

Hengeler Mueller • Behrenstraße 42 • 10117 Berlin

Bundesnetzagentur
- Referat 212 -
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Per E-Mail: referat212@bnetza.de

Prof. Dr. Wolfgang Spoerr
Partner

Dr. Thomas Ruthemeyer
Counsel

Djouhar Chader
Associate

Direktwahl
Direct Number
+49 30 20374-242

E-Mail des Absenders
Sender's E-mail
wolfgang.spoerr@hengeler.com
thomas.ruthemeyer@hengeler.com

Behrenstraße 42
10117 Berlin
Telefon +49 30 20374-0
Telefax +49 30 20374-333
www.hengeler.com

Berlin, 20. Februar 2026

Frequenzvergabe 2018: Anhörung zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Verfahren zur 5G-Vergabe (BK1-25/001) | Weitere Stellungnahme freenet AG u.a.

BK1-25/001

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Anhörungsverfahren über die Neubescheidung der Regeln zur 5G-Vergabe (BK1-25/001) waren interessierte Kreise aufgerufen, bis zum 12. Januar 2026 ihre Belange einzubringen. Von dieser Gelegenheit zur Stellungnahme hat auch freenet Gebrauch gemacht.

Wir haben erläutert, dass sich die Pflicht der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung auf die Anträge freenets (und der EWE TEL GmbH) über die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung im Verfahren BK 1-17/001 bezieht und beschränkt. Die Befugnis der Bundesnetzagentur zur nachträglichen Auferlegung der beantragten Diensteanbieterverpflichtung folgt unmittelbar aus freenets titulierte und vollstreckbarem Anspruch auf Neubescheidung. Hierfür bedarf es keiner erneuten Auktion oder anderer Verfahrensschritte, weil die Verteilungsfrage im Hinblick auf die zugeteilten Frequenzen nicht

neu aufgeworfen wird. Zudem wussten die Zuteilungspetenten, dass die Frequenzen streitbefangen sind, und konnten bei ihren Geboten einpreisen, dass die Verhandlungspflicht zu einer Diensteanbieterverpflichtung hochgestuft werden kann.

Sollte die Bundesnetzagentur den Anträgen freenets nicht entsprechen, hat dies zwingend die Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung 2018 insgesamt zur Folge, weil die Vergabe- und Auktionsregeln nicht teilbar sind (Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 26. August 2024, 1 K 8531/18, Rn. 440 ff.). Im Falle einer Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung 2018 würde den Frequenzzuteilungsbescheiden ihre rechtliche Grundlage entzogen, sodass die Bundesnetzagentur nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zur Rücknahme der Zuteilungsbescheide verpflichtet wäre.

Zwischenzeitlich haben sich Stimmen zum nachträglichen Erlass einer Diensteanbieterverpflichtung ohne Auktion geäußert. Dies veranlasst uns zu folgenden rechtlichen Richtigstellungen:

I. Vereinbarkeit einer nachträglichen Diensteanbieterverpflichtung mit dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2021 (6 C 13.20)

- 1 Der nachträgliche Erlass einer Diensteanbieterverpflichtung ist mit dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2021 (6 C 13.20) vereinbar. Hiernach ist bei der Anwendbarkeit des Änderungsvorbehalts nach Ziffer III.4.1 der Präsidentenkammerentscheidung 2018 zwischen technischen und nicht-technischen Nutzungsbestimmungen zu differenzieren. Abänderbar seien lediglich technische Nutzungsbestimmungen:

„Der von der Präsidentenkammer unter Ziffer III.4.1 des Beschlusses vom 26. November 2018 angebrachte Vorbehalt, demzufolge Frequenznutzungsbestimmungen nachträglich geändert werden können, wenn dies zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung oder aufgrund internationaler Harmonisierungsvereinbarungen erforderlich wird, ist für **nicht-technische Verpflichtungen** der Zuteilungsinhaber nach Art der im vorliegenden Fall betroffenen nicht einschlägig. Dieser Vorbehalt bezieht sich (...) allein auf **technische Nutzungsbestimmungen** (...).“

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 22. Oktober 2021, 6 C 13.20, Rn. 11.

- 2 Dieser Änderungsvorbehalt hinsichtlich einzelner Frequenznutzungsbestimmungen ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Das Verwaltungsgericht hat die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung der Präsidentenkammerentscheidung insgesamt verpflichtet, d.h. es geht nicht um die isolierte Änderung einzelner Frequenznutzungsbestimmungen auf der Grundlage des Änderungsvorbehalts. Das

Verwaltungsgericht hat unter Verweis auf die vorgenannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts formell die Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung 2018 insgesamt angeordnet.

Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 26. August 2024, 1 K 8531/18, Rn. 440 ff.

- 3 Diese tenorierte und vollstreckbare Verpflichtung ist die materielle Grundlage für die Bundesnetzagentur, die Präsidentenkammerentscheidung 2018 nachträglich durch die Anordnung einer Diensteanbieterverpflichtung zu ändern. Die materielle Pflicht zur Neubescheidung beschränkt sich laut Tenor dabei auf den Antrag der Klägerinnen auf Erlass einer Diensteanbieterverpflichtung. Ob dies formal durch eine Aufhebung und Neubescheidung oder eine Änderung als milderes Mittel erfolgt, steht der Bundesnetzagentur frei, solange sie die Klägerinnen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts klaglos stellt.

- 4 Die nachträgliche Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung wahrt die Allokationsfunktion des damaligen Verfahrens. Hiernach muss der Marktpreis für die Frequenznutzungsrechte von den Bietern vor der Versteigerung ökonomisch „richtig“ bewertet werden können. Hierfür kommt es darauf an, dass die Bieter die kommerziellen Chancen und Risiken „einpreisen“ können, weshalb es auf die Stabilität der nicht-technischen Vergaberegeln als „Geschäftsgrundlage des Vergabeverfahrens“ ankommt.

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 22. Oktober 2021, 6 C 13.20, Rn. 13.

- 5 Die Bundesnetzagentur hat alle Zuteilungspetenten vor Abgabe des Gebots darauf hingewiesen, dass mehrere Klagen anhängig sind. Zudem war die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung im Konsultationsverfahren sehr Streitig.

„Insbesondere hat die Antragsgegnerin [BNetzA] auch alle Zuteilungspetenten darauf hingewiesen, dass mehrere Klagen – u.a. von Diensteanbietern – anhängig sind. Es ist zudem allgemein bekannt, dass insbesondere die Frage einer Diensteanbieterverpflichtung im Verwaltungsverfahren äußerst umstritten war. Deshalb ist es auch ausgeschlossen, dass ein Vertrauenstatbestand bei möglichen Zuteilungsnehmern eintreten könnte, der einer Rückabwicklung möglicherweise im Wege stünde.“

Bundesnetzagentur, Schriftsatz vom 13. März 2019, Verwaltungsgericht Köln, Az. 9 L 455/19, S. 18.

- 6 Damit waren die Zuteilungspetenten über die Chancen und Risiken informiert. Sie mussten insbesondere mit der nachträglichen Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung rechnen, weil dies im gesamten Verwaltungsverfahren Streitig war.

II. Nachträglicher Erlass einer Diensteanbieterverpflichtung ist auch ohne Auktion möglich: Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2021, 6 C 8/20

- 7 Vereinzelt ist in den Raum gestellt worden, die nachträgliche Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung ohne Durchführung einer erneuten Auktion sei nicht möglich, d.h. der Erlass einer Diensteanbieterverpflichtung setze zwingend auch die erneute Durchführung einer Auktion voraus.

Kühling/Drechsler, Die Folgen des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 für Bestand und Neudurchführung der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz, S. 61 f.

- 8 Diese Ansicht beruft sich auf folgende Passage eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Oktober 2021:

„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 iRd Verfahrens abgegebenen Gebote oder (Verpflichtungs-)Erklärungen der Bewerber feststehen.“

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Oktober 2021, Az. 6 C 8/20, Rn. 34.

- 9 Daraus leiten die Autoren ab, dass eine Versteigerung notwendig ist, soweit sich durch die Anpassung der Nutzungsbedingungen die wirtschaftliche Kalkulation der Bieter erheblich ändern würde.

Kühling/Drechsler, Die Folgen des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 für Bestand und Neudurchführung der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz, S. 61 f. Demgegenüber wie hier: Neumann, Telekommunikationsrechtliche Vorgaben für den Erlass einer neuen „5G-Entscheidung“, 2. Februar 2026, abrufbar unter <https://kochneumann.de/blog/>.

- 10 Für den vorliegenden Sachverhalt passen diese Schlussfolgerungen nicht, da das Urteil eine andere Fallkonstellation betrifft. Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich ausschließlich mit dem Verhältnis zwischen den Frequenznutzungsbestimmungen und den Inhalts- und Nebenbestimmungen der späteren Frequenzzuteilungen. Sie müssen wirtschaftlich korrelieren. Es verhält sich nicht zum Verhältnis zwischen den Vergaberegeln und ihrer späteren, urteilsbedingten Korrektur.

- 11 Selbst wenn man die Erwägung auf den vorliegenden Fall übertrüge, bedürfte es keiner neuen Auktion, weil der wirtschaftliche Wert der Zuteilungsbescheide durch die nachträgliche Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Eine Diensteanbieterverpflichtung betrifft nicht die Verteilungsfrage zwischen Netzbetreibern, sondern regelt das Verhältnis zwischen

Netzbetreibern und Diensteanbietern. Sie ist durch das bereits geltende Verhandlungsgebot vorgezeichnet und effektiert nur dessen Wertungen. Damit besteht kein Anlass, die Verteilungsfrage im Hinblick auf die Frequenzen neu aufzuwerfen, so dass die Auktionsergebnisse Bestand haben können (siehe hierzu unsere Stellungnahme vom 12. Januar 2026 im Anhörungsverfahren BK1-25/001, Rn. 16). Zudem war den Zuteilungspetenten bekannt, dass die Frequenzen streitbefangen sind, so dass sie das Risiko einer nachträglichen Diensteanbieterverpflichtung einpreisen konnten (siehe oben, Rn. 5), d.h. die nachträgliche Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung war in der Kalkulation der Zuteilungspetenten bereits angelegt.

- 12 Das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln verlangt keine erneute Auktion, wenn die Bundesnetzagentur eine Diensteanbieterverpflichtung auferlegt. Die Teilentscheidungen I und II aus dem Jahr 2018, welche die Durchführung einer Vergabe vorsehen, sind bestandskräftig. Sie wurden von freenet (und der EWE TEL GmbH) nicht angegriffen und sind vom Urteil des Verwaltungsgerichts Köln nicht erfasst. Eine Verpflichtung zur Neubescheidung dieser Teilentscheidungen ergibt sich aus den Urteilen des Verwaltungsgerichts nicht (siehe hierzu unsere Stellungnahme vom 12. Januar 2026 im Anhörungsverfahren BK1-25/001, Rn. 44). Die erneute Durchführung der Vergabe ist daher unter keinem Gesichtspunkt geboten, wenn die Bundesnetzagentur das bestehende Verhandlungsgebot zu einer Diensteanbieterverpflichtung konkretisiert.

III. Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Juli 2014 (6 B 50.13)

- 13 Das Frequenzverwaltungsrecht lässt sogar eine rückwirkende Entscheidung über das Absehen von einer Vergabeanordnung zu. Die Regulierungsziele können es erforderlich machen,

„eine formell fehlerhafte Frequenzzuteilung der Bundesnetzagentur durch **Nachholung** der hierfür rechtlich erforderlichen Beschlusskammerentscheidung **rückwirkend zu heilen.**“

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 22. Juli 2014, 6 B 50.13, Rn. 12.

- 14 Eine solche Fehlerbehebung mit Wirkung für die Vergangenheit kann hier allerdings nur gelingen, wenn die vom Verwaltungsgericht aufgezeigten Fehler tatsächlich behoben werden. Dies setzt voraus, dass die Bundesnetzagentur den Antrag freenets über den Erlass einer Diensteanbieterverpflichtung rechtsfehlerfrei neubescheidet. Eine mögliche Heilung ist von vornherein ausgeschlossen, wenn die Bundesnetzagentur die Präsidentenkammerentscheidung 2018 in der Sache aufrechterhält und lediglich durch kosmetische Änderungen, zum Beispiel bei den Versorgungsaufgaben, ihren Verpflichtungen aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts nachkommen will, zumal diese nicht Gegenstand des Antrags von freenet sind. Statt die Fehler zu heilen, würde die Bundesnetzagentur eine neue Entscheidung in die Welt setzen, die ihrerseits

fehlerhaft ist und das gesamte Verfahren – einschließlich Konsultation und Vergabe – durchlaufen müsste.

- 15 Eine Heilung käme einzig durch die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung in Betracht. Nur diese ist Gegenstand der Neubescheidung und geeignet, die formellen und materiellen Fehler der Präsidentenkammerentscheidung 2018 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts zu heilen.

Mit freundlichen Grüßen



Wolfgang Spoerr



Thomas Ruthemeyer

DÜSSELDORF

Benrather Straße 18-20
40213 Düsseldorf
T +49 211 8304 0
F +49 211 8304 170

Partner

Dr. Reinhold Ernst
Dr. Hartwin Bungert
Dr. Thorsten Mäger
Dr. Carsten A. Schapmann
Dr. Georg Seyfarth
Dr. Bernd Wirbel
Prof. Dr. Dirk Uwer
Thomas Meurer
Dr. Markus Röhrig *
Dr. Alexander Nolte
Dr. Oliver Rieckers
Dr. Dirk Busch
Dr. Christian Schwandtner
Dr. Christian Wentrup
Dr. Vera Jungkind
Dr. Thomas B. Paul
Dr. Martin Ulbrich
Dr. Carl-Philipp Eberlein
Dr. Daniel Zimmer
Dr. Katharina Hesse
Christoph Wilken *
Dr. Oda Christiane Goetzke
Dr. Philipp Otto Neideck
Dr. Jörg Meinzenbach
Dr. Michael Schramm
Dr. Christian Strothotte
Dr. Matthias Rothkopf
Dr. Sebastian Dworschak
Dr. Tobias Schneiders
Friedrich Florian Steinert

Partner (retired)

Dr. Matthias Blaum
Dr. Thomas Schmidt-Kötters
Dr. Maximilian Schiessl
Dr. Matthias Hentzen
Dr. Gerd Sassenrath
Dr. Daniel Wilm
Dr. Wolfgang Kellenter
Dr. Wolfgang Meyer-Sparenberg
Prof. Dr. Christoph Stadler
Dr. Rainer Krause
Dr. Alf-Henrik Bischke
Dr. Christian Möller
Dr. Hans-Jörg Niemeyer

Counsel *

Dr. Petra Mennicke
Dr. Andrea Schlaffge
Manuela Roeding
Dr. Matthias Cloppenburg
Stefanie Budde
Dr. Susanne Koch
Caspar Haarmann
Dr. Anja Balitzki *
Dr. Marc Zuber

Associates *

Vicki Treibmann
Daniela Klar
Dr. Laura Sophie Gravenhorst
Marina Kederoglu
Dr. Alla Dröbler
Christian Jopen
Paul David Rieger
Marco Badra
Dr. Annika Piroth
Dr. Lech Kopczyński
Dr. Rebecca Klein
Dr. Caroline Beyersdorf
Dr. Christian Wienke
Dr. Kim Josefine Weisser

Jan Schülting
Dr. Ingo Albert
Dr. Okan Isikay
Dr. Marvin Geisler
Nühket Tanrikulu
Kira Fritsche
Corinna Ullrich
Carmen Hartnigk-Kieselstein
Dr. Moritz Koch
Dr. Philipp Braun
Johannes Jäkle
Julia Redbrake
Dr. Daniel Higer
Wanja Leo Guenther
Tim Jaeger
Dr. Maximilian Metzen
Dr. Jakob Stachow
Dr. Florian Klose
Dominik Schlepphorst
Susanne Marie Struth
Dr. Grigory Bekrisky
Leonie Lentner
Dr. Thomas Kosmider
Katarina Bauer
Sarah Schadeck
Bernardo Wappler
Dr. Carlo Tunze
Marian Aurin
Antonia Cramer
Dr. Manuel Joseph
Dr. Mats Kremer
Dr. Matthias Mayer
David Rüther
Lennard Wilksen
Larissa Ruch
Van Nguyen
Paulina Sophie Gehrckens
Dr. Jan Luis Lemli
Tanja Peschen
Oleg Goldschmidt
Dr. Jonas Drögemüller
Moritz Begemeier
Luca Bellotti
Malte Scholz
Leonard Alexander Nielsen
Nina Mackenstedt
Dr. Anouk Ludwig

FRANKFURT A. M.

Bockenheimer Landstraße 24
60323 Frankfurt am Main
T +49 69 17095 0
F +49 69 17095 099

Partner

Thomas Müller
Dr. Markus Meier
Dr. Daniela Favoccia
Dr. Martin Geiger
Dr. Dirk H. Bliesener
Dr. Georg A. Frowein
Dr. Johannes Tieves
Dr. Frank Burmeister
Dr. Daniel M. Weiß
Prof. Dr. Johannes Adolff
Dr. Carsten van de Sande
Dr. Christian Hoefs
Alexander G. Rang
Dr. Sven H. Schneider
Dr. Nikolaus Vieten
Dr. Philipp Hanfland
Dr. Christian Schmies
Hendrik Bockenheimer
Dr. Andreas Hoger
Dr. Lucina Berger
Dr. Daniela Böning
Dr. Annika Clauss
Dr. Sebastian Schneider
Dr. Thomas Lang

Maximilian Bülau
Dr. Antonia Hösch
Dr. Henning Hilke
Dr. Sebastian Adam
Dr. Marika Öry
Dr. Pascal Brandt
Dr. Gerrit Tönningsen

Partner (retired)

Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig +
Dr. Hannes Schneider *
Dr. Burkhardt W. Meister +
Dr. Bernhard M. Maassen
Dr. Dieter Beinert +
Dr. Oleg de Lousanoff +
Dr. Ingo Klöcker +
Dr. Michael Baumgartl
Dr. Hans-Joachim Liebers
Dr. Hendrik Haag
Dr. Stefan Krauss
Dr. Edgar Wallach
Dr. Torsten Busch
Dr. Joachim Rosengarten
Dr. Thomas O. Cron
Dr. Ernst-Thomas Kraft
Dr. Martin Klein
Dr. Wolfgang Groß
Dr. Stefanie Beinert

Counsel *

Martin Peters
Dr. Axel Gehringer
Dr. Sonnhild Draack
Jan Letto Steffen
Marius Marx
Johanna Peters
Dr. Malte Wundenberg
Dr. Sebastian Heinrichs
Tom Shingler
Julia Weidner
Dr. Daniel Gajek
Felix Klüter
Kristina Große
Dr. Nicholas Kubesch
Dr. Tobias Chowdhury
Dr. Pierre G. Zickert
Dr. Lea Grohmann

Associates *

Dr. Sabine van Scherpenberg
Dr. Katharina Gebhardt
Anna Maria Flick *
Heike Kainer *
Dr. Anabel Harting
Dr. Susanne Walzer
Dr. Steffen Wörner
Daniel Jagnjic
Franziska Dechamps
Philipp Ersfeld
Dr. Laura Rothmann
Dr. Maximilian Alter
Dr. Christoph Roggemann
Dr. Caspar Conzen
Dr. Tobias Braun
Dr. Charlotte van Kampen
Selina Rohr
Georg Tauser
Dr. Alexander Ruckteschler
Dr. Andreas Kaletsch
Dr. Moritz Weidemann
Patrick M. Schmidt
Jan Henry Adami
Dr. Natalia Dobrosz
Dr. Sophie Eßlinger
Maximilian Kunzelmann
Dr. Ioanna Tsotsa
Niklas Mees
Guglielmo Ziani
Dr. André Jahn
Dr. Christoph Kling
Dr. Mona Geimer

Musa Müjdeci
Sonia Stelz
Dr. Alva Theisinger
Antonius Rodewig
Robert Schimmelpfennig
Julia Tittel
Dr. Franziska Biggel
Maximilian Maucher
Jean Friedrich Härtelt
Dr. Anna Kaehlbrandt
Dr. Stefan Kreß
Dimitri Alexander Krupp
Karsten Staupe
Dr. Katharina Limberger
Dr. Moritz Jacob
Niklas Lewicki
Natalie-Dilan Yerlikaya
Markus Daniel Fyrnys
Amir Hanna
Dr. Konrad Schäfer
Simon Tänzer
Dr. Laurids Schommers
Tim Adelberger
Dr. Kathrin Hüttmann
Niclas Claussen
Dr. Julia Tietz
Kira Schmitt
Dr. Stephan Graf von Plettenberg
Dr. Hannah Schütz
Georg Zoepffel
Dr. Clemens Dödt
Dr. Moritz Bach
Laura Esmaty

BERLIN

Behrenstraße 42
10117 Berlin
T +49 30 20374 0
F +49 30 20374 333

Partner

Prof. Dr. Wolfgang Spoerr
Dr. Albrecht Conrad
Dr. Kai-Steffen Scholz
Dr. Daniel Kress
Dr. Jan Bonhage
Dr. Jens Wenzel
Johanna Wirth
Dr. Fabian Quast
Dr. Martin Tasma
Dr. Constantin Lauterwein
Dr. Mathäus Mogendorf
Maike Hölty
Clemens Höhn
Dr. Tobias Schubert
Dr. Ingo Berner
Dr. Arvid Morawe
Dr. Nicolas Kutscher

Partner (retired)

Dr. Cord-Georg Hasselmann +
Dr. Ulrich Blech
John Flüß +
Dr. Stefan Richter
Dr. Nicolas Böhm +
Dr. Henning Bälz

Counsel *

Andreas Breier
Dr. Matthias Berberich
Alexander Bekier
Dr. Marvin Vesper-Gräske
Marco Mäallem
Maximilian Silm
Dr. Thomas Ruthemeyer
Dr. Malte Frank
Dr. Tobias Begemann
Dr. Yasemin Jüngling

Dr. med. Mathias Priewer
Dr. Sebastian Bauer
Dr. Moritz Müller-Leibenger

Associates *

Dr. Jan-Marco Luczak
Dr. Jennifer Hoffmann
Andreas Puhl
Barbara Alpaslan
Felicitas Sussmann
Dr. Lena de Bruyn
Dr. Julia Vorländer
Dr. Hermann Dahlitz
Dr. Philipp Pauschinger
Dr. Anja Meier-Hoffmann
Dr. Jasper Bothe
Dr. Gülşah Schrader
Dr. Philipp Wippermann
Dr. Dennis Federico Otte
Dr. Patrick Oei
Dr. Krzysztof Paluch
Franz Bergann
Kevin Dollerschell
Hedger Roisenwasser
Marcin Pawlik
Dr. Lina Luyken
Dr. Kevin Marschhäuser
Dr. Gesa Tamcke
Dr. Philipp Halm
Dr. Roman Kalin
Viktoria Salehi
Dr. Lukas von Dittfurth
Elmar Willemssen
Wolfgang Kyselka
Róża Grzybowska
Maximilian Offinger
Dr. Esther-Nicola Vehling
Dr. Matthias Schindbeck
Dr. Hanna Eizenhöfer
Johannes Weigl
Dr. Tobias Ponßen
Felix Schwalm
Nikolaus Wallraf
Dr. Lucas Jäger
Dr. Ursula Dahmen
Philipp Hentrich
Dr. Victoria Blome
Hannah Weber
Maarten van der Werf
Katharina Bohdal

MÜNCHEN

Leopoldstraße 8-10
80802 München
T +49 89 383388 0
F +49 89 383388 333

Partner

Prof. Dr. Jochen Vetter
Dr. Emanuel P. Strehle
Dr. Viola Sailer-Coceani
Dr. Daniel Wiegand
Dr. Matthias Scheifele
Dr. Simon Patrick Link
Dr. Daniel Möritz
Dr. Markus Ernst
Elisabeth Kreuzer
Dr. Daniel Engel
Dr. Sarah Milde Lodde
Dr. Gunther Wagner
Dr. Theresa Lauterbach
Dr. Benedikt Hoegen

Partner (retired)

Dr. Gerhard Lang
Prof. Dr. Hans-Jörg Ziegenhain

Counsel *

Luisa Kuschel

+ Notar a.D.

▲ nicht Mitglied der Partnerschaft

● als Rechtsanwalt auch in Brüssel eingetragen

■ in Deutschland nicht zur Rechtsanwaltschaft zugelassen

Dr. Nicolai Moriz Mertz
Johannes Ahlsvede

Associates *

Marie Söhngen
Florian Schormair
Dr. Svitlana Gapalo
Dr. Verena Klosterkemper
Dr. Tim Würstlin
Johannes Schmidt
Dr. David Negenborn
Dr. Viola de Blecourt
Carina Kämpf
Gerlind Wolf
Dr. Patrick Hell
Dr. Isabella Zimmerli
Dr. Christoph Roth
Dr. Lisa Hoegen
Konrad Heßler
Dr. Lucas Lichtenberg
Maximilian Mayer
Dr. Lukas Kleeberger
Martin Senftl
Julian Pröbstl
Miriam Friedrichs
Michael Mertel
Daniel Omasreiter
Dr. Alexander Bömer
Nele Heuermann
Jakob Nicola
Maximilian Schulze
Dr. Sophie Zeidler
Rebecca Schlottmann

BRÜSSEL

Square de Meeûs 40
1000 Bruxelles
T +32 2 7885 500
F +32 2 7885 599

Partner

Dr. Markus Röhrig *
Christoph Wilken *

Partner (retired)

Dr. Hans-Jörg Niemeyer

Counsel *

Christian Dankerl

Associates *

Dr. Philipp Heuser
Dr. Christoph Sielmann

LONDON

30 Cannon Street
London EC4M 6XH
T +44 20 7429 0660
F +44 20 7429 0666

Partner

Dr. Martin Geiger
Dr. Albrecht Conrad
Prof. Dr. Dirk Uwer
Dr. Carsten van de Sande
Dr. Philipp Hanfland

NOTARE

Amtssitz Frankfurt am Main

Dr. Frank Burmeister
Dr. Annika Clauss
Dr. Georg A. Frowein
Dr. Thomas Lang

TELEKOMMUNIKATIONSRECHTLICHE VORGABEN FÜR DEN ERLASS EINER NEUEN „5G-ENTSCHEIDUNG“

NETZWIRTSCHAFTSRECHT, TELEKOMMUNIKATIONSRECHT



Am 27. Januar 2026 hat die EWE TEL GmbH ein in ihrem Auftrag veröffentlichtes Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. *Kühling* und Herrn Dr. *Drechsler* veröffentlicht. Das Gutachten beleuchtet 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“. Es geht also um die Frage nach dem Schicksal der sog. „5G-Versteigerung“. Das VG Köln hatte die Bundesnetzagentur dazu verpflichtet, die auf die Auferlegung einer sog. Diensteanbieterverpflichtung gerichteten Anträge von zwei Diensteanbietern unter Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 über die Vergabe- und Auktionsregeln unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass alle Verfahrensschritte der Frequenzvergabe einschließlich der Durchführung der Versteigerung beginnend mit der Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsbedingungen wiederholt werden müssten. Die zentralen Aussagen des Gutachtens beruhen dabei auf zwei Grundannahmen:

1. Die Präsidentenkammerentscheidung müsse rückwirkend (*ex tunc*) zurückgenommen werden, d. h. eine Rücknahme nur für die Zukunft (*ex nunc*) scheide aus.
2. Bei einer Ersetzung der rechtswidrigen durch eine rechtmäßige Präsidentenkammerentscheidung müssten alle nachfolgenden Verfahrensschritte wiederholt werden.

Beide Annahmen sind zumindest angreifbar. Gewichtige Gründe sprechen sogar für eine gegenteilige Sichtweise.

I. Rücknahme der Präsidentenkammerentscheidung *ex nunc* oder *ex tunc*

Unter Rn. II der Zusammenfassung des Gutachtens heißt es (auf S. 6):

„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.“

Die Gutachter begründen das dann auf S. 38 f. näher damit, dass sich bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten die Regelungswirkung in einer Gestaltung der Rechtslage „verbrauche“. Sei diese Änderung der Rechtslage einmal bewirkt worden, könne eine Rücknahme mit Wirkung *ex nunc* die rechtsgestaltende Wirkung nicht mehr beeinflussen. Die Präsidentenkammerentscheidung habe allein die „Spielregeln“ für das im Frühjahr 2019 durchgeführte Vergabeverfahren festgelegt.

Das dürfte nicht der Rechtsprechung des BVerwG zu entsprechen. Dieses hatte in Bezug auf die Präsidentenkammerentscheidung zu den Vergaberegeln 2009 nämlich ausgeführt.¹:

„Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin lässt sich im Hinblick auf die in der Allgemeinverfügung vom 12. Oktober 2009 festgelegten Vergabebedingungen nicht mit der Erwägung verneinen, deren Gestaltungswirkung habe sich mit der mittlerweile ohne Beteiligung der Klägerin durchgeführten Versteigerung erledigt. Denn die einzelnen Teilentscheidungen über die Frequenzvergabe – einschließlich derjenigen über die Vergabebedingungen – bilden das sachliche Fundament für die Frequenzzuteilungen; bei deren Anfechtung müsste sich die Klägerin eine etwaige Bestandskraft der Vergabebedingungen entgegenhalten lassen.“

Danach entfalten die Entscheidungen zu den Vergabe- und Auktionsregeln über das konkrete Versteigerungsverfahren hinaus Rechtswirkung. Das dürfte dafür sprechen, dass auch eine bloße Aufhebung „ex nunc“ möglich ist, mit der dann eben diese „Fundamentwirkung“ allein mit Wirkung für die Zukunft beseitigt würde.

Diese Lesart deckt sich dann auch mit der aktuellen Entscheidung des BVerwG zu dem 5G-Verfahren, in der das Gericht gerade ausgeführt hat, dass das Urteil „es im Ergebnis der [Bundesnetzagentur überlässt], 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“.²

II. Zwingende Wiederholung der nachfolgenden Verfahrensschritte?

In dem Gutachten wird außerdem davon ausgegangen, dass bei einer Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung alle nachfolgenden Verfahrensschritte zu wiederholen seien. Zum einen dürfte sich die Bedeutung dieser Frage potentiell anders darstellen, sollte die Aufhebung bloß ex nunc erfolgen, was entgegen der im Gutachten vertretenen Auffassung möglich sein dürfte (siehe soeben, unter I.).

Zum anderen ist aber auch zweifelhaft, ob diese Annahme zutrifft. Vielmehr sprechen gute Gründe dafür, dass eine isolierte „Heilung“ der nachfolgenden Verfahrensschritte (durch rechtsfehlerfreien – ggf. rückwirkenden – Neuerlass der Präsidentenkammerentscheidung) möglich ist.

Das Gutachten verneint die Möglichkeit einer bloßen Heilung mit Hinweisen auf Schrifttum und Rechtsprechung zum (Bau-) Planungsrecht (S. 43 ff.). Nicht weiter berücksichtigt wird aber, dass die Rechtsprechung zum Frequenzverwaltungsrecht die Möglichkeit einer rückwirkenden Entscheidung über das Absehen von einer Vergabeanordnung für rechtmäßig erachtet hat, ohne dass deshalb die darauf basierenden Frequenzzuteilungsbescheide neu zu erlassen gewesen wären.³ Das BVerwG hat diese Möglichkeit u. a. gerade damit begründet, dass auf diese Weise Gefahren für die Versorgung der Nutzer und Verbraucher mit Mobilfunkdienstleistungen und die Planungssicherheit der Marktteilnehmer verhindert werden können.⁴

Bestätigt wird diese Sichtweise, erstens, durch den Umstand, dass die (erstinstanzliche) Rechtsprechung mit entsprechenden Erwägungen auch die nachträgliche Ergänzung defizitärer Ermessenserwägungen bei der Wahl des Versteigerungsverfahrens akzeptiert hat,⁵ ohne dass dies Auswirkungen auf die folgenden Verfahrensschritte gehabt hätte.

Und zweitens hat das BVerwG im Bereich der Marktregulierung die rückwirkende Neuauferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht gerade deshalb für zulässig erachtet, um auf diese Weise „den bereits ergangenen Entgeltgenehmigungen nachträglich die erforderliche Grundlage wiederzuverschaffen und diese so abzusichern“.⁶ Hier hat die Rechtsprechung also auch nicht die Notwendigkeit gesehen, die Entgeltgenehmigungen als nachfolgende Regulierungsmaßnahmen neu zu erlassen, sondern im Gegenteil gerade deren Fortbestand betont. Das könnte insbesondere deshalb auch für das hier

relevante Frequenzverwaltungsrecht fruchtbar gemacht werden, weil das BVerwG das zweistufige Entgeltregulierungsverfahren ebenfalls dem „Modell des gestuften Verfahrens“ zugeordnet hat.⁷

Es spricht also einiges dafür, dass die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Annahmen des Gutachtens im Telekommunikationsrecht nicht tragen und eben doch eine Heilung der nachfolgenden Verfahrensschritte durch rechtsfehlerfreien Neuerlass der Präsidentenkammerentscheidung in Frage kommt.

Transparenzhinweis: Koch & Neumann haben die Bundesnetzagentur in den Gerichtsverfahren, die mit den Entscheidungen des BVerwG vom 16. Oktober 2025 zum Abschluss gekommen sind, anwaltlich vertreten. Der vorstehende Text ist unabhängig davon und auch außerhalb eines Mandats- oder sonstigen Auftragsverhältnisses entstanden. Er spiegelt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wider.

Fußnoten

1. BVerwG, Urt. v. 22.6.2011 – Az. 6 C 40.10, Rn. 12.
2. BVerwG, Beschl. v. 16.10.2025 – Az. 6 B 5.25, Rn. 29 (Hervorhebung hinzugefügt).
3. BVerwG, Beschl. v. 22.7.2014 – Az. 6 B 50.13, Rn. 11 ff.
4. A. a. O., Rn. 12.
5. VG Köln, Urt. v. 17.9.2014 – Az. 21 K 4414/11, Rn. 122 ff., insbesondere Rn. 131.
6. BVerwG, Urt. v. 14.12.2011 – Az. 6 C 36.10, Rn. 21.
7. BVerwG, Urt. v. 21.9.2018 – Az. 6 C 8.17, Rn. 122.