
Datum: 15.06.2007
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 K 572/07
ECLI: ECLI:DE:VGK:2007:0615.11K572.07.00

Tenor:

Die Beklagte wird unter teilweiser Aufhebung ihres Bescheides vom 4. November 2005 und des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2007 verpflichtet, die Frequenzuteilungen mit den Zuteilungsnummern 00000000 (Berlin), 00000000 (Köln) und 00000000 (Stuttgart) um den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2016 zu verlängern.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

-
- | | |
|---|---|
| Tatbestand | 1 |
| Der Klägerin sind seit 1999 in 36 Regionen Frequenzen für den ortsfesten Betrieb von Funkanlagen für Sprachtelefondienst mit ISDN-Merkmalen und Datenübertragung auf dem 2,6 GHz-Band (drahtlose Teilnehmeranschlüsse, wireless local loop - WLL -) zugeteilt worden. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - RegTP - hat als Rechtsvorgängerin der Beklagten der Klägerin mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 den Einsatz von Rundstrahlantennen nach dem IP-Wireless-System gestattet, das eine Nutzung mit beweglichen Endgeräten zulässt. Die Klägerin bietet damit in Berlin, Bensberg bei Köln und Stuttgart Sprachtelefondienst und einen funk- gestützten Internetzugang als Alternative zu leitungsgebundenen DSL (Digital Subsc- riber Line)-Anschlüssen an. In den übrigen Regionen werden die Frequenzen noch nicht genutzt. | 2 |
| Diese Zuteilungen waren nach den Zuteilungsbedingungen der Allgemeinverfü- gung 123/1998, ABL. RegTP 20/1998, S. 2515, bis zum 31. Dezember 2007 befristet. In Ziff. (2), Satz 2 dieser Entscheidung heißt es: „Die Frequenzen im Bereich 2540 bis 2670 MHz werden im Hinblick auf eine mögliche Widmung dieses Frequenzbereichs als UMTS- Erweiterungsband ab dem Jahr 2008 zunächst befristet bis Ende 2007 zu- geteilt.“ Der 2,6 | 3 |

GHz-Bereich war nach der Resolution 223 der Weltfunkkonferenz (World Radio Konferenz, WRC) 2000 sowie Entscheidungen des Europäischen Kommunikationsausschusses (European Communications Committee - ECC -) vom 15. November 2002 (ECC/DEC/(02)06) und vom 18. März 2005 (ECC/DEC/(05)05) ab dem 1. Januar 2008 als Erweiterungsband für UMTS (Universal Mobile Telecommunication System) /IMT (International Mobile Telecommunication)-2000-Anwendungen vorgesehen.

Der Frequenzbereich 2500-2690 MHz wurde nach Nr. 280-282 der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung vom 28. September 2004, BGBl. I S. 2499 i. d. F. vom 23. August 2006, BGBl. I S. 1977 (FreqBZPV - Zuweisungsplan -), dem festen Funkdienst und Mobilfunk zugewiesen. Der Plan enthält die auf internationalen Vorgaben beruhende Nebenbestimmung D 384A: „Die Frequenzbereiche 1710 - 1885 MHz und 2500 - 2690 MHz sind für öffentliche IMT-2000-Mobilfunksysteme als Erweiterungsfrequenzbereiche vorgesehen. Die Benutzung schließt die Benutzung dieser Frequenzbereiche durch andere Funkdienste, denen diese Frequenzbereiche zugewiesen sind, nicht aus.“ und die nationale Nebenbestimmung 27: „Die Zuweisung des Frequenzbereichs 2520 - 2690 MHz für den festen Funkdienst gilt bis zum 31. Dezember 2007“. Der Frequenznutzungsplan vom Mai 2006, Vfg. 29/2006 ABl. Bundesnetzagentur (BNA) 12/2006, S. 1676 (FreqNP - Nutzungsplan -), enthält die entsprechende Zuweisung und die selben Nebenbestimmungen. 4

Das UMTS-Kernband (1,9 - 2,17 GHz) wird von vier Netzbetreibern genutzt. Zwei Betreiber haben die ihnen zugeteilten Frequenzen zurückgegeben bzw. nicht genutzt, diese Frequenzen sind noch nicht wieder neu vergeben. Drei Betreiber haben auch Nutzungsrechte für ungepaarte (Zeitduplex, Time Division Duplex - TDD -) Frequenzen in diesem Band, nutzen sie aber nicht. 5

Das Gesamtkonzept der Beklagten für GSM (General Mobile Standard)-Mobilfunk vom 21. November 2005, Vfg. 88/2005, ABl. BNA 23/2005 S. 1852, sieht die Verlängerung der bis zum Jahr 2009 befristeten Laufzeit der Frequenzzuteilungen bis zum Jahr 2016 vor, weil UMTS nicht so schnell verwirklichtbar sei und erst dann GSM einsetzen könne. Die Beklagte teilte mit Bescheid vom 3. Februar 2006 die früher militärisch genutzten 880-890 und 925-935 MHz-Bänder zwei E-Netz-Betreibern zu, die dafür Frequenzen im 1,8 GHz-Bereich räumten. Die Beklagte verlängerte die auf 2009 befristete Frequenzzuteilung eines Betreibers bis zum Jahr 2016. 6

Mit der Verfügung 33/2005 vom 4. Mai 2005, ABl. BNA 8/2005 S. 782, eröffnete die Beklagte das Anhörungsverfahren für die Vergabe der Frequenzen im 2,6 GHz-Band nach dem 1. Januar 2008. Sie wies in Ziff. II Eckpunkte Ziff. 3.2 darauf hin, dass kein kurz- oder mittelfristiger Bedarf im TDD-Bereich zum Angebot von UMTS/IMT-2000-Mobilfunk erkennbar sei, da die Technik nicht verfügbar sei und die zugeteilten TDD-Frequenzen im Kernband bisher nicht genutzt würden. Daher sei dieser Bereich möglicherweise für die Weiternutzung von Punkt-zu-Mehrpunkt-Anwendungen verfügbar. In Ziff. 7.1 wird ausgeführt, dass eine Entscheidung, ob Frequenzknappheit bestehe, noch nicht vorhersehbar sei. Falls diese bestehe, werde ein Versteigerungsverfahren durchgeführt. 7

Nach der schriftlichen Anhörung stellte die Beklagte mit der Mitteilung 248/2005, ABl. BNA 19/2005 S. 1697, fest, dass es bei alten und neuen Netzbetreibern ein großes Interesse für nomadische, portable und mobile Anwendungen bei gleichzeitig komplexer und äußerst divergierender Interessenlage am Markt gebe. 8

Am 27. Oktober 2005 fand eine mündliche Anhörung zur Vfg. 33/2005 statt. Die Beklagte entnahm daraus, dass die Frequenzen im gesamten 2,6 GHz-Band knapp seien, auch im 9

TDD-Bereich. Einige Betreiber wiesen darauf hin, dass die Marktentwicklung noch unklar sei. Erst sei die Vergabe der gepaarten (Frequency Division Duplex - FDD -) Frequenzen und der Frequenzen im Kernband nötig, weil nur dafür Endgeräte auf dem Markt seien. Andere regten an, das Spektrum möglichst bald zur Verfügung zu stellen, und zwar auch für Festnetzbetreiber, da der ungepaarte Frequenzbereich für Breitbandanwendungen (Broad Wireless Access - BWA -) und funkgestützte Festnetzanschlüsse (Fixed Wireless Access - FWA -) nutzbar sei.

Mit Verfügung 89/2005 vom 21. Dezember 2005, ABl. BNA 24/2005, S. 1909- 1920, gab die Beklagte einen Überblick über die Stellungnahmen der Anhörung. Sie legte dar, dass der 2570-2620 MHz-Bereich dem digitalen Mobilfunk, auch für mobile und nomadische Breitbandanwendungen, zugewiesen werden könne und stellte erste Überlegung zu Vergabeszenarien vor. Der Frequenzbedarf von 2x10 MHz je Netzbetreiber könne aus dem FDD-Bereich des 2,6 GHz-Bandes befriedigt werden. Es seien ausreichend Frequenzen für zwei Neueinsteiger aus dem UMTS-Kernband und 2x10 MHz aus dem Erweiterungsband vorhanden. Der TDD-Bereich im Erweiterungsband könne auch für mobile Breitbandanwendungen zur Verfügung gestellt werden, weil in diesem Frequenzbereich kein Bedarf für UMTS bestehe. Die festen Funkdienste seien auszuschließen. Es wurde ein Antragsverfahren vorgesehen, um eine „regulierungsindizierte“ Frequenzknappheit zu vermeiden. 10

Schon vorher, am 29. Juli 2005, beantragte die Klägerin die Verlängerung der ihr zugeteilten Frequenzen im Umfang von 30 MHz bis zum 31. Dezember 2016 und erklärte sich mit der Verlagerung dieser Frequenzen auf den TDD-Teil des 2,6 GHz- Bandes einverstanden. 11

Der Beklagte lehnte den Verlängerungsantrag der Klägerin mit Bescheid vom 4. November 2005 ab, weil im Nutzungsplan in diesem Bereich eine Frequenzzuteilung für festen Funkdienst nicht vorgesehen sei und die Verlängerung gegen die Vergabegrundsätze nach § 55 Abs. 1 Satz 3 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004, BGBl I S. 1190 - TKG - verstoße. 12

Mit der Mitteilung 308/2006 vom 13. September 2006, ABl. BNA 18/2006, S. 2972, erklärte die Beklagte, dass die bisherigen Vergabeszenarien überholt seien. Das 2,6 GHz-Band soll nach der Entscheidung der Radio Spectrum Policy Group der EU- Kommission vom 23. November 2005 nicht mehr den UMTS/IMT-2000-Mobilfunk vorbehalten sein, sondern technologie- und dienstneutral für den drahtlosen Zugang zu elektronischen Kommunikationssystemen (Wireless Access Policy Electronic Communication Services - WAPECS -) genutzt werden. Die Mitgliedstaaten hätten sich zur Umsetzung dieses Konzepts bekannt. 13

Am 15. Dezember 2006 fand die Versteigerung von Frequenzen im 3,5 GHz-Band statt. Es wurden nur Frequenzen für feste und portable Anwendung (Worldwide Interoperability for Microwave Access - Wimax -) und nicht für den Mobilfunk angeboten. Einige Unternehmen bekundeten Interesse an der Widmung weiterer Frequenzbereiche für nicht technologiebeschränkte Anwendungen. Bei der Vergabe gab es für nur regionale Frequenzen z. T. keine Bewerber. Die Klägerin beteiligte sich nicht am Versteigerungsverfahren. 14

Mit der Mitteilung 219/2007 vom 4. April 2007, ABL. BNA 7/2007 S. 1113, veröffentlichte die Beklagte den Entwurf der Anhörung zu einer geplanten Allgemeinverfügung. Die Beklagte kündigte eine Versteigerung von Frequenzen im 2,6 GHz-Band und in den 1,8 und 2,0 GHz-Bereichen Ende 2007, Anfang 2008 an, weil „in Anbetracht eines zunehmenden Datenverkehrs und einer zunehmenden Nachfrage nach immer höheren Übertragungsraten 15

von einem steigenden Bedarf an Frequenzen auszugehen sei". Die Knappheitsprognose wird dabei im wesentlichen auf die Ergebnisse der Anhörungen aus dem Jahr 2005 und das bei der BWA-Versteigerung geäußerte Interesse gestützt. Die Vergabe regionaler Frequenzen soll ausgeschlossen sein, weil derartige Modelle wirtschaftlich nicht tragfähig seien. Die Frequenzen sollen befristet bis zum Jahr 2020 zugeteilt werden. Der Klägerin und den mit ihr verbundenen Unternehmen soll untersagt werden, Frequenzblöcke zu ersteigern, die Gegenstand der anhängigen Klageverfahren sind. Bei streitigen Frequenzen sollen Versteigerung und Zuteilung unter dem Vorbehalt des Widerrufs stehen.

Den Widerspruch der Klägerin vom 1./4. Dezember 2006 lehnte die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 16. Januar 2007 ab. Dagegen hat die Klägerin am 16. Februar 2007 Klage erhoben und schon vorher beim Verwaltungsgericht eine einstweilige Anordnung (11 L 1880/06 u. a.) beantragt. 16

Die Klägerin ist der Ansicht, dass ein Rechtsanspruch auf Verlängerung der Zuteilung bestehe. Zunächst sei schon die Grundlage für die Befristung entfallen. Die Befristung sei an zwei Bedingungen geknüpft worden, nämlich die künftige Widmung als UMTS-Erweiterungsband und an den daran anknüpfenden Frequenzbedarf. Diese Voraussetzungen lägen nicht mehr vor. Die nur bedarfsabhängige Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit zugunsten des IMT-2000/UMTS-Mobilfunks sei mit der Nebenbestimmung 27 in die nationalen Pläne übernommen worden. Die internationalen Vorgaben sähen aber weiterhin die gleichberechtigte unbefristete Zuweisung von festen und mobilen Funkdiensten im 2,6 GHz-Band vor. Auf Grund des Zustimmungsgesetzes vom 2. Mai 2005 und § 53 Abs. 1 TKG hätten die internationalen Vorgaben Gesetzesrang, und der Ordnungsgeber sei daran gebunden. Die Klägerin habe darauf vertrauen dürfen, dass die Befristung nur dann aufrecht erhalten bleibe, wenn die in der Verfügung genannten Voraussetzungen vorlägen. Die Weitergeltung der Nebenbestimmung und der Ausschluss fester Funkdienste seien rechtswidrig, weil kein international harmonisierter, technologiegebundener Erweiterungsbedarf bestehe, sondern nach dem WAPECS-Konzept nun Technologie- und Dienste-Neutralität vorgesehen sei. Die Nebenbestimmung 27 sei zwar restriktiver formuliert als die auf internationaler Festsetzung beruhende D 384, sie sei aber einschränkend auszulegen, weil die Vorgaben der ITU nach der amtlichen Begründung der FrBZPV maßgeblich seien. Nach den internationalen Zuweisungen habe die UMTS-Nutzung auf dem 2,6 Band auch keinen Vorrang vor schon bestehenden und auf Zuweisung beruhenden Nutzungen gehabt. 17

Angesichts der Stellungnahmen im Anhörungsverfahren bestehe auch keine konkrete Frequenzknappheit. Die Marktführer brauchten keine neuen Frequenzen, sondern wollen nur die Konkurrenz ausschließen. Bei der BWA-Versteigerung habe es mehr Angebote als Interessenten gegeben; der TDD-Bereich sei bis 2016 verfügbar und werde bisher nicht begehrt bzw. genutzt. 18

Bei der Verlängerungsentscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG seien auch die Investitionen der Klägerin von 30 Mio. Euro und der notwendige Investitionszeitraum zu berücksichtigen. Die Beklagte habe dies bei der Verlängerung der GSM-Frequenzen auch getan. Die Vermarktung der Technologie nur in einzelnen Regionen sei unwirtschaftlich. 19

Die Klägerin sei für den Wettbewerb notwendig. In Gebieten, die vom Glasfasernetz nicht versorgt werden können, bestünden Versorgungsprobleme bei DSL-Anschlüssen und die Deutsche Telekom AG habe DLS-Dumpingpreise. Die Nutzung des 3,5 GHz-Bandes sei für die Klägerin wirtschaftlich nicht möglich, weil die Ausbreitungseigenschaften der Wellen dort anders seien. 20

Die Zuteilung sei der Klägerin am 22. Juni 2006 und bei anderen Gesprächen auch konkret in Aussicht gestellt worden. Die betreffenden Gesprächsprotokolle fehlten in den Akten der Beklagten. Subjektive Voraussetzungen seien anders als früher bei der Lizenzerteilung nach § 8 TKG a. F. jetzt nicht mehr zu prüfen.	21
Andere Bewerber würden durch eine Verlängerung der Frequenzzuteilungen nicht benachteiligt. Bei der UMTS-Lizenzvergabe am 18. Februar 2000 sei den UMTS-Lizenznehmern nicht die ausschließliche Vergabe des 2,6 Bandes zugesichert worden. Bei der Vergabe der befristeten WLL-Lizenzen 1999 habe es auch andere Bewerber gegeben. Auch später hätten andere Unternehmen noch die durch die Insolvenz der Firma Callino freigewordenen Frequenzen erwerben wollen.	22
Die vorgesehene Versteigerung sei unnötig, weil keine Frequenzknappheit bestehe. Außerdem würden die etablierten Netzbetreiber durch die Vergabebedingungen bevorzugt. Wegen der Nichtbegrenzung der Bietrechte sei ein bedarfsunabhängiger Frequenzerwerb möglich. Der Ausschluss regionaler Anbieter sei sachlich nicht gerechtfertigt und verhindere einen chancengleichen Wettbewerb. Das Verbot, streitbefangene Frequenzblöcke zu ersteigern, nehme der Klägerin die Möglichkeit, ihre Investitionen unabhängig von dem gerichtlichen Verfahren zu sichern und verhindere oder erschwere die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen. Die Befristung der Frequenzen bevorzuge die UMTS-Anbieter, weil diese auf Grund der schon erbrachten Vorleistungen einen längeren Amortisationszeitraum hätten.	23
Die Klägerin beantragt,	24
die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 4. November 2005 und des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2007 zu verpflichten, die Frequenzzuteilungen mit den Zuteilungsnummern 00000000 (Berlin), 00000000 (Köln) und 00000000 (Stuttgart) um den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2016 zu verlängern,	25
hilfsweise über die Verlängerung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.	26
Die Beklagte beantragt,	27
die Klage abzuweisen.	28
Die Beklagte weist darauf hin, dass kein Rechtsanspruch auf Verlängerung bestehe, sondern dass diese Entscheidung im pflichtgemäßen Ermessen der Beklagten stehe. Die Vergabekriterien nach § 55 Abs. 1 Satz 3 TKG seien auch bei der Verlängerungsentscheidung nach § 55 Abs. 8 TKG zu beachten. Diesen komme drittschützende Wirkung gegenüber Mitbewerbern zu. Bei einer Verlängerung müssten die Voraussetzungen für die Neuzuteilung vorliegen, soweit dies der Gesetzgeber nicht anders vorgesehen habe.	29
Eine Verlängerung sei schon deshalb nicht möglich, weil der hier maßgebliche Frequenzbereich in den Frequenzplänen ab dem 1. Januar 2008 nicht mehr dem festen Funkdienst zugewiesen sei. Dass die Frequenzen früher der Klägerin zugeteilt worden seien, sei unerheblich. Die Unterscheidung der verschiedenen Funkdienste wie fester und mobiler Funkdienst oder Rundfunk sei auch nach der Vollzugsordnung (VO) Funk (Radio Regulations) der Internationalen Fernmeldeunion (International Telecommunication Union - ITU -), die die Grundlage des Zuweisungsplanes darstelle, weiterhin vorgesehen. Flexibilität	30

bestehe erst auf der Stufe des Nutzungsplanes; der Verordnungsgeber habe insoweit einen Gestaltungsspielraum. Es bestehe auch nicht die Pflicht alle international vorgesehenen Nutzungen zuzulassen, sondern nur die Befugnis dies zu tun und dementsprechend die Befugnis, bestimmte Nutzungen auszuschließen. Die Nebenbestimmungen seien ein konstitutiver Bestandteil des Frequenznutzungsplanes, so dass diesen zwingend Folge zu leisten sei.

Das WAPECS-Konzept werde verwirklicht, weil das 2,6 GHz-Band dem digitalen zellularen Mobilfunk ohne Beschränkung auf die anzuwendende Technologie zugewiesen worden sei. Dem festen Funkdienst würden nur noch Frequenzen oberhalb von 3 GHz zugeteilt. Das sei frequenztechnisch nötig, weil sich nur die niedrigeren Frequenzen für den Mobilfunk eignen. 31

Aber selbst wenn diese Pläne geändert würden, sei davon auszugehen, dass langfristig Frequenzknappheit bestehe. Für den Ausschluss bestimmter Anwendungen sei keine aktuelle Knappheitssituation nötig; ausreichend sei vielmehr schon die Möglichkeit der Frequenzknappheit im Zeitpunkt der Zuteilung. Nach der Begründung des Gesetzgebers bestehe dabei ein Prognosespielraum. Angesichts der schriftlichen und mündlichen Anhörung sei davon auszugehen, dass umfängliches Interesse an der Vergabe der freien Frequenzen - auch im TDD-Bereich - bestehe. In solch einem Fall könne der Klägerin nicht der Vorrang vor anderen Mitbewerbern eingeräumt werden, sondern es müsse ein allgemeines Vergabeverfahren durchgeführt werden, bei dem kein Mitbewerber benachteiligt werde. Nur dadurch werde der Wettbewerb gewährleistet. 32

Die Ablehnung des Antrages sei auch angemessen, weil der Klägerin die Befristung der Frequenzen bekannt gewesen sei. Die ursprüngliche Befristung habe andere Unternehmen von Bewerbungen um 2,6-Frequenzen abgehalten, und andere FWA-Anträge seien auch abgelehnt worden. Durch die regionale Nutzung werde die bundesweite Vergabe der Frequenzen verhindert. 33

Bei einer Verlängerung sei die effiziente Nutzung der Frequenzen nicht sichergestellt. Die Klägerin unterschätze das nötige Investitionsvolumen und nutze bisher nur drei der ihr zugeteilten Frequenzen. Das Gebot der effektiven Frequenznutzung beziehe sich auch auf wirtschaftliche Komponenten, die finanzielle Leistungsfähigkeit sei deshalb nach § 55 Abs. 4 TKG 2004 eine Vergabevoraussetzung. Vom Widerruf der 33 nicht genutzten Frequenzen sei nur wegen der Befristung der Zuteilung abgesehen worden. 34

Die Beklagte habe im Verlauf des Verwaltungsverfahrens auch keine unbedingte Verlängerung der Frequenzzuteilungen in Aussicht gestellt, sondern nur die Prüfung des Verlängerungsantrages. Sie habe auch möglichen Investoren gegenüber immer klargestellt, dass eine Verlängerung nicht möglich sei, und habe Alternativen aufgezeigt, wie z. B. die Zuteilung von Frequenzen in dem für die Klägerin geeigneten 3,5 GHz-Band, die Nutzung des zuteilungsfreien 2,4 GHz-Bandes (WLAN) und die Teilnahme am Vergabeverfahren des 2,6 GHz-Bandes. 35

Der TDD-Bereich des 2,6 GHz-Bandes sei noch nicht zuweisbar, da Schutzbänder erst nach der Nutzungsbestimmung festgelegt werden könnten. Diese könnten bis zu 30 MHz groß sein, so dass dann nur noch 20 MHz zur Verfügung stünden. Das reiche für die Klägerin nicht aus. 36

Die Verlängerungspraxis im GSM-Bereich sei nicht vergleichbar. Die Befristung bei den GSM-Frequenzen habe nicht den Zweck gehabt, eine Übergangsnutzung zu ermöglichen, sondern sei nur eine Kontrollfrist gewesen. Die Verlängerung schaffe gleichmäßige 37

Wettbewerbsbedingen für alle vier Netzbetreiber. Eine Neuordnung der GSM- und UMTS-Nutzung sei in Zukunft wahrscheinlich gemeinsam nötig.

Die Beklagte hat im Gerichtsverfahren Anträge aus der Zeit von April/Mai 2007 vorgelegt, mit denen mehrere Netzbetreiber die Zuteilung von Frequenzen im gesamten 2,6 GHz-Band beantragen. Einzelne Unternehmen fordern, dass das Band nicht dem Mobilfunk vorbehalten bleibe, sondern auch für andere BWA-Anwendungen geöffnet werde; andere wenden sich gegen die Nutzung des Bandes durch Festnetz- Betreiber. Es wird auch geltend gemacht, dass eine Vergabe noch zu früh sei, da die technische Entwicklung für breitbandige Mobilfunkdienst noch hinterherhinke und streitbefangene Frequenzen uninteressant seien. 38

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, der Akten der Verfahren 11 K 573/07 und 11 L 1880/06 sowie der zu all diesen Verfahren beigezogenen Verwaltungsakten verwiesen. 39

Entscheidungsgründe 40

Die Klage ist zulässig und begründet. 41

Der Klägerin hat nach § 55 Abs. 8 2. Halbsatz TKG einen Anspruch auf Verlängerung der ihr zugeteilten Frequenzen, da die Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes rechtswidrig war (§ 113 Abs. 5 Satz1 VwGO). 42

1. Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 TKG bedarf jede Nutzung von Funkfrequenzen einer Allgemein- oder Einzelgenehmigung. Denn Funkfrequenzen stellen ein öffentliches Gut dar, an dem dem Nutzer durch die Genehmigung ein allgemeines oder ausschließliches Gebrauchsrecht eingeräumt wird. 43

Vgl. Manssen (Demmel), Telekommunikations- und Multimediarecht, Stand Juni 2007, C § 44, Anm. 5. 44

Die nach Art. 87f des Grundgesetzes (GG) zu gewährleistende effektive und störungsfreie Nutzung von Frequenzen (§ 52 Abs. 1 TKG) ist nur bei einem kontrollierten Einsatz der Frequenzen möglich. Deshalb ist eine positive Frequenzordnung notwendig, die technische Koordinierung mit Elementen wirtschaftspolitischer Planung verbindet. 45

Vgl. schon BVerfG, Beschl. vom 28. 2. 1961 - 2 BvG 1,2/60 -, BVerfGE 12, S. 205 ff (207); Urteil vom 16. 6. 1981, - 1 BvL 89/78 -, NJW 1981, S. 1774ff.; Wissmann (Kreitlow), Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, Kap. 7, Rdnr. 3. 46

Die wesentlichen planerischen Entscheidungen ergeben sich nach § 53 TKG aus der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung. Auf deren Grundlage ist nach § 54 TKG der Frequenznutzungsplan erstellt worden, der die weitere Aufteilung der Frequenzbereiche sowie Festlegungen zu den Nutzungen enthält. Bei der Aufstellung dieser Pläne ist die Bundesregierung mit wenigen Ausnahmen an die internationalen Vorgaben der VO Funk gebunden. 47

Vgl. BT-Brucksache 13/3609, S. 47; Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr. 36. 48

Das eigentliche Zuteilungs- und Vergabeverfahren muss nach § 55 Abs. 1 Satz 3 TKG diskriminierungsfrei auf der Grundlage nachvollziehbarer und objektiver Kriterien durchgeführt werden. Denn Frequenzen sind ein knappes Gut, dessen effiziente Nutzung nach Art. 8 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. 49

März 2002 über einen gemeinsamen Rahmen für elektronische Kommunikationsnetze und - Dienste, ABl. EG Nr. L 108/33 (Rahmenrichtlinie - RRL -) sicherzustellen ist. Außerdem ist die gewerbliche Betätigung im Telekommunikationsbereich nach Art. 12 GG geschützte Grundrechtsausübung.	
Vgl. BT-Drucksache S. 13/3609, S. 38; Maunz-Dürig(Lerche), Grundgesetz- Kommentar, § 87f, Rdnr. 54; Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr.93.	50
Wegen der Bedeutung des knappen Gutes Frequenz muss die Beklagte bei der Zuteilung von Annahmen ausgehen, die dem aktuellen Erkenntnis- und Erfahrungsstand entsprechen, nachvollziehbar sind und die Regulierungsziele berücksichtigen.	51
Vgl. sinngemäß BVerfG, Beschl. vom 22. 10. 1991 - 1 BvR 393, 610/85 -, NVwZ 1992, S. 364ff., zur Kapazitätsermittlung bei der Beschränkung des Hochschulzugangs.	52
Nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108/21 (Genehmigungsrichtlinie - GRL -), schränken die Mitgliedsstaaten die Zahl der erteilten Nutzungsrechte nur soweit ein, wie dies für eine „effiziente Nutzung“ von Funkfrequenzen notwendig ist. Nach Art. 7 GRL soll bei der Zuteilung darauf geachtet werden, dass der Nutzen für die Verbraucher maximiert und der Wettbewerb erleichtert wird.	53
Die Zuteilungsvoraussetzungen im Einzelnen ergeben sich aus § 55 Abs. 5 TKG. Nach § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 TKG muss die beantragte Nutzung mit den planerischen Vorgaben des Frequenznutzungsplanes vereinbar sein. Nach § 55 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 TKG muss die Frequenz verfügbar sein, d. h. sie darf noch nicht anderen Nutzern zugeteilt sein. Nach Absatz 5 Satz 1 Nr. 3 TKG darf aufgrund frequenztechnischer Umstände keine Störung anderer Nutzungen zu befürchten sein.	54
Die Formulierung des § 55 Abs. 5 TKG insgesamt stellt klar, dass es sich bei der Frequenzzuteilung um eine gebundene Entscheidung handelt. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers besteht daher ein Rechtsanspruch auf Zuteilung der Frequenz, sofern die obengenannten Voraussetzungen vorliegen.	55
Vgl. BT-Drucksache 15/2316, S. 77.	56
Im Rahmen des Antragsverfahrens enthält das TKG keine Bestimmung über eine Frequenzvorratshaltung zum Zweck der Steuerung von Frequenzzuteilungen.	57
Vgl. Scheuerle/Mayen(Hahn), Telekommunikationsgesetz, 2002, § 47 Rn. 15.	58
Bei Frequenzknappheit kann die Beklagte allerdings nach § 55 Abs. 9 TKG i. V. m. § 61 TKG ein Vergabeverfahren zwischen konkurrierenden Bewerbern durchführen. Dies steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Frequenzknappheit besteht, wenn entweder für eine bestimmte Frequenz mehrere Anträge gestellt wurden oder die Beklagte zu der Auffassung gelangt, dass für Frequenzzuteilungen nicht in ausreichendem Umfang Frequenzen verfügbar sind. Die Bedarfsprognose erfordert eine sachliche und räumliche Marktabgrenzung.	59
Nach § 55 Absatz 10 TKG kann eine Frequenzzuteilung außerdem versagt werden, wenn die beabsichtigte Nutzung mit den Regulierungszielen nicht vereinbar ist. Diese Regelung schafft eine notwendige Flexibilisierung auch unterhalb der Planungsebene der §§ 53f TKG. Sie gibt die Möglichkeit, einen Antrag auf Zuteilung trotz Vorliegen der Voraussetzungen nach § 55 Absatz 5 TKG abzulehnen, wenn eine Überprüfung des Nutzungskonzeptes des	60

Antragstellers ergibt, dass dessen Bedürfnis nach Frequenzzuteilungen z. B. nur der Hütung von Frequenzen dient oder auf einer technisch nicht erforderlichen ineffizienten Gestaltung der Funkanlagen beruht. Die Vorschrift wurde bewusst nicht als Zuteilungsvoraussetzung, sondern als im Ermessen stehender Versagungsgrund ausgestaltet.	
Vgl. BT-Drucksache 15/2316, S. 78.	61
Wegen des grundsätzlichen Rechtsanspruchs auf Zuteilung sind die §§ 55 Abs. 10 und 61 TKG aber restriktiv auszulegen.	62
Vgl. Beck'scher TKG-Kommentar (Göddel), 3. Aufl. 2006, § 55 Rdnr. 18; Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr. 184.	63
2. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin aber nicht die erstmalige Zuteilung von Frequenzen beantragt, sondern nur die Verlängerung der ihr bereits befristet zugeteilten Frequenzen. Denn die vor dem Inkrafttreten des neuen TKG erteilten Frequenznutzungsrechte gelten nach § 150 Abs. 3 TKG fort.	64
Der Antrag der Klägerin stellt auch dann einen Verlängerungsantrag und keinen Antrag auf Neuzuteilung (aliud) dar, wenn das Frequenznutzungsrecht, wie es die Beklagte mit Schreiben vom 18. Mai 2004 angeregt hat, in den TDD-Bereich des 2,6 GHz-Bandes verlagert wird. Denn der Kern des Nutzungsrechtes bleibt identisch, selbst wenn die Inhaltsbestimmungen verändert werden. Dafür sprechen die Regelungen in § 55 Abs. 5 Satz 2 TKG, wonach es keinen Anspruch auf bestimmte Einzelfrequenz gibt, und nach § 60 Abs. 2 Satz 2 TKG, wonach es möglich ist, die Art und Umfang der Frequenznutzung nachträglich zu verändern.	65
§ 55 Abs. 8 TKG regelt nicht im Einzelnen, unter welche materiellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen ein Frequenznutzungsrecht verlängert werden kann. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich nur, dass die Verlängerung „möglich“ ist. Von der Systematik des Gesetzes her ist von einem Rechtsanspruch auf Verlängerung auszugehen, da nach § 55 Abs. 5 TKG auch ein Rechtsanspruch auf erstmalige Frequenzzuteilung besteht.	66
Auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die Neuzuteilung nach § 55 Abs. 5 TKG allein kann es bei der Verlängerung aber nicht ankommen. Die Vorschrift des § 55 Abs. 8 TKG wäre überflüssig, wenn bei einer Verlängerung von Frequenzen ausschließlich die gleichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen wären wie bei der Erstzuteilung. Die Gesetzesbegründung weist deshalb darauf hin, dass bei der Verlängerung „die Regelungen des Gesetzes sowie ggf. bestehende Nebenbestimmungen der Zuteilung und die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs zu beachten sind“.	67
Vgl. BT-Drucksache 15/2316, S. 78.	68
Bei Berücksichtigung des Sinnes und Zwecks der Befristung als Nebenbestimmung der Zuteilung hat die Klägerin hier einen Anspruch auf Verlängerung.	69
Materiellrechtliche Befristungen sind grundsätzlich nötig, wenn das gewährte Recht nach einem bestimmten Zeitpunkt erlöschen soll, oder wenn das Fortbestehen der Anspruchsvoraussetzungen bei Angelegenheiten zu überprüfen ist, deren tatsächliche Grundlagen einem ständigen Wechsel unterliegen.	70
Vgl. Schröder, Verlängerungsverwaltungsakt und Änderungsverwaltungsakt, NVwZ 2007, 532.	71

Die Verlängerung einer Genehmigung kann auch aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung vorgesehen sein, weil dadurch u. U. ein vollständig neues Genehmigungsverfahren vermieden und die Ermittlungspflicht der Behörde begrenzt wird.	72
Vgl. BVerwG, Urteil vom 10. 7. 1980 - 3 C 136/79 -, BVerwGE 60, 276.	73
Inhaltlich sind bei Verlängerungen aber auch weitere Gesichtspunkte zu beachten, die sich aus der vorausgegangenen Rechtsstellung herleiten. Das können erworbene Fachkunde sein, unter Beweis gestellte Zuverlässigkeit, bereits getätigte Investitionen oder die Möglichkeit, einen bereits ausgeübten Beruf weiterzuführen. Derartige Gesichtspunkte ergeben sich manchmal schon unmittelbar aus der positiven Rechtsordnung wie z.B. aus § 13 Abs. 2 PBefG, sie können sich aber auch aus dem Zweck der Befristung und dem Gebot zur grundrechtskonformen Auslegung der anzuwendenden Normen, insbesondere im Hinblick auf die Artikel 12 und 14 GG, ergeben.	74
Im vorliegenden Verfahren ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Grund für die ursprüngliche Befristung entfallen ist. Die Befristung war bei der Zuteilung der Frequenzen in den Jahren 1999 bis 2004 noch nicht als Regelfall in den § 43 ff TKG vom 26. April 2001, BGBl. I S. 829, (TKG a.F.) gesetzlich vorgesehen. Sie konnte aber als Nebenbestimmung gemäß § 36 VwVfG erlassen werden, da sie der Frequenzordnung diene und die Erteilung der Genehmigung ermögliche. Die Befristung diene dazu, die damals vorgesehene Reservierung des 2,6 GHz-Bandes für UMTS/ITM-2000-Anwendungen rechtlich abzusichern, wobei zunächst noch unklar war, ob dieser Bedarf eintreten würde.	75
Die Befristung war damit eigentlich eine Bedingung. Eine Nebenbestimmung ist als Befristung anzusehen, wenn das Ereignis, an dessen Eintritt rechtsbegründende oder rechtsauflösende Wirkungen geknüpft werden, hinreichend gewiss ist; nur der Zeitpunkt des Eintritts dieses Ereignisses kann ungewiss sein. Wenn aber auch der Eintritt des Ereignisses ungewiss ist, so ist die Nebenbestimmung nicht als Befristung, sondern nach ihrer wahren Bedeutung als Bedingung zu qualifizieren.	76
Vgl. BVerwG, Urteil vom 10. 7. 1980 - 3 C 136/79 -, BVerwGE 60, 276; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 36, Rdnr. 15; Stelkens/Sachs, Verwaltungsverfahrensrecht, 6. Aufl. 2001, § 36, Rdnr. 13.	77
Hier kam bei der Zuteilung der Frequenzen deutlich zum Ausdruck, dass der Grund der Befristung der vorrangige Frequenzbedarf für UMTS-Anwendungen war, wobei ungewiss war, ob und wann er entstehen würde. Dies war aus den Zuteilungsbedingungen auch klar erkennbar.	78
Maßgebend für die Auslegung von Nebenbestimmungen ist der in ihnen zum Ausdruck kommende behördliche Wille, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte.	79
Vgl. BVerwG, Urteil vom 11. 5. 2006 - 5 C 10.05 -, NVwZ 2006, 1184.	80
Die befristete Zuteilung beruhte hier auf den Zuteilungsbedingungen der Allgemeinverfügung 123/1998. Nach Ziff. (1) dieser Verfügung werden die Frequenzen im Bereich 2540 bis 2670 MHz „im Hinblick auf eine mögliche Widmung“ dieses Frequenzbereichs als UMTS-Erweiterungsband ab dem Jahr 2008 „zunächst“ befristet bis Ende 2007 zugeteilt. Damit kam der Wille der Behörde zum Ausdruck, die seinerzeit in nur beschränkter Anzahl zur Verfügung stehenden Frequenzen vorrangig dem UMTS/IMT-2000-Mobilfunk vorzubehalten und die	81

Zuteilung nur aus diesem Grund zu befristen. Für die Klägerin als Adressatin der befristeten Zuteilung war es ohne weiteres ersichtlich, dass die ihr auferlegte - damals noch nicht generell vorgesehene - Befristung nur dazu bestimmt war, die vorrangige Nutzung für UMTS-Anwendungen zu sichern. Der Grund der Befristung ergab sich auch schon aus der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 3. Juni 1998 über das Verfahren für die Vergabe von Frequenzen für die Funkanbindung von Teilnehmeranschlüssen, Vfg. 55/1998, ABl. RegTP 11/98, S. 1519 (1521). Nach den Eckpunkten Ziff. 6.4 dieser Verfügung sollten die Frequenzzuteilungen „ggf“ befristet werden, „sofern“ ab dem Jahr 2008 dieser Frequenzbereich für UMTS/IMT „beansprucht“ wird.

Diese auflösende Bedingung ist nicht eingetreten. Dies kann zur Folge haben, dass die Befristung schon als solche entfällt und dass die Frequenznutzungsrechte - wie andere Frequenzzuteilungen in der Zeit auch - als unbefristet zugeteilt gelten. Da die bei der Zuteilung erlassene Nebenbestimmung aber bestandskräftig geworden ist, ist davon auszugehen, dass sie zwar gilt, dass der Klägerin aber ein Rechtsanspruch auf Verlängerung zusteht, sofern die allgemeinen Zuteilungsvoraussetzungen weiter vorliegen und keine Gründe für einen Widerruf der Zuteilung nach § 63 TKG erkennbar sind. 82

3. Die Zuteilungsvoraussetzungen des § 55 Abs. 5 TKG bestehen weiterhin (§ 63 Abs. 2 Nr. 1 TKG). 83

Die Frequenzen sind im Frequenznutzungsplan ausgewiesen. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Einordnung des Funkdienstes der Klägerin als fester Funkdienst, d.h. nach § 4 Ziff. 5 FrqBZPV als Funkdienst zwischen zwei festen Punkten, angesichts der portablen Anwendung noch den Tatsachen entspricht. Denn auch wenn von der Einordnung als fester Funkdienst auszugehen ist - der Klägerin ist eine mobile Nutzung (handover) untersagt - ist das 2,6 GHz-Band nach den Vorgaben der Weltfunkkonferenz gleichberechtigt dem festen und dem mobilen Funkdienst zugewiesen. Auf Grund des Zustimmungsgesetzes zur Konvention und Konstitution der ITU vom 2. Mai 2005, BGBl. II, S. 426, und § 53 Abs. 1 TKG haben die internationalen Vorgaben Gesetzesrang, und der Ordnungsgeber war bei dem Erlass der Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung nach § 53 Abs. 1 TKG daran gebunden. 84

Vgl. BT-Drucksache 13/3609, S. 47f, BT-Drucksache 15/2316 S. 76; Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr. 36 u. Fußnote 104. 85

Der Ordnungsgeber hat die Ausweisung der VO Funk auch übernommen und den 2500-2620 MHz-Bereich in den Nr. 280-282 der Anlage gleichberechtigt dem festen Funkdienst und dem Mobilfunk zugewiesen. In der Nebenbestimmung 27(2004) wurde allerdings hinzugesetzt, dass die Zuweisung zum festen Funkdienst nur bis zum 31. Dezember 2007 gilt. Diese Nebenbestimmung, die auch schon im FrqNPlan 2001 als Nebenbestimmung 24 enthalten war, ist aber so auszulegen, dass sie die Verlängerung bereits früher erteilter Zuteilungen nicht ausschließt. 86

Nach der D 384 sind „die Frequenzbereiche 1710-1885 MHz und 2500-2690 MHz ... für öffentliche IMT 2000-Mobilfunksysteme als Erweiterungsfrequenz vorgesehen. Die Benutzung schließt die Benutzung dieser Frequenzbereiche durch andere Funkdienste, denen diese Frequenzbereiche zugewiesen sind, nicht aus“. Die Nebenbestimmung 27 enthält den Zusatz im zweiten Satz der D 384 nicht. Dies ist aber nur als redaktionelle Verkürzung anzusehen. Denn der Frequenznutzungsplan ist nach § 54 Abs. 1 TKG unter Berücksichtigung der europäischen Harmonisierung aufzustellen und auch dementsprechend auszulegen. Dieses Gebot gilt sinngemäß auch für den Frequenzbereichszuweisungsplan, 87

obwohl dieses Ziel in § 53 TKG nicht ausdrücklich aufgeführt ist.

Vgl. Beck (Korehnke), a.a.O., § 54 Rdnr. 8.

88

Es bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Ordnungsgeber sein Planungsermessen dahingehend ausgeübt hat, dass bestehende Nutzungen aus anderen Gründen nicht weitergeführt werden sollten.

89

Bei der Aufstellung der Frequenzpläne besteht zwar ein Planungsermessen. Dies ist allerdings dadurch begrenzt, dass Einschränkungen der Frequenznutzung durch die Regulierungsziele und die rechtsstaatlichen Grundsätze wie Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit geboten sein und sachgerechte Gründe für die Einschränkung von Rechten vorliegen müssen. Hier hat sich der Ordnungsgeber aber offensichtlich nur von den in der D 384A erkennbaren Erwägungen leiten lassen.

90

Der Ausschluss des festen Funkdienstes ab dem Jahr 2008 beruhte auf der Erwartung, dass der 2,6 GHz-Bereich entsprechend der Resolution 223 der WRC 2000 für die Mobilfunkdienste der dritten Generation benötigt würde. Für das Jahr 2010 wurde nach dem Erwägungsgrund i der Resolution ein Bedarf von 160 MHz für IMT-2000 erwartet, wobei dies nach der Feststellung des Beklagten (Beiakte 1 S. 311 zu 11 L 1880/06) ein Rechenmodell war und der konkrete Bedarf schwer abzuschätzen war. Auch der ECC ging in seiner Entscheidung vom 15. November 2002 und in Ziff. 3c des Anhangs 2 der Entscheidung vom 18. März 2005 davon aus, dass das Erweiterungsband insgesamt oder teilweise für andere Anwendungen genutzt werden könne, wenn ein vorrangiger Bedarf für UMTS-Nutzungen nicht bestehe („In cases where market demand does not fully materialize for the harmonised application, all or parts of the band could be used for alternative applications...“). Auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) - und damit der Ordnungsgeber selbst - wies in seinem Schreiben vom 18. Juli 2005 ausdrücklich darauf hin, dass die vorhandene Nutzung wegen des Gebots der effizienten Frequenznutzung auslaufend zu belassen sei, bis der Bedarf durch die UMTS-Betreiber tatsächlich vorhanden sei.

91

Dieser zunächst erwartete Bedarf für UMTS/IMT-2000-Anwendungen im 2,6 GHz-Band ist nicht eingetreten. Schon in der VfG 33/2005 wies die Beklagte in Ziff. II Eckpunkte Ziff. 3.2 darauf hin, dass kein kurz- oder mittelfristiger Bedarf im TDD-Bereich erkennbar sei und die zugeteilten TDD-Frequenzen im Kernband bisher nicht genutzt würden. Daher sei dieser Bereich möglicherweise für die Weiternutzung von Punkt-zu-Mehrpunkt-Anwendungen verfügbar. Auch das BMWA ging im Schreiben vom 18. Juli 2005 an die Beklagte davon aus, dass ein vollständiger Bedarf der UMTS-Betreiber unwahrscheinlich und noch nicht absehbar sei. Nach der Anhörung der interessierten Kreise stellte die Beklagte in der VfG 89/2005 fest, dass die Aussagen hinsichtlich des zukünftigen Frequenzbedarfs für UMTS/IMT-2000 derart vage seien, dass sich Aussagen zu Zeitpunkt und Umfang des tatsächlichen Bedarfs am Markt noch nicht ableiten ließen. Sie stellte auch in ihrem Jahresbericht 2005, S. 60, fest, dass ein Frequenzbedarf am Erweiterungsband bisher nicht unmittelbar geltend gemacht worden sei.

92

Nach der Entscheidung der Radio Spectrum Policy Group der EU-Kommission vom 23. November 2005 soll das 2,6 GHz-Band nun nicht mehr dem UMTS/IMT-2000-Mobilfunk vorbehalten sein, sondern technologie- und diensteneutral nach dem WAPECS-Konzept genutzt werden. Denn kürzere Innovationszyklen und die Konvergenz der Technologien schaffen neue Möglichkeiten für die sachliche Nutzung der Frequenzen. Auch die Dienste konvergieren zunehmend, so dass die Verteilung der Frequenzen nach Dienstkategorien und Nutzern zunehmend fraglich wird. Die Beklagte hat sich verpflichtet, das WAPECS-Konzept

93

als Grundlage für die künftige Frequenzpolitik zu nehmen.

Vgl. Strategische Aspekte zur Frequenzregulierung der Regulierungsbehörde, zitiert bei Wissmann Kap 7 Rdnr. 11). 94

Mit der Mitteilung Nr. 308/2006 vom 13. September 2006 teilte die Beklagte deshalb mit, dass die bisherige Vergabeszenarien überholt seien und veröffentlichte am 4. April 2007 den Entwurf der Anhörung zu einer geplanten Allgemeinverfügung (Mitteilung 219/207, ABI BNA 7/2007). Danach ist das 2,6 GHz-Band nun nicht mehr als Erweiterungsband für UMTS/IMT-Technologie vorgesehen, sondern zur Umsetzung des WAPECS-Konzepte. Die Widmung des Bandes solle auf den digitalen, zellulären Mobilfunk erweitert werden. Alle Dienste könnten mit allen Technologien angeboten werden. Sachlich relevanter Markt sei der „drahtlose Netzzugang“. 95

Damit ist davon auszugehen, dass die tatsächliche Grundlage für den Vorbehalt zugunsten der UMTS/IMT-2000-Technologie entfallen ist und damit entfällt auch die innere Rechtfertigung für die Befristung der Frequenzzuweisung. 96

Ob die Frequenzpläne in Zukunft so geändert werden, dass der 2,6 GHz-Bereich ausschließlich dem digitalen zellulären Mobilfunk zugewiesen wird, oder ob die bisherige Zuweisung auch an den festen Funkdienst angesichts der Konvergenz der Märkte und der im WAPECS-Konzeptes vorgesehenen Dienstefreiheit bestehen bleibt, ist offen. Schon im Jahr 2000 wurde die Bildung eines einheitlichen Marktes zwischen Festnetz und Mobilfunk als „in absehbarer Zeit wahrscheinlich“ angesehen, 97

vgl. Beck'scher Kommentar (Wendland), 2. Aufl. 2000, vor § 33 Rdnr. 64, 98

während es die Beklagte nach ihrem Vortrag nun für notwendig hält, den gesamten Frequenzbereich unter 3,0 GHz dem Mobilfunk vorzubehalten. Eine Änderung der Rechtslage in der Zukunft ist für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren aber unerheblich, da es auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts ankommt. 99

Die Frequenzen sind auch verfügbar, da sie bisher keinem anderen Nutzer zugeteilt sind und kein vorrangiger Rechtsanspruch anderer Nutzer besteht (§ 55 Abs. 5 Ziff. 2 TKG). Es ist auch weder erkennbar noch vorgetragen, dass die Weiternutzung zu Unverträglichkeiten mit anderen Nutzungen führt (§ 55 Abs. 5 Ziff. 3 TKG). Die Verträglichkeit zwischen der FDD und der TDD-Nutzung ist zwar noch nicht abschließend geklärt. Inzwischen geht die Beklagte aber davon aus, dass dieser Teil der Bänder genutzt werden kann, und die TDD-Technik wird z. B. in der Tschechischen Republik für UMTS-Anwendungen genutzt. Die Beklagte hat ihre Ablehnung auch ausdrücklich nicht auf diesen Gesichtspunkt gestützt. Dass die Größe der im TDD-Teil anzusiedelnden Schutzbänder noch unklar ist, ist unerheblich. Denn die Klägerin hat vorsorglich auf Teile des von ihr begehrten Frequenzspektrums im TDD-Bereich des 2,6 GHz-Bandes verzichtet. 100

Bei einer Verlängerung der Zuteilung ist auch die effiziente und störungsfreie Nutzung der Frequenzen sichergestellt. (§ 55 Abs. 5 Ziff. 4 TKG). Das Brachliegen von Frequenzen stellt eine völlig ineffiziente Frequenznutzung dar. 101

Vgl. Beck (Göddel), 3. Aufl., a.a. O., Rdnr. 2 zu § 63; Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr. 184. 102

Durch eine Verlängerung und Verlagerung der Frequenznutzungsrechte auf den TDD-Bereich wird dies hier vermieden, worauf auch schon das BMWA in seinem Schreiben vom 18. Juli 2005 hingewiesen hat.

Auch die Vergabe regionaler Frequenzen ist nicht von vorneherein als ineffiziente Nutzung anzusehen. Regionale Zuteilungen verhindern zwar bundesweite Nutzungen. Andererseits wird dadurch kleineren Unternehmen die Möglichkeit geboten, neue technische oder wirtschaftlichen Modelle zu entwickeln. Die Beklagte selbst hat deshalb in der Vergangenheit und auch noch bei der Versteigerung am 15. Dezember 2006 regional begrenzte Frequenzen zugeteilt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass regionale Frequenzzuteilungen nicht immer zu einer schlechten Auslastung des vorhandenen Spektrum führen, sondern dass beide Modelle ihre Vor- und Nachteile und damit ihre Berechtigung haben. 104

Es ist auch nicht feststellbar, dass eine effektive Frequenznutzung an subjektiven Voraussetzungen scheitern wird. Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Sachkunde sind nicht mehr wie früher nach § 8 TKG a.F. ausdrücklich Voraussetzung für die Frequenzzuteilung. Es ist fraglich, in wie weit sie deshalb zur Voraussetzung für die Zuteilungsentscheidung gemacht werden können. 105

Vgl. zum Meinungsstand Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr. 88. 106

Subjektive Voraussetzungen sind aber jedenfalls dann weiterhin zu prüfen, wenn abzusehen ist, dass eine effiziente Frequenznutzung durch ihr Fehlen in Frage gestellt wird. Anhaltspunkte, die daran zweifeln lassen, dass der Klägerin die für den Aufbau und den Betrieb erforderlichen Produktionsmittel zur Verfügung stehen werden, bestehen hier nicht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der langsame Aufbau des bisherigen Netzes der Klägerin anscheinend auf technischen Schwierigkeiten beruhte. Bei der Zuteilung der Frequenzen war die entsprechende Technik noch nicht auf dem Markt und wurde dann nur kurzzeitig angeboten. Erst der - von der Beklagten mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 genehmigte - Einsatz der IP Wi- reless-Technik mit der aus der IMT-2000-Technologie stammenden Rundstrahlantenne ermöglichte die Nutzung der Frequenzen. Die erste Anlage wurde 2003 in Betrieb genommen, drei weitere Anlagen 2004 und 2005 in Berlin und Bensberg. 107

Derartige technische Probleme sind auch nicht ungewöhnlich, wie der langsame Aufbau der UMTS-Netze zeigt. Es ist auch nachvollziehbar, dass Investoren erst nach einer Frequenzzuteilung oder -zusicherung beteiligungsbereit sind. Unsicherheiten in diesem Bereich kann die Beklagte durch eine entsprechende Nebenbestimmung, wie Zusicherung und sukzessive Zuteilung, 108

vgl. Scheuerle/Mayen (Hahn), a.a.O., § 47 Rn. 27, 109

oder durch den Widerruf der Frequenz nach der Jahresfrist begegnen. Der Klägerin ist es bisher immerhin gelungen, über einen längeren Zeitraum hinaus eine Insolvenz zu vermeiden und ihre Geschäftstätigkeit auszubauen. Wie schwierig Prognosen in diesem Bereich sind, zeigt das Auswahlverfahren auf Grund der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 3. Juni 1998, ABl. 11/98, S. 1519, wo ein Unternehmen, das später Insolvenz anmelden musste, noch als geeignetster Bewerber für die Zuteilung von WLL-Frequenzen beurteilt worden war. Auf Tatsachen begründete, substantielle Zweifel an der Leistungsfähigkeit sind daher nicht erkennbar. 110

4. Eine Verlängerung widerspricht auch nicht den Regulierungszielen. Mit diesen in § 2 Abs. 2 TKG verankerten Grundsätzen soll die Forderung des Art. 87 f GG verwirklicht werden, 111

Telekommunikation privatwirtschaftlich zu betreiben,

Vgl. BVerwG, Urteil vom 21. 1. 2004 - 6 C 1.03 -, BVerwGE 120, 54. 112

§ 2 Abs. 2 TKG nennt als erstes Regulierungsziel die Wahrung der Nutzerinteressen, insbesondere der Verbraucher. Hier ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit der Klägerin eher dem Interesse der Verbraucher dient als ihm schadet. Der Breitbandmarkt ist in Deutschland unterentwickelt. 113

Vgl. Stefan Heng, Deutsche Bank Research, „Breitband: Europa braucht mehr als DSL“ vom 1. 9. 2005, www.ecin.de. 114

Außerdem gibt es in Gebieten, die vom Glasfasernetz der Deutschen Telekom AG versorgt werden, Versorgungsprobleme bei DSL-Anschlüssen (ISIS/OPAL- Gebiete). Auch in den anderen Gebieten sind alle DSL-Anbieter von Vorleistungen der Deutschen Telekom AG abhängig. Diese unterliegt in diesem Bereich der ex ante-Regulierung nach § 10 Abs. 2 S. 1 TKG, die voraussetzt, dass die Vorleistungsmärkte „längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren“. Insofern kann sich die Tätigkeit anderer Unternehmen sogar wettbewerbsfördernd und damit verbraucherfreundlich auswirken, wie auch die Beklagte selbst in einem Schreiben an das BMWA festgestellt hat (Beiakte 1 zu 11 L 1880/06, S. 290). 115

Eine Verlängerung ohne vorgeschaltetes Auswahlverfahren verstößt auch nicht gegen das Regulierungsziel, den chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Denn die Klägerin hat auf Grund der zugeteilten Frequenznutzungsrechte schon Investitionen getätigt, die noch amortisiert werden müssen. Dieser sachliche Unterschied rechtfertigt es, die Klägerin anders zu behandeln als die Konkurrenten, die bisher noch nicht am Markt tätig geworden sind. 116

In anderen Verwaltungsbereichen werden befristete Genehmigungen verlängert, ohne dass das Auswahlverfahren zwischen verschiedenen Bewerbern erneut zu durchlaufen ist. Das gilt z. B. im Personenbeförderungsrecht, obwohl das Auswahlverfahren nach § 13 PBefG dort wegen objektiver Zulassungsbeschränkungen vorgeschaltet ist. 117

Vgl. Binder, Personenbeförderungsrecht, Kommentar, Stand Nov. 2006, Bd 1, § 13 Rdnr. 81 (Gelegenheitsverkehr mit Taxen). 118

Diese unterschiedliche Behandlung gegenüber Mitbewerbern rechtfertigt sich aus Art. 14 GG, wonach der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb Bestandschutz genießt. Denn es ist nicht nur notwendig, allen Bewerbern gleichberechtigten Zugang zu knappen Gütern und möglichen Verdiensts Chancen zu bieten, sondern es ist auch erforderlich, bereits getätigte Investitionen in diesem Bereich zu schützen. Der Zulassungs- und Gleichbehandlungsanspruch anderer Konkurrenten kann deshalb in solchen Fällen u. U. zurücktreten. 119

Auch im Telekommunikationsrecht besteht eine Gemengelage zwischen dem Interesse der Netzbetreiber an Planungssicherheit, dem Recht Anderer auf Gleichbehandlung und dem Bedürfnis der Allgemeinheit nach Flexibilität auf Grund neuer technischer und wirtschaftlicher Entwicklungen. 120

Vgl. Beck (Göddel), a.a.O., § 55 Rn 36; zum Mediengesetz BayVerfGH, Beschluss vom 28.01.2003 - Vf.10-VII-02 -, BayVBl 2003, S. 523. 121

Das bedeutet, dass ein Ausgleich zwischen der technischen und wirtschaftlichen Weiterentwicklung und dem Teilhabeanspruch Dritter einerseits und dem Schutz der schon bestehenden Unternehmungen andererseits gefunden werden muss. Die Verlängerung der Genehmigung ohne Teilnahme an einem allen anderen Bewerber offen stehenden Auswahlverfahren ermöglicht eine am Bestand orientierte Zuteilung und schafft Planungs- und Investitionssicherheit. Vorhandenen Nutzungen werden auf diese Weise Entwicklungschancen offengehalten, selbst wenn sie nicht vorbehaltlos neu zugelassen werden könnten. Eine solche Bestandsicherung wertet der Normgeber z. B. in der Bauleitplanung selbst dann als berechtigtes Anliegen, wenn die Anlage, der der erweiterte Schutz zuteil werden soll, im konkreten Planungsfall unzulässig ist.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. 5. 1999 - 4 BN 15.99 -, ZfBR 1999, 279- 282. 123

Auch im Telekommunikationsrecht ist der Schutz effizienter Infrastrukturinvestitionen in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG und Art. 8 Abs. 2 Buchst. c RRL ausdrücklich als regulatorischer Grundsatz festgelegt worden, weil nur dadurch funk- tionsfähiger Wettbewerb möglich ist. 124

Vgl. Beck (Schuster), a.a.O., § 2 Rdnr. 23. 125

Das Frequenznutzungsrecht selbst fällt zwar nicht in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Denn es stellt kein vermögenswertes Recht dar, das dem Berechtigten ebenso ausschließlich wie Sacheigentum zur eigenen Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist. 126

Vgl. BVerfG , Beschluss vom 26. 5. 1993 - 1 BvR 208/93 -, BVerfGE 89, 1. 127

Angesichts des hier bestehenden Ausschlusses des Frequenzhandels nach § 150 Abs. 8 TKG besteht auch keine öffentlich-rechtliche Rechtsposition, die so stark ist, dass ihre ersatzlose Entziehung der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG widersprechen würde. 128

Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 9. 6. 1975 - 1 BvR 2261, 2268/71 -, BVerfGE 40, 65, 83, m.w.N.; v. Münch/Kunig (Bryde), GG-Kommentar, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 25 ff. 129

Andererseits stellt der auf Grund des zugeteilten Rechts aufgebaute Betrieb einen Vermögenswert dar, den der Betroffene durch eigene Tätigkeit und Anstrengung geschaffen hat. Es entspricht deshalb der Wertentscheidung des Art. 14 GG, dass dieser Wert nicht ohne Not untergeht und dass bereits getätigte Investitionen in Infrastrukturmaßnahmen berücksichtigt werden. 130

Außerdem ist Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu beachten. Der Ausschluss der Verlängerung und die bloße Verweisung auf die Teilnahme an einem allgemeinen Auswahlverfahren beschränkt zwar nur die Berufsausübung und nicht die Berufswahl. Denn der Nutzungsberechtigte ist weder wegen subjektiver noch wegen von ihm nicht selbst beeinflussbarer, objektiver Umstände daran gehindert, den bereits gewählten Beruf, d. h. hier den Aufbau und Betrieb von Telekommunikationseinrichtungen, weiter auszuüben. Aber auch die Berufsausübung kann nur eingeschränkt werden, wenn dies durch hinreichende Gründe des gemeinen Wohls gerechtfertigt ist, wenn das gewählte Mittel geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist. 131

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. 3. 1985 - BvL 45/83, 1 BvL 52/83 -, BVerfGE 69, 209/218). 132

Hinreichende Gründe des allgemeinen Wohls für eine Einschränkung liegen aber nicht vor, da - wie oben ausgeführt - der Grund für die Befristung entfallen war und der Gleichbehandlungsanspruch Anderer insofern zurücktritt.	133
Der Schutzanspruch aus Art. 12 und 14 GG entfällt auch nicht deshalb, weil die Klägerin die Befristung des Frequenznutzungsrechtes kannte und nicht sicher sein konnte, dass dieses Recht verlängert würde.	134
Bei der Entscheidung, in das von ihr gewählte Tätigkeitsfeld zu investieren, ging die Klägerin - wie die Beklagte und andere Unternehmen zu der Zeit auch - davon aus, dass die technischen Voraussetzungen zum Aufbau der Infrastruktur früher vorlägen und dass ihre Geschäftsidee damit innerhalb des zu Verfügung stehenden Zeitraumes verwirklicht werden könnte und die Investitionen amortisiert sein würden. Dieser Plan war wie jede unternehmerische Entscheidungen mit Risiken behaftet und hat sich zerschlagen, weil die eigentliche WLL-Technik als gescheitert gilt.	135
Die Klägerin hat deshalb ihr Vorhaben verändert und das von ihr geplante Geschäftsmodell mit Hilfe einer veränderten Technologie verwirklicht. Dabei ging sie von der Einschätzung aus, dass möglicherweise kein Bedarf an zusätzlichen Frequenzen im Erweiterungsband bestehen würde und die Frequenzzuteilungen deshalb verlängert werden könnten. Diese Erwartung war nicht unrealistisch, denn mit der Rückgabe bzw. dem Widerruf von zwei UMTS-Lizenzen zeichnete sich schon im Jahr 2004 ab, dass der Aufbau der UMTS-Netze nicht so zügig voranschritt wie geplant. Vor diesem tatsächlichen Hintergrund war die Frequenzzuteilung trotz der Befristung eine wesentliche Grundlage der beruflichen Betätigung der Klägerin, und ihr Wegfall würde einen nachhaltigen Eingriff in Berufsausübungsfreiheit der Klägerin darstellen, der sachlich nicht geboten ist.	136
Die Beklagte hat in vergleichbaren Fällen auch selbst ähnliche Maßstäbe angelegt. Denn sie hat bei der Verlängerung der bis zum Jahr 2009 befristeten Frequenzzuteilung eines GSM-Betreibers weder eine neue Frequenzabfrage noch ein Auswahlverfahren durchgeführt, obwohl davon auszugehen ist, dass auch für diesen Frequenzbereich potentiell eine Nachfrage bei verschiedenen anderen Interessenten bestand.	137
Vgl. Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr. 118 und 211.	138
4. Widerrufsgründe, die zu einem Ausschluss der Verlängerungsanspruchs führen, liegen nicht vor.	139
Der Widerruf von Frequenzzuteilungen ist nach § 63 Abs. 2 Nr. 3 TKG möglich, wenn der Wettbewerb durch Frequenzknappheit verhindert oder unzumutbar gestört wird.	140
Hier ist zunächst schon nicht davon auszugehen, dass im TDD-Bereich des Erweiterungsbandes Frequenzknappheit besteht. Der TDD-Bereich wird auch im UMTS-Kernband bisher nicht genutzt. Bei der Bedarfsabfrage der Beklagten haben zwar verschiedene Betreiber ein Interesse an diesen Frequenzen angemeldet; es ist aber nicht zu erkennen, ob dies wirklich dazu dient, das eigene Tätigkeitsfeld auszuweiten oder eher dazu, Konkurrenten auszuschalten.	141
Vgl. Wissmann (Kreitlow), a.a.O., Rdnr. 212; Interviews vom 6. 2. 2007, Bl. 385-390 der Gerichtsakte im Verfahren 11 L 1880/06.	142
	143

Die Beklagte ging in der Vfg. 89/2005, S. 1919, zunächst selbst davon aus, dass eine sehr widersprüchliche Lage bestehe und sah deshalb nur ein Antragsverfahren zur Vergabe der Frequenzen vor, um eine „regulierungsindizierte Frequenzknappheit“ zu vermeiden. Aber selbst wenn Frequenzknappheit bestünde und es durch die Tätigkeit der Klägerin zu einem verschärften Wettbewerb käme, würde dies angesichts der überragenden Marktmacht anderer Unternehmen noch keine „Verhinderung“ oder „unzumutbare Störung“ des Wettbewerbs darstellen.

Eine unzumutbare Störung des Wettbewerbs liegt auch nicht darin, dass Wettbewerber für die UMTS-Lizenzen Milliardenbeträge gezahlt haben, während der Klägerin die Frequenzen ohne Versteigerungsverfahren zugeteilt worden waren. Diese unterschiedlichen Zuteilungsverfahren ergaben sich früher schon aus den Vorschriften des Gesetzes. Denn § 11 Abs. 2 Satz 3 TKG a.F. sah ausdrücklich vor, dass Frequenzen für die Funkanbindung von Teilnehmeranschlüssen ausschließlich im Antragsverfahren, d. h. ohne Versteigerung, vergeben würden. 144

Außerdem besteht kein subjektives Recht auf Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfangs und auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten. Der Konkurrentenschutz darf niemals Zweck einer Zulassungsregelung sein und muss auch als Nebenwirkung vermieden werden, wo er nicht wirklich unvermeidlich ist. 145

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. 6. 1960 - 1 BvL 53/55 -, BVerfGE 11, 168; BVerwG, Urteil vom 18. 4. 1985 - 3 C 34/84 -, BVerwGE 71, 183 ff. 146

Entsprechende Auslegungsregeln sind auch in den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben enthalten. Nach Art. 7 GRL ist der Wettbewerb im Interesse des Verbrauchers zu maximieren, und nach Art. 2 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2002/77 EG vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 249 v.17. 9. 2002 (Wettbewerbsrichtlinie -WRL-) gewähren die Mitgliedstaaten gerade keine besonderen Rechte, sondern stellen nur sicher, dass jedes Unternehmen das Recht zur Errichtung von Kommunikationsnetzen erhält. 147

Etwas Anderes gilt zwar ausnahmsweise dann, wenn der Staat selbst z.B. durch die einseitige Subventionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage verzerrt und die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmers in unerträglichem Maße und unzumutbar schädigt. 148

Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. 4. 1985, a.a.O., m.w.N.; Beschluss vom 28. 11. 1996 - 8 B 216/96 -, juris. 149

Die hohen Versteigerungserlöse beruhten aber nicht auf einer staatlichen Gebührenkalkulation, sondern resultierten aus der Einschätzung der Erwerbschancen auf dem Telekommunikationsmarkt, wie sie sich im Jahr 2000 darstellten. Es handelte sich daher letztlich nur um einen vom Markt bestimmten Preis, der die damals herrschenden Gewinnerwartungen widerspiegelte. 150

Vgl. VG Köln, Beschluss vom 3. 9. 2004 -11 L 1280/04 - (Bündelfunk). 151

Da auch der Widerrufsgrund des § 63 Abs. 1 TKG nicht vorliegt, weil die drei in diesem Verfahren streitigen Frequenzen genutzt werden, hat die Klägerin einen Anspruch auf die beantragte Frequenzverlängerung. 152

Die Laufzeit der beantragten Verlängerung erscheint sachgerecht. Ein längerer Zeitraum ist notwendig, um die erforderliche Planungssicherheit zu gewährleisten. Die Verlängerung endet dann zu dem Zeitpunkt, an dem auch die verlängerten GSM- Frequenzzuteilungen auslaufen. Damit ist dann eine gemeinsame Neuordnung dieser Frequenzbereiche möglich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO

154

155
