köln vom 17.03.2010 - Az.: VG 21 K 6772/09 -