

Prof. Dr. Thomas Fetzner, LL.M. (Vanderbilt)

Universitätsprofessor an der Universität Mannheim

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Regulierungsrecht und Steuerrecht

**Rechtliche Rahmenbedingungen für das weitere Vorgehen
der Bundesnetzagentur im Verfahren BK1-25/001**

EXECUTIVE SUMMARY	3
A GUTACHTENAUFTRAG	5
B GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME	7
I. RECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT VON HANDLUNGSOPTION 1.....	7
1. <i>Kein zwangsläufiger Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen PKE III und PKE IV einerseits und sich anschließenden Entscheidungen andererseits.....</i>	<i>7</i>
2. <i>Möglichkeit zur rückwirkenden Ersetzung der PKE III und PKE IV.....</i>	<i>10</i>
a) Aufhebung der Entscheidungen mit Wirkung ex tunc oder ex nunc.....	10
b) Möglichkeit zur rückwirkenden Ersetzung der PKE III und PKE IV.....	11
c) Keine Pflicht zur Durchführung eines ergänzenden Verfahrens	18
3. <i>Zwischenergebnis.....</i>	<i>20</i>
II. MAßGABEN FÜR DAS WEITERE VORGEHEN	21
1. <i>Maßgaben für die Entscheidung zwischen Handlungsoption 1 und 2.....</i>	<i>22</i>
a) Gesichtspunkte für Handlungsoption 1	22
b) Gesichtspunkte für Handlungsoption 2	24
c) Zwischenergebnis.....	25
2. <i>Maßgaben für den Neuerlass der PKE III im Rahmen von Handlungsoption 1.....</i>	<i>26</i>
3. <i>Zwischenergebnis.....</i>	<i>28</i>
C ERGEBNISSE.....	30

Executive Summary

Die Bundesnetzagentur ist nicht verpflichtet bei der Neubescheidung der Vergabe- und Auktionsregeln der 5G-Auktion 2019 (PKE III und PKE IV) nach Handlungsoption 2 ihres Anhörungspapiers vom Dezember 2025 vorzugehen, sondern kann in rechtmäßiger Weise Handlungsoption 1 wählen.

Ausgehend von der Rechtsprechung des BVerwG besteht zwischen der PKE III und PKE IV einerseits und den nachfolgenden Entscheidungen im 5G-Frequenzvergabeverfahren andererseits kein Rechtmäßigkeitszusammenhang dergestalt, dass die Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV zwangsläufig die Rechtswidrigkeit der ihnen nachfolgenden Entscheidungen zur Folge hätte. Die Rechtmäßigkeit nachfolgender Entscheidungen hängt vielmehr davon ab, ob es möglich ist, die PKE III und PKE IV rückwirkend neu so zu erlassen, dass diese neuen Entscheidungen das Fundament der bestehenden, auf ihnen aufbauenden Entscheidungen bilden können.

Ein solch rückwirkender Erlass der PKE III und PKE IV ist ausgehend von der Rechtsprechung des BVerwG grundsätzlich möglich. Voraussetzung dafür ist, dass die PKE III und PKE IV zum ursprünglichen Erlasszeitpunkt rechtmäßig hätten ergehen können, dass ihr rückwirkender Neuerlass noch rechtliche Bedeutung erlangen kann und dass einem rückwirkenden Erlass keine Vertrauensschutzgesichtspunkte entgegenstehen. Nicht relevant ist nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hingegen, an welchem Rechtsfehler die ursprünglichen Entscheidungen leiden. Da die Voraussetzungen für einen rückwirkenden Erlass allesamt erfüllt sind, kann die BNetzA im Sinne der Handlungsoption 1 die PKE III und PKE IV neu erlassen, ohne das gesamte Vergabeverfahren einschließlich der Frequenzauktion nochmals durchführen zu müssen.

Da es somit telekommunikationsspezifische Regelungen gibt, auf deren Grundlage die PKE III und PKE IV nachträglich mit Rückwirkung in rechtmäßiger Weise ersetzt werden können, kommt es auf die Frage, ob die Entscheidungen mit Wirkung ex tunc oder ex nunc aufgehoben werden müssen, nicht an.

Der Rückgriff auf ein allgemeines Institut eines ergänzenden Verfahrens für die Bewältigung der Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV ist weder erforderlich noch zulässig, da dies bereits auf Grundlage des TKG möglich ist.

Bei der Entscheidung zwischen Handlungsoption 1 und Handlungsoption 2 sprechen sehr starke Gründe dafür, dass Handlungsoption 1 besser den frequenzspezifischen ebenso wie den allgemeinen Regulierungszielen gerecht wird. Maßgeblich hierfür ist die mit einer Neuvergabe im Sinne der Handlungsoption 2 einhergehende Marktunsicherheit, aufgrund derer die aktuellen Zuteilungsinhaber bis zum Abschluss eines erneuten Vergabeverfahrens

voraussichtlich weniger Infrastrukturinvestitionen tätigen würden. Dies würde insbesondere einer effizienten Frequenznutzung, der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen sowie den Verbraucher- und Nutzerinteressen zuwiderlaufen.

Sofern die BNetzA Handlungsoption 1 wählt, müssen die Frequenznutzungsbestimmungen grundsätzlich unverändert neu erlassen werden. Die Auktionserlöse aus der Frequenzversteigerung auf der einen Seite und die Frequenznutzungsbestimmungen auf der anderen Seite stehen in einem untrennbaren Gegenseitigkeitsverhältnis, das nachträglich wertbeeinflussenden Veränderungen entgegensteht. Dies schließt insbesondere eine isolierte Schärfung der Diensteanbieterregelungen im Vergleich zur Form in der ursprünglichen PKE III aus.

A Gutachtenauftrag

Mit den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 16.10.2025¹ steht rechtskräftig fest, dass die Vergabe- und Auktionsregeln (Präsidentenkammerentscheidungen III und IV, in der Folge: PKE III und PKE IV²) der 2019 durchgeführten Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz rechtswidrig sind. Ausgehend von den erstinstanzlichen Urteilen des Verwaltungsgerichts Köln ist die Bundesnetzagentur (BNetzA) dazu verpflichtet, die PKE III und PKE IV aufzuheben und neu zu bescheiden.³

Die BNetzA hat im Dezember 2025 eine Anhörung zum weiteren Vorgehen in diesem Verfahren durchgeführt.⁴ Hierbei hat sie zwei mögliche Optionen skizziert: Handlungsoption 1 ist ggf. eine Anpassung der im Rahmen der Frequenzvergabe 2019 zugeteilten Frequenznutzungsrechte bei gleichzeitigem Neuerlass der PKE III und PKV IV ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens. Handlungsoption 2 ist demgegenüber die erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens mit einer sich anschließenden Neuzuteilung der Frequenznutzungsrechte.⁵

Die BNetzA geht davon aus, dass beide Handlungsoptionen grundsätzlich in rechtmäßiger Weise ausgestaltet werden können. Ein im Auftrag der EWE TEL erstattetes Rechtsgutachten kommt demgegenüber zu dem Ergebnis, dass die BNetzA dazu verpflichtet sei, nicht nur die PKE III und PKE IV, sondern alle Rechtsakte, die nach dem Erlass der rechtswidrigen Vergabe- und Auktionsregeln in diesem Frequenzvergabeverfahren ergangen sind, im Wesentlichen mit Wirkung ex tunc⁶ zurückzunehmen und das Vergabeverfahren ab der Verfahrenshandlung

¹ BVerwG, Beschl. v. 16.10.2025, Az. 6 B 5.25, ECLI:DE:BVerwG:2025:161025B6B5.25.0 und Az. 6 B 6.25, ECLI:DE:BVerwG:2025:161025B6B6.25.0.

² BNetzA, BK1-17/001, Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten, Entscheidung gemäß §§ 55 Abs. 10, 61 Abs. 3 und Abs. 4 und Abs. 6, 132 Abs. 1 und Abs. 3 TKG

³ VG Köln, Urt. v. 26.08.2024, Az. 1 K 1281/22; 1 K 8531/18, ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K1281.22.00; ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K8531.18.00.

⁴ BNetzA, Anhörung der interessierten Kreise zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Vorgehen im Verfahren BK1-25/001, Dezember 2025.

⁵ BNetzA, oben FN 4, S. 7.

⁶ Mit Ausnahme der Frequenzzuteilungsbescheide, Kühling/Drechsler, 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, 12. Januar 2026, S. 40 ff.

einer Neubescheidung über die Vergabe- und Auktionsregeln als so genanntes „ergänzendes Verfahren“ neu durchzuführen.⁷

Tragende Begründung hierfür ist, dass ein Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen den Entscheidungen PKE III und PKE IV einerseits und allen sich anschließenden Verwaltungsakten andererseits bestehe, in dessen Folge die BNetzA dazu verpflichtet sei, bis hin zu den jeweiligen Frequenzzuteilungen alle diese Verwaltungsakte aufzuheben. Eine „Heilung“ des gesamten Verfahrens dadurch, dass die BNetzA die PKE III und PKE IV rückwirkend neu erlässt, soll demnach nicht in Betracht kommen. Vielmehr müsse in sinngemäßer Heranziehung allgemeiner verwaltungsverfahrenrechtlicher Prinzipien das gesamte Verfahren ab den beiden Entscheidungen PKE III und PKE IV erneut durchgeführt werden. Folgt man dieser Auffassung, könnte im Ergebnis ausschließlich die von der BNetzA skizzierte Handlungsoption 2 in rechtmäßiger Weise gewählt werden.

Ich bin von der Deutsche Telekom gebeten worden, gutachterlich dazu Stellung zu nehmen, ob es eine rechtliche Verpflichtung der BNetzA gibt, im Sinne der Handlungsoption 2 das Vergabeverfahren 2019 beginnend mit einer Neubescheidung der hierfür relevanten Vergabe- und Auktionsbedingungen erneut durchzuführen, oder ob die Behörde grundsätzlich in rechtmäßiger Weise auch Handlungsoption 1 wählen könnte, also allein die Vergabe- und Auktionsbedingungen neu erlassen könnte, ohne sämtliche sich daran anschließenden Verfahrensschritte erneut durchzuführen. Darüber hinaus soll beleuchtet werden, welche weiteren Maßgaben bei einem Vorgehen im Sinne der Handlungsoption 1 gelten würden

⁷ *Kühling/Drechsler*, oben Fußnote 6, S. 6 ff.

B Gutachterliche Stellungnahme

In einem ersten Schritt soll geprüft werden, inwieweit die in der gutachterlichen Stellungnahme der EWE TEL angeführten rechtlichen Einwände gegen die Zulässigkeit eines Vorgehens i.S.d. Handlungsoption 1 durchgreifen (dazu B I.) In einem zweiten Schritt soll – nachdem dargelegt worden ist, dass die Einwände nicht durchgreifen – kurz beleuchtet werden, welche wesentlichen rechtlichen Maßgaben für das weitere Vorgehen im Verfahren BK1-25/001 von der BNetzA zu berücksichtigen sind (dazu B II.).

I. Rechtliche Zulässigkeit von Handlungsoption 1

Gegen die rechtliche Zulässigkeit von Handlungsoption 1 werden in der gutachterlichen Stellungnahme im Auftrag der EWE TEL im Wesentlichen zwei Aspekte vorgebracht:

Erstens bestehe zwischen den rechtswidrigen Entscheidungen PKE III und PKE IV einerseits sowie allen sich daran anschließenden Entscheidungen der BNetzA andererseits, also insbesondere der Zulassung von Unternehmen zur Versteigerung, dem Zuschlag in der Versteigerung und den abschließenden Frequenzzuteilungsbescheiden ein Rechtmäßigkeitszusammenhang dergestalt, dass alle diese letztgenannten Entscheidungen von der Behörde aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden müssten, da sie in Folge der Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV ihrerseits rechtswidrig seien⁸ (dazu 1.).

Zweitens sei eine rückwirkende „Heilung“ des gesamten Vergabeverfahrens durch einen Neuerlass der PKE III und PKE IV nicht zulässig, so dass aufgrund eines allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Prinzips eine vollständige Neudurchführung des Frequenzvergabeverfahrens beginnend mit einem Neuerlass der als rechtswidrig feststehenden PKE III und PKE IV im Wege eines sogenannten „ergänzenden Verfahrens“ erforderlich sei⁹ (dazu 2.).

1. Kein zwangsläufiger Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen PKE III und PKE IV einerseits und sich anschließenden Entscheidungen andererseits

Tragende Ausgangsthese der gutachterlichen Stellungnahme im Auftrag der EWE TEL ist, dass zwischen den einzelnen Verfahrensschritten in dem Frequenzvergabeverfahren ein Rechtswidrigkeitszusammenhang dergestalt bestehe, dass eine rechtswidrige Entscheidung in dem Verfahren alle ihr nachfolgenden Entscheidungen zwangsläufig mit ihrer Rechtswidrigkeit infiziere.¹⁰

⁸ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 15.

⁹ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 37 ff.

¹⁰ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 15.

Diese grundlegende Annahme eines zwingenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs vermag auf Grundlage der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu überzeugen.¹¹ So hat das BVerwG zwar in seiner Rechtsprechung betont, dass in einem Frequenzvergabeverfahren die einzelnen Verfahrensschritte das Fundament für die jeweils nachfolgenden Verfahrensschritte bilden.¹² Das Gericht hat aber daraus nicht abgeleitet, dass die Rechtswidrigkeit eines Verfahrensschritts zwingend zur Rechtswidrigkeit nachfolgender Verfahrensschritte führt.

Vielmehr bezeichnet die auch in der gutachterlichen Stellungnahme der EWE TEL für die Begründung eines solchen Rechtswidrigkeitszusammenhangs angeführte Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 2009 das Fundament ausdrücklich nur als „sachliches“ und nicht als „rechtliches“. Dies ist auch vor dem Hintergrund konsequent, dass das Gericht das Frequenzvergabeverfahren als ein gestuftes Verfahren ansieht.¹³ Das BVerwG spricht insofern von einem „Abschichtungseffekt“¹⁴, bei dem das „Gesamtp Problem phasenweise abgearbeitet und konkretisiert“¹⁵ wird. Mit anderen Worten: Die unterschiedlichen Verfahrensschritte in einem Frequenzvergabeverfahren dienen dazu, unterschiedliche Sachfragen abgeschichtet zu lösen, die als solche inhaltlich aufeinander aufbauen. In diesem Sinne bilden vorangegangene Entscheidungen dann auch ein sachliches Fundament für nachfolgend zu lösende Sachfragen: So kann beispielsweise ohne Auktionsbedingungen mangels entsprechender Regelungen kein Vergabeverfahren in Form einer Auktion durchgeführt werden. Da die Frequenznutzungsbestimmungen im Falle eines Vergabeverfahrens gemäß § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG¹⁶ schon durch die Vergabebedingungen festgelegt werden, fehlt den Frequenznutzungsbestimmungen ein sachliches Fundament, sofern es keine entsprechenden Vergabebedingungen gibt.

Den Schluss, dass aus dieser inhaltlichen Abhängigkeit der Entscheidungen ein zwangsläufiger Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen den einzelnen Entscheidungen folgt, zieht das Gericht dann aber nicht. Im Gegenteil geht die Rechtsprechung davon aus, dass jede dieser Entscheidungen der eigenständigen Bestandskraft unterliegt und dementsprechend

¹¹ Soweit ersichtlich hat das BVerwG einen solchen Rechtswidrigkeitszusammenhang in seiner Rechtsprechung an keiner Stelle explizit bejaht oder verneint. Allerdings spricht die Rechtsprechung sehr deutlich gegen einen solchen Zusammenhang, wofür sich insbesondere in der Entscheidung *BVerwG*, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368 starke Argumente finden, wie in der Folge ausgeführt wird.

¹² *BVerwG*, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368, Rn. 25.

¹³ *BVerwG*, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368, Rn. 24.

¹⁴ *BVerwG*, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368, Rn. 27.

¹⁵ *BVerwG*, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368, Rn. 24.

¹⁶ Paragraphenangaben beziehen sich, soweit nicht ausdrücklich anders gekennzeichnet, auf das TKG in seiner aktuellen Fassung, das für das weitere Vorgehen der BNetzA zur Anwendung kommt, vgl. *VG Köln*, Urt. v. 26.08.2024, Az. 1 K 1281/22, 1 K 8531/18, ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K1281.22.00.; ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K8531.18.00, Rn. 296.

selbstständig angefochten werden muss.¹⁷ Dies spricht aber sehr deutlich dafür, dass die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit anderer Entscheidungen im Verfahrensgang hat. Die vom Gericht festgestellte Abschichtung des Rechtsschutzes setzt vielmehr konsequenterweise voraus, dass auch die Rechtmäßigkeit der einzelnen Entscheidungen getrennt zu beurteilen ist. Dies zeigt sich auch daran, dass das BVerwG die Anwendung des § 44a VwGO auf Frequenzzuteilungen ausdrücklich ablehnt.¹⁸ Würde tatsächlich die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung alle nachfolgenden Entscheidungen bis hin zur Frequenzzuteilungsentscheidung mit ihrer Rechtswidrigkeit automatisch infizieren, läge es nahe, auch nur diese Entscheidung der gerichtlichen Überprüfung zu unterwerfen. Die vom Gericht bejahte eigenständige Bestandskraft der einzelnen Entscheidungen hätte bei der Annahme eines zwangsläufigen Rechtswidrigkeitszusammenhangs keine praktische Bedeutung mehr, wenn die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung regelmäßig zur Aufhebung folgender Entscheidungen führen müsste.

Ausgehend von der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung überzeugt daher die Annahme eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs, bei dem die Rechtswidrigkeit einer früheren Entscheidung stets zur Rechtswidrigkeit sich anschließender Entscheidungen führt, nicht. Das bedeutet auch, dass die Rechtswidrigkeit der PKE III und der PKE IV nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit aller sich an diese Entscheidungen anschließenden Verwaltungsakte führt.

Damit liegen allein aufgrund der Rechtswidrigkeit der PKE III und der PKE IV auch nicht zwangsläufig die Voraussetzungen des § 48 VwVfG bezogen auf die Zulassung zum Vergabeverfahren, den Zuschlag im Vergabeverfahren und die abschließenden Frequenzzuteilungsbescheide vor. Eine Aufhebung dieser Entscheidungen wäre allenfalls dann in Betracht zu ziehen, wenn die BNetzA nach Aufhebung der PKE III und PKE IV diese nicht erneut so erlassen könnte, dass sie das sachliche Fundament für alle anschließenden Sachentscheidungen bilden können.

Um im Bild des Fundaments zu bleiben: Nur wenn das mangelhafte Fundament in Gestalt der rechtswidrigen PKE III und PKE IV nicht saniert werden kann, stellt sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit der auf dem mangelhaften Fundament aufbauenden Entscheidungen, also nach einem Abriss und Neubau des darauf errichteten Frequenzvergabeverfahrens. Die nachfolgenden Entscheidungen sind aber nicht allein aufgrund der Mangelhaftigkeit des Fundaments ihrerseits mangelhaft, sondern allenfalls dann, wenn das mangelhafte Fundament nicht saniert werden kann, indem es rechtmäßig neu erlassen wird.

¹⁷ BVerwG, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368, Rn. 25.

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368, Rn. 23 ff.

2. Möglichkeit zur rückwirkenden Ersetzung der PKE III und PKE IV

Es stellt sich damit die vorgreifliche Frage, ob die BNetzA die PKE III und PKE IV in einer Weise so neu erlassen kann, dass sie weiterhin das sachliche Fundament für die nachfolgenden Entscheidungen bilden können. Nur wenn das nicht der Fall sein sollte, würde sich die Frage stellen, ob die Behörde tatsächlich alle sich an die PKE III und PKE IV anschließenden Entscheidungen nach § 48 VwVfG aufheben und neu erlassen müsste.¹⁹

a) **Aufhebung der Entscheidungen mit Wirkung ex tunc oder ex nunc**

Die gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der EWE TEL geht zum einen davon aus, dass eine Pflicht der BNetzA bestehe, sowohl die PKE III und PKE IV als auch die sich hieran anschließenden Entscheidungen mit Ausnahme der Frequenzzuteilungsbescheide mit Wirkung ex tunc aufzuheben.²⁰ Zum anderen könne die Behörde die PKE III und die PKE IV auch nicht nachträglich so neu erlassen, dass das gesamte Frequenzvergabeverfahren „geheilt“ werde.²¹

Im Ergebnis bestehen gegen beide Prämissen grundsätzliche Bedenken, so dass auch der aus ihnen gezogene Schlussfolgerung, wonach die BNetzA nicht in rechtlich zulässiger Weise nach Handlungsoption 1 vorgehen kann, nicht zuzustimmen ist.

Soweit davon ausgegangen wird, dass die BNetzA die Entscheidungen PKE III und PKE IV nur mit Wirkung ex tunc aufheben könne, spricht dagegen bereits, dass das VG Köln die PKE III und PKE IV selbst nicht aufgehoben hat, sondern die Aufhebung ausdrücklich der BNetzA aufgetragen hat, ohne hierbei der Behörde vorzugeben, ob diese Aufhebung mit Wirkung ex tunc oder ex nunc zu geschehen habe. Dies wird auch vom BVerwG ausdrücklich bestätigt, wenn es ausführt:

„Vielmehr überlässt es [das Urteil des VG] im Ergebnis der Beklagten [der BnetzA], wann und mit Wirkung zu welchem Zeitpunkt sie ihrer im Zusammenhang mit der Verurteilung zur Neubescheidung ausgesprochenen Verpflichtung nachkommt, den als rechtswidrig erachteten Verwaltungsakt aufzuheben.“²²

¹⁹ So hat das BVerwG im Bereich des strukturell vergleichbaren Entgeltgenehmigungsverfahrens, das auch die Züge eines gestuften Verfahrens trägt, da zunächst über die Genehmigungsbedürftigkeit von Entgelten und dann in einem gesonderten Verfahrensschritt über deren Genehmigungsfähigkeit entschieden wird, ausgeführt, dass eine Rücknahme einer Entgeltgenehmigung nach § 48 VwVfG in Betracht kommen kann, wenn eine Entscheidung über die Genehmigungspflicht von Entgelten rechtswirksam aufgehoben wird, BVerwG, Urt. v. 14.12.2011, Az. 6 C 36/10, NVwZ-RR 2012, 192 Rn. 21. Es hat aber zugleich entschieden, dass eine rückwirkende Ersetzung einer solchen Entgeltgenehmigungspflicht möglich ist, so dass auch im Entgeltgenehmigungsverfahren das sachliche Fundament der Entgeltgenehmigungspflicht noch nachträglich hergestellt bzw. saniert werden kann, BVerwG, Urt. v. 14.12.2011, Az. 6 C 36/10, NVwZ-RR 2012, 192 Rn. 21 ff. Dazu unten ausführlicher B 2. b).

²⁰ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 37 ff.

²¹ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 43 ff.

²² BVerwG, Beschl. v. 16.10.2025, Az. 6 B 5.25, ECLI:DE:BVerwG:2025:161025B6B5.25.0., Rn. 29.

Diese vom VG Köln eingeräumte Offenheit der BNetzA bezogen auf den Wirkungszeitpunkt der behördlichen Aufhebung ist vom BVerwG unbeanstandet geblieben, so dass es bereits aus diesem Grund zweifelhaft ist, eine Pflicht der BNetzA zur Aufhebung der PKE III und PKE IV mit Wirkung ex tunc anzunehmen. Denn wenn dies tatsächlich die einzig rechtlich zulässige Vorgehensweise wäre, hätte das Gericht dies auch entsprechend aussprechen können.

Die damit vom Gericht offenbar als grundsätzlich zulässig angesehenen Möglichkeiten, die PKE III und PKE IV sowohl mit Wirkung ex tunc als auch ex nunc aufzuheben, verdichten sich auch nicht zu einer Pflicht zur Aufhebung mit Wirkung ex tunc „kraft Natur der Sache“.²³ Soweit eine solche Pflicht zur Aufhebung „kraft Natur der Sache“ damit begründet wird, dass die PKE III und die PKE IV nur auf eine einmalige Gestaltung der Rechtslage gerichtet seien, deren Regelungswirkung sich mit einer Umgestaltung der Rechtslage „verbraucht“ habe, nachdem die Frequenzauktion abgeschlossen worden war, erscheint dies nicht überzeugend:

So entsteht bei einem solchen Vorverständnis schon begrifflich ein gewisses Spannungsverhältnis zu der bereits erwähnten bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die vorangegangenen Entscheidungen in einem Frequenzvergabeverfahren das sachliche Fundament der sich anschließenden Entscheidungen bilden.

Um im Bild des Fundaments zu bleiben: So wie das Fundament eine dauerhafte Grundlage für die Stabilität eines Gebäudes bildet, haben auch die PKE III und PKE IV eine über den Zeitpunkt ihrer Festlegungen hinaus dauerhafte Wirkung für die auf ihnen errichteten Frequenzzuteilungen. Besonders deutlich wird dies, wie schon erwähnt, an den Frequenznutzungsbestimmungen: Sie werden durch die PKE III gemäß § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG vorbestimmt und können im Nachhinein nach der Rechtsprechung des BVerwG auch nicht mehr ohne weiteres verändert werden.²⁴ Damit sind die Rechtswirkungen der PKE III aber keinesfalls mit Abschluss des konkreten Vergabeverfahrens erschöpft, sondern wirken fort. Dementsprechend spricht auch wenig dafür, dass eine Aufhebung mit Wirkung ex nunc mangels fortbestehender Regelungswirkung „denklogisch“ ausgeschlossen ist.²⁵

b) Möglichkeit zur rückwirkenden Ersetzung der PKE III und PKE IV

Letztlich kommt es aber auf diese Frage deshalb nicht an, weil ausgehend von der Rechtsprechung des BVerwG auch ein nachträglich rückwirkender Erlass der PKE III und PKE IV möglich ist. Selbst wenn man daher der Auffassung folgen wollte, dass die PKE III und PKE IV ebenso wie die folgenden Entscheidungen mit Ausnahme der Frequenzzuteilungsbescheide mit

²³ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 38.

²⁴ BVerwG, Beschl. v. 20.10.2021, Az. 6 C 13.10, ECLI:DE:BVerwG:2025:161025B6B6.25.0, Rn. 13.

²⁵ So Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 38.

Wirkung ex tunc aufgehoben werden müssen, könnte die BNetzA diese ebenso mit Wirkung ex tunc neu erlassen und damit das Fundament für die nachfolgenden Entscheidungen wiederherstellen.

So hat das BVerwG bereits 2014 in einer frequenzrechtlichen Entscheidung ausgesprochen, dass

„sich auf Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung und mit Hilfe der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation ohne Weiteres [...] [sagen lässt], dass es § 55 Abs. 9 TKG [in der 2012 geltenden Fassung, die insofern § 91 Abs. 9 TKG entspricht] [...] nicht ausschließt, dass die Bundesnetzagentur die im formellen Beschlusskammerverfahren zu treffende Entscheidung, von einem der Frequenzzuteilung vorgeschalteten Verfahren abzusehen, auch rückwirkend treffen kann.“²⁶

Offen ist, weshalb dieser Entscheidung in der gutachterlichen Stellungnahme im Auftrag der EWE TEL – soweit ersichtlich – keine besondere Relevanz für die Möglichkeit einer rückwirkenden Ersetzung der PKE III und PKE IV beigemessen wird. Richtig ist zwar, dass der Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde lag, in dem es um die rückwirkende Entscheidung ging, von einem Vergabeverfahren gänzlich abzusehen, also um einen rückwirkenden Neuerlass der PKE II. Bereits in der gerichtlichen Entscheidung selbst wird aber deutlich, dass die grundsätzliche rechtliche Einschätzung zur Zulässigkeit einer rückwirkenden Ersetzung von Entscheidungen im Rahmen eines Frequenzvergabeverfahrens nicht auf die PKE II beschränkt ist, wenn das BVerwG im weiteren Verlauf ausführt:

„Der Rechtsprechung des Senats ist darüber hinaus nicht die Aussage zu entnehmen, dass eine Rückwirkung der für eine Frequenzzuteilung gegebenenfalls erforderlichen Beschlusskammerentscheidung unabhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls ausgeschlossen ist.“²⁷

Das Gericht verallgemeinert seine Aussage hier also insofern, als es nicht mehr nur auf die Entscheidung nach § 55 Abs. 9 TKG-2012 über die Durchführung eines Vergabeverfahrens in einer Knappheitssituation abstellt, sondern allgemein an die Qualität der Entscheidung als Beschlusskammerentscheidungen anknüpft, die der Frequenzzuteilung vorangeht. Auch die Entscheidungen über die Vergabe- und Auktionsbedingungen (PKE III und PKE IV) sind gemäß § 211 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 100 TKG aber den Beschlusskammern zugewiesen.

²⁶ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 10.

²⁷ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 11.

Schon vor diesem Hintergrund ist es nicht zwingend, wenn in einer ergänzenden Stellungnahme im Auftrag der EWE TEL der Entscheidung des BVerwG für die vorliegende Konstellation keine Aussagekraft dahingehend beigemessen wird, dass eine rückwirkende Ersetzung auch der PKE III und PKE IV grundsätzlich möglich ist.²⁸

Vielmehr steht ein Verständnis, nach dem dies grundsätzlich möglich ist, auch in Einklang mit der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, der zufolge im Rahmen eines Frequenzvergabeverfahrens Beschlusskammerentscheidungen einerseits und die abschließende Frequenzzuteilung andererseits kategoriale Unterschiede aufweisen, weil die Beschlusskammerentscheidungen insgesamt „qualitativ höherwertig ausgestaltet [sind] als die abschließende Frequenzzuteilung, die außerhalb des Beschlusskammerverfahrens ...] erfolgt“²⁹. Auch dies spricht dafür, die Frage nach der Zulässigkeit eines rückwirkenden Erlasses von Entscheidungen im Rahmen eines Frequenzvergabeverfahrens einheitlich dahingehend zu beantworten ist, dass dies grundsätzlich bei allen Entscheidungen möglich ist, die den Beschlusskammern zugewiesen sind. Aus systematischer Sicht wäre es jedenfalls besonders begründungsbedürftig, wenn bestimmte Beschlusskammerentscheidungen in Vergabeverfahren, denen vom BVerwG insgesamt eine besondere Bedeutung beigemessen werden, rückwirkend ersetzt werden könnten, bei anderen diese Möglichkeit hingegen nicht bestehen soll.

Neben diesen systematischen Argumenten für eine einheitliche Betrachtung der nachträglichen Ersetzungsmöglichkeiten für alle Beschlusskammerentscheidungen sprechen auch Sinn und Zweck, wie sie vom BVerwG für die Zulässigkeit eines rückwirkenden Erlasses von Beschlusskammerentscheidungen herausgearbeitet worden sind, dafür, dass dies nicht nur für die Entscheidung über das „Ob“ eines Vergabeverfahrens, sondern auch für Beschlusskammerentscheidungen zu den Vergabe- und Auktionsbedingungen gelten muss. Das BVerwG hat hierzu ausgeführt:

„Der Senat hat in seiner bereits erwähnten Rechtsprechung hervorgehoben, dass nach der Aufgabenzuweisung des § 52 Abs. 1 TKG nicht nur die frequenzplanungsrechtlichen Maßnahmen der Bundesnetzagentur, sondern auch die einzelnen Frequenzzuteilungen

²⁸ Kühling/Drechsler, Stellungnahme zu: Telekommunikationsrechtliche Vorgaben für den Erlass einer neuen „5G-Entscheidung“, vom 3. Februar 2026“ von Andreas Neumann im Nachgang zum 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, 25. Februar 2026, S. 17 ff.

²⁹ BVerwG, Urt. v. 1.9.2009, Az. 6 C 4/09, BVerwGE 134, 368, Rn. 24.

dem Zweck dienen, eine effiziente und störungsfreie Nutzung der Frequenzen sicherzustellen und die übrigen Regulierungsziele zu erreichen (vgl. Urteil vom 26. Januar 2011 a.a.O. Rn. 26). Sowohl das Ziel der Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG), als auch die Ziele der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) sowie der Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) können es jedoch beispielsweise erforderlich machen, eine formell fehlerhafte Frequenzzuteilung der Bundesnetzagentur durch Nachholung der hierfür rechtlich erforderlichen Beschlusskammerentscheidung rückwirkend zu heilen. Eine derartige Fehlerbehebung mit Wirkung für die Vergangenheit kann etwa verhindern, dass in Folge einer gerichtlichen Aufhebung des betreffenden Frequenzzuteilungsbescheids aufgrund einer Drittanfechtungsklage knappe Frequenzressourcen blockiert und dadurch die Versorgung der Nutzer und Verbraucher mit Mobilfunkdienstleistungen oder die Planungssicherheit der Marktteilnehmer gefährdet werden. Hierbei ist neben der physikalischen Begrenztheit des für Funkanwendungen in Betracht kommenden Frequenzspektrums auch der beträchtliche Zeitaufwand zu berücksichtigen, der mit einer Neuzuteilung von Frequenznutzungsrechten und den sich hieran regelmäßig anschließenden Rechtsstreitigkeiten erfahrungsgemäß verbunden ist (vgl. zu diesem Gesichtspunkt: Urteil des Senats vom 17. August 2011 – BVerwG 6 C 9.10 – BVerwGE 140, 221 Rn. 37).³⁰

Die vom Gericht angeführten Aspekte für die Zulässigkeit des rückwirkenden Erlasses einer Beschlusskammerentscheidung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens sprechen – unabhängig von der Natur des konkreten des Rechtsfehlers, an dem eine Beschlusskammerentscheidung leidet – in gleicher Weise dafür,³¹ dass auch ein nachträglicher Erlass von Beschlusskammerentscheidungen über die Vergabe- und Auktionsbedingungen grundsätzlich möglich ist.

Zum einen würde auch im Hinblick auf die PKE III und PKE IV der Ausschluss einer rückwirkenden Ersetzung einer rechtswidrigen PKE III und PKE IV mit den vom Gericht benannten Regulierungszielen in Konflikt geraten. Selbst wenn die BNetzA – wie auch in der gutachterlichen Stellungnahme der EWE TEL als möglich erachtet³² – die Frequenzzuteilungsbescheide nur mit Wirkung ex nunc aufheben würde, so dass die aktuelle Frequenznutzung in ihnen eine Rechtsgrundlage behielte, würde die fehlende Möglichkeit einer rückwirkenden Ersetzung der PKE III

³⁰ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 12.

³¹ Dazu unten S. 17. A.A. Kühling/Drechsler, oben Fußnote 28, S. 20 f.

³² Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 42.

und PKE IV zu einer erheblichen Planungsunsicherheit führen: Die aktuellen Frequenzzeilungsinhaber wüssten ja nicht, ob sie auch im Rahmen einer Neuvergabe die aktuellen Frequenzen wieder erhalten würden. Zudem spricht sehr viel dafür, dass die in der „aufgehobenen“ Versteigerung gezahlten Gebotspreise wieder an sie zurückgezahlt werden müssten. Da es zu dieser Frage aber bisher – soweit ersichtlich – keine Rechtsprechung gibt, würde dies vorhersehbar zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen, während derer unsicher wäre, welche finanziellen Mittel die Frequenzzeilungsinhaber zu welchem Zeitpunkt zur Verfügung haben, um sich an einer erneuten Versteigerung zu beteiligen. Die damit einhergehenden Unsicherheiten wären einer effizienten Frequenznutzung insofern abträglich, als sie vorhersehbar einen negativen Effekt auf künftige Infrastrukturinvestitionen hätten und damit dem Nutzer- und Verbraucherinteresse an einer unterbrechungsfreien Mobilfunkversorgung zuwiderlaufen sowie den bestehenden Wettbewerb beeinträchtigen könnten. Denn: Während der Phase der Unsicherheit über die künftige Frequenzausstattung ist es naheliegend, dass die aktuellen Frequenzzeilungsinhaber ihre Investitionstätigkeit in den Ausbau und Erhalt ihres Netzes reduzieren werden.

Zum anderen würde – selbst wenn man dies alles als hinnehmbar ansehen wollte – die fehlende Möglichkeit eines rückwirkenden Erlasses der PKE III und PKE IV eben zu demselben beträchtlichen Zeitaufwand einer Neuvergabe führen, der nach der Rechtsprechung des BVerwG im Sinne einer effizienten Frequenznutzung möglichst zu vermeiden ist.³³

Neben dem systematischen Argument, alle Beschlusskammerentscheidungen in einem Frequenzvergabeverfahren im Hinblick auf die Möglichkeit einer nachträglichen Ersetzung gleich zu behandeln, sprechen daher auch Sinn und Zweck dafür, dass für die PKE III und PKV IV das gelten muss, was für die PKE II vom BVerwG ausdrücklich entschieden worden ist: Es ist nicht ausgeschlossen, dass sie auch nachträglich ersetzt werden können, um die Rechtmäßigkeit einer Frequenzvergabe insgesamt herzustellen.

Ein solches Ergebnis fügt sich zudem konsistent in die allgemeine telekommunikationsspezifische Rechtsprechung ein. So hat das BVerwG auch zur Frage eines rückwirkenden Erlasses der Genehmigungspflicht im Rahmen der Entgeltregulierung entschieden, dass die Entscheidung über die grundsätzliche Genehmigungsbedürftigkeit von Entgelten aufgrund des

³³ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 12.

abgeschichteten Charakters des Entgeltregulierungsverfahrens grundsätzlich möglich ist, um bereits erteilten Entgeltgenehmigungen nachträglich die erforderliche Grundlage wieder zu verschaffen und diese so abzusichern.³⁴ Kategoriale Unterschiede zwischen Entgeltregulierung und Frequenzzuteilung bestehen hier nicht.³⁵ Im Gegenteil handelt es sich in beiden Fällen um gestufte Verfahren, in denen vorangegangene Entscheidungen das Fundament nachfolgender Entscheidungen bilden. In beiden Fällen geht es darum, dass eine rechtswidrige, für das anschließende Verfahren fundamentlegende, Beschlusskammerentscheidung rückwirkend ersetzt werden soll, um nachfolgenden Entscheidungen ein sachliches Fundament zu verschaffen. Daher spricht viel dafür, dass auch die Frage einer Sanierungsfähigkeit mangelhafter Fundamente im Rahmen von Entgeltregulierungsverfahren einerseits und Frequenzvergabeverfahren andererseits einheitlich zu beantworten ist.³⁶

Sowohl im Rahmen des Erlasses einer Entgeltgenehmigungspflicht als auch bei der rückwirkenden Ersetzung von Beschlusskammerentscheidungen im Rahmen eines Frequenzvergabeverfahrens besteht nach der Rechtsprechung die Möglichkeit einer rückwirkenden Ersetzung allerdings nicht schrankenlos. Vielmehr geht das BVerwG sowohl im Hinblick auf die rückwirkende Ersetzung von Entscheidungen im Frequenzvergabeverfahren³⁷ als auch im Rahmen der Entgeltregulierung³⁸ davon aus, dass eine rückwirkende Ersetzung nur dann zulässig ist, wenn die Voraussetzungen für die zu treffende Entscheidung schon in der Vergangenheit vorgelegen haben, eine rückwirkend angeordnete Regelung für die Vergangenheit noch Rechtsfolgen entfalten kann und wenn der Rückwirkung keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegenstehen:

„Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen die Bundesnetzagentur die Entscheidung, trotz Frequenzknappheit von dem Erlass einer Vergabeanordnung abzusehen, auch rückwirkend treffen kann, lassen sich - wovon auch das Verwaltungsgericht ausgegangen ist (UA S. 23) - die in der Rechtsprechung des Senats entwickelten Grundsätze zur rückwirkenden Auferlegung einer telekommunikationsrechtlichen Regulierungspflicht übertragen. Danach müssen die Voraussetzungen hierfür schon in der

³⁴ BVerwG, Urt. v. 14.12.2011, Az. 6 C 36.10, BeckRS 2012, 45871, Rn. 22.

³⁵ So auch Neumann, Telekommunikationsrechtliche Vorgaben für den Erlass einer neuen 5G-Entscheidung, <https://kochneumann.de/2026/02/03/telekommunikationsrechtliche-vorgaben-fuer-den-erlass-einer-neuen-5g-entscheidung/>, zuletzt abgerufen am 18.3.2026.

³⁶ In diesem Sinne auch BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 13.

³⁷ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 13.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 14.12.2011, Az. 6 C 36.10, BeckRS 2012, 45871, Rn. 13.

Vergangenheit vorgelegen haben und die rückwirkend angeordnete Verpflichtung für die Vergangenheit ihre Rechtsfolgen noch entfalten können; ferner dürfen einer Rückwirkung Gründe des Vertrauensschutzes nicht entgegenstehen (vgl. Urteil vom 14. Dezember 2011 – BVerwG 6 C 36.10 - Buchholz 442.066 § 30 TKG Nr. 5 Rn. 13).³⁹

Wendet man diese Kriterien auf die Konstellation einer rückwirkenden Ersetzung der PKE III und PKE IV an, so ist, erstens, zu fragen, ob die PKE III und PKE IV ursprünglich in rechtmäßiger Weise hätten erlassen werden können. Nicht relevant ist nach der Rechtsprechung dabei, an welcher Art von Rechtsfehler eine zu ersetzende Entscheidung leidet. Diesem Verständnis steht nicht entgegen, dass das BVerwG in der Entscheidung zur rückwirkenden Ersetzbarkeit der PKE II prüft, ob die im konkreten Verfahren an einem formellen Fehler leidende Entscheidung rückwirkend ersetzt werden kann.⁴⁰ Denn bei der Formulierung der allgemeinen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solch rückwirkenden Entscheidungen differenziert das Gericht gerade nicht zwischen formellen und materiellen Fehlern, sondern stellt allein darauf ab, ob die Entscheidung zum Erlasszeitpunkt rechtmäßig hätte ergehen können. Weder das VG Köln noch das BVerwG aber haben die Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV damit begründet, dass diese Entscheidungen grundsätzlich nicht in rechtmäßiger Weise hätten erlassen werden können bzw., dass insbesondere eine Verschärfung der Diensteanbieterverpflichtung rechtlich zwingend geboten sei. Vielmehr folgt die Rechtswidrigkeit von PKE III und PKE IV allein aus Fehlern des konkreten Verfahrens und damit einhergehenden möglichen Auswirkungen auf den Abwägungsvorgang.⁴¹ Mit anderen Worten: Es ist denkbar, dass sowohl PKE III und PKE IV zum ursprünglichen Erlasszeitpunkt genau so auch in rechtmäßiger Weise hätten erlassen werden können.

Zweitens kann eine nachträgliche Ersetzung noch Rechtswirkungen entfalten, da die PKE III und PKE IV wie bereits ausgeführt das sachliche Fundament der Vergabe ebenso wie der Frequenznutzungsbestimmungen bilden. Würde dieses Fundament gänzlich fehlen, würde tatsächlich die Frage im Raum stehen, ob damit nicht das gesamte darauf errichtete Gebäude der Frequenzzuteilung so instabil wird, dass alle auf diesem Fundament errichteten Entscheidungen rückgebaut, also aufgehoben werden müssten.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 13.

⁴⁰ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 12.

⁴¹ VG Köln, Urt. v. 26.08.2024, Az. 1 K 1281/22, 1 K 8531/18, ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K1281.22.00.; ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K8531.18.00, Rn. 147 ff., 234 ff., 254 ff.

Drittens stehen einer solch nachträglichen Ersetzung auch keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegen. Das BVerwG hat hierzu im Hinblick auf die rückwirkende Inkraftsetzung einer Entgeltgenehmigungspflicht ausgeführt:

„Das Vertrauen des Regulierungsadressaten ist dann nicht schutzwürdig, wenn er – wie hier die Kl. – nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge rückbezogen wird, insbesondere wegen des Rechtsscheins, den die ursprüngliche Regulierungsverfügung erzeugt hat, mit der Regelung rechnen musste.“⁴²

In vergleichbarer Weise haben auch die nunmehr aufzuhebenden PKE III und PKE IV einen Rechtsschein erzeugt, aufgrund dessen alle am Frequenzvergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar Beteiligten mit diesen Regelungen rechnen mussten. Würde die BNetzA diese Entscheidungen nunmehr mit gleichem Inhalt in rechtmäßiger Weise neu erlassen, stünde dem kein schutzwürdiges Vertrauen der Beteiligten entgegen.

c) Keine Pflicht zur Durchführung eines ergänzenden Verfahrens

Angesichts der dargestellten telekommunikationsspezifischen Rechtsprechung des BVerwG zur Möglichkeit einer rückwirkenden Ersetzung von rechtsfehlerhaften Beschlusskammerentscheidungen in Frequenzvergabeverfahren auf Grundlage des TKG besteht auch kein Bedürfnis, wie in der gutachterlichen Stellungnahme im Auftrag der EWE TEL vorgeschlagen,⁴³ unter Rückgriff auf bauplanungsrechtliche Verfahren, namentlich auf § 214 Abs. 4 BauGB bzw. einen entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz, ein ergänzendes Verfahren durchzuführen, in dem alle Verfahrensschritte ab dem Neuerlass der PKE III und PKE IV erneut durchgeführt werden.

Zum einen mangelt es für einen solchen Rückgriff bereits an einer Regelungslücke, was nicht zuletzt darin zum Ausdruck kommt, dass das BVerwG im Hinblick auf die Möglichkeit einer rückwirkenden Ersetzung von Beschlusskammerentscheidungen in Frequenzvergabeverfahren ausgeführt hat, dass diese Frage auf Grundlage des TKG zu klären ist,

„denn sie lässt sich auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung und mit Hilfe der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation ohne Weiteres dahingehend beantworten, dass es § 55 Abs. 9 TKG [2012] [...] nicht ausschließt, dass die Bundesnetzagentur die im förmlichen Beschlusskammerverfahren zu treffende Entscheidung, von

⁴² BVerwG, Urt. v. 14.12.2011, Az. 6 C 36.10, BeckRS 2012, 45871, Rn. 22.

⁴³ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 43 ff.

einem der Frequenzzuteilung vorgeschalteten Vergabeverfahren abzusehen, auch rückwirkend treffen kann.“⁴⁴

Zum anderen hat das BVerwG ausdrücklich entschieden, dass ein Frequenzvergabeverfahren gerade keinen planungsrechtlichen Charakter besitzen, was ebenfalls gegen ein Heranziehen planungsrechtlicher Instrumente wie dem eines ergänzenden Verfahrens spricht:

„cc) Dass die vor Durchführung eines Vergabeverfahrens festgelegten Frequenznutzungsbestimmungen nach der gesetzlichen Konzeption eine für die anschließende Frequenzzuteilung verbindliche und abschließende Regelung derjenigen Voraussetzungen enthalten, unter denen Drittbetroffene rechtlich zur Duldung von durch die Nutzung der zu vergebenden Frequenzen möglicherweise verursachten Störungen des Rundfunkempfangs verpflichtet sind, lässt sich ferner nicht mit dem Hinweis auf planungsrechtliche Grundsätze begründen. Die Anordnung der Bundesnetzagentur, der Frequenzzuteilung ein Vergabeverfahren vorzuschalten, hat nicht zur Folge, dass in planungsähnlicher Weise alle öffentlichen und privaten Belange im Hinblick auf die spätere Frequenzzuteilung abzuwägen wären mit der Folge einer auch Drittbetroffene erfassenden rechtlichen Bindung.

Die gesetzlichen Grundlagen für die streitgegenständlichen Anordnungen der Bundesnetzagentur über die Durchführung eines Vergabeverfahrens, über die Auswahl des Versteigerungsverfahrens und über die Festlegung von Vergabebedingungen einschließlich der Frequenznutzungsbestimmungen enthalten weder eine ausdrückliche Planungsermächtigung noch sonstige Anhaltspunkte für einen planerischen Charakter dieser Entscheidungen.“⁴⁵

Mehr noch hat das Gericht an anderer Stelle ausdrücklich ausgeführt, dass sich Erwägungen des Bauplanungsrechts insoweit nicht auf Frequenzvergabeverfahren übertragen lassen:

„Im Wege der Wortlautauslegung, der Untersuchung der Gesetzessystematik und verfassungsrechtlicher Erwägungen ist [der Senat] zu dem Ergebnis gelangt, dass § 61 Abs. 4 Satz 2 TKG a.F. (nunmehr: § 61 Abs. 3 Satz 2 TKG) als Rechtsgrundlage für die Festlegung der Vergabebedingungen keinen Anhaltspunkt für einen planerischen Charakter dieser Entscheidung enthält. Anders als z.B. § 1 Abs. 7 BauGB, § 17 Abs. 1 Satz 2 FStrG und § 18 Abs. 1 Satz 2 AEG ist die Vorschrift vielmehr vom Gesetzgeber in klassischer Weise konditional strukturiert worden.“⁴⁶

⁴⁴ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 10.

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 10.10.2012, Az. 6 C 36.11, ECLI:DE:BVerwG:2012:101012U6C36.11.0, Rn. 35 f.

⁴⁶ BVerwG, Beschl. v. 6.11.2020, Az. 6 B 31.20, ECLI:DE:BVerwG:2020:061120B6B31.20.0, Rn. 34.

Soweit in der gutachterlichen Stellungnahme der EWE TEL davon ausgegangen wird, dass es hierauf aber gar nicht ankomme, weil es sich beim Grundsatz der Durchführung eines ergänzenden Verfahrens um einen allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsatz handle, der losgelöst von Planungsverfahren Geltung beanspruchen könne,⁴⁷ begegnet dies ausgehend von der Rechtsprechung Bedenken.

Zum einen haben – soweit ersichtlich – sämtliche Entscheidungen, die zum Beleg eines solch allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatzes herangezogen werden, planungsrechtliche Verfahrensgegenstände.⁴⁸ Dies spricht durchaus dafür, dass es sich beim Instrument des ergänzenden Verfahrens allenfalls um einen allgemeinen planungsrechtlichen Grundsatz handelt, der den Besonderheiten planungsrechtlicher Verfahren mit ihren umfangreichen aufeinander aufbauenden Abwägungsprozessen Rechnung trägt, aber nicht allgemein für jedes gestufte Verfahren Geltung beanspruchen kann.

Zum anderen kommt es hierauf letztlich aber auch nicht an, weil es ja telekommunikations-spezifische Regelungen gibt, die nach der bundesverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen den rückwirkenden Erlass von Beschlusskammerentscheidungen zulassen. Selbst wenn man daher der Auffassung folgt, es handle sich beim Grundsatz der Durchführung eines ergänzenden Verfahrens nicht um einen allgemeinen planungsrechtlichen Grundsatz, sondern einen allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsatz, könnte darauf angesichts der durch die Rechtsprechung des BVerwG klar konturierten spezialgesetzlichen Regelungen nicht rekuriert werden.

3. Zwischenergebnis

Ausgehend von der Rechtsprechung des BVerwG besteht zwischen der PKE III und PKE IV einerseits und den nachfolgenden Entscheidungen im 5G-Frequenzvergabeverfahren andererseits kein Rechtmäßigkeitszusammenhang dergestalt, dass die Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV automatisch die Rechtswidrigkeit der ihnen nachfolgenden Entscheidungen zur Folge hätte. Ihre Rechtmäßigkeit hängt vielmehr davon ab, ob es möglich ist, die PKE III und PKE IV rückwirkend so neu zu erlassen, dass sie das Fundament der nachfolgenden Entscheidungen bilden können.

Ein solch rückwirkender Erlass der PKE III und PKE IV ist grundsätzlich rechtlich möglich. Voraussetzung dafür ist nach der Rechtsprechung, dass die PKE III und PKE IV zum ursprünglichen

⁴⁷ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 47 f.

⁴⁸ In Fußnote 89 der gutachterlichen Stellungnahme: In BVerwG, Beschl. v. 12.12.1975, Az. IV B 176/75 war Gegenstand ein Bebauungsplan. In Fußnote 90 der gutachterlichen Stellungnahme: In BVerwG, NVwZ 1998, 956 ging es um die Behebung von Abwägungsfehlern bei Bebauungsplänen; in BVerwG, Urt. v. 1.7.2010, Az. 4 C 4/08 ging es um ein Verfahren der Raumplanung.

Zeitpunkt der Entscheidung rechtmäßig hätten erlassen werden können, dass ihr rückwirkender Neuerlass noch rechtliche Bedeutung erlangen kann und dass einem rückwirkenden Erlass keine Vertrauensschutzgesichtspunkte entgegenstehen. Da diese Voraussetzungen allesamt erfüllt sind, kann die BNetzA im Sinne der Handlungsoption 1 die PKE III und PKE IV neu erlassen, ohne dass sie das gesamte Vergabeverfahren einschließlich der Frequenzauktion nochmals durchführen müsste.

Angesichts der Zulässigkeit eines rückwirkenden Erlasses der PKE III und PKE IV kommt es daher auch nicht darauf an, ob die BNetzA die rechtswidrigen Entscheidungen PKE III und PKE IV nur ex tunc aufheben kann. Zwar sprechen hier sehr gute Argumente dafür, dass die Behörde die Entscheidungen auch mit Wirkung ex nunc aufheben könnte. Da die BNetzA allerdings eine neue Entscheidung auch nachträglich rückwirkend erlassen könnte, ist es ohne praktische Relevanz, selbst wenn man der Auffassung folgt, dass eine Aufhebung nur mit Wirkung ex tunc erfolgen kann.

Da es telekommunikationsspezifische Regelungen gibt, auf deren Grundlage die PKE III und PKE IV nachträglich mit Rückwirkung in rechtmäßiger Weise erlassen werden können, ist der Rückgriff auf ein allgemeines Institut eines ergänzenden Verfahrens für die Bewältigung der Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV nicht erforderlich und damit auch nicht zulässig. So spricht zum einen bereits viel dafür, dass dieses Institut ausschließlich in Planungsverfahren zur Anwendung kommen kann. Ein konkretes Frequenzvergabeverfahren ist aber nach der Rechtsprechung gerade kein Planungsverfahren. Zum anderen sind die telekommunikations-spezifischen Regelungen, die kein ergänzendes Verfahren vorsehen, vorrangig vor allgemeinen Regelungen zur Problembewältigung heranzuziehen.

Insgesamt kann daher festgestellt werden, dass die BNetzA auch im Sinne der Handlungsoption 1 das Verfahren fortsetzen könnte. Es gibt demgegenüber keine zwingenden rechtlichen Gründe, dass sie im Sinne der Handlungsoption 2 ab dem Neuerlass der PKE III und PKE IV das gesamte Verfahren wiederholen müsste.⁴⁹

II. Maßgaben für das weitere Vorgehen

Da die BNetzA im Verfahren BK1-25/001 grundsätzlich sowohl Handlungsoption 1 als auch Handlungsoption 2 wählen kann, stellt sich die Frage, welche Maßgaben bei der Entscheidung für eine der Handlungsoptionen zu berücksichtigen sind (dazu 1.).

⁴⁹ Insofern besteht auch kein Bedürfnis für eine außergerichtliche Einigung zur Vermeidung von Unsicherheit bei einem Vorgehen im Sinne der Handlungsoption 2, wie dies von *Kühling/Drechsler*, oben Fußnote 6, S. 58 ff. vorgeschlagen wird, da mit Handlungsoption 1 ein Weg zur Verfügung steht, um Marktunsicherheiten angemessen zu vermeiden.

Sollte die Behörde sich für Handlungsoption 1 entscheiden und die PKE III und PKE IV neu erlassen, ist zudem zu untersuchen, inwieweit hierbei insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III im Vergleich zur ursprünglichen Entscheidung verändert werden können (dazu 2.).

1. Maßgaben für die Entscheidung zwischen Handlungsoption 1 und 2

Bei der Entscheidung über das weitere Vorgehen muss die BNetzA in erster Linie die frequenzspezifischen Regulierungsziele des § 87 TKG berücksichtigen, die ggf. um die allgemeinen Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG angereichert werden müssen. Von besonderer Bedeutung ist dabei das Ziel einer effizienten Frequenznutzung, wie sich aus dessen systematischer Stellung in § 78 Abs. 1 Nr. 1 TKG ergibt und wie es auch in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG zum Ausdruck kommt. Ihm wird auch im europäischen Recht⁵⁰ und dem folgend auch vom BVerwG besondere Bedeutung beigemessen.⁵¹

a) Gesichtspunkte für Handlungsoption 1

Betrachtet man das Ziel einer effizienten Frequenznutzung sowie wie die übrigen Regulierungsziele, so sprechen eine ganze Reihe von starken Gründen für einen Vorrang von Handlungsoption 1 gegenüber Handlungsoption 2. So hat das BVerwG bei seinen Erwägungen zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines rückwirkenden Erlasses von Beschlusskammerentscheidungen im Rahmen von Frequenzvergabeverfahren, wie bereits oben ausgeführt,⁵² gerade die Bedeutung dieser Möglichkeit vor dem Hintergrund der Regulierungsziele betont:

„Sowohl das Ziel der Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG), als auch die Ziele der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) sowie der Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) können es jedoch beispielsweise erforderlich machen, eine formell fehlerhafte Frequenzzuteilung der Bundesnetzagentur durch Nachholung der hierfür rechtlich erforderlichen Beschlusskammerentscheidung rückwirkend zu heilen. Eine derartige Fehlerbehebung mit Wirkung für die Vergangenheit kann etwa verhindern, dass in Folge einer gerichtlichen Aufhebung des betreffenden Frequenzzuteilungsbescheids aufgrund einer Drittanfechtungsklage knappe Frequenzressourcen blockiert und dadurch die Versorgung der Nutzer und Verbraucher mit Mobilfunkdienstleistungen oder die Planungssicherheit der Marktteilnehmer gefährdet werden. Hierbei ist neben der physikalischen Begrenztheit des für

⁵⁰ Vgl. nur Art. 45 Abs. 1 Europäischer Kodex für die Elektronische Kommunikation.

⁵¹ In diesem Sinne BVerwG, Urt. v. 17.8.2011, Az. 6 C 9.10, BVerwGE 140, 221, Rn. 37.

⁵² Dazu oben S. 13 ff.

Funkanwendungen in Betracht kommenden Frequenzspektrums auch der beträchtliche Zeitaufwand zu berücksichtigen, der mit einer Neuzuteilung von Frequenznutzungsrechten und den sich hieran regelmäßig anschließenden Rechtsstreitigkeiten erfahrungsgemäß verbunden ist (vgl. zu diesem Gesichtspunkt: Urteil des Senats vom 17. August 2011 – BVerwG 6 C 9.10- BVerwGE 140, 221 Rn. 37).“⁵³

Würde die BNetzA im Sinne der Handlungsoption 2 eine Neuvergabe der Frequenzen vornehmen, würde dies wie bereits ausgeführt zu einer unmittelbaren Marktunsicherheit führen, da die Frequenzzuteilungsinhaber nicht sicher sein könnten, ob sie auch nach einer erneuten Vergabe dieselbe Frequenzausstattung zur Verfügung haben werden. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Frequenzzuteilungen – wie in der gutachterlichen Stellungnahme im Auftrag der EWE TEL vorgeschlagen⁵⁴ – nur mit Wirkung ex nunc aufgehoben werden würden, die Frequenznutzung also bis zu einer Neuzuteilung auf Grundlage der aktuellen Frequenzzuteilungen rechtmäßig weiter erfolgen könnte. Denn die Unsicherheit über die verbleibende Nutzungsdauer bzw. erneute Nutzbarkeit der aktuellen Frequenzausstattung würde voraussichtlich dazu führen, dass Investitionen, gerade auch in die Erfüllung der Frequenznutzungsbestimmungen, zurückgefahren werden müssten, bis Klarheit über die künftige Frequenzausstattung herrscht. Dies würde nicht nur dem Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen (§§ 87 Abs. 2 Nr. 3, § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG), sondern ggf. auch den Nutzer- und Verbraucherinteressen zuwiderlaufen, wenn die reduzierte Investitionstätigkeit sich etwa auch auf die Erfüllung der Versorgungsaufgaben auswirken würde.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass das Vertrauen der aktuellen Frequenzzuteilungsinhaber aufgrund der Streitbefangenheit der Frequenzen ohnehin nicht schutzwürdig sei. Die Befürchtung, dass die mit Handlungsoption 2 einhergehende Marktunsicherheit negative Auswirkungen auf eine effiziente Frequenznutzung, Infrastrukturinvestitionen und Nutzer- und Verbraucherinteressen hätte, bezieht sich nämlich nicht auf eine mögliche Entwertung bereits getätigter Investitionen durch eine Neuvergabe, sondern auf die negativen Auswirkungen auf eine effiziente Frequenznutzung durch das Unterlassen künftiger Investitionen bis zum Abschluss eines neuen Vergabeverfahrens. Wie das BVerwG zutreffend ausführt und insofern auch als Belang gegen eine Neuvergabe und für eine rückwirkenden Ersetzung einer rechtswidrigen Beschlusskammerentscheidung ins Feld geführt hat, ist eine Neuvergabe zwangsläufig mit einem erheblichen Zeitaufwand verbunden,⁵⁵ so dass auch die Phase der Unsicherheit entsprechend lange währen würde.

⁵³ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 12.

⁵⁴ Kühling/Drechsler, oben Fußnote 6, S. 42 f.

⁵⁵ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 12.

Schließlich ist auch zu bedenken, dass die derzeitigen Frequenzzuteilungsinhaber voraussichtlich die Rückzahlung ihrer Gebotspreise fordern könnten. Es spricht viel dafür, dass sie für die bisherige Nutzung der Frequenzen allenfalls die ebenfalls gezahlte Frequenznutzungsgebühr anteilig nicht zurückfordern könnten. Da die hiermit einhergehenden Rechtsfragen aber bisher nicht entschieden sind, ist damit zu rechnen, dass auch dies Zeit in Anspruch nehmen würde.⁵⁶ Ggf. müsste also die Teilnahme an einer neuen Auktion sogar entsprechend vorfinanziert werden. Die aktuellen Zuteilungsinhaber könnten insofern einen finanziellen Nachteil haben, als sie zwar nicht zwangsläufig unmittelbar die bereits gezahlten Gebotspreise zurück erhalten würden, zugleich aber für eine neue Auktion die Finanzierung sicherstellen müssten. Dies könnte auch negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Zuteilungsinhabern haben, also den chancengleichen Wettbewerb i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr.2 TKG negativ beeinflussen.

Auch wenn sich aus alledem keine Ermessensreduktion auf null zugunsten von Handlungsoption 1 ergeben dürfte, sind dies doch sehr starke Belange dafür, diesen Weg zu wählen und kein neues Vergabeverfahren durchzuführen.

b) *Gesichtspunkte für Handlungsoption 2*

Für Handlungsoption 2 würde es demgegenüber insbesondere sprechen, wenn aufgrund der aktuellen Rechts- und Tatsachenlage, die nach der Entscheidung des VG Köln bei einer Neuentscheidung zugrunde zu legen ist,⁵⁷ ein grundsätzliches Festhalten besonders an den Regelungen der PKE III nicht mehr möglich wäre, also beispielsweise fundamental andere Frequenznutzungsbestimmungen im Vergleich zu denen der PKE III erlassen werden müssten. Dies betrifft insbesondere die besonders streitbehaftete Frage nach der Auferlegung einer verschärften Diensteanbieterverpflichtung, deren Auferlegung zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs insbesondere von Diensteanbietern von Beginn an gefordert worden ist.⁵⁸

Hiergegen spricht auf einer grundsätzlichen Ebene, dass die isolierte Betrachtung der Diensteanbieterverpflichtung und ihre mögliche Schärfung grundsätzlich unzulässig ist. Denn nach der Rechtsprechung müssen Frequenznutzungsbestimmungen als Ergebnis eines

⁵⁶ Inwieweit sich aus der Rechtsprechung zur Frage, ob beim Widerruf einer Frequenzzuteilung aufgrund der nicht bestimmungsgemäßen Nutzung der Frequenz durch den Zuteilungsinhaber ein Rückzahlungsanspruch des Zuteilungsinhabers ergibt, etwas für die vorliegende Konstellation ergibt, müsste jedenfalls näher untersucht werden. Dazu *BVerwG*, Urt. v. 17.8.2011, Az. 6 C 9.10, *BVerwGE* 140, 221.

⁵⁷ *VG Köln*, Urt. v. 26.08.2024, Az. 1 K 1281/22, 1 K 8531/18, ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K1281.22.00., Rn. 296.

⁵⁸ Vgl. *BNetzA*, BK1-17/001, oben Fußnote 2, Rn. 481 ff.

Abwägungsvorgangs stets gesamtheitlich und nicht getrennt voneinander betrachtet werden.⁵⁹ Die BNetzA könnte also etwa nicht eine Diensteanbieterverpflichtung auferlegen, ohne alle Frequenznutzungsbestimmungen in ihrer Gesamtwirkung in die Betrachtung einzubeziehen.

Darüber hinaus erscheint es ausgesprochen unwahrscheinlich, dass auch die Voraussetzungen für die Auferlegung einer strengeren Diensteanbieterverpflichtung gegeben sind. Zwar ist eine Voraussetzung dafür, dass ein rückwirkender Erlass der PKE III und PKE IV möglich ist, dass diese zum ursprünglichen Erlasszeitpunkt rechtmäßig hätten ergehen können.⁶⁰ Für den Neuerlass selbst ist dann aber die aktuelle Rechts- und Tatsachenlage relevant.⁶¹ Bezogen auf die aktuelle Rechts- und Tatsachenlage hat die BNetzA aber gerade kürzlich erst im Rahmen eines anderen Verfahrens festgestellt, dass sich der Wettbewerb im Mobilfunkmarkt sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene weiter intensiviert hat,⁶² dass die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung auf Grundlage der in dieser Hinsicht sogar strengeren Voraussetzung des § 105 TKG nicht in Betracht kommt.

Insgesamt gibt es daher keine Anhaltspunkte dafür, dass die BNetzA Handlungsoption 2 wählen müsste, weil auf Grundlage der aktuellen Rechts- und Tatsachenlage die ursprünglichen Regelungen, insbesondere die der PKE III, nicht erneut erlassen werden könnten. Vielmehr spricht viel dafür, dass gerade die Nichtauferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung sowohl zum Zeitpunkt der ursprünglichen Entscheidung über die PKE III als auch aktuell nicht erforderlich und damit rechtswidrig war bzw. ist und daher ein Vorgehen im Sinne der Handlungsoption 2 nicht rechtfertigen könnte.

c) Zwischenergebnis

Bei der Entscheidung zwischen Handlungsoption 1 und Handlungsoption 2 sprechen sehr starke Gründe dafür, dass Handlungsoption 1 besser den frequenzspezifischen ebenso wie den allgemeinen Regulierungszielen gerecht wird. Nicht von entscheidender Bedeutung ist für diese Einschätzung das Vertrauen der Frequenzzuteilungsinhaber in den Fortbestand der PKE III und PKE IV, da dieses Vertrauen aufgrund der Streitbefangenheit der Frequenzzuteilungen nur in reduziertem Maße schutzwürdig ist. Maßgeblich ist vielmehr die mit einer Neuvergabe einhergehende Marktunsicherheit, aufgrund derer die aktuellen Zuteilungsinhaber

⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 14.12.2011, Az. 6 C 36.10, BeckRS 2012, 45871, Rn. 12.

⁶⁰ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 13.

⁶¹ VG Köln, Urt. v. 26.08.2024, Az. 1 K 1281/22; 1 K 8531/18, ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K1281.22.00; ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K8531.18.00., Rn. 296.

⁶² Vgl. BNetzA, BK1-22/001, 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. 114 ff.

bis zum Abschluss eines erneuten Vergabeverfahrens voraussichtlich weniger Infrastrukturinvestitionen tätigen würden, was insbesondere einer effizienten Frequenznutzung, der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen sowie den Verbraucher- und Nutzerinteressen zuwiderlaufen würde.

2. Maßgaben für den Neuerlass der PKE III im Rahmen von Handlungsoption 1

Wenn damit die besseren Gründe für ein Vorgehen nach Handlungsoption 1 sprechen, stellt sich die Frage, welche Spielräume die Behörde in diesem Fall besitzt, insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III im Vergleich zu ihrer ursprünglichen Entscheidung zu verändern. Die Frage ist deshalb von besonderer Relevanz, weil im Rahmen der Anhörung durch die BNetzA u.a. teilweise die Forderung erhoben wurde, das derzeit vorgesehene Verhandlungsgebot mit Diensteanbietern zugunsten einer echten Diensteanbieterverpflichtung auch ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens zu schärfen.

Zum einen kommt allerdings, wie bereits erwähnt, ausgehend von der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eine isolierte Betrachtung einzelner Frequenznutzungsbestimmungen schon grundsätzlich nicht in Betracht, weil die Frequenznutzungsbestimmungen das Ergebnis einer Gesamtabwägung sind.⁶³

Zum anderen setzt der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes der Marktteilnehmer einer nachträglichen Verschärfung von Frequenznutzungsbestimmungen sowohl bezogen auf einzelne Frequenznutzungsbestimmungen als auch bezogen auf die damit einhergehende Gesamtbelastung aufgrund aller Frequenznutzungsbestimmungen enge Grenzen. So hat auch das BVerwG die Zulässigkeit der rückwirkenden Ersetzung einer rechtswidrigen Beschlusskammerentscheidung in einem Frequenzvergabeverfahren unter anderem davon abhängig gemacht, dass ihr kein schutzwürdiges Vertrauen entgegensteht.⁶⁴

Auch wenn man angesichts der Streitbefangenheit der Frequenzen und insbesondere der in diesem Zusammenhang bereits früh erhobenen Forderungen nach einer Diensteanbieterverpflichtung davon ausgehen muss, dass ein allgemein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der Frequenzen und der konkreten Frequenznutzungsbestimmungen nicht entstehen konnte, spricht hier doch ein auktionsspezifischer Vertrauensschutzgesichtspunkt eindeutig gegen die Zulässigkeit einer nachträglichen Auferlegung einer verschärfen Diensteanbieterregelung im Zuge des Neuerlasses der PKE III.

Die Besonderheit des 5G-Frequenzvergabeverfahrens liegt insofern darin, dass die Frequenzzuteilungsinhaber im Rahmen einer Auktion auf die Frequenzen geboten haben. Mit einer

⁶³ BVerwG, Beschl. v. 20.10.2021, Az. 6 C 13/20, ECLI:DE:BVerwG:2021:201021B6C13.20.0, Rn. 12.

⁶⁴ BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014, Az. 6 B 50/13, BeckRS 2014, 55367, Rn. 13.

Versteigerung soll aber der ökonomisch „richtige“ Marktpreis bestimmt werden.⁶⁵ Der Versteigerungserlös ist demnach die „marktgerechte Gegenleistung“⁶⁶ für die Nutzbarkeit der Frequenzen. Frequenzen und deren konkrete Nutzbarkeit auf der einen Seite und Versteigerungserlös auf der anderen Seite stehen insofern in einem synallagmatischen Verhältnis. Dies schließt es aus, dass nachträglich nur auf einer Seite des Synallagmas wertbeeinflussende Veränderungen vorgenommen werden, während die Gegenleistung unverändert bleibt. Bereits aus dem Wesen des Versteigerungserlöses als Gegenleistung für die Frequenznutzungsrechte folgt daher, dass eine nachträgliche wertbeeinflussende Veränderung der Frequenznutzungsbestimmungen ausgeschlossen ist.

Die Auferlegung und Ausgestaltung einer Diensteanbieterregelung hat unmittelbar einen solch wertbeeinflussenden Effekt, da sie die Frage betrifft, ob und wenn ja, in welcher Weise Frequenzzuteilungsinhaber dazu verpflichtet sind, Wettbewerbern Vorleistungen zur Verfügung zu stellen, mit denen diese insbesondere im Endkundenmarkt in den Wettbewerb mit den Zuteilungsinhabern treten können. In diesem Sinne hat auch die BNetzA in der Entscheidung ausdrücklich bezogen auf die Diensteanbieterregelung in Form eines Verhandlungsgebots ausgeführt,

„dass sich der Zuteilungspetent in Kenntnis der mit den Frequenznutzungsrechten verbundenen Bedingungen für eine Teilnahme an dem Verfahren entscheiden kann. In der Auktion können die Bieter die Diensteanbieterregelung daher in ihr Gebot mit einberechnen.“⁶⁷

Mit anderen Worten: Das „Ob“ und das „Wie“ einer Diensteanbieterverpflichtung sind maßgeblich wertbildende Faktoren für Frequenzen, so dass eine nachträglich wertbeeinflussende Veränderung nicht zulässig wäre. Dies bedeutet, dass bei einem Vorgehen im Sinne der Handlungsoption 1, bei dem das Versteigerungsergebnis selbst unangetastet bliebe, eine Schärfung des aktuellen Verhandlungsgebots zugunsten einer strengeren Diensteanbieterregelung nicht zulässig ist.

Dieses Ergebnis ist auch auf Grundlage der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eindeutig und zwingend:

„c) Eine (Ab-)Teilbarkeit und separate Angreifbarkeit einzelner nicht-technischer Festlegungen in den Vergaberegeln für ein Frequenzversteigerungsverfahren scheidet zum anderen deshalb aus, weil dies der in § 61 III 1 TKG festgelegten Allokationsfunktion dieses

⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 17.8.2011, Az. 6 C 9.10, ECLI:DE:BVerwG:2011:170811U6C9.10.0, Rn. 31.

⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 17.8.2011, Az. 6 C 9.10, ECLI:DE:BVerwG:2011:170811U6C9.10.0, Rn. 31 unter Bezugnahme auch auf die Rechtsprechung des EuGH, nach der – wenn auch im umsatzsteuerlichen Zusammenhang – der Versteigerungserlös Entgeltcharakter besitzt.

⁶⁷ BNetzA, BK1-17/001, oben Fußnote 2, Rn. 540.

Verfahrens zuwiderlaufen würde. Die Versteigerung als Verfahren für die Verteilung eines knappen Gutes rechtfertigt sich daraus, dass sie dessen Marktpreis – in Gestalt des Versteigerungserlöses als äquivalente Gegenleistung für das eingeräumte Frequenznutzungsrecht – vom theoretischen Ansatz her ökonomisch „richtig“ bewertet (BVerwGE 140, 221 = NVwZ 2012, 168 Rn. 30, 44). Dies setzt voraus, dass die Versteigerungsteilnehmer und späteren Zuteilungsinhaber die Möglichkeit haben, die kommerziellen Chancen und Risiken sowie die finanziellen, organisatorischen oder personellen Belastungen, die mit einem potenziellen Frequenzerwerb verbunden sind, im Hinblick darauf zu berücksichtigen, ob bzw. in welcher Höhe sie Gebote abgeben. Sie müssen die genannten Aspekte also gewissermaßen in ihr Auftreten im Verfahren „einpreisen“ können. Diese Voraussetzung wird durch die vorab festgelegten nicht-technischen Vergaberegeln geschaffen. Dafür ist die Stabilität der in diesen Regeln umschriebenen Konditionen unabdingbar. Sie bilden in ihrer Gesamtheit quasi die Geschäftsgrundlage des Vergabeverfahrens. Bei einem Wegfall – oder allgemein bei einer Änderung – einzelner ihrer Bestandteile nach Abschluss der Versteigerung würde die ursprünglich vorhandene einheitliche Bewertungsgrundlage, auf der die Versteigerungsteilnehmer ihre Gebote abgegeben oder aber von Geboten abgesehen haben, in systemwidriger und damit unzulässiger Weise nachträglich verändert.“⁶⁸

3. Zwischenergebnis

Sofern die BNetzA Handlungsoption 1 wählt, müssen die Frequenznutzungsbestimmungen grundsätzlich unverändert neu erlassen werden. Die Auktionserlöse aus der Frequenzversteigerung auf der einen Seite und die Frequenznutzungsbestimmungen auf der anderen Seite stehen in einem synallagmatischen Verhältnis, das nachträglich wertbeeinflussende Veränderungen auf nur einer Seite ausschließt. Dies steht insbesondere einer isolierten Schärfung der Diensteanbieterregelungen im Vergleich zu der Ausgestaltung in der PKE III entgegen.

Aus praktischer Sicht spricht allerdings viel dafür, dass sich ein Vorgehen im Sinne der Handlungsoption 1 bezogen auf eine Schärfung der Diensteanbieterregelung im Vergleich zur in der PKE III vorgesehenen Regelung nicht wesentlich von einem Vorgehen nach Handlungsoption 2 unterscheiden würde. Denn: Die Zulässigkeit einer verschärften Diensteanbieterregelung würde sich auch bei einem Vorgehen im Sinne der Handlungsoption 2 nach der aktuellen Rechts- und Tatsachenlage bemessen. Wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Diensteanbieterverpflichtung auf Grundlage von § 105 TKG ist aber, dass sie erforderlich zur Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs auf der Vorleistungsebene ebenso wie auf der Endkundenebene ist. Da die BNetzA im letzten Frequenzvergabeverfahren auf Grundlage eines Gutachtens des WIK festgestellt hat, dass diese Voraussetzungen derzeit nicht erfüllt sind, weil

⁶⁸ BVerwG, Beschl. v. 20.10.2021, Az. 6 C 13.10, ECLI:DE:BVerwG:2025:161025B6B6.25.0, Rn. 13.

sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene wirksamer Wettbewerb herrscht,⁶⁹ käme auch im Rahmen von Handlungsoption 2 die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung aller Voraussicht nach nicht in Betracht.

⁶⁹ *BNetzA*, BK1-22/001, 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. 114 ff.

C Ergebnisse

1. Die BNetzA ist nicht verpflichtet nach Handlungsoption 2 vorzugehen, sondern kann in rechtmäßiger Weise auch Handlungsoption 1 wählen.
2. Ausgehend von der Rechtsprechung des BVerwG besteht zwischen der PKE III und PKE IV einerseits und den nachfolgenden Entscheidungen im 5G-Frequenzvergabeverfahren andererseits kein Rechtmäßigkeitszusammenhang dergestalt, dass die Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV zwangsläufig die Rechtswidrigkeit der ihnen nachfolgenden Entscheidungen zur Folge hätte. Deren Rechtmäßigkeit hängt vielmehr davon ab, ob es möglich ist, die PKE III und PKE IV so neu zu erlassen, dass sie das Fundament der nachfolgenden Entscheidungen bilden können.
3. Eine rückwirkende Ersetzung der PKE III und PKE IV ist grundsätzlich zulässig.
4. Voraussetzung für die rückwirkende Ersetzung der PKE III und PKE IV ist, dass sie auch zum ursprünglichen Zeitpunkt der Entscheidungen rechtmäßig hätten erlassen werden können, dass ihr rückwirkender Neuerlass noch rechtliche Bedeutung erlangen kann und dass einem rückwirkenden Erlass keine Vertrauensschutzgesichtspunkte entgegenstehen.
5. Diese Voraussetzungen sind im Verfahren BK1-25/001 erfüllt, so dass die BNetzA im Sinne der Handlungsoption 1 die PKE III und PKE IV neu erlassen kann, ohne eine erneutes Frequenzvergabeverfahren durchzuführen.
6. Angesichts der Zulässigkeit eines rückwirkenden Erlasses der PKE III und PKE IV kommt es nicht darauf an, ob die BNetzA die rechtswidrigen Entscheidungen PKE III und PKE IV nur ex tunc oder auch ex nunc aufheben kann.
7. Da es telekommunikationsspezifische Regelungen gibt, auf deren Grundlage die PKE III und PKE IV nachträglich mit Rückwirkung in rechtmäßiger Weise ersetzt werden können, ist der Rückgriff auf ein allgemeines Institut eines ergänzenden Verfahrens für die Bewältigung der Rechtswidrigkeit der PKE III und PKE IV weder erforderlich noch zulässig.
8. Es sprechen ausgehend von der Rechtsprechung des BVerwG sehr gute Argumente dafür, dass ein Vorgehen nach Handlungsoption 1 den frequenzspezifischen und allgemeinen Regulierungszielen besser gerecht wird als ein Vorgehen nach Handlungsoption 2.
9. Sofern die BNetzA Handlungsoption 1 wählt, müssen die Frequenznutzungsbestimmungen grundsätzlich unverändert neu erlassen werden. Die Auktionserlöse aus der Frequenzversteigerung auf der einen Seite und die Frequenznutzungsbestimmungen auf der anderen Seite stehen in einem synallagmatischen Verhältnis, das nachträglich wertbeeinflussenden Veränderungen auf nur einer Seite entgegensteht.

10. Da es sich bei Diensteanbieterregelungen um solch frequenzwertbeeinflussende Faktoren handelt, ist eine Verschärfung im Vergleich zur Ausgestaltung des Verhandlungsgebots in der PKE III ausgehend von der Rechtsprechung des BVerwG unzulässig.

Mannheim, den 18. März 2026

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Fetzer', with a stylized flourish extending to the right.

Prof. Dr. Thomas Fetzer