

EWE TEL GmbH, Postfach 25 09, 26015 Oldenburg

Per E-Mail: referat212@bnetza.de
 Bundesnetzagentur
 Referat 212
 Tulpenfeld 4
 53113 Bonn

Sie erreichen uns:

✉ EWE TEL GmbH
 Postfach 25 09, 26015 Oldenburg
 ☎ Tel. [REDACTED]
 @ [REDACTED] | www.ewe.de
 Ihr Kontakt: [REDACTED]
 Klassifizierung: Öffentlich

BK1-25/001: Stellungnahme der EWE TEL GmbH zur Anhörung der interessierten Kreise zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Vorgehen im Verfahren BK1-25/001

16. Januar 2026

Sehr geehrte Frau Biermann,
 sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und machen gerne davon Gebrauch. Die Stellungnahme gliedert sich wie folgt:

A.	Allgemein	2
B.	Fragenkatalog	6
I.	Fragen zum Wettbewerb	6
1.	Frage 2.1.: „Hat sich die Situation des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt im Vergleich zum Stand der PKE 2025 vom 24. März 2025 geändert?“	6
a)	Fusionsauflage der Telefónica mittlerweile ausgelaufen.....	8
b)	Thesen und „Prognosen“ aus WIK/EY-Gutachten sind widerlegt bzw. nicht eingetreten.....	8
c)	Neue Entwicklungen seit WIK/EY 2023 und WIK 2025-Gutachten	15
2.	Frage 2.2.: „Gibt es insbesondere im Vorleistungsmarkt bereits Erfahrungen mit Verhandlungen, seitdem die Leitplanken für ein Verhandlungsgebot in Bezug auf Diensteanbieter in der PKE 2025 vom 24. März 2025 aufgestellt worden sind?“	22
	[REDACTED]	
	[REDACTED]	
3.	Frage 2.3.: „Gibt es im Zusammenhang mit dem National Roaming neue Erfahrungen und Sachverhalte, die in der PKE 2025 vom 24. März 2025 nicht berücksichtigt sind?“	26
II.	Fragen zu den Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung	26

III.	Fragen zur Verfahrensgestaltung.....	27
1.	Frage 4.1: „Gibt es Anmerkungen zu dem skizzierten Vorgehen; gibt es insbesondere bereits jetzt Aspekte, die für oder wider die oben beschriebenen Handlungsoptionen streiten?.....	27
a)	Handlungsoption 1 rechtswidrig	27
b)	Handlungsoption 2 rechtmäßig	28
2.	Frage 4.2: „Gibt es weitere Handlungsoptionen?“	28
C.	Faktencheck zur unveröffentlichten Stellungnahme der Telekom vom 21.02.2025	31

A. Allgemein

Die gegenständliche Anhörung geht bekanntlich auf gewonnene Klagen der EWE TEL GmbH („EWE TEL“) sowie der Freenet AG („Freenet“) zurück. Dabei ist es EWE TEL wichtig, erneut zu unterstreichen, dass die nun erforderliche vollständige Wiederholung der Frequenzvergabe (dazu sogleich unter B.III.1.) nie Ziel der Klagen war. Bekanntlich hat EWE TEL die Klageanträge primär auf eine isolierte Verstärkung des für sich genommen untauglichen Verhandlungsgebotes zu einer Diensteanbieterverpflichtung gerichtet. Nur äußerst hilfsweise war eine vollständige Aufhebung der Entscheidungen III und IV aus 2018 (BK1-17/001, „PKE II und IV 2018“) beantragt worden. Dieser äußerste Hilfsantrag ist allein deshalb relevant geworden, weil die Bundesnetzagentur – später bestätigt durch das Bundesverwaltungsgericht – von einer Unteilbarkeit der Entscheidung ausgegangen ist. Wenn sich die Fachöffentlichkeit nun die Frage stellt, warum in einem Verfahren aus 2019 eine Anhörung über eine Neuvergabe der Frequenzen durchgeführt werden muss, sollten diese Zusammenhänge nicht außer Acht gelassen werden.

Relevanz hat dies auch deshalb, weil EWE TEL und andere ebenfalls die Präsidentenkammerentscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz sowie eine Entschließung zur späteren Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens (BK1-22/001, „PKE 2025“) beklagt haben. Auch wenn das Klageverfahren noch läuft, spricht die bisherige Auswertung der Entscheidung sowie der Akten aus Sicht von EWE TEL klar dafür, dass auch die PKE 2025 rechtswidrig war. Sollte das Verwaltungsgericht diese Auffassung bestätigen, würde diesbezüglich ebenfalls eine neue Vergabe erforderlich werden.

All dies könnte die Frage aufwerfen, wofür u.a. die EWE TEL die jahrelangen Rechtsstreitigkeiten auf sich genommen hat. Nun, die Antwort auf diese Frage ist simpel: Klagen sind kein Geschäftsmodell der EWE TEL und auch nicht der anderen Diensteanbieter. Das Bestreben der EWE TEL und der anderen Diensteanbieter ist es alleine, in einem Markt, der aufgrund der Vergabe eines knappen öffentlichen Guts durch ein natürliches Oligopol geprägt ist, wettbewerbsfähige Mobilfunkvorleistungen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu erhalten. Nicht mehr. Aber auch nicht weniger.

Das Verhandlungsgebot ist, das hat die Zeit seit der Auferlegung dem Markt leidvoll vor Augen geführt, zur Erreichung dieses Ziels für sich genommen untauglich. Ein Verhandlungsgebot mag allenfalls dann funktionieren, wenn sich in Verhandlungen zwei mehr oder weniger gleichstarke Unternehmen auf Augenhöhe gegenüberstehen. Dies ist im Mobilfunkmarkt aufgrund der natürlichen Knappheitssituation jedoch gerade nicht der Fall. Auf der einen Seite stehen Unternehmen mit jeweils ca. 30 % Marktanteil, die exklusiv und staatlich abgesichert über ein knappes öffentliches Gut verfügen. Und auf der anderen Seite stehen Unternehmen mit in der Regel deutlich unter einem Prozent Marktanteil, die für die Oligopolisten zusätzlichen Wettbewerb bedeuten würden. Entsprechend gering ist die Motivation der Oligopolisten, mit den Nachfragern Verträge über wettbewerbsfähige Vorleistungen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu schließen. Gegen dieses enorme Missverhältnis von Verhandlungsmacht hilft für sich genommen auch kein Verhandlungsgebot. Schlimmer noch: die Bundesnetzagentur hat jüngst mit der Frequenzverlängerung die wettbewerbsschädliche Praxis der

Exklusivitätsverträge für die Fälle legitimiert, in denen den Diensteanbietern „Sonderkonditionen“ angeboten werden.

Damit wird der gleichzeitige Bezug von Mobilfunkvorleistungen durch Diensteanbieter wie EWE TEL bei mehreren Mobilfunknetzbetreibern praktisch unmöglich, da diese regelmäßig eine Exklusivität verlangen. Dies verhindert es jedoch gerade, dass Diensteanbieter, die nicht wie freenet aus historischen Gründen mehrere Diensteanbieterverträge bei verschiedenen Mobilfunknetzbetreibern haben, eine Verhandlungsmacht aufbauen können. Die Mobilfunknetzbetreiber erreichen auch unter Geltung des Verhandlungsgebotes genau das, was sie als Oligopolisten erreichen wollen: die Verhinderung effektiven Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt und damit auch auf dem Endkundenmarkt durch Diensteanbieter.

Oder, um es mit den Worten des – ansonsten ganz erheblich zu kritisierendem – „Wettbewerbsgutachten“ von WIK/EY 2023 aus dem Verfahren BK1-22/001 zu sagen:

„In den Marktkonstellationen, wo Vorleistungsnachfrager und Mobilfunknetzbetreiber in den gleichen Kundensegmenten Umsätze generieren wollen, bestehen bei einzelnen Mobilfunknetzbetreibern Widerstände beim Abschluss von neuen Vorleistungsvereinbarungen.“
(WIK-Consult/EY, 2023, S. 133)

Bedauerlicherweise hat es diese Erkenntnis unter anderem aufgrund massiver methodischer Mängel nicht in das Fazit der Gutachter geschafft. Gleichwohl bleibt sie zentral, auch wenn sie das eigentliche Kernproblem nicht vollends erfasst: Es geht gerade nicht darum, „irgendeinen“ Vorleistungsvertrag zu erhalten. Selbst die einzigen beiden Unternehmen mit einem Streitbeilegungsverfahren unter dem Verhandlungsgebot hätten „irgendeinen“ Vertrag abschließen können. **Es geht um einen Vertrag über wettbewerbsfähige Vorleistungen zu fairen und angemessenen Bedingungen.**

Dass das Verhandlungsgebot hierfür keine ausreichende regulatorische Absicherung darstellt, zeigen die bisherigen Streitbeilegungsverfahren, insbesondere das Streitbeilegungsverfahren der spusu Deutschland GmbH („spusu“, ehemals Multiconnect GmbH), BK2-23/002. In diesem Verfahren beehrte die spusu den Zugang zu MVNO-Vorleistungen der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG („Telefónica“). Dieses Verfahren dauerte ca. zwei Jahre und endete mit einer Entscheidung, die – nach allgemeiner Marktkennntnis – **bis heute nicht zu einem Vertragsschluss zwischen spusu und Telefónica geführt hat.**

Dieser Umstand zeigt eindrücklich die Untauglichkeit des Verhandlungsgebotes in seiner ganzen Breite. Das Verhandlungsgebot hat nicht dazu geführt, dass die spusu, die **seit 10 Jahren** versucht, in den deutschen Mobilfunkmarkt einzutreten, von Telefónica einen Vertrag mit wettbewerbsfähigen Vorleistungen zu fairen und angemessenen Bedingungen erhalten hat. Nicht einmal nach einer erfolgreichen Untätigkeitsklage, in der das Verwaltungsgericht Köln nochmal ausdrücklich festgehalten hat:

„Die Überschreitung der Entscheidungsfrist ist nicht zu rechtfertigen. Weder sieht § 212 Abs. 1 Satz 2 TKG Ausnahmen von der Entscheidungsfrist vor, noch entsprechen diese dem Sinn und Zweck des Streitbeilegungsverfahrens und der der Beschlusskammer gesetzten Entscheidungsfrist.“

*Sinn und Zweck des Streitbeilegungsverfahrens ist es, Meinungsunterschiede zwischen den Unternehmen **möglichst effizient und – gerade in dringenden Fällen – ohne vermeidbaren Zeitverlust beizulegen.***

Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 2007 – 6 C 47.06 –, juris Rn. 20 zur Vorgängervorschrift des § 133 TKG a.F.

*Dass für das **Streitbeilegungsverfahren ein Beschleunigungsgebot gilt, ergibt sich auch aus den zugrundeliegenden unionsrechtlichen Vorgaben.** Gemäß Art. 26 Abs. 1 Satz 1 EKEK hat die nationale Regulierungsbehörde die Streitbeilegungsentscheidung „**so rasch wie möglich**“ (englische Fassung: „**in the shortest possible time-frame**“) zu treffen. Als **Höchstfrist** („in jedem Fall“) nennt Art. 26 Abs. 1 Satz 1 EKEK **vier Monate**, abgesehen von Ausnahmesituationen (englische Fassung: „in any case within four months except in exceptional circumstances“). Schon in Art. 20 Abs. 1 RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste war vorgesehen, dass Streitigkeiten zwischen Unternehmen „schnellstmöglich, auf jeden Fall aber – außer in Ausnahmesituationen – innerhalb von vier Monaten“ beigelegt werden.*

[...]

*Für das Streitbeilegungsverfahren nach § 212 TKG gilt nicht Anderes. Wie der vorliegende Fall zeigt, ist die Streitbeilegungsentscheidung der Beschlusskammer **für die Klägerin von grundlegender Bedeutung für den von ihr begehrten Zugang zum Mobilfunknetz der Telefónica und der damit einhergehenden Möglichkeit, Telekommunikationsdienste auf Endkundenebene anzubieten. Dem Faktor Zeit kommt mithin eine herausragende Bedeutung zu.***

(VG Köln Urt. v. 25.4.2025 – 1 K 8270/24, BeckRS 2025, 10937, Hervorhebungen nur hier)

Welcher den Anforderungen des § 105 Abs. 1 TKG genügende wettbewerbliche Impuls wird durch ein Verhandlungsgebot gesetzt, welches nicht dazu führt, dass die spusu innerhalb von bald drei Jahren von Telefónica ein unterschriftsreifes Angebot über wettbewerbsfähige Vorleistungen zu fairen und angemessenen Bedingungen hat? Wie soll ein solches Verhandlungsgebot dafür geeignet sein, dem Beschleunigungsgebot gemäß Art. 26 Abs. 1 Satz 1 EKEK zu entsprechen?

Daran ändern auch die unbestimmten und einer Diskriminierung Tür und Tor öffnenden Leitplanken nichts. So erweckt der Tenor der PKE 2025 zwar den Anschein einer vermeintlich bestehenden Diskriminierungsfreiheit. Dieser Diskriminierungsfreiheit wird jedoch spätestens durch die Leitplanken sowie ihrer weiteren Begründung der Boden unter den Füßen entzogen. Dabei formuliert die PKE 2025:

*„[...] **es handelt sich bei den Leitplanken gerade nicht um starre Grenzen, die durchsetzbare Ansprüche auf bestimmte Vorleistungskonditionen gewähren sollen.***

[...]

*Zugleich sind Leitplanken bei Verhandlungen und in Streitfällen nicht isoliert zu betrachten, sondern bilden ein System verhandlungslenkender und sich wechselseitig beeinflussender, konkretisierender Bestimmungen. **Eine gewisse Abweichung einzelner vertraglicher Konditionen von einer Leitplanke bedeutet nicht ohne weiteres, dass die jeweiligen Konditionen unangemessen sind und einen Verstoß gegen das Verhandlungsgebot darstellen.** Vielmehr*

*ist nach den Umständen des Einzelfalls in einer Gesamtschau zu betrachten, **wie sehr sich die jeweiligen vertraglichen Bedingungen im Rahmen der Leitplanken insgesamt bewegen.***

[...] zum anderen könnten Regelbe[i]spiele, auch wenn sie offen formuliert würden, als allgemeingültige Grenzen von nach dem Verhandlungsgebot zulässigen Vertragsinhalten wahrgenommen werden, was angesichts der Wettbewerbssituation und dem Leitbild privatautonomer Verhandlungen nicht geboten wäre.

[...]

*Soweit insbesondere mit Blick auf die Leitplanke zu fairen und angemessenen Vertragskonditionen vorgetragen wurde, diese würde zu einer nicht gerechtfertigten Preiskontrolle und einer strikten Gleichbehandlung zwischen eigenem Vertrieb der Zuteilungsinhaber und Dritten führen, berücksichtigt die Kammer den Vortrag insoweit, als sie die ursprüngliche Formulierung hierzu für entbehrlich hält. Die Leitplanke zu fairen und angemessenen Vertragsbedingungen formt den Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit weiter aus. Insofern erscheint der Kammer eine darüberhinausgehende Konkretisierung nicht geboten. **Die Kammer stellt klar, dass auch mit der ursprünglichen Formulierung keine Bundesnetzagentur strikte Gleichbehandlung zwischen eigenem Vertrieb und Dritten vorgesehen war und dass insbesondere Investitionen in den Netzausbau zu berücksichtigen sind.***

(PKE 2025, S. 129 ff., Hervorhebungen nur hier)

Diese Ausführungen zeigen, dass von dem noch im Tenor postulierten Diskriminierungsverbot aufgrund der Leitplanken und deren Begründung im Ergebnis nicht viel übriggeblieben ist. Sie ermöglichen ausdrücklich Ausnahmen von der Diskriminierungsfreiheit. Damit verbessern die Leitplanken das Verhandlungsgebot nicht. **Sie legitimieren Diskriminierungen und erheben sie zum Goldstandard.** Aus Sicht der Mobilfunknetzbetreiber gilt spätestens seit den Leitplanken: **Wer nicht diskriminiert, verliert.**

In diesem Zusammenhang wird mit größter Sorge auf die Gerüchte im Markt geschaut, wonach die Bundesnetzagentur überlege, im Rahmen neuer Zuständigkeiten auch der Beschlusskammer 2 personelle Ressourcen zu entziehen. EWE TEL hofft, dass es sich hierbei um ein Missverständnis handelt. Zwar ist EWE TEL naturgemäß nicht mit jeder Entscheidung der Beschlusskammer 2 vollends einverstanden. **Allerdings muss doch unter dem Strich festgehalten werden, dass die Beschlusskammer 2 einen ganz zentralen und wertvollen Beitrag zur Förderung des Wettbewerbs nicht nur im Mobilfunkmarkt, sondern auch im Markt 2 leistet.** Eine weitere Kürzung der bereits jetzt – siehe Untätigkeitsurteil – offensichtlich unzureichenden personellen Mittel der Beschlusskammer 2 wäre nicht nur ein fataler Fehler. Schon durch die erwartbaren zusätzlichen Verfahrensdauern wäre das Verhandlungsgebot klar untauglich zur Förderung des Wettbewerbs. Sie würde auch dem unionalen Beschleunigungsgebot gemäß Art. 26 Abs. 1 Satz 1 EKEK widersprechen und wäre damit evident rechtswidrig.

Dies vorausgeschickt, möchten wir nun im Einzelnen auf die von der Bundesnetzagentur angesprochenen Aspekte der Anhörung eingehen. Dabei sei allerdings berücksichtigt, dass die Anhörung nach Aussage der Bundesnetzagentur nur einen ersten Schritt darstellt und die Präsidentenkammer plant, hinsichtlich der Erwägungen zu den konkreten Frequenznutzungsbestimmungen eine vertiefte Konsultation in einem nächsten Schritt durchzuführen.¹ EWE TEL behält sich deshalb vertiefenden

¹ Anhörungspapier, S. 7.

Vortrag, insbesondere zu der Frage der Relevanz der Geschäftskundenprodukte sowie von Bündelprodukten vor.

B. Fragenkatalog

I. Fragen zum Wettbewerb

1. Frage 2.1.: „Hat sich die Situation des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt im Vergleich zum Stand der PKE 2025 vom 24. März 2025 geändert?“

Die Frage 2.1. zeigt bereits ein bedenkliches Verständnis der Bundesnetzagentur des ihr obliegenden Prüfprogramms. Offenbar plant die Bundesnetzagentur, die Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse auf der Grundlage eines „Deltaabgleichs“ der im Rahmen der PKE 2025 – nicht rechtskräftig – festgestellten Wettbewerbsverhältnisse, mit den aktuellen Wettbewerbsverhältnissen durchzuführen. Dieser „Deltaabgleich“ stellt gerade keine den Anforderungen des § 105 Abs. 2 Satz 3 und 4 TKG genügende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse dar. Mit hoher Wahrscheinlichkeit würde aus einem solchen Deltaabgleich die unmittelbare Rechtswidrigkeit der anstehenden Entscheidung folgen.

Wie oben bereits ausgeführt, ist die PKE 2025 rechtswidrig. Dies liegt an einer Vielzahl von Gründen. Einer dieser Gründe sind jedoch die Wettbewerbsgutachten von WIK/EY 2023 sowie von WIK 2025. Diese Gutachten unterliegen gleich mehrfachen Verwertungsverböten, wie die EWE TEL in ihrer Klagebegründung zeitnah ausführen wird. Dies gilt insbesondere auch für das Gutachten WIK 2025. Dieses Gutachten ist von der Bundesnetzagentur nicht veröffentlicht und nicht konsultiert worden. Gleichwohl findet es sich in den Verwaltungsakten. Da das Gutachten selbst Schwärzungen enthält, geht EWE TEL davon aus, dass die geschwärzte Fassung des Gutachtens keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält und mithin veröffentlicht werden kann. Um die Diskussion zu erleichtern, hängt EWE TEL das Gutachten mithin dieser Stellungnahme als **Anlage 1** an. **Sollte die BNetzA wider Erwarten der Ansicht sein, dass das Gutachten nicht veröffentlicht werden darf, stellt EWE TEL der BNetzA eine Schwärzung anheim und bittet in diesem Falle um eine Begründung für die Schwärzung.**

Jeder unbefangene Leser wird zu dem Ergebnis kommen, dass das Gutachten die Anforderungen an eine wissenschaftliche Studie bei Weitem nicht erfüllt. Um dies zu illustrieren, hat EWE TEL ein eigenes Kurzgutachten zur wissenschaftlichen Aussagekraft des Gutachtens WIK 2025 von e.DEAS economics erstellen lassen, **Anlage 2**. Dieses Kurzgutachten kommt zu dem Ergebnis:

*„Insgesamt knüpft die Kurzstudie methodisch und argumentativ nahtlos an das vorherige Gutachten (WIK/EY, 2023) an und **vermag erneut nicht, die Anforderungen an eine valide ökonomische Analyse zu erfüllen. Die Darstellung wirkt nun zudem noch oberflächlicher als das vorherige Gutachten (WIK/EY, 2023) und es werden, abgesehen von wenigen deskriptiven Statistiken, kaum Belege für die vorgenommenen Behauptungen angeboten. Es findet sich eine relativ hohe Zahl an Aussagen, die entweder falsch oder zumindest nicht belastbar sind.***

Auch methodisch kann die Kurzstudie nicht überzeugen. Es werden keine belastbaren methodischen Ansätze verfolgt; zur Stützung der Aussagen fehlen sowohl adäquate empirische als auch theoretische Analysen. Stattdessen wird auf „Markterfahrungen“ und vage Zusammenhänge rekurriert. Dieses Vorgehen entspricht nicht den Standards wissenschaftlichen Arbeitens; die Analyse ist daher unvollständig und nicht überzeugend.

Tatsächlich lässt sich anhand der Ausführungen vermuten, dass Wettbewerbsprobleme bei Bündel-, Geschäftskunden- und FMC-Angeboten vorliegen, da die Kurzstudie nicht in der Lage war, entsprechende Vermutungen zu entkräften. Erst eine ausführlichere und methodisch adäquate Analyse könnte genauere Aussagen über den Einfluss auf den gesamten Wettbewerb im Mobilfunkmarkt treffen. Die vorliegende Kurzstudie ist dazu jedenfalls nicht in der Lage.“

(S. 22 des Kurzgutachtens e.DEAS economics zur Studie von WIK-Consult „Wettbewerbliche Auswirkungen von Bündelprodukten, Geschäftskundenprodukten und FMC-Produkten“, Hervorhebung nur hier)

Das Gutachten WIK 2025 kann mithin keine taugliche Grundlage für einen „Deltaabgleich“ sein. Gleichwohl ist das Gutachten von der Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung PKE 2025 offenbar berücksichtigt worden, wie sich anhand der Ausführungen der PKE 2025 erkennen lässt. Wenn die Wettbewerbseinschätzung aus der PKE 2025 auf einem offensichtlich untauglichen Gutachten basierte, so wäre ein „Deltaabgleich“ des Status quo mit genau dieser Wettbewerbseinschätzung ebenfalls rechtswidrig. Die Bundesnetzagentur würde damit auch die Neuversteigerung mit der Rechtswidrigkeit einer Vorentscheidung infizieren. Um dies zu verhindern, ist es zwingend geboten, dass die Bundesnetzagentur die Wettbewerbsverhältnisse vollständig neu ermittelt und sich dabei nicht auf die – rechtswidrigen – Vorgutachten WIK/EY 2023 und WIK 2025 stützt.

Für eine vollständige Neuermittlung der Wettbewerbsverhältnisse spricht auch das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln. Das Verwaltungsgericht hat in Rn. 679 f. des Urteils rechtskräftig entschieden:

*„Bei der Neubescheidung hat die Beklagte **die dann aktuelle Sach- und Rechtslage** zugrunde zu legen. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Vergabeverfahrens, die Regulierungsziele nach §§ 2 und 87 TKG bestmöglich zu erreichen (vgl. § 100 Abs. 2 Satz 1 TKG). Hierfür bedarf es **einer aktuellen Beurteilung** der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes (vgl. § 100 Abs. 3 Satz 3 TKG). **Gesichtspunkte des Wettbewerbs werden im Rahmen des Ausgestaltungsspielraums der Beklagten voraussichtlich stärker zu berücksichtigen sein.** Denn der Gesetzgeber hat nunmehr mit § 105 TKG – der Art. 52 der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation umsetzt – in die Vorschriften zur Frequenzordnung **eine Pflicht der BNetzA zur Förderung des Wettbewerbs und Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt bei der Zuteilung, Änderung und Verlängerung von Frequenzen aufgenommen.**“*

(Hervorhebung nur hier)

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zeigen, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur auf einer aktuellen Beurteilung der Wettbewerbssituation beruhen muss. Die Gesetzesbegründung – ebenso wie EG 133 des EKEK – formuliert:

*„[...] Die Anwendung solcher Maßnahmen sollte daher auf einer **eingehenden und objektiven Bewertung des Marktes und der entsprechenden Wettbewerbsbedingungen** durch die Bundesnetzagentur beruhen. [...]“*

(BT-Drs. 29/21, S. 372, Hervorhebung nur hier)

Ein bloßer „Deltaabgleich“ erfüllt die Anforderungen an eine „eingehende und objektive Bewertung des Marktes und der entsprechenden Wettbewerbsbedingungen“ offensichtlich nicht. Vielmehr enthält ein solcher „Deltaabgleich“ gerade das Risiko, dass sich – wie hier vorliegend – in der

Vergangenheit gemachte Fehler bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation gerade perpetuieren. Dies widerspräche jedoch dem Erfordernis, dass es sich um eine „objektive“ Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse handeln muss.

Bei dieser vollständigen Neuermittlung der Wettbewerbsverhältnisse hat die Bundesnetzagentur insbesondere die nachfolgenden Aspekte zu berücksichtigen:

a) Fusionsauflage der Telefónica mittlerweile ausgelaufen

Im Rahmen der PKE 2018 war darum gestritten worden, ob die Fusionsauflagen der Telefónica eine ausreichende Absicherung des Dienstewettbewerbs darstellten.

Dazu hielt die PKE 2018 fest:

„Hierbei sind auch die fusionsbedingten Selbstverpflichtungen der Telefónica gegenüber der Europäischen Kommission zu berücksichtigen (vgl. Verfahren M.7018, a. a. O.). Diese gehen zeitlich über die Geltung der UMTS-Lizenzen hinaus. Damit haben die Diensteanbieter zumindest übergangsweise die regulatorische Sicherheit, zumindest eines der drei bestehenden Mobilfunknetze nutzen zu können.

In der Kommentierung wurde hierzu vorgetragen, der Hinweis auf die geltenden Selbstverpflichtungen der Telefónica aus dem Fusionsverfahren sei nicht ausreichend. Die Kammer erkennt nicht, dass die Selbstverpflichtungen für sich keine umfassende Verpflichtung begründet, die eine Regelung seitens der Bundesnetzagentur ersetzen könnte. Aus diesem Grund ordnet die Kammer das Verhandlungsgebot als mildestes Mittel an. Dieses wird jedenfalls zeitweise von den Selbstverpflichtungen der Telefónica flankiert, die einerseits in Teilen beschränkt sind, jedoch andererseits einen Zugangsanspruch begründen. Sollte sich das Verhandlungsgebot – wie von einigen Kommentatoren prognostiziert – als nicht ausreichend erweisen, um den Wettbewerb auf Diensteebene zu fördern, so könnten jedenfalls übergangsweise die Selbstverpflichtungen herangezogen werden.“

(PKE 2018, Rn. 535 f.)

Die fusionsbedingten Selbstverpflichtungen der Telefónica sind am 31.12.2025 ausgelaufen.² Die von der PKE 2018 gesehene „Sicherheitsnetzfunktion“ der Fusionsauflagen ist damit entfallen. Dies ist ein Umstand, der gerade vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich gemachten (leidlichen) Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot bei einer Neuvergabe berücksichtigt werden muss.

b) Thesen und „Prognosen“ aus WIK/EY-Gutachten sind widerlegt bzw. nicht eingetreten

Trotz einer gewissen Dynamik zwischen den Mobilfunknetzbetreibern auf dem Endkundenmarkt infolge des Zutritts durch den vierten Netzbetreiber erfolgen weiterhin **massive Behinderungen** auf dem Markt für Mobilfunk**vorleistungen**.

² Vgl. Rn. 22 Annex C zum Case M.7018 - TELEFÓNICA DEUTSCHLAND/ E-PLUS der EU-Kommission, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7018_6053_3.pdf.

Seit der letzten Frequenzvergabe und der Untersuchung durch WIK/EY Anfang 2023 haben sich neue Marktentwicklungen in Bezug auf die Annahmen im Gutachten ergeben bzw. negative Entwicklungen bestätigt. Diese machen eine neue, detaillierte und ergebnisoffene Untersuchung des gesamten Mobilfunkmarktes inklusive des dazugehörten Teils für Mobilfunkvorleistungen sowie eine vorausschauende Beurteilung **zwingend erforderlich**, wenn mit der Neuvergabe tatsächlich der Wettbewerb gezielt und effektiv gefördert werden soll.

aa) So hatte WIK/EY 2023 folgende These vertreten:

„Es findet sich keine empirische Evidenz für eine Abschottung des Vorleistungsmarktes durch die etablierten Mobilfunknetzbetreiber. Marktzutritte im Vorleistungsmarkt sind möglich und finden statt. Durch den Markteintritt des vierten Mobilfunknetzbetreibers hat sich der Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt bereits intensiviert. Der Abschluss der National Roaming-Vereinbarung von 1&1 und Vodafone zeigt, dass ein Wettbewerb um Vorleistungsnachfrager in Deutschland besteht.“

(WIK/EY 2023, S. II)

Diese These ist in mehrfacher Hinsicht widerlegt:

- (1) Zunächst steht diese Ausführung wie oben bereits beschrieben im Widerspruch zur ebenfalls im Gutachten enthaltenen Aussage:

„In den Marktkonstellationen, wo Vorleistungsnachfrager und Mobilfunknetzbetreiber in den gleichen Kundensegmenten Umsätze generieren wollen, bestehen bei einzelnen Mobilfunknetzbetreibern Widerstände beim Abschluss von neuen Vorleistungsvereinbarungen.“

(WIK/EY 2023, S. 133)

Was, wenn nicht eine „*empirische Evidenz für eine Abschottung des Vorleistungsmarktes*“ stellt es dar, wenn bei Mobilfunknetzbetreibern „*Widerstände beim Abschluss von neuen Vorleistungsvereinbarungen*“ bestehen?

- (2) Überdies ist seit der Vergabe 2019 zwar ein verstärktes Aufkommen günstiger Datenflatrates im Endkundenmarkt durch preislich attraktive Angebote der 1&1 Mobilfunk GmbH („1&1“) zu beobachten. Die etablierten Netzbetreiber haben durch eigene Angebote bzw. Rabatte reagiert. Dies sind einerseits hohe Datenvolumina, die praktische wie eine Flatrate für die meisten Endkunden wirken, oder auch günstigere unlimitierte Datenflatrates. Allerdings beobachtet EWE TEL bisher im Markt keine Angebote für ungebrandete (White Label) Datenflatrates durch unabhängige Diensteanbieter, wie das Beispiel des größten Diensteanbieters Freenet zeigt.

Keine Angebote der Freenet mit Datenflatrates im Netz der Telekom Deutschland GmbH („Telekom“) ohne „Magenta“ Branding:

Quelle: <https://www.freenet-mobilfunk.de/handytarife/ohne-handy/?sort=%3Arelevance¤tPage=0&pageSize=10&query=%3Arelevance%3AisSellAsSimOnly%3Atrue%3AoperatorName%3ATelekom%3AinternetFlatrateThrottlingLimit%3Aunlimitiert> (abgerufen am 16.01.2025)

Keine Angebote der Freenet mit Datenflatrates im Netz der Vodafone GmbH („Vodafone“) ohne „GigaMobil“ Branding:

Quelle: <https://www.freenet-mobilfunk.de/handytarife/ohne-handy/?sort=%3Arelevance¤tPage=0&pageSize=10&query=%3Arelevance%3AisSellAsSimOnly%3Atrue%3AinternetFlatrateThrottlingLimit%3Aunlimitiert%3AoperatorName%3AVodafone> (abgerufen am 16.01.2025)

Keine Datenflatrates im Netz der Telefónica mit voller Bandbreite ohne „o2“ Branding:

Quelle: <https://www.freenet-mobilfunk.de/handytarife/ohne-handy/?sort=%3Arelevance¤tPage=0&pageSize=10&query=%3Arelevance%3AisSellAsSimOnly%3Atrue%3AinternetFlatrateThrottlingLimit%3Aunlimitiert%3AoperatorName%3Ao2> (abgerufen am 16.01.2026)

Durch die Brandingverpflichtung erreichen die Mobilfunknetzbetreiber, dass auf dem Endkundenmarkt Transparenz über den eigentlichen Netzbetreiber herrscht und der Kunde im Zweifel das „Original“ kauft, insbesondere wenn die brandingpflichtigen Vorleistungsprodukte zusätzlich aufgrund von überhöhten Vorleistungsentgelten auch preislich nicht attraktiver als die Angebote der Mobilfunknetzbetreiber sein können.

Einzige Ausnahme scheint hier Telefónica zu sein, der aufgrund der Mergerauflagen aus der Fusion mit E-Plus bis Ende 2025 eine Sonderstellung zukam. Diese Sonderstellung besteht inzwischen nicht mehr (vgl. lit. B. I. 1. a)) und hat zudem augenscheinlich nicht zu einem diskriminierungsfreien Vorleistungsangebot geführt, da die auf White Label Datenflattrates basierende Angebote der Freenet in der Bandbreite stark begrenzt sind. Es ist offensichtlich, dass den Diensteanbietern mit den Bandbreitenbeschränkungen die für Endkunden spürbaren Vorteile der neueren Mobilfunktechnologien wie 4G und 5G künstlich vorenthalten werden.

Die eigenen Datenflattrates der Freenet (White Label) haben max. 5 Mbit/s:

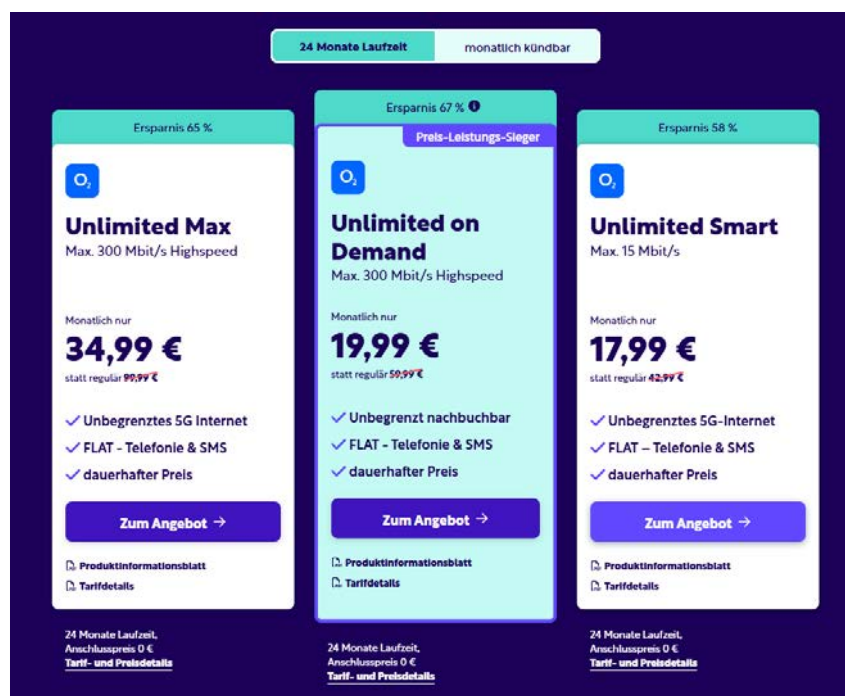
Quelle: <https://www.freenet-mobilfunk.de/handytarife/ohne-handy/?sort=%3Arelevance¤tPage=0&pageSize=10&query=%3Arelevance%3AisSellAsSimOnly%3Atrue%3AinternetFlatrateThrottlingLimit%3Aunlimitiert%3AoperatorName%3ATelefonica> (abgerufen am 16.01.2025)

Quelle: https://www.freenet-mobilfunk.de/handytarife/ohne-handy/allnet-unlimited/p/P-4141264?ttl=tariffs_post-paid_voice&fl=tariff (Hervorhebung nur hier, abgerufen am 16.01.2026)



Quelle: https://www.freenet-mobilfunk.de/handytarife/ohne-handy/allnet-unlimited-1m/p/P-4141267?ttl=tariffs_post-paid_voice&fl=tariff (Hervorhebung nur hier, abgerufen am 16.01.2026)

Das gleiche Bild zeigt sich bei der Freenet-Marke „Unlimited Mobile“. Auch dort kann Freenet offenbar Datenflatrates im Netz der Telefónica mit voller Bandbreite nur mit „o2“ Branding anbieten:



(Quelle: <https://www.unlimited-mobile.de/>, abgerufen am 16.01.2025)

Es muss davon ausgegangen werden, dass Freenet, insbesondere mit der Marke „unlimited mobile“, das Branding der Premiumtarife nicht freiwillig umsetzt, und dass sie die eigen-gebrandeten Angebote nicht freiwillig derart in der Bandbreite beschränkt. Bereits anhand dieser öffentlich verfügbaren Informationen müsste die Bundesnetzagentur bei einer ernsthaften Untersuchung die Diskriminierung der unabhängigen Diensteanbieter und in der Folge unzureichenden Wettbewerbsverhältnisse auf dem Vorleistungsmarkt klar identifizieren können.

- (3) Der Eintritt des vierten Netzbetreibers hat auf dem Endkundenmarkt auch viele Jahre nach der ersten Vergabe der 5G Frequenzen nicht zu einer relevanten Marktdurchdringung von echtem 5G, also 5G Stand Alone („5G SA“), geführt. In 2024 wurde gerade

einmal 10% des Datenverkehrs in Deutschland über diese Technologie abgewickelt und hingegen 88% noch über alte LTE-Technik transportiert.³ Dies, obwohl die Flächendeckung mit echtem 5G durch einzelne Mobilfunknetzbetreiber im gleichen Zeitraum zwischen 71 und 83% lag⁴ und auch der überwiegende Anteil der Verbraucher schon damals ein 4G/5G SA-fähiges Endgerät besaß⁵. Die fehlende Marktdurchdringung von echtem 5G ist nach Erfahrungen der EWE TEL vor allem darauf zurückzuführen, dass die etablierten Mobilfunknetzbetreiber den Diensteanbietern und MVNO systematisch neuere Mobilfunktechnologien vorenthalten und diese bestenfalls verzögert und mittels der eigenen Premiummarke als entsprechend gebrandetes Vorleistungsprodukt anbieten. Produktdifferenzierungen oder gar Innovationen im Bereich der tatsächlichen Vorteile von 5G SA durch Diensteanbieter werden damit absichtlich verhindert. Soweit hier (weiterhin) fälschlicherweise mangelnde Endgeräteverfügbarkeit als möglicher Grund erwogen werden sollte, sei darauf verwiesen, dass die gleichen Netzbetreiber in anderen Ländern schon eine weitestgehende Abschaltung von LTE innerhalb der nächsten drei Jahre planen.⁶ Jedenfalls in diesen Ländern scheinen genug 5G-fähige Smartphones verbreitet zu sein. Es ist nicht erkennbar, warum dies in Deutschland anders sein sollte. Wenn Deutschland also im internationalen Vergleich bei der Nutzung modernster Funktechnologien nicht noch weiter zurückfallen will, wäre mehr und nicht weniger diskriminierungsfreier Wettbewerb durch die Diensteanbieter und MVNO angezeigt.

- (a) Durch die inzwischen eingetretene massive Verzögerung im Ausbau der 1&1 (1.000 Standorte im März 2025 statt Anfang 2023⁷) müssen objektiv erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass der vierte Netzbetreiber absehbar und dauerhaft relevanten Wettbewerbsdruck auf die etablierten Mobilfunknetzbetreiber ausüben wird⁸. Schließlich scheinen bei der Verzögerung auch massive Behinderungen durch die TowerCo zumindest eines etablierten Mobilfunknetzbetreiber eine Rolle gespielt zu haben, zu der das Bundeskartellamt zwischenzeitlich auch Ermittlungen öffentlich gemacht hatte⁹. Diese Verzögerungen auf dem Tower-Markt, gleich welcher Ursache, haben natürlich auch Auswirkungen auf die nachgelagerten Mobilfunkmärkte. Entsprechend gehen Insider von einer bevorstehenden Konsolidierung der 1&1 mit einem etablierten Mobilfunknetzbetreiber aus.¹⁰ Nicht zuletzt aufgrund des von der Bundesnetzagentur jüngst mit der Frequenzverlängerung abgesegneten Wholesale-Verbots¹¹ ist – wie außerhalb der Bundesnetzagentur stets erwartet¹² – **kein zusätzlicher Wettbewerbsdruck auf dem Vorleistungsmarkt** durch das Hinzutreten der 1&1 als Mobilfunknetzbetreiber entstanden. Eine entgegenstehende Annahme würde verkennen, dass zwar das Interesse der Telefónica an einem Ausgleich des Kundenverlustes der 1&1 erhöht sein könnte. Gleichzeitig wird jedoch das Interesse der Vodafone an weiteren Vorleistungskunden entsprechend zurückgegangen sein. Für den

³ Vgl. S. 25 des Jahresberichts der Bundesnetzagentur 2024.

⁴ Vgl. a.a.O., S. 83.

⁵ Vgl. a.a.O., S. 80.

⁶ <https://www.golem.de/news/5g-stand-alone-t-mobile-kuendigt-lte-abschaltung-an-2510-200907.html>.

⁷ Vgl. <https://www.zeit.de/news/2025-03/03/handynetz-betreiber-1-1-kommt-auf-1-000-aktive-funkstandorte>.

⁸ Vgl. <https://www.golem.de/news/viertes-mobilfunknetz-telekom-chef-bestreitet-ernsthafte-netzaufbauplane-bei-1-1-2302-172147.html>.

⁹ Vgl. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilung/2025/11_04_2025_Vodafone_1_1.html.

¹⁰ U.a. <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/mobilfunk-telefonica-liebhaueugelt-mit-comeback-bei-11-und-soll-uebernahme-erwaegen/100163829.html>.

¹¹ PKE 2025, S. 133 f.

¹² Vgl. lit. D II. 4. der Stellungnahme der EWE TEL vom 08.01.2025 im Verfahren BK1-22/001.

Wettbewerb als Ganzes handelt es sich bei dem Vorleistungspartnerwechsel der 1&1 mit- hin um ein Nullsummenspiel und gerade nicht um eine zusätzliche Belebung.

- (b) Alle bekannten Abschlüsse der Vorleistungsnachfrager mit einem neuen Mobilfunknetz- betreiber scheinen exklusive Vereinbarungen zu sein¹³. Auch das Beispiel des Wechsels der 1&1 Mobilfunk beim National Roaming Partner belegt dies. 1&1 nutzt nur noch das Netz der Vodafone und nicht für einen Teil der Kunden weiterhin das Netz der Telefónica. Exklusiv bedeutet also, dass Nachfrager hin und wieder zwar von einem Mobilfunknetz- betreiber zu einem anderen wechseln, die Diensteanbieter und MNVO aber immer ihren gesamten Kundenbestand in das neue Netz umziehen müssen und dort über Jahre exklusiv gebunden sind. So schaffen es die Mobilfunknetzbetreiber trotz bzw. unterstützt durch das Verhandlungsgebot, einen effektiven Wettbewerb zwischen den Mobilfunk- netzen auf dem Vorleistungsmarkt nachhaltig zu verhindern. Denn ein Diensteanbieter oder MVNO muss damit jeweils für die Vertragslaufzeit eine Exklusivität zusichern, um entsprechende, allerdings nicht diskriminierungsfreie Vorleistungen¹⁴ zu erhalten. Aller- dings wären Diensteanbieter oder MVNO damit natürlich vertraglich an der Nutzung ei- nes möglicherweise besseren Vorleistungsangebots, z.B. der 1&1, selbst dann gehindert, wenn man deren Wholesale-Verbot im Vertrag mit Vodafone außer Acht ließe. Zudem wird durch die Exklusivitätsforderungen der Mobilfunknetzbetreiber auch noch ein öko- nomischer *Lock In* bezweckt, weil der Umzug aller Kunden natürlich mit erheblichen ver- trieblichen Aufwänden und auch jeweils mit Kundenverlust¹⁵ verbunden ist. Daher kann ein Diensteanbieter und MVNO nicht sinnvollweise bereits nach wenigen Jahren den Mo- bilfunknetzbetreiber wechseln. Um einen effektiven Wettbewerb auf dem Vorleistungs- markt zu erreichen, müsste hingegen ein Diensteanbieter oder MVNO bei jedem Portfo- liozyklus auf dem Endkundenmarkt das jeweils beste Vorleistungsangebot aus allen Mo- bilfunknetzen auswählen können, so dass der Mobilfunknetzbetreiber mit dem besten Vorleistungsangebot die meisten Anschlüsse bei den Diensteanbieter bzw. MVNO abset- zen kann. Allein bedingt durch die historische Entstehung aus Unternehmenserwerben und -fusionen ist Freenet der einzige Diensteanbieter mit Vertragsbeziehungen zu allen drei etablierten Mobilfunknetzbetreibern, also ohne eine Exklusivität und - nicht überra- schend - der einzige mit einer annähernd relevanten Größe im Endkundenmarkt.

bb) Auch hatte WIK/EY 2023 auf S. 94 die These vertreten:

„In der empirischen Beobachtung surfen die Kunden der Diensteanbieter laut Opensignal im Jahr 2019 um 23 % langsamer (im Download) als die Kunden der Mobilfunknetzbetreiber. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass preissensible Kunden häufiger ältere mobile Endgeräte nutzen, die höhere Datenübertragungsraten nicht unterstützen.“

Obwohl WIK/EY keine Belege für die Behauptung anführt, dass ältere Endgeräte höhere Über- tragungsraten nicht unterstützten, sei angemerkt, dass **bereits 2017** Einsteigersmartphones

¹³ Beispiel Lebara: <https://www.golem.de/news/statt-telekom-lebara-wechselt-ins-netz-von-telefonica-deutschland-2205-165147.html>.

Beispiel Lyca Mobile:

<https://www.telefonica.de/news/corporate/2024/09/neuzugang-auf-dem-mobilfunknetz-o2-telefonica-baut-das-partnergeschaefft-in-deutschland-mit-lyca-mobile-aus.html?cat=pressemitteilungen>.

¹⁴ Vgl. Angebote der Lyca Mobile und Lebara mit jeweils maximal 50 Mbit/s im Download und ohne 5G Stand Alone.

¹⁵ Vgl. <https://www.teltarif.de/1und1-quartalszahlen-kuendigungen-netzumstellung/news/98598.html>.

wie das Samsung Galaxy A3 LTE Cat.6 mit bis zu 300 Mbit/s¹⁶ unterstützten. Zudem haben die Mobilfunknetzbetreiber aufgrund der Verbraucherschutzvorgaben ihre beworbene „maximalen Datenraten“ schon vor Jahren auf bis zu 300 Mbit/s abgesenkt. Technisch erreichte bereits LTE Cat. 6 durch Kanalbündelung Bandbreiten von 300 Mbit/s, in dem 20-40 MHz an Spektrum gebündelt wurden.¹⁷ Hieraus folgt, dass die Aussage, dass Endkunden der Diensteanbieter 2019 23% langsamer surfen, weil dies mit den Beschränkungen der Endgeräte zu tun gehabt habe, offensichtlich schon im Jahr 2023 unzutreffend gewesen sein muss. Jedenfalls aber liegt es auf der Hand, dass diese Aussagen im Jahr 2025 sowohl in Bezug auf die tatsächlichen Datenraten als auch die Endgerätefähigkeiten überprüft werden müssen.

c) Neue Entwicklungen seit WIK/EY 2023 und WIK 2025-Gutachten

aa) Überdies behauptet WIK 2025 in Bezug auf Fixed-Mobile-Convergence und Geschäftskunden-Produkte:

*„Gegenüber Geschäftskunden werden auch Bündelangebote vermarktet, die als Fixed-Mobile-Convergence (FMC)-Produkte angesehen werden können. **Hier unterscheiden sich die technischen Realisierungen dieser Produkte maßgeblich von sonstigen Bündelprodukten. Diese Produkte werden von den Anbietern als höherwertige Geschäftskundenprodukte eingestuft.** Das von diesen FMC-Produkten adressierte Marktsegment ist deshalb deutlich kleiner, zumal es eine höhere Zahlungsbereitschaft der Nachfrager unterstellt. **Diese Produkte werden, wenn überhaupt, von größeren Unternehmen** (z.B. mit mehreren Liegenschaften oder im Bereich kritischer Infrastrukturen) **nachgefragt.** Eine detaillierte Betrachtung dieser Produkte erfolgt in Kapitel 3.3.“*

(WIK 2025, S. 4 f., Rn. 18, Hervorhebung nur hier)

*„Mit 3,1 Mio. zählte im Jahr 2022 die überwiegende Mehrheit (99,3 %) der Unternehmen zu den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in Deutschland.FN20 Obwohl einzelne Mobilfunknetzbetreiber das Segment der Geschäftskunden noch in weitere Segmente aufteilen, wobei die Anzahl der Beschäftigten ein Kriterium der Differenzierung sein kann, **bieten die etablierten Mobilfunknetzbetreiber für diese Unternehmen in der Regel** (Ausnahmen siehe Rn. 31 und in Abschnitt 3.3.) **keine Telekommunikationsdienste an, die sich aus netztechnischer Sicht von Telekommunikationsdiensten für Privatkunden unterscheiden. Es kommen für beide Kundensegmente die gleiche Funknetzinfrastrukturen bzw. die gleichen technischen Spezifikationen in den Netzen zum Einsatz. Aus technischer Sicht sind daher die Telekommunikationsdienste der beiden Segmente grundsätzlich untereinander austauschbar.**“*

(WIK 2025, S. 7, Rn. 26, Hervorhebung nur hier)

Diese Aussagen sind bemerkenswert, zeugen sie doch von einer gravierend mangelhaften Kenntnis des Marktes. So hat Vodafone im August 2025 die ersten Standard-Tarife für 5G Network Slicing vorgestellt.¹⁸ Zu der Kategorie der FMC-Produkte gehören auch solche Network Slicing-Produkte, sofern sie für Festnetzlösungen wie bspw. SD-WAN eingesetzt werden. Anders als WIK 2025 ist Vodafone offenbar nicht der Ansicht, dass es sich hierbei um ein

¹⁶ Vgl. <https://www.devicespecifications.com/de/model/f9ce4086>.

¹⁷ Vgl. <https://www.lte-anbieter.info/technik/kategorien-und-3gpp-release.php>.

¹⁸ Vgl. <https://newsroom.vodafone.de/vodafone-bringt-die-ersten-standard-tarife-fuer-5g-network-slicing-auf-den-markt>.

Nischenprodukt für größere Unternehmen handelt. So bewirbt Vodafone das Produkt einleitend mit folgendem Claim:



(Quelle: <https://newsroom.vodafone.de/vodafone-bringt-die-ersten-standard-tarife-fuer-5g-network-slicing-auf-den-markt>, Hervorhebung nur hier)

Der Bereichsleiter Commercial Management Business von Vodafone lässt sich wie folgt zitieren:

*„Wir machen 5G Slicing so einfach wie nie zuvor. **Unternehmen jeder Größe** können jetzt schnell und unkompliziert von den Vorteilen eines eigenen Netzsegments profitieren. **Vom Festival bis zum Firmengelände:** Unsere Campus Flex-Tarife sind die **Antwort auf die steigenden Anforderungen an Netzsicherheit und Performance im Unternehmensumfeld.** Damit unterstützen wir unsere Kunden bei ihrer digitalen Transformation.“*

(Quelle: <https://newsroom.vodafone.de/vodafone-bringt-die-ersten-standard-tarife-fuer-5g-network-slicing-auf-den-markt>, Hervorhebung nur hier)

Spätestens mit den Angeboten der Vodafone ist diese Technologie also im Massenmarkt für Geschäftskunden mit entsprechenden Anforderungen angekommen. Vergleichbare Angebote von Diensteanbietern sind nicht bekannt. Vodafone selbst bewirbt das Produkt „Campus Flex Starter“ mit „Ein Einstieg für alle“:

Ein Einstieg für alle

Campus Flex Starter bildet mit einer Datenrate von rund 1 Megabit pro Sekunde die Einsteiger-Variante und ist für Anwendungen mit niedrigerem Datenbedarf geeignet. Etwa für kabellose Bezahlterminals auf Großveranstaltungen, wie Messen und Festivals. Oder für kritische Kommunikationsdienste, wie Push-To-Talk-Gruppenrufe bei Rettungsdiensten und Verkehrsbetrieben. Das vorkonfigurierte Slice, das von mehreren Kunden gemeinsam als geteilter Netzwerk-Bereich genutzt wird, steht sofort nach Buchung zur Verfügung. Es ist zudem bundesweit und standortunabhängig flexibel einsetzbar. Die Abrechnung erfolgt beim Campus Flex Starter pro Teilnehmer für 10 Euro monatlich (12 Monate Laufzeit) oder alternativ monatlich kündbar für 20 Euro.

Quelle: <https://newsroom.vodafone.de/vodafone-bringt-die-ersten-standard-tarife-fuer-5g-network-slicing-auf-den-markt> (abgerufen am 16.01.2026)

WIK 2025 kann sich dabei nicht mit der Begründung entlasten, dass das Produkt von Vodafone erst im August 2025 erschienen ist, das Gutachten jedoch aus Anfang 2025 stammt. Es wäre doch die Aufgabe des Gutachtens gewesen, sich andeutende Marktentwicklungen zu prognostizieren und bei einer Bewertung der Wettbewerbssituation zu berücksichtigen. Wenn dies nicht geschieht, dann zeugt dies von fehlender Marktkennntnis.

Aus diesen Entwicklungen können aus Sicht der EWE TEL zwei Dinge abgeleitet werden. Zum einen hat es, in Ermangelung eines effektiven Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt, ganze sechs Jahre seit der Vergabe der Frequenzen für den Ausbau der echten 5G Technik (5G SA)

im Jahr 2019 gebraucht, bis erste Tarife auf den Markt kommen, die tatsächliche Vorteile der 5G Technologiegeneration in Standardprodukte umsetzen, welche auch einen Nutzen für die Endkunden und die deutsche Wirtschaft entfalten. Zum anderen gibt es wegen des dysfunktionalen Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt keine entsprechenden Angebote von Diensteanbietern, die den mangelnden Wettbewerb zwischen den Mobilfunknetzbetreibern im Oligopol aufbrechen könnten. Auch das „Campus Flex Exclusive“ Network Slicing-Produkt oder vergleichbare Leistungen werden nach Kenntnis von EWE TEL durch keinen Diensteanbieter angeboten. Dies verkennen sowohl das Gutachten WIK/EY 2023 als auch WIK 2025.

- bb) Zudem hat sich auch die Prognose der EWE TEL aus den vergangenen Vergabeverfahren¹⁹ bewahrheitet, dass sich die Mobilfunknetzbetreiber im Bereich des SD-WAN, also einer flexiblen Vernetzungslösung für Unternehmensstandorte - eigentlich ein Kernprodukt im Festnetz - erhebliche Wettbewerbsvorteile sichern. So konnte beispielsweise Telefónica eine Ausschreibung mit über 500 kommunalen Einrichtungen in Hessen gewinnen, die sie mit SD-WAN vernetzt und das gerade auch in Kombination mit Mobilfunkverbindungen:

O₂ Telefónica ersetzt in der hessischen Verwaltung die bisher genutzten, kostenintensiven Standleitungen (MLPS) durch ein **softwaredefiniertes Weitverkehrsnetz** (SD-WAN). Die Standorte nutzen künftig eine flexible Kombination aus DSL-Anschlüssen, Standleitungen und **Mobilfunkverbindungen**. Das sorgt für **stabile Verbindungen**, auch in ländlichen Regionen, und senkt die Betriebskosten. **Automatisierte Sicherheitsfunktionen wie Firewalls** lassen sich zentral verwalten und über alle Standorte gleichzeitig ausrollen. Neue Verwaltungsgebäude können schnell angebunden werden und neue digitale Anwendungen und Services stehen schneller als bisher zur Verfügung.

Quelle: <https://www.telefonica.de/news/corporate/2025/08/meilenstein-fuer-digitale-verwaltung-o2-telefonica-und-ekom21-vernetzen-350-verwaltungsstandort-in-hessen.html> (abgerufen am 16.01.2026)

Es ist damit belegt, dass nur die Mobilfunknetzbetreiber selbst diese Kombination auf Festnetz und Mobilfunk in der erforderlichen Qualität anbieten konnten und die Ausschreibung damit unter drei Bietern ausgemacht wurde, weil diese Diensteanbietern bisher keine geeigneten Vorleistungsprodukte anbieten.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass diese Probleme gerade auch Auswirkungen auf den Festnetzmarkt haben. Zwar führt WIK 2025 aus:

*„48. Ausweislich einzelner Stellungnahmen kommt die Nachfrage nach FMC-Produkten **originär aus dem Festnetz**. Die konkrete Nachfrage ist die Ursache für die Verringerung der Anbietervielfalt. Sofern Geschäftskunden ihre Leistungsbeschreibungen in den Ausschreibungen entsprechend formulieren, ist anzunehmen, dass sie sich über die Verengung auf wenige Anbieter im Klaren sind. Dieses Verhalten der Endkunden führt zu einer bewusst in Kauf genommenen Einschränkung des Wettbewerbs in diesem spezifischen Kundensegment.*

¹⁹ Vgl. u.a. die Stellungnahmen der EWE TEL im Verfahren BK1-22/001 vom 23.01.2025 auf S. 10 bis 36 sowie vom 08.01.2025 auf S. 5 bis 7.

49. Sofern alternative Glasfaseranbieter durch fehlende Vorleistungsprodukte im Mobilfunk keine wettbewerblichen Angebote für FMC-Produkte anbieten können, wird der Wettbewerb im Mobilfunk angesichts des begrenzten Kundenkreises und der fehlenden Substituierbarkeit der relevanten Produkte davon kaum berührt werden. **Ob und inwieweit andere Märkte betroffen sein können, ist nicht Gegenstand der Untersuchung, sondern der Überprüfung durch die Bundesnetzagentur vorbehalten.**“
(WIK 2025, S. 12, Hervorhebung nur hier)

Auch die PKE 2025 greift dies auf:

*„Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt sind die beiden Teilmärkte Mobilfunkendkundenmarkt und Mobilfunkvorleistungsmarkt zu betrachten. **Andere Märkte, insbesondere für leitungsgebundene Teilnehmeranschlüsse (als Bestandteil von Bündelprodukten), werden an dieser Stelle nicht isoliert betrachtet.** Es gibt, entgegen dem Vortrag einiger Kommentatoren, keine hinreichenden Anzeichen für relevante Wettbewerbsverfälschungen.“*
(PKE 2025, S. 114, Hervorhebung nur hier)

Allerdings verkennen diese Aussagen, dass die Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse gemäß § 105 Abs. 2 Satz 3 und 4 TKG gerade **nicht** auf eine Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt beschränkt ist.

Der EKEK formuliert wie folgt:

*„Bei der Prüfung der Regulierung von Vorleistungsmärkten zur Lösung von Problemen auf der Endkundenebene sollten die nationalen Regulierungsbehörden berücksichtigen, dass unter Umständen mehrere Vorleistungsmärkte Vorleistungsprodukte für einen bestimmten Endkundenmarkt liefern bzw. umgekehrt ein einziger Vorleistungsmarkt mehrere Endkundenmärkte mit Vorleistungsprodukten versorgt. Die Wettbewerbsdynamik auf einem bestimmten Markt kann ferner durch angrenzende Märkte beeinflusst werden, die jedoch nicht in einem vertikalen Verhältnis zueinander stehen, wie z. B. bei bestimmten Festnetz- und Mobilfunkmärkten. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten die Prüfung für jeden einzelnen Vorleistungsmarkt durchführen, für den eine Regulierung erwogen wird, und mit den Abhilfemaßnahmen für den Zugang zur baulichen Infrastruktur beginnen, da solche Abhilfemaßnahmen in der Regel eher zu nachhaltigem Wettbewerb (einschließlich Infrastrukturwettbewerb) führen; **anschließend sollten sie die für eine Vorabregulierung in Betracht kommenden Vorleistungsmärkte nach der Reihenfolge des Grades ihrer Geeignetheit zur Lösung der festgestellten Wettbewerbsprobleme auf der Endkundenebene analysieren. Bei der Wahl der jeweiligen Abhilfemaßnahme sollten die nationalen Regulierungsbehörden deren technische Machbarkeit beurteilen, eine Kosten-Nutzen-Analyse durchführen und dabei berücksichtigen, wie geeignet die Maßnahme zur Behebung der festgestellten Probleme auf Endkundenebene ist, und sie sollten den Wettbewerb auf der Grundlage von Differenzierung und Technologieutralität ermöglichen.** Die nationalen Regulierungsbehörden sollten im Interesse der Endnutzer bei bestimmten Abhilfemaßnahmen, die — sofern sie ausschließlich bei bestimmten Netztopologien anwendbar sind — in Bezug auf den Ausbau von*

Netzen mit sehr hoher Kapazität abschreckende Wirkung haben können, die Folgen einer Auferlegung solcher Maßnahmen erwägen.“
(EG 171 des EKEK, Hervorhebungen nur hier)

Der europäische Gesetzgeber gibt den nationalen Regulierungsbehörden mithin vor, dass sie bei der Entscheidung über die Regulierung von Vorleistungsmärkten sämtliche Vorleistungsmärkte überprüfen, die als Maßnahme zur Behebung der festgestellten Probleme auf Endkundenebene in Betracht kommen. Ausdrücklich wird die Verschränkung von Mobilfunk- und Festnetzmärkten gesehen. Wenn die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Prognose gemäß § 105 Abs. 2 Satz 3 und 4 TKG also Wettbewerbsprobleme nicht weiter untersucht, weil diese vermeintlich nicht aus dem Mobilfunk, sondern aus dem Festnetz herrühren, dann bleibt sie offenkundig hinter den unionalen Anforderungen an ihre Entscheidung zurück. Die erforderliche Untersuchung auch der aus dem Mobilfunkmarkt resultierenden Endkundenprobleme des Festnetzmarktes hätte ergeben, dass sich die bereits lange absehbaren Marktentwicklungen bestätigen, welche EWE TEL der Bundesnetzagentur zuletzt in der Stellungnahme vom 23.01.2025 im Verfahren zur Frequenzverlängerung (BK1-22/001) und zuvor schon im Verfahren BK1-23/002 zur Kenntnis gebracht hatte.²⁰

- cc) Schließlich ist zwischenzeitlich das 14. Sektorgutachten Telekommunikation der Monopolkommission erschienen. Dieses enthält eine Vielzahl von Aussagen, die auf eine bestehende Dysfunktionalität des Wettbewerbs im Mobilfunkmarkt hinweisen. EWE TEL fügt sie zur besseren Lesbarkeit direkt in diese Stellungnahme ein:

„Verschließen der Mobilfunkvorleistungsmärkte verhindern

185. Das Frequenzspektrum, das dem Mobilfunk zugeordnet ist, ist knapp. Nur eine begrenzte Anzahl an Unternehmen kann genügend Frequenzspektrum erhalten, um ein deutschlandweit flächendeckendes Mobilfunknetz aufzubauen. Derzeit sind dies die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber Deutsche Telekom, Telefónica und Vodafone. Die übrigen Unternehmen sind für ihre Geschäftsmodelle darauf angewiesen, Netzzugang von mindestens einem dieser drei Mobilfunknetzbetreiber zu erhalten. Bei wirksamem Wettbewerb zwischen den drei Netzbetreibern würden diese um Zugangsnachfrager konkurrieren, um weitere Einnahmen generieren zu können. Die Monopolkommission beobachtet, dies wird nachfolgend weiter ausgeführt, derzeit keinen intensiven Wettbewerb zwischen den drei Mobilfunknetzbetreibern um Vorleistungsnachfrager. Es besteht langfristig das Risiko, dass auf Zugang angewiesene Unternehmen aus dem Markt gedrängt werden. Diese Gefahr kann vermieden werden, indem den Mobilfunknetzbetreibern eine Angebotspflicht in Kombination mit einem Diskriminierungsverbot auferlegt wird.

186. Mobilfunkanbieter, die über kein eigenes deutschlandweit flächendeckendes Mobilfunknetz verfügen, sind auf einen funktionierenden Vorleistungsmarkt für den Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen angewiesen. Zu diesen Unternehmen gehören (1) Mobilfunknetzbetreiber, die über kein flächendeckendes Funknetz verfügen, wie 1&1, (2) Mobile Virtual Network Operator (MVNO), die über ein sog. Kernnetz, aber kein Funknetz verfügen, wie Transatel oder Multiconnect und (3) Diensteanbieter, die über keine eigene Netzinfrastruktur verfügen, wie Freenet.

²⁰ Vgl. Stellungnahme der EWE TEL im Verfahren BK-22/001 vom 23.01.2025 auf S. 26 bis 36

187. Die Bundesnetzagentur ist in ihrer Entscheidung vom März 2025 zu dem Ergebnis gekommen, dass hinreichend wirksamer Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt für den Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen besteht (Bundesnetzagentur, BK1-22/001, 24.03.2025, S. 114 ff.). Sie verweist dabei unter anderem auf Marktzutritte im Bereich Diensteanbieter und auf Fälle, in denen Vorleistungsnehmer den Mobilfunknetzbetreiber gewechselt haben (Bundesnetzagentur, BK1-22/001, 24.03.2025, S. 118). Sie hat den Mobilfunknetzbetreibern erneut ein sog. Verhandlungsgebot auferlegt, das bereits seit der letzten Frequenzvergabe im Jahr 2019 gilt und dieses um Leitplanken ergänzt (Bundesnetzagentur, BK1-22/001, 24.03.2025, S. 124 ff.). Dazu gehört z. B. die Vorgabe, dass Verträge so zu gestalten sind, dass es Vorleistungsnachfragern möglich ist, konkurrenzfähige Endkundendienste im Markt anzubieten (Bundesnetzagentur, BK1-22/001, 24.03.2025, S. 132). Gegen die Entscheidung haben mehrere Unternehmen, die auf Zugang angewiesen sind, geklagt (BREKO, 2025). Zudem hat die Bundesnetzagentur in einem von der Multiconnect GmbH beantragten Streitbeilegungsverfahren wegen Verstoßes gegen das Verhandlungsgebot durch Telefónica entschieden (Bundesnetzagentur, BK2-23-002, 24.03.2025). In der Entscheidung formuliert sie für den betreffenden Einzelfall einige Anforderungen für die Einhaltung des Verhandlungsgebotes (Bundesnetzagentur, BK2-23-002, 24.03.2025, S. 4 ff.). Diese Anforderungen erscheinen der Monopolkommission insbesondere in Bezug auf die Zugangspreise sehr großzügig bemessen. Auf Antrag der Multiconnect GmbH wurden im EU-Roaming übliche Zugangspreise zugrunde gelegt. Diese liegen z. B. für Daten im Jahr 2025 bei EUR 1,30 pro Gigabyte (Art. 11 Abs. 1 der Roaming-Verordnung 2022 (Verordnung (EU) 2022/612, 2022)) abzüglich eines Aufschlags der EU-Kommission für Transit, der nach Recherchen der Monopolkommission in der Größenordnung von EUR 0,095 liegen dürfte (Axon Partners Group, 2024). **Es ist schwer vorstellbar, dass Zugangsnachfrager, die mit solchen Zugangspreisen konfrontiert werden, wettbewerbsfähig sein können.**

188. Die Monopolkommission kam in ihrem letzten Telekommunikationsgutachten zu dem Ergebnis, dass der Vorleistungsmarkt für den Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen einerseits von den Mobilfunknetzbetreibern nicht vollständig verschlossen wird (Monopolkommission, 2023b, Tz. 163 ff.). Es existiert zu einem gewissen Grad Wettbewerb. **Andererseits ist dieser Wettbewerb nicht so intensiv, dass die Mobilfunknetzbetreiber keine Marktmacht besitzen, die sie gegenüber den auf Zugang angewiesenen Unternehmen einsetzen können. Die Monopolkommission sieht den Wettbewerb folglich anders als die Bundesnetzagentur nicht als hinreichend wirksam an. Diese Ansicht vertritt die Monopolkommission auch weiterhin. Langfristige Erfahrungen zeigen, dass die Mobilfunknetzbetreiber technologischen Fortschritt nur mit jahrelanger Verzögerung für die Vorleistungsnehmer freigeben. Das betraf z. B. sowohl den LTE als auch den 5G-Standard. Zudem musste die Bundesnetzagentur in der Vergangenheit über das Verhandlungsgebot in den Vorleistungsmarkt für den Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen eingreifen. Das am Markt herrschende Problem wird in einer von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebenen Studie von WIK-Consult und EY treffend beschrieben. Dort heißt es:**

„In den Marktkonstellationen, wo Vorleistungsnachfrager und Mobilfunknetzbetreiber in den gleichen Kundensegmenten Umsätze generieren wollen, bestehen bei einzelnen Mobilfunknetzbetreibern Widerstände beim Abschluss von neuen Vorleistungsvereinbarungen.“ (WIK-Consult/EY, 2023, S. 133)

Mit Blick auf neue Kundensegmente, insbesondere im Business-to-Business-Bereich wird bemerkt, dass der Marktzugang aufgrund der unterschiedlichen Marktpositionierung der etablierten Mobilfunknetzbetreiber möglich sei (WIK-Consult/EY, 2023, S. 133). **Mit anderen Worten: Einzelne Mobilfunknetzbetreiber schränken den Zugang dort ein, wo sie Konkurrenz auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene durch den Zugangsnachfrager fürchten. Die zitierte Studie interpretiert diese Situation als Ausdruck wirksamen Wettbewerbs. Die Bundesnetzagentur bezieht diese Studie in ihre Erwägungen mit ein und folgert, dass ein hinreichend wirksamer Wettbewerb existiere. Die Monopolkommission ist anderer Auffassung.**

189. Der Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt ist nicht uneingeschränkt wirksam. Mobilfunknetzbetreiber erzielen durch jeden zusätzlichen Vorleistungsnachfrager zusätzliche Gewinne auf der Wertschöpfungsebene des Mobilfunknetzes. Etwaige Verluste durch einen höheren Wettbewerbsdruck auf den nachgelagerten Wertschöpfungsebenen würden bei wirksamem Wettbewerb stets überwiegen. Der zusätzliche Gewinn auf der Vorleistungsebene kommt nur dem Mobilfunknetzbetreiber zugute, der den Vorleistungsvertrag abschließt, während der zusätzliche Wettbewerbsdruck auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene sich auf alle Wettbewerber verteilt. **Mobilfunknetzbetreiber wären unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bestrebt, dass sie selbst – und nicht ein Konkurrent – eine Vorleistungsvereinbarung abschließen. Nur so können sie von den Gewinnen auf der Vorleistungsebene profitieren, statt nur dem zusätzlichen Wettbewerbsdruck auf den nachgelagerten Ebenen ausgesetzt zu sein. Widerstände gegen den Abschluss von Vorleistungsverträgen, wie sie in der oben zitierten Studie beschrieben werden, lassen sich nur durch Wettbewerbsmängel erklären. Solche Wettbewerbsmängel sind typisch in Märkten, in denen vertikal integrierte Unternehmen Zugang auf der vorgelagerten Wertschöpfungsebene gewähren (Bourreau u. a., 2011; Ordober/Shaffer, 2007).**

190. Der bestehende Wettbewerbsdruck ist auch nicht hinreichend wirksam. Langfristig besteht das Risiko, dass Anbieter ohne eigenes Mobilfunknetz aus dem Markt gedrängt werden, indem sie Vorleistungen zu Konditionen beziehen müssen, die sie gegenüber dem hauseigenen Angebot der Mobilfunknetzbetreiber spürbar benachteiligen. Dies könnte zu insgesamt höheren Preisen für die Endkundinnen und Endkunden führen. Diese Gefahr kann vermieden werden, indem den Mobilfunknetzbetreibern eine Angebotspflicht in Kombination mit einem Diskriminierungsverbot auferlegt wird. Durch eine solche Regelung würde sichergestellt, dass Vorleistungspreise hoch genug sind, um die Finanzierung der Investitionen der Netzbetreiber zu gewährleisten und zugleich so gestaltet sind, dass die Diensteanbieter den Wettbewerb auch zukünftig durch innovative Tarife beleben können.

191. Die Monopolkommission empfiehlt:

- **Die nicht hinreichende Wirksamkeit des Vorleistungswettbewerbs berücksichtigen.**
- **Eine Angebotspflicht in Kombination mit einem Diskriminierungsverbot auferlegen, sofern sich die Wettbewerbssituation auf dem Vorleistungsmarkt nicht spürbar verbessert.“**

(14. Sektorgutachten Telekommunikation der Monopolkommission, S. 85 ff., Hervorhebungen nur hier)

Diese Aussagen der Monopolkommission treffen den Nagel auf den Kopf. EWE TEL macht sie sich ausdrücklich zu eigen. **Sollte die Bundesnetzagentur abermals von einem ausreichend wirksamen Wettbewerb ausgehen, wird dies hiermit ausdrücklich bestritten.**

*Beweis: Zeugnis des Vorsitzenden der Monopolkommission,
Prof. Dr. Tomaso Duso, zu laden über die Monopolkommission*

2. Frage 2.2.: „Gibt es insbesondere im Vorleistungsmarkt bereits Erfahrungen mit Verhandlungen, seitdem die Leitplanken für ein Verhandlungsgebot in Bezug auf Diensteanbieter in der PKE 2025 vom 24. März 2025 aufgestellt worden sind?“

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

3. Frage 2.3: „Gibt es im Zusammenhang mit dem National Roaming neue Erfahrungen und Sachverhalte, die in der PKE 2025 vom 24. März 2025 nicht berücksichtigt sind?“

Auch bei dieser Frage verkennt die Bundesnetzagentur, dass ein bloßer „Deltaabgleich“ der Wettbewerbsverhältnisse den Anforderungen an ihre Entscheidung nicht genügt. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Zu unterstreichen ist jedoch, dass 1&1 aufgrund des marktbekannten Wholesale-Verbotes im National Roaming-Vertrag mit Vodafone [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

II. Fragen zu den Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich des Versorgungsgrades bei der Frequenznutzung

Frage 3.1: „Welche Tatsachen sind bei einer erneuten Entscheidung über die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III 2018 zu berücksichtigen – auch vor dem Hintergrund der kürzlichen erlassenen Entscheidung über die Verlängerung von Frequenzen, PKE 2025; insbesondere:

1. Ziffer III.4.1. Frequenznutzungsbestimmungen,
2. Ziffer III.4.2: Befristung der Nutzungsrechte,
3. Ziffer III.4.3 bis 4.12 Versorgungsverpflichtungen
4. Ziffer III.4.13. Berichtspflichten,
5. Zu III.4.15 Diensteanbieterregelung,
6. Zu III.4.16 Mitnutzung,
7. Zu III.4.17 Roaming und Infrastruktur Sharing?“

Bei einer erneuten Entscheidung über die Frequenznutzungsbestimmungen wäre zunächst der tatsächliche Ausbaustand der Mobilfunkversorgung im Jahr 2026 zu berücksichtigen. Die Bundesnetzagentur gibt im Rahmen der Anhörung an, dass die Mobilfunknetzbetreiber die Ausbaupflichten aus 2018 mittlerweile weitgehend erfüllt hätten. Die Ausbaupflichten der PKE 2025 umfassen im Wesentlichen die Ausbaupflichten aus der PKE 2018 und gehen noch über diese hinaus.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Ausbaupflichten nicht frequenzbezogen festgelegt werden.²¹ Überdies basieren die Präsidentenkammerentscheidungen auf einer komplexen Gesamtabwägung²², sodass sich die Entscheidung über die Versorgungspflichten auch Auswirkungen auf die Entscheidung über eine Diensteanbieterpflicht haben kann.²³

Hieraus folgt, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Neuvergabe keine neuen Versorgungspflichten aufgeben müsste, gelten doch die Versorgungspflichten aus der PKE 2025 zunächst fort und stellen bisher einen ausreichenden Ausbauanreiz für die Mobilfunknetzbetreiber dar. Wenn die Bundesnetzagentur allerdings auf weitere Versorgungspflichten verzichtet, dann hat sie im Rahmen der komplexen Gesamtabwägung einen größeren Spielraum bei der Frage der Angemessenheit von Regulierungsmaßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs. EWE TEL spricht sich dafür aus, dass die Bundesnetzagentur diesen Spielraum nutzt, um die erforderliche Diensteanbieter- und MVNO-Pflicht aufzuerlegen.

III. Fragen zur Verfahrensgestaltung

1. Frage 4.1: „Gibt es Anmerkungen zu dem skizzierten Vorgehen; gibt es insbesondere bereits jetzt Aspekte, die für oder wider die oben beschriebenen Handlungsoptionen streiten?“

Die Bundesnetzagentur skizziert in dem Anhörungspapier zwei Handlungsoptionen. Diese Handlungsoptionen werden wie folgt beschrieben:

„Sollte die ergebnisoffene Prüfung ergeben, dass die Änderungen im Rahmen einer Neubescheidung nicht wesentlich sind oder möglicherweise durch Ausgleichsmaßnahmen Abhilfe geschaffen werden könnte, so könnte erwogen werden, die betroffenen Nutzungsrechte anzupassen, ohne eine erneute Auktion durchzuführen (Handlungsoption 1).“

Sollte die ergebnisoffene Prüfung zu dem Ergebnis führen, dass im Rahmen der Neubescheidung wesentliche Änderungen an den Frequenznutzungsbestimmungen erforderlich sein werden, könnte die Allokations- und Preisfindungsfunktion der vergangenen Auktion gestört und die Durchführung einer erneuten Vergabe mit anschließender Neuzuteilung der Nutzungsrechte angezeigt sein (Handlungsoption 2).“

Nachfolgend sollen zunächst diese beiden Handlungsoptionen näher betrachtet werden.

a) Handlungsoption 1 rechtswidrig

EWE TEL hat unter anderem die Frage der Auswirkungen der rechtskräftigen Entscheidung des VG Köln (Az. 1 K 1281/22) durch Herrn Professor Jürgen Kühling sowie Herrn Dr. Stefan Drechsler

²¹ VG Köln Ur. v. 17.2.2020 – 9 K 8499/18, BeckRS 2020, 34912 Rn. 94 ff.

²² BVerwG, Ur. v. 20.10.2021 – 6 C 8.20, MMR 2022, 323 Rn. 82.

²³ VG Köln Ur. v. 26.8.2024 – 1 K 1281/22, BeckRS 2024, 21909 Rn. 298 f.

rechtsgutachterlich prüfen lassen. Das Rechtsgutachten hat EWE TEL der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Fertigstellung, am 13.1.2026, vorab per E-Mail zukommen lassen. Auch dieser Stellungnahme ist das Rechtsgutachten angehängt, **Anlage 3**.

Dabei kommen die Gutachter bezogen auf die Handlungsoption 1 zu dem folgenden klaren Ergebnis:

*„1. Die Bundesnetzagentur hat die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz zurückzunehmen. **Es besteht also nicht die von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 erwogene Handlungsoption, auf die Durchführung eines erneuten Versteigerungsverfahrens zu verzichten. Ein solches Vorgehen wäre rechtswidrig.**“*

(S. 82 des Gutachtens, Hervorhebung nur hier)

Dies folgt daraus, dass EWE TEL und Freenet einen Folgenbeseitigungsanspruch gegen die Bundesnetzagentur auf Rücknahme sämtlicher (Teil-)Entscheidungen bis einschließlich der PKE III und IV 2018 haben. Auf die Ausführungen im Gutachten wird an dieser Stelle verwiesen.

b) Handlungsoption 2 rechtmäßig

Von den beiden von der Bundesnetzagentur skizzierten Handlungsoptionen wäre mithin alleine die Handlungsoption 2 rechtmäßig. Die Vergabe ist erneut durchzuführen, die Frequenzen sind erneut zu versteigern.

2. Frage 4.2: „Gibt es weitere Handlungsoptionen?“

Handlungsoption 3: Fair Play Agreement

Das zuvor zu der Handlungsoption 2 Gesagte gilt allerdings nur unter dem Vorbehalt dessen, dass EWE TEL und Freenet ihre Folgenbeseitigungsansprüche tatsächlich durchsetzen.

Das Gutachten weist verschiedene Lösungsmöglichkeiten auf, mit denen eine Neuversteigerung (Handlungsoption 2) vermieden werden könnte. Gemein ist diesen Lösungsmöglichkeiten, dass der – rechtswidrige – Status Quo mit dem für sich genommen untauglichen Verhandlungsgebot keinen Bestand haben kann. Dabei steht nach dem Vorstehenden fest, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen einer Neuvergabe eine Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung auferlegen müsste. Das bloße Verhandlungsgebot hat sich – wie gezeigt – als untauglich erwiesen.

Allerdings sieht EWE TEL die Chance für eine Marktlösung, die nicht nur den Mobilfunk-, sondern auch den Festnetzbereich umfassen könnte und die Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung und auch eine neue Versteigerung vermeiden könnte. Wie eingangs bereits geschildert, ist EWE TEL an einer Lösung in der Sache interessiert: wettbewerbsfähige Mobilfunkvorleistungen zu fairen und angemessenen Bedingungen zu erhalten. Jedoch sieht EWE TEL diesen Punkt nicht für sich stehend. Während EWE TEL auf der einen Seite die Notwendigkeit eines Angebotes wettbewerbsfähiger Mobilfunk- und Festnetzprodukte aus einer Hand betont, nimmt EWE TEL auf der anderen Seite auch den im Markt bestehenden Ruf nach „Open Access“ im Festnetz wahr. Zwar ist nach Einschätzung von EWE TEL die Situation im Festnetz- nicht im Ansatz so problematisch wie im Mobilfunkmarkt. Gleichwohl fordert EWE TEL nichts, was sie nicht selbst zu geben bereit ist.

Vor diesem Hintergrund schlägt EWE TEL der Bundesnetzagentur und den anderen Marktakteuren den Abschluss eines **Fair Play Agreements** vor. EWE TEL ist bereit, sich verbindlich im Rahmen einer sanktionsbewehrten **Selbstverpflichtung** gegenüber der Bundesnetzagentur in Bezug auf Festnetzvorleistungen zu Folgendem zu verpflichten:

1. Der Zusage eines **Verhandlungsgebotes**, analog zur PKE 2018, bezogen auf EWE TEL **Layer-2 und Layer-3 Bitstrom-Vorleistungen** sowie in Bezug auf die **Anbindung von Mobilfunkbasisstationen per Dark Fiber**,
2. der Zusage eines **echten Diskriminierungsverbotes** bezogen auf Verhandlungen und Inhalten, inklusive dem eigenen Vertrieb der EWE TEL,
3. den **Ausschluss ordentlicher Kündigungen** von Vorleistungsverträgen durch EWE TEL,
4. der Zusage einer **Wholesale-Erlaubnis** für Vorleistungsprodukte der EWE TEL,
5. die **Anbindung an eine Prozess-Plattform** von mindestens 2 Millionen Anschlüssen (Homes passed).

Voraussetzung für die Abgabe dieser Selbstverpflichtung durch EWE TEL ist, dass auch die sich Mobilfunknetzbetreiber ebenfalls zu entsprechenden Maßnahmen für Mobilfunkvorleistungen sanktionsbewehrt gegenüber der Bundesnetzagentur verpflichten, wobei die Verpflichtung in Ziffer 5. naturgemäß auf Mobilfunkprodukte keine Anwendung findet.

Zur Erläuterung führt EWE TEL an:

Zu Ziffer 1:

Ziffer 1 entspricht dem bisherigen bloßen Verhandlungsgebot ohne Leitplanken. Es ist für sich genommen – wie mehrfach gezeigt – ein unzureichendes Instrument, um die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs zu erreichen. Deshalb muss es zu seiner Wirksamkeit **zwingend** durch ein **echtes Diskriminierungsverbot** verstärkt werden.

Das Verhandlungsgebot bezieht sich zum einen auf die marktüblichen Layer-2 und Layer-3 Bitstromvorleistungen und zum anderen auch auf die Anbindung von Mobilfunkbasisstationen per Dark Fiber. Hierdurch kommt EWE TEL einer zentralen Forderung der Mobilfunknetzbetreiber entgegen, macht dieses – wenngleich ohnehin bereits durch [REDACTED] gelebte – Vorleistungsangebot verbindlich und unterwirft es dem echten Diskriminierungsverbot gemäß Ziffer 2.

Zu Ziffer 2:

Ziffer 2 enthält ein echtes Diskriminierungsverbot statt der schädlichen Leitplanken. Es ist angelehnt an den bewährten Wortlaut von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Ausdrücklich ist EWE TEL dazu bereit, das Diskriminierungsverbot auch auf den eigenen Vertrieb zu erstrecken. Bereits jetzt bietet EWE TEL im Rahmen des aktuellen Bitstrom-Angebots allen Nachfragern die gleichen Bandbreiten an, wie sie selbst vertreibt.

Dafür spricht auch, dass gerade die etablierten Mobilfunknetzbetreiber immer wieder Forderungen nach Diskriminierungsverboten gegenüber nicht marktbeherrschenden und regionalen Festnetzbetreibern im Rahmen des Gigabitforums der Bundesnetzagentur erheben. Es wird sich zeigen, ob diese Forderung von den Mobilfunknetzbetreibern nur vorgeschoben sind oder ob sie entsprechende Zusagen auch abgeben werden, wenn sie sie selbst davon betroffen sind.

Zu Ziffer 3:

Ziffer 3 orientiert sich an der im Rahmen der Mergerauflagen der Telefónica/E-Plus Fusion bekannten und bewährten Methodik, die Mobilfunknetzbetreiber zu einem Verzicht auf ordentliche Kündigungen für einen angemessenen Zeitraum zu verpflichten:

a) 2G/3G/4G access for existing wholesalers

TEF DE commits to offer to all MVNOs/SPs which currently procure 2G/3G/4G products from TEF DE and/or E-Plus to prolong their existing contracts from the Date of Closing until end of [...] (or such earlier date on which TEF DE may terminate to offer 2G, 3G or 4G products to its own clients). 77

TEF DE will proactively send a self-commitment letter to all existing MVNOs/SPs which have an agreement with TEF DE and/or with E-Plus for 2G, 3G and/or 4G network access as of the Date of Closing, in which it will waive its rights of ordinary termination set out in the respective wholesale agreement until the end of year 2025 (or such earlier date on which TEF DE may terminate to offer 2G, 3G or 4G products to its own clients). The right of extraordinary termination for good cause (as provided by law) shall remain unaffected. 78

Die Ziffer 3 greift damit die Erfahrungen der Diensteanbieter auf, im Rahmen von Verhandlungen über bessere Vorleistungsbedingungen durch etablierte Mobilfunknetzbetreiber mit der Kündigung des eigenen Diensteanbietervertrages bedroht zu werden.

Zu Ziffer 4:

Ziffer 4 enthält das Verbot von Wholesale-Verboten. EWE TEL ist bereit sich zu verpflichten, auf entsprechende Verbote zu verzichten. Derartige Verbote sind offensichtlich aus der Zeit gefallen und behindern den Wettbewerb in einer unzulässigen Art und Weise. Überdies gibt es auch in der Sache keine Rechtfertigung für sie. Sofern der Vorleistungsgeber den Nachfragern diskriminierungsfreie Bedingungen anbietet, besteht für den Nachfrager in der Regel ohnehin keine Veranlassung, bei einem Reseller statt bei dem Vorleistungsgeber direkt einzukaufen. Und sollte er es doch tun, würde auch der Reseller für eine zusätzliche Netzauslastung und damit für weitere Einnahmen für den Vorleistungsgeber sorgen. Dies abgesichert durch die Bedingungen, die der Vorleistungsgeber mit dem Reseller vereinbart hat. Ein zusätzliches Schutzbedürfnis für den Vorleistungsgeber ist nicht erkennbar.

Zu Ziffer 5:

In Ziffer 5 würde sich EWE TEL zur Anbindung eine Prozessplattform mit mindestens 2 Millionen Kunden (homes passed) verpflichten. Diese Verpflichtung adressiert das von den bundesweiten Nachfragern im Festnetz vorgebrachte Argument, ihnen sei eine Zusammenschaltung mit der Vielzahl von Glasfaseranbietern nicht zumutbar. Die Anbindung an eine entsprechende Prozessplattform hätte den Vorteil, dass die Nachfrager sich nur mit wenigen Prozessplattformen zusammenschalten müssten und dort die Vorleistungen einer Vielzahl von Glasfaseranbietern einkaufen könnten. Hierdurch würden die Transaktionskosten sinken und weitere Effizienzen gehoben.

EWE TEL ist bereit, die konkreten Details all dieser Punkte mit den anderen Marktakteuren inklusive der Mobilfunknetzbetreiber in einem transparenten Prozess auszuhandeln. Dabei ist es EWE TEL wichtig zu betonen, dass dies ganz klar **kein Ausschluss weiterer Vorleistungsprodukte**, insbesondere auf der passiven Zugangsebene, sein soll. Das Fair-Play-Agreement soll ein Mindestangebot darstellen, keine Obergrenze. EWE TEL Schon heute und auch in Zukunft wird EWE TEL Wettbewerbern weiter passive und aktive Vorleistungsprodukte anbieten. EWE TEL ist dabei optimistisch, dass auf

Grundlage dieses Fair-Play-Agreements ein Marktkonsens für ein Level-Playing-Field erreicht werden kann. Allerdings ist für ein Gelingen **eine gestaltende Rolle** der Bundesnetzagentur unverzichtbar.

C. Faktencheck zur unveröffentlichten Stellungnahme der Telekom vom 21.02.2025

Auch wenn dies formal nicht dieses, sondern das Verfahren BK1-22/001 betrifft, so entscheidet doch dieselbe Präsidentenkammer. Deshalb sieht sich EWE TEL gezwungen, auf eine nicht veröffentlichte Stellungnahme der Telekom zu reagieren. Aus einer unveröffentlichten E-Mail der Telekom vom 21.02.2025 in der Beiakte 9 Blatt 1 bis 4 von 908 zum Verfahren BK1-22/001 geht hervor, dass die Telekom schwerwiegende Vorwürfe zum Vortrag der EWE TEL in der Stellungnahme vom 23.01.2025 erhoben hat.

Mit dieser E-Mail behauptet Telekom, EWE TEL würde durch „kleinliche Zahlenklaubereien“ die Bundesnetzagentur durch „bewusste Falschinformationen [...] täuschen“:

1. Aussagen der Diensteanbieter und MVNOs zu den Leitplanken:

Mittlerweile erkennen auch die Diensteanbieter in ihren Stellungnahmen indirekt an, dass Deutschland der wettbewerbsstärkste Mobilfunkmarkt Europas ist. Sie fokussieren sich jetzt auf **kleinliche Zahlenklaubereien** (weil sie den Teilnehmermarktanteil von 30 % nicht von den Umsatzmarktanteilen von 18 % unterscheiden können). Zudem versteifen sie sich auf Verweise auf Nischensegmente und vermischen Festnetz- und Mobilfunkmarkt. Dazu werden offensichtlich falsche Behauptungen zur Bedeutung des Geschäftskundenmarktes gemacht. So behauptet EWE TEL, der Geschäftskundenmarkt im Mobilfunk mache einen Umsatz von 18 Mrd. EUR und damit 2/3 des Mobilfunkmarktes aus. **Das ist eine bewusste Falschinformation, um die BNetzA zu täuschen.** Hier wird eine Aussage von Herrn Haas aus dem Zusammenhang gerissen und falsch interpretiert. [REDACTED]

(aus Beiakte 9 Blatt 1 von 908 zum Verfahren BK1-22/001, Hervorhebung nur hier)

Diese Vorwürfe halten einer Überprüfung nicht stand. Tatsache ist, dass Telekom in der ömV vom 09.01.2025 vorgetragen hat, dass es einen „Diensteanbieteranteil von 29,3%“ gäbe bzw. die Diensteanbieter „30 Prozent Marktanteil“ hätten:

Wolfgang Kopf, Deutsche Telekom AG:
Vielen Dank. Wolfgang Kopf, Deutsche Telekom. Ich würde gerne zunächst mal zwei Schritte zurückgehen und fragen, was wir hier eigentlich diskutieren. Ausgangspunkt ist ja bei all diesen Diskussionen über Diensteanbieterverpflichtung die Frage der Wettbewerbssituation im Mobilfunk. Und wenn ich mir jetzt mal den deutschen Mobilfunkmarkt ansehe, wir haben das auch schon vorgetragen, aber ich glaube, es ist wichtig, dass man das hier noch mal erwähnt, **wir haben einen Diensteanbieteranteil von**

45

29,3 Prozent. Der ist weiter gestiegen. Das sind Zahlen von 2023. **Der dürfte jetzt über 30 liegen.** Der nächste Markt in Europa mit Diensteanbietern ist im Moment wahrscheinlich UK, gehört nicht mehr zur Europäischen Gemeinschaft. Da liegen wir bei 15 Prozent. Und wenn wir uns die anderen zehn Märkte, wo es Diensteanbieter in Europa gibt, ansehen, dann liegen die Marktanteile in drei Märkten bei rund 8 Prozent und ansonsten unter 3 Prozent. Ich frage mich, was wir hier eigentlich heilen wollen und womit wir das heilen wollen. Völlig außer Acht gelassen wird, wer hier eigentlich investiert und diese Netze errichtet. Ich meine, EWE TEL kommt aus dem Energiegeschäft und hat Netze und weiß, was diese Investitionen bedeuten. Es ist natürlich nett im Nachbarmarkt dann.

[...]

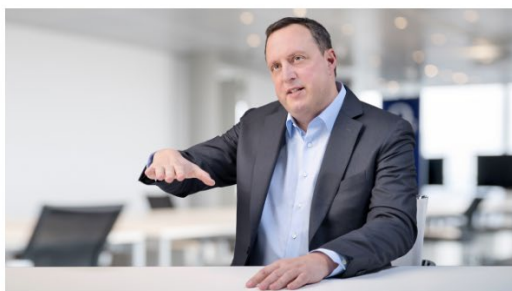
Wolfgang Kopf, Deutsche Telekom AG:

Zugang zu den möglichst preiswertesten und wie hier so euphemistisch argumentiert wird, nicht-diskriminierenden Bedingungen zu erlangen. Ich glaube, das hat mit dem, was Wettbewerb will und was Endkunden nutzt, so gut wie nichts zu tun. Und hier gehen auch schon die Vorschläge der Bundesnetzagentur aus meiner Sicht weit über das hinaus, was geboten ist. Wenn Sie **30 Prozent Marktanteil** haben und Märkte sonst in der Welt entweder diese Form des Wettbewerbs gar nicht kennen oder einen sehr viel geringeren Anteil haben, dann haben Sie genügend Indizien hier, dass dieser Wettbewerb, der hier gefordert wird, zumindest sehr gut funktioniert. Besser könnte er nicht funktionieren, sage ich mit großem Bedauern, weil wir sind auch in Märkten unterwegs, wo es das nicht gibt. Und in diesen Märkten ist die Rendite und die Innovations- und die Investitionsfähigkeit von Unternehmen im Mobilfunk sehr viel besser. Nur zur Erinnerung: In Europa verdienen 60 Prozent aller Mobilfunkbetreiber, Netzbetreiber nicht die Kapitalrendite, die sie brauchen, um ihre Kapitalkosten zu finanzieren. Das heißt, wir sind hier mit Argumenten unterwegs, wo man sich natürlich optimieren kann über Regulierung. Aber man sollte sich mal überlegen, was die Auswirkungen von so einer Regulierung sind. Insofern die Frage auch an das Präsidium: Diese Leitplanken werden noch konsultiert, oder? Weil mitschreiben konnte man die jetzt nicht, ne?

(Aus Abschrift der Tonaufnahme der öffentliche mündlichen Verhandlung BK1-22/001 vom 09.01.2025, Hervorhebung nur hier)

Aus der E-Mail der Telekom an die Bundesnetzagentur vom 21.02.2025 – **nicht jedoch** aus der von uns zitierten Aussage der Telekom in der ömV vom 09.01.2025 – geht hervor, dass Telekom damit offenbar auf den Teilnehmermarktanteil anspielen wollte. Wenn nicht (bewusst?) irreführend, dann war die Aussage der Telekom jedenfalls missverständlich formuliert. Zur Sache ist anzumerken, dass Angaben zu den Teilnehmermarktanteilen nichts zur Frage beitragen, ob es effektiven Wettbewerb auf dem Vorleistungs- oder Endkundenmarkt gibt. Was nützten den Diensteanbietern 99% Teilnehmermarktanteil, wenn sie damit nur 1% der Umsätze erzielten? Vielmehr belegt das krasse Missverhältnis zwischen dem Teilnehmermarktanteil von 30% (29,3%) und dem Umsatzmarktanteil von 9,4% (bzw. mit 1&1 17,9%), dass die Mobilfunknetzbetreiber die Diensteanbieter erfolgreich in die Nische der Billigstanbieter verdrängt haben und die Diensteanbieter mit ihren Teilnehmern kaum Umsätze erzielen können. Entsprechend belegen auch diese „kleinlichen Zahlenklaubereien“, dass es keinen effektiven Wettbewerb auf dem Vorleistungs- und Endkundenmarkt gibt.

Vermutlich durch die Schwärzung der E-Mail in der Akte bleibt es das Geheimnis der Telekom, warum die Aussage von Markus Haas „aus dem Zusammenhang gerissen und falsch interpretiert“ sein soll, dass der Geschäftskundenumsatz im Mobilfunk 2021/22 bei 18 Mrd. Euro lag. Hier noch einmal die von uns in Bezug genommene Aussage von Herrn Haas:



Markus Haas, CEO von O₂ Telefónica

FAZ: Wie groß ist der Markt, den sie anpeilen?

Markus Haas: Die drei Netzbetreiber machen rund 18 Milliarden Euro Jahresumsatz mit Mobilfunk-Verbindungen für Geschäftskunden. Knapp zwei Milliarden Euro entfallen auf mittelständische Kunden als unsere wichtigste Zielgruppe, davon bisher vielleicht ein Zehntel auf uns. Da setzen wir unseren Schwerpunkt und wollen unseren Fair Share.

FAZ: Was heißt das?

(<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/telefonica-millionen-handy-kunden-koennten-ins-funkloch-fallen-18327635.html>)

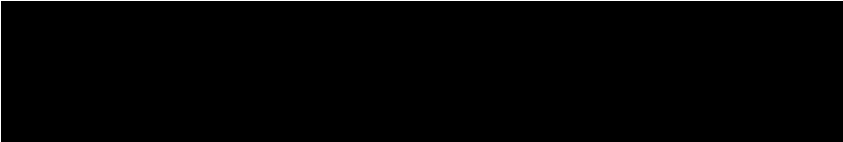
Tatsache ist, dass Markus Haas vom „Jahresumsatz mit Mobilfunkverbindungen für Geschäftskunden“ spricht und EWE TEL – in Ermangelung anderer Daten – die Jahresberichte der Bundesnetzagentur herangezogen hat, um die Relevanz des Geschäftskundenmarktes am gesamten Mobilfunkmarkt zu ermitteln. All dies ist in unserer Stellungnahme transparent und überprüfbar. Wohlwissend, dass diese Zahlen hergeleitet sind, hat EWE TEL überdies Anträge gestellt, dass die Bundesnetzagentur diese Zahlen erheben soll. Leider lässt sich aus den Akten nicht erkennen, dass die Bundesnetzagentur diesem Antrag nachgekommen wäre.

Es ist mehr als misslich, dass EWE TEL diese schwerwiegenden Anschuldigungen durch die Telekom im Verfahren BK1-22/001 nicht transparent gemacht worden sind. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund dessen, dass EWE TEL nicht weiß, inwiefern die Präsidentenkammer durch diese – falschen – Anschuldigungen beeinflusst worden ist. Deshalb bittet EWE TEL die Präsidentenkammer ausdrücklich darum, jedenfalls im gegenständlichen Verfahren sämtliche relevanten Stellungnahmen eines Marktteilnehmers zu veröffentlichen.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gern bereit.

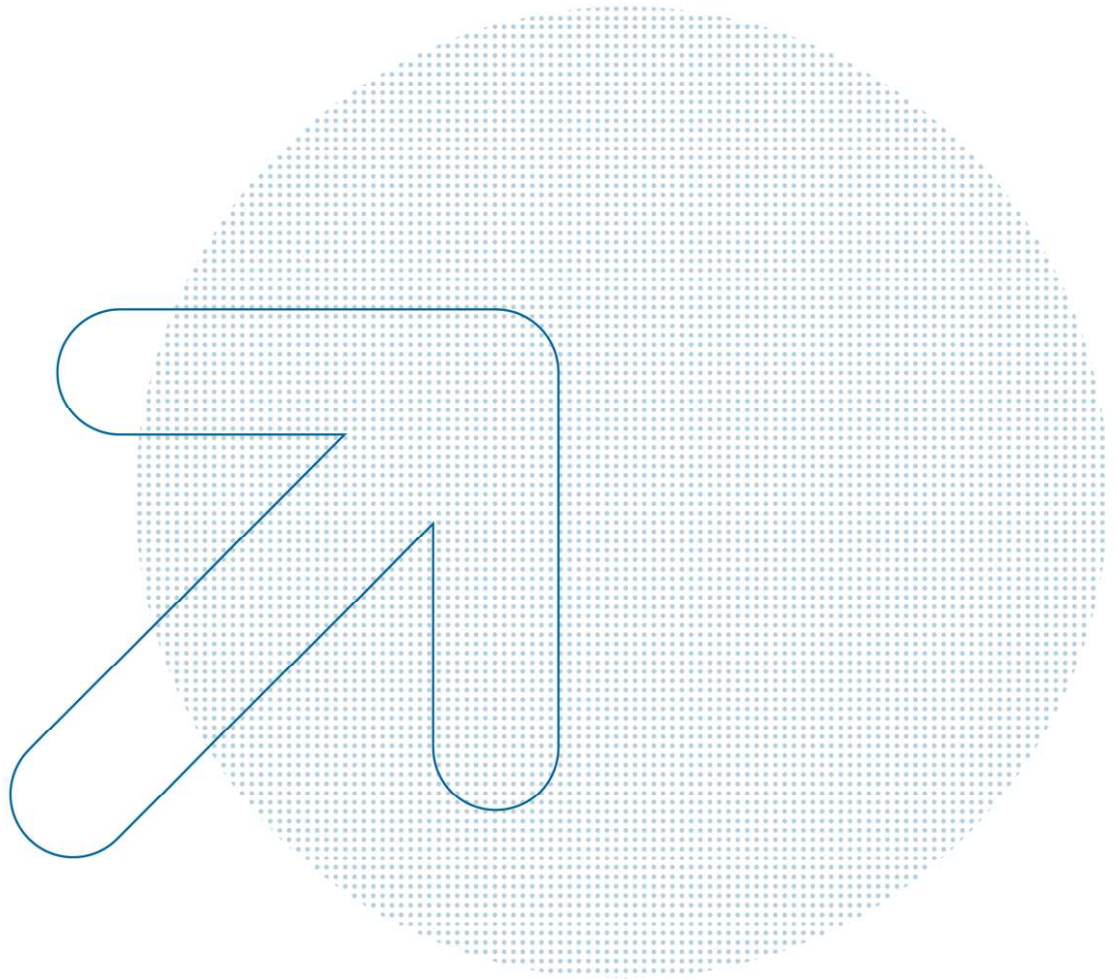
Freundliche Grüße

EWE TEL GmbH



WIK-Consult • Bericht

Kurzstudie für die Bundesnetzagentur



Wettbewerbliche Auswirkungen von Bündelprodukten, Geschäftskundenprodukten und FMC-Produkten

Autor:
Prof. Dr. Bernd Sörries

Impressum

WIK-Consult GmbH
Rhöndorfer Str. 68
53604 Bad Honnef
Deutschland
Tel.: +49 2224 9225-0
Fax: +49 2224 9225-63
E-Mail: info@wik-consult.com
www.wik-consult.com

Vertretungs- und zeichnungsberechtigte Personen

Geschäftsführung	Dr. Cara Schwarz-Schilling (Vorsitzende der Geschäftsführung) Alex Kalevi Dieke (Kaufmännischer Geschäftsführer)
Prokuristen	Prof. Dr. Bernd Sörries Dr. Christian Wernick Dr. Lukas Wiewiorra
Vorsitzender des Aufsichtsrates	Dr. Thomas Solbach
Handelsregister	Amtsgericht Siegburg, HRB 7043
Steuer-Nr.	222/5751/0926
Umsatzsteueridentifikations-Nr.	DE 329 763 261
Stand: Januar 2025	

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung und Untersuchungsauftrag	1
2	Stand des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt	2
3	Wettbewerbliche Auswirkungen spezifischer Angebote	4
3.1	Bündelangebote	4
3.2	Geschäftskundenangebote	6
3.3	FMC-Produkte	11
4	Fazit	12
5	Literaturverzeichnis	14

Einleitung und Untersuchungsauftrag

1. Im Zuge des Präsidentenkammerverfahrens zur Bereitstellung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2,6 GHz prüft die Bundesnetzagentur, ob Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind.
2. Die Bundesnetzagentur hat eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse durchzuführen. Hierbei ist die Frage zu beantworten, ob und wenn ja, welche konkreten Maßnahmen zur Erreichung der (Wettbewerbs-) Ziele erforderlich sind und wie sich diese auf bestehende Investitionen oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer, insbesondere auf den Netzausbau auswirken (vgl. § 105 Abs. 2 Satz 3 TKG).
3. Im Zuge der Kommentierung des Entwurfs der Präsidentenkammerentscheidung sowie der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Januar 2025 wurden von den Marktteilnehmern neue Sachverhalte vorgebracht und bereits bekannter Vortrag ergänzt. Dies bezieht sich auf
 - a) Bündelprodukte
 - b) Geschäftskundenprodukte
 - c) Fixed-Mobile-Convergence-Produkte (FMC-Produkte)
4. Das vorliegende Gutachten bezieht sich insoweit nur auf die oben genannten drei Produkte und deren Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse. Insoweit dient dieses Kurzgutachten dazu, eine Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem deutschen Mobilfunkmarkt durch die Bundesnetzagentur zu unterstützen.
5. Dieser Untersuchung liegt kein Prüfprogramm zur Marktdefinition und -analyse nach den §§ 10 ff. TKG zugrunde. Insoweit werden in diesem Kurzgutachten keine Marktdefinition und darauf aufbauende Marktanalyse durchgeführt. Ebenso werden im Kurzgutachten keine Schlussfolgerungen außerhalb der Prognose der künftigen Wettbewerbsverhältnisse vorgenommen.
6. Das Kurzgutachten behandelt neben der Analyse der oben genannten Produktkategorien auch die Frage, inwieweit bei der Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse der Bereich der Geschäftskundenprodukte im Mobilfunk separat zu betrachten wäre. Hierbei ist auch zu begutachten, inwieweit es für Diensteanbieter und/oder MVNO notwendig ist, Angebote in sämtlichen Marktsegmenten unterbreiten zu können.
7. Das Kurzgutachten setzt auf die von WIK/EY vorgelegte Studie „Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt“ in der vertraulichen Version vom

19.12.2023 auf.¹ Empirische Daten, die zur Beantwortung der obigen Fragestellungen herangezogen werden, stammen aus der WIK/EY-Studie sowie aus einzelnen Stellungnahmen von Marktteilnehmern. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse **[BuG]** sind in diesem Kurzgutachten gekennzeichnet.

Stand des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt

8. In Deutschland betreiben die Unternehmen Deutsche Telekom, Vodafone und Telefónica drei voneinander unabhängige, nahezu flächendeckende Mobilfunkinfrastrukturen. Mit der 1&1 Mobilfunk verfügt ein viertes Unternehmen über Frequenznutzungsrechte zum Angebot von öffentlichen Mobilfunkdiensten. Das Mobilfunknetz der 1&1 Mobilfunk befindet sich aktuell im Aufbau.
9. Die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber Deutsche Telekom, Vodafone und Telefónica stehen seit Jahren in einem Infrastrukturwettbewerb. Indikatoren zur Messung der angebotenen Qualität der Mobilfunkdienste zeigen, dass sich die etablierten Mobilfunknetzbetreiber am Markt u. a. durch ihre jeweilige Netzinfrastuktur differenzieren. Die geografische und systemische Verfügbarkeit der angebotenen Mobilfunkdienste sind wesentliche Wettbewerbsparameter.
10. Der Infrastrukturwettbewerb ist durch die Parallelität der drei nahezu flächendeckenden Mobilfunknetzinfrastrukturen strukturell abgesichert. Von der Funktionsfähigkeit des Infrastrukturwettbewerbs kann abstrakt bei mindestens drei Anbietern ausgegangen werden.² Mit dem Eintritt des vierten Mobilfunknetzbetreibers wird sich der Infrastrukturwettbewerb zumindest in den Ballungsgebieten weiter intensivieren.³
11. Künftige Investitionen der etablierten Mobilfunknetzbetreiber sowie des vierten Mobilfunknetzbetreibers hängen maßgeblich von der Intensität des Wettbewerbs, der konkreten Ausprägung der Nachfrage sowie von der Ausgestaltung von Versorgungsaufgaben ab.⁴ Dies gilt insbesondere für den vierten Mobilfunknetzbetreiber. Investitionen in Netzinfrastrukturen, die über Versorgungsaufgaben hinausgehen und damit den Infrastrukturwettbewerb künftig intensivieren, und/oder Investitionen in Innovationen werden regelmäßig nur dann getätigt, wenn die Investitionen zu zusätzlichen Deckungsbeiträgen führen. Hier ist zu beachten, dass die durchschnittlichen Umsätze pro Endkunde in Deutschland einerseits seit 2020 bei einzelnen Anbietern stagnieren und andererseits im Vergleich zu anderen Ländern niedriger ausfallen.⁵ Zudem

1 Die öffentliche Fassung der WIK-Consult/EY-Studie (2023) ist verfügbar unter: [Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt – Öffentliche Fassung: WIK - Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH](#), zuletzt aufgerufen am 29.01.2024.

2 Vgl. Neumann et al. (2024), S. 8 und die dort angegebene Literatur.

3 Ursächlich dafür sind die Versorgungsaufgaben und die eigene Positionierung im Markt, siehe: <https://www.handelsblatt.com/technik/telekommunikation-1und1-chef-ralph-dommermuth-verspricht-modernstes-5g-netz-europas/28345718.html>, zuletzt abgerufen am 29.1.2025.

4 Vgl. zum Zusammenhang von Wettbewerb und Investitionen Elixmann et al. (2015), WIK/EY (2023).

5 WIK/EY (2023), S. 71.

zeigen aktuelle Marktentwicklungen, dass die Endkundenentgelte für hohe Dateninklusionen (Kundensegment der High User) weiter zurückgegangen sind.

12. Der Infrastrukturwettbewerb wird durch den zugangsbasierten Wettbewerb in Deutschland ergänzt, der darauf abzielt, die Angebotsvielfalt für Endkunden zu vergrößern. So bestand bis Ende 2020 eine mit den jeweiligen UMTS-Lizenzen verbundene Diensteanbieterverpflichtung. In der letzten Frequenzvergabe hat die Bundesnetzagentur das aktuell geltende Verhandlungsgebot festgelegt.
13. Inwieweit der Wettbewerb nachhaltig ist und damit auch künftig weiterhin besteht, kann sich auch dann zeigen, wenn Regulierungsmaßnahmen, wie zum Beispiel die Diensteanbieterverpflichtung, durch wenig eingriffsintensive Instrumente (z. B. dem Verhandlungsgebot) abgelöst werden.⁶
14. Quantitative Indikatoren zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem deutschen Mobilfunkmarkt deuten darauf hin, dass der Wegfall der Diensteanbieterverpflichtung bisher keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb hatte. Während der Anteil der Diensteanbieter/MVNO an den aktiven SIM-Karten im Jahr des Auslaufens der Diensteanbieterverpflichtung nach Angaben der Bundesnetzagentur 25 % betrug, ging der Marktanteil dieser Anbieter in den beiden darauffolgenden Jahren auf 23 % zurück.⁷ Im Jahr 2023 blieb der Vergleichswert konstant. Ein vergleichbares Bild ergibt sich bei der Betrachtung der Anteile der Diensteanbieter/MVNO an den Außenumsatzerlösen. Von 2020 bis 2023 lag der entsprechende Marktanteil der Diensteanbieter/MVNO bei 18 %.⁸ Zudem gab es seit dem Wegfall der Diensteanbieterverpflichtung Marktzutritte von MVNO. Bei diesem Indikator im Zusammenspiel mit der Verhandlungspraxis der Mobilfunknetzbetreiber unter dem Verhandlungsgebot zeigt sich, dass die Verhandlungen über Zugang insbesondere dann erfolgreich beendet werden, wenn der Zugangsnachfrager eine Endkundennachfrage in das jeweilige Mobilfunknetz lenken kann, die ohne den Zugangsnachfrager nicht oder nur mit erheblichen Aufwänden für den Mobilfunknetzbetreiber selbst adressierbar ist. Beim Indikator Verhandlungspraxis der etablierten Mobilfunknetzbetreiber zeigt sich, dass die Verhandlungen über Zugang insbesondere dann erfolgreich beendet werden, wenn der Zugangsnachfrager eine Endkundennachfrage adressiert, die ohne den Zugangsnachfrager nicht oder nur mit erheblich größeren Aufwänden in das Mobilfunknetz des fraglichen Mobilfunknetzbetreibers gelenkt werden kann, also die Auslastung des Netzes steigert. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein

⁶ Siehe zu theoretischen Überlegungen Neumann et al. (2024).

⁷ In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9.01.2025 äußerten sich die Marktakteure sehr unterschiedlich über die Marktanteile der Diensteanbieter/MVNO. Die obigen Daten umfassen den Marktanteil der 1&1. Mit dem Übergang vom MVNO zum Mobilfunknetzbetreiber wird der Marktanteil aller Diensteanbieter/MVNO in Deutschland zurückgehen. Diese Anbietergruppe wird dann voraussichtlich einen Marktanteil haben, wie er beispielsweise in Norwegen oder Frankreich besteht. In Norwegen gibt es eine Zugangsgewährung auf Basis einer SMP-Regulierung. In Frankreich wurden Zugangsregelungen in Frequenzvergabeverfahren geregelt (siehe dazu WIK/EY (2023), S. 59).

⁸ Siehe Bundesnetzagentur (2024), S. 9 und 22.

Zugangsbegehren aus Sicht des Mobilfunknetzbetreibers dann abgelehnt wird, wenn mit der beabsichtigten Zugangsgewährung für den Mobilfunknetzbetreiber keine betriebswirtschaftlichen Vorteile erstehen. Der Wettbewerb um Vorleistungsnachfrager hängt somit u.a. von der Geschäftsausrichtung des Nachfragers ab.

15. Bei der Betrachtung der Endkundenpreise zeigt sich, dass seit dem Wegfall der Regulierungsmaßnahme kein Anstieg zu beobachten war.⁹ Im Jahr 2024 hat sich die Reduktion der Preise pro Gigabyte (GB) weiter fortgesetzt.¹⁰ Auf dem Vorleistungsmarkt hat der Wechsel des National-Roaming-Anbieters von 1&1 Mobilfunk ebenfalls zu neuen Vertragsabschlüssen (z. B. freenet/Telefónica) geführt. Die Marktentwicklungen im Jahr 2024 stützen somit die Aussagen von WIK/EY (2023).

Wettbewerbliche Auswirkungen spezifischer Angebote

Bündelangebote

16. Marktteilnehmer tragen vor, dass Bündelprodukte, die Breitbandanschlüsse und Mobilfunkdienste umfassen, nur von den Mobilfunknetzbetreibern wettbewerblich angeboten werden könnten. Bei Bündelprodukten gewährten die Mobilfunknetzbetreiber Preisnachlässe, die beispielsweise von Glasfaseranbietern nicht nachgebildet werden könnten.¹¹ Sofern insbesondere Glasfaseranbieter keinen diskriminierungsfreien Zugang (Gleichbehandlung mit dem internen Vertrieb des Mobilfunknetzbetreibers) zu Mobilfunkvorleistungen erhielten, gehen einzelne Glasfaseranbieter von einer deutlichen Verschlechterung ihrer Marktposition aus.
17. Bündelprodukte werden in unterschiedlicher Ausprägung am Markt von den Mobilfunknetzbetreibern angeboten. Gegenüber privaten Endkunden werden Breitbandanschlüsse und Mobilfunkanschlüsse ohne weitere technische Verknüpfung beider Anschlüsse angeboten, d. h. ohne eine technische Konvergenz der unterschiedlichen Übertragungsnetze. In der Regel zeichnen sich die Bündelangebote durch einen (temporären) Preisabschlag gegenüber den jeweiligen einzelnen Bestandteilen des Bündels aus.¹² Der aus dem Bündel resultierende geringere Umsatz pro Kunde soll aus Sicht des Anbieters durch eine längere Kundenbindung kompensiert werden.
18. Gegenüber Geschäftskunden werden auch Bündelangebote vermarktet, die als Fixed-Mobile-Convergence (FMC) -Produkte angesehen werden können. Hier

⁹ Siehe dazu der Mobilfunkindex von Statista.

¹⁰ Siehe u. a.

https://www.wik.org/fileadmin/user_upload/Unternehmen/Veroeffentlichungen/Kurzstudien/2024/WIK-Kurzstudie-Angebotsentwicklung-deutscher-Mobilfunkmaerkte.pdf, zuletzt abgerufen am 29.1.2025.

¹¹ SBR-net Consulting (2023), S. 29

¹² Relevante Fragen zu Bündelangeboten finden sich u.a. auf der Internetseite der belgischen Regulierungsbehörde, <https://www.bipt.be/verbraucher/bundelangebot>, zuletzt abgerufen am 29.1.2025.

unterscheiden sich die technischen Realisierungen dieser Produkte maßgeblich von sonstigen Bündelprodukten. Diese Produkte werden von den Anbietern als höherwertige Geschäftskundenprodukte eingestuft. Das von diesen FMC-Produkten adressierte Marktsegment ist deshalb deutlich kleiner, zumal es eine höhere Zahlungsbereitschaft der Nachfrager unterstellt. Diese Produkte werden, wenn überhaupt, von größeren Unternehmen (z. B. mit mehreren Liegenschaften oder im Bereich kritischer Infrastrukturen) nachgefragt. Eine detaillierte Betrachtung dieser Produkte erfolgt in Kapitel 3.3.

19. Im Rahmen der Erstellung des Gutachtens von WIK/EY (2023) zu den Wettbewerbsverhältnissen im Mobilfunk wurde bei den Mobilfunknetzbetreibern abgefragt, wie hoch der Anteil der Kunden ist, die Bündelprodukte aus Breitbandanschluss und Mobilfunk bei ihnen nutzen.



20. Die unterschiedlichen Anteile der etablierten Mobilfunknetzbetreiber im Segment der Bündelkunden zeigen die strukturellen Unterschiede der Mobilfunknetzbetreiber auf. Während die Deutsche Telekom und Vodafone Bündelprodukte durch ihre eigenen drahtgebundenen Telekommunikationsnetze in eigener Funktionsherrschaft am Markt anbieten können, kann dies Telefónica in der Regel nicht.¹³ Sofern die Endkunden verstärkt Bündelprodukte (mit Glasfaseranschlüssen) nachfragen, müsste Telefónica voraussichtlich verstärkt Kooperationen mit Unternehmen eingehen, die entsprechende drahtgebundene Breitbandanschlüsse anbieten. Während es bei DSL-Anschlüssen einen wesentlichen nationalen Anbieter gibt, gilt dies aktuell nicht für Glasfaseranschlüsse. Hier bedarf es aktuell mehrerer Kooperationen mit Glasfasernetzbetreibern, um ein flächendeckendes Angebot machen zu können.
21. Hinsichtlich der wettbewerblichen Auswirkungen von Bündelprodukten für Zugangsnachfrager auf dem Vorleistungsmarkt für Mobilfunkdienste stellt sich die Frage, auf welchem Markt die von den Unternehmen antizipierte Verschlechterung der Wettbewerbsposition eintreten könnte. Aus den Stellungnahmen einzelner Marktteilnehmer¹⁴ als auch einzelner Gutachten¹⁵ zum Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt ist zu schließen, dass die Nachfrage nach Bündelprodukten originär aus dem Markt für drahtgebundene Breitbandanschlüsse kommt. Aus diesem Grund wird das Risiko gesehen, dass

¹³ Ggf. kann Telefónica dies in der Kooperation mit dem Unternehmen Unsere Grüne Glasfaser (UGG), an dem Telefónica beteiligt ist.

¹⁴ Siehe Stellungnahmen der EWE Tel.

¹⁵ Siehe SBR-net Consulting (2023), S. 29.

sich die Wettbewerbsposition der Unternehmen im Festnetzmarkt verschlechtern könnte. Damit wird deutlich, dass mögliche negativen wettbewerbliche Auswirkungen nicht auf dem Mobilfunkmarkt zu erwarten sind. Ob es Auswirkungen auf anderen Märkten gibt, wäre durch eine entsprechende Marktanalyse der Bundesnetzagentur zu untersuchen. Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt, auf den nach § 105 TKG abzustellen ist, werden sich jedenfalls vor dem Hintergrund der Nachfrage durch Bündelprodukte aus Fest- und Mobilfunk in Zukunft nicht verschlechtern.

Geschäftskundenangebote

22. Marktteilnehmer tragen vor, dass die Mobilfunknetzbetreiber Geschäftskunden besondere Mobilfunkdienste anbieten, die im Ergebnis die Abgrenzung eines Geschäftskunden- von einem Privatkundenmarkt rechtfertigen bzw. anzeigen würden.

[REDACTED]

Das würde bedeuten, dass diese konkreten Vorleistungsentgelte und -tarife für Dritte keine kommerziell tragfähigen Geschäftskundenangebote erlauben würden.

23. Ob der obige Sachverhalt tatsächlich eine unterschiedliche Behandlung von Privat- und Geschäftskunden nach sich ziehen kann, ist anhand verschiedener Faktoren abzuwägen. Einer dieser Faktoren ist die Austauschbarkeit der unterschiedlichen Produkte untereinander, d. h. ob sie sich (in technischer oder kommerzieller Hinsicht) deutlich voneinander unterscheiden.¹⁶
24. In der Studie von SBR-net Consulting (2023) für den BREKO wird diesbezüglich ausgeführt, dass die Bedarfe von Klein- und Mittelbetrieben zum Teil durch Privatkundenprodukte abgedeckt werden können. „In großen Betrieben [dagegen] geht es um hohe Stückzahlen an Endgeräten und um die Integration in die Unternehmenskommunikation.“¹⁷ In einer Studie für die Deutsche Telekom führen Fritz et al. (2021) aus, dass die klassischen Geschäftskundentarife nur wenig genutzt werden. Viele Geschäftskunden würden demnach Tarife wählen, die auch für private Endkunden angeboten werden. Somit würde eine Preiserhöhung in einem der beiden Kundensegmente zu Substitutionseffekten führen. Aufgrund der Angebotsflexibilität, die es jedem Anbieter ermögliche, differenzierte Tarife für spezielle Kundensegmente anzubieten, sei eine Unterscheidung zwischen Geschäfts- und Privatkunden nicht sachgerecht.¹⁸ Telefónica führte im Jahr 2022 diesbezüglich aus, dass Geschäftskunden die anspruchsvollsten Kunden seien, für die bei der Anbieterauswahl insbesondere die Netzqualität und das Image des Anbieters

¹⁶ Siehe zu grundlegenden Aspekten dazu auch Holdampf-Wendel/Elkettani (2013).

¹⁷ SBR-net Consulting (2023), S. 29.

¹⁸ Fritz et al. (2021), S. 12f

relevant seien. Telefónica wolle vor allem durch den weiteren Netzausbau seine Wettbewerbsposition bei Geschäftskunden verbessern.¹⁹

25. Die Einschätzungen zur Behandlung von Geschäfts- und Privatkundenprodukten fallen demnach unterschiedlich aus. Einigkeit scheint darin zu bestehen, dass bei der Auswahl des Anbieters die geografische Verfügbarkeit der nachgefragten Telekommunikationsdienste eine besondere Bedeutung hat. Hier gab es in der Vergangenheit deutliche Unterschiede unter den etablierten Mobilfunknetzbetreibern (insbesondere in ländlichen Regionen). Des Weiteren zeigen die Ausführungen der Telefónica, dass die Marktanteile der etablierten Mobilfunknetzbetreiber bei Geschäftskunden nicht gleich ausfallen.
26. Mit 3,1 Mio. zählte im Jahr 2022 die überwiegende Mehrheit (99,3 %) der Unternehmen zu den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in Deutschland.²⁰ Obwohl einzelne Mobilfunknetzbetreiber das Segment der Geschäftskunden noch in weitere Segmente aufteilen, wobei die Anzahl der Beschäftigten ein Kriterium der Differenzierung sein kann, bieten die etablierten Mobilfunknetzbetreiber für diese Unternehmen in der Regel (Ausnahmen siehe Rn. 31 und in Abschnitt 3.3.) keine Telekommunikationsdienste an, die sich aus netztechnischer Sicht von Telekommunikationsdiensten für Privatkunden unterscheiden. Es kommen für beide Kundensegmente die gleiche Funknetzinfrastrukturen bzw. die gleichen technischen Spezifikationen in den Netzen zum Einsatz. Aus technischer Sicht sind daher die Telekommunikationsdienste der beiden Segmente grundsätzlich untereinander austauschbar.
27. Soweit Geschäftskunden im Vergleich zu Privatkunden (in der Regel) niedrigere Entgelte für Mobilfunkdienste (einschließlich Endgeräten) angeboten werden, können Preisunterschiede aufgrund der technischen Realisierung keine geschäftskundenspezifische Qualität der Telekommunikationsdienste widerspiegeln. Das wäre ggf. nur dann der Fall, wenn bei Geschäftskundenprodukten das Best-Effort-Prinzip bei der Datenübertragung nicht gälte (z. B. mit Slicing bei Machine-zu-Machine-Anwendungen). Die alternativen Absatzstrategien der Mobilfunknetzbetreiber führen deshalb nicht zu alternativen Qualitäten der angebotenen Telekommunikationsdienste. Zudem zeigen Markterfahrungen, dass größere Unternehmen (mehr als 250 Mitarbeiter) bei der Auswahl des Anbieters maßgeblich auf die Entgelte für Telekommunikationsdienste und Endgeräte abstellen und sie sich insoweit nicht von preissensitiven Privatkunden unterscheiden.
28. Um Kosten zu sparen, orientieren sich KMU bei der Auswahl des Anbieters am allgemeinen Preisniveau von Mobilfunkdiensten. Geschäftskundentarife werden

19

20 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Kleine-Unternehmen-Mittlere-Unternehmen/aktuell-beschaeftigte.html>, zuletzt abgerufen am 29.1.2025.

somit von den Privatkundentarifen beeinflusst. Geschäftskundentarife können sich durch besondere Rabatte auszeichnen, die häufig auf Endgeräte gegeben werden. Hier haben Geschäftskunden durch die Mehrzahl an Endgeräten im Vergleich zu Privatkunden eine bessere Verhandlungsposition, um entsprechende Rabatte auszuhandeln. Jedoch zeigen Markterfahrungen, dass auch Privatkunden bei Kündigung ihres Mobilfunkvertrags individuell von Mobilfunkanbietern angesprochen werden. Die in der Regel individuellere Behandlung von Geschäftskunden spiegelt aber keine individuelle IT-Unterstützung einzelner Geschäftskunden wider, die, wenn sie vorläge, für eine Substitutionslücke sprechen könnte.

29. Aus Sicht der Geschäftskunden ist die (informationstechnische) Betreuung einer Vielzahl von Mobilfunkverträgen durch den jeweiligen Anbieter ein Kriterium, das sich von der Nachfrage von Privatkunden unterscheidet. So sind beispielsweise die Kundenprozesse bei Geschäftskunden weiter automatisiert (z. B. die Nachbestellung von SIM-Karten, Übersichten über alle SIM-Karten). Solche Prozesse sind für Privatkunden weniger oder überhaupt nicht relevant und werden deshalb auch nicht in gleicher Art und Weise informationstechnisch von den Mobilfunkanbietern unterstützt.
30. Bündelprodukte werden auch von Unternehmen in Deutschland nachgefragt, die Liegenschaften in mehreren Ländern (u. a. in Deutschland) haben. In diesem Kundensegment werden die nachgefragten Bündelprodukte u. a. von international aufgestellten Anbietern (z. B. Verizon) realisiert, die die entsprechenden Mobilfunkvorleistungen von Mobilfunknetzbetreibern einkaufen. Das gilt auch für den Einkauf von Vorleistungen in Deutschland. Im Zuge der Analyse von WIK/EY (2023) gab es keine Empirie, die auf Wettbewerbsprobleme in diesem Segment des Marktes hinwies.
31. Bündelprodukte für größere Geschäftskunden können sich dagegen in bestimmten Konstellationen aus einer technischen Sicht von den sonstigen Bündelangeboten unterscheiden. Der Unterschied kann hier in der informationstechnischen Realisierung besonderer, konvergenter Produkte liegen, die beispielsweise für mehrere Liegenschaften des Endkunden realisiert werden. Näheres dazu findet sich in Kapitel 3.3 über FMC-Produkte.
32. Im Übrigen werden zunehmend im Geschäftskundensegment Produkte vermarktet, die im Zusammenhang mit 5G-Campusnetzen stehen. Mit 5G-Campusnetzen können spezifische Datenanwendungen (z. B. in der Produktion, Logistik) aber auch im Office-Bereich unterstützt werden. 5G-Campusnetze können außerhalb der Mobilfunknetzbetreiber auch andere Anbieter am Markt (z. B. Diensteanbieter, MVNO, Glasfaseranbieter) realisieren. Eine solche Nachfrage besteht heute aber in der Regel nur bei größeren Unternehmen.
33. Wie oben bereits ausgeführt, sehen Marktteilnehmer bei Geschäftskundentarifen [REDACTED]

- [REDACTED]
34. Aus Sicht der Geschäftskunden führt diese Praxis der Mobilfunknetzbetreiber dazu, dass sich beispielsweise die Preise für unlimitierte Datentarife einzelnen Angeboten, die sich an Privatkunden richten, annähern.²¹ Hier haben die Geschäftskunden die Wahl zwischen drei Mobilfunknetzbetreibern, die in einem strukturell abgesicherten Infrastrukturwettbewerb zueinander stehen. Dass hierbei die etablierten Mobilfunknetzbetreiber nicht als homogene Marktakteure mit homogenen Verhaltensweisen angesehen werden können, zeigen die öffentlichen Äußerungen der Telefónica, die beobachtbaren Wettbewerbsstrategien und Markterfahrungen. So wurde im Rahmen der Wettbewerbsanalyse von WIK/EY ausgeführt, dass die [REDACTED]
35. Beschwerden von Geschäftskunden, wonach die Angebotsvielfalt in Deutschland zu gering sei, sind im Rahmen der Wettbewerbsanalyse von WIK/EY nicht bekannt geworden. Die Allokationsfunktion des Wettbewerbs scheint hier durch die geringere Anzahl von Anbietern nicht gestört zu sein. Mit dem vierten Mobilfunknetzbetreiber wird sich voraussichtlich der Wettbewerb um KMU weiter intensivieren.
36. Bereits bei der Erstellung der von WIK/EY vorgelegten Wettbewerbsuntersuchung wurden den Autoren der Studie Beispiele für potenzielle Preis-Kosten-Scheren vorgelegt. Diese Praxis der Mobilfunknetzbetreiber schränkt die Wettbewerbsfähigkeit der Diensteanbieter/MVNO in bestimmten Kundensegmenten ein. Es bestehen aber Zweifel, dass Preis-Kosten-Scheren in allen Kundensegmenten vorliegen. Bei der Analyse der Geschäftsberichte der freenet konnten beispielsweise keine Anhaltspunkte für dieses Preissetzungsverhalten gefunden werden. Die EBITDA-Margen betrugen beispielsweise im Jahr 2022/23 zwischen 17 % und 19 %.
37. Eine in spezifischen Kundensegmenten partiell geringere Angebotsvielfalt führt nicht automatisch zur Schlussfolgerung, dass es keinen ausreichenden Wettbewerb im gesamten Mobilfunkmarkt gibt. Das wäre nur dann zu vermuten, wenn die Endkundenpreise beispielsweise im internationalen Vergleich zu hoch wären. Zudem steht der teilweise spezifische Nachfrage bestimmter Kundensegmente mindestens das Angebot drei Infrastrukturanbieter gegenüber, die unterschiedliche Wettbewerbsstrategien verfolgen. Mit der 1&1 Mobilfunk

21 Siehe https://mobile.1und1.de/unbegrenztes-datenvolumen?ac=OM.PW.PW434K231964T7073a&gad_source=1&gclid=EAlaIQobChMIs67-mviaiWNVNpWDBx1ufxtYEAAYAiAAEgKS6PD_BwE, zuletzt aufgerufen 29.01.2025.

kann künftig ein weiterer Anbieter den Wettbewerb intensivieren, zumal er bereits heute Geschäftskunden bedient.

38. Hinsichtlich der Frage, ob es für Diensteanbieter und/oder MVNO notwendig ist, Angebote in sämtlichen Marktsegmenten unterbreiten zu können, ist grundsätzlich festzustellen, dass Angebote für sämtliche Kundengruppen eines Marktes keine Voraussetzung dafür sind, im Markt erfolgreich zu sein.²²
39. Unternehmen, die neu in den deutschen Mobilfunkmarkt eingetreten sind (z. B. Transatel), adressieren mit ihren Angeboten häufig nur spezifische Segmente des Marktes (z. B. Konnektivität bei PKW).
40. Sofern die Diensteanbieter/MVNO drahtgebundene Telekommunikationsnetze betreiben (z. B. Glasfasernetze), ist zu fragen, ob ein aus ihrer Sicht umfassendes Mobilfunkangebot für ihre gesamte Geschäftstätigkeit wesentlich ist, also die Vermarktung von Mobilfunkangeboten gegenüber sämtlichen Kundensegmenten geschäftskritisch ist. Damit stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eingeschränkte Vorleistungsprodukte im Mobilfunk auf die allgemeine Geschäftstätigkeit des jeweiligen Anbieters haben.
41. Modelle zur Analyse des Glasfaserausbaus zeigen, dass in den Ballungsräumen in Deutschland mehrere Glasfaserinfrastrukturen ökonomisch tragfähig sind, sofern jeder Netzbetreiber seinen kritischen Marktanteil im Festnetzmarkt erreicht.²³ In diesen Studien wurde dabei nicht untersucht, ob und in welchem Umfang der Marktanteil im Festnetz von parallelen Angeboten im Mobilfunk abhängt. Außerhalb der Ballungsräume ist in vielen Gemeinden in Deutschland langfristig höchstens ein Glasfasernetz ökonomisch tragfähig.²⁴ Die Tragfähigkeit des Netzausbaus hängt maßgeblich davon ab, wie erfolgreich der jeweilige Netzbetreiber Endkunden und Vorleistungsnachfrager für seine drahtgebundenen Telekommunikationsleistungen bzw. Vorleistungen gewinnt. Ob unter den ökonomischen Rahmenbedingungen des Glasfaserausbaus potenziell entgangenen Umsätze und Gewinne im Geschäftskundensegment maßgeblich für die gesamte Geschäftstätigkeit und damit den Glasfaserausbau sind, kann hier nicht geklärt werden. Es wäre die Frage zu beantworten, ob und wie sich potenziell entgangene Umsätze und Gewinne von einer Grundgesamtheit von 3,1 Mio. Unternehmen negativ auf das Angebot von Telekommunikationsdiensten für ca. 44 Mio. Haushalte auswirken (bei einer rein nationalen Betrachtung).
42. Aus Sicht der etablierten Mobilfunknetzbetreiber, die in Deutschland nahezu flächendeckende Netzinfrastrukturen aufgebaut haben, gibt es den Anreiz, möglichst viele Kundensegmente zu bedienen, um die Auslastung im Netz zu erhöhen und mit der Neukundengewinnung zusätzliche Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Aus diesem Grund gibt es unter den etablierten

²² Vgl. dazu Porter (2013).

²³ Schwarz-Schilling et al. (2023), S. 23f.

²⁴ Zu den Gründen siehe Schwarz-Schilling et al. (2023).

Mobilfunknetzbetreibern einen Wettbewerb um Geschäftskunden. Dieser Wettbewerb wird bei unterschiedlichen Marktanteilen und vergleichbaren Netzen umso intensiver sein, je mehr Geschäftskunden bei der Auswahl des Anbieters preissensitiv sind.

43. Aus den Stellungnahmen und Gutachten, die im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegeben wurden, geht somit hervor, dass, wenn überhaupt, nur ein kleiner Anteil von Geschäftskunden Produkte nachfragt, die nicht mit Privatkundenangeboten vollständig substituierbar sind. Die Substitutionslücke besteht entweder im Bereich des Kundenmanagements bzw. der Absatzstrategien oder in technischen Realisierungen (siehe Kapitel 3.3). Von Relevanz kann an dieser Stelle sein, ob dieser (spezifischen) Nachfrage eine besondere Verhandlungsmacht zukommt und inwieweit diese das Verhalten der Anbieter kontrollieren kann. Aber auch hier gilt, dass in der Regel für diese Geschäftskunden in der Funknetzinfrastruktur aktuell keine technischen Besonderheiten vorgehalten werden. Es gibt keine Anzeichen im Markt, dass sich an den technischen Angeboten kurz bis mittelfristig etwas ändern wird.
44. Die Auswirkungen des bei größeren Geschäftskunden in der Praxis allein von drei unterschiedlichen Anbietern geprägten Wettbewerbs auf den gesamten Wettbewerb im Mobilfunkmarkt sind gering. Die unterschiedlichen Marktanteile der Mobilfunknetzbetreiber bei den Geschäftskunden in Verbindung mit den im Vorleistungs- und sonstigen Endkundenmarkt befindlichen Marktentwicklungen (Marktzutritte, Preissenkungen im High-End-Kundensegment) werden kurz- bis mittelfristig den Wettbewerb in seiner Gesamtheit über alle Kundensegmente nicht einschränken.

FMC-Produkte

45. Fixed-Mobile-Convergence-Produkte können als besondere Form von Bündelprodukten angesehen werden. Marktteilnehmer tragen vor, dass Geschäftskunden so genannte FMC-Produkte nachfragen, die ausschließlich von Mobilfunknetzbetreibern angeboten werden können. Die Mobilfunknetzbetreiber bieten keine Vorleistungsprodukte an, mit denen sie Angebote der etablierten Mobilfunknetzbetreiber nachbilden können.
46. Die FMC-Produkte richten sich vor allem an die Kunden, die die systemische Verfügbarkeit der nachgefragten Telekommunikationsdienste erhöhen wollen. Die Verfügbarkeit der Telekommunikationsdienste (Ausfallsicherheit) wird dadurch gesteigert, indem drahtgebundene und drahtlose Telekommunikationsnetze und -angebote miteinander kombiniert werden. So können redundante und resiliente TK-Dienste genutzt werden.
47. Aus den Stellungnahmen einzelner Marktteilnehmer geht hervor, dass hier eine Verengung des Angebots durch die Endkunden erfolgt. Sofern Endkunden bei der Erbringung der Dienste auf die Funktionsherrschaft bei der Erbringung der TK-Dienste abstellen, so reduziert sich der Kreis der Anbieter im Extremfall auf

die Deutsche Telekom. Es wird hierbei angenommen, dass aus Sicht der Geschäftskunden, die garantierte und resiliente Übertragungsbandbreiten einkaufen, HFC-Netze, die ein Shared-Medium darstellen, als nicht ausreichend leistungsfähig eingestuft werden.

48. Ausweislich einzelner Stellungnahmen kommt die Nachfrage nach FMC-Produkten originär aus dem Festnetz. Die konkrete Nachfrage ist die Ursache für die Verringerung der Anbietervielfalt. Sofern Geschäftskunden ihre Leistungsbeschreibungen in den Ausschreibungen entsprechend formulieren, ist anzunehmen, dass sie sich über die Verengung auf wenige Anbieter im Klaren sind. Dieses Verhalten der Endkunden führt zu einer bewusst in Kauf genommenen Einschränkung des Wettbewerbs in diesem spezifischen Kundensegment.
49. Sofern alternative Glasfaseranbieter durch fehlende Vorleistungsprodukte im Mobilfunk keine wettbewerblichen Angebote für FMC-Produkte anbieten können, wird der Wettbewerb im Mobilfunk angesichts des begrenzten Kundenkreises und der fehlenden Substituierbarkeit der relevanten Produkte davon kaum berührt werden. Ob und inwieweit andere Märkte betroffen sein können, ist nicht Gegenstand der Untersuchung, sondern der Überprüfung durch die Bundesnetzagentur vorbehalten.

Fazit

50. Die aus Sicht von Glasfaseranbietern angenommene Verschlechterung ihrer Wettbewerbsposition im Festnetzmarkt hängt von folgenden Faktoren ab:
 - Die von Endkunden (im Wesentlichen Geschäftskunden) selbst formulierte und strukturierte Nachfrage nach konvergenten Produkten, die ursächlich für eine aus Sicht der Endkunden potenzielle Verengung des Angebots ist. Dabei ist zu vermuten, dass den Endkunden die Verengung des Angebots mit ihren potenziellen Folgen bewusst ist.
 - Keine Bereitstellung von wettbewerblichen Vorleistungsprodukten im Mobilfunk in allen Kundensegmenten, mit denen insbesondere Glasfaseranbieter spezifische Nachfragen von Geschäftskunden bedienen könnten.
51. Wettbewerbliche Auswirkungen (vor allem aus Sicht der Endkunden) von Bündelprodukten sind auf dem Mobilfunkmarkt nicht spürbar vorhanden. Die verfügbaren Daten über Bündelprodukte zeigen, dass 7 % der aktiven SIM-Karten (Stand 2023) in Bündelprodukten eingesetzt werden. Damit ist die Nachfrage (noch) nicht von hoher Relevanz. Von der eingeschränkten Anbietervielfalt bei Bündelprodukten gehen keine negativen Auswirkungen für den gesamten Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt aus.
52. Sofern Bündelprodukte von Geschäftskunden nachgefragt werden, die primär darauf abzielen, die Resilienz der nachgefragten Telekommunikationsdienste

deutlich zu steigern, können grundsätzlich drei Anbieter Angebote unterbreiten. Insoweit die Funktionsherrschaft über die Netze ein zusätzliches Auswahlkriterium ist, stehen der Nachfrage theoretisch nur zwei Anbieter gegenüber, wobei sich die Frage stellt, ob HFC-Netze die technischen Leistungskriterien spezifischer Geschäftskunden erfüllen. Alle anderen Anbieter sind auf Kooperationen angewiesen, in denen sie die Funktionsherrschaft nur vertraglich regeln können bzw. müssten.

53. Die Strukturunterschiede der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber in Verbindung mit ihren sehr unterschiedlichen Marktanteilen bei Geschäftskunden und Wettbewerbsstrategien dürften auch künftig Anreize für den Wettbewerb in diesem Kundensegment geben. Zudem könnte das Bestehen einer besonderen Verhandlungsmacht im Rahmen der Nachfrage nach spezifischen Bündelprodukten von Bedeutung sein.
54. Eine unterschiedliche Behandlung von Geschäfts- und Privatkundenprodukten scheint nicht sachgerecht, weil die jeweils nachgefragten Dienste aufgrund ihres Zwecks aus Nachfragersicht hinreichend austauschbar sind. In Mobilfunknetzen gibt es aktuell keine technischen Funktionalitäten, die nur einer bestimmten Kundengruppe zur Verfügung stehen.

Literaturverzeichnis

- Elixmann et al. (2015): Competition & investment: An analysis of the drivers of investment and consumer welfare in mobile telecommunications. Studie für Ofcom.
- Fritz et al. (2021): Wettbewerb im Mobilfunk in Deutschland. Ein Gutachten im Auftrag der Deutsche Telekom AG.
- Klaue/Schwintowski (2001): Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Telekommunikationssektor.
- Neumann et al. (2024): Leitbild für nachhaltig funktionsfähigen Wettbewerb in der Glasfaserwelt, WIK-Kurzstudie.
- Porter (2013): Wettbewerbsstrategien. Methoden zur Analyse von Branchen und Konkurrenten. 12. Auflage.
- Holdampf-Wendel/Elkettani (2013): Vor § 9 Europäisches TK-Recht: Die Empfehlungen der Europäischen Kommission zu den relevanten Märkten, in Säcker Hrsg. (2013): Telekommunikationsgesetz. Kommentar zum TKG, 3. Auflage.
- SBR-net Consulting (2023): Wettbewerbsdefizite auf dem deutschen Mobilfunkmarkt und regulatorische Antworten. Studie für den BREKO e.V. und 1&1 Mobilfunk GmbH.
- Schwarz-Schilling et al. (2023): Doppelausbau von Glasfasernetzen – Ökonomische Analyse und rechtlich Einordnung. Studie für das BMDV.
- WIK-Consult/EY (2023): Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt, Studie für die Bundesnetzagentur.

Kurzgutachten zur Studie von WIK-Consult
„Wettbewerbliche Auswirkungen von
Bündelprodukten, Geschäftskundenprodukten
und FMC-Produkten“

Ralf Dewenter und Gordon J. Klein

im Auftrag der EWE TEL GmbH

7. November 2025

Inhalt

1.	Einleitung und Problemstellung	4
2.	Aufbau und Methodik der WIK-Kurzstudie	5
2.1	Aufbau der Studie	5
2.2	Zugrundeliegende Daten und Methodik.....	6
3.	Kritische Betrachtung der WIK-Kurzstudie	7
3.1	Stand des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt.....	7
3.2	Wettbewerbliche Auswirkungen spezifischer Angebote	10
3.3	Fazit der WIK (2025)-Kurzstudie	21
4.	Abschließende Beurteilung der Kurzstudie	22

Executive Summary

Die BNetzA hat im Vorfeld der Frequenzvergabe 2025 WIK-Consult und EY (im Folgenden: WIK/EY, 2023) mit einem Gutachten beauftragt, das sie bei der Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt unterstützen soll. In unserem Kurzgutachten vom 11. März 2024 (Dewenter & Klein, 2024) haben wir das WIK/EY (2023)-Gutachten diskutiert. Dabei haben wir schwerwiegende methodische und argumentative Schwächen aufgezeigt und dargelegt, dass das Gutachten unvollständig ist, nicht den wissenschaftlichen Standards einer ökonomischen Analyse entspricht und folglich keine tragfähigen Schlussfolgerungen zur Wettbewerbsfähigkeit der Mobilfunkmärkte zulässt.

Im Februar 2025 hat das WIK (2025) nun ein Ergänzungsgutachten vorgelegt, dass sich mit den wettbewerbslichen Auswirkungen von Bündelprodukten, Geschäftskundenprodukten und Fixed-Mobile-Convergence (FMC)-Produkten befasst. Das vorliegende Kurzgutachten diskutiert dieses Ergänzungsgutachten, indem es zunächst nach einer Einleitung den Aufbau und die Methodik der WIK-Kursstudie erläutert. Letztere beschränkt sich dabei auf eine institutionelle Betrachtung der von den Marktteilnehmern vorgebrachten Argumente. Wie bereits im Ausgangsgutachten werden weder empirische Belege noch theoretische Analysen vorgelegt; selbst auf eine umfassende deskriptive Auswertung wird diesmal verzichtet. Stattdessen stützt sich die Argumentation auf allgemeine „Markterfahrungen“ und vereinzelt genannte Marktdaten.

Anschließend widmen wir uns ausführlich der WIK-Analyse: dem Stand des Wettbewerbs, den wettbewerbslichen Auswirkungen spezifischer Angebote sowie den daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen. Methodisch und argumentativ knüpft die WIK (2025)-Studie dabei an WIK/EY (2023) an. Die Analyse bleibt überwiegend oberflächlich, stützt sich auf sogenannte „Markterfahrungen“ und wenige deskriptive Statistiken. Belastbare empirische Analysen und theoretische Fundierungen, wie sie eine adäquate Untersuchung erfordern würde, fehlen jedoch komplett. Die WIK (2025)-Studie ist daher ebenso unvollständig wie auch methodisch unzureichend und teilweise widersprüchlich. Auf analytische Ansätze wird weitgehend verzichtet und stattdessen auf vage Zusammenhänge verwiesen. Insgesamt vermag die Kurzstudie (WIK, 2025) weder zentrale Wettbewerbsfragen zu klären noch bestehende Bedenken hinsichtlich der Bündel-, Geschäftskunden- und FMC-Angebote ausräumen.

1. Einleitung und Problemstellung

Im Hinblick auf die anstehende Frequenzvergabe im Jahr 2025 hat die Bundesnetzagentur zunächst die Unternehmen WIK-Consult und EY mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt, das sie bei der Bewertung der Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt unterstützen soll. Dieses WIK/EY (2023)-Gutachten umfasst nach eigener Aussage die Erhebung und Auswertung von Indikatoren und Benchmarks, die eine wettbewerbliche Bewertung ermöglichen sollen. Ergänzend führten WIK/EY eine Marktbefragung unter Mobilfunknetzbetreibern (MNOs) sowie Diensteanbietern (Service Providern, SP) bzw. Mobile Virtual Network Operators (MVNOs) durch. Hierzu wurden sowohl Fragebögen versandt als auch Interviews mit relevanten Stakeholdern geführt.

In unserem Kurzgutachten vom 11. März 2024 (Dewenter & Klein, 2024) haben wir das WIK/EY-Gutachten diskutiert. Dabei haben wir schwerwiegende methodische und argumentative Schwächen aufgezeigt und dargelegt, dass sich daraus keine belastbaren Schlussfolgerungen über die Wettbewerbsfähigkeit der Mobilfunkmärkte ableiten lassen. Die Analyse verbleibt auf einer rein deskriptiven Ebene und lässt keinerlei Schlüsse über kausale Effekte zu. Sie ist unvollständig und aufgrund gravierender methodischer Mängel nicht überzeugend. Anstelle einer adäquaten ökonomischen Analyse anhand von empirischen und theoretischen Methoden, werden Implikationen aus selektiven und rein deskriptiven Daten abgeleitet.

Am 10.02.2025 hat WIK-Consult (WIK, 2025) im Auftrag der BNetzA eine ergänzende Kurzstudie zu den wettbewerbslichen Auswirkungen von Bündel-, Geschäftskunden- und Fixed-Mobile-Convergence-(FMC-)Produkten vorgelegt, die unseres Wissens bislang nicht veröffentlicht wurde. Das vorliegende Gutachten analysiert diese Kurzstudie und bewertet deren Aussagekraft.

Unser Gutachten ist nun wie folgt aufgebaut: In Kapitel 2 stellen wir den Aufbau sowie die zugrundeliegenden Daten und Methodik der Studie dar. Folgend würdigen wir die einzelnen Unterkapitel der WIK-Studie in Kapitel 3. Die wesentlichen Aussagen werden hierbei einer grundlegenden sowie in Teilen einer Detailkritik unterworfen. Das Gutachten schließt in Kapitel 4 mit einer abschließenden Bewertung der WIK (2025)-Kurzstudie.

2. Aufbau und Methodik der WIK-Kurzstudie

2.1 Aufbau der WIK (2025)-Studie

Die WIK (2025)-Studie besteht insgesamt aus vier Kapiteln: Sie beginnt mit einer **Einleitung**, in der das Thema motiviert und der Untersuchungsauftrag vorgestellt wird. Darin wird kurz auf die Notwendigkeit der Beurteilung der Wettbewerbsfähigkeit durch die BNetzA bezüglich der Vergabe der Mobilfunkfrequenzen hingewiesen. Da Marktteilnehmer im Laufe des Verfahrens auf die Relevanz von Bündel-, Geschäftskunden- und Fixed-Mobile-Convergence-Produkten hingewiesen haben, hat die BNetzA ein Kurzgutachten zum Einfluss dieser Produkte auf den Wettbewerb im Mobilfunk in Auftrag gegeben. WIK (2025) beschränkt sich auf die Diskussion der Produkte und baut dabei explizit auf den Ergebnissen der Studie WIK/EY (2023) auf.

Kapitel 2 fasst den aus Sicht von WIK-Consult vorherrschenden **Stand des Wettbewerbs im Mobilfunkmarkt** zusammen. Dazu werden die Mobilfunkbetreiber genannt, die über eine eigene Mobilfunkinfrastruktur verfügen oder demnächst verfügen werden. Ebenso wird auf den Infrastruktur- und den Zugangswettbewerb verwiesen und eine in Zukunft eintretende weitere Intensivierung postuliert. Außerdem wird behauptet, dass quantitative Indikatoren darauf hinwiesen, dass der Wegfall der Diensteanbieterverpflichtung keine negativen Auswirkungen auf dem Wettbewerb gehabt habe.

Im folgenden dritten Kapitel werden die **Auswirkungen spezifischer Angebote** untersucht. In drei Unterkapiteln werden dazu Bündel-, Geschäftskunden- und FMC-Produkte betrachtet. Marktteilnehmer hatten darauf hingewiesen, dass Bündelprodukte nur von den MNOs wettbewerbsfähig angeboten werden könnten. WIK (2025) behauptet, dass diese Angebote temporär mit einem Preisabschlag angeboten würden, der mit einer höheren Kundenbindung kompensiert würde, ohne dies jedoch zu belegen. Ebenso wird dargelegt, dass nur die Deutsche Telekom und Vodafone in der Lage seien, Bündelprodukte anzubieten. Es wird zudem behauptet, dass das Risiko bestehe, dass sich die Bündelprodukte vor allem negativ auf Festnetzmärkte auswirken würden. Daher seien negative Wirkungen für die Wettbewerbsfähigkeit der Mobilfunkmärkte nicht zu erwarten.

Anschließend wird das Argument der Marktteilnehmer, Mobilfunknetzbetreiber würden Geschäftskundentarife anbieten, die andere Anbieter aufgrund zu hoher Vorleistungsentgelte

nicht wirtschaftlich anbieten können, diskutiert. WIK (2025) bezieht die Frage, ob dies der Fall ist, vor allem auf die Substituierbarkeit von Geschäfts- und Privatkundentarifen. Im Ergebnis wird argumentiert, dass wesentliche Unterschiede nicht zu erkennen seien und eine Austauschbarkeit in der Regel vorläge. Zudem seien die Auswirkungen von Großkunden, die lediglich von den MNOs bedient würden, auf den Gesamtmarkt nur gering.

Abschließend wird kurz auf FMC-Produkte und das Argument eingegangen, dass diese nur von den MNOs angeboten werden können, da die MNOs den Diensteanbietern keine Vorleistungen anbieten, die den Markteintritt anderer Anbieter ermöglichen. Somit tritt eine Verengung des Marktes auf wenige Anbieter ein. WIK (2025) bestreitet dies nicht, als Grund wird jedoch angeführt, dass die Nachfrage der Unternehmen für dieses Ergebnis verantwortlich sei. Diese würden mit ihrer Entscheidung selbst zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen und eine solche damit in Kauf nehmen.

Das im vierten Kapitel folgende **Fazit** unterstreicht nochmals, dass mögliche Wettbewerbsbeschränkungen vor allem von den Endkunden selbst ausgelöst würden. Darüber hinaus gebe es keine Bereitstellung wettbewerblicher Vorleistungsprodukte im Mobilfunk, mit denen insbesondere Glasfaseranbieter entsprechende Angebote für Geschäftskunden bereitstellen könnten.

2.2 Zugrundeliegende Daten und Methodik

Methodisch beschränkt sich WIK (2025) auf eine institutionelle Betrachtung der von den Marktteilnehmern vorgebrachten Argumente. Abgesehen von einigen wenigen Verweisen auf die Ausgangsstudie (WIK/EY, 2023) und allgemeinen „Markterfahrungen“ werden keine empirischen Belege angeführt. Auch wird keine theoretische Unterfütterung der Argumente vorgenommen. Es werden nur gelegentlich Marktdaten genannt, eine systematische Datenanalyse findet nicht statt. Wie auch die Ausgangsstudie ist das Ergänzungsgutachten rein deskriptiv aufgebaut.

Damit entspricht die vorgelegte WIK-Kurzstudie in keiner Weise den Standards einer adäquaten ökonomischen Analyse. Sie vermag aufgrund des Verzichts auf eine geeignete empirische Analyse, die die Ableitung kausaler Effekte erlaubt sowie einer entsprechenden

theoretischen Fundierung durch die ökonomische Literatur nicht überzeugen und ist daher unvollständig.

3. Kritische Betrachtung der WIK-Kurzstudie

3.1 Stand des Wettbewerbs im deutschen Mobilfunkmarkt

Keine überzeugende Darlegung einer hohen Wettbewerbsintensität

Bevor WIK (2025) auf die einzelnen Produkte eingeht, wird noch einmal auf die allgemeine Wettbewerbssituation des Mobilfunkmarktes abgestellt. Bereits zu Anfang postuliert das Gutachten einen Infrastruktur- und Zugangswettbewerb, ohne diesen aber näher zu untersuchen. Es wird dabei lediglich auf die reine Anzahl der MNOs abgestellt (WIK, 2025, Rz. 8–9) und damit implizit ein funktionierender Wettbewerb unterstellt.

Belastbare Argumente für eine hohe Wettbewerbsintensität werden hingegen nicht angeführt; stattdessen werden Behauptungen aufgestellt, ohne diese auch nur ansatzweise plausibel zu belegen. So werden „quantitative Indikatoren“ als scheinbare Belege für die Wettbewerbsverhältnisse genannt (WIK, 2025, Rz. 14). Allein aus der deskriptiven Darstellung von Zahlen lassen sich jedoch weder kausale Effekte noch eine Beurteilung der Wettbewerbsintensität ableiten. Hierzu wäre im besten Fall eine empirische Kausalanalyse notwendig, die zudem theoretisch untermauert wird. Zumindest müssten jedoch geeignete Vergleichsmärkte herangezogen werden, die Rückschlüsse auf die Wettbewerbsfähigkeit der Mobilfunkmärkte erlauben. Stattdessen wird wenig überzeugend auf das Gutachten WIK/EY (2023) verwiesen, das seinerseits ebenfalls erhebliche Schwächen aufweist, wie wir bereits in unserer Stellungnahme (Dewenter & Klein, 2024) dargelegt haben.

Tatsächlich lässt sich aus der ökonomischen Literatur jedoch ableiten, dass eine Anbieterzahl von drei MNOs typischerweise keinen intensiven Wettbewerb nach sich zieht. Ein Bericht des BEREK (2018) untersucht z. B. die irischen, österreichischen und deutschen Mobilfunkmärkte im Zuge von Zusammenschlüssen, die die Zahl der Netzbetreiber von vier auf drei reduzierten, und findet Evidenz für preiserhöhende Effekte infolge dieser Marktverengung. In ähnlicher Weise zeigen Genakos et al. (2018) auf Basis eines Paneldatensatzes für OECD-Länder, dass eine höhere Marktkonzentration im Mobilkommunikationssektor mit signifikant steigenden Endkundenpreisen einhergeht. Somit widerspricht WIK (2025) den meisten Studien, die sich

mit dem Einfluss der Marktstruktur auf die Wettbewerbsintensität in Mobilfunkmärkten beschäftigen; ein Abgleich mit der relevanten Literatur findet nicht statt.

In der Gesamtschau kann daher WIK (2025) aufgrund des selektiven und rein institutionellen Vorgehens keinen Nachweis für das Vorliegen eines intensiven Wettbewerbs erbringen. Vielmehr besteht allein schon aufgrund der geringen Zahl an MNOs in Deutschland die starke Vermutung, dass der Wettbewerb am Endkundenmarkt eingeschränkt ist.

Einige Schwachstellen von WIK (2025)

Im Folgenden werden exemplarisch mehrere Aspekte aufgezeigt, die die argumentativen und analytischen Schwachstellen der Ausführungen von WIK (2025) deutlich machen:

- WIK (2025, Rz. 11) zielt auf die Endkundenentgelte für hohe Dateninklusivvolumen im Kundensegment der High User ab und behauptet, dass aktuelle Marktentwicklungen zeigten, dass diese gesunken seien. Es werden hierfür keine Belege angeführt; zudem bleibt offen, von welchem Ausgangsniveau und in welchem Umfang die Entgelte gesunken sein sollen. Ganz zu schweigen von einem belastbaren Nachweis, dass eine hohe Wettbewerbsintensität hierfür ursächlich wäre. Ebenso wie bereits im Ausgangsgutachten, werden Behauptungen aufgestellt, ohne diese empirisch oder theoretisch zu belegen.
- Lediglich indirekt wird der Trade-off zwischen Investitionen in die Netzinfrastruktur und der Wettbewerbsintensität adressiert (WIK, 2025, Rz. 11). Allerdings wird dieses Argument weder zu Ende geführt noch mit Daten unterlegt. Dagegen wird jedoch der Eindruck erweckt, dass ein intensiverer Wettbewerb zwangsläufig zu geringeren Investitionen führen würde. Das gerade das Gegenteil der Fall ist, belegt z. B. das Sektorgutachten der Monopolkommission (2019, Rz. 195): *„Maßgeblich für den bisherigen Ausbau der Mobilfunkversorgung in Deutschland sind daher zwei Faktoren: staatliche Versorgungsaufgaben, die den Mobilfunknetzbetreibern im Rahmen der Frequenzvergaben auferlegt werden und der Wettbewerb zwischen den Mobilfunknetzbetreibern, aus dem sich für die Unternehmen Anreize ergeben, die Mobilfunkversorgung in bereits erschlossenen Gebieten zu verbessern und bisher nicht versorgte Gebiete zu erschließen.“*

Darüber hinaus wird postuliert, dass der Marktzutritt von 1&1 den Wettbewerb weiter intensivieren würde. Die Entwicklung von 1&1 von einem MVNO zu einem MNO ist jedoch kein Beleg für funktionierenden Wettbewerb, sondern ist lediglich eine Folge der Fusionsauflage der Telefónica, die 1&1 (damals noch Drillisch) den Einstieg als MVNO und dann den Abschluss eines National Roaming Agreements mit Telefónica erst ermöglicht hat (Dewenter & Klein 2024, Abschnitt 4.2.6). Diesen Umstand unzutreffend als Ergebnis des Wettbewerbs darzustellen, verzerrt die Realität massiv, indem es die Wirkrichtung umkehrt.

- Wiederholt werden deskriptive Statistiken scheinbar als Belege für Wettbewerb angeführt. So wird z. B. vorgebracht, dass nach Wegfall der Regulierungsmaßnahmen kein Preisanstieg zu verzeichnen sei (WIK, 2025, Rz. 15). Dies ist jedoch irreführend, da zum einen die Regulierungsmaßnahmen nicht komplett weggefallen sind - so wurde mit der Fusionsauflage für Telefónica bis Ende 2025 zumindest noch eine asymmetrische Diensteanbieterverpflichtung eingeführt (Vgl. Dewenter & Klein 2024, Abschnitt 4.2.6). Ein Beleg für einen negativen Effekt ließe sich nach Lesart des WIK-Consult ebenso aus dem Rückgang der Marktanteile der Diensteanbieter und MVNO von 25 % auf 23 % (WIK, 2025, Rz. 14) ableiten.¹

Ebenso lassen sich diese scheinbar konstanten Preise nicht beurteilen, ohne Annahmen über eine kontrafaktische Situation zu bilden. Das Gutachten entspricht an dieser Stelle nicht dem wissenschaftlichen Standard einer adäquaten Analyse und ist ebenso unvollständig. Es ist durchaus möglich, dass die Preise bei einer hohen Wettbewerbsintensität (stark) gefallen wären. Gleiches gilt auch für andere Preisentwicklungen und andere Wettbewerbsparameter.

¹ Unterstützt wird diese Vermutung durch die Aussage der BNetzA „Bei der Verteilung der SIM-Profile ist eine leichte Verlagerung von Diensteanbietern und MVNO (Mobile Virtual Network Operator) zu Netzbetreibern festzustellen. Auf die Netzbetreiber entfielen 79 Prozent der Profile (86,6 Mio.) und auf die Diensteanbieter/MVNO 21 Prozent (22,6 Mio.). Dies ist auf den Markteintritt der 1&1 Mobilfunk GmbH als Netzbetreiber (MNO) und die damit verbundene sukzessive Überführung von SIM-Profilen in das eigene Netz zurückzuführen“ (Jahresbericht 2024 der BNetzA, veröffentlicht am 16.5.25; Jahresbericht Telekommunikation 2024, S. 23).

3.2 Wettbewerbliche Auswirkungen spezifischer Angebote

Bündelangebote

Wie dem zweiten, mangelt es auch dem dritten Kapitel an theoretischer Fundierung und empirischer Evidenz. Wieder werden Behauptungen ohne jegliche Belege aufgestellt. Stattdessen werden behauptete Marktentwicklungen und -erfahrungen angeführt, die eine valide empirische Evidenz jedoch nicht ersetzen können. WIK (2025, Rz. 16) führt beispielsweise aus, dass die Diensteanbieter/MVNOs argumentieren, die MNOs seien in der Lage, Bündelangebote zu unterbreiten, die Preisnachlässe und hohe Datenvolumina beinhalten. Den Diensteanbietern/MVNOs wird diese Option jedoch zum Teil nicht angeboten, weshalb diese dann kein vergleichbares Angebot an die Endkunden erstellen können.

WIK (2025, Rz. 16) verkürzt dieses Argument unbillig, in dem es lediglich auf temporäre Preisnachlässe abstellt.² Tatsächlich geht es jedoch nicht nur um temporäre Preisnachlässe, sondern um permanente Bündelangebote, die geringe Preise und hohe Datenvolumina beinhalten, die von den Wettbewerbern nicht angeboten werden können.³

Aus ökonomischer Sicht stellen Bündelangebote (auch Bundling), ein Mittel dar, das zum Ausschluss von Wettbewerbern führen kann (siehe für einen Übersichtsartikel Rey & Tirole, 2007). Mit der Bündelung verschiedener Angebote (etwa Festnetzinternet und Mobilfunk) können Anbieter bestimmte Kundengruppen gezielt ansprechen und damit Diensteanbieter, die selbst keinen Zugriff auf solche Bündel haben, bzw. aufgrund der Vorleistungskosten bei den MNOs die Rabatte im Mobilfunk nicht nachbilden können, vom Markt ausschließen. So ist z. B. vorstellbar, dass Kunden, die Wert auf eine qualitativ hochwertige Glasfaserinfrastruktur legen, zugleich auch hohe Ansprüche an die Mobilfunkqualität stellen. Durch eine entsprechende Gestaltung der Bündel und Preisstrukturen ließe sich somit eine Marktabstottung gegenüber genau diesem Kundensegment erreichen. Auf diese Weise

² WIK (2025, Rz. 19) behauptet zudem, dass die zur Erstellung des WIK/EY-Gutachtens benötigten Daten über Bündelprodukte bei den MNOs abgefragt wurde. Eine Befragung der Diensteanbieter/MVNOs fand jedoch bezüglich dieser Produkte nicht statt. Der Grund dafür ist unklar, listet das WIK doch im Diskussionsbeitrag Nr. 438, S. 4, mehrere Festnetzbetreiber mit Bündelprodukten auf. (vgl. https://www.wik.org/fileadmin/files/_migrated/news_files/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_438.pdf).

³ Ein Beispiel ist Vodafone's „GigaKombi“, die über die gesamte Vertragslaufzeit sowohl Preisnachlässe als auch ein erhöhtes Datenvolumen gewährt (<https://www.vodafone.de/privat/gigakombi.html>).

würden sich Marktanteile zugunsten der bündelnden Unternehmen verschieben. Durch die Bündelung einzelner Produkte können im Vergleich zu einer Situation ohne Bündelung, in der Verbraucher die Leistungen separat von verschiedenen Anbietern beziehen, Wohlfahrtsverluste auftreten. Dies liegt darin begründet, dass z. B. ein Glasfaseranschluss eines lokalen Internetanbieters, der möglicherweise ein besseres Nutzenprofil als ein Glasfaseranschluss eines nationalen Anbieters hätte, nicht nachgefragt wird, weil der nationale Anbieter seinen schlechteren Anschluss zusätzlich mit einem höherwertigen Mobilfunkanschluss bündelt.⁴ Zu bevorzugen wäre ebenfalls eine Situation, in der allen Anbietern Zugang zu den jeweiligen Vorleistungen gewährt wird, damit sie entsprechende Produktbündel anbieten können.

Ebenso ist es möglich, dass in dynamischen Märkten auf Seiten des nicht bündelnden Unternehmens Anreize für Innovationen verloren gehen. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn Innovationen komplementär zu anderen Gütern sind (Rey & Tirole, 2007, Abschnitt 3.3). So lässt sich beispielsweise vorstellen, dass stark digitalisierte Unternehmen Anwendungen anbieten, die sowohl im Festnetz- als auch im Mobilfunkbereich sehr hohe Übertragungsanforderungen stellen. Eine Investition oder Innovation ausschließlich in einem dieser Bereiche (also nur im Festnetz oder nur im Mobilfunk) könnte diese Anforderungen daher nicht vollständig erfüllen. In der Folge könnte es zu geringeren Investitionen oder auch Innovationen kommen. Zusammenfassend besteht durch die eingeschränkte Verfügbarkeit von Bündelvorleistungen somit die Möglichkeit einer Marktabstottung, die darüber hinaus negative Auswirkungen auf die Innovationsanreize anderer Anbieter mit sich bringt.

Wie beispielsweise Jullien et al. (2018) in einem theoretischen Modell ausführen, kann ein Anreiz zum Ausschluss, wie oben dargestellt, insbesondere in Netzindustrien wie dem Mobilfunkmarkt bestehen. Die Autoren verweisen beispielhaft auf den Fall von MVNOs, deren Geschäftsmodelle sich häufig auf besonders profitable oder höherwertige Kundengruppen konzentrieren. Werden diese profitablen Kundensegmente von Unternehmen, die nur auf der Endkundenebene tätig sind (z. B. MVNOs), anvisiert, entsteht für etablierte Anbieter (den

⁴ Diese Überlegungen gelten nicht nur für den Fall, dass der nationale Anbieter Glasfaser anbietet, sondern umfasst auch Fälle, wo ein weites Substitut für Glasfaser wie z.B. Koaxialkabel, oder eben andere höherwertige Kupferlösungen angeboten werden. Hier können Fallkonstellationen vorliegen, in denen durch Bundling von höherwertigen Mobilfunkangeboten der Ausbau von Glasfaserinfrastruktur lokaler Anbieter behindert würde.

MNOs) ein Anreiz eine Vorleistung für die MVNOs nicht, oder nur zu schlechten Konditionen, anzubieten und ihnen somit den Zugang zu diesen Kundengruppen mittels Bundling zu verschließen. Das WIK ignoriert diesen theoretischen Befund jedoch und wird damit wiederholt dem wissenschaftlichen Standard nicht gerecht. Es fehlt dem Gutachten des WIK somit eine klare Auseinandersetzung mit dem allgemeinen wissenschaftlichen Stand. Damit ist es unvollständig.

Diese Logik lässt sich unmittelbar auf verwandte Marktstrukturen übertragen – etwa auf Diensteanbieter/MVNOs ohne Zugang zu Glasfasernetzen oder auf Glasfaseranbieter ohne Zugang zu Mobilfunkdiensten. Gerade im Bereich des Glasfaserausbaus birgt eine solche Marktabstottung erhebliche Risiken, da, wie selbst WIK (2025, Rz. 41) einräumt, die örtlichen Gegebenheiten in ländlichen Regionen häufig nur Raum für eine begrenzte Zahl von Anbietern lassen. In Regionen, in denen die Profitabilität eines eigenständigen Markteintritts ohnehin nur gering ist, kann Bündelung die Rentabilität weiter reduzieren: Erstens, indem die Zahl der wirtschaftlich tragfähigen Ausbauggebiete für das nicht bündelnde Unternehmen sinkt⁵, und zweitens, indem potenzielle alternative Anbieter, die keinen Zugang zu Mobilfunknetzen besitzen, aus dem Markt gedrängt werden.

Dies führt im Ergebnis zu einer Verstärkung von Konzentrationsprozessen auf den Glasfasermärkten. Gleichmaßen werden die Märkte durch die Bündelprodukte aber interdependent. So, wie MNOs im Festnetzbereich den Wettbewerb durch die Verdrängung alternativer Glasfaseranbieter beeinträchtigen können, sind auch Diensteanbieter/MVNOs im Nachteil, wenn ihnen der Zugang zu den für gebündelte Produkte erforderlichen höherwertigen Services verwehrt bleibt. Kooperationen der Diensteanbieter/MVNOs mit regionalen Glasfaseranbietern, die gemeinsam wettbewerbsfähige Angebote gegenüber den Bündeln der etablierten MNOs im Mobilfunk- und Festnetzbereich entwickeln könnten, werden dadurch faktisch verhindert. In der Folge können weder Diensteanbieter/MVNOs noch Glasfaseranbieter von der wachsenden Kundennachfrage nach konvergenten, gebündelten Produkten profitieren. Bündelangebote der MNOs stellen somit nicht lediglich

⁵ Voraussetzung dafür ist, dass sich die potenziellen Ausbauggebiete in ihrer wirtschaftlichen Tragfähigkeit und Profitabilität unterscheiden. Wird die durchschnittliche Profitabilität infolge der Marktabstottung verringert, führt dies dazu, dass einzelne Gebiete, die ohne eine solche Abstottung noch wirtschaftlich tragfähig wären, nun nicht mehr profitabel betrieben werden können.

eine Vermarktungsstrategie dar, sondern können gezielt als Instrument zur Marktabstottung eingesetzt werden.

WIK (2025, Rz. 17) räumt zwar ein, dass Bündelangebote von den MNOs in unterschiedlicher Ausprägung angeboten werden, spielt deren wettbewerbliche Relevanz jedoch deutlich herunter. Ausschlaggebend ist jedoch nicht unbedingt der Anteil der jeweiligen Kunden, die ein bestimmtes Produkt nachfragen, sondern deren wirtschaftliche Relevanz. Auch kleine Kundengruppen können einen wesentlichen Beitrag zum wirtschaftlichen Erfolg beitragen und damit wettbewerbliche Relevanz haben.

Zugleich wird ohne jede empirische oder theoretische Fundierung angenommen, dass von solchen Bündelstrategien keine negativen Wirkungen auf den Mobilfunkmarkt ausgingen. Eine derartige Schlussfolgerung entbehrt jeder wissenschaftlichen Grundlage, da die vorgebrachten Argumente überwiegend auf unbelegten Vermutungen beruhen. Zudem steht diese Einschätzung in klarem Widerspruch zu den oben dargestellten Forschungsergebnissen, die belegen, dass gerade in Mobilfunkmärkten und verbundenen Glasfasermärkten ein Anreiz zu Marktabstottung besteht und Bündelangebote hierfür ein wirksames strategisches Instrument darstellen können. Die Argumentation ist damit in der Gesamtschau unvollständig und steht im Widerspruch zum Stand der oben aufgezeigten wissenschaftlichen Argumentation.

Weitere Schwachstellen der WIK (2025)-Argumentation

Über das oben dargestellte Kernproblem hinaus gehen wir im Folgenden auf mehrere Detailaussagen ein, die teils unzutreffend, teils irreführend sind und exemplarisch zeigen, dass die Argumentation von WIK (2025) in wesentlichen Punkten von unzutreffenden Voraussetzungen ausgeht sowie aufgrund von gravierenden methodischen Mängeln falsche Schlüsse zieht. Teilweise lassen sich diese Aussagen bereits durch eine einfache Internetrecherche widerlegen.

- WIK (2025, Rz. 17) argumentiert, dass den Endkunden Bündel angeboten werden, ohne dass eine technische Verknüpfung der Übertragungsnetze vorläge. Abgesehen davon, dass es für die marktverstopfende Wirkung des Bundlings nicht darauf ankommt, ob technische Konvergenz existiert (dieses Argument also ohnehin ins Leere

läuft), gibt es z. B. mit *MagentaZuhause Hybrid 5G* der Deutschen Telekom ein Angebot, das ebensolche Verknüpfungen vornimmt.⁶ Auch die Behauptung, FMC-Produkte würden nur Geschäftskunden angeboten (WIK, 2025, Rz. 18), ist nicht korrekt, wie das genannte Beispiel der Telekom zeigt.

- In Rz. 18 postuliert WIK (2025), dass FMC-Produkte als höherwertige Geschäftskundenprodukte eingestuft würden, die (wenn überhaupt) von größeren Unternehmen nachgefragt würden. Auch diese Behauptung lässt sich nicht nachvollziehen. So bewirbt die Deutsche Telekom zwar ihre Tarife mit Ausfallschutz⁷ als Lösung für Geschäftskunden, weist aber darauf hin, dass u.a. Branchen wie Apotheken, Ärzte, Lieferdienste, Gastronomie etc. - also kleine und mittlere Unternehmen - vom Netzausfall betroffen sind.
- WIK (2025, Rz. 20) stellt ebenso heraus, dass lediglich die Telekom und Vodafone in der Lage wären, Bündelprodukte aus Mobilfunk und drahtgebundenen Netzen anbieten zu können. Telefónica könne dies aufgrund des fehlenden eigenen Festnetzes dagegen nicht oder nur deutlich schlechter, weshalb es zu Kooperationen zwischen Telefónica und einer Vielzahl von glasfaserausbauenden Unternehmen kommen müsste, wenn Telefónica ebenso wettbewerbsfähige Bundles anbieten wolle. Dieser Schluss ist voreilig und Resultat einer unvollständigen Analyse. Tatsächlich hat Telefónica kein eigenes Festnetz, ist aber durch regulierten Zugang zu Festnetzen durchaus in der Lage, diese zu nutzen und auf das Angebot lokaler Glasfaseranbieter zu verzichten. Auf diese Weise kann Telefónica eigene wettbewerbsfähige Bündel anbieten. Wenn die regulierten Konditionen hinreichend attraktiv seien sollten, wäre es denkbar, dass dieselben qualitativen Anreize zur Marktabstottungen wie bei den anderen Mobilfunkanbietern mit Festnetz bestehen. Dies zu prüfen wäre hier Aufgabe des Gutachtens von WIK gewesen. Als Argument gegen eine Öffnung läuft dieses Argument so aber ins Leere.

⁶ Vgl. <https://www.telekom.de/festnetz/tarife-und-optionen/magenta-zuhause-hybrid-5g>, wobei dieses Produkt unter dem Namen „MagentaZuhause Hybrid“ bereits seit 2014 im Markt existiert, siehe <https://www.telekom.com/de/blog/konzern/artikel/telekom-startet-hybrid-tarife-62856>.

⁷ Vgl. <https://www.telekom.com/de/medien/medieninformationen/detail/neu-fuer-geschaefstkunden-kein-ausfall-trotz-stoerung-1068260>.

Geschäftskundenangebote

Diensteanbieter und MNVOs haben darauf hingewiesen, dass die Ausgangsstudie (WIK/EY, 2023) keine Aussagen zum relevanten, aber wenig kompetitiven Geschäftskundenmarkt treffe (Dewenter & Klein, 2024, S. 3).⁸ Das Zusatzgutachten greift den Hinweis zwar auf und räumt ein, dass die Möglichkeit bestehen könnte, wonach die Höhe der Vorleistungsentgelte kompetitive Geschäftskundenangebote der Diensteanbieter faktisch ausschließt – was einer partiellen Marktabstottung gleichkäme. Zudem wurde bereits dargelegt, dass durch Bündelungsstrategien auch Anbieter von Glasfaserinternet erheblich behindert werden können. Gleichwohl verengt das Zusatzgutachten die Analyse im Wesentlichen auf die Frage der Austauschbarkeit zwischen Geschäfts- und Privatkundentarifen. Diese Austauschbarkeit wird dabei zwar behauptet, jedoch weder theoretisch fundiert noch empirisch überzeugend belegt und somit unvollständig untersucht. Folglich kann WIK (2025) die hieraus resultierende Wettbewerbsgefahr nicht entkräften. Eine dezidierte Analyse aufgrund theoretischer und empirischer Grundlagen wäre hier nötig gewesen.

Die Argumentation hinsichtlich der Austauschbarkeit führt auch an anderer Stelle zu falschen und irreführenden Aussagen, die jeglicher empirischer und theoretischer Evidenz entbehren und damit nicht dem wissenschaftlichen Standard entsprechen:

- WIK (2025, Rz. 24) argumentiert z. B. über die Angebotsflexibilität der Anbieter. Es wird die Studie von Fritz et al. (2021, S.12f.) zitiert, nach der es jedem Anbieter möglich sei, „differenzierte Tarife für spezielle Kundensegmente anzubieten“. Daher sei eine Unterscheidung in Geschäfts- und Kundensegmenten nicht möglich. Diese Aussage ist nicht nur falsch, sondern ebenso irreführend. Zum einen ist es nicht jedem Anbieter möglich, spezielle Tarife anzubieten, wenn diese z. B. Preise oder Leistungsmerkmale aufweisen, die aufgrund der Vorleistungsentgelte von Diensteanbietern/MVNOs nicht wirtschaftlich umsetzbar sind.

⁸ Ein Hinweis auf die Relevanz des Geschäftskundenbereichs ist bereits die Aussage des Telefónica-CEOs Markus Haas, das bestehende „Duopol im Geschäftskundenmarkt“ aufbrechen zu wollen. Vgl. ausführlicher dazu Dewenter & Klein, 2024, S. 13.

Noch bedeutsamer ist allerdings die Verwechslung von potenziellem und tatsächlichem Wettbewerb. Nur weil ein Unternehmen seine Produktion oder seine Tarifstruktur umstellen könnte, bedeutet dies nicht, dass es tatsächlich in Konkurrenz mit bestimmten anderen Anbietern steht. Die Tatsache, dass ein Hersteller wie Mercedes-Benz auch Kleinwagen herstellen könnte, bedeutet nicht, dass Kleinwagen mit Geländewagen konkurrieren. Auch Luxusprodukte, die bei gleichen technischen Eigenschaften und ähnlichen Herstellungskosten deutlich teurer angeboten werden, sind nicht als Substitute zu gewöhnlichen Produkten anzusehen. Besteht dann wie im vorliegenden Fall nicht die Möglichkeit, die Tarife anzupassen, kann eine solche Austauschbarkeit auch nicht hergestellt werden.

- Ebenso sind die technischen Eigenschaften der Produkte keine Bedingung für eine Austauschbarkeit oder für das Fehlen einer solchen. Aus technischer Sicht können identische Produkte von den Konsumenten ebenso als nicht austauschbar angesehen werden (etwa aufgrund der Preisgestaltung) wie technisch unterschiedliche Produkte als Substitute wahrgenommen werden können (z. B. Verbrenner und Elektrofahrzeuge). Das Zusatzgutachten verweist jedoch an verschiedenen Stellen auf die technischen Eigenschaften und argumentiert damit, dass die Geschäfts- und Privattarife deshalb Substitute darstellten.⁹ Dies ist irreführend, da es nicht alleine entscheidend für die Substituierbarkeit ist.

Darüber hinaus lassen sich entgegen WIK (2025, Rz. 27) tatsächlich qualitative Unterschiede bei den Angeboten für Geschäfts- und Privatkunden feststellen. So bietet Vodafone seit August 2025 Standard-Tarife für 5G-Network Slicing für Geschäftskunden an, bei denen der Kunde vor Engpässen bei der Kapazität geschützt wird und das sog. Best-Effort-Prinzip außer Kraft gesetzt wird.¹⁰ Diese Angebote richten sich ebenso ausdrücklich an KMU und nicht vornehmlich an große Unternehmen. Gerade KMU sind nach Angabe von EWE TEL insbesondere auf solche Lösungen angewiesen, wenn sie nicht auf teurere Festnetzlösungen ausweichen

⁹ Vgl. z. B. WIK (2025), Rz. 26, 27, 31.

¹⁰ Vgl. <https://newsroom.vodafone.de/vodafone-bringt-die-ersten-standard-tarife-fuer-5g-network-slicing-auf-den-markt>.

wollen. Dass also nur Qualitätsunterschiede zwischen den Angeboten für KMU und Großunternehmen existieren, ist daher nicht korrekt – auch wenn Qualitätsdifferenzen keine Voraussetzung für fehlende Substituierbarkeit sind. WIK (2025, Rz. 43) belässt es hingegen bei der durch das Angebot von Vodafone nun auch faktisch widerlegten Behauptung, dass es „keine Anzeichen im Markt“ gäbe, „dass sich an den technischen Angeboten kurz bis mittelfristig etwas ändern wird.“

Weitere Aussagen des Zusatzgutachtens zur Wettbewerblichkeit des Mobilfunkmarktes entbehren ebenfalls einer empirischen und theoretischen Evidenz:

- WIK (2025, Rz. 35) verweist darauf, dass Beschwerden von Geschäftskunden über eine mangelnde Angebotsvielfalt nicht bekannt seien. Daraus wird abgeleitet, dass die Allokationsfunktion des Wettbewerbs nicht gestört sei. Eine solche Schlussfolgerung ist aber ebenfalls nicht zulässig. Zum einen wird die Abwesenheit von Beschwerden typischerweise nicht als belastbarer Indikator für Wettbewerbsprobleme herangezogen. Zum anderen wurden Geschäftskunden (soweit uns bekannt) gar nicht erst zu diesem Thema im Rahmen der Studie von WIK/EY (2023) befragt. Kritische Äußerungen der Diensteanbieter/MVNOs sind dagegen sehr wohl bekannt. Auch diese Beschwerden belegen zwar noch kein Wettbewerbsproblem, erfordern aber eine genauere Befassung mit dem Thema.

Nach Aussage des WIK (2025, Rz. 36) existiert durchaus Evidenz für eine Preis-Kosten-Schere im Geschäftskundensegment, die die Wettbewerbsfähigkeit der Diensteanbieter einschränke. Allerdings bestünden Zweifel, ob dies für alle Kundensegmente gelte. Zudem wird betont, dass eine „partiell geringe Angebotsvielfalt in spezifischen Kundensegmenten“ nicht automatisch die Schlussfolgerung rechtfertigt, es fehle an ausreichendem Wettbewerb im gesamten Mobilfunkmarkt (WIK, 2025, Rz. 37).

- Der Kritik, dass das durchaus relevante Segment der Geschäftskunden überhaupt nicht von WIK/EY (2023) analysiert wird, wird damit aber nicht begegnet. Auch wurde von den Diensteanbietern nicht behauptet, dass sie jeweils in allen Geschäftssegmenten aktiv sein müssten (vgl. WIK, 2023, Rz. 40). Vielmehr geht es um

die Vermutung, dass den Diensteanbietern aktiv der Marktzutritt zu bestimmten Segmenten verwehrt wird. Erst dann kann und sollte untersucht werden, welche Auswirkungen davon zu erwarten sind.

- WIK (2025, Rz. 41) diskutiert zunächst, dass der Raum für parallele Netze in Deutschland insgesamt begrenzt sei. Inwiefern dieser Befund konsistent mit anderen Studienergebnissen von WIK bzw. denselben Autoren ist, sei dahingestellt, da dies vom eigentlichen Kernproblem ablenkt: Entscheidend ist die Frage, ob der Netzausbau im Glasfasermarkt durch den Ausschluss von Geschäftskundenanschlüssen seitens der MNOs beeinträchtigt werden kann. WIK (2025) gibt an, dass diese Frage jedoch nicht in deren Studie zu klären sei. Stattdessen führen sie eine rein numerische Gegenüberstellung von rund 3 Millionen Geschäftskunden gegenüber 44 Millionen Haushaltskunden an, um trotzdem Zweifel an der Relevanz dieses Effekts zu säen. Diese Mutmaßung steht im Gegensatz zu ihren vorherigen Aussagen, dass dieser Aspekt nicht untersucht wird.
- Eine solche Vorgehensweise ist weder ökonomisch stringent noch sachlich überzeugend, da sie die strukturellen Unterschiede zwischen Geschäfts- und Privatkundenmärkten vollständig außer Acht lässt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Geschäftskunden im Durchschnitt deutlich höhere Umsätze pro Kunde erzielen und somit einen überproportionalen Beitrag zum Gesamtertrag leisten. Liegt der Anteil der Geschäftskunden bereits in numerischer Hinsicht bei etwa 7 %, dürfte ihr umsatzgewichteter Anteil realistisch deutlich über 10 % liegen. Ein beispielhafter Blick in den Jahresabschluss 2024 der Deutschen Telekom (2025) unterstreicht dies deutlich: Für das Festnetzgeschäft wird dort ein Umsatz von rund 13,2 Mrd. € im Privatkundensegment und etwa 8,7 Mrd. € im Geschäftskundensegment ausgewiesen (unter Ausklammerung von Wholesale- und sonstigen Umsätzen). Dies entspricht einem Verhältnis von rund 1,5:1 bzw. einem Geschäftsanteil von knapp 40 %. Zwar repräsentiert die Deutsche Telekom nicht den gesamten Markt und sicherlich werden die Zahlen auch von Großkunden getrieben sein, sie verdeutlichen aber, dass selbst unter konservativen Annahmen ein Umsatzanteil von lediglich 7 %, wie ihn das Gutachten numerisch nahelegt, ökonomisch nicht plausibel erscheint.

Doch selbst wenn der Anteil nur bei ca. 10% liegen sollte, ist nicht anzunehmen, dass dieser keine Auswirkungen auf die Investitionsanreize und den Ausbau von Netzinfrastrukturen haben soll. Er beeinflusst unmittelbar sowohl die Zahl der Gemeinden, in denen der Eintritt alternativer Netzbetreiber wirtschaftlich tragfähig ist, als auch die Zahl der Regionen, in denen ein paralleler Netzausbau überhaupt rentabel realisiert werden kann. Zwar werden diese Zusammenhänge relativ ausführlich diskutiert, jedoch schließt WIK (2025) dann, dass der Anteil der Umsätze, die mit Geschäftskunden erreicht werden können, verhältnismäßig gering seien. Diese Aussage bleibt jedoch vollkommen unbelegt.

- Ein weiterer Widerspruch zu vorherigen Aussagen findet sich in WIK (2025, Rz. 42).¹¹ Dort wird postuliert, dass ein Wettbewerb der MNOs um die Geschäftskunden stattfinden würde, da Deckungsbeiträge für den Netzausbau realisiert werden müssten. Wenn es sich bei den Geschäftskunden aber um einen wenig relevanten Markt handelt, wie können dann dort signifikante Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden? Es liegt also offenbar nicht nur ein eingeschränkter Wettbewerb in diesem Segment vor, sondern es werden ebenso relevante Deckungsbeiträge erwirtschaftet. Dies deckt sich mit unserer vorherigen Vermutung, dass der Anteil der Geschäftskundenumsätze deutlich höher ist, als es die reine Anschlusszahl vermuten lässt.¹²
- Abschließend wird postuliert, dass die Auswirkungen des Wettbewerbs bei größeren Geschäftskunden gering seien. Dies wird aber auch nicht belegt. Auch wird ignoriert, dass KMU als Geschäftskunden durchaus andere als Privatkundentarife nachfragen und ein relevantes Segment darstellen.

¹¹ Auch in WIK (2025, Rz. 43) wird wiederholt darauf hingewiesen, dass „wenn überhaupt nur ein kleiner Anteil von Geschäftskunden Produkte nachfragt, die nicht mit Privatkundenangeboten vollständig substituierbar sind.“ Wenn es sich hierbei aber um ein vernachlässigbares Kundensegment handelte, stellt sich die Frage, warum wiederum relevante Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden können.

¹² Laut Telefónica CEO Markus Haas, beträgt der Jahresumsatz der drei MNOs rund 18 Mrd. Euro (vgl. <https://www.telefonica.de/news/corporate/2022/09/ceo-markus-haas-im-faz-interview-wir-wollen-das-duopol-im-geschaefstkundenbereich-knacken.html>).

- In der Zusammenfassung zeigt es sich, dass die Argumentation unvollständig, fehlerhaft und widersprüchlich ist. Eine fundierte Schlussfolgerung lässt sich somit für den Bereich der Geschäftskunden überhaupt nicht ziehen. Es fehlt grundsätzlich an einer belastbaren Analyse dieses Segmentes.

Fixed-Mobile-Convergence-Produkte

Die Studie widmet sich dann kurz den FMC-Produkten, geht jedoch nur äußerst knapp und oberflächlich hierauf ein. WIK (2025, Rz. 45) weist darauf hin, dass die FMC-Produkte als besondere Bündelprodukte angesehen werden können und die MNOs keine Vorleistungen anbieten, mit denen Diensteanbieter die Produkte der MNOs nachbilden könnten. Ebenso wird auf die Relevanz solcher Angebote bezüglich der Ausfallsicherheit abgestellt (WIK, 2025, Rz. 46). Dabei wird unterstellt, die Diensteanbieter würden darauf abstellen, die Verengung des Marktes sei allein auf den Willen der Endkunden zurückzuführen. Diese Annahme ist aus mehreren Gründen problematisch und steht auch im Gegensatz zum wissenschaftlichen Stand bzgl. der Anreize zur Marktabschottung:

Wie bereits in Abschnitt 3.2.1 zu den Bündelprodukten dargelegt, können hierzu auch technische Fixed-Mobile-Convergence-Produkte gezählt werden, da sie verschiedene Dienste bündeln. Damit sind sie aber ebenfalls grundsätzlich geeignet, den Markt abzuschotten. Darüber hinaus ist die betreffende Aussage auch deshalb problematisch und irreführend, da es sich bei der Nachfrage nach FMC-Produkten um eine technische Notwendigkeit handelt. Diensteanbieter/MVNOs sind nach eigener Aussage auf der Grundlage der von den MNOs angebotenen Vorleistungen technisch nicht in der Lage, diese Bündel anzubieten. Auch Glasfasernetzbetreiber mit MVNO-Zugang könnten grundsätzlich ein solches Angebot erstellen, allerdings wären dazu entsprechende Vorleistungen erforderlich, die bislang nicht von den MNOs angeboten werden. Insgesamt lässt dies den Schluss zu, dass eine Marktabschottung vorliegt, bei der Glasfasernetzbetreiber mit MVNO-Zugang von höherwertigen Produkten ausgeschlossen werden.

Tatsächlich formuliert WIK (2025, Rz. 48) explizit, dass die Marktverengung von den Endkunden bewusst betrieben und somit eine Einschränkung des Wettbewerbs bewusst in Kauf genommen werde. Ein solches Inkaufnehmen ist jedoch wohl kaum das Ergebnis eines Auswahlprozesses, sondern vielmehr auf das Fehlen an Alternativen zurückzuführen. Hierbei

wird fälschlicherweise ein veraltetes Argument über die Effizienz der Märkte genutzt, das im Bereich der Literatur der Marktabstottung schon deutlich weiterentwickelt und hier in seiner Simplizität als überholt gelten kann. So hat u.a. die von uns aufgeführte Studie von Jullien et al. (2018), oder auch der grundlegende Überblick von Rey & Tirole (2007) aufgezeigt, dass eben doch solche Anreize sehr wohl bestehen können.

Abermals behauptet das Zusatzgutachten, dass das Kundensegment zu klein sei, als dass der Wettbewerb im Mobilfunk durch diese Wettbewerbsbeschränkung berührt würde. Abgesehen davon, dass dies wiederum im Widerspruch zu anderen Äußerungen im Gutachten steht (insbesondere zu den Deckungsbeiträgen, die über Geschäftskunden erzielt werden können), bleibt die Behauptung ohne Belege.¹³ Tatsächlich hätte bereits das ursprüngliche Gutachten (WIK/EY (2023)) dieser Frage eingehend nachgehen müssen. Dass dies unterblieben ist, birgt die Gefahr, dass der relevante Wettbewerb falsch eingeschätzt wird und dadurch verschiedene Wettbewerber unbillig benachteiligt werden.

3.3 Fazit der WIK (2025)-Kurzstudie

Im Fazit zieht das Zusatzgutachten zunächst zwei Schlussfolgerungen (WIK, 2025, Rz. 50): Zum einen sei die Verengung des Angebots auf das Verhalten der Endkunden zurückzuführen. Zum anderen fehlten Vorleistungsprodukte, die ein breiteres Angebot der Diensteanbieter erlaube. Dabei wird jedoch unterstellt, dass die Verschlechterung der Wettbewerbsposition der Diensteanbieter subjektiv und von ihnen nur angenommen sei. Diese Erkenntnis lässt sich jedoch aus den vorherigen Ausführungen des Gutachtens nicht ableiten. Weder werden dazu ausreichend empirische noch valide theoretische Belege angeführt. Vielmehr lässt sich schlussfolgern, dass sowohl eine Verengung des Marktes (vor allem im Geschäftskundensegment) vorliegt als auch bestimmte Vorleistungen im Mobilfunkmarkt nicht angeboten werden.

Aufgabe des Ausgangsgutachtens (und letztendlich auch des Zusatzgutachtens) wäre es aber gewesen, diesen Fragen genauer nachzugehen und die Effekte auf die Wettbewerbsfähigkeit des Marktes zu untersuchen, was jedoch beides nicht geschehen ist. Vielmehr wird wie auch schon in WIK/EY (2023) anhand einzelner deskriptiven Statistiken argumentiert, die nicht geeignet

¹³ Ebenso steht sie im Widerspruch zu unserer oben vorgebrachten Plausibilisierung.

sind, Schlüsse über die Wettbewerbsintensität abzuleiten. So gibt z. B. die Zahl der MNOs noch keine Auskunft darüber, wie intensiv der Wettbewerb ist. Ganz im Gegenteil, geht die Literatur eher davon aus, dass eine Anbieterzahl von 3 oder 4 für einen nicht sehr intensiven Wettbewerb spricht (vgl. Abschnitt 3.1). Auch sind die Ausführungen über die Substituierbarkeit von Geschäfts- und Privatkundentarife, wie bereits erläutert, nicht nachvollziehbar und entbehren jeder Evidenz.

4. Abschließende Beurteilung der Kurzstudie

Insgesamt knüpft die Kurzstudie methodisch und argumentativ nahtlos an das vorherige Gutachten (WIK/EY, 2023) an und vermag erneut nicht, die Anforderungen an eine valide ökonomische Analyse zu erfüllen. Die Darstellung wirkt nun zudem noch oberflächlicher als das vorherige Gutachten (WIK/EY, 2023) und es werden, abgesehen von wenigen deskriptiven Statistiken, kaum Belege für die vorgenommenen Behauptungen angeboten. Es findet sich eine relativ hohe Zahl an Aussagen, die entweder falsch oder zumindest nicht belastbar sind.

Auch methodisch kann die Kurzstudie nicht überzeugen. Es werden keine belastbaren methodischen Ansätze verfolgt; zur Stützung der Aussagen fehlen sowohl adäquate empirische als auch theoretische Analysen. Stattdessen wird auf „Markterfahrungen“ und vage Zusammenhänge rekurriert. Dieses Vorgehen entspricht nicht den Standards wissenschaftlichen Arbeitens; die Analyse ist daher unvollständig und nicht überzeugend.

Tatsächlich lässt sich anhand der Ausführungen vermuten, dass Wettbewerbsprobleme bei Bündel-, Geschäftskunden- und FMC-Angeboten vorliegen, da die Kurzstudie nicht in der Lage war, entsprechende Vermutungen zu entkräften. Erst eine ausführlichere und methodisch adäquate Analyse könnte genauere Aussagen über den Einfluss auf den gesamten Wettbewerb im Mobilfunkmarkt treffen. Die vorliegende Kurzstudie ist dazu jedenfalls nicht in der Lage.

Ralf Dewenter

Gordon Klein

Referenzen

- BEREC (2018). "BEREC report on post-merger market developments: Price effects of mobile mergers in Austria, Ireland and Germany (BoR (18) 119)", Body of European Regulators for Electronic Communications.
- Dewenter, R. & Klein, G. (2024), Kurzgutachten zur Studie von WIK-Consult und EY „Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt“, Gutachten im Auftrag des BREKO e.V.
- Genakos, C. Valletti, T. & Verboven, F., Evaluating market consolidation in mobile communications, *Economic Policy*, Volume 33, Issue 93, January 2018, Pages 45–100,
- Jullien, B., Reisinger, M., & Rey, P. (2018). Vertical foreclosure and multi-segment competition. *Economics Letters*, 169, 31-34.
- Rey, P., & Tirole, J. (2007). A primer on foreclosure. *Handbook of industrial organization*, 3, 2145-2220.
- Sörries, B., Pavel, F., Nett, L., Kapuert, T. & Lucidi, S. (2024), Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt, Studie für die Bundesnetzagentur von WIK-Consult und EY, Bad Honnef.
- Telefónica (2024), Das 5G-Netz: Die Bedeutung für Verbraucher:innen und Wirtschaft, Bevölkerungsrepräsentative Civey-Umfrage im Auftrag von O2 Telefónica.
- WIK (2025), Wettbewerbliche Auswirkungen von Bündelprodukten, Geschäftskundenprodukten und FMC-Produkten, WIK-Consult-Bericht, Kurzstudie für die Bundesnetzagentur .
- WIK-Consult/EY (2023), Wettbewerbsverhältnisse im Mobilfunkmarkt, Studie für die Bundesnetzagentur.
- WIK (2019), Auswirkung von Bündelprodukten auf den Wettbewerb, Diskussionsbeitrag Nr. 438, abrufbar unter:
www.wik.org/fileadmin/files/_migrated/news_files/WIK_Diskussionsbeitrag_Nr_438.pdf.

RECHTSGUTACHTEN

ZUM THEMA

**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**

ERSTELLT IM AUFTRAG DER

EWE TEL GmbH

VON

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

UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

UND

DR. STEFAN DRECHSLER

AKADEMISCHER RAT A. Z., REGENSBURG

12. JANUAR 2026

Gliederung

A.	Executive Summary	6
B.	Hintergrund der Untersuchung.....	8
C.	Auftrag und Rechtsfragen.....	13
D.	Rechtliche Bewertung	14
I.	Pflicht der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz	14
1.	Rechtsgrundlage der Aufhebung und Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage	14
a)	Rechtsgrundlage der Rücknahme: § 48 Abs. 1 und 3 VwVfG.....	14
b)	Anwendbarkeit des § 48 Abs. 1 und 3 VwVfG	14
c)	Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme.....	15
aa)	Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsbescheide	15
bb)	Rücknahmefrist	17
cc)	Keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen.....	19
d)	Zwischenergebnis.....	19
2.	Ermessensreduktion auf null aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL.....	20
a)	Anspruchsvoraussetzungen	20
aa)	Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht der EWE TEL durch öffentlich-rechtliches Handeln der Bundesnetzagentur	20
bb)	Unmittelbarkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen	22
(1)	Unmittelbarkeit der Eingriffsfolgen.....	22
(2)	Rechtswidrigkeit der Eingriffsfolgen.....	24
(3)	Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen	24
cc)	Zwischenergebnis.....	25
b)	Anspruchsinhalt.....	25
c)	Keine Einreden gegen den Folgenbeseitigungsanspruch.....	26
aa)	Möglichkeit der Folgenbeseitigung, insb. keine rechtliche Unmöglichkeit.....	27
(1)	Entgegenstehende Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen	27

(2) Verbot der Umgehung der Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage	28
(a) Schuldhaftes Versäumnis der Anfechtung der weiteren Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren?	29
(aa) Anfechtung der Zulassungs- und Zuschlagsbescheide	30
(bb) Anfechtung der Frequenzzuteilungsbescheide	30
(b) Existenz des Ausschlussgrundes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts?	32
(c) Zwischenergebnis	34
(3) Zwischenergebnis	34
bb) Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung	35
d) Zwischenergebnis	36
3. Ergebnis	36
II. Rücknahme der Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren mit Wirkung ex tunc oder ex nunc	37
1. Ermessensreduktion auf null „kraft Natur der Sache“ aufgrund der rechtsgestaltenden Regelungswirkung der Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren	38
2. Reduktion des Auswahlermessens auf null aufgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs?	41
3. Zwischenergebnis	42
III. Erneut durchzuführende Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren	43
1. Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des ergänzenden Verfahrens	43
a) Ausgewählte Regelungen des ergänzenden Verfahrens im Besonderen Verwaltungsrecht	43
b) Inhalt und Rechtsfolgen eines ergänzenden Verfahrens als allgemeinen Rechtsgrundsatzes	44
c) Zwischenergebnis	46
2. Zulässigkeit des ergänzenden Verfahrens im telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabeverfahren	47
3. Skizze der im ergänzenden Verfahren zu wiederholenden Verfahrensschritte	49

4.	Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im ergänzenden Verfahren.....	50
a)	Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt bei erstmaliger Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens	50
b)	Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt im ergänzenden Verfahren.....	51
aa)	Gewinnung des Maßstabs	51
bb)	Anwendung auf das Frequenzvergabeverfahren.....	54
(1)	Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Zugrundelegung der aktuellen Sach- und Rechtslage aufgrund der Bindungswirkung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024	54
(2)	Erhebliche Veränderung der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die übrigen Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren.....	55
cc)	Zwischenergebnis.....	57
5.	Zwischenergebnis.....	57
IV.	Lösungsmöglichkeiten durch außergerichtliche Einigung	58
1.	Verhandlungspositionen und mögliche Interessenlage verschiedener Akteure.....	59
a)	EWE TEL.....	59
b)	Mobilfunknetzbetreiber.....	59
c)	Bundesnetzagentur	60
d)	Zwischenfazit und Ausgangslage für die weitere rechtliche Begutachtung.....	63
2.	Zivilrechtlicher Lösungsweg zwischen Diensteanbietern und Netzbetreibern	64
a)	Mögliche Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht der EWE TEL	64
aa)	Vertrag zu Gunsten Dritter, §§ 328 ff. BGB: Leistungsversprechen zu Gunsten der Bundesnetzagentur	65
bb)	Anspruchsverzicht durch Erlassvertrag vs. materiell-rechtlicher Klageverzicht	65
(1)	Erlassvertrag, § 397 Abs. 1 BGB.....	66
(2)	Klageverzichtsvertrag (pactum de non petendo)	67
b)	Mögliche Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht der Netzbetreiber	68

c)	Zusammenfassende Bewertung der Vor- und Nachteile.....	69
3.	Verwaltungsrechtlicher Lösungsweg unter Einbindung der Bundesnetzagentur	70
a)	Prinzipielle Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG im TKG.....	71
b)	Anwendbarkeit des § 55 VwVfG	71
c)	Ungewissheit über die Sach- und Rechtslage	72
d)	Zulässige Vertragsinhalte	74
aa)	Beseitigung der Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben, § 55 VwVfG	74
bb)	Zusätzliche Voraussetzungen eines Austauschvertrags, § 56 Abs. 1 VwVfG	75
e)	Weitere allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen	76
4.	Exkurs: mögliche Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur.....	77
a)	Mögliche Zusagen der Mobilfunknetzbetreiber	77
b)	Mögliche Zusagen der EWE TEL und weiterer Marktteilnehmer	78
c)	Kursorische Bewertung.....	78
5.	Zwischenergebnis.....	79
E.	Ergebnisse	82
I.	Pflicht der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz	82
II.	Rücknahme der Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren mit Wirkung ex tunc oder ex nunc	84
III.	Erneut durchzuführende Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren	85
IV.	Lösungsmöglichkeiten durch außergerichtliche Einigung	87

A. Executive Summary

- I. Die Bundesnetzagentur ist dazu verpflichtet, die Frequenzzuteilungsbescheide, die im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz ergangen sind, zurückzunehmen. Das gilt im Ergebnis auch für alle weiteren Verwaltungsakte in diesem Frequenzvergabeverfahren, beginnend mit der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018.
- II. Die Bundesnetzagentur ist zur Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 aufgrund des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 verpflichtet. Wegen der rechtsgestaltenden Wirkungen dieser Präsidentenkammerentscheidung muss sie zwingend rückwirkend (mit Wirkung ex tunc) zurückgenommen werden.
- III. Die zwischen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und den einzelnen Frequenzzuteilungsbescheiden liegenden Verwaltungsakte (Zulassung der einzelnen Bewerber zum Versteigerungsverfahren und Erteilung der Zuschläge) können ebenfalls nur rückwirkend aufgehoben werden. Für die Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide besteht hingegen die Möglichkeit, sie nur mit Wirkung für die Zukunft (mit Wirkung ex nunc) aufzuheben, so dass kein rechtlicher Schwebezustand entsteht und die Frequenznutzung durch die Frequenzinhaber nicht rückwirkend rechtswidrig wird.
- IV. Die EWE TEL GmbH (im Folgenden: EWE TEL) hat unter dem Gesichtspunkt eines Folgenbeseitigungsanspruchs einen Anspruch auf Rücknahme der Zulassungs-, Zuschlags- und Frequenzzuteilungsbescheide. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch entsteht jeweils dann, sobald die vorangehende Entscheidung aufgehoben ist, im Hinblick auf die Frequenzzuteilungsbescheide also dann, wenn die Zuschlagsentscheidungen aufgehoben sind, was wiederum die Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 voraussetzt. Obwohl die Aufhebungsansprüche also zeitlich gestaffelt sind, ist die Bundesnetzagentur durchweg zur Aufhebung verpflichtet. Die EWE TEL kann diese Ansprüche auch im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 bzw. durch selbstständige Klageverfahren durchsetzen.
- V. Es besteht also nicht die von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 erwogene Handlungsoption, auf die Durchführung eines erneuten Versteigerungsverfahrens zu verzichten. Ein Verzicht darauf wäre rechtswidrig. Notwendig ist vielmehr die Durchführung eines sogenannten ergänzenden Verfahrens, indem alle Verfahrensschritte der Frequenzvergabe einschließlich der Durchführung der Versteigerung beginnend mit der Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsbedingungen wiederholt werden.
- VI. Bei der demnach erforderlichen erneuten Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsregeln muss die Bundesnetzagentur zwingend die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde legen, da dies das Verwaltungsgericht Köln in seinem Urteil vom 26. August 2024 bindend so festgelegt hat; auch dies könnte die EWE TEL im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Soweit sich die Sach- und

Rechtslage seit der ursprünglichen Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens 2018/2019 maßgeblich verändert hat, ist auch bei den folgenden Verfahrensschritten die dann jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen. Dabei darf die Bundesnetzagentur wegen der Komplexität der Materie zwar grundsätzlich auf nicht tagesaktuelle Daten zum Marktgeschehen zurückgreifen, muss aber, wenn sich beispielsweise aufgrund von Stellungnahmen der Marktteilnehmer Anhaltspunkte dafür ergeben, dass diese Daten nicht mehr der tatsächlichen Marktlage entsprechen, neue Ermittlungen von Amts wegen einleiten; andernfalls verstieße sie gegen den Amtsermittlungsgrundsatz, was einen erneuten Verfahrensfehler in der Frequenzvergabe nach sich zöge.

- VII. Es gibt verschiedene rechtliche Möglichkeiten, diese Konsequenzen durch außergerichtliche vertragliche Einigungen zwischen den Akteuren zu vermeiden. Der Abschluss einer privatautonomen Vereinbarung zwischen der EWE TEL und den Mobilfunknetzbetreibern könnte – in den Grenzen des Kartellrechts – auf eine Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot durch die Mobilfunknetzbetreiber im Gegenzug gegen einen Verzicht auf die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche der EWE TEL gegen die Bundesnetzagentur gerichtet sein. Alternativ denkbar wäre eine Vereinbarung zwischen der Bundesnetzagentur und der EWE TEL in Form eines öffentlich-rechtlichen Vergleichs- und Austauschvertrags. Er könnte eine Verpflichtung der EWE TEL zur Rücknahme der Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide im Gegenzug gegen eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung beinhalten. Denkbar wäre schließlich, dass sich die Mobilfunknetzbetreiber zusätzlich oder alternativ zu einer vertraglichen Einigung mit der EWE TEL gegenüber der Bundesnetzagentur strafbewehrt dazu verpflichten, einer Diensteanbieterverpflichtung oder einem modifizierten Verhandlungsgebot nachzukommen, und ein Angebot auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Austauschvertrags abgeben. Ebenso wäre es denkbar, dass die EWE TEL ihre Verpflichtungen direkt in dementsprechende Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur einkleidet. Die letztgenannte Vorgehensweise hätte gegebenenfalls den Vorteil, dass sie die Bundesnetzagentur im Vergleich zu einer rein zivilrechtlichen Marktlösung enger einbindet. Rechtlich belastbar erscheint dieses Vorgehen ebenso wie die zivilrechtliche Lösung. Damit verglichen weist die Option eines öffentlich-rechtlichen Vergleichs- und Austauschvertrags der EWE TEL mit der Bundesnetzagentur mit dem Ziel der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder des modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung angesichts der verbleibenden Zweifel daran, ob die vom VwVfG vorausgesetzte Konnexität gewahrt wird, größere Restrisiken auf.

B. Hintergrund der Untersuchung

Am 14. Mai 2018 ordnete die Bundesnetzagentur durch Präsidentenkammerentscheidung im Rahmen der Zuteilung von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang die Durchführung eines Vergabeverfahrens an (im Folgenden auch: PKE I) und bestimmte zugleich, dass dies in Gestalt eines Versteigerungsverfahrens durchzuführen sei (im Folgenden auch: PKE II).

Am 13. Juli 2018 führte die Bundesnetzagentur eine mündliche Anhörung zu den wesentlichen frequenzregulatorischen Aspekten des Vergabeverfahrens sowie insbesondere zu Aspekten einer Versorgungsverpflichtung und Diensteanbieterregelung durch. Den interessierten Kreisen wurde im Anschluss daran Gelegenheit zur schriftlichen Ergänzung ihres Vorbringens gegeben. Die EWE TEL führte mit Schreiben vom 20. Juli 2018 aus, dass eine Diensteanbietersverpflichtung unverzichtbar sei, und beantragte, eine im Einzelnen von ihr ausformulierte Regelung in die Vergabebedingungen aufzunehmen. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 nahm EWE TEL zu dem am 24. September 2018 veröffentlichten Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu den Vergabe- und Auktionsregeln Stellung und wiederholte dabei ihre Anträge vom 20. Juli 2018 und ergänzte sie um mehrere Hilfsanträge.

Mit Beschluss der Präsidentenkammer vom 26. November 2018 erließ die Bundesnetzagentur die Entscheidung über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln, im Folgenden auch: PKE III) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln, im Folgenden auch: PKE IV) für dieses Vergabeverfahren. Die Vergaberegeln umfassten unter anderem die Voraussetzungen für die Zulassung zum Versteigerungsverfahren (Ziffer III.1), die Bestimmung der Frequenznutzung, für die die zu vergebenden Frequenzen unter Beachtung des Frequenzplans verwendet werden dürften (Ziffer III.2), sowie das Mindestgebot (Ziffer III.5). Teil der Vergaberegeln waren ferner die Frequenznutzungsbestimmungen, die unter anderem Versorgungspflichten (Ziffern III.4.3 bis III.4.12) und Verhandlungspflichten (Ziffern III.4.15 bis III.4.17) festlegten. Ziffer III.4.15 enthielt schließlich folgende Regelung: „Zuteilungsinhaber haben mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden.“

Gegen die Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 erhob die EWE TEL am 20. Dezember 2018 Klage zum Verwaltungsgericht Köln. Hier hat die EWE TEL zuletzt beantragt, die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter Aufhebung (hilfsweise Änderung) dieser Präsidentenkammerentscheidung den Antrag der EWE TEL vom 20. Juli 2018, gleichlautend vom 12. Oktober 2018, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes neu zu bescheiden. Auch die 1&1 AG erhob unter dem Aktenzeichen 1 K 8514/18 beim Verwaltungsgericht Köln Klage gegen die Präsidentenkammerentscheidung, die bislang noch rechtshängig ist.¹

Unabhängig vom laufenden Klageverfahren der EWE TEL nahm das Frequenzvergabeverfahren seinen Fortgang. Zum Versteigerungsverfahren ließ die Bundesnetzagentur die Drillisch Netz AG, die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, die Telekom Deutschland GmbH und die Vodafone GmbH zu. Nach Auskunft des damaligen Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur Dr. Wilhelm Eschweiler durch Schreiben vom 20. Februar 2019 wurden diese Unternehmen in den Zulassungsbescheiden auf die anhängigen Rechtsbehelfsverfahren gegen die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 aufmerksam gemacht, um die Streitbefangenheit in die Kalkulation der Versteigerungsgbote einbeziehen zu können. Die Frequenzversteigerung fand vom 19. März bis zum 12. Juni 2019 statt. Alle vier zugelassenen Unternehmen haben Frequenzen ersteigert. Die Zuschläge wurden durch Bescheid der Bundesnetzagentur vom 12. Juni 2019 erteilt.

Am 3. September 2019 teilte die Bundesnetzagentur daraufhin durch Bescheid – ausdrücklich auf Grundlage der Präsidentenkammerentscheidungen vom 14. Mai 2018 und 26. November 2018 – der Telekom Deutschland GmbH für den Zeitraum ab dem 1. September 2019 bis zum 31. Dezember 2040 den Frequenzbereich 3610 MHz bis 3700 MHz zu. Weitere solche Frequenzzuteilungsbescheide an die übrigen Unternehmen, die Zuschläge für bestimmte Frequenzbereiche erhalten hatten, ergingen unter dem 20. Dezember 2019, unter dem 8. Dezember 2020 und unter dem 14. Dezember 2020 an die Vodafone GmbH (Frequenzbereich 3400 bis 3490 MHz bzw. 1920 bis 1935 MHz, 2110 bis 2125 MHz, 1935 bis 1940 MHz und 2125 bis 2130 MHz bzw. 1940 bis 1945 MHz und

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 im Internet unter der URL: https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/Archiv/2024/17_27082024/index.php (letzter Abruf am 12.1.2026).

2130 bis 2135 MHz), erneut unter dem 5. November 2020 an die Telekom Deutschland GmbH (Frequenzbereich 1960 bis 1980 MHz sowie 2150 bis 2170 MHz), unter dem 10. Juni 2020 und dem 14. Dezember 2020 an die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG (Frequenzbereich bzw. Frequenzbereich 3540 bis 3610 MHz) sowie unter dem 15. Januar 2021 und unter dem 28. Januar 2021 an die Drillisch Netz AG (3490 bis 3540 MHz bzw. 1950 bis 1960 MHz und 2140 bis 2150 MHz).

Die EWE TEL legte gegen die genannten Frequenzzuteilungsbescheide an die Telekom Deutschland GmbH unter dem 2. Oktober 2019 (Az.: 81 WS 008/2019) und unter dem 23. Februar 2021 (Az.: 81 WS 002/2021), gegen die Frequenzzuteilung an die Vodafone GmbH unter dem 10. Januar 2020 (Az.: 81 WS 001/2020) und unter dem 26. Mai 2021 (Az.: 81 WS 006/2021), gegen die Frequenzzuteilung an die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG unter dem 24. September 2020 (Az.: 81 WS 013/2020) und unter dem 26. Mai 2021 (Az.: 81 WS 007/2021) sowie gegen die Frequenzzuteilung an die Drillisch Netz AG unter dem 26. Mai 2021 (Az.: 81 WS 008/2021) Widerspruch ein. Die Widerspruchsverfahren sind bis zum jetzigen Tag wegen der anderweitigen Klage der EWE TEL vom 20. Dezember 2018 ruhend gestellt.

Mit Urteil vom 26. August 2024 verpflichtete das Verwaltungsgericht Köln (Az.: 1 K 1281/22) die beklagte Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur dazu, unter Aufhebung der Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 die gleichlautenden Anträge der EWE TEL vom 20. Juli 2018 und 12. Oktober 2018 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Das Verwaltungsgericht begründete die Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 im Wesentlichen mit Besorgnis der Befangenheit, einem Verstoß gegen das die Unparteilichkeit sichernde Unabhängigkeitspostulat sowie einem Abwägungsfehler der Bundesnetzagentur.

Mit Beschluss vom 16. Oktober 2025 (Az.: 6 B 5/25) wies das Bundesverwaltungsgericht die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur zurück. Dabei wurde unter anderem die Rüge der Bundesrepublik Deutschland, die Urteilsformel des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 sei unklar, zurückgewiesen.

Im Dezember 2025 hat die Bundesnetzagentur in Reaktion auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts eine Anhörung mit Stellungnahmefrist bis zum 12. Januar 2026

der interessierten Kreise zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Vorgehen im Verfahren BK1-25/001 gestartet.² In dem Begleitdokument skizziert die Bundesnetzagentur das mögliche weitere Vorgehen. Ausgehend von der notwendigen Neubescheidung der Entscheidung der Präsidentenkammer vom 26. November 2018 über die Vergabebedingungen und Auktionsregeln zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz (vormals Aktenzeichen BK1-17-001 und im weiteren Dokument als PKE III und PKE IV 2018 bezeichnet), das nunmehr unter dem Aktenzeichen BK1-25/001 geführt wird, erwägt die Bundesnetzagentur weitere Optionen wie folgt: Als Handlungsoption 1 stellt die Bundesnetzagentur zur Diskussion, auf eine erneute Auktion zu verzichten und gegebenenfalls nur Ausgleichsmaßnahmen vorzusehen, sofern keine wesentlichen Änderungen im Rahmen der Neubescheidung identifiziert werden. Sollte dies doch der Fall sein, sieht die Bundesnetzagentur die Handlungsoption 2 einer erneuten Frequenzvergabe mit einer nachfolgenden Neuzuteilung der Nutzungsrechte. In einem anschließenden Fragenkatalog finden sich sodann drei Fragen zur Verfahrensgestaltung, die auf eine Erörterung der Vor- und Nachteile der beiden Handlungsoptionen (4.1), weitere Handlungsoptionen (4.2) und sonstige Aspekte (4.3) abzielen. Die übrigen Fragen adressieren die gegenwärtige Einschätzung des Mobilfunkmarktes mit Blick auf die Frequenznutzung (1.), etwaige Änderungen der Tatsachengrundlage auch im Vergleich zu den Einschätzungen, die der Präsidentenkammerentscheidung aus dem Frühjahr 2025 zur Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens (im Dokument als „PKE 2025“ bezeichnet) zugrunde lagen, einschließlich der Erfahrungen aus späteren Verhandlungen auf dem Vorleistungsmarkt und zum National Roaming (2.) sowie zu geänderten Tatsachen im Vergleich zu denjenigen, die für die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III 2018 und Auktionsregeln der PKE IV 2018 relevant waren (3.).

Aus Sicht der EWE TEL haben sich seit den letztmaligen Ermittlungen der BNetzA im Rahmen des Gutachtens von WIK/EY vom Jahresende 2023³ die Wettbewerbsverhältnisse aufgrund tatsächlicher Marktentwicklungen stark verändert. So hat nach Einschätzung der EWE TEL der Markteintritt der 1&1 zwar einen Preiskampf auf dem

² Das Begleitdokument der Bundesnetzagentur dazu ist abrufbar im Internet unter der URL https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/Anhörungspapier.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (letzter Abruf am 12.1.2026).

³ Abrufbar im Internet unter der URL wik.org/fileadmin/user_upload/Unternehmen/Veroeffentlichungen/Studien/2024/WIK-C_Gutachten_Wettbewerbsverhaeltnisse.pdf (letzter Abruf am 12.1.2026).

Endkundenmarkt ausgelöst, indem 1&1 vergleichsweise günstige Datenflatrates anbietet⁴. Auf dem Markt für Mobilfunkvorleistungen für Diensteanbieter und MVNO habe dies jedoch kaum Auswirkungen, auch da der National-Roaming-Vertrag zwischen 1&1 und Vodafone ein Wholesale-Verbot enthält, das 1&1 untersagt, Mobilfunkvorleistungen mit National Roaming an Diensteanbieter zu vertreiben.⁵ Deshalb komme 1&1, anders als das Gutachten von WIK/EY unterstellt⁶, gerade nicht als weiterer Vorleistungsanbieter für Diensteanbieter und MVNO in Betracht. Überdies hat das Bundeskartellamt am 11. April 2025 und damit nach der Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 24. März 2025 öffentlich gemacht, dass es einen Verdacht der kartellrechtswidrigen Behinderung von 1&1 durch Vodafone und Vantage Towers sieht.⁷ Das Bundeskartellamt sah dabei „negative Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den betreffenden Märkten“. Daneben existieren neue Angebote und Erfolge der Mobilfunkanbieter im Geschäftskundenmarkt. Schließlich weist die EWE TEL auch auf die Erkenntnisse des 14. Sektorgutachtens Telekommunikation der Monopolkommission aus dem Jahr 2025⁸ hin. Dort führt die Monopolkommission aus, dass sie „derzeit keinen intensiven Wettbewerb zwischen den drei Mobilfunknetzbetreibern um Vorleistungsnachfrager“ beobachte und ihrer Einschätzung nach „langfristig das Risiko [bestehe], dass auf Zugang angewiesene Unternehmen aus dem Markt gedrängt werden“.⁹

⁴ Tarifinnovation: 1&1 Unlimited ab 9,99€ pro Monat - 1&1 (letzter Abruf am 12.1.2026).

⁵ Siehe hierzu auch Entscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz sowie eine Entschließung zur späteren Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens, S. 142 f. (letzter Abruf am 12.1.2026).

⁶ A.a.O., S. 98.

⁷ Bundeskartellamt - Homepage - Verdacht der kartellrechtswidrigen Behinderung von 1&1 durch Vodafone und Vantage Towers (letzter Abruf am 12.1.2026).

⁸ Sektorgutachten Telekommunikation 2025: Mit Wettbewerb zum Binnenmarkt! (letzter Abruf am 12.1.2026).

⁹ A.a.O., S. 85 ff., Rz. 185 sowie insbesondere Rz. 190.

C. Auftrag und Rechtsfragen

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

1. Hat die Bundesnetzagentur die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz zurückzunehmen bzw. bestehen beide von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 angeführten Handlungsoptionen, also sowohl die Möglichkeit der Durchführung als auch die des Verzichts auf die Durchführung eines erneuten Versteigerungsverfahrens?
2. Müssen die behördlichen Aufhebungen und gegebenenfalls insbesondere der Zuschlagserteilungen und Frequenzzuteilungen insoweit mit Wirkung ex nunc oder ex tunc erfolgen?
3. Welche Verfahrensschritte muss die Bundesnetzagentur dabei im Anschluss an die Aufhebung der einzelnen Entscheidungen neu durchführen und kann sie beispielsweise auf der Grundlage einer früheren Sachverhaltsermittlung (nämlich im Rahmen der Frequenzverlängerung 2025, wobei das WIK-Gutachten zum Wettbewerb aus dem Jahr 2024 stammt und auf Daten aus dem Jahr 2023 beruht) erneut entscheiden? Ist entscheidend für die Frage, ob die Bundesnetzagentur insbesondere die Versteigerung erneut durchzuführen hat, ob sich die Bedingungen ändern oder gleichbleiben?
4. Welche Möglichkeiten bestehen für die Bundesnetzagentur oder die Wettbewerber, die Risiken aus möglichen Folgen eines Primär- oder Sekundärrechtsschutzes durch eine außergerichtliche Einigung zu vermeiden? Welche weiteren Handlungsoptionen bestehen also neben den von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 angeführten?

D. Rechtliche Bewertung

I. Pflicht der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz

Die Bundesnetzagentur ist zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz verpflichtet, soweit die Tatbestandsvoraussetzungen einer Rechtsgrundlage dafür vorliegen (dazu 1.) und der gegebenenfalls bestehende Ermessensspielraum der Behörde (§ 40 VwVfG) auf null reduziert ist (dazu 2.).

1. Rechtsgrundlage der Aufhebung und Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage

a) Rechtsgrundlage der Rücknahme: § 48 Abs. 1 und 3 VwVfG

Als Rechtsgrundlage einer behördlichen Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz kommt der Rücknahmetatbestand des § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 48 Abs. 3 VwVfG in Betracht.

b) Anwendbarkeit des § 48 Abs. 1 und 3 VwVfG

Die Rücknahmevorschriften des § 48 Abs. 1 und 3 VwVfG müssten anwendbar sein. Bei den Frequenzzuteilungsentscheidungen der Bundesnetzagentur gemäß § 91 TKG handelt es sich wegen der damit verbundenen Regelungswirkung um einen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG,¹⁰ so dass sich dessen Aufhebung nach den §§ 48 und 49 VwVfG und ergänzend und modifizierend nach § 102 Abs. 1 bis 7 TKG richtet. Wie auch § 102 Abs. 1 TKG durch seine Bezugnahme auf § 49 Abs. 2 VwVfG voraussetzt, handelt es sich bei der Frequenzzuteilung – ungeachtet ihrer ggf. negativen Reflexwirkungen auf im Vergabeverfahren unterlegene Unternehmen – um einen begünstigenden Verwaltungsakt, der nicht auf die Gewähr einer teilbaren Sachleistung im Sinne von § 48 Abs. 2

¹⁰ Siehe Kühling/Bulowski/Schall, Telekommunikationsrecht, 3. Aufl. 2023, 6. Teil Rn. 14; *Offenbacher*, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 91 TKG Rn. 7.

und § 49 Abs. 3 VwVfG gerichtet ist.¹¹ Wie bereits der Wortlaut des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG verdeutlicht, ist die Rücknahmemöglichkeit nach dieser Vorschrift unabhängig von der Anfechtbarkeit oder Bestandskraft des aufzuhebenden Verwaltungsaktes.

Somit richtet sich seine Aufhebung im Fall seiner Rechtswidrigkeit nach § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 48 Abs. 3 VwVfG, der von § 102 TKG keineswegs verdrängt wird¹².

c) Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme

aa) Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsbescheide

Tatbestandlich setzt § 48 Abs. 3 VwVfG zunächst die Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsentscheidungen der Bundesnetzagentur voraus. Dabei folgt aus der Rechtswidrigkeit der einzelnen selbstständigen Verwaltungsakte, die im Rahmen des der Frequenzzuteilung vorausgehenden Vergabeverfahrens gemäß § 91 Abs. 9 in Verbindung mit § 100 TKG ergehen und die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts „das sachliche Fundament für die nachfolgenden Verfahrensschritte“ bilden,¹³ grundsätzlich die (materielle) Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsbescheide. Zwischen allen konsekutiven Verwaltungsakten gemäß den §§ 91 und 100 TKG besteht damit ein Rechtmäßigkeitszusammenhang: Ist einer der Verwaltungsakte im Vergabeverfahren rechtswidrig, „infiziert“ dies auch die Rechtmäßigkeit aller folgenden Verwaltungsakte bis hin zur Frequenzzuteilung als abschließender Sachentscheidung.

Die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018, mit der im vorliegenden Fall unter anderem gemäß § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG die Frequenznutzungsbestimmungen festgelegt wurden, hat das Verwaltungsgericht Köln in seinem Urteil vom 26. August 2024 festgestellt.¹⁴ Indem diese

¹¹ So auch Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 102 Rn. 7 f. mit der missverständlichen und daher unglücklichen Bezeichnung der sonstigen begünstigenden Verwaltungsakte als „Sachleistungsverwaltungsakte“, obwohl § 48 Abs. 2 und § 49 Abs. 3 VwVfG auch teilbare Sachleistungen in Bezug nehmen.

¹² Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 102 Rn. 7.

¹³ BVerwG, Urt. v. 1.9.2009 – 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368 Rn. 25; Urt. v. 24.6.2020, 6 C 3/19, BVerwGE 169, 1 Rn. 15.

¹⁴ VG Köln, Urt. v. 26.8.2024 – 1 K 1281/22, MMR 2025, 466 Rn. 153 und Rn. 262 (Bl. 51 und 82 des Entscheidungsumdrucks).

Entscheidung durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde der beklagten Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur durch Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 2025¹⁵ formell rechtskräftig geworden ist, entfaltet die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit – auch im Rahmen der Verpflichtungsklage bei einem Bescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO – als Ausfluss der materiellen Rechtskraft Präjudizwirkung für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit auch in anderen, darauf aufbauenden Rechtsverhältnissen zwischen den Beteiligten dieses Rechtsstreits (§ 121 Nr. 1 VwGO).¹⁶ Daher ist die Rechtswidrigkeitsbeurteilung der Frequenznutzungsbestimmungen ohne erneute rechtliche Überprüfungsmöglichkeit allen weiteren, inhaltlich davon abhängigen Rechtsverhältnissen zwischen der EWE TEL und der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur zugrunde zu legen.

Fraglich ist allerdings, wie es sich hier rechtlich auswirkt, dass im Verfahren der Frequenzvergabe neben der Entscheidung zur Zulassung bestimmter Bieter zum Versteigerungsverfahren noch die Zuschlagsentscheidung – hier durch Bescheide der Bundesnetzagentur vom 12. Juni 2019 – zwischengeschaltet ist. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich ebenfalls um einen selbstständigen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG.¹⁷ Dadurch, dass die EWE TEL diesen nicht angefochten hat, ist er selbstständig in Bestandskraft erwachsen.¹⁸ Aufgrund der materiellen Bestandskraft des Zuschlagsbescheids ist die Bundesnetzagentur daran gehindert, „vom bindenden Inhalt des Verwaltungsaktes“¹⁹ abzuweichen. Dies könnte den eingangs skizzierten Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen den einzelnen konsekutiven Verwaltungsakten im Vergabeverfahren unterbrechen. Zum „bindenden Inhalt“ eines Verwaltungsaktes zählen aber nach praktisch einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur keine Feststellungen

¹⁵ BVerwG, Beschl. v. 16.10.2025 – 6 B 5/25.

¹⁶ Siehe im Einzelnen m. w. Nachw. *Wöckel*, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 121 Rn. 25 f.

¹⁷ *Korte*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 94.

¹⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 1.9.2009 – 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368 Rn. 24; Urt. v. 23.3.2011 – 6 C 6/10, BVerwGE 139, 226 Rn. 15; *Offenbacher*, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 73.

¹⁹ So die treffende Formulierung von *Leisner-Egensperger*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Aufl. 2025, § 43 Rn. 21; inhaltlich gleichsinnig *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 56 („Entscheidungsgegenstand“); *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 43 VwVfG Rn. 24 („Entscheidungssatz“).

zu rechtlichen Vorfragen und präjudiziellen Rechtsverhältnissen,²⁰ sondern lediglich die regelmäßig im Tenor des Verwaltungsakts zum Ausdruck gekommene Regelungswirkung,²¹ die nur ganz ausnahmsweise eine Feststellungswirkung beinhaltet. Eine solche, für die Rechtmäßigkeit der Zuschlagserteilungen durch Bescheide vom 12. Juni 2019 zwar maßgebliche, aber doch nur als deren rechtliche Vorfrage zu qualifizierende Rechtsfrage ist unter anderem die Rechtmäßigkeit der in der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 festgelegten Vergabe- und Auktionsregeln. Insofern stehen die Zuschlagsbescheide vom 12. Juni 2019 nicht entgegen, die Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungen aus der Rechtswidrigkeit der Frequenznutzungsbedingungen abzuleiten. Ihre in materielle Bestandskraft erwachsenen Regelungsgehalte unterbrechen den Rechtswidrigkeitszusammenhang insofern nicht. Aus ihrer materiellen Bestandskraft folgt dann allerdings die Verpflichtung, die Frequenz demjenigen, der den Zuschlag erhalten hat, auch tatsächlich zuzuteilen; dies ist allerdings keine Frage der Rechtmäßigkeit des Frequenzzuteilungsbescheids als Tatbestandsmerkmal der Rücknahme, sondern des Rücknahmeermessens der Bundesnetzagentur und damit erst in der folgenden Analyse relevant (s. u., D. I. 2. c) aa) (1)).

Im Ergebnis sind die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz aufgrund der rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der dafür maßgeblichen Vergabe- und Auktionsbestimmungen durch die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 als materiell rechtswidrig anzusehen; die materielle Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 steht dem nicht entgegen.

bb) Rücknahmefrist

Daneben ist die einjährige Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG zu beachten. Als Entscheidungsfrist²² beginnt sie „zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahme außerdem erheblichen

²⁰ BVerwG, Urt. v. 28.10.2010 – 7 C 2/10, NVwZ 2011, 120 Rn. 21; *Leisner-Egensperger*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Aufl. 2025, § 43 Rn. 21; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 59; *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 43 VwVfG Rn. 24.

²¹ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 56 und 58.

²² Grundlegend dazu BVerwG (Großer Senat), Beschl. v. 19.12.1984 – Gr. Sen. 1 und 2/84, BVerwGE 70, 356 (363).

Tatsachen vollständig bekannt sind.“²³ Dazu zählen auch alle für die Ermessensentscheidung relevanten Umstände.²⁴

Hier ist insbesondere für die Reduktion des Rücknahmeermessens auf null die Entstehung eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL infolge der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 maßgeblich (s. u., D. I. 2., insbesondere a) bb) (3)). Anders als im Rahmen eines Bescheidungsurteils gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO üblich,²⁵ hat das Verwaltungsgericht Köln in seinem nunmehr rechtskräftigen Urteil vom 26. August 2024 nicht die Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung und die (sich daran anschließende) Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur zur erneuten Verbescheidung der EWE TEL tenoriert, sondern die Verpflichtung zur erneuten Bescheidung „unter Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung“ durch die Beklagte.²⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Beschluss über die Nichtzulassungsbeschwerde vom 16. Oktober 2025 diesen Hauptsachetenor so ausgelegt, dass „das Verwaltungsgericht die Präsidentenkammerentscheidung nicht selbst aufgehoben, sondern die Beklagte zu deren Aufhebung verpflichtet [habe]. Aus den Entscheidungsgründen ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine von diesem eindeutigen Wortlaut abweichende Auslegung des Tenors.“²⁷ Damit entfaltet der Tenor keine Gestaltungswirkung, sondern statuiert lediglich die gegebenenfalls gemäß den §§ 167 bis 172 VwGO vollstreckbare Pflicht der Bundesnetzagentur zur gegebenenfalls rückwirkenden Aufhebung (näher dazu D. II.) der Präsidentenkammerentscheidung. Da diese bis zu ihrer Aufhebung die durch sie geschaffenen Folgen legalisiert, gelangt der

²³ BVerwG (Großer Senat), Beschl. v. 19.12.1984 – Gr. Sen. 1 und 2/84, BVerwGE 70, 356 (362).

²⁴ BVerwG (Großer Senat), Beschl. v. 19.12.1984 – Gr. Sen. 1 und 2/84, BVerwGE 70, 356 (363); *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 48 VwVfG Rn. 64; *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Aufl. 2025, § 48 Rn. 196.

²⁵ Siehe *Decker*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 75. Ed. 1.10.2025, § 113 Rn. 77.1, der völlig zu Recht darauf hinweist, dass die Aufhebung des ablehnenden Bescheids im Tenor des Verpflichtungsurteils nur deklaratorisch sei, da sich mit dem Verpflichtungsausspruch der ablehnende Bescheid ohnehin erledige, da die in ihm enthaltene Regelung durch die gerichtliche Neubestimmung dessen, was zwischen den Verfahrensbeteiligten im Verwaltungsrechtsverhältnis positiv zu gelten habe, überholt werde; desgleichen *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwGO, 33. Erg.-Lfg. Juni 2017, § 113 Rn. 209. Dieser Aspekt kann im Gutachten nicht weiter vertieft werden.

²⁶ Siehe im Kontrast zur Tenorierung des VG Köln den Tenorierungsvorschlag von *Emmenegger*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 113 VwGO Rn. 185: „Der Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheids vom [...] verpflichtet, über den Antrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.“

²⁷ BVerwG, Beschl. v. 16.10.2025 – 6 B 5/25, Rn. 19.

Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL erst mit der behördlichen Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 durch die Bundesnetzagentur zur Entstehung. Erst in diesem, noch zukünftigen Zeitpunkt besitzt die Bundesnetzagentur vollständige Klarheit hinsichtlich aller für ihre Ermessensentscheidung maßgeblichen Umstände.

Erst mit behördlicher Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 durch die Bundesnetzagentur in Befolgung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 entsteht der für das Rücknahmeermessen im Hinblick auf die Frequenzzuteilungsentscheidungen im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz maßgebliche Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL und wird damit erst die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG zu laufen beginnen.

cc) Keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen

Weitere tatbestandliche Voraussetzungen einer Rücknahme statuiert § 48 Abs. 3 VwVfG anders als § 48 Abs. 2 VwVfG nicht,²⁸ sondern gewährt dem ursprünglich begünstigten Verwaltungsaktadressaten im Falle der Rücknahme einen der Rücknahme logisch nachgelagerten Ausgleichsanspruch, der zudem davon abhängt, dass der vormals Begünstigte den Vermögensausgleich beantragt. Das spielt für die hier zu begutachtenden Rechtsfragen keine Rolle.

d) Zwischenergebnis

Tatbestandlich steht einer Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz daher nichts im Wege, insbesondere die Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG hat noch nicht einmal zu laufen begonnen.

²⁸ Allgemeine Auffassung, siehe etwa *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 48 VwVfG Rn. 56; *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Aufl. 2025, § 48 Rn. 159.

2. Ermessensreduktion auf null aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL

Nachdem § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG der Bundesnetzagentur grundsätzlich einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Rücknahme einräumt, ist sie nur dann zur Rücknahme verpflichtet, soweit ihr Ermessen ausnahmsweise auf null reduziert ist. Eine solche Ermessensreduktion kann sich aus dem gesetzlich nicht normierten, aber letztlich gewohnheitsrechtlich anerkannten²⁹ Allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL gegen die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur ergeben.³⁰

a) Anspruchsvoraussetzungen

Der Allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch setzt tatbestandlich voraus, dass die Bundesnetzagentur durch öffentlich-rechtliches Verhalten in ein subjektiv-öffentliches Recht der EWE TEL als Anspruchstellerin eingegriffen (dazu aa)) und unmittelbar dadurch rechtswidrige und rechtsgrundlose Folgen herbeigeführt hat (dazu bb)), die damit Gegenstand einer Folgenbeseitigung sein können.

aa) Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht der EWE TEL durch öffentlich-rechtliches Handeln der Bundesnetzagentur

Der Allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch setzt zunächst einen Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht durch öffentlich-rechtliches Handeln voraus.

(1) Die Bundesnetzagentur hat durch die Feststellung der Frequenznutzungsbestimmungen in der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018, bei der es sich um einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG handelt,³¹ öffentlich-rechtlich gehandelt.

²⁹ Statt vieler *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1204.

³⁰ Vgl. *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Aufl. 2025, § 40 Rn. 218; begrifflich unklar, in der Sache aber wohl ebenso BVerwG, Urt. v. 20.8.1992 – 4 C 54/89, NVwZ-RR 1993, 65 (65): Ermessensreduktion der Behörde aufgrund „der sie als Folge ihres rechtswidrigen Verwaltungshandelns treffenden Folgenbeseitigungslast“.

³¹ BVerwG, Urt. v. 17.8.2011 – 6 C 9/10, BVerwGE 140, 221 Rn. 51; Urt. v. 24.6.2020, 6 C 3/19, BVerwGE 169, 1 Rn. 15; Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, BVerwGE 174, 1 Rn. 21.

(2) Als subjektiv-öffentliche Rechte kommen im Rahmen des Folgenbeseitigungsanspruchs neben Grundrechten auch einfach-rechtlich begründete Rechte in Betracht.³² Hier ergibt sich eine solche einfachrechtliche Rechtsposition der EWE TEL als Anspruchstellerin aus § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG.³³ Bei solchen einfach-rechtlichen Rechtspositionen verlangen einzelne Stimmen im staatshaftungsrechtlichen Schrifttum, die den Folgenbeseitigungsanspruch aus den Grundrechten des potentiellen Anspruchstellers ableiten, kumulativ die Grundrechtsfähigkeit des Anspruchstellers,³⁴ die bei der EWE TEL als überwiegend in kommunaler Hand befindlichen juristischen Person des Privatrechts jedoch im Ergebnis offenbleiben kann. Denn es handelt sich bei der grundrechtlichen Fundierung lediglich um eine von mehreren Ableitungsmöglichkeiten des letztlich richterrechtlich ausgeformten und gewohnheitsrechtlich anerkannten Folgenbeseitigungsanspruchs. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die einen Folgenbeseitigungsanspruch von Kommunen beherrschter Kapitalgesellschaften aus diesem Grunde verneint hätte, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

(3) Das Verwaltungsgericht Köln hat durch Urteil vom 26. August 2024 festgestellt, dass die Bundesnetzagentur durch die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in das subjektiv-öffentliche Recht der EWE TEL aus § 104 Abs. 4 Nr. 4 TKG eingegriffen hat.³⁵ Auch diese Feststellung ist mit Eintritt der Unanfechtbarkeit des Urteils durch Zurückweisung der hiergegen gerichteten Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten in materielle Rechtskraft mit Bindungswirkung gemäß § 121 Nr. 1 VwGO erwachsen.³⁶

³² *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1206; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 374 f.

³³ Vgl. zur unmittelbaren Vorgängervorschrift des § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG, § 61 Abs. 3 Satz 2 TKG a. F., BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, BVerwGE 174, 1 Rn. 22–29.

³⁴ Siehe etwa *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1206.

³⁵ Vgl. VG Köln, Urt. v. 26.8.2024 – 1 K 1281/22, MMR 2025, 466 Rn. 301 ff. (Bl. 92 f. des Entscheidungsumdrucks).

³⁶ Vgl. *Lindner*, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 75. Ed. 1.10.2025, § 121 Rn. 41 i. V. m. Rn. 35.

bb) Unmittelbarkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen

(1) Unmittelbarkeit der Eingriffsfolgen

Gegenstand des Allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs können nur die unmittelbaren Folgen des Rechtseingriffs in Gestalt der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 sein.

In Rechtsprechung und Literatur besteht allerdings über das unbestrittene Erfordernis äquivalenter und adäquater Kausalität³⁷ hinaus keine Einigkeit über die Voraussetzungen des Unmittelbarkeitszusammenhangs. Eine allgemeingültige Definition dafür, welche Folgen also noch als unmittelbar angesehen werden können, ist nicht etabliert. Klarheit besteht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allerdings hinsichtlich der Extrempunkte des Unmittelbarkeitskriteriums. Einerseits sind jedenfalls solche Folgen „unmittelbar“, deren Eintritt das eingreifende Handeln bezweckt hat.³⁸ Andererseits kann in der Rechtsprechung als gesichert gelten, dass umgekehrt solche Folgen nicht mehr als unmittelbar anzusehen sind, die „erst durch ein Verhalten des Betroffenen – oder eines Dritten – verursacht oder mitverursacht worden sind, das auf dessen eigener Entschliebung beruht.“³⁹ In der Literatur hat sich, ohne dass sich die Rechtsprechung hierzu, soweit ersichtlich, bislang positiv oder ablehnend geäußert hätte, als herrschende Auffassung ein Rückgriff auf die bei den ungeschriebenen Entschädigungsansprüchen anerkannte Begrifflichkeit etabliert, so dass der Unmittelbarkeitszusammenhang für solche Eingriffsfolgen bejaht werden könne, die sich als Verwirklichung der im öffentlich-rechtlichen Handeln angelegten typischen Gefahren darstellen.⁴⁰ Unmittelbar wären demnach auch alle typischen Folgen des eingreifenden Verhaltens.

³⁷ Siehe etwa BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82, BVerwGE 69, 366 (372); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 368.

³⁸ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1208; sprachlich unscharf, in der Sache aber wohl gleichsinnig BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82, BVerwGE 69, 366 (372): „jedenfalls bei allen Folgen einer Amtshandlung gegeben, auf deren Eintritt sie – unmittelbar – gerichtet war.“

³⁹ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82, BVerwGE 69, 366 (373); Urt. v. 21.12.2000 – 2 C 39/99, DÖV 2001, 732 (733); OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 9.12.2015 – 6 A 1040/12, DVBl 2016, 447 (451); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.10.2012 – 7 A 10671/12.OVG, KommJur 2013, 21 (22).

⁴⁰ Siehe namentlich *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1208.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob sich die Frequenzzuteilungsbescheide noch als unmittelbare Folge der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 darstellen. Sie beruhen zunächst äquivalent und adäquat kausal auf der Präsidentenkammerentscheidung. Nachdem es sich dabei ebenso wie bei den weiteren zwischengeschalteten Verwaltungsakten im Vergabeverfahren schon begrifflich um einseitige Willensentschlüsse der Bundesnetzagentur handelt (vgl. das dementsprechende Definitionsmerkmal des § 35 Satz 1 VwVfG), gehen sie auch nicht maßgeblich auf ein eigenverantwortliches Dazwischentreten der EWE TEL oder Dritter zurück. Dass zwischen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und den Zuteilungsbescheiden noch mehrere selbstständige Verwaltungsakte im Vergabeverfahren zwischengeschaltet sind, schließt den Unmittelbarkeitszusammenhang ebenfalls nicht zwingend aus. Nach dem in der Rechtsprechung gesicherten Kriterium, wonach der Eintritt der zu beseitigenden Folge durch das eingreifende Staatshandeln bezweckt gewesen sein muss, lässt sich der Unmittelbarkeitszusammenhang bejahen: Denn die einzelnen Verwaltungsentscheidungen im Vergabeverfahren sind allesamt darauf gerichtet, die das Frequenzvergabeverfahren abschließende Zuteilungsentscheidung gemäß § 91 TKG Schritt für Schritt vorzubereiten. Der Erlass einer bestimmten Frequenzzuteilungsentscheidung ist damit von allen vorherigen Verwaltungsakten bezweckt, die den Entscheidungsspielraum für die verfahrensabschließende Entscheidung sukzessive und folgerichtig verengen.

Somit kann selbst nach dem Zweckrichtungskriterium der Rechtsprechung der Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und den Zuteilungsentscheidungen bejaht werden, wobei allerdings hervorzuheben ist, dass, soweit ersichtlich, bisher keine Rechtsprechung zu einer vergleichbaren Konstellation eines wie § 100 TKG ausgestalteten Verwaltungsverfahrens existiert. Daher ist dieses Zwischenergebnis mit einer gewissen Unsicherheit behaftet.

Legt man das in der Literatur darüber hinaus favorisierte Eingrenzungsmerkmal der typischen Folge zugrunde, liegt angesichts der hier vom Verwaltungsgericht Köln festgestellten formellen und materiellen Fehler der Präsidentenkammerentscheidung, die in einer Besorgnis der Befangenheit, einem Verstoß gegen das Unparteilichkeit sichernde Unabhängigkeitspostulat sowie eines Abwägungsfehlers begründet sind, der Unmittelbarkeitszusammenhang ebenfalls nahe: Die solcherart bemakelten Vergabe- und Auktionsregeln führen typischerweise zu einer bestimmten Zuteilungsentscheidung, die durch sie bereits prädeterminiert ist.

(2) Rechtswidrigkeit der Eingriffsfolgen

Darüber hinaus muss der noch immer andauernde Zustand selbst rechtswidrig sein. Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt nicht (allein) die Rechtswidrigkeit des Rechtseingriffs voraus, sondern die des dadurch geschaffenen andauernden Zustands.⁴¹ Allerdings folgt aus der Rechtswidrigkeit des anspruchsbegründenden Rechtseingriffs, hier also der Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018, grundsätzlich auch die Rechtswidrigkeit des dadurch geschaffenen Zustands.⁴² Wegen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs zwischen den einzelnen Entscheidungen des Frequenzvergabeverfahrens ist somit auch die Frequenzzuteilung selbst rechtswidrig.

(3) Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen

Der zu beseitigende rechtswidrige Zustand muss – im hiesigen Fall des sogenannten Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs, bei dem der Rechtseingriff durch Verwaltungsakt erfolgt – zudem rechtsgrundlos sein, darf also nicht durch einen wirksamen, nicht nichtigen Verwaltungsakt legalisiert werden.⁴³ Dies setzt also die gerichtliche oder behördliche Aufhebung des eingreifenden Verwaltungsaktes voraus.⁴⁴ Dadurch, dass das Verwaltungsgericht Köln in seinem Urteil vom 26. August 2024 nicht die gerichtliche Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018, sondern lediglich die behördliche Verpflichtung zu deren Aufhebung tenoriert hat, ist davon auszugehen, dass der rechtswidrige Zustand durch das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln noch nicht rechtsgrundlos geworden ist, sondern dies erst im Zeitpunkt der behördlichen Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in Befolgung des verwaltungsgerichtlichen Urteils werden wird.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 23.5.1989 – 7 C 2/87, NJW 1989, 2272 (2277); Urt. v. 21.9.2000 – 2 C 5/99, NJW 2001, 1878 (1882); *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 53; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 379.

⁴² Vgl. *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 53 und 55; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1209.

⁴³ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1210; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 380.

⁴⁴ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 12010; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 380.

cc) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs liegen somit vor, auch wenn das Vorliegen des erforderlichen Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen der Präsidentenkammerentscheidung und den Frequenzzuteilungsbescheiden mit einer gewissen Unsicherheit behaftet ist. Darüber hinaus wird die für die Anspruchsentstehung konstitutive Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen erst mit behördlicher Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in Befolgung des Urteils vom 26. August 2024 eintreten.

b) Anspruchsinhalt

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist inhaltlich – letztlich negativ definiert – auf eine Leistung des Anspruchsgegners gerichtet, hier also der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur, die durch die Präsidentenkammerentscheidung in das subjektiv-öffentliche Recht der EWE TEL aus § 104 Abs. 4 Nr. 4 TKG eingegriffen hat und durch die Zuständigkeit für die Rücknahme gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG rechtlich zur Herstellung des ursprünglichen Zustands befugt ist,⁴⁵ die nicht in einer Geldzahlung besteht, also einen Ausgleich in natura.⁴⁶ Dies kann ohne Weiteres auch der hier in Rede stehende Erlass eines Verwaltungsaktes sein, wie die in der staatshaftungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur häufig thematisierten Fälle eines Anspruchs des Wohnungseigentümers auf „Ausweisung“ eines zuvor sicherheitsbehördlich eingewiesenen Obdachlosen zeigen, bei der es sich ebenfalls um den Erlass eines Verwaltungsaktes handelt. Es ist nicht ersichtlich, dass der Erlass eines Rücknahmebescheides nach § 48 VwVfG hier anders behandelt werden dürfte als diese Rückabwicklungskonstellation bei der Unterbringung Obdachloser.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist dabei nicht auf die Herstellung des ohne den Rechtseingriff bestehenden, hypothetischen Jetzt-Zustands gerichtet, was der schadensrechtlichen Naturalrestitution im Sinne des § 249 Abs. 1 BGB entspräche, sondern auf Wiederherstellung des früheren Zustands in der logischen Sekunde vor dem eingreifenden

⁴⁵ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1226.

⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82, BVerwGE 69, 366 (371); *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 20 und 23; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1221.

Staatshandeln (also des Status quo ante),⁴⁷ hier also der Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018. Diesem Anspruchsziel entspricht (jedenfalls teilweise) die schlichte Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz (ob ex tunc oder ex nunc, darauf ist im Folgenden noch gesondert einzugehen, s. u., D. II.). Darauf, ob allein damit die Folgen des Eingriffs in die Rechte der EWE TEL vollständig beseitigt werden, kommt es dabei allerdings nicht an, da nach allgemeinen Grundsätzen auch eine teilweise Folgenbeseitigung begehrt werden kann.

Der Erlass eines Bescheids zur Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz ist damit zulässiger Inhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs.

c) Keine Einreden gegen den Folgenbeseitigungsanspruch

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Folgenbeseitigung unmöglich (dazu aa)) oder unzumutbar (dazu bb)) ist.⁴⁸ Dabei handelt es sich um rechtsvernichtende Einwendungen.⁴⁹ Somit trägt zwar die Bundesnetzagentur bzw. im Prozess die Bundesrepublik Deutschland als deren Rechtsträgerin hierfür die subjektive und objektive Beweislast.⁵⁰ Nachdem der Folgenbeseitigungsanspruch allerdings nicht der abdrängenden Sonderzuweisung des § 40 Abs. 2 VwGO unterfällt und daher auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen ist, darf die Bedeutung dieses für die EWE TEL prinzipiell vorteilhaften Gesichtspunkts wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 86 Abs. 3 VwGO) nicht überschätzt werden.

⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155 (165); Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82, BVerwGE 69, 366 (371); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1221; *Ellerbrok*, JURA 2016, 125 (134 f.); *Mehde*, JURA 2017, 783 (787); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 367 f.; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 91. Erg.-Lfg. April 2020, Art. 34 Rn. 63.

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91, BVerwGE 94, 100 (112 und 114).

⁴⁹ *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 57; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 384.

⁵⁰ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 384.

aa) Möglichkeit der Folgenbeseitigung, insb. keine rechtliche Unmöglichkeit

Fraglich ist hier, ob die Folgenbeseitigung nicht aus rechtlichen Gründen unmöglich ist; für eine tatsächliche Unmöglichkeit bestehen hier keine Anhaltspunkte. Erstens könnte sich die rechtliche Unmöglichkeit aus der entgegenstehenden Regelungswirkung der Zuschlagserteilungen durch Bescheide vom 12. Juni 2019 ergeben, die in materielle Bestandskraft erwachsen sind und daher die Bundesnetzagentur bei ihrer Rücknahmeentscheidung binden (dazu (1)). Zweitens könnte sich eine rechtliche Unmöglichkeit aus einem Verbot der Umgehung der Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ergeben (dazu (2)).

(1) Entgegenstehende Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen

Wie bereits dargelegt (s. o., I. 1. c) aa)), bewirkt die materielle Bestandskraft der Zuschlagsbescheide vom 12. Juni 2019 eine inhaltliche Bindung der Bundesnetzagentur dahingehend, dass die Frequenzen denjenigen Unternehmen zuzuteilen sind, die den Zuschlag erhalten haben. Eine Rücknahme der gerade an diese Unternehmen erteilten Frequenzzuteilungsbescheide würde diese Regelungswirkung konterkarieren und sich ihrerseits als Überschreitung des insofern bereits auf null reduzierten Ermessensspielraums der Bundesnetzagentur darstellen. Auf den Erlass eines mit einem solchen Ermessensfehler behafteten Verwaltungsaktes darf der Folgenbeseitigungsanspruch jedoch nicht gerichtet sein.⁵¹

Die materielle Bestandskraft der Zuschlagsbescheide vom 12. Juni 2019 führt damit derzeit zur rechtlichen Unmöglichkeit der Rücknahme der Zuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz als Inhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL.

Die materielle Bestandskraft der Zuschlagsbescheide könnte jedoch wiederum durch deren behördliche Aufhebung aus der Welt geschafft werden. Nachdem sie aufgrund des Rechtswidrigkeitszusammenhangs der konsekutiven Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren (s. o., I. 1. c) aa)) ebenfalls rechtswidrig sind, kann die Bundesnetzagentur ihre Rücknahme auf § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit Abs. 3 VwVfG

⁵¹ Vgl. allgemein *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1215: „Rechtliche Unmöglichkeit ist gegeben, wenn der FBA nur durch eine rechtswidrige behördliche Handlung erfüllt werden könnte“.

stützen. Die Zuschlagserteilung stellt sich ebenfalls als unmittelbare Folge der rechtswidrigen und in das Recht der EWE TEL aus § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG eingreifenden Präsidentenkammerentscheidungen vom 26. November 2018 dar (s. o., I. 2. a) bb) (3)), so dass mit Eintritt der Rechtsgrundlosigkeit dieser Folge durch deren Aufhebung durch die Bundesnetzagentur in Befolgung des rechtskräftigen Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 dem Grunde nach ein Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL auf Rücknahme auch der Zuschlagserteilung entsteht, der das diesbezügliche Rücknahmeermessen der Bundesnetzagentur auf null reduziert. In der vorliegend zu begutachtenden Konstellation, in der alle zum Vergabeverfahren zugelassenen Bieter den Zuschlag für bestimmte Frequenzen erhielten, steht der Rücknahme des Zuschlags die materielle Bestandskraft der Regelungswirkung der vorhergehenden Entscheidungen der Bundesnetzagentur zur Zulassung bestimmter Bieter zum Vergabeverfahren (§ 100 Abs. 5 Satz 5 TKG) nicht entgegen. Die Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 können also auch ohne vorherige Rücknahme der Zulassungsentscheidungen zurückgenommen werden; nachdem für die Rechtswidrigkeit der Zulassungsentscheidung und die diesbezügliche Rücknahmeverpflichtung der Bundesnetzagentur auf Grundlage eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL nicht Abweichendes gilt, spricht nichts dagegen, auch eine Rücknahme der Zulassungsentscheidung gemäß § 100 Abs. 5 Satz 5 TKG zu beantragen.

Die Bundesnetzagentur ist somit ab Entstehung des Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL aufgrund der rechtswidrigen Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 auch zur Rücknahme der Zulassungs- und Zuschlagsentscheidungen im Frequenzvergabeverfahren verpflichtet, so dass ihre materielle Bestandskraft ab ihrer behördlichen Aufhebung einer Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide nicht mehr entgegenstehen wird. Eine Rücknahme der Zulassungsentscheidung zum Vergabeverfahren erscheint wegen deren begrenzter Regelungswirkung nicht notwendig; ein auch darauf gerichteter Antrag bei der Bundesnetzagentur ist aber vorsichtshalber zu empfehlen.

(2) Verbot der Umgehung der Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

Papier/Shirvani postulieren darüber hinaus – soweit ersichtlich, als einzige und auch lediglich der Sache nach, aber ohne begriffliche Einordnung als Fall der rechtlichen Unmöglichkeit – einen Ausschluss des Folgenbeseitigungsanspruchs in einem Fall wie hier,

in dem „der Zustand, dessen Beseitigung begehrt wird, einem für den Geschädigten [sic] unanfechtbaren Verwaltungsakt entspricht“.⁵² Dabei berufen sie sich auf ein einziges Urteil des 2. Revisionssenats des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1967⁵³ und führen weiterhin zur Begründung an, dass dies „aus den verwaltungsprozessrechtlichen Anfechtungsfristen und der darin angelegten Bestandskraft von Verwaltungsakten [folge], die auch nicht über das Institut der Folgenbeseitigung ausgehöhlt werden können“⁵⁴. Demnach werde der „Vorrang des verwaltungsprozessualen Primärrechtsschutzes, insbesondere der Anfechtungsklage, [...] nach Maßgabe der sinngemäß geltenden Vorschrift des § 254 [BGB] durchgesetzt: Unterlässt es der Betroffene schuldhaft, den Eingriff mit zulässigen Rechtsbehelfen abzuwehren, so kann er wegen § 254 [BGB] regelmäßig eine Entschädigung für solche Nachteile nicht verlangen, die er durch den Gebrauch der Rechtsbehelfe hätte vermeiden können [...]“.⁵⁵

(a) Schuldhafte Versäumnis der Anfechtung der weiteren Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren?

Selbst wenn man den von *Papier/Shirvani* postulierten Ausschlussgrund für die Beseitigung bestandskräftig gewordener Verwaltungsakte anerkennt (dazu eingehend sogleich (b)), ist allerdings bereits fraglich, ob er die hier zu begutachtende Konstellation der Frequenzzuteilungsbescheide der Bundesnetzagentur im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz – und mutatis mutandis die der weiteren auf der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 konsekutiv beruhenden Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren, die ebenfalls behördlich aufgehoben werden müssten (s. o., I. 2. c) aa) (1)) – überhaupt erfassen würde. In der Tat sind alle Zulassungs- und Zuschlagsentscheidungen bestandskräftig geworden, indem die EWE TEL sie nicht fristgemäß angefochten hat, die Frequenzzuteilungsentscheidungen allerdings allenfalls in denjenigen Fällen, in denen die EWE TEL ebenfalls keinen Widerspruch eingelegt beziehungsweise Anfechtungsklage erhoben hat.

⁵² *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 91. Erg.-Lfg. April 2020, Art. 34 Rn. 67; inhaltsgleich *Papier/Shirvani*, in: Säcker u. a., Münchener Kommentar BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 839 BGB Rn. 146.

⁵³ BVerwG, Ur. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155.

⁵⁴ *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 91. Erg.-Lfg. April 2020, Art. 34 Rn. 67.

⁵⁵ *Papier/Shirvani*, in: Säcker u. a., Münchener Kommentar BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 839 BGB Rn. 146.

Jedoch beruht dieser Ausschlussgrund, soweit er vertreten wird, auf den Grundgedanken des Rechtsmissbrauchs und der *schuldhaften* Versäumnis der Anfechtungsmöglichkeit durch diejenigen, die durch den Folgenbeseitigungsanspruch berechtigt werden. Allerdings wären diese Vorwürfe als Grundlage eines Ausschlussgrundes nur dann berechtigt, wenn die EWE TEL überhaupt eine Möglichkeit dazu gehabt hätte, gegen die weiteren Verwaltungsakte, die im Frequenzvergabeverfahren der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 nachgefolgt sind, zulässige Anfechtungsklagen (beziehungsweise Widersprüche) zu erheben.

(aa) Anfechtung der Zulassungs- und Zuschlagsbescheide

Gegen die Zulassungsentscheidungen zum Versteigerungsverfahren gemäß § 100 Abs. 5 Satz 5 TKG sowie die Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 konnte die EWE TEL als Diensteanbieterin keine zulässige Anfechtungsklage erheben, da es ihr an der gemäß § 42 Abs. 2 VwGO notwendigen Klagebefugnis fehlte. In diesem Zusammenhang sind nach dem derzeitigen Stand von Rechtsprechung und Schrifttum lediglich solche Unternehmensträger klagebefugt, die eine Zulassung zum Versteigerungsverfahren gemäß § 100 Abs. 5 Satz 4 TKG beantragt haben und damit Verfahrensteilnehmer geworden sind, weil § 100 Abs. 5 TKG lediglich diesen unter bestimmten weiteren, hier nicht relevanten Voraussetzungen eine Schutznorm verleiht.⁵⁶

Zu diesem Kreis gehört die EWE TEL als Diensteanbieterin allerdings nicht, sodass eine Anfechtung dieser selbstständigen Verwaltungsakte von vorneherein nicht in Betracht kam.

(bb) Anfechtung der Frequenzzuteilungsbescheide

Hinsichtlich der Anfechtung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz selbst waren ein Widerspruch und eine Anfechtungsklage hingegen grundsätzlich möglich. Sie hat die EWE TEL in der sub A. aufgezeigten Vielzahl der Fälle auch eingelegt.

⁵⁶ Eingehend dazu Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 100 f. und 103.

Hierbei ist anerkannt, dass am Vergabeverfahren selbst nicht beteiligte Drittunternehmen wie die EWE TEL unter bestimmten Voraussetzungen über eine Klagebefugnis gegen die Frequenzzuteilungsentscheidung gemäß § 42 Abs. 2 VwGO verfügen können.⁵⁷ Dabei herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum aber noch weitestgehende Unklarheit über diese Voraussetzungen. Das Bundesverwaltungsgericht hat bislang, soweit ersichtlich, lediglich über die folgende Konstellation entschieden, in der sich der Betreiber terrestrischer Rundfunksendernetze für den Empfang digitalen Antennenfernsehens gegen die Frequenzzuteilung an die Betreiber andersartiger Dienste wandte, weil er Störungen seiner Dienste durch die spätere Nutzung der neu vergebenen Frequenzen befürchtete, seine Anfechtungsklage aber lediglich gegen diejenigen Verwaltungsakte richtete, mit denen die Bundesnetzagentur das Vergabeverfahren als solches und seine Durchführung als Versteigerungsverfahren angeordnet sowie hierfür Regeln und Versteigerungsregeln festgelegt hatte.⁵⁸ Hier bejahte das Bundesverwaltungsgericht eine Klagebefugnis dieses Drittunternehmens (erst) gegen den Frequenzzuteilungsbescheid, sofern Störungen ihres Dienstes durch die spätere Nutzung der vergebenen Frequenzen zu befürchten sind.⁵⁹

Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen Drittunternehmen, die nicht am Versteigerungsverfahren teilgenommen haben, beziehungsweise erfolglos eine Zulassung zu diesem beantragt haben, namentlich Diensteanbieter wie die EWE TEL, über eine Klage- und Widerspruchsbefugnis gegen die das Vergabeverfahren abschließende Frequenzzuteilungsentscheidung verfügen. Sollte es daran fehlen, könnte der EWE TEL kein Vorwurf einer schuldhaften Versäumnis der Anfechtung der Frequenzzuteilungsentscheidungen gemacht werden, sollte sie zu bejahen sein, hat die EWE TEL Widerspruch gegen alle ihr bekannt gewordenen Frequenzzuteilungsentscheidungen erhoben. Somit wäre ihr auch dann, wenn mangels Kenntnis gegen mögliche weitere Frequenzzuteilungen kein Rechtsbehelf ergriffen wurde, insofern ebenfalls kein Verschuldensvorwurf zu machen, der den Folgenbeseitigungsanspruch in Frage stellen könnte.

Es ist aus der bisherigen Rechtsprechung nicht sicher abzuleiten, ob die EWE TEL überhaupt über eine Widerspruchs- und Klagebefugnis gegen die abschließenden

⁵⁷ Vgl. Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 103.

⁵⁸ Siehe den in BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 6 C 36/11, BVerwGE 144, 284 (284–286), mitgeteilten Sachverhalt.

⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 6 C 36/11, BVerwGE 144, 284 Rn. 19.

Frequenzzuteilungsentscheidungen im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz verfügt. Sollte es daran fehlen, hätte sie diese damit selbst bei Einhaltung der Klagfrist von vornherein nicht mit Aussicht auf Erfolg anfechten können. Wird die Widerspruchs- und Klagebefugnis hingegen bejaht, so hat die EWE TEL gegen alle ihr bekannt gewordenen Zuteilungsbescheide Widerspruch einlegt; sollte mangels Kenntnis gegen mögliche weitere Frequenzzuteilungsentscheidungen kein Widerspruch eingelegt sein, lässt sich insofern kein Verschuldensvorwurf erheben.

(b) Existenz des Ausschlussgrundes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts?

Äußerst zweifelhaft ist allerdings ungeachtet der inhaltlichen Würdigung im vorliegenden Fall, ob sich dieser Ausschlussgrund des immerhin im Wesentlichen richterrechtlich ausgeformten Folgenbeseitigungsanspruchs⁶⁰ der von *Papier/Shirvani* zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts überhaupt in dieser Allgemeinheit entnehmen lässt.

Sie betraf die sehr spezielle Konstellation der Anfechtungsklage einer Lehrerin gegen ihre Entlassung aus ihrem Beamtenverhältnis auf Widerruf, die auf Grundlage der beamtenrechtlichen Bestimmungen über Beamtenverhältnisse auf Widerruf korrekt erfolgt war. Allerdings hätte die Lehrerin rechtmäßigerweise bereits in ein Beamtenverhältnis auf Probe mit seinen strengeren Entlassungsvoraussetzungen übernommen worden sein müssen, so dass sie unter anderem aufgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs verlangte, bezüglich ihrer Entlassung so behandelt zu werden, als sei sie Beamtin auf Probe gewesen.⁶¹ Damit ging es der Klägerin in diesem Verfahren – anders als der hier zu begutachtenden Konstellation – nicht lediglich um die Wiederherstellung des Status quo ante, sondern, wie das Bundesverwaltungsgericht seinerzeit korrekt erkannte, um den „Ersatz ihres „Erfüllungsinteresses““ durch Berufung in eine Form des Beamtenverhältnisses, in dem sie nie gestanden hatte.⁶²

Das Bundesverwaltungsgericht verquickte diese für sich zur Ablehnung des Folgenbeseitigungsanspruchs nach dem Stand der heutigen Dogmatik völlig ausreichende

⁶⁰ Darauf weisen ausdrücklich etwa BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91, BVerwGE 94, 100 (103), sowie BayVGh, Urt. v. 27.10.1998 – 8 B 97/1604, NVwZ 1999, 1237 (1237), hin.

⁶¹ Siehe den bei BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155 (156 f.), mitgeteilten Sachverhalt.

⁶² BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155 (163 und 165).

Begründung anschließend mit folgenden Überlegungen: „Der Abwendung und Beseitigung von Folgen rechtswidrigen Verwaltungshandelns dienen in erster Linie die Vorschriften über den Verwaltungsrechtsschutz einschließlich des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Gegen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt kann der Betroffene – jedoch nur innerhalb bestimmter Fristen – einen Verwaltungsrechtsbehelf einlegen und anschließend Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht erheben. Unterläßt die Behörde rechtswidrig die Vornahme eines beantragten Verwaltungsakts, so kann der Berechtigte – wiederum unter Einhaltung von Fristvorschriften – die verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage erheben. Gäbe es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Beseitigung von Folgen rechtswidriger Gesetzesanwendung, der jederzeit ohne Durchführung eines besonderen Verfahrens zu beachten wäre, so würden sich die Vorschriften über das Verfahren der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage einschließlich der hierfür geltenden Fristen erübrigen. Dann hätte auch die mit dem Ablauf der Rechtsbehelfsfristen eintretende Unanfechtbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte keine Bedeutung“.⁶³ Hiermit ging das Bundesverwaltungsgericht aber offenbar lediglich darauf ein, dass die gegen ihre Entlassung klagende Lehrerin es in diesem Fall sowohl versäumt hatte, ihre Ernennung lediglich zur Beamtin auf Widerruf mit Widerspruch und Anfechtungsklage anzugreifen als auch ihre Ernennung zur Beamtin auf Probe zu beantragen und im Wege der Verpflichtungsklage durchzusetzen.⁶⁴ Hier hätte die Berufung auf den Folgenbeseitigungsanspruch die Bestandskraft von dem Rechtseingriff *vorausgehenden* Verwaltungsakten – nicht wie hier als unmittelbare Folge auch zeitlich nachfolgenden Verwaltungsakten – gefährdet. Im Weiteren leitete das Bundesverwaltungsgericht daraus lediglich die heute voll anerkannte Anspruchsvoraussetzung der Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen ab,⁶⁵ also gerade nicht den von *Papier/Shirvani* behaupteten eigenständigen Ausschlussgrund.

Über den sehr spezifischen Einzelfall hinaus lässt sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wohl lediglich eine Betonung des allgemein im Öffentlichen Recht geltenden Verbots des Rechtsmissbrauchs ableiten. Darüber hinaus ist bei der Interpretation der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1967 zu berücksichtigen, dass die richterliche Ausformung des Folgenbeseitigungsanspruchs damals noch im Fluss

⁶³ BVerwG, Ur. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155 (163).

⁶⁴ Siehe dazu BVerwG, Ur. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155 (164).

⁶⁵ BVerwG, Ur. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155 (165).

war und auch die behördliche Beseitigung bestandskräftiger Verwaltungsakte durch Rücknahme auf Grundlage des § 48 VwVfG erst zum 1.1.1977 kodifiziert werden sollte.

Somit ist zu konstatieren, dass der von *Papier/Shirvani* vertretene generelle Ausschluss des Folgenbeseitigungsanspruchs für Begehren auf Aufhebung bestandskräftiger Verwaltungsakte in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Stütze findet.

(c) Zwischenergebnis

Selbst wenn man einen solchen Ausschlussgrund überhaupt anerkennt, wogegen beachtliche Argumente sprechen, kann dem Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL, gerichtet auf Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz, nicht entgegengehalten werden, dass sie deren rechtzeitige Anfechtung sowie die Anfechtung der vorgeschalteten Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren versäumt habe.

(3) Zwischenergebnis

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist unter dem Gesichtspunkt rechtlicher Unmöglichkeit nicht durch eine drohende Umgehung der Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungsklagen gegen die Frequenzzuteilung und ihr vorgeschaltete Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren ausgeschlossen, selbst wenn man mit vereinzelt Stimmen des Schrifttums einen solchen Ausschlussgrund prinzipiell anerkennt, wogegen allerdings beachtliche Argumente sprechen.

Allerdings führt die materielle Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 *derzeit* zur rechtlichen Unmöglichkeit der Folgenbeseitigung durch Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide. Allerdings ist die Bundesnetzagentur zur Aufhebung der vor Erlass der Frequenzzuteilungsbescheide vorgeschalteten Verwaltungsakte im Frequenzzuteilungsverfahren ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des Folgenbeseitigungsanspruchs verpflichtet, sobald sie in Befolgung des rechtskräftigen Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 aufgehoben hat.

bb) Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung

Der Folgenbeseitigungsanspruch wäre ferner ausgeschlossen, wenn die begehrte Herstellung des ursprünglichen Zustands für den in Anspruch genommenen Hoheitsträger unzumutbar wäre. Laut der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist dies „dann der Fall, wenn damit ein unverhältnismäßig hoher Aufwand verbunden ist, der zu dem erreichbaren Erfolg bei allem Respekt für das Verlangen nach rechtmäßigen Zuständen in keinem vernünftigen Verhältnis mehr steht.“⁶⁶ „Ein unverhältnismäßig hoher Aufwand kann insbesondere ein unverhältnismäßig hoher finanzieller Aufwand sein. Technische Schwierigkeiten bei der Folgenbeseitigung sind nicht erforderlich.“⁶⁷ Zur weiteren Operationalisierung der Unverhältnismäßigkeit hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof Ende der 1990er Jahre auf § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB zurückgegriffen,⁶⁸ später – nach der Schuldrechtsreform – auf eine entsprechende Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB.⁶⁹ Die Unzumutbarkeit der Folgenbeseitigung bewirkt rechtsfolgenrechtlich zwar einen Ausschluss der Folgenbeseitigung in natura, wandelt den Folgenbeseitigungsanspruch allerdings zugleich in einen Folgenentschädigungsanspruch (s. u., V. 3.).⁷⁰

Zwar erscheint eine Unverhältnismäßigkeit der Folgenbeseitigung auf den ersten Blick nicht völlig ausgeschlossen, wenn man eine faktische Rückabwicklung der infolge der Frequenzvergabe 2018/2019 entstandenen Marktsituation in den Blick nimmt. Ob dies so ist, bedarf an dieser Stelle jedoch keiner Entscheidung. Auf eine solche tatsächliche Rückabwicklung der Marktgegebenheiten ist der Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL an dieser Stelle nämlich gar nicht gerichtet, sondern lediglich auf Rücknahme der diesen Marktzustand rechtlich legitimierenden Verwaltungsakte in Gestalt der Frequenzzuteilungsbescheide. Allein auf den verwaltungsmäßigen Vorgang ihrer Rücknahme gemäß § 48 VwVfG ist hier daher abzustellen. Dass dies für die Bundesnetzagentur mit einem

⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91, BVerwGE 94, 100 (117); Beschl. v. 12.7.2004 – 7 B 86/04, NVwZ 2004, 1511; zustimmend BayVGh, Urt. v. 27.10.1998 – 8 B 97/1604, NVwZ 1999, 1237 (1238).

⁶⁷ BVerwG, Beschl. v. 12.7.2004 – 7 B 86/04, NVwZ 2004, 1511.

⁶⁸ BayVGh, Urt. v. 27.10.1998 – 8 B 97/1604, NVwZ 1999, 1237 (1238).

⁶⁹ BayVGh, Urt. v. 5.11.2012, - 8 ZB 12/116, BayVBl. 2013, 473 Rn. 12.

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 26.8.1993 – 4 C 24/91, BVerwGE 94, 100 (117); BayVGh, Urt. v. 27.10.1998 – 8 B 97/1604, NVwZ 1999, 1237 (1238); Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 64; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 388 f.; offen dafür auch Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 22. Aufl. 2024, Rn. 1221.

unzumutbaren, da unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre, ist hingegen nicht ersichtlich.

Somit ist die Folgenbeseitigung durch Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz für die Bundesnetzagentur auch nicht unzumutbar; darauf, ob auch die tatsächliche Rückabwicklung der darauf beruhenden Marktverhältnisse unzumutbar wäre, kommt es dabei nicht an.

d) Zwischenergebnis

Der Folgenbeseitigungsanspruch als Grundlage einer Reduktion des Rücknahmeermessens der Bundesnetzagentur ist derzeit wegen rechtlicher Unmöglichkeit ausgeschlossen. Allerdings ist die Bundesnetzagentur zur Herstellung der rechtlichen Möglichkeit der Folgenbeseitigung dadurch verpflichtet, dass sie die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in Befolgung des rechtskräftigen Urteils des Verwaltungsgerichts Köln aufhebt sowie die folgenden Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren infolge eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL zurücknimmt.

3. Ergebnis

Die Bundesnetzagentur ist dazu befugt, die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz auf Grundlage des § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit Abs. 3 VwVfG zurückzunehmen.

Die für eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Rücknahme erforderliche Ermessensreduktion auf null folgt aus einem Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL. Dieser wird allerdings erst zur Entstehung gelangen, wenn die Rechtsgrundlosigkeit der Folgen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 durch behördliche Aufhebung in Befolgung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 herbeigeführt ist. Zur Beseitigung der rechtlichen Unmöglichkeit der Folgenbeseitigung ist darüber hinaus die behördliche Rücknahme (mindestens) der Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 notwendig, zu der die Bundesnetzagentur allerdings ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigung verpflichtet ist.

II. Rücknahme der Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren mit Wirkung ex tunc oder ex nunc

Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG dürfen rechtswidrige Verwaltungsakte mit Wirkung für die Vergangenheit (ex tunc) oder für die Zukunft (ex nunc) zurückgenommen werden, so dass die Entscheidung über den Zeitpunkt, in welchem die Rücknahme wirksam werden soll, grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (§ 40 VwVfG) liegt.⁷¹ Dabei muss die Rücknahme ex tunc nicht notwendigerweise auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens (in der Regel durch Bekanntgabe, § 43 Abs. 1 VwVfG) zurückwirken, sondern kann auch einen beliebigen anderen Zeitpunkt zwischen Bekanntgabe und Rücknahme beinhalten, ebenso wie die Rücknahme ex nunc nicht zwingend auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Rücknahmeentscheidung fixiert sein muss, sondern auch einen von diesem Zeitpunkt aus gesehen zukünftigen Zeitpunkt beinhalten kann.⁷² Allein aus dem Gesetz kann kein intendiertes Ermessen abgeleitet werden, dass die Rücknahme ex nunc den Regelfall darstellen müsse.⁷³

Möglicherweise ist nicht nur das Entschließungsermessen (hinsichtlich des „Ob“ der Rücknahme) auf null reduziert (dazu eingehend D. I.), sondern auch das Auswahlermessen hinsichtlich der Entscheidung, ob ex tunc oder ex nunc zurückgenommen wird. Das Auswahlermessen könnte bereits aufgrund der Regelungswirkung der zurückzunehmenden Verwaltungsakte „kraft Natur der Sache“ auf null reduziert sein (dazu 1.). Darüber hinaus könnte sich eine Ermessensreduktion wiederum aus dem Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL ergeben (dazu 2.).

⁷¹ *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 48 VwVfG Rn. 36; *Müller*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 48 Rn. 38 und 44; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl. 2024, § 47 Rn. 75.

⁷² *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 48 VwVfG Rn. 36; *Müller*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 48 Rn. 44; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, 6. Erg.-Lfg. November 2024, § 48 Rn. 289.

⁷³ *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, 6. Erg.-Lfg. November 2024, § 48 Rn. 289.

1. Ermessensreduktion auf null „kraft Natur der Sache“ aufgrund der rechtsgestaltenden Regelungswirkung der Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren

Möglicherweise kommt eine Rücknahme mit Wirkung ex nunc schon aufgrund des Regelungsgehaltes der zurückzunehmenden Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren nicht in Betracht. Denn bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten kommt – anders als bei feststellenden und verpflichtenden Verwaltungsakten – in aller Regel schon denklologisch nur eine Rücknahme mit Wirkung ex tunc in Betracht.⁷⁴ Ihre Regelungswirkung „verbraucht“ und „verselbstständigt“ sich in einer Gestaltung der Rechtslage. Ist diese Änderung der Rechtslage einmal bewirkt worden, kann eine Rücknahme mit Wirkung ex nunc die rechtsgestaltende Wirkung nicht mehr beeinflussen; sie bliebe schlicht wirkungs- und sinnlos. Aus dem Rechtsgedanken der zwingenden Nichtigkeitsvorschrift des § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, dessen Wortlaut auf rechtsgestaltende Verwaltungsakte freilich nicht passt, lässt sich folgern, dass eine Rücknahme mit Wirkung ex nunc bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten grundsätzlich generell unzulässig, da auf eine denklologisch unmögliche Rechtsfolge gerichtet ist. Anders liegt es allenfalls bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten mit Dauerwirkung, bei denen die Rechtslage mehrfach und auch zukünftig noch umgestaltet wird.

Bei „einmalig“ rechtsgestaltenden Verwaltungsakten ist eine Rücknahme ex nunc kraft Natur der Sache ausgeschlossen.

Entscheidend für den denknöwendigen Ausschluss einer Rücknahme mit Wirkung ex nunc ist damit die Regelungswirkung der einzelnen Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren. Handelt es sich dabei um einmalig rechtsgestaltende Verwaltungsakte, kommt eine Rücknahme von vornherein nur mit Wirkung ex tunc in Betracht.

Die Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 legte die Vergabe- und Auktionsregeln (also einerseits die Festlegungen und Regelungen für das Versteigerungsverfahren im Einzelnen und andererseits Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens) für die Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz fest. Darin liegt schon begrifflich allein eine rechtsgestaltende Regelung dieser Verwaltungsakte, die die „Spielregeln“ für das Vergabeverfahren

⁷⁴ Müller, in: Bader/Ronellenfisch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 48 Rn. 45.

festlegten. Damit war auch nicht jedes beliebige zukünftige Vergabeverfahren für Frequenzen in den genannten Frequenzbereichen in Bezug genommen und geregelt, sondern nur ein einziges, das dann im Zeitraum vom 19. März 2019 bis 12. Juni 2019 auch tatsächlich durchgeführt wurde. Damit ist die Regelungswirkung der in der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 liegenden Verwaltungsakte nicht auf eine fortdauernde oder sich wiederholende, sondern im obigen Sinne einmalige Gestaltung der Rechtslage gerichtet.

Somit kommt eine Rücknahme der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 kraft Natur der Sache nur mit Wirkung ex tunc in Betracht.

Die Entscheidung über die Zulassung der Bieter zum Versteigerungsverfahren gemäß § 100 Abs. 5 Satz 5 TKG begründet das Recht der darin adressierten Unternehmen, Gebote abgeben zu dürfen und bei den anschließenden Zuschlags- und Zuteilungsentscheidungen berücksichtigt zu werden. Diese Wirkung erstreckt sich ebenfalls nur auf das konkrete Versteigerungsverfahren, das vom 19. März 2019 bis zum 12. Juni 2019 durchgeführt wurde. Somit entfaltete auch die Zulassungsentscheidung nur eine im obigen Sinne einmalig rechtsgestaltende Wirkung.

Somit kommt auch eine Rücknahme der Zulassungsbescheide zum Versteigerungsverfahren kraft Natur der Sache nur mit Wirkung ex tunc in Betracht.

Die Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten der erfolgreichen Bieter begründeten deren Anspruch darauf, dass ihnen die Zuteilungsbescheide für die von ihnen ersteigerten Frequenzbereiche erteilt werden.⁷⁵ Sie bezogen sich damit ebenfalls auf konkrete Zuteilungsentscheidungen und entfalteten damit ebenfalls nur eine einmalig rechtsgestaltende Wirkung.

Auch eine Rücknahme der Zuschlagsentscheidungen, mit denen das Versteigerungsverfahren im Jahr 2019 abgeschlossen wurde, ist daher kraft Natur der Sache nur mit Wirkung ex tunc möglich.

⁷⁵ Hier spielt keine Rolle, dass der Zuschlag auch eine verpflichtende Regelungswirkung enthält, indem er den Bieter, der das Höchstgebot abgegeben hat, auch zur Zahlung des Zuschlagspreises verpflichtet, siehe dazu *Korte*, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 83.

Die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz (§ 100 Abs. 9, § 91 TKG) begründen ein Recht ihrer Inhaltsadressaten, die dort bezeichneten Frequenzen in der dort näher bestimmten Art und Weise zu nutzen (vgl. § 91 Abs. 1 Satz 1 und § 99 in Verbindung mit § 3 Nr. 14 TKG). Damit wird ein dauerhaftes Nutzungsrecht begründet, das – idealtypisch – durch jede neue Nutzungshandlung aktualisiert werden kann. Dieses andauernde Nutzungsrecht ähnelt daher dem im Rahmen des § 48 Abs. 2 VwVfG bedeutsamen Recht zum dauerhaften Behalten dürfen einer durch Verwaltungsakt gewährten Leistung.⁷⁶ Damit beschränken sich die Frequenzzuteilungsbescheide nicht auf die einmalige Gestaltung der Rechtslage, sondern entfalten eine Dauerwirkung. Denklogisch ist es möglich, den Inhaltsadressaten die Frequenznutzungsrechte auch erst zu einem späteren, ggf. zukünftigen Zeitpunkt zu entziehen.

Somit ist eine Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide denklogisch sowohl mit Wirkung ex tunc als auch mit Wirkung ex nunc möglich. Für die hiernach zu treffende Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur spielen die (wirtschaftliche) Zumutbarkeit und die Auswirkungen der Rücknahme auf den Telekommunikationsmarkt dann eine bedeutsame Rolle.⁷⁷ Soweit die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz aufgrund der schwebenden Anfechtungswidersprüche der EWE TEL noch nicht bestandskräftig sind, sei darauf hingewiesen, dass unabhängig von der demnach denkbaren Rücknahme lediglich mit Wirkung ex nunc auf Grundlage des § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit Abs. 3 VwVfG auch eine gerichtliche Aufhebung im Wege der Anfechtungsklage, dann gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO hier wohl zwingend mit Wirkung ex tunc,⁷⁸ im Raum steht. Während also bei den Vergabe- und Auktionsregeln sowie den Zulassungs- und Zuschlagsentscheidungen im Frequenzvergabeverfahren eine Rücknahme mit Wirkung ex nunc kraft Natur der Sache wegen deren einmalig rechtsgestaltender Regelungswirkung

⁷⁶ Vgl. dazu *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, 6. Erg.-Lfg. November 2024, § 48 Rn. 289.

⁷⁷ Vgl. allgemein zu den ermessenslenkenden Gesichtspunkten im Rahmen des § 48 Abs. 3 VwVfG *Müller*, in: Bader/Ronellenfisch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 48 Rn. 87–89.

⁷⁸ Eine gerichtliche Aufhebung mit Wirkung ex nunc oder zu einem späteren Zeitpunkt als dem Erlasszeitpunkt kommt wohl nur bei Dauerverwaltungsakten in Betracht, die nachträglich rechtswidrig geworden sind, siehe *Emmenegger*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 113 VwGO Rn. 69; *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwGO, 33. Erg.-Lfg. Juni 2017, § 113 Rn. 79; hier aber waren die Frequenzzuteilungsbescheide bereits anfänglich rechtswidrig.

ausgeschlossen ist, kommt bei den Frequenzzuteilungsbescheiden wegen des damit begründeten, andauernden Frequenznutzungsrechts auch eine behördliche Aufhebung mit Wirkung ex nunc in Betracht.

2. Reduktion des Auswahlermessens auf null aufgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs?

Fraglich ist, ob auch das Auswahlermessen der Bundesnetzagentur über den Zeitpunkt, zu dem die Aufhebung wirksam werden soll (ex tunc oder ex nunc), hinsichtlich der Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide durch den Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL (dazu eingehend D. I.) auf null reduziert ist. Daraus könnte dann folgen, dass auch diese Bescheide mit Wirkung ex tunc zurückgenommen werden müssen. Das setzt voraus, dass der Anspruchsinhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs ausschließlich durch eine Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit realisiert werden könnte und eine Rücknahme mit Wirkung ex nunc den Anspruch verkürzen würde.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist, wie bereits herausgearbeitet (s. o., D. I. 2. b)), auf die Wiederherstellung des früheren Zustands vor dem in die Rechte des Anspruchstellers eingreifenden Hoheitsakt in natura gerichtet. Dabei handelt es sich aber einerseits ausdrücklich nicht um eine Naturalrestitution im schadensrechtlichen Sinne des § 249 Abs. 1 BGB,⁷⁹ so dass hypothetische Kausalverläufe nicht zur Bestimmung des Anspruchsinhalts herangezogen werden können, sondern eine „faktische“ Betrachtung anzustellen ist. Andererseits soll der frühere (Rechts-)Zustand nicht um seiner selbst willen wiederhergestellt werden, sondern es geht um die Beseitigung der störenden, das heißt mit den (grund-)rechtlich verbürgten Gewährleistungen nicht vereinbaren Folgen des Rechtseingriffs.⁸⁰ Diese Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands kann also dann nicht verlangt werden, soweit sie über die Abstellung der rechtswidrigen Folgen hinausgeht.⁸¹ Mit anderen Worten ist der Folgenbeseitigungsanspruch konzeptionell auf Beseitigung gerichtet, damit im Regelfall auf Wiederherstellung (insofern ähnelt er Schadensersatzansprüchen), aber nicht auf Rückabwicklung (darin unterscheidet er sich fundamental vom öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch und den Rückabwicklungsregimen des

⁷⁹ Siehe die Nachweise der beinahe allgemeinen Auffassung hierzu in Fn. 47.

⁸⁰ Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 35.

⁸¹ Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 35 f.; Ellerbrok, JURA 2016, 125 (135); Mehde, JURA 2017, 783 (787).

Zivilrechts nach Rücktritts-, Widerrufs- und Bereicherungsrecht): Der frühere Zustand soll *künftig* wieder bestehen, aber wenn damit keine andauernde Rechtsbeeinträchtigung verbunden ist, kann nicht die Rückabwicklung aller *zwischenzeitlichen* Entwicklungen verlangt werden.⁸²

Somit verlangt der Folgenbeseitigungsanspruch nicht ohne Weiteres, dass alle auf der eingreifenden Präsidentenkammerentscheidung unmittelbar beruhenden, weiteren Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren mit Wirkung *ex tunc* aufgehoben werden, sondern nur in solchen Fällen, in denen andernfalls nicht mehr der frühere rechtliche und faktische Zustand wieder, das heißt, aufs Neue herbeigeführt werden kann. Bei den Entscheidungen der Bundesnetzagentur über die Zulassung einzelner Bieter zum Versteigerungsverfahren und der Erteilung der Zuschläge ist schon kraft Natur der Sache nur eine Aufhebung *ex tunc* möglich (s. soeben, 1.). Im Hinblick auf die Frequenzzuteilungsbescheide geht es aber darum, dass die begünstigten Unternehmen aufgrund der Folgenbeseitigung ihr rechtswidriges Frequenznutzungsrecht (ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs) verlieren, nicht aber darum, dass sie es auch zwischenzeitlich nie hätten innehaben dürfen.

Somit verlangt der Folgenbeseitigungsanspruch lediglich einen Entzug des in den Frequenzzuteilungen liegenden Nutzungsrechts mit Wirkung *ex nunc*.

3. Zwischenergebnis

Die Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsregeln, die Zulassung der Bieter zum Versteigerungsverfahren und die Erteilung der Zuschläge können wegen ihrer einmalig rechtsgestaltenden Wirkung schon kraft Natur der Sache nur mit Wirkung *ex tunc* aufgehoben werden und müssen dies aufgrund des rechtskräftigen Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 beziehungsweise des noch entstehenden Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL auch. Hinsichtlich der Frequenzzuteilungsbescheide ist wegen ihrer andauernden rechtsgestaltenden Wirkung hingegen eine Rücknahme *ex nunc* weder kraft Natur der Sache noch durch den Folgenbeseitigungsanspruch ausgeschlossen, sondern steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Bundesnetzagentur, die in ihre

⁸² Vgl. auch Mehde, JURA 2017, 783 (787).

Ermessensentscheidung auch die Auswirkungen der Entscheidungsoptionen auf die faktischen Marktverhältnisse und die betroffenen Unternehmen einbeziehen darf.

III. Erneut durchzuführende Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren

Daran schließt sich die Überlegung an, welche Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren nach der notwendigen Aufhebung aller Verwaltungsakte, die zwischen der Festlegung des Vergabeverfahrens auf die Form des Versteigerungsverfahrens (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 3 Satz 1 TKG) und den Frequenzzuteilungsentscheidungen (§ 91 TKG, § 100 Abs. 7 TKG) liegen, mit Wirkung ex tunc zu wiederholen sind. Konkret ist die Frage aufgeworfen, ob sich die Bundesnetzagentur auf die erneute Durchführung einzelner Verfahrensschritte beschränken kann.

1. Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des ergänzenden Verfahrens

Fraglich ist bereits, anhand welches rechtlichen Maßstabs diese Frage zu beantworten ist. Eine *geschriebene* Regelung dieser Konstellation im Allgemeinen Verwaltungsrecht fehlt ebenso wie im Telekommunikationsrecht. Vielmehr finden sich sektorenspezifische Regelungen im Besonderen Verwaltungsrecht dafür, wie sich die Fehlerhaftigkeit einzelner Bausteine eines komplexen Verwaltungsverfahrens, in dem die einzelnen Verfahrensschritte inhaltlich und zeitlich konsekutiv aufeinander aufbauen, auf das Gesamtverfahren auswirkt.

a) Ausgewählte Regelungen des ergänzenden Verfahrens im Besonderen Verwaltungsrecht

Solche Regelungen hält in erster Linie das Planungsrecht bereit und trägt der komplexen Gestaltung der gesamträumlichen ebenso wie der fachplanerischen Planaufstellungsverfahren Rechnung. Dementsprechend bestimmt § 214 Abs. 4 BauGB, dass Flächennutzungspläne und städtebauliche Satzungen, deren Aufstellungsverfahren mit punktuellen Fehlern behaftet sind, durch ein ergänzendes Verfahren auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden können. Diese Regelung setzt den Begriff des „ergänzenden Verfahrens“ als gegeben voraus und beschränkt sich darauf, als besondere Rechtsfolge die Rückwirkung der

Fehlerheilung zu ermöglichen.⁸³ Demnach ist das fehlerhafte Verwaltungsverfahren nicht von Beginn an, sondern erst ab dem fehlerhaften Verfahrensschritt „an rangbereiter Stelle“⁸⁴ bis zum Ende erneut durchzuführen; eine Behebung des fehlerhaften Verfahrensschrittes allein genügt nicht.⁸⁵ Es handelt sich letztlich um eine „Wiedereinsetzung in den letzten fehlerfreien Verfahrensstand“.⁸⁶ § 11 Abs. 6 ROG weist denselben Regelungsgehalt für Raumordnungspläne auf.⁸⁷ Im Fachplanungsrecht sieht § 75 Abs. 1a Satz 2 Hs. 2 VwVfG ebenfalls ein inhaltlich gleichbedeutendes ergänzendes Verfahren vor, das aber keine rückwirkende Fehlerheilung ermöglicht.⁸⁸

Während sich die planungsrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Wirkung des ergänzenden Verfahrens also unterscheiden, decken sie sich allerdings hinsichtlich des Aussagegehalts zum Umfang des ergänzenden Verfahrens vollständig: Beginnend mit dem rechtlich fehlerhaften Verfahrensschritt sind alle folgenden Verfahrensschritte zu wiederholen.

b) Inhalt und Rechtsfolgen eines ergänzenden Verfahrens als allgemeinen Rechtsgrundsatzes

Noch vor der Entstehung dieser spezialgesetzlichen Regelungen hat das Bundesverwaltungsgericht Mitte der 1970er Jahre die Durchführung eines ergänzenden Verfahrens zur Heilung von Fehlern in Verwaltungsverfahren mit konsekutiv aufeinander aufbauenden

⁸³ BVerwG, Beschl. v. 7.11.1997 – 4 NB 48/96, NVwZ 1998, 956 (957 f.); *Sennekamp*, in: Brügelmann, BauGB, 95. Erg.-Lfg. September 2015, § 214 Rn. 134 f.

⁸⁴ So die verbreitete, wenn auch nicht besonders aussagekräftige Terminologie, siehe etwa *Sennekamp*, in: Brügelmann, BauGB, 95. Erg.-Lfg. September 2015, § 214 Rn. 134.

⁸⁵ *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 16. Aufl. 2025, § 214 Rn. 27; *Spieß*, in: Jäde/Dirnberger, BauGB/BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 214 BauGB Rn. 49.

⁸⁶ *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 141. Erg.-Lfg. Februar 2021, § 214 Rn. 201; *Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 68. Ed. 25.10.2025, § 214 Rn. 139.

⁸⁷ Vgl. *Couziniet/Kindler*, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, Raumordnung in Bund und Ländern, 23. Erg.-Lfg. der 5. Aufl. November 2024, § 11 ROG Rn. 139.

⁸⁸ Vgl. die instruktive Darstellung der Wirkungen eines ergänzenden Verfahrens hier bei *Wickel*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 75 VwVfG Rn. 60.

Verfahrensschritten etabliert.⁸⁹ Auch nach Inkrafttreten der Spezialgesetze und des VwVfG sind ungeschriebene Fälle des ergänzenden Verfahrens denkbar.⁹⁰

Dann ist wie auch in den spezialgesetzlich (teil-)geregelten Fällen „das Verfahren an der Stelle wieder [... aufzunehmen], an der der Fehler unterlaufen ist, [so dass] mithin nur die nachfolgenden Schritte im Wege eines ergänzenden Verfahrens wiederholt werden müssen, um zu einem rechtswirksamen Abschluss des Verfahrens zu gelangen.“⁹¹ Der neu in Gang gesetzte Prozess muss demnach „auch hinsichtlich seines Ergebnisses wieder ‚offen‘ sein“.⁹² Das Bundesverwaltungsgericht hat Ende der 1990er Jahre allerdings eine rückwirkende Fehlerheilung (in concreto: eine rückwirkende Inkraftsetzung eines Bebauungsplans bei ergänzendem Verfahren außerhalb des Anwendungsbereichs des heutigen § 214 Abs. 4 BauGB) nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung der Rückwirkung für möglich gehalten,⁹³ woran es bei einem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz allerdings fehlt.

Der Anwendungsbereich des ungeschriebenen Grundsatzes der Durchführung eines ergänzenden Verfahrens ist nicht mit letzter Sicherheit geklärt. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 vorsichtig auf einen „allgemeinen Grundsatz der Planerhaltung“ rekurriert,⁹⁴ was es möglich erscheinen lässt, ihn auf das Planungsrecht begrenzt zu sehen. Diese Aussage könnte aber allein dem raumordnungsrechtlichen Kontext der damaligen Entscheidung geschuldet sein. Weiter hilft das Telos des ergänzenden Verfahrens, den *Jürgen Stock* konzis so zusammenfasst: „Das Konzept des ergänzenden Verfahrens ist nicht auf das Satzungsrecht beschränkt. Das Instrument wird auch bei Verwaltungsakten – insbesondere aufwändigen Zulassungsentscheidungen – eingesetzt: Es soll hier ebenso verhindern, dass ein einzelner Fehler den gesamten

⁸⁹ Grundlegend BVerwG, Beschl. v. 12.12.1975 – IV B 176/75, Rn. 4 (abrufbar unter: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/20de09eb-80ac-4e48-a140-bff7d2f1d545>): Heilung der formellen Rechtswidrigkeit eines Bebauungsplans wegen eines formellen Verkündungsmangels durch ordnungsgemäße Nachholung der Verkündung als letzten Verfahrensschrittes.

⁹⁰ Siehe BVerwG, Beschl. v. 7.11.1997 – 4 NB 48/96, NVwZ 1998, 956 (957) (zur); Urt. v. 1.7.2010 – 4 C 4/08, BVerwGE 137, 247 Rn. 19 (zu Ausfertigungsfehlern bei einem Raumordnungsplan).

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 1.7.2010 – 4 C 4/08, BVerwGE 137, 247 Rn. 18.

⁹² So zu § 214 Abs. 4 BauGB ausdrücklich *Spieß*, in: Jäde/Dirnberger, BauGB/BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 214 BauGB Rn. 49; desgleichen zu § 75 Abs. 1a Satz 2 Hs. 1 VwVfG *Wickel*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 75 VwVfG Rn. 57.

⁹³ BVerwG, Beschl. v. 7.11.1997 – 4 NB 48/96, NVwZ 1998, 956 (957).

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 1.7.2010 – 4 C 4/08, BVerwGE 137, 247 Rn. 19.

Aufwand einer Behörde entwertet und diese wieder bei Null [sic] anfangen muss.“⁹⁵ Ergänzend lässt sich die Charakterisierung des Bauleitplanverfahrens durch das Bundesverwaltungsgericht fruchtbar machen: Es „sind auch sonst keine Gründe erkennbar, die generell zur Wiederholung auch derjenigen Verfahrensschritte nötigen, die zeitlich vor dem erkannten Fehler lagen und für sich nicht beanstandet werden können. Das Verfahren der bauplanungsrechtlichen Normgebung durch die Gemeinde ist im Baugesetzbuch in Verfahrensabschnitte gegliedert, die zwar aufeinander aufbauen, sich aber grundsätzlich voneinander trennen lassen. Soweit die Verfahrensabschnitte unterschieden werden können, ist grundsätzlich auch eine auf Verfahrensabschnitte begrenzte Fehlerkorrektur möglich.“⁹⁶ Damit korrespondiert die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, dass alternativ zu einem ergänzenden Verfahren nicht allein ein einzelner Verfahrensschritt wiederholt werden kann, sondern ausschließlich das gesamte Verwaltungsverfahren von Anfang an neu durchgeführt werden müsste.⁹⁷ Von den drei denkbaren Handlungsoptionen der vollständigen Neudurchführung, des ergänzenden Verfahrens als Neudurchführung ab dem fehlerhaften Verfahrensschritt und der isolierten Neudurchführung nur des fehlerhaften Verfahrensschrittes scheidet also die letztgenannte aus.

Konkretisiert man diesen Gedanken, ergibt sich, dass das ergänzende Verfahren bei allen Handlungsformen der Verwaltung in Betracht kommt, die im Vergleich mit den Anforderungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts der §§ 9 ff. VwVfG ein komplexeres Verfahren mit sachlich aufeinander aufbauenden Verfahrensschritten aufweisen, die den behördlichen Entscheidungsprozess so absichten, dass durch die Wiederholung des gesamten Verfahrens auch Verfahrensschritte vor der fehlerhaften Verfahrenshandlung entwertet würden, die von der Fehlerhaftigkeit nicht betroffen sein können (im Folgenden als „konsekutiv ausgestaltete Verwaltungsverfahren“ bezeichnet).

c) Zwischenergebnis

Über die spezialgesetzlichen Regelungen des ergänzenden Verfahrens vor allem im Planungsrecht (vgl. etwa § 214 Abs. 4 BauGB, § 11 Abs. 6 ROG, § 75 Abs. 1a Satz 2 Hs. 1

⁹⁵ Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 141. Erg.-Lfg. Februar 2021, § 214 Rn. 204.

⁹⁶ BVerwG, Beschl. v. 7.11.1997 – 4 NB 48/96, NVwZ 1998, 956 (958).

⁹⁷ Explizit BVerwG, Beschl. v. 7.11.1997 – 4 NB 48/96, NVwZ 1998, 956 (958); implizit auch BVerwG, Ur. v. 1.7.2010 – 4 C 4/08, BVerwGE 137, 247 Rn. 18.

VwVfG) hinaus können Verfahrensfehler unabhängig von der Handlungsform der Verwaltung in allen konsekutiv ausgestalteten Verwaltungsverfahren dadurch geheilt werden, dass das Verfahren beginnend mit der ersten fehlerhaften Verfahrenshandlung erneut durchgeführt wird. Eine rückwirkende Fehlerheilung ist mangels gesetzlicher Anordnung durch diesen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des ergänzenden Verfahrens nicht möglich. Als Alternative zum ergänzenden Verfahren kommt ausschließlich eine vollständige Wiederholung des Verwaltungsverfahrens von Beginn an in Betracht, nicht aber die isolierte Wiederholung nur des fehlerhaften Verfahrensschrittes.

2. Zulässigkeit des ergänzenden Verfahrens im telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabeverfahren

Fraglich ist, ob damit ein ergänzendes Verfahren auch bei Fehlern im Laufe des telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabeverfahrens (§ 91 Abs. 9 in Verbindung mit § 100 TKG) in Betracht kommt. Dies setzt voraus, dass es sich dabei um ein solches konsekutiv ausgestaltetes Verwaltungsverfahren im obigen Sinne handelt.

Irrelevant für diese Einordnung ist zunächst, dass das Verfahren nicht mit dem Erlass einer Satzung oder einem auf Zulassung eines bestimmten (Bau-)Vorhabens gerichteten Verwaltungsakt, sondern mit der Zuteilung bestimmter Frequenzen abgeschlossen wird. Ebenfalls gänzlich ohne Belang ist es, dass das Bundesverwaltungsgericht zutreffend ausgesprochen hat, dass es sich bei der Frequenzvergabe gemäß §§ 91 ff. TKG nicht um ein Planungsverfahren und bei den einzelnen Verfahrensschritten nicht um planerische Entscheidungen der Bundesnetzagentur handelt.⁹⁸ Maßgeblich ist vielmehr, dass bei der Frequenzvergabe „das Telekommunikationsgesetz dem ‚Modell des gestuften Verfahrens‘ folgt, in welchem das zu bewältigende Gesamtproblem phasenweise abgearbeitet und konkretisiert wird, wobei die jeweils vorangegangenen Stufen das ‚sachliche Fundament‘ für die nachfolgenden Verfahrensschritte bilden.“⁹⁹ Gerade im Modell des gestuften Verfahrens greift das Telos des ergänzenden Verfahrens, indem nicht das gesamte Verwaltungsverfahren, das auf den Erlass der Frequenzzuteilungsbescheide zuläuft, wiederholt werden muss, sondern lediglich der rechtlich fehlerhafte Verfahrensschritt und alle von seiner Rechtswidrigkeit „infizierten“ weiteren Verfahrensschritte. Es ist hier unter dem

⁹⁸ Siehe dazu BVerwG, Beschl. v. 6.11.2020 – 6 B 31.20, BeckRS 2020, 37067 Rn. 34.

⁹⁹ BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 6 C 36/11, BVerwGE 144, 284 Rn. 42, im Anschluss an BVerwG, Urt. v. 1.9.2009 – 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368 Rn. 25.

Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie gerade sinnvoll, die Früchte der noch nicht rechtswidrigen Verfahrensschritte gegen eine Rechtswidrigkeit erst noch folgender Verfahrenshandlungen zu sichern.

Der Einordnung des Frequenzvergabeverfahrens als konsekutiv ausgestaltetes Verwaltungsverfahren steht es auch nicht im Wege, dass die einzelnen Verfahrensschritte überwiegend durch den Erlass von Verwaltungsakten abgeschlossen werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht zutreffend herausgearbeitet hat, hat dies prozessuale Gründe, indem eine eigenständige Anfechtbarkeit ermöglicht und eine Rechtsschutzkonzentration nach dem Muster des § 44a VwGO bei den verfahrensabschließenden Frequenzzuteilungsbescheiden vermieden werden soll.¹⁰⁰ Vielmehr setzt die Möglichkeit eines ergänzenden Verfahrens zur Fehlerheilung das Grundanliegen einer Vermeidung der Rechtsschutzkonzentration ins Verwaltungsverfahrensfeld fort, indem sie auch eine Fehlerfolgenkonzentration vermeidet, indem das gesamte Frequenzvergabeverfahren neu durchzuführen wäre.

Aus der Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensschritte im telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabeverfahren und der damit ohne gerichtliche oder behördliche Aufhebung einhergehenden materiellen Bestandskraft der Teilentscheidungen der Bundesnetzagentur folgt allerdings das Spezifikum, dass die einzelnen Verfahrensschritte im ergänzenden Verfahren jeweils erst dann eingeleitet werden dürfen, wenn der diesen Verfahrensschritt determinierende, unmittelbar vorhergehende Verwaltungsakt aufgehoben wird. Das erfordert beispielsweise, dass die Frequenzversteigerung selbst erst erneut durchgeführt werden darf, sobald die bisherigen Zulassungsentscheidungen behördlich aufgehoben sind. Diese Aufhebung der einzelnen Teilentscheidungen kann somit zwar sukzessive erfolgen, muss aber wirksam geworden sein, bevor mit dem Frequenzvergabeverfahren fortgefahren wird. Umgekehrt ist, solange nicht alle Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren, auch die nicht rechtswidrigen Anordnungen des Vergabeverfahrens und der Festlegung des Versteigerungsverfahrens als durchzuführende Form des Vergabeverfahrens, behördlich aufgehoben sind, eine vollständige Wiederholung des Frequenzvergabeverfahrens ausgeschlossen. Entschließt sich die Bundesnetzagentur

¹⁰⁰ Siehe BVerwG, Urt. v. 1.9.2009 – 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368 Rn. 24 f.

somit nicht dazu, auch diese ersten beiden Verwaltungsakte behördlich aufzuheben, ist das ergänzende Verfahren die einzige Möglichkeit zur Fehlerheilung.

Somit handelt es sich beim telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabeverfahren um ein sukzessive ausgestaltetes Verwaltungsverfahren, bei dem ein ergänzendes Verfahren nach den allgemeinen Regeln in Betracht kommt. Diese werden durch die telekommunikationsrechtlichen Spezifika des Modells des gestuften Verfahrens nur insoweit modifiziert, als das ergänzende Verfahren ohne Aufhebung der ersten beiden Verwaltungsakte des Vergabeverfahrens (Anordnung des Vergabeverfahrens und Festlegung auf das Versteigerungsverfahren) die einzig zulässige Option zur Fehlerheilung ist und vor Durchführung der einzelnen Verfahrensschritte der ihnen unmittelbar vorausgehende bisherige Verwaltungsakt aufgehoben sein muss, um seine materielle Bestandskraft zu überwinden. Auch im telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabeverfahren ist eine isolierte Wiederholung einzelner Verfahrensschritte unzulässig.

3. Skizze der im ergänzenden Verfahren zu wiederholenden Verfahrensschritte

Aufgrund des ergänzenden Verfahrens ist somit zunächst die Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018, mittels der die Vergabe- und Auktionsregeln festgelegt wurden, aufzuheben und durch eine neue Entscheidung hierüber zu ersetzen. Noch vor Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung können die diese Entscheidung vorbereitenden Verfahrensaspekte, namentlich die gemäß § 100 Abs. 1 Satz 1 TKG erforderliche Anhörung der betroffenen Kreise und gegebenenfalls auch eine erneute öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 215 Abs. 3 TKG, wiederholt werden.

Darüber hinaus sind alle folgenden Verfahrensschritte zu wiederholen; eine isolierte Wiederholung allein des Teilverfahrens bis hin zur erneuten Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln wäre unzulässig.

Somit ist nach einer neuen Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln erneut das in § 100 Abs. 5 Satz 4 TKG vorgesehene Verfahren durchzuführen, in dem interessierte Unternehmen die Zulassung zur Versteigerung schriftlich oder elektronisch beantragen können. Dieses Verfahren ist mit einer neuen Entscheidung über die Zulassung durch schriftlichen oder elektronischen Verwaltungsakt gemäß § 100 Abs. 5 Satz 5 TKG

abzuschließen. Im Anschluss daran ist die Versteigerung erneut durchzuführen und auch der Zuschlag erneut zu erteilen. Auf Grundlage dessen hat die Bundesnetzagentur schließlich neue Frequenzzuteilungsbescheide (§ 91 TKG in Verbindung mit § 100 Abs. 7 TKG) zu erlassen.

Aufgrund der inhärenten Ergebnisoffenheit des ergänzenden Verfahrens (s. o., III. 1. b)) macht es für dessen Gestaltung keinen Unterschied, ob sich die aufgrund dessen erneut erlassenen Verwaltungsakte inhaltlich von den aufzuhebenden bisherigen Bescheiden unterscheiden. Es wäre also zulässig, wenn exakt dieselben Unternehmen zum Versteigerungsverfahren zugelassen würden wie bereits zur Versteigerung 2019. Gleichwohl wäre dies durch einen neu zu erlassenden Verwaltungsakt auszusprechen. Bildlich gesprochen kann nicht die leer gewordene Hülse der ursprünglichen Verwaltungsakte mit den Ergebnissen des ergänzenden Verfahrens gefüllt werden.

4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im ergänzenden Verfahren

Fraglich ist schließlich, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch die Bundesnetzagentur bei erneutem Erlass der einzelnen Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren bei Durchführung des ergänzenden Verfahrens maßgeblich ist.

a) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt bei erstmaliger Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens

Bei erstmaliger Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens sind die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der einzelnen Verwaltungsakte zugrunde zu legen.¹⁰¹ Dieser gesetzlich nirgends definierte Begriff des Erlasses ist nicht identisch mit dem der Bekanntgabe (vgl. § 43 Abs. 1 in Verbindung mit § 41 VwVfG), sondern dürfte nach wohl überwiegender Auffassung der Zeitpunkt der letzten inhaltlichen Befassung der Behörde mit dem Verwaltungsakt sein.¹⁰²

¹⁰¹ Siehe BVerwG, Urt. v. 26.1.2011 – 6 C 2/10, NVwZ 2011, 613 Rn. 34; VG Köln, Beschl. v. 14.3.2019 – 9 L 300/19, BeckRS 2019, 3583 Rn. 147.

¹⁰² Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 44 Rn. 20; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, 6. Erg.-Lfg. November 2024, § 48 Rn. 88 f.

Auch im Frequenzvergabeverfahren gilt gemäß § 24 Abs. 1 und 2 VwVfG der Amtsermittlungsgrundsatz, so dass die Bundesnetzagentur alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände von Amts wegen zu ermitteln und in ihrer Entscheidung zu berücksichtigen hat. Das bedeutet, dass die Bundesnetzagentur alle zumutbaren Möglichkeiten ausschöpfen muss, sich über die Sachlage in diesem Zeitpunkt zu informieren. Konkrete Verpflichtungen in diesem Kontext hat die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht formuliert. Gerade die Ermittlung wirtschaftlich oder technisch komplexer Sachverhalte kann sich über einen längeren Zeitraum hinziehen und aufgrund der dafür erforderlichen Ressourcen nicht beliebig wiederholt werden.

Es erscheint daher sachgerecht, dass die Bundesnetzagentur auch auf nicht tagesaktuelle Daten zum Marktgeschehen zurückgreifen darf; drängen sich ihr aber – etwa aufgrund von Stellungnahmen von Marktteilnehmern – Anhaltspunkte dafür auf, dass sich seit der Ermittlung der Sachlage die tatsächlichen Umstände geändert haben könnten, spricht alles dafür, sie dazu verpflichtet zu sehen, ein erneutes Verfahren zur Erkundung der Marktumstände durchzuführen. Dafür liefert das Vorbringen der EWE TEL zu den veränderten Marktbedingungen belastbare Anhaltspunkte. Würde die Bundesnetzagentur die hiernach erforderlichen erneuten Markterkundungen dann nicht anstellen, verstieße sie gegen den Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 und 2 VwVfG und würde somit auch das ergänzende Frequenzvergabeverfahren mit einem erneuten Verfahrensfehler bemakeln.

b) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt im ergänzenden Verfahren

Fraglich ist infolge dessen, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei Wiederholung einzelner Verfahrensschritte im ergänzenden Verfahren abzustellen ist. In Frage kommt einerseits der jeweils maßgebliche Zeitpunkt für die ursprüngliche Entscheidung, also beispielsweise für die Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018, andererseits der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung im ergänzenden Verfahren.

aa) Gewinnung des Maßstabs

Maßstäbe für die Beurteilung dieser Frage lassen sich aus der Behandlung der spezialgesetzlich geregelten Fälle des ergänzenden Verfahrens gewinnen.

Im Rahmen des ergänzenden Verfahrens zur Behebung von Fehlern im Bauleitplanverfahren gemäß § 214 Abs. 4 BauGB hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner wegweisenden Entscheidung vom 3. Juli 1995 Folgendes festgehalten: „Vielmehr hat die Gemeinde auf eine derartige Änderung der Sach- oder Rechtslage in zweifacher Weise zu reagieren. Sie hat auf einer ersten Stufe zu prüfen und zu entscheiden, ob die Änderungen der Sach- oder Rechtslage den früheren Abwägungsvorgang oder das frühere Abwägungsergebnis in einer Weise berühren könnten, daß in eine erneute Sachentscheidung einzutreten sei. Eine derartige ‚Anlaßprüfung‘ ist erforderlich, um zu verhindern, daß jede äußere Veränderung der Sach- oder Rechtslage kraft materiellen Rechts den früheren Beschlußinhalt zur Seite schiebt. Dafür besteht kein Grund. Es würde dies auch der in § 214 III 1 BauGB enthaltenen gesetzlichen Wertung widersprechen. Daß das zuständige Gemeindeorgan jederzeit von sich aus in eine erneute Abwägung eintreten darf, sei nur klarstellend bemerkt. Im vorliegenden Zusammenhang geht es allein um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Rechtspflicht besteht. Erst wenn entschieden ist, daß sich die Sach- oder Rechtslage in beachtlicher Weise geändert hat, besteht der rechtliche Grund, auf einer zweiten Stufe in eine erneute Abwägungsentscheidung einzutreten. Dann allerdings kommt es nicht mehr auf den früheren Zeitpunkt an, sondern der jetzige ist der gesetzliche i.S. des § 214 III 1 BauGB.“¹⁰³ Das Bundesverwaltungsgericht hat damals zwar ausdrücklich auf nähere Ausführungen, wann von einer beachtlichen Änderung der Sach- oder Rechtslage auszugehen ist, verzichtet;¹⁰⁴ allerdings hat das Gericht in derselben Entscheidung bei Änderungen der Sach- oder Rechtslage zwischen Satzungsbeschluss und Bekanntmachung des Bauleitplans die Befugnis der Gemeinde zur Inkraftsetzung des ursprünglich beschlossenen Plans von einer Abwägung zwischen der inzwischen verstrichenen Zeitspanne und dem Vertrauen Dritter in die Wirksamkeit der Bauleitplanung abhängig gemacht.¹⁰⁵ Diese Entscheidungskriterien lassen sich, soweit ersichtlich, auch auf die Konstellation des ergänzenden Verfahrens anwenden. Hier hat das Bundesverwaltungsgericht später inhaltlich wohl gleichbedeutend davon gesprochen, dass eine Zugrundelegung der aktuellen Sach- und Rechtslage „nur dann geboten [sei], wenn sich die Sach- oder Rechtslage grundlegend geändert hat, für die ursprüngliche

¹⁰³ BVerwG, Beschl. v. 3.7.1995 – 4 NB 11/95, NVwZ 1996, 374 (376).

¹⁰⁴ BVerwG, Beschl. v. 3.7.1995 – 4 NB 11/95, NVwZ 1996, 374 (376).

¹⁰⁵ BVerwG, Beschl. v. 3.7.1995 – 4 NB 11/95, NVwZ 1996, 374 (375 f.).

Abwägungsentscheidung sozusagen ‚die Geschäftsgrundlage weggefallen‘ ist.“¹⁰⁶ All diese Formeln bedingen notwendig eine Beurteilung anhand der Umstände des Einzelfalls. Inzwischen scheint die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Zweifelsfällen zu einer Maßgeblichkeit der im ergänzenden Verfahren aktuellen Sach- und Rechtslage zu neigen.¹⁰⁷ Demnach lässt sich die Position der Rechtsprechung, die im Schrifttum Zustimmung erfahren hat,¹⁰⁸ so zusammenfassen:

Im Rahmen des § 214 Abs. 4 BauGB ist die jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen, wenn sie sich in beachtlicher Weise geändert hat. Als Kriterien zur Bestimmung der Beachtlichkeit lassen sich einerseits die seit der ursprünglichen Beschlussfassung verstrichene Zeit und andererseits zwischenzeitlich entstandenes Vertrauen Dritter heranziehen, was eine Abwägung im Einzelfall erfordert.

Zu § 11 Abs. 6 ROG ist insofern keine spezifische Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ersichtlich. Einzelne Stimmen in der Literatur halten hier aber die Rechtsprechung zu § 214 Abs. 4 BauGB für übertragbar.¹⁰⁹ Norbert Kämper postuliert für § 75 Abs. 1a Satz 2 Hs. 1 VwVfG zwar die Maßgeblichkeit der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses des ursprünglichen Planfeststellungsbeschlusses, wobei nachträgliche Rechtsänderungen zu Gunsten der Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses einbezogen werden sollen,¹¹⁰ allerdings lässt sich der dafür von ihm angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹¹¹ diese Aussage keineswegs entnehmen.

Mangels ergiebiger Rechtsprechung und eigenständiger Konzepte der Literatur zu anderen spezialgesetzlichen Fällen des ergänzenden Verfahrens spricht viel dafür, auch für

¹⁰⁶ BVerwG, Beschl. v. 18.12.1995 – 4 NB 30/95, NVwZ 1996, 890 (891).

¹⁰⁷ Siehe die knappe Bemerkung hierzu in BVerwG, Beschl. v. 26.1.2009 – 4 NB 27/08, ZfBR 2009, 273.

¹⁰⁸ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 16. Aufl. 2025, § 214 Rn. 27; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 141. Erg.-Lfg. Februar 2021, § 214 Rn. 247; Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 68. Ed. 25.10.2025, § 214 Rn. 139.

¹⁰⁹ Couzinet/Kindler, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz, Raumordnung in Bund und Ländern, 23. Erg.-Lfg. der 5. Aufl. November 2024, § 11 ROG Rn. 140; Spannowsky, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, 2. Aufl. 2018, § 11 Rn. 96.

¹¹⁰ Kämper, in: Bader/Ronellenfisch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 75 Rn. 33a.

¹¹¹ BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3/06, BVerwGE 130, 299 Rn. 256: Hier geht es allein um die maßgebliche Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess (kein Aufhebungsanspruch gegen einen Planfeststellungsbeschluss, der nach geänderter Rechtslage mit demselben Inhalt erneut erlassen werden dürfte).

den ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des ergänzenden Verfahrens die Maßstäbe der Rechtsprechung zu Änderungen der Sach- und Rechtslage im Rahmen des § 214 Abs. 4 BauGB für maßgeblich zu halten.

bb) Anwendung auf das Frequenzvergabeverfahren

Wendet man die zu § 214 Abs. 4 BauGB anerkannten Maßstäbe auf das Frequenzvergabeverfahren an, ist nicht ohne Weiteres die jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage bei erneutem Erlass der einzelnen Verwaltungsakte zugrunde zu legen. Es bedarf vielmehr einer Prüfung, ob sich die Sach- und Rechtslage in beachtlicher, also erheblicher Weise geändert hat. Im vorliegenden Fall ist unter verwaltungsprozessualen Gesichtspunkten zwischen den verschiedenen Verwaltungsakten im Frequenzvergabeverfahren zu differenzieren.

(1) Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Zugrundelegung der aktuellen Sach- und Rechtslage aufgrund der Bindungswirkung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024

Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur über die Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln stellte das Verwaltungsgericht Köln in seinem Urteil vom 26. August 2024 fest: „Bei der Neubescheidung hat die Beklagte die dann aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Vergabeverfahrens, die Regulierungsziele nach §§ 2 und 87 TKG bestmöglich zu erreichen (vgl. § 100 Abs. 2 S. 1 TKG). Hierfür bedarf es einer aktuellen Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Markts (vgl. § 100 Abs. 3 S. 3 TKG). Gesichtspunkte des Wettbewerbs werden iRd Ausgestaltungsspielraums der Bekl. voraussichtlich stärker zu berücksichtigen sein. Denn der Gesetzgeber hat nunmehr mit § 105 TKG – der Art. 52 RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation umsetzt – in die Vorschriften zur Frequenzordnung eine Pflicht der BNetzA zur Förderung des Wettbewerbs und Vermeidung

von Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt bei der Zuteilung, Änderung und Verlängerung von Frequenzen aufgenommen.“¹¹²

Bei dieser Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln handelt es sich um ein Bescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nimmt hier die den Entscheidungsausspruch tragende Rechtsauffassung des Gerichts, wie sie in den Urteilsgründen im Einzelnen darzulegen ist,¹¹³ an der materiellen Rechtskraft des Urteils gemäß § 121 VwGO teil.¹¹⁴ Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat hierzu zutreffend präzisiert: „Mithin umfasst die Rechtskraft bei Bescheidungsurteilen nicht nur die Verpflichtung der Behörde zur Neubescheidung überhaupt, sondern sie erstreckt sich auch auf die Entscheidung über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Norm“.¹¹⁵

Damit nimmt auch die Feststellung des Verwaltungsgerichts Köln zur notwendigen Zugrundelegung der aktuellen Sach- und Rechtslage bei Wiederholung der Präsidentenkammerentscheidung über die Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln an der materiellen Rechtskraft des Urteils teil. Die Bundesnetzagentur ist hieran somit gebunden und muss dementsprechend unter anderem die aktuelle Marktlage nach den Maßstäben des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 24 Abs. 1 und 2 VwVfG, s. o., D. III. 4. a)) ermitteln.

(2) Erhebliche Veränderung der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf die übrigen Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren

Die weiteren selbstständigen Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren (also die Zulassungs- und Zuschlagsentscheidungen ebenso wie die verfahrensabschließenden Frequenzzuteilungsbescheide) waren im Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 nicht verfahrensgegenständlich und nehmen dementsprechend an der Bindungswirkung der vom Verwaltungsgericht ausgesprochenen Verpflichtung zur Zugrundelegung der aktuellen Sach- und Rechtslage nicht teil. Hier bleibt es vielmehr bei

¹¹² VG Köln, Urt. v. 26.8.2024 – 1 K 1281/22, MMR 2025, 466 Rn. 305 (Bl. 93 f. des Entscheidungsumdrucks).

¹¹³ Emmenegger, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 113 VwGO Rn. 184.

¹¹⁴ Allgemeine Auffassung, siehe nur Lindner, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 75. Ed. 1.10.2025, § 121 Rn. 42.

¹¹⁵ VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 12.7.2011 – 6 S 2579/10, VBIBW 2012, 113 (zugleich amtl. Leitsatz 1).

den allgemeinen Grundsätzen, dass die erhebliche Veränderung der Sachlage (und konsequentiv der maßgeblichen Rechtslage) positiv von der Bundesnetzagentur festgestellt werden muss, was freilich mangels untrennbarer Verknüpfung mit dem Regulierungsermessen einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Bei dieser Beurteilung lassen sich allerdings die Erwägungen des Verwaltungsgerichts Köln in seinem Urteil vom 26. August 2024 in der Sache durchaus fruchtbar machen. Für eine erhebliche Änderung der Sach- und Rechtslage sprechen auch hier neben dem erheblichen Zeitraum von mehr als sieben Jahren auch die erheblichen Veränderungen des betroffenen Marktes, die seitdem offenbar stattgefunden haben. Das ist allerdings eine rechtstatsächliche Frage, die empirisch geklärt werden muss. Als gegenläufiger Abwägungsgesichtspunkt sind sodann Vertrauensschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen. Hierbei hat die Bundesnetzagentur zu ermitteln, ob und inwieweit Unternehmen in den Bestand der einzelnen Entscheidungen im Frequenzvergabeverfahren vertraut haben und dieses Vertrauen schutzwürdig war. Dabei wird wohl auch eine Rolle spielen, dass Widerspruchs- beziehungsweise Klageverfahren namentlich gegen die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz anhängig sind und waren, was die Bundesnetzagentur den Mobilfunknetzbetreibern schriftlich mitgeteilt hatte. Einige Mobilfunknetzbetreiber hatten zudem selbst (erfolglos) geklagt und (ebenfalls erfolglos) eine Beiladung beantragt¹¹⁶. All dies erfordert allerdings eine differenzierte Beurteilung im Einzelfall. Ein maßgebliches Entscheidungskriterium stellt darüber hinaus die auch vom Verwaltungsgericht Köln stark betonte Neufassung des § 105 TKG dar, der nunmehr eine Pflicht der Bundesnetzagentur zur Förderung des Wettbewerbs und zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt bei der Zuteilung, Änderung und Verlängerung von Frequenzen statuiert und zu einer wesentlich stärkeren Berücksichtigung des Wettbewerbs in den Entscheidungen der Bundesnetzagentur führen muss.¹¹⁷

Für die Maßgeblichkeit der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage bei Neudurchführung der weiteren, der Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln nachgelagerten

¹¹⁶ Siehe zum erfolglosen Beiladungsantrag der Telekom Deutschland GmbH: BVerwG, Beschl. v. 19.03.2024 – 6 C 8.20, BeckRS 2021, 7972.

¹¹⁷ Siehe VG Köln, Urt. v. 26.8.2024 – 1 K 1281/22, MMR 2025, 466 Rn. 305 (Bl. 93 f. des Entscheidungsumdrucks).

Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren sprechen der lange Zeitraum von mehr als sieben Jahren seit erstmaliger Verfahrensdurchführung und die seitdem eingetretenen Änderungen der Marktlage; allerdings sind gegenläufige Vertrauensschutzgesichtspunkte einzubeziehen. Schließlich spricht § 105 TKG für eine deutlich verschobene Gewichtung einzelner Abwägungsparameter. Angesichts des erheblichen Zeitraums seit der PKE III und IV 2018 ist damit sehr naheliegend, dass die damalige Marktlage kaum zugrunde gelegt werden kann, wobei dies hinsichtlich der PKE 2025 aufgrund des neuen Sachenvortrags der EWE TEL näher geprüft werden müsste.

cc) Zwischenergebnis

Hinsichtlich der erneuten Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsregeln folgt aus der Bindungswirkung des Bescheidungsurteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024, dass die Bundesnetzagentur hier dazu verpflichtet ist, die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen.

Darüber hinaus sprechen sehr gute Gründe für eine Maßgeblichkeit der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage bei Neudurchführung der weiteren Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren, aufgrund der notwendigen Einbeziehung gegenläufiger Vertrauensschutzgesichtspunkte lässt sich die Frage nach der maßgeblichen Sach- und Rechtslage derzeit aber noch nicht mit allerletzter Sicherheit beantworten.

5. Zwischenergebnis

Die Fehlerhaftigkeit der Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 erfordert auch ohne spezialgesetzliche Regelung im TKG die Durchführung eines ergänzenden Verfahrens. Dafür sind beginnend mit der Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln alle weiteren Schritte des Frequenzvergabeverfahrens zu wiederholen. Eine isolierte Wiederholung einzelner Verfahrensschritte ist ausgeschlossen. Die Bundesnetzagentur muss dabei – ggf. sukzessive – alle bisherigen Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren beginnend mit der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 behördlich aufheben. Die vorhergehende Anordnung des Vergabeverfahrens und die Festlegung auf das Versteigerungsverfahren durch die Präsidentenkammerentscheidung vom 14. Mai 2018 bleibt hiervon aber unberührt. Ob die Bundesnetzagentur den im ergänzenden Verfahren neu zu erlassenden Verwaltungsakten die

Sach- und Rechtslage im letzten behördlichen Entscheidungszeitpunkt zugrunde zu legen hat, ist differenziert zu beantworten. Wegen der Bindungswirkung des Bescheidungsurteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 muss die Bundesnetzagentur bei der erneuten Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde legen. Bei den weiteren Verfahrensschritten sprechen sehr gute Gründe für eine erhebliche Veränderung der Sach- und Rechtslage, was ebenfalls für eine Zugrundelegung der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage spricht. Sollte die aktuelle Sach- und Rechtslage maßgeblich sein, darf die Bundesnetzagentur dabei zwar auf nicht tagesaktuelle Daten zum Marktgeschehen zurückgreifen, muss aber, wenn sich Anhaltspunkte dafür beispielsweise in Form von Stellungnahmen aufdrängen, dass diese Daten nicht mehr der tatsächlichen Marktlage entsprechen, neue Ermittlungen von Amts wegen einleiten; andernfalls verstieße sie gegen § 24 Abs. 1 und 2 VwVfG, was einen erneuten Verfahrensfehler in der Frequenzvergabe nach sich zöge.

IV. Lösungsmöglichkeiten durch außergerichtliche Einigung

Fraglich ist schließlich, ob sich die im bisherigen Gutachten aufgezeigten rechtlichen – und in deren Gefolge zu erwartenden tatsächlichen – Folgen des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 für das Frequenzvergabeverfahren für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz durch eine außergerichtliche – vertragliche oder in ihrer Wirkung vertragsähnliche – Einigung vermeiden lassen und so der Interessenlage verschiedener Marktakteure sowie der Bundesnetzagentur (dazu 1.) Rechnung getragen werden könnte. Hierfür kommen mehrere Gestaltungsoptionen in Betracht, von denen drei im Folgenden untersucht werden sollen: Zunächst könnte erstens vor allem eine „Lösung im Markt“ gesucht werden, indem die EWE TEL und ggf. weitere Diensteanbieter sich privatrechtlich mit den (faktischen) Frequenzinhabern einigen, wobei die Bundesnetzagentur nicht als zentraler Akteur involviert werden müsste (dazu 2.). Alternativ dazu könnte zweitens eine öffentlich-rechtliche Lösung unter maßgeblicher Beteiligung der Bundesnetzagentur gesucht werden (dazu 3.), für die der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags gemäß § 55 VwVfG in Betracht kommt. Schließlich soll als weitere denkbare Option drittens in einem Exkurs geprüft werden, ob die zivilrechtlich möglichen Verpflichtungen auch im Rahmen von Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur eingegangen werden können (dazu 4.). Im Anschluss sollen diese Optionen zusammengefasst und vergleichend bewertet werden (dazu 5.).

1. Verhandlungspositionen und mögliche Interessenlage verschiedener Akteure

Um eine zielführende Ausgestaltung verschiedener vertraglicher Lösungsmöglichkeiten bewerten und sinnvolle Hauptleistungspflichten der potentiellen Vertragsparteien definieren zu können, müssen die (mutmaßlichen) Interessenlagen und Verhandlungspositionen der verschiedenen Akteure, das heißt, der EWE TEL und anderer Diensteanbieter, der Mobilfunknetzbetreiber sowie der Bundesnetzagentur herausgearbeitet werden.

a) EWE TEL

Ein zentrales Interesse der EWE TEL besteht in einer Diensteanbieterverpflichtung oder in einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots. Dessen Kernelemente könnten neben dem bisherigen Verhandlungsgebot ein echtes Diskriminierungsverbot unter Einbezug des Eigenvertriebs der Mobilfunknetzbetreiber, der Ausschluss ordentlicher Kündigungsrechte der Dienstanbieterverträge durch die Mobilfunknetzbetreiber sowie eine Wholesale-Erlaubnis (insgesamt: „modifiziertes Verhandlungsgebot“) darstellen.

Eine solche „klassische“ Diensteanbieterverpflichtung oder das modifizierte Verhandlungsgebot könnten die Mobilfunknetzbetreiber im Rahmen einer Marktlösung freiwillig eingehen, sie könnten aber auch durch die Bundesnetzagentur im Rahmen der Frequenznutzungsbestimmungen einseitig auferlegt werden.¹¹⁸ Weitere Interessen der EWE TEL im Mobilfunk- oder Festnetzbereich sind darüber hinaus denkbar, sollen vorliegend aber aus Vereinfachungsgründen nicht weiter erörtert werden.

b) Mobilfunknetzbetreiber

Fraglich ist allerdings, welche Gegenleistungen der EWE TEL und gegebenenfalls anderer Diensteanbieter der Interessenlage der Mobilfunknetzbetreiber und der Bundesnetzagentur entsprechen könnten. Die EWE TEL und weitere Anbieter wie Freenet, die durch bereits rechtskräftig entschiedene beziehungsweise noch anhängige Rechtsbehelfe bestimmte Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren angegriffen haben, könnten vierlei anbieten: erstens den Verzicht auf die Vollstreckung bereits rechtskräftiger

¹¹⁸ Zur umstrittenen rechtlichen Zulässigkeit sowie den Voraussetzungen siehe etwa die Hinweise bei Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 47 ff.; aus der Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, Rn. 32 ff.

gerichtlicher Entscheidungen (im Fall der EWE TEL und Freenet also den Verzicht auf die Vollstreckung der im Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 ausgesprochenen Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018), zweitens den Verzicht auf die (gerichtliche) Durchsetzung weitergehender Folgenbeseitigungsansprüche, drittens die Rücknahme noch anhängiger Rechtsbehelfe (im Fall der EWE TEL die Rücknahme der Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide) sowie viertens die Rücknahme der weiteren anhängigen Klagen (im Falle der EWE TEL die Rücknahme der Bescheidungsklage gegen die Frequenzverlängerungsentscheidung BK1-22/001).

Für die Mobilfunknetzbetreiber könnten alle potentiellen Gegenleistungen der EWE TEL (und gegebenenfalls weiterer Anbieter in vergleichbarer Position) interessant sein, da damit die einzigen Inhaber subjektiver Durchsetzungsansprüche zur Veränderung der derzeitigen Marktlage auf ebendiese Ansprüche – jedenfalls faktisch – verzichten würden und zudem das Risiko einer erfolgreichen Anfechtung auch der Frequenzverlängerungsentscheidung vermieden würde. Auch hier wären weitere Interessen denkbar, sollen vorliegend aber aus Vereinfachungsgründen nicht weiter erörtert werden.

c) Bundesnetzagentur

Auf Seiten der Bundesnetzagentur lassen sich unterschiedliche Interessenlagen und Handlungsmöglichkeiten identifizieren.

Zunächst ist zu vermuten, dass die Bundesnetzagentur vermeiden möchte, dass die Frequenzzuteilungsbescheide nicht mit Wirkung ex nunc, sondern mit Wirkung ex tunc aufgehoben werden (müssen). Die Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide ex tunc ließe nämlich Phasen einer rechtsgrundlosen Frequenznutzung durch die derzeitigen Frequenzinhaber entstehen. Zu beachten ist dabei, dass die EWE TEL im Wege der Vollstreckung ihres gerichtlich zugesprochenen Aufhebungsanspruchs und des darauf aufbauen den Folgenbeseitigungsanspruchs lediglich die Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide mit Wirkung ex nunc verlangen und gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen kann (eingehend s. o., D. II.). Damit begründet dieser Gesichtspunkt kein Interesse der Bundesnetzagentur an einem Verzicht der EWE TEL auf die Durchsetzung dieser Rechte, denn selbst im Falle ihrer gerichtlichen Durchsetzung wäre sie nicht zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide mit Wirkung ex tunc verpflichtet – genauso wie bei einem

Durchsetzungsverzicht. Anders liegt es allerdings im Hinblick auf ein Angebot der EWE TEL und der Anbieter zur Rücknahme der Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide. Wären diese – insbesondere die Verletzung eines subjektiven Rechts der Widerspruchsführenden vorausgesetzt, s. o., D. I. 2. c) (2) (a) (bb) – zulässig und begründet, würden aber zurückgewiesen, könnten Anfechtungsklagen gegen die Frequenzzuteilungsbescheide erhoben werden. Sind diese erfolgreich, höbe das Verwaltungsgericht die Frequenzzuteilungsbescheide gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO mit Wirkung ex tunc auf,¹¹⁹ so dass in dieser Situation der von der Bundesnetzagentur zu vermeidende Schwebezustand entstehen könnte.

Damit entspräche (lediglich) die Rücknahme der Widersprüche der EWE TEL gegen die Frequenzzuteilungsbescheide dem – vermuteten – Interesse der Bundesnetzagentur an der Vermeidung einer Phase rechtsgrundloser Frequenznutzung, die im Falle eines gerichtlichen Obsiegens der EWE TEL in diesen Verfahren einträte. Hingegen bergen eine Vollstreckung der Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und die gerichtliche Durchsetzung des Folgebeseitigungsanspruchs von vornherein nicht die Gefahr der Herbeiführung eines solchen rechtlichen Schwebezustands für die Frequenznutzung.

Darüber hinaus könnte die Bundesnetzagentur, wie mit der Handlungsoption 1 im Rahmen der Anhörung mit Stellungnahmefrist bis zum 12. Januar 2026 der interessierten Kreise zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Vorgehen im Verfahren BK1-25/001 insinuiert, ein Interesse an einer ökonomischen, zeitsparenden und ressourcenschonenden Ausgestaltung des weiteren Verfahrens haben, indem namentlich auf eine erneute Versteigerung im Wege des ergänzenden Verfahrens verzichtet wird. Dazu könnte es beitragen, wenn die EWE TEL auf die Durchsetzung eines ergänzenden Verfahrens unter Geltendmachung ihrer Ansprüche verzichtet. Allerdings müsste die Bundesnetzagentur im Rahmen einer vertraglichen Lösung im Gegenzug den Mobilfunknetzbetreibern eine Diensteanbieterverpflichtung oder zumindest das modifizierte Verhandlungsgebot auferlegen. Dies ist allerdings grundsätzlich nicht nachträglich und isoliert möglich. Vielmehr sind prinzipiell eine Veränderung der Frequenznutzungsbestimmungen als Grundlage für korrelierende Inhalts- und Nebenbestimmungen der jeweiligen

¹¹⁹ Allgemeine Meinung, vgl. etwa Decker, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 75. Ed. 1.10.2025, § 113 Rn. 37.

Frequenzzuteilungsbescheide und im Anschluss eine Versteigerung notwendig, jedenfalls soweit sich durch die Anpassung die wirtschaftliche Kalkulation der Bieter erheblich ändern würde. Denn die Inhalts- und Nebenbestimmungen der Frequenzzuteilungsbescheide müssen aus den Frequenznutzungsbestimmungen folgen. So hat das Bundesverwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass die im Rahmen der Frequenznutzungsbestimmungen festgelegten Rahmenbedingungen die späteren Inhalts- und Nebenbestimmungen der jeweiligen Frequenzzuteilungen determinieren und Diskrepanzen jedenfalls dann problematisch sind, wenn sie für den Wert der Frequenzen signifikant sind.¹²⁰ Korte betont zu Recht die ausschlaggebende Bedeutung der Frequenznutzungsbestimmungen „für die Lukrativität der Frequenznutzung“.¹²¹

Das bedeutet im Ergebnis, dass die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder des modifizierten Verhandlungsgebotes schon für sich betrachtet grundsätzlich eine erneute Versteigerung erforderlich machen würde und damit dem möglichen Interesse der Bundesnetzagentur an einem Verzicht hierauf nicht nur nicht entspräche, sondern zuwiderliefe. Ein Verzicht der EWE TEL auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche generiert hier aus Sicht der Bundesnetzagentur keine weiteren Vorteile. Anders wäre dies allerdings dann, wenn die Diensteanbieterverpflichtung erst bei der nächsten regulären Frequenzversteigerung auferlegt würde.

Schließlich hat die Bundesnetzagentur ein Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände durch die Beseitigung der Fehler des Frequenzvergabeverfahrens. Nach hier dargelegter Rechtsauffassung ist der einzige Weg hierzu die Durchführung eines ergänzenden Verfahrens (s. o., D. III. 1. bis 3.). Ein Verzicht der EWE TEL auf die Durchsetzung ihrer Ansprüche, die ein ergänzendes Verfahren erzwingen, ändert zwar nichts an der Rechtswidrigkeit des Verzichts auf das ergänzende Verfahren. Allerdings würde dies dann, wenn niemand mehr die Bundesnetzagentur klageweise oder im Wege der Zwangsvollstreckung zur Durchführung des ergänzenden Verfahrens zwingen könnte, *prozessual*

¹²⁰ BVerwG, Urt. v. 20.10.2021 – 6 C 8/20, BVerwGE 174, 1 Rn. 34. So führt das Gericht aus: „Nur wenn die Inhalts- und Nebenbestimmungen der späteren Frequenzzuteilungen zumindest in den für den Wert der Frequenzen relevanten Punkten den Frequenznutzungsbestimmungen entsprechen, ist zudem gewährleistet, dass den interessierten Unternehmen eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für die Teilnahme am Vergabeverfahren zur Verfügung steht [...]. Art und Umfang der späteren Frequenznutzung sowie die wesentlichen Nebenbestimmungen der Frequenzzuteilungsbescheide müssen als Bezugspunkte der im Rahmen des Verfahrens abgegebenen Gebote oder (Verpflichtungs-)Erklärungen der Bewerber feststehen.“

¹²¹ Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 44.

nicht weiter festgestellt werden können. Zugleich könnten *materiell* gegebenenfalls durch eine zivilrechtliche Vereinbarung („Marktlösung“) die unterschiedlichen Interessen der betroffenen Unternehmen in Ausgleich gebracht werden.

Beim Festhalten der Bundesnetzagentur an der Einschätzung der Option des Verzichts auf ein ergänzendes Verfahren als rechtmäßig könnte eine von den Mobilfunknetzbetreibern freiwillig angebotene Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot dazu führen, dass die Ergänzung der Frequenznutzungsbestimmungen um diese überflüssig würde und damit aus Sicht der Bundesnetzagentur kein ergänzendes Verfahren notwendig wäre. Damit könnte dem – vermuteten – Interesse der Bundesnetzagentur an einer verfahrensökonomischen, marktlichen Lösung entsprochen werden.

d) Zwischenfazit und Ausgangslage für die weitere rechtliche Begutachtung

Die Mobilfunknetzbetreiber könnten insbesondere ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Status quo und an der Vermeidung einer erneuten Versteigerung der Frequenzen haben.

Ein zentrales Interesse der EWE TEL besteht an einer Diensteanbieterverpflichtung oder an einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots. Dessen Kernelemente könnten neben dem bisherigen Verhandlungsgebot ein echtes Diskriminierungsverbot unter Einbezug des Eigenvertriebs der Mobilfunknetzbetreiber, der Ausschluss ordentlicher Kündigungsrechte der Diensteanbieterverträge durch die Mobilfunknetzbetreiber sowie eine Wholesale-Erlaubnis darstellen.

In Bezug auf die bisherige Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz könnte die EWE TEL beides – gegebenenfalls unter Einbezug weiterer Diensteanbieter – z.B. durch eine privatautonome Vereinbarung mit den Mobilfunknetzbetreibern erreichen. Im Gegenzug könnte sie darin auf die weitere Rechtsdurchsetzung verzichten und insbesondere ihre Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide sowie ihre Klage gegen die Frequenzverlängerungsentscheidung 2025 zurücknehmen.

Daran könnte auch die Bundesnetzagentur ein Interesse haben und so eine mögliche Phase rechtsgrundloser Frequenznutzung, die im Falle eines gerichtlichen Obsiegens der EWE TEL einträte, vermeiden. Die Bundesnetzagentur könnte auch eine Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot auferlegen; dies würde

allerdings nach der hier vertretenen Auffassung schon per se eine neue Vergabe erfordern, womit der Status quo gerade nicht gewahrt wird. Bei einer entsprechenden marktlichen Lösung wäre das allerdings nicht der Fall, da dann die bereits im Markt angebotene Diensteanbieterverpflichtung bzw. das modifizierte Verhandlungsgebot eine Auferlegung im Rahmen der Frequenznutzungsbestimmungen überflüssig machen würde. Davon unabhängig könnte eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Bundesnetzagentur und der EWE TEL eine Verpflichtung der EWE TEL zur Rücknahme der Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide sowie der Klage gegen die Frequenzverlängerungsentscheidung 2025 im Gegenzug gegen eine Verpflichtung zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung beinhalten.

Vor dem Hintergrund dieser Interessenlage sind die rechtlichen Rahmenbedingungen einer zivilrechtlichen (dazu 2.) oder verwaltungsrechtlichen Verwirklichung (dazu 3.) dieser Interessenlage zu klären.

2. Zivilrechtlicher Lösungsweg zwischen Diensteanbietern und Netzbetreibern

Ohne förmliche Beteiligung der Bundesnetzagentur an der Einigung kommt eine Lösung zwischen der EWE TEL und den Netzbetreibern, die derzeit aufgrund der Frequenzzuteilungsbescheide die fraglichen Frequenzen nutzen, durch Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags in Betracht.

a) Mögliche Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht der EWE TEL

Als Hauptleistungspflicht der EWE TEL könnte in diesem Vertrag ein Verzicht auf den Folgenbeseitigungsanspruch (eingehend dazu s. o., D. I.) sowie auf die Vollstreckung des im Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 ausgeurteilten Aufhebungsanspruchs gegenüber der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur selbst oder auf deren klageweise bzw. vollstreckungsrechtliche Durchsetzung vereinbart werden.

aa) Vertrag zu Gunsten Dritter, §§ 328 ff. BGB: Leistungsversprechen zu Gunsten der Bundesnetzagentur

Nachdem sich beide Ansprüche – sowohl der Folgenbeseitigungsanspruch als auch der auf Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 gerichtete Anspruch aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 – gegen die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur richten würden, würde mit einem Anspruchs- oder Klageverzicht zu deren Gunsten eine materiellrechtliche bzw. prozessuale Einrede geschaffen.

Damit handelt es sich hier um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß den §§ 328 bis 335 BGB mit der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur als Begünstigter. Ob dieser im Einzelfall zulässig ist, ist für die in Betracht kommenden Leistungsversprechen der EWE TEL gesondert zu prüfen.

Wie § 328 Abs. 2 BGB verdeutlicht, kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht, wie stark die Stellung der Bundesnetzagentur als Begünstigter des Vertrags von den Parteien ausgestaltet werden könnte. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift selbst lässt sich bereits ableiten, dass die Parteien unter anderem frei darin sind festzulegen, zu welchem Zeitpunkt und gegebenenfalls unter welchen weiteren Voraussetzungen die Begünstigung für den Dritten entstehen soll und ob sich die Parteien die Befugnis vorbehalten wollen, das Recht des Dritten auch ohne dessen Zustimmung wieder aufzuheben oder nachträglich zu ändern.

Demnach sind auch Bedingungen und Befristungen der Anspruchsentstehung (hier: der Entstehung der Einrede) auf Seiten der Bundesnetzagentur möglich.¹²²

bb) Anspruchsverzicht durch Erlassvertrag vs. materiell-rechtlicher Klageverzicht

Als Gegenstand des Leistungsversprechens zu Gunsten der Bundesnetzagentur kommt jeweils ein „Verzicht“ auf die materiellen Ansprüche selbst oder lediglich auf ihre klageweise Durchsetzung in Betracht.

¹²² Siehe *Janoschek*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 76. Ed. 1.11.2025, § 328 Rn. 18.

(1) Erlassvertrag, § 397 Abs. 1 BGB

Einerseits wäre ein Verzicht auf den materiell-rechtlichen Anspruch als solchen möglich, hier also auf den Folgenbeseitigungsanspruch sowie den Aufhebungsanspruch aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024. Dazu ermöglicht § 397 Abs. 1 in Verbindung mit § 328 Abs. 1 BGB den Abschluss eines Erlassvertrags. Nachdem es sich beim Erlass um einen Verfügungsvertrag handelt¹²³ und ein einseitiger Forderungsverzicht de lege lata nach allgemeiner Auffassung nicht zulässig ist, sondern das Vertragsprinzip gilt,¹²⁴ ist ein Erlassvertrag zu Gunsten Dritter nach ganz herrschender Auffassung unzulässig.¹²⁵ Die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur müsste die Netzbetreiber somit zur Abgabe der Zustimmungserklärung bevollmächtigen oder – gegebenenfalls im Wege der nachträglichen Genehmigung – ermächtigen (§§ 164, 185 BGB).¹²⁶

Ein Erlassvertrag über die materiell-rechtlichen Ansprüche der EWE TEL würde somit jedenfalls mittelbar im Wege der Bevollmächtigung oder Ermächtigung (Zustimmung oder Genehmigung) eine Beteiligung der Bundesnetzagentur voraussetzen; ein Erlassvertrag zwischen der EWE TEL und den Netzbetreibern zu Gunsten der Bundesnetzagentur im Sinne von § 328 BGB ist hingegen unzulässig.

Zudem müssen wegen des Verfügungscharakters des Erlassvertrags die Ansprüche, über die verfügt wird, tatsächlich bestehen.¹²⁷ Problematisch ist diese Voraussetzung aber im Hinblick auf den Folgenbeseitigungsanspruch, der derzeit wegen der bislang fehlenden rechtlichen Möglichkeit der Folgenbeseitigung noch nicht besteht (s. o., D. I. 2. c) aa) (1)). Es handelt sich damit lediglich um eine künftige Forderung. Einen Erlassvertrag über eine solche künftige Forderung lässt die Rechtsprechung des

¹²³ Wohl allgemeine Meinung, siehe nur *Dennhardt*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 76. Ed. 1.11.2025, § 397 Rn. 2; *Derstadt*, in: *Säcker u. a.*, Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2025, § 397 Rn. 8.

¹²⁴ BGH, Urt. v. 4.12.2015 – V ZR 142/14, NZM 2016, 582 Rn. 24; *Dennhardt*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 76. Ed. 1.11.2025, § 397 Rn. 1; *Derstadt*, in: *Säcker u. a.*, Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2025, § 397 Rn. 1.

¹²⁵ BGH, Urt. v. 21.6.1994 – XI ZR 183/93, NJW 2483 (2484); *Dennhardt*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 76. Ed. 1.11.2025, § 397 Rn. 2; *Derstadt*, in: *Säcker u. a.*, Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2025, § 397 Rn. 11.

¹²⁶ *Dennhardt*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 76. Ed. 1.11.2025, § 397 Rn. 2.

¹²⁷ *Wolber*, in: *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*, BeckOGK, Stand: 1.8.2025, § 397 BGB Rn. 30.

Bundesgerichtshofs grundsätzlich zu,¹²⁸ allerdings nur dann, wenn ihr Inhalt bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist und der erlassende Gläubiger eine entsprechende Verfügungsmacht hierüber innehat.¹²⁹ Während die inhaltliche Bestimmbarkeit angesichts der deutlich aufscheinenden Konturen des Folgenbeseitigungsanspruchs (eingehend dazu s. o., D. I.) keine Zweifel aufwirft, müsste die EWE TEL auf ihren Folgenbeseitigungsanspruch auch verzichten können. Dabei handelt es sich um ein subjektiv-öffentliches Recht, auf das grundsätzlich verzichtet werden kann.¹³⁰ Fundiert man den Folgenbeseitigungsanspruch allerdings in den Grundrechten¹³¹ und geht auf dieser Basis zudem von der prinzipiellen Unverzichtbarkeit der Grundrechte für ihre Träger aus,¹³² erscheint die für einen Erlassvertrag notwendige Verfügungsbefugnis im Hinblick auf den Folgenbeseitigungsanspruch jedenfalls nicht völlig zweifelsfrei.

Ein Erlassvertrag über die Ansprüche der EWE TEL zwischen ihr und den Netzbetreibern ist wegen des Verfügungscharakters dieses Vertrags somit nur unter Beteiligung der Bundesnetzagentur möglich und hinsichtlich des noch nicht entstandenen Folgenbeseitigungsanspruchs mit gewissen rechtlichen Zweifeln an der Erlassfähigkeit dieses Anspruchs behaftet.

(2) Klageverzichtsvertrag (pactum de non petendo)

Andererseits ist es möglich, rechtsgeschäftlich auch lediglich auf die klageweise Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruchs sowie die Vollstreckung des Aufhebungsanspruchs aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts zu Köln vom 26. August 2024 zu verzichten. Da beide rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten dem Prozessrecht zuzurechnen sind – einmal gerichtet auf Durchsetzung im Wege eines gerichtlichen Erkenntnisverfahrens (§§ 40 ff. VwGO), einmal gerichtet auf Durchsetzung im Wege des

¹²⁸ BGH, Urt. v. 28.11.1963 – II ZR 41/62, NJW 1964, 648 (649); Urt. v. 24.5.2007 – IX ZR 8/06, NJW 2007, 2556 Rn. 12; Urt. v. 17.12.2020 – IX ZR 205/19, NZI 2021, 222 Rn. 32.

¹²⁹ *Dennhardt*, in: *Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 76. Ed. 1.11.2025, § 397 Rn. 6; *Wolber*, in: *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*, BeckOGK, Stand: 1.8.2025, § 397 BGB Rn. 33.

¹³⁰ Siehe *Sennekamp*, in: *Fehling/Kastner/Störmer*, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 42 VwGO Rn. 64.

¹³¹ Dafür *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 363 f.

¹³² Siehe zum Stand der Diskussion instruktiv *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 41. Aufl. 2025, Rn. 219–226.

Zwangsvollstreckungsrechts (§§ 167 ff. VwGO) –, ergeben sich in der weiteren gutachtlichen Bewertung keine Unterschiede zwischen ihnen.

Dieses materiell-rechtliche Rechtsgeschäft ist streng zu unterscheiden vom Klageverzicht als Prozesserklärung, die gegenüber dem Gericht zu erklären und als Prozessklärung unwiderruflich und bedingungsfeindlich ist.¹³³ Der materiell-rechtliche oder außergerichtliche Klageverzicht (auch pactum de non petendo genannt) hingegen unterliegt als zivilrechtlicher Vertrag den §§ 104 ff. BGB, ist insbesondere gemäß den §§ 119 bis 123, §§ 142 bis 144 BGB anfechtbar und nach allgemeinen Regeln nur eingeschränkt widerprüflich.¹³⁴ Anders als der gerichtliche Klageverzicht, der vom Gericht von Amts wegen zu beachten ist, begründet der außergerichtliche, rechtsgeschäftliche Klageverzicht lediglich eine die Zulässigkeit der auf Durchsetzung des Folgenbeseitigungsanspruchs gerichtete Verpflichtungsklage beseitigende Einrede.¹³⁵ Ein Klageverzichtsvertrag zu Gunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB hat anders als ein Erlassvertrag über die zugrunde liegenden Ansprüche keinen verfügenden Charakter und ist daher ohne Weiteres als solcher zulässig.¹³⁶

In den Grenzen und unter den Bedingungen des allgemeinen Vertragsrechts des BGB können die EWE TEL und die Netzbetreiber einen Klageverzichtsvertrag zu Gunsten der Bundesnetzagentur schließen, durch die ihr eine prozessuale Einrede gegen die klageweise bzw. vollstreckungsrechtliche Geltendmachung der Ansprüche der EWE TEL verschafft wird.

b) Mögliche Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht der Netzbetreiber

Als Hauptleistungspflicht der Netzbetreiber könnte sodann eine Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot vereinbart werden. Für deren konkrete Ausgestaltung bilden lediglich die §§ 138 und 134 BGB eine äußere Grenze, die

¹³³ Siehe zu den Charakteristika des prozessualen Klageverzichts beispielsweise BGH, Beschl. v. 8.5.1985 – IV b ZB 56/84, NJW 1985, 2334 (2334 f.); Peters, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 75. Ed. 1.10.2025, § 74 Rn. 35.

¹³⁴ BGH, Beschl. v. 8.5.1985 – IV b ZB 56/84, NJW 1985, 2334 (2334 f.); Peters, in: Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, 75. Ed. 1.10.2025, § 74 Rn. 35.

¹³⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 8.5.1985 – IV b ZB 56/84, NJW 1985, 2334 (2334).

¹³⁶ Siehe BGH, Urt. v. 21.6.1994 – XI ZR 183/93, NJW 1994, 2483 (2484); Dennhardt, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 76. Ed. 1.11.2025, § 397 Rn. 2; Derstadt, in: Säcker u. a., Münchener Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2025, § 397 Rn. 11.

entsprechenden Ausgestaltungsansätzen nicht prinzipiell entgegenstehen. Als Verbotsgesetze kommen hierbei in erster Linie die Vorschriften des Kartellrechts und insbesondere das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB in Betracht. Insofern ist darauf zu achten, dass der Wettbewerb nicht kartellrechtswidrig beeinträchtigt wird. Das dürfte bei einer nur den Wettbewerb auf der nachgelagerten Diensteebene letztlich fördernden Diensteanbieterverpflichtung bzw. einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots unproblematisch sein, sofern auf die Festlegung näherer Details etwa der Entgelte et cetera verzichtet wird. Insoweit bestünde beispielsweise bei einem echten Diskriminierungsverbot unter Einbezug des Eigenvertriebs der Mobilfunknetzbetreiber weiterhin ein Wettbewerb zwischen den Mobilfunknetzbetreibern auf der Basis ihrer internen Vertriebsvereinbarungen. Schon vor dem Hintergrund einer darauf bezogenen kartellrechtlichen Absicherungsnotwendigkeit empfiehlt sich eine Einbindung nicht nur der Bundesnetzagentur, sondern auch des Bundeskartellamts auf der Basis einer vertiefteren Prüfung der einzelnen Teile einer im Ergebnis angestrebten Vereinbarung.

Operationalisierbar gemacht werden könnten die einzelnen Kernaspekte der Diensteanbieterverpflichtung, insbesondere das Diskriminierungsverbot, durch ein Leistungsbestimmungsrecht der Bundesnetzagentur (vgl. §§ 317, 319 BGB), namentlich im Hinblick auf die Höhe einer angemessenen Vergütung der Diensteanbieter für die Frequenznutzung.

c) Zusammenfassende Bewertung der Vor- und Nachteile

Die EWE TEL und die Netzbetreiber, die aufgrund der Frequenzzuteilungsbescheide der Bundesnetzagentur die Frequenzen im Bereich 2 GHz und 3,6 GHz nutzen, könnten durch Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags vermeiden, dass sich die Folgen des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 über die Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 26. November 2018 realisieren.

Ein Erlassvertrag, mit dem die EWE TEL auf ihren künftigen Folgenbeseitigungsanspruch und den Aufhebungsanspruch aus dem Urteil materiellrechtlich verzichtet, ist ohne Mitwirkung der Bundesnetzagentur in Form eines Erlassvertrags zu Gunsten Dritter unzulässig. Auch bei Mitwirkung der Bundesnetzagentur – etwa durch Bevollmächtigung der Netzbetreiber – bleiben Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit des Erlassvertrags

über eine zukünftige Forderung und über die Verzichtsmöglichkeit über den Folgenbeseitigungsanspruch.

Deutlich vorteilhafter erscheint hier der Abschluss eines materiellrechtlichen Klageverzichtsvertrags (*pactum de non petendo*) zu Gunsten der Bundesnetzagentur. Als Gegenleistung der Netzbetreiber kann eine Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot vereinbart werden. Der Vertrag unterliegt den allgemein vertragsrechtlichen Bestimmungen des BGB und damit lediglich den inhaltlichen Schranken der §§ 138 und 134 BGB, wobei insbesondere das Kartellrecht zu beachten ist. Dadurch erhält die Bundesnetzagentur eine prozessuale Einrede gegen die klageweise oder vollstreckungsrechtliche Durchsetzung der Ansprüche der EWE TEL.

Ein Klageverzichtsvertrag zu Gunsten der Bundesnetzagentur kann nach allgemeinen Regeln auch ohne deren Mitwirkung geschlossen werden. Allerdings kann sie ohne ihre Mitwirkung nicht dazu verpflichtet werden, die dadurch verliehene Einrede im Vollstreckungsverfahren oder einem späteren Klageverfahren, gerichtet auf Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruchs, auch zu erheben. Letztlich ist eine Beteiligung der Bundesnetzagentur aber schon deshalb erforderlich, weil für die Mobilfunknetzbetreiber die Vereinbarung einer Diensteanbieterverpflichtung oder des modifizierten Verhandlungsgebotes nur dann sinnvoll erscheint, wenn die Bundesnetzagentur letztlich auf die Unsicherheiten generierende erneute Versteigerung verzichtet, was wiederum von der rechtlichen Einschätzung der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit des Verzichts auf ein ergänzendes Verfahren abhängt (dazu sogleich aus der Perspektive eines verwaltungsrechtlichen Lösungswegs unter 3.).

Auch eine Beteiligung aller Frequenzinhaber – jenseits der Vereinbarung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes – und weiterer Diensteanbieter ist insoweit konstruktiv ebenso wenig notwendig. Eine Einbeziehung dieser Akteure kann freilich politisch sehr sinnvoll sein.

3. Verwaltungsrechtlicher Lösungsweg unter Einbindung der Bundesnetzagentur

Darüber hinaus ist ein verwaltungsrechtlicher Lösungsweg durch Interaktion der EWE TEL mit der Bundesnetzagentur denkbar. Konkret kommt der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zwischen der EWE TEL und der Bundesrepublik Deutschland als

Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur in Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags gemäß § 55 VwVfG in Betracht. Nachdem detaillierte Vertragsinhalte, die den Interessen aller Akteure entsprechen würden, außerhalb des hier gutachterlich zu bewertenden Lebenssachverhalts liegen, kann hierauf nur kursorisch eingegangen werden.

a) Prinzipielle Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG im TKG

An anderer Stelle wurde ausführlich dargelegt,¹³⁷ dass das Handeln im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrags jenseits entsprechender spezialgesetzlicher Bestimmungen insbesondere in den §§ 11 und 12 BauGB – anders als das übliche Handeln im Wege eines Verwaltungsaktes – auf keine etablierte Verwaltungspraxis zurückgreifen kann. Daher fehlt es auch an einer umfassenden einschlägigen Judikatur. In der Folge besteht eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der spezifischen Anforderungen und Voraussetzungen an ein vertragliches behördliches Handeln. Ebenso wurde umfangreich herausgearbeitet, dass die Vorschriften des TKG einem öffentlich-rechtlichen Vertrag mit einem Unternehmen nicht prinzipiell entgegenstehen.

b) Anwendbarkeit des § 55 VwVfG

§ 55 VwVfG gilt dabei lediglich für subordinationsrechtliche Verträge im Sinne des § 54 Satz 2 VwVfG, also Verträge in solchen Konstellationen, in denen die Bundesnetzagentur als zuständige Behörde in der konkreten Situation auch einen Verwaltungsakt an die EWE TEL richten dürfte. Im Frequenzvergabeverfahren gemäß § 100 TKG ergehen Verwaltungsakte. Namentlich die Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsregeln betrifft inhaltlich auch die Rechtsstellung der Diensteanbieter wie der EWE TEL, wie sich aus dem drittschützenden Charakter des § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG ergibt. Damit besteht im vorliegenden Fall die herkömmlich als Subordinationsverhältnis beschriebene Konstellation des § 54 Satz 2 VwVfG und § 55 VwVfG ist anwendbar. Dass das Frequenzvergabeverfahren und insbesondere die Ausgestaltung der Vergabe- und Auktionsbedingungen samt ihren Nebenentscheidungen durch den „erheblichen regulierungsbehördlichen

¹³⁷ *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 ff., und ausführlich das von den beiden Verfassern zu diesen Fragen im Auftrag der Bundesnetzagentur erstellte Rechtsgutachten, abrufbar im Internet unter der URL: https://www.dsc.bund.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/Rechtsgutachten/BK3-15-0004_Rechtsgutachten_download.pdf?__blob=publication-File&v=1 (letzter Abruf am 12.1.2026).

Gestaltungsraum“¹³⁸ der Bundesnetzagentur geprägt sind,¹³⁹ steht der Anwendung des § 55 VwVfG gerade nicht entgegen, sondern verschafft der darin enthaltenen gelockerten Gesetzesbindung der Verwaltung¹⁴⁰ gerade eine besondere Berechtigung.¹⁴¹

c) Ungewissheit über die Sach- und Rechtslage

§ 55 VwVfG setzt inhaltlich zunächst eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit voraus. Eine Ungewissheit über die Sachlage besteht dann, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen unbekannt sind und ein weiterer Erkenntnisgewinn angesichts der Bedeutung der Sache, der verursachten Kosten und der zur Verfügung stehenden Zeit unverhältnismäßig wäre.¹⁴² Eine Ungewissheit über die Rechtslage besteht insbesondere dann, wenn die jeweilige Rechtsfrage von der Rechtsprechung noch nicht entschieden wurde und die Anschauungen darüber in der Literatur auseinandergehen, wenn die Rechtsprechung uneinheitlich ist (etwa verschiedene Oberverwaltungsgerichte unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten) oder – erst recht – wenn die Rechtsfrage noch gar nicht in Rechtsprechung und Schrifttum erörtert worden ist.¹⁴³ Die Ungewissheit muss bei beiden potentiellen Vertragsparteien, hier also sowohl bei der Bundesnetzagentur als auch bei der EWE TEL, über dieselben rechtlichen oder tatsächlichen Aspekte bestehen.¹⁴⁴ Für die Beurteilung der Ungewissheit der Sach- oder Rechtslage ist auf einen objektiven Dritten abzustellen, der sich in der konkreten Situation

¹³⁸ So die Formulierung bei Korte, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 Rn. 51 m. w. Nachw. aus Literatur und Rechtsprechung; zur gerichtlichen Kontrolldichte ebenda, Rn. 106–108.

¹³⁹ Vgl. Offenbacher, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 21.

¹⁴⁰ Siehe dazu Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 1.

¹⁴¹ Vgl. Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 5.

¹⁴² Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 19; Spieth/Hellermann, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 55 Rn. 37.

¹⁴³ So zu den ersten beiden Fallgruppen auch Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 20; Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 55 Rn. 26; Spieth/Hellermann, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 55 Rn. 38.

¹⁴⁴ Vgl. Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 17; Rozek, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 55 Rn. 32; Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 55 Rn. 21; Spieth/Hellermann, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 55 Rn. 36.

der beiden Parteien befindet, also namentlich über die im Allgemeinen zu erwartenden Sach- und Fachkenntnisse verfügt.¹⁴⁵

Im hier zu begutachtenden Fall besteht zwar im Hinblick auf die Sachlage derzeit eine Ungewissheit über die aktuellen Marktverhältnisse (s. o., D. III. 4. b) bb) (2)). Allerdings muss vorrangig versucht werden, sie unter Ausnutzung aller zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten behördlicherseits auszuräumen, um den Anforderungen des Amtsermittlungsgrundsatzes gerecht zu werden.¹⁴⁶

Näher liegen hier somit Ungewissheiten über die Rechtslage. Soweit ersichtlich, gibt es bislang keine Positionen in Rechtsprechung und Schrifttum zur konkreten Reichweite des Unmittelbarkeitszusammenhangs im Rahmen des Folgenbeseitigungsanspruchs, wenn der anspruchsbegründende Rechtseingriff durch einen Verwaltungsakt im gestuften Frequenzvergabeverfahren gemäß § 100 TKG erfolgt (s. o., D. I. 2. a) bb) (1)). Die Voraussetzungen rechtlicher Ungewissheit können auch für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Hinblick auf Rechtsbehelfe im Frequenzvergabeverfahren eine vorwerfbare Umgehung ihrer Sachentscheidungsvoraussetzungen den Folgenbeseitigungsanspruch ausschließt (s. o., D. I. 2. c) aa) (2)), bejaht werden. Darüber hinaus ist auch nicht höchstrichterlich geklärt oder im Schrifttum bisher thematisiert, ob die einzelnen Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren mit Wirkung ex nunc zurückgenommen werden können (s. o., D. II.). Gleich mehrere Ansatzpunkte rechtlicher Ungewissheit im Sinne des § 55 VwVfG lassen sich auch im Hinblick auf die erneute Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens finden, namentlich hinsichtlich der Notwendigkeit eines ergänzenden Verfahrens (s. o., D. III. 2.) sowie hinsichtlich der Frage, ob die aktuelle Sach- und Rechtslage den weiteren Verfahrensschritten zugrunde zu legen ist und auf Grundlage welcher Datenlage die aktuelle Sachlage zu bestimmen ist (s. o., D. III. 4.).

Während vorliegend also keine Anhaltspunkte für eine Ungewissheit über die Sachlage bestehen, gibt es doch mehrere Anhaltspunkte für Ungewissheiten über die Rechtslage, die die Grundlage für einen Vergleichsvertrag gemäß § 55 VwVfG bilden können.

¹⁴⁵ Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 22; Rozek, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 55 Rn. 31; Spieth/Hellermann, in: Bader/Ronellenfisch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 55 Rn. 35.

¹⁴⁶ Vgl. Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 55 Rn. 25.

d) Zulässige Vertragsinhalte

Fraglich ist auf Grundlage dieser Ungewissheiten über die Rechtslage, mittels welcher vergleichsvertraglicher Vereinbarungen ihnen begegnet werden darf. Neben den eher großzügigen Vorgaben des § 55 VwVfG selbst (dazu aa)) rückt dabei auch § 56 Abs. 1 VwVfG ins Blickfeld (dazu bb)).

aa) Beseitigung der Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben, § 55 VwVfG

§ 55 VwVfG erklärt es zum Proprium des Vergleichsvertrags, dass durch seine Inhalte die Ungewissheit beider Parteien (hier über die Rechtslage) im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird.

Beiderseitiges Nachgeben erfordert, dass jede der Parteien von einem günstigenfalls für sie von ihrem derzeitigen rechtlichen Standpunkt aus erreichbar erscheinenden Ergebnis abrückt, wobei auch ein minimales Abrücken davon bereits ausreicht und auch kein gleichwertiges Nachgeben beider Parteien zu verlangen ist.¹⁴⁷ Gegenstand des Nachgebens kann damit beispielsweise der (teilweise) Verzicht auf (behauptete) Ansprüche, die Hinnahme einer bislang bestrittenen rechtlichen Verpflichtung, etwa durch eine bestimmte Verfahrensgestaltung, ein Rechtsmittel- oder Klageverzicht oder die Rücknahme eines bereits eingelegten Rechtsbehelfs sein.¹⁴⁸ Inhaltlich wird die Palette zulässiger Mittel des Nachgebens durch ein Konnexitätserfordernis eingengt: Das Nachgeben muss sich gerade auf die Punkte rechtlicher Ungewissheit beziehen und dadurch diesen Aspekten die weitere rechtliche Erheblichkeit im Verhältnis beider Parteien nehmen.¹⁴⁹

Die Verpflichtung der EWE TEL zur Rücknahme ihrer bereits erhobenen Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide kommt als Gegenstand ihres Nachgebens in Betracht, indem sie damit von ihrer bisherigen Rechtsposition abrücken würde. Ein Bezug zur nicht vollständig geklärten Rechtslage im Hinblick auf die Widerspruchs- und

¹⁴⁷ Vgl. *Rozeck*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 55 Rn. 39 f.; *Spieth/Hellermann*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 55 Rn. 40 f.

¹⁴⁸ *Fehling*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 25; *Rozeck*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 55 Rn. 40.

¹⁴⁹ *Fehling*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 26 f.; *Spieth/Hellermann*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 55 Rn. 42.

Klagebefugnis der EWE TEL im Sinne des Konnexitätserfordernisses zwischen Nachgeben und Ungewissheit der Rechtslage besteht ebenfalls.

Die von § 55 VwVfG verlangte Konnexität wahren jedenfalls solche Verhaltensweisen der Bundesnetzagentur, die in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Frequenzvergabeverfahren stehen. Voraussetzung dafür, dass sie als Abrücken von einer bislang vertretenen Rechtsauffassung qualifiziert werden können, ist allerdings, dass die Bundesnetzagentur vor Vertragsschluss hierzu eine bestimmte Rechtsauffassung geäußert hat. Ob das reine Erwägen mehrerer Handlungsoptionen, von denen dann aufgrund des Vergleichsvertrags einzelne nicht mehr weiterverfolgt werden, diese Voraussetzungen erfüllen und ein immerhin geringfügiges Abrücken darstellen würde, erscheint eher zweifelhaft. Die besseren Argumente sprechen für das Erfordernis der Aufgabe einer einmal tatsächlich bezogenen Rechtsposition. Sollte sich die Bundesnetzagentur allerdings im weiteren Verfahren diese Position zu eigen machen, lägen die Voraussetzungen insoweit vor.

Inwieweit die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung in einem *künftigen* Frequenzvergabeverfahren noch hinreichend die Konnexität wahrt, unterliegt ebenfalls rechtlichen Zweifeln.

bb) Zusätzliche Voraussetzungen eines Austauschvertrags, § 56 Abs. 1 VwVfG

Möglicherweise müssen zusätzlich die Anforderungen des § 56 Abs. 1 VwVfG gewahrt werden.

Ein Austauschvertrag im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 1 VwVfG liegt insbesondere bei einer synallagmatischen Verknüpfung von Leistungen vor.¹⁵⁰ Bei diesen Leistungen muss es sich nicht um wirtschaftlich relevante oder finanzielle Leistungen handeln; auch Verpflichtungen zum Erlass von Rechtsakten oder zu schlichtem (hoheitlichem oder auf Seiten des Bürgers nicht hoheitlichem) Tun, Dulden oder Unterlassen können einen Austauschvertrag begründen.¹⁵¹ Auch Vergleichsverträge können Austauschverträge sein;

¹⁵⁰ Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 56 VwVfG Rn. 11.

¹⁵¹ Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 56 VwVfG Rn. 11 und 13; Spieth/Hellermann, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 56 Rn. 33.

§ 55 VwVfG und § 56 VwVfG schließen sich nicht wechselseitig aus, sondern ihre Vorgaben können kumulativ zu beachten sein.¹⁵²

Somit erfüllt auch eine (synallagmatisch verknüpfte) vergleichsweise Vereinbarung zwischen der EWE TEL, mit der sich diese zur Rücknahme ihrer Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsentscheidungen verpflichtet, und der Bundesnetzagentur, mit der sich diese zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung in einem künftigen Frequenzversteigerungsverfahren verpflichtet, die Voraussetzungen eines Austauschvertrags im Sinne des § 56 Abs. 1 VwVfG.

Somit gelten für einen Vergleichsvertrag zwischen der EWE TEL und der Bundesnetzagentur kumulativ die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 VwVfG, so dass eine konkrete Zweckbestimmung der Gegenleistung der EWE TEL erforderlich ist (§ 56 Abs. 1 Satz 1 VwVfG), diese Gegenleistung der Bundesnetzagentur zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient (§ 56 Abs. 1 Satz 1 VwVfG), den gesamten Umständen nach angemessen sein muss (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 VwVfG) sowie im sachlichen Zusammenhang mit der Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung steht, also das Koppelungsverbot eingehalten wird (§ 56 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 VwVfG).

e) Weitere allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen

Der Vergleichsvertrag unterliegt schließlich dem Schriftformerfordernis des § 57 Hs. 1 VwVfG.

Je nachdem, in welcher Art und Weise die Bundesnetzagentur im Rahmen des Vergleichsvertrags nachgibt, kann es darüber hinaus angezeigt sein, gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG die schriftliche Zustimmung Dritter einzuholen. Dies setzt voraus, dass in die Rechte Dritter durch den Vertrag eingegriffen wird. Nach herrschender Meinung genügt dafür bereits die Verpflichtung der Behörde zum Eingriff in die Rechte Dritter,¹⁵³ hier also bereits die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Auferlegung einer

¹⁵² Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55 VwVfG Rn. 13.

¹⁵³ Fehling, in: Fehling/Kastner/Störmer, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 58 VwVfG Rn. 19 f.; Rozek, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht – VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 58 Rn. 27 f.

Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes. Allerdings ist zu beachten, dass ein Eingriff im Sinne des § 58 Abs. 1 VwVfG nur in einer rechtswidrigen Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Dritten gesehen wird;¹⁵⁴ eine rechtmäßige Diensteanbieterverpflichtung oder ein rechtmäßiges modifiziertes Verhandlungsgebot würden demnach voraussichtlich keine Zustimmungspflicht auslösen.

4. Exkurs: mögliche Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur

a) Mögliche Zusagen der Mobilfunknetzbetreiber

Alternativ wäre neben oder anstatt einer rein vertraglichen Vereinbarung zwischen den Mobilfunknetzbetreibern und der EWE TEL auch ein modifiziertes Verhandlungsgebot im Rahmen einer Selbstverpflichtung der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber der Bundesnetzagentur denkbar. Hier könnte – in analoger Weise – die seinerzeitige Vorgehensweise im Zuge der Entscheidung über einen (Teil-)Widerruf der Regulierungsverpflichtungen der Deutschen Telekom GmbH (TDG) im Verfahren BK3g-15/004 fruchtbar gemacht werden. Hier hatte die TDG – und später auch deren Wettbewerber auf regionaler und lokaler Ebene – einseitig verbindliche Vertragsangebote über vertragsstrafenbewehrte Investitionspflichten in Form notariell beurkundeter Ausbauzusagen abgegeben. Zudem wurde ein Monitoring der Ausbauusage angeboten. Die Zusagen wurden anschließend von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Abwägung beim Erlass der Regulierungsverfügung gemäß § 21 TKG a. F. berücksichtigt.¹⁵⁵ Diese Vorgehensweise war damals hoch umstritten¹⁵⁶, wurde aber vom Bundesverwaltungsgericht als rechtskonform angesehen.¹⁵⁷

¹⁵⁴ *Fehling*, in: *Fehling/Kastner/Störmer*, Handkommentar Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 58 VwVfG Rn. 16; *Rozek*, in: *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht – VwVfG, Grundwerk Juli 2020, § 58 Rn. 26; *Spieth/Hellermann*, in: *Bader/Ronellenfitsch*, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 58 Rn. 5.

¹⁵⁵ Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur vom 1.9.2016 (Az.: BK 3g-15/004), S. 230 ff. (abrufbar im Internet unter der URL https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2015/BK3-15-0004/BK3-15-0004_Regulierungsverfuegung_download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=1; letzter Abruf 12.1.2026).

¹⁵⁶ Der Transparenz halber sei darauf hingewiesen, dass der hier beteiligte Rechtsgutachter *Kühling* damals im Auftrag der Bundesnetzagentur diese Vorgehensweise gutachterlich geprüft und als rechtlich belastbar bewertet hatte, siehe auch die Hinweise in Fn. 137.

¹⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 6.17, Rn. 58 ff. (abrufbar im Internet unter der URL <https://www.bverwg.de/de/210918U6C6.17.0>; letzter Abruf 12.1.2026).

Ausgestaltet war die Selbstverpflichtung als ein jederzeit annahmefähiges Angebot an die Bundesnetzagentur zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, mit dem sich die TDG einseitig zu einem Ausbau verpflichtete. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Verpflichtung am Maßstab der §§ 54 ff. VwVfG geprüft und als wirksamen – potenziellen – öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Form eines hinkenden Austauschvertrags qualifiziert.¹⁵⁸

b) Mögliche Zusagen der EWE TEL und weiterer Marktteilnehmer

Dem folgend könnten auch die EWE TEL und weitere Marktteilnehmer Selbstverpflichtungserklärungen gegenüber der Bundesnetzagentur abgeben und dabei insbesondere die EWE TEL entsprechend der zivilrechtlichen Lösung Klageverzichtserklärungen zusagen.

c) Kursorische Bewertung

Diese Vorgehensweise wäre hier sowohl kumulativ zur zivilrechtlichen Lösung denkbar oder könnte diese auch (alternativ) ersetzen. Sie ist aber deshalb nicht gleichermaßen erforderlich wie im Vectoring-Fall, da hier nicht eine seitens der Bundesnetzagentur durchsetzbare Verpflichtung des Regulierungsadressaten notwendig ist, um diese Verpflichtung anschließend durch die Bundesnetzagentur im Rahmen einer regulatorischen Entscheidung berücksichtigen zu können. Denn hier ist eine zivilrechtliche Vereinbarung zwischen dem Regulierungsadressaten und den von der Regulierung begünstigten Wettbewerbsunternehmen möglich, die insbesondere in Form einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebots erfolgen kann und die die Bundesnetzagentur ohne Verpflichtungswirkung ihr gegenüber im Rahmen des Frequenzvergabeverfahrens als Datum berücksichtigen kann.

Derartige Zusagen könnten aber aus Sicht der Bundesnetzagentur den Vorteil haben, dass sie durchsetzbare Verpflichtungen in die Hand bekommt, insbesondere gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern. Zusätzliche rechtliche Hindernisse oder Risiken sind nicht ersichtlich, da hier die oben skizzierten Anforderungen an einen öffentlich-rechtlichen Vertrag weniger problematisch als gegeben anzusehen sind, da die Verpflichtungen insbesondere nicht erst auf ein künftiges Frequenzvergabeverfahren referenzieren und damit

¹⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – 6 C 6.17, Rn. 62 ff.

nicht das oben beschriebene Problem der fraglichen Konnexität im Sinne des § 55 VwVfG auftritt, sollte überhaupt ein Vergleichsvertrag abgeschlossen werden (s. o., 3.). Gerade die Berücksichtigung zum Entscheidungszeitpunkt bereits im Markt vorhandener Diensteanbieterpflichtungen oder modifizierter Verhandlungsgebote im Rahmen der Analyse, ob solche im Rahmen einer möglicherweise gebotenen Anpassung der Frequenznutzungsbestimmungen notwendig sind, was bei einer vorhandenen Marktlösung nicht mehr erforderlich wäre, erscheint rechtlich unproblematisch.

Es sind daher keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken gegen eine solche Vorgehensweise ersichtlich.

5. Zwischenergebnis

Ein zentrales Interesse der EWE TEL besteht an einer Diensteanbieterpflichtung oder wenigstens an einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots. Dessen Kernelemente könnten neben dem bisherigen Verhandlungsgebot ein echtes Diskriminierungsverbot unter Einbezug des Eigenvertriebs der Mobilfunknetzbetreiber, der Ausschluss ordentlicher Kündigungsrechte der Diensteanbieterverträge durch die Mobilfunknetzbetreiber sowie eine Wholesale-Erlaubnis darstellen. Eine derartige Diensteanbieterpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot in Bezug auf die bisherige Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz könnte die EWE TEL – gegebenenfalls unter Einbezug weiterer Diensteanbieter – durch privatautonome Vereinbarung mit den Mobilfunknetzbetreibern erreichen.

Diese könnten auch ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Status quo und insbesondere der Vermeidung einer erneuten Versteigerung der Frequenzen durch Verzicht auf die weitere Rechtsdurchsetzung durch die EWE TEL haben. Das bezöge sich sowohl auf die Durchsetzung der Rechtsposition zur Frage der Notwendigkeit, ein ergänzendes Verfahren durchzuführen, als auch in Bezug auf die Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide.

Beim Abschluss einer solchen privatautonomen Vereinbarung wäre darauf zu achten, dass damit keine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeeinträchtigung verbunden ist. Das dürfte bei einer den Wettbewerb auf der nachgelagerten Diensteebene letztlich fördernden Diensteanbieterpflichtung bzw. einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots gewährleistet sein, sofern auf die Festlegung näherer Details, etwa der

Entgelte et cetera, verzichtet wird. Schon vor dem Hintergrund einer darauf bezogenen kartellrechtlichen Absicherungsnotwendigkeit empfiehlt sich eine Einbindung nicht nur der Bundesnetzagentur, sondern auch des Bundeskartellamts auf der Basis einer vertieften Prüfung der einzelnen Teile einer im Ergebnis angestrebten Vereinbarung.

Eine derartige Vereinbarung wäre aus Sicht der Mobilfunknetzbetreiber allerdings nur dann gewinnbringend, wenn anschließend die Bundesnetzagentur auch tatsächlich keine Versteigerung durchführt.

An einer solchen Einigung im Markt könnte auch die Bundesnetzagentur ein Interesse haben und auf diese Weise sowohl die Notwendigkeit einer erneuten Versteigerung vermeiden als auch eine mögliche Phase rechtsgrundloser Frequenznutzung, die im Falle eines gerichtlichen Obsiegens der EWE TEL einträte. Die Bundesnetzagentur könnte eine Diensteanbieterspflichtung sowie ein modifiziertes Verhandlungsgebot zwar ebenso im Rahmen der Frequenznutzungsbestimmungen vorsehen; dies würde allerdings nach der hier vertretenen Auffassung schon per se eine neue Vergabe erforderlich machen, womit der Status quo gerade nicht gewahrt wird. Ein denkbarer Lösungsweg bestünde eher für den Fall, dass die Bundesnetzagentur weiterhin die Option, auf ein ergänzendes Verfahren zu verzichten, als rechtlich zulässig ansieht, und auf ein solches auch tatsächlich verzichtet. Dann könnte der oben skizzierte Vertragsgegenstand zwischen den Mobilfunknetzbetreibern und der EWE TEL für beide Seiten vorteilhaft sein, da weitere Rechtsstreitigkeiten über die Notwendigkeit der Durchführung eines ergänzenden Verfahrens vermieden werden. Zudem würde der Umstand der vertraglichen Vereinbarung einer Diensteanbieterspflichtung oder des modifizierten Verhandlungsgebotes die Auferlegung im Rahmen von Frequenznutzungsbestimmungen überflüssig machen, so dass dadurch nicht automatisch die Notwendigkeit der Durchführung einer Versteigerung bedingt wird.

Alternativ denkbar wäre eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Bundesnetzagentur und der EWE TEL mit dem Inhalt einer Verpflichtung der EWE TEL zur Rücknahme der Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide im Gegenzug gegen eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Auferlegung einer Diensteanbieterspflichtung oder des modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung. Eine solche (synallagmatisch verknüpfte) vergleichsweise Vereinbarung erfüllt grundsätzlich die Voraussetzungen eines Austauschvertrags im Sinne des

§ 56 Abs. 1 VwVfG. Inwieweit die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot in einem künftigen Frequenzvergabeverfahren noch hinreichend die von § 55 VwVfG verlangte Konnexität wahrt, unterliegt allerdings rechtlichen Zweifeln.

Vor diesem Hintergrund wäre es auch denkbar, dass sich die Mobilfunknetzbetreiber zusätzlich oder alternativ zu einer vertraglichen Einigung mit der EWE TEL gegenüber der Bundesnetzagentur strafbewehrt dazu verpflichten, einer Diensteanbieterverpflichtung oder einem modifizierten Verhandlungsgebot nachzukommen, und ein Angebot auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Austauschvertrags abgeben. Ebenso wäre es denkbar, dass die EWE TEL ihre Verpflichtungen direkt in dementsprechende Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur kleidet. Gegen diese Vorgehensweise sind keine rechtlichen Bedenken ersichtlich. Sie entspricht einem vom Bundesverwaltungsgericht im Vectoring-Fall als rechtlich zulässig angesehenen Vorgehen der Bundesnetzagentur. Diese letztgenannte Vorgehensweise hätte gegebenenfalls den Vorteil, dass die Bundesnetzagentur im Vergleich zu einer rein zivilrechtlichen Marktlösung enger eingebunden wäre.

Vergleicht man die drei Handlungsoptionen ist die Zusagenvariante gleichermaßen rechtlich belastbar wie die zivilrechtliche Lösung. Damit verglichen weist die Option eines öffentlich-rechtlichen Vertrags der EWE TEL mit der Bundesnetzagentur mit dem Ziel der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder des modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung angesichts der verbleibenden Zweifel hinsichtlich der Wahrung des Konnexitätserfordernisses des § 55 VwVfG größere Restrisiken auf.

E. Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Pflicht der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz

1. Die Bundesnetzagentur hat die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz zurückzunehmen. Es besteht also nicht die von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 erwogene Handlungsoption, auf die Durchführung eines erneuten Versteigerungsverfahrens zu verzichten. Ein solches Vorgehen wäre rechtswidrig.
2. Als Rechtsgrundlage der behördlichen Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide ist § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit Abs. 3 VwVfG einschlägig.
3. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieses Rücknahmetatbestands liegen vor. Insbesondere sind die Frequenzzuteilungsbescheide aufgrund der rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der dafür maßgeblichen Vergabe- und Auktionsbestimmungen durch die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 als materiell rechtswidrig anzusehen; die materielle Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 steht dem nicht entgegen. Zudem wird erst mit behördlicher Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 durch die Bundesnetzagentur in Befolgung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 der für das Rücknahmeermessen im Hinblick auf die Frequenzzuteilungsentscheidungen maßgebliche Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL entstehen und wird damit erst die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG zu laufen beginnen.
4. Das Rücknahmeermessen der Bundesnetzagentur ist unter den im Einzelnen folgenden Bedingungen aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL auf null reduziert.

- a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs liegen vor, sobald die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 behördlich aufgehoben ist. Die Bundesnetzagentur hat durch die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in das subjektiv-öffentliche Recht der EWE TEL aus § 104 Abs. 4 Nr. 4 TKG eingegriffen, was durch das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln rechtskräftig festgestellt ist. Selbst nach dem Zweckrichtungskriterium der Rechtsprechung kann der Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und den Zuteilungsentscheidungen bejaht werden, wobei allerdings hervorzuheben ist, dass diese Bewertung mangels bereichsspezifischer Rechtsprechung mit einer gewissen Unsicherheit behaftet ist. Aus der Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung folgt die Rechtswidrigkeit des dadurch geschaffenen Zustands. Die für die Anspruchsentstehung konstitutive Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen wird allerdings erst mit behördlicher Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in Befolgung des Urteils vom 26. August 2024 eintreten.
- b) Der Erlass eines Bescheids zur Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz ist zulässiger Inhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs.
- c) Die materielle Bestandskraft der Zuschlagsbescheide vom 12. Juni 2019 führt derzeit zur rechtlichen Unmöglichkeit der Rücknahme der Zuteilungsbescheide. Die Bundesnetzagentur ist allerdings ab Entstehung des Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL aufgrund der rechtswidrigen Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 auch zur Rücknahme der Zulassungs- und Zuschlagsentscheidungen im Frequenzvergabeverfahren verpflichtet, so dass ihre materielle Bestandskraft ab ihrer behördlichen Aufhebung einer Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide nicht mehr entgegenstehen wird. Eine Rücknahme der Zulassungsentscheidung zum Vergabeverfahren erscheint wegen deren begrenzter Regelungswirkung nicht notwendig; ein auch darauf gerichteter Antrag bei der Bundesnetzagentur ist aber vorsichtshalber zu empfehlen.

- d) Selbst wenn man ein Verbot der Umgehung der Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage als Ausschlussgrund überhaupt anerkennt, der zur rechtlichen Unmöglichkeit der Folgenbeseitigung führen würde, wogegen allerdings beachtliche Argumente sprechen, kann dem Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL, gerichtet auf Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide nicht entgegengehalten werden, dass sie deren rechtzeitige Anfechtung sowie die Anfechtung der vorgeschalteten Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren schuldhaft versäumt habe. Denn soweit ihr – gegebenenfalls – eine Klagebefugnis zusteht, hat sie gegen alle ihr bekannt gewordenen (Frequenzzuteilungs-)Bescheide Widerspruch eingelegt und entzieht sich somit auch hinsichtlich möglicher weiterer, nicht angegriffener Frequenzzuteilungsbescheide eines Verschuldensvorwurfs.
- e) Die Folgenbeseitigung durch Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide ist für die Bundesnetzagentur auch nicht unzumutbar; darauf, ob auch die tatsächliche Rückabwicklung der darauf beruhenden Marktverhältnisse unzumutbar wäre, kommt es dabei nicht an.

II. Rücknahme der Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren mit Wirkung ex tunc oder ex nunc

- 1. Bei „einmalig“ rechtsgestaltenden Verwaltungsakten ist eine Rücknahme ex nunc kraft Natur der Sache ausgeschlossen.
 - a) Eine Rücknahme der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018, der Entscheidung über die Zulassung der Bieter zum Versteigerungsverfahren sowie der Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 kommt kraft Natur der Sache nur mit Wirkung ex tunc in Betracht.
 - b) Hingegen kommt bei den Frequenzzuteilungsbescheiden wegen des damit begründeten, andauernden Frequenznutzungsrechts auch eine behördliche Aufhebung mit Wirkung ex nunc in Betracht. Für die hiernach zu treffende Auswahlermessensentscheidung der Bundesnetzagentur spielen die (wirtschaftliche) Zumutbarkeit und die Auswirkungen der Rücknahme auf den Telekommunikationsmarkt eine bedeutsame Rolle.

2. Abweichendes ergibt sich nicht aus dem Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL. Dieser verlangt lediglich einen Entzug des in den Frequenzzuteilungen liegenden Nutzungsrechts mit Wirkung ex nunc.

III. Erneut durchzuführende Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren

1. Über die spezialgesetzlichen Regelungen des ergänzenden Verfahrens vor allem im Planungsrecht (vgl. etwa § 214 Abs. 4 BauGB, § 11 Abs. 6 ROG, § 75 Abs. 1a Satz 2 Hs. 1 VwVfG) hinaus können Verfahrensfehler unabhängig von der Handlungsform der Verwaltung in allen konsekutiv ausgestalteten Verwaltungsverfahren dadurch geheilt werden, dass das Verfahren beginnend mit der ersten fehlerhaften Verfahrenshandlung erneut durchgeführt wird. Eine rückwirkende Fehlerheilung ist mangels gesetzlicher Anordnung durch diesen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des ergänzenden Verfahrens nicht möglich. Als Alternative zum ergänzenden Verfahren kommt ausschließlich eine vollständige Wiederholung des Verwaltungsverfahrens von Beginn an in Betracht, nicht aber die isolierte Wiederholung nur des fehlerhaften Verfahrensschrittes. Der von der Bundesnetzagentur als Option ins Auge gefasste Verzicht auf eine erneute Frequenzversteigerung ist damit rechtlich unzulässig.
2. Mangels ergiebiger Rechtsprechung und eigenständiger Konzepte der Literatur zu anderen spezialgesetzlichen Fällen des ergänzenden Verfahrens spricht viel dafür, auch für den ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des ergänzenden Verfahrens die Maßstäbe der Rechtsprechung zu Änderungen der Sach- und Rechtslage im Rahmen des § 214 Abs. 4 BauGB für maßgeblich zu halten und somit auch auf das Frequenzvergabeverfahren anzuwenden.
 - a) Demnach ist den einzelnen Verfahrensschritten im ergänzenden Verfahren die jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen, wenn sie sich gegenüber der erstmaligen Durchführung des Verfahrens in beachtlicher Weise geändert hat. Als Kriterien zur Bestimmung der Beachtlichkeit lassen sich einerseits die seit der ursprünglichen Beschlussfassung verstrichene Zeit und andererseits ein zwischenzeitlich entstandenes Vertrauen Dritter heranziehen, was eine Abwägung im Einzelfall erfordert.

- b) Hinsichtlich der erneuten Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsregeln entfaltet das Bescheidungsurteil des Verwaltungsgerichts Köln Bindungswirkung, so dass die Bundesnetzagentur ohne Weiteres zur Zugrundelegung der aktuellen Sach- und Rechtslage verpflichtet ist.
 - c) Für die Maßgeblichkeit der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage bei Neudurchführung der weiteren Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren sprechen der lange Zeitraum von mehr als sieben Jahren seit erstmaliger Verfahrensdurchführung und die seitdem eingetretenen Änderungen der Marktlage; allerdings sind gegenläufige Vertrauensschutzgesichtspunkte einzubeziehen. Maßgeblich ist zudem die Neufassung des § 105 TKG, der eine veränderte Prioritätensetzung und eine Stärkung des Wettbewerbs als Abwägungsparameter in der Entscheidung der Bundesnetzagentur indiziert. Eine mit letzter Sicherheit eindeutige Aussage lässt sich insofern zwar nicht treffen. Angesichts des erheblichen Zeitraums seit der PKE III und IV 2018 ist jedoch sehr naheliegend, dass die damalige Marktlage kaum zugrunde gelegt werden kann, während dies hinsichtlich des Zeitraums seit der PKE 2025 näher geprüft werden müsste.
3. Soweit die aktuelle Sach- und Rechtslage maßgeblich ist, darf die Bundesnetzagentur dabei wegen der Komplexität der Materie zwar grundsätzlich auf nicht tagesaktuelle Daten zum Marktgeschehen zurückgreifen, muss aber, wenn sich beispielsweise aufgrund von Stellungnahmen der Marktteilnehmer Anhaltspunkte dafür ergeben, dass diese Daten nicht mehr der tatsächlichen Marktlage entsprechen, neue Ermittlungen von Amts wegen einleiten; andernfalls verstieße sie gegen § 24 Abs. 1 und 2 VwVfG, was einen erneuten Verfahrensfehler in der Frequenzvergabe nach sich zöge.

IV. Lösungsmöglichkeiten durch außergerichtliche Einigung

Zu den im Anhörungsverfahren aufgeworfenen Handlungsoptionen gibt es rechtliche Möglichkeiten, diese Konsequenzen durch außergerichtliche vertragliche Einigungen zwischen den Akteuren ausgehend von deren denkbaren Interessenlagen zu vermeiden.

1. Ein zentrales Interesse der EWE TEL besteht an einer Diensteanbietersverpflichtung oder wenigstens an einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots. Dessen Kernelemente könnten neben dem bisherigen Verhandlungsgebot ein echtes Diskriminierungsverbot unter Einbezug des Eigenvertriebs der Mobilfunknetzbetreiber, der Ausschluss ordentlicher Kündigungsrechte der Diensteanbieterverträge durch die Mobilfunknetzbetreiber sowie eine Wholesale-Erlaubnis darstellen. Eine derartige Diensteanbietersverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot in Bezug auf die bisherige Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz könnte die EWE TEL – gegebenenfalls unter Einbezug weiterer Diensteanbieter – durch privatautonome Vereinbarung mit den Mobilfunknetzbetreibern erreichen.
2. Die Mobilfunknetzbetreiber könnten auch ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Status quo und insbesondere der Vermeidung einer erneuten Versteigerung der Frequenzen durch Verzicht auf die weitere Rechtsdurchsetzung durch die EWE TEL haben. Das bezöge sich sowohl auf die Durchsetzung der Rechtsposition zur Frage der Notwendigkeit, ein ergänzendes Verfahren durchzuführen, als auch in Bezug auf die Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide.
3. Der Abschluss einer privatautonomen Vereinbarung zwischen der EWE TEL und den Mobilfunknetzbetreibern könnte auf eine Diensteanbietersverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot durch die Mobilfunknetzbetreiber im Gegenzug gegen einen Verzicht auf die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche der EWE TEL gegen die Bundesnetzagentur gerichtet sein.

- a) Dabei wäre darauf zu achten, dass damit keine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeeinträchtigung verbunden ist. Das dürfte bei einer den Wettbewerb auf der nachgelagerten Diensteebene letztlich fördernden Diensteanbieterverpflichtung bzw. einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots gewährleistet sein, sofern auf die Festlegung näherer Details, etwa der Entgelte et cetera, verzichtet wird. Schon vor dem Hintergrund einer darauf bezogenen kartellrechtlichen Absicherungsnotwendigkeit empfiehlt sich eine Einbindung nicht nur der Bundesnetzagentur, sondern auch des Bundeskartellamts auf der Basis einer vertieften Prüfung der einzelnen Teile einer im Ergebnis angestrebten Vereinbarung.
- b) Eine derartige Vereinbarung wäre aus Sicht der Mobilfunknetzbetreiber allerdings nur dann gewinnbringend, wenn anschließend die Bundesnetzagentur auch tatsächlich keine Versteigerung durchführt.
- c) An einer solchen Einigung im Markt könnte auch die Bundesnetzagentur ein Interesse haben und auf diese Weise sowohl die Notwendigkeit einer erneuten Versteigerung vermeiden als auch eine mögliche Phase rechtsgrundloser Frequenznutzung, die infolge eines nicht mit Sicherheit prognostizierbaren gerichtlichen Obsiegens der EWE TEL einträte. Die Bundesnetzagentur könnte eine Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot zwar ebenso im Rahmen der Frequenznutzungsbestimmungen vorsehen; dies würde allerdings nach der hier vertretenen Auffassung schon per se eine Vergabe erforderlich machen, womit der Status quo gerade nicht gewahrt wird. Ein denkbarer Lösungsweg bestünde eher für den Fall, dass die Bundesnetzagentur weiterhin die Option, auf ein ergänzendes Verfahren zu verzichten, als rechtlich zulässig ansieht, und auf ein solches auch tatsächlich verzichtet. Dann könnte der oben skizzierte Vertragsgegenstand zwischen den Mobilfunknetzbetreibern und der EWE TEL für beide Seiten vorteilhaft sein, da weitere Rechtsstreitigkeiten über die Notwendigkeit der Durchführung eines ergänzenden Verfahrens vermieden werden. Zudem würde der Umstand der vertraglichen Vereinbarung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes die Auferlegung im Rahmen von Frequenznutzungsbestimmungen

überflüssig machen, so dass dadurch nicht automatisch die Notwendigkeit der Durchführung einer Versteigerung bedingt wird.

4. Alternativ denkbar wäre eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Bundesnetzagentur und der EWE TEL mit dem Inhalt einer Verpflichtung der EWE TEL zur Rücknahme der Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide im Gegenzug gegen eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung.
 - a) Eine solche (synallagmatisch verknüpfte) vergleichsweise Vereinbarung erfüllt grundsätzlich die Voraussetzungen eines Austauschvertrags im Sinne des § 56 Abs. 1 VwVfG, dessen Anforderungen daher kumulativ zu denen des § 55 VwVfG zu beachten wären.
 - b) Inwieweit die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes in einem künftigen Frequenzvergabeverfahren noch hinreichend die von § 55 VwVfG verlangte Konnexität zu den für einen Vergleichsvertrag notwendigen Ungewissheiten über die Rechtslage in Bezug auf die Folgen des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 wahrt, unterliegt allerdings rechtlichen Zweifeln.
5. Schließlich wäre auch denkbar, dass sich die Mobilfunknetzbetreiber zusätzlich oder alternativ zu einer vertraglichen Einigung mit der EWE TEL gegenüber der Bundesnetzagentur strafbewehrt verpflichten, einer Diensteanbieterverpflichtung oder einem modifizierten Verhandlungsgebot nachzukommen, und ein dementsprechendes Angebot auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Austauschvertrags abgeben. Ebenso wäre es denkbar, dass die EWE TEL ihre Verpflichtungen direkt in dementsprechende Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur kleidet. Gegen diese Vorgehensweise sind keine rechtlichen Bedenken ersichtlich. Sie entspricht einem vom Bundesverwaltungsgericht im Vectoring-Fall als rechtlich zulässig angesehen Vorgehen der Bundesnetzagentur.

6. Die letztgenannte Vorgehensweise hätte gegebenenfalls den Vorteil, dass die Bundesnetzagentur im Vergleich zu einer rein zivilrechtlichen Marktlösung enger eingebunden wäre. Vergleicht man die drei Handlungsoptionen ist die Zugangsvariante gleichermaßen rechtlich belastbar wie die zivilrechtliche Lösung. Damit verglichen weist die Option eines öffentlich-rechtlichen Vertrags der EWE TEL mit der Bundesnetzagentur mit dem Ziel der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder des modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung angesichts der verbleibenden Zweifel hinsichtlich der Wahrung des Konnexitätserfordernisses des § 55 VwVfG größere Restrisiken auf.

Regensburg, den 12. Januar 2026

(Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.)

(Dr. Stefan Drechsler)