

das Versteigerungsdesign, ab. Dass bei der Versteigerung der UMTS-Lizenzen im Ergebnis unverhältnismäßige, hierin die Regulierungsziele des TKG und des Art. 87f GG wie auch die Grundrechte der Beteiligten in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigende Ergebnisse erzielt wurden, lag entscheidend auch an eben dieser Konzeption des Versteigerungsverfahrens. Seine Durchführung musste nicht notwendig zu den letztlich erzielten und rechtswidrigen Ergebnissen führen. Spätestens mit dem Ausscheiden von DEBITEL war die Situation der Frequenzknappheit entfallen. Die RegTP hat in der Konzeption des Versteigerungsdesigns keine Vorkehrungen für diese Fallgestaltung und auch keine anderweitige, an sich mögliche Vorsorge gegen unsachgemäße, unverhältnismäßige und deshalb rechtswidrige Resultate getroffen. Auch deshalb war die Durchführung der Versteigerung rechtswidrig.

Dies folgt schon aus den Vergabezielen des § 11 Abs. 4 S. 1 und 3 TKG, die bei der Gestaltung der Versteigerungsbedingungen zu wahren sind, hier aber nicht gewahrt wurden.⁹⁸ Dies folgt auch aus der Verpflichtung der Behörde, Konzeption und Durchführung des Versteigerungsverfahrens im Einklang mit den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG und des Art. 87f GG und unter Wahrung der Grundrechte der Unternehmen zu gestalten. Ein Versteigerungsverfahren, das diesen Erfordernissen so deutlich zuwiderlau-

fende Ergebnisse zeitigt wie die Versteigerung der UMTS-Lizenzen und keine hinreichenden Vorkehrungen hiergegen trifft, ist auch in der Durchführung rechtswidrig.

Auch für die Verfahren vor der RegTP gilt, dass Rechtsschutz und insbesondere Grundrechtsschutz bereits im Verfahren⁹⁹ zu gewährleisten ist.

V. Fazit

Im Ergebnis verstößt also die Durchführung des Versteigerungsverfahrens gegen die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2 und 3 TKG sowie gegen die Vergabeziele nach § 11 Abs. 4 S. 1 und 3 TKG, damit gleichzeitig auch gegen das Entstaatlichungsgebot des Art. 87f GG, gegen dessen Gewährleistungsauftrag und gegen dessen Gebot eines fairen und chancengleichen Wettbewerbs. Hierin liegt zugleich ein Verstoß gegen Grundrechte der Mobil-Com Multimedia GmbH aus Art. 12 Abs. 1 und aus Art. 3 Abs. 1 GG.

⁹⁸ Dies gilt auch für die Berücksichtigung der Belange kleiner und mittlerer Unternehmen.

⁹⁹ Vgl. allgemein zum Grundrechtsschutz durch Verfahren BVerfGE 53, 30; Degenhart, DVBl. 1982, 872 ff.; Denninger, HStR V, 1992, § 113 Rdnr. 5 ff., 19 ff.

Die Versteigerung der UMTS-Lizenzen auf dem Prüfstand des deutschen und europäischen Telekommunikationsrechts

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., Bonn*

Am 17. 8. 2000 erteilte die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) nach Durchführung eines Versteigerungsverfahrens sechs Bietern den Zuschlag für je eine UMTS-Lizenz zu einem Zuschlagspreis von jeweils etwa 16 Mrd. DM. Dabei hatte sich die RegTP über die in der telekommunikationsrechtlichen Literatur geäußerten Bedenken gegenüber dem in § 11 Abs. 4 TKG normierten Vergabeverfahren hinweggesetzt. Da selbst Befürworter eines Versteigerungsverfahrens fordern, dass Marktmacht oder Finanzkraft allein nicht zum Zuschlag führen dürfen, wird angesichts des tatsächlichen Verlaufs der UMTS-Versteigerung

zu prüfen sein, ob das Vorgehen der RegTP deutschem und europäischem Telekommunikationsrecht entspricht.

I. EG-rechtliche und grundgesetzliche Vorgaben

1. Verknüpfung von § 11 TKG mit dem höherrangigen Recht

Die RegTP hat die Anzahl der Lizenzen zum Betreiben von Übertragungswegen für Mobilkommunikationsdienstleistungen der dritten Generation (Universal Mobile Telecommunications System, UMTS) nach § 10 TKG beschränkt¹. Mithin richtet sich die Rechtmäßigkeit der Wahl und Ausgestaltung eines Versteigerungsverfahrens zur Vergabe der Lizenzen nach § 11 TKG. Nach der

* Der Verfasser ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Universität Bonn. Der folgende Beitrag geht auf ein im Auftrag der MobilCom Multimedia GmbH erstelltes Gutachten zurück und spiegelt – aus Platzgründen notwendigerweise verkürzt – den derzeitigen Stand der rechtlichen Überlegungen wider. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

¹ RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, S. 1519, Punkt 4.

in § 11 Abs. 2 S. 1 und Abs. 5 TKG zum Ausdruck kommenden Regelungssystematik ist das Versteigerungsverfahren als Regelverfahren vorgesehen². Der imperativen Formulierung dieser Vorschriften („erfolgt (...) nach“) ist auch zu entnehmen, dass der RegTP bei der Wahl des Vergabeverfahrens kein Auswahlmessen zu steht. Lediglich auf Tatbestandsseite könnte ihr ein Beurteilungsspielraum zukommen³.

a) *Maßgebliche Kriterien: Verhältnis von § 11 Abs. 5 TKG zu § 11 Abs. 2 TKG*

Für die Bestimmung der für die Wahl des Vergabeverfahrens maßgeblichen Kriterien ist das Verhältnis der Absätze 2 und 5 des § 11 TKG entscheidend, da diese – zumindest dem Wortlaut nach – unterschiedliche Bezugspunkte hinsichtlich der Geeignetheit des Versteigerungsverfahrens enthalten. Während es nach § 11 Abs. 2 S. 1 TKG ausschließlich auf die Eignung zur Sicherstellung der Regulierungsziele ankommt, scheint § 11 Abs. 5 TKG eine umfassende Eignungsprüfung zu ermöglichen⁴. Wie sich aber aus der sich vom Allgemeinen zum Besonderen hin entwickelnden Regelungssystematik des § 11 TKG ergibt, hat die zentrale Weichenstellung, die Entscheidung für eines der beiden im „besonderen Teil“ des Paragraphen ausgestalteten Vergabeverfahren, bereits an systematisch vorgelagerter Stelle und damit in Absatz 2 zu erfolgen. § 11 Abs. 5 TKG ist somit eine Norm mit nur beschränktem Regelungsgehalt, deren primäre Bedeutung in der Klarstellung liegt, dass neben dem Versteigerungs- und dem Ausschreibungsverfahren eine dritte Verfahrensart nicht in Betracht kommt⁵. Darüber hinaus unterstreicht sie das in § 11 Abs. 2 TKG angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis⁶. Für die Frage, welches Verfahren in concreto anzuwenden ist, sind ihr hingegen keine Maßstäbe zu entnehmen. Diese Entscheidung richtet sich ausschließlich nach § 11 Abs. 2 TKG, wobei sich eine Prüfung der Sätze 1 und 2 erübrigen würde, falls ein Fall des Satzes 3 vorliegen sollte.

b) *Obligatorische Anwendung des Ausschreibungsverfahrens (§ 11 Abs. 2 S. 3 TKG)*

Nach § 11 Abs. 2 S. 3 TKG ist für „die Vergabe von Frequenzen für die Funkanbindung von Teilnehmeranschlüssen“ zwingend das Ausschreibungsverfahren vorgeschrieben. Der Begriff des „Teilnehmeranschlusses“ ist im TKG nicht legaldefiniert und wird außerhalb des § 11 TKG nur noch in § 3 Nr. 23 TKG – zur Definition des Begriffs „Verbindungsnetz“ – verwendet. Auch eine Definition des spezifischeren Begriffs der „Funkanbindung von Teilnehmeranschlüssen“ findet sich im TKG nicht⁷. In Telekommunikationsnetzen, die Funkfrequenzen nutzen, wird die Funkfrequenz regelmäßig gerade zur Herstellung der Verbindung zum einzelnen Teilnehmer benötigt⁸. Der Wortlaut scheint somit prima facie für eine Subsumtion von Mobilfunknetzen unter die Vorschrift des § 11 Abs. 2 S. 3 TKG zu sprechen.

Allerdings geht einem Verfahren nach § 11 TKG stets eine Beschränkung der Anzahl der Lizenzen nach § 10

TKG voraus. Diese erfolgt ausschließlich im Fall knapper Funkfrequenzen. Da es für Telekommunikationsnetze, die Funkfrequenzen nutzen, gerade typisch ist, dass diese Frequenzen zur Herstellung der Verbindung zum einzelnen Teilnehmer genutzt werden, würde bei einem diesen Sachverhalt erfassenden Verständnis des „Teilnehmeranschlusses“ die Anwendung des Ausschreibungsverfahrens für den typischen Fall der Funkfrequenznutzung vorgeschrieben. Das der Regelungssystematik zufolge als Ausnahme vorgesehene Verfahren würde zur Regel werden. Damit spricht die systematische Auslegung dafür, nicht schon jede Herstellung der Verbindung zum einzelnen Teilnehmer über Funkfrequenzen unter § 11 Abs. 2 S. 3 TKG zu subsumieren. Und auch der terminologisch mit § 11 Abs. 2 S. 3 TKG verknüpfte § 11 Abs. 7 TKG spricht für eine solche Sicht der Dinge, da (jedenfalls herkömmliche) Mobilfunknetze nicht die von dieser Norm geforderten ISDN-Leistungsmerkmale aufweisen, die Vorschrift mithin sinnvollerweise lediglich die funkgestützte Alternative für eine feste Anbindung von Teilnehmeranschlüssen in Festnetzen (so genannter kabelloser Teilnehmeranschluss, Wireless Local Loop) erfassen kann. § 11 Abs. 2 S. 3 TKG betrifft demnach ebenfalls nur diesen kabellosen Teilnehmeranschluss⁹. Die Vorschrift ist daher unter diesem Gesichtspunkt für das Verfahren der Vergabe der UMTS-Lizenzen nicht relevant. Zu bedenken ist andererseits aber auch, dass UMTS u. a. zur Realisierung von WLL-Angeboten genutzt werden soll, so dass sich die hier nicht zu beantwortende Frage stellt, ob die auf *ausschließlich* zur Bereitstellung von kabellosen Teilnehmeranschlüssen genutzte Funkfrequenzen abstellende gesetzliche Regelung unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten überhaupt gerechtfertigt ist. Schon vor diesem Hintergrund wird man eine (stillschweigende) Präferenz des Gesetzes zur Anwendung des Ausschreibungsverfahrens für Technologien, die auch im Bereich des WLL zum Einsatz kommen werden, annehmen müssen.

Von diesem Auslegungsergebnis ausgehend richtet sich die Wahl des Vergabeverfahrens nach § 11 Abs. 2 S. 1 TKG. Erforderlich ist also grundsätzlich eine detaillierte Auseinandersetzung mit den möglicherweise tangierten Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG. Diese Regulierungsziele sind überdies in einem vielfältig verflochtenen Bedeutungszusammenhang mit Vorgaben höherrangigen Rechts, namentlich solchen der deutschen Grundrechte und des europäischen Gemeinschaftsrechts,

2 RegTP Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, S. 2513, Eckpunkt 5; Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, S. 1525; Geppert, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 11 Rdnr. 5; Manssen, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Stand: 3. Ergänzungslieferung, September 2000, C § 11 Rdnr. 6; Schumacher, NJW 2000, 3096. A. A. Gersdorf, AfP 1997, 424, 425 Fn. 3.

3 Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 5; Beese/Naumann, MMR 2000, 145, 146; ähnlich auch Hiltl/Großmann, BB 1996, 169, 172.

4 In diese Richtung zielen wohl auch die Überlegungen bei Gramlich, CR 1999, 752, 753.

5 Vgl. dazu Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 26; Demmel, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht (Fn. 2), C § 47 Rdnr. 37; Gramlich, CR 1999, 752.

6 Schumacher, NJW 2000, 3096.

7 Vgl. auch Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 32; Demmel (Fn. 5), C § 47 Rdnr. 43.

8 Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 32.

9 Manssen (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 19; Scherer, NJW 1996, 2953, 2958.

zu sehen¹⁰. Diese Vorgaben prägen nicht nur die Regelungen des TKG – auch auf der Ebene der Rechtsanwendung¹¹. Ihnen kommt überdies eine Determinierungswirkung hinsichtlich der Entscheidungen der RegTP zu, sofern diese noch über einen Beurteilungsspielraum verfügt. Dies gilt gleichermaßen für die Wahl des Vergabeverfahrens als auch für dessen Ausgestaltung.

2. Grundrechtliche Vorgaben

Die Frage, ob und zu welchen Bedingungen ein Unternehmen eine Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit erbringen darf, berührt nicht zuletzt auch grundrechtlich geschützte Positionen dieses Unternehmens. Soweit sich die Verweigerung der Erteilung einer Lizenz und die Festlegung sowohl der ihrer Erteilung vorgeschalteten Verfahrens als auch der vom Lizenznehmer zu erbringenden Gegenleistung als staatlicher Eingriff in „Freiheit und Eigentum“ darstellt, bedarf dieser einer gesetzlichen Grundlage (Lehre vom Gesetzesvorbehalt)¹². Diese muss sich ihrerseits – wie auch die auf sie gestützten Akte der ausführenden Gewalt – an den Anforderungen der betroffenen Grundrechte messen lassen¹³. Diese Anforderungen sind nachfolgend zu ermitteln, wobei sich die Untersuchung im Rahmen des vorliegenden Beitrags auf Art. 12 Abs. 1 GG konzentriert.

Das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen stellt eine unter dem Schutz der Berufsfreiheit stehende Tätigkeit dar¹⁴, auch wenn es im lizenzpflichtigen Bereich erfolgt¹⁵. Aufgrund der Knappheit der vorhandenen UMST-Frequenzen ist die uneingeschränkte berufliche Betätigung aller interessierten Unternehmen bereits faktisch ausgeschlossen. In Situationen, in denen wie vorliegend die Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger miteinander kollidieren, ist diese Kollision im Wege der praktischen Konkordanz unter weitestmöglicher Wahrung aller betroffenen Grundrechtspositionen aufzulösen¹⁶. Besondere Bedeutung gewinnt hierbei vor allem die Frage nach der Anzahl der zu vergebenden Lizenzen. Wird die Frequenzausstattung einer UMTS-Lizenz auf das technisch noch vertretbare Mindestmaß reduziert – und spiegelbildlich die Zahl der vergebenen UMTS-Lizenzen auf das technisch vertretbare Höchstmaß erhöht –, werden so viele Unternehmen wie objektiv möglich ihr Grundrecht wahrnehmen können. Angesichts der schwierigen Prognostizierbarkeit der technologischen Entwicklung ist aber bereits die Frage, was das technisch vertretbare Mindestmaß ist, keine Entscheidung mehr, die objektiv nur ein einziges Ergebnis zuließe¹⁷. Schon aus diesem Grund muss dem Gesetzgeber ein Prognosespielraum zustehen.

Was für den Gesetzgeber gilt, gilt jedoch nicht ohne weiteres auch für die Exekutive. Nach der Wesentlichkeitstheorie sind alle Entscheidungen, denen in besonderem Maß Grundrechtsrelevanz zukommt, dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten¹⁸. Dabei richtet sich die Wesentlichkeit einer Regelung nicht lediglich nach der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter, sondern auch nach der Intensität, mit der diese Rechtsgüter betroffen sind¹⁹. Aber auch unterhalb dieser Grenze der Wesent-

lichkeit ergeben sich aus der Verfassung Anforderungen an gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseingriffe. Umfang und Grenzen der seitens der Verwaltung erfolgenden Eingriffe müssen in der Ermächtigungsgrundlage eindeutig umschrieben werden (Bestimmtheitsgebot). Das gilt in der hier relevanten Konstellation insbesondere hinsichtlich der Konfiguration der zu vergebenden UMTS-Lizenzen.

Die Wahl und die Ausgestaltung des Verfahrens zur Vergabe einer eng begrenzten Zahl an UMTS-Lizenzen stellt überdies einen schwer wiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit der potentiellen UMTS-Anbieter dar. Jedenfalls für die Unternehmen, die noch nicht als Anbieter von Mobilfunk-Übertragungswegen für die Öffentlichkeit tätig sind, entscheidet die Lizenzerteilung über den Marktzugang und ist daher nach der so genannten „Drei-Stufen-Theorie“ des BVerfG nicht lediglich als Berufsausübungsregel, sondern vielmehr als Berufswahlregel einzustufen²⁰. Ob das Versteigerungsverfahren per se verfassungsmäßig ist, ob das vom Gesetzgeber in § 11 Abs. 4 TKG gewählte Kriterium des höchsten Gebots also den grundrechtlichen Anforderungen an eine Differenzierung im Rahmen einer Prioritätsentscheidung genügt, ist nicht Gegenstand dieses Beitrags²¹. Im Rahmen dieser Untersuchung soll die Verfassungsmäßigkeit des § 11 Abs. 4 TKG vielmehr unterstellt und das Augenmerk auf die im gesetzlich vorgeschriebenen Vergabeverfahren zu beachtenden grundrechtlichen Vorgaben gerichtet werden. Von Verfassungs wegen gilt in einer Knappheitssituation das Gebot erschöpfender Kapazitätsauslastung²². Dieses verpflichtet den Staat, eine bestmögliche, effiziente Kapazitätsauslastung herbeizuführen, wobei insbesondere das Interesse der betroffenen Grundrechtsträger auf gleiche Zugangschancen zu berücksichtigen ist²³. Kontingentierungssysteme müssen angesichts dieser Vor-

10 Vorgaben, die sich aus der deutschen Finanzverfassung oder Art. 87 f GG ergeben, bleiben im Rahmen dieses Beitrags ausdrücklich außer Betracht.

11 So genannte gemeinschaftsrechts- bzw. verfassungskonforme Auslegung. Vgl. auch *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 2), § 1 Rdnr. 13.

12 Vgl. *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. 2000, Art. 20 Abs. 3 Rdnr. 266; *Schnapp*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 1992, Art. 20, Rdnr. 43.

13 Zur grundsätzlichen Berücksichtigung der Wertentscheidungen des Grundgesetzes bei der Auslegung einfachen Rechts siehe auch *Dreier*, in: *Dreier*, Grundgesetz, 1996, Vorb., Rdnr. 57.

14 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BT-Drucks. 13/3609, S. 34; *Manssen* (Fn. 2), C § 8 Rdnr. 11; *Leo/Schellenberg*, ZUM 1997, 188, 190.

15 *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 2), § 16 Rdnr. 1. Vgl. auch *Schütz/Nüsken*, MMR 1998, 523, 525.

16 Vgl. BVerfGE 35, 202, 225; *von Münch*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar (Fn. 12), Vorb., Rdnr. 47.

17 Vgl. dazu auch *Rosston/Steinberg*, Federal Communications Law Journal, Vol. 50 Number 1, 87, 95 f.

18 *Sommermann* (Fn. 12), Art. 20 Abs. 3 Rdnr. 268.

19 *Sommermann* (Fn. 12), Art. 20 Abs. 3 Rdnr. 269.

20 Vgl. *Beese/Naumann*, MMR 2000, 145, 146. Vgl. auch BVerfGE 40, 196, 216 f., zur Parallelproblematik bei der Kontingentierung des Güterfernverkehrs.

21 Vgl. zum Meinungsstand: *Schumacher*, NJW 2000, 3096, 3097. Der Gesetzgeber ging ohne nähere Begründung von der Verfassungsmäßigkeit des Versteigerungsverfahrens aus. vgl. die Begründung zu § 11 Abs. 4 des Gesetzentwurfes der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F. D. P., BT-Drucks. 13/3609.

22 *Geppert* (Fn. 2), § 10 Rdnr. 2.

23 *Geppert* (Fn. 2), § 10 Rdnr. 2.

gaben aus Art. 12 Abs. 1 GG den Zugang zu dem jeweils betroffenen Beruf so vielen Grundrechtsträgern wie möglich eröffnen²⁴.

3. EG-rechtliche Vorgaben

a) Primärrechtliche Vorgaben

Aus dem primären Gemeinschaftsrecht ergeben sich Vorgaben für die Wahl und Ausgestaltung eines Versteigerungsverfahrens für UMTS-Lizenzen in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungsfreiheit²⁵. Bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen handelt es sich um eine der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG unterfallende Tätigkeit²⁶. Damit unterliegen Einschränkungen zum einen dem Verbot der (offenen oder verdeckten) Diskriminierung²⁷. Zum anderen besteht darüber hinaus auch ein Beschränkungsverbot des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs²⁸. Mitgliedstaaten dürfen daher – grundsätzlich – keine Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die Tätigkeit des grenzüberschreitend Leistenden zu unterbinden oder zu behindern²⁹.

Insoweit kommt den möglichen Kosten für eine Lizenz insbesondere im Vergleich zu den für den Aufbau und Betrieb der Infrastruktur anfallenden Kosten eine besondere Bedeutung zu³⁰. Erreichen diese Kosten eine bestimmte Höhe, wird damit eine weitere Hürde für solche Unternehmen aufgestellt, die zwar finanziell in der Lage wären, ein UMTS-Netzwerk aufzubauen und zu betreiben, deren finanzielle Leistungsfähigkeit jedoch nicht ausreicht, um zusätzliche Lizenzkosten in noch einmal derselben oder diese gar noch übersteigender Höhe zu tragen. Die Wahl eines Vergabeverfahrens, das zu hohen Lizenzkosten führt, schafft damit ein finanzielles Marktzutritts Hindernis. Ein solches bewirkt allerdings für sich genommen noch keine – auch nur mittelbare – herkunftsspezifische Dienstleistungsbehinderung EG-ausländischer Anbieter³¹.

Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn die durch die Wahl eines Versteigerungsverfahrens entstehenden Kosten nicht nur den Wert widerspiegeln, den die Bieter der Benutzung des inländischen Frequenzspektrums und dem Zutritt zu dem dadurch eröffneten Markt zumessen. Wenn das Bietverfahren geeignet ist, im nationalen Markt etablierten inländischen Mobilfunkunternehmen die Möglichkeit zu geben, durch ihr Bietverhalten EG-ausländischen Unternehmen den Zugang zum inländischen Markt zu erschweren oder sogar zu versperren, kann eine dies ermöglichende Ausgestaltung des Vergabeverfahrens eine nach Art. 49 ff. EG unzulässige Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit der EG-ausländischen Unternehmen darstellen. Hierbei sind die Besonderheiten des Mobilfunkmarkts zu berücksichtigen. Unabhängig von der Frage, ob es sich bei UMTS und GSM um denselben sachlichen Markt oder nur um zwei benachbarte Märkte handelt, wird der Eintritt neuer Unternehmen in das Geschäftsfeld UMTS erhebliche Rückwirkungen auf die Lukrativität und Wettbewerbslage im GSM-Bereich haben. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Märkte im Bereich des GSM-Mobil-

funks zu einer Zeit entstanden sind, in der die gemeinschaftsweite Liberalisierung noch nicht allzu weit fortgeschritten war. Daher konnten sich in der Regel die früheren nationalen Monopolisten eine vorherrschende oder zumindest bedeutende Rolle mit Blick auf das Angebot von Übertragungswegen für GSM-Mobilfunkdienstleistungen sichern. Oftmals verfügt daneben auch noch ein zweites, gelegentlich auch ein drittes oder viertes inländisches Unternehmen über bedeutende Marktanteile in diesem Bereich. Für den GSM-Bereich kann daher von einer primär national geprägten Anbieterstruktur ausgegangen werden. Aufgrund des erheblichen Finanzbedarfs kann diesen Anbietern ernsthafte Konkurrenz in erster Linie nur durch solche Unternehmen erwachsen, die in anderen Mitgliedstaaten über eine ähnlich gefestigte Position verfügen und nun selbst oder über ein Tochterunternehmen oder eine Beteiligung im inländischen Markt aktiv werden wollen. Damit kommt aber dem Versuch, sich vor solcher Konkurrenz zu schützen, eine besondere, auf die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen zielende Behinderungswirkung zu.

Ein Vergabeverfahren, das diese Besonderheiten des Mobilfunkbereichs nicht berücksichtigt und die Lizenzvergabe lediglich von der Finanzkraft der Unternehmen abhängig macht, stellt somit eine faktische Behinderung der EG-ausländischen Unternehmen dar, die sich einem taktischen, auf die Erschwerung ihres Marktzutritts gerichteten Bieterverhalten der inländischen Unternehmen gegenüber sehen, ohne selbst diesen strategischen Vorteil des Schutzes eines bereits etablierten Geschäftsfelds unmittelbar in Rechnung stellen zu können. Die Wahl eines solchen Vergabeverfahrens verstößt mithin gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 ff. EG.

b) Vorgaben der Richtlinie 97/13/EG

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht stellt mit der Genehmigungs-Richtlinie 97/13/EG³² Anforderungen an die mitgliedstaatlichen Verfahren zur Vergabe von Genehmigungen im Bereich der Telekommunikation, die die primärrechtlichen Vorgaben gerade auch aus Art. 49 ff. EG sektorspezifisch umsetzen und ergänzen³³.

24 BVerfGE 40, 196, 229.

25 Vergleichbare Überlegungen sind mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit anzustellen, da für ein EG-ausländisches Unternehmen die Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur in der Praxis ohne die Begründung einer inländischen Niederlassung nicht möglich sein dürfte. Schließlich sind auch noch die Gemeinschaftsgrundrechte zu beachten. Insoweit kann jedoch auf die Ausführungen zu den deutschen Grundrechten verwiesen werden.

26 Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243, 245.

27 Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243, 245.

28 Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243, 245.

29 Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243, 245.

30 Als Beispiel kann die Versteigerung von UMTS-Lizenzen in Deutschland dienen. Hier entstanden jedem der erfolgreich bietenden Unternehmen Kosten in Höhe von über 16 Mrd. DM. Für den Aufbau der Infrastruktur eines UMTS-Netzwerks schätzen Experten hingegen einen finanziellen Aufwand von „lediglich“ 5–10 Mrd. DM.

31 Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243, 245.

32 Richtlinie 97/13/EG vom 10. 4. 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABIEG L 117 vom 7. 5. 1997, 15.

33 Vgl. Erwägungsgrund 4 Genehmigungs-Richtlinie.

aa) Lizenzkosten (Art. 11 Abs. 2 Genehmigungs-Richtlinie)

Art. 11 Abs. 2 Genehmigungs-Richtlinie erlaubt die Erhebung spezieller Abgaben für den Fall des Rückgriffs auf knappe Güter, deren Höhe ausnahmsweise nicht durch das Kostendeckungsprinzip vorgegeben wird. Diese Abgaben müssen insgesamt vier Voraussetzungen entsprechen³⁴: einem lizenzspezifischen Diskriminierungsverbot, einer Nutzungssicherungs-, einer Entwicklungsförderungs- sowie einer Wettbewerbsförderungsfunktion.

(1) Nutzungssicherungsfunktion

Nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 Genehmigungs-Richtlinie muss die Lizenzabgabe „die Notwendigkeit widerspiegeln, die optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherzustellen“. Soll also eine über die bloße Kostendeckung hinaus gehende Abgabe bei der Vergabe von UMTS-Lizenzen erhoben werden, muss diese die gemeinwirtschaftlich optimale Nutzung der im Zusammenhang mit der Einzelgenehmigung dem Anbieter zugeteilten Ressource, also der UMST-Frequenzen, widerspiegeln. Damit ist die Frage angesprochen, wie ein solcher nutzungssichernder Preis zu bestimmen ist. Im Rahmen dieses rechtswissenschaftlichen Aufsatzes kann die ihrer Natur nach ökonomische Frage, ob eine Versteigerung diese Anforderung überhaupt erfüllen kann, nicht geklärt werden. Mit der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum soll nachfolgend unterstellt werden, dass ein Versteigerungsverfahren prinzipiell zur Ermittlung des Marktpreises geeignet ist³⁵. Dazu muss sich die Preisbildung jedoch auch nach weithin marktwirtschaftlichen Kriterien vollziehen. Dies setzt insbesondere voraus, dass sowohl wettbewerbswidrige Bieterabsprachen als auch einseitige missbräuchliche Verhaltensweisen einzelner Bieter wirksam unterbunden werden³⁶.

(2) Wettbewerbsförderungsfunktion

Die Abgabe muss weiterhin „insbesondere der Notwendigkeit Rechnung tragen, (...) den Wettbewerb zu fördern“ (Art. 11 Abs. 2 S. 1 Genehmigungs-Richtlinie). Als Vorgabe für das Vergabeverfahren folgt hieraus, dass bei seiner Ausgestaltung Sorge dafür zu tragen ist, dass die Höhe der zu entrichtenden Abgabe nicht durch strategische Überlegungen determiniert wird³⁷. Solche Überlegungen können im durch eigenen Frequenz- oder Lizenzbedarf nicht gerechtfertigten Überbieten konkurrierender Bieter zwecks Verwehrung oder nachhaltiger Erschwerung des Marktzutritts dieser Unternehmen zum Ausdruck kommen (strategisches Bieterverhalten)³⁸.

(3) Entwicklungsförderungsfunktion

Die Abgabe muss Art. 11 Abs. 2 S. 2 Genehmigungs-Richtlinie zufolge weiterhin „insbesondere der Notwendigkeit Rechnung tragen, die Entwicklung innovativer Dienste (...) zu fördern.“ Die Genehmigungs-Richtlinie enthält jedoch keine konkreten Vorgaben, wie dieser Entwicklungsförderungsfunktion genügt werden könnte. So lässt sich einerseits die These vertreten, dass durch hohe Abgaben den typischerweise besonders innovativen klei-

nen und mittleren Unternehmen der Marktzutritt verwehrt werde³⁹. Andererseits lässt sich jedoch auch darauf abstellen, dass gerade durch die beträchtlichen finanziellen Vorleistungen ein hoher Profitdruck und damit ein starker Anreiz zur Schaffung innovativer Dienste geschaffen werde⁴⁰ und überdies nur besonders finanzkräftige Unternehmen in der Lage seien, neue Technologien einzuführen⁴¹. Keine der beiden Annahmen ist evident irrig, so dass die Entscheidung, wie den Richtlinien-Vorgaben insoweit am besten zu entsprechen ist, dem die Richtlinie umsetzenden Gesetzgeber vorbehalten bleibt. Der normative Gehalt der Entwicklungsförderungsfunktion ist mithin bei isolierter Betrachtung der Genehmigungs-Richtlinie gering. Zugleich ist sie jedoch für eine technologiespezifische Ausfüllung durch spezielle Rechtsakte des europäischen Gesetzgebers offen.

(4) Lizenzspezifisches Diskriminierungsverbot

Für die Abgaben, die im Fall des Rückgriffs auf knappe Ressourcen erhoben werden dürfen, gilt schließlich noch ein spezifisches Diskriminierungsverbot nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 Genehmigungs-Richtlinie.

bb) Wahl und Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens (Art. 10 Abs. 3 Genehmigungs-Richtlinie)

Art. 10 Abs. 3 Genehmigungs-Richtlinie enthält Vorgaben für den Fall der Vergabe einer beschränkten Zahl von Einzelgenehmigungen für die Erbringung bestimmter Telekommunikationsdienstleistungen. Nicht alle der zu beachtenden Auswahlkriterien (Satz 1) und Leitlinien (Satz 2) sind dabei in jeder Situation miteinander in Einklang zu bringen⁴².

(1) Zu berücksichtigende Leitlinien

Wie die Formulierung des Art. 10 Abs. 3 S. 2 Genehmigungs-Richtlinie deutlich macht, wirken die dort genannten Kriterien nur mittelbar auf die Entscheidung über die Vergabe der Einzelgenehmigungen. Sie müssen lediglich in „angemessener Weise“ „berücksichtigt“ werden. Zwar macht die Forderung, dass dies „stets“ zu geschehen habe, deutlich, dass diese Leitlinien mehr als nur politische Zielvorstellungen sind. Zugleich kommt aber angesichts der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe dem jeweiligen Mitgliedstaat grundsätzlich ein breiter Spiel-

34 Unterteilung nach *Koenig/Schäfer*; K&R 1998, 243, 248.

35 Vgl. dazu etwa *Manssen* (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 6; *Koenig/Schäfer*; K&R 1998, 243, 248.

36 *Koenig/Schäfer*; K&R 1998, 243, 248.

37 Vorschläge zur Verfahrensausgestaltung, die dem Wettbewerbsförderungsgesamt Rechnung tragen, finden sich bei *Koenig/Schäfer*; K&R 1998, 243, 249.

38 *Manssen* (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 4; *Beese/Naumann*, MMR 2000, 145, 147; *Koenig/Schäfer*, K&R 1998, 243, 248; *Schumacher*, NJW 2000, 3096, 3099.

39 Vgl. auch *Rosston/Steinberg*, Federal Communications Law Journal, Vol. 50 Number 1, 87, 110.

40 *Scheurle*, MMR 2000, 577, 578. Vgl. auch *Fritts*, Federal Communications Law Journal, Vol. 51 Number 3, 849, 855.

41 *Manssen* (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 5.

42 *Manssen* (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 2.

raum hinsichtlich der konkreten Art und Weise der Einbeziehung der Leitlinien in die Entscheidungsfindung zu.

(2) Auswahlkriterien

Die in Art. 10 Abs. 3 S. 1 Genehmigungs-Richtlinie genannten Kriterien wiederholen nur grundsätzliche rechtsstaatliche Anforderungen an Maßnahmen der staatlichen Gewalt und sind folglich für sich genommen ebenfalls nur von geringem Erkenntniswert⁴³.

Sowohl die zu berücksichtigenden Leitlinien als auch die Auslegungskriterien des Art. 10 Abs. 3 Genehmigungs-Richtlinie bedürfen somit in hohem Maß der wertenden Ausfüllung⁴⁴. Diese steht aufgrund des lediglich rahmengebenden Charakters einer Richtlinie zunächst den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern zu. Sie kann aber auch durch den europäischen Gesetzgeber erfolgen, sofern dieser einen nachfolgenden sachlich spezielleren Rechtsakt erlässt, der die Richtlinienvorgaben nicht ersetzt, sondern lediglich konkretisiert. Ein solcher Rechtsakt liegt mit der UMTS-Entscheidung 128/1999/EG⁴⁵ vor.

c) Vorgaben der UMTS-Entscheidung

aa) Mitgliedstaatliche Gewährleistungspflichten zur Binnenmarkt-Verwirklichung

Nach der primärrechtlichen Vertragsbestimmung des Art. 14 Abs. 2 EG umfasst der Binnenmarkt „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags gewährleistet ist“. Im Hinblick auf die Vergabe von UMTS-Lizenzen ist vor allem die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) einschlägig⁴⁶, insbesondere angesichts der Möglichkeit gemeinschaftsweiter grenzüberschreitender Gesprächsübergabe (Roaming).

Nach Art. 249 Abs. 4 EG ist die UMTS-Entscheidung „in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet“. Da die Mitgliedstaaten in Art. 15 UMTS-Entscheidung ausdrücklich als Adressaten bezeichnet werden, verpflichtet die Entscheidung alle Mitgliedstaaten individuell und unmittelbar⁴⁷ „in allen ihren Teilen“, das heißt sowohl nach Maßgabe der operativen Bestimmungen (Art. 1 bis 15) als auch nach Maßgabe der Interpretationsvorgaben in den Erwägungsgründen sowie der Spezifikationen im Anhang I („Merkmale, die mit UMTS realisierbar sein müssen“).

Damit zieht die UMTS-Entscheidung den Mitgliedstaaten verbindliche Grenzen ihrer Abgabenerhebungsspielräume nach Art. 11 Abs. 2 Genehmigungs-Richtlinie bei der Genehmigung von Mobilkommunikationssystemen der dritten Generation. Die UMTS-Entscheidung konkretisiert insbesondere das schon in Art. 11 Abs. 2 Genehmigungs-Richtlinie verankerte Gebot, im Fall eines Versteigerungsverfahrens das zu vergebende Gut und die Versteigerungsbedingungen so zuzuschneiden, dass Marktmacht oder Finanzkraft allein nicht zum Zuschlag führen dürfen⁴⁸. Die UMTS-Entscheidung richtet dabei sowohl die Nutzungssicherungsfunktion als auch die Wettbewerbsförderungsfunktion besonders auf die Binnenmarkt-Gewährleistung aus. Hinsichtlich der konkreten Binnenmarktvorgaben genießt die UMTS-Entschei-

dung aus dem Jahre 1998 nicht nur als lex posterior Vorrang gegenüber der Genehmigungs-Richtlinie von 1997. Im Rahmen der mitgliedstaatlichen Auswahl der lizenzvergaberechtlichen Gestaltungsoptionen kommt der UMTS-Entscheidung vielmehr ein lex-specialis-Vorrang gegenüber der allgemeinen Genehmigungs-Richtlinie zu, und zwar speziell im Hinblick auf die für die Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbaren Regulierungsvorgaben zur Entfaltung der besonderen transnationalen Mobilitätspotentiale, die UMTS aufgrund seiner neuartigen Netzwerkeigenschaften birgt⁴⁹.

Bereits die Erwägungsgründe 3, 12 und 21 der UMTS-Entscheidung betonen, dass die effektive Sicherstellung der (wirtschaftlichen) Möglichkeiten des gemeinschaftsweiten grenzüberschreitenden Roamings (auch mit GSM⁵⁰) nicht nur ein telekommunikationsspezifisches Regulierungsziel, sondern darüber hinaus – mit Blick auf die ökonomischen Roamingbedingungen – einen Imperativ des Binnenmarkts darstellt, der in Art. 1 UMTS-Entscheidung besonders hervorgehoben wird und an den auch Art. 4 Abs. 1 UMTS-Entscheidung anknüpft.

Hinsichtlich der ökonomischen Bedingungen für ein praktisch wirksames⁵¹ gemeinschaftsweites grenzüberschreitendes Roaming treffen die Erwägungsgründe der UMTS-Entscheidung ebenfalls einschlägige Aussagen. Der Markt muss rasch geöffnet werden, um niedrige Kosten zu gewährleisten⁵². Der Marktzugang soll ohne unnötige Beschränkungen oder überhöhte Gebühren möglich sein⁵³. Die Verfahren zur Festsetzung der Preise für die verwendeten Frequenzen sollen die wettbewerbsorientierte Marktstruktur nicht gefährden⁵⁴. Und schließlich ist der Verbund zwischen UMTS und GSM zu berücksichtigen⁵⁵.

Die UMTS-Entscheidung konkretisiert die in Art. 14 Abs. 2 EG verankerte Binnenmarkt-Gewährleistungsfunktion. Funktionsgrundlage ist „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“ (Art. 3 lit. g) EG). Danach sind sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die transnationale und von Wettbewerbs-

43 Grzeszick, DVBl. 1997, 878, 882; ders., ZUM 1997, 911, 914.

44 Sie sind dabei ausdrücklich nicht als abschließender Anforderungskatalog für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens gefasst, vgl. dazu ausführlich: Grzeszick, DVBl. 1997, 878, 882.

45 Entscheidung Nr. 128/1999/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.1998 über die koordinierte Einführung eines Drahtlos- und Mobilkommunikationssystems der dritten Generation in der Gemeinschaft, ABIEG L 17 vom 22. 1. 1999, 1.

46 S. dazu bereits oben, I. 3. a).

47 Zur unmittelbaren und individuellen Geltung von Entscheidungen nach Art. 249 Abs. 4 EG vgl. Koenig/Haratsch, Europarecht, 3. Aufl. 2000, S. 93 (Rdnr. 265 f.).

48 Vgl. dazu Gramlich, CR 2000, 101, 103.

49 Vgl. zu diesen ausführlich Ladeur, RTKom 1999, 68, 70 ff.

50 Dazu Ziffer 5 des Anhang I der UMTS-Entscheidung.

51 Die „effet utile“-Grundsätze des EuGH sind angesichts der Binnenmarkt-relevanz zu beachten. Nach dieser teleologischen Auslegungsmethode ist derjenigen Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung der Vorzug einzuräumen, welche die Verwirklichung der Vertragsziele, wie hier die Schaffung eines Binnenmarkts für Mobilfunkdienstleistungen, am praktisch wirksamsten fördert; vgl. Koenig/Haratsch (Fn. 47), S. 28 f. (Rdnr. 72).

52 Erwägungsgrund 4.

53 Erwägungsgrund 10.

54 Erwägungsgrund 18.

55 Erwägungsgrund 21.

chancengleichheit geprägte Ausrichtung der dem Binnenmarktkonzept folgenden Wirtschaftsabläufe nicht durch ein Gefälle unterschiedlich belastender mitgliedstaatlicher Regulierungen behindert wird⁵⁶. Dabei ist sicherlich die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe einer angemessenen Preisgestaltung auch relativ zur Knappheit der vergebenen Frequenzressourcen zu beurteilen. Gleichwohl sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, von sich aus eklatante Entgeltdiskrepanzen zwischen den einzelnen mitgliedstaatlichen Vergaberegimen durch eine geeignete Ausgestaltung der „Verfahren zur Festsetzung der Preise für das verwendete Frequenzspektrum“ zu vermeiden, sollen die in den zitierten Erwägungsgründen normierten Ziele nicht schon im Ansatz unerreichbar sein und zugleich die ökonomischen Bedingungen geschaffen werden, damit die UMTS-Netzbetreiber „untereinander grenzüberschreitende Roaming-Vereinbarungen aushandeln, um ein lückenloses gemeinschaftsweites Dienstangebot sicherzustellen“ (Art. 4 Abs. 1 UMTS-Entscheidung).

bb) Mitgliedstaatliche Wettbewerbsförderungspflicht

Flankiert werden die auf die Gewährleistung eines Binnenmarkts für Mobilkommunikationsdienstleistungen gerichteten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten von einer ausdrücklichen Verpflichtung zur Förderung eines intakten und intensiven Wettbewerbs⁵⁷. Damit müssen alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen im Bereich der Vergabe der UMTS-Frequenzen, also auch der Zuschnitt der Frequenzausstattung einer UMTS-Lizenz, der Förderung eines breiten wettbewerbsorientierten Angebots und eines intensiven Wettbewerbs dienen.

Mit den Binnenmarkt-Gewährleistungspflichten und der Wettbewerbsförderungspflicht konkretisiert die UMTS-Entscheidung einerseits die Vorgaben der Genehmigungs-Richtlinie im Sinne ihres Regelungsziels. Zum anderen entfaltet sie auch darüber hinaus gehende normative Wirkung. Dass sich der europäische Gesetzgeber hierbei für die Rechtsform der Entscheidung entschieden hat, zeigt die besondere Bedeutung, die er der Einhaltung ihrer Bestimmungen durch die Mitgliedstaaten beimisst.

II. Rechtmäßigkeit der Wahl des Versteigerungsverfahrens (§ 11 Abs. 2 TKG)

1. Gefährdung der wettbewerblichen Chancengleichheit (§ 11 Abs. 2 S. 2 1. Alt. TKG)

Die nicht abschließende⁵⁸ Vorschrift des § 11 Abs. 2 S. 2 TKG enthält zwei Sachverhaltskonstellationen, in denen eine Versteigerung zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ungeeignet sein kann (aber nicht zwingend muss⁵⁹). Der § 11 Abs. 2 S. 2 TKG zukommende Regelungsgehalt ist somit beschränkt. Aus ihm ergeben sich jedoch Konsequenzen für den der RegTP zukommenden Beurteilungsspielraum⁶⁰. Liegt ein Fall des § 11 Abs. 2 S. 2 TKG vor, so muss die RegTP eine eventuell dennoch erfolgende Entscheidung für ein Versteigerungsverfahren substantiiert begründen⁶¹. In § 11 Abs. 2 S. 2 TKG kommt eine zwingend zu berücksichtigende Wertungsentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, die im Regelfall zu beachten ist und deren

Nichtbeachtung nur möglich ist, wenn sie im Einzelfall widerlegt werden kann.

a) Asymmetrische Marktzutrittsbedingungen (§ 11 Abs. 2 S. 2 1. Alt. TKG)

Ob ein Fall des § 11 Abs. 2 S. 2 1. Alt. TKG vorliegt, hängt davon ab, ob das Angebot von Übertragungswegen für UMTS-Mobilfunkdienstleistungen für die Öffentlichkeit und das Angebot von Übertragungswegen für GSM-Mobilfunkdienstleistungen für die Öffentlichkeit demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind⁶². Die vier etablierten GSM-Betreiber haben Lizenzen für das Betreiben von Übertragungswegen für GSM-Mobilfunkdienstleistungen im Ausschreibungsverfahren oder auf diesem gleichzustellende Art und Weise erhalten⁶³.

Die Bestimmung der Identität des sachlich relevanten Markts erfolgt unter Berücksichtigung der vom TKG vorgesehenen Modifikationen nach kartellrechtlichen Grundsätzen⁶⁴. Im Rahmen des § 19 GWB ist der sachlich relevante Markt aus der Sicht der Marktgegenseite nach dem Bedarfsmarktkonzept zu bestimmen⁶⁵. Danach bilden solche Produkte oder gewerbliche Dienstleistungen einen Markt, die aus Sicht des Nachfragers nach ihren Eigenschaften, dem wirtschaftlichen Verwendungszweck und der Preislage austauschbar sind, um einen bestimmten Bedarf zu decken⁶⁶. Die Produkte oder gewerblichen Dienstleistungen müssen „marktgleichwertig“ sein, die Nachfrager müssen also ohne große Überlegungen und ohne besondere Anpassungslasten zwischen diesen wählen können⁶⁷. Schon im Rahmen der kartellrechtlichen Marktbestimmung ist dabei die Zielrichtung des die Marktbestimmung erforderlich machenden Gesetzes zu berücksichtigen⁶⁸. Die Marktbestimmung im Rahmen von § 11 Abs. 2 S. 2 1. Alt. TKG erfolgt aber – anders als in § 19 GWB oder auch in § 33 Abs. 1 S. 1 TKG – nicht mit Blick auf die Feststellung beträchtlicher oder beherrschender Marktmacht oder eines Missbrauchs solcher Marktmacht. Vielmehr geht es darum, eine mögliche Bevorzugung eines Lizenznehmers unabhängig von dessen Marktmacht zu verhindern⁶⁹. Würde einem Unterneh-

56 Bardenhewer/Pipkorn, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art 7a EGV, Rdnr. 34.

57 Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 13.

58 Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 6; Spoerr/Deutsch, DVBl. 1997, 300, 307.

59 Ehmer, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 2), § 47 Rdnr. 10; Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 6. Dies scheint indes implizit den Ausführungen von Beese/Naumann, MMR 2000, 145, 148, zugrunde zu liegen.

60 In diese Richtung auch Demmel (Fn. 5), C § 47 Rdnr. 40: Der Beurteilungsspielraum der RegTP werde durch § 11 Abs. 2 S. 2 TKG- „beispielhaft konkretisiert“.

61 Ehmer (Fn. 59), § 47 Rdnr. 10.

62 Auf eine explizite Bestimmung des räumlich relevanten Markts soll im Folgenden verzichtet werden.

63 Vgl. allgemein zur Vergabe der GSM-Lizenzen: Schütz (Fn. 15), § 6 Rdnr. 39 ff.; Demmel (Fn. 5), C § 47 Rdnr. 18.

64 RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, S. 2513; Manssen (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 9.

65 Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., 1992, § 22 Rdnr. 18 ff.

66 Vgl. Bechtold, Kartellgesetz, 2. Aufl., 1999, § 19, Rdnr. 6; Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU/EG-Vertrag (Fn. 56), Art. 86 EGV, Rdnr. 107 f.

67 Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 180.

68 Wendland, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 2), vor § 33, Rdnr. 7.

69 Nach der Begründung zu § 11 Abs. 3 des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU / CSU, SPD und FDP, BT-Drucks. 13/3609, geht es um die „Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs“. Vgl. auch Spoerr/Deutsch, DVBl. 1997, 300, 307: „Gleichbehandlung im Wettbewerb“.

men der Marktzutritt im Wege eines Ausschreibungsverfahrens ermöglicht, kann es unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten unzulässig sein, den Marktzutritt anderer Unternehmen durch die Durchführung eines regelmäßig mit deutlich höheren Lizenzkosten verbundenen Versteigerungsverfahrens zu erschweren⁷⁰ (asymmetrische Marktzutrittsbedingungen⁷¹).

Für die Feststellung des sachlich relevanten Markts ist zunächst bemerkenswert, dass die Systemfähigkeiten von UMTS qua definitionem die Realisierung solcher Anwendungen ermöglichen müssen, die „die Möglichkeiten von Systemen der zweiten Generation wie GSM übersteigen“⁷². GSM erscheint somit als Teilmenge von UMTS, wobei letztere Technologie erstere mit abzudecken in der Lage ist (asymmetrische Substitution)⁷³. Dabei kann aber nur der ursprüngliche GSM-Standard angesprochen sein, da anderenfalls der UMTS-Begriff in Abhängigkeit von der sich wandelnden GSM-Technik definiert wäre. Ein solches Verständnis ist aber selbst der RegTP fremd, wie die ausdrückliche Bezugnahme auf die fixe Übertragungsbandbreite von 2 MBit/s deutlich zeigt. Damit ist der Aussagegehalt der Erkenntnis, dass GSM eine Teilmenge von UMTS ist, in der Praxis aber gering. Insbesondere geht die Vermutung der RegTP fehl, dass es der UMTS-Entscheidung entspreche, „gerade die nicht substituierbaren Merkmale als wesentlich anzusehen und zu fördern“⁷⁴. Über den ursprünglichen GSM-Standard ist die technologische Entwicklung im Bereich der GSM-Netze hinweggegangen, ohne dass dieser Fortschritt in absehbarer Zeit zu einem Ende kommen dürfte.

Große Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der gegenwärtig erfolgenden Einführung der General Packet Radio Service-Technik (GPRS) zu. Diese wird vor allem durch Kanalbündelung und paketerorientierte Übertragungstechnik⁷⁵ u. a. die mobile Nutzung des Internets ermöglichen und so eines der für die Realisierung mit UMTS vorgesehenen vermeintlich neuen Anwendungsfelder⁷⁶ erschließen. Die Evolution des GSM wird insbesondere auch bei der Betrachtung der bei der Übertragung erzielbaren Bitraten deutlich. Diese steigen von den im ursprünglichen GSM-Standard vorgesehenen 9,6 KBit/s über bis zu 171.2 KBit/s im Falle der Verwendung von GPRS-Technologien⁷⁷ bis hin zu einer durch EDGE (Enhanced Data rates for GSM Evolution) realisierbaren Übertragungsrate von bis zu 384 KBit/s. Berücksichtigt man weiterhin, dass die maximale UMTS-Übertragungsrate von 2 MBit/s lediglich in extrem kleinen Zellen bei Inhouse-Anwendungen erzielt wird⁷⁸ und die Systemspezifika für andere Formen der Nutzung lediglich weit niedrigere Übertragungsraten von praktisch maximal 384 KBit/s vorsehen⁷⁹, ergibt sich ein äußerst differenziertes Bild, in das die Annahme zweier deutlich voneinander abstufbarer Technologien nicht passt⁸⁰. Vielmehr werden die GSM-/GPRS-Netze auch auf längere Sicht mit den UMTS-Netzen konkurrieren⁸¹. Schätzungen gehen davon aus, dass die bestehenden GSM-Netze noch bis ins Jahr 2010 die dominierenden und profitablen Mobilfunknetze bleiben werden⁸².

Die Leistungsmerkmale, die UMTS von GSM unterscheiden, sind also aus der Nachfragerperspektive nicht primär qualitativer, sondern in erster Linie quan-

titativer Natur. Dabei kann selbst dieser quantitative Unterschied nur situationsbedingt zur Geltung gebracht werden. Es sind sogar Konstellationen denkbar und jedenfalls auf mittlere Sicht auch wahrscheinlich, in denen sich die Systemunterschiede zugunsten der GSM-Technologie umkehren. Selbst unter der Berücksichtigung der Möglichkeit einer ähnlichen Verbesserung der Übertragungskapazität der UMTS-Technologie ist somit zu konstatieren, dass unter Einbeziehung des technischen Status quo zumindest gegenwärtig sowohl GSM als auch UMTS bereits Mobilfunktechniken zur Übertragung von Sprachkommunikation und multimedialen Inhalten sind. Angesichts der sich aus der Funktionalität für die Nachfragerseite ergebenden Substituierbarkeit sind somit nach dem Bedarfsmarktkonzept das Angebot von GSM-Übertragungswegen und das Angebot von UMTS-Übertragungswegen auf absehbare Zeit demselben sachlichen Markt zuzuordnen⁸³.

b) Wettbewerbsverzerrung auf einem benachbarten Markt

Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilen wollte⁸⁴, ist die sachliche Nähe der beiden Mobilfunktechnologien angesichts ihrer technisch-wirtschaftlichen Vernetzung von entscheidender Bedeutung. Gerade im Bereich von Netzwerkmarkten ist es zumindest fraglich, ob die herkömmlichen Methoden der Marktabgrenzung noch hinreichend sind. Netzwerkindustrien zeichnen sich durch eng verbundene, voneinander abhängige Märkte aus⁸⁵: Leistungen auf einem Markt sind Vorleistungen auf ei-

70 Auf die Bedenklichkeit einer solchen Ungleichbehandlung weist auch Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 20, hin.

71 Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 7. Vgl. trotz des anderen Begründungsansatzes auch Manssen (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 9.

72 Art. 2 S. 1 UMTS-Entscheidung. Vgl. auch Anhang I Nummer 1 der UMTS-Entscheidung sowie RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, S. 2513, Eckpunkt 1; Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1520.

73 RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, 2513, Eckpunkt 1; Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1521.

74 RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, S. 1520.

75 Vgl. dazu Hascher, Elektronik, Heft 15/1999, 83, 85.

76 S. Anhang I Nr. 2 der UMTS-Entscheidung.

77 In der Startphase sollen allerdings zunächst nur Datenraten von 40 KBit/s erzielt werden. Auch im späteren Betrieb wird in Prognosen davon ausgegangen, dass sich die tatsächlich erzielbaren Datenraten regelmäßig auf einem solchen Niveau bewegen werden.

78 Vgl. auch den Beitrag „Die größten UMTS-Mythen“ in der „WirtschaftsWoche“, <http://194.64.225.24/WirtschaftsWoche/WiWo_CDA/1,1702,10971_10531,00.html>: „UMTS ermöglicht mobiles surfen mit 2 MBit pro Sekunde. Theoretisch stimmt dies, ist in der Praxis aber so wahrscheinlich wie eine freie Autobahn zu Ferienbeginn.“

79 Vgl. auch Hascher, Elektronik, Heft 15/1999, 83, 84.

80 A. A. RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, S. 2513, Eckpunkt 1.

81 So u. a. auch die Einschätzung der VIAG Interkom, im WWW abrufbar unter <http://www.viaginterkom.de/umts/umts_technik.html>. Auch die T-Mobil geht davon aus, dass ein GPRS-fähiges GSM-Netz „bis weit über einen möglichen Netzstart von UMTS hinaus“ die Nutzerbedürfnisse befriedigen können wird, vgl. die Meldung der „WELT“ vom 21. 6. 2000, <<http://www.welt.de/daten/2000/06/21/0621w1175086.htm>>.

82 Vgl. den Beitrag „Die größten UMTS-Mythen“ in der „WirtschaftsWoche“, <http://194.64.225.24/WirtschaftsWoche/WiWo_CDA/1,1702,10971_10531,00.html>.

83 A. A. RegTP, Vfg. 13/2000, ABl. RegTP 2000, S. 516. Vorsichtig („da es sich um einen sachlich neuen Markt handele“): Manssen (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 9 (Hervorhebung vom Verf.).

84 So RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1519, Punkt 1.

85 So ausdrücklich Wendland (Fn. 58), vor § 33, Rdnr. 17.

nem benachbarten Markt. Für die Leistungserbringung auf einem Markt genutzte Infrastruktureinrichtungen können ohne weiteres – und oftmals sogar zugleich – für die Leistungserbringung auf dem benachbarten Markt genutzt werden. Auf dem einen Markt vorhandene Marktmacht lässt sich so auf den benachbarten Markt übertragen. Diese Überlegungen finden inzwischen auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene Niederschlag⁸⁶. Im Kartellrecht haben Netzwerkmärkte bereits mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB de lege lata Berücksichtigung gefunden⁸⁷.

Somit gewinnt in der regulatorischen Praxis die Berücksichtigung von Interdependenzen zunehmend an Bedeutung. Nicht mehr die Nachfragerperspektive entscheidet dabei über die Frage der Marktnachbarschaft. Da (Teil-)Marktidentität in Fällen benachbarter Märkte nicht gegeben ist, scheidet eine Substituierbarkeit gerade aus. Stattdessen findet ein Perspektivenwechsel statt. Entscheidend wird bei der Bestimmung benachbarter Märkte zunehmend die Anbieterperspektive. Wenn aus Sicht der Anbieter mit der Betätigung auf einem sachlich relevanten Markt erhebliche wettbewerblich relevante Verbundvorteile für eine Betätigung auf einem anderen sachlich relevanten Markt unmittelbar einhergehen, handelt es sich um einen so verstandenen benachbarten Markt.

Entscheidend für den Aufbau eines Mobilfunknetzwerks ist die Möglichkeit des Zugriffs auf Standorte für Basisstationen. Diese sind bei GSM-Netzbetreibern vorhanden. Sendemasten, insbesondere in den gut erschlossenen Großstädten, und ähnliche Infrastruktureinrichtungen des GSM-Netzes können für den Aufbau und den Betrieb des UMTS-Netzes mitgenutzt werden⁸⁸. GSM-Netzbetreiber müssen daher keine völlig neue Infrastruktur errichten⁸⁹, sondern können vielmehr ihre vorhandene Mobilfunkinfrastruktur zur UMTS-Tauglichkeit aufrüsten⁹⁰. Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass der Aufbau der UMTS-Netzwerke allen Prognosen zufolge einige Zeit dauern wird. Daran ändern auch die in den UMTS-Lizenzen enthaltenen Aufbauverpflichtungen nichts: eine Versorgungspflicht von 25% der Bevölkerung bis Ende 2003 und 50% der Bevölkerung bis Ende 2005⁹¹ kann bei der zu erwartenden Konzentration auf die Ballungsgebiete⁹² durchaus bei einer flächenmäßigen Abdeckung von unter 10% realisiert werden. Aus diesem Grund wird in der Praxis jedenfalls auf mittlere Sicht die Interoperabilität zwischen GSM- und UMTS-Netzen von entscheidender Bedeutung für den Betrieb eines bundesweiten Mobilfunknetzes sein. Die Attraktivität eines UMTS-Netzes wird folglich ganz erheblich davon bestimmt werden, inwieweit Nutzer dieses Netzwerks in Gebieten ohne UMTS-Abdeckung automatisch auf ein GSM-Netzwerk zurückgreifen können⁹³. GSM-Netzbetreiber verfügen insoweit über einen natürlichen Vorteil gegenüber UMTS-Netzbetreibern, die auf entsprechende Roaming-Vereinbarungen angewiesen sind. Auf der Ebene der Infrastruktur und der technologischen Realisierung bestehen mithin erhebliche Interdependenzen zwischen dem Angebot von UMTS-Übertragungswegen und dem Angebot von GSM-Übertragungswegen. Es sind folglich zumindest zwei benachbarte und miteinander vernetzte Märkte betroffen⁹⁴. Marktmacht im Bereich GSM kann ohne weiteres im Be-

reich UMTS nutzbar gemacht werden. Durch wettbewerbliche Aktivität in dem einen Bereich kann die Betätigung anderer Unternehmen im anderen Bereich erheblich beeinflusst oder beeinträchtigt werden. Die § 11 Abs. 2 S. 2 1. Alt. TKG zugrunde liegende Möglichkeit einer Benachteiligung derjenigen Unternehmen, die eine Lizenz beantragen, gegenüber den Unternehmen, die bereits eine Lizenz im Wege der Ausschreibung erhalten haben, besteht auch im Fall derartiger interdependenter Märkte.

2. Fehlende Eignung zur Sicherstellung der Regulierungsziele (§ 11 Abs. 2 S. 1 TKG)

Nachdem die Betrachtung des § 11 Abs. 2 S. 2 TKG eine Leitlinie für die Beantwortung der Frage nach der Eignung des Versteigerungsfahrens i.S. von § 11 Abs. 2 S. 1 TKG für die Vergabe der UMTS-Lizenzen liefern konnte, gilt es nun, die Auswirkungen einer möglichen Versteigerung auf die Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu untersuchen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass die in § 2 Abs. 2 TKG festgelegten Regulierungsziele durchaus heterogen sind⁹⁵. Die Beurteilung, wodurch die Regulierungsziele sichergestellt werden können, hängt somit grundsätzlich in hohem Maß von Wertungsfragen und Gewichtungen ab⁹⁶. Es liegt daher nahe, von einem weiten Einschätzungsspielraum der RegTP bei der Beantwortung dieser Frage auszugehen⁹⁷. Für dieses Normverständnis gibt es aber dann keinen sachlichen Grund mehr, wenn eine Maßnahme entweder zur Sicherstellung aller Regulierungsziele ungeeignet ist oder wenn sie zur Sicherstellung einiger Regulierungsziele ungeeignet ist und zugleich auf alle anderen Regulierungsziele keine Auswirkungen (weder positiver noch negativer Art) hat. In beiden Fällen geht der Verweis auf die konkret ja gerade nicht gegebene Gegenläufigkeit der Regulierungsziele fehl, so dass es schon keiner Beurteilung seitens der RegTP mehr bedarf⁹⁸. Die in Rede stehende Maßnahme ist dann nicht zur Sicherstellung der Regulierungsziele geeignet.

86 Art. 13 Abs. 3 des Entwurfs einer Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 12. 7. 2000, KOM 2000, S. 393.

87 Zwar betrifft die Norm des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nur die Frage, wann eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Sie zeigt darüber hinaus jedoch an, dass dem Gesetzgeber des GWB die Sonderstellung von Netzinfrastrukturen bewusst war.

88 Vgl. den Beitrag „UMTS – Die Gewinner, die Verlierer: die Telefongesellschaften“ in der „WirtschaftsWoche“, <http://194.64.225.24/WirtschaftsWoche/WiWo_CDA/1,1702,10971_10520,00.html>.

89 So aber RegTP, Vfg. 13/2000, ABl. RegTP 2000, S. 533.

90 Heilbock, MMR 1999, 23, 27.

91 RegTP, Vfg. 13/2000, ABl. RegTP 2000, 557.

92 Beese/Naumann, MMR 2000, 145, 147; Grzeszick, DVBl. 1997, 878, 884; Schumacher, NJW 2000, 3096, 3097.

93 Vgl. auch RegTP, Vfg. 13/2000, ABl. RegTP 2000, 533. Die RegTP hält diesen Gesichtspunkt jedoch angesichts § 4 TKV und entsprechender Bestimmungen in den GSM-Lizenzen für unerheblich.

94 Selbst die RegTP geht von benachbarten Märkten für UMTS- und GSM aus, vgl. RegTP, Vfg. 13/2000, ABl. RegTP 2000, 519.

95 Manssen (Fn. 2), C § 2 Rdnr. 3 und C § 11 Rdnr. 8.

96 RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1525.

97 Manssen (Fn. 2), C § 2 Rdnr. 3 und C § 11 Rdnr. 8; Spoerr/Deutsch, DVBl. 1997, 300, 307.

98 Es darf zwar nicht übersehen werden, dass auch mit Blick auf die einzelnen Regulierungsziele Beurteilungsprobleme auftreten können. Zugleich wird jedoch deutlich, dass dem der RegTP zustehenden Beurteilungsspielraum durchaus enge Grenzen gesetzt sind. Vgl. auch Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 5.

a) *Chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb*
(§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG)

Aufgrund der ausdrücklichen tatbestandlichen Einbindung in § 11 Abs. 2 S. 1 TKG und durch die gemeinschaftsrechtliche Unterfütterung⁹⁹ kommt diesem sonst vor allem auslegunglenkend wirkenden Regulierungsziel¹⁰⁰ eine Bedeutung zu, die über die in seinem originären Anwendungsbereich eher vage Ausprägung¹⁰¹ weit hinaus geht¹⁰².

Das Regulierungsziel des chancengleichen Wettbewerbs nimmt Bezug auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG)¹⁰³. Dieser verpflichtet die hoheitliche Gewalt zur Wahrung strikter Wettbewerbsneutralität¹⁰⁴. Mit dem Erfordernis des chancengleichen Wettbewerbs verträgt es sich also nicht, wenn ein Marktakteur staatlicherseits privilegiert oder diskriminiert wird¹⁰⁵. Eine solche Privilegierung oder Diskriminierung ist aber zu befürchten, wenn in einer Wettbewerbssituation das eine Unternehmen mit erheblich höheren Marktzutrittskosten belastet wird als ein konkurrierendes Unternehmen. GSM- und UMTS-Netzbetreiber stehen zumindest in einem mittelbaren Wettbewerbsverhältnis auf benachbarten, miteinander vernetzten Märkten. Mithin ist die Entscheidung für ein Versteigerungsverfahren für die Vergabe der UMTS-Lizenzen aufgrund der zu erwartenden höheren Kosten für die Lizenznehmer nicht mit dem Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs in Einklang zu bringen.

Zwar ist dem Grundsatz der Chancengleichheit regelmäßig durch eine möglichst weitgehende formale, schematische Gleichbehandlung der einzelnen Teilnehmer Rechnung zu tragen¹⁰⁶. Eine solche scheint durch das Versteigerungsverfahren garantiert, differenziert es doch nicht zwischen den einzelnen Bietern. Der Wettbewerb, auf den angesichts der telekommunikationsrechtlichen Regulierungsziele abzustellen ist, findet allerdings nicht um die UMTS-Lizenzen statt, sondern auf dem Markt für Mobilfunkdienstleistungen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Wettbewerb auf zwei sachlich nicht identischen Märkten für GSM- und für UMTS-Übertragungswege stattfindet, so ist angesichts der jedenfalls anzuerkennenden Interdependenzen aber gerade keine formale, schematische Gleichbehandlung der einzelnen Marktteilnehmer gegeben, wenn nur einem Teil der Wettbewerber der Marktzutritt zu dem einen Markt (GSM) und damit der Aufbau von auch auf dem anderen Markt (UMTS) nutzbaren Kapazitäten zu deutlich geringeren Marktzutrittskosten gewährt wurde.

Der das zweite in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG genannte Regulierungsziel prägende Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ ist ebenfalls keine kreative Begriffsschöpfung des TKG-Gesetzgebers¹⁰⁷. Mit diesem unbestimmten Rechtsbegriff¹⁰⁸ wird vielmehr an ein bestimmtes wettbewerbstheoretisches Leitbild angeknüpft¹⁰⁹. Dabei spricht beispielsweise die Teilnahme einer nennenswerten Anzahl von Wirtschaftsakteuren am Wettbewerb in der Regel für das Bestehen eines funktionsfähigen Wettbewerbs¹¹⁰. Gefördert wird funktionsfähiger Wettbewerb überdies auch dadurch, dass Unternehmen der Marktzutritt so leicht wie mög-

lich gemacht wird¹¹¹. Eine Gefährdung des funktionsfähigen Wettbewerbs geht bei einem solchen Verständnis also beispielsweise von hohen Marktzutrittskosten aus¹¹², die etwa aus der Durchführung eines Versteigerungsverfahrens resultieren können¹¹³. Das gilt vor allem dann, wenn etablierte Telekommunikationsdienstleister potentielle Konkurrenten durch eine von rein technischen und wirtschaftlichen Erwägungen nicht getragene Erhöhung der Gebote vom Marktzutritt abhalten¹¹⁴. Eine solche Gefährdungslage ist aber im UMTS-Bereich gegeben. Ein Versteigerungsverfahren gefährdet somit nicht nur den chancengleichen, sondern auch den funktionsfähigen Wettbewerb.

b) *Interessen der Nutzer* (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG)

Nutzer sind jedenfalls auch die Endkunden¹¹⁵. Diese haben ein Interesse an niedrigen Preisen der Telekommunikationsdienstleistungen¹¹⁶. Die Wahl eines Vergabeverfahrens, das erkennbar zu deutlich höheren Endkundenpreisen führt, würde gegen das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG verstoßen. Die Argumentation, die darauf abstellt, dass gerade der mit den hohen Lizenzkosten verbundene Rentabilitätsdruck zu endkundenfreundlichen Preisen führe¹¹⁷, überzeugt kaum. Diese Auffassung wird betriebswirtschaftlich damit begründet, dass die Lizenzkosten fixe Kosten seien und als solche zunächst keinen Einfluss auf die Grenzkosten der Dienstbereitstellung

99 Hier sind insbesondere die Nutzungssicherungsfunktion und die Wettbewerbsförderungsfunktion der Genehmigungs-Richtlinie einerseits und die Wettbewerbsförderungspflicht der UMTS-Entscheidung andererseits zu berücksichtigen.

100 Vgl. dazu *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 598.

101 *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 598.

102 Vgl. auch *Spoerr/Deutsch*, DVBl. 1997, 300, 306.

103 Vgl. zu diesem: *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar (Fn. 16), Art. 3 Rdnr. 62 ff.

104 *Gubelt* (Fn. 103), Art. 3 Rdnr. 62.

105 *Manssen* (Fn. 2), C § 2 Rdnr. 6.

106 *Gubelt* (Fn. 103), Art. 3 Rdnr. 62.

107 Vgl. zu diesem Komplex auch ausführlich *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 597 ff.

108 *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 609.

109 Vgl. in diesem Zusammenhang *Immenga*, WuW 1999, 949, 955, der allerdings skeptisch gegenüber einer Ableitung konkreter wettbewerbspolitischer Vorstellungen angesichts der Nennung dieses Leitbilds ist.

110 *Manssen* (Fn. 2), C § 2 Rdnr. 6.

111 *Schütz/Nüsken*, MMR 1998, 523, 524.

112 VG Köln, MMR 1999, 373, 375. Schon die Bundesregierung unterstrich in ihrer Gegenäußerung zu Nummer 1 der Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/4438, dass „überzogene Auflagen für den Markteintritt (...) die Wettbewerbsmöglichkeiten der potentiellen Anbieter verschlechtern“ würden, was „sich im Übrigen keinesfalls wettbewerbs-, sondern allenfalls konzentrationsfördernd auswirken“ würde. Ob der Marktzutritt nun aber durch „überzogene Auflagen“, die letzten Endes auch in der Bilanz Niederschlag finden, oder durch überzogene Marktzutrittskosten erschwert wird, ist in der Auswirkung auf den (funktionsfähigen) Wettbewerb irrelevant.

113 *Beese/Naumann*, MMR 2000, 145, 147; *Schütz/Nüsken*, MMR 1998, 523, 524.

114 *Geppert* (Fn. 2), § 11 Rdnr. 8; *Manssen* (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 11. Vgl. auch *Schumacher*, NJW 2000, 3096, 3097.

115 *Schuster* (Fn. 11), § 2 Rdnr. 6.

116 Grundsätzlich wird auch von einem Interesse an neuen, innovativen Telekommunikationsdienstleistungen auszugehen sein. Wie bereits festgestellt (I. 3. b) aa) (3)), lässt sich jedoch keine sichere Aussage über die diesbezüglichen Auswirkungen der Wahl eines Versteigerungsverfahrens treffen.

117 *Scheurle*, MMR 2000, 577, 578.

hätten¹¹⁸. Eine solche Argumentation übersieht, dass Lizenzkosten in Milliardenhöhe zwangsläufig aus Mitteln finanziert werden, die sich die Lizenzinhaber auf dem Kreditmarkt verschafft haben. Diese Kredite müssen in der Folge aus den Umsätzen bedient werden. Da alle Lizenzinhaber mit diesen Kosten gleichmäßig belastet sind, besteht insoweit auch kein wettbewerblicher Druck, diese Kosten nicht in die Entgeltgestaltung mit einfließen zu lassen¹¹⁹. Dies gilt sogar hinsichtlich einer auf Nachfrageseite möglichen Substitution der UMTS-Dienstleistungen durch die Inanspruchnahme von GSM-Dienstleistungen, wenn abzusehen ist, dass alle GSM-Netzbetreiber auch UMTS-Netze betreiben und sich damit demselben Refinanzierungsproblem gegenüber sehen. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Lizenzkosten in der Praxis Auswirkungen auf die Endkundenentgelte haben werden. Dabei besteht sogar die Gefahr einer Rückwirkung auf die Entgelte im GSM-Bereich. Mithin droht in einer solchen Wettbewerbssituation ein Versteigerungsverfahren zu erhöhten Endkundenentgelten zu führen¹²⁰. Gerade bei den schon im Zeitpunkt der Entscheidung über das Vergabeverfahren erwarteten hohen Geboten liegt die Vermutung nahe, dass die Kosten an den Verbraucher weitergegeben werden¹²¹. Die Entscheidung für das Versteigerungsverfahren war somit insoweit nicht geeignet, die Interessen der Nutzer zu wahren¹²².

Darüber hinaus ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass „Nutzer“ i. S. des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht nur Endkunden, sondern auch Unternehmen als Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen sind¹²³, die diese als Vorprodukte für ihr eigenes Telekommunikationsdienstleistungsangebot benötigen. Dies werden jedenfalls zunächst vor allem die bereits im GSM-Bereich aktiven Anbieter von Sprachtelefonie- und Mehrwertdienstleistungen sein. In deren Interesse liegt es nun aber, sich einer möglichst großen Anzahl potentieller Anbieter von Mobilfunkübertragungswegen gegenüber zu sehen, um so im Wege des Wettbewerbs die für sie günstigsten Bedingungen aushandeln zu können. Sehen sie sich stattdessen lediglich vor allem den Anbietern gegenüber, die auch bereits im GSM-Bereich tätig sind, kann hier kein zusätzlicher Wettbewerb entstehen.

Dass die Entscheidung für das Versteigerungsverfahren nicht dem Interesse der Nutzer dient, liegt implizit auch den im Vorfeld der UMTS-Versteigerung ergangenen Allgemeinverfügungen der RegTP zugrunde. So konstatiert die RegTP lapidar: „Die Kammer sieht voraus, dass UMTS – ähnlich dem digitalen zellularen Mobilfunk – in den ersten Jahren des Dienstleistungsangebotes noch keinen Massenmarkt darstellen wird, sondern in erster Linie Geschäftskunden erreicht.“¹²⁴ Anders als bei GSM erfolgt die Einführung von UMTS jedoch nicht in einem durch staatsmonopolistische Strukturen geprägten Telekommunikationsumfeld, in dem Telekommunikation faktisch gleichbedeutend mit der Sprachtelefonie im Festnetz und dem nur wenig verbreiteten (analogen) Mobilfunk war. UMTS wird vielmehr in einem Telekommunikationsumfeld eingeführt, in dem die Penetration mit Mobilkommunikationsdienstleistungen weit fortgeschritten ist und sich auch das Internet zum populären Medium entwickelt hat. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sehen daher eine schnelle Etablierung von UMTS im Massenmarkt vor.

Den Geschäftsplänen der Telekommunikationsbranche liegt, soweit ersichtlich, diese Erwartung ebenfalls zugrunde¹²⁵. Indem die RegTP Rahmenbedingungen bewusst in Kauf nimmt, die private Endkunden von der UMTS-Nutzung zunächst abzuhalten drohen, verstößt sie gegen das Regulierungsziel des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

c) Effiziente und störungsfreie Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG)

Für die Störungsfreiheit der Frequenznutzung ist das der Frequenzzuteilung zugrunde liegende Lizenzierungsverfahren unerheblich. Etwas anderes könnte jedoch für die Frage der Effizienz der Frequenznutzung gelten. Der Regelung des § 11 Abs. 4 TKG ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber des TKG davon ausgegangen ist, dass das Versteigerungsverfahren grundsätzlich geeignet ist, diejenigen Bieter zu ermitteln, welche die zuzuteilenden Frequenzen am effizientesten nutzen¹²⁶. Ob diese für die Frage der Verfassungskonformität des Versteigerungsverfahrens essentielle Vermutung zutrifft, soll im Rahmen dieses Beitrags nicht untersucht werden¹²⁷. Sie setzt aber jedenfalls voraus, dass die dem einzelnen Bieter zuzuteilende Frequenzausstattung die nach technischen und (vor allem nachfrageseitig induzierten) wirtschaftlichen Gesichtspunkten erforderliche Frequenzausstattung nicht wesentlich übersteigt. Übersteigt die Frequenzausstattung dagegen das unter Knappheits- und Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten gebotene Maß deutlich, bestünde für den Diensteanbieter weder ein Anreiz noch das Erfordernis, das ihm zugeteilte Spektrum effizient zu nutzen. Das gilt auch, wenn die Motivation zur Ersteigerung einer größeren Frequenzausstattung massiv von strategischen Überlegungen geprägt ist, die eher die Verdrängung potentieller Wettbewerber zum Ziel haben als die effiziente Nutzung der unter rein technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten überzähligen Funkfrequenzen. Da die Möglichkeit strategischen Bieterverhaltens primär durch die Verfahrensausgestaltung beeinflusst wird, lässt sich aber aus der Wahl eines Versteigerungsverfahrens allein noch keine Aussage über dessen Eignung zur Sicherstel-

118 *McMillan*, Telecommunications Policy 1995, 191, 197.

119 Davon geht auch das OVG Münster, MMR 2000, 115, 116, aus.

120 *Geppert* (Fn. 2), § 11 Rdnr. 8; *Demmel* (Fn. 5), C § 48 Rdnr. 4; *Manssen* (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 11; *Grzeszick*, DVBl. 1997, 878, 884; *Manssen*, Archiv PT 1998, 236, 240.

121 *Demmel* (Fn. 5), C § 47 Rdnr. 38 und C § 48 Rdnr. 4; *Gramlich*, CR 2000, 101, 103; *Schumacher*, NJW 2000, 3096, 3099. Dieser Zusammenhang liegt auch einer Öffentlichkeitsinformation der VIAG Interkom zugrunde, in der angesichts der zu Beginn der Auktion noch niedrigen Gebote konstatiert wird: „Sieben Runden sind absolviert. Kassenstand: Knapp 2,4 Milliarden Mark – deutlich weniger, als Optimisten erwartet und erst recht meilenweit unter dem, was Pessimisten befürchtet hatten. Alle UMTS-Interessenten können sich freuen: Die Mobilkommunikation der dritten Generation hat gute Chancen, von Anfang an sehr attraktive Tarife zu bieten.“ Im WWW abrufbar unter <http://www.viaginterkom.de/umts/umts_auktion.html>.

122 In der Sache ebenso, jedoch mit Blick auf § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG: *Beese/Naumann*, MMR 2000, 145, 147. A. A.: RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1525.

123 *Schuster* (Fn. 11), § 2 Rdnr. 6.

124 RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1530.

125 Vgl. dazu auch die Einschätzung der VIAG Interkom, UMTS – würde von Anfang an „sehr attraktive Tarife“ bieten (im WWW abrufbar unter <http://www.viaginterkom.de/umts/umts_auktion.html>).

126 *Beese/Naumann*, MMR 2000, 145, 147.

127 Zustimmung RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1526; *Fritts*, Federal Communications Law Journal, Vol. 51 Number 3, 849, 852. Bedenken bei *Beese/Naumann*, MMR 2000, 145, 147.

lung des Regulierungsziels des § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG treffen.

d) *Von der Wahl des Vergabeverfahrens nicht berührte Regulierungsziele*

Für die anderen Regulierungsziele aus dem Katalog des § 2 Abs. 2 TKG ist die Wahl des Vergabeverfahrens nicht relevant. Das Regulierungsziel der „Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Universaldienstleistungen) zu erschwinglichen Preisen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) wird zuvörderst und vornehmlich durch die Vorschriften über den Universaldienst (§§ 17 ff. TKG) sichergestellt¹²⁸. Das erst spät im Gesetzgebungsverfahren¹²⁹ eingefügte Regulierungsziel der Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG)¹³⁰ wird ebenfalls von der Wahl des Verfahrens zur Vergabe von UMTS-Lizenzen nicht tangiert. Und schließlich sind die „Interessen der öffentlichen Sicherheit“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 TKG) im Bereich des öffentlichen Rechts ohnehin stets zu wahren¹³¹. Sofern diesem Regulierungsziel ein über die bloße deklaratorische Wirkung hinaus gehender normativer Charakter zukommt, entfaltet es diesen vornehmlich in den Vorschriften der §§ 86 ff. TKG¹³².

Für die Entscheidung, ob ein Versteigerungsverfahren zur Sicherstellung der Regulierungsziele geeignet ist, können diese drei Ziele der Regulierung mithin außer Betracht bleiben¹³³. Damit ergibt sich, dass die Wahl des Verfahrens zur Vergabe der UMTS-Lizenzen mit Blick auf vier der sechs Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG als indifferent erscheint. Die beiden verbleibenden Regulierungsziele würden jedoch durch die Wahl eines solchen Vergabeverfahrens nicht sichergestellt, sondern vielmehr gefährdet. Diese Schlussfolgerung wird durch das Ergebnis der Subsumtion unter die Beispiele des § 11 Abs. 2 S. 2 TKG gestützt. Sie steht auch in Einklang mit den § 11 Abs. 2 S. 3 TKG zugrunde liegenden Wertungen. Damit ist aber insoweit auch kein Raum mehr für einen Beurteilungsspielraum der RegTP. Die UMTS-Lizenzen hätten nach § 11 Abs. 5 TKG i. V. mit § 11 Abs. 2 S. 1 TKG im Wege der Ausschreibung vergeben werden müssen. Die Wahl des Versteigerungsverfahrens war rechtswidrig.

III. Rechtmäßigkeit der Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens

Nur ergänzend ist der Frage nachzugehen, ob darüber hinaus auch gegen die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens rechtliche Bedenken bestehen. Im Schrifttum wird gemeinhin von einem weiten Ermessensspielraum der RegTP bei der Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens ausgegangen¹³⁴. Indes kann die Ausgestaltung eines Verfahrens erhebliche Auswirkungen auf die in diesem Verfahren zu treffende Entscheidung haben¹³⁵. Die pauschale Annahme eines weiten Ermessensspielraums erscheint somit bereits vom Ansatz her fraglich. Vielmehr ist die RegTP auch bei der Ausgestaltung des Versteige-

rungsverfahrens an zahlreiche Vorgaben des deutschen und europäischen Gesetzgebers gebunden.

1. Belange kleiner und mittlerer Unternehmen (§ 11 Abs. 4 S. 3 TKG)

Dieses Kriterium ist bei der Festlegung der Versteigerungsregeln lediglich zu „berücksichtigen“. Überdies schweigt das Gesetz zu der Frage, wie eine solche Berücksichtigung im Rahmen der Ausgestaltung von Verfahrensregelungen erfolgen soll¹³⁶. Üblicherweise wird diesem Kriterium daher nur der Stellenwert einer primär politischen Zielvorgabe ohne konkreten Regelungsgehalt beigemessen¹³⁷. Indes wäre es denkbar, durch eine Reservierung eines Teils der Lizenzen für kleine und mittlere Unternehmen sowie durch die Einräumung von Sonderrechten im Versteigerungsverfahren¹³⁸ die besondere Situation dieser Unternehmen zu berücksichtigen. Damit lassen sich die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen durchaus durch verfahrensrechtliche Vorgaben wahren¹³⁹. Die dargestellte Auffassung, die dem Kriterium der Berücksichtigung der Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen keinen konkreten Regelungsgehalt zustehen und es auf eine primär politische Zielvorgabe beschränken will, ist somit abzulehnen. Die RegTP hat bei der Ausgestaltung eines Versteigerungsverfahrens die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen zu berücksichtigen. Diese Erkenntnis stützt zudem die Auffassung, dass sich die Entscheidungsfindung im Rahmen von § 11 TKG an den vorgefundenen Marktverhältnissen auszurichten hat.

2. Vereinbarkeit mit den Vorgaben höherrangigen Rechts

Auch im Bereich der Regulierung der Telekommunikation hat die Verwaltung verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten¹⁴⁰. Dies gilt vor allem, wenn nach einfachem Recht ein Beurteilungs-, Ermessens- oder Ausgestaltungsspielraum gegeben ist¹⁴¹. Die RegTP musste also bei der Ausgestaltung des Verfahrens zur Versteigerung der UMTS-Lizenzen solche Vorgaben höherrangigen Rechts berücksichtigen.

128 Schuster (Fn. 11), § 2 Rdnr. 24; Manssen (Fn. 2), C § 2 Rdnr. 7. A. A. wohl Beese/Naumann, MMR 2000, 145, 147.

129 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Post und Telekommunikation, BT-Drucks. 13/4864, 4.

130 Vgl. zu diesem Regulierungsziel etwa Schuster (Fn. 11), § 2 Rdnr. 26; Manssen (Fn. 2), C § 2 Rdnr. 8.

131 Schuster (Fn. 11), § 2 Rdnr. 28; Manssen (Fn. 2), C § 2 Rdnr. 10.

132 Schuster (Fn. 11), § 2 Rdnr. 28.

133 So auch RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, 2513, Eckpunkt 5. Ähnlich Ehmer (Fn. 59), § 47 Rdnr. 10, dem zufolge „insbesondere“ die anderen drei Regulierungsziele „zu beachten“ sind.

134 Vgl. nur Manssen (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 14.

135 Vgl. etwa McMillan, Telecommunications Policy 1995, 191, 198.

136 Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 24.

137 Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 24; Manssen (Fn. 2), C § 11 Rdnr. 16.

138 Beese/Naumann, MMR 2000, 145, 148; Gramlich, CR 2000, 101, 102. Vgl. auch Geppert (Fn. 2), § 11 Rdnr. 24; McMillan, Telecommunications Policy 1995, 191, 194 ff.

139 Skeptisch wegen der damit verbundenen grundsätzlichen Infragestellung der Eignung des Versteigerungsverfahrens Beese/Naumann, MMR 2000, 145, 148.

140 Zur Bindung der RegTP an die Vorgaben der Genehmigungs-Richtlinie: Koenig/Schäfer, K&R 1998, 243, 247.

141 Schuster (Fn. 11), § 1 Rdnr. 13.

a) Vereinbarkeit mit den grundrechtlichen Vorgaben

Durch die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens hat die RegTP die Entscheidung über die Anzahl der zu vergebenden UMTS-Lizenzen bewusst der Entscheidung der „Marktkräfte“, mangels Alternativen auf der Angebotsseite also de facto der Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit der Nachfrager und damit letzten Endes ihrer Finanzkraft überlassen. Möglich war nach dem gewählten Verfahren sowohl eine Vergabe von insgesamt sechs als auch eine Vergabe von insgesamt nur vier UMTS-Lizenzen¹⁴². Daraus ist zu schließen, dass selbst nach Auffassung der RegTP die Vergabe von sechs Lizenzen unter technischen Gesichtspunkten allemal zumutbar gewesen wäre¹⁴³.

Es ist schon fraglich, ob der RegTP hinsichtlich der Festlegung der Anzahl der Lizenzen ein Ermessensspielraum zukommt¹⁴⁴. Die RegTP hat die endgültige Entscheidung über die Zahl der zu vergebenden Lizenzen jedoch nicht einmal selbst getroffen, sondern hat diese an die im Versteigerungsverfahren konkurrierenden Grundrechtsträger delegiert¹⁴⁵. Damit hat die RegTP die Entscheidung den betroffenen Kreisen letzten Endes selbst überlassen, ohne Vorsorge zu treffen, dass die im Fall einer eigenen Entscheidung der RegTP zu beachtenden grundrechtlichen Wertentscheidungen dabei Berücksichtigung finden. Ein so ausgestaltetes Verfahren schafft die Gefahr, dass die Bewertung der Frequenzen durch die Bieter nicht mehr auf der technischen und wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Frequenzen beruht, sondern vielmehr von strategisch geprägten Überlegungen der (potentiellen) Marktteilnehmer über den Marktzutritt eines (potentiellen) Konkurrenten getragen wird¹⁴⁶. Damit wird in der Sache staatlicherseits die Einschränkung von Grundrechten¹⁴⁷ aufgrund eines nicht legitimen Ziels – der Behinderung von Wettbewerb durch das von strategischen Überlegungen geprägte Bieterverhalten finanzstarker Wettbewerber – bewirkt¹⁴⁸. Eine solche Verfahrensausgestaltung ist mit der Berufsfreiheit der Unternehmen unvereinbar, die aufgrund dieser Vorgehensweise gezwungen werden, für den Erhalt einer UMTS-Lizenz mehr zu zahlen als unter Knappheitsgesichtspunkten auch nach Einschätzung der RegTP erforderlich gewesen wäre¹⁴⁹. Sie verstößt überdies gegen das von der RegTP selbst (zu Recht) postulierte Erfordernis, dass die Möglichkeit strategischen Bieterverhaltens durch die Ausgestaltung der Auktionsregeln zu unterbinden ist¹⁵⁰.

Ein solches strategisches Bieterverhalten hätte nur dann sicher ausgeschlossen werden können, wenn die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens eine Beendigung der Versteigerung für den Fall vorgesehen hätte, dass zu einem Zeitpunkt der Versteigerung unter Knappheitsgesichtspunkten eine erschöpfende Kapazitätsauslastung ohne den Ausschluss weiterer Bieter möglich wäre. Dies ist namentlich der Zeitpunkt im Versteigerungsverfahren, ab dem nach dem Ausstieg eines oder mehrerer Bewerber nur noch so viele Bieter an der Versteigerung teilnehmen, wie unter rein technisch-wirtschaftlichen Gesichtspunkten Lizenzen vergeben werden könnten. Das Festlegen einer Höchstausstattung reicht hingegen nicht aus, um strategischem Bieterverhalten wirkungsvoll entgegenzuwirken¹⁵¹.

b) Vereinbarkeit mit den Richtlinien-Vorgaben

Indem die Ausgestaltung der Versteigerung das oben geschilderte strategische Bieterverhalten ermöglichte, wurde das einseitige missbräuchliche Verhalten einzelner Bieter sogar gefördert. Damit verstieß die Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens gegen die Nutzungssicherungsfunktion des Art. 11 Abs. 2 S. 1 Genehmigungs-Richtlinie, der zufolge ein solches Verhalten gerade verhindert werden muss. Zugleich wird offenbar, dass bei der Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens keine Vorsorge dahin getroffen wurde, dass die Höhe der zu entrichtenden Abgabe nicht durch solche strategischen Überlegungen determiniert wird. Damit liegt zugleich ein Verstoß gegen die in Art. 11 Abs. 2 S. 2 Genehmigungs-Richtlinie normierte Wettbewerbsförderungsfunktion vor.

c) Vereinbarkeit mit den Vorgaben der UMTS-Entscheidung

In gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht weckt die konkrete Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens überdies massive Bedenken hinsichtlich der in ihrer Folge zu erwartenden weiteren Fragmentierung des entstehenden Binnenmarkts für UMTS-Mobilfunkdienstleistungen. Binnenmarktwidrige Wettbewerbsverzerrungen, insbesondere durch das in Deutschland für eine UMTS-Lizenz zu zahlende Entgelt in Höhe von rund 16 Mrd. DM, treten vor allem im Verhältnis zu UMTS-Lizenzinhabern aus Mitgliedstaaten auf, die Ausschreibungsverfahren durchführten, in denen im Vergleich zu dem in Deutschland durchgeführten Versteigerungsverfahren lediglich Bruchteile an Lizenzentgelten berechnet wurden¹⁵². So verzichtete Finnland als erster Mitgliedstaat, der UMTS-Lizenzen vergeben hatte, auf ein Versteigerungsverfahren gerade auch angesichts der den Erwägungsgründen der UMTS-Entscheidung zugrunde liegenden Überlegungen¹⁵³. Auch in Spanien mussten für die in einem Aus-

142 RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, 2513, Eckpunkt 4; Vfg. 13/2000, ABl. RegTP 2000, S. 517.

143 RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, 2513, Eckpunkt 4.

144 Leo/Schellenberg, ZUM 1997, 188, 190 und Fn. 29.

145 RegTP, Vfg. 11/1998, ABl. RegTP 1998, 2513, Eckpunkt 4.; Scheurle, MMR 2000, 577, 578.

146 Vgl. auch Schumacher, NJW 2000, 3096, 3099.

147 Zur Frage des Eingriffscharakters der Festlegung der Anzahl der Marktzutrittsgenehmigungen vgl. Mayen, CR 1999, 690, 696.

148 Bezeichnenderweise war dann auch die Versteigerung der UMTS-Lizenzen nach dem Ausscheiden des siebten Bieters von derartigen Überlegungen vor allem seitens der etablierten Mobilfunkbetreiber geprägt. Vgl. Luttermann, K&R 2000, 473, 474 Fn. 11. Vgl. dazu weiterhin das Interview von Ron Sommer, dem Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Telekom AG, in Ausgabe 34/2000 des Magazins „Der Spiegel“, S. 84: „(...) es gibt Unternehmen, die solch hohe Lizenzsummen [Anm.: gemeint sind die schließlich angefallenen Kosten von 16,5 Mrd. DM im Vergleich zu den 11 Mrd. DM, zu denen dieselbe Lizenz bereits fünf Tage vorher hätte ersteigert werden können] eher verkraften als andere. Auch das ist ein Teil der hoch komplexen Modellrechnung, die bei solchen Auktionsverfahren angestellt werden.“

149 Vgl. dazu auch Manssen (Fn. 2), C § 10 Rdnr. 5, der fordert, dass schon aus der Entscheidung der RegTP nach § 10 TKG über die Beschränkung der Anzahl der Lizenzen „hervorgehen (muss), auf welche Anzahl die Beschränkung erfolgt“.

150 RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1525.

151 A. A. RegTP, Vfg. 51/1999, ABl. RegTP 1999, 1523.

152 Vgl. dazu auch Luttermann, K&R 2000, 473, 475.

153 Luttermann, K&R 2000, 473, 475. Vgl. auch National UMTS- Working Group, „UMTS-frequencies and operating licenses in Finland“, <<http://www.thk.fi/englanti/document/UMTS-.pdf>>.

schreibungsverfahren vergebenen Lizenzen lediglich jeweils 21 Mrd. Peseten (weniger als 250 Mio. DM) bezahlt werden¹⁵⁴.

Die durch diese Entgeltdiskrepanzen induzierten Wettbewerbsverzerrungen gefährden eine effektive Sicherstellung der ökonomischen Spielräume eines gemeinschaftsweiten grenzüberschreitenden Roamings und damit der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Dienstmobilität im Binnenmarkt¹⁵⁵. UMTS birgt – dem Binnenmarktkonzept hervorragend entsprechend – dank der UMTS-Netzwerkeigenschaften („intelligentes Netz“) mehr transnationales Mobilitätspotential in sich als die herkömmlichen Mobilfunksysteme zum Zeitpunkt ihrer Markteinführung¹⁵⁶. Dem grenzüberschreitenden und gemeinschaftsweit lückenlosen Roaming kommt bei der Entfaltung dieses transnationalen Mobilitätspotentials mithin zur Verwirklichung eines Binnenmarkts für Mobilfunkdienste eine exponierte Bedeutung zu. Gemeinschaftsrechtlich stellt die grenzüberschreitende Gesprächsübergabe eine von Art. 49 ff. EG geschützte Dienstleistung des Netzbetreibers gegenüber seinen Kunden dar, die sich (temporär) in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten¹⁵⁷. Im Sinne dieser primärrechtlichen Vorgabe verpflichtet Art. 4 Abs. 1 UMTS-Entscheidung die Mitgliedstaaten dazu, sich bei den UMTS-Netzbetreibern für die Aushandlung grenzüberschreitender Roaming-Vereinbarungen einzusetzen¹⁵⁸. Diese Verpflichtung wurde vom europäischen Gesetzgeber gerade mit Blick auf die betriebswirtschaftlich bedingten Schwierigkeiten und Hindernisse geschaffen, die den Abschluss grenzüberschreitender Roaming-Vereinbarungen bei der Einführung von GSM behindert hatten¹⁵⁹.

Die Attraktivität des Angebots grenzüberschreitender UMTS-Dienstleistungen wird entscheidend von den Konditionen bestimmt, zu denen die Roaming-Vereinbarungen abgeschlossen werden. Hohe Lizenzkosten wirken sich auf die Entgelte der von dem mit diesen Kosten belasteten Netzbetreiber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen aus¹⁶⁰. Betroffen sind davon nicht nur die Endkundenentgelte, sondern auch die Roaming-Vereinbarungen. Dies kann nicht nur für EG-ausländische UMTS- oder GSM-Dienstleister, die grenzüberschreitende Roaming-Vereinbarungen mit deutschen UMTS-Dienstleistern schließen müssen, sondern auch für EG-ausländische Anbieter, die grenzüberschreitende Inheldienste über die UMTS-Netzinfrastruktur erbringen, de facto zu entgeltinduzierten Marktzutrittschindernissen führen.

Werden Roaming-Vereinbarungen zwischen Dienstleistern getroffen, bei denen das eine Unternehmen seine UMTS-Lizenz im Wege der Versteigerung zu einem hohen Preis erwerben musste, während der andere Roaming-Vertragspartner in einem Ausschreibungsverfahren viel niedrigere Lizenzabgaben gezahlt hat, so wirkt das Ungleichgewicht umgekehrt aber auch einseitig zu Gunsten des letzteren, da dieser regulierungsbedingt regelmäßig nunmehr über eine höhere Liquidität einschließlich eines noch nicht so weit ausgeschöpften Kreditrahmens verfügt. Dieser durch das Ausschreibungsverfahren in

der Regel begünstigte Netzbetreiber¹⁶¹ verfügt nicht nur über höhere Rentabilitätsmargen – und damit über weitere transnationale Dienstleistungsspielräume – im Rahmen einer grenzüberschreitenden Roaming-Vereinbarung im Vergleich zu seinem mit dem höchsten Versteigerungsgebot belasteten Vertragspartner. Zudem verfügt der durch das Ausschreibungsverfahren begünstigte Netzbetreiber regelmäßig über höhere Liquiditätsreserven, um im Rahmen einer Kapitalbeteiligung oder anderer Joint-Venture-Formen in anderen nationalen UMTS-Lizenzgebieten tätig zu werden. Demgegenüber dürften sich die Finanzierungsspielräume für solche grenzüberschreitenden Beteiligungsmodelle auf der Seite eines mit hohen Ersteigerungskosten belasteten Netzbetreibers regelmäßig erheblich enger gestalten.

Angesichts dieser ökonomischen Zusammenhänge ist zu befürchten, dass die durch das Versteigerungsverfahren zur Vergabe der UMTS-Lizenzen gesetzten Bedingungen erheblich den Abschluss grenzüberschreitender Roaming-Vereinbarungen behindern. Die Bundesrepublik Deutschland hat ihre Gewährleistungspflicht nach Art. 4 Abs. 1 UMTS-Entscheidung verletzt, nicht nur für das „Ob“ des grenzüberschreitenden Roamings Sorge zu tragen, sondern auch auf das „Wie“ dahin regulatorisch einzuwirken, dass die Roaming-Vereinbarungen qualitativ gerade den in der UMTS-Entscheidung vorgegebenen Spezifikationen entsprechen. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf das – freilich nur im Rahmen der technischen Realisierbarkeit¹⁶² – zu gewährleistende uneingeschränkte Roaming mit GSM. Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Netzbetreibern durch erhebliche Regulierungsdiskrepanzen sowohl zwischen den Mitgliedstaaten als auch den (teil)konvergenten Netzwerksystemen, insbesondere bei den Lizenzentgelten, sind mit den Binnenmarktkoordinaten unvereinbar und daher seitens der Mitgliedstaaten zu vermeiden.

IV. Fazit

Das deutsche und europäische Telekommunikationsrecht verbieten die Vergabe von Lizenzen im Wege eines Versteigerungsverfahrens jedenfalls dann, wenn die Höhe der Gebote nicht mehr nur die Bereitschaft zur effizienten Nutzung der in Rede stehenden Frequenzen widerspiegelt, sondern in erheblichem Umfang auch durch strategi-

154 Luttermann, K&R 2000, 473, 475. Angesichts dieser Entgeltdiskrepanzen ist die Europäische Kommission auf die Frage aufmerksam gemacht worden, ob die Vergabe von UMTS-Lizenzen in einem Ausschreibungsverfahren zu einem Tatbestand des EG-Beihilfenrechts werden kann. Vgl. zu diesem Themenkomplex Koenig, FAZ vom 21. 6. 2000.

155 Erhebliche Bedenken auch bei Luttermann, K&R 2000, 473, 478 f.

156 Vgl. auch Heilbock, MMR 1999, 23, 24.

157 Heilbock, MMR 1999, 23, 24.

158 Missverständlich Ladeur, RTkom 1999, 68, 71, dem zufolge wohl die Mitgliedstaaten selbst zum Abschluss von Roaming-Abkommen verpflichtet sein sollen.

159 Vgl. Heilbock, MMR 1999, 23, 24.

160 Vgl. die Ausführungen unter II. 2. b).

161 Hinzuweisen ist freilich darauf, dass auch ein Versteigerungsverfahren, wie etwa in den Niederlanden, bei entsprechenden regulatorischen Vorkehrungen zu durchaus moderaten Lizenzentgelten (insgesamt etwa 5,2 Mrd. DM, vgl. Luttermann, K&R 2000, 473, 475) führen kann, während dagegen in einem Ausschreibungsverfahren auch hohe Lizenzabgaben (z. B. in Frankreich 9,75 Mrd. DM für eine Lizenz, vgl. Luttermann, K&R 2000, 473, 475) vorgesehen sein können.

162 Insoweit etwas ungenau: Heilbock, MMR 1999, 23, 25.

sche Überlegungen determiniert wird. Vergabeverfahren, deren Kosten eine signifikante Erhöhung der Nutzerentgelte bedingen, laufen zudem den telekommunikationsrechtlich geschützten Interessen der Nutzer zuwider und verstoßen überdies gegen die in der UMTS-Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates konkretisierten mitgliedstaatlichen Verpflichtungen. Das Grundrecht der Berufsfreiheit verbietet es schließlich grundsätzlich der Exekutive, die Entscheidung über die Zahl der UMTS-Lizenzen in die Hand der konkurrierenden Grundrechtsträger zu legen. Daraus folgt: Sowohl die Entscheidung, die Lizenzen für UMTS in einem Versteigerungsverfahren zu vergeben als auch die konkrete Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens verstießen gegen deutsches und europäisches Telekommunikationsrecht.

Rechtsprechung

Berufsbezeichnung

„Notare.Rechtsanwälte“ auf Kanzlei-Homepage ist weder irreführend noch standeswidrig

KG Berlin, Urteil vom 19. 5. 2000 – 5 U 727/00

§§ 1, 3 UWG; § 43b BRAO; § 29 Abs. 1 BNotO

Die Angabe der Berufsbezeichnung „Notare.Rechtsanwälte“, insbesondere im Internet auf der Homepage einer Anwaltskanzlei, in der beide Berufsgruppen vertreten sind, ist weder unter dem Gesichtspunkt der Irreführung noch des unlauteren Geschäftsgebarens durch Verstoß gegen das betreffende Standesrecht zu beanstanden.

Sachverhalt: Die Parteien sind Rechtsanwälte und Notare, die Antragsteller in Berlin, die Antragsgegner in Hannover. Letztere unterhalten eine Homepage im Internet u. a. mit folgender Angabe: „Willkommen Dr. v. H. und Partner Notare.Rechtsanwälte“. Die Antragsteller haben – gestützt auf § 1 UWG – den Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrt, mit der den Antragsgegnern untersagt werden sollte, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken unter der Bezeichnung „Notare.Rechtsanwälte“ zu werben. Das LG hat den Antrag zurückgewiesen. Die Berufung der Antragsteller hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Verschafft sich ein Wettbewerb durch unlautere Verhaltensweise einen Vorsprung vor seinen Konkurrenten, kommen §§ 3 und 1 UWG als Bestimmungen für wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche in Betracht. Ein Verstoß gegen diese Normen ist vorliegend jedoch nicht erkennbar.

Zwischen den Parteien besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis

Allerdings ist entgegen der Auffassung des LG ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien zu bejahen. Für das Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses kommt es darauf an, ob die Rechtsschutzsuchende Partei durch die beanstandete Handlung direkt im Wettbewerb behindert werden kann (BGH GRUR 1966, 445, 446 – Glutamat), was jedenfalls bei Gleichheit des Kundenkreises zu bejahen ist (*Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 21. Auflage, Einl. UWG Rdnr. 216). So liegt der Fall hier. Über das Internet werben die Antragsgegner (auch) in Berlin um Mandanten. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen ein potentieller Berliner Mandant einen Notar in Hannover aus dem Internet suchen könnte, obwohl er aufgrund der Sachlage auch einen Notar in Berlin beauftragen könnte, was z. B. geschehen kann bei Erbengemeinschaften, bestehend aus Erben, die einerseits in Berlin und andererseits in Hannover ansässig sind.

Bezeichnung „Notare.Rechtsanwälte“ ist nicht irreführend

Ein Verstoß gegen § 3 UWG liegt jedoch nicht vor. Es ist in keiner Weise ersichtlich, in welcher Form die angesprochenen Verkehrskreise – da es sich hierbei um die gesamte Bevölkerung handelt, gehören auch die erkennenden Richter hierzu – angesichts der Bezeichnung „Notare.Rechtsanwälte“ zu einer Fehlvorstellung gelangen sollten. Schließlich handelt es sich bei den Antragsgegnern um Angehörige dieser Berufsgruppen.

Wenn die Bezeichnung „Rechtsanwälte und Notare“ nicht irreführend ist, was die Antragsteller nicht in Frage stellen, ist für den erkennenden Senat nicht einschichtig, wie die umgekehrte Folge der Berufsbezeichnungen Irrtümer hervorrufen könnte. Jedenfalls aber fehlte es einem Irrtum an der erforderlichen wettbewerbsrechtlichen Relevanz.

Die Werbeangabe muss gerade wegen ihrer Unrichtigkeit geeignet sein, die Entschließung des Publikums zu beeinflussen (vgl. *Köhler/Piper*, UWG § 3 Rdnr. 135). Soweit die Antragsteller der Auffassung sind, durch die Nennung der Bezeichnung „Notar“ an erster Stelle näherten die Antragsgegner sich den sogenannten Nur-Notaren an, fehlt es an jeglicher Glaubhaftmachung dafür, dass der Verkehr diese für „besser“ hält als einen Notar, der gleichzeitig Rechtsanwalt ist, und die künftigen Mandanten sich deswegen in der Auswahl „ihres“ Notars beeinflussen ließen. Es spricht vielmehr nichts dafür, dass auch nur kleine, aber gerade noch beachtliche Verkehrskreise eine derartige Auffassung teilten.

Kein Anspruch nach § 1 UWG wegen Erlangens eines relevanten Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch

Ebenso wenig können die Antragsteller ihren Anspruch auf § 1 UWG stützen. Soweit sie meinen, die Antragsgegner verschafften sich einen Vorsprung durch Rechts-