UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Versteigerungsregeln für 5G-Frequenzen waren rechtswidrig: TKG 2004 §§ 55 Abs. 10, 61, 117, 132, 135 TKG2021 §§ 2, 87, 100 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 Nr. 4, 105 VwGO §§ 113 Abs. 5, 144 Abs. 6 VwVfG §§ 20, 21, 71 Abs. 3, 88 RL 2002/21/EG Art. 3 Abs. 3, 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972 Art. 52 - VG Köln, Urteil vom 26.8.2024 –1 K 1281/22; nicht rechtskräftig [Urteilsanmerkung]

Matthias Rossi

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Rossi, Matthias. 2025. "Versteigerungsregeln für 5G-Frequenzen waren rechtswidrig: TKG 2004 §§ 55 Abs. 10, 61, 117, 132, 135 TKG2021 §§ 2, 87, 100 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 Nr. 4, 105 VwGO §§ 113 Abs. 5, 144 Abs. 6 VwVfG §§ 20, 21, 71 Abs. 3, 88 RL 2002/21/EG Art. 3 Abs. 3, 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972 Art. 52 - VG Köln, Urteil vom 26.8.2024 –1 K 1281/22; nicht rechtskräftig [Urteilsanmerkung]." *Multimedia und Recht (MMR)* 28 (6): 466–80. https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-MMR-B-2025-S-466-N-1.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Anmerkung

Die beiden – weitgehend inhaltsgleichen – Urteile (1 K 8531/18 und 1 K 1281/22) vom 26. August 2024, deren Begründungen seit Mitte Dezember 2024 vorliegen, sind ein Paukenschlag. Sie werfen grundsätzliche rechtliche und strukturelle Fragen auf.

I. Hintergrund

Vor rund sechs Jahren fand unter der Bezeichnung „5G-Frequenzauktion“ die Versteigerung von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz statt. Sie führte zu einem Versteigerungserlös von rund 6,55 Mrd. €. Grundlage der Versteigerung waren insgesamt vier Entscheidungen der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur. Zwei von ihnen, nämlich die Festlegung der Vergabebedingungen und die Festlegung der Versteigerungsregeln, sind vom VG Köln nun für rechtswidrig befunden worden. Zuvor hatte es die Klage einer Diensteanbieterin mit Urteil vom 3. Juli 2019 als unzulässig abgewiesen (Az. 9 K 8489/18). Das Bundesverwaltungsgericht hob diese Entscheidung mit Urteil vom 21. Oktober 2021 (Az 6 C 8.20) aber teilweise auf und verwies sie an das VG Köln zurück. Es hob zunächst den drittschützenden Charakter der Festlegungen von Vergabebedingungen und Versteigerungsregeln hervor, aus dem eine Klagebefugnis von Diensteanbietern folgt, die an der Frequenzvergabe nicht unmittelbar beteiligt sind. Vor allem aber gab es dem VG Köln auf zu prüfen, ob mit Blick auf die Präsidentenkammer eine Besorgnis der Befangenheit bestanden habe, ob es zu einem Verstoß gegen die unionsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur und ob die Abwägung der Präsidentenkammer unter dem Gesichtspunkt einer faktischen Vorfestlegung fehlerhaft gewesen sei. Denn es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass das BMVI in erheblichem Umfang versucht habe, insbesondere auf die Festlegung der Versorgungsverpflichtungen Einfluss zu nehmen. Hierzu bedürfe es weiterer Sachverhaltsaufklärung. Insbesondere sei aufzuklären, wie die Präsidentenkammer auf den politischen Druck reagiert habe.

Das VG Köln führte daraufhin eine Beweisaufnahme durch, indem es die Mitglieder der damaligen Präsidentenkammer vernahm. Zusätzlich berücksichtigte es die umfassenden Aktenbestandteile, deren Offenlegung die Klägerin im Parallelverfahren (1 K 8531/18) auf Grundlage des Informationsfreiheitsgesetzes zwischenzeitlich in verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin erwirkt hatte. Auf der Grundlage dieser Informationen zeichnet das VG Köln in den Urteilen den Austausch zwischen der damaligen Bundesregierung und der Bundesnetzagentur minutiös nach und gelangt zu dem Urteil, dass die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 rechtswidrig ist. Es verpflichtet die Bundesnetzagentur, die Anträge der Klägerinnen auf Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung neu zu bescheiden. Die Bundesnetzagentur hat sich dieser Verpflichtung zunächst durch die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision entzogen. Sie nimmt damit in Kauf, die Folgen eines Verfahrensfehlers zu perpetuieren und weitere Entscheidungen, insb. über die Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 Mhz und 2.600 MHz, mit der Rechtswidrigkeit zu infizieren.

II. Gründe

Das VG Köln begründet die Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung vom 26.11.2018 vor allem mit drei Feststellungen.

1. Besorgnis der Befangenheit

Zunächst legt es in insgesamt sehr nüchternen und klaren Aussagen überzeugend dar, dass die Entscheidung der Präsidentenkammer mit dem „bösen Schein“ getroffen wurde, sie sei in einem informellen Nebenverfahren maßgeblich durch die Regierung in Gestalt des BMVI beeinflusst worden, von der sie gerade unabhängig agieren soll. Ob eine solche Einflussnahme stattgefunden hat und wie die Entscheidung ohne eine solche Einflussnahme ausgefallen wäre, ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit irrelevant. Die verfahrensrechtlichen Regeln der §§ 20, 21 VwVfG zur Befangenheit, die das VG Köln zutreffend auf die Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA angewendet hat, schützen nicht konkrete Ergebnisse, sondern das Verfahren als solches. Geradezu grotesk mutet es an, dass sich die Bundesnetzagentur seinerzeit wohl sogar dem Koalitionsvertrag verpflichtet sah, der unabhängig von seinen Bindungswirkungen ja doch zwischen politischen Parteien geschlossen wird und demzufolge schon der Form nach erkennbar parteipolitisch motiviert ist.

2. Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur

Auch der zweite Grund für die formelle Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Präsidentenkammer betrifft die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur. Sie ist nicht nur gesetzlich, sondern zudem unionsrechtlich determiniert. Nach einer zutreffend in Bezug genommenen Entscheidung des EuGH ist die Unabhängigkeit einer nationalen Regulierungsbehörde beeinträchtigt, wenn es außenstehenden Stellen gestattet wäre, außerhalb der von der Rahmenrichtlinie vorgesehenen Fälle ein laufendes Auswahlverfahren zur Vergabe von Funkfrequenzen auszusetzen oder gar für nichtig zu erklären.

Die unionsrechtliche Verankerung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden – in Deutschland der Bundesnetzagentur – ist schon bei abstrakter Betrachtung von besonderer Bedeutung. Zum einen entkoppelt sie bewusst die fachlich-wettbewerblich ausgerichtete Entscheidung der Bundesnetzagentur von der allgemein-politischen Bewertung durch die Regierung und stellt damit zugleich sicher, dass andere als die Regulierungsziele nicht von der Bundesnetzagentur verfolgt werden dürfen. Zum anderen führt der unionsrechtliche Maßstab im Unterschied zu seiner nationalrechtlichen Wiederholung dazu, dass seine Verletzung auch ein gegen Deutschland gerichtetes Vertragsverletzungsverfahren nach sich ziehen kann. Unabhängig von diesen theoretischen Folgen begründet das VG Köln die Verletzung des Unionsrechts mit der informellen Einflussnahme der Bundesregierung auf die Entscheidung über das Vergabeverfahren. Unerheblich sei, dass keine förmliche Weisung erteilt worden sei. Ausreichend sei vielmehr zum einen, dass es einen informellen, also außerhalb des institutionalisierten Rahmens stattfindenden Austausch zwischen der Bundesregierung und der Bundesnetzagentur gegeben habe, und zum anderen und vor allem, wie die Bundesnetzagentur auf die Forderungen aus der Politik reagiert habe.

3. Abwägungsdefizit

Schließlich stellt das VG Köln ein Abwägungsdefizit in dem Sinne fest, dass der Ausgestaltungsspielraum faktisch vorgeprägt und dadurch verkürzt worden sei. Zu dieser Einschätzung gelangt das Gericht durch die Einbeziehung der vor dem VG Berlin auf der Grundlage des IFG erstrittenen Aktenunterlagen – ein Musterbeispiel für die Bedeutung allgemeiner Informationszugangsansprüche und der mit ihnen verfolgten Zielsetzungen. Diese Unterlagen dokumentieren die politischen Forderungen nach einer Erhöhung der Versorgungsauflagen und ministerielle Vorgaben für die Zahlungsmodalitäten. Nicht nachvollziehbar sei zudem, weshalb die Bundesnetzagentur von ihrer ursprünglichen Favorisierung einer obligatorischen Diensteanbieterverpflichtung zu Gunsten eines bloßen Verhandlungsgebots umentschieden habe.

III. Konsequenzen

Die Konsequenzen der Urteile gehen weit über den konkreten Tenor hinaus. Sie betreffen nicht nur das Schicksal der auf der Grundlage der nun für rechtswidrig befundenen Präsidentenkammerentscheidung durchgeführten Versteigerung und die konkreten Frequenzzuteilungen (1.), sondern auch künftige Frequenzentscheidungen (2.) sowie insgesamt die Sicherung der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur (3.).

1. Auswirkungen auf die Frequenzzuteilungen

Die Frequenzzuteilung erfolgt nach dem alten wie nach dem neuen TKG in einem gestuften Verfahren, in welchem das zu bewältigende Gesamtproblem phasenweise abgearbeitet und konkretisiert wird, wobei die jeweils vorangegangenen Stufen das sachliche Fundament für die nachfolgenden Verfahrensschritte bilden".[1] Grundlage für die Durchführung des Vergabgeverfahrens ist stets die – nun für rechtswidrig befundene – Durchführungsanordnung der Bundesnetzagentur nach § 91 Abs. 9 S. 1 TKG. Sofern sie die Durchführung eines Vergabeverfahrens (und nicht etwa eine Verlängerung bestehender Frequenznutzungsrechte) anordnet, bestimmt sie zugleich, ob es im Wege der Versteigerung nach § 100 Abs. 5 TKG oder als Ausschreibung nach § 100 Abs. 6 TKG durchzuführen ist. Sie legt zudem vor Durchführung des Vergabeverfahrens allgemeine (vgl. § 100 Abs. 4 TKG) sowie in Abhängigkeit von der gewählten Verfahrensart spezifische (vgl. § 100 Abs. 5 bzw. Abs. 6 TKG) Bestimmungen für dessen Ausgestaltung fest. Auf diese Beschlüsse folgen die Zulassung der Bieter zum Vergabeverfahren, die Zuschlagserteilung und die abschließende Frequenzzuteilung.[2]

Die verfahrenslenkenden Entscheidungen der BNetzA werden von der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur nicht als Verfahrenshandlungen i.S.v. § 44a S. 1 VwGO, sondern als selbstständige Verwaltungsakte in Gestalt von Allgemeinverfügungen i.S.v. § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG qualifiziert.[3] Was vermeintlich den Rechtsschutz stärkt, weil die Entscheidungen selbständig angefochten werden können, schmälert im Ergebnis die Erfolgsaussichten, weil die Rechtswidrigkeit im Streit um die abschließende Frequenzzuteilung nicht mehr geltend gemacht werden kann.[4] Denn entscheidend ist nicht die Rechtmäßigkeit, sondern die bloße Wirksamkeit des zugrundeliegenden Verwaltungsakts.[5] Im Modell des gestuften Verfahrens wird die „sachliche Grundlage"[6] für eine Entscheidung folglich durch die Wirksamkeit der jeweils vorgängigen Entscheidungen fixiert, sodass die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung grundsätzlich nicht auf die nachfolgenden Entscheidungen durchschlägt. Mit der jeweiligen formellen Bestandskraft einer verfahrenslenkenden Entscheidung entfällt dieses Risiko für die darauf aufbauenden

---

[1] BVerwG, NVwZ 2009, 1558 Rn. 25. Ebenso *Korte*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck´scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 17.; *Offenbächer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG – TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 73.

[2] Vgl. *Korte*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck´scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 17; *Offenbächer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG – TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 91 TKG Rn. 75.

[3] BVerwG, NVwZ 2009, 1558 Rn. 23 f.; *Korte*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck´scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 94 f.; *Offenbächer*, in: Säcker/Körber (Hrsg.), TKG – TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 91 TKG Rn. 87.

[4] *Ruthig*, in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Aufl. 2021, § 61 TKG Rn. 17.

[5] *Goldhammer*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 5. EL (Juli 2024), § 43 VwVfG Rn. 75, Rn. 87.

[6] BVerwG, NVwZ 2009, 1558 Rn. 25.

Entscheidungen; das BVerwG spricht in diesem Zusammenhang vom „Abschichtungseffekt bestandskräftiger Zwischenentscheidungen“.[7]

Die Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung führt mithin nicht de iure zur Unwirksamkeit der auf ihr aufbauenden Entscheidungen, insb. nicht der konkreten Frequenzzuteilungen. Sie bewirkt aber deren Rechtswidrigkeit und begründet damit ihre Aufhebbarkeit. Grundsätzlich steht die Entscheidung über die Rücknahme der Zuteilungsbescheide nach § 48 VwVfG im Ermessen der Bundesnetzagentur. Im konkreten Fall sind vielfältige Gründe erkennbar, die dafür sprechen, dass das Rücknahmeermessen auf Null reduziert ist.[8]

Zum einen beruhen die Zuteilungsbescheide auf der Grundlage der Präsidentenkammerentscheidungen.[9] Sie werden diese Entscheidungen sogar explizit in Bezug nehmen, weil diese Entscheidungen für die Zuteilung von konstitutiver Bedeutung sind. Soweit die Zuteilungsbescheide über diese grundsätzliche, rechtlich zwingende Fundierung hinaus explizit auf Festlegungen in der Präsidentenkammerentscheidung hinweisen, erschöpft sich die Bedeutung solcher Verweise nicht in einer inhaltlichen Übernahme, sondern erstreckt sich auch auf deren rechtliches Schicksal. Die Verzahnung zwischen den Präsidentenkammerentscheidungen und den konkreten Zuteilungsbescheiden wird schließlich auch durch die förmliche Übernahme von Begründungen erkennbar. Sollten Zuteilungsbescheide zur näheren Begründung auf diejenige der Präsidentenkammerentscheidung verweisen, wäre dies ein drittes Indiz für die rechtliche Verknüpfung beider Verwaltungsakte. Im Übrigen hat das Bundesverwaltungsgericht bereits 2008 festgestellt, dass die Bundesnetzagentur „auf eigenes Risiko“ handelt, wenn sie im vom TKG vorgesehenen Modell des gestuften Verfahrens die zweite Verfahrensstufe durchführt, bevor über eine Klage gegen die erste rechtskräftig entschieden worden ist.

Zum anderen sprechen Gründe des effektiven Rechtsschutzes für die Pflicht zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide. Denn die Möglichkeit, die vorgelagerten Präsidentenkammerentscheidungen selbständig anfechten zu können, ist zur bloßen Formalie degradiert, wenn sie faktisch keinen Einfluss auf die auf der Grundlage dieser Entscheidung getroffenen Festsetzungen haben kann.

Verstärkt wird dieses Argument schließlich durch die europarechtliche Fundierung der Stellung der Bundesnetzagentur. Die Ermessensausübung durch die Bundesnetzagentur ist auf Null reduziert, wenn ansonsten die wirksame Durchsetzung des Unionsrechts gefährdet ist. Bliebe die Feststellung der Missachtung der unionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur im Ergebnis ohne Folgen, wäre die Verbindlichkeit dieser europarechtlichen Vorgabe in Frage gestellt. Die gerichtliche Verpflichtung zur Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung und zur Neubescheidung des Antrags würde faktisch ins Leere laufen. Die Bundesnetzagentur setzte die Bundesrepublik Deutschland zudem dem Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens aus.

Zu bedenken ist zu guter letzt in zeitlicher Hinsicht, dass für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Präsidentenkammerentscheidung der Zeitpunkt ihres Erlasses maßgeblich war, während für die Neubescheidung des Antrags die aktuelle Sach- und Rechtslage zu Grunde zu legen ist. Hat sich insofern auch an der Rechtslage nichts Substanzielles verändert – die Novellierung des TKG hat die maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben im Wesentlichen unverändert gelassen – muss die Sachlage mit Blick auf die tatsächliche Wettbewerbssituation

[7] BVerwG, NVwZ 2009, 1558 Rn. 27.

[8] *Nacimiento*, K&R 2025, S. 171, 173.

[9] In diese Richtung auch *Nacimiento*, K&R 2025, S. 171, 173.

und die aktuellen Wettbewerbsbedingungen neu beurteilt werden. Die insofern gebotene Gesamtbetrachtung spricht gegen die separate Neubescheidung des Antrags auf obligatorische Diensteanbieterverpflichtung. Vielmehr ist die durchgeführte Versteigerung auf Basis völlig neuer Entscheidungen zu wiederholen.[10]

2. Infizierung anderer Frequenzzuteilungen

Weitere Entscheidungen über Frequenzzuteilungen, auch über solche, die nicht streitgegenständlich waren, sollten erst getroffen werden, wenn Rechtssicherheit bezüglich der auf der Grundlage der nun für rechtswidrig erklärten Präsidentenkammerentscheidung beruhenden Zuteilungen besteht. Vor dem Hintergrund der durch das Urteil des VG Köln festgestellten Rechtswidrigkeit der Entscheidung über das Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz ist etwa die Durchführung der Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz in mehrfacher Hinsicht mit erheblichen Risiken behaftet. Unabhängig von den grundsätzlichen Bedenken, die gegen eine Verlängerung der bestehenden Frequenzzuteilungen anstelle deren Neuvergabe in einem wettbewerblichen Verfahren sprechen, besteht nun in tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeit, dass eine Marktsituation verfestigt wird, die jedenfalls auch auf eine rechtswidrige Entscheidung der Bundesnetzagentur in der Vergangenheit zurückzuführen ist. Aus rechtlicher Perspektive ist deshalb nicht auszuschließen, dass sich die Folgen der Verfahrensfehler, die die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Entscheidung begründet haben, perpetuieren. Anstatt das Verfahren über die Verlängerung der 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte zu beschleunigen, sollte die Bundesnetzagentur stattdessen, wie vom VG Köln aufgegeben, zunächst die Entscheidung von 2018 aufheben und durch eine neue Entscheidung ersetzen. Ohne eine solche Neubescheidung dürfte die Bundesnetzagentur die bevorstehende Entscheidung über die 2025 auslaufenden Frequenznutzungsrechte nur treffen, wenn sie jedenfalls hypothetisch auch berücksichtigt, wie sich der Mobilfunkmarkt darstellen würde, wenn die Vergabe der Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.900 MHz und 2.600 MHz mit der verbindlichen Auflage von Diensteanbieterverpflichtungen erfolgt wäre.

3. Stellung der Bundesnetzagentur

Die Urteile des VG Köln werfen schließlich die Frage nach der institutionellen Stellung der Bundesnetzagentur auf. Die Rekonstruierung der Entscheidungsfindung zwischen Bundesnetzagentur einerseits und namentlich dem BMVI anderseits, die erst durch Entscheidungen des VG Berlin über entsprechende, auf das IFG gestützten Ansprüche möglich wurde, offenbart für die Vergangenheit ein erschreckendes Bild der (Möglichkeit der) politischen Einflussnahme. Umgekehrt wäre es ein unzulässiger Schluss, der Bundesnetzagentur einen autarken Entscheidungsbereich zusprechen zu wollen, der gegen politische Zielvorgaben und Wünsche vollständig immun wäre. Der Makel, den die Urteile des VG Köln zu Tage gefördert haben, ist insofern nicht das Maß der politischen Beeinflussung, sondern deren fehlende Offenlegung. Diskriminierungsfreiheit und Transparenz sind deshalb die Prämissen, die die institutionelle Stellung der Bundesnetzagentur bestimmen, ihre Unabhängigkeit ebenso sichern wie ihre Kontrollierbarkeit sicherstellen.

Prof. Dr. Matthias Rossi, Universität Augsburg

[10] *Nacimiento*, K&R 2025, 171, 173.