RECHTSGUTACHTEN

ZUM THEMA

RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN EINES „FAIR-PLAY-AGREEMENTS“ ANLÄSSLICH DER NEUDURCHFÜHRUNG DER FREQUENZVERGABE FÜR DIE FREQUENZBEREICHE 2 GHZ UND 3,6 GHZ IN DER FOLGE DES URTEILS DES VG KÖLN VOM 26. AUGUST 2024

ERSTELLT IM AUFTRAG DER

EWE TEL GMBH

VON

UNIV.-PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M. (BRÜSSEL)

REGENSBURG

UND

DIPL.-JUR. UNIV. DAVID SIXT

REGENSBURG

10. AUGUST 2026

Gliederung

A. Executive Summary 6

B. Hintergrund der Untersuchung 8

I. Neudurchführung der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz in der Folge des Urteils des VG Köln vom 26.8.2024 8

II. Die Konzeption der Fair-Play-Agreements 9

III. Die Leistungszusagen 10

IV. Weitere Bausteine der Fair-Play-Agreements 11

V. Einschränkung des Gutachtens 12

C. Auftrag und Rechtsfragen 13

D. Rechtliche Bewertung 14

I. Frage 1: Moderation und Beobachtung durch die Bundesnetzagentur 14

1. Intensitätsstufen behördlicher Beteiligung 14
2. Prüfungsmaßstab 15
   a) Vorrang des Gesetzes 15
   b) Vorbehalt des Gesetzes 15
   c) Unionsrechtliche Grenzen 16
3. Subsumtion der Beobachtung 17
4. Subsumtion der Moderation 17
5. Ergebnis 19

II. Frage 2: Rechtliche Konstruktion der Fair-Play-Agreements 21

1. Öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter 21
   a) Die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes 21
   b) Öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter 22
   c) Vorgaben aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. September 2018 23
      aa) Prüfungsmaßstab und maßgeblicher Zeitpunkt 23
      bb) Öffentlich-rechtlicher Charakter des Vertrags 24
      cc) „Hinkender“ Austauschvertrag 25
      dd) Subordinationsrechtlicher Vertrag, § 54 S. 2 VwVfG 26
      ee) Kein Vertragsformverbot im Vorfeld einer Regulierungsmaßnahme 27
      ff) Kein entgegenstehendes inhaltliches Vertragsverbot 28
      gg) Anforderungen des § 56 Abs. 1 VwVfG 29
      hh) Keine Zustimmung Dritter, § 58 Abs. 1 VwVfG 30
      ii) Keine faktische Vorabbindung des Regulierungsermessens 30

jj) Hinreichend konsistenter, durchsetzbarer Vertragsinhalt 31
kk) Unionsrecht 31
d) Weitere Rechtmäßigkeitsanforderungen 32
aa) Schriftform (§ 57 VwVfG) 32
bb) Nichtigkeitsrisiken (§ 59 VwVfG) 32
e) Beteiligung weiterer FPA-Teilnehmer 32
f) Anspruchsinhaberschaft und Durchsetzung der Zusagen 33
g) Zweckmäßigkeit 34
h) Zwischenergebnis 34
2. Die zivilrechtliche Marktlösung 36
a) Ermessensrelevanz zivilrechtlicher FPA 36
b) Beitritt neuer FPA-Teilnehmer 36
c) Zwischenergebnis 37
3. Ergebnis 38
III. Frage 3: Schiedsrichterrolle der Bundesnetzagentur 39
1. Hoheitliche Streitentscheidung nach oder analog § 212 Abs. 1 S. 1 TKG 39
a) Direkte Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG 40
aa) Vorfrage: Streitentscheidung durch Verwaltungsakt im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags 40
bb) Parteien 41
cc) Streitigkeit 41
dd) Zusammenhang mit Verpflichtung aus dem TKG oder aufgrund des TKG 42
(1) Verpflichtung 42
(2) Aus diesem Gesetz 43
(3) Aufgrund dieses Gesetzes 44
(a) Verpflichtungen aus den Fair-Play-Agreements 44
(aa) Auslegung des Tatbestandsmerkmals „aufgrund“ 45
(bb) Vermeidung einer Regulierungsmaßnahme nach § 105 Abs. 2 TKG 49
(b) Zwischenergebnis 51
b) Analogie 51
aa) Methodische Zulässigkeit bei Befugnisnormen 51
bb) Planwidrige Regelungslücke 51
cc) Zwischenergebnis 52
c) Zwischenergebnis 52
d) Exkurs: Schiedsrichterrolle de lege ferenda 53

2. Monitoringgestattung und Vertragsstrafe im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen hinkenden Austauschvertrags zugunsten Dritter ... 56
a) Zulässigkeit von Vertragsstrafen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge ... 56
aa) Anforderungen der §§ 339 ff. BGB ... 57
bb) Verhältnismäßigkeit ... 58
cc) § 56 VwVfG ... 58
dd) Rechtsfolgen einer unangemessenen Strafhöhe ... 59
ee) Ergebnis ... 59
b) Monitoringbefugnis ... 59
c) Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ... 60
d) Messen der Bausteine „Monitoring“, „Vertragsstrafe“ und „Vollstreckungsunterwerfung“ an den Vorgaben des Vectoring II-Urteils ... 62
e) Zwischenergebnis ... 63
3. Schiedsgutachtenabrede in öffentlich-rechtlichem hinkendem Austauschvertrag zugunsten Dritter ... 64
a) Abgrenzung zum Schiedsvertrag ... 64
b) Schiedsgutachtenabrede im Zivilrecht ... 65
c) Schiedsgutachtenabrede im öffentlichen Recht ... 65
d) Einfluss der Schiedsgutachtenabrede auf das „hinkende“ Element ... 66
e) Einbettung der Schiedsgutachterrolle in einen Vertrag zugunsten Dritter ... 66
f) Ersetzung der Nabe durch das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung ... 69
aa) Rechtsträgerprinzip ... 69
bb) Aufgabeneröffnung ... 71
g) Zwischenergebnis ... 72
4. Schiedsgutachtenabrede im Rahmen der zivilrechtlichen Gestaltung ... 73
a) Rechtsnatur der Abreden und Rechtsweg ... 74
b) Zivilrechtliche Bestimmung der Bundesnetzagentur zur Rolle als Schiedsgutachterin ... 75
aa) Behörde als Schiedsgutachterin – abstrakter Maßstab ... 75
bb) Grundvoraussetzung: Dispositionsbefugnis der Parteien ... 77
cc) Voraussetzung 1: Keine entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit ... 77
dd) Voraussetzung 2: Keine Interessenkollision / Neutralität ... 78
ee) Praxis und Rechtsprechung ... 80
(1) TAL-Standardangebot ... 80
(2) Regulierungsverfügung BK3i-19/020 ... 82

(3) Präsidentenkammerentscheidungen III und IV der 5G-Frequenzvergabe (BK1-17/001) 83
c) Befugnis der Bundesnetzagentur zur Erstattung des Schiedsgutachtens 84
d) Rechtsschutz gegen ein Schiedsgutachten der Bundesnetzagentur 85
e) Zwischenergebnis 86
5. Ergebnis 86
IV. Frage 4: Gestaltung der FPA mit Blick auf das nachfolgende Ermessen 88
1. Maßstab: Vectoring II 88
2. Keine rechtliche Selbstbindung 88
3. Vorprägung des Regulierungsermessens 88
4. Hinreichend konsistenter und durchsetzbarer Inhalt der FPA 89
5. Ergebnis 89
V. Frage 5: Konkrete Ermessenslenkung der FPA in Bezug auf § 105 TKG 90
1. Prüfprogramm des § 105 Abs. 2 TKG 90
2. Berücksichtigungsbefugnis 91
3. Berücksichtigungspflicht 91
4. Grenzen der Berücksichtigung 92
5. Ergebnis 92
E. Ergebnisse 94

A. Executive Summary

I. Das „Fair-Play-Agreement“ (FPA) soll als Marktlösung unter anderem die mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 zur Frequenzvergabeentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 verbundene erhebliche Rechtsunsicherheit beheben und die Folgen einer rechtsgrundlosen Frequenznutzung vermeiden.

II. Die Bundesnetzagentur kann sich an einer Marktlösung, wie sie die FPA darstellen, als Beobachterin und Moderatorin beteiligen. Ein Anspruch der Marktteilnehmer auf die Übernahme einer solchen Rolle besteht nicht. Die damit verbundenen rechtlichen Risiken hängen von der Intensität der Beteiligung der Bundesnetzagentur ab. Bis zur Schwelle einer ergebnisoffenen Moderation trägt die Aufgabeneröffnung ein Tätigwerden. Eine Befugnisnorm ist erst erforderlich, wenn die Tätigkeit in Rechte eingreift oder steuernd, etwa mit Blick auf spezifische Ergebnisse, wirkt. Die Beobachtung ist rechtlich unbedenklich, weil sie sich im passiven Informationszufluss ohne jede Regelungswirkung erschöpft. Die Moderation ist mit einem vertretbaren Restrisiko zulässig, sofern die Bundesnetzagentur keine Vertragsinhalte vorgibt, allen interessierten Marktteilnehmern Zugang gewährt, sich nicht auf ein Ergebnis der späteren Entscheidungen im Frequenzvergabeverfahren, einschließlich Entscheidungen etwa nach § 105 Abs. 2 TKG, festlegt und ihre Verfahrensschritte transparent dokumentiert.

III. Die FPA können sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in zivilrechtlicher Form rechtswirksam und zweckmäßig ausgestaltet werden. Die Vorzüge einer öffentlich-rechtlichen Lösung als hinkender Austauschvertrag zugunsten Dritter nach § 54 S. 1, § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB liegen im höheren regulatorischen Gewicht und in der Durchsetzbarkeit über den Verwaltungsrechtsweg. Dem stehen die Regelungsdichte der §§ 54 ff. VwVfG und das erhöhte Risiko einer Ermessenskontamination bei Folgeentscheidungen der Bundesnetzagentur gegenüber. Die zivilrechtliche Lösung ist frei gestaltbar und mindert das Risiko einer Vorprägung des Regulierungsermessens. In beiden Konstruktionen ist der diskriminierungsfreie Beitritt neuer Marktteilnehmer sicherzustellen, was auch möglich ist.

IV. Eine hoheitliche Streitentscheidung der Bundesnetzagentur bei Meinungsverschiedenheiten im Zusammenhang mit Pflichten aus den FPA nach oder analog § 212 Abs. 1 S. 1 TKG ist de lege lata mit erheblichen rechtlichen Zweifeln behaftet und nicht vertretbar. De lege ferenda sprechen durchaus gewichtige teleologische Erwägungen für die Schaffung einer weitergehenden Schiedsrichterrolle für die Bundesnetzagentur.

V. Die Ergänzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags zugunsten Dritter um eine Monitoringbefugnis der Bundesnetzagentur, eine Vertragsstrafenvereinbarung sowie eine Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ist grundsätzlich rechtlich zulässig und zweckmäßig. Ein Vertragsstrafeversprechen zugunsten der öffentlichen Hand ist zulässig, muss jedoch als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Höhe und Ausgestaltung angemessen sein.

VI. Die Bundesnetzagentur kann sowohl zivilrechtlich als auch öffentlich-rechtlich (dann i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG) grundsätzlich taugliche Schiedsgutachterin ge-

mäß den §§ 317 ff. BGB sein, wenn keine gesetzliche Zuständigkeit entgegensteht und eine Gefahr einer Interessenkollision nicht besteht.

VII. Innerhalb der Nabe-Speiche-Konstruktion des öffentlich-rechtlichen Vertrags zugunsten Dritter gemäß § 54 S. 1, § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB scheitert die konkrete Umsetzung jedoch an der gemischten Rolle der Bundesnetzagentur als Versprechensempfängerin des Deckungsverhältnisses einerseits und Schiedsgutachterin über die Drittleistung andererseits. Diese Personalunion durchbricht das Abstraktionsprinzip des Schiedsgutachtens und stellt die erforderliche Neutralität bei deren vorzugswürdig formeller Bestimmung in Frage. Auch der Austausch der Nabe gegen das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung räumt diese Neutralitätsbedenken trotz der umfassenden Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur schon wegen der einheitlichen Rechtsträgerschaft nicht hinreichend sicher aus.

VIII. In die zivilrechtliche Lösung über bi- oder multilaterale Leistungsverträge kann eine Schiedsgutachtenabrede dagegen tragfähig eingebaut werden. Sie erfüllt sämtliche von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen: Die Vertragsparteien verfügen über die erforderliche Dispositionsbefugnis, eine entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit der Bundesnetzagentur besteht nicht, und die Bundesnetzagentur bleibt gegenüber den Vertragsparteien neutral, da sie an den bilateralen Verträgen nicht beteiligt ist und kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Drittleistung verfolgt.

IX. Die FPA können – unabhängig von ihrer rechtlichen Konstruktion – von der Bundesnetzagentur unterzeichnet werden beziehungsweise die Bundesnetzagentur kann sich am Zustandekommen der FPA beteiligen, ohne dass ihr in den nachfolgenden Entscheidungen – etwa über Maßnahmen nach § 105 TKG – Ermessensfehler drohen, wenn eine rechtliche Selbstbindung und eine faktische Vorabfestlegung der Bundesnetzagentur vermieden werden. Auch das ist möglich. Die FPA dürfen keinen Anspruch auf ein bestimmtes Regulierungsergebnis begründen. Die Vereinbarungen sollten der Bundesnetzagentur Lösungsrechte einräumen, soweit die Regulierungsziele eine abweichende Entscheidung erfordern. Ihre Berücksichtigung im Abwägungsvorgang bleibt bloße Geschäftsgrundlage.

X. Die Bundesnetzagentur kann die FPA nur dann ermessensfehlerfrei mit entsprechendem Gewicht in ihre Abwägung in Folgeentscheidungen einstellen, wenn deren Inhalt hinreichend konsistent und durchsetzbar ist. Relativierende Klauseln zugunsten der Zeichner – etwa Lösungsrechte, Bedingungen oder eine schwache Vertragsstrafenregelung – muss die Behörde in ihrer Abwägung berücksichtigen.

XI. Die Bundesnetzagentur muss die FPA – unabhängig von ihrer rechtlichen Konstruktion – in die Abwägung nach § 105 Abs. 2 TKG einstellen. Ihre Ausblendung begründete ein Abwägungsdefizit und damit einen Ermessensfehler. Die Pflicht betrifft jedoch allein das Ob der Einstellung, nicht das Abwägungsergebnis.

B. Hintergrund der Untersuchung

I. Neudurchführung der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz in der Folge des Urteils des VG Köln vom 26.8.2024

Am 14. Mai 2018 entschied die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur, für die Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang ein Vergabeverfahren anzuordnen (Präsidentenkammerentscheidung I) und es als Versteigerung auszugestalten (Präsidentenkammerentscheidung II). Nach einer mündlichen Anhörung am 13. Juli 2018, in der die Versorgungs- und Diensteanbieterfragen im Mittelpunkt standen, drang die EWE TEL mit Schreiben vom 20. Juli und vom 12. Oktober 2018 wiederholt auf die Aufnahme einer von ihr ausformulierten Diensteanbieterverpflichtung. Mit Beschluss vom 26. November 2018 legte die Präsidentenkammer die Vergabe- (Präsidentenkammerentscheidung III) und die Auktionsregeln (Präsidentenkammerentscheidung IV) fest. An die Stelle einer durchsetzbaren Diensteanbieterverpflichtung trat dabei lediglich ein Verhandlungsgebot (Ziffer III.4.15). Die Zuteilungsinhaber sollten „mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten […] verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden.“

Gegen diese Entscheidung erhob die EWE TEL am 20. Dezember 2018 Klage zum Verwaltungsgericht Köln. Ungeachtet dessen wurde das Verfahren fortgeführt und auch die Versteigerung vom 19. März bis zum 12. Juni 2019 durchgeführt. Mit Urteil vom 26. August 2024 gab das Verwaltungsgericht Köln der Klage statt und verpflichtete die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur, unter Aufhebung der Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 die Anträge der EWE TEL unter Beachtung seiner Rechtsauffassung neu zu bescheiden. Die Präsidentenkammerentscheidung erwies sich wegen Besorgnis der Befangenheit, eines Verstoßes gegen das Unabhängigkeitspostulat sowie eines Abwägungsfehlers als rechtswidrig.[1] Die Nichtzulassungsbeschwerde der Bundesrepublik Deutschland als

[1] Siehe die Pressemitteilung des VG Köln v. 27.8.2024, VG Köln: Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Vergabe- und Auktionsregeln für die im Jahr 2019 durchgeführte Versteigerung der 5G-Mobilfunkfrequenzen ist rechtswidrig, abrufbar unter https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/Archiv/2024/17_27082024/index.php, zuletzt abgerufen am 29.7.2026.

Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur wies das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 16. Oktober 2025 (Az.: 6 B 5/25) zurück.

In Reaktion hierauf leitete die Bundesnetzagentur im Dezember 2025 eine Anhörung der interessierten Kreise zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Vorgehen im Verfahren BK1-25/001 ein.[2] In ihrem Begleitdokument erörtert sie zwei Wege zum Umgang mit den Folgen des rechtskräftigen Urteils: den Verzicht auf eine erneute Auktion mit allenfalls flankierenden Ausgleichsmaßnahmen, sofern die Neubescheidung keine wesentlichen Änderungen ergibt (Handlungsoption 1), oder eine erneute Frequenzvergabe mit Neuzuteilung der Nutzungsrechte (Handlungsoption 2). Das hierzu von *Kühling/Drechsler* im Auftrag der EWE TEL erstattete Rechtsgutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Handlungsoption 1 rechtswidrig sei. Damit wäre also grundsätzlich eine erneute Versteigerung notwendig.[3] Jedenfalls verbleiben die im Rechtsgutachten dargestellten nicht unerheblichen Risiken der Rechtswidrigkeit beim Verzicht auf eine erneute Versteigerung.

II. Die Konzeption der Fair-Play-Agreements

Um diese mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln verbundene erhebliche Rechtsunsicherheit und die Folgen einer rechtsgrundlosen Frequenznutzung zu vermeiden und zugleich den Wettbewerb und den Zugang im Mobilfunk- und Festnetzbereich zu stärken, strebt die EWE TEL eine privatautonome Marktlösung unter Einbezug der Bundesnetzagentur und gegebenenfalls des Bundeskartellamts an. Hierzu schlägt sie mehrere „Fair-Play-Agreements“ (FPA) vor. Diese FPA könnten beispielsweise aus einem Arbeitskreis im Rahmen des Stakeholderdialogs des Bundesministeriums für Digitales und Staatsmodernisierung und/oder ergänzend im Kontext des von der Bundesnetzagentur ins Leben gerufenen Gigabitforums hervorgehen. In Betracht kommen verschiedene rechtliche Gestaltungen. Nach einer ersten Gestaltungsvariante schließt jeder Teilnehmer einen Vertrag

---

[2] Das Begleitdokument der Bundesnetzagentur dazu ist abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Anhörungspapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 1.8.2026.

[3] *Kühling/Drechsler*, Gutachten: Die Folgen des Urteils des VG Köln vom 26. August 2024 für Bestand und Neudurchführung der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz, 2026, abrufbar unter https://www.ewe.com/de/media-center/pressemitteilungen/2026/01/ewe-rechtsgutachten-zeigt-handlungsbedarf-nach-5g-urteil-ewe-ag, zuletzt abgerufen am 29.7.2026.

(FPA) mit der Bundesnetzagentur. Sie bildet damit die Nabe eines Vertragsgeflechts, die einzelnen Verträge bilden die Speichen (Nabe-Speiche-Modell). Kennzeichnend ist die Drittrichtung der Zusagen: Die Unterzeichner sagen ihr Verhalten der Bundesnetzagentur zu, zugute kommt es den übrigen Zeichnern. Nach einer zweiten Gestaltungsvariante schließen die Marktteilnehmer die FPA bi- oder multilateral untereinander, ohne dass die Bundesnetzagentur Vertragspartei wird. Ob und welche dieser Gestaltungen rechtlich tragfähig und zweckmäßig sind, ist Gegenstand der rechtlichen Bewertung (dazu unten D.).

Den FPA liegt unabhängig von ihrer rechtlichen Konstruktion ein einheitliches Zusagenprogramm zugrunde. Jeder Teilnehmer verspricht die Verhaltensstandards des für ihn einschlägigen Leistungspakets (zum Inhalt sogleich). In beiden Gestaltungsvarianten (Nabe-Speiche beziehungsweise bi- oder multilateral) bilden die FPA lediglich den Rahmen. Die einzelnen Zugangsprodukte liefern sich die Marktteilnehmer schließlich auf der Grundlage gesonderter zivilrechtlicher Verträge.

Die Bundesnetzagentur könnte, soweit sie einbezogen wird, eine Moderations- oder Beobachtungsrolle, das Monitoring der Umsetzung der FPA sowie eine Schiedsrichterrolle im Streitfall übernehmen – oder auch nur Teile dieser Aufgaben. Auf welcher Grundlage sie dabei tätig wird und mit welcher Wirkung ihre Entscheidung ergeht, hängt von der gewählten rechtlichen Gestaltung ab und ist Gegenstand der rechtlichen Bewertung (dazu unten D.). Den an den Regelungen beteiligten Parteien soll in jedem Fall – auch im Falle einer „Schiedsrichterentscheidung“ der Bundesnetzagentur – der Rechtsweg offenstehen. Die konkrete Ausgestaltung, beispielsweise die Kostentragung, ist noch offen. Zusagen zu den Inhalten künftiger Entscheidungen trifft die Bundesnetzagentur in keiner Gestaltung.

III. Die Leistungszusagen

Den Kern der FPA bilden zwei Leistungspakete, die FPA Fixed und die FPA Mobile. Die FPA Fixed verpflichten die Unterzeichner zu einheitlichen Verhaltensstandards für den Zugang zu ihrem Netz. Sie sagen insbesondere zu, diskriminierungsfrei – auch gegenüber dem eigenen Vertrieb – über den Zugang zu fairen und angemessenen Konditionen zu verhandeln. Das Zugangsprodukt kann dabei unterschiedlich zugeschnitten sein, etwa als Layer-2- oder Layer-3-Bitstromzugang oder als Glasfaser-Anbindung von Mobilfunkbasisstationen. Flankierend treten Zusagen hinzu, die dieses Verhandlungsgebot praktisch

absichern. Dazu zählen der Verzicht auf sachgrundlose ordentliche Kündigungen und auf kurze Kündigungsfristen, die Gestattung des Weiterverkaufs der Vorleistung sowie Vorkehrungen dafür, dass die Anschlüsse über eine geeignete Prozess-Plattform und in hinreichender Zahl erreichbar sind.

Die FPA Mobile verpflichten die Unterzeichner zu inhaltsgleichen Verhaltensstandards, allerdings bezogen auf den Zugang zum Mobilfunknetz. Den Kern bildet auch hier ein diskriminierungsfreies Verhandlungsgebot über ein Zugangsprodukt – in Betracht kommen namentlich der Diensteanbieter- und der Mobile Virtual Network Operator (MVNO)-Zugang. Hinzu treten auch hier der Verzicht auf sachgrundlose ordentliche Kündigungen und die Erlaubnis des Weiterverkaufs.

Ein Unternehmen kann zugleich Anbieter und Nachfrager sein. Ein Festnetzbetreiber kann einem Mobilfunknetzbetreiber Festnetzvorleistungen aus einem Bitstromvertrag liefern, während dieser ihm Mobilfunkvorleistungen aus einem Diensteanbietervertrag liefert. Die Zusagen beider Leistungspakete (FPA Fixed und FPA Mobile) greifen im Vollzug daher ineinander.

IV. Weitere Bausteine der Fair-Play-Agreements

Neben den Leistungszusagen enthalten die FPA denkbare Verzichte. Sie binden nur die Unterzeichner, die über die entsprechende Rechtsposition verfügen. Vorgesehen sind nach derzeitigem Stand der Verzicht auf die Rechte aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln, der Verzicht auf Rechtsbehelfe gegen andere Frequenzentscheidungen, soweit diese auf unzureichende Diensteanbieter- und MVNO-Zugangsverpflichtungen gestützt werden, sowie die Rücknahme anhängiger Klagen und Widersprüche. Den Verzicht auf die Rechte aus dem Urteil des VG Köln und die Klagerücknahme können nur die dortigen erfolgreichen Kläger erklären. Anhängige Klagen und Widersprüche kann jeweils nur zurücknehmen, wer sie erhoben hat. Auf Rechtsbehelfe gegen Wettbewerbsauflagen, die nicht über die FPA Mobile hinausgehen, verzichten beispielsweise die teilnehmenden Mobilfunknetzbetreiber. Inhaltlich sind die Bausteine je Teilnehmer daher unterschiedlich ausgeprägt, folgen aber einem einheitlichen Muster. Die Zusage des eigenen Leistungspakets ist verbunden mit dem Verzicht auf Rechtsbehelfe der übrigen Zeichner. Die Laufzeit und das Kündigungsregime der FPA sind so ausgestaltet, dass der Bestand beider Leistungspakete wechselseitig verknüpft bleibt.

Zudem können die FPA weitere Bausteine enthalten, wie die Unterwerfung unter einen von der Bundesnetzagentur getragenen Streitbeilegungsmechanismus sowie die Unterwerfung unter eine Vertragsstrafe für den Fall vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Missachtung des FPA.

Die ursprünglichen Präsidentenkammerentscheidungen III und IV und die auf ihnen beruhenden Frequenzzuteilungen bleiben damit wirksam. Auf ihre Rechtswidrigkeit kommt es wegen der Verzichte und Rücknahmen aber nicht mehr an. Darüber hinaus könnte die Bundesnetzagentur Wettbewerbsprobleme zwar – etwa im Rahmen des § 105 Abs. 2 TKG[4] – weiterhin feststellen. Sie könnte diese jedoch durch die im Markt bestehenden FPA als behoben ansehen und deshalb von Maßnahmen, die über die Zusagen der FPA hinausgehen, mangels Erforderlichkeit absehen.

V. Einschränkung des Gutachtens

Die kartellrechtliche Zulässigkeit der angestrebten FPA sowie der hierauf gerichteten vorbereitenden Gespräche ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Sie ist gesondert durch Dritte auf der Grundlage einer Abstimmung mit dem Bundeskartellamt zu prüfen. Die Einbindung des Bundeskartellamts bereits in den Prozess des Zustandekommens der FPA erscheint allerdings in jedem Fall empfehlenswert.

[4] Die hierzu am 5.6.2026 erlassene Allgemeinverfügung ist abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/MobilesBreitband, zuletzt abgerufen am 1.8.2026.

C. Auftrag und Rechtsfragen

Vor diesem Hintergrund hat uns die EWE TEL um die rechtsgutachtliche Prüfung der folgenden Fragen gebeten:

1. Darf die Bundesnetzagentur bei Verhandlungen über die Fair-Play-Agreements eine moderierende Rolle übernehmen? Falls nein, dürfte sie bei entsprechenden Verhandlungen als Beobachterin dabei sein?
2. Ist das Konstrukt eines hinkenden Austauschvertrags zu Gunsten Dritter in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags rechtlich zulässig und empfehlenswert? Welche anderen, insbesondere zivilrechtlichen Gestaltungen kommen in Betracht?
3. Wie kann der Bundesnetzagentur in den vorgenannten Gestaltungen jeweils eine Schiedsrichterrolle eingeräumt werden?
4. Wie müssten die Fair-Play-Agreements ausgestaltet sein, damit sie die Bundesnetzagentur unterzeichnen kann, ohne Ermessensfehler in nachfolgenden Entscheidungen zu begehen?
5. Dürfte bzw. müsste die Bundesnetzagentur die Fair-Play-Agreements bei der Ermessensausübung im Rahmen des § 105 TKG berücksichtigen und auf die Auferlegung anderweitig erforderlicher Maßnahmen verzichten?

D. Rechtliche Bewertung

I. Frage 1: Moderation und Beobachtung durch die Bundesnetzagentur

Ob und wie die Bundesnetzagentur als Moderatorin oder Beobachterin in Gesprächen, die zum Abschluss der FPA führen sollen, beteiligt werden darf, richtet sich maßgeblich nach der Intensität ihrer Einbindung. Grundsätzlich darf eine Behörde immer dann tatsächlich tätig werden, wenn sie sich im Rahmen ihres Aufgabenbereichs bewegt und hiergegen weder der Vorbehalt noch der Vorrang des Gesetzes spricht. Darüber hinaus könnten sich Grenzen einer Moderations- oder Beobachtungsrolle daraus ergeben, dass sich die Bundesnetzagentur sonst möglicherweise in einer späteren Entscheidung dem Vorwurf einer Ermessensvorprägung ausgesetzt sieht.[5]

Dafür, dass die Bundesnetzagentur als Moderatorin oder Beobachterin auftreten muss, also ein Anspruch eines Beteiligten hierauf besteht, gibt es keinerlei rechtlich belastbare Anhaltspunkte.

1. Intensitätsstufen behördlicher Beteiligung

Ob eine Rechtsgrundlage für die Beobachtung oder die Moderation erforderlich ist, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Maßgeblich ist die Intensität der behördlichen Beteiligung. Die Beobachtung beschränkt sich auf die passive Anwesenheit bei den Verhandlungen der Marktteilnehmer. Die Bundesnetzagentur spricht keine Einladungen aus, stellt keinerlei Sach- und Personalmittel und äußert sich nicht inhaltlich. Es findet ein reiner Informationszufluss an die Behörde statt. Die Moderation umfasst darüber hinaus etwa auch die Ansprache geeigneter Teilnehmer. Die Bundesnetzagentur strukturiert die Gespräche und vermittelt zwischen den Positionen, ohne ein bestimmtes Ergebnis vorzugeben. Im Rahmen einer Marktlösung, die die Bundesnetzagentur als Vertragspartnerin einbezieht, darf sie zudem schon aufgrund dieser Rolle teilnehmen. Es ist nichts ersichtlich, warum die Bundesnetzagentur in einer solchen Konstellation nicht ebenso handeln dürfte wie ein privater Verhandler.

[5] Hierzu instruktiv BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 77 ff.

2. Prüfungsmaßstab

a) Vorrang des Gesetzes

Das Handeln der Bundesnetzagentur wäre rechtswidrig, wenn es gegen den Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG verstößt. Eine der Beobachtung oder der Moderation entgegenstehende Norm ist jedoch nicht ersichtlich. Das TKG verbietet die Begleitung von Marktgesprächen nicht und hält hierfür auch keine Rechtsgrundlage vor, deren Tatbestandsvoraussetzungen man umginge. Insbesondere verdrängt § 200 TKG eine eigene Moderation der Bundesnetzagentur nicht. Die Vorschrift stellt lediglich klar, dass die Beteiligten eine gütliche Einigung im Wege der Mediation durch einen Dritten („Gütestelle“) anstreben können, und hat überdies nur deklaratorischen Charakter.[6] Erlaubt das Gesetz die Mediation durch beliebige Dritte, so lässt sich daraus kein Verbot einer weniger förmlichen Begleitung durch die sachnähere Regulierungsbehörde ableiten. In dieselbe Richtung weist § 20 Abs. 3 TKG, wonach die Bundesnetzagentur in Zugangs- und Zusammenschaltungsverhandlungen auf Antrag als neutrale Vermittlerin auftreten kann. Wegen eines deutlich eingegrenzten Adressatenkreises steht auch § 20 Abs. 3 TKG einer Moderation oder Beobachtung nicht nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes entgegen. Der Gesetzgeber sieht eine vermittelnde Rolle der Behörde zwischen Marktteilnehmern vielmehr als systemkonform an. Der Vorrang des Gesetzes steht daher rechtlich weder der Beobachtung noch der Moderation entgegen.

b) Vorbehalt des Gesetzes

Der Vorbehalt des Gesetzes greift ein, wenn Moderation oder Beobachtung in Grundrechte eingreifen oder sich als grundrechtswesentlich erweisen. Beides ist nicht der Fall. Bei entsprechender Ausgestaltung greift weder die Moderation noch die Beobachtung in Grundrechte ein. Beide Handlungsweisen entfalten keine Regelungswirkung: Sie enthalten weder Gebot noch Verbot und lösen weder unmittelbar noch mittelbar Rechtsfolgen für die Teilnehmer aus. Der Eingriffsvorbehalt ist damit nicht berührt. Auch nach der Wesentlichkeitstheorie ist eine gesonderte gesetzliche Grundlage nicht erforderlich. Zwar ist die angestrebte Marktlösung in den Frequenzbereichen 2 GHz und 3,6 GHz wettbewerblich von erheblicher Tragweite. Wesentlich ist jedoch die spätere Regulierungsent-

[6] *Waßmer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 200 TKG Rn. 1 m. w. N.

scheidung, nicht die ergebnisoffene Begleitung privatautonomer Verhandlungen. Selbst die Moderation determiniert deren Ergebnis nicht. Die wesentliche Entscheidung bleibt der Ermessensausübung vorbehalten, für die eine gesetzliche Grundlage besteht beziehungsweise bestehen muss.

Für schlicht-hoheitliches Handeln unterhalb dieser Wesentlichkeitsschwelle genügt nach alldem eine die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur begründende Aufgabennorm. Die Begleitung der FPA-Verhandlungen dient der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung des Infrastrukturausbaus (§ 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG). Die §§ 191 ff. TKG weisen der Bundesnetzagentur die entsprechenden Aufgaben organisatorisch zu.[7]

c) Unionsrechtliche Grenzen

Die Art. 6 ff. EKEK[8] sichern die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der nationalen Regulierungsbehörde. Daraus folgt jedoch kein Verbot der Verhandlungsbegleitung, wohl aber eine Grenze.[9] Eine zu aktive Moderation einer Vereinbarung zwischen Wettbewerbern kann die Unparteilichkeit der späteren Entscheidung nach § 105 TKG kompromittieren. Dieses Neutralitätsrisiko steigt mit der Moderationsintensität und ist bei bloßer Beobachtung minimal. Dabei führen bereits ernsthafte Ansatzpunkte, die Bundesnetzagentur könnte beeinflusst worden sein – gerade wenn die Gespräche vom Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung initiiert werden – dazu, dass ein erhöhter Rechtfertigungsdruck dafür besteht, dass eine Einflussnahme nicht erfolgt sei.[10] Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem teilweise vergleichbaren Sachverhalt ausgeführt, es seien möglicherweise sogar allgemeine politische Zielvorgaben eines Bundesministeriums gegenüber der Bundesnetzagentur zulässig.[11] Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts macht deutlich, dass eine transparente und offene Verfahrensführung essenziell ist, um etwaige Anhaltspunkte für eine Einflussnahme – deren Hürde eher nied-

---

7 Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 77 ff.

8 Richtlinie (EU) 2018/1972 vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36–214.

9 Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 77.

10 BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 82, 88.

11 BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 87.

rig anzusetzen ist – entkräften zu können.[12] Allerdings steht im Rahmen der FPA schon keine Weisung des Bundesministeriums an die Bundesnetzagentur im Raum, sodass die unionsrechtliche Unabhängigkeit durch eine Moderation oder Teilnahme, beispielsweise an einem vom Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung geführten Arbeitskreis, nicht verletzt wird.

Allerdings betrifft diese Frage weniger die Zulässigkeit der Moderation selbst als die Ermessensfehlerfreiheit einer nachfolgenden Regulierungsentscheidung (dazu Frage 4, D. IV.) beziehungsweise einen Verstoß gegen § 21 VwVfG.

3. Subsumtion der Beobachtung

Die Beobachtung ist als passivste Teilnahmeform nach dem oben Gesagten rechtlich unproblematisch. Ohne Einfluss auf den Teilnehmerkreis oder die Inhalte erschöpft sich die Beobachtung in einem Informationszufluss an die Bundesnetzagentur. Ein Eingriff scheidet auf jeder der dargestellten Ebenen aus. Die Aufgabeneröffnung trägt die Anwesenheit der Bundesnetzagentur ohne Weiteres.

4. Subsumtion der Moderation

Die Moderation ist demgegenüber aktiver ausgestaltet. So kann die Bundesnetzagentur beispielsweise auch eigene inhaltliche Standpunkte vertreten. Die Verwaltungspraxis stützt eine aktive, ergebnisoffene Rolle der Bundesnetzagentur. Das Gigabitforum veranstaltet die Behörde, soweit ersichtlich, ohne Befugnisnorm allein auf der Grundlage ihrer Aufgaben.[13] Eine bloß moderierende Teilnahme, etwa an einem Arbeitskreis im Rahmen des Stakeholderdialogs des Bundesministeriums für Digitales und Staatsmodernisierung, bleibt in der Beteiligungsintensität dahinter deutlich zurück. Im Verfahren Vectoring II hat die Bundesnetzagentur den Abschluss der Ausbauzusage der Telekom Deutschland

[12] „Deswegen dürfte es hilfreich sein, den Umgang mit Einflussnahmeversuchen im Verwaltungsvorgang zu dokumentieren.“, vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 87.

[13] Gigabitforum, https://www.gigabitforum.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/Gigabitforum/start.html, zuletzt abgerufen am 1.8.2026.

GmbH initiiert, durch ein Gutachten die rechtliche Zulässigkeit prüfen lassen[14] und über etwa eineinhalb Jahre transparent begleitet, ohne dass das Bundesverwaltungsgericht dies beanstandet hätte.[15] Es hat die transparente Verfahrensführung im Gegenteil als Beleg gegen eine unzulässige Vorabbindung gewertet.[16]

Der Präsident der Bundesnetzagentur nahm am 12. Juli 2018 an dem vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur veranstalteten „Mobilfunkgipfel“ teil. Das Bundesverwaltungsgericht ordnet diese Teilnahme in einem ersten Schritt als für sich genommen unproblematisch ein.[17] Der Senat führt aus, die Teilnahme des Präsidenten habe sich im Rahmen der gesetzlichen Aufgaben der Bundesnetzagentur gehalten, die allgemein auf die Förderung leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen gerichtet seien.[18] Diese Einordnung revidiert der Senat im unmittelbar folgenden Prüfungsschritt. Ausschlaggebend ist nicht die Teilnahme als solche, sondern der Inhalt der im Anschluss an den Gipfel veröffentlichten und zu den Verfahrensakten genommenen „Gemeinsamen Erklärung“.[19] Darin sagten die Mobilfunknetzbetreiber (MNO) zu, Versorgungslücken „bei investitionsfördernden Rahmenbedingungen“ zu schließen. Der Senat hält es für nicht fernliegend, dass sich dieser Passus auf die Ausgestaltung der 5G-Vergaberegeln bezog, und sieht hierdurch die zunächst angenommene thematische Trennung zwischen Mobilfunkgipfel und Vergabeverfahren wieder relativiert. Nicht die Teilnahme an der Gesprächsrunde, sondern deren Dokumentation in der Verfahrensakte mit einer inhaltlichen Verknüpfung von Versorgungszusagen und regulatorischen Rahmenbedingungen begründet damit den Anschein einer unzulässigen Einflussnahme, den der Senat als nicht vollständig entkräftet ansieht und der eine Zurückverweisung zur weiteren Sachverhaltsaufklärung nach sich zieht.[20]

Die Moderation der FPA-Verhandlungen ist nach diesem Maßstab daher zulässig, solange sie ergebnisoffen bleibt. Konkret bedeutet das: Die Bundesnetzagentur gibt keine

---

[14] *Kühling/Bulowski*, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Rahmen des TKG, 2015, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Rechtsgutachten/BK3-15-0004_Rechtsgutachten_DL.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 29.7.2026.

[15] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 75.

[16] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 74 f.

[17] BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 77.

[18] BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 77.

[19] BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 78.

[20] BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 80.

Vertragsinhalte vor, eröffnet allen interessierten Marktteilnehmern den Zugang zu den Gesprächen, legt sich nicht auf ein bestimmtes Ergebnis der späteren Entscheidungen im Frequenzvergabeverfahren, einschließlich Entscheidungen etwa nach § 105 Abs. 2 TKG, fest und dokumentiert ihre Verfahrensschritte transparent. Gleichwohl verbleiben vertretbare Restzweifel, weil die Grenze zur inhaltlichen Steuerung von der tatsächlichen Ausgestaltung im Einzelfall abhängt.

Zwar bedürfen verbindliche Streitbeilegungs- und Schlichtungsrollen einer gesetzlichen Grundlage. Daraus folgt jedoch nur, dass die Bundesnetzagentur ohne Grundlage kein förmliches, auf verbindliche Entscheidung gerichtetes Verfahren betreiben darf. Die informelle, ergebnisoffene Begleitung von Verhandlungen liegt unterhalb dieser Schwelle. Die Moderation ist daher rechtlich zulässig, sofern sie transparent geführt wird und eine inhaltliche Einflussnahme ausbleibt. Unproblematisch ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Berücksichtigung auch moderierter Ergebnisse in der Abwägung einer späteren Regulierungsentscheidung jedenfalls dann, wenn die FPA am Ende „autonom formuliert“ wurden.[21]

5. Ergebnis

Ob die Bundesnetzagentur als Moderatorin oder Beobachterin an den FPA-Verhandlungen mitwirken darf, hängt von der Intensität ihrer Beteiligung ab. Ein Anspruch der Marktteilnehmer auf eine solche Rolle besteht nicht. Bis zur Schwelle der moderierenden, aber ergebnisoffenen Tätigkeit genügt eine Aufgabennorm. Eine Befugnisnorm wird erst erforderlich, sobald die Tätigkeit final in Rechte eingreift oder steuernd, etwa in Bezug auf spezifische Ergebnisse, wirkt. Nach diesem Maßstab wäre – mit guten, insbesondere verwaltungspraktischen Argumenten – auch eine eigene Veranstaltung der FPA-Gespräche durch die Bundesnetzagentur rechtlich zulässig. Die reine – auch moderierende – Beteiligung an Gesprächen, die von dritter Seite initiiert werden, liegt noch unterhalb dieser Schwelle und ist daher erst recht zulässig.

Die Beobachtung der Verhandlungen ist auf der Grundlage der Aufgabeneröffnung zulässig. Sie erschöpft sich in einem passiven Informationszufluss, ohne Einfluss auf den Teilnehmerkreis oder den Verhandlungsinhalt zu nehmen, und entfaltet weder unmittelbar noch mittelbar Regelungswirkung. Die Bundesnetzagentur sollte diese Rolle aller-

[21] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 75; dort ließ die BNetzA sogar ein Rechtsgutachten erstellen.

dings möglichst passiv ausgestalten. So bleibt die Beobachtung rechtlich in jedem Fall unbedenklich und schafft zugleich die für die Schiedsrichterrolle nach Frage 3 erforderliche Informationsgrundlage. Die Moderation ist – mit geringen rechtlichen Risiken, insbesondere hinsichtlich einer Ermessensvorprägung bei späteren Entscheidungen – ebenfalls zulässig. Weder der Vorrang noch der Vorbehalt des Gesetzes stehen einer Moderation entgegen: Sie entfaltet keine Regelungswirkung, und die Wesentlichkeitsschwelle betrifft erst die spätere Regulierungsentscheidung, nicht deren ergebnisoffene Vorbereitung. Gleichwohl ist die Moderation rechtlich deshalb weniger belastbar als die Beobachtung, weil die Grenze zur ergebnissteuernden Beteiligung von ihrer tatsächlichen Ausgestaltung abhängt. Zulässig bleibt die Moderation daher, wenn die Bundesnetzagentur keine Vertragsinhalte vorgibt, allen interessierten Marktteilnehmern Zugang gewährt, sich nicht auf ein Ergebnis im späteren Frequenzvergabeverfahren festlegt und ihre Beteiligung transparent dokumentiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Mobilfunkgipfel 2018 ist nicht die Teilnahme als solche kritisch, sondern eine inhaltliche Verknüpfung von Verhandlungsergebnissen mit der späteren Regulierungsentscheidung sowie eine unzureichend dokumentierte, intransparente Verfahrensführung, die den Anschein einer Vorabbindung oder ministeriellen Einflussnahme begründen kann. Diese Frage betrifft indes nicht die Zulässigkeit der Moderation selbst, sondern die Ermessensfehlerfreiheit der Regulierungsentscheidung. Für die Zulässigkeit einer aktiveren Rolle streitet zudem die Verwaltungspraxis: Veranstaltet die Bundesnetzagentur mit dem Gigabitforum ohne Befugnisnorm ein dauerhaftes Gesprächsformat der Branche,[22] so ist ihr erst recht die Beteiligung an Gesprächen zu einer konkreten Marktlösung eröffnet. Auch das Bundesverwaltungsgericht stellt eine intensivere Beteiligung der Bundesnetzagentur an Gesprächen[23] beziehungsweise an Zusagen aus dem Markt[24] grundsätzlich nicht in Frage. Im Ergebnis sind Beobachtung und – bei ergebnisoffener, transparenter und freier Ausgestaltung – auch Moderation der FPA-Verhandlungen durch die Bundesnetzagentur rechtlich zulässig. Letztere mit rechtlichen Restrisiken, die jedoch vertretbar sind.

---

[22] Gigabitforum, https://www.gigabitforum.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Breitband/Gigabitforum/start.html, zuletzt abgerufen am 1.8.2026.

[23] BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 76 ff.

[24] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 75 ff.

II. Frage 2: Rechtliche Konstruktion der Fair-Play-Agreements

Um die von den FPA angestrebte Wirkung zu erreichen, muss eine Vielzahl von Marktteilnehmern wechselseitig voneinander abhängige Zusagen tätigen. Diese müssen dabei niederschwellig durchsetzbar, möglichst verbindlich und offen für neue Teilnehmer, die später in den Markt eintreten wollen, sein. Hierzu bieten sich mehrere rechtliche Gestaltungsvarianten an, deren rechtliche Zulässigkeit im Folgenden zu untersuchen ist. Das einleitend dargestellte Nabe-Speiche-Modell, bei dem die Bundesnetzagentur als Vertragspartnerin jedes FPA-Teilnehmers fungiert, könnte als öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet werden (dazu 1.). Denkbar sind auch bi- oder multilaterale Verträge der teilnahmewilligen Akteure untereinander (dazu 2.).

1. Öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter

Das Konstrukt eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zugunsten Dritter ist rechtlich zulässig, wenn ein solcher Vertrag – gegebenenfalls hypothetisch unterstellt – rechtmäßig ist.

a) Die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes

Das TKG sperrt die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags nicht generell. § 54 S. 1 VwVfG stellt den Vertrag als Handlungsform der Verwaltung für den Regelfall bereit, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Ob das TKG entgegensteht, ist danach keine Frage der Handlungsform als solcher, sondern der punktuellen Vertragsformverbote (dazu unten D. II. 1. c) ee)) und der inhaltlichen Vertragsverbote (dazu unten D. II. 1. c) ff)). Dem entspricht es, dass das Bundesverwaltungsgericht die Handlungsform im Anwendungsbereich des TKG in der Vectoring II-Entscheidung nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern den Einzelfall am Maßstab der §§ 54 ff. VwVfG geprüft hat.[25] Hinreichende Rechtsgrundlage für den Vertragsschluss ist der § 54 S. 1 VwVfG.[26] Einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage bedarf es insoweit nicht. Die Bundesnetzagentur wird innerhalb ihrer weit gefassten Aufgaben zur Erreichung der Ziele der § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG, also der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und

[25] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 58 ff.

[26] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 8; *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 75 ff.

der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte, auch zugunsten der Verbraucherinteressen, tätig.[27] Die behördeninterne Zuständigkeit richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen.

b) Öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter

Nach dem Grundsatz der Relativität entfalten schuldrechtliche Verträge grundsätzlich nur Rechtswirkungen zwischen den Vertragsparteien. § 328 Abs. 1 BGB ermöglicht es, einem Dritten aus dem Vertrag einen eigenen, selbstständigen Anspruch einzuräumen, ohne dass dieser selbst Vertragspartei wird. Der Erwerb dieses Anspruchs erfolgt grundsätzlich unmittelbar aufgrund der Vereinbarung der Vertragsparteien und setzt keine Mitwirkung des Dritten voraus. Auf diese Weise kann ein Vertrag Rechtswirkungen zugunsten außenstehender Personen entfalten.[28] Diese Konstruktion erlaubt es, flexibel neue Teilnehmer in die FPA aufzunehmen, indem diese einen Vertrag mit der Bundesnetzagentur zugunsten der übrigen FPA-Zeichner schließen. Da die Dritten zwar nicht eindeutig identifiziert sind, aber aufgrund des Bedingungsgefüges gemäß den §§ 133, 157 BGB jedenfalls bestimmbar sind, sind trotz des nicht abschließend feststehenden Teilnehmerkreises auch die essentialia negotii gewahrt.[29] Im Rahmen der FPA kommt grundsätzlich nur der echte Vertrag zugunsten Dritter in Betracht. Nur dieser verschafft den Dritten einen eigenen Anspruch,[30] etwa auf das diskriminierungsfreie Verhandlungsgebot.

Öffentlich-rechtliche Verträge können nach allgemeinen Grundsätzen ebenfalls zugunsten Dritter geschlossen werden. § 62 S. 2 VwVfG verweist insoweit auf das BGB.[31]

---

[27] Vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, BVerwGE 174, 1 Rn. 77.

[28] *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.7.2026, § 328 BGB Rn. 1.

[29] *Busche*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 145 BGB Rn. 6.

[30] *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.7.2026, § 328 BGB Rn. 8 ff.

[31] *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 328 BGB Rn. 5; *Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 62 VwVfG Rn. 20, 52; *Brüning/Bosesky*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 54 VwVfG Rn. 177; *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.7.2026, § 328 BGB Rn. 13.1.

Damit ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zugunsten Dritter rechtlich zulässig. Für die Konstruktion der FPA, die auf den flexiblen Beitritt weiterer Teilnehmer ausgelegt sind, ist er auch zweckmäßig.

c) Vorgaben aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. September 2018

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in der Vectoring II-Entscheidung[32] ausführlich mit der Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags mit der Bundesnetzagentur beschäftigt. Hintergrund war die Abgabe einer einseitig verpflichtenden Ausbauzusage der Telekom Deutschland GmbH. Die dort formulierten Hürden werden im Folgenden dargestellt und sind auch von den FPA, sofern sie als öffentlich-rechtliche Verträge ausgestaltet werden, zu beachten.

aa) Prüfungsmaßstab und maßgeblicher Zeitpunkt

Misst die Bundesnetzagentur einer bloßen Zusage eine an den Vorgaben der §§ 54 ff. VwVfG orientierte Bindungswirkung bei und gewichtet sie deshalb besonders, muss die Zusage „an eben diesen Vorgaben gemessen werden“.[33] Ist das Vertragsangebot im Entscheidungszeitpunkt noch nicht angenommen, ist ein Vertragsschluss vor Erlass der Regulierungsentscheidung hypothetisch zu unterstellen.

Für die FPA ist davon auszugehen, dass diese im Zeitpunkt der gerichtlichen Befassung bereits geschlossen wären. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zeigt jedoch, dass die Bundesnetzagentur bei einer Regulierungsentscheidung bereits ein bindendes Angebot abwägungserheblich berücksichtigen darf. Der Prüfungsmaßstab entspricht dann dem eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, weil das Bundesverwaltungsgericht die Annahme durch die Bundesnetzagentur unterstellt. Das Bundesverwaltungsgericht prüfte in diesem Fall sowohl den Vertrag an sich als auch, ob er ermessensgerecht in die Regulierungsentscheidung, die Gegenstand des Verfahrens war, eingestellt wurde. Diese Prüfungsschritte sind grundsätzlich zu trennen, befinden sie sich doch auf unterschiedlichen Handlungsebenen. Jedoch kommt es auch im Rahmen der FPA auf beide Ebenen an, schließlich

[32] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181.

[33] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 60.

sollen auch die FPA letztlich von der Bundesnetzagentur abwägungserheblich berücksichtigt werden.

bb) Öffentlich-rechtlicher Charakter des Vertrags

Die geplanten FPA müssten zunächst öffentlich-rechtliche Verträge darstellen. Gemäß § 54 S. 1 VwVfG ist das der Fall, wenn Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben werden. Maßgeblich ist der Gegenstand des Vertrags, also die begründeten, ausgestalteten oder aufgehobenen Rechte und Pflichten.[34] Weder spielt der subjektive Parteiwille für die Einstufung eine Rolle, noch kommt der Behörde ein Wahlrecht zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Vertrag zu. Das begrenzte Wahlrecht in Bezug auf die Rechtsnatur im Rahmen der Leistungsverwaltung ist hier nicht einschlägig.[35] Eine Aufspaltung eines Vertrags in einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil scheidet aus.[36] Die Existenz des Verwaltungsprivatrechts zeigt, dass öffentliche Aufgaben auch privatrechtlich erfüllt werden können.[37] Es kommt somit auf die allgemeine Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht an.[38] Nach der modifizierten Subjekttheorie liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertragscharakter vor, wenn zumindest ein Vertragspartner ausschließlich in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet wird.[39] Insbesondere bei hinkenden Austauschverträgen genügen jedoch Regelungen, die in einem engen Sachzusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Berechtigungen oder Verpflichtungen stehen, sodass auf den Gesamtcharakter sowie den Zweck des Vertrags abzustellen ist.[40]

---

[34] M. w. N. *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 38.

[35] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 38 f.

[36] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 43.

[37] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 39.

[38] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 40.

[39] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 40.

[40] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 41.

Der öffentlich-rechtliche Charakter ergibt sich dem Bundesverwaltungsgericht zufolge in der Vectoring II-Entscheidung daraus, dass der private Vertragspartner der öffentlich-rechtlichen Regulierung unterliegt und der Vertragsgegenstand auf ein Regulierungsziel (§ 2 Abs. 2 TKG) bezogen ist, dem eine Bedeutung für die Ausgestaltung aufzuerlegender Verpflichtungen zukommt.[41] Nicht alle Zeichner der FPA unterliegen der unmittelbaren Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Darauf kommt es jedoch mit guten Gründen nicht an. Denn die FPA ergehen im Kontext der Frequenzregulierung und der möglichen Entscheidung nach § 105 Abs. 2 TKG. Zudem verfolgen sie Ziele der telekommunikationsrechtlichen Regulierung gemäß § 2 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 lit. b und lit. e TKG. Diese genügen für sich nicht zur Einstufung als öffentlich-rechtlicher Vertrag,[42] sind jedoch als Indizien zu berücksichtigen. Gerade der enge Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen (§ 105 TKG) streitet für eine Einstufung als öffentlich-rechtlicher Vertrag.[43] Nach dem maßgeblichen Gesamtcharakter besteht damit – auch wenn gewisse Restzweifel verbleiben – mit den besseren Argumenten der erforderliche enge Sachzusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen. Die FPA lassen sich daher mit guten Gründen als öffentlich-rechtliche Verträge qualifizieren.

cc) „Hinkender“ Austauschvertrag

Wesen des hinkenden Austauschvertrags ist, „dass allein die von dem Vertragspartner der Behörde zu erbringende (Gegen-)Leistung vertraglich vereinbart wird, wogegen die Leistung der Behörde lediglich Geschäftsgrundlage des Vertrags ist und ein Rechtsanspruch auf sie nicht begründet wird“.[44] Einseitige Hoffnungen des Privaten werden nur insoweit Geschäftsgrundlage, als sie in den gemeinschaftlichen Willen der Vertragsschließenden aufgenommen worden sind.[45] Die Klassifikation hat zunächst nur einordnenden Charakter, wird aber vom Bundesverwaltungsgericht bereits an dieser Stelle vorgenommen. Dem folgt dieses Gutachten.

---

[41] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 62.

[42] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 41.

[43] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 41.

[44] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 63.

[45] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 64.

Die FPA entsprechen dieser Struktur. Die Zeichner erhoffen sich, dass die Bundesnetzagentur die FPA bei einer Regulierungsmaßnahme, etwa nach § 105 Abs. 2 TKG, berücksichtigt. Diese Hoffnung ist in den gemeinschaftlichen Willen der Vertragsschließenden aufgenommen und damit Geschäftsgrundlage. Ein Rechtsanspruch auf die Berücksichtigung wird nicht begründet. Ein solcher Anspruch wäre rechtlich problematisch. Er könnte je nach Formulierung zu einer unzulässigen rechtlichen Vorabbindung des Ermessens führen. Daher handelt es sich bei den FPA – zweckmäßigerweise – um „hinkende“ Austauschverträge.

dd) Subordinationsrechtlicher Vertrag, § 54 S. 2 VwVfG

Die verschärften Anforderungen der §§ 55, 56 VwVfG gelten nur für subordinationsrechtliche Verträge (§ 54 S. 2 VwVfG). Grundsätzlich lassen sich Verträge nach dem Verhältnis der Vertragsparteien unterscheiden in koordinations- und in subordinationsrechtliche Verträge.[46] Koordinationsrechtliche Verträge setzen eine grundsätzliche Gleichordnung der Parteien voraus.[47] Sie kommen im Regelfall zwischen rechtsfähigen Trägern der öffentlichen Verwaltung zustande. Subordinationsrechtliche Verträge schließen dagegen Personen, die sonst in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zueinander stehen.[48] Legt man den Wortlaut eng aus und versteht § 54 S. 2 VwVfG als Definition des subordinationsrechtlichen Vertrags, liegt ein subordinationsrechtlicher Vertrag im Sinne dieser Norm nur vor, wenn die Behörde befugt wäre, den konkreten Vertragsinhalt auch durch Verwaltungsakt zu regeln.[49] Nach diesem engen Verständnis stellten die FPA keine subordinationsrechtlichen Verträge dar, denn diese könnten nicht per Verwaltungsakt auferlegt werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese enge Lesart jedoch abgelehnt und entschieden, dass die inhaltsgleiche Vorschrift des Art. 54 S. 2 BayVwVfG „trotz des engen Wortlauts für alle Verträge zwischen einer Privatperson und einem Träger der öffentlichen Verwaltung auf einem Gebiet gilt, auf dem ein hoheitliches Verhältnis der

[46] *Brüning/Bosesky*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 54 VwVfG Rn. 108 ff.

[47] *Brüning/Bosesky*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 54 VwVfG Rn. 112.

[48] *Brüning/Bosesky*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 54 VwVfG Rn. 110.

[49] *Brüning/Bosesky*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 54 VwVfG Rn. 110.

Über- und Unterordnung besteht“.[50] Darauf, ob der konkrete Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung „sonst“ durch Verwaltungsakt geregelt werden könnte, kommt es danach nicht an.[51] Maßgeblich für die gesteigerte Schutzbedürftigkeit ist nach überwiegender Auffassung nicht die Ersetzung eines Verwaltungsakts, sondern das Über- und Unterordnungsverhältnis, in dem das Verwaltungsverfahren stattfindet, auf das sich der Vertrag bezieht.[52] Das Bundesverwaltungsgericht hat im Vectoring II-Urteil einen subordinationsrechtlichen Vertrag ohne vertiefte Begründung bejaht, obwohl der Vertragsinhalt nicht durch Verwaltungsakt hätte auferlegt werden können, weil das Verfahren in einem „Verhältnis der Über- und Unterordnung“ stattfand.[53] Es sind vorliegend keine durchgreifenden Unterschiede der Konstellationen ersichtlich. Danach sind die FPA als subordinationsrechtliche Verträge einzustufen, denn sie beziehen sich auf das Frequenzzuteilungsverfahren und die mögliche Entscheidung nach § 105 TKG, also auf ein Verwaltungsverfahren in einem Über- und Unterordnungsverhältnis.

Einer genauen Einordnung der einzelnen Vertragsbeziehungen – etwa als Vergleichs- oder als Austauschvertrag, als koordinations- oder subordinationsrechtlich – bedarf es darüber hinaus nicht, wenn sämtliche FPA am schärfsten Maßstab, dem des subordinationsrechtlichen Austauschvertrags (§§ 55, 56 VwVfG), gemessen werden und diesem genügen.

ee) Kein Vertragsformverbot im Vorfeld einer Regulierungsmaßnahme

Das Vertragsformverbot der §§ 13 Abs. 7, 211 Abs. 1 S. 2 TKG erfasst nur den Regelungsgegenstand der Regulierungsverfügung selbst (Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder Widerruf von Verpflichtungen).[54] Eine Ausweitung auf Handlungen im Vorfeld kommt nicht in Betracht,[55] weil § 54 VwVfG den öffentlich-rechtlichen Vertrag als Handlungsform für den Regelfall bereitstellt und Vertragsformverbote als Ausnahmen

---

[50] BVerwG, Urt. v. 16.5.2000 – 4 C 4.99, BVerwGE 111, 162 (165), m. w. N.

[51] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 13.

[52] *Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 54 VwVfG Rn. 110.

[53] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 65.

[54] Zur Einordnung als Vertragsformverbot m. w. N. BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 6.17, BeckRS 2018, 34181 Rn. 67.

[55] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 67.

eng auszulegen sind.[56] Zudem erfordert die Telekommunikationsregulierung auch aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben ein flexibles Verwaltungshandeln. Der Zweck der §§ 13 Abs. 7, 211 Abs. 1 S. 2 TKG besteht lediglich darin, sicherzustellen, dass die eigentliche Regulierungsentscheidung als Verwaltungsakt ergeht und hiergegen Rechtsschutz möglich ist; vorbereitende Vereinbarungen stehen diesem Zweck nicht entgegen.[57] Geklärt ist durch das Vectoring II-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts[58] daher, dass vorbereitende Maßnahmen im Rahmen des TKG keinem Vertragsformverbot unterliegen.[59]

Die FPA regeln nicht den Gegenstand einer Regulierungsentscheidung. Weder erlegen sie hoheitlich eine Verpflichtung auf, noch ändern, behalten bei oder widerrufen sie eine solche. Die FPA nehmen als „hinkende“ Austauschverträge die eigentliche Regulierungsentscheidung auch nicht vorweg. Sie stehen nicht im Zusammenhang mit einer bereits laufenden Regulierungsentscheidung, sondern vermeiden allein eine mögliche Maßnahme nach § 105 Abs. 2 TKG. Über diese Maßnahme entscheidet die Bundesnetzagentur weiterhin durch Verwaltungsakt. Gegen ihn bleibt der Rechtsschutz eröffnet. Dass sich der Inhalt der FPA – etwa das Verhandlungsgebot – mit einer denkbaren Regulierungsmaßnahme deckt, ändert daran nichts. Maßgeblich ist der Regelungsgegenstand der hoheitlichen Verfügung, nicht die inhaltliche Nähe einer privatautonomen Zusage zu einer möglichen Regulierungsmaßnahme. Der intendierte, mittelbare Reflex der FPA auf die Frequenzvergabe begründet keinen rechtlich relevanten Zusammenhang zu einer Regulierungsentscheidung und bleibt daher außer Betracht. Damit bewegen sich die FPA in einem der Regulierung vorgelagerten Bereich, der nach dem dargestellten Maßstab außerhalb eines Vertragsformverbots liegt.

ff) Kein entgegenstehendes inhaltliches Vertragsverbot

Dem Vertragsinhalt dürfen überdies auch inhaltlich keine Rechtsvorschriften im Sinne des § 54 S. 1 Hs. 2 VwVfG entgegenstehen.[60] Insbesondere darf keine das Regulierungsermessen ausschließende vertragliche Verpflichtung der Bundesnetzagentur zum Erlass

[56] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 68 m. w. N.

[57] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 69.

[58] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181.

[59] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 69.

[60] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 70.

bestimmter Regulierungsmaßnahmen begründet werden. Dies ist entsprechend dem Charakter als hinkender Austauschvertrag nicht der Fall.[61]

Die Leistungsstruktur der FPA ist entsprechend zu gestalten. Die Berücksichtigung der FPA bei der Entscheidung nach § 105 TKG bleibt bloße Geschäftsgrundlage. Ein Anspruch auf ein bestimmtes Regulierungsergebnis wird nicht begründet (siehe oben D. II. 1. c) cc)). Anhaltspunkte für weitere Verbotsnormen, die dem Vertragsinhalt entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich.

gg) Anforderungen des § 56 Abs. 1 VwVfG

§ 56 Abs. 1 VwVfG findet auf hinkende Austauschverträge (zur Einordnung oben D. II. 1. c) cc)) zumindest entsprechende Anwendung.[62] Die Gegenleistung des Privaten muss zweckgebunden sein, der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen und darf in keinem unangemessenen Verhältnis zur (als Geschäftsgrundlage vorausgesetzten) Leistung der Behörde stehen. Ein „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ muss ausscheiden. Bei einer autonom formulierten Zusage streitet die Vermutung sachgerechter Wahrnehmung eigener Interessen gegen eine unzumutbare Belastung des Privaten.[63]

Die FPA genügen diesem Maßstab. Die Zusagen der Zeichner dienen den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG und damit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Bundesnetzagentur. Dass die Bundesnetzagentur den Abschluss moderiert und möglicherweise eine Schiedsrichterrolle übernimmt, stellt die Autonomie der Zusagen nicht in Frage, solange die Marktteilnehmer die Inhalte selbst formulieren.[64] Ein Ausverkauf von Hoheitsrechten ist ebenfalls nicht zu befürchten.[65] Die zweckgebundene Gegenleistung der Zeichner, die in der Öffnung der Netze besteht, dient der Bundesnetzagentur zur Erfüllung ihrer öffentlichen Regulierungsaufgabe. Sie steht in keinem unangemessenen Verhältnis zu der als Geschäftsgrundlage vorausgesetzten Bereitschaft der Bundesnetza-

---

[61] Vgl. zum Argument BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 70.

[62] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 71 m. w. N.

[63] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 72.

[64] Auch im Verfahren Vectoring II hatte sich die Bundesnetzagentur etwa durch Beauftragung eines Rechtsgutachtens zur Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Vorfeld von Regulierungsmaßnahmen in das Zustandekommen der Ausbauzusage eingeschaltet, ohne dass dies nach der gerichtlichen Feststellung deren autonomen Charakter entfallen ließ, vgl. BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 75.

[65] Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 72.

gentur, die FPA im Regulierungsverfahren bei der Abwägungsentscheidung angemessen zu berücksichtigen. Für die Annahme einer unzumutbaren Belastung der FPA-Zeichner durch den – noch nicht abschließend feststehenden – weiteren Inhalt des Vertrags (insbesondere die Vertragsstrafe) besteht überdies auch kein Anlass, wenn die FPA-Teilnehmer ihre maßgeblichen Zusagen autonom formulieren[66] und die weiteren Inhalte verhältnismäßig sind. Eine hoheitliche Bindung geht von den FPA gerade nicht aus. Die Leistung der Bundesnetzagentur erschöpft sich in der Geschäftsgrundlage.

hh) Keine Zustimmung Dritter, § 58 Abs. 1 VwVfG

Die Wirksamkeit hängt gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG nur dann von der Zustimmung Dritter ab, wenn deren Rechtsposition bereits durch den Vertrag selbst – und nicht erst durch die nachfolgende Regulierungsentscheidung – betroffen wird. Durch die Nabe-Speiche-Konstruktion entstehen aus den FPA keine Nachteile für Dritte. Belastend sind die FPA nur für den jeweiligen Vertragspartner selbst. Etwaige nachfolgende nachteilige Regulierungsentscheidungen gegenüber Dritten, in denen die FPA abwägungserheblich berücksichtigt werden, liegen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 58 Abs. 1 VwVfG.[67]

ii) Keine faktische Vorabbindung des Regulierungsermessens

Eine unzulässige Determinierung des behördlichen Entscheidungsspielraums kann sich nicht nur aus einer rechtlichen Bindung, sondern auch aus einer faktischen Vorabfestlegung der Behörde ergeben.[68] Zulässig ist nur ein Einfluss des Vertrags auf das zur Verfügung stehende Abwägungsmaterial, nicht die Vorabfestlegung des Ermessens. Maßgeblich sind Art und Weise der Einführung und Behandlung der Zusagen im Verfahren. Im Rahmen des Vectoring II-Urteils verneinte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Vorabfestlegung ausdrücklich.[69] Auch im Rahmen der FPA ist – vorbehaltlich ihrer tatsächlichen Ausgestaltung sowie der Umstände ihres Zustandekommens – nicht ersicht-

---

[66] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 72.

[67] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 73.

[68] Grundlegend BVerwG, Urt. v. 5.7.1974 – 4 C 50.72, BVerwGE 45, 309 (316 ff.).

[69] Im Fall Vectoring II verneinte das Bundesverwaltungsgericht eine faktische Vorprägung des Regulierungsermessens im Wesentlichen mit der Begründung, die Zusagen seien autonom formuliert worden und das Verfahren sei transparent geführt worden, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 74 f.

lich, woraus sich eine solche faktische Vorabbindung des Ermessens ergeben könnte. In rechtlicher Hinsicht muss diese Anforderung allerdings beachtet werden und zu einer besonderen Unvoreingenommenheit und Transparenz der Bundesnetzagentur führen.

jj) Hinreichend konsistenter, durchsetzbarer Vertragsinhalt

Soll der Vertrag in der Abwägung gewichtet werden, muss sein Inhalt für eine effektive Durchsetzung der Verpflichtung hinreichend konsistent sein.[70] Relativierende Klauseln (Fristhemmungen, Lösungsrechte, Schwächen der Vertragsstrafenregelung) dürfen nicht ausgeblendet, sondern müssen in die Abwägung eingestellt werden.[71] Der genaue Inhalt der FPA steht noch nicht fest. Bei der Ausgestaltung der Bedingungen, etwa der Kündigungsfristen des jeweiligen FPA, muss beachtet werden, dass die Bundesnetzagentur jede Relativierung in ihrer Abwägungsentscheidung berücksichtigen muss und damit gegebenenfalls das Ziel der FPA gefährdet wird. Die FPA sind daher nur insoweit berücksichtigungsfähig, als sie konsistent und durchsetzbar sind. Bloße Absichtserklärungen genügen nicht. Deren Berücksichtigung durch die Bundesnetzagentur könnte – je nach ihrem konkreten Einfluss auf die Abwägung – einen Ermessensfehler begründen. Diese Voraussetzung ist jedoch keine die Rechtmäßigkeit des Vertrags betreffende Erwägung, sondern sie ist für die Abwägungserheblichkeit in späteren Entscheidungen, hier etwa nach § 105 Abs. 2 TKG, relevant.

kk) Unionsrecht

Sind die vorstehenden Anforderungen gewahrt, besteht auch unionsrechtlich keine Grundlage für rechtliche Bedenken. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies für Art. 8 Abs. 4 S. 1 der Zugangsrichtlinie und Art. 3 Abs. 2 bis 3a der Rahmenrichtlinie entschieden.[72] Diese Vorgaben zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der nationalen Regulierungsbehörde sind in den Art. 6 ff. EKEK fortgeschrieben worden.[73] Die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur wird durch die FPA nicht berührt, weil diese keine Verpflichtung

[70] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 76.

[71] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 76 f.

[72] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 58.

[73] Vgl. Art. 3 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33–50.

auf ein bestimmtes Regulierungsergebnis begründen und das Regulierungsermessen weder rechtlich noch faktisch vorab binden. Die Unparteilichkeit der nachfolgenden Entscheidung nach § 105 TKG ist eine Frage der Ermessensausübung und wird bei Frage 4 behandelt.

d) Weitere Rechtmäßigkeitsanforderungen

Über die kasuistisch geprägten Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts hinaus bedürfen weitere Rechtmäßigkeitsanforderungen rechtlicher Würdigung.

aa) Schriftform (§ 57 VwVfG)

Öffentlich-rechtliche Verträge bedürfen gemäß § 57 VwVfG der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. Über § 62 S. 2 VwVfG gilt § 126 Abs. 2 BGB. Die Unterzeichnung muss auf derselben Urkunde erfolgen. Bei dem mehrpoligen Geflecht der FPA ist darauf zu achten, dass jede Speiche diesen Anforderungen selbstständig genügt.

bb) Nichtigkeitsrisiken (§ 59 VwVfG)

Für subordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge erweitert § 59 Abs. 2 VwVfG die Nichtigkeitsgründe. In Betracht kommt vor allem die Vereinbarung einer unzulässigen Gegenleistung im Sinne des § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Da die Anforderungen des § 56 Abs. 1 VwVfG gewahrt sind (siehe D. II. 1. c) gg)), besteht dieses Risiko bei entsprechender Ausgestaltung nicht. Wegen § 59 Abs. 3 VwVfG droht bei Nichtigkeit eines Teils die Gesamtnichtigkeit des Vertrags. Die FPA sollten daher eine Regelung enthalten, wonach die übrigen Bestandteile auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wären.

e) Beteiligung weiterer FPA-Teilnehmer

Der Beitritt eines neuen Marktteilnehmers vollzieht sich durch den Abschluss einer weiteren, inhaltsgleichen Vertragsspeiche zwischen ihm und der Bundesnetzagentur. Die Bundesnetzagentur ist als Trägerin öffentlicher Gewalt unmittelbar an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG) und muss über den Abschluss einer weiteren Speiche diskriminierungsfrei entscheiden. Ein sachlich nicht gerechtfertigter Ausschluss eines ver-

gleichbaren Marktteilnehmers ist ihr verwehrt. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG verstärkt diese Bindung einfachrechtlich, indem er die Bundesnetzagentur zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs verpflichtet.

f) Anspruchsinhaberschaft und Durchsetzung der Zusagen

Der rechtlichen Würdigung bedarf die Durchsetzung der in den FPA begründeten Pflichten, insbesondere des drittbegünstigenden diskriminierungsfreien Verhandlungsgebots. Ein Interesse an der Durchsetzung haben die Bundesnetzagentur als Versprechensempfängerin sowie die Marktteilnehmer, denen als Dritten die Leistungspflichten aus den FPA zugutekommen. Der Dritte kann die ihm zustehende Leistung aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter selbstständig fordern. Versprechensempfänger, hier also die Bundesnetzagentur, und Dritter, hier also die übrigen FPA-Zeichner, sind in der Regel beide Gläubiger der versprochenen Leistung.[74] Wer in welchem Umfang Gläubiger ist, ist jedoch eine Frage der privatautonomen Ausgestaltung. Es kommt daher entscheidend auf die Auslegung des Parteiwillens an. Für die gerichtliche Zuständigkeit ist allein das Deckungsverhältnis maßgeblich.[75] Den öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertrags im Deckungsverhältnis[76] zugrunde gelegt, ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO auch für Streitigkeiten zwischen den Dritten und dem versprechenden Marktteilnehmer der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Da der Dritte seine vertraglichen Ersatzansprüche nur in dem Umfang und unter den Voraussetzungen geltend machen kann, die auch für den Vertragspartner gelten, erstrecken sich Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarungen des Ausgangsvertrags regelmäßig auch auf die Ansprüche des durch den Vertrag geschützten Dritten.[77]

---

[74] *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.7.2026, § 328 BGB Rn. 77.

[75] *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.7.2026, § 328 BGB Rn. 74.

[76] *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.7.2026, § 328 BGB Rn. 74.

[77] *Mäsch*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.7.2026, § 328 BGB Rn. 222.

g) Zweckmäßigkeit

Zweck der FPA ist es, eine Neuversteigerung der Frequenzen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu vermeiden und die aktuellen Zugangs- und Diensteanbieterfragen konsensual zu lösen. Diesem Zweck stehen jedoch Risiken gegenüber. Die Zweckerreichung lässt sich rechtlich nicht absolut absichern. Eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zu einem bestimmten Regulierungsergebnis wäre unzulässig. Die FPA können die Wahrscheinlichkeit einer für die Zeichner günstigen Entscheidung nur erhöhen (dazu unten D. V.). Die Möglichkeit der Anordnung eines Versteigerungsverfahrens durch die Bundesnetzagentur verbleibt jedoch (vgl. zur fehlenden Vorabbindung des nachfolgenden Ermessens auf ein bestimmtes Ergebnis unten D. IV.). Zudem hängt die Konstruktion von der Mitwirkungsbereitschaft der Bundesnetzagentur ab. Eine Pflicht zur Mitwirkung besteht nicht. Verweigert sie den Vertragsschluss, verbleibt allein die zivilrechtliche Variante (hierzu unten D. II. 2.). Überdies stehen Gestaltungsfreiheit und Zweckerreichung in einem Zielkonflikt. Jede relativierende Klausel – kurzfristige, grundlose Kündigungsrechte, Bedingungen, Fristhemmungen, schwache Vertragsstrafen – verschafft den Zeichnern Flexibilität, mindert aber zugleich das zulässige Gewicht der FPA in der Abwägung der Bundesnetzagentur.

h) Zwischenergebnis

Das Konstrukt eines hinkenden Austauschvertrags zugunsten Dritter in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ist rechtlich zulässig. Die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags wird durch das TKG nicht generell gesperrt. Hinreichende Rechtsgrundlage ist der § 54 S. 1 VwVfG. Über § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB können die FPA als echte Verträge zugunsten Dritter ausgestaltet werden, die den – trotz offenen Teilnehmerkreises gemäß den §§ 133, 157 BGB hinreichend bestimmbaren – künftigen Zeichnern einen eigenen Anspruch, etwa auf das Verhandlungsgebot, vermitteln. Nach der maßgeblichen Gesamtbetrachtung sind die FPA als öffentlich-rechtliche Verträge einzuordnen, da sie in einem engen Sachzusammenhang mit der Frequenzzuteilung und einer möglichen Maßnahme nach § 105 Abs. 2 TKG stehen und Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG verfolgen. In Anwendung der vom Bundesverwaltungsgericht im Vectoring II-Urteil entwickelten Maßstäbe sind sie zugleich als „hinkende“, subordinationsrechtliche Austauschverträge zu qualifizieren, weil die Berücksichtigung bei einer zukünftigen Entscheidung lediglich Geschäftsgrundlage bleibt und

kein eigener Rechtsanspruch hierauf begründet wird. Maßgeblich ist damit der strengere Prüfungsmaßstab der §§ 55, 56 VwVfG. Die FPA genügen bei entsprechender Ausgestaltung auch diesen verschärften Anforderungen an subordinationsrechtliche Verträge sowie den Vorgaben aus dem Vectoring II-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Ein Vertragsformverbot nach §§ 13 Abs. 7, 211 Abs. 1 S. 2 TKG steht nicht entgegen, weil sich die FPA im Vorfeld der eigentlichen Regulierungsentscheidung bewegen, die weiterhin durch Verwaltungsakt ergeht. Auch ein inhaltliches Vertragsverbot besteht nicht. Eine das Regulierungsermessen ausschließende Verpflichtung zu einem bestimmten Ergebnis wird nicht begründet, und die als Gegenleistung vorgesehene Netzöffnung steht – vorbehaltlich der noch nicht abschließend feststehenden Bausteine, insbesondere der Vertragsstrafe – in keinem unangemessenen Verhältnis zur Geschäftsgrundlage. Eine Zustimmung Dritter nach § 58 Abs. 1 VwVfG ist wegen der Nabe-Speiche-Struktur nicht erforderlich. Zu beachten bleibt, dass der Vertrag das Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur weder rechtlich noch faktisch vorab binden darf. Zulässig ist allein ein Einfluss auf das Abwägungsmaterial, was eine transparente und unvoreingenommene Verfahrensgestaltung erfordert. Für die spätere Abwägungserheblichkeit ist zudem ein hinreichend konsistenter und durchsetzbarer Vertragsinhalt erforderlich. Relativierende Klauseln sind offenzulegen und mindern das zulässige Gewicht der FPA in der Abwägung. Unionsrechtliche Bedenken gegen die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur bestehen unter diesen Voraussetzungen ebenfalls nicht. Zu beachten bleiben in formeller Hinsicht die Schriftform (§§ 57, 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 126 Abs. 2 BGB) für jede Vertragsspeiche gesondert, die Nichtigkeitsrisiken nach § 59 VwVfG sowie eine salvatorische Klausel wegen der Gesamtnichtigkeitsfolge des § 59 Abs. 3 VwVfG. Der Beitritt neuer FPA-Teilnehmer hat diskriminierungsfrei zu erfolgen (Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 3 GG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Schließlich kann der begünstigte Dritte seinen Anspruch aus dem echten Vertrag zugunsten Dritter selbstständig geltend machen. Angesichts des öffentlich-rechtlichen Charakters im Deckungsverhältnis ist auch im Verhältnis zwischen Drittem und Versprechendem der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Durch die Vorgaben der §§ 54 ff. VwVfG sowie die bislang gerichtlich noch nicht überprüfte Konstellation hinkender Austauschverträge „zugunsten Dritter“ bestehen – allerdings geringe – rechtliche Restrisiken. Die Vermeidung der Anordnung einer Neuversteigerung durch die Bundesnetzagentur (vgl. erneut zur fehlenden Vorabbindung des nachfolgenden Ermessens auf ein bestimmtes Ergebnis unten D. IV.)

lässt sich auch bei einer unterstellten Mitwirkungsbereitschaft der Bundesnetzagentur rechtlich nicht garantieren.

2. Die zivilrechtliche Marktlösung

Anstelle öffentlich-rechtlicher Verträge mit der Bundesnetzagentur könnten die FPA auch bi- oder multilateral zwischen den Marktteilnehmern geschlossen werden. Hierbei entfallen auf vertraglicher Ebene die Sondervoraussetzungen der §§ 54 ff. VwVfG sowie die Bindung an die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und auf der Ebene späterer Ermessensentscheidungen ist die Gefahr einer Ermessenskontamination durch Beteiligung am abwägungserheblichen Vertragskonstrukt geringer.
Bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen der an den FPA teilnehmenden Parteien sind als genuin zivilrechtliche Verträge im Rahmen der Privatautonomie weithin möglich. Denkbar ist etwa ein Rahmenvertrag mit Beitrittsklausel oder eine konsortial- oder poolvertragsähnliche Konstruktion. Konkrete rechtliche Gestaltungen, die im Übrigen auch noch nicht feststehen, können an dieser Stelle nicht eingeordnet werden. Diese Untersuchung beschränkt sich auf eine allgemeine Würdigung rein zivilrechtlicher FPA als Alternativentwurf zu den bereits erläuterten öffentlich-rechtlichen FPA.

a) Ermessensrelevanz zivilrechtlicher FPA

Für eine rechtlich unterschiedliche Bewertung der Steuerungswirkung zivilrechtlicher FPA auf das Ermessen der Bundesnetzagentur im Vergleich zu einer öffentlich-rechtlichen Konstruktion ist nichts ersichtlich. Die Bundesnetzagentur muss einen zivilrechtlichen Vertrag ebenso in die Abwägung einstellen wie einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Denkbare Unterschiede können sich daraus ergeben, dass bilaterale Verträge im Markt als nicht ebenso konsistent und durchsetzbar[78] eingestuft werden wie Verträge mit der Bundesnetzagentur. Welches Gewicht die Bundesnetzagentur den FPA letztlich beimisst, ist ohnehin rechtlich nicht determiniert.

b) Beitritt neuer FPA-Teilnehmer

Die Aufnahme der Teilnehmer in die rein zivilrechtliche FPA-Konstruktion richtet sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Insbesondere der spätere Einstieg neuer

[78] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 76.

FPA-Teilnehmer ist bei der Formulierung der bi- oder multilateralen Vereinbarungen zu beachten. Vertragliche Bindungen wirken nach dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse nur zwischen den Vertragsparteien. Ein neuer Marktteilnehmer wird durch den Abschluss der bilateralen FPA zwischen den bisherigen Zeichnern weder berechtigt noch verpflichtet und kann ihnen ohne besondere vertragliche Vorkehrung nicht einseitig beitreten. Ein Kontrahierungszwang der bestehenden FPA-Zeichner per se besteht nicht. Die Abschlussfreiheit gewährt ihnen grundsätzlich das Recht, den Vertragsschluss mit einem neuen Marktteilnehmer zu verweigern. Das gilt jedoch nur innerhalb der – im vorliegenden Gutachten nicht näher zu prüfenden – Grenzen des Kartell- und Wettbewerbsrechts.[79] Zur Absicherung eines späteren, diskriminierungsfreien Marktzutritts empfiehlt sich etwa die Aufnahme einer Beitrittsklausel in die FPA. Denkbar sind auch Rahmenvertragskonstruktionen, die die Aufnahme nach objektiven Kriterien bestimmbarer Marktakteure von lediglich deren Willenserklärung abhängig machen. Die genaue Ausgestaltung sollte der zivilrechtlichen Kautelarpraxis überlassen werden.

c) Zwischenergebnis

Bi- oder multilaterale Vereinbarungen zwischen den Marktteilnehmern sind im Rahmen der Privatautonomie grundsätzlich möglich, etwa als Rahmenvertrag mit Beitrittsklausel oder in konsortial- beziehungsweise poolvertragsähnlicher Konstruktion. An die Stelle der §§ 54 ff. VwVfG tritt die zivilrechtliche Vertragsfreiheit. Damit stellen sich die mit öffentlich-rechtlichen Verträgen verbundenen Fragen nicht mehr. Es entfallen etwa die Sondervoraussetzungen der §§ 54 ff. VwVfG sowie die Bindung an die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, und die Gefahr einer Ermessenskontamination durch Beteiligung der Bundesnetzagentur am Vertragskonstrukt ist geringer. Die Ermessensbindung der Bundesnetzagentur bleibt schließlich auch bei zivilrechtlichen FPA unverändert. Einen zivilrechtlichen Vertrag muss sie ebenso in ihre Abwägung einstellen wie einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Ein geringeres tatsächliches Gewicht zivilrechtlicher FPA kann sich allenfalls daraus ergeben, dass bilaterale Verträge zwischen den Unternehmen als weniger konsistent und durchsetzbar eingestuft werden als Verträge mit Beteiligung der Bundesnetzagentur. Der Beitritt neuer FPA-Teilnehmer richtet sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Nach dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse

[79] Das Fehlen einer Beitrittsmöglichkeit wirft neben den kartellrechtlichen Fragen auch solche hinsichtlich des Gewichts in der Abwägung auf.

wird ein neuer Marktteilnehmer durch den Abschluss der bestehenden FPA weder berechtigt noch verpflichtet und kann ihnen ohne besondere vertragliche Vorkehrung nicht einseitig beitreten. Die Abschlussfreiheit gewährt den bestehenden Zeichnern – vorbehaltlich der Grenzen des Kartell- und Wettbewerbsrechts – grundsätzlich das Recht, den Vertragsschluss mit einem neuen Marktteilnehmer zu verweigern. Es empfiehlt sich die Aufnahme einer Beitrittsklausel beziehungsweise einer Rahmenvertragskonstruktion, die den Beitritt objektiv bestimmbarer Marktakteure von deren bloßer Willenserklärung abhängig macht. Das Fehlen einer Beitrittsmöglichkeit wirft neben wettbewerbsrechtlichen Fragen auch Fragen hinsichtlich des Abwägungsgewichts der FPA auf.

3. Ergebnis

Die FPA können sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in zivilrechtlicher Form rechtswirksam und zweckmäßig ausgestaltet werden. Die öffentlich-rechtliche Lösung als echter Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 54 S. 1, § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB ist rechtlich zulässig, sofern die dargestellten – kumulativ zu wahrenden – Voraussetzungen eingehalten werden. Ihr Vorzug liegt in dem höheren regulatorischen Gewicht, das der Beteiligung der Bundesnetzagentur als Vertragspartei zukommt, sowie in der über den Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) eröffneten Durchsetzbarkeit auch im Verhältnis zum begünstigten Dritten. Dem steht als Nachteil die erhöhte Regelungsdichte der §§ 54 ff. VwVfG sowie das gesteigerte Risiko einer Ermessenskontamination einer nachfolgenden Regulierungsentscheidung gegenüber, das eine besonders transparente und unvoreingenommene Verfahrensgestaltung erfordert. Durch die Vorgaben der §§ 54 ff. VwVfG sowie die bislang gerichtlich noch nicht überprüfte Konstellation hinkender Austauschverträge zugunsten Dritter bestehen hier – allerdings geringe – rechtliche Restrisiken. Die zivilrechtliche Marktlösung ermöglicht demgegenüber eine von den Sondervoraussetzungen der §§ 54 ff. VwVfG freie, genuin privatautonome Gestaltung (etwa als Rahmenvertrag mit Beitrittsklausel). Das reduziert die Gefahr einer Ermessenskontamination auf Seiten der Bundesnetzagentur. Zugleich ist diese Lösung mit einem geringeren regulatorischen Gewicht sowie geringeren Erfolgsaussichten bei der Abwägungsentscheidung nach § 105 Abs. 2 TKG verbunden, da die Bundesnetzagentur als Vertragspartei fehlt und rein zivilrechtliche Bindungen möglicherweise als weniger konsistent und durchsetzbar eingestuft werden. In beiden Konstruktionen ist der diskriminierungsfreie Beitritt neuer Marktteilnehmer sicherzustellen, was auch möglich ist.

III. Frage 3: Schiedsrichterrolle der Bundesnetzagentur

Ein zentrales Anliegen für das effiziente Funktionieren der Marktlösung ist die Einbindung der Bundesnetzagentur als Schiedsrichterin. Die Bundesnetzagentur soll über die Einhaltung der in den FPA normierten Verhaltenspflichten unmittelbar wachen. Dadurch erhöht sich die Verbindlichkeit dieser Zusagen deutlich und verstärkt damit das Gewicht, das ihnen in einer Ermessensentscheidung zulässigerweise zuerkannt werden darf.
Um der Bundesnetzagentur in den FPA eine solche Rolle einzuräumen, kommen unterschiedliche rechtliche Gestaltungen in Betracht. Zunächst könnte bereits das hoheitliche Streitbeilegungsverfahren nach oder analog § 212 Abs. 1 S. 1 TKG einschlägig sein, die Bundesnetzagentur also ipso iure als Schiedsrichterin auftreten können (dazu 1.).[80] Daneben könnte ein Instrumentenmix aus Vertragsstrafen bei Verletzungen etwa des Verhandlungsgebots sowie Monitoringbefugnisse in die FPA aufgenommen werden (dazu 2.). Zudem ist eine schiedsgutachterliche Einbindung auf zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher vertraglicher Grundlage denkbar (dazu 3. und 4.).

1. Hoheitliche Streitentscheidung nach oder analog § 212 Abs. 1 S. 1 TKG

Es könnte das Streitbeilegungsverfahren gemäß § 212 Abs. 1 S. 1 TKG als Rechtsgrundlage einer Schiedsrichterentscheidung der Bundesnetzagentur in Betracht kommen. Das wäre die dogmatisch vorzugswürdige Lösung, denn einer zusätzlichen vertraglichen Einräumung der Schiedsrichterrolle bedürfte es nicht. Die FPA rückten durch die Entbehrlichkeit einer Schiedsgutachtenabrede näher an die einseitig verbindliche Ausbauzusage, die dem Vectoring II-Urteil[81] zugrunde lag. Die Entscheidung erginge wegen ihrer Regelungswirkung für die Beteiligten als streitentscheidender Verwaltungsakt,[82] bei dem gemäß §§ 212 Abs. 4, 217 Abs. 1 TKG die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage entfällt.

---

[80] § 20 Abs. 3 TKG betrifft schon einen anderen Anwendungsfall; § 200 TKG ermöglicht nicht die notwendige Verbindlichkeit.

[81] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181.

[82] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 21.

a) Direkte Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG

§ 212 Abs. 1 S. 1 TKG setzt tatbestandlich voraus, dass sich im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes Streitigkeiten zwischen Unternehmen ergeben, die gesetzlich nicht abweichend geregelt sind.

aa) Vorfrage: Streitentscheidung durch Verwaltungsakt im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags

Vorab ist zu klären, ob die Bundesnetzagentur über Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag überhaupt durch streitentscheidenden Verwaltungsakt befinden darf. Nach einer Auffassung scheidet dies strukturell aus.[83] Mit dem Vertragsschluss habe sich die Behörde auf die Ebene der Gleichordnung begeben, sodass die vertraglichen Pflichten dann keiner einseitigen verwaltungsaktförmigen Regelung mehr zugänglich seien.[84] Die Gegenauffassung lässt öffentlich-rechtliche Verträge als taugliche Verpflichtung genügen, allerdings beschränkt auf verwaltungsaktersetzende Verträge.[85] Für die FPA bedarf dieser Handlungsformeinwand genauerer Untersuchung. Ihnen liegt grundsätzlich eine Dreieckskonstellation zugrunde. Das streitige Verhandlungsgebot besteht nur prima facie gegenüber der Bundesnetzagentur. Der Sache nach kommt es den übrigen FPA-Zeichnern gemäß § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB zugute. Die Streitigkeit betrifft damit stets das Vollzugsverhältnis zwischen den Zeichnern, nicht ein Recht oder eine Pflicht der Bundesnetzagentur. Sie hat sich folglich nicht in einem Maße auf die Gleichordnungsebene begeben, das eine streitentscheidende Regelung sperrte. Diesem teleologisch-praktischen Befund steht jedoch das gewichtige Argument entgegen, dass die Bundesnetzagentur formal Vertragspartei ist und eine vertragliche Verpflichtung, die sie auf der Ebene der Gleichordnung geschlossen hat, per Verwaltungsakt durchsetzen würde. Ob die Verwaltungsaktbefugnis des § 212 TKG dies deckt, kann aber offenbleiben, wenn die Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG schon tatbestandlich ausscheidet.

---

[83] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 5.

[84] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 5.

[85] *Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, § 133 TKG Rn. 7.

bb) Parteien

Beteiligungsfähig nach § 212 Abs. 1 S. 1 TKG sind zunächst Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben (Var. 1) oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringen (Var. 2). Darüber hinaus erfasst die Norm weitere Unternehmen, sofern sie mit einem entsprechenden Unternehmen in einem Streitverhältnis stehen und von einer Zugangs- oder Zusammenschaltungsverpflichtung nach dem TKG oder aufgrund des TKG profitieren (Var. 3 und 4). Ausreichend ist, wenn sie reflexartig profitieren.[86] Die Beteiligungsfähigkeit der FPA-Teilnehmer steht unter dem Vorbehalt eines noch nicht abschließend feststehenden Teilnehmerkreises. Die Voraussetzungen der einzelnen Varianten können offenbleiben, soweit die Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG bereits aus anderen Gründen ausscheidet.

Ob das Merkmal der Streitigkeit zwischen Unternehmen zusätzlich eine Antragsbefugnis der Parteien im Sinne der Verletzung subjektiver Rechte verlangt,[87] ist seit der Erweiterung auf „Zugutekommen“ mit guten Gründen bestritten.[88] Die Frage kann jedoch ebenfalls offenbleiben: Aus den drittbegünstigenden Pflichten (insbesondere dem diskriminierungsfreien Verhandlungsgebot) aus den FPA erwachsen den Unternehmen subjektive Rechte gegenüber den übrigen Parteien, entweder unmittelbar oder gegebenenfalls über § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB.

cc) Streitigkeit

Der weite[89] Anwendungsbereich des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG erfasst sämtliche Streitigkeiten, worunter jede Meinungsverschiedenheit zu verstehen ist.[90] Ausreichend ist, wenn die Partei das Bestehen einer solchen Meinungsverschiedenheit glaubhaft machen kann.[91]

---

[86] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 7; *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 12.

[87] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 9; *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 14.

[88] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 16; zurückhaltender *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 9.

[89] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 5.

[90] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 8.

[91] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 9.

Bei divergierenden Auffassungen zu Inhalt und Reichweite der FPA, insbesondere zu dem diskriminierungsfreien Verhandlungsgebot, bestehen Meinungsverschiedenheiten, also Streitigkeiten.

Umstritten ist, ob das Sachbescheidungsinteresse für ein Verfahren nach § 212 Abs. 1 S. 1 TKG ein vorheriges, erfolgloses Verhandeln voraussetzt und welche Anforderungen insoweit gelten, insbesondere ob diese über das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis hinausgehen.[92] Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) verlangte im Simyo-Beschluss, dass die Anrufung „der Schlichtung eines bestehenden Streits und nicht der Herbeiführung eines solchen“ dienen müsse.[93] Das Bundesverwaltungsgericht folgte dem im Grundsatz, lässt jedoch bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit einer Einigung eine Ausnahme zu.[94] Die Gegenposition lässt bereits die glaubhaft gemachte Meinungsverschiedenheit genügen.[95] Für die FPA erscheint ohnehin ausgeschlossen, dass die Bundesnetzagentur ohne vorherige Verhandlungen über die drittbezogenen Verpflichtungen angerufen wird, wie bereits das Verhandlungsgebot zeigt. Das Vorliegen eines Sachbescheidungsinteresses lässt sich nur später im konkreten Einzelfall feststellen und kann daher auch durch ein vorheriges Verhandeln wirksam herbeigeführt werden. Es bildet daher keine Hürde per se.

dd) Zusammenhang mit Verpflichtung aus dem TKG oder aufgrund des TKG

Eine verbindliche Streitentscheidung der Bundesnetzagentur nach § 212 Abs. 1 S. 1 TKG setzt voraus, dass diese Streitigkeiten im Rahmen der FPA mit „Verpflichtungen“ (dazu (1)) „aus oder aufgrund“ des TKG (dazu (2) und (3)) „in Zusammenhang stehen“.

(1) Verpflichtung

Bezugsobjekt einer jeden Streitigkeit, also der hier denkbaren Meinungsverschiedenheiten über die Reichweite der FPA, muss eine „Verpflichtung“ im Sinne des § 212 Abs. 1

---

92 BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 – 6 C 47.06, MMR 2008, 235 Rn. 20; *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 10; *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 10.

93 RegTP, Beschl. v. 12.7.2005 – BK-3a 05/035, MMR 2005, 801 (802 f.).

94 BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 – 6 C 47.06, MMR 2008, 235 Rn. 20.

95 BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 – 6 C 47.06, MMR 2008, 235 Rn. 20; *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 9 f.; *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 10.

S. 1 TKG sein. Die Qualität des Bezugs der Streitigkeit zur Verpflichtung wird erst im Rahmen des „Zusammenhangs“ relevant. An die Verpflichtung selbst stellt erst das Tatbestandsmerkmal „aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes“ qualifizierende Anforderungen. Unter einer Verpflichtung ist zunächst der übliche Rechtsbegriff der Rechtspflicht zu verstehen.[96] Danach wäre jede Pflicht aus einem beliebigen (zivilrechtlichen) Vertrag eine Verpflichtung. Damit kommt dem Tatbestandsmerkmal kaum eine Aussonderungsfunktion zu, der Begriff ist denkbar weit. Zweckmäßigerweise wird im Rahmen dieses Prüfungspunkts daher bereits eine Verpflichtung gewählt, die dann auch den folgenden Tatbestandsmerkmalen genügt, insbesondere also einen wie auch immer gearteten Bezug zum TKG aufweist. Eine den FPA vorgelagerte Rechtspflicht, die sich unproblematisch „aus“ dem TKG ergäbe oder „aufgrund“ des TKG bestünde, wie etwa eine Regulierungsentscheidung, existiert nicht. In Betracht kommen hier daher allein die Rechtspflichten unmittelbar aus den FPA – insbesondere das diskriminierungsfreie Verhandlungsgebot. Angesichts der Weite des Begriffs stellen auch diese Rechtspflichten Verpflichtungen im Sinne des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG dar.

Ausgeschlossen werden kann aber an dieser Stelle, dass eine bloße Eröffnung des Anwendungsbereichs der telekommunikationsrechtlichen Regulierung oder der mögliche Erlass einer Regulierungsentscheidung eine Rechtspflicht darstellt. Eine so verstandene „latente Regulierbarkeit“ stellt also keine Verpflichtung dar.

(2) Aus diesem Gesetz

Verpflichtungen „aus diesem Gesetz“ sind nur gesetzesunmittelbare Verpflichtungen aus dem geltenden TKG.[97] Die gegenständlichen Verpflichtungen stammen jedoch aus Verträgen und bestehen nicht gesetzesunmittelbar. Sie sind daher nicht „aus diesem Gesetz“.

---

[96] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 18.

[97] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 19 f.; *Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, § 133 TKG Rn. 7.

(3) Aufgrund dieses Gesetzes

„Aufgrund“ des TKG bestehen Verpflichtungen, wenn sie in Ausübung einer im TKG vorgesehenen Ermächtigung begründet wurden.[98] Der Normalfall verdeutlicht dies: Die Bundesnetzagentur erlässt beispielsweise eine Regulierungsentscheidung gemäß § 105 Abs. 2 TKG und erlegt den Mobilfunknetzbetreibern ein diskriminierungsfreies Verhandlungsgebot auf. Auf dieser Grundlage schließen die Beteiligten privatautonom Vorleistungsverträge. Kommt es in der Folge zu einer Meinungsverschiedenheit im Rahmen des Vorleistungsvertrags, stellt sich unter § 212 Abs. 1 S. 1 TKG die Frage, ob diese Streitigkeit im Zusammenhang mit einer Verpflichtung aufgrund des TKG steht. Das in der Regulierungsentscheidung begründete Verhandlungsgebot stellt eine Verpflichtung dar, die in Ausübung einer im TKG angelegten Ermächtigung (§ 105 Abs. 2 TKG) begründet wurde. Es besteht daher „aufgrund“ des TKG. Zu klären bleibt allein, ob ein hinreichender Zusammenhang zwischen der Streitigkeit im Rahmen des Vorleistungsvertrags und dem Verhandlungsgebot besteht. Dies ist eine Frage des Tatbestandsmerkmals „im Zusammenhang“.

(a) Verpflichtungen aus den Fair-Play-Agreements

Die hier untersuchte Marktlösung weicht von diesem Normalfall ab. Die FPA greifen einer Regulierungsmaßnahme vor und entbehren damit eines Ermächtigungsankers im TKG. Die Beteiligten vereinbaren – unter anderem – vorab, was die Bundesnetzagentur auferlegen könnte, und hoffen, dass diese Selbstbindung berücksichtigt wird und bestenfalls eine Regulierungsmaßnahme ganz unterbleibt.

Eine mittelbare Anbindung wie im oben geschilderten Normalfall, also die Annahme, die FPA würden ihrerseits wegen einer Verpflichtung, die durch Ausübung einer im TKG angelegten Ermächtigung begründet wurde, geschlossen, scheidet aus, da weder gesetzlich noch administrativ[99] eine Pflicht zum Abschluss der FPA besteht. Weder schreibt das TKG den Abschluss der FPA gesetzesunmittelbar vor, noch wurde eine solche Abschlusspflicht durch Ausübung einer telekommunikationsrechtlichen Ermächtigung begründet. Dies deckt sich mit den obigen Ergebnissen, da im Rahmen der „Verpflichtung“ schon keine anderen Verpflichtungen als die aus den FPA ersichtlich waren.

---

[98] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 21.

[99] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 9.

Zu prüfen bleibt allein der unmittelbare Weg, also ob die in den FPA begründeten Pflichten als solche „aufgrund“ des TKG einzustufen sind. Das setzt voraus, dass ein privatautonomer Vertrag überhaupt eine Verpflichtung „aufgrund“ des TKG enthalten kann und nicht vielmehr „aufgrund“ der Privatautonomie besteht.

(aa) Auslegung des Tatbestandsmerkmals „aufgrund“

„Aufgrund“ verlangt dem Wortlaut nach eine Veranlassung durch das TKG, also einen im Gesetz angelegten Grund der streitverursachenden Pflicht. Der Normalfall ist eine Ermächtigung, auf deren Grundlage die Bundesnetzagentur eine pflichtbegründende Regulierungsentscheidung erlässt (siehe oben D. III. 1. a) dd) (3)).

Bereits für einen Vertrag, der infolge einer Regulierungsentscheidung (also unstreitig einer Verpflichtung aufgrund dieses Gesetzes) geschlossen wird, ist umstritten, ob er noch „aufgrund“ des TKG besteht. Zwar besteht auch dort eine auf die Ermächtigung rückführbare Kausalkette. Die RegTP hat das im Simyo-Beschluss gleichwohl verneint[100] und ist dafür kritisiert worden.[101] Diese Frage verlagert sich indes auf das nachgelagerte Merkmal „im Zusammenhang“, sodass es einer weiten Lesart des „aufgrund“ insoweit nicht bedarf.[102] Bei den FPA liegt das Problem tiefer. Wie mittelbar man die Kausalkette der FPA auch zurückverfolgt, eine Regulierungsentscheidung oder gesetzesunmittelbare Verpflichtung, die den FPA wenigstens auch zugrunde liegt, lässt sich nicht ausmachen. Die FPA bestehen ausschließlich infolge privatautonomen Verhaltens. Ihr Bezug zum TKG erschöpft sich in der Vermeidung einer möglichen Regulierungsmaßnahme und in der sachlichen Nähe zur telekommunikationsrechtlichen Regulierung. Der Tatbestand des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG lässt sich daher nur eröffnen, wenn sich die FPA selbst als Verpflichtungen aufgrund des TKG subsumieren lassen. Die Reichweite des Merkmals ist durch Auslegung zu bestimmen.

Der Wortlaut steht einer weiten Lesart nicht entgegen. „Aufgrund“ verlangt eine Veranlassung durch das TKG, also einen im Gesetz angelegten Anker der streitverursachenden Verpflichtung. Das Merkmal betrifft den Ursprung der Pflicht. Dass dieser Ursprung qua-

---

[100] RegTP, Beschl. v. 12.7.2005 – BK-3a 05/035, MMR 2005, 801 (802 f.).

[101] Kritik etwa bei *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 23.

[102] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 23.

litativ erst dort beginnt, wo eine telekommunikationsrechtliche Ermächtigung ausgeübt wird, gibt der Wortsinn nicht zwingend vor. Auszuschließen ist nach ihm allein die bloß abstrakte Übereinstimmung einer Verpflichtung mit den Zielen der Regulierung (§ 2 Abs. 2 TKG). Diese Ziele sind kein „Grund“ der konkreten Pflicht, sondern allein ihr Zweckbezug. Ließe man sie als Grund genügen, verlöre das Merkmal jede aussondernde Wirkung, weil jede den weiten Zielen des § 2 Abs. 2 TKG dienende Pflicht zu einer Verpflichtung aufgrund des TKG würde. Eine derart uferlose Ausdehnung – gerade vor dem Hintergrund einer Verwaltungsaktbefugnis – kann nicht gewollt sein. Jeder darüber hinausgehende Bezug zur telekommunikationsrechtlichen Regulierung ist demgegenüber nicht von vornherein ausgeschlossen. Oberhalb dieser Wortlautgrenze erfasst „aufgrund“ dem Wortsinn nach auch Pflichten, deren Grund in einer anderen, hinreichend qualifizierten gesetzlichen Veranlassung liegt, etwa in der Vermeidung einer Maßnahme, die die Bundesnetzagentur ihrerseits auferlegen könnte.

Die Systematik spricht demgegenüber für ein enges Verständnis. Das Streitbeilegungsverfahren der §§ 211 ff. TKG greift nur in ausgewählten, meist eng enumerierten Fällen. § 212 TKG dehnt den Anwendungsbereich bereits vergleichsweise unspezifisch aus, sodass für eine noch weitergehende Extension wenig spricht.

Die Genese ist ambivalent. Die Gesetzesbegründung beschränkt sich im Wesentlichen auf den Hinweis auf die Umsetzung der Rahmenrichtlinie,[103] ohne inhaltliche Konkretisierung des hier maßgeblichen Begriffs. Die umgesetzte Rahmenrichtlinie[104] äußert sich in Erwägungsgrund 32, der sich nahezu wortgleich in Erwägungsgrund 69 des EKEK[105] findet: *„Bei Streitigkeiten zwischen Unternehmen […] in einem Bereich, der unter diese Richtlinie […] fällt, beispielsweise in Bezug auf den Zugang oder die Zusammenschaltung oder in Bezug auf die Mittel zur Übertragung von Teilnehmerverzeichnissen, sollte sich die Beschwerdepartei, die gutgläubig verhandelt hat, aber keine Einigung erzielen konnte, an die nationale Regulierungsbehörde wenden können, […].“* „Bereich“ legt zunächst nahe, den Wortlaut weiter auszulegen und möglicherweise eine bloße Zielübereinstimmung, also auch die sachliche Nähe der FPA zur telekommunikationsrechtlichen Regulierung, ausreichen zu lassen. Die Beispiele „Zugang, Zusammenschaltung und Über-

[103] BT-Drs. 15/2316, S. 100 f.; BT-Drs. 17/5707 S. 86.

[104] Richtlinie 2002/21/EG vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 33–50.

[105] Richtlinie (EU) 2018/1972 vom 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36–214.

tragung von Teilnehmerverzeichnissen“ sind jedoch sämtlich Pflichten mit evidentem Anker im EKEK (vgl. Art. 60 und 112 EKEK). Die Beispiele sprechen also gegen eine extensive Auslegung.

Für ein extensives Verständnis und damit für die Einbeziehung der FPA streitet allerdings ein starkes teleologisches Konsistenzargument: Das TKG setzt, wie der EKEK,[106] auf die regulierte Selbstregulierung und will Regulierungsmaßnahmen minimieren (§ 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG und Erwägungsgrund 29 des EKEK). Die Marktlösung durch die FPA verkörpert diese Methode prototypisch. Die Beteiligten treffen privatautonome Vereinbarungen und machen hoheitliche Regulierungsmaßnahmen, etwa nach § 105 Abs. 2 TKG, entbehrlich. Diese Vereinbarungen stehen daher nicht zusammenhangslos neben dem TKG, sondern sind auf dessen Regulierungsinstrumentarium bezogen, indem sie den sonst eintretenden Anwendungsfall vermeiden. Verlangt „aufgrund“ dem Wortlaut nach eine Veranlassung durch das TKG, so lässt sich diese in einer auf das Gesetz rückführbaren Vermeidungskausalität erblicken. Wer die vom Gesetz bevorzugte konsensuale Lösung wählt, stünde beim Zugang zur Streitbeilegung sonst schlechter als bei hoheitlicher Auferlegung. Verpflichtungen bestünden nach diesem Verständnis bereits dann „aufgrund“ des TKG, wenn sie mit der Begründung oder Umsetzung telekommunikationsrechtlicher Pflichten in Zusammenhang stehen.[107] Darunter fällt zunächst das Verhandlungsgebot, das sich die Marktteilnehmer selbst auferlegen, das die Bundesnetzagentur aber inhaltsgleich gemäß § 105 Abs. 2 TKG anordnen könnte. Es gilt auch für flankierende Pflichten ohne inhaltsgleiche Anordnungsbefugnis, sofern sie der Begründung, Umsetzung oder Absicherung der vermeidungswirksamen Selbstregulierung dienen. Entscheidend ist nicht die spiegelbildliche hoheitliche Anordnungsbefugnis für die einzelne Pflicht, sondern deren Einbettung in den auf das Gesetz rückführbaren Veranlassungszusammenhang. Die flankierenden Bestandteile teilen die Vermeidungskausalität der tragenden Verpflichtung.

Gegen die weite Lesart sprechen indes ebenfalls gewichtige Argumente. § 212 TKG soll nur regulatorisch geprägte Streitigkeiten einer Streitbeilegung zuführen, also solche mit hinreichendem Bezug zu einer konkreten Regulierungsentscheidung des Gesetzgebers („aus“) oder der Bundesnetzagentur („aufgrund“), nicht dagegen jede zivilrechtliche Aus-

[106] Vgl. etwa Art. 59, 68 Abs. 2 EKEK sowie § 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG und Erwägungsgrund 29 des EKEK.

[107] *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 24.

einandersetzung. Auch die teleologische Bevorzugung konsensualer Lösungen rechtfertigt keine extensive Auslegung. Denn am Ende des Verfahrens steht ein Verwaltungsakt. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, er wolle mit dieser hoheitlichen Handlungsform privatautonome Vereinbarungen kontrollieren. § 212 TKG begründet zudem eine hoheitliche Schiedsrichter- und Entscheidungskompetenz in der Handlungsform des Verwaltungsakts. Sie greift in die Vertragsfreiheit der FPA-Parteien ein und gelangt ipso iure, also unabhängig von einer vertraglichen Einräumung, zur Anwendung. Als Eingriffs- und Kompetenznorm unterliegt § 212 TKG dem Vorbehalt des Gesetzes und dem Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) und ist im Zweifel eng auszulegen. Das Unionsrecht stützt die weite Lesart nur auf den ersten Blick. Art. 26 EKEK knüpft ebenso wie § 212 TKG an Verpflichtungen „aufgrund“ der Richtlinie an, und die in Erwägungsgrund 69 genannten Beispiele sind unmittelbare Pflichten des EKEK. Hinzu tritt ein systematischer Widerspruch. Wer die hoheitliche Verfügung vermeiden und im privatautonomen Raum verbleiben will, kann nicht zugleich eine hoheitliche Streitentscheidung in der Handlungsform des Verwaltungsakts beanspruchen, die nicht zur Disposition der Vertragsparteien steht. Begeben sich die Parteien freiwillig auf die zivilrechtliche Ebene, ist eine Entscheidung durch Verwaltungsakt systemfremd. Gerade die Aussicht auf eine hoheitliche Entscheidung „durch die Hintertür“ könnte die Bereitschaft zum Abschluss privatautonomer Vereinbarungen hemmen. Dieses handlungsformbezogene Argument spricht zugleich dafür, auch die Kontrolle öffentlich-rechtlicher Verträge vom Anwendungsbereich des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG auszunehmen. Der Verweis auf § 200 TKG entkräftet das nicht, schon weil dort keine Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts eröffnet wird.

Auch der Rückgriff auf § 54 VwVfG trägt die weite Lesart nicht. Zwar ließe sich erwägen, die Ermächtigung zum Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge als Verpflichtung aufgrund des TKG einzustufen. § 54 VwVfG ist jedoch eine Norm des allgemeinen Verwaltungsrechts, nicht des TKG, und überdies keine Ermächtigung im engeren Sinn, sondern eine Handlungsformermächtigung. Bezugspunkt der Verpflichtung im Sinne des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG kann allein der materielle Inhalt des Vertrags sein, und dieser besteht nicht „aufgrund“ des § 54 VwVfG. Die Betrachtung trüge daher höchstens verwaltungsaktersetzende Verträge, bei denen der inkorporierte Verwaltungsakt so zu behandeln wäre, als sei die Verpflichtung aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage erlas-

sen.[108] Vor dem Hintergrund des Simyo-Beschlusses ist bereits das zweifelhaft, weil auch verwaltungsaktersetzende Verträge privatautonom begründet und damit doppelt mittelbar sind. Die FPA sind ohnehin keine verwaltungsaktersetzenden Verträge.

Damit sprechen gewichtige, in Rechtsprechung und Literatur anerkannte Gründe für ein enges Verständnis. Der Wortlaut steht der weiten Lesart jedoch nicht entgegen. Die teleologischen Erwägungen sprechen für sie. Rechtlich hinreichend belastbar ist sie gleichwohl nicht.

(bb) Vermeidung einer Regulierungsmaßnahme nach § 105 Abs. 2 TKG

Unabhängig von der Auslegung des Merkmals „aufgrund“ könnte ein eigenständiger Gleichstellungsgedanke die Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG auf die Inhalte der FPA legitimieren. Wer in einem antizipatorischen Akt freiwillig eine Pflicht durch Vertrag übernimmt, die ihm die Bundesnetzagentur ihrerseits hoheitlich auferlegen könnte, nimmt die Maßnahme inhaltlich vorweg. Eine solche privatautonom übernommene, regulatorisch motivierte Selbstverpflichtung könnte der hoheitlich auferlegten Verpflichtung wertungsmäßig gleichzustellen sein, sofern beide denselben regulatorischen Gehalt aufweisen. Mit einer ähnlichen – umstrittenen[109] – Argumentation lässt *Stamm* auch den verwaltungsaktersetzenden öffentlich-rechtlichen Vertrag als Verpflichtung „aufgrund“ des TKG zu.[110] Der notwendige Anker im TKG bestünde dann in einer „inkorporierten Ermächtigung aus dem TKG“ in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag. Für diese Gleichstellung bedürfte es daher keiner rechtlich zweifelhaften extensiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals „aufgrund“.[111] In Betracht kommt § 105 Abs. 2 TKG. Behandelte man das Verhandlungsgebot aus den FPA wie eine auf § 105 Abs. 2 TKG gestützte Maßnahme, läge eine Verpflichtung aufgrund des TKG auch bei engem Begriffsverständnis vor.

---

[108] Nach umstrittener Auffassung genügen öffentlich-rechtliche Verträge, die einen Verwaltungsakt ersetzen, vgl. m. w. N. *Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, § 133 TKG Rn. 7. Dies ist im Rahmen der FPA jedoch nicht der Fall.

[109] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 5.

[110] *Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, § 133 TKG Rn. 7.

[111] Ob dann FPA-Ausführungsverträge noch in den Anwendungsbereich „im Zusammenhang“ fallen, ist eine umstrittene Folgefrage.

Der Gedanke unterliegt jedoch strukturellen Grenzen. Er greift allein bei Pflichten, die die Bundesnetzagentur auch selbst auferlegen könnte. Zudem spiegeln die FPA eine denkbare Regulierungsentscheidung nicht, sondern schaffen die Voraussetzungen dafür, dass eine Maßnahme entbehrlich wird. Dass dies häufig durch die Vereinbarung eben jener Pflichten geschieht, die sonst auferlegt würden, ist nicht zwingend. Die entsprechenden Umstände lassen sich auch anders herstellen. Die FPA sind daher nur zufällig teilweise kongruent mit einer hypothetischen Regulierungsmaßnahme, im Kern beim Verhandlungsgebot. Die Gleichstellung trägt überdies schon praktisch kaum. Auch rechtlich verbleiben erhebliche Zweifel. Die Konstruktion hängt an der Prämisse, die Bundesnetzagentur könnte die vereinbarte Pflicht nach § 105 Abs. 2 TKG auferlegen. Damit verlagert sie eine vollständige, hypothetische Rechtmäßigkeitsprüfung des § 105 Abs. 2 TKG – Tatbestand und Ermessen – in den Zuständigkeitstatbestand des § 212 TKG. Ob die konkrete Pflicht hätte angeordnet werden dürfen, ist selbst streitig und schlecht vorhersehbar. Tatbestandsmerkmale an einen fiktiven Hoheitsakt zu knüpfen, erzeugt erhebliche Rechtsunsicherheit. Der Konnex zu einem noch unbestimmten, lediglich erhofften Nichtergreifen einer Regulierungsmaßnahme nach § 105 Abs. 2 TKG stiftet keinen dem verwaltungsaktersetzenden Vertrag vergleichbaren Bezug zum TKG. Zudem überwindet auch diese Gleichstellung nicht das Problem, dass auf privatautonom getroffene Vereinbarungen die Handlungsform des Verwaltungsakts strukturell und teleologisch nicht passt. Vielmehr liegt ein latenter systematischer Selbstwiderspruch vor: Wer die hoheitliche Verfügung vermeiden und im privatautonomen Raum verbleiben will, kann nicht zugleich die an die Verfügung anknüpfende Streitbeilegungskompetenz in der Handlungsform des Verwaltungsakts beanspruchen. Überdies ist die Gleichsetzung auch ungenau: Art und Inhalt der vermeintlich ersetzten Verfügung stehen nicht fest. Nachgebildet wird keine konkretisierte Regulierungsmaßnahme. Die einzige Vorwirkung des § 105 TKG ist die latente Regulierbarkeit – und diese ist keine Rechtspflicht und damit keine Verpflichtung (siehe oben D. III. 1. a) dd) (1)). Praktisch greift die Konstruktion ohnehin nur im Mobilfunkbereich und dort nur, soweit die FPA Pflichten begründen, die die Bundesnetzagentur nach § 105 Abs. 2 TKG auferlegen könnte. Indem die Gleichstellung die Pflicht behandelt, als sei sie hoheitlich auferlegt, rückt sie überdies in die Nähe einer wertenden Analogie, der dieselben methodischen Bedenken begegnen wie der unten unter D. III. 1. b) abgelehnten analogen Anwendung des § 212 TKG.

Die Gleichstellung der FPA mit einer hypothetischen Regulierungsentscheidung trägt daher weder rechtlich noch tatsächlich.

(b) Zwischenergebnis[112]

Die in den FPA vereinbarten Pflichten – insbesondere das Verhandlungsgebot – bestehen nicht „aufgrund“ des TKG im Sinne des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG. Zwar ließe sich dies mit dem Telos der regulierten Selbstregulierung (§ 2 Abs. 3 Nr. 6 TKG) begründen. Dem stehen jedoch der Vorbehalt des Gesetzes, das Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) und der Widerspruch zwischen privatautonomer Gestaltung und hoheitlicher Entscheidung durch Verwaltungsakt entgegen. Auch die Gleichstellung der FPA-Pflichten mit einer hypothetischen, nach § 105 Abs. 2 TKG zulässigen Regulierungsentscheidung trägt nicht, weil sie eine vollständige hypothetische Rechtmäßigkeitsprüfung in den Zuständigkeitstatbestand verlagern würde. Die direkte Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG auf Streitigkeiten im Rahmen der FPA ist damit rechtlich äußerst zweifelhaft.

b) Analogie

Möglicherweise kommt eine analoge Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG in Betracht.

aa) Methodische Zulässigkeit bei Befugnisnormen

Ob eine Analogie zu einer Befugnisnorm methodisch zulässig ist, kann offenbleiben, wenn bereits die Analogievoraussetzungen fehlen.

bb) Planwidrige Regelungslücke

Eine ausdrückliche Regelung für die Entscheidung von Streitigkeiten der Telekommunikationsunternehmen untereinander über vertragliche Verpflichtungen findet sich außerhalb des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG nicht. § 200 TKG eröffnet lediglich eine freiwillige gütliche Einigung im Wege der Mediation. Diese endet nicht in einer verbindlichen Entscheidung. Der Mediator ist zudem ein Dritter und nicht die Bundesnetzagentur.[113] Die

[112] Im Rahmen der Marktlösung können Streitigkeiten nicht nur im Rahmen der FPA über die drittbegünstigenden Pflichten aus den FPA-Speichenverträgen selbst, also insbesondere über das diskriminierungsfreie und nachbildbare Verhandlungsgebot, entstehen, sondern auch im Rahmen später geschlossener „Ausführungsverträge“ (etwa ein Vorleistungsvertrag). In diesem Fall stellt sich die Frage der „Simyo-Konstellation“, vgl. zustimmend *Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, § 133 TKG Rn. 8; kritisch *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 23, 24.

[113] *Waßmer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 200 TKG Rn. 24.

Vorschrift hat überdies nur deklaratorischen Charakter[114] und betrifft daher einen anderen Fall.[115] § 20 Abs. 3 TKG erlaubt der Bundesnetzagentur zwar, auf Antrag als neutraler Vermittler in Zugangs- und Zusammenschaltungsverhandlungen aufzutreten. Auch dies bleibt bloße Vermittlung ohne Entscheidungsbefugnis und ist tatbestandlich auf die Verhandlungssituation beschränkt. Für eine Schiedsrichterrolle jenseits des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG fehlt es danach an einer Grundlage, sodass sich insoweit eine Regelungslücke erwägen lässt.

Diese mögliche Lücke wäre jedoch nur dann planwidrig, wenn der Gesetzgeber eine Schiedsrichterrolle außerhalb des Tatbestands des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG unabsichtlich nicht geregelt hätte. Das ist nicht anzunehmen. Der Gesetzgeber hat die Einbindung der Bundesnetzagentur als Streitschlichter bewusst ausgestaltet und § 212 TKG im Zuge der TKG-Novelle 2012 bereits erweitert.[116] Dass gerade § 212 Abs. 1 S. 1 TKG diese Konstellation regelt, spricht eher für eine bewusste Begrenzung als für ein Versehen. Das Streitbeilegungsverfahren bleibt eine Ausnahme, wie seine detaillierte Ausgestaltung – etwa in § 214 TKG – zeigt. Dafür, dass der Gesetzgeber Streitigkeiten aus zivil- oder öffentlich-rechtlichen Verträgen ungewollt vom Verfahren ausgenommen hätte, bestehen danach keine Anhaltspunkte. Eine planwidrige Regelungslücke scheidet aus.

cc) Zwischenergebnis

Eine analoge Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG auf Streitigkeiten aus den FPA scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus.

c) Zwischenergebnis

Die direkte Anwendung der Streitbeilegung gemäß § 212 Abs. 1 S. 1 TKG setzt tatbestandlich insbesondere eine mit der konkreten Streitigkeit im Zusammenhang stehende „Verpflichtung aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes“ voraus. Die Merkmale der Parteien, der Streitigkeit und des Sachbescheidungsinteresses sind für die FPA unproblematisch. Der Begriff der Verpflichtung ist denkbar weit. Die bloß latente Regulierbarkeit ist jedoch keine Rechtspflicht und damit keine Verpflichtung. Die übrigen in den

[114] *Waßmer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 200 TKG Rn. 4.

[115] *Waßmer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 200 TKG Rn. 19.

[116] *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 2.

FPA geregelten Pflichten sind allerdings Verpflichtungen. Eine relevante tatbestandseinschränkende Wirkung haben die Tatbestandsmerkmale „aus“ oder „aufgrund“. Gesetzesunmittelbare Pflichten „aus“ dem TKG sind nicht ersichtlich, sodass allein die Einordnung der FPA-Pflichten als solche „aufgrund“ des TKG in Betracht kommt.

Nach der gängigen Auslegung bestehen Verpflichtungen nur dann „aufgrund“ des TKG, wenn sie in Ausübung einer im TKG bestehenden Ermächtigung begründet wurden.[117] Legt man dieses enge Verständnis zugrunde, führt dies zur Unanwendbarkeit des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG.

Mehrere Argumente tragen auch ein weites Verständnis, das die Pflichten aus den FPA als solche „aufgrund“ des TKG einordnet. Der Wortlaut steht einer weiten Lesart nicht entgegen. Zudem liefert das Telos der regulierten Selbstregulierung ein beachtliches Argument für ein extensives Verständnis. Ihm stehen mit dem Vorbehalt des Gesetzes, dem Bestimmtheitsgebot und dem Selbstwiderspruch zwischen privatautonomer Gestaltung und hoheitlicher Streitentscheidung jedoch gewichtige Gegenargumente gegenüber. Zudem ist zweifelhaft, ob nach Sinn und Zweck eine ausschließlich privatautonome Vereinbarung mit einem Verwaltungsakt kontrolliert werden können soll. Im Ergebnis sprechen daher die besseren Argumente gegen die Anwendbarkeit des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG.

Eine analoge Anwendung scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus. Der Gesetzgeber hat die Einbindung der Bundesnetzagentur als Streitschlichter in § 212 TKG bewusst und abschließend ausgestaltet. Die Anwendung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG bleibt damit insgesamt erheblichen rechtlichen Zweifeln ausgesetzt und ist daher nicht mehr vertretbar.[118]

d) Exkurs: Schiedsrichterrolle de lege ferenda

Die dargestellten teleologischen Implikationen liefern gewichtige Argumente dafür, der Bundesnetzagentur im Kontext von Marktlösungen eine weiterreichende Schiedsrichterrolle einzuräumen als bislang. Für eine extensive Auslegung des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG

[117] BVerwG, Urt. v. 18.12.2007 – 6 C 47.06, MMR 2008, 235 Rn. 21; *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 21; *Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, § 133 TKG Rn. 7; in diese Richtung auch *Gurlit*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 5.

[118] Damit erübrigt sich auch die Frage nach der Anwendbarkeit des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG auf zivilrechtliche Folgeverträge in der Umsetzung der FPA, hierzu weiterführend *Attendorn*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck’scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 212 TKG Rn. 23 f.

genügen die Gründe indes nicht. Sie geben jedoch Anlass dazu, eine Streitbeilegungsbefugnis der Bundesnetzagentur für regulierungsnahe Marktlösungen de lege ferenda zu erwägen. Dies geht über die Beantwortung der im vorliegenden Gutachten aufgeworfenen Fragen hinaus. Kursorisch lässt sich aber insoweit festhalten:

Der EKEK und das darauf basierende TKG kennen einerseits Normen wie § 20 Abs. 3 TKG oder § 200 TKG, die der Bundesnetzagentur eine neutrale Vermittlerrolle zuweisen. Ihre Tätigkeit endet dort bei einer Moderation im engeren Sinn. Eine verbindliche Entscheidung – in der strengen Form des Verwaltungsakts – trifft sie andererseits nach § 212 Abs. 1 S. 1 TKG nur, soweit sich eine Streitigkeit im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus dem oder aufgrund des Telekommunikationsgesetzes ergibt. Je schwächer die streitige Pflicht hoheitlich vorgeprägt ist, desto schwächer ist damit das Instrument, das der Bundesnetzagentur zur Verfügung steht. Marktlösungen verfolgen Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG, ohne dass die Bundesnetzagentur die Pflichten selbst auferlegt hätte. Gerade deshalb verwirklichen sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit regulatorischer Eingriffe (§ 2 Abs. 3 TKG) in besonderem Maße, weil sie eine hoheitliche Maßnahme entbehrlich machen können. Ihre Durchsetzung überlässt das geltende Recht jedoch der Gerichtsbarkeit, deren Verfahrensdauer die Vier-Monats-Frist des § 212 Abs. 1 S. 2 TKG regelmäßig um ein Vielfaches übersteigt. Zudem sind die Gerichte bei ihrer Entscheidung nicht an die Regulierungsziele des TKG gebunden. Das spricht durchaus dafür, der Bundesnetzagentur auch für Marktlösungen eine Schiedsrichterrolle zuzuerkennen.

Als regelungstechnische Umsetzung käme zunächst eine Erweiterung des Wortlauts des § 212 Abs. 1 S. 1 TKG in Betracht. Hiergegen spricht jedoch die Konzeption der Norm, die auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist. Zudem ist § 212 TKG erkennbar auf Streitigkeiten zwischen Unternehmen im Zusammenhang mit Verpflichtungen „aus“ dem TKG oder „aufgrund“ des TKG ausgelegt. Gemeinsam ist diesen Verpflichtungen, dass sie – nach vorzugswürdiger Auslegung – nicht privatautonom zustande kommen. Diese Aufzählung um ein Tatbestandsmerkmal „aufgrund telekommunikationsregulatorisch motivierter Marktlösungen“ zu ergänzen, wirft systematische Bedenken auf. Zudem bleibt die Asymmetrie der Handlungsformen: Ein Vertragsschluss birgt die latente Gefahr, dass die Bundesnetzagentur in dessen Kontext einen Verwaltungsakt erlässt.

Es könnte auch eine Öffnung der §§ 18, 19 TKG – im unionsrechtlich zulässigen Rahmen der Art. 76, 77 EKEK, die sie umsetzen – erwogen werden, unter anderem über das Tatbestandsmerkmal der Marktmacht hinaus. Für eine Öffnung spricht, dass § 19 TKG bereits ein Verfahren bereitstellt. Es sichert Konsultation, Transparenz und Diskriminie-

rungsfreiheit und mündet in eine Verbindlicherklärung. Es würde also nicht jede Marktlösung der Schiedsrichterfunktion zugeführt, sondern nur solche, die noch näher auszugestaltende Anforderungen erfüllen (etwa könnte ein Antragserfordernis aufgenommen werden). Die Anforderungen des § 18 Abs. 2 S. 1 TKG – fair, angemessen, nichtdiskriminierend und für alle Marktteilnehmer offen – treffen die Anliegen einer Marktlösung genau. Eine Verbindlichkeitserklärung ist allerdings keine Streitentscheidung. Der Gesetzgeber müsste die Streitbeilegungsbefugnis daher ergänzen. Die Verbindlichkeitserklärung nach § 19 TKG bildete dann die behördliche Feststellung, an die die erweiterte Streitbeilegungsbefugnis anknüpfte. Diese Implikationen könnten in den laufenden Gesetzgebungsprozess zu einem Digital Networks Act (DNA)[119] Eingang finden.

Jedenfalls müsste der Gesetzgeber allerdings den Entscheidungsmaßstab, den die Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung zu beachten hat, hinreichend bestimmt selbst festlegen.

Es könnte indes der EKEK als vorrangiges Sekundärrecht einer solchen Ausweitung entgegenstehen. Der EKEK erfasst nach Art. 26 Abs. 1 EKEK nur Streitigkeiten im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus oder aufgrund der Richtlinie. Ob eine überschießende nationale Regelung, die auch Verträge im Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts erfasst, zulässig wäre, hängt vom Harmonisierungsgrad ab. Hier ist zunächst relevant, ob der EKEK in Bezug auf eine derartige Schiedsrichterrolle mindest- oder vollharmonisierend zu verstehen ist. Mit guten Gründen, etwa dem Telos der regulierten Selbstregulierung, scheint es vertretbar, insofern eine Mindestharmonisierung anzunehmen. Das wäre im Fall einer unter dem EKEK erfolgenden Anpassung im TKG näher zu prüfen. Darauf käme es angesichts des inzwischen vorliegenden Kommissionsentwurfs zum DNA nicht mehr an, wenn eine Erweiterung erst im Zuge der normativen Umhegung des DNA angestrebt würde. Art. 189 DNA-E sieht derzeit einen zu Art. 26 EKEK nahezu deckungsgleichen Wortlaut vor. Allerdings bietet der laufende Gesetzgebungsprozess die Möglichkeit gestalterischer Eingriffe etwa auch mit Blick auf Art. 192 DNA-E.

Verfassungsrechtliche Erwägungen, die einer weitergehenden Streitschlichterfunktion der Bundesnetzagentur entgegenstehen, drängen sich nicht auf, nicht zuletzt, weil der Rechtsweg nicht beschnitten werden soll.

[119] Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über digitale Netze (Digital Networks Act), COM(2026) 16 final.

Eine Streitbeilegungsbefugnis der Bundesnetzagentur bei Marktlösungen ist daher de lege ferenda eine erwägenswerte Option. Deren umfassende rechtliche Betrachtung kann dieses Gutachten indes nicht leisten. Der laufende Gesetzgebungsprozess zum DNA eröffnet hierfür neben einer denkbaren kurzfristigen Anpassung des jetzigen TKG das geeignete Forum.

2. Monitoringgestattung und Vertragsstrafe im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen hinkenden Austauschvertrags zugunsten Dritter

Die Nabe-Speiche-Konstruktion der FPA in Form öffentlich-rechtlicher Verträge ließe sich wegen der Unanwendbarkeit der Streitbeilegungsrolle aus § 212 Abs. 1 S. 1 TKG um weitere Bausteine ergänzen, die die Bindungswirkung der FPA steigern und damit sowohl die Effektivität als auch die Abwägungserheblichkeit der Marktlösung erhöhen.[120] Ein möglicher Konstruktionsansatz wäre ein dreistufiges Regime. Die erste Stufe – eine Monitoringgestattung – schüfe unabhängig von der Hauptleistungspflicht abgestufte Informationsrechte der Bundesnetzagentur (periodische Berichte, anlassbezogene Auskunft) und diente der Tatsachenfeststellung. Darauf aufbauend könnte als zweite Stufe eine Vertragsstrafe als selbstständiges Strafversprechen (§ 343 Abs. 2 BGB) ausgestaltet werden, mit einer möglichen Eskalation bei fortdauerndem Verstoß, ohne dass die Zahlung die grundsätzliche Primärleistungspflicht zum Erlöschen brächte. Die dritte Stufe – eine Vollstreckungsunterwerfung – sicherte die Bindungswirkung der Vertragsstrafe ab. In rechtlicher Hinsicht ist daher zu beurteilen, ob diese Bausteine in die FPA zulässigerweise aufgenommen werden können.

a) Zulässigkeit von Vertragsstrafen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge

Ein Vertragsstrafeversprechen ist im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Vertrags allgemein zulässig.[121] Ein Handlungsformverbot für Vertragsstrafen im Wege eines öffentlich-rechtlichen Vertrags besteht nicht. Auch unter Berücksichtigung der telekommunikationsrechtlichen Besonderheiten ist kein einschlägiges Vertragsformverbot erkennbar. Das TKG enthält zwar ein Vertragsformverbot für die Regulierungsverfügung selbst. Dieses

[120] Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 77.

[121] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 62 VwVfG Rn. 52; m. w. N. BVerwG, Urt. v. 3.3.1995 – 8 C 32.93, NJW 1996, 608 (609); BVerwG, Urt. v. 6.3.1986 – 2 C 41.85, NJW 1986, 2589 (2589).

ist jedoch eng auszulegen und erfasst Vereinbarungen im Vorfeld der Regulierungsentscheidung nicht. Dies bestätigt die Rechtsprechung. Im Vectoring II-Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht die dort in der Ausbauzusage der Telekom Deutschland GmbH enthaltene Vertragsstrafenregelung grundsätzlich akzeptiert.[122] Etwaige Schwächen in der Vertragsstrafenregelung hat es sogar ausdrücklich als nicht abwägungsfehlerbegründend in Bezug auf spätere Regulierungsentscheidungen akzeptiert.[123]

aa) Anforderungen der §§ 339 ff. BGB

Gemäß der Verweisung in § 62 S. 2 VwVfG gelten auch die §§ 339 ff. BGB im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge entsprechend.[124] Erforderlich ist danach ein hinreichend bestimmter und möglichst einfach feststellbarer Verwirkungstatbestand.[125] Dies gilt insbesondere, weil die Bundesnetzagentur als Grundrechtsverpflichtete handelt. Die Grundrechtsbindung entfällt durch den Vertragsschluss nicht (Art. 1 Abs. 3 GG). Schließt die Behörde gleichartige Verträge mit mehreren Marktteilnehmern, verlangt Art. 3 Abs. 1 GG zudem einen gleichlaufenden Strafmechanismus und eine gleichlaufende Strafhöhe. Die FPA-Zusagen könnten bereits vorformulierte Vertragsklauseln enthalten. Die Teilnehmer der FPA verpflichteten sich dazu, diese Klauseln in ihre Vertragsangebote aufzunehmen, und zugleich, sämtliche Verträge beziehungsweise Vertragsangebote regelmäßig und unaufgefordert der Bundesnetzagentur vorzulegen. Diese Berichtspflicht der FPA-Zeichner könnte zudem die Einhaltung des Verhandlungsgebots erfassen. Ein Verstoß – etwa gegen das Verhandlungsgebot oder gegen die Pflicht, die vorformulierten Vertragsklauseln zu verwenden – löst eine gegenüber der Bundesrepublik Deutschland zu leistende Vertragsstrafe aus.

---

[122] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 77.

[123] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 77.

[124] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 62 VwVfG Rn. 52; m. w. N. *Ulrici*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.9.2021, § 339 BGB Rn. 150.

[125] *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 339 BGB Rn. 10.

bb) Verhältnismäßigkeit

Die Vertragsstrafe muss ferner nach allgemeinen Grundsätzen verhältnismäßig sein.[126] Damit hängen die Anforderungen an die Vertragsstrafe eng mit der bereits erfolgten Angemessenheitsprüfung im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zusammen. Die Verhältnismäßigkeit der Vertragsstrafe ist bei der Ausgestaltung der FPA sicherzustellen. Sie sollte so bemessen sein, dass sich ein Verstoß gegen das diskriminierungsfreie Verhandlungsgebot für den Zeichner wirtschaftlich nicht lohnt. Andernfalls bliebe der Wettbewerbsvorteil aus der Diskriminierung bestehen, während die Zusage der FPA leerliefe. Die Bundesnetzagentur könnte die FPA dann in ihrer Ermessensentscheidung nicht mit hinreichendem Gewicht berücksichtigen.

cc) § 56 VwVfG

Zu klären ist in verwaltungsrechtlicher Hinsicht insbesondere, ob die Vertragsstrafe dem Maßstab des § 56 VwVfG unterliegt. Die Norm erfasst solche Vereinbarungen, in denen sich der Vertragspartner zu einer Gegenleistung verpflichtet, also im – gegebenenfalls „hinkenden“ – Austauschverhältnis zur behördlichen Leistung steht.[127] Die Vertragsstrafe begründet indes keine eigenständige Hauptleistungspflicht, sondern sichert insbesondere das diskriminierungsfreie Verhandlungsgebot ab. Ihr Zweck erschöpft sich darin, Erfüllungsdruck zu erzeugen. Die Strafabrede ist damit mit den besseren Gründen eine akzessorische Sicherungsabrede, nicht Gegenleistung im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG, die richtigerweise in die Angemessenheitsprüfung nach § 56 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwVfG in Bezug auf die Primärleistungspflichten der FPA einzustellen ist. Maßstab ist daher nicht die isoliert betrachtete Vertragsstrafe, sondern die durch sie erhöhte Gesamtbelastung für die FPA-Zeichner. Eine für sich genommen angemessene Gegenleistung (siehe oben D. II. 1. c) gg)) kann daher durch eine überzogene Sanktionsdrohung insgesamt unangemessen werden. Die Angemessenheitskontrolle ist folglich auf das Gesamtsynallagma einschließlich der Sicherungsinstrumente zu erstrecken. Für die FPA ist dieses rechtliche Risiko indes gering. Eine für sich angemessene und wirksame Vertrags-

[126] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 62 VwVfG Rn. 52; BVerwG, Urt. v. 6.3.1986 – 2 C 41.85, NJW 1986, 2589 (2590).

[127] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 56 VwVfG Rn. 10.

strafenregelung (siehe oben aa) und bb)) wird die Gesamtbelastung nur in Ausnahmefällen über die Angemessenheitsschwelle heben.

dd) Rechtsfolgen einer unangemessenen Strafhöhe

Erweist sich die Höhe der Vertragsstrafe als unangemessen, besteht Streit über die Reichweite des § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Dieser könnte sich auch auf die Angemessenheit der Vertragsstrafe beziehen und damit eine gegenüber § 343 BGB abschließende Sonderregelung enthalten. Mit guten Gründen ist § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG jedoch restriktiv auszulegen und sein Anwendungsbereich auf Primärleistungspflichten zu beschränken.[128] Jedenfalls ist jedoch ein hinreichend bestimmter und feststellbarer Verwirkungstatbestand erforderlich.[129] Denkbar ist hier etwa die Vorlage von Angeboten oder die Verwendung bestimmter vordefinierter Klauseln in diesen Angeboten.[130]

ee) Ergebnis

Damit ist im Ergebnis eine Vertragsstrafe im Rahmen subordinationsrechtlicher öffentlich-rechtlicher Verträge allgemein und auch im Telekommunikationsrecht in Verträgen mit der Bundesnetzagentur im Besonderen grundsätzlich zulässig. Sie ist auch zweckmäßig, da sie die materiellen Verpflichtungen der FPA absichert und so ihr Gewicht in einer späteren Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur erhöht.[131] Die Vertragsstrafenklausel ist gegebenenfalls in die noch offene kartellrechtliche Prüfung einzustellen.

b) Monitoringbefugnis

Im Rahmen der Monitoringpflichten sagen die FPA-Zeichner über die Vertragsstrafe hinaus zu, in definierten Abständen oder bei definierten Ereignissen Verträge oder Verhand-

---

[128] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 62 VwVfG Rn. 52.

[129] *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 339 BGB Rn. 10.

[130] Die FPA könnten je nach Ausgestaltung schließlich auch der AGB-Kontrolle gemäß den §§ 305 ff. BGB i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG unterfallen. Bejaht man dies, greifen beispielsweise die §§ 307 Abs. 1 und 2, 310 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens von § 309 Nr. 6 BGB – mit der praktisch entscheidenden Folge des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion für die Vertragsstrafe. Dies hängt maßgeblich von der konkreten Ausformulierung der FPA ab. Daher ist dies als Prüfauftrag zu verstehen.

[131] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 77.

lungsangebote der Bundesnetzagentur vorzulegen. Diese erkennt dann, ob entweder keine Verhandlungen geführt werden oder die gegebenenfalls in den FPA vorformulierten Klauseln nicht richtig verwendet werden und kann dann die daran geknüpfte Vertragsstrafe durchsetzen. Insofern orientiert sich die Konstruktion an der Ausbauzusage der Telekom Deutschland GmbH, wie sie dem Vectoring II-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde lag.[132] Bei der Monitoringbefugnis handelt es sich bei einer entsprechenden Ausgestaltung nicht um eine vertragliche Pflicht der Bundesnetzagentur, sodass auch das Monitoring den Charakter als hinkenden Austauschvertrag nicht beeinflusst. Im Vergleich zur Vertragsstrafe und der sofortigen Vollstreckung schafft die reine Monitoringbefugnis – soweit ersichtlich – kein eigenständiges rechtliches Risiko.

c) Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung

Eine unmittelbare Durchsetzung der Vertragsstrafe durch Verwaltungsakt kommt nicht in Betracht.[133] Eine allgemeine Leistungsklage[134] ist mit Blick auf die Verfahrensdauer nicht zielführend. Daher ist zu untersuchen, ob eine Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung gemäß § 61 VwVfG in Bezug auf die Vertragsstrafe zulässig und sachgerecht ist. Sachgerecht ist dies, weil die Effektivität der Vertragsstrafe deutlich gesteigert wird und sich somit auch die Abwägungsrelevanz der FPA erhöht. Zudem ist eine zügige Sanktion regulatorisch sinnvoll. Sofern sich die FPA-Zeichner der sofortigen Vollstreckung unterwerfen, wird der Vertrag nach § 61 Abs. 2 S. 1 VwVfG nach den Bestimmungen des VwVG vollstreckt und erlangt damit die Eigenschaft eines Vollstreckungstitels. Nach § 61 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist eine Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung nur bei Verträgen im Sinne des § 54 S. 2 VwVfG, also subordinationsrechtlichen Verträgen,[135] zulässig. Vorliegend wird bereits mit den besseren Argumenten vom Vorliegen eines subordinationsrechtlichen Vertrags ausgegangen, siehe oben D. II. 1. c) dd). Auf die enge Betrachtung, ob sonst ein Verwaltungsakt ersetzt würde, kommt es zutreffender-

[132] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181.

[133] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 9, § 62 VwVfG Rn. 52.

[134] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 62 VwVfG Rn. 52.

[135] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 13, demzufolge es nicht darauf ankommt, ob der konkrete Vertragsgegenstand „sonst“ durch Verwaltungsakt geregelt werden könnte (siehe hierzu oben D. II. 1. c) dd)).

weise nicht an.[136] Ob – nach umstrittener Ansicht – diese Vorschrift auch analog auf koordinationsrechtliche Verträge angewendet werden kann,[137] kann daher dahinstehen. Gegebenenfalls ist auch eine Unterwerfungserklärung gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO möglich.[138]

Die Unterwerfung erfasst auch privatrechtliche Regelungen im öffentlich-rechtlichen Vertrag, der insofern einheitlich zu beurteilen ist.[139]

In formeller Hinsicht muss die Unterwerfungserklärung eindeutig und ausdrücklich, also nicht nur konkludent, den Willen zum Ausdruck bringen, dass die Vollstreckung möglich sein soll.[140] Darüber hinaus ist die Schriftform erforderlich.[141] Die Vollstreckungsfähigkeit richtet sich nach den Anforderungen, die die Zivilprozessordnung an vollstreckbare Urkunden im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO stellt.[142] Die Unterwerfungserklärung muss den sofort vollstreckbaren Inhalt hinreichend bestimmt bezeichnen, dessen bloße Bestimmbarkeit genügt nicht.[143] Die Vertragsstrafe muss sich daher aus der Unterwerfungserklärung ohne weiteres errechnen lassen.[144] Damit werden die Bestimmtheitsanforderungen weiter verschärft.

Ist Vollstreckungsgläubigerin – wie hier – eine Bundesbehörde, richtet sich die Vollstreckung nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes, § 61 Abs. 2 VwVfG.[145]

---

[136] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 13.

[137] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 14.

[138] *Brosius-Gersdorf/Remé*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 61 VwVfG Rn. 19.

[139] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 15.

[140] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 22.

[141] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 22.

[142] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 24.

[143] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 24 f.

[144] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 25.

[145] *Mann*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2025, § 61 VwVfG Rn. 37.

d) Messen der Bausteine „Monitoring“, „Vertragsstrafe“ und „Vollstreckungsunterwerfung“ an den Vorgaben des Vectoring II-Urteils

Die drei Bausteine kollidieren zudem nicht mit den Maßstäben, die das Bundesverwaltungsgericht im Vectoring II-Urteil an öffentlich-rechtliche Verträge im Vorfeld einer Regulierungsverfügung angelegt hat. Maßgeblich ist danach, dass die FPA das Regulierungsermessen der Bundesnetzagentur weder rechtlich noch faktisch vorab binden (siehe ausführlich oben D. II. 1. c) ii)). Für die Vertragsstrafe ist eine solche faktische Vorabbindung nicht ersichtlich. Der Verwirkungstatbestand und die Höhe der Strafe ergeben sich unmittelbar aus der Vertragsstrafenregelung selbst und beruhen damit auf einer privatautonomen Festlegung der Zeichner. Die Bundesnetzagentur trifft insoweit keine eigene Entscheidung, sondern zieht lediglich die vertraglich vorgezeichnete Rechtsfolge nach. Das gilt auch für den Fall, dass sie die verwirkte Strafe später einfordert: Die Geltendmachung eines vertraglichen Zahlungsanspruchs berührt den Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum bei der Regulierungsentscheidung nicht. Die Vertragsstrafe wirkt vielmehr allein auf das Abwägungsmaterial, indem sie den FPA-Zusagen die für ihre Berücksichtigung erforderliche Verbindlichkeit verleiht. Das Gericht hat die Wirksamkeit des hypothetisch geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrags am Maßstab der §§ 54 ff. VwVfG vollständig geprüft und bejaht. Die Ausbauzusage enthielt sowohl eine Vertragsstrafenregelung als auch eine Monitoringgestattung sowie eine Vollstreckungsunterwerfung.[146] Hätte das Gericht in diesen Elementen einen Verstoß gegen § 54 S. 1 Hs. 2 VwVfG oder gegen die Grenzen des § 56 Abs. 1 VwVfG gesehen, hätte dies wenigstens zur Teilunwirksamkeit des Vertrags geführt und die Abwägung der Beschlusskammer ihrer Grundlage beraubt. Das Gericht hat beides nicht problematisiert. Die Aussagekraft dieses Befunds ist allerdings begrenzt. Er besagt, dass Vertragsstrafe und Monitoring als Bestandteile eines vorgelagerten öffentlich-rechtlichen Vertrags dem Grunde nach zulässig sind, und trifft keine Aussage über deren konkrete Ausgestaltung. Festzuhalten bleibt, dass eine sofort vollstreckbare Vertragsstrafe die Durchsetzbarkeit – unter anderem – des diskriminierungsfreien Verhandlungsgebots, wie es in den FPA festgelegt ist, erhöht.

[146] Vgl. § 7 Abs. 4 des Ausbau- und Investitionsangebots der Telekom Deutschland GmbH, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Ausbau-%20und%20Investitionsangebot/Ausbau-%20und%20Investitionsangebot%20TDG_final_Download.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 3.8.2026.

Dies entspricht der Vorgabe des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich eines hinreichend konsistenten und durchsetzbaren Vertragsinhalts.[147]

e) Zwischenergebnis

Somit ist die Erweiterung der FPA in der Form öffentlich-rechtlicher Verträge um die Bausteine „Monitoring“, „Vertragsstrafe“ und „Vollstreckungsunterwerfung“ grundsätzlich rechtlich zulässig und zweckmäßig. Ein Vertragsstrafeversprechen zugunsten der öffentlichen Hand ist grundsätzlich zulässig. Ein Vertragsformverbot besteht nicht. Erforderlich sind ein hinreichend bestimmter Verwirkungstatbestand, wegen Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG bei Parallelverträgen ein gleichlaufender Strafmechanismus sowie eine Verhältnismäßigkeit der Strafhöhe. Dogmatisch ist die Vertragsstrafe keine Hauptleistungspflicht im Austauschverhältnis nach § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG, sondern akzessorische Sicherungsabrede und daher in die Angemessenheitsprüfung des Gesamtsynallagmas nach § 56 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwVfG einzustellen. Die Vertragsstrafe darf den Vertragspartner nicht unangemessen belasten. Maßgeblich ist insbesondere die Sicherung des mit dem Vertrag verfolgten öffentlichen Zwecks. Zudem muss die Vertragsstrafe hinreichend bestimmt geregelt sein, um eine vollstreckungsfähige Verpflichtung zu begründen. Die Monitoringgestattung begründet keine eigene Pflicht der Bundesnetzagentur, berührt die Einordnung als hinkenden Austauschvertrag nicht und schafft kein eigenständiges rechtliches Risiko. Sie dient der Tatsachenfeststellung als Grundlage für die Durchsetzung der Vertragsstrafe, orientiert an der Ausbauzusage aus Vectoring II. Die Vollstreckungsunterwerfung ist nach § 61 Abs. 1 S. 1 VwVfG zulässig, da die FPA als subordinationsrechtliche Verträge im Sinne des § 54 S. 2 VwVfG einzuordnen sind (dazu bereits oben D. II. 1. c) dd)). Formell bedarf es einer ausdrücklichen Unterwerfungserklärung in Schriftform, die den vollstreckbaren Inhalt im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hinreichend bestimmt bezeichnet. Die Vollstreckung richtet sich – sofern die FPA die verwaltungsrechtliche Vollstreckungsunterwerfung wählen – nach § 61 Abs. 2 VwVfG i. V. m. dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes.

[147] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 76.

3. Schiedsgutachtenabrede in öffentlich-rechtlichem hinkendem Austauschvertrag zugunsten Dritter

Über die Konstruktion einer Vertragsstrafe hinaus könnte die Bundesnetzagentur möglicherweise auch eine Schiedsgutachterrolle übernehmen. Die FPA sehen dann als Baustein jeder Speiche eine Schiedsgutachtenabrede durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. §§ 317 ff. BGB vor. Dadurch wird die Bundesnetzagentur als zentrale Figur in die Marktlösung eingebunden. Dies würde ihre Entscheidungskompetenz nochmals verstärken, indem ihrer Entscheidung die Wirkung des § 319 BGB zukäme, also deren gerichtliche Überprüfbarkeit einschränkte.

a) Abgrenzung zum Schiedsvertrag

Ein Schiedsvertrag gemäß den §§ 1025 ff. ZPO setzt im Gegensatz zu einer Schiedsgutachtenabrede voraus, dass die Parteien einem Dritten die Befugnis übertragen, anstelle der staatlichen Gerichtsbarkeit endgültig über die Streitigkeit zu entscheiden.[148] Der Schiedsspruch entfaltet die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (§ 1055 ZPO). Im Aufhebungsverfahren beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle insbesondere darauf, ob der Spruch gegen den deutschen ordre public verstößt (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO).[149] Angesichts dieser weitreichenden Folgen ist im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien lediglich ein Schiedsgutachten und gerade keinen vollständigen Ausschluss des Rechtswegs beabsichtigen.[150] So liegt es auch hier. Die gerichtliche Befassung soll gerade nicht ausgeschlossen werden. Gegen einen Schiedsvertrag unter Einsetzung der Bundesnetzagentur als Schiedsgericht bestünden zudem durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG). Bei der Formulierung der FPA ist daher darauf zu achten, kein Schiedsgerichtsverfahren zu vereinbaren.

---

[148] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 12.

[149] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 12.

[150] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 12; siehe auch OLG Köln, Beschl. v. 1.7.2016 – 19 Sch 7/16, BeckRS 2016, 118274 Rn. 22 ff.

b) Schiedsgutachtenabrede im Zivilrecht

Die angestrebte Einbindung der Bundesnetzagentur ist als Schiedsgutachtenabrede einzuordnen. Diese ist im Zivilrecht allgemein anerkannt.[151] Dogmatisch handelt es sich um eine analoge Anwendung der §§ 317 ff. BGB.[152] Der Dritte bestimmt dabei nicht die Leistung nach billigem Ermessen, sondern trifft in einer Streitigkeit die richtige Feststellung.[153] Die zivilrechtliche Übernahme einer Schiedsgutachterrolle durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist dem Bundesgerichtshof zufolge grundsätzlich möglich, sofern kein Ausschlussgrund vorliegt.[154] Aus zivilrechtlicher Sicht bedarf es also keiner Positivkriterien, um eine Behörde zur Schiedsgutachterin zu machen, sondern nur der Berücksichtigung von Negativkriterien; siehe hierzu unten D. III. 4. b) cc) und dd). Die Bundesnetzagentur kann daher grundsätzlich zivilrechtliche Schiedsgutachterin sein.

c) Schiedsgutachtenabrede im öffentlichen Recht

§ 62 S. 2 VwVfG öffnet die §§ 317 ff. BGB ohne Weiteres auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag.[155] Die Bundesnetzagentur kann daher grundsätzlich auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag als Schiedsgutachterin benannt werden. Die handlungsformbezogenen Voraussetzungen wurden oben in Frage 2 (D. II. 1.) näher beleuchtet. Sie sind hier vorausgesetzt.

---

[151] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 28 ff.

[152] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 39.

[153] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 39.

[154] BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665.

[155] Für das Bundesgesundheitsamt ausdrücklich BVerwG, Urt. v. 19.1.1990 – 4 C 21.89, BVerwGE 84, 257; *Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 62 VwVfG Rn. 51; *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 9; BayVGH, Urt. v. 21.3.2019 – 13 A 18.1859, juris Rn. 38 ff.; VG München, Urt. v. 8.5.2001 – M 2 K 98.5850; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.2.2016 – 5 S 1098/15, BeckRS 2016, 43128 Rn. 15 f.; *Thiele*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, 2. Aufl. 2021, § 54 VwVfG Rn. 80; *Fehling*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 62 VwVfG Rn. 22.

d) Einfluss der Schiedsgutachtenabrede auf das „hinkende“ Element

Sagt die Bundesnetzagentur die Übernahme der Schiedsgutachterrolle zu, könnte darin eine echte Leistungspflicht liegen. Insoweit läge kein „hinkender“ Austauschvertrag vor. Dabei ist jedoch zwischen zwei Rechtsverhältnissen zu trennen. Als Schiedsgutachtenabrede wird die Klausel im Vertrag zwischen den späteren Streitparteien, die konstituierend für die spätere Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens zwischen den Vertragsparteien ist, bezeichnet.[156] Der Schiedsgutachter selbst ist hieran nicht beteiligt. Er ist vielmehr über einen gesonderten, abstrakt zu bestimmenden Schiedsgutachtervertrag mit einer oder beiden Parteien (oder einem Dritten) verbunden. Dieser berechtigt oder verpflichtet ihn zur Übernahme der Schiedsgutachterrolle und regelt beispielsweise seine Vergütung.[157] Dieses Verhältnis ist jedoch völlig abstrakt und für die Wirksamkeit der Schiedsgutachtenabrede unerheblich. Nur die Schiedsgutachtenabrede zwischen den späteren Streitparteien ist konstitutiv für die Bindungswirkung des Gutachtens gemäß den §§ 317, 319 BGB. Für die hier maßgebliche Frage, ob das Schiedsgutachten die Wirkung des § 319 BGB entfalten kann, kommt es daher allein auf diese Abrede zwischen den Streitparteien an. Eine echte Leistungspflicht der Bundesnetzagentur kann daher schon konstruktiv nur aus ihrer Zusage folgen, die Rolle zu übernehmen. Die Wirksamkeit des Schiedsgutachtens hängt von dieser Zusage nicht ab.

e) Einbettung der Schiedsgutachterrolle in einen Vertrag zugunsten Dritter

Problematisch ist allerdings, dass die Schiedsgutachterrolle innerhalb des als Vertrag zugunsten Dritter ausgestalteten Nabe-Speiche-Konstrukts der FPA von einem insofern „Ersten“ wahrgenommen werden soll,[158] der Bundesnetzagentur.

Die FPA betten die für die Wirkung des Schiedsgutachtens konstitutive Schiedsgutachtenabrede in einen Vertrag zugunsten Dritter ein, den die Beteiligten jeweils mit der Bundesnetzagentur schließen. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 BGB) ist zwischen drei Rechtsverhältnissen zu unterscheiden: dem De-

---

[156] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 53.

[157] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 117; *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 53.

[158] Zur Wahrnehmung der Rolle durch den Dritten vgl. *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 50.

ckungsverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem, dem Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem sowie dem Vollzugs- beziehungsweise Zuwendungsverhältnis, kraft dessen der Dritte gegen den Versprechenden ein eigenes Forderungsrecht erwirbt (§ 328 Abs. 1 BGB).[159]

Die aufgeworfene Frage betrifft die Doppelrolle der Bundesnetzagentur aus einer Rolle im Deckungsverhältnis (als Versprechensempfängerin) und der Bestimmungsbefugnis über die im Vollzugsverhältnis geschuldete Drittleistung (als Schiedsgutachterin). Der Versprechensempfänger ist Partei des Deckungsverhältnisses, also gerade jenes Vertrags, dem die Schiedsgutachtenabrede entstammt. Die Bundesnetzagentur wäre damit Gutachterin in eigener Sache. Das berührt das tragende Erfordernis jeder Schiedsgutachtertätigkeit: Der Schiedsgutachter ist allen Parteien der Schiedsgutachtenabrede gleichermaßen zur ordnungsgemäßen Begutachtung verpflichtet, was seine Neutralität und das Fehlen einer Interessenkollision voraussetzt.[160] Die Drittleistung ist jedoch nichts anderes als die im Deckungsverhältnis – instruktiv auch Grundverhältnis genannt – vereinbarte, lediglich nach § 328 Abs. 1 BGB unmittelbar auf den Dritten umgeleitete Leistung.[161] Wer als Vertragspartei den Inhalt der eigenen Leistung festsetzt, übt eine Parteileistungsbestimmung nach §§ 315, 316 BGB aus, kein Schiedsgutachten nach §§ 317 bis 319 BGB.[162] Nach diesem formalen Kriterium der Parteistellung ist der Versprechensempfänger daher kein tauglicher Schiedsgutachter über die Drittleistung.

Ein demgegenüber materiell verstandener Drittbegriff im Rahmen des § 317 BGB analog begnügt sich nicht mit der formalen Nicht-Parteistellung, sondern liest in die Person des Bestimmenden ein funktionales Unabhängigkeitserfordernis hinein.[163] Tauglicher Dritter im Sinne des § 317 BGB ist danach nur, wer der Leistungsbestimmung mit der von den

---

[159] *Klumpp*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2020, § 328 BGB Rn. 8.

[160] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 5 f. und 55 ff.

[161] *Klumpp*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2020, § 328 BGB Rn. 65.

[162] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 68 ff.; *Hager*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 317 BGB Rn. 2; *Völzmann-Stickelbrock*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 11. Aufl., § 317 BGB Rn. 15.

[163] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 69.

§§ 317 Abs. 1, 319 Abs. 1 S. 1 BGB vorausgesetzten Neutralität gegenübertritt.[164] Entwickelt wurde dieser Begriff allerdings, um Konstellationen zu erfassen, in denen der formale Drittbegriff jemanden zwar als Dritten einstuft, dieser aber einer Vertragspartei (zu) nahesteht. Im Rahmen der FPA ist die Ausgangslage umgekehrt: Als Schiedsgutachterin soll die Bundesnetzagentur fungieren, die als Versprechensempfängerin bereits unmittelbare Vertragspartei ist und damit schon nach dem formalen Maßstab ausscheidet. Eine materielle Betrachtung, die etwa ihr fehlendes Eigeninteresse am Vollzugsverhältnis berücksichtigen könnte, müsste hier hingegen zur Erweiterung des Drittbegriffs herangezogen werden. Das ist mit erheblichen rechtlichen Zweifeln verbunden.

Unterstellt man den materiellen Ansatz auch zur Erweiterung des Drittbegriffs als maßgeblich, entscheidet über die Drittstellung der Bundesnetzagentur ihre Unparteilichkeit. Entscheidend ist dann nicht, ob sie formal Vertragspartei der Speiche ist, sondern ob ihr im konkreten Bestimmungsverhältnis die gebotene Neutralität fehlt. Eine solche Interessenkollision besteht hinsichtlich der Drittleistung, insbesondere des Verhandlungsgebots, nicht. Die Bundesnetzagentur bestimmt hier nicht über eine ihr bei wirtschaftlicher Betrachtung selbst zustehende Leistung, mag sie ihr rechtlich auch zustehen. Die schiedsgutachterlich zu konkretisierende Drittleistung käme nach § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB den übrigen Zeichnern zugute. Der Streit betrifft daher bei wirtschaftlicher Betrachtung ausschließlich das Vollzugsverhältnis zwischen den begünstigten Marktteilnehmern, an dem die Bundesnetzagentur nicht unmittelbar beteiligt ist. Würde sie in inhaltsgleichen bilateralen Verträgen benannt, wäre sie zweifelsfrei echte Dritte und das Problem entstünde nicht. Ihre eigene Position im hinkenden Austauschvertrag erschöpft sich demgegenüber in einer bloßen Geschäftsgrundlage ohne durchsetzbaren Leistungsanspruch (siehe oben D. II. 1. c) cc)). Am wirtschaftlichen Ergebnis der Bestimmung partizipiert sie nicht. Damit fehlt gerade jenes Eigeninteresse an der Drittleistung, das den materiellen Ansatz trägt. Positiv tritt hinzu, dass die Bundesnetzagentur als sektorspezifische Regulierungsbehörde institutionell zur Neutralität und zur Verfolgung der Regulierungsziele (§ 2 Abs. 2 TKG) verpflichtet und ihre Unabhängigkeit unionsrechtlich abgesichert ist (Art. 6 ff. EKEK). Die Bundesnetzagentur ist danach formell Partei, materiell aber neutral. Dieses ausschließlich teleologisch begründete Ergebnis, das zur Zulas-

[164] Für den materiellen Ansatz BAG, Urt. v. 10.12.2008 – 4 AZR 801/07, NZA-RR 2010, 7 Rn. 61 ff.; zum Streitstand *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 68 ff.

sung der Bundesnetzagentur als Dritte führen würde, ist aber mit erheblichen, nicht mehr vertretbaren rechtlichen Zweifeln verbunden.

f) Ersetzung der Nabe durch das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung

Der Schiedsgutachterrolle der Bundesnetzagentur steht danach die durch den Vertrag zugunsten Dritter begründete Doppelrolle entgegen. Schlösse hingegen ein anderer Akteur den hinkenden Austauschvertrag zugunsten Dritter ab, käme die Bundesnetzagentur als außenstehende Dritte und damit möglicherweise als taugliche Schiedsgutachterin in Betracht. Als Vertragspartner wären insbesondere das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung denkbar.

aa) Rechtsträgerprinzip

Diese Behörden stehen sämtlich in der Rechtsträgerschaft der Bundesrepublik Deutschland. Bei formaler Betrachtung besteht in der Vertragspartei des hinkenden Austauschvertrags zugunsten Dritter keine Varianz, gleich ob die Bundesnetzagentur, das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium handelt. Wäre auf den Rechtsträger abzustellen, so führte die formale Betrachtung dazu, die Bundesnetzagentur auch bei Austausch der Nabe nicht als Dritte einzustufen. Bereits der Bundesgerichtshof sprach in seiner Leitentscheidung aus dem Jahr 1955 lediglich von „Behörde“.[165] Das könnte dafür sprechen, dass auch eine selbst nicht rechtsfähige Behörde als Schiedsgutachterin eingesetzt werden kann. Teile der Literatur und der Rechtsprechung kritisieren diese Formulierung des Bundesgerichtshofs.[166] Dritter könne nur die jeweilige juristische Person des öffentlichen Rechts sein,[167] hier also die Bundesrepublik Deutschland. Welche Behörde oder Dienststelle innerhalb dieser juristischen Person die Leistungsbestimmung vornimmt, richte sich

[165] BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665.

[166] Die h. M. spreche etwas unsauber von der „Behörde“ als Dritter, *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 59; „[…] anerkannt, dass auch eine Behörde – bzw. richtigerweise deren Rechtsträger – als Dritter im Sinne von § 317 BGB eingesetzt werden kann […]“, OVG Münster, Beschl. v. 26.9.2017 – 13 E 325/17, BeckRS 2017, 127104 Rn. 27.

[167] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 56; *Ring/Wagner*, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 317 BGB Rn. 8; wohl auch *Hager*, in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 317 BGB Rn. 3, der sich aber nicht eindeutig positioniert.

allein nach deren öffentlich-rechtlicher Zuständigkeitsordnung und nicht nach der privatrechtlichen Schiedsgutachtenabrede.[168] Wird demgegenüber eine bestimmte Amtsbezeichnung, etwa der Präsident einer Bundesbehörde, als Schiedsgutachter benannt, beziehe sich dies auf den jeweiligen Amtsinhaber als natürliche Person und nicht auf die Behörde als organisatorische Einheit.[169] Trotz formaler Verlagerung der Nabe auf eine andere obere Bundesbehörde (Bundeskartellamt) oder oberste Bundesbehörde (Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung) wäre die Bundesnetzagentur danach nicht taugliche Dritte, da Schiedsgutachterin die Bundesrepublik Deutschland wäre.
Dem treten jedoch andere Stimmen entgegen. Taugliche Dritte seien grundsätzlich auch Behörden oder einzelne Amtsträger.[170] Eine Begrenzung auf juristische Personen besteht danach nicht, und auch eine Behörde kann als Schiedsgutachterin auftreten. Die gegenteilige Begrenzung würde praktischen Bedürfnissen nicht gerecht.[171] Danach wäre die Bundesnetzagentur taugliche Dritte. Dann stellte sich die oben bereits aufgeworfene materielle Frage, ob dennoch ein zu großes Näheverhältnis der Bundesnetzagentur zum Bundeskartellamt oder zum Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung besteht. Hier lässt sich die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zum Schiedsgutachten analog § 317 BGB fruchtbar machen. Die Unparteilichkeit des Dritten fehlt danach, wenn eine der Parteien maßgebenden Einfluss auf ihn hat, etwa wenn er mit dem Arbeitgeber eng verbunden oder als Konzernmutter tätig ist.[172] Diese Wertung lässt sich übertragen. Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur sind organisatorisch getrennte Bundesbehörden, wegen derselben Rechtsträgerschaft jedoch enger miteinander verbunden als die Akteure der arbeitsrechtlichen Vergleichskonstellationen. Dieser Befund besteht auch dann fort, wenn man Behörden grundsätzlich als taugliche Dritte im Sinne des § 317 BGB anerkennt. Verstärkt wird er durch das Kooperationsverhältnis zwischen der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt. Diese Verflechtungen begründen Zweifel an der in-

[168] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 56.

[169] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 56.

[170] *Netzer*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamt-Hrsg.), Beck Online Großkommentar, Stand 1.8.2025, § 317 BGB Rn. 18.

[171] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 17.

[172] BAG, Beschl. v. 23.2.2021 – 1 ABR 12/20, NJW 2021, 1772 (1773 Rn. 39); BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 10 AZR 729/19, NZA 2022, 268 (274 Rn. 61).

stitutionellen Distanz und Unparteilichkeit im Sinne des § 317 BGB. Die bereits unter D. III. 3. e) angeführten teleologischen Erwägungen und selbst die unionsrechtlich verbürgte umfassende Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur treten zwar zu ihren Gunsten hinzu, räumen die Zweifel aber nicht hinreichend aus. Jedenfalls gibt es keine Rechtsprechung, die eine derartige Vorgehensweise genügend absichert. Die Einordnung der Bundesnetzagentur als „Dritte“ im Sinne des § 317 BGB analog bleibt daher selbst dann rechtlich problematisch, wenn man Behörden grundsätzlich als Dritte anerkennt.

In den Standardangeboten für die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) wurde ausdrücklich die Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin eingesetzt. Das Landgericht Bonn[173] und das anschließend als Berufungsinstanz befasste Oberlandesgericht Köln[174] thematisierten die genaue Person des Dritten nicht weiter und sprachen durchgängig von der Bundesnetzagentur als Dritter. Ein Abstellen auf die Bundesrepublik Deutschland hätte dort allerdings nicht zu einer abweichenden Qualifikation des „Dritten“ geführt. Für die Entscheidungen war die Frage daher bedeutungslos. Aus der Formulierung der Gerichte kann also keine Positionierung in der Frage, ob eine Behörde auch Dritte sein kann, entnommen werden.

Ob auf den Rechtsträger abzustellen ist, entscheidet sich auch danach, ob man für den Schiedsgutachter Rechts- oder Geschäftsfähigkeit verlangt. Das dürfte von der hier nicht abschließend zu klärenden dogmatischen Einordnung des Schiedsgutachtens abhängen. Legt man ein rechtsgeschäftliches Verständnis zugrunde, spricht einiges für ein Erfordernis der Geschäftsfähigkeit entsprechend §§ 104 ff. BGB, was ein Abstellen auf den Rechtsträger nahelegt.

Schon deshalb räumt eine Verlagerung der Nabe auf das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung die rechtlichen Zweifel an der Tragfähigkeit der Schiedsgutachtenabrede nicht belastbar aus.

bb) Aufgabeneröffnung

Fordert man – mangels umfassender Privatautonomie des Staates (Art. 20 Abs. 3 GG) – überdies für den Abschluss von Verträgen zumindest eine Aufgabeneröffnung, erscheint zweifelhaft, ob das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und

[173] LG Bonn, Urt. v. 19.10.2018 – 10 O 419/17, BeckRS 2018, 40182.

[174] OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 185/18, BeckRS 2019, 52862.

Staatsmodernisierung eine erkennbar telekommunikationsrechtlich motivierte Schiedsgutachtenabrede schließen könnte. Für die Bundesnetzagentur stellt sich diese Frage nicht, da die Aufgabeneröffnung dort ohne Weiteres besteht (§ 2 TKG). Ferner ist der Vorrang des Gesetzes[175] berührt: Ein Vertragsschluss, der die gesetzlich umrissenen Zuständigkeiten umgeht, ist insoweit rechtlich zweifelhaft. Beim Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung kommt hinzu, dass seine allgemeine digitalpolitische Ressortzuständigkeit (Art. 65 S. 2 GG) möglicherweise nicht das Bestimmtheitsniveau einer konkreten Aufgabeneröffnung erreicht und die Aufsicht über die Bundesnetzagentur als bloß akzessorische Kontrollbefugnis keine eigene Sachaufgabe begründet. All diese Fragen können indes dahinstehen, da ein Vertragsschluss mit dem Bundeskartellamt und dem Ministerium bereits aus den vorstehend dargelegten Gründen erheblichen rechtlichen Bedenken begegnet.

g) Zwischenergebnis

Die Bundesnetzagentur kann sowohl in einem zivilrechtlichen (hierzu sogleich D. III. 4.) als auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag als Schiedsgutachterin analog § 317 BGB – gegebenenfalls i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG – benannt werden. Nicht möglich ist dies – weder zivil- noch öffentlich-rechtlich – im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter, der das Abstraktionsprinzip des Schiedsgutachtens aufbricht,[176] indem er dieselbe Partei als Versprechensempfängerin und als Schiedsgutachterin einsetzt. Diese Doppelrolle begründet erhebliche und nicht mehr vertretbare rechtliche Zweifel an der rechtlichen Tragfähigkeit. Eine Verlagerung der Nabe auf das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung räumt diese rechtlichen Zweifel nicht aus: Beide Behörden teilen mit der Bundesnetzagentur dieselbe Rechtsträgerschaft und sind überdies institutionell eng mit ihr verflochten. Die Ausgestaltung als Vertrag zugunsten Dritter in Verbindung mit einer Schiedsgutachtenabrede in der vorliegenden Konstellation ist damit rechtlich nicht hinreichend belastbar.

---

[175] *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht VwVfG, 7. EL Mai 2025, § 54 VwVfG Rn. 5 ff.

[176] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 49, 53.

4. Schiedsgutachtenabrede im Rahmen der zivilrechtlichen Gestaltung

Zu prüfen ist, ob die Bundesnetzagentur im Rahmen zivilrechtlicher bi- oder multilateraler FPA, an denen sie als Vertragspartnerin nicht beteiligt ist, wirksam eine Schiedsrichterrolle übernehmen kann.

Für eine einseitige Selbstverpflichtung zu einer Schiedsrichterrolle benötigt die Bundesnetzagentur eine Rechtsgrundlage, für die hier allein § 212 Abs. 1 S. 1 TKG in Betracht kommt. Diese trägt die Schiedsrichterrolle nach dem oben unter D. III. 1. c) gefundenen Ergebnis allerdings nicht. Eine andere Rechtsgrundlage ist nicht ersichtlich. Die Bundesnetzagentur kann sich daher de lege lata nicht wirksam selbst zur Schiedsrichterin bestimmen.

Anders liegt es bei der Benennung der Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin in einer bilateralen zivilrechtlichen Vereinbarung der Marktteilnehmer. Hierzu bedarf es keiner vorherigen Zustimmung der Bundesnetzagentur im engeren Sinne. Die Schiedsgutachtenabrede – die Vereinbarung der Marktteilnehmer, eine offene Leistungsbestimmung gemäß § 317 BGB der Bundesnetzagentur zu überlassen – und der Gutachtervertrag, mit dem die Marktteilnehmer die Bundesnetzagentur zur tatsächlichen Erstattung des Gutachtens beauftragen, bilden zwei rechtlich selbstständige Rechtsverhältnisse. Die Schiedsgutachtenabrede bindet nur die Marktteilnehmer untereinander; als Vertrag zulasten der Bundesnetzagentur könnte sie ohnehin keine Wirkung entfalten. Ob und zu welchen Bedingungen die Bundesnetzagentur das Gutachten tatsächlich erstattet, entscheidet sich erst im gesonderten Gutachtervertrag. Zu der Erstattung eines Schiedsgutachtens ist die Bundesnetzagentur als „Behörde“ nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs befugt (siehe unten D. III. 4. b) aa)). Sie kann sich daher auch insofern vertraglich verpflichten, solche Schiedsgutachten zu erstatten. Eine Pflicht zur Übernahme besteht jedoch nicht.

Rechtlich denkbar ist daher, dass die Marktteilnehmer bilaterale Leistungsverträge schließen, die insbesondere das Verhandlungsgebot, den Klageverzicht und eine Unterwerfung unter ein Schiedsgutachten der Bundesnetzagentur samt der zugehörigen Verfahrensbestimmungen[177] und Transparenzpflichten beinhalten. Zusätzlich kann jeder Marktteilnehmer mit der Bundesnetzagentur einen Schiedsgutachtervertrag schließen, der etwa die

[177] Denkbar ist etwa, sich am Nachweisverfahren zu orientieren, das im TAL-Standardangebot vorgesehen ist. Danach ist die Streitbeilegung in zwei Stufen abgeschichtet, vgl. BNetzA, Beschl. v. 21.7.2020 – BK3e-15/011, 2. Teilentscheidung, S. 11 f.

Kostentragung regelt. Dies ist für die Schiedsgutachtenabrede aber nicht notwendig. Hier gilt vielmehr das Abstraktionsprinzip.[178]

a) Rechtsnatur der Abreden und Rechtsweg

Nur die bilateralen Leistungsverträge zwischen den Marktteilnehmern, die unter anderem die Schiedsgutachtenabrede enthalten, verleihen dem Schiedsgutachten seine bindende Wirkung den Parteien gegenüber (§§ 317, 319 BGB).[179] Nur sie sind daher hier von Interesse. Sie werden ausschließlich zwischen den Marktteilnehmern und nicht mit der Bundesnetzagentur geschlossen. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch hergeleitet wird.[180] Übt die Bundesnetzagentur ihre Befugnis allein aufgrund einer zivilrechtlichen Vereinbarung als Dritte aus, ohne sich eines hoheitlichen Sonderrechtssatzes zu bedienen, bleibt der Streit zivilrechtlich. Die §§ 317 ff. BGB (analog) finden daher ohne die Brücke des § 62 S. 2 VwVfG Anwendung. Damit ist – auch wenn Gutachterin die Bundesnetzagentur ist – der ordentliche Rechtsweg eröffnet (§ 13 GVG).[181] Für die hier interessierende Konstellation folgt daraus, dass eine Klage aus dem Leistungsvertrag auch nach einer Schiedsgutachterentscheidung der Bundesnetzagentur vor den ordentlichen Gerichten zu erheben ist.[182] Damit scheidet zugleich die Prozessverlagerung vor das Verwaltungsgericht gemäß § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO aus. Möglich bleibt jedoch eine Gerichtsstandsvereinbarung innerhalb des Zivilrechtswegs nach allgemeinen Grundsätzen. Hiervon zu unterscheiden ist das Verhältnis der Beteiligten zur Bundesnetzagentur. Dort sind Verträge abzuschließen, die die Modalitäten der Gutachtenerstellung regeln. Für ei-

---

[178] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 49, 53.

[179] Zur Maßgeblichkeit des die Abrede tragenden Vertrags vgl. BVerwG, Urt. v. 19.1.1990 – 4 C 21.89, BVerwGE 84, 257 (262 ff.); *Theune*, SchiedsVZ 2021, 177 (190).

[180] OVG Münster, Beschl. v. 25.9.2017 – 13 E 310/17, BeckRS 2017, 126410 Rn. 16 f.

[181] *Völzmann-Stickelbrock*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), jurisPK-BGB, 11. Aufl., § 317 BGB Rn. 17; OVG Münster, Beschl. v. 25.9.2017 – 13 E 310/17, BeckRS 2017, 126410 Rn. 19.

[182] Bestätigend OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 183/18, BeckRS 2019, 52859 Rn. 21 ff.; zuvor schon Hinweisbeschl. v. 28.6.2019 – 19 U 182/18, BeckRS 2019, 17373 Rn. 9 ff.; selbst Verträge, die auf Basis eines hoheitlich akzeptierten Standardangebots geschlossen wurden, sind zivilrechtlicher Natur. Dort ist die öffentlich-rechtliche Überformung jedoch deutlich stärker als hier. Vergleiche OVG Münster, Beschl. v. 25.9.2017 – 13 E 310/17, BeckRS 2017, 126410 Rn. 19.

nen öffentlich-rechtlichen Charakter dieses Gutachtervertrags spräche die Nähe zu den regulatorischen Aufgaben der Bundesnetzagentur. Doch selbst bei einer solchen Qualifikation trägt dieser Vertrag nicht die materiellen telekommunikationsrechtlichen Kernbestandteile der FPA, insbesondere vermittelt er auch nicht die Bindungswirkung der §§ 317 ff. BGB, sondern er regelt allein die Erstellungs- und Kostenmodalitäten. Die Rechtsnatur dieser zweiten „Gutachterverträge“ kann für die hier vorzunehmende Untersuchung deshalb dahinstehen.[183]

b) Zivilrechtliche Bestimmung der Bundesnetzagentur zur Rolle als Schiedsgutachterin

aa) Behörde als Schiedsgutachterin – abstrakter Maßstab

Die Bestimmung eines Dritten zur Leistungsbestimmung oder Tatsachenfeststellung nach § 317 BGB ist allgemein anerkannt.[184] Tauglicher Dritter kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch eine „Behörde“ (besser: juristische Person des öffentlichen Rechts)[185] sein.[186] Für die Bundesnetzagentur ist dies bereits zivilgerichtlich thematisiert worden: Sie kann tauglicher Dritter sein, wenn ihr die Vertragsparteien die Gutachterrolle gerade neben und trotz ihrer Eigenschaft als Regulierungsbehörde übertragen.[187]
Eine – grundsätzlich mögliche[188] – öffentlich-rechtliche Einkleidung der Schiedsgutachtenabrede gemäß § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. §§ 317 bis 319 BGB ist nach hier vertretener Wertung konstruktiv rechtlich nicht hinreichend belastbar; siehe oben D. III. 3. e) und f). Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Einsetzung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bleibt allerdings insoweit von Bedeutung, als sie übertragbare Voraussetzungen formuliert.

---

[183] Zur Trennung von Leistungs- und Gutachtervertrag bereits oben D. III. 3. d).

[184] *Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 2025, § 317 BGB Rn. 9.

[185] *Rieble,* in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 59.

[186] BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665.

[187] LG Bonn, Urt. v. 19.10.2018 – 10 O 419/17, BeckRS 2018, 40182; OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 183/18, BeckRS 2019, 52859 Rn. 21 f.; zuvor schon Hinweisbeschl. v. 28.6.2019 – 19 U 182/18, BeckRS 2019, 17373 Rn. 9 f.

[188] BVerwG, Urt. v. 19.1.1990 – 4 C 21.89, BVerwGE 84, 257 (266); *Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 62 VwVfG Rn. 51.

Dem Bundesgerichtshof zufolge kann eine Verwaltungsbehörde Dritte im Sinne des § 317 BGB sein, sofern kein Ausschließungsgrund vorliegt.[189] Ein solcher liegt vor, wenn der Behörde eine gesetzlich geregelte Zuständigkeit für die fragliche Entscheidung entgegensteht, wenn es am Vertragswillen im Sinne des § 317 BGB fehlt[190] – etwa, weil die Behörde als Trägerin staatlicher Gewalt tätig werden soll – oder wenn die Gefahr einer Interessenkollision besteht.

Das Bundesverwaltungsgericht hält eine Schiedsgutachtenabrede in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag für „grundsätzlich unbedenklich, wenn die Vertragsbeteiligten sich gleichgeordnet gegenüberstehen“.[191] Voraussetzung ist zudem, dass die Einschaltung der Behörde keiner gesetzlich geregelten Zuständigkeit zuwiderläuft und keine Interessenkollision droht.[192] Die geforderte Gleichordnung sichert dabei, dass den Beteiligten kein gebotener Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verloren geht.

Beide Rechtsprechungslinien sind inhaltlich kongruent.[193] Das Erfordernis einer fehlenden entgegenstehenden Zuständigkeit und das Verbot der Interessenkollision finden sich übereinstimmend bei beiden Gerichten. Das vom Bundesgerichtshof geforderte Element privatautonomer Bindung (Vertragswille statt Ausübung staatlicher Gewalt) entspricht wohl der Voraussetzung gleichgeordneter Vertragsbeteiligter beim Bundesverwaltungsgericht. In einer neueren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof diese Voraussetzung ohnehin nicht mehr gesondert benannt.[194] Sie stellt vielmehr eine Art Grundvorausset-

[189] BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665.

[190] Der Bundesgerichtshof nennt in seinem grundlegenden Urteil (BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665) diese Voraussetzung in den Urteilsgründen. Sie taucht jedoch in den Leitsätzen nicht mehr auf und wird auch in der Folgerechtsprechung (vgl. etwa BGH, Urt. v. 5.11.2015 – III ZR 41/15, BeckRS 2015, 19842 Rn. 38) nicht mehr gesondert genannt. Unklar ist, ob damit die selbstverständlich notwendige Voraussetzung der Abgabe einer wirksamen Willenserklärung gemeint ist, lediglich mit dem Hinweis, dass dies bei einer Behörde dann zweifelhaft ist, wenn sie hoheitlich handeln wollte. Dann handelte es sich aber um eine allgemeine Anforderung an alle Vertragsschlüsse und keine spezifische Anforderung an Schiedsgutachtenvereinbarungen. Da der Vertragswille für die noch abzuschließenden FPA ohnehin gebildet werden muss, kann dahinstehen, ob der Bundesgerichtshof drei oder mit den besseren Gründen nur zwei Voraussetzungen nennt.

[191] Vgl. Leitsätze des Urteils des BVerwG v. 19.1.1990 – 4 C 21.89, BVerwGE 84, 257.

[192] BVerwG, Urt. v. 19.1.1990 – 4 C 21.89, BVerwGE 84, 257 (266).

[193] BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665 (665 f.); BVerwG, Urt. v. 19.1.1990 – 4 C 21.89, BVerwGE 84, 257 (266).

[194] BGH, Urt. v. 5.11.2015 – III ZR 41/15, BeckRS 2015, 19842; dem folgend auch OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 184/18, BeckRS 2019, 52861 Rn. 22; OVG Münster, Beschl. v. 26.9.2017 – 13 E 325/17, BeckRS 2017, 127104 Rn. 27.

zung dar. Für die Schiedsgutachterrolle der Bundesnetzagentur ergeben sich daher eine Grundvoraussetzung und zwei Voraussetzungen. Die Parteien müssen – als Grundvoraussetzung – über den Gegenstand disponieren können (dazu bb)) und wollen. Zudem darf der Bundesnetzagentur keine gesetzliche Zuständigkeit entgegenstehen (dazu cc)), was eine Abgrenzung zu § 212 TKG erfordert. Ferner darf keine Interessenkollision bestehen (dazu dd)). Die Bundesnetzagentur muss also trotz ihrer Doppelrolle als Regulierungsbehörde und Schiedsgutachterin neutral sein. An diesen Voraussetzungen ist die Konstruktion nachfolgend zu messen.

Die Gerichte haben mit diesen Kriterien nur verstärkend dargelegt, warum die Konstruktionen in den entschiedenen Fällen jeweils rechtlich nicht zu beanstanden waren, ohne weitere Anforderungen auszuschließen. Diese sind hier jedoch nicht ersichtlich.

bb) Grundvoraussetzung: Dispositionsbefugnis der Parteien

Die Dispositionsbefugnis genuin zivilrechtlich handelnder juristischer Personen des Privatrechts besteht uneingeschränkt. Damit sind die Parteien auch der verwaltungsrechtlichen Diktion nach „gleichgeordnet“.

Bei der Ausgestaltung der bilateralen FPA muss der Wille, die Bundesnetzagentur gerade als Schiedsgutachterin (§ 317 BGB) und nicht bloß in ihrer hoheitlichen Funktion nach § 212 TKG einzusetzen, eindeutig zum Ausdruck kommen, da die Auslegung der Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) andernfalls den Parteiwillen hinsichtlich einer Schiedsgutachtenabrede nicht tragen würde.[195]

cc) Voraussetzung 1: Keine entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit

Eine der konsensualen Schiedsgutachterbestimmung entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit der Bundesnetzagentur ergibt sich insbesondere nicht aus § 212 TKG. Das dort geregelte Streitbeilegungsverfahren ist nach den Ausführungen unter D. III. 1. auf die hier in Rede stehenden Streitigkeiten aus Verpflichtungen der FPA mit den besseren Gründen nicht anwendbar. Es kann die privatautonome Bestimmung der Bundesnetzagentur zur Schiedsgutachterin daher nicht verdrängen.

[195] So formuliert der Bundesgerichtshof wörtlich „Vertragswille“, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665.

Näher liegt allerdings der Einwand, der Bestimmung zur Schiedsgutachterin stehe die hoheitliche Regulierungskompetenz der Bundesnetzagentur entgegen. Die FPA zielen gerade darauf ab, eine Regulierungsentscheidung zu vermeiden, indem typischerweise hoheitlich getroffene Festsetzungen vorgreiflich privatautonom vereinbart werden. Fiele die dem Schiedsgutachter übertragene Feststellung mit einer Entscheidung zusammen, die dem Gesetz nach der hoheitlichen Regulierung vorbehalten ist, läge eine entgegenstehende Zuständigkeit vor. Zwingendes Regulierungsrecht ist der privatautonomen Disposition entzogen. Eine solche Verdrängung ist indes nicht gegeben. Die Parteien übertragen der Bundesnetzagentur die Bewertung „neben und trotz“ ihrer Eigenschaft als Regulierungsbehörde, wie es das Landgericht Bonn für die Konstellation der TAL-Standardangebote zutreffend beschrieben hat.[196] Die Schiedsgutachterrolle tritt damit nicht an die Stelle einer hoheitlichen Entscheidung, sondern neben diese. Sie betrifft die vertragliche Leistungsbestimmung zwischen gleichgeordneten Marktteilnehmern, nicht die hoheitliche Marktregulierung. Die ausschließliche Regulierungskompetenz bleibt unberührt und steht der Bestimmung folglich nicht entgegen. Weitere Zuständigkeiten stehen der Einsetzung der Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin ebenso wenig entgegen. Die telekommunikationsrechtliche Schlichtung gemäß § 68 TKG erfasst allein Streitigkeiten unter Beteiligung von Endnutzern oder Verbrauchern und ist auf das hier maßgebliche Verhältnis zwischen Netzbetreibern nicht anwendbar. Die allgemeinen Untersuchungs-, Auskunfts- und Aufsichtsbefugnisse der Bundesnetzagentur gemäß den §§ 202 ff. TKG begründen keine Zuständigkeit für die zwischen den Parteien zu treffende Leistungsbestimmung. Schließlich verdrängt die Bestimmung auch nicht die ordentliche Gerichtsbarkeit. Das Schiedsgutachten ist kein Schiedsspruch im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO. Die gerichtliche Kontrolle nach § 319 BGB bleibt eröffnet. Eine entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit hindert die Einsetzung der Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin in den bi- oder multilateralen Verträgen der Beteiligten (zivilrechtliche Marktlösung) somit nicht.

dd) Voraussetzung 2: Keine Interessenkollision / Neutralität

Es dürfte keine Interessenkollision vorliegen. Die Rolle der Bundesnetzagentur als abstrakt zuständige Regulierungsbehörde einerseits und als zivilrechtlich benannte

[196] LG Bonn, Urt. v. 19.10.2018 – 10 O 419/17, BeckRS 2018, 40182 Rn. 63.

Schiedsgutachterin andererseits begründet ein strukturelles Spannungsverhältnis. Dieses steht der Benennung indes nicht entgegen. Behörden sind als Dritte im Sinne des § 317 Abs. 1 BGB anerkannt (siehe oben D. III. 4. b) aa)). Benannt werden sie regelmäßig gerade deshalb, weil sie über die einschlägige Sachkunde verfügen, die ihrerseits in der Regel auf der Zuständigkeit für die betroffene Materie beruht. Ließe man das damit stets einhergehende abstrakte Spannungsverhältnis für eine Interessenkollision genügen, wäre eine Behörde immer dann als Schiedsgutachterin ausgeschlossen, wenn sie in ihrem eigenen Aufgabenbereich tätig würde. Der Ausschlussgrund griffe folglich in genau denjenigen Fällen, in denen die Benennung sinnvoll ist, und die anerkannte Praxis liefe leer. Der Ausschlussgrund der Interessenkollision dient zudem nach seinem Sinn und Zweck dem Schutz der Vertragsparteien und ist deshalb am Tatbestandsmerkmal des „Dritten“ gemäß § 317 Abs. 1 BGB auszurichten. Maßgeblich ist, ob die Bundesnetzagentur den Beteiligten gegenüber neutral ist, ob sie also gerade nicht die Interessen einer Partei zulasten der anderen verfolgt. Nicht maßgeblich ist demgegenüber, ob der Bundesnetzagentur in künftigen Regulierungsentscheidungen Ermessensfehler unterlaufen könnten. Solche Fehler betreffen das Verhältnis der Behörde zu den Regulierungsadressaten, nicht ihre Stellung zwischen den Parteien des zivilrechtlichen Vertrags. Für die Beherrschbarkeit des verbleibenden Spannungsverhältnisses streiten zudem die fachliche Sachkunde, Verfahrenssicherungen (Transparenz, Begründungspflicht) und die besondere Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur.

Zu beachten bleibt allerdings ein andersartiges Konfliktpotenzial: die nicht bloß abstrakte, sondern konkrete regulatorische Doppelrolle der Bundesnetzagentur, die ein institutionelles Interesse am Gelingen der FPA und an der Vermeidung einer Neuvergabe der Mobilfunkfrequenzen haben kann. Allerdings ist es notwendige Konsequenz der Auswahl der Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin,[197] dass eine gewisse Sachnähe zu ihrem hoheitlichen Aufgabenkreis besteht. Das bloße Interesse an einem Gelingen der FPA zur Vermeidung der Neuversteigerung vermag daher ebenfalls keine Interessenkollision darzustellen.

Eine Interessenkollision ergibt sich auch nicht aus einer Beobachtungs- oder Moderationsrolle. Im Rahmen der TAL-Standardangebote hat die Bundesnetzagentur ihre

[197] OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 186/18, BeckRS 2019, 52863 Rn. 23; zuvor schon Hinweisbeschl. v. 28.6.2019 – 19 U 182/18, BeckRS 2019, 17373 Rn. 11.

Schiedsgutachterrolle sogar ausdrücklich akzeptiert.[198] Beobachtung und Moderation sind insofern weniger einflussnehmend und begründen daher keine Interessenkollision. Voraussetzung ist ferner, dass die Bundesnetzagentur an den Leistungsverträgen nicht als Partei beteiligt ist, also in Bezug auf die bilateralen Verträge Dritte ist. Die unter D. III. 3. e) bereits ausführlich eingeführte Einschränkung dieser zunächst formalen Betrachtung durch materielle Kriterien muss auch hier beachtet werden. Tauglicher „Dritter“ im Sinne des § 317 BGB ist nach neuerer Rechtsprechung trotz formaler Drittstellung nur, wer der Leistungsbestimmung mit funktionaler Unabhängigkeit und Neutralität gegenübertritt. Maßgeblich sind (1) das Fehlen eines eigenen wirtschaftlichen Interesses an der zu bestimmenden Leistung, (2) das Fehlen einer einseitigen Nähe- oder Abhängigkeitsbeziehung zu nur einer Partei und (3) die Gewähr unparteiischer, sachlicher Bewertung.[199] Das ist hier erfüllt. Die Bundesnetzagentur ist an den bilateralen Verträgen nicht beteiligt, partizipiert nicht am wirtschaftlichen Ergebnis der Drittleistung und steht keiner Partei näher. Der materielle Drittbegriff führt daher nicht zu einer Abkehr von der bestehenden formellen Drittstellung. Es besteht dementsprechend keine Interessenkollision.

ee) Praxis und Rechtsprechung

(1) TAL-Standardangebot

Die Möglichkeit, als Schiedsgutachterin zu fungieren, erkannte die Bundesnetzagentur selbst bereits an. In der Entscheidung zum TAL-Standardangebot ist ein Nachweisverfahren enthalten, dessen Stufe 2 ein Schiedsgutachten der Bundesnetzagentur gemäß § 317 BGB vorsieht.[200] Die Rolle beruht auf einer privatrechtlichen Klausel im Standardangebot beziehungsweise der TAL-Änderungsvereinbarung. Die Telekom Deutschland GmbH hat sie mit der Vertragsvorlage vom 19. Mai 2017 vorgeschlagen und die Be-

[198] „Nach alldem entspricht die Einordnung der Tätigkeit der Bundesnetzagentur in den Nachweisverfahren der Stufe 2 als schiedsgutachterliche Tätigkeit im Sinne von § 317 BGB dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung und ist somit nicht zu beanstanden.“, BNetzA, Beschl. v. 20.12.2018 – BK3e-15/011, 1. Teilentscheidung, S. 492; BNetzA, Beschl. v. 21.7.2020, BK3e-15/011 – 2. Teilentscheidung, S. 11 f.

[199] *Rieble*, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2026, § 317 BGB Rn. 68 ff.

[200] BNetzA, Beschl. v. 20.12.2018 – BK3e-15/011, 1. Teilentscheidung, S. 491 f.; mit Hinweis auf OVG Münster, Beschl. v. 25.9.2017 – 13 E 310/17, BeckRS 2017, 126410; vgl. auch LG Bonn, Urt. v. 19.10.2018 – 10 O 419/17, BeckRS 2018, 40182; bestätigt durch OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 186/18, BeckRS 2019, 52863.

schlusskammer hat sie in der 1. Teilentscheidung im Standardangebotsverfahren akzeptiert.[201] Die Bundesnetzagentur behandelte das Nachweisverfahren dort „als Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung in Form eines Schiedsgutachtens durch die Bundesnetzagentur“, das sich „grundsätzlich bewährt“ habe, und stufte ihre Tätigkeit als „schiedsgutachterliche Tätigkeit im Sinne von § 317 BGB“ ein, die „dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung“ entspreche und „somit nicht zu beanstanden“ sei.[202] Ein solches vertragliches Nachweisverfahren war bereits 2009 im „Vertrag zur Überlassung von unbeschalteten Glasfasern zwischen HVt und MFG der Deutschen Telekom“ enthalten.[203] Tragend für die Anerkennung dieser Rolle im TAL-Standardangebot waren drei Erwägungen. Erstens handelt die Bundesnetzagentur insoweit nicht als Trägerin staatlicher Gewalt, sondern allein kraft vertraglicher Übertragung, weshalb das in der Folge befasste Landgericht Bonn sie „neben und trotz deren Eigenschaften als Regulierungsbehörde […] mit Befugnissen nach § 317 BGB ausgestattet“ sah.[204] Zweitens stand die institutionelle Nähe der Behörde zum Regelungsgegenstand der Einordnung nicht entgegen. Etwaige „Überschneidungen bzw. Abgrenzungsfragen zu ihrem hoheitlichen Aufgabenkreis [stellen] insoweit keinen Hinderungsgrund dar, sondern [sind] notwendige Konsequenz der Auswahl der A, die naheliegend auch aufgrund von deren Sachnähe […] erfolgte“, eine Interessenkollision wurde gerade verneint.[205] Drittens – und für die hiesige Übertragung entscheidend – kam es auf eine echte Abschlussfreiheit nicht an. Dass „die Vertragsgestaltung von der A (teilweise) vorgegeben und der Vertrag von der Klägerin nicht ‚freiwillig‘ abgeschlossen worden“ sei, hinderte die Annahme einer wirksamen Schiedsgutachtenabrede nach § 317 BGB nicht.[206]

---

[201] BNetzA, Beschl. v. 20.12.2018 – BK3e-15/011, 1. Teilentscheidung, S. 491 f.; ein Parteivortrag, der eben diese Selbsteinsetzung der Bundesnetzagentur als Schiedsrichterin rügt, wurde als verspätet zurückgewiesen, BNetzA, Beschl. v. 21.7.2020 – BK3e-15/011, 2. Teilentscheidung, S. 105 f.

[202] BNetzA, Beschl. v. 20.12.2018 – BK3e-15/011, 1. Teilentscheidung, S. 491 f.

[203] Dort jedoch noch ohne ausdrückliche Qualifikation als Schiedsgutachten nach den §§ 317 ff. BGB, vgl. Anlage 3 zum Beschluss BK3d-09/051 v. 4.12.2009, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/_bis_2010/2009/BK3-09-0051/BK3-09-0051_Anlage3.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 1.8.2026.

[204] LG Bonn, Urt. v. 19.10.2018 – 10 O 419/17, BeckRS 2018, 40182.

[205] OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 183/18, BeckRS 2019, 52859 Rn. 23; Hinweisbeschl. v. 28.6.2019 – 19 U 182/18, BeckRS 2019, 17373 Rn. 11, im Anschluss an OVG Münster, Beschl. v. 25.9.2017 – 13 E 310/17, BeckRS 2017, 126410 Rn. 27.

[206] OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 183/18, BeckRS 2019, 52859 Rn. 23; Hinweisbeschl. v. 28.6.2019 – 19 U 182/18, BeckRS 2019, 17373 Rn. 11.

Insbesondere dieser letzte Gesichtspunkt eröffnet einen Erst-recht-Schluss auf die FPA. Maßgeblich für die Zulässigkeit der behördlichen Schiedsgutachterstellung ist nach der Rechtsprechung, dass „die Dispositionsmacht der Vertragsteile“ nicht fehlt.[207] Wurde diese Voraussetzung bereits dort bejaht, wo das Standardangebot regulatorisch vorgeprägt und im Standardangebotsverfahren nach § 23 TKG behördlich geformt war, so trägt sie erst recht die FPA, welche die Parteien vollständig privatautonom aushandeln. Übertragbar ist zugleich die zweite tragende Erwägung, denn die Sachnähe der Bundesnetzagentur, die ihre Auswahl als Dritte gerade rechtfertigt, besteht im Anwendungsbereich der FPA in ähnlicher Weise.

(2) Regulierungsverfügung BK3i-19/020

In der Regulierungsverfügung BK3i-19/020 ist das Nachweisverfahren in der Anlage 1 zu Ziffer 1.2 des Tenors, Vectoring I, Ziffer VI Nr. 19 angeordnet.[208] Als Schiedsgutachten nach § 317 BGB qualifiziert es ausdrücklich die Begründung.[209] Gegen die Ablehnung, Vornahme oder Löschung einer Eintragung in die Vectoring-Liste kann „ein Nachweisverfahren vor der Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin durchgeführt werden“, wobei sie „im Zuge einer Dritt-Leistungsbestimmung nach § 317 BGB den beteiligten Unternehmen als neutraler und fachkundiger Dritter zur Verfügung“ steht.[210] Tragend sind drei Erwägungen. Erstens dient die Konstruktion einem klar umrissenen Zweck, nämlich eine „diskriminierungsfreie und inhaltlich zutreffende Führung der Vectoring-Liste zu gewährleisten“. Zweitens trennt die Beschlusskammer ihre fortbestehenden hoheitlichen Eingriffsbefugnisse begrifflich von der zivilrechtlichen Schiedsgutachterrolle, die sie eigens als „Dritt-Leistungsbestimmung nach § 317 BGB“ qualifiziert, und bestätigt damit die schon vom Landgericht Bonn betonte Trennbarkeit beider Funktionen „neben und trotz“ ihrer Eigenschaft als Regulierungsbehörde. Drittens bleibt der zivilrechtliche Rechtsschutz unberührt, weil die vorgesehenen Sanktionen „weiterreichende zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nicht ausschließen“ und die schiedsgutachterliche Entscheidung selbst der Billigkeitskontrolle nach § 319 BGB durch die ordentlichen Gerichte unterliegt.

---

[207] BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665.

[208] BNetzA, Beschl. v. 21.7.2022, BK3i-19/020.

[209] BNetzA, Beschl. v. 21.7.2022, BK3i-19/020 S. 157.

[210] BNetzA, Beschl. v. 21.7.2022, BK3i-19/020 S. 157.

Für die FPA verstärkt dieser Befund den bereits gezogenen Erst-recht-Schluss. Die Schiedsgutachterrolle der Bundesnetzagentur ist hier in einen vollständig hoheitlich auferlegten Rahmen eingebettet, denn die Zugangsverpflichtung, auf die sich die Anlage 1 bezieht, beruht auf einer Regulierungsverfügung gemäß den § 13 i. V. m. §§ 24 ff. TKG. Wenn die Behörde selbst in diesem regulatorisch veranlassten Umfeld als zivilrechtliche Dritte nach § 317 BGB auftritt und sich den Unternehmen „als neutrale und fachkundige Dritte“ zur Verfügung stellt, dann ist die Übernahme derselben Rolle in den vollständig privatautonom ausgehandelten FPA erst recht zulässig. Die für § 317 BGB maßgebliche Dispositionsmacht der Vertragsteile, die im regulierten Kontext allenfalls eingeschränkt ist, liegt in den freiwilligen FPA zweifelsfrei vor. Zugleich belegt der Beschluss die Bereitschaft und fachliche Eignung der Bundesnetzagentur, diese Rolle auszufüllen. Die telekommunikationsrechtlich nicht fundierte, aber im Rahmen einer Regulierungsverfügung begründete Schiedsgutachterrolle aus der Entscheidung BK3i-19/020 stand allerdings gerichtlich noch nicht zur Überprüfung und bleibt daher kritisch zu betrachten.

(3) Präsidentenkammerentscheidungen III und IV der 5G-Frequenzvergabe (BK1-17/001)

Ein instruktives Abgrenzungsbeispiel bildet die „Schiedsrichterrolle“, die sich die Bundesnetzagentur in der 5G-Frequenzvergabe selbst zuschrieb. In der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 kündigte sie an: „Aus dem Verhandlungsgebot folgt für die Bundesnetzagentur auch die Befugnis, in Fällen von Verstößen hiergegen zum Schutz des Wettbewerbs einzugreifen, also eine ‚Schiedsrichterrolle‘ auszuüben“.[211] Anders als beim TAL-Nachweisverfahren (siehe oben D. III. 4. b) ee) (1)) fehlte dieser Rolle jede vertragliche Grundlage. Sie erging vielmehr hoheitlich durch Verwaltungsakt. Als ein Diensteanbieter die Schiedsrichterfunktion „gemäß der Präsidentenkammerentscheidung“ aktivieren wollte, stellte die Bundesnetzagentur klar: Das Schiedsverfahren sei „kein eigenständiges Beschlusskammerverfahren“.[212] Bei der Schiedsrichterrolle liege „keine eigenständige Regelung […] im Verwaltungsakt vor“, sie „gibt gerade die gesetzlich bereits verankerten Kontrollmöglichkeiten wieder“ und „folgt […] vielmehr aus der Rechtslage“ als Verpflichtung aufgrund des TKG im Sinne von § 212 Abs. 1 S. 1

[211] BNetzA, Entsch. v. 26.11.2018 – BK1-17/001 Rn. 503.

[212] BNetzA, Beschl. v. 14.10.2021, BK2b-21/005 Rn. 16.

TKG.[213] So argumentierte schon zuvor das Verwaltungsgericht Köln, das mit der Schiedsrichterrolle infolge einer umfassenden Klage eines Mobilfunknetzbetreibers gegen die Präsidentenkammerentscheidung befasst war.[214] Die Behörde nehme „vornehmlich auf Befugnisse Bezug, die das Telekommunikationsgesetz ihr ohnehin einräumt“, sodass „in der Inanspruchnahme einer Schiedsrichterrolle namentlich eine Regelung im Sinne des § 35 VwVfG nicht zu erblicken [sei], weswegen es diesbezüglich einer Ermächtigungsgrundlage nicht bedarf“.[215] Als eigenständiges, in Grundrechte eingreifendes und damit wesentliches Verfahren hätte die Schiedsrichterrolle also einer Ermächtigungsgrundlage bedurft, die das TKG nicht bereithält. Dieser Konsequenz entzogen sich das Verwaltungsgericht Köln[216] und später auch die Bundesnetzagentur[217] durch den Rückzug darauf, die Schiedsrichterrolle sei nur umschreibend für bereits bestehende Befugnisse gemeint gewesen und habe insbesondere auf den § 212 TKG hinweisen sollen. Für das FPA-Modell belegt das e contrario die Notwendigkeit einer tragfähigen Grundlage, weil eine bloß proklamierte Rolle ohne vertragliche oder gesetzliche Fundierung rechtlich nicht trägt. Genau diese Grundlage liefern aber die bi- oder multilateralen FPA, die der Bundesnetzagentur die Schiedsgutachterbefugnis rechtsgeschäftlich einräumen. Das untermauert die Tragfähigkeit dieses Wegs weiter.

c) Befugnis der Bundesnetzagentur zur Erstattung des Schiedsgutachtens

Die Erstattung des Schiedsgutachtens durch die Bundesnetzagentur stellt keinen hoheitlichen Eingriff dar. Ihre Bindungswirkung entspringt nicht einseitigem hoheitlichem Zwang, sondern dem privatautonomen Konsens der Beteiligten. Der Bundesgerichtshof verortet die Stellung des Dritten dementsprechend rein materiellrechtlich: Sie beruhe auf der materiellrechtlichen Vereinbarung der Beteiligten, die nach §§ 317 ff. BGB zu beurteilen sei.[218] Für das nicht-hoheitliche, konsensual fundierte Schiedsgutachten bedarf es

[213] BNetzA, Beschl. v. 14.10.2021, BK2b-21/005 Rn. 122, 124 f.

[214] VG Köln, Urt. v. 17.2.2020 – 9 K 8515/18, juris (NRWE) Rn. 376 ff.

[215] VG Köln, Urt. v. 17.2.2020 – 9 K 8515/18, juris (NRWE) Rn. 378, 386.

[216] VG Köln, Urt. v. 17.2.2020 – 9 K 8515/18, juris (NRWE) Rn. 376 ff.

[217] BNetzA, Beschl. v. 14.10.2021 – BK2b-21/005 Rn. 119 ff., insbesondere Rn. 124.

[218] BGH, Urt. v. 18.2.1955 – V ZR 110/53, NJW 1955, 665 (665 f.); die Bundesnetzagentur handelt gerade nicht als Trägerin hoheitlicher Gewalt, LG Bonn, Urt. v. 19.10.2018 – 10 O 419/17, BeckRS 2018, 40182 Rn. 63; so auch VG Köln, Urt. v. 17.2.2020 – 9 K 8515/18, juris (NRWE) Rn. 386.

daher keiner Ermächtigungsgrundlage außerhalb der konstituierenden Schiedsgutachtenabrede zwischen den Marktteilnehmern.

Erforderlich bleibt gleichwohl die Aufgabeneröffnung. Auch ein nicht-hoheitliches Verwaltungshandeln setzt voraus, dass die Tätigkeit dem der Behörde zugewiesenen Aufgabenkreis zuzuordnen ist. Die Bundesnetzagentur darf daher nicht als beliebige private Schiedsgutachterin tätig werden, sondern nur, soweit der Streitgegenstand ihrem Regulierungsauftrag sachlich zuzuordnen ist. Bei FPA-Streitigkeiten ist diese Sachnähe ohne Weiteres gegeben. Sie rechtfertigt gerade die Wahl dieser Behörde als Schiedsgutachterin.[219]

d) Rechtsschutz gegen ein Schiedsgutachten der Bundesnetzagentur

Abschließend ist zu untersuchen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten den an den FPA beteiligten Unternehmen gegen ein Schiedsgutachten der Bundesnetzagentur zustehen.

Der Rechtsweg folgt der Rechtsnatur der Vertragskonstruktion. Schließen die Marktteilnehmer bilaterale zivilrechtliche Verträge, so handelt die Bundesnetzagentur nicht hoheitlich, sondern als von den Parteien berufene Dritte im Sinne der §§ 317 ff. BGB. Daher ist nach allgemeinen Grundsätzen der ordentliche Rechtsweg nach § 13 GVG eröffnet. Der Kontrollmaßstab richtet sich nach § 319 Abs. 1 BGB. Die Bestimmung der Leistung durch die Bundesnetzagentur ist für die Parteien nur dann nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. In diesem Fall trifft das Gericht die Bestimmung durch Urteil, § 319 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Maßstab bleibt damit hinter einer vollständigen Richtigkeitskontrolle zurück. Bloße Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung genügen nicht. Diese Beschränkung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs ist die Kehrseite der von den Parteien gewollten Streitbeilegung außerhalb des staatlichen Verfahrens. Sie ist zugleich der Grund dafür, dass die Schiedsgutachtenabrede ihre befriedende Wirkung überhaupt entfalten kann.

Dennoch steht den beteiligten Unternehmen in den Grenzen des § 319 BGB effektiver, wenn auch inhaltlich begrenzter Rechtsschutz zur Verfügung. Sie können die Entscheidung der Bundesnetzagentur vor den ordentlichen Gerichten überprüfen lassen. Die Kontrolle beschränkt sich auf die offenbare Unbilligkeit nach § 319 Abs. 1 BGB. Ein Rechts-

[219] Zur naheliegenden Wahl der Bundesnetzagentur OLG Köln, Beschl. v. 2.9.2019 – 19 U 183/18, BeckRS 2019, 52859 Rn. 23; so auch schon Hinweisbeschl. v. 28.6.2019 – 19 U 182/18, BeckRS 2019, 17373 Rn. 11.

schutzdefizit entsteht dadurch nicht, da die Parteien diese Begrenzung durch die Schiedsgutachtenabrede privatautonom herbeiführen.

e) Zwischenergebnis

Die Bundesnetzagentur kann in den bi- oder multilateralen FPA der Marktteilnehmer untereinander zivilrechtlich wirksam zur Schiedsgutachterin nach § 317 BGB bestimmt werden. Eine entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit – insbesondere aus § 212 TKG oder der hoheitlichen Regulierungskompetenz – besteht nicht. Die erforderliche Neutralität ist gewahrt, weil die Bundesnetzagentur an den bilateralen Verträgen nicht als Partei beteiligt ist und kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Drittleistung hat. Die Aufgabeneröffnung folgt aus der Sachnähe zu ihrem Regulierungsauftrag. Die Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung, etwa zum TAL-Standardangebot und zur Regulierungsverfügung BK3i-19/020, bestätigen die Tragfähigkeit.

5. Ergebnis

Die rechtliche Prüfung der Gestaltungen zur Einräumung einer Schiedsrichterrolle der Bundesnetzagentur führt zu folgendem Ergebnis:

Die hoheitliche Streitentscheidung nach oder analog § 212 Abs. 1 S. 1 TKG bleibt mit erheblichen rechtlichen Zweifeln behaftet und ist nicht vertretbar. Die tatbestandlich erforderliche Verpflichtung „aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes“ lässt sich nach dem vorzugswürdigen engen Verständnis des Tatbestandsmerkmals „aufgrund“ nicht auf die rein privatautonom begründeten Pflichten der FPA erstrecken. Selbst nach weitem, teleologisch gestütztem Verständnis steht dem unter anderem der Selbstwiderspruch zwischen privatautonomer Gestaltung und hoheitlicher Streitentscheidung entgegen. Eine analoge Anwendung scheitert bereits an der fehlenden planwidrigen Regelungslücke. § 212 TKG stellt damit keine tragfähige Grundlage der Schiedsrichterrolle dar.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag zugunsten Dritter mit Monitoring und Vertragsstrafenvereinbarung neben einer Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ist grundsätzlich rechtlich zulässig und zweckmäßig. Ein Vertragsstrafeversprechen zugunsten der öffentlichen Hand ist zulässig, muss jedoch als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Höhe und Ausgestaltung angemessen sein. Die Vertragsstrafe darf den Vertragspartner nicht unangemessen belasten. Maßgeblich ist insbesondere die Sicherung

des mit dem Vertrag verfolgten öffentlichen Zwecks. Zudem muss die Vertragsstrafe hinreichend bestimmt geregelt sein, um eine vollstreckungsfähige Verpflichtung zu begründen.

Hinsichtlich einer Schiedsgutachtenabrede gemäß den §§ 317 ff. BGB ist zunächst festzustellen, dass die Bundesnetzagentur sowohl zivilrechtlich als auch öffentlich-rechtlich (dann i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG) grundsätzlich taugliche Schiedsgutachterin sein kann, wenn keine gesetzliche Zuständigkeit entgegensteht und eine Gefahr einer Interessenkollision nicht besteht. Innerhalb der Nabe-Speiche-Konstruktion scheitert die konkrete Umsetzung jedoch an der gemischten Rolle der Bundesnetzagentur als Versprechensempfängerin des Deckungsverhältnisses einerseits und Schiedsgutachterin über die Drittleistung andererseits. Diese Personalunion durchbricht das Abstraktionsprinzip des Schiedsgutachtens und stellt die erforderliche Neutralität bei deren vorzugswürdig formeller Bestimmung in Frage. Auch der Austausch der Nabe gegen das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung räumt diese Neutralitätsbedenken trotz der umfassenden Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur insbesondere wegen der einheitlichen Rechtsträgerschaft nicht hinreichend sicher aus. Die Ausgestaltung der FPA als Vertrag zugunsten Dritter bei gleichzeitiger Einsetzung der Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin ist daher rechtlich nicht ausreichend belastbar.

Die zivilrechtliche Lösung über bi- oder multilaterale Verträge mit einer Schiedsgutachtenabrede und einem gesonderten Gutachtervertrag mit der Bundesnetzagentur erweist sich demgegenüber als tragfähig. Sie erfüllt sämtliche von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen: Die Vertragsparteien verfügen über die erforderliche Dispositionsbefugnis, eine entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit der Bundesnetzagentur besteht nicht, und die Bundesnetzagentur bleibt gegenüber den Vertragsparteien neutral, da sie an den bilateralen Verträgen nicht beteiligt ist und kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Drittleistung verfolgt. Die Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zum TAL-Standardangebot sowie zur Regulierungsverfügung BK3i-19/020 bestätigen die Tragfähigkeit dieser Konstruktion im Ergebnis. Die rein zivilrechtliche Lösung erweist sich daher als rechtlich belastbar.

Damit stehen zwei rechtlich tragfähige Konstruktionen bereit. Die Schiedsgutachtenabrede kann in bi- oder multilaterale FPA eingebettet werden oder die öffentlich-rechtliche Nabe-Speiche-Konstruktion wird durch eine Monitoringbefugnis der Bundesnetzagentur, ein Vertragsstrafeversprechen sowie die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ergänzt.

IV. Frage 4: Gestaltung der FPA mit Blick auf das nachfolgende Ermessen

Zu klären ist, wie die FPA ausgestaltet sein müssen, damit die Bundesnetzagentur sie unterzeichnen kann, ohne in nachfolgenden Entscheidungen Ermessensfehler zu begehen.

1. Maßstab: Vectoring II

Im Vectoring II-Urteil lehnte das Bundesverwaltungsgericht die Annahme eines Ermessensfehlers bei der auf den Vertragsschluss folgenden Regulierungsverfügung mit den Argumenten ab, dass der Vertrag autonom von der Telekom Deutschland GmbH initiiert wurde, sich die Bundesnetzagentur in keiner Weise selbst gebunden hatte und der Vertrag vor der Ermessensausübung bindend hätte werden können (also die dortigen Zusagen auch „sicher“ waren).[220]

2. Keine rechtliche Selbstbindung

Die FPA dürfen keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur auf ein bestimmtes Regulierungsergebnis enthalten (siehe oben D. II. 1. c)). Die Berücksichtigung bei den nachfolgenden Entscheidungen bleibt bloße Geschäftsgrundlage (siehe oben D. II. 1. c) cc)). Darüber hinaus sollten die FPA der Bundesnetzagentur ausdrückliche Lösungsrechte einräumen – ein Kündigungs- und Widerrufsrecht sowie eine Freistellung von jeder Bindung für den Fall, dass die Regulierungsziele eine abweichende Entscheidung erfordern. Solche Klauseln sichern die Ermessensfreiheit der Behörde ab, ohne das Gewicht der Zusagen der Zeichner zu mindern. Denn sie relativieren nicht deren Pflichten, sondern allein die Erwartung an das Verhalten der Behörde.

3. Vorprägung des Regulierungsermessens

Eine unzulässige Determinierung des Entscheidungsspielraums kann sich auch aus einer faktischen Vorabfestlegung ergeben.[221] Maßgeblich sind die Art und Weise der Einführung und Behandlung der Zusagen der FPA im Verfahren (siehe oben D. II. 1. c) ii)). Im Fall Vectoring II trugen die autonome, nicht ausgehandelte Formulierung der Zusage, die Anpassungen in eigener Verantwortung der Telekom Deutschland GmbH und das über

[220] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 58, 60, 74 f.

[221] BVerwG, Urt. v. 5.7.1974 – 4 C 50.72, BVerwGE 45, 309 (318).

eineinhalb Jahre transparent geführte Verfahren die Verneinung einer Vorabbindung.[222] Sofern die FPA unter intensiver Moderation der Bundesnetzagentur entstehen, müssen diese Sicherungen bei den FPA umso strikter gewahrt werden. Die rechtlichen Hürden sind indes nicht zu hoch anzusetzen. Im Verfahren Vectoring II hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Ausbauzusage der Telekom Deutschland GmbH durch ein von ihr beauftragtes Gutachten die rechtliche Zulässigkeit prüfen lassen.[223] Dem Bundesverwaltungsgericht zufolge hat das keine Ermessensfehler begründet.[224]

Die Vertragsinhalte sollten daher im Rahmen der FPA von den Marktteilnehmern autonom formuliert werden. Eine Beteiligung der Bundesnetzagentur muss in jedem Fall ergebnisoffen bleiben. Das Verfahren ist transparent zu führen und die Bundesnetzagentur darf sich im Vorfeld auf kein Ergebnis der Entscheidung nach § 105 TKG festlegen.

4. Hinreichend konsistenter und durchsetzbarer Inhalt der FPA

Von der Zulässigkeit der FPA zu trennen ist die Frage, ob die Bundesnetzagentur sie mit Gewicht in die Abwägung einstellen kann. Das setzt einen hinreichend konsistenten, effektiv durchsetzbaren Vertragsinhalt voraus.[225] Relativierende Klauseln zugunsten der Zeichner – Lösungsrechte, Bedingungen, Schwächen der Vertragsstrafenregelung – muss die Behörde in die Abwägung einstellen (siehe oben D. II. 1. c) jj)). Jede solche Klausel mindert das Gewicht der FPA. Zudem sollten die Bedingungsstrukturen so gefasst sein, dass die FPA im Zeitpunkt der Ermessensausübung bindend sind oder jedenfalls als bindende Angebote vorliegen, denn bereits ein bindendes Angebot darf berücksichtigt werden.[226]

5. Ergebnis

Die FPA können von der Bundesnetzagentur unterzeichnet werden, ohne dass ihr in den nachfolgenden Entscheidungen Ermessensfehler drohen, wenn die FPA und ihr Zustan-

---

[222] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 75.

[223] *Kühling/Bulowski*, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Rahmen des TKG, 2015, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Rechtsgutachten/BK3-15-0004_Rechtsgutachten_DL.pdf?__blob=publicationFile&v=1, zuletzt abgerufen am 29.7.2026.

[224] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 58 ff.

[225] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 76 f.

[226] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 58.

dekommen bestimmten Anforderungen genügen. Maßstab hierfür ist das Vectoring II-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Es darf keine rechtliche Selbstbindung der Bundesnetzagentur entstehen. Die FPA dürfen keinen Anspruch auf ein bestimmtes Regulierungsergebnis begründen. Ihre Berücksichtigung im Abwägungsvorgang bleibt bloße Geschäftsgrundlage. Zusätzlich sollten die FPA der Bundesnetzagentur ausdrückliche Lösungsrechte einräumen – Kündigung, Widerruf und eine Freistellung von jeder Bindung, falls die Regulierungsziele eine abweichende Entscheidung erfordern. Solche Klauseln sichern die Ermessensfreiheit, ohne die Pflichten der Zeichner zu berühren. Ferner darf keine faktische Vorabfestlegung des Ermessens eintreten. Die Marktteilnehmer müssen den Vertragsinhalt selbst formulieren, die Moderation muss ergebnisoffen bleiben, das Verfahren transparent geführt werden. Eine Besorgnis der Befangenheit besteht dann nicht. Überdies kann die Bundesnetzagentur die FPA nur mit entsprechendem Gewicht in ihre Abwägung einstellen, wenn deren Inhalt hinreichend konsistent und durchsetzbar ist. Relativierende Klauseln zugunsten der Zeichner – etwa Lösungsrechte, Bedingungen oder eine schwache Vertragsstrafenregelung – muss die Behörde in die Abwägung einstellen. Die FPA sollten daher so ausgestaltet sein, dass sie im Zeitpunkt der Ermessensausübung bereits bindend sind oder zumindest als bindendes Angebot vorliegen, da bereits ein bindendes Angebot berücksichtigungsfähig ist.

V. Frage 5: Konkrete Ermessenslenkung der FPA in Bezug auf § 105 TKG

Fraglich ist, ob die Bundesnetzagentur die FPA bei der Ermessensausübung nach § 105 TKG berücksichtigen dürfte und ob sie infolgedessen auf anderweitig erforderliche Maßnahmen verzichten müsste.

1. Prüfprogramm des § 105 Abs. 2 TKG

§ 105 Abs. 2 TKG ermächtigt die Bundesnetzagentur, zur Förderung des Wettbewerbs geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Dazu zählt insbesondere, Frequenznutzungsrechte mit Bedingungen wie einem Vorleistungs- oder Roamingzugang zu verknüpfen. Die Vorschrift räumt der Bundesnetzagentur ein Ermessen ein.[227] Sie stützt ihre Entscheidung auf eine objektive, zukunftsorientierte Bewertung der Wettbewerbsbedingungen.[228] Dabei

[227] *Offenbächer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 14.

[228] *Offenbächer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 15.

prüft sie, ob Maßnahmen erforderlich sind, um wirksamen Wettbewerb zu erhalten oder herzustellen, und welche Auswirkungen die Maßnahmen auf bestehende und künftige Investitionen erwarten lassen.[229] Aus dieser Struktur ergibt sich der Maßstab für die Behandlung der FPA.

2. Berücksichtigungsbefugnis

Die Bundesnetzagentur darf die FPA – wie alle abwägungserheblichen Belange – berücksichtigen. Die FPA verändern die tatsächliche Wettbewerbslage, auf die sich die zukunftsorientierte Bewertung nach § 105 Abs. 2 TKG bezieht. Sie gehören damit zum Abwägungsmaterial der Prognoseentscheidung. Nach den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts darf ein Vertrag – und bereits ein bindendes Angebot – das der Behörde zur Verfügung stehende Abwägungsmaterial beeinflussen.[230] Die Berücksichtigung bindet das Ermessen weder rechtlich noch faktisch vorab. Sie erweitert allein die Tatsachengrundlage.

3. Berücksichtigungspflicht

Die Bundesnetzagentur muss die FPA auch berücksichtigen. Das Abwägungsgebot verpflichtet sie, das abwägungserhebliche Material vollständig zu ermitteln und einzustellen. Die durch die FPA veränderte Wettbewerbslage ist abwägungserheblich, weil sie die nach § 105 Abs. 2 TKG maßgebliche Wettbewerbsbewertung unmittelbar betrifft. Blendete die Bundesnetzagentur die FPA aus, läge ein Abwägungsdefizit und damit ein Ermessensfehler vor. Die Pflicht betrifft allein das Ob der Berücksichtigung. Über das Gewicht der FPA und das Ergebnis der Abwägung entscheidet die Bundesnetzagentur weiterhin frei.

Das Abwägungsgebot erfasst spiegelbildlich ebenso die Wettbewerbslage der Marktakteure, die den FPA nicht beitreten. Ihr Verhalten bleibt vom Verhandlungsgebot und den übrigen Zusagen der FPA unberührt. Verändert sich die Wettbewerbslage der Zeichner durch die FPA, verschiebt sich damit zugleich das Wettbewerbsverhältnis zu den Marktakteuren, die den FPA nicht beitreten. Auch diese Verschiebung ist abwägungserheblich

---

[229] *Offenbächer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 105 TKG Rn. 16.

[230] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 74 f.; dass die BNetzA an diesem Vertrag selbst beteiligt war, problematisierte das Gericht nicht.

und von der Bundesnetzagentur zu ermitteln und in ihre Ermessensentscheidung einzustellen. Bliebe sie unberücksichtigt, läge auch insoweit ein Abwägungsdefizit vor. Ob die so veränderte beziehungsweise zersplitterte Wettbewerbslage im Ergebnis eine strengere Regulierung gerade der FPA-Nichtzeichner rechtfertigt, entscheidet die Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Ermessens.

4. Grenzen der Berücksichtigung

Die FPA sind nur berücksichtigungsfähig, soweit ihr Inhalt konsistent und effektiv durchsetzbar ist.[231] Relativierende Klauseln – Kündigungsrechte, Bedingungen, Fristhemmungen oder Schwächen der Vertragsstrafenregelung – muss die Bundesnetzagentur in die Abwägung einstellen. Jede solche Klausel mindert das Gewicht der FPA und kann den Verzicht auf Maßnahmen tragen oder ihn entfallen lassen. Zweitens darf sich die Bundesnetzagentur nicht vorab auf ein Ergebnis festlegen. Sie behandelt die FPA als einen – wenn auch gewichtigen – Abwägungsbelang neben anderen und trifft ihre Prognose eigenständig.

5. Ergebnis

Die Bundesnetzagentur darf die FPA nicht nur berücksichtigen. Sie muss sie in ihre Abwägung nach § 105 Abs. 2 TKG einstellen. Dies betrifft jedoch nur das Ob der Einstellung in die Abwägung, nicht deren Ergebnis. § 105 Abs. 2 TKG räumt der Bundesnetzagentur ein Ermessen ein. Auf anderweitig erforderliche Maßnahmen darf sie verzichten, soweit die FPA die festgestellten Wettbewerbsprobleme tatsächlich beheben. Sie trifft diese Entscheidung auf Grundlage einer objektiven, zukunftsorientierten Bewertung der Wettbewerbsbedingungen und prüft dabei, ob Maßnahmen zur Förderung wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind. Die Bundesnetzagentur muss im Rahmen der Ermessensausübung das abwägungserhebliche Material vollständig ermitteln. Blendete sie die FPA aus, läge ein Abwägungsdefizit und damit ein Ermessensfehler vor. Diese Berücksichtigung unterliegt jedoch zwei Grenzen. Erstens sind die FPA nur insoweit berücksichtigungsfähig, wie ihr Inhalt konsistent und effektiv durchsetzbar ist. Relativierende Klauseln – etwa Kündigungsrechte, Bedingungen, Fristhemmungen oder eine schwache Vertragsstrafenregelung – mindern ihr Gewicht. Zweitens darf sich die Bundesnetzagen-

[231] BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 8.17, BVerwGE 163, 181 Rn. 76.

tur nicht vorab auf ein bestimmtes Ergebnis festlegen. Sie behandelt die FPA als einen – wenn auch gewichtigen – Belang neben anderen und trifft ihre Prognose eigenständig.

E. Ergebnisse

Im Rahmen der Vergabe der Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz sah die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur in ihrer Entscheidung vom 26. November 2018 statt einer durchsetzbaren Diensteanbieterverpflichtung nur ein Verhandlungsgebot vor. Das Verwaltungsgericht Köln erklärte diese Entscheidung mit rechtskräftigem Urteil vom 26. August 2024 für rechtswidrig. Das Verwaltungsgericht begründete die Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung im Wesentlichen mit der Besorgnis der Befangenheit, einem Verstoß gegen das die Unparteilichkeit sichernde Unabhängigkeitspostulat sowie einem Abwägungsfehler der Bundesnetzagentur. Die Bundesnetzagentur leitete daraufhin unter dem Aktenzeichen BK1-25/001 im Dezember 2025 eine Anhörung zu zwei Handlungsoptionen ein – dem Verzicht auf eine erneute Auktion oder einer erneuten Frequenzvergabe mit Neuzuteilung. Weil das von *Kühling/Drechsler* im Auftrag der EWE TEL erstattete Rechtsgutachten den Verzicht auf eine erneute Auktion für rechtswidrig befindet, strebt die EWE TEL zur Vermeidung der damit verbundenen Rechtsunsicherheit eine außergerichtliche, privatautonome Marktlösung unter Einbezug der Bundesnetzagentur und gegebenenfalls weiterer Akteure wie des Bundeskartellamts an, die durch Fair-Play-Agreements (FPA) umgesetzt werden soll.

Als vertragliches Regelwerk zwischen der Bundesnetzagentur und den Marktteilnehmern oder zwischen den Marktteilnehmern untereinander sollen die FPA eine wettbewerbliche Öffnung der Festnetz- und Mobilfunkinfrastruktur bewirken. Sie verpflichten die Unterzeichner zu einem Verhandlungsgebot über einen diskriminierungsfreien Zugang zu Festnetz- beziehungsweise Mobilfunkvorleistungen und verknüpfen diese Zusage mit einem bedingten Verzicht auf Klage- und Widerspruchsrechte im Kontext der Frequenzzuteilung. Die Konstruktion dient damit der Vermeidung der Rechtsunsicherheit, die aus dem rechtskräftigen Urteil des Verwaltungsgerichts Köln folgt, ohne dass es einer erneuten Auktion bedarf. Bei Streitigkeiten im Rahmen dieser FPA soll die Bundesnetzagentur als Schiedsrichterin fungieren. Die FPA sollen bei zukünftigen Regulierungsentscheidungen abwägungserheblich Berücksichtigung finden.

In diesem Zusammenhang stellen sich rechtliche Fragen, um deren rechtsgutachterliche Bewertung uns die EWE TEL gebeten hat. Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die **erste Frage** gilt der Rolle der Bundesnetzagentur in den Verhandlungen über die FPA. Ob die Bundesnetzagentur als Moderatorin oder Beobachterin an den FPA-Verhandlungen mitwirken darf, hängt von der Intensität ihrer Beteiligung ab. Ein Anspruch der Marktteilnehmer auf eine solche Rolle besteht nicht. Bis zur Schwelle der moderierenden, aber ergebnisoffenen Tätigkeit genügt eine Aufgabennorm. Eine Befugnisnorm wird erst erforderlich, sobald die Tätigkeit final in Rechte eingreift oder steuernd, etwa mit Blick auf spezifische Ergebnisse, wirkt. Nach diesem Maßstab wäre – mit guten, insbesondere verwaltungspraktischen Argumenten – auch eine eigene Veranstaltung der FPA-Gespräche durch die Bundesnetzagentur rechtlich zulässig. Die reine – auch moderierende – Beteiligung an Gesprächen, die von dritter Seite initiiert werden, liegt noch unterhalb dieser Schwelle und ist daher erst recht zulässig.
   a) Die Beobachtung der Verhandlungen ist auf der Grundlage der Aufgabeneröffnung zulässig. Sie erschöpft sich in einem passiven Informationszufluss, ohne Einfluss auf Teilnehmerkreis oder Verhandlungsinhalt zu nehmen, und entfaltet weder unmittelbar noch mittelbar Regelungswirkung. Die Bundesnetzagentur sollte diese Rolle allerdings möglichst passiv ausgestalten. So bleibt die Beobachtung rechtlich in jedem Fall unbedenklich und schafft zugleich die für die Schiedsrichterrolle nach Frage 3 erforderliche Informationsgrundlage.
   b) Die Moderation ist – mit geringen rechtlichen Risiken, insbesondere hinsichtlich einer Ermessensvorprägung bei späteren Entscheidungen – ebenfalls zulässig. Weder der Vorrang noch der Vorbehalt des Gesetzes stehen einer Moderation entgegen: Sie entfaltet keine Regelungswirkung, und die Wesentlichkeitsschwelle betrifft erst die spätere Regulierungsentscheidung, nicht deren ergebnisoffene Vorbereitung. Gleichwohl ist die Moderation rechtlich deshalb weniger belastbar als die Beobachtung, weil die Grenze zur ergebnissteuernden Beteiligung von ihrer tatsächlichen Ausgestaltung abhängt. Zulässig bleibt die Moderation daher, wenn die Bundesnetzagentur keine Vertragsinhalte vorgibt, allen interessierten Marktteilnehmern Zugang gewährt, sich nicht auf ein Ergebnis der späteren Entscheidungen im Frequenzvergabeverfahren, einschließlich Entscheidungen etwa nach § 105 Abs. 2 TKG, festlegt und ihre Beteiligung transparent dokumentiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Mobilfunkgipfel 2018 ist nicht die Teilnahme als solche kritisch, sondern eine inhaltliche Verknüpfung von Verhandlungsergebnissen mit der späteren Regulierungsentscheidung sowie eine unzureichend dokumentierte, intransparente Verfahrensführung, die

den Anschein einer Vorabbindung oder ministeriellen Einflussnahme begründen kann. Diese Frage betrifft indes nicht die Zulässigkeit der Moderation selbst, sondern die Ermessensfehlerfreiheit der Regulierungsentscheidung. Für die Zulässigkeit einer aktiveren Rolle streitet zudem die Verwaltungspraxis: Veranstaltet die Bundesnetzagentur mit dem Gigabitforum ohne Befugnisnorm ein dauerhaftes Gesprächsformat der Branche, so ist ihr erst recht die Beteiligung an Gesprächen zu einer konkreten Marktlösung eröffnet. Auch das Bundesverwaltungsgericht stellt eine intensivere Beteiligung der Bundesnetzagentur an Gesprächen beziehungsweise an Zusagen aus dem Markt grundsätzlich nicht in Frage.

c) Im Ergebnis sind Beobachtung und – bei ergebnisoffener, transparenter und freier Ausgestaltung – auch Moderation der FPA-Verhandlungen durch die Bundesnetzagentur rechtlich zulässig. Letztere dabei mit vertretbaren rechtlichen Restrisiken.

2. Im Rahmen der Beantwortung der **zweiten Frage** rückt die rechtliche Bewertung der möglichen Handlungsformen zur Umsetzung der FPA in den Fokus. Die FPA können sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in zivilrechtlicher Form rechtswirksam und zweckmäßig ausgestaltet werden.

   a) Die öffentlich-rechtliche Lösung als echter Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 54 S. 1, § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 328 Abs. 1 BGB ist rechtlich zulässig, sofern die dargestellten – kumulativ zu wahrenden – Voraussetzungen eingehalten werden. Ihr Vorzug liegt in dem höheren regulatorischen Gewicht, das der Beteiligung der Bundesnetzagentur als Vertragspartei zukommt, sowie in der über den Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) eröffneten Durchsetzbarkeit auch im Verhältnis zum begünstigten Dritten. Dem steht als Nachteil die erhöhte Regelungsdichte der §§ 54 ff. VwVfG sowie das gesteigerte Risiko einer Ermessenskontamination einer nachfolgenden Regulierungsentscheidung gegenüber, das eine besonders transparente und unvoreingenommene Verfahrensgestaltung erfordert. Durch die Vorgaben der §§ 54 ff. VwVfG sowie die bislang gerichtlich noch nicht überprüfte Konstellation hinkender Austauschverträge zugunsten Dritter bestehen hier – allerdings geringe – rechtliche Restrisiken.

   b) Die zivilrechtliche Marktlösung ermöglicht demgegenüber eine von den Sondervoraussetzungen der §§ 54 ff. VwVfG freie, genuin privatautonome Gestaltung (etwa als Rahmenvertrag mit Beitrittsklausel). Das reduziert die Gefahr einer Ermessenskontamination auf Seiten der Bundesnetzagentur. Zugleich ist sie mit einem geringeren regulatorischen Gewicht sowie geringeren Erfolgsaussichten bei

der Abwägungsentscheidung nach § 105 Abs. 2 TKG verbunden, da die Bundesnetzagentur als Vertragspartei fehlt und rein zivilrechtliche Bindungen möglicherweise als weniger konsistent und durchsetzbar eingestuft werden. In beiden Konstruktionen ist der diskriminierungsfreie Beitritt neuer Marktteilnehmer sicherzustellen, was auch möglich ist.

3. An die rechtliche Bewertung der denkbaren Handlungsformen schließt sich die **dritte Frage** an, wie der Bundesnetzagentur eine Schiedsrichterrolle eingeräumt werden kann.
   a) Die hoheitliche Streitentscheidung nach oder analog § 212 Abs. 1 S. 1 TKG bleibt mit erheblichen rechtlichen Zweifeln behaftet und ist nicht vertretbar. Die tatbestandlich erforderliche Verpflichtung „aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes“ lässt sich nach dem vorzugswürdigen engen Verständnis des Tatbestandsmerkmals „aufgrund“ nicht auf die rein privatautonom begründeten Pflichten der FPA erstrecken. Selbst nach weitem, teleologisch gestütztem Verständnis steht dem unter anderem der Selbstwiderspruch zwischen privatautonomer Gestaltung und hoheitlicher Streitentscheidung entgegen. Eine analoge Anwendung scheitert bereits an der fehlenden planwidrigen Regelungslücke. § 212 TKG stellt damit keine tragfähige Grundlage der Schiedsrichterrolle dar.
   b) Der öffentlich-rechtliche Vertrag zugunsten Dritter mit Monitoring und Vertragsstrafenvereinbarung neben einer Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ist grundsätzlich rechtlich zulässig und zweckmäßig. Ein Vertragsstrafeversprechen zugunsten der öffentlichen Hand ist zulässig, muss jedoch als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Höhe und Ausgestaltung angemessen sein. Die Vertragsstrafe darf den Vertragspartner nicht unangemessen belasten. Maßgeblich ist insbesondere die Sicherung des mit dem Vertrag verfolgten öffentlichen Zwecks. Zudem muss die Vertragsstrafe hinreichend bestimmt geregelt sein, um eine vollstreckungsfähige Verpflichtung zu begründen.
   c) Hinsichtlich einer Schiedsgutachtenabrede gemäß den §§ 317 ff. BGB ist zunächst festzustellen, dass die Bundesnetzagentur sowohl zivilrechtlich als auch öffentlich-rechtlich (dann i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG) grundsätzlich taugliche Schiedsgutachterin sein kann, wenn keine gesetzliche Zuständigkeit entgegensteht und eine Gefahr einer Interessenkollision nicht besteht. Innerhalb der Nabe-Speiche-Konstruktion scheitert die konkrete Umsetzung jedoch an der gemischten Rolle der Bundesnetzagentur als Versprechensempfängerin des Deckungsverhält-

nisses einerseits und Schiedsgutachterin über die Drittleistung andererseits. Diese Personalunion durchbricht das Abstraktionsprinzip des Schiedsgutachtens und stellt die erforderliche Neutralität bei deren vorzugswürdig formeller Bestimmung in Frage. Auch der Austausch der Nabe gegen das Bundeskartellamt oder das Bundesministerium für Digitales und Staatsmodernisierung räumt diese Neutralitätsbedenken trotz der umfassenden Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur schon wegen der einheitlichen Rechtsträgerschaft nicht hinreichend sicher aus. Die Ausgestaltung der FPA als Vertrag zugunsten Dritter bei gleichzeitiger Einsetzung der Bundesnetzagentur als Schiedsgutachterin ist daher rechtlich nicht ausreichend belastbar.

d) Die zivilrechtliche Lösung über bi- oder multilaterale Verträge mit einer Schiedsgutachtenabrede und einem gesonderten Gutachtervertrag mit der Bundesnetzagentur erweist sich demgegenüber als tragfähig. Sie erfüllt sämtliche von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen: Die Vertragsparteien verfügen über die erforderliche Dispositionsbefugnis, eine entgegenstehende gesetzliche Zuständigkeit der Bundesnetzagentur besteht nicht, und die Bundesnetzagentur bleibt gegenüber den Vertragsparteien neutral, da sie an den bilateralen Verträgen nicht beteiligt ist und kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Drittleistung verfolgt. Die Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zum TAL-Standardangebot sowie zur Regulierungsverfügung BK3i-19/020 bestätigen die Tragfähigkeit dieser Konstruktion im Ergebnis. Die rein zivilrechtliche Lösung erweist sich daher als rechtlich belastbar.

e) Damit stehen zwei rechtlich tragfähige Konstruktionen bereit. Die Schiedsgutachtenabrede kann in bi- oder multilaterale FPA eingebettet werden oder die öffentlich-rechtliche Nabe-Speiche-Konstruktion wird durch eine Monitoringbefugnis der Bundesnetzagentur, ein Vertragsstrafeversprechen sowie die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ergänzt.

4. Es schließt sich in Beantwortung der **vierten Frage** die konkrete Ausgestaltung der FPA an und insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Bundesnetzagentur die FPA zeichnen kann, ohne sich dem Vorwurf eines Ermessensfehlers in ihren nachfolgenden Entscheidungen auszusetzen. Die FPA können von der Bundesnetzagentur unterzeichnet werden, ohne dass ihr in den nachfolgenden Entscheidungen Ermessensfehler drohen, wenn die FPA und ihr Zustandekommen bestimmten Anforderungen genügen. Maßstab hierfür ist das Vectoring II-Urteil des Bundesver-

waltungsgerichts. Es darf keine rechtliche Selbstbindung der Bundesnetzagentur entstehen. Die FPA dürfen keinen Anspruch auf ein bestimmtes Regulierungsergebnis begründen. Ihre Berücksichtigung im Abwägungsvorgang bleibt bloße Geschäftsgrundlage. Zusätzlich sollten die FPA der Bundesnetzagentur ausdrückliche Lösungsrechte einräumen – Kündigung, Widerruf und eine Freistellung von jeder Bindung, falls die Regulierungsziele eine abweichende Entscheidung erfordern. Solche Klauseln sichern die Ermessensfreiheit, ohne die Pflichten der Zeichner zu berühren. Ferner darf keine faktische Vorabfestlegung des Ermessens eintreten. Die Marktteilnehmer müssen den Vertragsinhalt selbst formulieren, die Moderation muss ergebnisoffen bleiben, das Verfahren transparent geführt werden. Eine Besorgnis der Befangenheit besteht dann nicht. Überdies kann die Bundesnetzagentur die FPA nur mit entsprechendem Gewicht in ihre Abwägung einstellen, wenn deren Inhalt hinreichend konsistent und durchsetzbar ist. Relativierende Klauseln zugunsten der Zeichner – etwa Lösungsrechte, Bedingungen oder eine schwache Vertragsstrafenregelung – muss die Behörde in die Abwägung einstellen. Die FPA sollten daher so ausgestaltet sein, dass sie im Zeitpunkt der Ermessensausübung bereits bindend sind oder zumindest als bindendes Angebot vorliegen, da bereits ein bindendes Angebot berücksichtigungsfähig ist.

5. In Beantwortung der **fünften Frage** ist festzustellen, dass die Bundesnetzagentur die FPA nicht nur berücksichtigen darf. Sie muss sie in ihre Abwägung nach § 105 Abs. 2 TKG einstellen. Dies betrifft jedoch nur das Ob der Einstellung in die Abwägung, nicht deren Ergebnis. § 105 Abs. 2 TKG räumt der Bundesnetzagentur ein Ermessen ein. Auf anderweitig erforderliche Maßnahmen darf sie verzichten, soweit die FPA die festgestellten Wettbewerbsprobleme tatsächlich beheben. Sie trifft diese Entscheidung auf Grundlage einer objektiven, zukunftsorientierten Bewertung der Wettbewerbsbedingungen und prüft dabei, ob Maßnahmen zur Förderung wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind. Die Bundesnetzagentur muss im Rahmen der Ermessensausübung das abwägungserhebliche Material vollständig ermitteln. Blendete sie die FPA aus, läge ein Abwägungsdefizit und damit ein Ermessensfehler vor. Diese Berücksichtigung unterliegt jedoch zwei Grenzen. Erstens sind die FPA nur insoweit berücksichtigungsfähig, wie ihr Inhalt konsistent und effektiv durchsetzbar ist. Relativierende Klauseln – etwa Kündigungsrechte, Bedingungen, Fristhemmungen oder eine schwache Vertragsstrafenregelung – mindern ihr Gewicht. Zweitens darf sich die Bundesnetzagentur nicht vorab auf ein bestimmtes Ergebnis festlegen. Sie behandelt

die FPA als einen – wenn auch gewichtigen – Belang neben anderen und trifft ihre Prognose eigenständig.

Regensburg, den 10. August 2026

gez.

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. Dipl.-Jur. Univ. David Sixt