

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE) und Christopher Hasenkamp, Bonn*

Die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Vergabe der Frequenzen aus der Digitalen Dividende

Die Zuteilung der Frequenzen aus der sog. Digitalen Dividende wirft die Frage nach den verfahrensrechtlichen Anforderungen an Frequenzvergaben auf. Denn an diesen ist die im Entwurf vorliegende Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur zur Versteigerung der freigewordenen 800-MHz-Frequenzen zu messen. Die Digitale Dividende bezeichnet das zusammenhängende Frequenzband im 800-MHz-Bereich, welches durch die Umstellung der Rundfunkausstrahlung von analoger auf digitale Technik freigeworden ist. Diese Frequenzen ermöglichen mit relativ wenigen Funkstationen den Netzausbau in ländlichen Regionen, die bis heute auf die Nutzung schneller Internetzugänge verzichten müssen.

I. Die Vergabe der Frequenzen aus der Digitalen Dividende

Der Beirat der Bundesnetzagentur (BNetzA) hat am 12. 10. 2009 einen Entscheidungsentwurf der Präsidentenkammer (PK) der BNetzA¹ gebilligt, welcher die Verbindung des Vergabeverfahrens für die 800-MHz-Frequenzen mit dem bereits eingeleiteten Vergabeverfahren für Frequenzen im Bereich von 1800 MHz, 2,0 und 2,6 GHz vorsieht. Danach sollen die Frequenzen aus der Digitalen Dividende im Wege einer Versteigerung von sechs gleich großen Paketen à 2 x 5 MHz vergeben werden. Die Biet-

rechte der Auktionsteilnehmer sollen auf eine Gesamtfrequenzausstattung, die bereits vorhandene Frequenzen unterhalb von 1 GHz berücksichtigt, von höchstens 2 x 20 MHz (gepaart) beschränkt werden. Aus dieser Spektrumskappe ergeben sich nach dem Entwurf der PK unter Berücksichtigung bestehender Frequenzausstattungen im 900-MHz-Bereich (12,4 MHz bei den D-Netzbetreibern sowie 5 MHz bei den E-Netzbetreibern) folgende asymmetrisch beschränkten Bietrechte für die GSM-Betreiber: Für die D-Netzbetreiber läge die Höchstgrenze bei 2 x 10 MHz (gepaart), für die E-Netzbetreiber bei 2 x 15 MHz (gepaart).

Eine Versteigerung von Frequenzen setzt zunächst die Anordnung eines Vergabeverfahrens gemäß § 55 Abs. 9 S. 1 TKG wegen Frequenzknappheit voraus. Das Versteigerungsverfahren darf nicht wegen mangelnder Eignung hinsichtlich der Gewährleistung der Regulierungsziele ausnahmsweise ausgeschlossen sein (§ 61 Abs. 2 S. 1 TKG).

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Zweitautor ist wissenschaftlicher Referent am ZEI. Die Abhandlung beruht auf einem Rechtsgutachten. Herrn Volker Bache sei für die hilfreichen Anmerkungen gedankt. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

¹ BNetzA, Entwurf einer Entscheidung über die Verbindung der Frequenzvergabeverfahren, Az. BK1a-09/002, abrufbar im WWW unter: <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16306.pdf> (Stand: 14. 10. 2009).

Die konkrete Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens muss den Frequenzvergabegrundsätzen nach § 61 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 S. 1 TKG entsprechen. Die folgende Abhandlung soll die Frage beantworten, ob das beabsichtigte Verfahren (inkl. vorgelagerter Verbindungsentscheidung) und sein Design den rechtlichen Anforderungen genügen.

II. Verbindung der Vergabeverfahren

Fraglich ist, welchen verfahrensrechtlichen Anforderungen die avisierte Verbindungsentscheidung entsprechen muss. Dazu sind zunächst die Voraussetzungen und Vorgaben der Verfahrensverbindung zu prüfen. Anders als in der VwGO fehlen im VwVfG spezielle Vorschriften zur Verfahrensverbindung. Vorschriften der VwGO sind nicht analog anwendbar.²

1. Verfahrensrechtliche Anforderungen an die Verbindungsentscheidung

In Ermangelung spezialgesetzlich normierter Verfahrensanforderungen ist eine Verbindungsentscheidung anhand der allgemeinen Verfahrensgrundsätze des VwVfG zu überprüfen. Die §§ 10 ff. VwVfG enthalten Verfahrensregeln, welche die rechtsstaatliche Forderung nach Berechenbarkeit, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit einlösen.³

a) Verfahrensermessen (§ 10 VwVfG)

Bei der Gestaltung des Verfahrens haben Behörden ein beträchtliches Verfahrensermessen. Nach diesem Verfahrensermessen entscheidet eine Behörde auch, ob sie einen vermeintlich einheitlichen Verwaltungsverfahrensgegenstand in mehrere Verfahren trennt oder umgekehrt mehrere Verwaltungsverfahrensgegenstände zu einem einheitlichen Verwaltungsverfahren verbindet. Nach dem Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verfahrens gemäß § 10 VwVfG ist die Behörde lediglich befugt, gleichartige und ähnlich liegende Verfahren zu verbinden.⁴ Sie handelt bei der Ausgestaltung des Verfahrens nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen entsprechend § 40 VwVfG.⁵ Die Verfahrensverbindung ist damit nur dann rechtmäßig, wenn die Behörde die in § 40 VwVfG geregelten allgemeinen Ermessensgrenzen einhält.⁶

b) Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG)

Zwar befugt der Untersuchungsgrundsatz die Behörde gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG, Art und Umfang der Sachverhaltsermittlung zu bestimmen.⁷ Bei der Ermittlung des Sachverhalts hat die Behörde aber gemäß § 24 Abs. 2 VwVfG alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände einzubeziehen. Die Behörde hat bei ihrer abschließenden Entscheidung *alle* ermittelten Umstände, soweit sie für die Entscheidung erheblich sein können, nach § 24 Abs. 2 VwVfG zu berücksichtigen.⁸ Erheblichkeit besteht dann, wenn die Umstände entweder für das Vorliegen einzelner Tatbestandsvoraussetzungen einer maßgeblichen Rechtsnorm (ggfs. unter Berücksichtigung behördlicher Beurteilungsspielräume) oder für die Ausübung von Ermessen oder planerischen Gestaltungsspielräumen von Bedeutung sind.⁹ Das heißt, dass die Umstände im Verwaltungsverfahren entsprechend ihrer objektivrechtlichen Bedeutung in den Entscheidungsprozess einbezogen werden müssen.

c) Frequenzregulatorische Verfahrensgrundsätze

Die skizzierten allgemeinen Verfahrensgrundsätze werden durch Verfahrensgrundsätze des Telekommunikationsrechts hinsichtlich der Frequenzregulierung ergänzt. Frequenzregulatorisch fasst insbesondere § 52 Abs. 1 TKG die wesentlichen Ziele zusammen, die bei Entscheidungen im Rahmen der Frequenzordnung zu berücksichtigen sind.¹⁰ Maßgebliches Ziel der Frequenzordnung ist gemäß § 52 Abs. 1 TKG die Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Frequenznutzung. Ausdrücklich verlangt diese Vorschrift darüber hinaus die Berücksichtigung sämtlicher Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG. Dazu gehören die Förderung eines nachhaltigen und chancengleichen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG), die Förderung leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen (§ 1 Var. 2 TKG), die Gewährleistung flächendeckend angemessener und ausreichender Telekommunikationsdienstleistungen (§ 1 Var. 3, § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) sowie die Wahrung der Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG). Eine besondere Bedeutung bei Vergabeverfahren und insbesondere bei Versteigerungen haben zusätzlich die Vermeidung einer Gefährdung des chancengleichen Wettbewerbs (§ 61 Abs. 3 TKG), das diskriminierungsfreie, nachvollziehbare und objektive Verfahren (§ 61 Abs. 5 S. 1, Abs. 3 S. 1 TKG) sowie die Berücksichtigung auch der Belange kleiner und mittlerer Unternehmen (§ 61 Abs. 5 S. 1 TKG). Diese Anforderungen sind sowohl für das Verfahren wie auch in materieller Hinsicht zu berücksichtigen.

2. Die avisierte Verbindungsentscheidung

Ob die PK diesen Maßstäben genügt, ist anhand der Begründung des Entwurfs der Verbindungsentscheidung zu überprüfen.

a) Gleichartigkeit der Verfahrensgegenstände und Frequenzknappheit

Den verfahrensrechtlichen Anforderungen sowie den Voraussetzungen einer ermessensfehlerfreien Verbindungsentscheidung kann die PK nur gerecht werden, wenn sie tatsächlich Ermittlungen zur Gleichartigkeit bzw. Ähnlichkeit eines Vergabeverfahrens für 800-MHz-Frequenzen mit dem bestehenden Vergabeverfahren für Frequenzen in den Bereichen von 1800 MHz, 2,0 und 2,6 GHz anstellt. Darüber hinaus hat sie die Knappheit der Frequenzen für 800 MHz zu ermitteln. Denn ein Vergabeverfahren setzt nach § 55 Abs. 9 S. 1 TKG zwingend voraus, dass in der – der Verfahrenswahl vorgelagerten – tatsächlichen Ausgangssituation eine Frequenzknappheit unabhängig von der nachgelagerten Verfahrenswahl und -durchführung besteht.

Die Begründung des vorliegenden Entscheidungsentwurfs bleibt in Bezug auf die Gleichartigkeit der Vergabeverfahren hochgradig abstrakt, indem sie in erster Linie auf die historische Verfahrenskohärenz in Bezug auf diverse in der Vergangenheit durchgeführte Frequenzvergabeverfahren

2 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 9 Rn. 46.

3 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 9 Rn. 42.

4 Kopp/Ramsauer (Fn. 2), § 9 Rn. 46.

5 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 10 Rn. 16.

6 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 10 Rn. 17.

7 Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 24 Rn. 43.

8 Stelkens/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 24 Rn. 67.

9 Kopp/Ramsauer (Fn. 2), § 24 Rn. 54.

10 Hahn/Hartl, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 52 Rn. 3 ff.

ren abstellt. So verweist die PK auf die bereits in der Verfügung 33/2005 vom 4. 5. 2005¹¹ festgestellte Frequenzknappheit. In den dortigen Eckpunkten aus dem Jahre 2005 hatte die damalige RegTP in Bezug auf die „frühestmögliche gemeinsame Bereitstellung von Frequenzen für UMTS/IMT-2000-Mobilfunk“ den Grundsatz formuliert, „infolge von Teilvergaben entstehende regulierungsinduzierte Frequenzknappheit möglichst zu verhindern“. Um diese Feststellung zu untermauern, zitiert die PK im Entscheidungsentwurf zusätzlich aus dem GSM-Konzept der Verfügung 88/2005¹² und folgert dann, dass eine Verfahrensverbundung im Einklang mit der bisherigen Vergabepraxis stehe.¹³ Die Begründung offenbart insoweit bereits materielle Sachverhaltsermittlungsfehler. Dies sind keine Fehler, die sich durch das bloße Nachschieben von Gründen heilen ließen; erst recht handelt es sich nicht um bloße unerhebliche Verfahrensfehler (§ 46 VwVfG).

Nach dem Entwurf der PK fehlt zudem eine aktuelle, datenbasierte oder wirtschaftswissenschaftlich (spieltheoretisch) unterlegte Knappheitseinschätzung bezogen auf die avisierte Verbindung der Frequenzvergabeverfahren. Die PK geht lediglich von einer Knappheit im Bereich der 800-MHz-Frequenzen auf der Prämisse der Durchführung eines (separaten) Vergabeverfahrens aus. Dabei verkennt sie, dass sie nach § 55 Abs. 9 S. 1 TKG für diese Frequenzen nach Maßgabe der tatsächlichen Ausgangssituation eine Frequenzknappheit überprüfen und feststellen muss, ohne eine durch das Vergabeverfahren erst induzierte Knappheit zu unterstellen. Schon denklogisch kann also das Argument der Vermeidung von verfahrensinduzierten Frequenzknappheiten a priori nicht durchgreifen, wenn doch die Knappheit als Voraussetzung für die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach § 55 Abs. 9 TKG erst noch tatsächlich nachgewiesen werden muss. Die die Verbindungsentscheidung tragenden Ermessenserwägungen der PK sind aber mit diesem tautologischen Denkfehler behaftet. Die Entscheidung würde nicht nur die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die frequenzregulatorische Sachverhaltsermittlung (§ 24 Abs. 1 und Abs. 2 VwVfG), sondern auch die Grenzen des Verfahrensermessens (§ 10 VwVfG) verkennen. Denn es würde das Verfahren zur Vergabe von Frequenzen oberhalb von 1 GHz, für das die Voraussetzungen nach § 55 Abs. 9 TKG vorliegen, verbunden mit einem Verfahren, das der Rechtmäßigkeitsanforderung bezüglich der Knappheitseinschätzung nicht entspricht. Dies gilt in gleicher Weise dafür, dass es die BNetzA zu untersuchen unterlässt, ob das durch die avisierte Verfahrensverbundung hinzukommende Spektrum Auswirkungen auf die bisherige Knappheitsprognose hinsichtlich der Frequenzen oberhalb von 1 GHz hat.

b) Festlegung des relevanten Marktes

Der PK unterläuft auch insoweit ein Fehler in den nach § 24 Abs. 1 und Abs. 2 VwVfG durch die gebotenen Ermittlungen zu Grunde zu legenden Sachverhaltsannahmen, als sie den Widmungsbereich der Frequenzen schlicht mit dem sachlich relevanten Markt gleichsetzt, für den die Frequenzen verwendet werden dürfen.¹⁴ Während der Widmungsbereich der Frequenzen durch die öffentlich-rechtliche (hoheitliche) Regelungswirkung der anstehenden Entscheidung (§ 35 S. 2 Alt. 3 VwVfG) auf Grundlage des Frequenznutzungsplans bestimmt wird, hat die Festlegung des relevanten Marktes nach § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 TKG dem Bedarfsmarktkonzept des allgemeinen Wettbewerbsrechts und damit funktionalen, ökonomisch

und empirisch nachprüfbareren Gesichtspunkten zu folgen.¹⁵ Zwar kann die öffentlich-rechtliche Widmung der 800-MHz-Frequenzen auch das funktionale und empirisch zu erwartende Nachfrageverhalten der Nutzer beeinflussen; jedoch muss die BNetzA vor der Festlegung des relevanten Marktes nach § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 TKG eben dieses zu erwartende Nachfrageverhalten der Nutzer auf Basis der bereits bestehenden und entwickelten Märkte für Funkdienste bestimmen. Daher spricht auch § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 TKG von der „Beachtung des Frequenznutzungsplans“ und bestimmt damit, dass die vorzunehmende Marktbestimmung ein Aliud zur dortigen Widmung ist. Der Entscheidungsentwurf hinsichtlich der Verfahrensverbundung fußt mithin aufgrund der schlichten Gleichsetzung der Widmung der Frequenzen mit dem sachlich relevanten Markt auf einer unzureichend ermittelten Sachverhaltsbasis.

Die PK ermittelt und erarbeitet auch nicht die tatsächlichen Aspekte, die im Rahmen ihrer weiten Marktfestlegung für die avisierte Verfahrensverbundung sprechen sollen. Auch damit wird sie den verfahrensrechtlichen Anforderungen nach § 24 Abs. 1 und Abs. 2 VwVfG nicht gerecht. Zudem läge bei einer Verbindung ein Ermessensdefizit vor, weil ein für die Verbindung oder Trennung der Verfahren maßgeblicher materiell-rechtlicher Umstand übersehen bzw. nicht zutreffend in der Verbindungsentscheidung berücksichtigt werden würde. Die avisierte Verbindungsentscheidung würde den verfahrensrechtlichen Anforderungen mithin nicht genügen und wäre rechtswidrig.

III. Auswahl der Vergabeverfahrensart nach § 61 Abs. 1 S. 1 TKG

Die Verfahrensauswahl nach § 61 Abs. 1 S. 1 TKG erfolgt nur, wenn die Voraussetzungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens nach § 55 Abs. 9 TKG vorliegen. Eine auf einer unrechtmäßigen Anordnung des Vergabeverfahrens basierende Verfahrensauswahl wäre damit zwangsläufig rechtswidrig. Da insofern der Entwurf der PK schon den Anforderungen an die Anordnung eines Vergabeverfahrens aufgrund fehlerhafter Sachverhaltsermittlung und -würdigung nicht genügt, wird das avisierte Versteigerungsverfahren im Folgenden gleichwohl *hilfsweise* überprüft.

1. Gesetzliches Prüfprogramm zur Verfahrensauswahl

Das Versteigerungsverfahren ist nach der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers (§ 61 Abs. 2 S. 1 TKG) das Regelverfahren für die Frequenzvergabe. Die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens setzt voraus, dass das Versteigerungsverfahren im Einzelfall zur Erreichung der Regulierungsziele (§ 2 Abs. 2 TKG) ungeeignet ist.¹⁶ Bei der Prüfung der Geeignetheit des Versteigerungsverfahrens hat die PK eine empirische Analyse der bestehenden Marktsituation zu Grunde zu legen sowie eine einfallbezogene Konkretisierung und Gewichtung sämtlicher

11 ABl. RegTP 8/2005, S. 782 ff.

12 ABl. RegTP 23/2005, S. 1852 ff.

13 S. 14 des Entscheidungsentwurfs BK1a-09/002.

14 Ziff. IV 2.1 und 2.2 des Entscheidungsentwurfs BK1a-09/002.

15 Siehe nur Jenny, in: Heun, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007, Kap. D Rn. 215.

16 Wegmann, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2009, § 61 Rn. 17; Hüfeld, JZ 2002, 871, 873.

Regulierungsziele vorzunehmen.¹⁷ Erweist sich eine Versteigerung im Einzelfall als ungeeignet, so ist ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Es handelt sich folglich um eine gebundene Entscheidung, bei der kein Raum für ein zusätzliches Auswählermessen auf Rechtsfolgen-seite bleibt.¹⁸

a) Beurteilungsspielraum bei der Eignungsprüfung

Für die Prüfung der Eignung des Versteigerungsverfahrens (§ 61 Abs. 2 S. 1 TKG) anhand der Regulierungsziele kann die Anerkennung eines verwaltungsgerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums nicht ausgeschlossen werden. Dafür spräche die planerisch-gestaltende Aufgabe der BNetzA im Rahmen der Frequenzregulierung, die eine prognostische Beurteilung darüber voraussetzt, wie die unterschiedlichen Ziele der Regulierung unter Berücksichtigung aller beurteilungserheblichen Belange bestmöglich zu erreichen sind. Im Rahmen eines derartigen Beurteilungsspielraums hätte die PK auf der Tatbestandsebene zu beurteilen, welche Sachverhaltskonstellationen unter den unbestimmten Rechtsbegriff der „Geeignetheit“¹⁹ zu subsumieren sind.²⁰ Mit Vorliegen eines verwaltungsgerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums würde die gerichtliche Überprüfung der Verfahrensauswahl sich damit umso mehr auf die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen beziehen.

b) Die Regelbeispiele des § 61 Abs. 2 S. 2 TKG

Die Regelbeispiele des § 61 Abs. 2 S. 2 TKG in der 1. Alt. bzw. der 2. Alt. konkretisieren das maßgebliche Kriterium der Geeignetheit des Versteigerungsverfahrens. Sie sind weder abschließend noch zwingend. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Norm („kann“ und „insbesondere“). Damit könnte auch bei Vorliegen dieser Regelbeispiele Raum für einen Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde bei der Geeignetheitsprüfung verbleiben, wenn auch verengt durch die Indizwirkung der Regelbeispiele.²¹

2. Die avisierte Versteigerung der 800-MHz-Frequenzen

Fraglich ist, ob der Entwurf der PK den Anforderungen an die Prüfung der Geeignetheit der vorgesehenen Versteigerung der 800-MHz-Frequenzen zur Sicherstellung der Regulierungsziele entspricht.

a) § 61 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 TKG

Eine fehlende Eignung der Versteigerung zur Vergabe der 800-MHz-Frequenzen könnte sich aus dem Regelbeispiel des § 61 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 TKG ergeben. Die Norm beschreibt die Konstellation, dass auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt Frequenzen bereits ohne Versteigerung zugeteilt wurden. Hintergrund dieser Regelung ist die Schaffung möglichst gleicher Marktzutrittsbedingungen für alle Marktteilnehmer.²² In ähnlicher Form könnte sich die Frage ungleicher Marktzutrittsbedingungen für die E-Netzbetreiber stellen. In den 90er Jahren ist eine Vergabe von Frequenzen für GSM im Frequenzbereich von 900 MHz an die D-Netzbetreiber ohne ein Versteigerungsverfahren erfolgt, so dass diese über zweimal 12,4 MHz an Spektrum im Bereich von 900 MHz verfügen. Anerkanntermaßen erleiden die E-Netzbetreiber durch die schlechtere Frequenzausstattung unterhalb von 1 GHz (nur je zweimal 5 MHz) einen signifikanten Wett-

bewerbsnachteil, der sie auch in der avisierten Auktion in eine schwächere Position bringen könnte. Der Entwurf der PK würdigt den Aspekt der bereits erfolgten Vergabe von 900-MHz-Frequenzen in Bezug auf eine mögliche Ungeeignetheit des Versteigerungsverfahrens gem. § 61 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 TKG nur unzureichend. Dabei spricht die Vergleichbarkeit der mittels der Versorgungsaufgaben auch gewollten Nutzung für breitbandige Anschlüsse mit der früher gesetzlich vorgesehenen Ausschreibungspflicht von Frequenzen für Wireless Local Loop (WLL) zusätzlich gegen ein Versteigerungsverfahren. Daraus ergibt sich, dass die im Entwurf vorliegende Entscheidung auf jeden Fall an einem Beurteilungsdefizit in Form einer fehlerhaften Sachverhaltsermittlung und -auswertung leiden würde.

b) § 61 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 TKG

Für die Frequenzen aus dem 800-MHz-Bereich könnte sich außerdem eine gesetzliche Präferenz (§ 61 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 TKG) der E-Netzbetreiber aus der Neufassung der GSM-Richtlinie²³ ergeben. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung zu untersuchen, ob die bisherige Verteilung von Frequenzen im Bereich von 900 MHz an miteinander im Wettbewerb stehende Mobilfunkbetreiber zu einer Verzerrung des Mobilfunkmarktes führt (Art. 1 Abs. 2). Werden solche Wettbewerbsverzerrungen festgestellt, sind die Mitgliedstaaten aufgefordert, diesen durch geeignete und angemessene Maßnahmen zu begegnen. Die einzigen hierfür zur Verfügung stehenden Frequenzen sind die jetzt neu zu vergebenden 800-MHz-Frequenzen. Die PK hat diesen Aspekt nicht in ihre Beurteilung eingestellt. Sie könnte damit zumindest einem gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsdefizit unterliegen.

c) Vereinbarkeit mit sonstigen Regulierungszielen

Die 800-MHz-Frequenzen sind mit einer besonderen Infrastrukturfunktion versehen. Aus der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung ergibt sich eine Widmung dieser Frequenzen vor allem dem Ausbau breitbandiger Funknetzanschlüsse in bisher unterversorgten Gebieten.²⁴ Die PK beschränkt sich zum Gesichtspunkt der Flächenversorgung auf den Verweis auf die Versorgungsaufgaben, ohne die bisherigen Erfolge und Misserfolge mit diesem Instrument zu berücksichtigen und ohne zu beachten, dass die Eignung des Versteigerungsverfahrens unabhängig von seinen Bedingungen zu würdigen ist. In diesem Punkt wäre die im Entwurf vorliegende Entscheidung damit in jedem Fall beurteilungsfehlerhaft.

¹⁷ Vgl. Wegmann, in: Säcker (Fn. 16), § 61 Rn. 15.

¹⁸ So auch Geppert, in: BeckOK, 3. Aufl. 2006, § 61 Rn. 8; Wegmann, in: Säcker (Fn. 16), § 61 Rn. 12. Gegenteilige Auffassungen, die von der Eröffnung eines Auswählermessens durch den Gesetzgeber ausgehen, vermögen angesichts des Wortlauts des § 61 Abs. 2 S. 1 TKG nicht zu überzeugen.

¹⁹ Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 40 Rn. 157.

²⁰ Geppert, in: BeckOK (Fn. 18), § 61 Rn. 8; Wegmann, in: Säcker (Fn. 16), § 61 Rn. 15.

²¹ Geppert, in: BeckOK (Fn. 18), § 61 Rn. 8.

²² Hahn/Hartl, in: Scheurle/Mayen (Fn. 10), § 61 Rn. 11.

²³ „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 87/372/EWG des Rates über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind“, COD/2008/0214 (noch nicht im ABL veröffentlicht).

²⁴ Nutzungsbestimmung 36 der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung (FreqBZPV), zuletzt geändert durch Verordnung vom 14. 7. 2009 (BGBl. I S. 1809).

Beurteilungsdefizitär blendet die PK darüber hinaus aus, dass die Widmung bezüglich der Flächenversorgung einen Gemeinwohlbezug und eine Zweckbestimmung zur Förderung von Gemeinwohlinteressen hat, die sich im Ergebnis der Gemeinwohlwidmung für Rundfunkfrequenzen annähert. Aufgrund dieser Gemeinsamkeit könnte man eine analoge Anwendung des § 61 Abs. 2 S. 3 TKG in Betracht ziehen. Gemäß dieser Vorschrift kommt bei Frequenzen, die für Rundfunkdienste vorgesehen sind, ein Versteigerungsverfahren gerade nicht zur Anwendung. Eine mögliche Übertragung der Wertung dieser Norm auf die Vergabe der 800-MHz-Frequenzen bleibt im Entscheidungsentwurf jedoch aus.

Nicht berücksichtigt wird auch die mögliche Auswirkung der Versteigerungskosten auf die später zu zahlenden Nutzerentgelte und damit die Frage, ob es regulierungszielbezogen angebracht ist, den Funknetzbetreibern und damit mittelbar auch den Kunden Kosten für den Erwerb von Frequenzen mit einer quasi-Universaldienstfunktion über eine Versteigerung aufzubürden.

Lediglich durch einen Verweis auf die erst in dem nachfolgenden Verfahrensschritt der Ausgestaltung der Versteigerungsregeln zu treffenden Vorkehrungen würdigt die PK die Frage, ob eine Versteigerung der 800-MHz-Frequenzen bestehende wettbewerbliche Probleme zwischen großen und kleinen Mobilfunknetzbetreibern weiter festschreiben würde. Dabei ist bereits fraglich, ob die Eignung des Versteigerungsverfahrens nach § 61 Abs. 2 mit nachgelagerten Festlegungen nach § 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 TKG begründet werden kann. Denn nach dem kürzlich ergangenen Urteil des BVerwG²⁵ zum Rechtsschutz in Frequenzvergabeverfahren berührt jede einzelne Entscheidung der BNetzA im Vergabeverfahren selbständig die materielle Rechtsposition eines Zuteilungspetenten und ist damit selbständig anfechtbar. Daraus folgt, dass die BNetzA auf jeder einzelnen Entscheidungsebene ihre Entscheidung unabhängig von der erst nachgelagerten Ebene treffen muss. Die BNetzA hat damit in der im Entwurf vorliegenden Entscheidung wesentliche, regulierungszielbezogene Aspekte und Umstände der Nichteignung des Versteigerungsverfahrens nicht ermittelt und gewürdigt.

IV. Ausgestaltung des Vergabeverfahrens

Bei der Ausgestaltung der Versteigerungsverfahrensregeln ist der BNetzA ein erheblicher Gestaltungsspielraum eingeräumt.²⁶ Dieser entbindet sie jedoch nicht von den Frequenzvergabegrundsätzen nach § 61 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 S. 1 TKG, denen die konkrete Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens insbesondere entsprechen muss.

1. § 61 Abs. 3 S. 1 TKG

Die PK hat nach § 61 Abs. 3 S. 1 TKG zu ermitteln, ob dem Wettbewerb bei bestimmten Ergebnissen eines Vergabeverfahrens Gefahren drohen. Sind solche Gefahren erkennbar, so hat sie eine Ermessensentscheidung über den Verfahrensausschluss der betroffenen Interessenten an Frequenzen zu treffen. Als „Minus“ zum vollständigen Ausschluss ist auch ein teilweiser Ausschluss möglich. Ein teilweiser Ausschluss kann wiederum auf unterschiedlichen Wegen erreicht werden, wozu eine Spektrumskappe ebenso gehören kann wie die Reservierung von Spektrum für bestimmte Teilnehmer am Vergabeverfahren.

2. § 61 Abs. 5 S. 1 TKG

Nach § 61 Abs. 5 S. 1 2. Hs. TKG müssen die Regeln für die Durchführung eines Versteigerungsverfahrens objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein und die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigen. Objektivität, Nachvollziehbarkeit und Diskriminierungsfreiheit sind rechtsstaatliche Mindestanforderungen, die auch gemeinschaftsrechtlich vorgegeben sind (Art. 7 Abs. 3 der Genehmigungsrichtlinie). Ebenso unterliegt die – gleichrangig mit den vorgenannten Anforderungen aufgeführte – Pflicht, die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen zu berücksichtigen, objektivierbaren Nachprüfungsmaßstäben. Die Erfüllung dieser Pflicht setzt eine stringent eingesetzte Methode im Rahmen der Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens voraus, um auch die finanziellen Bietkapazitäten solcher Unternehmen zu berücksichtigen, die nicht Marktführer sind. Während das Kartellvergaberecht scharf zwischen dem Vergabegegenstand, nämlich dem öffentlichen Auftrag, und „vergabefremden Kriterien“ hinsichtlich der (sozialen) Schutzbedürftigkeit bestimmter Auftragnehmergruppen unterscheidet und nach § 97 Abs. 3 GWB die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen nur durch eine geeignete Aufteilung in Fachlose zu berücksichtigen sind, normiert § 61 Abs. 5 S. 1 TKG die Gleichrangigkeit von deren Belangen mit den Anforderungen der Objektivität, Nachvollziehbarkeit und Diskriminierungsfreiheit. Wenn das Kartellvergaberecht diese Gleichrangigkeit der „vergabefremden“ Belange kleiner und mittlerer Unternehmen mit den Vergabeprinzipien (offen, transparent und diskriminierungsfrei) nicht vorsieht, auf einer nachgelagerten Verfahrensebene aber die Berücksichtigung dieser Belange im Wege der Aufteilung in Fachlose anordnet, so muss umso aktiver eine objektiv nachprüfbar Berücksichtigung kleiner und mittlerer Unternehmen aufgrund der Gleichrangigkeit von deren Belangen nach § 61 Abs. 5 S. 1 TKG erfolgen. Das heißt, die BNetzA ist noch strenger als der öffentliche Auftraggeber im Kartellvergaberecht gehalten, durch aktive Aufteilungs-, Kappungs- oder Gruppenreservierungsvorgaben die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen zu berücksichtigen.

3. § 61 Abs. 4 S. 2 TKG

Gemäß § 61 Abs. 4 S. 2 TKG bestimmt die BNetzA vor Durchführung eines Vergabeverfahrens 1. die von Antragstellern zu erfüllenden persönlichen Voraussetzungen für die Zulassung zur Vergabe, 2. den sachlich und räumlich relevanten Markt, für den die zu vergebenden Frequenzen verwendet werden dürfen, 3. eine Grundausstattung an Frequenzen, soweit dies erforderlich ist, sowie 4. die Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des von erfolgreichen Teilnehmern zu erreichenden Versorgungsgrades.

4. Die avisierten Versteigerungsregeln

Ob die im Entwurf vorliegende Entscheidung diesen gesetzlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens genügt, ist fraglich. Die PK übersieht den aus § 61 Abs. 3 S. 1 TKG erwachsenden Handlungsauftrag im Sinne eines Ermessensausfalls völlig, wenn sie die Frage der Wettbewerbsgefährdung lediglich mit den Mitteln der Versteigerungsregeln nach § 61 Abs. 5 S. 1 TKG an-

²⁵ BVerwG, Jrt. v. 1. 9. 2009 – 6 C 4.09, K&R 2009, 747, Rn. 15, 19, 20 ff.
²⁶ Wegmann, in: Säcker (Fn. 16), § 61 Rn. 35.

geht. Darüber hinaus werden im Entscheidungsentwurf die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen lediglich im Zusammenhang mit der von zugelassenen Bietern zu stellenden Sicherheitsleistung gewürdigt. Dies genügt nicht dem aktiven Berücksichtigungsgebot nach § 61 Abs. 5 S. 1 TKG.

Die für die Versteigerung der 800-MHz-Frequenzen vorgeschlagene Spektrumskappe von 2 x 20 MHz je Netzbetreiber wäre nicht geeignet, die Erreichung der Regulierungsziele, insbesondere des chancengleichen Wettbewerbs (§ 61 Abs. 3 S. 1 TKG), zu gewährleisten. Denn die aus ihr abgeleiteten Bietrechtsbeschränkungen würden den Netzbetreibern, die bereits über eine überlegene Frequenzausstattung im Bereich von 900 MHz verfügen, den Erwerb von je 2 x 10 MHz erlauben, so dass für die kleineren Mobilfunknetzbetreiber und für etwaige Neueinsteiger nur noch 2 x 10 MHz insgesamt verbleiben würden. Angesichts des Bietverhaltens in der UMTS-Auktion würde ein für die 800-MHz-Frequenzen als wahrscheinlich voraussehendes Auktionsergebnis die bestehenden Wettbewerbsverzerrungen zementieren. Darin könnte ein Verstoß gegen das aus § 61 Abs. 3 S. 1 TKG folgende Gebot, bereits Gefährdungen eines chancengleichen Wettbewerbs zu verhindern, sowie gegen das aus § 61 Abs. 5 S. 1 2. Hs. TKG folgende Diskriminierungsverbot liegen. Die aus der Spektrumskappe mathematisch nicht korrekt abgeleiteten Bietrechtsbeschränkungen würden zudem die bisherige Frequenzausstattung der D-Netzbetreiber nicht voll berücksichtigen und ihnen damit erlauben, insgesamt über mehr Spektrum unter 1 GHz zu verfügen (insgesamt 2 x 22,4 MHz), als es Neueinsteiger oder die E-Netzbetreiber nach den für sie geltenden Bietrechtsbeschränkungen dürften (je insgesamt 2 x 20 MHz).

Die Annahmen der PK zur Spektrumskappe in Bezug auf die Regulierungsziele der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und der Unterstützung von Innovationen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) sind ferner widersprüchlich: Einerseits nimmt die PK im Entscheidungsentwurf an, dass es einer Ausstattung von 2 x 10 MHz bedarf, um die zu vergebenden Frequenzen technisch sinnvoll für breitbandige Funknetzansätze einzusetzen. Andererseits sieht der vorliegende Entscheidungsentwurf für die 800-MHz-Frequenzen jedoch keine Grundausstattung (§ 61 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 TKG) vor, die über das Minimum von 2 x 5 MHz an erstiegttem Frequenzspektrum hinausgeht.

Die PK unterlässt darüber hinaus im Entscheidungsentwurf Überlegungen zur Gefahr einer Belastung der Frequenzen mit Versteigerungskosten, aus der möglicherweise auch höhere Endkundenpreise für die später anzubietenden Dienste resultieren könnten. Statt in den Netzaufbau würden außerdem erhebliche Mittel in die Versteigerung fließen. Paradoxiertweise könnte sich die Bundesregierung im Einklang mit den neuen Breitbandförderleitlinien der EU²⁷ schließlich veranlasst sehen, die fehlenden Mittel für die republikweite Flächenversorgung insbesondere in sog. „weißen Gebieten“ mit staatlichen Beihilfen auszugleichen. Angesichts der gemeinnützigen Widmung der 800-MHz-Frequenzen, im Sinne einer quasi-Universaldienstfunktion eine flächendeckende Breitbandversorgung der Bevölkerung zu ergänzen, ist im Hinblick auf das Regulierungsziel nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG und das Effizienzgebot des § 61 Abs. 4 S. 1 TKG zu fordern, dass das Auktionsdesign die Gebote verhältnismäßig niedrig hält, also einen Bieterwettstreit nach dem Negativbeispiel der UMTS-Auktion vermeidet.

Wenn der Entscheidungsentwurf den gesetzlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens nicht genügt, wären insoweit bereits Ermessensfehler indiziert. Um der Nichterfüllung der gesetzlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens zu begegnen, hat die BNetzA auf Grundlage des § 61 Abs. 3 und Abs. 5 TKG mehrere Optionen. Sie könnte insbesondere Spektrum im 800-MHz-Bereich für einzelne Bieter reservieren oder eine strengere Spektrumskappe unter 1 GHz und entsprechend strengere Bietrechtsbeschränkungen vorsehen.

V. Fazit

Die im Entwurf vorliegende Entscheidung der PK entspricht nicht den gesetzlichen Verfahrensanforderungen an die Verfahrensverbinding und die Frequenzvergabeausgestaltung. Zwar sind gemäß § 45 VwVfG Verfahrensfehler grundsätzlich heilbar. Darüber hinaus kann gem. § 114 S. 2 VwGO die Behörde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ihre dem Verwaltungsakt zu Grunde liegenden Ermessenserwägungen ergänzen. Dann müsste die Behörde ihre Entscheidung zunächst auf einer vorgelagerten Ebene für ein Vergabeverfahren (§ 55 Abs. 9 S. 1 TKG) und auf einer nachgelagerten Ebene für ein Versteigerungsverfahren (§ 61 Abs. 1 bis 5 TKG) durch die hierfür von Amts wegen zu ermittelnden, abzuwägenden und zu bewertenden Umstände unterlegen. Bei den sich in der Begründung manifestierenden Defiziten des Entscheidungsentwurfs handelt es sich nicht um bloße Begründungsmängel. Vielmehr offenbart die insoweit „ehrliche“ Begründung Sachverhaltsermittlungs-, Bewertungs- und Abwägungsfehler, die nicht etwa nach § 46 VwVfG offensichtlich unerheblich für die getroffene „Entscheidung in der Sache“ sind. So sprechen bereits gewichtige Gründe gegen eine Verfahrensverbinding, welche die BNetzA gar nicht erst berücksichtigt, geschweige denn bewertet hat. Sollte die BNetzA die gebotene Sachverhaltsaufklärung und -bewertung nachholen, so müsste sie den dann gründlich aufgeklärten und bewerteten Sachverhalt auch zur Grundlage ihrer Entscheidung machen, um sich auf die Heilungsoption gemäß § 45 Abs. 1 VwVfG analog berufen zu können. Erst wenn die Tatbestandsseiten vorgelagert von § 55 Abs. 9 S. 1 TKG und nachgelagert von § 61 Abs. 1 bis 5 TKG erfüllt sind, können die Rechtsfolgenentscheidungen für ein Vergabeverfahren bzw. eine Versteigerung – konditioniert durch die zutreffenden Ermittlungen, Abwägungen und Bewertungen – überhaupt erst getroffen werden. Die Aufklärungs-, Beurteilungs-, Ermessens- und damit auch die Heilungsprozesse produzieren aber nicht etwa automatisch ein fehlerfreies Ergebnis. Die Verteilung der Digitalen Dividende muss letztlich mit mehr, gerade die spezifischen Frequenzen betreffender Sorgfalt bei der Ausgestaltung von Verfahren und Vergabe untermauert werden.

27 Leitlinien der Gemeinschaft für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl.EU v. 30. 9. 2009 Nr. C 235/7.

Hinweis der Redaktion:

Siehe auch die Entscheidungen des BVerwG (Az. 6 C 4.09, 6 B 5.09) zum Rechtsschutz im Frequenzvergabeverfahren in diesem Heft auf den Seiten 747 und 748 mit Leitsätzen und Volltext-Verweis ins K&R Online-Archiv.