

**Rechtsgutachten zu Fragen der Heilung, Rück-
abwicklung oder Neuvergabe der Frequenz-
vergabe 2018/2019**

Erstattet durch:

Dr. Ulrich Karpenstein

Dr. Anne Marleen Könneke

Berlin, im Dezember 2025

INHALTSÜBERSICHT

A. Sachverhalt und Fragestellung.....	8
B. Zusammenfassung	14
I. Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens	14
II. Folgerungen für die Szenarien 1 und 2.....	24
C. Gutachten	27
I. Rechtsfolgen des Urteils des VG Köln.....	27
1. Unmittelbare Rechtswirkungen des Urteils des VG Köln	27
2. Mittelbare Folgen des Urteils des VG Köln.....	38
II. Umsetzung der unmittelbaren Urteilswirkungen durch die BNetzA.....	51
1. Maßgaben für die neu zu erlassenden PKE III und IV	51
2. Möglichkeit eines rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV?	70
3. Notwendigkeit der Durchführung einer neuen Frequenzauktion?	82
III. Umsetzung der mittelbaren Urteilsfolgen: Folgen für die weiteren Verwaltungsakte des Frequenzvergabeverfahrens.....	149
1. PKE I und II	149
2. Frequenzzuteilungsbescheide.....	152
3. Zahlungsfestsetzungsbescheide.....	165
4. Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide	185
IV. Folgerungen für die Rechtmäßigkeit der Szenarien 1 und 2	186
V. Finanzielle Folgen	189
1. Zahlungsanspruch Bund gegen MNB für die erfolgte Frequenznutzung	190
2. Zahlungsanspruch MNB gegen Bund	196
VI. Risikoreduzierung durch gesetzgeberische Klarstellung.....	214

INHALTSVERZEICHNIS

A. Sachverhalt und Fragestellung.....	8
B. Zusammenfassung	14
I. Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens	14
II. Folgerungen für die Szenarien 1 und 2.....	24
C. Gutachten	27
I. Rechtsfolgen des Urteils des VG Köln.....	27
1. Unmittelbare Rechtswirkungen des Urteils des VG Köln	27
a) Gegenständliche Reichweite	28
b) Sachlich-inhaltliche Reichweite.....	28
c) Zeitliche Reichweite.....	30
aa) Ausführungen von VG und BVerwG zur zeitlichen Urteilswirkung	30
bb) Insbesondere: zeitliche Wirkung des Verpflichtungsausspruchs.....	31
(1) Grundsatz: ex nunc-Wirkung des Verpflichtungstenors	31
(2) Entscheidungsspielraum der BNetzA auch für den Verpflichtungsausspruch?.....	34
2. Mittelbare Folgen des Urteils des VG Köln.....	38
a) Folgen für die PKE I und II (2018).....	38
b) Folgen für die Frequenzzuteilungsbescheide	41
aa) Keine Erledigung der Frequenzzuteilungsbescheide	42
bb) Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsbescheide	45
c) Folgen für die Zahlungsfestsetzungsbescheide.....	45
d) Folgen für die Zuschlagsbescheide	47
e) Folgen für die Frequenzzuordnungsbescheide.....	50
II. Umsetzung der unmittelbaren Urteilswirkungen durch die BNetzA.....	51
1. Maßgaben für die neu zu erlassenden PKE III und IV	51
a) Formelle Vorgaben.....	52
b) Materiellrechtliche Vorgaben.....	54
aa) Ergebnisoffenheit: Keine pauschale Übernahme des Inhalts der PKE III und IV (2018) in die neuen PKE III und IV	54
bb) Aufnahme von denjenigen der PKE III (2018) entsprechenden Frequenznutzungsbestimmungen in die neue PKE III.....	56

(1) Bedeutung der Frequenznutzungsbestimmungen für die Notwendigkeit der Auktionswiederholung	57
(2) Grundsätzliche Vereinbarkeit entsprechender Frequenznutzungsbestimmungen mit dem Urteil des VG	60
(3) Abwägungserhebliche Belange bei der Entscheidung über entsprechende Frequenznutzungsbestimmungen.....	61
(4) Rechtliches Risiko eines Abwägungsfehlers	66
cc) Folgen der PKE (2025) für den Inhalt der neuen PKE III und IV (2018)	67
dd) Problematik der abweichenden Zahlungsmodalitäten in den öffentlich-rechtlichen Verträgen	69
2. Möglichkeit eines rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV?	70
a) Rechtspflicht und Zweckmäßigkeit eines rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV?	71
b) Rechtliche Zulässigkeit des rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV	72
aa) Genereller Ausschluss rückwirkender PKE III und IV?	73
bb) Vorliegen der Voraussetzungen des VA bereits in der Vergangenheit	75
cc) Rechtswirkung rückwirkender PKE III und IV für die Vergangenheit	76
dd) Vertrauensschutz	78
c) Eingeschränkte praktische Bedeutung der Frage	82
3. Notwendigkeit der Durchführung einer neuen Frequenzauktion?	82
a) Rechtliche Pflicht zur Durchführung einer neuen Auktion?.....	82
aa) Mögliche Auffassung des VG Köln: Pflicht zur Wiederholung der Frequenzauktion.....	83
bb) Herleitung einer Wiederholungsverpflichtung unmittelbar aus dem Urteil des VG?.....	84
(1) Keine Pflicht aus dem Urteilstenor	84
(2) Keine Wiederholungsverpflichtung zur Vermeidung der Folgenlosigkeit des Urteils.....	85
(3) Keine „selbstverständliche Verpflichtung“ aufgrund der Existenz neuer PKE	87
(4) Mögliche Wiederholungsverpflichtung aufgrund der Rechtswidrigkeit der 2019er-Auktion.....	89
cc) Verpflichtende neue Auktion aufgrund des Rechtsschutzziels der Klägerin?	91

(1) Auktionswiederholung für Rechtsschutzziel der Klägerin nicht notwendig.....	92
(2) Keine klageweise Durchsetzung einer Auktionswiederholung durch Diensteanbieter	94
(3) Exkurs: Pflicht zur Auktionswiederholung bei erfolgreicher Klage eines MNB gegen die PKE III und IV?	96
dd) Auktionswiederholung zwecks Anpassung der auf Grundlage der 2019er-Auktion ergangenen VA	100
(1) Notwendigkeit der Anpassung der VA bei (hypothetischem) abweichendem Auktionsergebnis	100
(a) Mögliche Gründe für abweichendes Auktionsergebnis	102
(b) Maßgaben für die Frage der Auktionswiederholung in Abhängigkeit vom Inhalt der neuen PKE III und IV	103
i. Grundsatz: Beeinträchtigung der Auktionsfunktionen durch Änderungen.....	103
ii. Maßstäbe für die „Wesentlichkeit“ von Änderungen der PKE III und IV	104
iii. Anwendung der Maßstäbe auf die Änderung der PKE III und IV (2018).....	107
iv. Einschätzungsspielraum der BNetzA	109
(2) Notwendigkeit der Auktionswiederholung zur Anpassung der FrZB?	110
(3) Notwendigkeit der Auktionswiederholung zur Anpassung der ZFB?.....	113
(a) Notwendigkeit der Anpassung der ZFB	114
(b) Notwendigkeit der Auktionswiederholung zwecks Anpassung der ZFB?	115
(4) Keine Notwendigkeit der Auktionswiederholung zur Anpassung der Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide	119
(5) Gefahr einer zirkelschlüssigen Argumentation.....	120
ee) Pflicht zur Auktionswiederholung aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG im Übrigen?	121
(1) Bloße zeitliche Determinationswirkung von § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG.....	121
(2) Zweck des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG.....	124
(3) Rechtsprechung zum Anordnungsersessen (§ 91 Abs. 9 TKG)	126

(4) Rechtsprechung zum Anspruch auf Teilhabe am Frequenzvergabeverfahren.....	127
(5) Jedenfalls: teleologische Reduktion von § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG	128
ff) Unionsrechtliche Pflicht zur Wiederholung der Auktion?.....	129
b) Besonderheiten bei rückwirkendem Neuerlass der PKE III und IV .	134
aa) Folgen der Rückwirkung für die 2019er-Auktion.....	134
bb) Folgen der Rückwirkung für die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung	136
c) Zeitlicher Rahmen einer etwaigen neuen Frequenzauktion	138
aa) Keine Heranziehung des vollstreckungsrechtlichen Zeitrahmens	138
bb) Keine unmittelbare Heranziehung des Zeitrahmens des TKG...	139
cc) Entscheidungsspielraum der BNetzA hinsichtlich des Zeitrahmens.....	140
(1) Frequenzregulatorische Ziele (§§ 2, 87 TKG).....	141
(2) Unionsrechtliche Maßgaben: Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972.....	143
(3) Rechtsschutzinteresse der [REDACTED] und die Folgen der PKE (2025)	145
d) Zwischenergebnis: erhebliches Risiko	148
III. Umsetzung der mittelbaren Urteilsfolgen: Folgen für die weiteren Verwaltungsakte des Frequenzvergabeverfahrens.....	149
1. PKE I und II	149
2. Frequenzzuteilungsbescheide.....	152
a) Folgen neuer PKE III und IV für die FrZB.....	153
b) Verpflichtung zur Anpassung der FrZB an neue PKE III und IV	154
c) Anpassungspflicht bei Identität von alten und neuen Frequenznutzungsbestimmungen?	157
d) Praktisches Vorgehen bei der Anpassung der FrZB	158
aa) Anwendbarkeit des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG.....	159
bb) Subsidiäre Heranziehung von § 48 VwVfG kombiniert mit § 91 Abs. 1 S. 1 TKG	162
cc) Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge	163
dd) Fragen zur zeitlichen Wirkung.....	164
3. Zahlungsfestsetzungsbescheide.....	165
a) Folgen für ZFB bei Durchführung einer Auktionswiederholung	165

b)	Folgen für ZFB ohne Auktionswiederholung	165
aa)	Schicksal der 2019er-ZFB bei Neuerlass der PKE IV	166
bb)	Folgen der neuen PKE III und IV für den Inhalt der ZFB	167
cc)	Praktisches Vorgehen: Anpassung des Zahlungstitels ohne Auktionswiederholung	169
(1)	„Anpassung“ als Neuerlass oder Änderung des Zahlungstitels	169
(2)	Handlungsform: Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag	170
(a)	Rechtmäßigkeit der Handlungsform Verwaltungsakt...	170
(b)	Rechtmäßigkeit der Handlungsform des öffentlich- rechtlichen Vertrages	173
(3)	Bestimmung des Regelungsinhalts	178
(4)	Exkurs: Maßgaben für einen Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge mit den MNB	181
dd)	Zeitliche Wirkung	184
4.	Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide	185
IV.	Folgerungen für die Rechtmäßigkeit der Szenarien 1 und 2	186
V.	Finanzielle Folgen	189
1.	Zahlungsanspruch Bund gegen MNB für die erfolgte Frequenznutzung	190
a)	Zahlungsanspruch dem Grunde nach	190
b)	Höhe des Zahlungsanspruchs	193
2.	Zahlungsanspruch MNB gegen Bund	196
a)	Anspruch auf Rückzahlung des Auktionserlöses	197
b)	Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche der MNB	200
aa)	Grundlagen	201
bb)	Anspruch aus § 48 Abs. 3 VwVfG	202
cc)	Aufopferungsanspruch (enteignungsgleicher/enteignender Eingriff)	206
dd)	Amtshaftung (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB)	209
ee)	Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	213
c)	Herausgabe des Erlöses der neuen Auktion	213
VI.	Risikoreduzierung durch gesetzgeberische Klarstellung	214

A. Sachverhalt und Fragestellung

- (1) Mit Entscheidung vom 14. Mai 2018 ordnete die BNetzA durch die Präsidentenkammer nach Anhörung der betroffenen Kreise die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Vergabe von Funkfrequenzen im Bereich 2 GHz und 3,6 GHz an (PKE I). Im selben Bescheid legte sie die Durchführung eines Versteigerungsverfahrens fest (PKE II).¹ Gegen die PKE I und II (2018) erhob ein Mobilfunknetzbetreiber (MNB) eine im Sommer 2020 rechtskräftig abgewiesene Anfechtungsklage.² Am 13. Juni 2018 hörte die Präsidentenkammer die interessierten Kreise zu den wesentlichen frequenzregulatorischen Aspekten des geplanten Vergabeverfahrens an. Auf dieser Grundlage veröffentlichte die BNetzA am 24. September 2018 den Konsultationsentwurf für die Entscheidung der Präsidentenkammer über die Vergaberegeln (PKE III) und die Regeln zur Durchführung des Auktionsverfahrens (PKE IV). Die Vergaberegeln der PKE III umfassen gem. § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG a.F. (entspricht § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG n.F.) unter anderem Frequenznutzungsbestimmungen. Die Ziff. III.4 Nr. 3 bis Nr. 11 des Konsultationsentwurfs der PKE III sahen insoweit Versorgungsverpflichtungen der MNB vor; Ziff. III.4 Nr. 15 verpflichtete die MNB dazu, mit geeigneten Diensteanbietern diskriminierungsfrei über die Mitnutzung von Funkfrequenzen zu verhandeln (Diensteanbieterregelung). Die Ziff. IV.4 Nr. 1 des Entwurfs der PKE IV regelte Modalitäten der Zahlung des Auktionspreises. Zu dem Konsultationsentwurf gingen u.a. die Stellungnahmen des Diensteanbieters [REDACTED] vom 20. Juli 2018 und 12. Oktober 2018 bei der BNetzA ein.³ Der Diensteanbieter beantragte hierin u.a., den MNB durch Frequenznutzungsbestimmungen anstelle des nicht verpflichtenden Verhandlungsgebots eine Verpflichtung zur Gewährung des Netzzugangs für Diensteanbieter (Diensteanbieterverpflichtung) aufzuerlegen. Am 26. November 2018 erließ die Präsidentenkammer die PKE III und IV (2018) mit dem im Wesentlichen im Konsultationsentwurf vorgesehenen Inhalt.⁴ Gegen die PKE

¹ Entscheidung der Präsidentenkammer vom 14. Mai 2018 über Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang, Az. BK1-17/001.

² BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, juris.

³ Verwaltungsvorgang Bd. 16, Bl. 10592 und Bd. 20, Bl. 12932 f.

⁴ Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur 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, Az. BK1-17/001.

III und IV (2018) wurden von verschiedenen MNB⁵ und weiteren Diensteanbietern⁶ Klagen erhoben, die zwischenzeitlich rechtskräftig abgewiesen wurden.

- (2) Mit Bescheiden vom 25. Februar 2019 wurden die [REDACTED] [REDACTED] zum Frequenzvergabeverfahren zugelassen. Dabei wurden sie sowohl auf die gegen die PKE I und II (2018) als auch auf die PKE III und IV (2018) zum damaligen Zeitpunkt anhängigen Klagen hingewiesen. Vom 19. März bis 12. Juni 2019 fand das Frequenzversteigerungsverfahren gem. den Regelungen der PKE IV (2018) statt. Alle vier MNB ersteigerten Frequenzbereiche. Durch Zuschlagsbescheide vom 12. Juni 2019 wurden ihnen als Ergebnis der Versteigerung auf Grund des jeweiligen Höchstgebots für jeweils im Einzelnen aufgeführte Frequenzblöcke der Zuschlag für die Zuteilung erteilt (Zuschlagsbescheide). Mit Bescheiden vom 2. August 2019 wurden die von den MNB jeweils ersteigerten abstrakten Frequenzblöcke ihnen gegenüber konkret zugeordnet, auf Grundlage des Ergebnisses der Versteigerung, des jeweiligen Zuschlagsbescheids und gem. Ziff. IV.4 Nr. 2 PKE IV (2018) (Zuordnungsbescheide). Am 3. September 2019 ([REDACTED]), 20. Dezember 2019 ([REDACTED]), 10. Juni 2020 ([REDACTED]) respektive 15. Januar 2021 ([REDACTED]) ergingen gegenüber den MNB die jeweiligen Frequenzzuteilungsbescheide (FrZB). Diese teilten den MNB die ersteigerten Frequenzbereiche „auf Grundlage“ der PKE I bis IV, der Zuschlags- und der Zuordnungsbescheide zur Nutzung bis zum 31. Dezember 2040 zu. Die Zuteilung erfolgte „nach Maßgabe“ der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018), welche wortlautgetreu in die jeweiligen FrZB aufgenommen wurden. Die FrZB sind aufgrund anhängiger (Dritt-)Widersprüche bislang nicht bestandskräftig geworden.⁷ Am 13. Juni 2019 ergingen gegenüber den vier MNB Zahlungsfestsetzungsbescheide (ZFB). Mit diesen wurde die Summe der aufgrund der Auktion zu zahlenden Höchstgebote (Zuschlagspreis) festgesetzt und die MNB zur Zahlung dieses Zuschlagspreises verpflichtet. Die Zahlungsfrist von 65 Tagen entsprach dabei den Festlegungen der Ziff. IV.1 Nr. 1 PKE IV (2018). Die an [REDACTED] gerichteten ZFB sind bestandskräftig, die

⁵ VG Köln, Urteil vom 17. Februar 2020 – 9 K 8499/18 –, juris, rechtskräftig durch BVerwG, Beschluss vom 20. Oktober 2021 – 6 C 13/20 –, juris; VG Köln, Urteil vom 17. Februar 2020 – 9 K 8515/18 –, juris, rechtskräftig durch BVerwG, Beschluss vom 6. November 2020 – 6 B 31/20 –, juris; VG Köln, Urteil vom 17. Februar 2020 – 9 K 8525/18 –, juris, rechtskräftig durch BVerwG, Beschluss vom 6. November 2020 – 6 B 32/20 –, juris.

⁶ VG Köln, Urteil vom 3. Juli 2019 – 9 K 8490/18 –, juris, rechtskräftig durch BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2020 – 6 B 54/19 –, juris; VG Köln, Urteil vom 3. Juli 2019 – 9 K 8491/18 –, juris, rechtskräftig durch BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2020 – 6 B 55/19 –, juris; VG Köln, Urteil vom 3. Juli 2019 – 9 K 8492/18 –, juris, rechtskräftig durch BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2020 – 6 B 56/19 –, juris.

⁷ S. die Tabelle „5G-Widersprüche gegen Zuteilungen 2019er Auktion Stand 30.08.24(2).xlsx“.

■■■■■ hat gegen den an sie gerichteten ZFB Widerspruch erhoben.⁸ Trotz Fälligkeit des Zuschlagspreises werden die ZFB gegenwärtig durch die BNetzA nicht vollstreckt; die MNB leisten Zahlungen entsprechend den in öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen ihnen und BMVI/BMF vereinbarten Ratenzahlungsplänen.

- (3) Bereits am 21. Dezember 2018 erhob u.a. der Diensteanbieter ■■■■■ Verpflichtungsklage gegen die PKE III und IV (2018) insbesondere mit dem Ziel, dass die BNetzA anstelle der Diensteanbieterregelung eine Diensteanbieterverpflichtung in die PKE III (2018) aufzunehmen habe. Das VG Köln gab der Klage mit Urteil vom 26. August 2024 teilweise statt und verpflichtete die BNetzA zur Aufhebung der PKE III und IV (2018) sowie zur Neubeschcheidung des entsprechenden Antrags der ■■■■■ vom 20. Juli und 12. Oktober 2018 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts. Das VG monierte, es bestehe die Besorgnis der Befangenheit gegen die Mitglieder der Präsidentenkammer im Verfahren der Frequenzvergabe, die unionsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der BNetzA sei verletzt worden und der Abwägungsvorgang sei aufgrund einer faktischen Vorfestlegung der Präsidentenkammer materiell fehlerhaft. Die Revision (vgl. § 217 Abs. 3 S. 1 TKG) wurde durch das VG nicht zugelassen. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der BNetzA wurde vom BVerwG mit Beschluss vom 16. Oktober 2025 zurückgewiesen.⁹
- (4) Zwischenzeitlich hat die BNetzA am 24. März 2025 durch die PKE (2025)¹⁰ entschieden, für Funkfrequenzen im Bereich 800, 1800 und 2600 MHz gem. §§ 91 Abs. 9, 92 Abs. 2 S. 3, 100 TKG zunächst von der Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens abzusehen. Ein solches soll erst 2028/29 zusammen mit der Vergabe weiterer Frequenzbereiche durchgeführt werden. Stattdessen wurde durch die PKE (2025) entschieden, dass die bisherigen, am 31. Dezember 2025 bzw. 31. Dezember 2033 auslaufenden Frequenznutzungsrechte für diese Frequenzen auf Antrag der Zuteilungsinhaber mit Wirkung bis zum 31. Dezember 2030 bzw. 31. Dezember 2036 verlängert werden können sollen. Für die Verlängerung gelten die unter Ziff. III.2 durch die Präsidentenkammer festgesetzten Frequenznutzungsbestimmungen. U.a. wurden unter Nr. 2 bis Nr. 6 Versorgungsverpflichtungen und unter Nr. 8

⁸ S. die E-Mail BNetzA/■■■■■ an BMVI/■■■■■ v. 21.08.2019, 16:10 Uhr (Anlage „006a Präsidialentscheidungsprotokoll Bescheid Mofu Gipfel – final“, PDF-BI. 11). Das Widerspruchsverfahren ruht gegenwärtig, vgl. Anlage „Widerspruch Fax Telekom gegen ZFB.pdf“ sowie Anlage „Schreiben BNetzA Ruhen Widerspruchsverfahren ■■■■■.pdf“.

⁹ BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 sowie im Wesentlichen gleichlautend BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 6/25.

¹⁰ Bundesnetzagentur, 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, BK1-22/001 vom 24.03.2025.

eine Verhandlungspflicht der MNB mit Diensteanbietern und MVNO über die Mitnutzung von Funkfrequenzen festgesetzt. Für die Verhandlungspflicht gibt die Präsidentenkammer „einen Maßstab in Form konkretisierende[r] Bestimmungen als Leitplanken vor, der effektive Verhandlungen zwischen Zuteilungsinhabern und Diensteanbietern sowie MVNO fördern soll“ (Diensteanbieterregelung mit Leitplanken). Die Leitplanken finden sich in der Begründung der PKE (2025) und verlangen faire und angemessene Vertragslaufzeiten, Kündigungsfristen sowie Vertragskonditionen und sprechen sich gegen unangemessene Bindungswirkungen aus.

- (5) Die BNetzA hat verschiedene Vorgehensweisen in Reaktion auf das rechtskräftige Urteil des VG Köln vom 26. August 2024 angedacht:
- (6) Die „minimalinvasive Lösung“ des Szenario 1 ist geprägt durch eine möglichst weitgehende Aufrechterhaltung des Frequenzvergabeverfahrens 2018/19 einschließlich der darauf aufbauenden tatsächlichen und rechtlichen Folgen bzw. Rechtsakte: Die Präsidentenkammer der BNetzA würde auf Grundlage der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage neue PKE III und IV – ggf. rückwirkend – erlassen. Eine Auktionswiederholung auf Grundlage der neuen PKE erfolgte nicht. Der Inhalt der neuen PKE würde dabei auf einer ergebnisoffenen Prüfung beruhen. Das Ziel wäre jedoch die Herstellung eines möglichst weitgehenden Gleichlaufs mit den ursprünglichen PKE III und IV (2018). Die ursprünglichen FrZB würden aufrechterhalten, jedoch an die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III angepasst. Die ZFB würden – soweit rechtlich möglich – hinsichtlich der Höhe des Zuschlagspreises ebenfalls angepasst bzw., wenn eine Anpassung nicht möglich ist, neu erlassen oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ersetzt. Sollte ein MNB auf Grundlage der ursprünglichen ZFB überhöhte Zahlungen geleistet haben, würden diese zurückgewährt.
- (7) In einem Szenario 2 würden die PKE III und IV entsprechend der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage neu erlassen. Auf ihrer Grundlage würde eine erneute Auktion durchgeführt, in der die 2019er-Frequenzen erneut vergeben würden. Wenn möglich, würde diese Auktion gemeinsam mit der Versteigerung der gegenwärtig im Bereitstellungsverfahren verlängerten Frequenzen erst in den Jahren 2028/29 erfolgen und die Frequenzen mit einer Laufzeit ab 2031 neu zugeteilt. Ggf. würde die Nutzungsdauer der 2019er-Frequenzen angepasst. Bis zur Neuvergabe der Frequenzbereiche würden die bisherigen FrZB weiter gelten. Die von den MNB auf Grundlage der ZFB für die Frequenznutzung bis 2040 bereits geleisteten Zahlungen würden rückabgewickelt bzw. nicht geltend gemacht. Ein Risiko dieses Szenarios besteht darin, dass ■■■ als im Rahmen der 2019er-Auktion neu in den Markt eingestiegener MNB bei einer Auktionswiederholung u.U. keine Frequenzbereiche mehr ersteigern würde. Die etablierten MNB könnten Frequenzbereiche in geringerem Umfang erwerben. Beides

könnte eine Einschränkung des Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt zur Folge haben. Zudem würden sich bereits getätigte Investitionen ggf. als gegenstandslos erweisen.

(8) Auf Grundlage des tatsächlichen Hintergrunds sowie der zwei denkbaren Szenarien stellen sich folgende Rechtsfragen:

- Zu Szenario 1:

- Ist ein isolierter (ggf. rückwirkender) Neuerlass der PKE III und IV zwecks „Heilung“ und Anpassung der infolge der 2019er-Frequenzauktion erteilten FrZB ohne erneute Durchführung einer Auktion rechtlich zulässig?
- Wie wären Änderungen (v.a. Verschärfungen) der Frequenznutzungsbedingungen gegenüber denjenigen, die der 2019er-Auktion zugrunde lagen, zu beurteilen? Wäre es insbesondere ermessensfehlerhaft, der Beibehaltung der ursprünglichen Nutzungsbedingungen (etwa der Versorgungsaufgaben) zwecks Gewährung von Rechts- und Planungssicherheit und zwecks Aufrechterhaltung eines dem Regulierungsziel der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte dienenden Ergebnisses einen hohen Wert einzuräumen?
- Sollte sich ein Neuerlass der PKE III und IV als zulässig erweisen: Könnte eine Anpassung der bisherigen FrZB an den Inhalt der neuen PKE III und IV im Wege eines Zuteilungsänderungsverfahrens gem. § 99 Abs. 3 TKG erfolgen?
- Sollten die ZFB infolge des rechtskräftigen Urteils des VG Köln unwirksam werden: Wäre es rechtlich zulässig, durch neue ZFB oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung als äquivalente Gegenleistung für eine – auf Grundlage der neuen PKE III geänderte – Zuteilung zu vereinbaren?

- Zu Szenario 2:

- Wäre es angesichts der durch das VG Köln ausgesprochenen Verpflichtung der BNetzA zur Neubescheidung der PKE III und IV (2018) rechtlich zulässig, die 2019er-Frequenzen zusammen mit den im gegenwärtigen Bereitstellungsverfahren gegenständlichen Frequenzen erst 2028/29 erneut zur Auktion zu stellen und mit einer Laufzeit ab 2031 neu zuzuteilen? Dies würde bedeuten, dass die gegenwärtigen (nicht bestandskräftigen) FrZB erst zum 1. Januar 2031 ihre Wirksamkeit verlören.

- o Mit welchen Rückzahlungs- und Schadensersatzansprüchen der MNB wäre bei Szenario 2 zu rechnen?
 - o Bestünde hinsichtlich des Zeitraums, in dem die Frequenzen auf Grundlage der in Folge der 2019er-Auktion und gemäß den PKE III und IV (2018) erteilten FrZB von den MNB tatsächlich genutzt werden konnten, ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch des Bundes gegen die MNB? Wäre die Höhe dieses Erstattungsanspruchs anhand eines (hypothetischen) Gebührenanspruchs oder anhand des Marktwerts der Frequenznutzung zu berechnen?
- Sollte der Gesetzgeber zwecks Minimierung der rechtlichen und regulatorischen Risiken der Szenarien 1 und 2 tätig werden, stellt sich die Frage, ob ein solches Vorgehen mit Europa- und Verfassungsrecht vereinbar wäre.

B. Zusammenfassung

I. Zusammenfassung der Ergebnisse des Gutachtens

Zu C.I.1:

- (9) Nur die unmittelbaren Rechtswirkungen des Urteils des VG Köln sind rechtskräftig und daher vollstreckbar (§§ 121, 172 VwGO). Diese unmittelbaren Rechtswirkungen sind gegenständig, sachlich-inhaltlich und zeitlich beschränkt.
- (10) Seinem Gegenstand nach umfasst das Urteil allein die PKE III und IV, nicht sonstige Rechtsakte oder tatsächliche Vorgänge im Zuge des 5G-Verfahrens.
- (11) In sachlich-inhaltlicher Hinsicht ist die BNetzA zu einer vollständigen Neubescheidung der PKE III und IV verpflichtet; eine Beschränkung auf die von der Klägerin monierte Diensteanbieterregelung/-verpflichtung wäre unzureichend.
- (12) In zeitlicher Hinsicht obliegt es der BNetzA, über den Zeitpunkt und die zeitliche Wirkung der Aufhebung der PKE III und IV (2018) zu entscheiden. Zur Neubescheidung der PKE III und IV dürfte die BNetzA durch das Urteil des VG Köln lediglich mit Wirkung ex nunc verpflichtet sein. Angesichts des rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhangs zwischen dem Neuerlass der PKE III und IV und der Aufhebung der PKE III und IV (2018) sowie aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit dürfte die BNetzA – trotz der ihr für die Aufhebung eingeräumten Entscheidungsfreiheit – gehalten sein, die zeitliche Wirkung der Aufhebung mit dem Zeitpunkt des Neuerlasses der PKE III und IV zu koordinieren.

Zu C.I.2.:

- (13) Das Urteil des VG Köln entfaltet mittelbare Rechtswirkungen für sämtliche weiteren im Rahmen des 5G-Vergabeverfahrens ergangenen VA.
- (14) Die PKE I und II (2018) bleiben trotz des Urteils des VG wirksam. Es ist zwar möglich, dass sie – entsprechend den PKE III und IV (2018) – rechtswidrig sind. Eine Pflicht der BNetzA zu ihrer Rücknahme (§ 48 VwVfG) dürfte dennoch nicht bestehen.
- (15) Zwischen den PKE III und IV (2018) und den FrZB (2019 bis 2021) besteht ein bloßer Rechtswidrigkeits-, kein Wirksamkeitszusammenhang. Die Aufhebung der PKE III und IV (2018) ist für die Wirksamkeit der FrZB (§ 43 Abs. 1 VwVfG) daher unerheblich.

- (16) Zwischen den PKE III und IV (2018) und den ZFB (2019) dürfte hingegen ein Wirksamkeitszusammenhang in Form eines Akzessorietätsverhältnisses bestehen. Mit der Aufhebung der PKE III und IV (2018) tritt daher die Erledigung der ZFB ein (§ 43 Abs. 2 VwVfG).
- (17) Die besseren Gründe sprechen dafür, dass zwischen den PKE III und IV (2018) sowie den Zuschlagsbescheiden (2019) ein Wirksamkeitszusammenhang in Gestalt eines Akzessorietätsverhältnisses besteht. Die Aufhebung der PKE III und IV (2018) dürfte daher die Unwirksamkeit der Zuschlagsbescheide zur Folge haben (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Entsprechendes gilt für die Frequenzzuordnungsbescheide (2019).

Zu C.II.1.:

- (18) Im Rahmen des Neuerlasses der PKE III und IV wird die Präsidentenkammer neben den allgemeinen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des PKE-Erlasses besondere formelle und materiellrechtliche Maßgaben zu beachten haben.
- (19) In formeller Hinsicht dürfte die erneute Anhörung der interessierten Kreise notwendig sein. Zudem wird die Präsidentenkammer bei der Verfahrensgestaltung insbesondere sicherzustellen haben, dass sie den durch das VG Köln im Hinblick auf § 21 VwVfG aufgestellten Maßgaben sowie den unionsrechtlichen Unabhängigkeitsvorgaben genügt.
- (20) In materieller Hinsicht hat die Präsidentenkammer den Inhalt der neuen PKE III und IV auf Grundlage eines ergebnisoffen geführten Entscheidungsprozesses festzusetzen, der zweckmäßigerweise zu dokumentieren ist. Die Ergebnisoffenheit schließt jedoch eine inhaltliche Äquivalenz zu den PKE III und IV (2018) nicht aus. Auch das Urteil des VG Köln steht einer Aufnahme von denjenigen der PKE III (2018) entsprechenden Frequenznutzungsbestimmungen in die PKE III nicht entgegen.
- (21) Ob in die neue PKE III denjenigen der PKE III (2018) entsprechende Frequenznutzungsbestimmungen aufgenommen werden können, ist einer der wesentlichen Gesichtspunkte für die Frage, ob die BNetzA die Auktion zu wiederholen haben wird.¹¹ Die Frequenznutzungsbestimmungen beeinflussen die Allokations- und Preisbildungsfunktion der Auktion. Sie sind daher in *tatsächlicher* Hinsicht maßgeblich für die Höhe des Auktionspreises und damit den Inhalt der ZFB.

¹¹ Der Begriff der „Auktionswiederholung“ wird hier und im Folgenden in einem umfassenden Sinne gebraucht. Soweit im Text nicht anders kenntlich gemacht, ist jede Form der erneuten Durchführung der von März bis Juni 2019 durchgeführten 5G-Frequenzauktion erfasst, nicht allein eine auf eine ex tunc wirkende Neuvergabe der verfahrensgegenständlichen Frequenzen gerichtete Auktion.

- (22) Sofern die BNetzA eine äquivalente Ausgestaltung der Frequenznutzungsbestimmungen der alten und der neuen PKE III mit dem Ziel einer Vermeidung einer Auktionswiederholung begründen würde, würde dies das Risiko eines Abwägungsfehlers in Gestalt einer faktischen Vorfestlegung aufwerfen.
- (23) Die BNetzA kann der Gewährleistung von Rechts- und Planungssicherheit im Rahmen ihrer Abwägungsentscheidung, ob in die neue PKE III diejenigen der PKE III (2018) entsprechende Frequenznutzungsbestimmungen aufgenommen werden, ein hohes Gewicht beimessen. Es handelt sich um von den Regulierungszielen einschließlich ihrer unions- und verfassungsrechtlichen Grundlagen erfasste Belange. Die Feststellung des VG Köln, Gesichtspunkte des Wettbewerbs seien verstärkt zu berücksichtigen, steht dem nicht entgegen. Insoweit wird jedoch zu prüfen sein, ob dem Wettbewerb zwischen den MNB untereinander oder zwischen den MNB und den Diensteanbietern der Vorrang einzuräumen ist. Im ersteren Fall liegt die Aufrechterhaltung der Frequenznutzungsbestimmungen näher, wohingegen im zweiten Fall eine weitergehende Prüfung zu erfolgen hätte.
- (24) Die PKE (2025) dürfte die Abwägungsentscheidung der BNetzA bei Erlass einer neuen PKE III nicht zwingend in eine bestimmte Richtung vorprägen. Zwar wird die BNetzA den Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) bei ihrer Entscheidung über den Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III zu berücksichtigen haben. In inhaltlicher Hinsicht erscheint es jedoch gleichermaßen vertretbar, die neue PKE III an den Bestimmungen der PKE (2025) zu orientieren, wie auch die Entscheidung zugunsten einer Aufrechterhaltung des Inhalts der PKE III (2018).
- (25) Eine Übernahme der in den öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen BMVI/BMF und MNB festgelegten Zahlungsmodalitäten in die neue PKE IV würde das Risiko der Rechtswidrigkeit letzterer begründen.

Zu C.II.2.:

- (26) Nur dann, wenn sich die BNetzA dazu entschließt, die PKE III und IV (2018) mit Wirkung ex tunc zurückzunehmen, stellt sich die Frage des rückwirkenden Neuerlasses der neuen PKE III und IV. Das Urteil des VG Köln, das die BNetzA zu einem lediglich ex nunc wirkenden Neuerlass verpflichtet, schließt einen solchen rückwirkenden Neuerlass nicht aus.
- (27) Weil ein ersatzloser Wegfall der PKE schwerwiegende Folgen zeitigen könnte, könnte (nur) bei rückwirkender Aufhebung der PKE III und IV (2018) durch die BNetzA eine materiellrechtlich begründete Pflicht zum Neuerlass rückwirkender PKE III und IV anzunehmen sein.

- (28) Ob ein solcher rückwirkender Neuerlass seinerseits rechtmäßig wäre, erscheint allerdings offen. Als Maßstab dürfte die Rechtsprechung des BVerwG zur (begrenzten) Zulässigkeit rückwirkender VA im Telekommunikationsregulierungsrecht heranzuziehen sein. Hiernach kommt eine solche Rückwirkung in Betracht, wenn (1) Systematik sowie Sinn und Zweck der maßgeblichen Normen der Rückwirkung nicht generell entgegenstehen; (2) die Voraussetzungen des in Rede stehenden VA schon in der Vergangenheit vorgelegen haben; (3) die rückwirkend angeordnete Verpflichtung für die Vergangenheit noch Rechtsfolgen entfaltet; und (4) der Rückwirkung der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht entgegensteht.

Zu C.II.3.:

- (29) Überzeugende Gründe sprechen dafür, dass ein Verzicht auf eine Wiederholung der Auktion unter gewissen Voraussetzungen möglich wäre. Zentral dürfte zum einen der Inhalt der neuen PKE III und IV – v.a. die neuen Frequenznutzungsbestimmungen – sein. Weichen diese nicht wesentlich von denjenigen der 2018er-Frequenznutzungsbestimmungen ab, wäre das Absehen von einer Auktionswiederholung eher vertretbar als bei wesentlichen inhaltlichen Divergenzen.
- (30) Auch wenn überzeugende Gründe für die Möglichkeit eines Verzichts auf eine Auktionswiederholung sprechen, wäre ein solches Vorgehen angesichts der ungeklärten Rechtslage und eines in eine gegenteilige Richtung deutenden obiter dictum des VG Köln mit rechtlichen Risiken behaftet. Entschiede sich die BNetzA für die Auktionswiederholung, wäre allerdings auch dieses Vorgehen mit rechtlichen und insbesondere erheblichen wirtschaftlichen Risiken verbunden.
- (31) Unmittelbar aus dem Urteilsausspruch des VG Köln folgt keine Pflicht zur Wiederholung der Frequenzauktion.
- (32) Eine Pflicht zur Wiederholung der Frequenzauktion lässt sich nicht damit begründen, dass das Urteil andernfalls folgenlos wäre. Schon der Neuerlass der PKE III und IV als solcher zeitigt Rechtsfolgen in Gestalt einer Verpflichtung zur Anpassung der FrZB und der ZFB.
- (33) Die Rechtsprechung, die in bestimmten Konstellationen der Zuweisung von Rundfunkfrequenzen eine „selbstverständliche“ Pflicht zur Wiederholung der Auswahlentscheidung entnimmt, ist für die Frage der Notwendigkeit der Auktionswiederholung ohne Belang.
- (34) Nicht gänzlich ausgeschlossen ist eine Pflicht zur Auktionswiederholung auf Grundlage eines Folgenbeseitigungsanspruchs. Ob dessen Voraussetzungen vorliegen, ist jedoch äußerst zweifelhaft.

- (35) Zur Verwirklichung des Rechtsschutzziels der Klägerin (Art. 19 Abs. 4 GG) ist eine Auktionswiederholung nicht notwendig. Weil es sich bei der Klägerin um eine Diensteanbieterin handelt, genügt die Anpassung der FrZB an die neuen Frequenznutzungsbestimmungen, insbesondere eine etwaige Diensteanbieterverpflichtung. Ein subjektives Recht auf Wiederholung der Auktion dürfte der Diensteanbieterin nicht zustehen: Die Durchführung einer Auktion bezweckt nicht den Schutz von Diensteanbietern.
- (36) Die besseren Gründe sprechen auch gegen ein subjektives Recht der MNB auf Wiederholung der Auktion. Die Auktionsdurchführung berührt zwar die wirtschaftlichen Interessen der MNB. Rechtlichen Schutz dürfte jedoch mit der Allokationsfunktion der Auktion nur das öffentliche Interesse genießen. Lediglich unter der Voraussetzung, dass eine Auktion tatsächlich durchgeführt bzw. wiederholt wird, haben die MNB ein (subjektives) derivatives Teilhaberecht auf Auktionsteilnahme. Auch bei einem unterstellten Erfolg der noch anhängigen Klage eines MNB spricht daher viel dafür, dass die BNetzA nicht zur Auktionswiederholung verpflichtet wäre.
- (37) Denkbar ist eine Pflicht zur Auktionswiederholung zwecks Anpassung der FrZB und ZFB. Allerdings ist nicht in jedem Fall, in dem eine Anpassung der FrZB und ZFB notwendig ist, immer auch eine Auktionswiederholung notwendig.
- (38) Eine Änderung der ZFB ist notwendig, wenn sich durch eine Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III gegenüber der PKE III (2018) der wirtschaftliche Wert der Frequenznutzung verschiebt. Eine hypothetische Auktionswiederholung auf Grundlage der neuen PKE III würde dann zu einem anderen Zuschlagspreis führen. Dieser in den ZFB festgesetzte Betrag wäre daher anzupassen.
- (39) Eine Anpassung der FrZB dürfte – in der hiesigen Konstellation – keine Auktionswiederholung voraussetzen. Etwas anderes könnte bei einem veränderten Teilnehmerkreis einer (hypothetischen) neuen Auktion gelten.
- (40) Die Anpassung der ZFB dürfte (nur) dann eine Auktionswiederholung voraussetzen, wenn die neuen Frequenznutzungsbestimmungen *wesentlich* von denjenigen der PKE III (2018) abweichen. Bei nur unwesentlichen Änderungen dürfte die Allokations- und Preisbildungsfunktion der 2019 bereits durchgeführten Frequenzauktion nicht beeinträchtigt sein und kann daher weiter als Grundlage der Preisfestsetzung dienen. Soweit sich durch die unwesentlich geänderten Frequenznutzungsbestimmungen der Wert der Frequenznutzung (geringfügig) verschiebt, ist zwar zur Wahrung der Äquivalenz zwischen dem Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit und dem Auktionspreis dennoch eine Anpassung der ZFB notwendig. Diese dürfte jedoch ohne Auktionswiederholung erfolgen können. Mit unions-, verfassungs- und

den einfachrechtlichen Vorgaben des TKG dürfte ein solches Vorgehen vereinbar sein, weil nicht der gänzliche Verzicht auf eine Auktionsdurchführung, sondern lediglich der Verzicht auf ihre Wiederholung im Raum steht.

- (41) Die demnach maßgebliche „Wesentlichkeit“ der Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen dürfte primär nach subjektiven Gesichtspunkten der MNB zu bestimmen sein, wobei ergänzend objektive Maßgaben heranzuziehen sind. Es spricht viel dafür, dass in der hiesigen Konstellation eine solche „Wesentlichkeit“ nur bei umfangreichen Änderungen anzunehmen sein wird; der BNetzA kommt insoweit ein gewisser Einschätzungsspielraum zu. Die MNB wussten bei Auktionsdurchführung 2019 um die anhängige Klage und konnten eine etwaige spätere Abänderung der Frequenznutzungsbestimmungen daher bereits in ihr Bietverhalten einpreisen. Realisiert sich dieses in der 2019er-Auktion bereits angelegte Risiko, dürfte ihre Allokations- und Preisbildungsfunktion daher nicht beeinträchtigt sein. Zudem hätte eine Auktionswiederholung u.U. erhebliche negative Folgen für die Funktionsfähigkeit künftiger Frequenzvergabeverfahren. Schließlich wurden die mit der Frequenznutzung einhergehenden Pflichten durch die PKE (2025) ohnehin bereits verändert.
- (42) Die deutlich besseren Gründe sprechen dafür, dass auch aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG zumindest in der hiesigen Konstellation keine Pflicht zur Auktionswiederholung folgt. Systematik und Normzweck sprechen bereits gegen die Annahme einer Auktionsdurchführungspflicht; erst recht muss dies für die Frage ihrer Wiederholung gelten. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Entscheidungsspielraum der BNetzA bei der Anordnung eines Frequenzvergabeverfahrens (§ 91 Abs. 9 TKG) lässt allerdings auch den gegenteiligen Schluss zu.
- (43) Selbst wenn aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG für den Normalfall eines regulären Frequenzvergabeverfahrens eine Auktionsdurchführungspflicht folgen sollte, dürfte eine solche Pflicht in der hiesigen Konstellation eines „gestörten“ Frequenzvergabeverfahrens jedoch aufgrund einer teleologischen Reduktion der Norm abzulehnen sein: Gerade angesichts entgegenstehender frequenzregulatorischer Belange liegt es fern, dass der Gesetzgeber mit § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG auch die Folgen eines gestörten Vergabeverfahrens regeln wollte.
- (44) Obwohl das Frequenzvergabeverfahren unionsrechtlich determiniert ist, spricht viel dafür, dass das Unionsrecht in der hiesigen Konstellation eine Auktionswiederholung nicht gebietet. Allerdings wurde diese Frage bislang vom EuGH nicht entschieden.
- (45) Würden die PKE III und IV mit Wirkung ex tunc neu erlassen, hätte dies die Rechtswidrigkeit der 2019er-Auktion als solcher (als Tatsachenakt) zur Folge, sofern der Inhalt der neuen PKE von demjenigen der ursprünglichen PKE abweicht. Denn die 2019er-Auktion wäre in

ihrer tatsächlichen Durchführung von den rechtskonstruktiv für sie geltenden Regeln der PKE abgewichen. In diesem Fall müsste die Auktion wiederholt werden.

- (46) Sofern die Auktionswiederholung rechtlich geboten sein sollte, steht der BNetzA hinsichtlich des zeitlichen Rahmens ein allein durch das Rechtsschutzinteresse der Klägerin (Art. 19 Abs. 4 GG), die Regulierungsziele (§§ 2, 87 TKG) sowie unionsrechtliche Maßgaben (Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972) umgrenzter Entscheidungsspielraum zu. Eine sofortige Auktion ist nicht zwingend.
- (47) Ob ein Hinausschieben der Auktionswiederholung bis 2028/29 zwecks Verbindung mit den zu diesem Zeitpunkt ebenfalls zur Neuvergabe anstehenden Frequenzen des gegenwärtigen Bereitstellungsverfahrens sich noch in diesem zeitlichen Rahmen bewegen würde, ist offen. Gute Gründe sprechen jedoch für die Vertretbarkeit eines solchen Vorgehens.

Zu C.III.1.:

- (48) Auch wenn denkbar ist, dass die PKE I und II (2018) rechtswidrig sind, würde diese Rechtswidrigkeit nicht auf die neuen PKE III und IV durchschlagen.
- (49) Obwohl die PKE I und II (2018) auf Grundlage der alten Fassung des TKG (§§ 55 Abs. 10, 61 Abs. 1, Abs. 2 TKG a.F.) erlassen wurden, dürften sie die verfahrensrechtliche Grundlage auch der neuen PKE III und IV bilden können. Ein Neuerlass der PKE I und II ist daher zur Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der neuen PKE III und IV nicht notwendig und wäre vielmehr mit eigenen rechtlichen Risiken behaftet.

Zu C.III.2.:

- (50) Weil die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III nicht ipso iure Bestandteil der FrZB werden, ändert der Erlass neuer rechtmäßiger PKE III und IV nichts an der materiellen Rechtswidrigkeit der FrZB.
- (51) Erlässt die BNetzA eine neue PKE III mit abgeänderten Frequenznutzungsbestimmungen, ist sie zu einer Anpassung der FrZB an diese neuen Nutzungsbestimmungen verpflichtet. Objektiv folgt diese Pflicht aus der rechtsgestaltenden Wirkung der PKE III für den Inhalt der FrZB i.S.d. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG. Zugleich steht der Klägerin ein in Art. 19 Abs. 4 GG fundiertes subjektives Recht auf Übernahme der neuen Frequenznutzungsbestimmungen in die FrZB zu.
- (52) Sofern die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III denjenigen der PKE III (2018) entsprechen, ist eine Anpassung/ein Neuerlass der FrZB entbehrlich.

- (53) Sollte die BNetzA sich zu einer Auktionswiederholung entschließen, wären auf Grundlage des Auktionsergebnisses gänzlich neue FrZB zu erlassen. Die ursprünglichen FrZB wären gem. § 48 VwVfG aufzuheben oder würden sich gem. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigen.
- (54) Bei Verzicht auf eine Auktionswiederholung spricht viel dafür, dass die Anpassung der FrZB an die neuen Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III ausnahmsweise gem. § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG möglich ist. Zwar ist die Norm auf in Folge eines Vergabeverfahrens nach § 100 TKG erlassene FrZB nur sehr eingeschränkt anwendbar. In der hiesigen Konstellation dürfte ihre Heranziehung jedoch möglich sein.
- (55) Alternativ dürften die FrZB auch durch eine kombinierte Heranziehung von § 48 VwVfG (Aufhebung der ursprünglichen FrZB) und § 91 Abs. 1 S. 1 TKG (Neuerlass von FrZB) oder durch den Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge (§§ 54 ff. VwVfG) an geänderte Frequenznutzungsbestimmungen angepasst werden können. Stets wären jedoch dieselben Grenzen wie für § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG dargelegt zu beachten.
- (56) Ob unter Heranziehung der § 48 VwVfG, § 91 Abs. 1 S. 1 TKG eine rückwirkende Anpassung der FrZB möglich ist, beurteilt sich nach den für den Erlass rückwirkender Verwaltungsakte im Telekommunikationsrecht im Allgemeinen entwickelten Maßgaben.

Zu C.III.3.:

- (57) Wiederholt die BNetzA die Frequenzauktion, wären neue ZFB entsprechend dem neuen Auktionsergebnis zu erlassen.
- (58) Welche Folgen der Neuerlass der PKE III und IV für die gegenüber den PKE III und IV (2018) (unterstellt) akzessorischen 2019er-ZFB hat, ist offen. Bei einer „strengen“ Akzessorietät würde sich an der Unwirksamkeit der 2019er-ZFB gem. § 43 Abs. 2 VwVfG aufgrund der Aufhebung der PKE III und IV (2018) nichts ändern. Bei einer „eingeschränkten“ Akzessorietät würde die Ersetzung der PKE III und IV (2018) durch die neuen PKE III und IV die Unwirksamkeit der 2019er-ZFB verhindern.
- (59) Ihrem Inhalt nach wären die ZFB in zweifacher Weise an geänderte PKE III und IV anzupassen: Zum einen wären die Zahlungsmodalitäten der PKE IV zu rezipieren. Zum anderen müsste der zu zahlende Auktionspreis dergestalt angepasst werden, dass er wirtschaftlich äquivalent zum Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit auf Grundlage der neuen Frequenznutzungsbestimmungen ist.

- (60) Die Anpassung der ZFB kann grundsätzlich durch eine inhaltliche Änderung der 2019er-ZFB oder durch ihren Neuerlass erfolgen. Sollten die ZFB aufgrund einer Akzessorietät gegenüber der PKE IV (2018) unwirksam werden, kommt nur ihr Neuerlass in Betracht.
- (61) Als Handlungsform für die Anpassung dürften gleichermaßen Verwaltungsakte oder öffentlich-rechtliche Verträge in Betracht kommen. Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen VABefugnis; wie auch für den erstmaligen Erlass von ZFB dürfte auch für ihre Anpassung jedoch auf § 100 TKG als Rechtsgrundlage zurückgegriffen werden können. Öffentlich-rechtliche Verträge dürften gem. §§ 54 ff. VwVfG rechtmäßig sein. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass in der hiesigen Konstellation weder aus dem TKG noch dem Unionsrecht ein Vertragsformverbot folgt.
- (62) Die besseren Gründe sprechen überdies dafür, dass die BNetzA grundsätzlich befugt ist, auf Grundlage geänderter Frequenznutzungsbestimmungen den neuen Auktionspreis der angepassten ZFB einseitig zu bestimmen. Voraussetzung hierfür ist, dass sie hierbei (1) auf die fortbestehende Preisbildungsfunktion der 2019er-Auktion zurückgreifen kann, (2) der neu festgelegte Preis wirtschaftlich äquivalent zum Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit ist und die entsprechende Berechnung nach objektiven wirtschaftlichen Maßstäben und in nachprüfbarer Weise erfolgt, und (3), dass die BNetzA Konsultationen mit den MNB zu den beabsichtigten Festlegungen durchführt.
- (63) Es spricht viel dafür, dass die ZFB – sollten sie aufgrund ihrer (unterstellten) Akzessorietät gegenüber der PKE IV (2018) lediglich mit Wirkung ex nunc unwirksam werden – dennoch einen „zeitanteiligen“ Rechtsgrund für die Zahlung des Auktionserlöses bilden können. Die Anpassung des Auktionspreises könnte sich daher auf den noch verbleibenden Zeitraum der Frequenznutzung beschränken. Sollten die ZFB rückwirkend wirkungslos werden, wäre der Auktionspreis insgesamt neu festzusetzen.

Zu C.III.4.:

- (64) Eine Anpassung bzw. der Neuerlass der Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide ist nicht notwendig. Ihr Wegfall aufgrund ihrer Akzessorietät gegenüber den PKE III und IV (2018) ist für die weitere Frequenznutzung durch die MNB und ihre Zahlungsverpflichtung unerheblich. Bei einer Auktionswiederholung würde diese ohnehin durch gänzlich neue Zuschlags- und Zuordnungsbescheide beendet.

Zu C.V.1.:

- (65) Dem Grunde nach steht dem Bund gegen die MNB für die bisherige tatsächliche Frequenznutzung in Folge der 2019er-Auktion ein Anspruch auf Zahlung einer Gegenleistung zu. Als rechtliche Grundlagen kommen vorrangig die zeitanteilig wirksamen ZFB, andernfalls ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch oder eine analoge Heranziehung des telekommunikationsrechtlichen Gebührenanspruchs in Betracht.
- (66) Auf Grundlage der ZFB wäre der Auktionserlös seiner Höhe entsprechend der zeitlichen Dauer der tatsächlichen Frequenznutzung zu reduzieren. Weil der wirtschaftliche Wert der Frequenznutzung durch die Frequenznutzungsbestimmungen reduziert wird, ist eine bereits erfolgte Erfüllung der Versorgungsaufgaben durch die MNB grundsätzlich ebenfalls in die Berechnung einzustellen.
- (67) Die Höhe des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs dürfte sich nach dem tatsächlichen Marktwert der Frequenznutzung, nicht nach der Höhe eines hypothetischen Gebührenanspruchs berechnen.

Zu C.V.2.:

- (68) Führt die BNetzA eine erneute Frequenzauktion durch, haben die MNB gegen den Bund grundsätzlich einen partiellen – nämlich zeitanteiligen – Anspruch auf Rückzahlung des Erlöses der 2019er-Auktion auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Dieser ist beschränkt auf den künftigen Zeitraum, in dem die Frequenznutzung wegen der Auktionswiederholung ausgeschlossen ist. Für die tatsächlich erfolgte bisherige Frequenznutzung besteht hingegen ein Rechtsgrund, entweder in Gestalt der zeitanteilig wirksamen ZFB oder aufgrund des zeitanteiligen Zahlungsanspruchs des Bundes gegen die MNB für die tatsächlich erfolgte Frequenznutzung. Die Geltendmachung des noch verbleibenden Rückzahlungsanspruchs der MNB gegen den Bund wäre gem. § 242 BGB analog ausgeschlossen, wenn die MNB im Zuge der Auktionswiederholung erneut Frequenzen ersteigern würden und daher zur Zahlung des neuen Auktionspreises verpflichtet wären.
- (69) Es ist nicht gänzlich ausgeschlossen, dass die MNB in Folge einer Auktionswiederholung Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen den Bund geltend machen:
- (70) Unabhängig von der zumindest zweifelhaften Frage der Anwendbarkeit des § 48 Abs. 3 VwVfG dürfte ein Entschädigungsanspruch der MNB gegen den Bund jedenfalls an der fehlenden Schutzwürdigkeit eines Vertrauens der MNB scheitern.
- (71) Ein Aufopferungsanspruch der MNB gegen den Bund gemäß den Grundsätzen zum enteignungsgleichen Eingriff besteht nicht.

- (72) Denkbar ist ein Aufopferungsanspruch der MNB gegen den Bund gemäß den Grundsätzen zum enteignenden Eingriff. Ob es sich bei den Frequenznutzungsrechten überhaupt um Eigentumspositionen i.S.d. Art. 14 GG handelt, ist zwar nicht geklärt. Das Vorliegen der Voraussetzungen des enteignenden Eingriffs ist allerdings zweifelhaft. Ob den MNB ein unzumutbares und daher ausgleichspflichtiges Sonderopfer auferlegt würde, lässt sich jedoch erst unter Berücksichtigung des Inhalts der neuen PKE III sowie des Ergebnisses einer erneuten Auktion beurteilen.
- (73) Ein Amtshaftungsanspruch der MNB gegen den Bund (§ 839 BGB, Art. 34 GG) erscheint wenig erfolgversprechend. Es dürfte schon an einer drittgerichteten, die MNB schützenden Amtspflichtverletzung der BNetzA fehlen. Gleiches gilt für einen unionsrechtlich begründeten Staatshaftungsanspruch der MNB.
- (74) Als ersatzfähige Schäden der MNB kommen entgangene Gewinne sowie frustrierte Aufwendungen in Betracht. Zu Letzterem gehören auch die für die Erfüllung der Versorgungsaufgaben aufgewendeten Mittel. Soweit diese im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs ersatzfähig sein sollten, fehlt es jedoch an einem Schaden. Entsprechendes gilt, sollte eine Anrechnung der erfüllten Versorgungsaufgaben auf einen von einem MNB in Folge einer erfolgreichen Teilnahme an einer Auktionswiederholung zu zahlenden Auktionspreis möglich sein.
- (75) Ein Anspruch der MNB gegen den Bund auf Herausgabe des im Rahmen der Auktionswiederholung erzielten Erlöses ist ausgeschlossen.

Zu C.VI.:

- (76) Sowohl Szenario 1 als auch Szenario 2 dürften nach dem Vorgesagten bereits de lege lata umsetzbar sein. Zur Reduzierung der rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken beider Szenarien könnte sich jedoch eine klarstellende gesetzgeberische Regelung anbieten. Diese wäre an Verfassungs- und Unionsrecht zu messen.

II. Folgerungen für die Szenarien 1 und 2

- (77) Ob die BNetzA rechtlich verpflichtet ist, auf Grundlage der neu zu erlassenden PKE III und IV eine neue Frequenzauktion durchzuführen, ist offen. Überzeugende Gründe sprechen jedoch dafür, dass ein Verzicht auf eine Auktionswiederholung unter gewissen

Voraussetzungen möglich ist. Zentral wird insbesondere der Inhalt der neuen PKE III und IV sein. Nur wenn dieser wesentlich von den PKE III und IV (2018) abweicht, dürfte eine Auktionswiederholung zwingend sein. Allerdings verbleiben bei einem Verzicht auf eine Auktionswiederholung erhebliche rechtliche Risiken. Angesichts u.U. erheblicher negativer Folgen auf den Telekommunikationsmarkt und etwaiger Schadensersatz- oder Entschädigungsklagen der MNB gegen den Bund wäre die Entscheidung für eine Auktionswiederholung jedoch ebenfalls nicht ohne Risiko.

- (78) Ob ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV zulässig wäre, ist offen. Zu einem Vorgehen nach Szenario 1 ist eine solche Rückwirkung jedoch auch nicht erforderlich.
- (79) Die Präsidentenkammer hat den Inhalt der neuen PKE III und IV auf Grundlage einer ergebnisoffenen Prüfung festzusetzen. Innerhalb dieses Rahmens kann sie ihr Regulierungsermessens grundsätzlich in rechtmäßiger Weise dahingehend ausüben, den Inhalt der bisherigen Frequenznutzungsbestimmungen aufrechtzuerhalten. Den Belangen der Gewährleistung von Rechts- und Planungssicherheit sowie der Aufrechterhaltung eines dem Regulierungsziel der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte dienenden Ergebnisses kann im Rahmen der Abwägungsentscheidung ein hohes Gewicht eingeräumt werden.
- (80) Bei einer Entscheidung für die Aufrechterhaltung der bisherigen Frequenznutzungsbestimmungen besteht jedoch ein erhebliches rechtliches Risiko: Werden im Rahmen des Neuerlasses der PKE III und IV nicht wesentlich von denjenigen der PKE III (2018) abweichende Frequenznutzungsbestimmungen festgesetzt, dürfte ein Absehen von einer Auktionswiederholung möglich sein. Würde sich die BNetzA bei der Entscheidung über den Inhalt der künftigen Frequenznutzungsbestimmungen maßgeblich von dem Ziel der Vermeidung einer Auktionswiederholung leiten lassen, könnte dies einen Abwägungsfehler im Sinne einer faktischen Vorfestlegung begründen.
- (81) Sollte die BNetzA im Sinne des Szenario 2 die Frequenzauktion wiederholen, hätte sie diese nicht unmittelbar nach Rechtskraft des Urteils des VG Köln durchzuführen. Eine Verschiebung auf 2028/29 zum Zweck der Verbindung mit der Versteigerung weiterer Frequenzbereiche ist zwar nicht unbedenklich, erscheint jedoch im Ergebnis noch vertretbar.
- (82) Die BNetzA wäre im Szenario 1 rechtlich zur Anpassung der FrZB an die neuen Frequenznutzungsbestimmungen verpflichtet. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass sie zu diesem Zweck ausnahmsweise auf die Befugnisnorm des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG zurückgreifen kann. Alternativ kommt ein Neuerlass der FrZB (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG) oder der Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge in Betracht.

- (83) Gleichfalls wäre die BNetzA in Szenario 1 zur Anpassung des in den ZFB festgesetzten Auktionspreises verpflichtet. Der neue Preis hat sich am verfassungsrechtlichen Äquivalenzprinzip messen zu lassen. Die BNetzA dürfte zum Zwecke der Anpassung sowohl auf die Handlungsform des Verwaltungsaktes als auch auf öffentlich-rechtliche Verträge zurückgreifen können. Unter gewissen Voraussetzungen dürfte sie den neuen Auktionspreis einseitig bestimmen können.
- (84) Für den Zeitraum der tatsächlichen Frequenznutzung durch die MNB in Folge der 2019er-Auktion hat der Bund gegen die MNB einen Zahlungsanspruch, entweder auf Grundlage zeitanteilig wirksamer ZFB oder in Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Zu berechnen wäre Letzterer voraussichtlich anhand des Marktwertes der Frequenznutzung (s. Rn. (68) ff.).
- (85) Im Falle des Szenario 2 kommen die unter Rn. (69) ff. dargelegten Rückzahlungs- sowie Schadensersatz-/Entschädigungsansprüche der MNB gegen den Bund in Betracht.
- (86) Ergänzend wird auf die zusammenfassende Darstellung der Rechtmäßigkeit der Szenarien 1 und 2 unter C.IV. (Rn. (488) ff.) verwiesen.

C. Gutachten

- (87) Grundlage für die Beurteilung der Recht- und Zweckmäßigkeit der Szenarien 1 und 2 sind die der BNetzA aus den Rechtsfolgen des rechtskräftigen Urteils des VG Köln erwachsenden Pflichten. Zunächst werden daher sowohl die unmittelbaren als auch die mittelbaren Rechtsfolgen des Urteils dargelegt (I.). Auf dieser Grundlage wird sodann dargestellt, welche rechtlichen Pflichten die BNetzA aufgrund der unmittelbaren Urteilsfolgen treffen und auf welche Weise diese umgesetzt werden können bzw. müssen (II.). Entsprechend werden im Anschluss die die BNetzA aufgrund der mittelbaren Urteilswirkungen treffenden Rechtspflichten und die Modalitäten ihrer Umsetzung beschrieben (III.). Gleichsam als Zwischenergebnis werden die Folgerungen der Abschnitte I. bis III. für die Rechtmäßigkeit der Szenarien 1 und 2 zusammengefasst (IV.). Es folgt eine Untersuchung, welche Zahlungsansprüche dem Bund gegen die MNB und den MNB gegen den Bund infolge der Umsetzung des Urteils des VG Köln (insbesondere) gemäß Szenario 2 zustehen würden (V.). Abschließend wird kurz auf die Möglichkeit eines Eingreifens des Gesetzgebers eingegangen (VI.).

I. Rechtsfolgen des Urteils des VG Köln

- (88) Das Urteil des VG Köln entfaltet sowohl unmittelbare als auch mittelbare Rechtsfolgen. Die unmittelbaren Urteilsfolgen betreffen die durch das VG Köln tenorierte Verpflichtung der BNetzA zur Neubescheidung der PKE III und IV sowie, korrespondierend, das Schicksal der PKE III und IV (2018) (nachfolgend 1.). Mittelbare Folgen zeitigt das Urteil jedoch auch für die weiteren im Rahmen des 5G-Vergabeverfahrens ergangenen VA (nachfolgend 2.).

1. Unmittelbare Rechtswirkungen des Urteils des VG Köln

- (89) Grundlage der unmittelbaren Rechtswirkungen des Urteils des VG Köln ist der Urteilstenor: Die BNetzA wird zur Aufhebung der PKE III und IV (2018) und zur Neubescheidung des Antrags der [REDACTED] (der Klägerin) auf Aufnahme von Diensteanbieterverpflichtungen – anstelle bloßer Diensteanbieterregelungen – in die PKE III und IV verpflichtet. In seinen Rechtswirkungen ist dieser Entscheidungsausspruch gegenständlich (a)), sachlich-inhaltlich (b)) und zeitlich (c)) beschränkt.

a) Gegenständliche Reichweite

- (90) In gegenständlicher Hinsicht beschränkt sich das Urteil auf die Verpflichtung der BNetzA zur Neubescheidung der PKE III und IV und – korrespondierend – die Aufhebung der PKE III und IV (2018). Allein der Anspruch der Klägerin auf Aufhebung und Neuerlass dieser beiden VA wegen der Rechtswidrigkeit des zu ihrem Erlass führenden Verfahrens war Streitgegenstand des Verwaltungsprozesses.¹² Nur hinsichtlich des Ausspruches der Aufhebung und Neubescheidung der PKE III und IV (2018) ist das Urteil daher gem. § 121 VwGO rechtskräftig und gem. § 172 VwGO vollstreckungsfähig.¹³ Für die weiteren im Rahmen des 5G-Frequenzvergabeverfahrens ergangenen VA entfaltet das Urteil zwar – und nur – mittelbare Folgewirkungen (s. Rn. (113) ff.).¹⁴ Hierbei handelt es sich jedoch nicht um rechtskräftige und damit vollstreckungsfähige Maßgaben. Entsprechendes gilt für weitere Folgewirkungen des Urteils, wie eine etwaige Auktionswiederholung sowie potentielle Schadenersatz- oder sonstige Zahlungspflichten. Schon daher könnte eine Auktionswiederholung nicht mit Zwangsmitteln i.S.d. §§ 167 ff. VwGO auf Grundlage des Urteils des VG Köln durchgesetzt werden.
- (91) Jedenfalls gem. Art. 20 Abs. 3 GG dürfte die BNetzA dennoch verpflichtet sein, auch die mittelbaren Folgewirkungen des Urteils des VG Köln in ihre Entscheidung über die Reaktion auf ebendieses Urteil einzubeziehen.¹⁵ Wenn dies auch nicht zu den vollstreckungsfähigen Pflichten zählt, so dürfte die BNetzA dennoch im Sinne einer Folgenbeseitigung zur Herstellung rechtmäßiger Zustände verpflichtet sein. Zudem lassen sich auf diese Weise weitere gerichtliche Auseinandersetzungen um die Folgen der auf rechtswidriger Grundlage durchgeführten 5G-Auktion vermeiden.

b) Sachlich-inhaltliche Reichweite

- (92) In sachlich-inhaltlicher Hinsicht verpflichtet das VG Köln die BNetzA zur Aufhebung der PKE III und IV (2018) in ihrer Gesamtheit. Korrespondierend (vgl. Rn.(108) ff.) verpflichtet es die BNetzA zu einer umfassenden Neubescheidung.¹⁶ Die Vergabe- und Auktionsregeln

¹² Vgl. zum Streitgegenstand der Verpflichtungsklage Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, 46. EL August 2024, VwGO § 121 Rn. 63, NK-VwGO/Kilian/Hissnauer, 5. Aufl. 2018, VwGO § 121 Rn. 51; Eyermann/Wöckel, VwGO, 16. Aufl., § 121 Rn. 28.

¹³ Vgl. Eyermann/Schübel-Pfister, VwGO, 16. Aufl., § 113 Rn. 52 f. Zur grundsätzlichen Vollstreckungsfähigkeit (auch) von Bescheidungsurteilen gem. § 172 VwGO s. auch VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 805 (806); Stüer, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, Köln 1985, S. 693.

¹⁴ Vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 19. März 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 7, juris.

¹⁵ Denkbar erscheint, insoweit den allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch heranzuziehen. Zu dessen Voraussetzungen etwa BVerwG NVwZ-RR 2016, 225 (226 Rn. 14).

¹⁶ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 668 ff., juris.

seien nicht teilbar, sodass die beiden PKE insgesamt aufzuheben seien. Zwar setzt sich das VG in den Entscheidungsgründen ganz überwiegend nur mit einzelnen Regelungen der PKE III und IV (2018) – konkret den Versorgungspflichten, der Diensteanbieterregelung und den Zahlungsmodalitäten – auseinander und stellt lediglich deren Rechtswidrigkeit fest. Der Antrag der [REDACTED] beschränkte sich gar auf die Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in die PKE III (2018). Vor dem Hintergrund des Tenors des Urteils des VG Köln sowie der angenommenen Unteilbarkeit der PKE III und IV (2018) kann sich die BNetzA jedoch nicht auf den Neuerlass dieser bemakelten Teilregelungen beschränken.¹⁷ Dies gilt umso mehr, als sich im Falle des § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO die Rechtskraft des Urteils (§ 121 VwGO) auch auf die Verpflichtung zur „Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts“ erstreckt, die wiederum aus den tragenden Entscheidungsgründen zu ermitteln ist.¹⁸

- (93) Ob die Feststellungen des VG zur Unteilbarkeit der PKE III und IV insgesamt, die an eine Entscheidung des BVerwG zur Unteilbarkeit (nur) der nichttechnischen Vergaberegeln – v.a. der Frequenznutzungsbestimmungen – anknüpfen,¹⁹ überzeugend sind, kann dahinstehen. Die Rechtskraft von Verpflichtungsurteilen erstreckt sich im Falle eines Bescheidungs-tenors auch auf die tragenden Entscheidungsgründe.²⁰ Die BNetzA trifft schon aus diesem Grunde eine Verpflichtung zur umfassenden Neubescheidung (auch) der PKE IV (2018).
- (94) Hinzu kommt, dass das BVerwG in seiner Nichtzulassungsentscheidung klarstellt, dass die frühere BVerwG-Entscheidung zur Unteilbarkeit der nichttechnischen Vergaberegeln die Annahme einer weitergehenden Unteilbarkeit nicht ausschließe.²¹ Eine solche Unteilbarkeit von PKE III und IV bestimme sich nach den für die Teilbarkeit von Verwaltungsakten im Allgemeinen geltenden Maßgaben.²² Auf dieser Grundlage sei das VG (ausschließlich) für die konkreten PKE III und IV (2018) zu dem Schluss gekommen, sie stünden in einem unteilbaren Zusammenhang.²³

¹⁷ Im Gegensatz dazu etwa BVerwG, Urteil vom 21. Mai 1976 – IV C 80.74 –, Rn. 28, juris: Aufhebung eines Planfeststellungsbeschlusses nur insoweit, wie die Behörde über den Antrag auf Aufnahme einer bestimmten Regelung neu entscheiden muss.

¹⁸ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., § 26 Rn. 24; *Stüer*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), FS Menger, Köln 1985, S. 693; Schoch/Schneider/Riese, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 231 m.w.N.

¹⁹ BVerwG, Beschluss vom 20. Oktober 2021 – 6 C 13/20 –, Rn. 11 ff., juris.

²⁰ Eyermann/Schübel-Pfister, VwGO, 16. Aufl., § 113 Rn. 52 m.w.N.

²¹ BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 23.

²² Vgl. hierzu etwa Schoch/Schneider/Pietzcker/Marsch, 48. EL Juli 2025, VwGO § 42 Abs. 1 Rn. 13; HK-VerwR/Emmenegger, 5. Aufl. 2021, VwGO § 113 Rn. 62 ff.

²³ BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 26 f.

- (95) Unabhängig von der Frage der Unteilbarkeit (auch) der PKE IV spricht für die umfassende Aufhebung und Verpflichtung zum Neuerlass auch die Qualität der durch das VG monierten Rechtsfehler: Jedenfalls die Verletzung des § 21 VwVfG sowie der Verstoß gegen die unionsrechtliche Unabhängigkeit der BNetzA gem. (nunmehr) Art. 8 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972²⁴ umfassen ihrer Reichweite nach das zum Erlass der PKE III und IV (2018) führende Verfahren in seiner Gesamtheit. Beide VA sind daher gleichermaßen und umfassend bemakelt. Entsprechend führt das VG Köln ausdrücklich an, der böse Schein der Befangenheit beziehe sich auf die „gesamte Präsidentenkammerentscheidung“.²⁵ Sämtliche Inhalte der beiden VA bilden das „Ergebnis“ des bemakelten Verfahrens. Ihre Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG scheidet aus:²⁶ Weil sich die Inhalte der PKE III und IV (2018) auf denselben Regelungsgegenstand beziehen – das 5G-Auktionsverfahren – und damit zumindest tatsächlich einen engen Zusammenhang aufweisen, dürfte jedenfalls nicht i.S.d. § 46 VwVfG „offensichtlich“ sein, dass die Verfahrensfehler (nur) hinsichtlich des Inhalts einiger Bestimmungen der PKE IV (2018) nicht kausal waren.

c) Zeitliche Reichweite

- (96) Insbesondere die zeitliche Wirkung des VG-Urteils ist maßgebend für die die BNetzA infolge der Entscheidung treffenden Verpflichtungen und die Modalitäten ihrer Umsetzung. Nach dem Urteil des VG Köln und dem Beschluss des BVerwG dürfte die BNetzA lediglich dazu verpflichtet sein, die PKE III und IV mit Wirkung ex nunc neu zu erlassen; ein rückwirkender Neuerlass – dessen Rechtmäßigkeit überdies fraglich wäre (s. Rn. (193) ff.) – steht nicht im Raum. Für den Zeitpunkt und die zeitliche Wirkung der Aufhebung der PKE III und IV (2018) räumt das BVerwG der BNetzA ausdrücklich einen Entscheidungsspielraum ein.

aa) Ausführungen von VG und BVerwG zur zeitlichen Urteilswirkung

- (97) Der Tenor des VG Köln verpflichtete die BNetzA, „unter Aufhebung der [PKE III und IV (2018)] den Antrag der Klägerin vom 20. Juli 2018 [...] und gleichlautend vom 12. Oktober 2018 [...] unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.“²⁷ Weder in diesem Tenor noch in den Entscheidungsgründen finden sich ausdrückliche Vorgaben zu

²⁴ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 vom 17/12/2018, S. 36.

²⁵ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 509, juris.

²⁶ Vgl. hierzu auch VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 542 ff., juris.

²⁷ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, juris.

der Frage, mit Wirkung für welchen Zeitpunkt die BNetzA die PKE III und IV neu zu erlassen hat bzw. die PKE III und IV (2018) aufzuheben sind.

- (98) Dies bestätigt auch der Nichtzulassungsbeschluss des BVerwG. Hiernach bleibt es mangels zeitlicher Vorgaben des VG der BNetzA überlassen, „*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.*“²⁸ Diese Ausführungen des BVerwG zur zeitlichen Wirkung des Urteils beschränken sich jedoch auf den „Aufhebungsteil“ des Urteilstenors des VG Köln; über die zeitliche Wirkung dieser auf Grundlage des § 48 VwVfG zu erfolgenden Aufhebung²⁹ kann die BNetzA grundsätzlich frei entscheiden. Zur zeitlichen Wirkung des „Verpflichtungsteils“ des Entscheidungsausspruchs schweigt (auch) das BVerwG.

bb) Insbesondere: zeitliche Wirkung des Verpflichtungsausspruchs

- (99) Der Verpflichtungsteil des Tenors des VG Köln dürfte – wie bei Verpflichtungsklagen der Regelfall – lediglich Wirkung ex nunc entfalten ((1)). Angesichts des rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhangs der Verpflichtung zum Neuerlass der PKE und der Aufhebung der PKE III und IV (2018) dürfte die BNetzA – trotz der ihr für die Aufhebung der PKE III und IV (2018) eingeräumten Entscheidungsfreiheit – auch aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit gehalten sein, die zeitliche Wirkung ihrer Aufhebung mit dem Zeitpunkt des Neuerlasses der PKE III und IV zu koordinieren ((2)).

(1) Grundsatz: ex nunc-Wirkung des Verpflichtungstenors

- (100) Die Verpflichtung zum Erlass eines VA bzw. zur Neubescheidung mit bloßer Wirkung ex nunc stellt den Normalfall einer Verpflichtungsklage dar.³⁰ Ein Verpflichtungsausspruch, der eine Behörde zum Erlass eines rückwirkenden VA verpflichtet, kommt bereits aus prozessualen Gründen (§ 88 VwGO) nur in Betracht, wenn der Kläger ebendies beantragt.³¹

²⁸ BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 29.

²⁹ Dass § 48 VwVfG als Rechtsgrundlage für die Aufhebung heranzuziehen ist, folgt aus BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 30.

³⁰ So ausdrücklich NK-VwGO/Wolff, 5. Aufl. 2018, VwGO § 113 Rn. 435. In diese Richtung auch Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 30. Aufl., § 113 Rn. 178.

³¹ BVerwG, Urteil vom 26. April 2018 – 3 C 11/16 –, Rn. 15 f., juris.

Darüber hinaus muss auch das materielle Recht den Erlass eines rückwirkenden VA zulassen – was das BVerwG etwa für bestimmte ausländerrechtliche Konstellationen anerkannt hat.³²

- (101) Schon vor dem Hintergrund dieser prozessualen und materiellen Voraussetzungen liegt die Annahme, VG und BVerwG hätten die BNetzA zum Erlass rückwirkender PKE III und IV verpflichten wollen, fern. Weder die ursprünglichen noch die im Revisionsverfahren neu gefassten Anträge der Klägerin enthalten Hinweise darauf, dass sie die Verpflichtung der BNetzA zum rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV begehrte.³³ Ob der Erlass rückwirkender PKE III und IV materiell-rechtlich zulässig wäre, ist zumindest zweifelhaft (s. hierzu Rn. (193) ff.).
- (102) Zumindest aber hätten das VG Köln oder das BVerwG – hätten sie vom Normalfall der ex nunc-Wirkung eines Verpflichtungsausspruchs abweichen wollen – dies im Tenor oder jedenfalls in den Entscheidungsgründen deutlich machen müssen.³⁴ In den Entscheidungen finden sich jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die BNetzA zum Erlass rückwirkender VA verpflichtet werden sollte – im Gegenteil: Die Ausführungen des VG Köln sprechen dafür, dass es die BNetzA zu einer Neubescheidung der PKE III und IV mit Wirkung nur ex nunc verpflichten wollte.
- (103) So formuliert das VG, „[b]ei der Neubescheidung hat die Beklagte die dann aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen.“³⁵ Dies folge aus dem Zweck des Vergabeverfahrens, die Regulierungsziele aus §§ 2, 87 TKG bestmöglich zu erreichen. Es dürfte aber ausgeschlossen sein, dass das VG die BNetzA dazu verpflichten wollte, bei der Neubescheidung der PKE III und IV die *gegenwärtige* Rechts- und Tatsachengrundlage zugrunde zu legen, zugleich aber die Neubescheidung mit Wirkung für die *Vergangenheit* vorzunehmen.
- (104) Würde man eine solche Verpflichtung der BNetzA zur rückwirkenden Neubescheidung annehmen, bedeutete die vom VG Köln explizit ausgesprochene Verpflichtung zur Anwendung der gegenwärtigen Rechtslage, dass § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG Rückwirkung entfalten würden. § 100 TKG n.F. ist erst am 1. Dezember 2021 und damit zeitlich zwischen dem

³² BVerwG NVwZ 1998, 191 (192); BVerwG NVwZ 1999, 306 (307); OVG Lüneburg, Urteil vom 8. November 2017 – 8 LB 59/17 –, juris. Hierzu auch Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 30. Aufl., § 113 Rn. 179; NK-VwGO/Wolff, 5. Aufl. 2018, VwGO § 113 Rn. 435.

³³ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 231 ff., 257 ff., juris. I.E. nicht anders bei VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 8531/18 –, Rn. 147 f., juris.

³⁴ Vgl. auch Schoch/Schneider/Riese, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 209, wonach das VG „grundsätzlich“ nicht deutlich machen müssen, ab welchem Zeitpunkt der versagende Bescheid aufzuheben sei. Ähnlich Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 30. Aufl., § 113 Rn. 179.

³⁵ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666, juris.

ursprünglichen Erlass der PKE III und IV (2018) und dem Entscheidungsausspruch bzw. der Rechtskraft des Urteils des VG Köln in Kraft getreten. Die PKE III und IV (2018) beruhten hingegen noch auf der alten Rechtslage nach § 55 Abs. 3, Abs. 4 TKG a.F. Wenn aber aus dem Gesetzeswortlaut selbst ihre rückwirkende Anwendbarkeit nicht hervorgeht – was bei § 100 TKG nicht der Fall ist –, dürfte eine gleichsam „autonome“ Entscheidung zur rückwirkenden Anwendbarkeit einer Norm durch ein Instanzgericht oder eine Behörde ausgeschlossen sein.³⁶ Ganz in diesem Sinne entschied das BVerwG in einem eine telekommunikationsrechtliche Regulierungsverfügung auf Grundlage von § 13 Abs. TKG (2004)³⁷ betreffenden Urteil, dem Verpflichtungsbegehren sei auf Grundlage der *alten* Rechtslage stattzugeben. Dafür, dass die zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesänderungen „*ausnahmsweise* auf vor ihrem Inkrafttreten erlassene Regulierungsverfügungen der Bundesnetzagentur zurückwirken, sind keine Anhaltspunkte erkennbar“.³⁸ Dass § 55 Abs. 3, Abs. 4 TKG a.F. und § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG n.F. ihrem materiellrechtlichen Gehalt nach nicht maßgeblich voneinander abweichen, ist unerheblich. Dies mag zwar für die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzgeberischerseits angeordneten Rückwirkung von Bedeutung sein. Hier jedoch steht allein die Frage im Raum, ob das VG *von sich aus* – also ohne gesetzliche Grundlage – die BNetzA zur rückwirkenden Anwendung des § 100 TKG n.F. verpflichten durfte (und wollte). Angesichts der rechtlichen Zweifelhaftheit eines solchen Vorgehens des VG wäre – zumindest – eine nähere Begründung zu erwarten gewesen.

- (105) Darüber hinaus würde die vom VG ausgesprochene Verpflichtung der BNetzA, der Neubescheidung der PKE III und IV (2018) nicht nur die gegenwärtige Rechts-, sondern auch die gegenwärtige Tatsachenlage zugrunde zu legen, mit einer rückwirkenden Neubescheidung kollidieren. Zwar hat das BVerwG bzgl. einer telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigung (nunmehr §§ 38 ff. TKG) entschieden, dass bei deren rückwirkender *Ergänzung* (auch) solche Tatsachen im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen seien, die seit ihrem erstmaligen Erlass eingetreten seien.³⁹ Daraus dürfte sich jedoch nicht ableiten lassen, dass bei einer – unterstellt rückwirkenden – Neubescheidung der PKE III und IV die seit 2018 eingetretenen neuen Tatsachen zu berücksichtigen wären. Anders als in dem vom BVerwG entschiedenen Sachverhalt steht vorliegend nicht lediglich eine Ergänzung der beiden PKE im Raum. Wie dargelegt (s. Rn. (92) ff.), verpflichtet das VG Köln die BNetzA vielmehr zu einer umfassenden Neubescheidung. Zudem würde eine rückwirkende

³⁶ So ausdrücklich für das Sozialrecht BSG, Urteil vom 24. März 2009 – B 8 SO 34/07 R –, Rn. 9 juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14. Februar 2019 – L 32 AS 1645/18 NZB –, Rn. 24 ff., juris m.w.N.

³⁷ BGBl. I 2004, S. 1190.

³⁸ BVerwG NVwZ 2013, 1352 (1353 f. Rn. 20) (Hervorhebung nicht im Original).

³⁹ BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, Rn. 27, juris.

Neubescheidung der PKE III und IV unter Zugrundelegung gegenwärtiger Tatsachen dazu führen, dass die BNetzA bei Ausübung ihres Regulierungsermessens⁴⁰ Tatsachen zu berücksichtigen hätte, die in dem Zeitraum, für welchen die Entscheidungen Rechtswirkung entfalten, noch gar nicht vorlagen. Dies erscheint nicht nur widersprüchlich, sondern könnte u.U. seinerseits einen Ermessensfehler begründen.

- (106) Gegen die Annahme, das VG Köln habe die BNetzA zum Erlass rückwirkender PKE III und IV verpflichten wollen, spricht schließlich, dass sich das Gericht an keiner Stelle mit den bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu den rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen eines rückwirkenden Erlasses von Verwaltungsakten auseinandersetzt (s. hierzu unten Rn. (197) ff.).⁴¹ Hätte das VG die BNetzA zu einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV verpflichten wollen, wäre ebendies jedoch zu erwarten gewesen: Zum einen betrafen beide Entscheidungen des BVerwG denselben Sachgegenstand – das Telekommunikationsrecht –, zum anderen wurde die Ausgangsentscheidung eines der beiden Beschlüsse des BVerwG⁴² vom selben Spruchkörper – der 1. Kammer des VG Köln – wie das hier in Rede stehende Urteil vom 26. August 2024 getroffen.⁴³ Überdies erschiene es widersprüchlich, könnte die BNetzA aus eigener Rechtsmacht nur unter den engen, vom BVerwG entwickelten Voraussetzungen, bei einer gerichtlichen Entscheidung hingegen gleichsam nach Belieben und ohne jede Schranken rückwirkende VA erlassen. Dies liefe darauf hinaus, dass ein Gericht eine Behörde zur Vornahme einer materiell rechtswidrigen Handlung verpflichten könnte.

(2) Entscheidungsspielraum der BNetzA auch für den Verpflichtungsausspruch?

- (107) Auch wenn sich die Entscheidung des BVerwG, es bleibe der BNetzA überlassen, mit Wirkung zu welchem Zeitpunkt sie ihrer Verpflichtung zur Aufhebung der PKE III und IV (2018) nachkomme, allein auf den „Aufhebungsteil“ des Urteilstenors bezieht – die Aufhebung der PKE III und IV (2018) –, hat sie Folgen für den Verpflichtungsteil:
- (108) Dafür spricht bereits die Formulierung des BVerwG, die auf die „*im Zusammenhang* mit der Verurteilung zur Neubescheidung ausgesprochen[e] Verpflichtung“ zur Aufhebung der PKE

⁴⁰ Hierzu im Kontext der PKE III und IV Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 52 f., 58.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, Rn. 11 ff., juris; BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 10 ff., juris.

⁴² BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, juris.

⁴³ Vgl. die Ausgangsentscheidung VG Köln, Urteil vom 13. Juni 2013 – 1 K 3584/13 –, Rn. 92 ff., juris, die hinsichtlich der Rückwirkung sodann von BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, juris bestätigt wurde.

III und IV (2018) verweist.⁴⁴ Besteht zwischen Verpflichtungs- und Aufhebungsausspruch ein solcher Zusammenhang, liegt es nahe, dass dieser sich auch auf die zeitliche Wirkung von Neuerlass der begehrten und Aufhebung der ursprünglichen VA erstreckt. Auch bei „regulären“ Verpflichtungsaussprüchen – mit denen sich die nachfolgende Randnummer des Beschlusses auseinandersetzt – ist ein solcher Konnex vorhanden, wobei die Einzelfragen ungeklärt sind: Das BVerwG wirft in seinem Beschluss die Frage auf, ob sich das VG Köln in seinem Entscheidungsausspruch überhaupt darauf beschränken durfte, die BNetzA zur Aufhebung der PKE III und IV (2018) zu verpflichten, oder ob das VG – wie bei Verpflichtungsurteilen der Regelfall⁴⁵ – selbst zu Klarstellungszwecken die Aufhebung der beiden PKE hätte aussprechen müssen.⁴⁶ Bei solchen regulären Verpflichtungsaussprüchen hat der Aufhebungsteil des Tenors aber nur deklaratorische Bedeutung.⁴⁷ Unabhängig davon, ob sich der durch den Verpflichtungsteil des Tenors überholte Ablehnungsbescheid – hier: die PKE III und IV (2018) – gem. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigen⁴⁸ oder durch den Verpflichtungstenor konkludent aufgehoben wird⁴⁹, bildet das Wirkungsloswerden des Ablehnungsbescheids die rechtliche Kehrseite der Verpflichtung zum Neuerlass desselben VA. Hat aber gerade der Verpflichtungsteil des Tenors die Wirkungslosigkeit des Ablehnungsbescheides zur Folge, erscheint es denklogisch notwendig, dass diese Konnexität auch für den Zeitpunkt des Wirkungsloswerdens des Ablehnungsbescheides gilt. In dem Zeitpunkt, in dem die Rechtswirkung des neu erlassenen VA beginnt, endet diejenige des Ablehnungsbescheides.

- (109) Eine vergleichbare Konnexität der zeitlichen Wirkung dürfte auch für den Entscheidungsausspruch des VG Köln zu bejahen sein. Durch einen solchen Gleichlauf der rechtlichen Wirkung des hiesigen Entscheidungsausspruchs mit demjenigen regulärer Verpflichtungsurteile wird nicht nur den vom BVerwG geäußerten Zweifeln⁵⁰ an der Rechtmäßigkeit des Vorgehens des VG Köln Rechnung getragen. Insbesondere ist eine „Koordinierung“

⁴⁴ BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 29 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁵ Vgl. Kopp/Schenke/*Schenke*, VwGO, 30. Aufl., § 113 Rn. 178 f; Eyermann/*Schübel-Pfister*, VwGO, 16. Aufl., § 113 Rn. 40, 44; Schoch/Schneider/*Riese*, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 209.

⁴⁶ BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 30. Auch wenn das BVerwG diese Frage mangels Rüge der Nichtzulassungsbeschwerde offenlässt, scheinen hier zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vorgehens des VG durch.

⁴⁷ Vgl. BVerwGE 1, 291 (296); BVerwGE 51, 15 (23); BVerwG, Beschluss vom 12. Mai 2020 – 6 B 53/19 –, Rn. 5, juris; Schoch/Schneider/*Riese*, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 209; *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, Tübingen 1995, S. 211.

⁴⁸ BeckOK VwGO/*Decker*, 72. Ed. 1.1.2025, VwGO § 113 Rn. 77.1; Schoch/Schneider/*Riese*, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 209; *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkung im Öffentlichen Recht, 1995, S. 211; *Wehr*, DVBl. 2001, 785 (791). Ähnlich Kopp/Schenke/*Schenke*, VwGO, 24. Aufl. 2025, § 113 VwGO Rn. 179.

⁴⁹ NK-VwGO/*Wolff/Humberg*, 6. Aufl. 2025, VwGO § 113 Rn. 409.

⁵⁰ BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 30.

zwischen der zeitlichen Wirkung der Aufhebungsentscheidung mit derjenigen der neu erlassenen PKE III und IV aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit (Art. 20 Abs. 3 GG) geboten: Entfalteten die neuen PKE III und IV Rechtswirkung für einen Zeitraum, für den auch die PKE III und IV (2018) noch Wirkung entfalten, existierten (jeweils) zwei denselben Gegenstand regelnde Verwaltungsakte mit einander (u.U.⁵¹) widersprechenden Regelungsinhalten. In einer solchen Situation stünde zum einen eine Erledigung „auf andere Weise“ (§ 43 Abs. 2 VwVfG) der PKE III und IV (2018) in Gestalt der Überholung ihrer Rechtswirkung im Raum⁵² – was es der BNetzA rechtlich verunmöglichen⁵³ würde, ihrer aus dem Tenor des VG Köln folgenden Verpflichtung zur Aufhebung (§ 48 VwVfG) der PKE III und IV (2018) nachzukommen. Zum anderen hätte die Existenz einander widersprechender Rechtsakte erhebliche Rechtsunsicherheiten zur Folge. Mit den Regulierungszielen (insbesondere) aus §§ 2 Abs. 2 Nr. 2, 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 TKG dürfte dies kaum vereinbar sein. Im umgekehrten Fall wären diese Rechtsunsicherheiten noch schwerwiegender: Käme es zu einer Aufhebung der PKE III und IV (2018), ohne dass die neuen PKE III und IV ab demselben Zeitpunkt Rechtswirkung entfalteten, bedeutete dies ein (zunächst) ersatzloses Entfallen zweier der Rechtsakte, die die Grundlage der gegenwärtigen Frequenzordnung in der Bundesrepublik bilden. Angesichts des bislang in der Rechtsprechung nicht geklärten Verhältnisses zwischen den PKE einerseits und den FrZB sowie den ZFB andererseits (s. hierzu unten Rn. (121) ff. und Rn. (129) ff.) wären die (rechtlichen und tatsächlichen) Folgen nicht absehbar und daher in hohem Maße risikobehaftet.

- (110) Aufgrund einer solchen Konnexität bzw. – jedenfalls – der aus Gründen der Rechtssicherheit- und -klarheit gebotenen Koordinierung zwischen der zeitlichen Wirkung des Aufhebungs- und des Verpflichtungsteils des Tenors des Urteils des VG Köln liegt es *prima facie* nahe, dass die Entscheidungsfreiheit, die das BVerwG der BNetzA für die zeitliche Wirkung der Aufhebung der PKE III und IV (2018) einräumt, auf die zeitliche Wirkung der neu zu erlassenden PKE III und IV „durchschlägt“. Indes kann dies nicht dazu führen, dass (auch) der Zeitpunkt der Neubescheidung der PKE III und IV im Belieben der BNetzA stehen würde: Schon die Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) schließt es

⁵¹ Eine Ausnahme bestünde dann, wenn der Regelungsgehalt der neuen PKE III und IV vollständig mit demjenigen der PKE III und IV (2018) übereinstimmen würde.

⁵² Vgl. zur Erledigung wegen inhaltlicher Überholung BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2012 – 6 C 3/11 –, Rn. 21, juris; BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 3/10 –, Rn. 13, juris.

⁵³ Zwar würde eine solche Unmöglichkeit dazu führen, dass die BNetzA (insoweit) von ihrer Verpflichtung aus dem Urteilstenor frei wird, vgl. OVG Magdeburg, Beschluss vom 6. März 2015 – 3 O 19/15 –, Rn. 8, juris; Koepsell, Exekutiver Ungehorsam und rechtstaatliche Resilienz, 2023, S. 53 f. Es liegt allerdings fern, anzunehmen, das VG Köln habe die BNetzA mit seinem Urteilstenor von vornherein zu einer teilweise unmöglichen Leistung verpflichten wollen.

aus, dass die BNetzA ihre aus dem Urteil folgenden vollstreckbaren Pflichten (§§ 121, 172 VwGO) beliebig in die Zukunft verschiebt.⁵⁴ Zudem betont das BVerwG zwar einerseits den „Zusammenhang“ zwischen dem Verpflichtungs- und Aufhebungsteil des Urteilstenors, beschränkt seine Ausführungen zur Entscheidungsfreiheit der BNetzA dann jedoch auf den Aufhebungsteil. Zur Frage, wann und mit Wirkung für welchen Zeitpunkt die PKE III und IV neu erlassen werden müssen, schweigt das Gericht. Dies legt es nahe, insoweit den für Verpflichtungsurteile geltenden Regelfall heranzuziehen – die *ex nunc*-Wirkung (s. Rn. (100) ff.). Angesichts der gebotenen Koordinierung zwischen Aufhebung und Neuerlass der PKE (Rn. (109)) wäre die BNetzA dann allerdings konsequenterweise auch hinsichtlich der Aufhebung der PKE III und IV (2018) nicht gänzlich frei.

- (111) Ein solches Ergebnis dürfte indes auch mit den Überlegungen vereinbar sein, die das BVerwG bei seiner Feststellung zur Entscheidungsfreiheit der BNetzA hinsichtlich des Zeitpunkts der Aufhebung der PKE III und IV (2018) geleitet haben dürften – auch wenn sich über diese naturgemäß (§ 193 Abs. 2 GVG) nur spekulieren lässt. Das BVerwG und das VG Köln dürften sich durchaus im Klaren darüber gewesen sein, dass ihre Entscheidung ganz erhebliche praktische Konsequenzen haben wird. Beiden Gerichten war bekannt, dass auf Grundlage der streitgegenständlichen PKE III und IV (2018) bereits eine Frequenzauktion durchgeführt worden war und infolgedessen die FrZB und die ZFB als Grundlage der gegenwärtigen Frequenzordnung erlassen worden waren. Indem das BVerwG der BNetzA Freiheiten hinsichtlich des Zeitpunkts und der zeitlichen Wirkung der Aufhebung der PKE III und IV (2018) einräumt, stellt das Gericht sicher, dass es nicht zu einem (vorübergehend) ersatzlosen (ggf. gar rückwirkenden) Wegfall der rechtlichen Grundlagen der Frequenzordnung mit u.U. gravierenden Konsequenzen – die Kreierung eines rechtlichen Vakuums, Rückabwicklungsproblematiken u.ä. – kommt. Durch die Betonung des zeitlichen Spielraums versetzt das BVerwG die BNetzA in die Lage, über den Zeitpunkt und die zeitliche Wirkung der Aufhebung der PKE III und IV (2018) *in Abhängigkeit von dem Beginn der zeitlichen Wirkung der neu erlassenen PKE III und IV* zu entscheiden. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass sich trotz des in der Rechtsprechung bislang nicht im Einzelnen geklärten Verhältnisses von Aufhebungs- und Verpflichtungsteil des Tenors eines Verpflichtungsurteils (s. Rn. (108)) die soeben genannten Risiken nicht realisieren.

- (112) *Nicht* notwendig zur Erreichung dieses Zwecks war es indes, der BNetzA auch bei der zeitlichen Wirkung der neu zu erlassenden PKE III und IV gänzlich freie Hand zu lassen. Mit

⁵⁴ Vgl. auch Rn. (379) ff. zur ähnlichen Problematik bei der Frage des Zeitpunkts einer möglichen Auktionswiederholung.

Rechtskraft des Urteils des VG Köln dürfte die BNetzA daher verpflichtet sein, ohne sachlich nicht zu begründende Verzögerungen mit dem Verfahren des Neuerlasses der PKE zu beginnen. Angesichts der Notwendigkeit der Einhaltung der formellen Vorgaben für die Verfahrensdurchführung (Rn. (146) ff.) ist jedoch absehbar, dass dies einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Auch ist es gut vertretbar, dass die BNetzA, *wenn* sie die Frequenzauktion wiederholt (s. hierzu Rn (222) ff.), den Auktionszeitpunkt aus Gründen der effektiven Frequenzregulierung mit der Vergabe anderer Frequenzbereiche koordinieren und in diesem Zuge verschieben kann (s. Rn.(363) ff.). Insbesondere für diesen Übergangszeitraum dürfte das BVerwG ein Fortwirken der PKE III und IV (2018) im Blick gehabt haben. Sobald die neuen PKE III und IV Rechtswirkung entfalten – was nicht zwingend im Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe der Fall sein muss⁵⁵ – dürfte schon zur Verhinderung sich widersprechender Regelungen eine Aufhebung der PKE III und IV (2018) indes geboten sein.

2. Mittelbare Folgen des Urteils des VG Köln

- (113) Das Urteil des VG Köln entfaltet unmittelbare Rechtswirkungen nur für die streitgegenständlichen PKE III und IV (2018) (s. Rn. (90)). Mittelbar ergeben sich aus der Entscheidung jedoch Folgen für sämtliche im Zuge des 5G-Frequenzvergabeverfahrens erlassenen Verwaltungsakte.
- (114) Soweit zwischen diesen VA – insbesondere ZFB, Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheiden – und den PKE III und IV (2018) ein Akzessorietätsverhältnis anzunehmen sein dürfte, hat die Aufhebung⁵⁶ letzterer grundsätzlich die Unwirksamkeit dieser anderen VA zur Folge, § 43 Abs. 2 VwVfG (s. hierzu insb. Rn. (121) ff., (129) ff.). Offen ist jedoch, welche Folgen der – zeitlich mit der Aufhebung der PKE III und IV (2018) zu koordinierende (Rn. (107) ff.) – Neuerlass der PKE III und IV zeitigt: Nicht ausgeschlossen ist, dass hierdurch die Unwirksamkeit der VA verhindert wird. Weil diese Frage jedoch nur von eingeschränkter Relevanz für das weitere Vorgehen der BNetzA ist, wird sie erst bei Darstellung der mittelbaren Urteilsfolgen für die ZFB aufgegriffen (s. Rn. (435) ff.).

a) Folgen für die PKE I und II (2018)

- (115) Die PKE I und II (2018) werden durch das Urteil nicht berührt. Weder werden sie von der Aufhebung noch von der Verpflichtung zum Neuerlass der PKE III und IV erfasst. Es handelt sich bei ihnen um zwei gegenüber den PKE III und IV (2018) selbstständige VA i.S.d.

⁵⁵ S. nur Schoch/Schneider/Goldhammer, 7. EL Mai 2025, VwVfG § 43 Rn. 33 ff.

⁵⁶ Vgl. hierzu BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 29 f.

§ 35 S. 2 VwVfG.⁵⁷ Sie bleiben daher weiterhin wirksam (§ 43 Abs. 1 VwVfG) und dürften überdies bestandskräftig sein.⁵⁸

- (116) Möglich ist indes, dass die BNetzA gem. § 48 VwVfG zur Aufhebung der PKE I und II (2018) verpflichtet ist. Dies könnte zu bejahen sein, wenn die zur Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) führenden Gründe (s. Rn. (3)) gleichfalls die PKE I und II (2018) erfassen würden⁵⁹ –, wenn also die Besorgnis der Befangenheit (§ 21 VwVfG), die Verletzung der Unabhängigkeit der BNetzA und/oder der Abwägungsfehler sich bereits auf die Entscheidung zum Erlass der PKE I und II (2018) ausgewirkt hätten. Ob dies der Fall ist, ist unter Heranziehung des Urteils des VG Köln unklar:⁶⁰
- (117) Für eine solche Bemakelung auch der PKE I und II (2018) spricht, dass das VG die Besorgnis der Befangenheit der Mitglieder der Präsidentenkammer aus der „regen Kommunikation“ zwischen BNetzA und BMVI zwischen Januar und November 2018 herleitet.⁶¹ Auch zur Begründung des Abwägungsfehlers aufgrund ministerieller Vorgaben greift das VG u.a. auf die Kommunikation zwischen BNetzA und BMVI im Januar und Februar 2018 zurück.⁶² Die PKE I und II (2018) ergingen am 14. Mai 2018 (s. Rn.(1)). Dieser zeitliche Verlauf legt es nahe, dass auch der Erlass dieser VA bereits durch die Involvierung des BMVI geprägt war. Gegen eine solchermaßen begründete Rechtswidrigkeit der PKE I und II (2018) lässt sich jedoch anführen, dass sich die vom VG monierte Einflussnahme des BMVI lediglich auf die Vergabebedingungen – also die PKE III (2018) – und die Auktionsregeln (PKE IV (2018)) bezog. Zwar ist der Umkehrschluss, die PKE I und II (2018) seien fehlerfrei zustande gekommen, nicht zwingend. Streitgegenständlich vor dem VG Köln waren allein die PKE III und IV (2018). Denkbar ist daher, dass das VG schlicht keine Veranlassung hatte, sich

⁵⁷ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 94; Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 73. Vgl. auch BVerwG NVwZ 2009, 1558 (Rn. 25).

⁵⁸ Nach hiesigem Kenntnisstand wurde lediglich eine Klage gegen die PKE I und II (2018) erhoben, die durch die Entscheidung BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, juris rechtskräftig abgewiesen wurde.

⁵⁹ Hingegen kommt eine „verfahrensrechtliche“ Rechtswidrigkeit (s. hierzu Rn. (127)) nicht in Betracht. Zwar handelt es sich angesichts des „gestuften Verwaltungsverfahrens“ gem. § 100 TKG, bei dem die PKE I bis IV aufeinander aufbauen (BVerwG NVwZ 2009, 1558 (Rn. 25 f.)), bei den PKE I und II um die verfahrensrechtliche Voraussetzung des Erlasses der PKE III und IV. Umgekehrt gilt dies jedoch nicht: Der Erlass der PKE III und IV ist dem der PKE I und II nach der Systematik der §§ 91 Abs. 9, 100 TKG nachgelagert. Bereits denklogisch kann die Existenz ersterer daher keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Erlass letzterer sein.

⁶⁰ In der Entscheidung BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, juris wurde die Rechtmäßigkeit der PKE I und II (2018) nicht beanstandet.

⁶¹ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 381, 406, 447, juris. Zur Tragfähigkeit der Ausführungen des VG insgesamt s. BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 2025 – 6 B 5.25 –, Rn. 31 ff., juris.

⁶² VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 640, juris.

vertieft mit möglichen Verfahrensfehlern der PKE I und II (2018) zu befassen. Jedoch führt das VG aus, die Präsidentenkammer habe „das Verfahren hinsichtlich Teil I und II ihrer Entscheidung wie geplant durchgeführt“ und sei (nur) hinsichtlich Teil III und IV der Entscheidung auf die Forderungen des BMVI nach einem koordinierten Vorgehen eingegangen.⁶³ Die Präsidentenkammer hätte einem (etwaigen) „politischen Druck“ hinsichtlich der PKE I und II (2018) – anders als im Falle der PKE III und IV (2018) – also zumindest nicht nachgegeben⁶⁴ bzw. hätte die ministeriellen Einflussnahmeversuche ausreichend unterbunden.⁶⁵ Die Gründe, die zur Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) führten, trafen auf die PKE I und II (2018) damit nicht zu. Gegen die Rechtswidrigkeit der PKE I und II (2018) spricht schließlich, dass sich – soweit aus dem Urteil des VG erkennbar – die Einflussnahmeversuche des BMVI auf bestimmte Inhalte der Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG n.F./§ 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG a.F. (Versorgungsauflagen und Diensteanbieterregelung) und der Auktionsregeln i.S.d. § 100 Abs. 5 S. 1 TKG n.F./§ 61 Abs. 4 S. 1 TKG a.F. (Zahlungsmodalitäten) beschränkten. Dass das BMVI ein Interesse an der inhaltlichen Beeinflussung auch der Entscheidung über die Durchführung eines Vergabeverfahrens (§ 91 Abs. 9 TKG n.F./§ 55 Abs. 10 TKG a.F.) bzw. der Entscheidung zwischen Versteigerungs- und Ausschreibungsverfahren (§ 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG n.F./§ 61 Abs. 1, Abs. 2 TKG a.F.) und damit den PKE I und II (2018) hatte, ist nicht ersichtlich.

- (118) Selbst wenn man von der Rechtswidrigkeit auch der PKE I und II (2018) ausgeht, spricht jedoch viel dafür, dass die BNetzA ihr nach § 48 VwVfG eröffnetes Ermessen ausnahmsweise dahingehend ausüben kann, dass sie von einer Rücknahme absieht. *Für* eine Rücknahme spricht zwar, dass eine unterstellte Rechtswidrigkeit der PKE I und II (2018) – ebenso wie diejenige der PKE III und IV (2018)⁶⁶ – (auch) auf einer Verletzung des Art. 3 Abs. 3a Richtlinie 2009/140/EG⁶⁷ (nunmehr Art. 8 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2018/1972) beruhen würde. Im Falle einer Unionsrechtsverletzung streitet der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz grundsätzlich für eine Rücknahme des mitgliedstaatlichen VA. Dennoch sprechen

⁶³ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 432 f., 443 f., juris.

⁶⁴ Vgl. in Bezug auf die PKE III und IV (2018) VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 381, juris.

⁶⁵ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 560, juris.

⁶⁶ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 242 ff., juris.

⁶⁷ Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. (2009) L 337/37).

in der hiesigen Konstellation die besseren Gründe dafür, dass die BNetzA zur Rücknahme der unterstellt rechtswidrigen PKE I und II (2018) nicht verpflichtet ist:

- (119) Im Sinne des dolo-agit-Grundsatzes soll nach der Rechtsprechung des BVerwG eine Rücknahme ausgeschlossen sein, wenn alsbald ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste.⁶⁸ Ebendies dürfte hier der Fall sein: Nähme die BNetzA die PKE I (2018) zurück, wäre sie – weil die Voraussetzungen des § 91 Abs. 9 TKG bzgl. der in der 5G-Versteigerung verfahrensgegenständlichen Frequenzen weiterhin vorliegen dürften – zum umgehenden Erlass einer neuen PKE I verpflichtet. Vergleichbares würde für die PKE II gelten: Zwar steht die Entscheidung zwischen dem Versteigerungs- (§ 100 Abs. 5 TKG) und dem Ausschreibungsverfahren (§ 100 Abs. 6 TKG) nunmehr im Ermessen der BNetzA (§ 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG). Anders als nach früherer Rechtslage (§ 61 Abs. 2 S. 1 TKG a.F.) besteht kein Vorrang des Versteigerungsverfahrens mehr.⁶⁹ In der hiesigen Konstellation dürfte jedoch allein die Anordnung eines Versteigerungsverfahrens ermessensfehlerfrei sein. Würde die BNetzA ein Ausschreibungsverfahren anordnen, würde sie es sich selbst verunmöglichen, der vom VG Köln ausgesprochenen Verpflichtung nachzukommen. Die unter Beachtung der Rechtsauffassung des VG neu zu bescheidenden Vergabe- und Auktionsregeln (§ 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG) hätten keinen Regelungsgegenstand mehr. Denn im Falle der Anordnung des Ausschreibungsverfahrens hätte eine Entscheidung nach § 100 Abs. 6 TKG zu ergehen.

b) Folgen für die Frequenzzuteilungsbescheide

- (120) Die Wirksamkeit der FrZB wird durch die Aufhebung der PKE III und IV (2018) nicht berührt. Weil zwischen den PKE III und IV (2018) einerseits und den FrZB andererseits kein Wirksamkeitszusammenhang im Sinne eines Akzessorietätsverhältnisses besteht, führt die Aufhebung der PKE nicht zur Erledigung der FrZB i.S.d. § 43 Abs. 2 VwVfG.⁷⁰ Allerdings sind die FrZB rechtswidrig.

⁶⁸ BVerwGE 68, 151 (153); BVerwG NVwZ 2010, 1369 (1371).

⁶⁹ Säcker/Körber/*Offenbacher*, TKG TTDG, 4. Aufl., § 100 Rn. 25 ff. m.w.N.

⁷⁰ Nichts anderes ergibt sich aus Ziff. III.4 Nr. 14 PKE III (2018), wo es heißt, die Zuteilung von Frequenzen, die zum Zeitpunkt der Zuteilung noch Gegenstand eines außerhalb dieses Vergabeverfahrens (Entscheidung I bis IV) anhängigen Verwaltungsrechtsstreits seien, würden mit einer auflösenden Bedingung versehen, wonach die Zuteilung weg falle, wenn die gesetzlichen Zuteilungsvoraussetzungen aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung eines Gerichts zum Zeitpunkt der Zuteilung als nicht gegeben anzusehen seien. Zum einen wurde in keinen der FrZB eine entsprechende auflösende Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) aufgenommen. Darüber hinaus entfaltet das Urteil des VG Köln lediglich ex-nunc-Wirkung (s. Rn. (96) ff.), ist also ohne Bedeutung für das Vorliegen der Zuteilungsvoraussetzungen im Zuteilungszeitpunkt. Schließlich erfasst Ziff. III.4. Nr. 14 PKE III (2018) den hiesigen Fall auch tatbestandlich nicht. Das VG Köln befasste sich allein mit dem Schicksal der PKE III und IV (2018). Hierbei handelt es sich

aa) Keine Erledigung der Frequenzzuteilungsbescheide

- (121) Die Aufhebung der PKE III und IV (2018) würde zur Erledigung der FrZB „in sonstiger Weise“ (§ 43 Abs. 2 VwVfG) führen, wenn es sich bei ihnen um gegenüber den PKE III und IV (2018) akzessorische Verwaltungsakte handeln würde. Akzessorische VA sind dadurch charakterisiert, dass sie in ihrer Wirksamkeit von der Wirksamkeit eines anderen VA abhängen. Die Unwirksamkeit dieses „Haupt-VA“ – z.B. durch seine Aufhebung – hat *ipso iure* die Unwirksamkeit des akzessorischen VA zur Folge.⁷¹ Die Rechtsprechung qualifiziert diese Fallgruppe der Erledigung z.T. als Wegfall des Regelungsobjekts.⁷² Ein Akzessorietätsverhältnis wird bejaht, wenn ein VA ohne den Haupt-VA sinnvollerweise keinen Bestand haben kann;⁷³ keine Akzessorietät liegt vor, wenn das Fortbestehen eines VA nur Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines anderen VA ist.⁷⁴
- (122) Im Kontext der telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabe hatte sich das BVerwG bereits mehrfach mit der Frage der Akzessorietät der verschiedenen i.R.d. Frequenzvergabe ergehenden VA auseinanderzusetzen. Für das Verhältnis der PKE I, PKE II und PKE III lehnte es eine solche Akzessorietät ab. Es handele sich um jeweils selbstständige VA im Rahmen eines gestuften Verwaltungsverfahrens⁷⁵ „in welchem das zu bewältigende Gesamtproblem phasenweise abgearbeitet und konkretisiert wird, wobei die jeweils vorangegangenen Stufen das sachliche Fundament für die nachfolgenden Verfahrensschritte bilden“. Zum Wesen eines solchen gestuften Verfahrens gehöre es, dass die VA jeweils selbstständig der Bestandskraft fähig seien und (entgegen § 44a VwGO) selbstständig anfechtbar seien.⁷⁶ Hin-gegen bejahte das BVerwG eine Akzessorietät der ZFB gegenüber den Zuschlagsbescheiden.⁷⁷ Der Zuschlagsbescheid enthalte (auch) die Feststellung des Zuschlagspreises, welche wiederum neben der Zahlungsaufforderung den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Zahlung durch den Empfänger bilde. Daran anknüpfend stelle sich der ZFB als akzessorischer Verwaltungsakt dar, der das Schicksal der Zuschlagsbescheide teile. In derselben

aber nicht um Zuteilungsvoraussetzungen (§ 91 Abs. 5 TKG). Sie sind vielmehr Teil des von der Zuteilung nach § 91 Abs. 1 S. 1 TKG rechtlich getrennten (§§ 91 Abs. 9 S. 1, 100 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 S. 1 TKG) Frequenzvergabeverfahren.

⁷¹ Zum Ganzen Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, 10. Aufl. 2023, VwVfG § 35 Rn. 226 i.V.m. Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 10. Aufl. 2023, VwVfG § 43 Rn. 219. Aus der Rechtsprechung etwa OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2020, 577 (579 Rn. 30).

⁷² BVerwG NVwZ 2012, 1547 (Rn. 20).

⁷³ Müller-Terpitz, K&R 2002, 75 (82).

⁷⁴ Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, 10. Aufl. 2023, VwVfG § 35 Rn. 226.

⁷⁵ Grundlegend hierzu Müller-Terpitz, K&R 2002, 75 (79 ff.).

⁷⁶ BVerwG NVwZ 2009, 1558 (Rn. 24 f.).

⁷⁷ BVerwG NVwZ 2012, 168 (Rn. 42).

Entscheidung lehnt das BVerwG ein Akzessorietätsverhältnis zwischen einem Lizenzzuteilungsbescheid und dem Zuschlags- sowie Zahlungsfestsetzungsbescheid ab.⁷⁸ Daher hatte der von der seinerzeitigen RegTP ausgesprochene Widerruf der Lizenzzuteilung nicht zur Folge, dass mit dem ZFB und dem Zuschlagsbescheid der Rechtsgrund für die Zahlung des Auktionspreises im Wege der Erledigung entfallen war.

- (123) Auch wenn es zur Frage eines Akzessorietätsverhältnisses zwischen der PKE III und den FrZB bislang an Rechtsprechung fehlt, dürfte ein solches abzulehnen sein.⁷⁹ Die Aufhebung der PKE III (2018) durch die BNetzA in Folge des Urteils des VG Köln hat daher nicht die Erledigung der FrZB gem. § 43 Abs. 2 VwVfG zur Folge.
- (124) Hierfür spricht zunächst die Systematik des TKG. Die PKE III legt die Vergabebedingungen i.S.d. § 100 Abs. 4 TKG fest und ist damit Bestandteil des Frequenzvergabeverfahrens i.S.d. § 100 TKG. Die Frequenzzuteilung hingegen erfolgt auf Grundlage des § 91 TKG. Sie ist rechtlich selbstständig und kein Bestandteil des Frequenzvergabeverfahrens mehr.⁸⁰ Dies wird bestätigt durch den Wortlaut des § 100 Abs. 7 S. 1 TKG, wo es heißt, die Frequenzzuteilung erfolge nach § 91, „nachdem“ das Vergabeverfahren durchgeführt worden sei.⁸¹ Entsprechend bestimmt § 91 Abs. 9 TKG, bei einer Frequenzknappheit könne angeordnet werden, dass der Frequenzzuteilung ein Vergabeverfahren i.S.d. § 100 TKG „voranzugehen“ habe. Aus diesen Formulierungen geht hervor, dass das Frequenzzuteilungsverfahren des § 91 Abs. 1 bis Abs. 8 TKG durch das Frequenzvergabeverfahren nach § 100 TKG gleichsam unterbrochen wird. Die rechtliche Selbstständigkeit von Zuteilungs- und Vergabeverfahren kommt auch darin zum Ausdruck, dass Entscheidungen im Vergabeverfahren – PKE I bis IV – gem. § 211 Abs. 1 S. 1 TKG durch die justizähnlichen⁸² Beschlusskammern getroffen werden, im Übrigen hingegen – also auch im Fall der Frequenzzuteilung nach § 91 TKG – BNetzA-intern durch die jeweils zuständigen Amtswalter, nach außen durch die BNetzA als solche, vertreten durch ihren Präsidenten.⁸³ Diese aus Wortlaut und Systematik folgende rechtliche Selbstständigkeit der FrZB gegenüber dem Frequenzvergabeverfahren würde durchbrochen, wollte man i.S.d. Akzessorietät die Wirksamkeit der FrZB vom Bestand der PKE III abhängig machen.

⁷⁸ BVerwG NVwZ 2012, 168 (Rn. 43-46).

⁷⁹ So, bezogen auf die Lizenzvergabe, auch *Müller-Terpitz*, K&R 2002, 75 (82), auch zum Folgenden.

⁸⁰ Vgl. zur „dienenden Funktion“ des Versteigerungsverfahrens auch *Müller-Terpitz*, K&R 2002, 75 (82).

⁸¹ Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, BVerwGE 144, 284-306, Rn. 31.

⁸² Scheurle/Mayen/Mayen, 3. Aufl. 2018, TKG § 132 Rn. 4.

⁸³ Vgl. Säcker/Körber/Gurlit, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 211 Rn. 1. Vgl. zu diesem Argument auch *Müller-Terpitz*, K&R 2002, 75 (82).

- (125) Für ein Akzessorietätsverhältnis scheint zwar zu sprechen, dass gem. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG Verpflichtungen, die ein Antragsteller im Laufe eines Versteigerungsverfahrens eingegangen ist – insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG⁸⁴ –, Bestandteil der Frequenzzuteilung werden. Das BVerwG folgert aus § 100 Abs. 7 S. 2 TKG, die Vergabebedingungen hätten eine „unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung für die spätere Frequenznutzung“.⁸⁵ Allerdings determinieren die Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG lediglich den *Inhalt der Regelung* der nachfolgenden FrZB. Die „rechtsgestaltende“ Wirkung der Vergabebedingungen beschränkt sich auf die Determinierung des (materiellen) Regelungsinhalts der FrZB; für das (formalrechtliche) Verhältnis der beiden VA ist § 100 Abs. 7 S. 2 TKG unergiebig. Vielmehr spricht die wörtliche Wiederholung der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) in den FrZB dafür, dass beide VA in ihrer rechtlichen Existenz voneinander abstrahiert sind. Andernfalls ergäbe eine solche „Verdopplung“ der Verpflichtungen wenig Sinn. PKE III und FrZB weisen insoweit einen völlig andersartigen Charakter auf als die klassischen Fallgruppen akzessorischer Verwaltungsakte. Denn Auflagen⁸⁶ i.S.d. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, Zwangsmittellandrohungen⁸⁷ oder Nachtragsgenehmigungen zu einer Baugenehmigung⁸⁸ wiederholen die inhaltliche Regelung des VA, an den sie anknüpfen, gerade nicht.
- (126) Teleologisch spricht gegen die Akzessorietät, dass durch die Bejahung einer eben solchen die Abstufung des Frequenzvergabeverfahrens in verselbstständigte, jeweils der Bestandskraft fähige Entscheidungsschritte und damit die phasenweise Abarbeitung des Gesamtproblems (Rn. (122)) ausgehebelt würde.⁸⁹ Hinzu kommt, dass ein Akzessorietätsverhältnis mit dem Ziel des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG, eine quantitativ und qualitativ hochwertige Mobilfunkversorgung der Nutzer sicherzustellen,⁹⁰ schwerlich vereinbar wäre. Erledigten sich FrZB aufgrund der auf Fehlern im Vergabeverfahren beruhenden Aufhebung der PKE III, bedeutete dies, dass eine Nutzung der vergebenen Frequenzen nicht möglich wäre. Gem. § 91 Abs. 1 S. 1 TKG bedarf jede Frequenznutzung einer vorherigen Frequenzzuteilung. In der Folge käme es zu u.U. erheblichen Störungen bei der Mobilfunkversorgung der Bevölkerung.

⁸⁴ BVerwG NVwZ 2013, 726 (Rn. 31); VG Köln, Beschluss vom 14. März 2019 – 9 L 205/19 –, Rn. 13, juris.

⁸⁵ BVerwG NVwZ 2013, 726 (Rn. 31); VG Köln, Beschluss vom 14. März 2019 – 9 L 205/19 –, Rn. 13, juris.

⁸⁶ Zur Qualifizierung der Auflage als akzessorischer VA Stelkens/Bonk/Sachs/*Stelkens*, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 36 Rn. 83.

⁸⁷ Zu ihrer Qualifizierung als akzessorischer Verwaltungsakt BVerwG NVwZ 1991, 570 (571).

⁸⁸ Zur Qualifizierung als akzessorischer Verwaltungsakt OVG Berlin-Brandenburg, LKV 2012, 465.

⁸⁹ Vgl. *Müller-Terpitz*, K&R 2002, 75 (79 f.).

⁹⁰ Vgl. Geppert/Schütz/*Cornils*, 5. Aufl. 2023, TKG § 2 Rn. 45.

bb) Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsbescheide

- (127) Allerdings sind die FrZB rechtswidrig. In verfahrensrechtlicher Hinsicht folgt die Rechtswidrigkeit der FrZB aus dem Wegfall der PKE III (2018) infolge ihrer Aufhebung durch die BNetzA aufgrund des Urteils des VG Köln. Aus dem Wortlaut und der Systematik der §§ 91 Abs. 9 S. 1, 100 Abs. 7 S. 1 TKG folgt, dass – wenn ein Vergabeverfahren angeordnet worden ist, wie hier aufgrund der (bestandskräftigen) PKE I der Fall – die Frequenzzuteilung erst nach Durchführung des Verfahrens nach § 100 TKG erfolgen darf (s. aber noch Rn. (322) ff.). Fehlt es an der PKE III und IV, ist dies nicht der Fall.⁹¹
- (128) Unabhängig hiervon sind die FrZB in materieller Hinsicht rechtswidrig. Zwar handelt es sich bei PKE III (2018) und FrZB formell um rechtlich selbstständige VA. Weil die Frequenznutzungsbestimmungen als Bestandteil der PKE III (2018) gem. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG „unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung für die Frequenznutzung“ zeitigen (s. Rn. (125)), „infizieren“ die der PKE III (2018) nach den Feststellungen des VG Köln anhaftenden Verfahrensfehler zugleich die FrZB.⁹² Die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) werden ohne erneute Entscheidung über ihren Inhalt im Sinne eines „Copy & Paste“ in die FrZB übernommen. Aufgrund dieser inhaltlichen Determinierung leiden die FrZB an denselben Fehlern wie die PKE III (2018).

c) Folgen für die Zahlungsfestsetzungsbescheide

- (129) Es spricht viel dafür, dass zwischen der PKE IV (2018) und den ZFB ein Wirksamkeitszusammenhang im Sinne eines Akzessorietätsverhältnisses (s. Rn. (121) f.) besteht. Die Aufhebung der PKE IV (2018) in Folge des Urteils des VG Köln dürfte daher zur Erledigung (§ 43 Abs. 2 VwVfG) der ZFB führen.
- (130) Rechtsprechung zur Frage eines Akzessorietätsverhältnisses zwischen den PKE III und IV einerseits sowie ZFB andererseits fehlt bislang. In der Literatur wird die Akzessorietät zwischen der „Entscheidung über den Vergabemodus“ – womit offenbar die PKE II (§ 100 Abs. 2 TKG) gemeint ist – und den ZFB bejaht.⁹³ Die ZFB fänden ihre Grundlage ausschließlich in der Anordnung des Versteigerungsverfahrens; durch deren Aufhebung werde ihnen ihr rechtliches Fundament entzogen.

⁹¹ Davon, dass die Inexistenz (dort: Nichtigkeit gem. § 44 Abs. 1 VwVfG) einer PKE ipso iure zur Rechtswidrigkeit des Frequenzzuteilungsbescheides führt, scheint zumindest implizit auch BVerwG NVwZ 2012, 168 (Rn. 53) auszugehen.

⁹² Vgl. entsprechend Müller-Terpitz, K&R 2002, 75, (82).

⁹³ Müller-Terpitz, K&R 2002, 75 (82).

- (131) Diese Auffassung ist nicht zwingend. Gegen ein Akzessorietätsverhältnis zwischen PKE IV und ZFB spricht, dass die ZFB einen eigenständigen Regelungsgehalt aufweisen – die Verpflichtung zur Zahlung eines der Höhe nach bestimmten Betrages gemäß (auch) in den ZFB selbst festgelegten Zahlungsmodalitäten. Die ZFB sind daher nicht denklogisch auf die PKE IV bezogen, sondern haben einen eigenständigen Inhalt und sind aus sich heraus verständlich. Dies unterscheidet das Verhältnis PKE IV – ZFB von Auflagen (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) oder Vollstreckungsandrohungen (§ 13 VwVG) als anerkannten Fallgruppen akzessorischer VA (s. Rn. (125)). Auflagen und Androhungen erhalten ihren Regelungsgehalt erst unter Heranziehung des Inhalts des Haupt-VA. Die ZFB hingegen wiederholen (rezipieren) im Sinne eines „Copy & Paste“ die Zahlungsmodalitäten der PKE IV – hier insbesondere die Zahlungsfrist von 65 Tagen (s. Rn. (2)). Dieser eigenständige inhaltliche Gehalt spricht für die selbstständige rechtliche Existenzfähigkeit der ZFB.
- (132) Die besseren Argumente sprechen jedoch für eine Akzessorietät von PKE IV und ZFB. Dies zeigt sich etwa in Abgrenzung zum Verhältnis zwischen PKE III und FrZB. Weil das Frequenzvergabeverfahren (§ 100 TKG) das Frequenzzuteilungsverfahren (§ 91 TKG) unterbricht, liegt die rechtliche Selbstständigkeit der jeweiligen verfahrensleitenden bzw. -beendenden Verfügungen nahe (s. Rn. (124)). Eine vergleichbare verfahrensrechtliche Selbstständigkeit fehlt im Verhältnis von PKE IV und ZFB. Das TKG trifft keine Regelung zum Erlass der ZFB. Es liegt daher nahe, die ZFB als inhärenten Bestandteil des Versteigerungsverfahrens zu qualifizieren (vgl. hierzu auch Rn. (450) ff.). Dafür spricht auch, dass die ZFB gerade an das *Versteigerungsverfahren* anknüpfen, wohingegen die „Unterbrechung“ des Frequenzzuteilungs- durch das Frequenzvergabeverfahren (§ 91 TKG) gleichermaßen Versteigerungs- und Ausschreibungsverfahren (§ 100 Abs. 1, Abs. 5, Abs. 6 TKG) betrifft. Aufgrund dieser Verknüpfung der ZFB gerade mit dem Versteigerungsverfahren spricht viel dafür, dass durch den Wegfall der das Versteigerungsverfahren leitenden Regelung – der PKE IV (2018) gem. § 100 Abs. 5 TKG – die ZFB ihr „Regelungsobjekt“ verlieren und sich daher gem. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigen.⁹⁴
- (133) Für die Akzessorietät von PKE IV und ZFB spricht auch, dass gem. § 223 Abs. 1 S. 1, S. 6 TKG dann keine Gebühren für die Zuteilung von Frequenzen erhoben werden, wenn die Frequenzen im Wege eines Frequenzvergabeverfahrens nach § 100 Abs. 5, Abs. 6 TKG vergeben werden. Der i.R.d. Versteigerungsverfahrens zu ermittelnde Zuschlagspreis tritt in

⁹⁴ Vgl. zum „Wegfall des Regelungsobjekts“ als Fallgruppe akzessorischer Verwaltungsakte BVerwG NVwZ 2012, 1547 (Rn. 20). Im Ergebnis entspricht dies der Auffassung von *Müller-Terpitz*, K&R 2002, 75 (82).

diesem Fall an die Stelle der Gebührenerhebung.⁹⁵ § 223 Abs. 1 S. 6 TKG liegt der Gedanke zugrunde, dass die Festsetzung des Zuschlagspreises Bestandteil des Frequenzvergabeverfahrens ist. Dann aber liegt es nahe, dass (jedenfalls) die Regelungen zur Durchführung der Auktion – also die PKE IV – Existenzvoraussetzung der ZFB sind. Denn mit den ZFB wird die vollziehbare Verpflichtung der erfolgreichen Auktionsteilnehmer zur Zahlung des Zuschlagspreises begründet.⁹⁶

- (134) Sollte zwischen der PKE IV und den ZFB – anders als hier vertreten – kein Akzessorietätsverhältnis bestehen, wären die ZFB infolge der Aufhebung der PKE IV (2018) jedenfalls rechtswidrig. Es gilt Vergleichbares wie für die FrZB dargelegt (Rn. (127) f.): Weil die ZFB als inhärenter Bestandteil des Frequenzauktionsverfahrens auf die ihnen vorgelagerten Auktionsregeln der PKE IV aufbauen, ist die Existenz der PKE IV verfahrensrechtliche Voraussetzung des Erlasses der ZFB. Aufgrund der Rezeption der Zahlungsmodalitäten der PKE IV durch die ZFB ohne erneute inhaltliche Entscheidung leiden sie zudem in materiellrechtlicher Hinsicht an denselben Fehlern wie die PKE IV (2018) i.S.d. Feststellungen des VG Köln.

d) Folgen für die Zuschlagsbescheide

- (135) Auch bei den Zuschlagsbescheiden handelt es sich um gegenüber den PKE III und IV selbstständige Verwaltungsakte i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG.⁹⁷ Im Verfahren vor dem VG Köln waren die den MNB jeweils erteilten Zuschlagsbescheide nicht streitgegenständlich.⁹⁸ Unmittelbar entfaltet das Urteil daher für sie keine rechtlichen Wirkungen. Im Raum steht jedoch auch hier eine Erledigung der Zuschlagsbescheide infolge der Aufhebung der PKE III und IV (2018) gem. § 43 Abs. 2 VwVfG aufgrund eines Akzessorietätsverhältnisses (vgl. Rn. (121) f.) bzw. – zumindest – ein Rechtmäßigkeitszusammenhang (vgl. Rn. (127) f.).

⁹⁵ BT-Drs. 19/25108 vom 25.01.2021, S. 314 und hierzu Geppert/Schütz/Schütz, 5. Aufl. 2023, TKG § 223 Rn. 53. Vgl. in diesem Sinne auch bereits Müller-Terpitz, K&R 2002, 75, (82).

⁹⁶ Entsprechendes dürfte auch auf Grundlage des zum Zeitpunkt der Durchführung des 5G-Vergabeverfahrens geltenden § 142 Abs. 7 TKG a.F. gelten. Denn diese Norm weicht lediglich insoweit von § 223 Abs. 1 S. 6 TKG ab, als dass eine Zuteilungsgebühr dann erhoben werden kann, wenn diese den Erlös des Versteigerungsverfahrens übersteigt. Auch dieser Norm lag also bereits der Gedanke zugrunde, dass der Versteigerungserlös die Zuteilungsgebühr ersetzt.

⁹⁷ Vgl. Kösling, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz, Berlin 2005, S. 189; Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 94.

⁹⁸ Gegen den der [REDACTED] erteilten Zuschlagsbescheid ist allerdings gegenwärtig noch eine Anfechtungsklage vor dem VG Köln anhängig, VG 1 K 4303/19.

- (136) Die gewichtigeren Gründe sprechen für einen Wirksamkeitszusammenhang in Form eines Akzessorietätsverhältnisses. Die Rechtsprechung hat sich auch mit dieser Frage bislang nicht befasst. Zwischen Zuschlagsbescheiden und ZFB hat das BVerwG eine Akzessorietät jedoch bejaht. Der Zuschlagsbescheid enthalte, neben der Zusicherung der späteren Frequenzerteilung, auch die Feststellung des Zuschlagspreises, welche sich aus einer Zahlungsaufforderung und dem Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Zahlung zusammensetze. Daher teile der ZFB das Schicksal des Zuschlagsbescheids.⁹⁹ In der Literatur wird – soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage befasst – ein Akzessorietätsverhältnis zwischen PKE IV und Zuschlagsbescheid tendenziell bejaht.¹⁰⁰ Der Zuschlagsbescheid finde seine Grundlage ausschließlich in der Anordnung des Versteigerungsverfahrens; durch die Aufhebung dieser Grundverfügung würde ihm gleichsam sein rechtliches Fundament entzogen.
- (137) Im Ergebnis dürfte dem zuzustimmen sein. Die Argumente, die für ein Akzessorietätsverhältnis zwischen PKE IV und ZFB sprechen (s. Rn. (129) ff.), dürften für das Verhältnis PKE IV – Zuschlagsbescheid *erst recht* gelten: Die nicht akzessorischen PKE III und FrZB sind verfahrensrechtlich selbstständig. Das Frequenzvergabeverfahren unterbricht das Frequenzzuteilungsverfahren (s. Rn. (124)). Als Ergebnis der verselbstständigten Verfahren haben PKE und FrZB einen verselbstständigten Regelungsgehalt. Im Gegensatz dazu bildet der Zuschlagsbescheid einen inhärenten Bestandteil gerade und nur des Versteigerungsverfahrens nach § 100 Abs. 5 TKG. Dies folgt bereits daraus, dass § 100 TKG den Erlass des Zuschlagsbescheids als Beendigung der Auktion nicht eigenständig regelt. Vielmehr setzt die Norm – wie aus dem das *Ausschreibungsverfahren* betreffenden § 100 Abs. 6 S. 3 TKG hervorgeht – es als selbstverständlich voraus, dass das Auktionsverfahren mit dem Zuschlagsbescheid endet. Entsprechend verortet das BVerwG die Rechtsgrundlage für ihren Erlass in den Regelungen zur Durchführung des Auktionsverfahrens.¹⁰¹ Nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich bildet der Zuschlagsbescheid damit einen Bestandteil des Auktionsverfahrens. Selbiges folgt aus dem (identischen) Wortlaut der Zuschlagsbescheide der 5G-Auktion vom 12. Juni 2019. Hiernach wird den MNB (erst) durch den jeweiligen VA „als Ergebnis der Versteigerung“ der „Zuschlag für die Zuteilung der nachfolgend aufgeführten Frequenzblöcke [erteilt]“, unter Angabe des zu zahlenden Höchstgebots. Ihre Regelungswirkung erschöpft sich damit in der Beendigung der Auktion und in der Feststellung ihres Ergebnisses – also welcher Bieter für welchen Frequenzblock das Höchstgebot

⁹⁹ BVerwG NVwZ 2012, 168 (Rn. 42).

¹⁰⁰ Müller-Terpitz, K&R 2002, 75 (82). Die Ausführungen beziehen sich zwar auf die Lizenzierung nach § 11 TKG 1996, dürften jedoch – jedenfalls bzgl. der Akzessorietät – auf § 100 TKG übertragbar sein.

¹⁰¹ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 Rn. 49).

abgegeben hat.¹⁰² Die Frequenzauktion ist das Regelungsobjekt der Zuschlagsbescheide.¹⁰³ Sie setzen dem Wortlaut ihres Verfügungstenors nach – und auch denklogisch – die erfolgte Durchführung der Auktion voraus.

- (138) Dieses Zwischenfazit lässt allerdings zwei verschiedene Schlussfolgerungen zu: Vertretbar erscheint die Annahme, dass (lediglich) die *tatsächliche Durchführung* der Auktion das Regelungsobjekt der Zuschlagsbescheide bildet. Der Bestand der PKE III und IV (2018) wäre für die Wirksamkeit der Zuschlagsbescheide unerheblich. An der Tatsache, dass die 5G-Auktion im Frühsommer 2019 tatsächlich stattgefunden hat, ändert die Aufhebung der PKE III und IV (2018) nichts. Vom Wortlaut des Verfügungstenors der Zuschlagsbescheide dürfte dies gedeckt sein. Dieser verweist nicht auf die PKE III und IV (2018), sondern allein auf die Versteigerung selbst.
- (139) Dennoch dürften die besseren Gründe dafür sprechen, (auch) die PKE III und IV (2018) als Regelungsobjekte der Zuschlagsbescheide zu qualifizieren. Ihre Aufhebung hat demnach die Erledigung der Zuschlagsbescheide zur Folge: In der *tatsächlichen* Durchführung der Auktion realisierte sich der *rechtliche* Regelungsgehalt der PKE III und IV. Ihr Ablauf wurde durch die Verfahrensregelungen der PKE IV (§ 100 Abs. 5 TKG) bestimmt. Die Vergabebedingungen der PKE III (§ 100 Abs. 4 TKG), insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen, bestimmten maßgeblich den Preis, den die MNB für die Frequenzblöcke zu bieten bereit waren. Sie waren damit wesentlich für die Allokationsfunktion des Auktionsverfahrens.¹⁰⁴ Die tatsächliche Durchführung der Auktion in ihrer konkreten Gestalt – insbesondere hinsichtlich des von den MNB aufgerufenen Höchstgebots, wie es in den Zuschlagsbescheiden festgehalten ist – ist daher von den in der PKE III und IV (2018) enthaltenen rechtlichen Grundlagen nicht trennbar.
- (140) Die rechtliche Verknüpfung der Zuschlagsbescheide (zumindest) mit der PKE IV (2018) folgt auch aus letzterer selbst: Ihre Ziff. IV.3.17. sowie IV.4.1. regeln, unter welchen Voraussetzungen ein MNB den Zuschlag für einen Frequenzblock erhält, sowie die Modalitäten der Aushändigung der Zuschlagsbescheide. Mangels entsprechender Regelungen in § 100

¹⁰² Kösling, *Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz*, Berlin 2005, S. 189 f. Vgl. auch Säcker/Körber/Offenbacher, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 49.

¹⁰³ Vgl. allgemein zur Erledigung i.S.d. § 43 Abs. 2 VwVfG bei Wegfall des Regelungsobjekts Schoch/Schneider/Goldhammer, 5. EL Juli 2024, VwVfG § 43 Rn. 111 ff. Die Erledigung akzessorischer Verwaltungsakte bildet eine Untergruppe dieser Fallgruppe der Erledigung bilden, s. ebd. Rn. 117 sowie BVerwG NVwZ 2012, 1547 (Rn. 20).

¹⁰⁴ Vgl. auch BVerwG NVwZ 2012, 168 (Rn. 45).

TKG sind diese Maßgaben entscheidend für den Erlass der Zuschlagsbescheide. Die PKE IV (2018) entfaltet insoweit rechtsgestaltende Wirkung für die Zuschlagsbescheide. Der Regelungsgehalt der Ziff. IV.3.17., IV.4.1. PKE IV (2018) unterscheidet sich dabei auch von den Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) bzw. den Zahlungsmodalitäten der PKE IV (2018): Letztere werden im Sinne eines „Copy & Paste“ in die FrZB bzw. die ZFB übernommen – was gerade für einen eigenständigen Regelungsgehalt letzterer und damit gegen eine Akzessorietät spricht (s. Rn. (125), (128), (131)). Die Zuschlagsbescheide hingegen realisieren erst den Regelungsgehalt der Ziff. IV.3.17., IV.4.1. PKE IV (2018). Entfällt die PKE IV (2018), fehlt es ihnen daher an einem Regelungsobjekt.

- (141) Für die Akzessorietät der Zuschlagsbescheide gegenüber den PKE III und IV (2018) spricht schließlich auch, dass – erstens – gewichtige Gründe für die Annahme eines Akzessorietätsverhältnisses zwischen PKE IV (2018) und ZFB sprechen (s. Rn. (129) ff.), und – zweitens – das BVerwG eine Akzessorietät zwischen Zuschlagsbescheiden und ZFB bejaht hat.¹⁰⁵ Vor diesem Hintergrund erschiene es widersprüchlich, die Akzessorietät von (zumindest) der PKE IV (2018) und den Zuschlagsbescheiden zu verneinen: Die Zuschlagsbescheide bilden gleichsam das Bindeglied zwischen PKE IV und ZFB. Sie treten zwischen diese beiden VA.

e) Folgen für die Frequenzzuordnungsbescheide

- (142) Auch die Frequenzzuordnungsbescheide sind nicht vom Streitgegenstand des Urteils des VG Köln erfasst. Das Urteil ist für ihren Bestand daher zunächst einmal unerheblich. Was die Folgen der Aufhebung der PKE III und IV (2018) für das rechtliche Schicksal der Zuordnungsbescheide angeht, dürfte jedoch Äquivalentes gelten wie für die Zuschlagsbescheide: Die überwiegenden Gründe sprechen für die Annahme eines Wirksamkeitszusammenhangs in Gestalt eines Akzessorietätsverhältnisses. Mittelbar dürfte die Aufhebung der PKE III und IV (2018) daher zur Unwirksamkeit der Zuordnungsbescheide führen.
- (143) Für diese Akzessorietät spricht, dass auch die Zuordnungsbescheide inhärenter Bestandteil des Verfahrens der Frequenzauktion sind. Ebenso wenig wie für die Zuschlagsbescheide (s. Rn. (137)) enthält § 100 TKG für sie irgendwie geartete verfahrens- oder materiellrechtliche Vorgaben. Zudem erschließt sich ihr Sinn und Zweck erst bei Rückgriff auf Ziff. IV.1.4 und IV.4.2 PKE IV (2018): Hier bestimmte die Präsidentenkammer, dass Auktionsobjekte der 5G-Versteigerung abstrakte Frequenzblöcke losgelöst von ihrer Lage auf dem betroffenen Spektrum sind. Erst nach Abschluss der Auktion werden die von den MNB ersteigerten

¹⁰⁵ BVerwG NVwZ 2009, 168 (Rn. 42).

Frequenzblöcke einer konkreten Lage im Frequenzbereich 2 bzw. 3,6 GHz zugeordnet. Ebendies geschah durch die Zuordnungsbescheide vom 2. August 2019, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Ziff. IV.4.2 PKE IV (2018). Die PKE IV (2018) entfaltet damit rechtsgestaltende Wirkung für die Zuordnungsbescheide. Letztere realisieren den Regelungsgehalt der PKE IV (2018). Noch weniger als im Falle der Zuschlagsbescheide erscheint daher die Annahme vertretbar, allein die *tatsächliche* Auktion sei Regelungsobjekt der Zuordnungsbescheide (vgl. Rn. (138)). Hinsichtlich der Zuschlagsbescheide erscheint zumindest denkbar, dass der Zuschlag als Beendigung einer Auktion „kraft Natur der Sache“ von § 100 Abs. 5 TKG selbst implizit vorausgesetzt wird und damit rechtlich unabhängig von der Ausgestaltung der Zuschlagsbescheide in der PKE IV (2018) ist. Die Notwendigkeit und der Regelungsgehalt der Zuordnungsbescheide ergeben sich hingegen erst aus der konkreten Ausgestaltung des Auktionsverfahrens in Ziff. IV.1.4, IV.4.2 PKE IV (2018).

II. Umsetzung der unmittelbaren Urteilswirkungen durch die BNetzA

- (144) Aus den unmittelbaren Urteilsfolgen der Entscheidung des VG Köln – der Verpflichtung zur Neubescheidung des Antrags der Klägerin und zur Aufhebung der PKE III und IV (2018) – folgt als zentrale Pflicht der BNetzA die Verpflichtung zum Neuerlass der PKE III und IV. Nachfolgend wird dargelegt, auf welche Art und Weise die BNetzA dieser Verpflichtung nachzukommen haben wird. Zunächst werden die verfahrens- und materiellrechtlichen Maßgaben für den Neuerlass der PKE III und IV dargelegt (1.). Sodann wird die Frage aufgeworfen, ob – entsprechend den Überlegungen der BNetzA zu Szenario 1 – trotz der zeitlich beschränkten Urteilswirkung (Rn. (96) ff.) auch ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV in Betracht kommt (2.). Schließlich wird untersucht, ob die BNetzA eine Verpflichtung zur Wiederholung der Frequenzauktion trifft (3.).

1. Maßgaben für die neu zu erlassenden PKE III und IV

- (145) Aufgrund des Urteils des VG Köln hat die BNetzA eine neue PKE III und IV in Bezug auf das 5G-Frequenzvergabeverfahren zu erlassen. Im Folgenden werden die formellen (a)) sowie die materiellrechtlichen (b)) Maßgaben für diesen Neuerlass dargestellt.

a) Formelle Vorgaben

- (146) In formeller Hinsicht gelten für den Neuerlass der PKE III und IV die allgemeinen Maßgaben des § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG.¹⁰⁶ Die neuen PKE III und IV treten an die Stelle der bisherigen PKE III und IV (2018). Für ihren Erlass können daher keine anderen Anforderungen gelten als für den Erlass der ursprünglichen PKE. Unabhängig von der Frage, inwieweit das Urteil des VG Köln der BNetzA Gestaltungsspielräume für den Inhalt der neuen PKE III und IV lässt (s. Rn. (151) ff.), müssen die PKE III und IV vollumfänglich und damit auch in formeller Hinsicht rechtmäßig sein. Zuständig für den Neuerlass ist damit die Präsidentenkammer,¹⁰⁷ wobei der Beirat der BNetzA (§ 5 BEGTPG) zu beteiligen ist.¹⁰⁸ Die neuen PKE III und IV sind im Amtsblatt der BNetzA (§ 192 TKG) zu veröffentlichen.¹⁰⁹
- (147) Insbesondere dürfte auch eine Pflicht zur (erneuten) Anhörung der betroffenen Kreise bestehen.¹¹⁰ Zwar bedarf es keiner neuen Anhörung, wenn sich im Verlauf des auf den Erlass der PKE III und IV gerichteten Verfahrens Änderungen ergeben, für die eine bereits durchgeführte Anhörung ihre Anstoßfunktion erfüllt hat, der auf Wahrung der Rechte der Betroffenen gerichtete Anhörungszweck also erreicht worden ist.¹¹¹ Diese Voraussetzungen dürften aber bei einem Neuerlass der PKE III und IV nicht gegeben sein: Zum einen steht nicht lediglich die Änderung des Inhalts der PKE III und IV (2018) im Raum, sondern ihr gänzlicher Neuerlass. Aufgrund des Entscheidungsausspruchs des VG Köln hat die BNetzA die PKE III und IV (2018) aufzuheben, wodurch sie ihre Rechtswirkung verlieren (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Die neu zu erlassenden PKE III und IV treten an ihre Stelle. Die Situation ist damit eine gänzlich andere als bei inhaltlichen Änderungen der (angedachten) PKE im Zuge eines laufenden Entscheidungsprozesses. Zum anderen ist es fernliegend, dass das 2018 durchgeführte Beteiligungsverfahren seine Anstoßfunktion i.S.d. dargelegten Rechtsprechung noch erfüllen kann. Nicht nur hat die BNetzA bei der Entscheidung, welchen Inhalt die neuen PKE III und IV haben werden, die Rechtsauffassung des VG Köln zu beachten (s. Rn. (168) ff.). Im 2018er-Verfahren bestand kein Anlass für die interessierten Kreise, sich zu den damit einhergehenden Fragen zu äußern. Darüber hinaus hat die BNetzA die neuen PKE III und IV auf Grundlage nicht nur des reformierten TKG, sondern auch der gegenwärtigen

¹⁰⁶ Zur Pflicht der BNetzA, die neuen PKE III und IV auf § 100 TKG n.F. und nicht, wie die PKE III und IV (2018), auf § 61 TKG a.F. zu stützen, s. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 660, juris.

¹⁰⁷ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 28, 74.

¹⁰⁸ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 75.

¹⁰⁹ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 76.

¹¹⁰ Hierzu Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 74.

¹¹¹ BVerwG, Beschluss vom 6. November 2020 – 6 B 31/20 –, Rn. 37, juris.

Tatsachengrundlage zu erlassen.¹¹² Zu ebendieser konnten sich die interessierten Kreise ipso facto noch nicht äußern.

(148) In besonderer Weise wird die BNetzA bei der Ausgestaltung des Verfahrens schließlich auf die Wahrung ihrer unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972) sowie auf die Unvoreingenommenheit der Mitglieder der Präsidentenkammer (§ 21 VwVfG) zu achten haben. Die Entscheidung des VG Köln, der Klage der [REDACTED] teilweise stattzugeben, beruht maßgeblich auf der Annahme, die BNetzA habe bei Erlass der PKE III und IV (2018) gegen beide verfahrensrechtlichen Bestimmungen verstoßen.¹¹³ Aufgrund der Bindungswirkung der Rechtsauffassung des VG Köln (s. Rn. (92)) bilden die entsprechenden Urteilspassagen die Leitlinien für die Gestaltung des neuen Verfahrens.¹¹⁴

(149) Zur Vermeidung einer Verletzung des § 21 VwVfG wird die Kommunikation zwischen der Präsidentenkammer und den Bundesministerien einzuschränken sein.¹¹⁵ Sollte ein Ministerium politischen Druck auf die Präsidentenkammer ausüben, ist dieser zu dokumentieren und den beteiligten Kreisen bekanntzugeben.¹¹⁶ Ggf. wird die Präsidentenkammer diesem Druck aktiv entgegenzuwirken haben.¹¹⁷ Die Ministerien sind in entsprechender Weise wie die übrigen Verfahrensbeteiligten zu behandeln.¹¹⁸ Keinesfalls darf die Präsidentenkammer dem politischen Druck nachgeben¹¹⁹ oder auf politische Absichtserklärungen (insbesondere im *neuen* Koalitionsvertrag) Bezug nehmen.¹²⁰ Es darf für die beteiligten Kreise nicht der böse Schein eines „politischen und damit für die Frequenzversteigerung sachwidrigen "Nebenverfahrens" entstehen“. ¹²¹

(150) Zur Vermeidung einer Verletzung ihrer unionsrechtlich gebotenen Unabhängigkeit wird die BNetzA etwaige ministerielle Einflussversuche aktiv zu unterbinden haben.¹²² Die

¹¹² VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 660, juris.

¹¹³ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 344 ff. (zu § 21 VwVfG), Rn. 547 ff. (zur unionsrechtlichen Unabhängigkeit), juris.

¹¹⁴ Dass das Bundesverwaltungsgericht sich nicht zur Frage einer Verletzung der unionsrechtlichen Vorschriften zur Unabhängigkeit der BNetzA äußerte (vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 2025 – 6 B 5.25 –, Rn. 15, 43, juris), dürfte für die Bindung der BNetzA an die tragenden Gründe der rechtskräftigen Entscheidung des VG unerheblich sein.

¹¹⁵ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 381, 382 ff., juris.

¹¹⁶ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 381, 412 ff., juris.

¹¹⁷ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 507, juris.

¹¹⁸ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 381, 421 ff., juris.

¹¹⁹ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 381, 429 ff., 518 ff. juris.

¹²⁰ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 481 ff., juris.

¹²¹ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 502 ff., juris.

¹²² Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 560, 566, 578 juris.

Einflussnahmeversuche sollten transparent gemacht und der Umgang mit ihnen dokumentiert werden.¹²³ Die Beteiligung von Ministerien am Frequenzvergabeverfahren ist zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, muss jedoch in einem förmlichen und institutionalisierten Rahmen erfolgen. Sie darf in der Regel nicht über die Beteiligungsmöglichkeiten der weiteren beteiligten Akteure hinausgehen.¹²⁴ Im Übrigen dürften vergleichbare Anforderungen gelten wie für § 21 VwVfG.¹²⁵

b) Materiellrechtliche Vorgaben

- (151) Obwohl der Urteilstenor die BNetzA lediglich zur Neubescheidung der auf die Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung gerichteten Anträge der [REDACTED] verpflichtet, trifft die BNetzA eine Pflicht zu einem umfassenden Neuerlass der PKE III und IV (s. Rn. (92) ff.). Die inhaltliche Ausgestaltung der neuen PKE muss dabei auf einem ergebnisoffenen Entscheidungsvorgang beruhen (aa)). Es sprechen erhebliche Gründe dafür, dass innerhalb gewisser Grenzen eine Übernahme der Frequenznutzungsbestimmungen aus der PKE III (2018) in die neue PKE III möglich sein dürfte (bb)). Auf die Übernahme der in den öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen MNB und BMVI/BMF festgelegten und von der PKE IV (2018) abweichenden Zahlungsmodalitäten sollte verzichtet werden (cc)).

aa) Ergebnisoffenheit: Keine pauschale Übernahme des Inhalts der PKE III und IV (2018) in die neuen PKE III und IV

- (152) Die BNetzA ist nicht grundsätzlich daran gehindert, die neuen PKE III und IV mit demselben Inhalt wie die PKE III und IV (2018) zu erlassen. Aus ihrer Bindung an die Rechtsauffassung des VG Köln (s. Rn. (92)) folgt zwar, dass die BNetzA den Erlass der neuen PKE III und IV mit dem von der Klägerin begehrten Inhalt nicht aus den vom VG missbilligten Gründen ablehnen darf.¹²⁶ E contrario heißt dies jedoch zugleich, dass eine Ablehnung aus anderen Gründen möglich bleibt.¹²⁷ Es besteht daher keine Pflicht, die von der [REDACTED] begehrte Diensteanbieterverpflichtung in die neue PKE III aufzunehmen oder – allgemeiner – im Übrigen vom Inhalt der PKE III und IV (2018) abzuweichen.

¹²³ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 556, 567, juris.

¹²⁴ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 573 ff., juris.

¹²⁵ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 567, 578, juris.

¹²⁶ Vgl. BVerwGE 29, 1 (2). Ausdrücklich Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, 46. EL August 2024, VwGO § 121 Rn. 85; BeckOK VwGO/Lindner, 72. Ed. 1.10.2023, VwGO § 121 Rn. 42.

¹²⁷ Vgl. Eyermann/Schübel-Pfister, VwGO, 16. Aufl., § 113 VwGO Rn. 53.

- (153) Eine *pauschale* Übernahme des Inhalts der PKE III und IV (2018) in die neuen PKE III und IV, verbunden beispielsweise mit dem Verweis, dieser Inhalt sei aus regelungsbehördlicher Sicht nach wie vor zweckmäßig, ist allerdings aus mehreren Gründen ausgeschlossen:
- (154) Zwar kommt der BNetzA bei der Festlegung des Inhalts der PKE III und IV ein weiterer regelungsbehördlicher Gestaltungsspielraum zu.¹²⁸ Ihre Verpflichtung zur Neubescheidung dürfte sie jedoch nur dann erfüllen, wenn der Inhalt der neuen PKE III und IV auf einem *ergebnisoffen* geführten Entscheidungsverfahren beruht. Zu Nachweiszwecken bietet es sich an, insbesondere die Ergebnisoffenheit des Verfahrens sowie das zu diesem Zweck herangezogene Tatsachenmaterial zu dokumentieren. Eine „faktische Vorfestlegung“ auf die Beibehaltung bzw. Übernahme des wesentlichen Inhalts der PKE III und IV (2018) widerspräche dem Urteilstenor, eine neue Entscheidung in der Sache vorzunehmen. Mit dem aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Anspruch der Klägerin auf eine effektive Urteilsbefolgung¹²⁹ seitens der Beklagten dürfte dies schwerlich vereinbar sein. Zudem dürfte eine solche „faktische Vorfestlegung“ den Abwägungsspielraum verkürzen und damit ein *neues*, eigenständiges Abwägungsdefizit – also einen materiellen Abwägungsfehler – bilden.¹³⁰ Weil sich die Vorfestlegung nunmehr nicht auf ministerielle Vorgaben, sondern auf die Aufrechterhaltung des Inhalts der PKE III und IV (2018) beziehen würde, ginge dieser neue Abwägungsfehler über den durch das VG Köln monierten¹³¹ Fehler hinaus. Schon die textliche Bezugnahme auf die PKE III und IV (2018) dürfte zumindest das Risiko eines solchen den neuen PKE III und IV anhaftenden neuen Abwägungsfehlers aufwerfen. Denn u.a. eine solche textliche Bezugnahme auf politische Vorgaben – den Koalitionsvertrag – zog das VG Köln zur Begründung eines Abwägungsfehlers der PKE III und IV (2018) heran.¹³²
- (155) Unabhängig von der Gefahr eines solchen *neuen* Abwägungsfehlers würde eine pauschale Übernahme des Inhalts der PKE III und IV (2018) die Gefahr begründen, den vom VG Köln monierten Abwägungsfehler zu perpetuieren. Damit wären auch die neuen PKE III und IV

¹²⁸ BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 40/10 –, Rn. 15, juris; BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 49, juris (jeweils zu den Vergabebedingungen); BVerwG, Urteil vom 23. März 2011 – 6 C 6/10 –, Rn. 37, juris (zu den Auktionsregeln); Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 52, 58. Vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 22. April 2014 – 1 BvR 2160/11 –, Rn. 21, juris.

¹²⁹ Vgl. BT-Drs. III/55 v. 5.12.1957 zu (nunmehr) § 167 VwGO: „Die Möglichkeit, dass ein verwaltungsgerichtliches Urteil, sei es wegen passiven Verhaltens der Behörde oder wegen einer an sich lückenhaften Ausgestaltung der Vollstreckung, nicht vollzogen wird, widerspricht der Forderung des Art. 19 Abs. 4 GG nach umfassendem Rechtsschutz“ und hierzu Klinger, NVwZ 2019, 1332 (1333).

¹³⁰ Vgl. zu dieser Kategorie des Abwägungsfehlers BVerwG, Urteil vom 3. März 2011 – 9 A 8/10 –, Rn. 24, juris; BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8/17 –, Rn. 74, juris; BVerwG, Urteil vom 8. Januar 2025 – 11 A 24/23 –, Rn. 43, juris.

¹³¹ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 579 ff., juris.

¹³² VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 619 ff., 637 ff., juris.

rechtswidrig. Das VG Köln stellte fest, die Versorgungsaufgaben – Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG und damit Teil der PKE III (2018) – sowie die Zahlungsmodalitäten gem. Ziff. IV.4.1 PKE IV (2018) beruhten auf einem Abwägungsdefizit. Die Entscheidungen der BNetzA seien durch ministerielle Vorgaben faktisch vorgeprägt gewesen.¹³³ Sofern es aus regulierungsbehördlicher Sicht nicht zweckmäßig erscheint, die Versorgungsaufgaben und/oder die Zahlungsmodalitäten gegenüber denjenigen der PKE III und IV (2018) abzuändern, bietet sich zum Zwecke der Risikominimierung Folgendes an: In der Begründung der neuen PKE III und IV sollte ausdrücklich klargestellt werden, warum die den ministeriellen Vorgaben „faktisch“ entsprechenden Inhalte auch *unabhängig* von den regierungsseitig geäußerten Wünschen aufrechtzuerhalten waren.

- (156) Der pauschalen Übernahme des Inhalts der PKE III und IV (2018) in die neuen PKE steht schließlich entgegen, dass die BNetzA ihre neue Entscheidung auf die gegenwärtige Rechts- und Tatsachengrundlage zu stützen hat.¹³⁴ Insbesondere hat sie die aktuellen wettbewerblichen, technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes zu beurteilen und in ihre Entscheidung einzubeziehen (§ 100 Abs. 3 S. 3 TKG).¹³⁵ Dies schließt zwar nicht aus, dass die neuen PKE III und IV im Ergebnis äquivalente oder jedenfalls vergleichbare Regelungen enthalten wie die PKE III und IV (2018). Jedenfalls aber müsste im Einzelnen dargelegt werden, warum eine solche Ergebnisäquivalenz auch auf der neuen Rechts- und Tatsachengrundlage gerechtfertigt ist. Zudem ist in jedem Fall die Begründung der PKE III und IV anzupassen, auch hinsichtlich des Vortrags der interessierten Kreise im erneut durchzuführenden Beteiligungsverfahren (s. Rn. (147)).

bb) Aufnahme von denjenigen der PKE III (2018) entsprechenden Frequenznutzungsbestimmungen in die neue PKE III

- (157) Die besseren Gründe sprechen dafür, dass die Aufnahme von denjenigen der PKE III (2018) entsprechenden Frequenznutzungsbestimmungen (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG) in die neue PKE III – und damit auch in die FrZB (s. noch Rn. (397) ff., insb. Rn. (402) ff.) – grundsätzlich zulässig ist. Dies gilt allerdings nur, sofern die dargelegten verfahrensrechtlichen Maßgaben (s. Rn. (146) ff.) beachtet werden und keine pauschale Übernahme erfolgt (s. Rn. (152) ff.). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Ansicht nicht zwingend ist. Ein entsprechendes Vorgehen der BNetzA wäre daher nicht gänzlich risikofrei.

¹³³ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 586 ff., 635 ff., juris.

¹³⁴ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666, juris.

¹³⁵ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666, juris.

(1) Bedeutung der Frequenznutzungsbestimmungen für die Notwendigkeit der Auktionswiederholung

- (158) Die Frage, ob die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) in die neue PKE III übernommen werden können, dürfte einer der maßgebenden Gesichtspunkte für die Beantwortung der Frage sein, ob in tatsächlicher Hinsicht die Auktion zu wiederholen ist (s. hierzu Rn. (222) ff., insb. Rn. (271) ff.). Sie ist damit von Bedeutung für die Frage, ob die BNetzA gemäß dem Szenario 1 vorgehen kann oder auf Szenario 2 verwiesen ist.
- (159) Die Frequenznutzungsbestimmungen sind zentral für die Funktionsweise der Frequenzauktion: Sie legen die Pflichten fest, die mit der auf Grundlage von FrZB erfolgenden Frequenznutzung einhergehen (§§ 100 Abs. 7 S. 2, 91 Abs. 1 S. 1 TKG; s. auch Rn. (248) ff., (303) ff., (398) ff., (402) ff.). Die wirtschaftlichen Belastungen der Frequenznutzungsbestimmungen reduzieren den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung. Im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens werden sie daher regelmäßig von den MNB eingepreist und beeinflussen so die Höhe der abgegebenen Gebote.¹³⁶ Dass der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen vor der tatsächlichen Durchführung der Versteigerung feststeht, ist daher wesentlich für die Funktion der Versteigerung: die Ermittlung der der Frequenznutzung wirtschaftlich äquivalenten Gegenleistung (s. Rn. (201)). Aus demselben Grund sind die Frequenznutzungsbestimmungen nicht teilbar.¹³⁷
- (160) Würden in der neuen PKE III Frequenznutzungsbestimmungen festgesetzt, die von denjenigen der PKE III (2018) abweichen, wäre eine Aufrechterhaltung der Frequenzzuteilungs-, Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheide mit ihrem jetzigen Inhalt nicht möglich:
- (161) Die FrZB rezipieren die Frequenznutzungsbestimmungen im Sinne eines „Copy & Paste“ (§ 100 Abs. 7 S. 2 TKG; s. Rn. (209), (250)). Sie werden durch die PKE III also (nur) rechtlich – nicht tatsächlich – determiniert. Die FrZB dürften daher grundsätzlich durch eine „schlichte“ Änderung ihres Inhalts an geänderte Frequenznutzungsbestimmungen angepasst werden können (s. Rn. (297) ff., (413) ff.).
- (162) Zwischen den Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheiden einerseits und den Frequenznutzungsbestimmungen andererseits besteht hingegen nicht nur ein rechtlicher,

¹³⁶ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 Rn. 45); BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177 Rn. 13).

¹³⁷ BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177 Rn. 13).

sondern – und insbesondere – ein tatsächlicher Zusammenhang in Gestalt der Funktionsweise der Frequenzauktion:

- (163) Regelungsgegenstand der Zuschlagsbescheide ist die Feststellung des Zuschlagspreises und die Zusicherung der künftigen Zuteilung (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG) der i.R.d. Auktion ersteigerten Frequenzen.¹³⁸ Die Frequenzzuordnungsbescheide ordnen den MNB die abstrakt ersteigten Frequenzblöcke konkret zu (s. Rn. (2), (143)). Die ZFB setzen die Pflicht zur Zahlung des Auktionspreises für die im Einzelnen ersteigten Frequenzblöcke gemäß den Zahlungsmodalitäten der PKE IV fest und enthalten eine entsprechende Zahlungsaufforderung. Alle drei Arten von Verwaltungsakten knüpfen damit nicht nur *rechtlich* an die PKE IV an, sondern zugleich an die *tatsächliche* Durchführung der Auktion: Die Regelungswirkung von Zuschlags- und Zuordnungsbescheiden ergibt sich überhaupt erst aus der tatsächlichen Auktionsdurchführung. Ohne Auktion erübrigt sich jeder „Zuschlag“ und es fehlt an einem Auktionspreis sowie an ersteigten Frequenzblöcken (s. Rn. (137) ff., (317) ff.). Die ZFB knüpfen in ihrer Regelungswirkung – der Zahlungsverpflichtung – zwar nicht unmittelbar an die Auktion an. Ihr Inhalt jedoch – die Höhe des Auktionspreises sowie die ersteigten Frequenzblöcke – ist abhängig vom tatsächlichen Verlauf der Auktion. Die ZFB knüpfen insoweit an die Zuschlagsbescheide an.¹³⁹
- (164) Der Inhalt der Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheide hängt damit – mittelbar – maßgeblich von den Frequenznutzungsbestimmungen ab: Der Auktionspreis und der Umfang der ersteigten Frequenzblöcke beruhen auf dem Bietverhalten der MNB während der Auktion. Wie dargelegt (Rn. (159)), wird das Bietverhalten durch den Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen beeinflusst. Hätten der 2019 tatsächlich durchgeführten Auktion Frequenznutzungsbestimmungen zugrunde gelegen, die von denjenigen der PKE III (2018) abweichen, spricht die Funktionsweise der Frequenzauktion für ein abweichendes Bietverhalten der MNB. Es liegt daher zumindest nahe, dass der tatsächliche Verlauf der Auktion und damit auch ihr Ergebnis – der erzielte Auktionspreis und die ersteigten Frequenzblöcke – anders ausgefallen wären. In diesem Fall hätten auch Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheide einen anderen Inhalt.
- (165) Vor diesem Hintergrund dürften die Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheide bei einer Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen gleichfalls zu ändern sein

¹³⁸ BVerwG NVwZ 2012, 168 (173 Rn. 42). Vgl. auch Kösling, *Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz*, Berlin 2005, S. 189.

¹³⁹ Vgl. entsprechend zur Akzessorietät der ZFB gegenüber den Zuschlagsbescheiden BVerwG NVwZ 2012, 168 (173 Rn. 42).

(s. umfassend Rn. (434) ff., insb. (440) ff., sowie Rn. (483) ff.). Die Aufrechterhaltung mit ihrem bisherigen Inhalt bedeutete, dass die Frequenznutzungsbestimmungen einen wesentlichen Teil ihrer Funktion für das Versteigerungsverfahren nicht entfalten könnten. Der Auktionspreis wäre von den mit der Frequenznutzung verbundenen Pflichten und damit dem wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung entkoppelt. Die Allokations- und Preisbildungsfunktion der Frequenzauktion würde leerlaufen. Ob die PKE III mit Wirkung ex nunc oder ex tunc neu erlassen wird, ist insoweit unerheblich (s. hierzu Rn. (99) ff., (193) ff.): Auch bei einer nur ex nunc wirkenden Änderung würden geänderte Frequenznutzungsbestimmungen den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung beeinflussen. Durch die – rechtlich gebotene (s. unten Rn. (402) ff.) – Anpassung der FrZB an geänderte Frequenznutzungsbestimmungen würde der wirtschaftliche Wert der Frequenznutzung *mindestens* ab diesem Zeitpunkt bis zum Ende der (regulären) Zuteilungsperiode am 31. Dezember 2040 beeinflusst. Auch eine solchermaßen beschränkte Änderung des wirtschaftlichen Wertes konnte im Versteigerungsverfahren 2019 keine Berücksichtigung finden.

(166) Ob eine vor diesem Hintergrund notwendige Anpassung der Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheide ohne die tatsächliche Durchführung einer neuen Versteigerung erfolgen kann, ist fraglich (s. umfassend Rn. (271) ff.): Der Preisbildungsmechanismus der Auktion baut zwar auf den Frequenznutzungsbestimmungen und damit einem Rechtsakt auf. Seine Wirkung entfaltet der Preisbildungsmechanismus jedoch erst durch die tatsächliche Durchführung der Auktion. Findet kein Versteigerungsverfahren statt, fällt der zentrale Mechanismus zur Feststellung des Marktwertes der Frequenznutzung weg. Was die MNB unter Zugrundelegung der neuen, abweichenden Frequenznutzungsbestimmungen geboten *hätten*, bliebe Spekulation. Fehlt es damit aber an einem Auktionspreis – und, korrespondierend, ersteigerten Frequenzblöcken –, bleibt der Inhalt der anzupassenden Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheide offen. Mangels bestimmbarer Inhalts (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG) steht ihrem Neuerlass ein faktisches Hindernis entgegen.

(167) Diese rechtliche und tatsächliche Funktion der Frequenznutzungsbestimmungen wird zentral sein für die Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit einer Auktionswiederholung: Maßgeblich wird sein, ob *jede* Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung impliziert, oder ob – und ggf. unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen – es möglich ist, (insbesondere) bei nur geringfügigen Änderungen die FrZB, ZFB, Zuschlags- und Zuordnungsbescheide auch isoliert ohne erneute Auktion anzupassen (s. Rn. (271) ff., (397) ff., (432) ff., (483) ff.).

(2) Grundsätzliche Vereinbarkeit entsprechender Frequenznutzungsbestimmungen mit dem Urteil des VG

- (168) Das Urteil des VG Köln steht der Übernahme der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) in die neue PKE III nicht grundsätzlich entgegen.
- (169) Weder das VG Köln noch das BVerwG¹⁴⁰ äußern Bedenken gegen den *Inhalt* der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018). So bejahte das BVerwG ausdrücklich die hinreichende Bestimmtheit der Diensteanbieterregelung i.S.d. § 37 Abs. 1 VwVfG.¹⁴¹ Beanstandet wurden die PKE III und IV (2018) allein aufgrund von Verfahrensfehlern.¹⁴² Dies gilt auch hinsichtlich des Abwägungsfehlers: Obwohl vom VG als „materielle[r] Fehler im Abwägungsvorgang“ bezeichnet,¹⁴³ handelt es sich bei dem auf einer faktischen Vorfestlegung der BNetzA beruhenden – unterstellten – Abwägungsdefizit um einen Verfahrensfehler. Beanstandet wurde lediglich, dass die ministeriellen Vorgaben den Ausgestaltungsspielraum der Präsidentenkammer verkürzt hätten.¹⁴⁴ Das BVerwG stellte explizit fest, dass das „Ergebnis der Abwägung [...] rechtlich nicht zu beanstanden“ sei.¹⁴⁵ Weil sich weder VG noch BVerwG zur materiellen Rechtmäßigkeit der Frequenznutzungsbestimmungen äußerten, steht die Bindung der BNetzA an die Rechtsauffassung des Gerichts gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO (s. Rn. (92)) deren Übernahme in die neue PKE III nicht entgegen.
- (170) Denkbar ist allerdings, dass die Übernahme des Inhalts der PKE III (2018) in die neue PKE III eine „Indizwirkung“ dahingehend entfaltet, dass die BNetzA keine echte Neubescheidung vorgenommen, sondern in rechtlich unzulässiger Weise (s. Rn. (152) ff.) pauschal die Inhalte der PKE III und IV (2018) übernommen hat. Es liegt nahe, dass die Klägerin (und möglicherweise weitere Diensteanbieter) diesen Einwand vorbringen werden. Gegen eine solche Indizwirkung ist einzuwenden, dass dann die Beschränkung der Verpflichtung der Behörde auf eine bloße Neubescheidung vielfach leerlaufen würde. Sie würde damit das Wesen der Neubescheidungsverpflichtung verkennen. Nach § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO ist die verurteilte Behörde gerade *nicht* zum Erlass des begehrten VA verpflichtet. Zur Minimierung des

¹⁴⁰ Im den Revisionszulassungsantrag zurückweisenden Beschluss verzichtet das BVerwG mangels Entscheidungserheblichkeit auf jedwede Ausführungen zu dieser Frage, vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 2025 – 6 B 5.25 –, Rn. 15, 43, 63, juris).

¹⁴¹ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 57 ff., juris.

¹⁴² VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 342, juris. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 72 ff., juris.

¹⁴³ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 546, 579, juris.

¹⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 105 ff., juris; VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 586, juris.

¹⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 96, 100, 105, juris.

Risikos in einem möglichen weiteren Prozess¹⁴⁶ sollte der Entscheidungsprozess der BNetzA jedoch unter besonderer Berücksichtigung seiner Ergebnisoffenheit dokumentiert werden.

(3) Abwägungserhebliche Belange bei der Entscheidung über entsprechende Frequenznutzungsbestimmungen

- (171) Mit der Entscheidung, in die neue PKE III Frequenznutzungsbestimmungen aufzunehmen, die denjenigen der PKE III (2018) entsprechen, dürfte sich die BNetzA grundsätzlich innerhalb des ihr durch § 100 Abs. 4 TKG eingeräumten Ausgestaltungsspielraums (s. Rn. (154)) bewegen. Bei der Ausübung ihres Entscheidungsspielraums hat die BNetzA sich an den Zielen der Frequenzregulierung (§§ 2, 87 TKG) sowie unions- und verfassungsrechtlichen Maßgaben zu orientieren und die gegenläufigen öffentlichen und privaten Belange gegeneinander abzuwägen.¹⁴⁷ Zu den die Frequenzordnung (§§ 87 ff. TKG) leitenden Regulierungszielen dürfte auch die Sicherung der Stabilität dieser Frequenzordnung gehören. Die Gewährleistung von Rechts- und Planungssicherheit und eines dem Regulierungsziel der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte dienenden Ergebnisses sind nach diesen Maßstäben zulässigerweise in die Abwägungsentscheidung einzustellende Belange.
- (172) Zu den obligatorischen Zielen jedes Vergabeverfahrens gehören die Förderung des Wettbewerbs und die Verbesserung der Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (§ 100 Abs. 1 S. 3 TKG).¹⁴⁸ Zudem sind sowohl bei der Auswahlentscheidung zwischen dem Versteigerungs- und dem Ausschreibungsverfahren (§ 100 Abs. 2 TKG) als auch bei der Festlegung der Frequenznutzungsbestimmungen (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG) die allgemeinen Regulierungsziele aus §§ 2, 87 TKG einzubeziehen, § 100 Abs. 2 TKG.¹⁴⁹ Hierzu zählen etwa der Netzzugang (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 TKG), die Sicherung des Wettbewerbs im Bereich Telekommunikation (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG), die effektive Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) und -versorgung (§ 87 Abs. 2 Nr. 1 TKG) sowie der Interessensausgleich zwischen

¹⁴⁶ Sollte die Klägerin der Ansicht sein, die BNetzA habe ihre Verpflichtung zur Neubescheidung nicht ordnungsgemäß erfüllt, steht ihr ein Wahlrecht hinsichtlich des weiteren Vorgehens zu (vgl. Schoch/Schneider/Riese, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 234; BeckOK VwGO/Decker, 72. Ed. 1.1.2025, VwGO § 113 Rn. 77.4): Sie kann entweder bei dem VG Köln einen Antrag (vgl. Schoch/Schneider/Pietzner/Möller, 46. EL August 2024, VwGO § 172 Rn. 25) auf Androhung eines Zwangsgeldes nach § 172 VwGO stellen oder gegen die neu erlassenen PKE III und IV wiederum Verpflichtungsklage erheben.

¹⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 49, 56, 91, 93 ff., juris. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 37, juris; BVerwG, Urteil vom 29. März 2017 – 6 C 1/16 –, Rn. 32, 36, juris.

¹⁴⁸ Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 9, 16 f.

¹⁴⁹ Vgl. auch Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 30; Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 25.

MNB und Diensteanbietern (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 TKG). Die Frequenzregulierung hat dabei effizient zu erfolgen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG) und soll zwecks Förderung langfristiger Investitionen vorhersehbar und einheitlich erfolgen (§ 87 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Über § 100 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 4 TKG hinaus dürften die Regulierungsziele der §§ 2, 87 TKG den Inhalt der PKE III und IV in umfassender Weise prägen: Nach § 100 Abs. 2 TKG wird die Verfahrensart lediglich abstrakt bestimmt. Seine Konkretisierung erfährt das Vergabeverfahren erst durch die PKE III und IV. Erst durch sie finden die konkreten (insbesondere) wirtschaftlichen Umstände der Frequenznutzung in das Vergabeverfahren Eingang. Würden die PKE III und IV die Ziele der §§ 2, 87 TKG nicht berücksichtigen, ließe § 100 Abs. 2 TKG leer.¹⁵⁰

- (173) Nach Art. 55 Abs. 6 i.V.m. Art. 45 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 Nr. 3 RL (EU) 2018/1972 haben die EU-Mitgliedstaaten im Rahmen der Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens u.a. „im Interesse langfristiger Investitionen für Vorhersehbarkeit und Einheitlichkeit bei der Erteilung, Verlängerung, Änderung und Beschränkung sowie dem Entzug von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen zu sorgen“. § 87 Abs. 2 Nr. 3 TKG wiederholt diese Vorgaben. Die Zielvorgaben sprechen dafür, Disruptionen der Frequenzordnung nach Möglichkeit zu vermeiden. Dies gilt umso mehr, als dass die im Versteigerungsverfahren 2019 erfolgreichen MNB aufgrund der Versorgungsaufgaben aus Ziff. III.4 Nr. 3 bis Nr. 12 PKE III (2018) bereits umfangreiche Investitionen getätigt haben. Ob die Aufrechterhaltung der bisherigen Frequenznutzungsbestimmungen (auch) dem privaten Interesse der MNB an der Rentabilität ihrer getätigten Investitionen dient,¹⁵¹ ist an dieser Stelle allerdings unerheblich. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Funktionsfähigkeit des Frequenzvergabeverfahrens für die Zukunft in Frage gestellt würde, würden die Frequenznutzungsbestimmungen nunmehr modifiziert: Angesichts der Komplexität des Frequenzvergabeverfahrens dürfte es in nicht unerheblichem Maße fehleranfällig sein. Bestünde aufgrund solcher Fehler die Gefahr nachträglicher Eingriffe in die mit der Frequenznutzung einhergehenden Pflichten, dürfte dies die Bereitschaft von MNB, im Rahmen künftiger Frequenzauktionen den dortigen Frequenznutzungsbestimmungen nachzukommen, erheblich reduzieren. Eine solche potentiell über Jahre bestehende Unsicherheit in Bezug auf den endgültigen Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen dürfte dann auch in das Bietverhalten der MNB einfließen und sich auf diese Weise auf die Preisbildungsfunktion des Versteigerungsverfahrens auswirken. Gegen eine solche Argumentation ließe sich allerdings einwenden, dass der Gesetzgeber im Rahmen der §§ 87 ff. TKG – anders als in anderen komplexen Verfahren wie etwa dem Bauplanungsrecht (§§

¹⁵⁰ Für eine umfassende Berücksichtigung der Regulierungsziele bei frequenzplanungsrechtlichen Maßnahmen auch BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 12, juris.

¹⁵¹ Vgl. zu den Voraussetzungen und Grenzen des Schutzes getätigter Investitionen durch Art. 14 Abs. 1 GG BVerfGE 143, 246 (383 ff., Rn. 371 ff.).

214 f. BauGB) oder Planfeststellungsverfahren (§ 75 Abs. 1a VwVfG) – gerade auf Regelungen zur Unbeachtlichkeit oder Heilung von Verfahrensfehlern verzichtet hat. Vor diesem Hintergrund erscheint ein gesetzlich anerkanntes Interesse an der Stabilität der Frequenzordnung nur eingeschränkt zu bestehen.

(174) Für die Einbeziehung von Belangen der Rechts- und Planungssicherheit in die Abwägungsentscheidung der BNetzA sprechen jedoch auch die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG (Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 lit. c, Art. 45 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1, S. 2 lit. f RL (EU) 2018/1972). Hiernach ist eine effiziente und störungsfreie Nutzung von Frequenzen sicherzustellen. Durch Ausbau- und Versorgungsziele wird dieses Regulierungsziel realisiert.¹⁵² Schon angesichts der Weite des Wortlauts ist es jedoch nicht hierauf beschränkt. So können vom Begriff der Störungsfreiheit sowohl tatsächliche als auch rechtliche Störungen erfasst sein – die durch Ausgestaltung der Frequenznutzungsordnung zu unterbinden wären. Die genannten Regulierungsziele schließen Eingriffe in bereits erteilte Frequenznutzungsrechte zwar nicht aus. Dies zeigt sich etwa an der Möglichkeit des Widerrufs und der Rücknahme von FrZB (§ 102 TKG, § 48 VwVfG). Schon aus der Systematik des TKG folgt jedoch, dass die BNetzA (auch) bei der Entscheidung über die Aufhebung von Frequenzzuteilungen die stabilitäts- und effizienzorientierten Regulierungsziele aus §§ 87, 2 TKG zu berücksichtigen hat. Die Aufhebungsmöglichkeit der FrZB lässt sich daher nicht gegen die Qualifizierung von Belangen der Rechts- und Planungssicherheit als abwägungserhebliche Belange ins Feld führen.

(175) Für die Aufrechterhaltung der Versorgungsaufgaben gem. Ziff. III.4. Nr. 3 bis Nr. 12 PKE III (2018) gilt all dies in besonderem Maße: Bei der Erreichung eines möglichst hohen Versorgungsgrades handelt es sich um ein hervorgehobenes Ziel des Frequenzvergabeverfahrens.¹⁵³ Dies folgt neben § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG auch aus § 100 Abs. 6 S. 2 TKG, wonach im Falle des Ausschreibungsverfahrens bei gleicher Eignung derjenige Bewerber auszuwählen ist, der einen höheren räumlichen Versorgungsgrad mit Telekommunikationsdiensten gewährleistet. Zwar ist diese Norm auf das Auktionsverfahren nicht unmittelbar anwendbar. Im Ausschreibungs- und im Auktionsverfahren muss jedoch hinsichtlich der maßgebenden Regulierungsziele Identisches gelten: Nach § 100 Abs. 3 TKG ist dasjenige Verfahren auszuwählen, das die Regulierungsziele aus §§ 2, 87 TKG am besten erreicht. Würde bei *Durchführung* des besser geeigneten Verfahrens zwischen den maßgebenden Regulierungszielen

¹⁵² Geppert/Schütz/Cornils, 5. Aufl. 2023, TKG § 2 Rn. 54.

¹⁵³ Vgl. Geppert/Schütz/Roth/Ruhnau, 5. Aufl. 2023, TKG vor § 87 Rn. 72 auch zum Folgenden.

differenziert, widerspräche dies der einheitlichen Heranziehung der Regulierungsziele im Rahmen der Auswahl des Verfahrens.

- (176) Auch von Art. 87f Abs. 1 GG dürfte das Ziel, die Frequenznutzungsbestimmungen möglichst weitgehend aufrechtzuerhalten, gedeckt sein. Seine Gewährleistungsverantwortung verpflichtet den Bund, eine flächendeckende Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten sicherzustellen.¹⁵⁴ Die Fortführung der in Folge der 2019er-Frequenzauktion etablierten Frequenzordnung verhindert nicht nur mögliche Versorgungsschwierigkeiten aufgrund von Disruptionen im Zuge einer Neuordnung. Darüber hinaus würde die Bereitschaft der MNB gestärkt, die im Rahmen von künftigen Frequenzauktionen übernommenen Versorgungspflichten tatsächlich – und v.a. zeitnah – umzusetzen (s. Rn. (172)). Die langfristige und flächendeckende Mobilfunkversorgung würde gestärkt.
- (177) Für die maßgebliche Berücksichtigung der Belange der Rechts- und Planungssicherheit sprechen schließlich auch die Ausführungen des VG Köln: Dieses verpflichtet die BNetzA, der Neubescheidung die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen.¹⁵⁵ Die gegenwärtige Sachlage aber ist das Resultat der ins Werk gesetzten Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III und IV (2018). Aufgrund ihrer *tatsächlichen* Verwirklichung prägen die rechtlichen Vorgaben der PKE III und IV (2018) die jetzige Tatsachengrundlage. Diese wiederum muss die Grundlage der neuen PKE III und IV bilden. Zu dieser rechtlichen und tatsächlichen Grundlage gehören jedoch nicht lediglich die PKE III und IV (2018) als solche, sondern auch ihre zeitliche Wirkung: Als Bestandteil der FrZB sind die Frequenznutzungsbestimmungen auf eine Rechtswirksamkeit bis zum 31. Dezember 2040 angelegt. Der Neuerlass der PKE III und IV findet damit vor einem völlig anderen rechtlichen und tatsächlichen Hintergrund statt als der Erlass der PKE III und IV (2018): Letztere regelten die Neugestaltung der Frequenznutzung, während erstere in eine bereits bestehende und bis 2040 angelegte Frequenznutzung eingreifen.
- (178) Die Ausführungen des VG Köln, aufgrund des neuen § 105 TKG (Art. 52 RL (EU) 2018/1972) würden „Gesichtspunkte des Wettbewerbs“ im Rahmen des Ausgestaltungsspielraums der BNetzA „voraussichtlich stärker zu berücksichtigen sein“,¹⁵⁶ stehen einer

¹⁵⁴ Dürig/Herzog/Scholz/Möstl, 106. EL Oktober 2024, GG Art. 87f Rn. 70 ff.; BeckOK GG/Remmert, 60. Ed. 28.12.2024, GG Art. 87f Rn. 8.

¹⁵⁵ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666, juris.

¹⁵⁶ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666 f., juris. Ob die einschränkende Formulierung „voraussichtlich“ die Bindungswirkung dieser Urteils Passage für die BNetzA i.S.d. § 113 Abs. 5 S. 2 TKG (s. Rn.(92)) ausschließt, kann dahinstehen. Weil die BNetzA dem Neuerlass der PKE III und IV

Entscheidung für die Beibehaltung der ursprünglichen Frequenznutzungsbestimmungen nicht entgegen.

- (179) *Prima facie* bedeutet die Gewährleistung von Rechts- und Planungssicherheit zwar zugleich, dass die bisherigen MNB gegenüber dem Wettbewerb Dritter abgesichert werden. Insbesondere müssen sie keine Verschärfung der bisherigen, eine bloße Verhandlungspflicht begründenden Diensteanbieterregelung (s. Rn. (1)) befürchten. Der Wettbewerb durch Diensteanbieter bliebe eingeschränkt.¹⁵⁷ Gerade vor dem Hintergrund, dass auch Art. 87f Abs. 1 GG die Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs verlangt,¹⁵⁸ erscheint jedenfalls eine *maßgebende* Berücksichtigung von Belangen der Rechts- und Planungssicherheit nicht unproblematisch.
- (180) Bei der Umsetzung des Regulierungsziels der Wettbewerbsförderung (§§ 2 Abs. 2 Nr. 2, 125 Abs. 1 TKG) hat die BNetzA jedoch u.a. die Auswirkungen ihrer Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau zu beachten (§ 105 Abs. 2 S. 3 TKG). Schon nach der Entscheidung des Gesetzgebers hat die Wettbewerbsförderung daher keinen Vorrang gegenüber der Förderung des Netzausbaus. Im Frequenzvergabeverfahren nach § 100 TKG ist dieses Ziel der Verbesserung der Netzversorgung maßgebend zu berücksichtigen (s. Rn. (175)). Die möglichst weitgehende Aufrechterhaltung der bisherigen Frequenznutzungsbestimmungen gewährleistet, dass die MNB ihren Versorgungspflichten auch in Zukunft nachkommen werden (s. Rn. (172)).
- (181) Darüber hinaus dient *gerade* die Aufrechterhaltung der in Folge der Frequenzversteigerung 2019 errichteten Frequenzordnung (auch) der Wettbewerbsförderung: Im Zuge der 2019er-Auktion ist [REDACTED] als neuer Mobilfunknetzbetreiber in den Markt eingetreten, sodass nunmehr vier MNB miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁵⁹ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Der Schutz neuer Marktteilnehmer ist von der Pflicht zur Wettbewerbsförderung umfasst: So erlaubt § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 TKG ausdrücklich die Reservierung von

ohnehin die gegenwärtige Rechtslage zugrunde zu legen hat (VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 661, juris), hat sie § 105 TKG ohnehin zu beachten.

¹⁵⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 28, juris.

¹⁵⁸ BVerfG NVwZ 2012, 627 (630); Hömig/Wolff/Kluth/Wolff/Kluth, 14. Aufl. 2025, GG Art. 87f Rn. 3.

¹⁵⁹ Vgl. zur Stärkung des Wettbewerbs durch den Eintritt neuer MNB Rossi/Sandhu, MMR 2021, 293 (297).
[REDACTED]

Frequenzbereichen für neue Marktteilnehmer.¹⁶¹ Wie aus dem Wortlaut des § 105 Abs. 2 S. 1, S. 2 TKG („geeignete Maßnahmen“, „unter anderem“) hervorgeht, ist der Maßnahmenkatalog des § 105 Abs. 2 TKG dabei nicht abschließend. Sofern dies der Gewährleistung des Wettbewerbs zwischen den MNB dient, dürfte daher auch die Entscheidung zu einem möglichst geringfügigen Eingriff in die auf Grundlage der 2019er-Auktion errichtete Frequenzordnung von der Wettbewerbsförderungspflicht des § 105 Abs. 1 TKG erfasst sein. Die BNetzA dürfte gehalten sein, auf Grundlage einer Marktanalyse (vgl. § 105 Abs. 2 S. 3, Abs. 4 TKG) eine Abwägung vorzunehmen, ob der Förderung des Wettbewerbs zwischen den MNB oder dem Wettbewerb zwischen den MNB und den Diensteanbietern Vorrang einzuräumen ist. Sollte ersteres der Fall sein, streitet dies für die Aufrechterhaltung der bisherigen Frequenznutzungsbestimmungen. Sollte letzteres der Fall sein, wäre weiter zu prüfen, ob zu diesem Zweck in die neuen Frequenznutzungsbestimmungen eine Diensteanbieterverpflichtung aufzunehmen wäre oder ob die Aufrechterhaltung der bisherigen Diensteanbieterregelung für die Zweckerreichung genügt.¹⁶²

(4) Rechtliches Risiko eines Abwägungsfehlers

- (182) Auch wenn sich die Präsidentenkammer nach dem Vorgesagten im Rahmen der Ausübung ihres Entscheidungsspielraums grundsätzlich dafür entscheiden kann, die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III entsprechend derjenigen der PKE III (2018) auszugestalten, so unterliegt ein solches Vorgehen doch Einschränkungen:
- (183) Ob eine solche entsprechende Ausgestaltung im Ergebnis möglich sein wird, hängt von dem Ergebnis einer neu zu treffenden Abwägungsentscheidung ab. Zentral wird sein, ob im Rahmen des *ergebnisoffen* geführten Abwägungsprozesses die Gründe, die für eine solche entsprechende Ausgestaltung sprechen, überwiegen. Zur Vermeidung (erneuter) Abwägungsfehler wird sich die BNetzA nicht mit einem Verweis auf das öffentliche Interesse an der Stabilität der Frequenzordnung (s. Rn. (171) ff.) beschränken können. Auf Grundlage des erneut durchzuführenden Anhörungsverfahrens (s. Rn. (147)) wird sie vielmehr *sämtliche* abwägungserheblichen Belange der MNB sowie der Diensteanbieter und weitere öffentliche Belange zu ermitteln, zu bewerten und in ihre Abwägungsentscheidung einzustellen haben. Auf dieser Grundlage wird sie einen zur objektiven Gewichtung der Belange in einem angemessenen Verhältnis stehenden Ausgleich vorzunehmen haben.¹⁶³ Der Abwägungsvorgang

¹⁶¹ S. hierzu etwa Rossi/Sandhu, MMR 2021, 293 (296 ff.).

¹⁶² Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 50, juris.

¹⁶³ Vgl. zu den Abwägungsfehlern BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 56, juris; BVerwG, Urteil vom 25. September 2013 – 6 C 13/12 –, Rn. 33, juris; BVerwG, Urteil vom 2. April 2008 – 6 C 15/07 –, Rn. 47.

ist zu dokumentieren, sein Ergebnis – als Grundlage einer gerichtlichen Kontrolle – zu begründen.¹⁶⁴ Nur wenn auf dieser Grundlage ein vorrangiges Interesse an der entsprechenden Ausgestaltung der alten und neuen Frequenznutzungsbestimmungen besteht, wäre eine ebensolche rechtmäßig.

- (184) Verweist die BNetzA zur Begründung der äquivalenten Ausgestaltung der Frequenznutzungsbestimmungen (auch) auf das Ziel der Vermeidung der Neudurchführung der Auktion (s. Rn. (158) ff.), so dürfte dies zwar vor dem Hintergrund des durch das TKG anerkannten öffentlichen Interesses an der Stabilität der Frequenzordnung (s. Rn. (171) ff.) grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden sein. Allerdings birgt ein solches Vorgehen das Risiko, dass die BNetzA sich dem Vorwurf eines Abwägungsdefizits aussetzt. Es liegt nahe, dass die Klägerin sowie ggf. andere Diensteanbieter argumentieren werden, die Präsidentenkammer habe sich zwecks Vermeidung einer erneuten Auktion bereits vorab auf die Übernahme der Frequenznutzungsbestimmungen festgelegt.¹⁶⁵ Insbesondere vor diesem Hintergrund ist auf eine sorgfältige Dokumentation des Abwägungsvorgangs zu achten.

cc) Folgen der PKE (2025) für den Inhalt der neuen PKE III und IV (2018)

- (185) Nicht ausgeschlossen ist, dass der Entscheidungsspielraum der BNetzA hinsichtlich des Inhalts der neuen PKE III durch den Inhalt der PKE (2025) faktisch vorgeprägt wird. Die besseren Gründe sprechen jedoch gegen ein solches Verständnis.
- (186) Die PKE (2025) enthält von denjenigen der PKE III (2018) jedenfalls z.T. abweichende Frequenznutzungsbestimmungen in Gestalt insbesondere von Versorgungsaufgaben und einer durch „Leitplanken“ umgrenzten Diensteanbieterregelung. Diese Leitplanken konkretisieren die Verhandlungen und den Inhalt der zwischen MNB und Diensteanbietern zu schließenden Mitnutzungsverträge (s. Rn. (4)). Zwar handelt es sich bei der PKE (2025) und den dortigen Frequenznutzungsbestimmungen um einen gegenüber den PKE III und IV (2018) bzw. den neuen PKE III und IV selbstständigen Rechtsakt. Ihrem Erlass ging eine selbstständige, nunmehr abgeschlossene Abwägungsentscheidung der Präsidentenkammer gem. §§ 92 Abs. 2 S. 3, 92 Abs. 5 TKG¹⁶⁶ voraus. Würde die Präsidentenkammer in zeitlicher Nähe zu dieser Entscheidung jedoch abweichende Frequenznutzungsbestimmungen für die hier verfahrensgegenständlichen Frequenzbereiche erlassen, erschiene dies widersprüchlich. Es wäre mit

¹⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 56, juris.

¹⁶⁵ Vgl. zu einem entsprechenden Abwägungsfehler aufgrund einer faktischen Vorfestlegung VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 579, juris.

¹⁶⁶ Zur Rechtsgrundlage der Frequenznutzungsbestimmungen Bundesnetzagentur, BK1-22/001 v. 24.03.2025, S. 48, 50, 53.

einem erheblichen Begründungsaufwand verbunden, darzulegen, warum zur Erreichung der Regulierungsziele der §§ 2, 87 TKG – denen die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) (§ 92 Abs. 5 S. 1 TKG) und diejenigen der neuen PKE III und IV (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG) gleichermaßen genügen müssen – jeweils verschiedene Nebenbestimmungen geboten und, insbesondere, verhältnismäßig waren.

- (187) Auch eine gegenteilige Argumentation ist jedoch vertretbar: Die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) weichen zumindest nicht in grundlegender Weise von denjenigen der PKE III (2018) ab. Die Versorgungspflichten der PKE (2025), Ziff. III.2. Nr. 2 bis Nr. 7, gehen zwar teilweise über diejenigen der Ziff. III.4 Nr. 3 bis Nr. 11 PKE III (2018) hinaus. Die bisherigen Inhaber der von dem Verlängerungsverfahren erfassten Frequenzbereiche – die [REDACTED]¹⁶⁷ – können insoweit jedoch auf die von ihnen bereits erfüllten Versorgungsaufgaben aus der PKE III (2018) aufbauen. Mit der PKE (2025) dürfte daher nur eine geringfügig erhöhte wirtschaftliche Belastung verbunden sein. Die Diensteanbieterregelungen der Ziff. III.2 Nr. 8 S. 1, S. 2 PKE (2025) entsprechen ihrem Wortlaut nach derjenigen der PKE III (2018). Die in der PKE (2025) erstmals festgesetzten Leitplanken sollen die Diensteanbieterregelung gem. Ziff. III.2 Nr. 8 S. 3 PKE (2025) lediglich „konkretisieren“.¹⁶⁸ Diese Formulierung lässt darauf schließen, dass mit den „Leitplanken“ keine über die bisherige Diensteanbieterregelung hinausgehenden Pflichten verbunden sind. Allerdings ist diese Auslegung nicht zwingend. So heißt es in der Entscheidungsbegründung, es sei regulatorisch geboten, das Verhandlungsgebot „auszugestalten“; die Leitplanken machten dieses zudem besser umsetz- und überprüfbar.¹⁶⁹ Die Einordnung der „Leitplanken“ als Kompromiss zwischen einem schlichten Verhandlungsgebot und der „Auferlegung von starren Grenzen“¹⁷⁰ spricht ebenfalls für ein Hinausgehen der PKE (2025) über die Diensteanbieterregelung der PKE III (2018). Nimmt man vor diesem Hintergrund dennoch eine hinreichende Vergleichbarkeit zwischen den Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) und der PKE (2025) an, begründete eine Aufrechterhaltung der Inhalte der PKE III (2018) in der neuen PKE III keinen Widerspruch in der Abwägungsentscheidung der BNetzA.

¹⁶⁷ Vgl. Bundesnetzagentur, BK1-22/001 v. 24.03.2025, S. 5.

¹⁶⁸ Vgl. auch Bundesnetzagentur, BK1-22/001 v. 24.03.2025, S. 7, 19, 34, 124, 129, 133.

¹⁶⁹ Bundesnetzagentur, BK1-22/001 v. 24.03.2025, S. 124, 130, 131 f.

¹⁷⁰ Bundesnetzagentur, BK1-22/001 v. 24.03.2025, S. 129.

(188) Hierfür lässt sich – zum anderen – anführen, dass Frequenznutzungsbestimmungen unternehmens-, nicht frequenzbezogen sind.¹⁷¹ Ob ein MNB die ihm auferlegten Verpflichtungen mit den verfahrensgegenständlichen Frequenzbereichen oder mit ihm auf Grundlage anderer FrZB bereits zur Nutzung zugewiesenen Frequenzen erfüllt, bleibt ihm überlassen. Die Erfüllung der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) obliegt den MNB in umfassender, frequenzbereichsübergreifender Weise und unabhängig von dem Inhalt der neuen PKE III. Selbst wenn die Frequenznutzungsbestimmungen letzterer hinter denjenigen der PKE (2025) zurückbleiben sollten, änderte dies nichts am Umfang der Versorgungspflichten und der leitplanken-gesteuerten Diensteanbieterregelung. Die Aufnahme entsprechender Pflichten in die neue PKE III begründete keinen rechtlichen Mehrwert, wäre vielmehr schlicht überflüssig.

(189) Aufgrund der Unternehmensbezogenheit der Frequenznutzungsbestimmungen erscheint sogar die Annahme vertretbar, die Abwägungsentscheidung der BNetzA bzgl. des Inhalts der neuen PKE III sei im Sinne einer Aufrechterhaltung der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) vorgeprägt. Die BNetzA begründet die Verhältnismäßigkeit der Versorgungsauflagen aus Ziff. III.2. Nr. 2 bis Nr. 7 PKE (2025) unter Einbeziehung u.a. der den MNB durch frühere FrZB bereits auferlegten Versorgungspflichten.¹⁷² Würden den MNB mit der neuen PKE III von denjenigen der PKE III (2018) abweichende Versorgungspflichten auferlegt, könnte dies daher dazu führen, dass die den MNB obliegenden Versorgungspflichten in ihrer Gesamtheit unverhältnismäßig würden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich in dem Zeitraum zwischen dem Erlass der PKE (2025) und dem Erlass der neuen PKE III in tatsächlicher Hinsicht keine wesentlichen, die Verhältnismäßigkeit von Versorgungsauflagen beeinflussenden Änderungen ergeben.

dd) Problematik der abweichenden Zahlungsmodalitäten in den öffentlich-rechtlichen Verträgen

(190) Bzgl. der – rechtswidrigen – Zahlungsmodalitäten gem. Ziff. IV.4. Nr. 1 PKE IV (2018) stellt sich weitergehend die Frage, wie es sich auf den Inhalt der neuen PKE IV auswirkt, dass die zwischen BMVI/BMF einerseits und den vier MNB andererseits geschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträge von ebendiesen verwaltungsaktlichen Zahlungsmodalitäten abweichen. Um die Rechtswidrigkeit (auch) der neuen PKE IV zu vermeiden, sollte auf die Übernahme der vertraglichen Festlegungen verzichtet werden.

¹⁷¹ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 39 f., juris. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 40/10 –, Rn. 41, juris.

¹⁷² Bundesnetzagentur, BK1-22/001 v. 24.03.2025, S. 68, 74.

(191) Die öffentlich-rechtlichen Verträge sind rechtswidrig, evtl. sogar nichtig.¹⁷³ Ob die Übernahme des Inhalts der vertraglichen Regelungen zu einem „Übergreifen“ ihrer Rechtswidrigkeit auf die PKE IV führte, erscheint zwar offen, ist aber zumindest denkbar. Dafür spricht, dass durch eine solche Übernahme die rechtswidrigen Vertragsinhalte perpetuiert würden. Unabhängig vom Schicksal der öffentlich-rechtlichen Verträge entfalteten sie vermittlels der neuen PKE IV weiterhin Rechtswirkung. Dagegen spricht allerdings, dass die Rechtswidrigkeit der Verträge maßgeblich darauf beruht, dass BMVI/BMF durch ihren Abschluss in die von der BNetzA in unabhängiger Weise wahrzunehmenden Zuständigkeiten übergegriffen haben. Beschließt die BNetzA in autonomer Weise, in die PKE IV dem Vertragsinhalt entsprechende Regelungen aufzunehmen, stellte dies hingegen eine Modalität der Ausübung ihrer *eigenen* Zuständigkeiten dar.

(192) Unabhängig hiervon würde die Übernahme des Inhalts der öffentlich-rechtlichen Verträge allerdings das Risiko eines Abwägungsfehlers aufwerfen. Die neue PKE IV wäre daher rechtswidrig. Würden die öffentlich-rechtlichen Verträge die Entscheidung der BNetzA über den Inhalt der PKE IV faktisch vorprägen, bedeutete dies ein Abwägungsdefizit (vgl. Rn. (154) f.). Sofern die BNetzA dennoch in Erwägung ziehen sollte, die Vertragsinhalte in die PKE IV aufzunehmen, wäre daher eine umfassende Begründung geboten. Es wäre darzulegen, dass Zahlungsmodalitäten, die denjenigen der öffentlich-rechtlichen Verträge entsprechen, auch unabhängig von dem weiteren Inhalt der öffentlich-rechtlichen Verträge – insbesondere den verschärften Versorgungspflichten – zweckmäßig sind. Auch eine solche Begründung kann das Risiko, dass im Rahmen eines etwaigen weiteren gerichtlichen Verfahrens das Vorliegen eines Abwägungsfehlers festgestellt wird, jedoch nicht ausschließen (vgl. Rn. (182) ff.).

2. Möglichkeit eines rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV?

(193) Wie dargelegt (s. Rn. (96) ff.), wird die BNetzA durch den Entscheidungsausspruch des VG Köln lediglich zu einer ex nunc wirkenden Neubescheidung verpflichtet. Bei der zeitlichen Wirkung der vom VG Köln ausgesprochenen Verpflichtung zur Aufhebung der PKE III und IV (2018) ist die BNetzA grundsätzlich frei. Nach den Ausführungen des BVerwG ist ihr gleichermaßen eine nur ex nunc bzw. zukunftsgerichtete als auch eine rückwirkende Aufhebung nach § 48 VwVfG möglich.¹⁷⁴ Dass das BVerwG in diesem Zusammenhang Zweifel

¹⁷³ Die Rechtswidrigkeit und die etwaige Nichtigkeit der öffentlich-rechtlichen Verträge wurde von den Gutachtern an anderer Stelle umfassend erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

¹⁷⁴ BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 2025 – 6 B 5.25 –, Rn. 29 f., juris.

an der prozessualen Rechtmäßigkeit des Entscheidungsausspruchs des VG Köln äußerte, ist insoweit unerheblich.

- (194) Sollte sich die BNetzA zu einer rückwirkenden Aufhebung der PKE III und IV (2018) entschließen, würde dies allerdings die Frage aufwerfen, ob sie zu einem nicht nur ex nunc wirkenden, sondern zu einem gleichfalls rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV rechtlich verpflichtet wäre bzw. ob ein solches Vorgehen zweckmäßig wäre (a)). Gleichsam als Gegenstück zu dieser Frage ist aber zu prüfen, ob ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV überhaupt rechtlich zulässig wäre (b)). Die nachfolgend behandelten Fragen haben allerdings eine nur eingeschränkte praktische Bedeutung (c)).

a) Rechtspflicht und Zweckmäßigkeit eines rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV?

- (195) Eine Rechtspflicht zum rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV würde zwar nicht aus dem Urteilstenor des VG Köln folgen, könnte sich jedoch aus materiellrechtlichen Gründen ergeben: Hierfür spricht etwa, dass ein *ersatzloses* rückwirkendes Entfallen der PKE III und IV (2018) die Rechtswidrigkeit bzw. sogar Unwirksamkeit der Frequenzauktion 2019 sowie der darauf aufbauenden FrZB und ZFB zur Folge haben könnte. Mit einer rückwirkenden Aufhebung der PKE III und IV (2018) entfielen die beiden Rechtsakte, die Grundlage der 2019 tatsächlich durchgeführten Frequenzauktion waren. Wenn die neuen PKE III und IV nicht ebenfalls mit ex tunc-Wirkung neu erlassen werden würden, hätte die Auktion – rechtskonstruktiv – ohne ausreichende rechtliche Grundlage stattgefunden. Dies wiederum würde die Frage der Rechtmäßigkeit der Auktionsdurchführung als tatsächliches Geschehen aufwerfen und hätte damit u.U. Implikationen für eine Auktionswiederholungspflicht (s. hierzu noch Rn. (241) ff., (355) ff.). Zudem stellt sich die Frage, wie sich eine rückwirkende Aufhebung der PKE III und IV (2018) auf die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der FrZB und ZFB auswirken würde. Würden die PKE III und IV (2018) rückwirkend aufgehoben, ohne dass mit Wirkung auf denselben Zeitpunkt – also ebenfalls rückwirkend – neue PKE III und IV erlassen würden, bedeutete dies einen – zumindest zeitanteilig – ersatzlosen Wegfall der rechtlichen Grundlagen der FrZB und ZFB. Angesichts des wahrscheinlich anzunehmenden Rechtmäßigkeitszusammenhangs (s. Rn. (121) ff., (127) f.) zwischen PKE III (2018) und den FrZB sowie des wahrscheinlichen Wirksamkeitszusammenhangs zwischen PKE IV (2018) und ZFB (s. Rn. (129) ff.) wirft gerade ein solcher ersatzloser Wegfall der beiden VA die Frage der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der ZFB auf (s. hierzu noch Rn. (435) ff.).

- (196) Die Zweckmäßigkeit könnte daraus folgen, dass ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV Folgen für die Frage der Notwendigkeit der Auktionswiederholung (s. Rn. (222) ff., insb. Rn. (355) ff.) sowie einer etwaigen Anpassung von FrZB und ZFB (s. Rn. (428) ff.,

(481) ff.) an neue PKE zeitigt. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind solche „rückwirkenden Reparaturmaßnahmen“¹⁷⁵ gerade im Telekommunikationsrecht grundsätzlich möglich.¹⁷⁶

b) Rechtliche Zulässigkeit des rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV

(197) Zweifelhaft ist allerdings, ob ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV rechtlich überhaupt zulässig wäre. § 48 VwVfG ist insoweit unergiebig. Die Norm regelt allein die „negative“ (auch) rückwirkende Aufhebung von VA, nicht ihren „positiven“ rückwirkenden Erlass. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens wird vielmehr allein anhand § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG als Rechtsgrundlage der PKE III und IV zu beurteilen sein.

(198) Unter welchen Voraussetzungen der Erlass rückwirkender Verwaltungsakte rechtmäßig ist, ist im Einzelnen nicht geklärt. Die Literatur verlangt lediglich, dass die Rückwirkung eines VA gesetzlich ausdrücklich oder sinngemäß zugelassen ist.¹⁷⁷ Speziell an den rückwirkenden Erlass einer Anordnung gem. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG, trotz Frequenzknappheit von einem Vergabeverfahren nach § 100 TKG abzusehen, legt das BVerwG allerdings vier Voraussetzungen an: (1) Systematik und Sinn und Zweck der maßgeblichen Normen dürfen der Rückwirkung nicht generell entgegenstehen; (2) die Voraussetzungen des in Rede stehenden VA müssen schon in der Vergangenheit vorgelegen haben; (3) die rückwirkend angeordnete Verpflichtung muss für die Vergangenheit noch Rechtsfolgen entfalten können; und (4) der Grundsatz des Vertrauensschutzes darf der Rückwirkung nicht entgegenstehen.¹⁷⁸

(199) Für den rückwirkenden Erlass der PKE III und IV dürfte nichts anderes gelten. Die Absehensanordnung, die Gegenstand der BVerwG-Entscheidung war, bildet ihrem Regelungsgehalt nach das Spiegelbild der PKE I, auf die die PKE II-IV aufbauen.¹⁷⁹ Weil alle diese Verwaltungsakte aufeinander aufbauen und Teil des Frequenzvergabeverfahrens sind, erscheint es unwahrscheinlich, dass die Zulässigkeit ihres rückwirkenden Erlasses

¹⁷⁵ Schütze, N&R 2012, 107.

¹⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, juris (rückwirkende Anordnung einer Entgeltgenehmigungspflicht); BVerwG NVwZ 2019, 323 (324 Rn. 13 ff.) (rückwirkende Anordnung einer Zugangsverpflichtung); BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, juris (rückwirkende Anordnung des Absehens von der Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens).

¹⁷⁷ Korte, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht Bd. 1, 13. Aufl., § 48 Rn. 32; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl., § 10 Rn. 11.

¹⁷⁸ BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 10, 12 f., juris. S. auch BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, Rn. 13 ff., juris. Zur Maßgeblichkeit des Telos einer Ermächtigungsgrundlage für die Beurteilung, ob entsprechende VA auch rückwirkend ergehen können, s. auch BVerwG NVwZ 2019, 323 (324 Rn. 15).

¹⁷⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 f. Rn. 52).

verschiedenen Regeln folgt. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung des BVerwG darauf hindeutet, dass für den rückwirkenden Erlass von VA im Telekommunikationsrecht insgesamt dieselben Maßstäbe gelten sollen.¹⁸⁰

aa) Genereller Ausschluss rückwirkender PKE III und IV?

- (200) Ob Wortlaut, Systematik und Zweck des § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG n.F. (§ 61 Abs. 3, Abs. 4 TKG a.F.) dem rückwirkenden Erlass der PKE III und IV generell entgegenstehen, ist offen.
- (201) Für einen solchen generellen Ausschluss spricht *prima facie* der Wortlaut des § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG n.F. (insoweit identisch § 61 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 1 TKG a.F.):¹⁸¹ Dort heißt es, die BNetzA lege die Vergabe- und Auktionsregeln „vor“ der Durchführung des Vergabeverfahrens fest. Das Wortlautargument ist indes nicht zwingend: Trotz der Formulierung des § 91 Abs. 9 S. 1 TKG, die Anordnung eines Frequenzvergabeverfahrens habe der Frequenzzuteilung „voranzugehen“, erkannte das BVerwG die Möglichkeit der rückwirkenden Anordnung des (spiegelbildlichen) *Absehens* von einem Frequenzvergabeverfahren an.¹⁸²
- (202) Gegen die Möglichkeit einer Rückwirkung spricht jedoch die Funktion beider PKE:¹⁸³ Nur wenn die Vergaberegeln der PKE III (§ 100 Abs. 4 TKG) vor der Durchführung der Auktion feststehen, können die MNB insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen in die Entscheidung, welches Höchstgebot sie bei der Auktion abgeben, einpreisen. Nur wenn der Inhalt der PKE III vor der Auktion feststeht, kann die Auktion daher ihre Allokationsfunktion erfüllen und die Äquivalenz zwischen dem wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit einerseits und dem zu zahlenden Auktionspreis andererseits gewährleisten.¹⁸⁴ Vergleichbares gilt für die Festlegung der Auktionsregeln in der PKE IV (§ 100 Abs. 5 TKG). Schon denklogisch kann diese die Durchführung des Versteigerungsverfahrens nur dann determinieren, wenn sie diesem *tatsächlich* zeitlich vorgelagert ist. Eine bloße *rechtliche* Rückwirkung der PKE III und IV reicht hierfür nicht aus.

¹⁸⁰ BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 13, juris. Das BVerwG bejaht hier die Übertragbarkeit der zur rückwirkenden Auferlegung telekommunikationsrechtlicher Regulierungsverpflichtungen entwickelten Rechtsprechung auf (nunmehr) § 91 Abs. 9 TKG.

¹⁸¹ So wohl Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 31, der allerdings nicht auf die Rechtsprechung des BVerwG zu rückwirkenden VAen im Telekommunikationsrecht eingeht.

¹⁸² BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 11 ff., juris.

¹⁸³ Vgl. zum Folgenden Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 31.

¹⁸⁴ Vgl. zu dieser Funktion des Auktionsverfahrens BVerwG NVwZ 2012, 168 (173 f. Rn. 43 ff.); BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177 RN. 13).

(203) Betrachtet man die unionsrechtliche Fundierung¹⁸⁵ des Frequenzvergabeverfahrens, lassen sich gleichermaßen Gründe für und gegen rückwirkende PKE III und IV finden: Für die Unionsorgane selbst erkennt der EuGH die grundsätzliche Möglichkeit des rückwirkenden Erlasses von Rechtsakten, einschließlich von Verwaltungsakten, „ausnahmsweise“ an.¹⁸⁶ Voraussetzung sei, dass die Rückwirkung einem im Allgemeininteresse liegenden Zweck dient und das berechtigte Vertrauen der Betroffenen hinreichend berücksichtigt wird. Unterstellt man, dass sich diese Rechtsprechung auf unionsrechtlich determiniertes Handeln mitgliedstaatlicher Organe übertragen lässt,¹⁸⁷ erscheinen rückwirkende PKE III und IV zumindest denkbar. Art. 55 Abs. 2, Abs. 6 RL (EU) 2018/1972 streitet indes gegen die Möglichkeit einer Rückwirkung. Von der dort geforderten Objektivität und Transparenz im Sinne einer Durchschau- und Nachvollziehbarkeit¹⁸⁸ eines Frequenzvergabeverfahrens kann kaum mehr die Rede sein, wenn die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens (PKE IV) und der Inhalt der Auswahlkriterien (PKE III) zum Zeitpunkt der Durchführung der Auswahlentscheidung (der Frequenzauktion im Juni 2019) noch nicht festgelegt und veröffentlicht worden waren – was bei rückwirkenden PKE denklogisch ausgeschlossen ist. Der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 EUV) – der es den Mitgliedstaaten u.a. verbietet, ihre Zuständigkeiten zur Anwendung des Unionsrechts derart auszuüben, dass dessen Verwirklichung praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert würde¹⁸⁹ – streitet hingegen nur *prima facie* gegen eine Rückwirkung. Würde sich die BNetzA auf einen rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV beschränken, bliebe der vom VG Köln¹⁹⁰ angenommene Verstoß gegen die der BNetzA durch das EU-Sekundärrecht garantierte Unabhängigkeit zwar folgenlos: Ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV hätte keine rechtliche oder auch nur tatsächliche Wirkung für die bereits durchgeführte Frequenzauktion. Die unter Verstoß gegen die

¹⁸⁵ S. zum unionsrechtlichen Hintergrund Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 4; Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 3.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil v. 25.01.1979, Rs. 98/78, ECLI:EU:C:1979:14, Rn. 20; EuGH, Urteil v. 30.09.1982, Rs. 108/81, ECLI:EU:C:1982:322, Rn. 4; EuGH, Urteil v. 13.11.1990, Rs. C-331/88, ECLI:EU:C:1990:391, Rn. 45; EuG, Urteil v. 05.09.2014, Rs. T-471/11, ECLI:EU:T:2014:739, Rn. 100 ff.; EuG, Urteil v. 15.11.2023, Rs. T-790/21, ECLI:EU:T:2023:724, Rn. 131; EuG, Urteil v. 21.02.2024, Rs. T-466/16 RENV, ECLI:EU:T:2024:111, Rn. 164 ff.

¹⁸⁷ Jedenfalls im Falle rückwirkender VA spricht dafür, dass für die von solchen Maßnahmen betroffenen Bürger keinen Unterschied macht, ob ihnen gegenüber die Unionsorgane handelt (direkter Vollzug) oder die mitgliedstaatlichen Organe im Wege des indirekten Vollzugs Unionsrecht anwendet, sodass für die Rechtmäßigkeit des Handelns einheitliche Maßstäbe gelten dürften.

¹⁸⁸ Vgl. zu dieser Definition von „Transparenz“ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Transparenz> unter 3.

¹⁸⁹ S. nur EuGH, Rs. C-640/13, ECLI:EU:C:2014:2457, Rn. 31 f.; EuGH, Rs. C-510/23, ECLI:EU:C:2025:41, Rn. 36.

¹⁹⁰ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 547 ff., juris. Das Bundesverwaltungsgericht ließ die Frage einer Verletzung der Unabhängigkeit der BNetzA hingegen offen, BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 2025 – 6 B 5.25 –, Rn. 15, 43, juris.

unionsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit der BNetzA zustande gekommenen Inhalte der PKE III und IV (2018) würden perpetuiert. Allerdings würde dies nur dann gelten, wenn sich die BNetzA auf den Erlass rückwirkender PKE III und IV beschränkte – also auf weitere Maßnahmen wie die Anpassung der ZFB und FrZB und/oder die Auktionswiederholung verzichtete. Der Effektivitätsgrundsatz streitet daher weder für noch gegen den rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV, sondern dürfte allein ein entsprechendes *isoliertes* Vorgehen ausschließen.

- (204) Der Sinn und Zweck des Frequenzvergabeverfahrens (s. Rn. (172)) schließlich dürfte dem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV jedenfalls dann nicht entgegenstehen, wenn gerade eine solche Rückwirkung zur Erreichung der Regulierungsziele i.S.d. §§ 2, 87, 100 Abs. 1 S. 3 TKG erforderlich wäre:¹⁹¹ Die Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens – und damit auch der Erlass der PKE III und IV als Bestandteil eines ebensolchen – ist kein Selbstzweck, sondern dient diesen Zielen, insbesondere der Effektivität der Frequenznutzung und der Versorgungssicherheit.

bb) Vorliegen der Voraussetzungen des VA bereits in der Vergangenheit

- (205) Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Erlasses der PKE III und IV (2018) lagen mit Wirksamwerden der PKE I und II (2018) vor. Die mögliche Rechtswidrigkeit der PKE I und II (s. Rn. (115) ff.) ist unerheblich: Es widerspräche der rechtlichen Selbstständigkeit der PKE I bis IV und der Qualifizierung ihres Erlasses als „gestuftes Verfahren“, den wirksamen Erlass einer PKE von der Rechtmäßigkeit – und nicht nur der Wirksamkeit – der ihr vorhergehenden PKE abhängig zu machen.¹⁹²
- (206) Zweifelhaft ist jedoch das Vorliegen der materiellrechtlichen Voraussetzungen der PKE III und IV. Versteht man die Rechtsprechung des BVerwG so, dass es hinreicht, dass die Voraussetzungen des VA zum *Zeitpunkt* des Beginns der Regelungswirkung des VA vorlagen,¹⁹³ wäre ein auf den Zeitpunkt des ursprünglichen Erlasses der PKE III und IV (2018) – den 26. November 2018 – rückwirkender Neuerlass wohl unproblematisch. Dass zum damaligen Zeitpunkt die Voraussetzungen des § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG vorlagen, erscheint nicht zweifelhaft. Andererseits ist aber auch ein Verständnis möglich, wonach diese Voraussetzungen für den gesamten *Zeitraum* seiner Wirksamkeit erfüllt sein müssen.¹⁹⁴ Hiernach

¹⁹¹ Vgl. hierzu und zum folgenden bezogen auf eine Absehensanordnung nach (nunmehr) § 91 Abs. 9 TKG BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 12, juris.

¹⁹² BVerwG NVwZ 2009, 1558 (1561 Rn. 25 f.); BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 f. Rn. 52).

¹⁹³ In diese Richtung lässt sich BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 13, juris verstehen.

¹⁹⁴ So wohl BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, Rn. 14, juris.

dürfte ein rückwirkender Erlass der PKE III und IV ausscheiden. Ausweislich des Wortlauts von § 100 Abs. 4, Abs. 5 S. 1 TKG ergehen die PKE „vor“ der Durchführung des Vergabeverfahrens (s. schon Rn. (200)). Spätestens mit Beendigung der Auktion am 12. Juni 2019 lag diese Voraussetzung nicht mehr vor. Zumindest für den Zeitraum danach wäre der rückwirkende Erlass der PKE III und IV nach dieser zweiten Ansicht daher nicht möglich.

cc) Rechtswirkung rückwirkender PKE III und IV für die Vergangenheit

- (207) Auch die Frage, ob rückwirkende PKE III und IV „für die Vergangenheit ihre Rechtsfolgen noch entfalten können“¹⁹⁵, ist offen. Erhebliche Gründe sprechen dafür, dass solche Rechtswirkungen – lediglich, aber immerhin – partiell eintreten würden.
- (208) Das BVerwG stellt an die rückwirkenden Rechtsfolgen keine hohen Anforderungen:¹⁹⁶ Es genügt, dass (gerade) die Rückwirkung des VA Folgemaßnahmen verhindert – etwa Rück- bzw. Nachzahlungsansprüche oder die Aufhebbarkeit anderer VA gem. § 48 VwVfG. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn ein VA mit Wirkung ex tunc aufgehoben wurde und der neue, rückwirkend angeordnete VA an die Stelle dieses ursprünglichen VA tritt.
- (209) Mit diesen Maßgaben erscheint der rückwirkende Neuerlass der PKE III und IV vergleichbar und damit (insoweit) zulässig: Nimmt die BNetzA die rechtswidrigen PKE III und IV (2018) gem. § 48 VwVfG mit Wirkung ex tunc zurück, würden die neuen, „nachgebesserten“ und *rückwirkende* Regelungswirkung entfaltenden PKE III und IV an ihre Stelle treten. Die Rechtsfolgen, die sich aus dem Wegfall der PKE IV (2018) ergeben – insbesondere eine mögliche Erledigung (§ 43 Abs. 2 VwVfG) der (wohl) akzessorischen Zuschlags-, Zuordnungs- und Zahlungsfestsetzungsbescheide (s. Rn. (129) ff., (135) ff., (142) f.) – könnten auf diese Weise möglicherweise verhindert werden.¹⁹⁷ Gute Gründe sprechen dafür, dass auch eine rückwirkende PKE III (2018) Rechtswirkungen auch für die Vergangenheit

¹⁹⁵ BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 13, juris; BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, Rn. 13, 20 f., juris.

¹⁹⁶ BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, Rn. 21, juris. Allerdings handelt es sich, soweit ersichtlich, bislang um die einzige Entscheidung, die diese Voraussetzung näher ausbuchstabiert. Ob sich die dortigen Ausführungen verallgemeinern lassen, ist möglich, aber offen.

¹⁹⁷ Rechtsdogmatisch erscheint es nicht völlig ausgeschlossen, dass auch ein rückwirkender Erlass der PKE III und IV eine solche Erledigung nicht verhindern könnte – also (insoweit) keine rechtliche Wirkung entfalten würde: Zum einen erscheint denkbar, dass die Aufhebung der ursprünglichen PKE III und IV (2018) eine juristische Sekunde vor ihrer rückwirkenden Ersetzung durch die neuen PKE III und IV eintritt. Diese juristische Sekunde könnte bereits hinreichend sein für den Eintritt der Erledigung der akzessorischen VA. Ob diese sodann akzessorisch zu den neuen PKE III und IV gleichsam „wieder auflieben“ würden, erscheint jedenfalls nicht zwingend. Zum anderen ist auch denkbar, dass die akzessorischen VA von vornherein ausschließlich mit den ursprünglichen PKE III und IV (2018) verknüpft sind. Ersatzweise ergangene PKE III und IV könnten die Erledigung der akzessorischen VA dann nicht verhindern. Vgl. hierzu auch noch Rn. (435) ff.

zeitigen würde. Zwischen der PKE III (2018) und den FrZB dürfte (lediglich) ein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestehen (s. Rn. (121) ff., (127) f.). Eine aus einer rückwirkenden Aufhebung der PKE III (2018) gem. § 48 VwVfG folgende *verfahrensrechtliche* Rechtswidrigkeit der FrZB (s. hierzu Rn. (127)) würde durch den rückwirkenden Neuerlass der PKE III (2018) verhindert. Für die *materielle* Rechtswidrigkeit der FrZB gilt zumindest im Ergebnis Ähnliches: Zwar entfaltet die PKE III für die FrZB nach der Rechtsprechung des BVerwG eine unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung.¹⁹⁸ Die materielle Rechtswidrigkeit der FrZB folgt jedoch daraus, dass sie im Sinne eines „Copy & Paste“ die in der PKE III (2018) enthaltenen Frequenznutzungsbestimmungen übernehmen (s. Rn. (128)). Ihre Rechtswidrigkeit beruht auf ihrem *eigenen* materiellen Gehalt. Auch bei einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III würde deren Inhalt nicht gleichsam automatisch (vergleichbar mit dynamischen Verweisungen) Bestandteil auch der FrZB, sondern müsste im Wege einer „Rezeption“ in die FrZB übernommen werden – etwa durch eine Änderung der FrZB durch die BNetzA.¹⁹⁹ Die Notwendigkeit einer solchen selbstständigen Anpassung der FrZB schließt die Annahme rückwirkender Rechtsfolgen einer neuen PKE III jedoch nicht aus: Eine Änderung des Inhalts der FrZB setzt nach § 100 Abs. 7 S. 2 TKG eine vorherige Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III voraus (s. Rn. (402) ff.). Will die BNetzA die FrZB *rückwirkend* anpassen, dürfte daher ein *rückwirkender* Neuerlass (zumindest) der PKE III rechtlich notwendig sein.

- (210) Gegen die Annahme, rückwirkend neu erlassene PKE III und IV könnten Rechtswirkung auch für die Vergangenheit entfalten, spricht indes, dass sie einen zentralen Teil ihrer Funktion nicht mehr erfüllen könnten: Beide Rechtsakte determinieren die tatsächliche Durchführung des Auktionsverfahrens und stellen sicher, dass dieses die ihm zugedachte Allokationsfunktion erfüllen kann (s. Rn. (201) f.). Weil die 5G-Auktion am 12. Juni 2019 beendet wurde, ist es ausgeschlossen, dass die PKE insoweit noch regelnde Wirkung entfalten. Auch die Diensteanbieterregelung (Ziff. III.4. Nr. 5 PKE III (2018)) dürfte zumindest zeitanteilig keine Regelungswirkung mehr entfalten können. Für den Zeitraum, in dem die MNB die Frequenzen bereits genutzt haben, kann eine Verhandlung über deren Mitnutzung durch die Diensteanbieter – und erst recht eine Mitnutzung selbst – ipso facto nicht mehr erfolgen.

¹⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 31, juris.

¹⁹⁹ Vgl. allgemein zu den unterschiedlichen Rechtstechniken der Rezeption einerseits und dynamischen Verweisungen im Sinne einer „Permeabilität“ andererseits *Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 7 ff.; *Könneke*, Unionsrechtsperson, Tübingen 2024, S. 302 ff., 305 ff., und dort zu dynamischen Verweisungen S. 306, Fn. 33. Umfassend zu dynamischen Verweisungen *Stodt*, Dynamische Verweisungen, 2023, S. 11 ff., 19 ff.

(211) Spricht daher viel für die Annahme (nur) partieller Rechtswirkungen für die Vergangenheit, stellt sich die Frage, ob dies mit der vom VG Köln²⁰⁰ angenommenen rechtlichen Unteilbarkeit der PKE III und IV (2018) vereinbar wäre. Dagegen kann angeführt werden, dass das Fehlen einer Rechtswirkung für die Vergangenheit dem Wegfall der Regelungswirkung aufgrund von Zeitablauf ähnlich ist und letzterer zur Erledigung eines VA gem. § 43 Abs. 2 VwVfG führt.²⁰¹ Wenn aufgrund der Unteilbarkeit der PKE III und IV (2018) eine auf einer isolierten Anfechtung von Teilen der VA beruhende Unwirksamkeit ausgeschlossen ist,²⁰² liegt es nahe, dass sie auch aus sonstigen Gründen nicht nur teilweise unwirksam sein können. Für eine Vereinbarkeit nur partieller Rechtswirkungen für die Vergangenheit mit der Unteilbarkeit der PKE III und IV (2018) spricht hingegen die gänzlich abweichende Ratio dieser Rechtsprechung einerseits von derjenigen zu den Voraussetzungen des Erlasses rückwirkender Verwaltungsakte andererseits: Mit dem Ausschluss der isolierten Anfechtung von Teilen der PKE III und IV wird sichergestellt, dass das von der BNetzA für die Frequenzvergabe intendierte Gesamtkonzept nicht verfälscht wird. Das Erfordernis von Rechtsfolgen auch für die Vergangenheit hingegen verhindert den Erlass von Verwaltungsakten, die von vornherein keine Regelungswirkung entfalten, also unwirksam sind.

dd) Vertrauensschutz

- (212) Viel spricht dafür, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV *nicht* entgegensteht.
- (213) Auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes kann sich ein Privater gegenüber Behörden nur bei kumulativem Vorliegen dreier Voraussetzungen berufen: (1) Die Behörde muss durch ein aktives, nach außen gerichtetes Verhalten einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben; (2) der Bürger muss tatsächlich auf den Bestand des Verwaltungshandelns vertraut haben

²⁰⁰ So VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 668 ff., juris, bestätigt durch BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 27.

²⁰¹ Ob es sich bei der (partiell fehlenden) Fähigkeit der PKE III und IV, rückwirkende Rechtsfolgen zu entfalten, um eine Erledigung kraft Zeitablaufs (§ 43 Abs. 2 Var. 4 VwVfG) oder in sonstiger Weise (§ 43 Abs. 2 Var. 5 VwVfG) handelt, ist offen. Gegen die Anwendbarkeit des § 43 Abs. 2 Var. 4 VwVfG spricht, dass dieser typischerweise bei befristeten oder bedingten VAen herangezogen wird, s. nur NK-VwVfG/Leisner-Egensperger, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 43 Rn. 63. Andererseits wird bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung auch der Wegfall des Regelungsgegenstandes bei gleichzeitiger fehlenden rückwirkenden Rechtswirkung des VA als Fall des § 43 Abs. 2 Var. 4 VwVfG qualifiziert (Schoch/Schneider/Goldhammer, 5. EL Juli 2024, VwVfG § 43 Rn. 109).

²⁰² Vgl. hierzu BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (Rn. 9 ff.), unter Verweis auf BVerwG NVwZ 2019, 549 (551 Rn. 25 ff.), dort jeweils im Kontext der Zulässigkeit der teilweisen Revision gegen klageabweisende Anfechtungsklagen. Zur Teilbarkeit eines VA als Voraussetzung der teilweisen Anfechtungsklage allgemein auch Eyermann/Schübel-Pfister, VwGO, 16. Aufl., § 113 Rn. 11.

und dieses Vertrauen auch betätigt haben; und (3) das Vertrauen des Bürgers muss schutzwürdig und schutzbedürftig sein.²⁰³ Diese Voraussetzungen dürften hier nicht vorliegen.

(214) Zwar hat die BNetzA durch den Erlass der ursprünglichen PKE III und IV (2018) sowie die Inkorporation der Frequenznutzungsbestimmungen bzw. Zahlungsmodalitäten in die FrZB bzw. ZFB einen Vertrauenstatbestand gesetzt. Ob auf Seiten der MNB eine Vertrauensbetätigung vorliegt, ist im Falle der PKE III (2018) offen, für die PKE IV (2018) fernliegend:

(215) Die [REDACTED] haben die Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG – insbesondere die Versorgungsverpflichtungen – als Teil der PKE III (2018) nach hiesigem Kenntnisstand erfüllt und damit Vermögensdispositionen getätigt. [REDACTED]
[REDACTED] Bei den PKE III und IV handelt es sich um Allgemeinverfügungen i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG.²⁰⁶ Sie richten sich an alle MNB, die am Frequenzversteigerungsverfahren teilnehmen, und damit einen bestimmten bzw. zumindest bestimmbaren Personenkreis.²⁰⁷ Auch die Frage, ob dem rückwirkenden Neuerlass der PKE III (2018) der Vertrauensschutzgrundsatz entgegensteht, kann daher nur einheitlich für alle MNB beantwortet werden. *Faktisch* wirkt eine Vertrauensbetätigung eines Teils der MNB auch zugunsten der anderen MNB.²⁰⁸ Gegen eine so begründete Annahme einer umfassenden Vertrauensbetätigung spricht indes die rechtliche Selbstständigkeit von PKE III (2018) und den FrZB: Erst die FrZB begründen durch die Rezeption der Frequenznutzungsbestimmungen (Rn. (209)) individuelle und durchsetzbare²⁰⁹ Pflichten der MNB zur Umsetzung der Frequenznutzungsbestimmungen. Es liegt daher nahe, dass die MNB u.a. den Versorgungsverpflichtungen im Vertrauen auf den Bestand

²⁰³ Umfassend *Rottenwallner*, DVP 2015, 135 (139 ff.); *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, S. 42, 45 f., 89; *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, 1983, S. 79 ff., 96 ff., 112 ff.; *Froese* in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts Band III, 1. Auflage 2022, § 74 Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, Rn. 26, 29 ff., 57 ff.; *De Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 245.

²⁰⁴ Vgl. zum Vertrauensschutz als Dispositionsschutz *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2000, S. 41 ff.; *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 96 ff.

²⁰⁵ [REDACTED]

²⁰⁶ Zu dieser Qualifizierung der PKE s. etwa BVerwG NVwZ 2013, 726 (727 f. Rn. 17, 22 ff.); BVerwG NVwZ 2020, 1672 (Rn. 15); BVerwG, Beschluss vom 19. März 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 6, juris; Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 61 Rn. 6.

²⁰⁷ Vgl. Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 94.

²⁰⁸ Diskutieren ließe sich, ob eine Vertrauensbetätigung nur eines der vier MNB genügen würde, oder ob eine ebensolche der Mehrheit der MNB notwendig ist. [REDACTED]

²⁰⁹ Insbesondere nach § 202 TKG.

der FrZB – und nicht der PKE III (2018) – nachgekommen sind. Für Letztere würde es dann an der notwendigen Kausalität für die Vertrauensbetätigung fehlen.²¹⁰ Dies gilt umso mehr, als dass die Aufhebung der PKE III (2018) für die Wirksamkeit (§ 43 Abs. 1 VwVfG) der FrZB mangels Akzessorietätsverhältnis ohne Bedeutung ist (s. Rn. (120)).

(216) Was die PKE IV (2018) angeht, spricht mehr gegen die Annahme einer Vertrauensbetätigung der MNB: Zum einen erfolgte die Zahlung des Zuschlagspreises nicht gemäß den Fälligkeitsbestimmungen in Ziff. IV.4.1 PKE IV (2018), sondern ratenweise gemäß den widersprechenden Fälligkeitsregelungen der (rechtswidrigen) öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen BMVI/BMF und den MNB.²¹¹ Gegen eine Vertrauensbetätigung gerade im Hinblick auf die PKE IV (2018) spricht überdies, dass erst die ZFB²¹² eine individualisierte und durchsetzbare Pflicht der MNB zur Zahlung des Höchstgebots gemäß den Zahlungsmodalitäten der PKE IV (2018) begründen.

(217) Unabhängig von der Frage einer Vertrauensbetätigung dürfte es jedenfalls an der Schutzwürdigkeit eines etwaigen Vertrauens der MNB fehlen. Zum rückwirkenden Erlass telekommunikationsrechtlicher Entgeltgenehmigungspflichten (nunmehr §§ 38 ff. TKG) lehnte das BVerwG die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Regulierungsadressaten ab, wenn dieser „nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge zurückbezogen wird, insbesondere wegen des Rechtsscheins, den die ursprüngliche Regulierungsverfügung erzeugt hat, mit der Regelung rechnen musste.“²¹³ Ebendies war in der dortigen Konstellation der Fall. Weil die ursprüngliche Anordnung der Entgeltgenehmigungspflicht unwirksam war, hatte die BNetzA diese – nachdem die Unwirksamkeit offenbar wurde – durch eine mit Rückwirkung ausgestattete wirksame Verfügung ersetzt. Ihrem Regelungsinhalt nach entsprachen sich beide VA. Der EuGH legt in seinen Entscheidungen zum Vertrauensschutz als Grenze des rückwirkenden Erlasses von Rechtsakten durch Unionsorgane (s. schon Rn. (203)) vergleichbare Maßstäbe an: Ersetzt der rückwirkende Rechtsakt lediglich einen (im Wesentlichen) inhaltsgleichen, aber unwirksamen Rechtsakt, können

²¹⁰ Vgl. *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 96 ff.

²¹¹ Die Rechtswidrigkeit und etwaige Nichtigkeit der öffentlich-rechtlichen Verträge wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft. Die Frage, ob die (zumindest rechtswidrigen) öffentlich-rechtlichen Verträge ein schutzwürdiges Vertrauen der MNB begründen, welches die Anwendbarkeit der Fälligkeitsregelung der PKE IV (2018) ausschließen könnte, ist an dieser Stelle nicht von Belang. Hier geht es allein um die Frage, ob die PKE IV (2018) selbst ein schutzwürdiges Vertrauen begründen kann.

²¹² Trotz ihrer Akzessorietät handelt es sich bei den ZFB um gegenüber der PKE IV rechtlich selbstständige VA. Andernfalls wäre für die Annahme eines solchen Wirksamkeitszusammenhangs bereits kein Raum.

²¹³ BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 6 C 36/10 –, Rn. 22, juris, bestätigt in BVerwG, Beschluss vom 22. Juli 2014 – 6 B 50/13 –, Rn. 12 f., juris.

sich die Betroffenen jedenfalls in der Regel nicht auf den Vertrauensschutzgrundsatz berufen.²¹⁴

- (218) Die hiesige Konstellation ist grundsätzlich vergleichbar mit dem vom BVerwG entschiedenen Sachverhalt, sodass es schon aus diesem Grund an einer Schutzwürdigkeit des Vertrauens fehlen dürfte. Die BNetzA hat zunächst am 26. November 2018 die PKE III und IV (2018) erlassen, die (sogar) wirksam und lediglich rechtswidrig waren. Neue, rückwirkende PKE III und IV hätten lediglich die Funktion, die rechtswidrigen und gem. § 48 VwVfG aufgehobenen PKE durch rechtmäßige PKE zu ersetzen. Ein schutzwürdiges Vertrauen wäre im Sinne der Rechtsprechung lediglich bei erheblichen inhaltlichen Abweichungen der neuen gegenüber den bisherigen PKE denkbar.
- (219) Selbst wenn man unterstellt, die neuen PKE III und IV würden in diesem Sinne erheblich von den PKE III und IV (2018) abweichen, verblieben jedoch erhebliche Zweifel an der Schutzwürdigkeit des Vertrauens. Die [REDACTED] hat ihre Verpflichtungsklage vor dem VG Köln bereits am 20. Dezember 2018 erhoben.²¹⁵ Der frühestmögliche Zeitpunkt, in dem man eine schutzwürdige Vertrauensbetätigung der MNB annehmen könnte, wäre jedoch erst die Durchführung der Auktion im Juni 2019. In diesem Zeitpunkt aber mussten die MNB bereits mit der gerichtlichen Aufhebung und der behördlichen Neubescheidung gem. § 113 Abs. 5 VwGO rechnen. Entsprechend der Wertung des § 50 VwVfG als allgemeinem Rechtsgedanken²¹⁶ spricht daher einiges gegen die Schutzwürdigkeit des Vertrauens.
- (220) Schließlich liegt es nahe, dass die Unionsrechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) einer Schutzwürdigkeit des Vertrauens der MNB entgegensteht. Auch wenn die Einzelheiten nicht geklärt sind, spricht viel dafür, dass ein solcher Unionsrechtsverstoß der Schutzwürdigkeit des Vertrauens regelmäßig entgegensteht.²¹⁷ Dass auch das Unionsrecht selbst den rückwirkenden Erlass von Rechtsakten kennt (s. Rn. (203)), steht dem nicht entgegen. Auch dort bildet der Grundsatz des Vertrauensschutzes eine der Grenzen für die Zulässigkeit rückwirkender VA.

²¹⁴ EuGH, Urteil v. 30.09.1982, Rs. 108/81, ECLI:EU:C: 1982:322, Rn. 9 ff.; EuGH, Urteil v. 13.11. 1990, Rs. C-331/88, ECLI:EU:C:1990:39, Rn. 47.

²¹⁵ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 209, juris.

²¹⁶ Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl. 2024, § 50 Rn. 5; HK-VerwR/Kastner, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 50 Rn. 2.

²¹⁷ Vgl. zum EU-Beihilfenrecht EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Rs. C-24/95, Rn. 25, 41 f. sowie im Überblick MüKoEuWettbR/Karpenstein/Dingemann, 4. Aufl. 2022, Teil 12. Rn. 17, 95 f.

c) Eingeschränkte praktische Bedeutung der Frage

(221) Die BNetzA ist auf Grundlage des Urteils des VG Köln nicht dazu verpflichtet, die PKE III und IV (2018) rückwirkend aufzuheben und beide VA rückwirkend neu zu erlassen. Hebt die BNetzA die PKE III und IV (2018) lediglich mit Wirkung ex nunc auf, stellt sich die Frage eines rückwirkenden Neuerlasses beider PKE nicht. Weil die PKE III und IV (2018) bis zum Zeitpunkt ihrer Aufhebung wirksam blieben, besteht in diesem Fall schlicht keine Notwendigkeit für einen *rückwirkenden* Neuerlass.²¹⁸ Lediglich dann, wenn die BNetzA sich zu einer rückwirkenden Aufhebung der PKE III und IV (2018) entschließt, wird sich die Frage stellen, ob sie aufgrund dieser rückwirkenden Aufhebung auch zu einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV rechtlich verpflichtet ist bzw. dies zumindest zweckmäßig wäre (s. Rn. (195) ff.). Ob ein solches Vorgehen rechtmäßig wäre, erscheint zumindest möglich, auch wenn sich nicht sämtliche Bedenken ausräumen lassen (Rn. (197) ff.).

3. Notwendigkeit der Durchführung einer neuen Frequenzauktion?

(222) Ob die BNetzA in Folge des Urteils des VG Köln zu einer tatsächlichen Wiederholung der Frequenzauktion verpflichtet ist, ist entscheidend dafür, ob sich ihr weiteres Vorgehen an Szenario 1 oder Szenario 2 ausrichten haben wird. Nachfolgend wird untersucht, ob eine solche Rechtspflicht besteht (a)). Sodann werden etwaige Besonderheiten dargelegt, die sich bei einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV ergeben würden (b)). Schließlich wird auf den zeitlichen Rahmen einer (etwaigen) Auktionswiederholung eingegangen. Im Zentrum steht hier die Frage, ob ihre zeitliche Verschiebung auf das Jahr 2028/29 zwecks Verknüpfung mit der Versteigerung weiterer Frequenzbereiche möglich ist (c)).

a) Rechtliche Pflicht zur Durchführung einer neuen Auktion?

(223) Ob die BNetzA in Folge des Urteils des VG Köln eine rechtliche Pflicht zur Durchführung einer erneuten Auktion trifft, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit feststellen. Die deutlich besseren Gründe sprechen jedoch dafür, dass ein Absehen von einer Auktionswiederholung *jedenfalls* dann möglich ist, wenn die neu zu erlassenden PKE III und IV – insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen – nicht in wesentlichen Punkten gegenüber denjenigen der PKE III und IV (2018) abweichen; je weitergehend die neuen den 2018er-

²¹⁸ Vielmehr würde sich die Frage stellen, ob ein rückwirkender Neuerlass trotz nur ex nunc wirkender Aufhebung der PKE III und IV (2018) nicht seinerseits rechtswidrig wäre. Rechtsdogmatisch existierten in einem solchen Fall für die Jahre 2018 bis (zumindest) 2025 gleichzeitig je zwei PKE III und IV, die denselben Regelungsgegenstand betreffen aber (u.U.) zum Teil voneinander abweichende Regelungen enthielten.

Frequenznutzungsbestimmungen entsprechen, desto eher wäre das Absehen von einer Auktionswiederholung vertretbar.

- (224) Darüber hinaus wird es bei der Entscheidung für oder gegen die Auktionswiederholung auf das Rechtsschutzziel der [REDACTED] sowie dasjenige der Kläger noch anhängiger Verfahren ankommen. Zentral wird schließlich sein, ob aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG eine Rechtspflicht folgt, in Folge des Erlasses (neuer) PKE III und IV auch die Auktion tatsächlich zu wiederholen. Im Ergebnis dürfte auch nach diesen Maßgaben keine Pflicht zur Auktionswiederholung bestehen.
- (225) Sprechen damit zwar ganz erhebliche Gründe dafür, dass die BNetzA zumindest in der hiesigen Konstellation von einer Auktionswiederholung wird absehen können, so ist diese Auffassung dennoch nicht zwingend. Insbesondere finden sich in Beschlüssen des VG Köln – nicht hingegen in den hier zentralen, die BNetzA zur Neubescheidung verpflichtenden Urteilen – Hinweise darauf, dass das Gericht von einer Auktionswiederholungspflicht ausgeht. Der Verzicht auf eine erneute Auktion – das Szenario 1 – wäre auch daher mit nicht unerheblichen rechtlichen Risiken behaftet. Entsprechendes gilt allerdings auch für den umgekehrten Fall: Sollte die BNetzA die Auktion wiederholen, sich eine solche Wiederholung jedoch im Nachhinein als rechtlich nicht notwendig erweisen, könnte auch dies u.U. die (erneute bzw. weitere) Rechtswidrigkeit des Frequenzvergabeverfahrens zur Folge haben. Dieses rechtliche Risiko auch für das Szenario 2 tritt zu dessen tatsächlich-wirtschaftlichen Nachteilen in Gestalt etwaiger Rückzahlungs-, Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche, [REDACTED] sowie der unvermeidbaren Disruptionen im Telekommunikationsmarkt hinzu.

aa) Mögliche Auffassung des VG Köln: Pflicht zur Wiederholung der Frequenzauktion

- (226) Es liegt nahe, dass das VG Köln in einem etwaigen Verwaltungsrechtsstreit die Ansicht vertreten wird, dass die BNetzA aufgrund des Urteils des VG Köln vom 26. August 2024 zur Wiederholung der Frequenzauktion – also zur Durchführung einer neuen Auktion auf Grundlage rechtmäßiger PKE – verpflichtet war.
- (227) In zwei gegen die PKE I und II (2018) respektive PKE III (2018) gerichteten erfolglosen Eilverfahren führte das VG Köln im Rahmen der Interessenabwägung aus, das öffentliche Interesse am sofortigen Vollzug der PKE überwiege das Aussetzungsinteresse der (jeweiligen) Antragstellerin. Sollte die Antragstellerin nämlich in der Hauptsache obsiegen, „müsste die [BNetzA] ein zwischenzeitlich durchgeführtes Versteigerungsverfahren gegebenenfalls

rückabwickeln oder wiederholen.“²¹⁹ Nähere Ausführungen dazu, wie eine solche Rückabwicklung oder Wiederholung auszusehen hätte, finden sich allerdings nicht.

- (228) Zu berücksichtigen ist jedoch, dass beiden Eilverfahren ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zugrunde lag, in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft war.²²⁰ Denkbar ist daher, dass die Ausführungen zur Wiederholung des Frequenzvergabeverfahrens vor dem Hintergrund zu lesen sind, dass bei Erfolg der Anfechtungsklage das Gericht die VA grundsätzlich mit Wirkung ex tunc aufhebt.²²¹ Im Falle der hier maßgeblichen Verpflichtungsklage hingegen kann die BNetzA nach der ausdrücklichen Feststellung des BVerwG die PKE III und IV (2018) auch lediglich mit Wirkung ex nunc oder pro futuro aufheben (s. Rn. (96) ff.). Daher ist es keinesfalls zwingend, dass das VG Köln seine angedeutete Rechtsauffassung in einem etwaigen weiteren Verfahren in dieser Absolutheit aufrechterhalten wird.

bb) Herleitung einer Wiederholungsverpflichtung unmittelbar aus dem Urteil des VG?

- (229) Unmittelbar aus dem Urteil des VG Köln – also aus dem Entscheidungsausspruch und/oder der für die BNetzA gleichfalls verbindlichen tragenden Rechtsauffassung des VG (s. Rn. (90), (92)) – dürfte sich grundsätzlich keine Pflicht zur Auktionswiederholung ergeben. Etwas anderes ließe sich allenfalls – und dies ist keinesfalls zwingend – dann annehmen, wenn man unterstellt, aufgrund der Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) sei auch die 2019er-Auktion als Tatsachenakt rechtswidrig gewesen.

(1) Keine Pflicht aus dem Urteilstenor

- (230) Aus dem Urteilstenor selbst ergibt sich keine Verpflichtung zur erneuten Durchführung der Auktion. Streitgegenständlich und dementsprechend vollstreckbar (§§ 121, 172 VwGO) war allein der Anspruch der [REDACTED] auf Aufhebung der PKE III und IV (2018) und Neuerlass der PKE III und IV (s. Rn. (90)).
- (231) Bei der tatsächlichen Durchführung der Auktion handelt es sich hingegen um einen über den Neuerlass wirksamer VA (§ 43 Abs. 1 VwVfG) und damit den Gegenstand der hiesigen Verpflichtungsklage hinausgehenden Realakt. In der Auktionsdurchführung „realisieren“ sich zwar die Regelungen der PKE IV. Die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III bilden immerhin die Grundlage des Bietverhaltens der MNB (s. Rn. (159) ff.) und fließen

²¹⁹ VG Köln, Beschluss vom 21. Dezember 2018 – 9 L 1698/18 –, Rn. 219, juris; VG Köln, Beschluss vom 14. März 2019 – 9 L 205/19 –, Rn. 364, juris (Hervorhebung nicht im Original).

²²⁰ VG Köln, Beschluss vom 21. Dezember 2018 – 9 L 1698/18 –, Rn. 2, juris. Vgl. auch VG Köln, Beschluss vom 14. März 2019 – 9 L 205/19 –, Rn. 2, juris.

²²¹ Schoch/Schneider/Riese, 48. EL Juli 2025, VwGO § 113 Rn. 79.

damit ebenfalls in die tatsächliche Auktionsdurchführung ein. Dass dieses „Ins-Werk-Setzen“ des Regelungsgehalts der PKE III und IV über die Verpflichtung der BNetzA aus dem Urteil des VG Köln hinausgeht, folgt jedoch bereits aus einem Gegenschluss zu § 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 VwGO. Beide Normen privilegieren die Verbindung einer Anfechtungsklage mit einem aus dieser Aufhebung folgenden, auf einen Realakt gerichteten Leistungsanspruch.²²² Aus der Notwendigkeit solcher Annexanträge bzw. -aussprüche folgt, dass die Umsetzung der tatsächlichen Folgen, die sich aus der Aufhebung eines VA ergeben, vom gerichtlichen Anfechtungstenor nicht erfasst ist. Für die Verpflichtungsklage kann nichts anderes gelten: Zwar ist umstritten, ob § 113 Abs. 4 VwGO analog auf Verpflichtungsklagen anwendbar ist.²²³ Sofern eine solche Analogie abgelehnt wird, wird dies jedoch nicht etwa damit begründet, die tatsächliche Realisierung des Regelungsgehalts des von der Behörde i.S.d. § 113 Abs. 5 VwGO zu erlassenden VA sei bereits von dem Verpflichtungsausspruch umfasst. Vielmehr wird angeführt, die analoge Anwendung des § 113 Abs. 4 VwGO scheitere daran, dass – anders als bei der Anfechtungsklage – nicht das Gericht selbst den begehrten VA erlasse, sondern ein behördlicher Zwischenschritt notwendig sei. Erst nachdem die Behörde den Verpflichtungstenor erfüllt habe, komme – in einem zweiten Schritt – eine Leistungsklage auf „Umsetzung“ des VA in Betracht.²²⁴

(2) Keine Wiederholungsverpflichtung zur Vermeidung der Folgenlosigkeit des Urteils

- (232) Eine Verpflichtung zu einer erneuten Durchführung der Frequenzauktion könnte dann anzunehmen sein, wenn das Urteil andernfalls keinerlei rechtliche oder auch nur tatsächliche Folgen zeitigen würde. Dass das VG Köln ein solches „gegenstandsloses“ Urteil erlassen wollte, ist fernliegend. Im Ergebnis dürfte sich mit einer solchen Argumentation jedoch keine Wiederholungspflicht herleiten lassen. Auch ohne neue Auktion ist das Urteil nicht gegenstandslos.

²²² Schoch/Schneider/Riese, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 81, 90 ff., 190, 193; BeckOK VwGO/Decker, 72. Ed. 1.1.2025, VwGO § 113 Rn. 43 ff., 64 ff. Dass § 113 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 VwGO nicht nur Realakte, sondern auch den Erlass von VA umfassen, ist hier unerheblich.

²²³ Dafür: OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 29. Juli 2009 – 4 L 172/06 –, Rn. 33, juris; OVG Niedersachsen, Urteil vom 2. November 1999 – 7 L 3645/97 –, Rn. 177, juris; Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 113 Rn. 177. Dagegen: OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 8. März 2016 – OVG 6 B 61.15 –, Rn. 93 ff., juris; Schoch/Schneider/Riese, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 191; NK-VwGO/Wolff, 5. Aufl. 2018, VwGO § 113 Rn. 392.

²²⁴ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 8. März 2016 – OVG 6 B 61.15 –, Rn. 96 f.; Schoch/Schneider/Riese, 46. EL August 2024, VwGO § 113 Rn. 191. Zur (auch) insoweit wohl fehlenden Klagebefugnis von Diensteanbietern und MNB s. noch Rn. (255) ff., (261) ff.

- (233) Prima facie liegt eine solche Gegenstandslosigkeit allerdings nahe: Nimmt die BNetzA entsprechend dem Urteilstenor eine Neubescheidung des Antrags der [REDACTED] auf Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in die PKE III durch Neubescheidung der PKE III und IV (2018) vor, ergeben sich daraus für die 2019 durchgeführte Frequenzauktion keinerlei rechtliche oder tatsächliche Folgen. Eine regelnde Wirkung der neuen PKE III und IV für die bereits durchgeführte Auktion ist bereits denklogisch ausgeschlossen (s. Rn. (202) f.). Weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Weise können sie die Durchführung der Auktion oder das Bietverhalten der MNB, insbesondere die Einbeziehung der Frequenznutzungsbestimmungen in die Entscheidung über die abgegebenen Höchstgebote, beeinflussen.²²⁵ Unabhängig von der Frage nach dem Zeitpunkt der Rechtswirkung der neuen PKE III und IV (vgl. Rn. (96) ff.) können sie die Durchführung der Auktion (PKE IV) und den Preisbildungsmechanismus (PKE III) schon rein tatsächlich nicht beeinflussen (s. Rn. (210)).
- (234) Auf den zweiten Blick zeigt sich jedoch, dass eine solche Gegenstandslosigkeit des Urteils nicht zu besorgen ist: Es zeitigt rechtliche Folgen sowohl für die ZFB (sowie die Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide) als auch für die FrZB. Dabei kann an dieser Stelle noch offenbleiben, ob aufgrund eines Wirksamkeitszusammenhangs zwischen ZFB, Zuschlags- und Zuordnungsbescheiden einerseits und der PKE IV andererseits (s. Rn. (135) ff., (142) ff., (129)) die Aufhebung der PKE IV (2018) die (endgültige) Erledigung dieser VA zur Folge hat (§ 43 Abs. 2 VwVfG), oder ob Letztere aufgrund der Ersetzung der PKE IV (2018) durch die neue PKE IV wirksam bleiben (hierzu unten Rn. (435) ff.). Denn jedenfalls kann sich bereits aus dem Erlass neuer PKE III und IV die Notwendigkeit einer Anpassung der ZFB, Zuschlags- und Zuordnungsbescheide ergeben (s. Rn. (158) ff.). Die Neubescheidung der PKE III und IV (2018) entsprechend dem Entscheidungsausspruch des VG hat damit weitergehende rechtliche Folgen. Die Frage nach der tatsächlichen Wiederholung der Auktion stellt sich – erst – insoweit, als diese unter Umständen *zum Zwecke der rechtmäßigen Anpassung* der ZFB, Zuschlags- und Zuordnungsbescheide notwendig sein könnte (s. hierzu Rn. (271), (303), (317) ff.).
- (235) Noch deutlicher werden die Rechtswirkungen bereits des bloßen Neuerlasses der PKE III und IV, betrachtet man die Folgen für die FrZB: Zwar handelt es sich bei den Vergabe- und Auktionsbedingungen einschließlich der Frequenznutzungsbestimmungen (§ 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG) um konkret-generelle Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG).²²⁶ Im Falle der Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens nach § 100 TKG können in die FrZB

²²⁵ Vgl. zu dieser Funktion der der PKE III Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177 Rn. 13).

²²⁶ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. März 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 6, juris; BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 21, juris.

jedoch allein solche Nebenbestimmungen (§ 99 Abs. 3 TKG) – etwa Versorgungsaufgaben oder Diensteanbieterregelungen – aufgenommen werden, die bereits Bestandteil der PKE III waren, § 100 Abs. 7 S. 2 TKG (s. hierzu Rn. (209), (297) ff., (402) ff.). Der Neuerlass der PKE III ist daher die rechtliche Voraussetzung einer (etwaigen) Anpassung der FrZB. Diese Anpassung der FrZB wiederum ist Voraussetzung dafür, dass die [REDACTED] sich gegenüber den MNB auf etwaige in die neuen PKE III aufgenommene Diensteanbieterverpflichtungen berufen kann und damit ihr Rechtsschutzziel erreicht (s. sogleich Rn. (248) ff.).

(3) Keine „selbstverständliche Verpflichtung“ aufgrund der Existenz neuer PKE

(236) Denkbar ist, dass die BNetzA aufgrund der schlichten Existenz der neuen PKE III und IV eine Pflicht zur erneuten Durchführung der Frequenzauktion trifft. Deutlich in diese Richtung weisen – jedenfalls prima facie – Ausführungen des VG Leipzig. Zur Zuweisung drahtloser Übertragungskapazitäten an Rundfunkveranstalter durch die Landesmedienanstalten nach § 51a Abs. 1 RStV a.F.²²⁷ führte das Gericht aus, angesichts des Entscheidungsspielraums der Landesmedienanstalt könne der klagende Rundfunkveranstalter im Wege der Verpflichtungsklage zwar keine positive Zuweisungsentscheidung an sich begehren. Mit der einschlägigen Bescheidungsklage (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO) werde „freilich etwas begehrt, was mit der gerichtlichen Kassation als eine selbstverständliche Verpflichtung der Beklagten wiederauflebt, das Auswahl- und Zuweisungsverfahren noch einmal unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts durchzuführen“.²²⁸

(237) Gleich aus mehreren Gründen dürften sich die Ausführungen des VG Leipzig jedoch nicht auf die hiesige Konstellation übertragen lassen: Zunächst einmal ist das Zuweisungsverfahren nach § 51a RStV schon ganz grundsätzlich nicht mit dem Versteigerungsverfahren nach § 100 Abs. 5 TKG vergleichbar. Zwar ist nicht gänzlich ausgeschlossen, auch das Verfahren nach § 51a RStV a.F. als „gestuftes Verfahren“²²⁹ zu qualifizieren: Vor die Zuweisungsentscheidung (§ 51a Abs. 1, Abs. 4 RStV a.F.) tritt die Ausschreibung (§ 51a Abs. 2 RStV a.F.), welche neben Verfahrensregelungen auch Bestimmungen zu den materiellen Zuweisungs-voraussetzungen enthält. Die Auswahlentscheidung nach § 51a RStV beruht jedoch nicht auf der Durchführung eines Auktionsverfahrens. Dementsprechend fehlt es nicht nur an eine

²²⁷ Rundfunkstaatsvertrag in der Fassung vom 18.12.2008. Nunmehr § 102 Abs. 1 Medienstaatsvertrag vom 14.-28. April 2020.

²²⁸ VG Leipzig, Urteil vom 22. Mai 2019 – 1 K 3261/17 –, Rn. 106, juris unter Verweis auf VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 4. Februar 1992 – 10 S 278/91 –, Rn. 55, juris. Ähnlich auch OVG Leipzig, Beschluss vom 19. Dezember 2018 – 5 B 229/18 –, Rn. 48, juris, sowie OVG Hamburg, Urteil vom 3. März 2022 – 5 Bf 53/21 –, Rn. 67, juris

²²⁹ So zu (nunmehr) § 100 TKG BVerwG NVwZ 2009, 1558 (1561, Rn. 25); Müller-Terpitz, K&R 2002, 75 (79 f.).

solche Auktion determinierenden VA wie der PKE III und IV. Auch die Spezifika der Funktionsweise einer Auktion (s. Rn. (159) ff., (251)) spielen für das Fehlerfolgenregime des § 51a RStV keine Rolle.

- (238) Hinzu kommt, dass vor dem VG Leipzig die Zuweisungsentscheidung i.S.d. § 51a RStV bzw. deren Ablehnung streitgegenständlich war, während das VG Köln im hiesigen Fall allein über die PKE III und IV (2018) zu entscheiden hatte. Die Zuweisungsentscheidung nach § 51a RStV aber stellt bereits die „Erfüllung“ der Auswahlentscheidung dar; sie steht am Ende des Auswahlverfahrens zwischen mehreren Bewerbern. Damit korrespondiert sie (in etwa) mit den FrZB, die gem. §§ 91 Abs. 1 S. 1, Abs. 9 S. 1, 100 Abs. 7 S. 1 TKG an das Frequenzvergabeverfahren – die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern – anschließen und dessen Ergebnis „umsetzen“. Eine vergleichsweise Heranziehung der Entscheidung des VG Leipzig hätte daher nur dann im Raum gestanden, wenn das VG Köln sich mit dem Schicksal der FrZB befasst hätte.
- (239) Weiterhin lag dem Urteil des VG Leipzig²³⁰ eine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zugrunde, wohingegen die [REDACTED] lediglich eine Verpflichtungsklage erhoben hat. Angesichts der verschiedenartigen Rechtswirkungen beider Klagearten insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht (s. Rn. (96) ff.), steht auch dies der Heranziehung der Ausführungen des VG Leipzig entgegen.
- (240) Gegen die Übertragbarkeit der Ausführungen des VG Leipzig auf die hiesige Konstellation spricht überdies, dass die Klägerin vor dem VG Leipzig die Zuweisung der Übertragungskapazitäten *an sich selbst* begehrte; sie verlangte, im Rahmen einer (neuen) Auswahlentscheidung berücksichtigt zu werden. Die [REDACTED] hingegen begehrt als Diensteanbieterin nicht die Frequenzzuweisung bzw., als Voraussetzung hierfür, die Teilnahme am Auktionsverfahren (s. Rn. (248) ff., auch zum Folgenden). Sie verlangt lediglich, dass den Teilnehmern der Auktion – den MNB – diese belastende Frequenznutzungsbestimmungen auferlegt werden. Die Notwendigkeit einer neuen Auktion ergibt sich daher jedenfalls *nicht* aus der Notwendigkeit, die Klägerin an der Auktion als spezielle Form des Auswahlverfahrens zu beteiligen – anders als dies in der durch das VG Leipzig zu entscheidenden Konstellation der Fall war.

²³⁰ Entsprechendes gilt für die vom VG Leipzig herangezogene Urteil des VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 4. Februar 1992 – 10 S 278/91 –, Rn. 55, juris.

(4) Mögliche Wiederholungsverpflichtung aufgrund der Rechtswidrigkeit der 2019er-Auktion

- (241) Nicht gänzlich ausgeschlossen ist die Annahme, eine Verpflichtung zur Durchführung einer neuen Auktion ergebe sich aus einer Rechtswidrigkeit der 2019er-Auktion als Tatsachenakt. Im Ergebnis sprechen jedoch die deutlich besseren Gründe gegen eine solche Argumentation.
- (242) Prima facie hat die vom VG Köln angenommene und für die BNetzA bindend feststehende (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO, s. Rn. (92)) Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) die Rechtswidrigkeit der auf ihrer Grundlage durchgeführten 2019er-Auktion zur Folge. Die Auktion wurde nach Maßgabe der Auktionsregelungen der PKE IV (2018) und unter Zugrundelegung der Vergaberegeln der PKE III (2018), einschließlich der Frequenznutzungsbestimmungen, durchgeführt (§ 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG). Die rechtswidrigen PKE III und IV (2018) „realisierten“ sich damit in der tatsächlichen Durchführung der 2019er-Auktion. Der Inhalt der PKE III und IV als *Rechtsakte* wird in der Auktion als *tatsächlichem* Vorgang wirksam. Diese Verknüpfung der rechtlichen mit der tatsächlichen Ebene spricht dafür, dass die Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) die Auktion als solche „infiziert“. Dies gilt umso mehr, als die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III maßgebend sind für die Funktion der Auktion – die Allokation der Frequenzen als knappe Ressource²³¹ – und die Grundlage des Preisbildungsmechanismus der Auktion bilden.²³² Rechtswidrige Frequenznutzungsbestimmungen dürften daher regelmäßig die Allokation der Frequenzen verfälschen.
- (243) Die – wohl bestandskräftigen, aber u.U. ebenfalls rechtswidrigen (s. Rn. (115) ff.)) – PKE I und II änderten an einer solchermaßen hergeleiteten Rechtswidrigkeit der Auktion nichts: Die Entscheidung für die Durchführung einer Auktion (anstelle einer Ausschreibung i.S.d. § 100 Abs. 6 TKG) wird zwar bereits durch die PKE II getroffen, § 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG. Dies betrifft jedoch lediglich das „Ob“ der Durchführung einer Versteigerung. Die Art und Weise der Auktionsdurchführung – das „Wie“ – wird erst durch die PKE III und IV determiniert. Die Tragfähigkeit der soeben (Rn. (242)) dargelegten Ausführungen unterstellt (s. aber noch Rn. (245) ff.), würde die Rechtswidrigkeit der Auktion als Tatsachenakt jedoch nicht dadurch begründet, dass eine ebensolche *überhaupt* durchgeführt wurde, sondern allein mit dem „Wie“ ihrer Durchführung. Insoweit sind die PKE I und II (2018) unerheblich.

²³¹ Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 61 Rn. 54.

²³² Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177 Rn. 13).

- (244) Eine solche Rechtswidrigkeit der Auktion unterstellt, liegt eine auf Art. 20 Abs. 3 GG beruhende Pflicht der BNetzA zur Beseitigung dieser (rechtswidrigen) Folgen der (rechtswidrigen) PKE III und IV (2018) nicht gänzlich fern (vgl. Rn. (91)). Dass die [REDACTED] einen etwaigen²³³ subjektiven Beseitigungsanspruch im Wege einer Leistungsklage durchsetzen müsste (vgl. Rn. (231)) – wofür ihr im Übrigen die Klagebefugnis fehlen dürfte (s. Rn. (255) ff.) – ändert an der objektivrechtlichen Pflicht der BNetzA zur Herstellung rechtmäßiger Zustände nichts.
- (245) Ganz erhebliche Gründe sprechen jedoch gegen eine solche Argumentation. Ein Folgenbeseitigungsanspruch i.e.S. setzt einen *andauernden rechtswidrigen Zustand* voraus. Er ist ausgeschlossen, wenn der rechtswidrige Zustand legalisiert wurde bzw. eine Legalisierung zu erwarten ist.²³⁴ Es liegt aber bereits fern, die Auktion als „andauernden Zustand“ zu qualifizieren. Die Auktion ist seit 2019 beendet. Andauernde Folgen zeitigen lediglich die FrZB und die ZFB als Rechtsakte, nicht die Auktion als tatsächliche Maßnahme. Rechtsgrundlage der Frequenznutzung nach Maßgabe der (rechtswidrigen) Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) sind die den MNB erteilten FrZB, nicht die Auktion (§§ 91 Abs. 1 S. 1, Abs. 9 S. 1, 100 Abs. 7 TKG). Die ZFB sind aufgrund ihrer Akzessorietät zwar vom Fortbestand der PKE IV (2018) als Rechtsakt abhängig (s. Rn. (129)), nicht jedoch notwendigerweise von der Auktion selbst (vgl. hingegen Rn. (138) ff., (143)). Ob eine u.U. notwendige Anpassung von FrZB und ZFB an die neu zu erlassende PKE III und IV die Durchführung einer neuen Auktion voraussetzt (s. Rn. (271) ff.), ist an dieser Stelle unerheblich. Es handelt sich um eine von der Frage der Rechtswidrigkeit der Auktion und ihrer fortdauernden Wirkung unabhängige Problematik.
- (246) Unabhängig von der Frage, ob die Auktion einen andauernden Zustand begründet, bestehen – entgegen dem oben Gesagten (Rn. (242)) – Zweifel auch an ihrer Rechtswidrigkeit. Es erscheint offen, ob sich die Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) in der Auktionsdurchführung niedergeschlagen hat, ob die Rechtswidrigkeit der PKE also *kausal* war für die Art und Weise ihres tatsächlichen Ablaufs einschließlich ihres Ergebnisses. Die Verneinung dieser Kausalität spräche gegen die Rechtswidrigkeit der Auktion: Bei einer allein aus der Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) hergeleiteten Rechtswidrigkeit der Auktion als tatsächliche Maßnahme handelt es sich um eine bloße unselbstständige Folgewirkung der

²³³ Ob eine Rechtswidrigkeit der Auktion einen Folgenbeseitigungsanspruch der [REDACTED] begründen würde, erscheint indes zweifelhaft: Voraussetzung wäre die Verletzung einer subjektiven Rechtsposition der EWE Tel, BVerwG NVwZ-RR 2016, 225 (226, Rn. 14). Aufgrund der sogleich im Text dargelegten Erwägungen (Rn. (248)) liegt dies jedoch fern.

²³⁴ BVerwG NVwZ-RR 2016, 225 (226, Rn. 14) m.w.N.

Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) als Rechtsakte. Im Gegensatz zum Fall der Auktionsdurchführung ohne PKE I bis IV oder einem Abweichen der Auktionsdurchführung von den PKE (s. hierzu Rn. (356) ff.), leidet nicht die Auktion selbst an einem Rechtsfehler. Fehlt es an einer Kausalität der Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) für die Art und Weise der Auktionsdurchführung, ist eine *Folgewirkung* der Rechtswidrigkeit der PKE denknotwendig ausgeschlossen.

- (247) Die Zweifelhaftigkeit der Kausalität der Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) für die Auktionsdurchführung folgt aus der Natur der vom VG Köln festgestellten Rechtsfehler: Das VG rügt (im Anschluss an die Feststellungen des BVerwG) einzig das verfahrensfehlerhafte Zustandekommen der PKE (s. Rn. (169)). Die Kausalität der Verfahrensfehler für den Inhalt der PKE III und IV (2018) soll zwar nicht offensichtlich ausgeschlossen sein (§ 46 VwVfG),²³⁵ wird durch das VG jedoch auch nicht positiv festgestellt. Hinsichtlich der Auktion gilt, dass nur der Inhalt der PKE III und IV, nicht hingegen das Verfahren ihres Zustandekommens, sich auf die Art und Weise der Auktionsdurchführung einschließlich ihrer Allokationsfunktion und die Preisbildung auswirken kann. Nur der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen kann die Frequenzallokation verfälschen. Weil die Feststellung des hypothetischen Inhalts der PKE III und IV (2018) ohne die beanstandeten Verfahrensfehler faktisch unmöglich sein dürfte, könnte – gleichsam hilfsweise – auf den Inhalt der neu zu erlassenden PKE III und IV zurückzugreifen sein. Wie dargelegt (Rn. (157) ff.), ist nicht ausgeschlossen, dass diese in ihren inhaltlichen Festsetzungen den ursprünglichen PKE III und IV (2018) entsprechen. Wäre dies der Fall – was von der rechtmäßigen Ausübung des Ausgestaltungsspielraums der Präsidentenkammer abhängen wird (s. Rn. (146) ff., (152) ff., (171) ff.) – spräche dies dafür, dass die Verfahrensfehler beim Erlass der PKE III und IV (2018) für ihren Inhalt nicht kausal waren. In der Folge wäre auch die Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) nicht kausal für die Auktionsdurchführung 2019.

cc) Verpflichtende neue Auktion aufgrund des Rechtsschutzziels der Klägerin?

- (248) Auch zur Erreichung des Rechtsschutzziels der [REDACTED] ist die erneute Durchführung der Auktion nicht zwingend (1). Überdies dürften ihr keine verwaltungsprozessualen Mittel zur Durchsetzung einer Auktionswiederholung zur Verfügung stehen (2). Auch bei einem unterstellten Erfolg der noch anhängigen Klage von [REDACTED] – einem MNB – sprechen gewichtige Gründe gegen eine Verpflichtung zur Auktionswiederholung (3).

²³⁵ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 542 ff., juris.

(1) Auktionswiederholung für Rechtsschutzziel der Klägerin nicht notwendig

- (249) Zwar genügt der „schlichte“ Neuerlass der PKE III und IV (2018) nicht, damit die [REDACTED] ihr eigentliches Rechtsschutzziel erreicht. Eine entsprechende Beschränkung der BNetzA erscheint daher vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG nicht unproblematisch. Selbst wenn man annimmt, Art. 19 Abs. 4 GG verpflichte die BNetzA zu über den Urteilstenor hinausgehenden Maßnahmen, so dürfte dies aber jedenfalls nicht die Verpflichtung zur Auktionswiederholung umfassen. Denn die Durchführung der Auktion ist für die [REDACTED] unerheblich. Sie erlangt hierdurch keinen rechtlichen oder auch nur tatsächlichen Vorteil.
- (250) Ziel der [REDACTED] ist es, dass den MNB anstelle eines bloßen Gebotes, mit Diensteanbietern über den Netzzugang diskriminierungsfrei zu verhandeln, eine Verpflichtung zur Netzzugangsgewährung auferlegt wird (s. Rn. (1), (3)). Sollte sich die BNetzA im Rahmen ihres Ausgestaltungsspielraums (s. Rn. (154), (171) ff.) für die Aufnahme einer entsprechenden Frequenznutzungsbestimmung (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG)²³⁶ in die neue PKE III entschließen, hätte die [REDACTED] ihr „eigentliches“ Ziel jedoch noch nicht erreicht. Als Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG begründet die PKE III noch keine konkret-individuelle Pflicht der MNB zur Erfüllung der Diensteanbieterverpflichtungen.²³⁷ Solche Pflichten entstehen erst durch die FrZB (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG), die gem. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG die durch die PKE III festgesetzten Frequenznutzungsbestimmungen rezipieren (vgl. Rn. (209)).²³⁸ Damit die [REDACTED] ihr zentrales Rechtsschutzziel erreicht, ist daher die Anpassung der FrZB erforderlich (s. hierzu noch unten Rn. (402) ff.).²³⁹ Entsprechend hat die [REDACTED] gegen die FrZB Widerspruch erhoben.²⁴⁰
- (251) Eine solche Anpassung der FrZB dürfte jedoch *in der hiesigen Konstellation* nicht die tatsächliche Neudurchführung der Frequenzauktion voraussetzen (s. hierzu auch Rn. (297) ff.). In in Folge eines Vergabeverfahrens nach § 100 TKG erlassene FrZB können zwar allein solche mit der Frequenznutzung einhergehende Pflichten aufgenommen werden, die als

²³⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 26, juris zur Heranziehung von § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG a.F. als Grundlage für Diensteanbieterverpflichtungen.

²³⁷ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. März 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 6, juris; BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 21, juris.

²³⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 31 f., juris.

²³⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 31, juris.

²⁴⁰ Vgl. das Dokument „5G-Widersprüche gegen Zuteilung 2019er Auktion Stand 30.08.24(2).xlsx“. Die Notwendigkeit eines Vorverfahrens gegen die FrZB ergibt sich e contrario aus §§ 217 Abs. 2, 211 Abs. 1 TKG. Anders als die PKE I-IV werden die FrZB nicht durch Beschlusskammern erlassen (Gepert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 87), sodass das Widerspruchsverfahren nicht ausgeschlossen ist.

Frequenznutzungsbestimmungen bereits Bestandteil der PKE III waren.²⁴¹ Dieser Konnex zwischen PKE III und FrZB bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass zwischen die neu erlassenen PKE III und IV einerseits und die anzupassenden (s. Rn. (402) ff.) FrZB andererseits immer auch die tatsächliche Auktionsdurchführung treten muss:

- (252) Das BVerwG rechtfertigt die Beschränkung der FrZB auf solche Nebenbestimmungen, die Teil der PKE III waren, mit der Funktionsweise der Frequenzauktion: Ihre Allokationsfunktion könne die Versteigerung nur erfüllen, wenn sämtliche für die Preisbildung maßgeblichen Faktoren bereits im Auktionszeitpunkt feststünden.²⁴² Der wirtschaftliche Wert der Frequenznutzung und damit zugleich die dem Äquivalenzprinzip genügende Gegenleistung wird maßgeblich durch die mit der Frequenznutzung einhergehenden Pflichten i.S.d. Frequenznutzungsbestimmungen determiniert.²⁴³ Notwendig ist die tatsächliche Durchführung der Auktion damit lediglich zur Bestimmung des Auktionspreises sowie der Adressaten der FrZB – der MNB, die für einen bestimmten Frequenzblock das höchste Gebot abgegeben haben (s. hierzu schon oben Rn. (158) ff.).
- (253) Der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen und, korrespondierend, der Inhalt der Nebenbestimmungen der FrZB wird durch die tatsächliche Durchführung der Auktion hingegen nicht berührt. Die an der Auktion teilnehmenden MNB können lediglich mit den Frequenznutzungsbestimmungen *in ihrer Gesamtheit* „belastete“ Frequenzblöcke ersteigern. Der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen steht bereits *vor* Durchführung der Auktion fest.²⁴⁴ Er wird im Verfahren nach § 100 Abs. 4 TKG unter Beteiligung der interessierten Kreise durch die BNetzA bestimmt (vgl. Rn. (147)). Eine „Verhandlung“ über Art und Umfang der Frequenznutzungsbestimmungen/Nebenbestimmungen erfolgt während des Auktionsverfahrens *nicht*.
- (254) Vor diesem Hintergrund ist die erneute Durchführung der Auktion zur Verwirklichung des Rechtsschutzziels der [REDACTED] nicht notwendig.²⁴⁵ Als Diensteanbieterin ist für die

²⁴¹ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 26, 34, juris. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 31, juris; Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 90.

²⁴² BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 26, juris.

²⁴³ Vgl. auch BVerwG NVwZ 2012, 168 (174, Rn. 44).

²⁴⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 29, juris.

²⁴⁵ Entsprechend leitete das BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 22 ff., juris die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) der [REDACTED] (allein) aus 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG a.F. (nunmehr § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG n.F.) her – also der Regelung zur Aufnahme von Frequenznutzungsbestimmungen in die PKE III. Zur Frage einer subjektiven Rechtsposition von Diensteanbietern in Bezug auf die PKE IV oder die nach deren Maßgaben erfolgende tatsächliche Durchführung der Auktion äußerte sich das BVerwG nicht.

Klägerin nicht entscheidend, welche MNB welche Frequenzblöcke zu welchem Auktionspreis ersteigert haben. Dass sämtlichen erfolgreichen Auktionsteilnehmern durch die ihnen erteilten FrZB die Frequenznutzungsbestimmungen der neu beschiedenen PKE III auferlegt werden, steht bereits kraft Gesetzes fest (§ 100 Abs. 7 S. 2 TKG). Erleße die BNetzA die neuen Frequenznutzungsbestimmungen mit dem von der Klägerin begehrten Inhalt, hätte dies zur Folge, dass die [REDACTED] gegenüber sämtlichen MNB, denen entsprechend angepasste FrZB erteilt würden (s. unten Rn. (402) ff.), einen Anspruch auf Netzzugangsgewährung (anstelle eines bloßen Verhandlungsanspruchs über die Zugangsgewährung) hätte. Die „Identität“ der MNB und der Umfang der ihnen jeweils erteilten Frequenzblöcke ist für das Bestehen dieses Anspruchs unerheblich. Dass die Frequenznutzungsbestimmungen den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit determinieren (vgl. Rn. (158) ff.), ist für *Diensteanbieter* unerheblich: Diese Frage ist allein für die MNB von Interesse.

(2) Keine klageweise Durchsetzung einer Auktionswiederholung durch Diensteanbieter

- (255) Der [REDACTED] dürften auch keine verwaltungsprozessualen Mittel zur Durchsetzung einer Auktionswiederholung zur Verfügung stehen. Statthaft wäre insoweit eine Leistungsklage (s. Rn. (231)). Jedoch dürfte es Diensteanbietern an der gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog²⁴⁶ notwendigen Klagebefugnis fehlen.
- (256) Was das Frequenzvergabeverfahren gem. § 100 TKG angeht, hat das BVerwG eine drittschützende Wirkung zugunsten von Diensteanbietern (bislang) nur für den Erlass von Frequenznutzungsbestimmungen gem. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG (§ 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG a.F.) angenommen.²⁴⁷ Begründet wurde dies mit dem Diensteanbieter potentiell rechtlich begünstigenden Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen. Weil den FrZB bei Durchführung einer Frequenzauktion grundsätzlich nur solche Frequenznutzungsbestimmungen als Nebenbestimmungen beigelegt werden könnten, die bereits in die PKE III aufgenommen worden seien, könnten Diensteanbieter nicht auf gegen die FrZB gerichtete Klagen verwiesen werden, sondern müssten die Möglichkeit haben, bereits gegen die Frequenznutzungsbestimmungen als Bestandteil der PKE III vorzugehen.
- (257) Es liegt jedoch fern, aus diesen Erwägungen einen Anspruch von Diensteanbietern auf Durchführung einer Auktion abzuleiten. Die Verpflichtung zur Aufnahme (auch) von Diensteanbieterregelungen gem. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG bereits in die PKE III soll die

²⁴⁶ Zur analogen Anwendung auf die Leistungsklage s. nur BVerwGE NVwZ 2014, 64 (65 Rn. 18).

²⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 22 ff., juris. Hierzu auch Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 104 f.

Preisbildungs- und Allokationsfunktion der Frequenzauktion sicherstellen.²⁴⁸ In der Frequenzauktion als solcher realisieren sich daher lediglich die Interessen der MNB (Preisbildung) und der Allgemeinheit (optimale Allokation der Frequenzen als knapper Ressource). Für die Diensteanbieter hingegen ist der Verlauf der Auktion einschließlich des von den MNB zu entrichtenden Preises in Gestalt ihrer Höchstgebote oder der Frage, welcher MNB welche Frequenzen in welchem Umfang ersteigert, unerheblich. Allein die Aufnahme von Diensteanbieterregelungen (oder -verpflichtungen) in die PKE III stellt sicher, dass die Diensteanbieter gegen jeden in der Auktion erfolgreichen MNB einen Verhandlungs- bzw. Zugangsanspruch haben – unabhängig von dem vom MNB gezahlten Auktionspreis und unabhängig von der „Identität“ der MNB (s. zum Ganzen Rn. (158) ff., (235), (249) ff., (402) ff.).

(258) Dem dürfte auch nicht § 100 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1 TKG entgegenstehen, wonach Ziele des Frequenzvergabeverfahrens u.a. die Förderung des Wettbewerbs und der effizienten Frequenznutzung als Regulierungsziele i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 TKG sind. Zwar hat das BVerwG die drittschützende Wirkung des § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG neben den genannten Erwägungen auch mit ebendiesen beiden Zwecken des Vergabeverfahrens begründet.²⁴⁹ Allerdings bezieht das BVerwG seine Erwägungen ausschließlich auf die Allokationsfunktion der Frequenzauktion: Ob ein MNB Frequenzen dergestalt effizient nutzt, hänge u.a. davon ab, ob er Diensteanbietern eine Mitnutzungsmöglichkeit einräume und hierdurch einen wirksamen Wettbewerb ermögliche. Die Funktionsweise einer Frequenzauktion dient der Feststellung, welcher von mehreren MNB zur Erreichung dieser Regulierungsziele am besten geeignet ist. Für die Diensteanbieter aber hat die Auktionsdurchführung i.e.S. lediglich mittelbar-faktische Bedeutung. Rechtlich begünstigt werden sie allein durch die Frequenznutzungsbestimmungen.

(259) Auch aus den Grundrechten der Diensteanbieter, namentlich Art. 12 Abs. 1 GG, folgt kein Anspruch auf Auktionsdurchführung. Zwar könne, so das BVerwG, die Entscheidung über den Inhalt von Frequenznutzungsbestimmungen die Berufsfreiheit (auch) der Diensteanbieter berühren.²⁵⁰ Jedoch sind diese Erwägungen ausdrücklich auf den Erlass der PKE III beschränkt, ohne dass den Diensteanbietern ein Anspruch auf Durchführung (oder gar Teilnahme an) einer Frequenzauktion eingeräumt würde. Allein der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen in Gestalt von Diensteanbieterregelungen bzw. -verpflichtungen ist für

²⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 26, juris.

²⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 27, juris.

²⁵⁰ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 29.

die Berufsausübung von Diensteanbietern maßgeblich. Dem entspricht die ständige Praxis der BNetzA, Diensteanbieter allein im Vorfeld einer Auktion – im Verfahren des Erlasses der PKE – zu beteiligen (vgl. Rn. (147)).

- (260) Nach alledem liegt ein Anspruch von Diensteanbietern i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO auf *Durchführung* einer Frequenzauktion fern. Erst recht ausgeschlossen dürfte dann ein Anspruch auf eine *Auktionswiederholung* sein. Denkbar ist ein solcher allein bei Fehlerhaftigkeit des ursprünglichen Frequenzvergabeverfahrens. Wenn Diensteanbieter im Rahmen dieses ursprünglichen Verfahrens jedoch lediglich hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Frequenznutzungsbestimmungen, nicht hingegen der Auktionsdurchführung klagebefugt sind, ist nicht ersichtlich, woraus sich ein Anspruch auf Auktionswiederholung herleiten könnte. Durch eine Auktionswiederholung würden lediglich spezifisch der Auktion – einschließlich ihrer Allokations- und Preisbildungsfunktion – anhaftende Fehler korrigiert, nicht die Fehlerhaftigkeit von Frequenznutzungsbestimmungen als solchen.

(3) Exkurs: Pflicht zur Auktionswiederholung bei erfolgreicher Klage eines MNB gegen die PKE III und IV?

- (261) Näher läge eine (u.U. auch verwaltungsprozessual durchsetzbare) Pflicht der BNetzA zur Auktionswiederholung bei einer erfolgreichen Klage eines MNB gegen die PKE III und IV (2018). Im Ergebnis sprechen jedoch auch insoweit die besseren – allerdings nicht gänzlich zwingenden – Gründe dagegen.
- (262) Eine entsprechende Klage der ■■■ ist gegenwärtig noch vor dem VG Köln anhängig (Az. 1 K 8514/18). Wann über diese entschieden wird, ist gegenwärtig nicht absehbar. Sobald die BNetzA aufgrund des rechtskräftigen Urteils des VG Köln zum Aktenzeichen 1 K 1281/22 eine neue PKE III und IV erlässt, käme auch die Erledigung des Verfahrens 1 K 8514/18 in Betracht.²⁵¹ Auch ist der mögliche Inhalt eines gerichtlichen Entscheidungsausspruchs – sollte die Klage Erfolg haben – alles andere als klar. Die im Hauptantrag begehrte Aufnahme einer bestimmten Frequenznutzungsbestimmung *in die FrZB* unter *teilweiser* Aufhebung der *PKE III (2018)* kollidiert prima facie mit der Rechtsprechung des BVerwG zur Unteilbarkeit nicht-technischer Vergaberegeln i.S.d. § 100 Abs. 4 TKG.²⁵² Die im Hilfsantrag begehrte (vollständige) Aufhebung der PKE III (2018) lässt gänzlich offen, was der ersatzlose Wegfall einer der Grundlagen der Frequenzauktion für rechtliche Folgen zeitigen würde. Eine

²⁵¹ Allerdings begehrt ■■■ die Aufnahme einer spezifischen Frequenznutzungsbestimmung in die PKE III (2018) (nicht lediglich die Neubescheidung) *und* die entsprechende Anpassung der FrZB. Dass die BNetzA diesem Begehren vollumfänglich nachkommt, liegt jedenfalls nicht auf der Hand.

²⁵² Vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Oktober 2021 – 6 C 13/20 –, Rn. 11 ff., juris.

Auktionswiederholung setzte zumindest die Existenz neuer bzw. abgeänderter PKE III und IV voraus.

- (263) Selbst wenn die BNetzA auf die Klage von ■■■ hin zum gänzlichen oder teilweisen Neuerlass der PKE III (2018) (und ggf. der PKE IV (2018)) verpflichtet würde, spricht viel dafür, dass eine Pflicht zur Auktionswiederholung nicht allein daraus folgt, dass es sich bei der Klägerin um einen MNB – nicht um einen Diensteanbieter – handelt.
- (264) Anders als bei Diensteanbietern kann einer Auktionswiederholungspflicht aufgrund einer erfolgreichen Klage eines MNB allerdings nicht entgegengehalten werden, diese sei zur Erreichung seines Rechtsschutzziels i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht erforderlich. Für Diensteanbieter steht bereits mit der Aufnahme sie begünstigender Frequenznutzungsbestimmungen in die PKE III fest, dass diese unabhängig vom Ergebnis der Auktion Bestandteil der FrZB werden; das Auktionsergebnis – welche MNB zu welchen Höchstgeboten welche Frequenzbereiche ersteigern – ist für Diensteanbieter nicht von Interesse (s. Rn. (256) ff.). Die Interessen der MNB stellen sich gänzlich anders dar: Zwar haben auch sie nur die Wahl zwischen der Ersteigerung von mit den Frequenznutzungsbestimmungen *in ihrer Gesamtheit* „belasteten“ Frequenzbereichen oder dem gänzlichen Verzicht auf die Ersteigerung. Erst durch die tatsächliche Durchführung der Auktion wird jedoch die Höhe der wirtschaftlichen Belastung der MNB für die nachfolgende Frequenznutzungsmöglichkeit – die Höhe des Auktionspreises unter Berücksichtigung der Frequenznutzungsbestimmungen – und, korrespondierend, der Umfang der vom jeweiligen MNB ersteigerten Frequenzbereiche bestimmt. Die sich erst und nur in der tatsächlichen Auktionsdurchführung realisierende Preisbildungsfunktion der Auktion ist für die MNB von ganz erheblichem Interesse. Haben die MNB ihren Anspruch auf Neuerlass der PKE III und IV durchgesetzt, erscheint eine Auktionswiederholung daher prima facie geboten.
- (265) Ob dies auch für die konkrete Klage von ■■■ gilt, ist allerdings alles andere als zwingend: Ziel des Unternehmens ist es, durch die Aufnahme von nationalen Roaming-Verpflichtungen (§ 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG) als Nebenbestimmungen in die FrZB (§ 99 Abs. 3 TKG) Roamingzugang zu den Netzen der anderen MNB zugunsten der eigenen Kunden zu erhalten. Die Position von ■■■ erscheint insoweit derjenigen von Diensteanbietern wie der ■■■ zumindest angenähert: Auch ■■■ begehrt den Erlass von die (anderen) MNB belastende, das eigene Unternehmen begünstigende Frequenznutzungsbestimmungen.
- (266) Auch unabhängig von dieser Sonderkonstellation sprechen jedoch ganz gewichtige Gründe gegen eine Auktionswiederholungspflicht aufgrund einer gegen die bzw. auf Neuerlass der PKE III und IV gerichteten Klage von MNB: Die tatsächliche Auktionsdurchführung berührt

zwar die wirtschaftlichen Interessen der MNB. Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, dass sie nicht den Schutz ihrer rechtlichen Interessen bezweckt. In der Folge dürften die MNB keinen rechtlichen Anspruch auf Durchführung einer Auktion haben und, korrespondierend, aufgrund ihrer fehlenden Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO (ggf. analog)²⁵³) gegen die Nichtdurchführung einer Auktion nicht gerichtlich vorgehen können.

(267) Funktion der Frequenzauktion ist die Allokation der Frequenzen. Durch die einem Auktionsverfahren inhärenten wirtschaftlichen Mechanismen wird ihr Marktpreis in Gestalt des Versteigerungserlöses als äquivalente Gegenleistung für die Möglichkeit der Frequenznutzung ermittelt. Auf diese Weise dient die Auktion zugleich der Auswahl desjenigen unter mehreren Wettbewerbern, der die Frequenzen – ein knappes Gut von hohem öffentlichem Wert (vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG) – voraussichtlich am effizientesten nutzen wird.²⁵⁴ Bei dieser gerade in der tatsächlichen Durchführung der Auktion zum Ausdruck kommenden Allokations- und Preisbildungsfunktion handelt es sich um *öffentliche* Belange, nicht um subjektive Rechtspositionen der MNB. Ziel der Auktion ist es nicht, einen für die MNB möglichst günstigen Preis zu erzielen. Gewährleistet werden soll vielmehr, dass die Funkfrequenzen in einer Weise verteilt und genutzt werden, die den Interessen möglichst Vieler – MNB, Diensteanbietern und sonstigen Wettbewerbern (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 TKG), Endnutzern (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG), aber auch „der“ Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur im Allgemeinen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG), mithin: der Öffentlichkeit – dient und Interessensgegensätze ausgleicht.

(268) Diese Ansicht ist zwar nicht gänzlich zwingend. Die Vergaberegeln nach § 100 Abs. 4 TKG und die Auktionsregeln nach § 100 Abs. 5 TKG regeln jedenfalls auch die mit der Frequenznutzung bzw. der Auktionsteilnahme einhergehenden Rechte und Pflichten der MNB. Entsprechend wird die Klagebefugnis der MNB gegen die PKE III und IV bejaht.²⁵⁵ In der (tatsächlichen) Durchführung der Frequenzauktion realisiert sich der (rechtliche) Regelungsgehalt der PKE III und IV (s. auch Rn. (139), (231), (242), (358)). Wenn die MNB hinsichtlich der PKE III und IV klagebefugt sind, erscheint es daher nur konsequent, eine solche Klagebefugnis auch hinsichtlich der Auktionsdurchführung als tatsächliches Spiegelbild dieser

²⁵³ Zur analogen Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO auf sämtliche verwaltungsprozessualen Klage- und Antragsarten s. nur BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, 73. Ed. 1.4.2025, VwGO § 42 Rn. 129 ff.

²⁵⁴ BVerwG NVwZ 20012, 168 (171 Rn. 30, 174 Rn. 44 ff.); BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177 Rn. 13). Vgl. auch BT-Drs. 80/96 v. 09.02.1996, S. 39; BT-Drs. 15/2316 v. 09.01.2004, S. 80.

²⁵⁵ Mit im Einzelnen unterschiedlicher Argumentation Säcker/Körber/Offenbacher, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 75; Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 102; Kösling, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz, Berlin 2005, S. 276 f.

Rechtsakte anzunehmen. Zudem dient nach § 100 Abs. 2 S. 1 TKG „das Vergabeverfahren“ der Erreichung der Regulierungsziele der §§ 2, 87 TKG. Der Wortlaut beschränkt sich nicht auf die auktionsbezogenen Rechtsakte, sondern erlaubt die Einbeziehung auch der Auktionsdurchführung. Die Regulierungsziele des chancengleichen Wettbewerbs und der nicht-diskriminierenden Frequenzzuweisung (§§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 87 Abs. 1 Nr. 2 TKG) wiederum sind für eine Einbeziehung der Interessen der MNB jedenfalls offen, sodass deren (auch) rechtlicher Schutz denkbar ist.

- (269) Im Ergebnis überwiegen jedoch die gegen ein subjektives Recht der MNB auf Auktionsdurchführung sprechenden Gründe deutlich: Das BVerwG führt in ständiger Rechtsprechung aus, durch Anordnung eines Vergabeverfahrens (§ 91 Abs. 9 TKG; PKE I) wandle sich der Anspruch von MNB auf Frequenzzuteilung (§ 91 Abs. 5 TKG) in einen Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Vergabeverfahren.²⁵⁶ Dieser wandle sich erst dann wieder in einen Zuteilungsanspruch um, wenn der MNB sich im Vergabeverfahren gegen Mitbewerber durchgesetzt habe.²⁵⁷ Prima facie scheint dies zwar *für* ein Recht der MNB auf Auktionsdurchführung zu sprechen: Die tatsächliche Durchführung der Auktion ist Voraussetzung einer chancengleichen Teilnahme der MNB hieran. Jedoch dürfte diese Rechtsprechung im Sinne eines bloßen *derivativen Teilhaberechts* zu verstehen sein.²⁵⁸ Die MNB haben keinen (originären) Anspruch darauf, dass die BNetzA ein Frequenzvergabeverfahren i.S.d. §§ 91 Abs. 9, 100 TKG anordnet; nur *wenn* sie dies bereits getan hat, besteht ein Teilnahmeanspruch. Der Teilnahmeanspruch bezieht sich auf das Vergabeverfahren in seiner Gesamtheit, also einschließlich der Auktion. Wenn allerdings die BNetzA in *objektiv* rechtmäßiger Weise trotz Anordnung eines Vergabeverfahrens auf die Auktionsdurchführung – hier: die Auktionswiederholung – verzichten kann, steht diesem Verzicht kein subjektiver Teilhabeanspruch der MNB entgegen. Das Absehen von einer Auktion bedeutet die Durchführung eines gegenüber § 100 TKG modifizierten Vergabeverfahrens. Ein *Teilhabeanspruch* kann daher von vornherein nur auf gleichheitsgerechte Teilnahme an diesem modifizierten Verfahren gerichtet sein – und nicht etwa darauf, dass die BNetzA das Frequenzvergabeverfahren in nicht-modifizierter Weise einschließlich einer Frequenzauktion durchführt. Letzteres käme einem originären Leistungsrecht gleich. Die objektive Rechtmäßigkeit

²⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, Rn. 16, juris; BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 19, juris; BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 3/10 –, Rn. 14, 36, juris; BVerwG, Urteil vom 1. September 2009 – 6 C 4/09 –, Rn. 16, juris.

²⁵⁷ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, Rn. 40, juris; BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 3/10 –, Rn. 36, juris.

²⁵⁸ Vgl. allgemein zur Unterscheidung zwischen derivativen Teilhabe- und originären Leistungsrechten Sachs/Nußberger/Hey, GG, 10. Aufl., Art. 3 Rn. 53 ff.

des Absehens von einer Auktion wiederum beurteilt sich unabhängig davon, ob MNB oder Diensteanbieter hiergegen vorgehen. Insoweit gelten die in diesem Abschnitt (C.II.3.) angestellten weiteren Erwägungen. Maßgeblich dürfte insbesondere sein, ob eine in Folge des Neuerlasses der PKE III und IV ggf. notwendige Anpassung der FrZB und ZFB auch ohne tatsächliche Auktionsdurchführung möglich ist (s. Rn. (271) ff., (397) ff., (432) ff.).

- (270) Hinzu kommt, dass das BVerwG das Teilhaberecht als Substitut speziell des Frequenzzuteilungsanspruchs i.S.d. § 91 Abs. 5 TKG entwickelt hat, nicht etwa in Bezug auf die wirtschaftlichen Interessen der MNB an der Preisbildung im Auktionswege. Sofern der Zuteilungsanspruch durch den Verzicht auf die Auktion – hier: die Auktionswiederholung – nicht beeinträchtigt wird, scheidet die Herleitung eines Anspruchs auf Auktionsdurchführung unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BVerwG daher von vornherein aus.

dd) Auktionswiederholung zwecks Anpassung der auf Grundlage der 2019er-Auktion ergangenen VA

- (271) Eine Pflicht zur Wiederholung der Auktion könnte dann bestehen, wenn aufgrund der neu erlassenen PKE III und IV die in Folge der 2019er-Auktion ergangenen VA anzupassen wären ((1)) *und* eine solche Anpassung aus rechtlichen *oder* tatsächlichen Gründen allein nach Durchführung einer neuen Auktion möglich wäre ((2) bis (4)). Bei der Beantwortung dieser Frage besteht allerdings die Gefahr eines Zirkelschlusses ((5)).
- (272) Im Ergebnis sprechen überzeugende Gründe dafür, dass die BNetzA lediglich dann zur Wiederholung der Frequenzauktion rechtlich verpflichtet wäre, wenn die neu zu erlassenden PKE III und IV, insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen, *wesentlich* von den PKE III und IV (2018) abweichen. In diesem Fall setzt die Anpassung des Auktionspreises (= der ZFB) an den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit nach Maßgabe der wirtschaftlichen Äquivalenz eine Auktionswiederholung voraus. Bei *nur unwesentlichen Änderungen* hingegen erfüllt die 2019 durchgeführte Auktion ihre Preisbildungsfunktion weiterhin, sodass die BNetzA in rechtmäßiger Weise von einer Auktionswiederholung absehen können dürfte. Etwaige geringfügige Anpassungen insbesondere der FrZB und ZFB können auch ohne erneute Auktion erfolgen.

(1) Notwendigkeit der Anpassung der VA bei (hypothetischem) abweichendem Auktionsergebnis

- (273) Eine Anpassung der FrZB, ZFB, Zuschlags- und Zuteilungsbescheide dürfte nur dann im Raum stehen, wenn eine hypothetische Auktionswiederholung auf Grundlage der neuen PKE III und IV zu einem anderen Auktionsergebnis – also anderen Höchstgeboten und/oder anderen höchstbietenden MNB für die verschiedenen Frequenzblöcke – führen würde. Bei

einem zu erwartenden identischen Auktionsergebnis wären in der Folge hingegen sämtliche VA mit identischem Inhalt neu zu erlassen. Die Auktionswiederholung stellte sich dann als bloßer Formalismus dar. Sie wäre für die anzupassenden bzw. neu zu erlassenden VA (s. unten Rn. (397) ff., (432) ff.) nicht kausal. Jedenfalls dem Rechtsgedanken nach lässt sich hier die Rechtsprechung des BVerwG heranziehen, wonach die Rücknahme eines VA nach § 48 VwVfG unterbleibt, wenn die Behörde alsbald einen VA mit identischem Inhalt erneut erlassen müsste (s. schon Rn. (119)).²⁵⁹ Wenn sich die neuen PKE III und IV nicht auf die tatsächliche Auktionsdurchführung auswirken, dürfte, spiegelbildlich, ausgeschlossen sein, dass die Rechtsfehlerhaftigkeit der PKE III und IV (2018) kausal war für die Auktionsdurchführung und damit auch das Ergebnis dieser Auktion (s. schon Rn. (246) f.). Die FrZB, ZFB, Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide wiederum bilden dieses Auktionsergebnis ab; es findet in ihnen seinen *rechtsförmigen* Ausdruck. Die Durchführung der Auktion ist – auch unter Berücksichtigung ihrer Allokations- und Preisbildungsfunktion – kein Selbstzweck. Sie stellt lediglich eine besondere Verfahrensvariante zur Bestimmung der Adressaten und des Inhalts dieser VA dar. Durch den Auktionsmechanismus wird sichergestellt, dass die Frequenzen den nach Maßgabe der Regulierungsziele (§§ 2, 87 TKG) am besten „geeigneten“ MNB i.S.d. § 91 Abs. 1 TKG zugeteilt werden. Die Auktion bestimmt die Adressaten der FrZB. Zugleich wird vermittels der Höchstgebote der Inhalt (§ 37 Abs. 1 VwVfG) der ZFB festgesetzt.

(274) Allerdings erscheint es nicht unproblematisch, solche weitreichenden Rechtsfolgen – die Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer Auktionswiederholungspflicht – allein bzw. primär auf Grundlage einer solchen hypothetischen Betrachtungsweise zu treffen. Dies gilt bereits deshalb, weil ein anderes Auktionsergebnis nicht nur auf Änderungen der neuen PKE III und IV, sondern auch auf tatsächlich seit 2019 eingetretenen Umstandsänderungen beruhen kann (s. Rn. (276) f.). Insbesondere aber lassen sich die rechtlichen Maßgaben einer solchen hypothetischen Betrachtung nur wenig konkretisieren (s. Rn. (278) ff.). Die Entscheidung der BNetzA für oder gegen die Auktionswiederholung wäre rechtlich kaum anleit- und nachprüfbar.

(275) Die hypothetische Betrachtungsweise ist daher durch weitere Erwägungen einzuhegen: Maßgeblich ist zum einen der Zweck der Auktion. Ihre Durchführung – einschließlich ihrer Wiederholung – ist kein Selbstzweck. Sie hat eine Allokations- und Preisbildungsfunktion (s. insb. Rn. (158) ff., (257) ff.), die sich wiederum im Inhalt der FrZB (dem Umfang der einem MNB zugewiesenen Frequenzen) und der ZFB (der für die

²⁵⁹ BVerwGE 68, 151 (153); BVerwG NVwZ 2010, 1369 (1371).

Frequenznutzungsmöglichkeit zu zahlenden Gegenleistung) manifestiert. Für die Frage der Notwendigkeit einer Auktionswiederholung ist es daher zentral, ob die 2019 durchgeführte Auktion trotz der neu erlassenen PKE III und IV diese Funktionen weiterhin erfüllen kann. Zum anderen ist die gesetzliche Grundlage der PKE III und IV – § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG – heranzuziehen für die Beantwortung der Frage, ob aus dem Neuerlass der PKE eine Pflicht zur Auktionswiederholung folgt (s. hierzu Rn. (322) ff.).

(a) *Mögliche Gründe für abweichendes Auktionsergebnis*

- (276) Im Wesentlichen²⁶⁰ zwei Gründe könnten dazu führen, dass eine Wiederholung der Auktion zu einem anderen Ergebnis führt als die 2019er-Auktion: Zum einen wäre dies bei Abweichungen im Inhalt der neuen PKE III und IV der Fall. Abweichende Frequenznutzungsbestimmungen würden den wirtschaftlichen Wert der Nutzung der zur Versteigerung anstehenden Frequenzblöcke beeinflussen. Es liegt nahe, dass in der Folge auch das Bietverhalten der MNB anders ausfallen würde als bei der 2019er-Auktion. Abweichungen bei den Höchstgeboten und den für die verschiedenen Frequenzblöcke erfolgreichen Auktionsteilnehmern liegen daher auf der Hand. Welche Qualität bzw. welchen „Grad“ solche Änderungen aufweisen müssten, damit von einem abweichenden Bietverhalten und damit einem (hypothetisch) abweichenden Auktionsergebnis auszugehen wäre, lässt sich allerdings abstrakt kaum bestimmen (s. aber noch sogleich Rn. (278) ff.).
- (277) Zum anderen könnte aber auch die schlichte Veränderung der tatsächlichen äußeren Umstände gegenüber der Situation 2019 zu einem anderen Bietverhalten der MNB und, in der Folge, anderen Auktionsergebnissen führen. Diese tatsächlichen Veränderungen betreffen nicht nur die allgemeinen politischen, wirtschaftlichen, technischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, welche die Mobilfunktelekommunikation (potenziell) beeinflussen. Tatsächliche Änderungen sind auch dadurch eingetreten, dass die in der Auktion 2019 erfolgreichen MNB ihre Versorgungsverpflichtungen i.S.d. Ziff. III.4 Nr. 3 bis Nr. 12 PKE III (2018), rezipiert durch die FrZB, jedenfalls in großen Teilen bereits erfüllt haben. Wie sich dies auf ihr Verhalten bei einer Auktionswiederholung auswirken würde, ist offen. Schließlich ergeben sich Unwägbarkeiten hinsichtlich der zeitlichen Dauer der im Rahmen einer erneuten Auktion noch im Raum stehenden Frequenznutzung. Ziff. III.4 Nr. 2 PKE III (2018) befristete die zu erteilenden FrZB auf den 31. Dezember 2040 (vgl. § 92 Abs. 1 TKG).

²⁶⁰ Angesichts der Eigenheiten der Auktions-Situation (vgl. Säcker/Körber/*Offenbacher*, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 53) erscheint überdies denkbar, dass schlichte Zufälligkeiten – etwa das individuelle Verhalten der beteiligten Personen – zu anderen Auktionsergebnissen führen. Dies dürfte jedoch kaum von der (möglichen) Ergebnisrelevanz aufgrund tatsächlich veränderter Verhältnisse zu trennen sein.

Ein erheblicher Teil dieses Zeitraums ist bereits abgelaufen.²⁶¹ Auch insoweit sind die Auswirkungen auf das Bietverhalten der MNB nicht sicher vorhersehbar.

(b) *Maßgaben für die Frage der Auktionswiederholung in Abhängigkeit vom Inhalt der neuen PKE III und IV*

(278) Auch wenn grundsätzlich jede minimale Änderung der PKE III und IV gegenüber den PKE III und IV (2018) das Potential hat, sich auf das Auktionsergebnis auszuwirken, ist eine Auktionswiederholung nur bei *wesentlichen* Änderungen rechtlich geboten (i.). Auf dieser Grundlage werden zunächst Maßstäbe für die Frage, wann bzw. welche Änderungen „wesentlich“ sind, dargelegt (ii.). Dies ermöglicht Schlussfolgerungen dahingehend, welche Änderungen der PKE III und IV gegenüber den PKE III und IV (2018) eine Auktionswiederholung notwendig machen würden (iii.). Im Ergebnis spricht viel dafür, der BNetzA einen (begrenzten) Einschätzungsspielraum zuzugestehen (iv.).

i. *Grundsatz: Beeinträchtigung der Auktionsfunktionen durch Änderungen*

(279) Ob und wenn ja welche Änderungen der neuen PKE III und IV gegenüber den PKE III und IV (2018) sich in welchem Maße auf das Auktionsergebnis – insbesondere die Höchstgebote – auswirken würden, lässt sich ohne tatsächliche Auktionsdurchführung nicht verlässlich feststellen. Grundsätzlich können sich bereits *minimale* Änderungen auf die primär an wirtschaftlichen Erwägungen orientierten Entscheidungen der MNB über ihr Bietverhalten auswirken. Aus diesem Grund – und angesichts der tatsächlichen seit 2019 eingetretenen Umstandsänderungen, die sich ebenfalls auf das Auktionsergebnis auswirken dürften (Rn. (277)) – liegt es *prima facie* nahe, bei jeder noch so geringfügigen Änderung eine Auktionswiederholungspflicht anzunehmen.

(280) Eine solche Ansicht kann jedoch nicht überzeugen: Durch eine Auktionswiederholung würde die Allokations- und Preisbildungsfunktion der 2019 durchgeführten Auktion aufgehoben. Ein solcher Eingriff wäre nur dann geboten, wenn diese Funktionen der 2019er-Auktion aufgrund des Inhalts der neuen PKE III und IV überholt wären, die Inhalte der neuen PKE die damalige Frequenzallokation und Preisbildung als *verfälschen* würden. Erfüllt die 2019er-Auktion hingegen trotz des Neuerlasses der PKE III und IV weiterhin ihre Funktion, bedarf es keiner Wiederholung. In diesem Fall dürfte vielmehr eine isolierte Anpassung der FrZB und der ZFB – also ohne Auktionswiederholung – möglich sein.

²⁶¹ Denkbar erscheint, dass die Präsidentenkammer bei der Neubescheidung der PKE III diese Befristung anpasst. Dann aber dürfte sich diese (wohl erhebliche) Änderung des Inhalts der PKE III i.S.d. erstgenannten Fallgruppe auf das Bietverhalten der MNB auswirken.

- (281) Die Rechtsprechung des BVerwG – wiewohl sie sich nicht mit Fragen der Auktionswiederholung im Rahmen eines „gestörten“ Frequenzvergabeverfahrens befasst – erlaubt den Schluss, dass die Allokations- und Preisbildungsfunktion der Auktion nicht bereits bei jeder noch so minimalen, sondern lediglich bei „wesentlichen“ Änderungen in diesem Sinne verfälscht würde. Nur bei solchen wesentlichen Abweichungen der PKE III und IV gegenüber den PKE III und IV (2018) dürfte daher eine Auktionswiederholung rechtlich zwingend sein. Allerdings wird darauf hingewiesen, dass es – insbesondere mangels Rechtsprechung zu dieser Frage – nicht ausgeschlossen ist, dass etwaige mit dem weiteren Vorgehen im hiesigen Fall künftig befassten Gerichte eine andere Ansicht vertreten.
- (282) Die nachfolgend erörterte „Wesentlichkeit“ von Änderungen (insbesondere) der Frequenznutzungsbestimmungen ist zentral insbesondere für die Frage, ob die 2019er-Auktion ihre Preisbildungsfunktion weiterhin erfüllt oder ob die Auktion zur Anpassung der ZFB zu wiederholen ist (s. Rn. (307) ff.).

ii. Maßstäbe für die „Wesentlichkeit“ von Änderungen der PKE III und IV

- (283) „Wesentlich“ für das Auktionsergebnis können qua definitionem nur solche Inhalte der PKE III und IV sein, die sich im Auktionsergebnis niederschlagen – also welche MNB zu welchen Höchstgeboten welche Frequenzblöcke ersteigern. Abweichungen bei Versteigerungsregeln wie Ziff. IV.1.1 (Ort der Auktion), IV.1.3 (Sicherheitsleistung), IV.2.1 (Vollmacht/Bieterschulung), IV.4 (Abschluss der Versteigerung) der PKE IV (2018) dürften daher im Regelfall unerheblich sein. Entsprechendes dürfte für andere rein formale Fragen betreffende Bestimmungen gelten. Hingegen sind die Regelungen zur Zulassung von MNB zur Versteigerung i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 1 TKG (Ziff. III.1 PKE III (2018)) bzw. die Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG (Ziff. III.4 PKE III (2018)) für die Frage, welche MNB an der Versteigerung teilnehmen und den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung – mithin die abzugebenden Höchstgebote – grundlegend. Änderungen der neuen PKE III, die sich auf den Teilnehmerkreis auswirken würden, dürften stets die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung implizieren (s. umfassend Rn. (299) ff.).
- (284) Eine Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen dürfte hingegen nur dann eine Auktionswiederholung notwendig machen, wenn diese Änderungen solche „für den Wert der Frequenznutzung *relevanten* Punkte“ betreffen. Nur wenn diese Punkte bereits vor der Auktion feststehen, kann, so das BVerwG, die Frequenzauktion ihre Funktion – die Auswahl des für die effektive Frequenznutzung am besten geeigneten Bewerbers – erfüllen. „Art und Umfang der späteren Frequenznutzung sowie die *wesentlichen* Nebenbestimmungen der Frequenzuteilungsbescheide“ müssten als Bezugspunkte der in der Auktion abgegebenen Gebote

feststehen.²⁶² Anhaltspunkte dafür, wie diese für den Wert der Frequenznutzung „relevanten“ bzw. „wesentlichen“ Punkte zu bestimmen und gegenüber nicht-wesentlichen Frequenznutzungsbestimmungen abzugrenzen sind, lassen sich der Entscheidung allerdings nicht entnehmen.

- (285) Eine Heranziehung des Rechtsgedankens des § 46 VwVfG dürfte im Ergebnis ausscheiden. Hiernach ist die Aufhebung eines (nur) formell rechtswidrigen VA ausgeschlossen, „wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.“ Zwar rügt das VG Köln mit der Verletzung des § 21 VwVfG, den unionsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit der BNetzA sowie einem Fehler im Abwägungsvorgang in Gestalt einer faktischen Vorfestlegung im Wesentlichen das Verfahren des Erlasses der PKE III und IV (2018) betreffende Fehler.²⁶³ Auf die Frage, ob diese Fehler sich auf den Inhalt der PKE III und IV (2018) ausgewirkt haben, kommt es hier jedoch gar nicht an. Auch die Folgen grundsätzlich denkbarer Verfahrensfehler bei Erlass der neuen PKE III und IV stehen hier nicht zur Debatte. Fraglich ist vielmehr allein, welche *inhaltlichen* Änderungen der *neuen* gegenüber den ursprünglichen PKE zur Notwendigkeit einer Auktionswiederholung führen. Selbst wenn man daher lediglich den Rechtsgedanken des § 46 VwVfG heranzieht, ließe sich auf diese Weise nicht das Absehen von einer Auktionswiederholung rechtfertigen. § 46 VwVfG bezweckt, aus verfahrensökonomischen Gründen einen (rechtswidrigen) VA aufrechtzuerhalten, wenn der (Verfahrens-)Fehler für die Sachentscheidung – den Regelungsinhalt des VA – *offensichtlich* nicht kausal war.²⁶⁴ Bei einer – sei es auch nur geringfügigen – Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen dürfte jedoch nie gänzlich auszuschließen sein, dass sie Einfluss auf den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung haben und damit das Auktionsergebnis beeinflussen können. Der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen ist vielmehr *grundlegend* für die Funktionsweise der Auktion (vgl. Rn. (158) ff.). Eine Aufrechterhaltung des Auktionsergebnisses der 2019er-Auktion aufgrund offensichtlich fehlender Kausalität (abweichender) Frequenznutzungsbestimmungen für das Auktionsergebnis scheidet daher aus.

²⁶² BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 34, juris (Hervorhebungen nur hier).

²⁶³ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 342, juris. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 72 ff., 105 ff. Ob die als „materieller Fehler im Abwägungsvorgang“ bezeichnete faktische Vorfestlegung (VG Köln, Rn. 579) neben der verfahrensrechtlichen auch eine materiellrechtliche Komponente aufweist, kann mangels Einschlägigkeit des § 46 VwVfG auch nur seinem Rechtsgedanken nach hier dahinstehen.

²⁶⁴ Vgl. Schoch/Schneider/Schneider, 6. EL November 2024, VwVfG § 46 Rn. 7, 48 ff.; BeckOK VwVfG/Schemmer, 67. Ed. 1.4.2025, VwVfG § 46 Rn. 1 f., 34.

- (286) Für die Frage, welche Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen die Notwendigkeit der Auktionswiederholung nach sich ziehen, ist daher zu prüfen, welche Änderungen i.S.d. Rechtsprechung des BVerwG (Rn. (284)) „relevant“ bzw. „wesentlich“ sind. Zur Bestimmung der „Wesentlichkeit“ dürfte *primär eine subjektive Betrachtungsweise* aus der Sicht der Auktionsteilnehmer heranzuziehen sein – wobei diese Frage weder in Rechtsprechung noch Literatur thematisiert wird. Maßgeblich für eine subjektive Betrachtungsweise spricht die Preisbildungsfunktion der Frequenzauktion. Welcher Preis für die Frequenznutzungsmöglichkeit als äquivalent und damit ökonomisch „richtig“ bewertet wird, hängt von dem Bietverhalten der MNB während der Auktion ab; das Bietverhalten wiederum wird durch den Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen – den mit der Frequenznutzung einhergehenden Pflichten – geleitet.²⁶⁵ Ihre Preisbildungsfunktion erfüllen die Frequenznutzungsbestimmungen damit erst im Rahmen einer (wirtschaftlichen) Bewertung *durch die Auktionsteilnehmer*. In der hiesigen Konstellation gilt dies erst recht: Alle MNB haben auf Grundlage des Ergebnisses der 2019er-Auktion einschließlich der bisherigen Frequenznutzungsbestimmungen bereits wirtschaftliche Dispositionen getätigt. Ob und welche wirtschaftlichen Folgen geänderte Frequenznutzungsbestimmungen hätten – also der Wert der (weiteren) Frequenznutzung – lässt sich nur aus der Perspektive eines jeden MNB unter Heranziehung seiner bisherigen unternehmerischen Entscheidungen bewerten.
- (287) Eine isolierte subjektive Bestimmung der „Wesentlichkeit“ von Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen dürfte dennoch ausscheiden. Zum einen würde ein solches Vorgehen die der hypothetischen Betrachtungsweise ohnehin inhärente Rechtsunsicherheit – welche Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen hätten (welche) Auswirkungen auf das Auktionsergebnis? – noch verstärken. Daher sind jedenfalls ergänzend objektive Maßstäbe heranzuziehen und die rein subjektive Betrachtung ggf. zu korrigieren. Dafür streitet auch die verfassungsrechtliche Verankerung des Äquivalenzprinzips als Maßstab für die Höhe der von den MNB für die Frequenznutzung zu erbringenden Gegenleistung.²⁶⁶ Bei einer rein subjektiven Bewertung stünden diese verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht nur faktisch zur Disposition der beteiligten Akteure, sondern wären auch rechtlich kaum nachprüfbar. Die verfassungsrechtlichen Grenzen könnten keine Wirkung entfalten. Möglich ist damit zwar eine primär subjektive Bestimmung der „Wesentlichkeit“ von Änderungen der

²⁶⁵ BVerwG NVwZ-RR 2022, 177 (177 Rn. 13); BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 Rn. 44 ff.). Umfassend zur Preisbildungsfunktion der Auktion *Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 190 ff.

²⁶⁶ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 Rn. 44).

PKE III und IV. Diese kann jedoch nicht gänzlich von objektiven Kriterien abgekoppelt werden.

iii. Anwendung der Maßstäbe auf die Änderung der PKE III und IV (2018)

- (288) In Anwendung dieser Maßstäbe lassen sich denkbare Kriterien erarbeiten, die für und gegen die Wesentlichkeit bestimmter Änderungen der PKE III und IV (neu) gegenüber den PKE III und IV (2018) sprechen.
- (289) Grundsätzlich wird sich jede – sei es auch nur ganz geringfügige – Verschärfung (oder Abmilderung) der mit der Frequenznutzung einhergehenden Pflichten auf den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit und damit das (hypothetische) Ergebnis einer Auktionswiederholung auswirken. Dies gilt insbesondere für die Aufnahme von Diensteanbieterverpflichtungen oder Verschärfungen der Versorgungsaufgaben. Diese Feststellung bildet jedoch nur den Ausgangspunkt. Aus der Formulierung des BVerwG, die *wesentlichen* Nebenbestimmungen der FrZB müssten bei der Auktionsdurchführung feststehen (Rn. (284)), folgt im Umkehrschluss, dass auch nicht-wesentliche Frequenznutzungsbestimmungen existieren. Denn nur die Frequenznutzungsbestimmungen können bei einer Frequenzvergabe im Auktionswege den FrZB als Nebenbestimmungen (§ 99 Abs. 3 TKG) beigelegt werden (s. Rn. (235), (252) f., (256)).
- (290) Ganz erhebliche Gründe sprechen dafür, dass in der hiesigen Konstellation eine Wesentlichkeit nur bei sehr weitgehenden Abweichungen der neuen Frequenznutzungsbestimmungen gegenüber denjenigen der PKE III (2018) zu bejahen wäre: Die MNB wurden mit ihrer Zulassung zur Frequenzauktion (vgl. § 100 Abs. 4 Nr. 1 TKG) über die zum damaligen Zeitpunkt (Februar 2019) bereits anhängigen Klagen insbesondere gegen die PKE III und IV (2018) informiert (s. Rn. (1) f.). Bei der wirtschaftlichen Bewertung der Frequenznutzung – der Entscheidung über die während der Auktion im Frühjahr 2019 abzugebenden Höchstgebote – war ihnen daher bekannt, dass die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) eventuell keinen Bestand haben würden. Diese Unsicherheit – also auch die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen – konnten sie bei der Entscheidung über die abzugebenden Höchstgebote „einpreisen“. In die Preisbildungsfunktion der Auktion, wie sie 2019 tatsächlich stattfand, floss die Unsicherheit über den Bestand der Frequenznutzungsbestimmungen damit ein. Erlässt die BNetzA nunmehr gegenüber der PKE III (2018) abgeänderte Frequenznutzungsbestimmungen, stellt dies eine bloße „Realisierung“ dieser Unsicherheit dar. Sofern sich die Änderungen in dem der 2019er-Auktion zugrundeliegenden „Unsicherheitsrahmen“ halten, wird daher die Preisbildungsfunktion der Auktion nicht beeinträchtigt. In den „Unsicherheitsrahmen“ dürften

zumindest solche Änderungen fallen, die im Rahmen der öffentlichen Konsultationen zwischen der BNetzA und den interessierten Kreisen ernsthaft erwogen wurden.

(291) Für eine Wesentlichkeit nur sehr weitreichender Abweichungen der Frequenznutzungsbestimmungen sprechen auch die potentiell negativen Folgen einer Auktionswiederholung für künftige Frequenzvergabeverfahren und damit zugleich die Regulierungsziele i.S.d. §§ 2, 87 TKG (s. auch Rn. (173)). Ein solches Vorgehen nach Szenario 2 bedeutete ein vollständiges „Aufschnüren“ der in Folge der 2019er-Frequenzauktion geschaffenen Frequenzordnung. Die wirtschaftlichen Dispositionen und unternehmerischen Entscheidungen sowohl der MNB als auch der Diensteanbieter wären (zumindest) beeinträchtigt. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass dies bei zukünftigen Frequenzvergabeverfahren zu einem veränderten Bietverhalten der MNB führen würde: Sie würden von vornherein einpreisen, dass die zur Vergabe anstehenden Frequenznutzungsrechte u.U. keinen dauerhaften Bestand haben werden. Ihr Bietverhalten würde durch sachfremde Aspekte verändert. Damit aber könnten künftige Auktionen die ihnen inhärente Funktion – der an ihrer effektiven Nutzung orientierte Allokation der Funkfrequenzen – nur noch eingeschränkt erfüllen. Wenn aber eine Auktionswiederholung eine solche Beeinträchtigung der Funktion künftiger Auktionen bedeutete, wäre es widersprüchlich, mit dem Argument der Wahrung der Funktion der 2019er-Auktion schon bei eher geringfügigen Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung zu begründen: Ziel der Entscheidung der BNetzA zum weiteren Vorgehen in Reaktion auf das VG-Urteil muss es sein, die Auktionsfunktion *insgesamt* – der vergangenen und der zukünftigen – zu wahren. Als „wesentlich“ dürften daher nur solche Änderungen einzustufen sein, die den Frequenznutzungsbestimmungen ein gänzlich anderes Gepräge verleihen, die neuen Nutzungsbestimmungen also gleichsam als „Aliud“ gegenüber den 2019er-Nutzungsbestimmungen erscheinen lassen würden.

(292) Ebenfalls bei der Frage der „Wesentlichkeit“ der Änderungen zu berücksichtigen sein werden schließlich die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) (s. hierzu Rn. (4), (185) ff.). Beantragen die MNB eine Verlängerung der im 2025er-Verfahren gegenständlichen FrZB, werden diesen „leitplankengeleitete“ Diensteanbieterregelungen sowie weitergehende Versorgungsaufgaben als Nebenbestimmungen beigelegt (Ziff. III.2 Nr. 2 bis Nr. 7, Nr. 8 PKE (2025)). Die MNB wären damit bei der Frequenznutzung ohnehin anderen Frequenznutzungsbestimmungen als nach der PKE III (2018) unterworfen. Darauf, dass die PKE (2025) die Verlängerungsmöglichkeit anderer Frequenzbereiche als im Vergabeverfahren 2028/19 zum Gegenstand hat, kommt es nicht an: Frequenznutzungsbestimmungen sind unternehmens-, nicht frequenzbezogen (s. Rn. (188) f., (384)). Auch der wirtschaftliche Wert der Nutzung der Frequenzen aus der 2019er-Auktion wäre damit bereits unabhängig vom Inhalt der neu zu erlassenden PKE III verändert. Ihre Änderungen gegenüber der PKE III

(2018) wären nicht kausal für den abweichenden wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung. Aus diesem Grund wäre durch die Änderungen auch die Preisbildungsfunktion der 2019er-Auktion nicht beeinträchtigt. Halten sich die neuen Frequenznutzungsbestimmungen im Rahmen derjenigen der PKE (2025), spricht dies daher gegen eine „Wesentlichkeit“ der Änderungen und damit für die Verzichtbarkeit einer Auktionswiederholung.

iv. Einschätzungsspielraum der BNetzA

- (293) Im Ergebnis spricht viel dafür, dass der BNetzA bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Änderungen der PKE III und IV ein durch die dargelegten rechtlichen Maßgaben umgrenzter Einschätzungsspielraum zuzubilligen ist.
- (294) Ihre Entscheidung über den Inhalt der neuen PKE III und IV wird die BNetzA auf Grundlage einer Wiederholung des auch dem regulären PKE-Erlass vorgelagerten Verfahrens gem. § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG zu treffen haben. In diesem Rahmen wird sie insbesondere Stellungnahmen der MNB sowie der interessierten Kreise (etwa der Diensteanbieter) einzuholen haben (s. Rn. (146) ff.). Diese Beteiligung der MNB bietet zugleich die Möglichkeit zur Erhebung der subjektiven Einschätzungen der MNB, die für die Beurteilung der Wesentlichkeit etwaiger Änderungen zentral sind (s. Rn. (286) f.). Auch zur zeitnahen Erfüllung ihrer Pflichten aus dem Urteil des VG Köln (§§ 121, 172 VwGO) dürfte die BNetzA gehalten sein, im gegenwärtigen Anhörungsverfahren nicht allein für den Inhalt der künftigen PKE III und IV maßgebliche Belange, sondern auch solche, die für die Entscheidung zwischen Szenario 1 und 2 und damit der Frage der Auktionswiederholung relevant sind, zu berücksichtigen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind die Entscheidung über den Inhalt der neuen PKE III und IV und diejenige über die Wesentlichkeit etwaiger Änderungen daher miteinander verschränkt.
- (295) Auf materiellrechtlicher Ebene setzt sich diese Verschränkung fort: Bei der Vermeidung einer Auktionswiederholung dürfte es sich zwar als solches nicht um ein zulässiges Regulierungsziel handeln (s. Rn. (182) ff.). Anderes gilt hingegen für die Stabilität und damit die Aufrechterhaltung der (in Folge der 2019er-Auktion bestehenden) Frequenzordnung (s. Rn. (171) ff.). Solche Folgen für die Frequenzordnung – gerade auch im Hinblick auf die Auswirkungen der PKE (2025) und den Folgen einer Auktionswiederholung für künftige Frequenzvergabeverfahren (s. Rn. (290) ff.) – wiederum sind auch für die Bestimmung der Wesentlichkeit etwaiger Änderungen der PKE III und IV zentral. Angesichts der Vergleichbarkeit der die Entscheidung über den Inhalt der neuen PKE einerseits und diejenige über die Wesentlichkeit etwaiger Änderungen prägenden materiellen Belange erschiene es widersprüchlich, der BNetzA lediglich in einem der beiden Fälle einen Einschätzungsspielraum zuzubilligen.

(296) Zentral für einen Einschätzungsspielraum der BNetzA spricht schließlich die Ratio der Entbehrlichkeit einer Auktionswiederholung bei unwesentlichen Änderungen (insbesondere) der Frequenznutzungsbestimmungen (s. Rn. (279) ff., (308)): Bei solchen nur unwesentlichen Änderungen wird die Allokations- und Preisbildungsfunktion der 2019 durchgeführten Frequenzauktion nicht beeinträchtigt. Zur Aufrechterhaltung der Auktionsfunktionen, die wiederum die Grundlage (insbesondere) für den Inhalt der ZFB bilden (s. Rn. (307) ff.), ist ihre Wiederholung daher nicht notwendig. Die Beurteilung, ob die 2019er-Auktion trotz der Anpassungen der PKE III und IV ihre Funktionen weiterhin erfüllt, richtet sich aber weniger nach rechtlichen, sondern primär nach tatsächlichen Gesichtspunkten. Maßgeblich ist, ob sich vor dem Hintergrund der nunmehrigen tatsächlichen Umstände, insbesondere auch der (ggf. partiellen) Umsetzung der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) und dem Inhalt der PKE (2025), der Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit so erheblich geändert hat, dass das Ergebnis der Auktion 2019 überholt ist. Dies bedarf einer *fachlichen* Einschätzung der BNetzA als insoweit originär zuständiger Fachbehörde.

(2) Notwendigkeit der Auktionswiederholung zur Anpassung der FrZB?

(297) Ob eine Anpassung der FrZB an geänderte Frequenznutzungsbestimmungen ohne Wiederholung der Frequenzauktion möglich ist, ist bislang nicht geklärt. Überzeugende Gründe sprechen jedoch *gegen* die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung (s. zum Folgenden auch Rn. (248) ff., (402) ff.):

(298) Aus § 100 Abs. 7 S. 2 TKG folgt, dass die neuen Frequenznutzungsbestimmungen zwingend und „en bloc“ in die FrZB zu übernehmen sind (s. Rn. (253)). Sobald die Präsidentenkammer die neue PKE III erlassen hat, steht der Inhalt der anzupassenden FrZB daher bereits fest. Anders als im Falle der ZFB (s. Rn. (158) ff., (304) ff.) bedarf es für die Bestimmung des Inhalts der FrZB keiner tatsächlichen Durchführung der Auktion. Dass die MNB, hätte bereits die PKE III (2018) die in der neuen PKE III enthaltenen Frequenznutzungsbestimmungen festgesetzt, in der 2019er-Auktion u.U. ein anderes Bietverhalten an den Tag gelegt hätten – bzw. nunmehr, bei einer hypothetischen neuen Auktion, an den Tag legen würden – ist für die FrZB unerheblich. Das andere Bietverhalten kann sich lediglich in Anzahl bzw. Umfang der ersteigerten Frequenzblöcke und, korrespondierend, den Höchstgeboten niederschlagen. Die Höchstgebote aber sind als zu zahlender Auktionspreis Inhalt der ZFB, nicht der FrZB. Der Umfang der von den MNB ersteigerten Frequenzen ist zwar maßgeblich auch für den Inhalt der FrZB: Diese weisen ihnen Frequenzblöcke in bestimmter Anzahl bzw.

bestimmtem Umfang zur Nutzung zu.²⁶⁷ Die Geltung der Frequenznutzungsbestimmungen durch ihre Rezeption in den FrZB (s. Rn. (209)) hängt jedoch nicht von Zahl oder Umfang der ersteigerten Frequenzbereiche ab. Jedem im Rahmen der Auktion erfolgreichen MNB werden die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III in ihrer Gesamtheit auferlegt. Eine nur partielle Rezeption der Frequenznutzungsbestimmungen oder ihre nachträgliche Änderung erst im Rahmen der Durchführung der Auktion ist ausgeschlossen.

- (299) Notwendig werden kann eine Auktionswiederholung zum Zwecke der Anpassung der FrZB allerdings bei Änderungen im – hypothetischen – Teilnehmerkreis einer neuen Auktion. Denkbar ist sowohl der Wegfall von i.R.d. 2019er-Auktion teilnehmenden MNB als auch das Hinzutreten neuer MNB. Nach § 100 Abs. 4 Nr. 1 TKG enthält die neue PKE III auch die Festsetzungen zu den von den Antragstellern zu erfüllenden subjektiven, fachlichen und sachlichen Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zum Vergabeverfahren. Aufgrund der verbindlichen Rechtsauffassung der VG Köln (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO) hat die BNetzA (auch) bzgl. der Entscheidung über die Zulassung zur Auktion die gegenwärtige Sache- und Rechtslage zugrunde zu legen.²⁶⁸

Ob sich weitere neue MNB um eine Teilnahme an einer (hypothetischen) Auktionswiederholung bewerben würden, ist nach hiesigem Kenntnisstand offen.

(300)

[REDACTED]

²⁶⁷ Dass die konkrete Lage der Frequenzen erst durch die Frequenzzuordnungsbescheide bestimmt wird, ist insoweit unerheblich. Denn zumindest die Größe bzw. der Umfang der den einzelnen MNB zur Nutzung zuzuteilenden Frequenzen steht bereits durch das Auktionsergebnis fest.

²⁶⁸ Vgl. VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666, juris.

[REDACTED]



(301) Würde sich an einer hypothetischen Auktionswiederholung hingegen ein (möglicher) neuer MNB beteiligen, dürfte die tatsächliche Durchführung der Wiederholung zwingend sein.²⁷³ Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG gebieten die Möglichkeit der chancengleichen Beteiligung am Frequenzvergabeverfahren.²⁷⁴ Auch das Regulierungsziel der Förderung des Wettbewerbs (§§ 2 Abs. 2 Nr. 2, 87 Abs. 1 Nr. 2, 105 TKG) streitet für die Einbeziehung neuer Bewerber. Ohne tatsächliche Durchführung der Auktion dürfte es auch nicht möglich sein, festzustellen, ob und in welchem Umfang ein neuer MNB Frequenzbereiche ersteigert hätte und ihm entsprechende FrZB zu erteilen wären. Weil einem neuen MNB bislang keine FrZB erteilt wurden, scheidet deren schlichte Anpassung durch die Übernahme neuer Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG aus. Die Notwendigkeit der Auktionswiederholung dürfte auch nicht mit dem Argument in Zweifel zu ziehen sein, dem neuen Bewerber könnten außerhalb eines (ggf. hypothetischen) Auktionsverfahrens Frequenzen zugeteilt werden, nämlich auf dem „regulären“ Weg nach § 91 Abs. 1 TKG. Ein solches Vorgehen liefe auf die Anerkennung eines „partiellen“ Frequenzvergabeverfahrens hinaus: Frequenzen würden zum Teil im Wege der §§ 91 Abs. 9, 100 TKG, zum Teil unter Verzicht



²⁷³ Dass die MNB kein subjektives Recht auf eine Auktionswiederholung haben dürften (s. Rn. (261) ff.), steht dem nicht entgegen: Anders als die vier bereits 2018/19 beteiligten MNB wäre ein neuer MNB mangels Teilnahme an der 2019er-Auktion von der Teilnahme an einem „modifizierten“ Frequenzvergabeverfahren gänzlich ausgeschlossen.

²⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 15, juris; BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 29, juris.

auf dieses Verfahren vergeben. Der Wortlaut des § 91 Abs. 9 S. 1 TKG gesteht der BNetzA jedoch nur einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich des „Ob“ der Anordnung eines Vergabeverfahrens zu. Hinsichtlich des Umfangs des Vergabeverfahrens oder der Frage, welchen MNB Frequenzen unmittelbar gem. § 91 Abs. 1 TKG zugeteilt werden und welche sich an dem Vergabeverfahren beteiligen können bzw. müssen, besteht kein solcher Spielraum. Überdies wäre eine solche Spaltung kaum mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

- (302) Die subjektiv beschränkte Rechtskraft des Urteils des VG Köln (§§ 121 Nr. 1, 63 VwGO) steht der Berücksichtigung sämtlicher MNB und ihrer Interessen bei der Frage der Auktionswiederholung nicht entgegen.²⁷⁵ Aufgrund ihrer Rechtsnatur als Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG) entfaltet die Aufhebung der PKE III und IV (2018) sowie der Neuerlass der PKE III und IV schon sachlogisch Rechtswirkung für und gegen sämtliche MNB.²⁷⁶ Letztere sind „faktische Nutznießer“ (bzw. Betroffene) der von der [REDACTED] erstrittenen Verpflichtung der BNetzA zur Aufhebung und Neubescheidung.²⁷⁷ Denn eine Teilbarkeit der PKE III und IV (2018) kommt auch²⁷⁸ in subjektiver Hinsicht nicht in Betracht. Eine Beschränkung der Rechtswirkung des Urteils auf die [REDACTED] ist nicht möglich. Die Vergabebedingungen und die Auktionsregeln (§ 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG) und damit die Aufhebung und der Neuerlass der PKE III und IV entfalten zwangsläufig Regelungswirkung gegenüber den MNB. Insbesondere können die Frequenznutzungsbestimmungen einschließlich der Diensteanbieterregelung/-verpflichtung überhaupt nur dann zugunsten der [REDACTED] Wirkung entfalten, wenn diese mittels der PKE III den MNB im Rahmen der FrZB auferlegt werden (§ 100 Abs. 7 S. 2 TKG).

(3) Notwendigkeit der Auktionswiederholung zur Anpassung der ZFB?

- (303) Ob die ZFB die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung bedingen, hängt davon ab, ob die bisherigen ZFB in Folge der neuen PKE III und IV anzupassen sein werden *und* ob diese Anpassung *zwingend* eine neue Auktion voraussetzt. Während eine Anpassung der ZFB

²⁷⁵ Ein Fall der notwendigen Beiladung der MNB lag nicht vor, vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. März 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 6, juris. Eine fakultative Beiladung ist nach hiesiger Kenntnis nicht erfolgt.

²⁷⁶ Ob auch sämtliche Diensteanbieter aufgrund einer Unteilbarkeit (auch) in subjektiver Hinsicht „faktische Nutznießer“ des Urteils sind, erscheint hingegen weniger klar. Insbesondere wäre es denkbar, dass allein der [REDACTED] sowie der Klägerin des Parallelverfahrens VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 8531/18 –, juris, nicht jedoch weiteren Diensteanbietern, aufgrund einer (ggf.) anzupassenden Diensteanbieterregelung/-verpflichtung ein Netzzugangsanspruch gegenüber den MNB eingeräumt wird. Weil eine solche „subjektiv beschränkte Diensteanbieterverpflichtung“ für alle MNB gleichermaßen gelten würde, wäre die Allokationsfunktion nicht beeinträchtigt.

²⁷⁷ Vgl. umfassend Paetow DVBl. 1985, 369 (376); Johlen NVwZ 1989, 109 (111). Im Überblick Schoch/Schneider/Clausing/Kimmel, 46. EL August 2024, VwGO § 121 Rn. 94.

²⁷⁸ Zur Unteilbarkeit in sachlicher Hinsicht s. (92) f., (211).

zumindest in bestimmten Konstellationen notwendig sein wird (s. Rn. (304) ff.), dürfte es nicht in jedem Fall notwendig sein, für die Zwecke einer solchen Anpassung die Auktion zu wiederholen. Ob eine Auktionswiederholung rechtlich zwingend ist, hängt vielmehr vom Umfang und der Reichweite der inhaltlichen Änderungen der PKE III und IV ab. Bei unwesentlichen Änderungen sprechen sehr gute Argumente für die Möglichkeit eines Verzichts auf eine erneute Auktionsdurchführung (s. Rn. (307) ff.). Vor dem Hintergrund der durch das VG Köln angedeuteten Rechtsauffassung (s. Rn. (226) ff.) wäre solch ein Vorgehen jedoch mit rechtlichen Risiken behaftet.

(a) Notwendigkeit der Anpassung der ZFB

(304) Eine Anpassung der ZFB ist dann rechtlich zwingend, wenn eine Anpassung der FrZB dergestalt erfolgt, dass ihnen geänderte Frequenznutzungsbestimmungen beigelegt werden. Letzteres wiederum ist gem. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG zwingend der Fall, wenn die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III gegenüber denjenigen der PKE III (2018) geändert werden (s. schon Rn. (158) ff.). Dieses „Durchschlagen“ der FrZB-Anpassung auf eine ZFB-Anpassung folgt aus den rechtlichen Maßgaben, denen der Erlös aus Frequenzversteigerungsverfahren genügen muss: Er muss sich am verfassungsrechtlich verankerten Äquivalenzprinzip messen lassen.²⁷⁹ Der Versteigerungserlös muss eine marktgerechte Gegenleistung für die durch die FrZB eingeräumte (abstrakte) Möglichkeit der Frequenznutzung darstellen. Dieser wirtschaftliche Wert der Frequenznutzung wird maßgeblich durch die Frequenznutzungsbestimmungen determiniert. Je umfangreicher die den MNB durch die den FrZB als Nebenbestimmungen beigelegten Pflichten in Gestalt der Frequenznutzungsbestimmungen ausfallen (§§ 100 Abs. 7 S. 2, 91 Abs. 1 S. 1, 99 Abs. 2, Abs. 3 TKG), desto geringer ist der von ihnen durch die Frequenznutzung zu erzielende wirtschaftliche Vorteil. Eine unveränderte Aufrechterhaltung der ZFB ist bei Änderungen besonders der Versorgungsaufgaben und der Diensteanbieterregelungen/-verpflichtungen daher ausgeschlossen.

(305) Zu demselben Ergebnis gelangt man unter Heranziehung der Funktion der Frequenzauktion (s. schon Rn. (158) ff.): Die Auktion dient der Ermittlung des Marktpreises, den die Auktionsteilnehmer für die Nutzung der zur Versteigerung anstehenden Frequenzen unter Berücksichtigung der mit den Frequenznutzungsbestimmungen einhergehenden Belastungen als „richtig“ – eben: wirtschaftlich äquivalent – bewerten.²⁸⁰ Zum Ausdruck kommt diese Bewertung in den abgegebenen (Höchst-)Geboten. Werden die

²⁷⁹ Hierzu und zum Folgenden BVerwG NVwZ 2012, 168 (174, Rn. 44 f.). Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Äquivalenzprinzips auch *Martini*, WiVerw 2011, 3 (14 f.).

²⁸⁰ BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177, Rn. 13).

Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III gegenüber denjenigen der PKE III (2018) geändert, wird dies regelmäßig Auswirkungen auf die wirtschaftliche Bewertung der Frequenznutzung durch die MNB haben (s. Rn. (276)). Bei einer – hypothetischen – Auktionswiederholung wären daher von denjenigen der 2019er-Auktion abweichende Höchstgebote zu erwarten. Nicht nur zur Wahrung des Äquivalenzprinzips, sondern auch aufgrund der Funktion der Auktion wäre der von den MNB gem. den ZFB zu zahlende Auktionspreis anzupassen.

- (306) Schließlich können grundsätzlich auch Änderungen der Auktionsregeln (§ 100 Abs. 5 TKG) der PKE IV die Anpassung der ZFB notwendig machen. Dies gilt namentlich für die Zahlungsmodalitäten gem. Ziff. IV.4 Nr. 1 PKE IV (2018). Diese werden durch die bisherigen ZFB rezipiert (s. Rn. (131)).

(b) Notwendigkeit der Auktionswiederholung zwecks Anpassung der ZFB?

- (307) Ob solchermaßen vorzunehmende Anpassungen der ZFB die tatsächliche Durchführung einer erneuten Auktion voraussetzen, ist bislang nicht geklärt. Überzeugende Argumente sprechen jedoch dafür, dass zumindest unter bestimmten Voraussetzungen auf eine Auktionswiederholung verzichtet werden kann. Namentlich dürfte dies dann der Fall sein, wenn die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III nicht *wesentlich* von denjenigen der PKE III (2018) abweichen und die 2019 durchgeführte Frequenzauktion ihre Preisbildungsfunktion daher nicht gänzlich verliert.
- (308) Gegen diese Ansicht und für eine Auktionswiederholung spricht allerdings ihr Zweck: Die Auktion bestimmt den Inhalt der ZFB. Erst nach ihrer Durchführung steht die Höhe des von den jeweiligen MNB zu zahlenden Auktionspreises fest. Sowohl für die Bestimmung des Inhalts als auch der Adressaten der ZFB (vgl. §§ 13 Abs. 1 Nr. 2, 37 Abs. 1 VwVfG) ist die Auktion daher eine grundsätzlich unabdingbare Voraussetzung (vgl. Rn. (158) ff.). Etwas anderes dürfte lediglich für die Zahlungsmodalitäten der PKE IV gelten: Schon aufgrund ihrer Festsetzung in dieser Allgemeinverfügung steht fest, dass sie durch die ZFB rezipiert werden (vgl. Rn. (209)). Dabei kann dahinstehen, ob dies aus einer entsprechenden Anwendung des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG hergeleitet werden kann.²⁸¹ Denn jedenfalls folgt dies aus

²⁸¹ Eine direkte Anwendung scheidet schon deswegen aus, weil der Wortlaut der Norm lediglich auf die Frequenzzuteilungen (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG) verweist. Bei den ZFB handelt es sich gegenüber den FrZB aber um rechtlich selbstständige VA. Während die Anwendung des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG auf Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III anerkannt ist (s. unten Rn. (405)), wurde die Frage einer entsprechenden Anwendung auf die Übernahme von Festsetzungen der PKE IV durch die ZFB soweit ersichtlich noch nicht entschieden. Regelmäßig dürfte sich diese Frage auch gar nicht stellen: Weil die PKE IV primär die Art und Weise der Durchführung der Auktion regelt, stellt sich die Frage einer Rezeption ihrer

dem Zweck der PKE IV. Wäre die rechtliche Determinationswirkung der dortigen Festsetzungen für das Auktionsverfahren – einschließlich der Auktionsfolgen wie der Art und Weise der Erfüllung der Zahlungsverpflichtung – lediglich fakultativ, wäre nicht nur die PKE IV selbst, sondern auch das durch eine umfassende Beteiligung der interessierten Kreise geprägte Erlassverfahren (vgl. Rn. (147)) schlicht überflüssig.

(309) Angesichts der Funktion, die die Frequenzauktion im Hinblick auf die ZFB erfüllt – durch sie werden Inhalt und Adressaten der ZFB determiniert – dürfte eine Auktionswiederholung jedoch zumindest dann verzichtbar sein, wenn (1) diese Funktionen ihre Wiederholung nicht gebieten und (2) der Verzicht auf eine Auktionswiederholung auch im Übrigen rechtmäßig ist. Beides dürfte hier unter gewissen Voraussetzungen der Fall sein:

(310) Zu (1): Die Funktion, die die Auktion für die ZFB erfüllt, dürfte ihre Wiederholung jedenfalls dann nicht gebieten, wenn ebendiese Funktion durch die 2019 bereits durchgeführte Auktion trotz des Neuerlasses der PKE III und IV weiterhin erfüllt werden kann. Insoweit maßgeblich ist also, ob die Auktionspreise, wie sie mittels der 2019er-Auktion gebildet wurden, trotz (insbesondere) neuer Frequenznutzungsbestimmungen zumindest im Wesentlichen weiterhin den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit repräsentieren. Ist dies der Fall, bleibt die Preisbildungsfunktion der Auktion erhalten. Eine Wiederholung der Auktion wäre überflüssig. Voraussetzung für einen solchen Fortbestand der Preisbildungsfunktion der 2019er-Auktion ist, dass die neuen Frequenznutzungsbestimmungen nicht wesentlich²⁸² von denjenigen der PKE III (2018) abweichen. In einem solchen Fall wären etwaige Änderungen des wirtschaftlichen Wertes der Frequenznutzungsmöglichkeit lediglich *punktuel*er Natur. Solche geringfügigen Änderungen aber können die Preisbildungsfunktion der Auktion insgesamt nicht in Frage stellen: Eine (Frequenz-)Auktion, insbesondere das Bietverhalten der MNB, wird stets von einer ganzen Reihe von im Einzelnen nicht vorherseh- oder gar nachprüfbarer Faktoren angeleitet. Hier dürften nicht lediglich die objektiven rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände, sondern auch (ihrem Wesen nach unsicheren) Erwartungen und Prognosen zur künftigen Entwicklung der wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen, welche allesamt die Frequenznutzung beeinflussen können, eine Rolle spielen. Sämtliche dieser Unsicherheitsfaktoren hält die Rechtsprechung jedoch zumindest implizit für unmaßgeblich für die Preisbildungsfunktion der Frequenzauktion: Die Auktion wird als geeignetes Mittel zur Bestimmung eines der

Bestimmungen in die ZFB nicht. Hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten allerdings erfolgt rechtstatsächlich eine solche Rezeption, sodass die analoge Anwendung des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG denkbar ist.

²⁸² Zur Frage, wie diese Wesentlichkeit zu bestimmen ist, s. Rn. (278) ff.

Frequenznutzungsmöglichkeit wirtschaftlich äquivalenten Preises qualifiziert.²⁸³ Dann aber erscheint es fernliegend, bei nur unwesentlichen Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen eine Beeinträchtigung der Preisbildungsfunktion einer Frequenzauktion anzunehmen. Die Frequenznutzungsbestimmungen bestimmen zwar den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung(-smöglichkeit). Angesichts der dargelegten tatsächlichen Unsicherheiten kann eine solche Wertdetermination jedoch ohnehin nicht „eurogenau“ erfolgen. Die Frequenznutzungsbestimmungen bilden lediglich einen Rahmen, innerhalb dessen sich der Wert der Frequenznutzung in Abhängigkeit von den dargelegten weiteren Umständen bewegt. Bei einer nur unwesentlichen Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen wird dieser Rahmen allenfalls sehr geringfügig und daher in für die konkrete Preisbildung unerheblicher Weise verschoben. Etwaigen geringfügigen Änderungen des Wertes der Frequenznutzung kann durch eine Anpassung der ZFB durch VA oder²⁸⁴ öffentlich-rechtliche Verträge Rechnung getragen werden (s. umfassend Rn. (443) ff.).

(311) Zu (2): Das Absehen von einer Auktionswiederholung dürfte auch mit Unions-, Verfassungs- und einfachem Recht vereinbar sein:

(312) Für den „Normalfall“ eines Frequenzvergabeverfahrens allerdings steht die Auktionsdurchführung schon aufgrund ihrer Bindung (Art. 20 Abs. 3 GG) an die Vorgaben der §§ 91, 100 TKG nicht zur Disposition der BNetzA. *Wenn* ein Frequenzvergabeverfahren durchgeführt wird (§ 91 Abs. 9 S. 1 TKG),²⁸⁵ ist dieses gemäß den gesetzlichen (einschließlich den unionsrechtlichen) Bestimmungen durchzuführen, die die Auktionsdurchführung zumindest grundsätzlich voraussetzen (vgl. insbesondere § 100 Abs. 7 TKG; s. hierzu aber noch Rn. (322) ff.)). Die hiesige Konstellation bildet jedoch einen Sonderfall. Mit der 2019er-Auktion wurde bereits ein Versteigerungsverfahren durchgeführt. Nunmehr im Raum steht lediglich die Frage, ob auch die „Heilung“ der vom VG Köln festgestellten Rechtsfehler im Rahmen des ursprünglichen Verfahrens zwingend eine Auktionswiederholung voraussetzt. Diese Konstellation aber wird durch die §§ 91, 100 TKG nicht unmittelbar geregelt: Die Normen befassen sich lediglich mit der regulären (erstmaligen) Durchführung eines Vergabeverfahrens (quasi die „*Primärebene*“), nicht hingegen mit der Heilung von Fehlern eines partiell rechtswidrigen Vergabeverfahrens (quasi die „*Sekundärebene*“). Für sich genommen können die §§ 91, 100 TKG daher keine Auktionswiederholungspflicht begründen.

²⁸³ Vgl. BVerwG, NVwZ 2012, 168 (Rn. 44 ff.).

²⁸⁴ Zu den Modalitäten der Anpassung der ZFB im Einzelnen, insbesondere der Abgrenzung zwischen VA und öffentlich-rechtlichen Verträgen, s. unten Rn. (443) ff.

²⁸⁵ Zum diesbezüglichen Ermessen der BNetzA s. Rn. (333) ff.).

- (313) Ob das Unionsrecht in der hiesigen Konstellation zwingend die Wiederholung der Auktion verlangt, ist bislang nicht geklärt. Gewichtige Gründe sprechen für eine *ausnahmsweise* Verzichtbarkeit. Weil die unionsrechtlichen Maßgaben nicht allein in Bezug auf die Notwendigkeit der Auktionswiederholung für die ZFB gelten, sondern generellen Charakter haben, werden sie nachfolgend gesondert dargestellt (s. Rn. (345) ff.).
- (314) Spezifisch verfassungsrechtliche Bedenken dürften gegen ein *ausnahmsweises* Absehen von einer neuen Auktion ebenfalls nicht bestehen. Es ist jedoch sicherzustellen, dass die verfassungsrechtliche „Fundierung“ des Auktionsverfahrens nicht umgangen wird. Auch bei einem Verzicht auf eine erneute Auktion hat sich die Höhe der festzusetzenden bzw. zu vereinbarenden Gegenleistung daher am verfassungsrechtlich verankerten Äquivalenzprinzip messen zu lassen (vgl. Rn. (304) f.). Für das Auktionsverfahren folgt zudem aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf eine (gleichheitsgerechte, Art. 3 Abs. 1 GG) Beteiligungsmöglichkeit der MNB *und* der Diensteanbieter.²⁸⁶
- (315) Einfachrechtlich ist die im TKG nicht ausdrücklich geregelte Frage der Verzichtbarkeit der Auktionswiederholung an den Regulierungszielen (§§ 2, 87 TKG) zu messen.²⁸⁷ Entsprechend hat das BVerwG unter Verweis auf die Regulierungsziele eine (nach damaliger Rechtslage) im TKG ebenfalls nicht ausdrücklich geregelte Frequenzverlagerung für grundsätzlich zulässig erachtet.²⁸⁸ Angesichts der Regulierungsziele insbesondere der effizienten Frequenzverwaltung, der Gewährleistung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten sowie der Förderung des Netzausbaus (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 3 lit. a TKG) ist ein Verzicht auf eine Auktionswiederholung jedenfalls denkbar. Insbesondere im Hinblick auf die Stabilität der bestehenden Frequenzordnung und der Vermeidung von Disruptionen könnte den Regulierungszielen durch das Absehen von einer erneuten Auktion eher gedient sein als durch ihre Wiederholung. Im Einzelnen wird dies jedoch vom gegenwärtig noch nicht absehbaren Inhalt der neuen PKE III und IV sowie den tatsächlichen

²⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 15, juris, unter Verweis auf BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Oktober 2010 – 1 BvR 1425/10 –, Rn. 10, juris; BVerwG, Urteil vom 20.10.2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 29, juris.

²⁸⁷ Dass die Durchführung einer Frequenzauktion auch bei Rückgriff auf das Verlängerungsverfahren (§ 92 TKG) entbehrlich ist, dürfte dagegen für die Frage, ob in der hiesigen Konstellation eine neue Auktion durchzuführen ist, ohne Belang sein. Ein Verlängerungsverfahren kommt gem. § 92 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG nur in Betracht, wenn die BNetzA durch eine Präsidentenkammerentscheidung I ein Absehen von der Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens anordnet. Im hiesigen Fall aber wurde in den PKE I und II (2018) gerade die Durchführung eines Auktionsverfahrens beschlossen. Allerdings sind auch bei der Entscheidung für oder gegen ein Verlängerungsverfahren (anstelle eines Verfahrens nach § 100 TKG) maßgeblich die Regulierungsziele aus §§ 2, 87 TKG zu beachten, § 92 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 TKG).

²⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 26, juris.

Umständen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Auktionswiederholung abhängen. Angesichts der unionsrechtlichen Verpflichtung der BNetzA zu einer transparenten Verfahrensgestaltung (Art. 3 Abs. 4 UAbs. 2, Art. 6 Abs. 2 S. 1, Art. 45 Abs. 1 S. 2 RL (EU) 2018/1972) dürften zwecks Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts Konsultationen mit den interessierten Kreisen angezeigt sein. Nur bei umfassender Kenntnis der tatsächlichen Sachlage dürfte der BNetzA eine Entscheidung darüber möglich sein, ob die §§ 2, 87 TKG die Auktionswiederholung gebieten oder vielmehr ausschließen.

- (316) Für die Möglichkeit des *Absehens* von einer Auktionswiederholung spricht schließlich, dass es zweifelhaft erscheint, ob eine solche Wiederholung ihre für die ZFB maßgebende Preisbildungsfunktion überhaupt erfüllen könnte. Im Normalfall der ein- bzw. erstmaligen Auktion repräsentieren die Höchstgebote der MNB den verobjektivierten wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung. Würde die Auktion in der hiesigen Konstellation wiederholt, geschähe dies jedoch unter gänzlich anderen Rahmenbedingungen als 2019. Nicht nur haben sich die tatsächlichen Umstände geändert. Vielmehr haben die vier in der 2019er-Auktion erfolgreichen MNB durch die Erfüllung der ihnen durch die bisherigen FrZB auferlegten Versorgungsaufgaben bereits erhebliche Investitionen getätigt. Ihre Interessenslage hat sich daher verändert. Auch darüber hinaus liegt es nahe, dass sie ihre unternehmerischen Entscheidungen der vergangenen circa fünf Jahre an dem Ergebnis der 2019er-Auktion ausgerichtet haben. Auch diese wirtschaftlichen Erwägungen dürften in das Bietverhalten der MNB im Rahmen einer etwaigen Auktionswiederholung einfließen. Der wirtschaftliche Wert, den die MNB der (weiteren) Frequenznutzung beimessen, beurteilte sich bei einer Auktionswiederholung daher nicht nur nach gänzlich anderen Kriterien als im Rahmen der 2019er-Auktion. Darüber hinaus liegt es nahe, dass die MNB ein Interesse daran haben, Entwertungen ihrer bereits getätigten Investitionen bzw. unternehmerischen Entscheidungen zu vermeiden. Das Auktionsergebnis würde daher auch aus dieser Richtung verzerrt. Unabhängig hiervon kennen die MNB nunmehr die von den jeweils anderen MNB im Rahmen der 2019er-Auktion abgegebenen Höchstgebote. Denkbar ist daher ein kollusives Verhalten, was durch die Ausgestaltung der Auktion eigentlich vermieden werden soll.²⁸⁹

(4) Keine Notwendigkeit der Auktionswiederholung zur Anpassung der Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide

- (317) Aus einer Notwendigkeit der Anpassung der Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide an abgeänderte PKE III und IV kann sich die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung nicht ergeben. Beide VA knüpfen ihrer Regelungswirkung nach zentral an die tatsächliche

²⁸⁹ Säcker/Körber/Offenbacher, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 53.

Durchführung der Auktion an. Wird keine neue Auktion durchgeführt, wären neue Zuschlags- und Zuordnungsbescheide daher schlicht überflüssig. Zugleich sind die beiden Kategorien von Verwaltungsakten – anders als die FrZB und die ZFB – nicht erforderlich zur Aufrechterhaltung der Frequenzordnung: Die Möglichkeit der Frequenznutzung wird durch die FrZB begründet (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG), die Verpflichtung der MNB zur Zahlung des Auktionspreises durch die ZFB. Es besteht daher keinerlei Bedarf für ihre Anpassung. Nur wenn die Auktion tatsächlich wiederholt würde, wären neue Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide zu erlassen.

(318) Die Zuschlagsbescheide beenden die Auktionsdurchführung und enthalten die Zusicherung der künftigen Zuteilung der ersteigerten Frequenzbereiche sowie die Feststellung des Zuschlagspreises.²⁹⁰ Existieren – wie hier – bereits FrZB und ZFB, besteht für ihre Fortexistenz und damit auch für ihre Anpassung keine rechtliche Notwendigkeit. Die in den Zuschlagsbescheiden lediglich zugesicherte Frequenzzuteilung ist durch die FrZB bereits erfolgt, § 91 Abs. 1 S. 1 TKG. Die Zahlungspflicht wird, verknüpft mit einer Zahlungsaufforderung, durch die ZFB geregelt. Zwar werden FrZB und ZFB in Folge der neuen PKE III und IV anzupassen sein (s. Rn. (397) ff., (434) ff.). Weil es sich bei FrZB, ZFB und Zuschlagsbescheiden um rechtlich selbstständige VA handelt, kann die Änderung der erstgenannten VA jedoch unabhängig vom Inhalt bzw. dessen Anpassung der letztgenannten VA erfolgen.²⁹¹

(319) Entsprechendes gilt für die Frequenzzuordnungsbescheide. Diese ordnen den MNB die i.R.d. Auktion abstrakt ersteigerten Frequenzbereiche konkret zu (s. Rn. (2), (143)). Weil bereits eine Zuweisung der Frequenzbereiche an die MNB erfolgt ist, erübrigt sich ihre Zuordnung.

(5) Gefahr einer zirkelschlüssigen Argumentation

(320) Rechtfertigt man das Absehen von einer Auktionswiederholung mit dem Argument, die Anpassung der FrZB und ZFB sei auch ohne solch eine Wiederholung in rechtmäßiger Weise möglich (s. Rn. (297) ff., (307) ff.), besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses: Ob eine solche Anpassung in rechtmäßiger Weise möglich ist, hängt wiederum *auch* davon ab, ob die Auktionswiederholung zwingend ist – eben: ob der Verzicht auf eine ebensolche rechtmäßig war bzw. wäre (s. insb. Rn. (443) ff.).

²⁹⁰ BVerwG NVwZ 2012, 168 (173 Rn. 42).

²⁹¹ Zur Problematik der Akzessorietät der ZFB gegenüber den Zuschlagsbescheiden s. noch unten Rn. (487).

(321) Angesichts der Interdependenz beider Fragen lässt sich diese Gefahr kaum gänzlich ausschließen. Gerade im Hinblick auf mögliche künftige gerichtliche Auseinandersetzungen zur Rechtmäßigkeit der von der BNetzA in Folge des Urteils des VG Köln ergriffenen Maßnahmen sollte jedoch bei der Entscheidungsfindung (einschließlich ihrer Dokumentation) sowie der Begründung dieser Entscheidungen stets ein Bewusstsein für diese Problematik an den Tag gelegt werden.

ee) Pflicht zur Auktionswiederholung aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG im Übrigen?

(322) Zu prüfen bleibt, ob aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG selbst eine Pflicht zur Auktionswiederholung folgt. Die Frage, ob § 100 TKG entsprechend auszulegen ist, kann zugleich ein Korrektiv bilden für die oben (s. Rn. (271) ff.) dargelegte hypothetische Betrachtungsweise: Welche Änderungen der PKE III und IV sich wie auf das Auktionsergebnis auswirken würden und wann die Funktionsweise der Auktion aus diesem Grund ihre Wiederholung gebietet, ist einerseits zwar zentral für die Frage der Notwendigkeit einer Auktionswiederholung, andererseits aber mit ganz erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet (s. Rn. (274)). Es erscheint nicht gänzlich fernliegend, unabhängig von einer solchen „hypothetischen“ Betrachtungsweise aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG eine Auktionswiederholungspflicht herzuleiten. Die weit überwiegenden Gründe sprechen jedoch dagegen. Hinzu kommt, dass § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG in der hiesigen Konstellation eines „gestörten“ Frequenzvergabeverfahrens, in dem lediglich die Frage einer Wiederholung der Auktion im Raum steht, ohnehin teleologisch zu reduzieren sein dürften.

(1) Bloße zeitliche Determinationswirkung von § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG

(323) *Prima facie* für die Verpflichtung der BNetzA, im Anschluss an einen Neuerlass der PKE III und IV auch eine neue Frequenzauktion durchzuführen, spricht der Wortlaut von § 100 Abs. 4, Abs. 5 S. 1 TKG. Hiernach „bestimmt [die BNetzA] vor Durchführung eines Vergabeverfahrens“ den Inhalt der Vergaberegeln (PKE III) und legt „im Falle der Versteigerung [...] vor Durchführung des Vergabeverfahrens die [Auktionsregeln (PKE IV)] im Einzelnen fest.“²⁹² Entsprechend formuliert § 100 Abs. 7 S. 1 TKG, die Frequenzzuteilung erfolge, „nachdem das Vergabeverfahren [...] durchgeführt worden ist“. Aus dieser Formulierung folgt zunächst einmal nur das zeitliche Verhältnis zwischen den PKE und der Frequenzauktion: Eine Frequenzauktion vor Erlass der PKE – was eine Auktionsdurchführung *ohne* PKE

²⁹² Hervorhebungen nur hier.

gleichkommt – ist grundsätzlich ausgeschlossen.²⁹³ Ein solches Vorgehen steht in der hiesigen Konstellation jedoch gar nicht im Raum. Vielmehr ist – gleichsam umgekehrt – fraglich, ob *trotz* neu erlassener PKE III und IV auf eine (zeitlich nachfolgende) Frequenzauktion verzichtet werden kann. Denkbar ist, dass § 100 Abs. 4, Abs. 5 S. 1, Abs. 7 S. 1 TKG auch dies ausschließt: Der Gesetzeswortlaut könnte so zu verstehen sein, dass aus dem Erlass der PKE III und IV zugleich eine Rechtspflicht der BNetzA zur Auktionsdurchführung folgt. Ist eine Auktionsdurchführung nicht beabsichtigt bzw. soll diese – wie im Szenario 1 (s. Rn. (6)) – nach Möglichkeit vermieden werden, würde der Erlass neuer PKE III und IV zu einem rechtswidrigen Zustand führen.

(324) Rechtsprechung zu dieser Frage existiert indes nicht. Dass einem Erlass der PKE III und IV auch die tatsächliche Durchführung der Auktion folgt, ist in der Praxis der Regelfall. Auch den Fall des „Abbruchs“²⁹⁴ eines Frequenzvergabeverfahrens – also die Nichtdurchführung einer Auktion trotz Erlasses der PKE I bis IV – hat es bislang nach hiesigem Kenntnisstand nicht gegeben.²⁹⁵ Die Frage der Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens wird daher, soweit ersichtlich, auch in der Literatur nicht diskutiert.

²⁹³ Zur Frage, was dies für eine mögliche Rückwirkung neuer PKE III und IV bedeuten würde s. Rn. (201).

²⁹⁴ Mit der Verfügung Nr. 112/1998, ABl. RegTP Nr. 19/1998, S. 2303 wurde zwar ein Lizenzvergabeverfahren durch Beschlusskammerentscheidung i.S.d. § 11 Abs. 1 i.V.m. § 73 TKG (1996) „ausgesetzt“ (vgl. hierzu auch Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 61 Rn. 10). Allerdings erfolgte die Aussetzung bereits zu einem sehr frühen Verfahrenszeitpunkt, nämlich nach Veröffentlichung von Eckpunkten für ein (künftiges) Vergabeverfahren. Eine PKE I existierte nach hiesigem Kenntnisstand nicht. Jedenfalls aber wurde diese Entscheidung der BNetzA in Rechtsprechung und Literatur nicht weiter behandelt, sodass sich schwerlich verallgemeinerungsfähige Schlussfolgerungen ziehen lassen.

²⁹⁵ Der Unterschied zwischen dem Szenario „Erlass von PKE, obwohl keine Auktion durchgeführt werden soll“ und „Abbruch des weiteren Frequenzvergabeverfahrens trotz bereits erlassener PKE“ besteht darin, dass im ersten Fall von vornherein keine Auktion geplant war, im letzteren Fall hingegen eine solche – entgegen der ursprünglich vorhandenen Absicht – nicht durchgeführt wird. Im letzteren Fall hätte der Auktionsabbruch nur dann Auswirkungen auf die PKE, wenn es sich bei diesen um Dauerverwaltungsakte handeln würde: Nur bei Dauer-VA können nachträglich eintretende Umstände Folgen für ihre Rechtmäßigkeit haben (vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., § 10 Rn. 23 f. Vgl. auch Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 35 Rn. 223). Ob die Regelungswirkung der PKE sich fortlaufend aktualisiert und sie nicht nur dauerhafte Auswirkungen zeitigen (vgl. zu dieser Definition von Dauer-VA BVerwG NVwZ-RR 2019, 456 (457 Rn. 15); Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 35 Rn. 224), wird bislang soweit ersichtlich nicht diskutiert. Da in der hiesigen Konstellation des Szenario 1 bereits bei Neuerlass der PKE keine Auktionsdurchführung geplant wäre, kommt es auf die Frage nachträglicher Tatsachenänderungen und damit der Qualifizierung der PKE als Dauer-VA jedoch nicht an. Hingewiesen sei jedoch auf einen zumindest denkbaren Zusammenhang zwischen der Annahme eines Akzessorietätsverhältnisses zwischen PKE III bzw. IV und den FrZB bzw. ZFB und der Frage der Qualifizierung der PKE III und IV als Dauer-VA: Ein VA bleibt gem. § 43 Abs. 2 VwVfG grundsätzlich solange wirksam, bis er seine Regelungswirkung verliert (Schoch/Schneider/Goldhammer, 6. EL November 2024, VwVfG § 43 Rn. 104). Nimmt man an, die ZFB seien gegenüber der PKE IV akzessorisch, hätte die Unwirksamkeit der PKE IV die Erledigung der ZFB zur Folge. Um die Unwirksamkeit der ZFB vor Durchsetzung der Zahlungspflicht auszuschließen, wäre (auch) der PKE IV eine fortdauernde Regelungswirkung bis zu ebendiesem Zeitpunkt zuzuerkennen. (Zumindest)

(325) Die weit überwiegenden Gründe sprechen gegen eine Auslegung des § 100 Abs. 4, Abs. 5 S. 1, Abs. 7 S. 1 TKG, aus dem Erlass der PKE III und IV folge eine Pflicht zur Auktionsdurchführung. Dies gilt zunächst für die Gesetzessystematik. §§ 91 Abs. 9, 100 Abs. 1, Abs. 4 bis Abs. 7 TKG enthalten vielfältige Formulierungen („voranzugehen“, „vor“, „nachdem“) zur Bestimmung des zeitlichen Verhältnisses zwischen Frequenzzuteilung und Frequenzvergabeverfahren einerseits und der einzelnen Verfahrensschritte des Frequenzvergabeverfahrens andererseits. Dies spricht dafür, dass auch § 100 Abs. 4, Abs. 5 S. 1, Abs. 7 S. 1 TKG lediglich die zeitliche Reihenfolge zwischen Erlass der PKE III und IV und der Durchführung der Frequenzauktion regeln sollen. Die zeit- bzw. reihenfolgebezogenen Formulierungen dienen der Strukturierung des Frequenzvergabeverfahrens als „gestuftes“²⁹⁶ Verwaltungsverfahren. Die rechtliche Existenz der Maßnahme der (zeitlich) vorhergehenden Stufe ist daher zwar Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Stufe. Die Schlussfolgerung, dass aus der rechtlichen Existenz der Maßnahme der vorhergehenden Stufe nicht nur die Möglichkeit (die Rechtmäßigkeit), sondern die Pflicht zur Vornahme der Maßnahme der nachfolgenden Stufe folgt, dürfte sich daraus jedoch nicht ziehen lassen: Ratio der zeitlich-verfahrensmäßigen Stufung des Verfahrens nach § 100 TKG ist die Determination des Inhalts bzw. der Art und Weise der nachfolgenden Stufe durch die vorhergehende Stufe. So wird etwa der Inhalt der PKE III durch die Entscheidungen zu den allgemeinen Zielen des Verfahrens der PKE II (§ 100 Abs. 1 S. 2 TKG) zumindest in den Grundzügen vorbestimmt.²⁹⁷ Der Zweck der (auch zeitlichen) Stufung – die Abschichtung im Sinne einer phasenweisen Abarbeitung des zu bewältigenden Gesamtproblems²⁹⁸ – weist nur in eine Richtung, nämlich von der vorhergehenden auf die nachfolgende Stufe. Entsprechend hat das BVerwG ausgeführt, „die jeweils vorangegangenen Stufen [bilden] das sachliche Fundament für die *nachfolgenden* Verfahrensschritte“.²⁹⁹ In umgekehrter Richtung fehlt es an einem vergleichbaren Zusammenhang: Die Nichtfortführung des Frequenzvergabeverfahrens dürfte die bereits ergangenen PKE allenfalls gegenstandslos werden lassen (§ 43 Abs. 2 VwVfG).³⁰⁰

die PKE IV hätte also eine zeitlich über die Auktionsdurchführung hinausgehende Regelungswirkung. Dieses Verhältnis zwischen Dauerverwaltungsakten und akzessorischen VA wird jedoch, soweit ersichtlich, bislang nicht diskutiert.

²⁹⁶ BVerwG NVwZ 2009, 1558 (1561 Rn. 25).

²⁹⁷ Vgl. Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 11; Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 23.

²⁹⁸ BVerwG NVwZ 2009, 1558 (1561 Rn. 25); (BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, Rn. 15, juris).

²⁹⁹ BVerwG NVwZ 2009, 1558 (1561 Rn. 25) (Hervorhebung nur hier).

³⁰⁰ Ob eine solche Erledigung tatsächlich vorliegt, wäre im jeweiligen Einzelfall zu untersuchen. Weil es sich bei den PKE um Allgemeinverfügungen handelt, dürfte eine „konsensuale“ Erledigung (s. hierzu BVerwG, Urteil vom 27. März 1998 – 4 C 11/97 –, Rn. 17, juris; OVG NRW, Beschluss vom 12. August

(326) Auch der Zweck der PKE III und IV spricht dafür, dass § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG lediglich die zeitliche Reihenfolge der PKE und der Auktionsdurchführung dergestalt regeln, dass eine Auktionsdurchführung ohne vorhergehende PKE ausgeschlossen ist. Die Festlegung der Zulassungsvoraussetzungen und der möglichen Frequenznutzung (§ 100 Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2 TKG) bestimmen die subjektive Beteiligungsfähigkeit und den objektiven Gegenstand des Vergabeverfahrens; die Frequenznutzungsbestimmungen (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG) und die Auktionsregeln (§ 100 Abs. 5 TKG) sind grundlegend für die Funktionsweise (vgl. Rn. (158) ff.) bzw. die Art und Weise des Ablaufs der Auktion. Würden die PKE III und IV erst nach Auktionsdurchführung erlassen, könnten sie diese Zwecke naturgemäß nicht erfüllen. Entsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung bereits zu § 11 Abs. 4 TKG (1996) und § 61 Abs. 4 TKG (2004), die vor dem Vergabeverfahren festzulegenden Zulassungsbedingungen und Verfahrensregelungen gewährleisteten ein diskriminierungsfreies Verfahren.³⁰¹ Entsprechendes gilt für § 100 Abs. 7 S. 1 TKG (i.V.m. § 91 Abs. 9 S. 1 TKG): Würde das in § 91 TKG geregelte Frequenzzuteilungsverfahren i.e.S. nicht zur Durchführung des Verfahrens nach § 100 TKG gleichsam „unterbrochen“, sondern ungeachtet des Vergabeverfahrens fortgeführt, verlöre letzteres jedwede Funktion.

(327) Wenn die § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG nach dem Vorgesagten damit aber bereits keine Auktionsdurchführungspflicht regeln, kann aus ihnen – erst recht – keine Verpflichtung zur Wiederholung einer Auktion hergeleitet werden.

(2) Zweck des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG

(328) Auch aus § 100 Abs. 7 S. 2 TKG dürfte keine Auktionswiederholungspflicht folgen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die neu zu erlassenden Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III nicht wesentlich von denjenigen der PKE III (2018) abweichen.

(329) Nach § 100 Abs. 7 S. 2 TKG werden Verpflichtungen, die ein MNB „im Laufe eines Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahrens“ eingegangen ist, Bestandteil der FrZB i.S.d. § 91 TKG. Der Wortlaut verweist nicht lediglich auf die tatsächliche Auktionsdurchführung i.e.S., sondern undifferenziert auf das „Versteigerungsverfahren“ in seiner Gesamtheit – also (jedenfalls) das mit der Formulierung der PKE II unter Beteiligung der betroffenen Kreise (§ 100 Abs. 1 S. 1 TKG) beginnende und mit der Frequenzzuteilung (§ 100 Abs. 7 S. 1 TKG)

2022 – 4 B 61/21 –, Rn. 36; BayVerwGH, Beschluss vom 28. März 2019 – 3 CE 18.2248 –, Rn. 12 f., juris) kaum in Betracht kommen. Denkbar erscheint ein Gegenstandsloswerden des Regelungsgehalts der PKE oder die Nichterreichbarkeit des Regelungszwecks (vgl. zu diesen Fallgruppen BVerwG NVwZ 2014, 736 (737 Rn. 14) bzw. BVerwG NVwZ 2012, 1547 (1549 Rn. 24 ff.).

³⁰¹ BT-Drs. 80/96 v. 09.02.1996, S. 39; BT-Drs. 15/2316 v. 09.01.2004, S. 80.

endende Verfahren. Spezielle Maßgaben gerade für die Durchführung der Auktion lassen sich der Bestimmung daher nicht entnehmen.

- (330) Nicht ausgeschlossen ist indes, dass der Zweck des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG eine Pflicht zur Auktionsdurchführung impliziert: Die Norm stellt sicher, dass einem FrZB (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG) grundsätzlich nur solche Nebenbestimmungen (§ 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 TKG) beigelegt werden, die Bestandteil der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III waren (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG). Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die PKE III das Bietverhalten der MNB während der Auktionsdurchführung determinieren und die Auktion daher ihre Allokations- und Preisbildungsfunktion tatsächlich erfüllen kann.³⁰² Wenn die PKE III zwar die intendierten Frequenznutzungsbestimmungen enthält, sodann jedoch keine Auktion durchgeführt wird, läuft der Normzweck des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG leer.
- (331) Unabhängig davon, ob man § 100 Abs. 7 S. 2 TKG vor diesem Hintergrund eine Auktionsdurchführungspflicht entnehmen will, impliziert dies aber *keine* generelle Auktionswiederholungspflicht: Dies folgt bereits aus dem beschränkten Regelungsgehalt des § 100 TKG. Gegenstand der Norm ist allein die erstmalige und regelgerechte Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens („Primärebene“). Bestimmungen zu den Folgen eines „gestörten“ Frequenzvergabeverfahrens, insbesondere der Behebung bzw. Heilung (im weiteren Sinne) von (Verfahrens- oder sonstigen) Fehlern – also Regelungen der „Sekundärebene“ – enthält § 100 nicht. Schon aus diesem Grund liegt es fern, § 100 Abs. 7 S. 2 TKG Vorgaben für die Frage einer Auktionswiederholungspflicht zu entnehmen (s. hierzu auch Rn. (312), (340) ff., (347)).
- (332) Selbst wenn man diesen beschränkten Regelungsgehalt beiseitelässt, folgt aus § 100 Abs. 7 S. 2 TKG jedoch zumindest keine *generelle* Auktionswiederholungspflicht. Weil die Norm die Allokations- und (als Spiegelbild hierzu) die Preisbildungsfunktion der Frequenzauktion gewährleisten soll, gebietet auch die Ratio des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG zumindest in solchen Fällen keine Auktionswiederholung, in denen die Allokations- und Preisbildungsfunktion der ursprünglichen, bereits durchgeführten Auktion unberührt bleibt. Wie bereits dargelegt (s. Rn. (278) ff., (307) ff.), erfüllt die 2019 durchgeführte Frequenzversteigerung trotz des Neuerlasses der PKE III und IV weiterhin die ihr zugedachte Funktion, wenn die neuen Frequenznutzungsbestimmungen nicht *wesentlich* von denjenigen der PKE III (2018) abweichen. Zumindest in diesem Fall kann daher nach Maßgabe der dortigen Erwägungen auch aus § 100 Abs. 7 S. 2 TKG keine Auktionswiederholungspflicht hergeleitet werden. Weil §

³⁰² BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, juris, Rn. 34; Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 89. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, juris, Rn. 31.

100 Abs. 7 S. 2 TKG lediglich an die allgemeine Funktion von Frequenzauktionen anknüpft, lässt sich ihr keine über die Wahrung dieser Funktion hinausgehende Auktionswiederholungspflicht entnehmen.

(3) Rechtsprechung zum Anordnungsersessen (§ 91 Abs. 9 TKG)

- (333) Nur scheinbar für eine aus dem Erlass der PKE folgende Pflicht zur Auktionsdurchführung spricht die BVerwG-Rechtsprechung zum Ermessen der BNetzA hinsichtlich der Anordnung eines Frequenzvergabeverfahrens:
- (334) Auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 91 Abs. 9 S. 1 TKG – einer Knappheit der verfügbaren Frequenzen – ist die BNetzA nicht zur Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens verpflichtet. Schon ihrem Wortlaut nach („kann“) räumt § 91 Abs. 9 S. 1 TKG ihr ein Ermessen ein. Zwar sei dieses Ermessen, so das BVerwG, aufgrund der Grundrechtsbindung der BNetzA (Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG) sowie des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes regelmäßig im Sinne der Durchführung des Vergabeverfahrens vorgeprägt. Zur Erreichung der Regulierungsziele, insbesondere der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung, sei jedoch ausnahmsweise das Absehen von einem solchen Verfahren möglich.³⁰³
- (335) Ein solches Ermessen sehen §§ 91, 100 TKG jedoch lediglich für die Entscheidung über das „Ob“ der Anordnung eines Frequenzvergabeverfahrens vor. Im Falle des 5G-Verfahrens hat die BNetzA durch die PKE I und II vom 14. Mai 2018 (s. Rn. (1)) ihr Ermessen bereits zugunsten der Durchführung eines Versteigerungsverfahrens ausgeübt.³⁰⁴ Der Erlass der PKE III und IV steht ausweislich des Wortlauts des § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG nicht mehr im Ermessen der BNetzA. Lediglich hinsichtlich des Inhalts beider VA steht ihr ein Ausgestaltungsspielraum zu (vgl. Rn. (154), (171)). Wenn aber die BNetzA zum Erlass der PKE III und IV verpflichtet ist, erschiene es auf den ersten Blick widersprüchlich, ihr für die tatsächliche Durchführung der Auktion einen Entscheidungsspielraum zuzugestehen: Weil sich der Regelungsgehalt der PKE III und IV jedenfalls typischerweise in der Auktionsdurchführung realisiert, scheinen die PKE bei einem Verzicht auf die Auktion leerzulaufen.
- (336) Wie anderswo dargelegt (Rn. (232) ff., (249) ff., (297) ff., (304) ff., (402) ff.), ist dies bei näherem Hinsehen jedoch nicht der Fall: Die neuen PKE III und IV entfalten auch ohne

³⁰³ BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 25 f., juris.

³⁰⁴ Eine Aufhebung der PKE I (§§ 48, 49 VwVfG) kommt nicht in Betracht, würde die BNetzA dem Neuerlass der PKE III und IV und damit ihrer vollstreckbaren (§§ 121, 172 VwGO) Verpflichtung aus dem Urteil des VG Köln mit einem solchen Vorgehen doch die rechtliche Grundlage entziehen.

Auktionswiederholung Rechtswirkung. Hinzu kommt, dass sich § 100 TKG auf eine Regelung der „Primärebene“ beschränkt und sich der Norm daher keine direkten Vorgaben für Fragen der Fehlerfolgen – hier: der Auktionswiederholung – entnehmen lassen (Rn. (312), (331), (340) ff.). Dies gilt umso mehr, sollte sich die BNetzA bei dem Neuerlass der PKE III dazu entscheiden, die Frequenznutzungsbestimmungen nicht wesentlich zu ändern. In diesem Fall würde die Preisbildungs- und Allokationsfunktion der 2019er-Auktion unberührt bleiben (s. Rn. (283) ff., (310), (472)). Unabhängig hiervon dürfte § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG in Konstellationen wie der hiesigen ohnehin teleologisch zu reduzieren sein, eine Pflicht zur Auktionswiederholung daher ausscheiden (s. Rn. (340) ff.).

(4) Rechtsprechung zum Anspruch auf Teilhabe am Frequenzvergabeverfahren

- (337) Die Rechtsprechung, wonach sich durch die Anordnung eines Vergabeverfahrens der Frequenzzuteilungsanspruch in einen Anspruch auf Teilhabe am Frequenzvergabeverfahren umwandelt (s. Rn. (269) f.), gebietet ebenfalls keine Auslegung von § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG im Sinne einer Auktionsdurchführungs- oder gar -wiederholungspflicht.
- (338) Zwar soll sich der Teilhabeanspruch erst dann in einen Zuteilungsanspruch zurückwandeln, „wenn sich der betreffende Zuteilungsbewerber in dem Vergabeverfahren gegen seine Mitbewerber durchgesetzt hat.“³⁰⁵ Dies impliziert die Notwendigkeit nicht nur des Erlasses der PKE III und IV i.S.d. § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG, sondern auch der tatsächlichen Durchführung der Frequenzauktion. Eine solche tatsächlich erfolgte Durchführung eines – ordnungsgemäßen und vollständigen – Frequenzvergabeverfahrens liegt der Rechtsprechung des BVerwG jedoch gerade zugrunde. Das Gericht befasst sich allein mit dem Verhältnis zwischen dem derivativen Teilhaberecht auf Teilnahme an einem *regulären* Vergabeverfahren und dem Frequenzzuteilungsanspruch. Die Frage, wie sich ein *Abbruch* eines Frequenzvergabeverfahrens oder sonstige *Störungen* bei seiner Durchführung auf die Rechte der MNB auswirkt, stand in den dortigen Konstellationen nicht zur Debatte.
- (339) Entsprechend der oben dargelegten Argumentation (s. Rn. (333) ff.) mag das Teilhaberecht der MNB daher für den „Normalfall“ eines Frequenzvergabens eine Auktionsdurchführungspflicht implizieren – was hier jedoch offenbleiben kann. Für das *sowieso gestörte* Vergabeverfahren lassen sich der Rechtsprechung hingegen keine Aussagen entnehmen.

³⁰⁵ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, Rn. 40, juris m.w.N.

(5) Jedenfalls: teleologische Reduktion von § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG

- (340) Selbst wenn man aus § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG bei rechtlicher Existenz der PKE III und IV im „Normalfall“ eine Rechtspflicht zur Auktionsdurchführung herleiten wollte, dürfte die Norm in Konstellationen wie der hiesigen – also bei einem *ohnehin gestörten* Vergabeverfahren – teleologisch zu reduzieren und daher eine Ausnahme von einer etwaigen Auktionsdurchführungspflicht anzuerkennen sein:
- (341) § 100 TKG regelt allein die einmalige, regelgerechte Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens – gleichsam die „Primärebene“. Fehlerfolgenregelungen – Regelungen der Sekundärebene – finden sich nicht. Der Gesetzgeber hat sich mit den hier im Raum stehenden Folgen von Aufhebung und Neuerlass der PKE III und IV (oder sonstigen Fehlern oder Unterbrechungen des Frequenzvergabeverfahrens) nicht befasst.³⁰⁶ Wollte man § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG eine Auktionsdurchführungspflicht entnehmen, beträfe auch diese daher nur die „primäre“ Auktion.
- (342) Aufgrund des umfassenden Wortlauts des § 100 TKG und des Fehlens eines speziellen Fehlerfolgenregimes liegt es zwar zunächst einmal nahe, die Regelungen auch zwecks Fehlerbeseitigung des Primärverfahrens heranzuziehen. Jedoch wäre dies mit dem Regulierungsziel der *effizienten* Frequenzverwaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG) als Voraussetzung der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG)³⁰⁷ nicht vereinbar. Eine ausnahmslose Pflicht zur Auktionswiederholung würde erheblich in die bestehende Frequenznutzung eingreifen und im Einzelnen unabsehbare Folgewirkungen nicht nur für sämtliche MNB und Diensteanbieter, sondern den Telekommunikationsmarkt insgesamt haben. Angesichts der Komplexität des Frequenzvergabeverfahrens und des Fehlens von mit (beispielsweise) §§ 214, 215 BauGB vergleichbaren Regelungen zur Unbeachtlichkeit zumindest geringfügiger Verfahrensfehler bedeutete eine ausnahmslose Wiederholungspflicht erhebliche Rechtsunsicherheiten. MNB und Diensteanbieter könnten sich potentiell noch Jahre nach einer Auktionsdurchführung – bis zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung sämtlicher anhängiger Verfahren – nicht sicher sein, ob ihre unternehmerisch-wirtschaftlichen Entscheidungen nachträglich entwertet würden. Dies wiederum hätte u.U. Auswirkungen auf ihr Bietverhalten zumindest (s. auch Rn. (173)) bei künftigen Auktionen. Eine stets bestehende Gefahr einer Auktionswiederholung würde daher die Funktionsweise der

³⁰⁶ Vgl. die entsprechenden Leerstellen bei BT-Drs. 80/96 v. 09.02.1996, S. 39 f.; BT-Drs. 15/2316 v. 09.01.2004, S. 80 f.; BT-Drs. 19/26108 v. 25.01.2021, S. 313 f.

³⁰⁷ Zu diesem Zusammenhang Geppert/Schütz/Roth/Ruhnau, 5. Aufl. 2023, TKG § 87 Rn. 5.

Frequenzauktionen beeinflussen und auf diese Weise ihre Eignung als Allokations- und Preisbildungsmechanismus in Frage stellen.

- (343) Hinzu kommt, dass eine Auktionswiederholung im Sinne einer erneuten Durchführung der 2019er-Auktion schon rein faktisch nicht möglich ist: Nicht nur würde die nunmehrige Auktion auf Grundlage der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage³⁰⁸ mehr als sechs Jahre später durchgeführt. Auch würde das Bietverhalten der MNB durch die in dem Zeitraum seit der 2019er-Auktion getroffenen unternehmerischen Entscheidungen beeinflusst. Die Auktionswiederholung stellte daher keine schlichte Fehlerbeseitigungsmaßnahme, sondern eine Aliud-Maßnahme dar.
- (344) All dies spricht dafür, eine – etwaige – aus dem Wortlaut des § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG folgende Auktionsdurchführungspflicht, wenn überhaupt, nur für die Primärebene, nicht auf der Fehlerbeseitigungsebene anzuerkennen. Eine nichtmodifizierte Heranziehung der Verfahrensregeln des § 100 TKG wäre mit den Regulierungszielen (§§ 2, 87 TKG) kaum in Einklang zu bringen. Unberührt hiervon bleibt allerdings eine etwaige „faktische“ Verpflichtung zur Auktionswiederholung, sollte ohne eine solche die rechtlich notwendige Anpassung der FrZB und ZFB an die abgeänderten neuen PKE III und IV nicht möglich sein (s. Rn. (271) ff.).

ff) Unionsrechtliche Pflicht zur Wiederholung der Auktion?

- (345) Die weit überwiegenden Gründe sprechen dafür, dass das Unionsrecht in der hiesigen Konstellation nicht zwingend eine Wiederholung der Frequenzauktion verlangt. Das Absehen von einer neuen Auktion wäre daher unionsrechtskonform. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der EuGH sich zu dieser Frage noch nicht geäußert hat und sich für die Gegenansicht ebenfalls nicht unerhebliche Argumente finden lassen. Es besteht daher eine erhebliche Rechtsunsicherheit.
- (346) Der Wortlaut des Art. 55 Abs. 6 S. 1 RL (EU) 2018/1972 streitet für die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung: Muss die Erteilung von Frequenznutzungsrechten beschränkt werden, erteilen die Mitgliedstaaten die entsprechenden Rechte „nach Auswahlkriterien und einem Auswahlverfahren, die objektiv, transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sind.“ FrZB i.S.d. § 91 Abs. 1 S. 1 TKG – mit denen Frequenznutzungsrechte erteilt werden – können hiernach nur nach Durchführung eines Auswahlverfahrens erlassen werden. Eine Anpassung auch nur der FrZB erscheint daher ohne neue Auktion jedenfalls unionsrechtlich

³⁰⁸ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666, juris.

– anders als oben dargelegt (Rn. (297) ff.) – ausgeschlossen. Auch die Notwendigkeit eines „transparenten“ Auswahlverfahrens spricht für die Auktionswiederholung. Sowohl das wettbewerbsorientierte Versteigerungsverfahren als auch das vergleichende Ausschreibungsverfahren (Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL (EU) 2018/1972) sind durch ihre strikte Förmlichkeit und weitreichende Beteiligungsrechte der interessierten Kreise geprägt. Eine vergleichbare Durchschau- und Nachvollziehbarkeit des Verfahrens (vgl. Rn. (203)) wäre bei einer Anpassung insbesondere der FrZB und der ZFB außerhalb eines solchen Verfahrens nicht immer garantiert.

(347) Allerdings beschränkt sich der Regelungsgehalt des Art. 55 RL (EU) 2018/1972 auf die „Primärebene“ der (ordnungsgemäßen) Durchführung des Auswahlverfahrens. Zu den Fragen, welche Folgen sich aus Verfahrensfehlern ergeben – also gleichsam die Sekundärebene –, schweigt nicht nur diese Norm, sondern die Richtlinie insgesamt. Auch bei Art. 18, 19 RL (EU) 2018/1972 handelt es sich nicht um Fehlerfolgenregelungen; beide Normen erlauben bestimmte Eingriffe in eine bestehende Frequenzordnung losgelöst von der Frage der Fehlerhaftigkeit eines Frequenzvergabeverfahrens. Ob unionsrechtswidrige (oder sonst verfahrensfehlerhafte) PKE III und IV die erneute Durchführung der Auktion gebieten, richtet sich daher nach mitgliedstaatlichem Verfahrensrecht – in den Grenzen des aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgenden Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips.³⁰⁹

(348) Der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz (s. Rn. (203)) streitet nicht zwingend für die Notwendigkeit einer neuen Auktion: Zwar sind die PKE III und IV (2018) nach Ansicht des VG Köln unter Verletzung der unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der BNetzA zustande gekommen.³¹⁰ Es ließe sich daher argumentieren, bei einem Verzicht auf eine Auktionswiederholung würde die Unionsrechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) in Gestalt der Aufrechterhaltung des auf ihrer Grundlage zustande gekommenen Auktionsergebnisses perpetuiert. Die Verwirklichung des Unionsrechts wäre faktisch verunmöglicht.

(349) Eine solche Folgenlosigkeit des Unionsrechtsverstoßes (vgl. Rn. (203)) ist jedoch auch bei Verzicht auf eine neue Auktion nicht zu besorgen: *Jedenfalls* wird die BNetzA die PKE III und IV neu erlassen und die FrZB sowie die ZFB entsprechend anpassen (s. Rn. (232) ff., (402) ff., (434) ff.). Lediglich auf die erneute Durchführung des Auswahlverfahrens i.S.d. Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL (EU) 2018/1972 würde verzichtet. Das Auswahlverfahren aber wird

³⁰⁹ EuGH, Urteil vom 03.07.2014, verb. Rs. C-129/13 und C-130/13, ECLI:EU:C:2014:2041, Rn. 75; EuGH, Urteil vom 13.06.2024, Rs. C-696/22, ECLI:EU:C:2024:499, Rn. 117. Vgl. auch Kopp/Ramsauer/*Ramsauer*, VwVfG, 25. Aufl., Einführung II, Rn. 39 ff.

³¹⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hat sich hierzu nicht abschließend geäußert, vgl. BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 15, 43.

durch das Unionsrecht nicht um seiner selbst willen angeordnet. Vielmehr dient es der Verwirklichung der Regulierungsziele (Art. 55 Abs. 2 RL (EU) 2018/1972). Seine Durchführung rechtfertigt überdies die mit der Beschränkung der Erteilung von Frequenznutzungsrechten einhergehenden Eingriffe u.a. in die Berufsfreiheit von MNB und Diensteanbietern.³¹¹ Nur weil das Auswahlverfahren objektiv, transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig ausgestaltet ist (Art. 55 Abs. 7 UAbs. 1 S. 1 TKG), sind solche Beschränkungen zulässig. Ist bereits ein Auswahlverfahren durchgeführt worden – wie vorliegend in Gestalt der 2019er-Auktion der Fall –, und ist sichergestellt, dass diese beiden Ziele des Auswahlverfahrens erreicht worden sind, erscheint die erneute Durchführung der Auktion auch unionsrechtlich entbehrlich.

- (350) Ob dies tatsächlich der Fall ist, dürfte maßgeblich vom Inhalt der neuen, (unions-)rechtmäßigen PKE III und IV abhängen. Weicht ihr Inhalt zumindest nicht *wesentlich* (vgl. Rn. (283) ff.) von demjenigen der PKE III und IV (2018) ab, hätten sich die Verfahrensfehler – insbesondere die Verletzung der unionsrechtlich begründeten Unabhängigkeit der BNetzA – nicht auf die tatsächliche Durchführung der Auktion ausgewirkt.³¹² Denn auch, wenn die Auktion von vornherein auf Grundlage der neuen, (verfahrens-)rechtmäßigen PKE III und IV durchgeführt worden wäre, hätten sich keine Abweichungen im durch die Frequenznutzungsbestimmungen determinierten Preisbildungs- und Allokationsmechanismus (s. Rn. (158) ff.) oder in den Regelungen zur Auktionsdurchführung i.S.d. § 100 Abs. 5 TKG ergeben.³¹³ Weil die Erreichung der Regulierungsziele (Art. 55 Abs. 6 S. 1, Art. 3, Art. 45 RL (EU) 2018/1972) vom Inhalt der PKE, nicht von ihrem verfahrensmäßigen Zustandekommen abhängen dürfte, wären die Regulierungsziele durch die 2019er-Auktion in gleicher Weise erreicht worden, wie sie bei einer neuen Auktion erreicht würden. Aufgrund der inhaltlichen Entsprechung der ursprünglichen und der neuen PKE III und IV bestünden auch keine Bedenken insbesondere gegen die Transparenz des Auswahlverfahrens.³¹⁴

³¹¹ Vgl. für das deutsche Recht BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 15, juris.

³¹² Die Beweislast hierfür dürfte nach dem Rechtsgedanken der Entscheidung EuGH, Urteil v. 07.11.2013, Rs. C-72/12, ECLI:EU:C:2013:712, Rn. 45 ff. bei der BNetzA liegen.

³¹³ Die hier in Rede stehende Kausalitätsfrage ist von der durch das VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 542 ff., juris entschiedenen Frage der Unanwendbarkeit des § 46 VwVfG zu differenzieren: Das VG Köln befasste sich mit der Frage, ob die angenommenen Verfahrensfehler Auswirkungen auf die Entscheidung in der Sache – also den Inhalt der PKE III und IV (2018) – hatte. An dieser Stelle hingegen geht es – gleichsam einen Schritt weiter – um die Folgen der PKE III und IV als Rechtsakt auf die tatsächliche Durchführung der Auktion. Sofern die Rechtsakte (also die ursprünglichen und die neuen PKE) einen einander entsprechenden Inhalt haben, ist es fernliegend, dass die Auktion bei Zugrundelegung der neuen PKE anders verlaufen wäre als bei Zugrundelegung der ursprünglichen PKE.

³¹⁴ Vgl. hingegen zur Frage der Transparenz bei einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV Rn. (203).

(351) Auch den Ausführungen von Generalanwalt Pitruzzella lässt sich – bezogen auf den hiesigen Fall – keine unionsrechtliche Notwendigkeit der Wiederholung der Auktion entnehmen.³¹⁵ Der Schlussantrag bezog sich auf ein durch die ungarische Telekommunikationsregulierungsbehörde durchgeführtes Frequenzvergabeverfahren. Ein MNB war nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen worden (vgl. § 100 Abs. 4 Nr. 1 TKG) und hatte gegen diese Entscheidung vor den mitgliedstaatlichen Gerichten Rechtsbehelfe eingelegt. Zwischenzeitlich wurde das Frequenzvergabeverfahren durchgeführt. Der Generalanwalt führte hierzu aus, es sei nicht ausgeschlossen, dass „die inhaltliche Prüfung des Rechtsbehelfs [des MNB] dazu führen könnte, dass die Zuschlagsentscheidung und das Versteigerungsverfahren insgesamt für ungültig erklärt werden, *wodurch eine Wiederholung dieses Verfahrens erforderlich wäre*, an dem [der MNB] dieses Mal [...] teilnehmen könnte.“³¹⁶ Der EuGH äußerte sich in seinem Urteil nicht zu dieser Frage.³¹⁷

(352) Mit der Argumentation des Generalanwalts lässt sich in der hiesigen Konstellation jedoch *nicht* die Notwendigkeit einer neuen Auktion begründen: In dem der Rechtssache C-329/21 zugrundeliegenden Sachverhalt ging ein MNB gegen seinen Ausschluss vom Frequenzvergabeverfahren vor. In Rede stand das subjektive Recht auf Teilnahme an ebendiesem Verfahren.³¹⁸ Ist ein solches Teilnahmerecht verletzt, kann dieser Rechtsverletzung qua definitionem nur durch eine erneute Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens abgeholfen werden.³¹⁹ Nur bei einer tatsächlichen Auktionswiederholung wird dem MNB die Teilnahme ermöglicht. In der hiesigen Konstellation hingegen wurden die subjektiven Rechte eines *Diensteanbieters* verletzt. Im Raum steht nicht die Verletzung des Rechts auf Teilnahme an der Auktion i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 1 TKG – eine solche steht bloßen Diensteanbietern nicht offen –, sondern die fehlende Berücksichtigung der (ebenfalls in der Berufsfreiheit wurzelnden) Belangen der Diensteanbieter bei der Ausgestaltung der Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG.³²⁰ Die von der Klägerin begehrte Diensteanbieterverpflichtung bedürfte, um ihr ein Netzzugangsrecht gegenüber den MNB einzuräumen, ohnehin die Aufnahme in die FrZB (s. Rn. (248) ff., (297) ff., (402) ff.). Dass eine solche

³¹⁵ Zur Bedeutung der Schlussanträge vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein/Dingemann, 83. EL Juli 2024, AEUV Art. 252 Rn. 13.

³¹⁶ Generalanwalt Pitruzzella, Schlussantrag v. 20.10.2022, Rs. C-329/21, ECLI:EU:C:2022:822, Rn. 87 (Hervorhebung nicht im Original).

³¹⁷ EuGH, Urteil v. 20.04.2023, Rs. C-329/21, ECLI:EU:C:2023:303.

³¹⁸ Vgl. zur Rechtslage in der Bundesrepublik BVerfG NVwZ 2014, 1226 (1227 f., Rn. 22 ff.).

³¹⁹ Aus diesem Grund würde auch bei einem unterstellten Erfolg der Klage von ■■■ (s. Rn. (261) ff.) das Unionsrecht keine Auktionswiederholung gebieten. ■■■ hat an der 2019er-Auktion teilgenommen, wurde also in seinem Teilnahmerecht nicht verletzt.

³²⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 22 ff., juris.

Regelung bereits in die PKE III aufzunehmen ist, beruht allein auf der Funktionsweise des Versteigerungsverfahrens (s. Rn. (158) ff., (402) ff.). Eine Rechtsposition der Diensteanbieter gerade im Hinblick auf die Durchführung der Auktion wird hierdurch nicht begründet: Der Auktionspreis und die Frage, welchen MNB welche Frequenzen zugeteilt werden und welche MNB dementsprechend Verpflichtete der Frequenznutzungsbestimmungen sind, ist für Diensteanbieter unerheblich (s. Rn. (248) ff.).

- (353) Sogar *gegen* die Auktionswiederholung spricht der zu den tragenden Grundsätzen³²¹ des Unionsrechts zählende Grundsatz des Vertrauensschutzes. Der EuGH entschied, MNB könnten gegen die „Nichtigerklärung“ eines Frequenzvergabeverfahrens nicht den Vertrauensschutzgrundsatz einwenden, weil sie die einzigen zur Teilnahme an dem Vergabeverfahren zugelassenen Bewerber gewesen seien.³²² Ein schutzwürdiges Vertrauen setze voraus, dass eine Verwaltungsbehörde aufgrund bestimmter Zusicherungen begründete Erwartungen geweckt habe. Die bloße Zulassung zur Teilnahme an dem Frequenzvergabeverfahren stelle noch keine solche Zusicherung dar. *E contrario* folgt aus diesen Ausführungen des Gerichtshofes aber, dass bei Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens der Vertrauensschutzgrundsatz grundsätzlich anwendbar ist. Für den Fall des 5G-Vergabeverfahrens sprechen nicht unerhebliche Gründe dafür, dass die teilnehmenden MNB gegen eine Wiederholung der Auktion ihr schutzwürdiges Vertrauen würden einwenden können. Anders als in der vom EuGH entschiedenen Konstellation wurden sie nicht lediglich zur Teilnahme zugelassen. Vielmehr wurden ihnen in Folge der tatsächlichen Durchführung der Auktion bereits Zuschlags-, Zuordnungs-, Zahlungsfestsetzungs- und Frequenzzuteilungsbescheide erteilt. Bei diesen VA dürfte es sich um hinreichend präzise, unbedingte Zusicherungen einer zuständigen Stelle und damit einen hinreichenden Vertrauenstatbestand handeln.³²³ Dieser konnte bei den MNB die Erwartung in den Bestand des Auktionsergebnisses wecken. Denkbar ist allerdings, dass die Verletzung der unionsrechtlich determinierten Unabhängigkeit der BNetzA bei Erlass der PKE III und IV (2018) der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der MNB entgegensteht.³²⁴ Zwingend ist dies indes nicht: Bei allen vier Bescheidkategorien handelt es sich um VA der zuständigen Organe der BNetzA. Anders als bzgl. der

³²¹ EuGH, Urteil v. 05.05.1981, Rs. 112/80, ECLI:EU:C:1981:50, Rn. 48; EuGH, Urteil v. 14.03.2013, Rs. C-545/11, ECLI:EU:C:2013:169, Rn. 23; EuGH, Urteil v. 26.07.2017, Rs. C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593, Rn. 79.

³²² EuGH, Urteil v. 26.07.2017, Rs. C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593, Rn. 78 ff., auch zum Folgenden.

³²³ Vgl. EuGH, Urteil v. 26.07.2017, Rs. C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593, Rn. 80 m.w.N.

³²⁴ Vgl. insoweit EuG, Urteil vom 15.11.2018, Rs. T-207/10, Rn. 46; EuG, Urteil vom 27.09.2023, Rs. T-12/15 u.a., Rn. 98. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 05.03.2019, Rs. C-349/17, Rn. 97, wonach – jedenfalls im Beihilfenrecht – die Rechtmäßigkeit einer Zusage Voraussetzung für die Berufung auf den Vertrauensschutzgrundsatz ist.

abweichenden Festsetzung der Zahlungsmodalitäten in den öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen BMVI/BMF und MNB wird als Vertrauenstatbestand also gerade nicht das Handeln eines unzuständigen Organs herangezogen.³²⁵ Der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der MNB entgegenstehen könnte allerdings, dass diese bei Durchführung der Auktion Kenntnis davon hatten, dass die PKE III und IV (2018) angefochten worden waren (s. Rn. (2)).

(354) *Gegen* eine unionsrechtlich begründete Pflicht zur erneuten Auktionsdurchführung spricht schließlich auch, dass es sich bei der Stabilität der Frequenzordnung im Interesse langfristiger Investitionen und der Erreichung eines hohen Versorgungsgrades um unionsrechtliche Ziele (vgl. Art. 45, 3 i.V.m. Art. 55 Abs. 6 S. 2 RL 2018/1972) der Frequenzregulierung handelt (s. Rn. (172) ff.). Eine Auktionswiederholung bedeutete eine massive Disruption der bestehenden Frequenzordnung, würde auch langfristig erhebliche Rechtsunsicherheiten hervorrufen und die Funktion des Frequenzvergabeverfahrens beeinträchtigen (vgl. Rn. (173), (290), (342)). Mit den unionsrechtlichen Zielen der Frequenzregulierung wäre dies nicht zu vereinbaren.

b) Besonderheiten bei rückwirkendem Neuerlass der PKE III und IV

(355) Unterstellt man, dass ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV rechtlich zulässig ist (s. hierzu Rn. (193) ff.), stellt sich die Frage, wie sich diese Rückwirkung auf die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung auswirken würde. Nachfolgend wird zunächst dargelegt, welche Folgen ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV für die 2019er-Auktion hätte (aa)). Sodann wird aufgezeigt, dass bei einer inhaltlichen Abweichung der neuen gegenüber den ursprünglichen PKE die erneute Auktionsdurchführung kaum vermeidbar sein dürfte (bb)).

aa) Folgen der Rückwirkung für die 2019er-Auktion

(356) Würde die BNetzA die PKE III und IV (2018) rückwirkend aufheben (vgl. Rn. (99) ff., (193) ff.), hätte dies – jedenfalls in einem ersten (Denk-)Schritt – die Rechtswidrigkeit der Auktion als solcher (als Tatsachenakt) zur Folge. Aus der Systematik des § 100 Abs. 1 bis Abs. 7 TKG sowie dem Regelungsinhalt der PKE III und IV (§ 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG) folgt, dass wirksame (§ 43 Abs. 1 VwVfG) PKE Voraussetzung für die Durchführung der Auktion sind (vgl. auch Rn. (323) ff.). Zwar lagen im Zeitpunkt der Durchführung der Auktion im Juni 2019 wirksame (§ 43 Abs. 1 VwVfG) und vollziehbare (vgl. § 217 Abs. 1 TKG) PKE vor. Das Frequenzvergabeverfahren konnte daher in rechtmäßiger Weise durchgeführt

³²⁵ Diese Problematik wurde von den Gutachtern an anderer Stelle umfassend erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

werden.³²⁶ *Rechtskonstruktiv* jedoch hätte es aufgrund des *rückwirkenden* Wegfalles der PKE III und IV (2018) im Zeitpunkt der Auktionsdurchführung an den rechtlichen Grundlagen hierfür gefehlt. Entfällt die Wirksamkeit der PKE III und IV (2018) dagegen erst mit Wirkung *ex nunc*, bleibt die Auktion rechtmäßig. Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen ihrer Durchführung lagen vor.³²⁷

(357) Eine rückwirkende Aufhebung der PKE III und IV (2018) stünde jedoch kaum für sich allein. Sollte sich die BNetzA zu einer rückwirkenden Aufhebung (§ 48 VwVfG) der beiden PKE entscheiden, spricht vielmehr einiges dafür, dass sie in der Folge auch zu einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV verpflichtet bzw. ein solches Vorgehen zumindest zweckmäßig wäre (s. Rn. (195) f.). Damit entfielen zwar die (rechtskonstruktive) Rechtswidrigkeit der Auktionsdurchführung aufgrund des gänzlichen Fehlens der PKE III und IV als rechtlicher Grundlage hierfür. Indes könnte sich die Durchführung der 2019er-Auktion als *Tatsachenakt* in anderer Hinsicht als rechtswidrig erweisen:

(358) Von der Rechtswidrigkeit der Auktion wäre dann auszugehen, wenn die neuen PKE III und IV einen gegenüber den PKE III und IV (2018) (nicht nur ganz unerheblich, vgl. Rn. (276)) abweichenden Inhalt aufweisen sollten. Rein faktisch wurde die 2019er-Auktion nach den Auktionsregeln der PKE IV (2018) durchgeführt. In der Preisbildung und damit der Frequenzallokation realisierten sich die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018). Lässt sich zwar rechtskonstruktiv ein rückwirkender Neuerlass der PKE III und IV konstruieren,³²⁸ so ist doch *ipso facto* ausgeschlossen, dass sich der Regelungsgehalt der neuen PKE III und IV in der Durchführung der 2019er-Auktion und der Preisbildung/Frequenzallokation realisiert. Aus diesem Grund führte *gerade* die rechtliche Rückwirkung der neuen PKE III und IV zur Rechtswidrigkeit der 2019er-Auktion: Die Auktion, wie sie *tatsächlich* stattgefunden hat (nämlich: auf Grundlage der PKE III und IV (2018)), wäre von den *rechtlich für sie geltenden* PKE (nämlich: den neuen PKE III und IV) abgewichen. Dies wiederum begründete einen selbstständigen Fehler in der Auktionsdurchführung. In der Auktion hätte sich nicht lediglich die Rechtsfehlerhaftigkeit der PKE III und IV (2018) in unselbstständiger Weise „realisiert“ (s. hierzu Rn. (246) f.). Eine Abweichung der Auktion gegenüber den für sie geltenden PKE III und IV verstößt vielmehr gegen § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG. Müsste

³²⁶ Vgl. BVerwG NVwZ 2009, 1558 (1561, Rn. 25 f.).

³²⁷ Zur Frage, ob nicht das Fehlen, sondern die Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) die Rechtswidrigkeit auch der Frequenzauktion zur Folge hat, s. oben Rn. (241) ff.

³²⁸ Zur Frage der Rechtmäßigkeit eines solchen rückwirkenden Neuerlasses der PKE III und IV s. aber oben Rn. (197) ff. Unterstellt man, ein rückwirkender Neuerlass sei rechtswidrig, würde es sich hierbei und bei der (etwaigen) Rechtswidrigkeit der 2019er-Auktion als *Tatsachenakt* um zwei verschiedene Rechtsfehler handeln.

die Auktion und ihre Preisbildungsfunktion nicht den Festsetzungen der PKE gehorchen, könnten diese ihren Zweck nicht erreichen. Ein solches Abweichen bedeutete, dass der Regelungsgehalt der PKE III und IV leerliefe; ihr Erlass wäre sinnlos. Die PKE III und IV *müssen* sich in der tatsächlichen Auktionsdurchführung realisieren. Schließlich wäre es auch mit der unionsrechtlichen Verpflichtung zur Objektivität und Transparenz des Auswahlverfahrens und der Auswahlkriterien (Art. 55 Abs. 6 S. 1 RL (EU) 2018/1972) nicht zu vereinbaren, würde die Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens anderen Regeln folgen als in den PKE festgesetzt (vgl. auch Rn. (346), (349)).

bb) Folgen der Rückwirkung für die Notwendigkeit einer Auktionswiederholung

- (359) Ob bei einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV eine neue Auktion durchzuführen ist, dürfte maßgeblich vom Inhalt der beiden neuen PKE abhängen. Insoweit wird die Präsidentenkammer allerdings zu beachten haben, dass das Verfahren ergebnisoffen zu führen ist und sie den ihr zustehenden Ausgestaltungsspielraum in rechtmäßiger Weise ausübt (s. Rn. (146) ff., (152) ff., (171) ff.). Eine Festsetzung des Inhalts der neuen PKE III und IV gerade mit dem Ziel der Vermeidung einer neuen Auktion ist vor diesem Hintergrund äußerst risikobehaftet (s. Rn. (182) ff.).
- (360) Bei einem im Wesentlichen identischen Inhalt der neuen PKE III und IV dürfte eine Neudurchführung der Auktion verzichtbar sein. Die Auktion, wie sie 2019 tatsächlich stattgefunden hat, bliebe rechtmäßig. Sie konnte ihre Funktion erfüllen: Weil der Inhalt der alten und neuen PKE sich entsprechen, wurde die 2019er-Auktion tatsächlich nach den für sie rechtlich geltenden Regeln durchgeführt. Die Rechtswidrigkeit der Auktion aufgrund des Abweichens ihrer tatsächlichen Durchführung gegenüber den Festsetzungen der PKE III und IV (s. Rn. (358)) ist ausgeschlossen. Dass die 2019er-Auktion *tatsächlich* auf Grundlage der PKE III und IV (2018) stattgefunden hat, *rechtskonstruktiv* hingegen auf Grundlage der neuen PKE III und IV, ist unerheblich. Wegen ihrer inhaltlichen Identität wirkt sich dieser „Austausch der Rechtsgrundlagen“ nicht aus. Entsprechendes gilt für die Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018): Weil die neuen, rechtmäßigen PKE III und IV einen entsprechenden Inhalt haben wie die ursprünglichen PKE, ist die Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) für die tatsächliche Durchführung der Auktion nicht kausal geworden. Gleichsam maßgeblich ist die inhaltliche Entsprechung der alten und neuen PKE für die Funktionserfüllung der Auktion: Die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III determinieren die Allokations- und Preisbildungsfunktion der Auktion. Wenn die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen, rückwirkenden PKE III denjenigen der PKE III (2018) entsprechen, sind die rechtskonstruktiv geltenden Frequenznutzungsbestimmungen – diejenigen der neuen

PKE III – in der 2019er-Auktion tatsächlich wirksam geworden. Der „Austausch der Rechtsgrundlagen“ wäre für die Durchführung der Auktion nicht kausal.

- (361) Weichen die Festsetzungen der neuen, rückwirkenden PKE III und IV hingegen von denjenigen der PKE III und IV (2018) ab, spricht viel dafür, dass die Neudurchführung der Auktion zwingend ist. Es dürfte insoweit *Abweichendes* gelten gegenüber dem ex-nunc-Neuerlass der PKE III und IV mit anderem Inhalt (s. Rn. (271) ff.). Insbesondere dürfte eine schlichte Anpassung der FrZB und der ZFB, die bei einem ex-nunc-Neuerlass der PKE vertretbar erscheint (s. Rn. (402) ff., (434) ff.), nicht in Betracht kommen: Bei einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV haben inhaltlich abweichende Feststellungen zur Folge, dass die Auktion, wie sie tatsächlich durchgeführt worden ist, rechtswidrig ist. Aufgrund ihrer Rückwirkung hätte die 2019er-Auktion *rechtskonstruktiv* nach den Festsetzungen der neuen PKE III und IV stattfinden müssen. *Tatsächlich* folgte sie jedoch den Regeln der PKE III und IV (2018). Diese Abweichung begründet die selbstständige Rechtswidrigkeit gerade der Auktionsdurchführung (s. Rn. (358)).
- (362) Eine „schlichte“ Anpassung der FrZB an die geänderten Frequenznutzungsbestimmungen bzw. der ZFB und des Auktionspreises an den von den MNB auf Grundlage der neuen PKE III und IV hypothetisch gebotenen Preis (s. hierzu Rn. (297) ff., (303) ff., (413) ff., (443) ff.), begegnet größeren Bedenken als bei einer nur ex nunc wirkenden Ersetzung der alten durch neue PKE. Neben die auch in letzterer Konstellation bestehenden rechtlichen Bedenken tritt, dass in der Rückwirkungs-Konstellation zu *keinem* Zeitpunkt eine zur Erfüllung des ihr gesetzlich zugeschriebenen Zweckes geeignete Auktion vorlag. Strukturell handelt es sich bei der ex nunc-Konstellation um eine nachträgliche Änderung Rechtslage – es treten neue PKE an die Stelle der alten –, die eine *Anpassung* der FrZB und ZFB zur Folge haben. In der ex tunc-Konstellation hingegen bliebe es nicht bei einer bloßen nachträglichen Anpassung der FrZB und ZFB, vielmehr läge eine *vollständige Ersetzung* der Auktionsdurchführung vor: Die 2019er-Auktion konnte ihre Allokations- und Preisbildungsfunktion nicht erfüllen. *Tatsächlich* richtete sich das Bietverhalten der MNB nach den Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018), wohingegen rechtskonstruktiv die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen, rückwirkenden PKE III in der Auktion hätten wirksam werden müssen. Die 2019er-Auktion war aufgrund der Rückwirkung der neuen PKE III und IV funktionslos und kann daher von vornherein keine Grundlage für den Erlass (ZFB) bzw. den Inhalt (FrZB) der weiteren VA bilden. Eine „Anpassung“ der FrZB und ZFB bedeutete vor diesem Hintergrund eine gänzliche Umgehung des Frequenzvergabeverfahrens.

c) Zeitlicher Rahmen einer etwaigen neuen Frequenzauktion

- (363) Sollte sich die Neudurchführung der 5G-Frequenzauktion als rechtlich notwendig erweisen, dürfte es rechtlich zulässig sein, die Auktion nicht sofort, sondern erst mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf durchzuführen. Auch ein Hinausschieben bis 2028/29 zwecks Verbindung mit den zu diesem Zeitpunkt ohnehin zur Neuvergabe anstehenden Frequenzbereichen erscheint vertretbar. Allerdings wäre ein solches Vorgehen mit nicht unerheblichen rechtlichen Risiken behaftet.

aa) Keine Heranziehung des vollstreckungsrechtlichen Zeitrahmens

- (364) Der zeitliche Maßstab für die Neudurchführung der Auktion ist dabei nicht den vollstreckungsrechtlichen Vorgaben der VwGO zu entnehmen. Bei der Auktionsdurchführung als tatsächlicher Maßnahme handelt es sich nicht um eine nach § 172 VwGO vollstreckbare Verpflichtung aus dem Urteil des VG Köln.³²⁹ Der Entscheidungsausspruch des VG beschränkt sich auf den Streitgegenstand des Verfahrens, die Verpflichtung zur Neubeschreibung der PKE III und IV (2018). Nur insoweit stellt das Urteil einen vollstreckungsfähigen Titel i.S.d. § 168 Abs. 1 Nr. 1 VwGO dar.³³⁰ Bei einer – unterstellten – Verpflichtung zur Auktionswiederholung handelte es sich lediglich um eine mittelbare Folgewirkung des Urteils (s. Rn. (90), (229) f.). Ggf. wäre diese mittels einer separaten Leistungsklage durchzusetzen (s. Rn. (231)). Auf den zeitlichen Rahmen, der dem Vollstreckungsschuldner vor Einleitung der Zwangsvollstreckung nach § 172 VwGO einzuräumen ist – das BVerwG spricht

³²⁹ Ob auf die Vollstreckung „schlichten“ Verwaltungshandelns § 172 VwGO oder § 167 VwGO i.V.m. §§ 883 ff. ZPO anwendbar ist, ist umstritten (s. zum Streitstand Schoch/Schneider/*Pietzner/Möller*, 46. EL August 2024, VwGO § 172 Rn. 16, 18 ff. m.w.N.). Weil die tatsächliche Durchführung der Auktion bereits nicht von der tenorierten Verpflichtung aus dem Urteil erfasst ist, kann diese Frage hier jedoch dahinstehen. Sollte einmal eine Vollstreckung nach § 167 ZPO i.V.m. §§ 883 ff. ZPO im Raum stehen – etwa aufgrund einer Leistungsklage oder einem Antrag nach § 123 VwGO gerichtet auf Neudurchführung der Auktion –, dürfte sich diese nach § 888 ZPO richten. Bei der Auktionsdurchführung durch die BNetzA dürfte es sich um eine unvertretbare Handlung handeln. Aufgrund ihrer Unabhängigkeit bei Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens i.S.d. Art. 55 RL (EU) 2018/1972 (vgl. EuGH, Urteil v. 26.07.2017, Rs. C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593, Rn. 50 ff.) kann diese nicht durch Dritte vorgenommen werden. § 888 ZPO sieht grundsätzlich keine Fristsetzung vor, vgl. § 888 Abs. 2 ZPO. Es besteht allerdings die Möglichkeit einer Fristsetzung, wenn der Schuldner zur Erfüllung der Pflicht eine angemessene Zeit benötigt, MüKoZPO/*Gruber*, 6. Aufl. 2020, ZPO § 888 Rn. 24 m.w.N. Angesichts des aufwändigen Auktionsverfahrens dürfte dies hier der Fall sein. Hinsichtlich der „Angemessenheit“ der Frist dürften die nachfolgend im Text angeführten Maßgaben heranzuziehen sein. Ein Aufschieben der Auktion bis 2028/29 erscheint daher auch auf Grundlage des § 888 ZPO problematisch. Etwas anderes würde dann gelten, wenn sich die Frage der Vollstreckung nach § 888 ZPO erst in fernerer Zukunft stellt.

³³⁰ Vgl. NK-VwGO/*Heckmann*, 5. Aufl. 2018, VwGO § 172 Rn. 54, 58.

davon, dass „die Androhung eines Zwangsgeldes stets eine grundlose Säumnis in der Erfüllung der vom Gericht auferlegten Pflichten voraussetzt“³³¹ – kommt es daher nicht an.

- (365) Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass ein Vollstreckungsschuldner i.S.d. §§ 167 ff. VwGO zwar zu einer effektiven, aber nicht zu einer sofortigen Erfüllung seiner Pflichten aus dem Urteil verpflichtet ist.³³² Vor Einleitung der Vollstreckung nach § 172 VwGO ist ihm eine angemessene Erfüllungsfrist einzuräumen, deren Länge sich nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt.³³³ Welche Frist im hiesigen Fall angemessen wäre, dürfte nach Maßgabe der unter Rn. (369) ff. angeführten Erwägungen zu beurteilen sein.

bb) Keine unmittelbare Heranziehung des Zeitrahmens des TKG

- (366) Auch dem TKG lässt sich der zeitliche Rahmen für die Auktionswiederholung nicht unmittelbar entnehmen.
- (367) Schon für den Zeitpunkt einer „regulären“ Frequenzversteigerung lassen sich dem TKG lediglich auf mittelbare Weise Maßstäbe entnehmen.³³⁴ Angesichts der Regulierungsziele der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung (§§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) ist sicherzustellen, dass sämtliche grundsätzlich zur Nutzung durch MNB zur Verfügung stehende Frequenzen von diesen tatsächlich genutzt werden können. Ein „Brachliegen“ von Frequenzen widerspräche der Effektivität der Frequenznutzung und ist daher zu vermeiden. Voraussetzung für die Frequenznutzung ist die vorherige Frequenzzuteilung, § 91 Abs. 1 S. 1 TKG. Hat der Frequenzzuteilung nach § 91 Abs. 9 S. 1 TKG ein Verfahren nach § 100 TKG vorauszugehen, ist dieses daher mit einem solchen zeitlichen Vorlauf durchzuführen, dass es (spätestens) in dem Zeitpunkt, in dem die verfahrensgegenständlichen Frequenzen (wieder) zur Verfügung stehen, abgeschlossen ist. Der Zeitpunkt, zu dem Frequenzen verfügbar werden, richtet sich dabei grundsätzlich nach dem Ablauf der Befristung ihrer vorhergehenden Zuteilungsperiode (vgl. § 92 Abs. 1 S. 1 TKG). Nur wenn das Frequenzvergabeverfahren vor Ablauf dieser Befristung der vorhergehenden Zuteilungsbescheide abgeschlossen ist, ist eine nahtlose Nutzung der betroffenen Frequenzen gewährleistet.

³³¹ BVerwGE 33, 230 (232). Hierzu BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, 72. Ed. 1.1.2024, VwGO § 172 Rn. 21.

³³² BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, 72. Ed. 1.1.2024, VwGO § 172 Rn. 21.2. Vgl. auch BVerwG NVwZ-RR 2002, 314.

³³³ Schoch/Schneider/Pietzner/Möller, 46. EL August 2024, VwGO § 172 Rn. 33; BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, 72. Ed. 1.1.2024, VwGO § 172 Rn. 21; Kopp/Schenke/Schenke, VwGO, 30. Aufl., § 172 Rn. 5.

³³⁴ Vgl. zum weiten zeitlichen Spielraum der BNetzA in Bezug auf eine Bereitstellungsentscheidung BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, Rn. 38 ff.

(368) Für die hiesige Konstellation lässt sich diesen Maßgaben des TKG jedoch kein zeitlicher Rahmen für die Auktionswiederholung entnehmen. Ein „Brachliegen“ der verfahrensgegenständlichen Frequenzen des 5G-Vergabeverfahrens ist auch bei einem Zuwarten mit der Durchführung einer neuen Frequenzauktion nicht zu besorgen. Aus dem Regulierungsziel der effektiven und störungsfreien Frequenznutzung lässt sich daher keine Verpflichtung zu einer unverzüglichen oder ansonsten zeitnahen Auktionswiederholung ableiten. Die in Folge der 2019er-Auktion ergangenen FrZB sind auch bei Aufhebung der PKE III und IV (2018) und ihrem Neuerlass weiterhin wirksam (s. Rn. (121) ff.). Die Möglichkeit der Frequenznutzung wird daher durch die Erfüllung der Pflichten aus dem Urteil durch die BNetzA nicht beeinträchtigt. Zwar dürfte es auch zur Vermeidung der Folgenlosigkeit des Urteils und aufgrund des Rechtsschutzziels der [REDACTED] (s. Rn. (232) ff., (248) ff.) ausgeschlossen sein, die FrZB bis zum Ablauf ihrer zeitlichen Befristung (31. Dezember 2040) in ihrer jetzigen Form aufrechtzuerhalten. Aufgrund ihrer Rechtswidrigkeit sind sie nach § 48 VwVfG zurückzunehmen. Um zu vermeiden, dass es an jeglicher Rechtsgrundlage für die Frequenznutzung fehlt (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG), kommt eine Rücknahme aber nur mit Wirkung pro futuro und nur ab dem Zeitpunkt in Betracht, ab dem die neuen bzw. angepassten FrZB rechtliche Wirkung zeitigen.³³⁵ Aussagen zu dem exakten Zeitpunkt von Rücknahme und Neuerlass der FrZB lassen sich diesen Vorgaben jedoch nicht entnehmen. Erst recht gilt dies für Aussagen zum Zeitpunkt der neuen Auktion, auch wenn man diese – anders als hier vertreten (s. Rn. (222) ff.) – als *ausnahmslos* verpflichtende Voraussetzung für eine Änderung oder den Neuerlass der FrZB qualifizieren würde.

cc) Entscheidungsspielraum der BNetzA hinsichtlich des Zeitrahmens

(369) Mangels weiterer gesetzlicher Anhaltspunkte für den Zeitrahmen der Auktionsdurchführung dürfte der BNetzA (insbesondere) in der hiesigen Konstellation ein Entscheidungsspielraum zustehen. Bei dessen Ausgestaltung ist sie jedoch nicht gänzlich frei. Maßgebende Gesichtspunkte dürften insbesondere die Regulierungsziele (§§ 2, 87 TKG) sowie die mittelbaren Folgen des Urteils des VG Köln sein. Darüber hinaus sind unionsrechtliche Wertungen sowie die Folgen einer Frequenzverlängerung auf Grundlage der PKE (2025) (s. Rn. (4)) einzubeziehen. Hiernach ist die BNetzA jedenfalls nicht zu einer sofortigen oder innerhalb weniger Monate erfolgenden Auktionswiederholung verpflichtet.³³⁶ Ob die BNetzA bei einem Hinausschieben der Auktion um mehrere Jahre – bis 2028/29 – ihren

³³⁵ Die Frage der Rücknahme (einschließlich ihrer zeitlichen Dimension) wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

³³⁶ Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 29, juris (Zulässigkeit der Zurückhaltung von Frequenzen, bis ein ausreichend vergabefähiges Frequenzspektrum verfügbar ist).

Entscheidungsspielraum überschreiten würde, erscheint hingegen offen. Gute Gründe sprechen jedoch dafür, dass auch ein solches Vorgehen noch rechtlich vertretbar wäre.

(1) Frequenzregulatorische Ziele (§§ 2, 87 TKG)

- (370) Aus den frequenzregulatorischen Zielen der §§ 2, 87 TKG lassen sich Argumente für und gegen eine Verschiebung der Auktionswiederholung bis 2028/29 ableiten. Die Frequenzordnung hat dem Grundsatz der effizienten Frequenznutzung zu genügen (§§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG). Weiter ist die BNetzA zur Sicherung und Förderung des chancengleichen Wettbewerbs und nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte verpflichtet (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Die Art und Weise der Frequenzregulierung durch die BNetzA hat sich am Grundsatz der effizienten Verwaltung der Frequenzen zu orientieren, unter Berücksichtigung u.a. des hohen gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Wertes der Frequenzen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG).
- (371) Wird die infolge der 2019er-Auktion geschaffene Frequenzordnung aufrechterhalten – auf die Auktionswiederholung also gänzlich verzichtet –, dient dies der Stabilisierung und der Effizienz der Frequenznutzung als regulierungsrechtlich zulässigen Zielen (vgl. Rn. (171) ff.). Erst recht muss es dann aber zulässig sein, durch eine zeitliche Verschiebung der Auktionswiederholung die Folgen der 2019er-Auktion nur zeitweilig – für mehrere Jahre – aufrechtzuerhalten. Eine zeitlich unmittelbar auf die Rechtskraft des Urteils folgende Auktion ist bereits deswegen ausgeschlossen, weil die BNetzA die neuen PKE III und IV in verfahrensrechtmäßiger Weise, insbesondere unter Beteiligung der interessierten Kreise, wird zu erlassen haben (s. Rn. (147)).
- (372) Für die Möglichkeit einer zeitlichen Verschiebung der Auktion spricht auch, dass sich gerade durch eine kumulierte Vergabe größerer Frequenzbereiche – also der aus der 2019er-Auktion und derjenigen, die 2028/29 ohnehin zur Neuvergabe anstehen – Effizienzgewinne erreichen lassen können.³³⁷ Eine Verschiebung der Auktionswiederholung diene daher der effizienten Frequenzverwaltung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG. Die Möglichkeit der Ersteigerung größerer Frequenzblöcke würde für die MNB auch eine größere Anreizwirkung zur Teilnahme an der Auktion erzeugen. Die Ersteigerung größerer Frequenzblöcke erlaubte ihnen deren effektivere und wirtschaftlichere Nutzung.³³⁸ Zudem würde die Verschiebung der Auktionswiederholung es dem im Rahmen der 2019er-Auktion neu hinzugekommenen

³³⁷ Vgl. zu diesen und den nachfolgenden Erwägungen auch BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020 – 6 C 3/19 –, Rn. 28, juris (dort bezogen auf eine Bereitstellungsentscheidung zwecks nachfolgender Anordnung eines Frequenzvergabeverfahrens).

³³⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 26, juris.

MNB [REDACTED] erlauben, sich zuvor weiter am Markt zu etablieren. Damit sinkt die Wahrscheinlichkeit, [REDACTED]. Zur Gewährleistung des Wettbewerbs unter den MNB als Regulierungsziel (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) wäre die Verschiebung der Auktion auf das Jahr 2028/29 daher vorzugswürdig.

(373) Dass dem Regulierungsziel der Förderung des Wettbewerbs durch die Auktionsverschiebung gedient wäre, ist jedoch nicht zwingend: [REDACTED]

[REDACTED]

(374) Auch das Ziel, die Stabilität der Frequenzordnung zu gewährleisten, streitet nicht zwingend für die mehrjährige Verschiebung der Auktion: Deren Wiederholung steht insbesondere bei einer (wesentlichen, Rn. (278) ff.) Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen im Raum (Rn. (158) ff., (271) ff.), namentlich der Verschärfung der Diensteanbieterregelung in eine Diensteanbieterverpflichtung (s. Rn. (1)). Bereits bei dieser Entscheidung über den Inhalt der neu zu erlassenden PKE III und IV wird die Präsidentenkammer die stabilitätsorientierten Regulierungsinteressen zu berücksichtigen haben (s. Rn. (172) ff.). Hat sich die Präsidentenkammer aber bei Neuerlass der PKE III gegen eine vorrangige Berücksichtigung der Stabilitätsziele und für die *Änderung* der Frequenznutzungsbestimmungen entschieden, wäre es widersprüchlich, mit den auf dieser „ersten Stufe“ der Umsetzung des Urteils des VG Köln zurückgestellten Stabilitätsinteressen nunmehr eine jahrelange Verschiebung der Auktionswiederholung zu begründen. Auch hier lassen sich indes wieder Gegenargumente

[REDACTED]

finden: Der Inhalt der neuen PKE III entscheidet endgültig über den Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen der FrZB. Bei dem Zeitpunkt der Auktionswiederholung hingegen steht lediglich deren zeitliche Verschiebung und damit die zeitliche Verschiebung des tatsächlichen Wirksamwerdens der Frequenznutzungsbestimmungen im Raum. Eine solche (bloße) zeitliche Verschiebung könnte einen „Kompromiss“ zwischen stabilitäts- und wettbewerbsorientierten Regulierungszielen bilden.

(2) Unionsrechtliche Maßgaben: Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972

- (375) Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972 streitet grundsätzlich für die Möglichkeit der Verschiebung der Auktionswiederholung bis 2028/29. Gleichfalls besteht jedoch auch ein unionsrechtlich fundiertes Interesse an einer möglichst raschen Beseitigung der Folgen des Frequenzvergabeverfahrens 2018/19.
- (376) Nach Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972 können die Mitgliedstaaten die Geltungsdauer individueller Frequenznutzungsrechte anpassen, damit Geltungsdauer der Rechte in einem oder mehreren Frequenzbändern gleichzeitig auslaufen. Ziel dieser Bestimmung es, den nationalen Behörden durch die Möglichkeit der Herstellung eines Gleichklanges von Frequenzbereichen deren effektive Verwaltung zu ermöglichen und so die Regulierungsziele der §§ 2, 87 TKG (Art. 3, 45 RL (EU) 2018/1972) zu fördern.³⁴¹ Der deutsche Gesetzgeber hat die Bestimmung durch den die Befristung und Verlängerung von Funkfrequenzen regelnden § 92 TKG umgesetzt.³⁴² Eine ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972 findet sich lediglich in § 92 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 TKG, der die Befristung bestimmter harmonisierter Frequenzen regelt. Angesichts des weiten Wortlauts des Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972 – dieser bezieht sich auf sämtliche individuellen Frequenznutzungsrechte – ist § 92 TKG jedoch in seiner Gesamtheit unter Berücksichtigung seines Regelungsgehalts unionsrechtskonform auszulegen. Entsprechend hat die BNetzA in der PKE (2025) das Absehen von der Durchführung eines Vergabeverfahrens zugunsten einer fünfjährigen Verlängerung bestehender Frequenzzuteilungen (§§ 91 Abs. 9, 92 Abs. 5 TKG) mit dem Ziel der Angleichung ihrer Laufzeiten begründet, um in einem späteren Frequenzvergabeverfahren größere Frequenzbereiche zur gemeinsamen Vergabe stellen zu können.³⁴³
- (377) Bei der Entscheidung über den Zeitpunkt der Auktionswiederholung handelt es sich zwar nicht um eine Verlängerung von Frequenznutzungsrechten. Mittelbar ist die Entscheidung

³⁴¹ Vgl. Säcker/Körber/Offenbacher, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 92 Rn. 24; Geppert/Schütz/Göddel, 5. Aufl. 2023, TKG § 92 Rn. 5, jeweils zu § 92 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 TKG.

³⁴² Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 310.

³⁴³ Bundesnetzagentur, BK1-22/001, S. 6, 9, 25, 35, 200 f.

über diesen Zeitpunkt jedoch zentral für die Laufzeit der auf Grundlage der Frequenzauktion 2018/19 erteilten FrZB: Die BNetzA wird auf Grundlage des neuen Auktionsergebnisses neue FrZB zu erlassen bzw. die bisherigen abzuändern haben; die alten FrZB erledigen sich (teilweise) oder sind gem. § 48 Abs. 1 VwVfG aufzuheben (s. Rn. (414)). Es spricht daher viel dafür, jedenfalls den Rechtsgedanken des Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972 auch auf die Entscheidung über den Auktionszeitpunkt zu beziehen. Nur so lässt sich verhindern, dass die Norm leerläuft. Die Verschiebung der Auktionswiederholung zwecks Angleichung der Laufzeiten der Frequenznutzungsrechte und der kumulierten Vergabe größerer Frequenzbereiche dient der effektiven Frequenzverwaltung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG (Art. 45 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL (EU) 2018/1972).³⁴⁴

(378) Unionsrechtliche Gründe lassen sich jedoch auch gegen die mehrjährige Verschiebung der Auktionswiederholung anführen. Unterstellt, die Rechtsauffassung des VG Köln trifft zu, sind die FrZB unionsrechtswidrig.³⁴⁵ Sie wären (mittelbar) unter Verletzung der unionsrechtlichen Unabhängigkeit der BNetzA zustande gekommen und daher gem. § 48 Abs. 1 VwVfG aufzuheben.³⁴⁶ Zwar dürfte eine Rücknahmepflicht erst ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der neuen FrZB bestehen. Unionsrechtlich nicht zulässig dürfte es jedoch sein, den Zeitpunkt des Erlasses neuer FrZB zur Disposition der BNetzA zu stellen, indem diese eigenmächtig über den Zeitpunkt der Auktionswiederholung als Voraussetzung der neuen FrZB entscheidet. Ein solches Vorgehen bedeutete, die unionsrechtliche Rücknahmepflicht partiell – nämlich zeitanteilig – zu vereiteln. Auch mit dem Effektivitätsgrundsatz aus Art. 4 Abs. 3 EUV (vgl. Rn. (203)) dürfte dies kaum vereinbar sein. Weil mit Art. 49 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972 eine rechtlich gleichrangige Maßgabe jedoch *für* die Auktionsverschiebung auf 2028/29 streitet, erscheint ein solches Vorgehen auch unionsrechtlich zumindest nicht ausgeschlossen.

³⁴⁴ Bei dem (regulären) Frequenzvergabeverfahren 2028/29 handelt es sich um das zeitlich nächste; eine Kombination der Auktionswiederholung mit einem zeitlich näheren Auktionsverfahren kommt daher nicht in Betracht. Im Hinblick auf das Frequenzvergabeverfahren 2028/29 problematisch könnte allerdings sein, dass die BNetzA sich durch diese Entscheidung zur Auktionsverschiebung bereits jetzt im Sinne der §§ 91 Abs. 9, 100 Abs. 1 bis Abs. 3 TKG nicht nur auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens (zukünftige PKE I), sondern auch auf ein Versteigerungsverfahren (zukünftige PKE II) festlegen würde. Dies birgt das Risiko, dass die zukünftigen PKE I und II an einem Abwägungsfehler leiden, also rechtswidrig sein würden.

³⁴⁵ Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage offengelassen, BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 2025 – 6 B 5.25 –, Rn. 15, 36, 43, juris.

³⁴⁶ Die Frage der Rücknahme der FrZB (einschließlich der zeitlichen Dimension der Rücknahme) wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

(3) Rechtsschutzinteresse der [REDACTED] und die Folgen der PKE (2025)

Das Rechtsschutzinteresse der [REDACTED] (Art. 19 Abs. 4 GG) streitet prima facie gegen die Neudurchführung der Auktion erst 2028/29. Angesichts der Regelungen der PKE (2025) erscheint eine zeitnahe Auktionswiederholung jedoch auch vor diesem Hintergrund nicht zwingend.

(379) Die zeitliche Verschiebung der Auktion bedeutete eine teilweise Vereitelung des Rechtsschutzziels der Klägerin. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Präsidentenkammer in die neu zu erlassende PKE III – entsprechend dem Antrag der Klägerin – anstelle der bisherigen Diensteanbieterregelung eine Diensteanbieterverpflichtung aufnimmt (vgl. Rn. (1), (158) ff., (171) ff.). Erst wenn die FrZB an die neue Diensteanbieterverpflichtung der neuen PKE III angepasst worden sind (vgl. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG), könnte die [REDACTED] von den MNB die Gewährung des Netzzugangs verlangen und hätte damit ihr Rechtsschutzziel erreicht (s. Rn. (248) ff.). Unterstellt man, dass vor einer entsprechenden Anpassung der FrZB eine neue Auktion durchzuführen ist, würde das Hinausschieben der Auktion durch die BNetzA zugleich den Netzzugangsanspruch der [REDACTED] gegenüber den MNB vereiteln.

(380) Eine Berufung der BNetzA auf die gegenständlich beschränkte Rechtskraft des Urteils des VG Köln (s. Rn. (90)) erschiene insoweit rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB):³⁴⁷ Mit der Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in die PKE III stünde bereits fest, dass diese (hier: nach Durchführung der Auktion) in die FrZB zu übernehmen ist (s. Rn. (248) ff., (297) ff., (402) ff.). Dass die [REDACTED] auf eine Verpflichtungsklage gerichtet auf Aufnahme einer entsprechenden Frequenznutzungsbestimmung bereits in die PKE III verwiesen war – sich also nicht auf eine gegen die FrZB gerichtete Klage beschränken konnte –, beruht auf der in § 100 Abs. 7 S. 2 TKG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Konzeption des Frequenzvergabeverfahrens: (Nur) damit die Auktion ihre Allokations- und Preisbildungsfunktion erfüllen kann, sind sämtliche Frequenznutzungsbestimmungen bereits in die PKE III aufzunehmen, scheiden „isolierte“ Nebenbestimmungen der FrZB also aus (s. Rn. (158) ff., (248) ff.). Ist (hier: unterstellt) vor einer Übernahme der neuen Frequenznutzungsbestimmungen in die FrZB eine neue Auktion notwendig, bedeutete die Anerkennung einer Dispositionsmöglichkeit der BNetzA über den Zeitpunkt der Auktion zugleich, dass die BNetzA – eine Behörde – über die tatsächliche Erreichung des Rechtsschutzziels der [REDACTED] disponieren könnte. Mit der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) dürfte dies nur

³⁴⁷ Zur Anwendbarkeit von § 242 BGB im öffentlichen Recht BVerwG, Urteil vom 12. Juni 2024 – 6 C 11/22 –, Rn. 15, juris; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17. September 2024 – 3 S 865/23 –, Rn. 103 f.; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 18. Oktober 2024 – 1 LZ 2/19 OVG –, Rn. 36, juris.

schwerlich vereinbar sein. Wollten Diensteanbieter wie die Klägerin solchen behördlichen Dispositionsmöglichkeiten entgehen, wären sie zur Erreichung ihres Rechtsschutzziels auf *konsequente* Klagen gegen die PKE III, auf die tatsächliche Durchführung der Auktion³⁴⁸ und – ggf. – auf Erlass entsprechend angepasster FrZB verwiesen. Ob eine Verbindung der auf eine Änderung der PKE III gerichteten Verpflichtungsklage mit einer Leistungsklage auf Neudurchführung der Auktion gem. § 113 Abs. 4 VwGO möglich wäre, ist unklar (s. Rn. (231)). Dagegen spricht, dass aufgrund des Gestaltungsspielraums der Präsidentenkammer (s. Rn. (154), (171)) regelmäßig nur ein Ausspruch auf Neubescheidung der PKE III in Betracht kommen dürfte und (zumindest) bei der inhaltlichen Identität zwischen alten und neuen Frequenznutzungsbestimmungen eine Pflicht zur Neudurchführung der Auktion nicht bestehen dürfte (vgl. Rn. (158) ff., (271) ff.). Auch bei Heranziehung des § 113 Abs. 4 VwGO bliebe zudem die separate Verpflichtungsklage auf Anpassung der FrZB. Verwies man Diensteanbieter auf (bis zu) drei separate Klagen (einschließlich etwaiger Rechtsmittelverfahren), wäre schon aufgrund der zeitlichen Dauer der Verfahren ein effektiver Rechtsschutz im Hinblick auf den MNB auferlegte Frequenznutzungsbestimmungen faktisch nicht mehr möglich. Vor diesem Hintergrund ist eine zeitnahe Durchführung der Auktion geboten.

(381) Ein Verweis der Diensteanbieter auf Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen den Bund dürfte eine solche Vereitelung ihres Rechtsschutzziels nicht kompensieren können. Zwar könnten auf diese Weise den Diensteanbietern aufgrund fehlenden Netzzugangs entgangene Gewinne ausgeglichen werden. Vergleichbar mit der zu Art. 14 GG entwickelten Dogmatik³⁴⁹ dürfte eine Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Diensteanbieter³⁵⁰ durch Gewährung finanzieller Kompensationsleistungen (gleichsam auf der Sekundärebene) jedoch die Ausnahme sein.³⁵¹ Vorrangig ist grundsätzlich die Abwehr von Eingriffen auf der Primärebene – hier in Gestalt des Unterlassens der Vereitelung eines Netzzugangsanspruchs.

(382) Art. 19 Abs. 4 GG dürfte jedoch dann keine zeitnahe Auktionswiederholung gebieten, wenn dem Rechtsschutzinteresse der [REDACTED] bereits auf anderem Wege Genüge getan wurde. Nicht unerhebliche Gründe sprechen dafür, dass ebendies mit Erlass der PKE (2025) der Fall war:

³⁴⁸ Zur insoweit wohl fehlenden Klagebefugnis s. Rn. (255) ff. Eine solche rechtliche Unmöglichkeit der klageweisen Durchsetzung der Auktionswiederholung unterstreicht, dass die BNetzA bei der Entscheidung über den zeitlichen Rahmen das Rechtsschutzziel der Klägerin berücksichtigen muss.

³⁴⁹ Vgl. zu entschädigungspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen BVerfGE 143, 246 (Rn. 259).

³⁵⁰ Zu diesem Grundrechtseingriff BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 29, juris.

³⁵¹ Vgl. Haack, DVBl. 2010, 1475.

(383) Bei Erlass der PKE (2025) setzte die Präsidentenkammer gem. §§ 92 Abs. 5, 99 TKG Frequenznutzungsbestimmungen für nachfolgende Verlängerungen der bestehenden Frequenznutzungsrechte fest. Unter Ziff. III.2 Nr. 8 PKE (2025) erließ sie im März 2025 eine durch „Leitplanken“ ausgestaltete Diensteanbieterregelung (s. Rn. (4), (185) ff.). Zwar handelt es sich bei der PKE (2025) rechtlich um ein aliud gegenüber der neu zu erlassenden PKE III. *Faktisch* jedoch nahm die Präsidentenkammer bei Erlass der PKE (2025) eine neue, an §§ 2, 87 TKG orientierte Abwägungsentscheidung hinsichtlich der mit der Frequenznutzung durch die MNB verbundenen Pflichten gegenüber Diensteanbietern vor. Der Sache nach nahm die Präsidentenkammer damit einen zentralen Teil ihre Pflichten aus dem Urteil des VG Köln vorweg: Sie entschied unter Vornahme einer neuen Abwägung auf Grundlage der aktuellen Sach- und Rechtslage über mit der Frequenznutzung verknüpfte Auflagen (§ 99 Abs. 3 TKG), wie sie gem. § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG einen wesentlichen Bestandteil auch der neuen PKE III bilden werden.

(384) Wird den bisherigen MNB – der [REDACTED] – eine Verlängerung ihrer Frequenzzuteilungen erteilt (§§ 92 Abs. 2, 91 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 TKG), werden diesen die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) als Auflage (§ 92 Abs. 5 TKG) beigelegt.³⁵² Diensteanbieter wie die [REDACTED] können gegenüber den MNB entsprechend Ziff. III.2 Nr. 8 PKE (2025) einen Anspruch auf Aufnahme von leitplankengeleiteten Verhandlungen über die Frequenzmitnutzung geltend machen. Dass sich dieser Anspruch aus den durch die Verlängerungsbescheide rezipierten Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) und nicht den an die neu zu erlassende PKE III angepassten FrZB aus dem Frequenzvergabeverfahren 2018/19 ergibt, ist unerheblich. Zwar waren in dem 2019er-Frequenzvergabeverfahren andere Frequenzbereiche (Frequenzen in den Bereichen 2 und 3,6 GHz) verfahrensgegenständlich als nunmehr im Verlängerungsverfahren (Frequenzen in den Bereichen 800, 1800 und 2600 MHz). Die Frequenznutzungsbestimmungen – insbesondere auch Regelungen zugunsten von Diensteanbietern – sind jedoch nicht frequenz-, sondern unternehmensbezogen (s. Rn. (188) f.). Die [REDACTED] kann sich daher nicht darauf berufen, es gehe ihr um einen Verhandlungsanspruch über die Mitnutzung gerade der im Frequenzvergabeverfahren 2018/19 gegenständlichen Frequenzbereiche.

(385) Vor diesem Hintergrund dürfte Art. 19 Abs. 4 GG nur³⁵³ dann eine zeitnahe Auktionswiederholung gebieten, wenn der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen einer neu

³⁵² Vgl. Bundesnetzagentur, BK1-22/001, S. 48.

³⁵³ Das [REDACTED] mangels bisheriger Frequenznutzungsrechte auf Grundlage der PKE (2025) keine Verlängerung wird beantragen können und daher auch nicht mit den neuen leitplankengeleiteten Diensteanbieterregelungen belastet werden kann, dürfte unerheblich sein. Weil sich dieser MNB noch im Stadium des

erlassenden PKE III in für die [REDACTED] günstiger Weise von demjenigen der PKE (2025) abweichen würde. Nur bei gegenüber der PKE (2025) noch verschärften Diensteanbieterregelungen – insbesondere einer Diensteanbieterverpflichtung – brächte die Auktionswiederholung ihr einen Vorteil. Jedenfalls gegenwärtig erscheint eine solche Abweichung einer neuen PKE III jedoch wenig wahrscheinlich. Selbst wenn offen ist, ob die PKE (2025) den Inhalt einer neu zu erlassenden PKE III rechtlich präjudiziert (s. Rn. (185) ff.), liegt eine solche Abweichung in tatsächlicher Hinsicht fern. Es ist unwahrscheinlich, dass die Präsidentenkammer im Rahmen einer neuen Abwägungsentscheidung hinsichtlich des Inhalts von Frequenznutzungsbestimmungen zu gänzlich anderen Ergebnissen gelangt als ein knappes Jahr zuvor.

- (386) Art. 19 Abs. 4 GG gebietet auch nicht bereits deswegen eine Auktionswiederholung, weil die Verlängerung der Frequenzzuteilungen in den Bereichen 800, 1.800 und 2.600 MHz gem. Ziff. II PKE (2025) lediglich bis zum 31. Dezember 2030 erfolgen wird.³⁵⁴ Zwar wird hierdurch ipso iure auch die zeitliche Wirkung der den Verlängerungsbescheiden beigelegten Nebenbestimmungen – wie der mit Leitplanken verknüpften Diensteanbieterregelung – beschränkt. Eine Auktionswiederholung jedoch würde ohnehin spätestens 2028/29 stattfinden und die Frequenzen mit Wirkung ab 2031 neu zugeteilt (s. Rn. (7)). Mit Auslaufen der verlängerten Zuteilungen träten daher die im Rahmen des Neuerlasses der PKE III festgesetzten Frequenznutzungsbestimmungen an ihre Stelle.

d) Zwischenergebnis: erhebliches Risiko

- (387) Ob die BNetzA in Folge des Urteils des VG Köln eine Auktionswiederholungspflicht trifft und sie damit zwingend nach Szenario 2 vorzugehen haben wird, oder ob eine Auktion im Sinne des Szenario 1 verzichtbar ist (vgl. Rn. (6) f.), lässt sich auf Grundlage des geltenden Rechts sowie der bisherigen Rechtsprechung nicht mit Sicherheit feststellen. Auch wenn die deutlich besseren Gründe gegen eine generelle Auktionswiederholungspflicht sprechen, verbliebe ein Risiko, dass ein entsprechendes Vorgehen der BNetzA in etwaigen weiteren gerichtlichen Verfahren als rechtswidrig beurteilt würde. Ein Vorgehen nach Szenario 2 wäre jedoch gleichfalls risikobehaftet: Eine Auktionswiederholung und die daran anknüpfende grundlegende Neustrukturierung der Frequenzordnung hätte erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für die MNB (und ggf. auch die Diensteanbieter). Vor diesem Hintergrund liegt

Aufbaus eines eigenen Netzes befindet und maßgeblich auf die Einräumung von national roamings durch die anderen MNB angewiesen ist, dürfte ein Netzzugangsanspruch von Diensteanbietern gegenüber [REDACTED] zumindest faktisch ohnehin weitgehend leerlaufen.

³⁵⁴ Bundesnetzagentur, BK1-22/001, S. 11.

es nicht fern, dass der Bund sich Rückzahlungs-, Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen ausgesetzt sähe (s. Rn. (516) ff.).

III. Umsetzung der mittelbaren Urteilsfolgen: Folgen für die weiteren Verwaltungsakte des Frequenzvergabeverfahrens

(388) Trotz der gegenständlich (s. Rn. (90) f.) auf die PKE III und IV beschränkten Rechtskraft des Urteils des VG Köln entfaltet die Entscheidung mittelbare Folgewirkungen für die weiteren VA des Frequenzvergabeverfahrens (s. Rn. (113) ff.). Nachfolgend wird dargelegt, welche Pflichten sich für die BNetzA aus diesen mittelbaren Urteilsfolgen ergeben. Insbesondere stellt sich die Frage, ob – und wenn ja, inwieweit – die BNetzA diese weiteren VA anzupassen oder neu zu erlassen haben wird. Der Umgang mit den PKE I und II (nachfolgend 1.) und den Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheiden (nachfolgend 4.) dürfte nur wenige Probleme aufwerfen. Die Verpflichtung zu Anpassung oder Neuerlass der FrZB (nachfolgend 2.) sowie der ZFB (nachfolgend 3.) ist hingegen von zentraler Bedeutung und in der Art und Weise ihrer Ausgestaltung nicht unproblematisch.

(389) Von vornherein *nicht* entgegengehalten werden kann einer möglichen Verpflichtung zur Anpassung der FrZB, ZFB, Zuschlags- und Zuordnungsbescheide das Argument, diese würden den (abgeänderten) Inhalt der neuen PKE III und IV gleichsam automatisch inkorporieren, eine behördliche Anpassung sei daher entbehrlich. Zwar rezipieren die FrZB und, zum Teil, auch die ZFB Bestandteile der PKE III und IV (2018) (s. Rn. (209)). § 100 Abs. 7 S. 2 TKG enthält eine ausdrückliche Regelung dieser Rezeption. Die Rezeption als Rechtstechnik verlangt jedoch – anders als die Rechtstechnik der Öffnungsklauseln etwa in Gestalt dynamischer Verweisungen – stets die aktive, „rechtsgestaltende“ Übernahme des Regelungsgehalts (hier:) der zu rezipierenden VA. Eine „automatische“, ipso iure erfolgende Anpassung ist ausgeschlossen (s. zum Ganzen Rn. (209)).

1. PKE I und II

(390) Für die PKE I und II (2018) entfalten neue PKE III und IV keine rechtliche oder tatsächliche Wirkung. Die PKE III und IV sind ihnen sowohl zeitlich als auch verfahrensrechtlich nachgelagert. Dies gilt selbst dann, wenn die PKE III und IV mit rückwirkender Rechtswirkung neu erlassen würden (s. Rn. (193) ff.): Schon die ursprünglichen PKE III und IV (2018) bauten verfahrensrechtlich auf den PKE I und II (2018) auf und gingen ihnen zeitlich nach. Für neue, rückwirkende PKE III und IV kann daher nichts anderes gelten. Die Rückwirkung

würde sich auf den Zeitpunkt des Erlasses der PKE III und IV (2018) und damit einen Zeitpunkt nach Erlass der PKE I und II (2018) beziehen. Die Unberührtheit der PKE I und II (2018) hat aber auch zur Folge, dass, wenn man von ihrer Rechtswidrigkeit ausgeht (s. Rn. (116)), der Neuerlass der PKE III und IV an ebendieser nichts ändern würde. Die PKE I und II (2018) blieben weiterhin rechtswidrig.

(391) Dass eine (unterstellte) Rechtswidrigkeit der PKE I und II (2018) im Sinne eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs zu einer Bemakelung der auf sie aufbauenden VA führt – insbesondere also die *neuen* PKE III und IV aufgrund der Rechtswidrigkeit der PKE I und II (2018) *erneut* und gleichsam automatisch rechtswidrig würden – ist unwahrscheinlich. Aufgrund der Bestandskraft der PKE I und II (2018) (s. Rn. (115)) ist eine „verfahrensrechtliche“ Rechtswidrigkeit (vgl. Rn. (127)) in Gestalt der Aufhebung der PKE I und II (2018) als rechtlicher Grundlage der PKE III und IV nicht zu besorgen. Auch der Wegfall der PKE I und II (2018) durch eine Aufhebung seitens der BNetzA gem. § 48 VwVfG kommt grundsätzlich nicht in Betracht (s. Rn. (118)). Ein „materielles“ Übergreifen der Rechtswidrigkeit (vgl. Rn. (128)) der PKE I und II (2018) auf die neuen PKE III und IV dürfte ebenfalls ausgeschlossen sein. Selbst wenn man annimmt, der Inhalt von PKE III und IV werde gem. § 100 Abs. 1 S. 2, S. 3 TKG zumindest partiell durch die Festlegung der allgemeinen Ziele des Vergabeverfahrens in der PKE II determiniert,³⁵⁵ hat die BNetzA über den Inhalt der neuen PKE III und IV unter Beachtung der Rechtsauffassung des VG Köln erneut zu entscheiden, § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO (s. Rn. (92)). Kommt die BNetzA diesen (vollstreckbaren, § 172 VwGO) Vorgaben nach, dürfte ausgeschlossen sein, dass ein etwaiger bemakelter Inhalt der PKE I und II (2018) auf die neuen PKE III und IV durchschlägt.

(392) Nicht ganz unproblematisch ist allerdings, ob die PKE I und II (2018) *überhaupt* die verfahrensrechtliche Grundlage auch der neuen PKE III und IV bilden können. Die Systematik des § 100 TKG setzt voraus, dass Präsidentenkammerentscheidungen i.S.d. § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG erst nach Erlass und auf Grundlage von Präsidentenkammerentscheidungen i.S.d. §§ 91 Abs. 9, 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG ergehen können. Die PKE I und II (2018) aber ergingen auf Grundlage von §§ 55 Abs. 10, 61 Abs. 1, Abs. 2 TKG *a.F.*, wohingegen die neuen PKE III und IV auf § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG *n.F.* zu stützen sein werden.³⁵⁶ Jedenfalls hinsichtlich des Inhalts der PKE II beschränkt sich die Gesetzesänderung nicht auf eine bloße Änderung der Paragraphennummerierung. § 61 Abs. 2 S. 1 TKG *a.F.* sah einen Vorrang des Auktionsverfahrens vor, wohingegen ebendieses und das Ausschreibungsverfahren (§ 61

³⁵⁵ Vgl. Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 23; Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDG, 4. Aufl., § 100 Rn. 11 f.

³⁵⁶ Zu letzterem ausdrücklich VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 660, juris.

Abs. 5 TKG a.F./§ 100 Abs. 6 TKG n.F.) nunmehr gleichberechtigt nebeneinander stehen (§ 100 Abs. 2 TKG).³⁵⁷ Darüber hinaus war die PKE II nach § 61 Abs. 1 TKG a.F. ihrem Inhalt nach auf die Auswahlentscheidung zwischen Versteigerungs- und Ausschreibungsverfahren beschränkt: Nunmehr hat die BNetzA bei ebendieser Auswahlentscheidung zugleich die allgemeinen Ziele des Verfahrens festzulegen, § 100 Abs. 1 S. 2, S. 3 TKG n.F.³⁵⁸ Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob die nach § 61 Abs. 1, Abs. 2 TKG a.F. ergangene PKE II (2018) weiterhin die (verfahrens-)rechtliche Voraussetzung der neuen PKE III und IV bilden kann. Wäre dies zu verneinen, wären gleichwohl erlassene PKE III und IV (verfahrensrechtlich) rechtswidrig und damit potentiell anfechtbar.

(393) Gegen eine Heranziehung der PKE II (2018) als verfahrensrechtlicher Grundlage der neuen PKE III und IV spricht, dass § 230 TKG n.F. für das Frequenzvergabeverfahren keinerlei Übergangsvorschriften vorsieht.³⁵⁹ Dies gilt umso mehr, als dass der Rechtsstreit um die Verpflichtung der BNetzA zur Neubescheidung der PKE III und IV (2018) im Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung des TKG im Jahre 2021³⁶⁰ bereits anhängig³⁶¹ war. Hätte der Gesetzgeber sicherstellen wollen, dass die PKE I und II (2018) die Grundlage eines bereits im Jahr 2021 zumindest nicht ausgeschlossen erscheinenden Neuerlass der PKE III und IV bilden können würden, hätte es nahegelegen, eine entsprechende Übergangsregelung vorzusehen.

(394) Die gewichtigeren Gründe sprechen aber dafür, dass die PKE I und II (2018) die Grundlage auch der neuen PKE III und IV bilden können: Auch bei einem Neuerlass der PKE II könnte sich die BNetzA nicht an § 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG orientieren. Ihre Auswahlentscheidung zwischen dem Versteigerungs- und dem Ausschreibungsverfahren wäre durch das Urteil des VG Köln vorgeprägt. Um dem vollstreckbaren Urteilstenor nachzukommen, *muss* ein Versteigerungsverfahren angeordnet werden. Andernfalls fehlte es am Regelungsgegenstand der neu zu erlassenden PKE III und IV (s. schon Rn. (118)). Vor diesem Hintergrund wäre der Erlass (auch) einer neuen PKE II nicht nur als bloßer Formalismus, sondern – aufgrund der notwendigen Übergehung des § 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG – ihrerseits rechtswidrig. Zudem ist die BNetzA bei dem Neuerlass der PKE III und IV an die Rechtsauffassung des VG Köln

³⁵⁷ Säcker/Körber/Offenbacher, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 25 ff.

³⁵⁸ S. BT-Drs. 19/26108, S. 313 zur Umsetzung der RL (EU) 2018/1972 durch diese Änderung.

³⁵⁹ Vgl. zur Maßgeblichkeit von Übergangsregelungen für die Anwendbarkeit geänderter TKG-Regelungen auf auf Grundlage älterer Regelungen erlassene VA BVerwG NVwZ 2012, 168 (169, Rn. 16).

³⁶⁰ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung datiert vom 25.01.2021 (BT-Drs. 19/26108). Die Verkündung erfolgte am 28.06.2021 im BGBl. I 2021, Nr. 35.

³⁶¹ Klageerhebung erfolgte am 20.12.2018, VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 209, juris.

gebunden (s. Rn. (92), (391)). Auch die Festlegung der allgemeinen Ziele des Vergabeverfahrens in einer neuen PKE II (§ 100 Abs. 1 S. 2, S. 3 TKG n.F.) könnte daher nur eingeschränkt Regelungswirkung entfalten. Nähme man die Notwendigkeit des Erlasses einer neuen PKE II an, eröffnete dies der BNetzA schließlich die Möglichkeit der Umgehung ihrer Verpflichtung aus dem Urteil des VG Köln: Streitgegenständlich und damit vollstreckbar (§§ 121, 172 VwGO) ist allein die Neubescheidung der PKE III und IV, nicht der Neuerlass der PKE II. Wäre Letzteres Voraussetzung der neuen PKE III und IV, stünde der Erlass rechtmäßiger neuer PKE III und IV entgegen § 172 VwGO allein zur Disposition der BNetzA.

(395) Zu erwägen, im Ergebnis aber wohl abzulehnen ist, ob der Erlass neuer PKE I und II zumindest zweckmäßig sein könnte. Durch ein solches Vorgehen könnte zwar dem Risiko begegnet werden, dass ein etwaiges mit der Sache befasstes Gericht zu dem Schluss kommen könnte, die PKE I und II (2018) bildeten – anders als hier vertreten, Rn. (392) ff. – keine taugliche verfahrensrechtliche Grundlage der neuen PKE III und IV mehr. Angesichts der Unmöglichkeit der BNetzA, eine echte Auswahlentscheidung i.S.d. § 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG zu treffen (s. Rn. (394)), würde ein solches Vorgehen der BNetzA aber zugleich das Risiko der Rechtswidrigkeit und – mangels Bestandskraft – der Anfechtbarkeit der neuen PKE I und II eröffnen. Im schlechtesten Fall käme es in einigen Jahren zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Aufhebung der neuen PKE I und II, wodurch dem 5G-Vergabeverfahren – einschließlich den neuen PKE III und IV – (erneut) die rechtliche Grundlage entzogen würde.

(396) Sollte sich die BNetzA dennoch zu einem Neuerlass der PKE I und II entschließen, wäre jedenfalls die zeitliche Wirkung der neuen PKE III und IV zu beachten: Sollten diese Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erlasses der PKE III und IV (2018) entfalten (s. Rn. (96) ff., (193) ff.), müssten auch die neuen PKE I und II mit rückwirkender Rechtswirkung erlassen werden: Nur dann wäre der Systematik des § 100 TKG genügt, wonach die Entscheidungen nach §§ 91 Abs. 9, 100 Abs. 1, Abs. 2 TKG die verfahrensrechtliche Grundlage der Entscheidungen nach § 100 Abs. 4, Abs. 5 TKG bilden, ihnen also zeitlich vorgelagert sein müssen. Ob eine solche Rückwirkung der PKE I und II rechtlich in Betracht kommt, ist offen. Es werden dieselben rechtlichen Maßstäbe heranzuziehen sein, wie sie für die mögliche Rückwirkung der PKE III und IV dargelegt wurden (s. Rn. (197) ff.).

2. Frequenzzuteilungsbescheide

(397) Zu den wesentlichen Pflichten, die die BNetzA aufgrund der mittelbaren Folgen des Urteils des VG Köln treffen, gehört – neben der Anpassung bzw. dem Neuerlass der ZFB (s. Rn.

(432) ff.) – die Anpassung bzw. der Neuerlass der FrZB. Die neuen PKE III und IV entfalten keine unmittelbaren Rechtswirkungen für die – rechtswidrigen – FrZB (nachfolgend a)). Jedoch trifft die BNetzA eine rechtliche Verpflichtung zur Anpassung des Inhalts der FrZB an die neuen Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (nachfolgend b)), soweit diese von den 2018er-Frequenznutzungsbestimmungen abweichen (nachfolgend c)). Praktisch dürfte diese Anpassung durch Änderung der FrZB gem. § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG, u.U. auch durch eine Heranziehung von § 48 VwVfG i.V.m. § 91 Abs. 1 S. 1 TKG oder den Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge erfolgen können (nachfolgend d)).

a) Folgen neuer PKE III und IV für die FrZB

(398) Auf die den MNB in Folge der 5G-Auktion 2019 erteilten FrZB haben neue PKE III und IV zunächst einmal keine Auswirkungen. Erstere bleiben weiterhin wirksam, aber rechtswidrig.

(399) Ein Wirksamkeitszusammenhang zwischen den PKE III und IV (2018) und den FrZB besteht nicht (s. Rn. (121) ff.). Weil damit bereits die Aufhebung der PKE III und IV (2018) für die Wirksamkeit der FrZB (§ 43 Abs. 1 VwVfG) unerheblich ist (s. Rn. (120)), stellt sich – anders als im Falle der ZFB (s. Rn. (435) ff.) – auch nicht die Frage nach den Folgen der neuen PKE III und IV für die Wirksamkeit der FrZB.

(400) Der Erlass neuer PKE III und IV ändert nichts an der Rechtswidrigkeit der FrZB. Dies dürfte allerdings nicht für ihre „verfahrensrechtliche“ Rechtswidrigkeit gelten: Nach der Systematik der §§ 91 Abs. 9 S. 1, 100 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 S. 1 TKG (§§ 55 Abs. 10, 61 Abs. 1 S. 1, S. 3, Abs. 6 TKG a.F.) sind die PKE III und IV bei Anordnung der Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens verfahrensrechtliche Voraussetzung des Erlasses der FrZB gem. § 91 Abs. 1 S. 1 TKG (§ 55 Abs. 1 TKG a.F.). Die Aufhebung der PKE III und IV (2018) hätte daher grundsätzlich die Rechtswidrigkeit der FrZB zur Folge (s. Rn. (127)). Allerdings wird die BNetzA den Zeitpunkt, in dem die Aufhebung der PKE III und IV (2018) Wirksamkeit entfaltet – die beiden PKE also wirkungslos werden – mit demjenigen des Neuerlasses der PKE III und IV – dem Beginn ihrer Wirksamkeit – zeitlich zu koordinieren haben (s. Rn. (107) ff.). Aufgrund dieses zeitlichen Zusammenhangs zwischen Aufhebung und Neuerlass der PKE dürften die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Erlasses der FrZB bestehen bleiben.

(401) Jedoch ändert der Neuerlass (rechtmäßiger) PKE III und IV nichts an der „materiellen“ Rechtswidrigkeit der FrZB: Die FrZB übernehmen im Sinne eines „Copy & Paste“ die in der PKE III (2018) festgesetzten Frequenznutzungsbestimmungen (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG), insbesondere die Versorgungsaufgaben und Diensteanbieterregelungen (Ziff. III.4 Nr. 3 bis Nr. 12, Nr. 15 PKE III (2018)). Weil ebendiese – folgt man dem VG Köln – rechtswidrig

sind, greift ihre Rechtswidrigkeit auf die FrZB über (s. Rn. (128)). Die Ersetzung der PKE III und IV (2018) durch neue, rechtmäßige PKE III und IV ändert an dieser Rechtswidrigkeit der FrZB nichts: Bei der FrZB und den PKE III und IV handelt es sich um rechtlich selbstständige VA. Die FrZB rezipieren zwar mit den Frequenznutzungsbestimmungen Teile des Inhalts der PKE III und IV. Sie enthalten jedoch keine mit dynamischen Verweisungen vergleichbare „Öffnungsklauseln“ in dem Sinne, dass ein geänderter Inhalt (neuer) PKE III und IV gleichsam automatisch Bestandteil auch der FrZB würde (vgl. Rn. (209)). Eine solche „Heilung“ der FrZB würde vielmehr voraussetzen, dass die BNetzA den Inhalt der FrZB, soweit dieser rechtswidrig ist, an die geänderten neuen PKE III und IV anpasst – entweder im Wege der Änderung der bisherigen FrZB oder durch den Erlass neuer FrZB (s. sogleich Rn. (413) ff.).

b) Verpflichtung zur Anpassung der FrZB an neue PKE III und IV

(402) Die BNetzA ist in Folge des Urteils des VG Köln verpflichtet, die FrZB an die neu erlassenen PKE III und IV anzupassen. Allerdings ergibt sich eine solche Pflicht nicht bereits aus dem Urteilstenor und ist daher nicht vollstreckbar (§ 172 VwGO). Die FrZB gehören nicht zum Streitgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (s. Rn. (90)).

(403) Eine Anpassungspflicht folgt aber zum einen aus der Pflicht der BNetzA, die FrZB gem. § 48 VwVfG zurückzunehmen.³⁶² Weil die FrZB die Unionsrechtswidrigkeit der PKE III und IV in Gestalt der Verletzung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit der BNetzA perpetuieren, dürfte sich das Rücknahmeermessen zu einer Rücknahmepflicht verdichten. Weil wirksame FrZB gem. § 91 Abs. 1 S. 1 TKG jedoch Voraussetzung der Frequenznutzung sind, kann eine solche Rücknahme nicht isoliert bleiben. Die rechtswidrigen FrZB sind in einer ihre Rechtmäßigkeit herstellenden Weise zu ändern oder durch rechtmäßige Bescheide zu ersetzen (s. zu den Möglichkeiten Rn. (413) ff.). Andernfalls wäre die Frequenzordnung der Bundesrepublik in mit Art. 87f GG sowie den Zielen der Frequenzregulierung (§§ 2, 87 TKG) kaum zu vereinbarenden Weise beeinträchtigt: Art. 87f Abs. 1 GG verpflichtet den Bund (zumindest) zur Gewährleistung eines Mindestniveaus an infrastruktureller Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten.³⁶³ Hieraus folgt zugleich, dass die neuen FrZB in dem Zeitpunkt wirksam werden müssen (§ 43 Abs. 1 VwVfG), in dem die ursprünglichen FrZB ihre Wirksamkeit verlieren (§ 43 Abs. 2 VwVfG).

³⁶² Die Rücknahme der FrZB wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht weiter thematisiert.

³⁶³ Dürig/Herzog/Scholz/Möstl, 105. EL August 2024, GG Art. 87f Rn. 64.

(404) Auch unabhängig hiervon ist die BNetzA zu einer Anpassung der FrZB an die neuen Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III verpflichtet: Aus Art. 20 Abs. 3 GG dürfte sich ein dergestaltiger Folgenbeseitigungsanspruch ergeben (vgl. Rn. (91)). Die Existenz der FrZB mit ihrem jetzigen Inhalt dürfte einen der BNetzA zurechenbaren und auch gegenwärtig noch fortdauernden rechtswidrigen Zustand begründen, der subjektive Rechtspositionen der [REDACTED] (und der anderen Diensteanbieter) beeinträchtigt.³⁶⁴ Anders als die 2019 beendete tatsächliche Durchführung der Auktion (s. Rn. (245)) entfalten die rechtswidrigen FrZB weiterhin und in andauernder Weise rechtliche Wirkung (§ 43 Abs. 1 VwVfG). Sie bilden die rechtliche Grundlage der gegenwärtigen Frequenznutzung und begründen damit einen beseitigungsfähigen Zustand. Ob ein subjektives Recht der [REDACTED] verletzt ist, dürfte allerdings davon abhängen, ob die Präsidentenkammer sich bei Neuerlass der PKE III und IV – wie von [REDACTED] beantragt (s. Rn. (1)) – zur Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung (anstelle der bisherigen Diensteanbieterregelung) entscheidet:

(405) Die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III, in die entsprechende Vorgaben aufzunehmen wären (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG), entfalten zugunsten der Diensteanbieter drittschützende Wirkung.³⁶⁵ Soll diese drittschützende Wirkung nicht leerlaufen, muss den Diensteanbietern aber auch ein subjektives (und damit einklagbares, § 42 Abs. 2 VwGO) Recht zustehen, dass die (drittschützenden) Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III in die FrZB übernommen werden. Aus einer Diensteanbieterregelungen/-verpflichtungen enthaltenden PKE III kann ein Diensteanbieter noch keinen Verhandlungs- bzw. Netzzugangsanspruch gegenüber den MNB herleiten. Denn bei der PKE III handelt es sich um eine konkret-generelle Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG (s. Rn. (215), (235), (250), (302)). Erst die FrZB begründen Rechtspflichten eines konkreten MNB gegenüber den Diensteanbietern (s. Rn. (250)). Nur wenn die FrZB selbst die – drittschützenden – Frequenznutzungsbestimmungen in Gestalt der Diensteanbieterverpflichtung enthalten, kann die [REDACTED] daher ihr Rechtsschutzziel erreichen (Art. 19 Abs. 4 GG, s. Rn. (248) ff.). Nimmt die Präsidentenkammer in die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III eine Diensteanbieterverpflichtung auf, dürfte die [REDACTED] daher einen Anspruch darauf haben, dass eben-diese auch in die FrZB übernommen wird.

(406) Nach § 100 Abs. 7 S. 2 TKG wiederum werden Verpflichtungen, die Antragsteller im Laufe eines Versteigerungsverfahrens eingegangen sind, Bestandteil der Frequenzzuteilung (§ 91 Abs. 1 TKG). Die Norm erfasst auch Frequenznutzungsbestimmungen i.S.d. § 100 Abs. 4

³⁶⁴ Zu den Voraussetzungen BVerwG NVwZ-RR 2016, 225 (226, Rn. 14).

³⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 25 ff., juris.

Nr. 4 TKG,³⁶⁶ insbesondere also Diensteanbieterregelungen/-verpflichtungen. Die Frequenznutzungsbestimmungen entfalten eine „unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung“ für die FrZB.³⁶⁷ Zugleich folgert das BVerwG aus § 100 Abs. 7 S. 2 TKG, dass – wird ein Frequenzvergabeverfahren durchgeführt –, den MNB durch FrZB ausschließlich solche mit der Frequenznutzung einhergehende Pflichten (i.S.d. § 99 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1 TKG) auferlegt werden dürfen, die als Frequenznutzungsbestimmungen bereits Bestandteil der PKE III waren.³⁶⁸ Dies folge aus dem Sinn und Zweck des Frequenzversteigerungsverfahrens. Die Auktion diene der Erzielung des angemessenen Marktpreises für die Nutzung der Funkfrequenzen als knapper Ressource. Die Ermittlung des Marktpreises in Gestalt der Höchstgebote sei nur möglich, wenn bereits vor der Auktionsdurchführung feststehe, welche Pflichten den MNB im Rahmen der Zuteilung ersteigter Frequenzen auferlegt werden würden. Nur dann könnten die MNB diese Pflichten in die Entscheidung über die Höhe ihrer Gebote „einpreisen“.

- (407) Vor diesem Hintergrund folgt aus § 100 Abs. 7 S. 2 TKG eine subjektive Rechtsposition der [REDACTED] auf die Übernahme einer Diensteanbieterverpflichtung der PKE III in die FrZB: Dass § 100 Abs. 7 S. 2 TKG darüber hinaus eine (*objektive*) *Rechtspflicht* zu einer solchen Übernahme begründet, folgt bereits aus der vom BVerwG dargelegten Ratio von § 100 Abs. 4 Nr. 4, Abs. 7 S. 2 TKG. Stünde der BNetzA ein Entscheidungsspielraum bei der Übernahme der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III in die FrZB zu, würde dies die Allokations- und Preisbildungsfunktion der Auktion konterkarieren. Es ist daher ausgeschlossen, dass die in den FrZB enthaltenen Frequenznutzungsbestimmungen einen anderen Inhalt haben als diejenigen der PKE III. Die *subjektive Rechtsposition* der [REDACTED] auf Übernahme der Diensteanbieterverpflichtungen folgt aus der drittschützenden Wirkung des § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG, die ohne eine solche Übernahme nach § 100 Abs. 7 S. 2 TKG leerlaufen würde.
- (408) Ein Verweis der [REDACTED] auf die Erhebung einer auf Anpassung der FrZB gerichteten Verpflichtungsklage wäre zwar angesichts der gegenständlich beschränkten Rechtskraft des

³⁶⁶ BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 2007 – 6 C 47/06 –, Rn. 24, juris; BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 34, juris. Säcker/Körber/*Offenbacher*, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 71.

³⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 31, juris.

³⁶⁸ Zum Ganzen BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 26, juris. Die Ausführungen des BVerwG beziehen sich zwar auf §§ 55, 61 TKG a.F. Für §§ 91, 100 TKG n.F., auf deren Grundlage die BNetzA das Urteil des VG Köln umzusetzen haben wird (VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 660, juris), kann jedoch nichts anderes gelten. Zweck und Funktionsweise des Auktionsverfahrens wurden durch die Gesetzesänderung nicht berührt. Nach wie vor steht die Allokationsfunktion des Versteigerungsverfahrens sowie die Ermittlung des Marktpreises nach den Grundsätzen der wirtschaftlichen Äquivalenz im Mittelpunkt, vgl. Geppert/Schütz/*Korte*, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 4 f.; Säcker/Körber/*Offenbacher*, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 1, 32, 50, 53.

Urteils des VG Köln (Rn. (90)) möglich, jedoch purer Formalismus: Ändert die Präsidentenkammer i.R.d. Neuerlasses der PKE III die Frequenznutzungsbestimmungen, steht aufgrund des soeben dargelegten Konnexes zwischen PKE III und FrZB bereits fest, dass die Klage Erfolg haben wird. Sowohl zur Vermeidung (weiterer) Prozesskosten als auch weiterer Verzögerungen bei der Korrektur der Rechtsfehler des Frequenzvergabeverfahrens 2018/19 ist eine „vorgreifliche“ Anpassung der FrZB durch die BNetzA daher zweckmäßig.

- (409) Die aus einem Folgenbeseitigungsanspruch abgeleitete Pflicht zur Anpassung der FrZB an die neue PKE III umfasst nicht lediglich die Diensteanbieterregelung/-verpflichtung, sondern den Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen in ihrer Gesamtheit. Zwar ist sehr zweifelhaft, ob der [REDACTED] auch bzgl. der weiteren Inhalte der Nutzungsbestimmungen – etwa der Versorgungsauflagen³⁶⁹ – eine subjektive Rechtsposition zusteht. Die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III sind jedoch nicht teilbar (s. Rn. (93), (211)). Entsprechendes muss dann aber auch für ihre Übernahme durch die FrZB gelten. Weil erst die FrZB ein Frequenznutzungsrecht begründen (§ 91 Abs. 1 TKG) und so die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile der Frequenznutzung realisieren, ließe andernfalls die Ratio der Unteilbarkeit der Frequenznutzungsbestimmungen – die Determination der Allokations- und Preisbildungsfunktion der Auktion nach Maßgabe der wirtschaftlichen Äquivalenz – leer.

c) Anpassungspflicht bei Identität von alten und neuen Frequenznutzungsbestimmungen?

- (410) Sollte die Präsidentenkammer im Rahmen des Neuerlasses der PKE III und IV mit denjenigen der PKE III (2018) identische Frequenznutzungsbestimmungen erlassen (s. hierzu Rn. (157) ff.), dürfte eine Anpassung der FrZB entbehrlich sein.
- (411) Zwar änderte der Erlass einer rechtmäßigen und hinsichtlich der Frequenznutzungsbestimmungen inhaltlich mit der PKE III (2018) identischen neuen PKE III nichts an der materiellen Rechtswidrigkeit der FrZB. Diese rezipierten weiterhin die ursprünglichen rechtswidrigen Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018). Sie wären daher weiterhin von deren Rechtswidrigkeit „infiziert“ (vgl. Rn. (209)). Aufgrund der Identität der Frequenznutzungsbestimmungen wären die neuen „angepassten“ FrZB jedoch inhaltlich identisch mit den ursprünglichen FrZB.

³⁶⁹ Neben der Diensteanbieterregelung/-verpflichtung kritisierte das VG Köln in seiner Entscheidung insbesondere Verfahrensfehler bei der Entscheidung über die Versorgungsauflagen, VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 512, 586 f., 595 ff., 655 f., juris.

(412) Eine solche, sich in einem rein formalen Akt erschöpfende „Anpassung“ dürfte entbehrlich sein. Für § 48 VwVfG geht die Rechtsprechung unter Heranziehung des dolo-agit-Grundsatzes davon aus, von einer Rücknahme sei abzugehen, wenn alsbald ein VA mit identischem Inhalt neu erlassen werden müsste (s. Rn. (118)). Unabhängig von der rechtlichen Konstruktion der Anpassung der FrZB (s. Rn. (413) ff.) dürfte hier Entsprechendes gelten. Weder für die MNB noch die Diensteanbieter brächte der Neuerlass identischer FrZB einen rechtlichen (oder auch nur tatsächlichen) Vorteil. Auch ein öffentliches Interesse an einem solchen Vorgehen ist – selbst bei Einbeziehung des unionsrechtswidrigen Zustandekommens der PKE III (2018) – nicht erkennbar. Wenn die Präsidentenkammer sich unter Beachtung ihrer unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit für identische Frequenznutzungsbestimmungen wie diejenigen der PKE III (2018) entschließt, ist eine Perpetuierung des ursprünglichen Unionsrechtsverstoßes ausgeschlossen. Die ursprünglichen und (hypothetischen) neuen FrZB hätten denselben Inhalt. Das Aufrechterhalten der ursprünglichen FrZB ist daher *nicht kausal* für eine Fortwirkung des Unionsrechtsverstoßes.

d) Praktisches Vorgehen bei der Anpassung der FrZB

- (413) Sollte die Frequenzauktion wiederholt werden, wären auf Grundlage dieser neuen Auktion neue FrZB zu erlassen, §§ 91 Abs. 9 S. 1, 100 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 S. 1 TKG. Es dürfte insoweit nichts anderes gelten als für FrZB, die infolge einer „erstmaligen“ Auktion ergehen.
- (414) Auch zur Vermeidung von sich widersprechenden VA dürften die bisherigen FrZB gem. § 48 VwVfG aufzuheben sein. Hinsichtlich ihrer zeitlichen Wirkung wäre die Rücknahme mit dem Erlass der neuen FrZB zu koordinieren: Zur Vermeidung einer zeitlichen Lücke in der Frequenznutzung (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG) dürfte die Rücknahme erst mit Beginn der Regelungswirkung der neuen FrZB (§ 43 Abs. 1 VwVfG) wirksam werden (§ 43 Abs. 2 VwVfG).³⁷⁰ Denkbar ist jedoch auch, von einer Rücknahme abzugehen: Die neuen FrZB dürften ihrem Regelungsgehalt nach die ursprünglichen FrZB inhaltlich überholen, sodass diese sich gem. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigen würden (vgl. Rn. (414)). Im Einzelnen hängt die Frage v.a. der *Vollständigkeit* dieser Überholung jedoch vom Regelungsinhalt der neuen FrZB ab.
- (415) Wird die Frequenzauktion nicht wiederholt, kommt vorrangig eine Anpassung der FrZB gem. § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG, subsidiär eine Heranziehung von § 48 VwVfG kombiniert mit § 91 Abs. 1 S. 1 TKG oder ein Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge in Betracht.

³⁷⁰ Die zeitliche Wirkung der Rücknahme, insb. vor dem Hintergrund des Art. 87f GG, wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht thematisiert.

aa) Anwendbarkeit des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG

- (416) Wird die Frequenzauktion nicht wiederholt, spricht viel dafür, dass die bisherigen FrZB *ausnahmsweise* gem. § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG geändert und auf diese Weise an den maßgeblichen (§ 100 Abs. 7 S. 2 TKG) Inhalt der neuen PKE III angepasst werden können. Die Anwendung des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG wird dabei den verfahrensrechtlichen Maßgaben der § 99 Abs. 3 S. 2 bis S. 4 TKG zu folgen haben.
- (417) Die nachträgliche Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen ist vom Anwendungsbereich des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG umfasst. Es handelt sich bei den Frequenznutzungsbestimmungen um den FrZB gem. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG beizufügende Nebenbestimmungen.³⁷¹ Schon seinem Wortlaut nach ist § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG nicht nur auf die Frequenznutzung, sondern auch auf Änderungen von der Frequenzzuteilung – den FrZB – beigefügten Nebenbestimmungen i.S.d. § 99 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 1 TKG anwendbar. Die Vorschrift geht damit über die Vorgängerbestimmung des § 60 Abs. 2 S. 2 TKG a.F. hinaus, die nachträgliche Änderungen nur bei Abweichungen in der Frequenznutzung oder einer Fortentwicklung der Technologie zuließ.³⁷² Obwohl die FrZB noch auf Grundlage der alten Fassung des TKG ergangen sind, ist auf ihre nachträgliche Änderung § 99 TKG n.F. anwendbar. Wenn schon der Neuerlass der PKE III und IV – die unmittelbare Urteilsfolge – sich nach der gegenwärtigen Rechtslage richtet,³⁷³ muss dies erst recht für die Änderung der FrZB als bloße mittelbare Urteilsfolge gelten. Zudem ergäben sich andernfalls Widersprüche, wenn die nach *neuer* Rechtslage ergangenen PKE auf Grundlage der *alten* Rechtslage Rechtswirkungen für die FrZB zeitigen würden.
- (418) Eine einschränkende Auslegung des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG entsprechend dem restriktiveren § 60 Abs. 2 S. 2 TKG a.F.³⁷⁴ dürfte nicht geboten sein.³⁷⁵ Nicht nur liefe dies der Ausweitung des Wortlauts der Norm zuwider. Auch dient die Möglichkeit der nachträglichen Anpassung (auch) der den FrZB beigefügten Frequenznutzungsbestimmungen der Verwirklichung der Regulierungsziele, welche gem. dem „Chapeau“ des § 99 Abs. 3 S. 1 TKG die Anwendung der Nr. 1 und Nr. 2 leiten. Die hier v.a. maßgeblichen Bestandteile der

³⁷¹ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 88.

³⁷² Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 99 Rn. 32, 55, 57; Freese, N&R 2021, 149, 154. Einschränkender allerdings Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 99 Rn. 30, 33. Die Gesetzesbegründung ist insoweit unergiebig, heißt es dort doch lediglich, § 99 TKG „entspricht weitgehend dem bisherigen § 60“, BT-Drs. 19/26108, S. 312. Auf die einzelnen Absätze (geschweige denn Sätze) des § 99 TKG n.F. sowie den abweichenden Wortlaut geht die Gesetzesbegründung nicht ein.

³⁷³ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 666, juris.

³⁷⁴ Vgl. Fetzer/Scherer/Graulich/Fetzer, TKG, 3. Auflage, § 60 TKG, Rn. 11.

³⁷⁵ So aber Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 99 Rn. 30, 33.

Frequenznutzungsbestimmungen – Versorgungsaufgaben und Diensteanbieterregelungen/-verpflichtungen – dienen der störungsfreien Frequenznutzung und der Garantie des Wettbewerbes (§§ 2 Abs. 2 Nr. 2, Nr. 5, 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 TKG). Hinzu kommt, dass ohne eine Anpassung nach § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG eine Rücknahme der FrZB nach § 48 VwVfG zu erfolgen haben dürfte. Wenn § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG aber das mildere Mittel gegenüber einem Widerruf nach § 102 TKG ist,³⁷⁶ erschiene es widersprüchlich, seine Heranziehung zur Vermeidung einer Rücknahme abzulehnen.

(419) Die Heranziehung des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG darf allerdings nicht zu einer Umgehung des § 100 TKG,³⁷⁷ insbesondere der Funktion der Frequenzauktion führen. Könnten nach Durchführung einer Auktion die den auf Grundlage einer Auktion ergangenen FrZB beigegebenen Frequenznutzungsbestimmungen beliebig geändert werden, würde die Beschränkung des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG leerlaufen. Die Auktion könnte ihre Allokations- und Preisbildungsfunktion nicht mehr erfüllen. Letztere ist ganz maßgeblich von den wirtschaftlichen Belastungen der Frequenznutzungsbestimmungen abhängig, die daher vor Durchführung der Auktion feststehen müssen (s. Rn. (201)). Wird ein Frequenzvergabeverfahren nach § 100 TKG durchgeführt, hat sich der Anwendungsbereich des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG daher *im Normalfall* auf die Anpassung (technischer) Detailbestimmungen zu beschränken.³⁷⁸

(420) In der hiesigen Konstellation dürfte eine Heranziehung des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG jedoch *ausnahmsweise* möglich sein: Zum einen steht nicht die Änderung einzelner Festsetzungen der Frequenznutzungsbestimmungen in Rede, sondern ihr vollständiger Neuerlass. Die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III werden – ganz im Sinne des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG – „en bloc“ in die FrZB übernommen und ersetzen die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018). Damit ist von vornherein ausgeschlossen, dass der Grundsatz der Unteilbarkeit der Frequenznutzungsbestimmungen (s. Rn. (93), (211)) durch eine nur partielle Änderung i.S.d. § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG umgangen wird. Zum anderen gebietet auch die Funktionsweise der Auktion *unter den oben dargelegten Voraussetzungen* (s. Rn. (248) ff., (271) ff.) nicht zwingend die erneute Durchführung der Auktion – selbst bei einer Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III. Zugleich aber verlangt § 100 Abs. 7 S. 2 TKG, dass (auch) die neuen Frequenznutzungsbestimmungen durch die FrZB rezipiert werden (s. Rn. (209), (402) ff.). Dann aber erschiene es

³⁷⁶ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 99 Rn. 56. Vgl. auch Fetzer/Scherer/Graulich/Fetzer, TKG, 3. Auflage, § 60 TKG, Rn. 12.

³⁷⁷ Vgl. Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 99 Rn. 59.

³⁷⁸ I.E. wohl auch Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 99 Rn. 59; Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 99 Rn. 30, 33.

widersprüchlich, die „rechtstechnische“ Durchführung dieses (Zwischen-)Ergebnisses – die Pflicht zur Anpassung der FrZB – durch Ablehnung der Anwendbarkeit des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG zu verunmöglichen bzw. zu erschweren. Dürfte die hiesige Konstellation zwar kaum der vom Gesetzgeber intendierte typische Anwendungsfall dieser Norm sein, so handelt es sich bei ihr gegenüber einem Rückgriff auf § 48 VwVfG in Verbindung mit § 91 Abs. 1 S. 1 TKG (s. sogleich Rn. (423) ff.) doch um die *lex specialis*. Weil auch die in der vorliegenden Konstellation im Raum stehende Änderung der FrZB vom Wortlaut des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG erfasst ist, ist ihre Heranziehung daher geboten.

(421) Vor diesem Hintergrund ist die Auslegung des sämtlichen FrZB unter ihren jeweiligen Ziff. II Nr. 1 beigefügte Änderungsvorbehalts unerheblich. Hiernach können die Frequenznutzungsbestimmungen nachträglich geändert werden, „insbesondere“, wenn dies zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung erforderlich ist. Das BVerwG geht davon aus, die Klausel beziehe sich allein auf die technischen Nutzungsbedingungen, nicht auf die mit der Frequenznutzung einhergehenden Pflichten wie Versorgungsaufgaben und Diensteanbieterverpflichtungen.³⁷⁹ Folgt man dieser Ansicht, bleibt ein Rückgriff auf § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG möglich. Die Norm begründet eine unmittelbar kraft Gesetzes folgende Änderungsbefugnis der BNetzA. Die Aufnahme eines entsprechenden Änderungsvorbehalts in die FrZB ist – anders als in den Fällen des § 36 VwVfG – nicht notwendig. Die Annahme eines abschließenden, den Rückgriff auf § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG ausschließenden Charakters der Ziff. II Nr. 1 der FrZB ist fernliegend. Nicht nur liefe dies auf die Annahme einer Abdingbarkeit einer gesetzlichen Bestimmung – des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG – durch eine behördliche Entscheidung hinaus. Auch dürfte ein solches Verständnis dem Schutzzweck des § 99 Abs. 3 TKG – der Garantie der Regulierungsziele – widersprechen.

(422) Unionsrechtliche Bedenken gegen die Heranziehung des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG bestehen nicht. Art. 18 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972, der durch § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG umgesetzt wird,³⁸⁰ ist extensiv formuliert. Erfasst werden sämtliche „Rechte, Bedingungen und Verfahren im Zusammenhang mit Allgemeingenehmigungen und Nutzungsrechten für Funkfrequenzen“. Die notwendige „objektive“ Rechtfertigung der nachträglichen Änderung der FrZB dürfte ebenfalls zu bejahen sein: (Auch) unionsrechtlich dürfte zwar der Verzicht auf die Auktionswiederholung zulässig sein (s. Rn. (345) ff.). Zugleich jedoch ist die Beseitigung der Folgen der Verletzung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit der

³⁷⁹ BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (Rn. 11).

³⁸⁰ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 99 Rn. 59; Säcker/Körber/Offenbacher, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 99 Rn. 30.

BNetzA schon im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes (vgl. Rn. (118), (203)) geboten.³⁸¹ Weil die FrZB aufgrund der Rezeption der Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018) (s. Rn. (209)) an denselben (Unions-)Rechtsverstößen leiden wie letztere (vgl. Rn. (128)), sind sie an die neuen, unionsrechtmäßigen PKE III anzupassen.

bb) Subsidiäre Heranziehung von § 48 VwVfG kombiniert mit § 91 Abs. 1 S. 1 TKG

- (423) Sollte die Anwendbarkeit des § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG anders als hier vertreten abzulehnen sein, dürfte eine Anpassung der FrZB an die geänderten Frequenznutzungsbestimmungen unter kombinierter Anwendung von § 48 VwVfG und § 91 Abs. 1 S. 1 TKG zu erfolgen haben.³⁸²
- (424) § 48 VwVfG ist auf die Aufhebung von FrZB anwendbar.³⁸³ Das Rücknahmeermessen der BNetzA dürfte sich besonders aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit der FrZB zu einer Rücknahmepflicht verdichten.³⁸⁴ Der ersatzlose Wegfall der FrZB ist jedoch schon aufgrund der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für die Telekommunikationsversorgung aus Art. 87f Abs. 1 GG ausgeschlossen (vgl. Rn. (403)). Für den Erlass neuer FrZB stellt § 48 VwVfG jedoch keine taugliche Rechtsgrundlage dar. Heranzuziehen sein wird vielmehr § 91 Abs. 1 S. 1 TKG. Eine Anwendung der Bestimmungen zur Frequenzverlängerung, die gem. § 92 Abs. 5 TKG auch eine Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen erlauben würde, wäre aufgrund des Wegfalles der ursprünglichen FrZB (§ 43 Abs. 2 VwVfG) ausgeschlossen: Es fehlt am Bestand eines verlängerbaren Frequenznutzungsbescheids.
- (425) Für die Heranziehung des § 91 Abs. 1 S. 1 TKG gelten in der hiesigen Konstellation dieselben Maßgaben, wie sie für § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG dargelegt wurden (s. Rn. (419) ff.): Eine Umgehung der Vorgaben des § 100 TKG, insbesondere des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG sowie der Allokations- und Preisbildungsfunktion des Auktionsverfahrens, ist zu vermeiden. Ein solcher Gleichlauf mit § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG ist auch deswegen geboten, weil

³⁸¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 21.09.1983, Rs. 205/82, Rn. 22; EuGH, Urteil v. 07.01.2004, Rs. C-201/02, Rn. 67, wonach mitgliedstaatliches Verfahrensrecht nicht derart angewendet werden darf, dass es die Verwirklichung des Unionsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert.

³⁸² Denkbar ist auch, dass sich die BNetzA auf den Neuerlass der FrZB nach § 91 Abs. 1 S. 1 TKG beschränkt. Die neuen FrZB könnten ihrem Regelungsgehalt nach die ursprünglichen FrZB inhaltlich überholen und auf diese Weise zur Erledigung letzterer i.S.d. § 43 Abs. 2 VwVfG führen. Eine Rücknahme nach § 48 VwVfG dürfte allerdings zu Klarstellungszwecken zweckmäßig sein. Darüber hinaus erscheint offen, ob die neuen FrZB den Regelungsgehalt der ursprünglichen FrZB in Gänze überholen würden, also eine (vollständige) Erledigung eintritt. Dies gilt insbesondere angesichts der ggf. voneinander abweichenden zeitlichen Wirkungsdauer der FrZB.

³⁸³ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 102 Rn. 7. Vgl. auch Fetzer/Scherer/Graulich/Ruthig, TKG, 3. Auflage, § 63 TKG, Rn. 2.

³⁸⁴ Diese Fragestellung wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

andernfalls die Beschränkungen dieser Norm leerlaufen würden: Durch die Aufhebung einer FrZB verbunden mit ihrem Neuerlass in abgeänderter Form wird sich stets dasselbe Ergebnis erzielen lassen wie durch eine „schlichte“ Änderung.

cc) Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge

- (426) In Betracht kommt schließlich eine Anpassung der FrZB im Wege öffentlich-rechtlicher Verträge (§§ 54 ff. VwVfG).³⁸⁵ Dass Frequenzzuteilungen mittels der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages verlängert werden können, wird von der Rechtsprechung anerkannt.³⁸⁶ Gründe, warum für sonstige, hier im Raum stehende Anpassungen von FrZB etwas anderes gelten sollte, sind nicht ersichtlich. So spricht gegen ein Vertragsformverbot³⁸⁷ i.S.d. § 54 S. 1 VwVfG auch ein Gegenschluss zu § 47 Abs. 5 S. 1 TKG in der Fassung von 1996.³⁸⁸ Während die damalige Norm für die Frequenzzuteilung noch ausdrücklich (nur) die Handlungsform des Verwaltungsaktes vorsah, findet sich eine solche Beschränkung weder in § 55 TKG a.F. noch in § 91 TKG n.F. Auch das Vertragsformverbot für Beschlusskammerentscheidungen aus § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG (s. hierzu Rn. (457) ff.) steht dem Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge nicht entgegen. Auch wenn ein Frequenzvergabeverfahren nach § 100 TKG durchgeführt wird, sind die FrZB schon ausweislich des Wortlauts und der Systematik der §§ 91 Abs. 9 S. 1, 100 Abs. 7 S. 1 TKG nicht mehr Teil des Beschlusskammerverfahrens.³⁸⁹ Explizit lehnte das VG Köln eine Zuständigkeit der Beschlusskammer (auch) für die nachträgliche Änderung einer Frequenzzuteilung, die nach Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens ergangen war, ab.³⁹⁰
- (427) Allerdings dürfen durch einen Rückgriff auf die Handlungsform des Verwaltungsvertrages nicht die für die Anpassung der FrZB ohne Auktionswiederholung im Übrigen geltenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen umgangen werden. Die oben (Rn. (419) ff.) dargelegten Schranken wären also gleichfalls zu beachten.

³⁸⁵ Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 55 Rn. 9. Vgl. zur Zulässigkeit des Abschlusses öffentlich-rechtlicher Verträge gem. §§ 54 ff. VwVfG durch die BNetzA im Bereich des Telekommunikationsrechts im Allgemeinen Säcker/Körber/Gurlit, TKG TTDSG, 4. Aufl., Vor § 211 Rn. 17.

³⁸⁶ VG Köln, Urteil vom 17. November 2010 – 21 K 5862/09 –, Rn. 88 ff., juris. Vgl. auch VG Köln, Urteil vom 13. Juni 2013 – 1 K 3584/13 –, Rn. 117, juris. Aus der Literatur Martini, WiVerw 2013, 3, 9 f.

³⁸⁷ Umfassend hierzu hinsichtlich der vertragsförmigen Anpassung der ZFB hingegen unten, Rn. (455) ff.

³⁸⁸ Vgl. hierzu, in Abgrenzung zur Frage der vertragsförmigen Lizenzerteilung, Kösling, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz, Berlin 2005, S. 92 ff., 325 f.

³⁸⁹ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 100 Rn. 87; Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 55 Rn. 43.

³⁹⁰ VG Köln, Urteil vom 10. Juni 2015 – 21 K 4205/14 –, Rn. 55, juris.

dd) Fragen zur zeitlichen Wirkung

- (428) Die Frage, ob die PKE III und IV (2018) mit Wirkung ex nunc oder ex tunc aufgehoben und durch neue PKE III und IV ersetzt werden (s. Rn. (96) ff., (193) ff.), dürfte für die FrZB unerheblich sein. Mangels Wirksamkeitszusammenhang ist bereits das Unwirksamwerden der PKE III und IV (2018) als solches für die Rechtswirkungen der FrZB ohne Belang (s. Rn. (121) ff.). Erst recht hat dann der Zeitpunkt dieser Unwirksamkeit keine Folgen für die FrZB.
- (429) Nicht von vornherein ausgeschlossen ist allerdings eine rückwirkende Anpassung der FrZB selbst: Die ursprünglichen FrZB wären gem. § 48 VwVfG rückwirkend zurückzunehmen. Zur Vermeidung des gänzlichen Wegfalls der rechtlichen Grundlagen der Frequenznutzung (vgl. Rn. (403)) wäre eine solche Rücknahme *zwingend* mit ihrem rückwirkenden Neuerlass nach § 91 Abs. 1 S. 1 VwVfG zu kombinieren.
- (430) Ob der Erlass solcher rückwirkenden FrZB möglich wäre, wäre nach Maßgabe der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit rückwirkender Verwaltungsakte im Telekommunikationsrecht zu beurteilen (vgl. Rn. (197) ff.). Zumindest bzw. auch die Zweckmäßigkeit eines solchen Vorgehens erscheint jedoch fraglich. Jedenfalls prima facie sind keine Vorteile gegenüber einer nur ex nunc wirkenden Anpassung der FrZB erkennbar. Selbst wenn man unterstellt, die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III enthielten andersartige Versorgungsauflagen und/oder Diensteanbieterregelungen/-verpflichtungen, so könnten diese für den bereits vergangenen Zeitraum schon ipso facto keine tatsächliche Wirkung mehr entfalten. Ein nachträgliches Einräumen eines Netzzugangsanspruchs bzw. des (beschleunigten oder verlangsamten) Netzausbaus ist nicht möglich. Eine rechtliche Wirkung rückwirkender FrZB in Gestalt von Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen wegen Nichterfüllung der entsprechenden Frequenznutzungsbestimmungen bzw. einer „Übererfüllung“ in Gestalt der Erfüllung rechtswidriger Nutzungsbestimmungen ist zwar grundsätzlich denkbar.³⁹¹ Gegen die MNB gerichtete Ansprüche dürften jedoch zumindest am fehlenden Verschulden scheitern. Von den MNB konnte nicht erwartet werden, den Inhalt der nachträglich erlassenen FrZB vorherzusehen. Etwaige Ansprüche der MNB gegen den Bund dürften nicht vom rückwirkenden Neuerlass der FrZB abhängen, sondern an die rechtswidrigen PKE III und IV (2018) anknüpfen (s. Rn. (516) ff.).

³⁹¹ Vgl. zur Bejahung von für die Vergangenheit wirkenden Rechtswirkungen eines VA (als Voraussetzung seines rückwirkenden Erlasses) bei Bestehen von Zahlungs-/Schadensersatzansprüchen oben Rn. (208).

(431) Bei einer Anpassung der FrZB gem. § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG dürfte eine Rückwirkung hingegen ausgeschlossen sein. Schon dem Wortlaut nach erfasst die Norm nur die *nachträgliche Änderung* von Nebenbestimmungen zur Frequenzzuteilung. Bei Annahme einer Rückwirkung auf den Erlasszeitpunkt dürfte keine „Änderung“ der VA vorliegen, hätten diese doch von Anfang an mit dem „geänderten“ Inhalt Wirksamkeit erlangt.

3. Zahlungsfestsetzungsbescheide

a) Folgen für ZFB bei Durchführung einer Auktionswiederholung

(432) Wird auf Grundlage der neuen PKE III und IV eine neue Frequenzauktion durchgeführt, hat die BNetzA gegenüber den in dieser Auktion erfolgreichen MNB neue ZFB nach Maßgabe des nunmehrigen Auktionsergebnisses zu erlassen. Dies folgt bereits daraus, dass die ZFB *Bestandteil* der Auktion sind. Im Gegensatz zu den FrZB, deren Erlass durch § 91 TKG gegenüber dem Frequenzvergabeverfahren nach § 100 TKG rechtlich verselbstständigt ist, bilden die ZFB einen inhärenten Teil des Auktionsverfahrens (s. Rn. (124), (132)). Sie knüpfen rechtlich an die Zuschlagsbescheide an,³⁹² welche aufgrund ihrer die Auktion beendenden Wirkung gleichfalls Teil der Auktionsdurchführung sind (s. Rn. (137) f.).

(433) Auf die Frage, wie sich der Zusammenhang zwischen der Aufhebung der PKE IV (2018) und dem Neuerlass der PKE IV (vgl. Rn. (107) ff.) auf die – gegenüber der PKE IV akzessorischen (s. Rn. (129) ff.) – ZFB auswirkt (s. hierzu sogleich Rn. (435) ff.), kommt es in dieser Konstellation nicht an. Durch die neuen ZFB würde der Regelungsgehalt der 2019er-ZFB überholt; die neuen ZFB würden an die Stelle der ursprünglichen ZFB treten.³⁹³ Letztere würden sich ohnehin gem. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigen.

b) Folgen für ZFB ohne Auktionswiederholung

(434) Unterstellt man, dass ein Absehen von einer Wiederholung der Auktion auch unter Berücksichtigung der Bedeutung der tatsächlichen Auktionsdurchführung für den Inhalt der ZFB grundsätzlich möglich ist (s. Rn. (223) ff., insb. Rn. (303) ff.), stellen sich drei Folgefragen: Zum einen ist das Schicksal der ursprünglichen ZFB in den Blick zu nehmen (nachfolgend aa)). Zum anderen stellt sich die Frage nach den Folgen der neuerlassenen PKE III und IV für den Inhalt der ZFB (nachfolgend bb)). Auf dieser Grundlage ist sodann zu prüfen, ob

³⁹² BVerwG NVwZ 2012, 168 (173, Rn. 42).

³⁹³ Vgl. zu dieser Fallgruppe der Erledigung BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 3/10 –, Rn. 13, juris; BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2012 – 6 C 3/11 –, Rn. 21, juris; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 43 Rn. 213.

und wie auch ohne Auktion der Erlass neuer ZFB bzw. die Anpassung der ursprünglichen ZFB möglich ist (nachfolgend cc)).

aa) Schicksal der 2019er-ZFB bei Neuerlass der PKE IV

- (435) Die Aufhebung der PKE IV (2018) dürfte grundsätzlich die Erledigung (§ 43 Abs. 2 VwVfG) der ZFB zur Folge haben (s. Rn. (129)). Es spricht viel für einen Wirksamkeitszusammenhang zwischen PKE IV und den ZFB in Gestalt eines Akzessorietätsverhältnisses (s. Rn. (129) ff.).
- (436) Unklar ist indes, wie sich der Erlass der neuen PKE IV auf das rechtliche Schicksal der ZFB auswirkt. Zwei Positionen sind denkbar: In Betracht kommt einerseits eine „strikte“ Akzessorietät. Die ZFB wären ausschließlich und spezifisch mit der PKE IV (2018) verknüpft. Deren Wirksamkeitsende führte zur Erledigung der ZFB. Die neue PKE IV würde nicht zu einem „Wiederaufleben“ der ZFB führen. Gleichmaßen möglich erscheint indes auch eine „eingeschränkte“ Akzessorietät: Weil die neue PKE IV die PKE IV (2018) ersetzt, existiert weiterhin ein „Grund-VA“, auf den die ZFB in ihrer Wirksamkeit aufbauen können. Dies gilt insbesondere angesichts der gebotenen zeitlichen Koordination zwischen dem Erlass der neuen PKE IV und der Aufhebung der PKE IV (2018) (s. Rn. (107) ff.): Ein gänzlicher Wegfall der PKE IV ist hiernach ausgeschlossen. Im Ergebnis bedeutete der Erlass der neuen PKE IV daher nach dieser Ansicht, dass die ZFB wirksam blieben.
- (437) Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage existieren nicht. Beide Ansichten erscheinen gleichermaßen vertretbar. Für eine strenge Akzessorietät spricht, dass die ZFB in spezifischer Weise gerade an den Inhalt der PKE IV (2018) anknüpfen. Die dortigen Festsetzungen der Zahlungsmodalitäten werden im Wege eines „Copy & Paste“ rezipiert (s. Rn. (131)). Ließe man die Existenz „irgendeiner“ PKE IV für den (Fort-)Bestand der ZFB genügen, liefe dieser Regelungszusammenhang leer. Auch rechtsdogmatisch liegt eine strenge Akzessorietät näher: Die Konstruktion der akzessorischen Verwaltungsakte zeichnet sich durch eine „rechtliche Schicksalsgemeinschaft“ zweier individualisierter VA aus.³⁹⁴ Ließe man die Existenz eines einer bestimmten „Kategorie“ von Verwaltungsakten angehörenden VA für die Wirksamkeit des akzessorischen VA genügen, liefe diese Abstrahierung auf eine Akzessorietät mehr gegenüber der Rechtsgrundlage des „Grund-VA“ als gegenüber dem „Grund-VA“ als solchem hinaus.

³⁹⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 2012, 168 (173 Rn. Rn. 42); OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2020, 577 (Rn. 30).

(438) Für eine nur eingeschränkte Akzessorietät hingegen lässt sich anführen, dass inhaltlichen Änderungen der (neuen) PKE IV durch – korrespondierende – inhaltliche Anpassungen der ZFB Genüge getan werden kann. Dies gilt umso mehr, als dass es prägendes Merkmal des Verhältnisses zwischen PKE IV und ZFB ist, dass diese sich nicht auf einen regelungstechnischen Zusammenhang beschränken, sondern die PKE IV die ZFB inhaltlich bedingt. Nicht ausgeschlossen erscheint auch eine Argumentation mit den zur Heilung von Verwaltungsakten durch nachträgliches Inkrafttreten einer tauglichen Rechtsgrundlage entwickelten Grundsätzen.³⁹⁵ Zwar betreffen diese Entscheidungen das rückwirkende Inkrafttreten tauglicher Rechtsgrundlagen, wohingegen in der hiesigen Konstellation Aufhebung und Neuerlass der PKE IV lediglich ex nunc eintreten dürften (s. Rn. (100) ff.). Gerade diese bloße ex-nunc-Wirkung, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten weniger problematisch erscheint als die rückwirkende Heilung, spricht jedoch dafür, diese Grundsätze zumindest ihrem Rechtsgedanken nach *erst recht* heranzuziehen. Dies gilt umso mehr, als dass aufgrund des Zusammenhangs zwischen der Aufhebung der PKE IV (2018) und dem Neuerlass der PKE IV gem. dem Entscheidungsausspruch des VG Köln (s. Rn. (107) ff.) Anklänge auch an die – grundsätzlich unproblematische³⁹⁶ – Auswechselung der Rechtsgrundlage eines VA möglich erscheinen. Ob die den beiden Figuren zugrundeliegenden Rechtsgedanken sich auf die hiesige Konstellation übertragen lassen, bedürfte allerdings näherer Untersuchung.

(439) Verneint man hingegen die (von der Rechtsprechung bislang nicht entschiedene) Frage der Akzessorietät zwischen PKE IV und ZFB, bleiben die ZFB rechtswidrig (s. Rn. (134)). Der Neuerlass der PKE IV ändert hieran nichts. Es gilt insoweit Selbiges wie für die FrZB (s. Rn. (400) f.).

bb) Folgen der neuen PKE III und IV für den Inhalt der ZFB

(440) Bevor die Rechtstechnik einer Anpassung der ZFB ohne Auktionswiederholung in den Blick genommen werden kann (s. sogleich Rn. (443) ff.), stellt sich zunächst die Frage nach dem möglichen Inhalt einer solchen Anpassung. Ihrem Regelungsgehalt nach enthalten die ZFB eine Aufstellung der von dem jeweiligen MNB ersteigerten Frequenzblöcke und setzen auf dieser Grundlage die jeweiligen Höchstgebote und die Pflicht zur Zahlung der „Summe der zu zahlenden Höchstgebote“ fest. Sie enthalten eine entsprechende Zahlungsaufforderung.

³⁹⁵ Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 25. November 1981 – 8 C 14/81 –, Rn. 17, juris; BVerwG, Urteil vom 23. Mai 1975 – IV C 51.73 –, Rn. 12, juris; BVerwG, Urteil vom 21. Oktober 1968 – IV C 94.67 –, Rn. 9, juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 20. Juni 2018 – 9 LB 124/17 –, Rn. 52 f., juris; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juni 2010 – 2 S 2052/09 –, Rn. 19, juris.

³⁹⁶ Vgl. etwa OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 12. Dezember 2023 – 5 A 3146/21 –, Rn. 60, juris; BSG, Beschluss vom 1. März 2023 – B 6 KA 10/22 B –, Rn. 21, juris.

Zudem werden die Zahlungsmodalitäten der Ziff. IV. 4. Nr. 1 PKE IV (2018) rezipiert. Er lässt die BNetzA neue PKE III und IV, steht eine Anpassung sowohl der zu zahlenden Summe als auch der Zahlungsmodalitäten im Raum.

- (441) Werden in die neue PKE IV von denjenigen der PKE IV (2018) abweichende Zahlungsmodalitäten aufgenommen, sind diese auch in die ZFB zu übernehmen. Dies folgt entweder aus einer entsprechenden Heranziehung des § 100 Abs. 7 S. 2 TKG oder, jedenfalls, aus der Funktion der PKE IV (s. Rn. (308)). Eine Übernahme der (von denjenigen der PKE IV (2018) abweichenden) Zahlungsmodalitäten der öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen den MNB einerseits und BMVI/BMF andererseits in die neuen ZFB kommt nicht in Betracht: Die Zahlungsmodalitäten der angepassten ZFB müssen denjenigen der neuen PKE IV entsprechen; die Übernahme der vertraglichen Bestimmungen in die neue PKE IV aber dürfte ausgeschlossen sein bzw. wäre jedenfalls mit einem erheblichen rechtlichen Risiko behaftet (s. Rn. (190) ff.).
- (442) Darüber hinaus steht eine Anpassung (jedenfalls) der „Summe der zu zahlenden Höchstgebote“ im Raum: Sollte die Präsidentenkammer in die neue PKE III von denjenigen der PKE III (2018) abweichende Frequenznutzungsbestimmungen aufnehmen, würde dies bei einer *hypothetischen* neuen Auktion aufgrund der Preisbildungsfunktion der Frequenznutzungsbestimmungen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu abweichenden Höchstgeboten führen (s. Rn. (158) ff.). Geht man von der rechtlichen Zulässigkeit einer Anpassung der ZFB ohne Auktionswiederholung aus, muss diese Preisbildungsfunktion der Auktion durch alternative Instrumente ersetzt werden (s. Rn. (307) ff.). Bezogen auf den Inhalt der ZFB bedeutet dies, dass der für die Frequenznutzung zu zahlende (Auktions-)Preis ernsthaft zur Disposition zu stellen und nach Maßgabe des verfassungsrechtlichen Äquivalenzprinzips (s. Rn. (304) f.) neu zu berechnen ist. Ob im Ergebnis ein von den bisherigen ZFB abweichender Preis festzusetzen sein wird, hängt von dem konkreten Inhalt der neuen Frequenznutzungsbestimmungen ab und lässt sich nicht abstrakt beurteilen. Gleichfalls oder alternativ kommt allerdings auch eine Anpassung des Umfangs der den einzelnen MNB zugeschlagenen Frequenzblöcke in Betracht: Die Frequenznutzungsbestimmungen könnten das Bietverhalten der MNB im Rahmen einer hypothetischen neuen Auktion nicht lediglich in Gestalt der Höchstgebote, die die MNB für einen Frequenzblock zu zahlen bereit sind, beeinflussen, sondern auch in Gestalt der Anzahl der ersteigerten Blöcke. Unabhängig von der Ausgestaltung der Anpassungen im Einzelnen ist sicherzustellen, dass der wirtschaftliche Wert der Nutzung der

einem MNB zugewiesenen Frequenzblöcke und die Höhe der Gegenleistung wirtschaftlich äquivalent sind.³⁹⁷

cc) Praktisches Vorgehen: Anpassung des Zahlungstitels ohne Auktionswiederholung

- (443) Eine Anpassung der ZFB kann in Gestalt ihrer Änderung oder des Neuerlasses eines Zahlungstitels erfolgen ((1)). Als mögliche Handlungsform steht der BNetzA hierbei sowohl der Verwaltungsakt als auch der öffentlich-rechtliche Vertrag zur Verfügung ((2)). Im Ergebnis sprechen – bei Einhaltung gewisser Voraussetzungen – auch keine Bedenken dagegen, dass die BNetzA Änderungen bei der Höhe des Auktionspreises einseitig festlegt ((3)). Sollte die BNetzA sich für die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages entscheiden, folgen aus §§ 54 ff. VwVfG weitere Maßgaben für die Rechtmäßigkeit der ZFB-Anpassung ((4)).
- (444) Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anpassung der ZFB – in welcher Form auch immer – ist stets die Gefahr der Zirkelschlüssigkeit der Argumentation im Blick zu behalten (s. Rn. (320) f.): Die Frage, ob ein Absehen von der Auktionswiederholung rechtmäßig wäre und die Frage der Rechtmäßigkeit der Anpassung (insbesondere) der ZFB ohne Auktionswiederholung sind miteinander verschränkt. Dennoch ist strikt zu vermeiden, aus einer – unterstellten – Rechtmäßigkeit des Absehens von einer Auktionswiederholung auf die Rechtmäßigkeit einer der Varianten der Anpassung bzw. Ersetzung der ZFB zu schließen. Gleiches gilt für eine umgekehrte Argumentation.

(1) „Anpassung“ als Neuerlass oder Änderung des Zahlungstitels

- (445) Für eine Anpassung der ZFB kommen grundsätzlich zwei verschiedene Wege in Betracht: Einerseits könnte sich eine Anpassung auf eine (ggf. partielle) Änderung des Regelungsinhalts der bisherigen ZFB beschränken. Andererseits ist ein Neuerlass der ZFB bzw., allgemeiner, der Erlass einer neuen Rechtsgrundlage für die Zahlungsverpflichtung der MNB denkbar.
- (446) Sollten sich die 2019er-ZFB aufgrund ihrer „strengen“ Akzessorietät gegenüber den PKE III und IV (2018) (s. Rn. (435) ff.) erledigen, kommt von vornherein allein ein Neuerlass in Betracht. Unterstellt man, dass die 2019er-ZFB bei Neuerlass der PKE III und IV wirksam bleiben (s. ebd.), wäre es hingegen denkbar, lediglich ihre Zahlungsmodalitäten sowie die Höhe des (Auktions-)Preises an den Inhalt der neuen PKE III und IV anzupassen. Auch bei Fortexistenz der ursprünglichen ZFB ist jedoch grundsätzlich denkbar, dass die BNetzA

³⁹⁷ Vgl. BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 Rn. 44 f.).

neue ZFB erlässt. Die 2019er-ZFB würden dann aufgrund ihrer inhaltlichen Überholung i.S.d. § 43 Abs. 2 VwVfG wirkungslos (vgl. Rn. (433)).

- (447) Im Fall einer bloßen Änderung des Regelungsgehalts der als Rechtsakte fortbestehenden ZFB liegt es *prima facie* nahe, auf § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG (s. hierzu Rn. (416) ff.) als Rechtsgrundlage einer solchen (nachträglichen) inhaltlichen Änderung zurückzugreifen. Bei näherem Hinsehen muss dies jedoch ausscheiden: § 99 TKG enthält spezielle Bestimmungen für den Inhalt von Frequenzzuteilungsbescheiden. Ausweislich des Chapeau von § 99 Abs. 3 TKG dient die Anpassung der FrZB den Regulierungszielen aus §§ 2, 87 TKG, wie etwa der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung. Rechtsgrundlage einer solchen – effizienten – Frequenznutzung aber sind alleine die FrZB i.S.d. § 91 Abs. 1 S. 1 TKG. Die ZFB, einschließlich ihres Inhalts, sind insoweit unerheblich. Sie regeln lediglich die Zahlungspflicht der MNB, ohne Einfluss auf die Frequenznutzung zu entfalten. Dass durch die Frequenzauktion aufgrund des Erfolgs des MNB mit der höchsten Zahlungsbereitschaft zugleich der (voraussichtlich) leistungsfähigste und daher eine effektive Frequenznutzung am besten garantierende MNB ausgewählt wird,³⁹⁸ steht dem nicht entgegen. Maßgeblich für die Erreichung der Regulierungsziele ist hiernach, dass die Frequenzzuteilung nach Maßgabe des Bietverhaltens der MNB erfolgt – nicht die konkrete Höhe der abgegebenen Gebote.

(2) Handlungsform: Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag

- (448) Unabhängig davon, ob die Anpassung der ZFB im Wege der Änderung der bestehenden ZFB oder durch den Erlass eines neuen Zahlungstitels erfolgt, kommen hierfür grundsätzlich zwei Handlungsformen in Betracht: der Erlass eines (neuen bzw. Änderungs-)Verwaltungsakts oder der Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge mit den MNB. Die Rechtmäßigkeit beider Varianten ist bislang in der Rechtsprechung nicht geklärt. Im Ergebnis dürften beide Vorgehensweisen rechtlich zulässig sein. Die Entscheidung für eine Variante wird sich daher primär nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten richten.

(a) Rechtmäßigkeit der Handlungsform Verwaltungsakt

- (449) Voraussetzung für eine Anpassung der ZFB durch einen (neuen bzw. Änderungs-)Verwaltungsakt wäre die Existenz einer – für belastende VA wie Zahlungstitel notwendigen – Rechtsgrundlage, die gerade zum Handeln durch Verwaltungsakt ermächtigt (sog.

³⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 80. Hierzu BGH, Urteil vom 3. März 2008 – II ZR 124/06 –, Rn. 26, juris; Säcker/Körber/*Offenbacher*, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 50.

Verwaltungsaktsbefugnis).³⁹⁹ Letzteres meint die Befugnis der Verwaltung, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Handlungsform des Verwaltungsaktes zu bedienen.⁴⁰⁰ Mit § 100 TKG dürfte eine hinreichende Rechtsgrundlage vorhanden sein.

(450) Eine ausdrückliche Befugnis zur – auch erstmaligen – Festsetzung der Zahlungspflicht in Folge einer Frequenzauktion findet sich im TKG allerdings nicht. Das BVerwG betrachtet die ZFB aber als inhärenten Bestandteil des Frequenzvergabeverfahrens nach § 100 TKG. Unter Rückgriff auf (nunmehr) § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG gesteht das Gericht der BNetzA daher die Befugnis zur Zahlungsfestsetzung durch VA zu.⁴⁰¹ Für ein solches Verständnis spricht auch § 100 Abs. 5 S. 3 TKG, der der BNetzA die Befugnis zur Festlegung von Mindestgeboten und Zahlungsregeln durch die PKE IV einräumt. Als Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG (s. Rn. (215), (250), (302)) kann die PKE IV allerdings noch keine konkret bezifferten Zahlungspflichten einzelner MNB begründen. Die Festlegung der Zahlungsmodalitäten in der PKE IV ergibt daher lediglich dann Sinn, wenn die BNetzA im Rahmen des Frequenzvergabeverfahrens befugt ist, diese gegenüber den (in der Auktion erfolgreichen) MNB zu konkretisieren. Nicht ausdrücklich geregelt, aber vorausgesetzt wird die Befugnis zum Erlass von ZFB auch durch § 223 Abs. 1 S. 6 TKG: Das Absehen von einer Gebührenerhebung für die Frequenzzuteilung rechtfertigt sich aus der Allokations- und Preisbildungsfunktion der Frequenzauktion.⁴⁰² Die ZFB „realisieren“ als verwaltungsvollstreckungsrechtlich durchsetzbare Zahlungstitel die Verpflichtung zur Erbringung einer der Frequenznutzung äquivalenten Gegenleistung.

(451) Auch für die Anpassung der ZFB dürfte – mangels weiterer Regelung: allein – auf § 100 TKG als Rechtsgrundlage zurückgegriffen werden können. Eine (ggf. analoge) Heranziehung des § 223 TKG ist hingegen ausgeschlossen. Zwar ist es denkbar, bei einer Unwirksamkeit der ZFB (etwa in Gestalt ihrer Erledigung) unter Rückgriff auf § 223 TKG (§ 142 TKG a.F.) einen Gegenleistungsanspruch des Bundes für die Nutzung der in Folge eines Frequenzvergabeverfahrens zugeteilten Frequenzen zu begründen (s. hierzu noch Rn. (503) ff., (509) ff.). Jedoch handelte es sich bei einer solchen Gebührenfestsetzung gegenüber ZFB um ein rechtliches Aliud. Dies folgt aus dem Ausschluss der Gebührenerhebung im Falle der § 100 Abs. 5, Abs. 6 TKG gem. § 223 Abs. 1 S. 6 TKG. Das TKG differenziert hier

³⁹⁹ Vgl. nur Korte, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., § 45 Rn. 15 ff., § 48 Rn. 45.

⁴⁰⁰ BVerwG NVwZ 2012, 1123 (1124, Rn. 14); BeckOK VwVfG/von Alemann/Scheffczyk, 66. Ed. 1.4.2023, VwVfG § 35 Rn. 95; Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 35 Rn. 25 f.

⁴⁰¹ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174, Rn. 49).

⁴⁰² Vgl. Geppert/Schütz/Schütz, 5. Aufl. 2023, TKG § 223 Rn. 53; Säcker/Körber/Eißer-Höfler, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 223 Rn. 12.

strikt zwischen Gebühren einerseits und Zahlungspflichten in Folge eines Frequenzvergabeverfahrens andererseits. Es wäre daher widersprüchlich, § 223 TKG als Rechtsgrundlage für Zahlungsfestsetzungsbescheide heranzuziehen.

(452) *Gegen* die Heranziehung des § 100 TKG ließe sich zwar die Widersprüchlichkeit einer solchen Konstruktion anführen: Einerseits würde auf eine Auktionswiederholung – als Grundlage der Preisbildung (s. Rn. (304) ff.) – verzichtet, andererseits unter Rückgriff auf diese dieses *Versteigerungsverfahren* regelnde Norm der Erlass neuer, den *Auktionspreis* festsetzender ZFB zugelassen.

(453) Im Ergebnis greifen solche Bedenken jedoch nicht durch. § 100 TKG regelt seinem Wortlaut und der Binnensystematik nach lediglich das der eigentlichen Auktionsdurchführung *vor- und nachgelagerte* Frequenzvergabeverfahren. Die Norm bestimmt sowohl das Verfahren als auch den Inhalt der PKE II bis IV (Abs. 1 bis Abs. 6) sowie Einzelheiten für die nach Durchführung der Auktion erfolgende Frequenzzuteilung (Abs. 7, Abs. 8). Deutlich kommt dies etwa in Begrifflichkeiten zum Ausdruck, wonach die BNetzA „*vor* Durchführung eines Vergabeverfahrens“ (Abs. 4, Abs. 5 S. 1, S. 4, Abs. 6 S. 1) bzw. „*nachdem* das Vergabeverfahren [...] durchgeführt worden ist“ (Abs. 7 S. 1; Hervorhebung jeweils hinzugefügt) bestimmte Verwaltungsakte erlässt. Auch § 100 Abs. 7 S. 2 TKG setzt – bezogen auf den Inhalt der FrZB – lediglich voraus, dass ein Versteigerungs- oder Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden ist, ohne jedoch selbst Vorschriften hierzu zu treffen. Regelungen für die Art und Weise der tatsächlichen Durchführung der Auktion sowie diejenigen, die für die Realisierung ihres Preisbildungsmechanismus notwendig sind, werden erst in den PKE III und IV getroffen (vgl. § 100 Abs. 4 Nr. 4, Abs. 5 S. 1, S. 3 TKG), nicht durch § 100 TKG selbst. Wenn aber der Regelungsgehalt des § 100 TKG von vornherein auf das der Auktion vor- und nachgelagerte Verfahren sowie die vor- und nachgelagerten Rechtsakte beschränkt ist, kann das Fehlen (nur) der tatsächlichen Auktionsdurchführung einer Heranziehung dieser Norm als Rechtsgrundlage für eine Anpassung der ZFB ohne Auktionsdurchführung kaum entgegengehalten werden.

(454) Dies gilt umso mehr, als das die ZFB nicht lediglich an die Auktion als tatsächlichen Akt, sondern gleichermaßen an die PKE III und IV als Rechtsakte anknüpfen. Letztere bilden die rechtliche Grundlage nicht nur der Zahlungsmodalitäten (s. Rn. (155), (162), (190) ff., (308), (440) f.), sondern insbesondere auch des Preisbildungsmechanismus (s. Rn. (158) ff.), der sich in der Auktionsdurchführung lediglich in tatsächlicher Weise realisiert. Der Erlass neuer ZFB ist die logische Folge der neuen PKE III und IV. Für das Verhältnis der PKE III und IV zu den ZFB gilt insoweit zumindest im Ansatz Vergleichbares wie für das Verhältnis der PKE III zu den FrZB: Die Aufnahme neuer Frequenznutzungsbestimmungen (§ 100 Abs. 4

Nr. 4 TKG) in die neue PKE III entfaltet nur dann rechtliche Wirkung, wenn erstere (auch) in die FrZB übernommen werden (vgl. Rn. (249) ff., (297) ff., (402) ff.). Entsprechend ist es für eine rechtliche Wirkung der neuen PKE III und IV notwendig, dass die angepassten Zahlungsmodalitäten und die neue Zahlungshöhe in (angepasste) ZFB übernommen wird. Dass es für die ZFB an einer Regelung wie § 100 Abs. 7 S. 2 TKG – die das Verhältnis der PKE III zu den FrZB festlegt – fehlt, kann dem nicht entgegengehalten werden: § 100 TKG verzichtet auf *jedwede* Erwähnung der ZFB. Wenn das BVerwG die Norm dennoch als Rechtsgrundlage für ihren Erlass heranzieht (s. Rn. (450)), kann für ihre Anpassung daher nichts anderes gelten.

(b) *Rechtmäßigkeit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages*

- (455) Die besseren Gründe sprechen dafür, dass eine Anpassung der ZFB auch im Wege öffentlich-rechtlicher Verträge i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG möglich wäre.⁴⁰³ Sollten die ZFB in Folge des Urteils des VG Köln unwirksam werden, erfolgte ihre „Anpassung“ dergestalt, dass die öffentlich-rechtlichen Verträge die Zahlungspflicht der MNB neu begründen würden, sie also einen neuen Rechtsgrund darstellten. Sollten die ZFB wirksam bleiben, wäre lediglich ihr Inhalt anzupassen. Eine solche Modifizierung des Regelungsgehalts eines VA durch öffentlich-rechtliche Verträge dürfte grundsätzlich möglich sein.⁴⁰⁴ Qua natura kommt ein Vorgehen im Wege öffentlich-rechtlicher Verträge allerdings nur bei einer Beteiligung der MNB an Vertragsverhandlungen und -abschluss in Betracht.
- (456) Für den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge ist keine spezielle Ermächtigungsgrundlage erforderlich.⁴⁰⁵ Schon der Wortlaut des § 54 S. 1 VwVfG verlangt keine positive Rechtsgrundlage, sondern lediglich, dass Rechtsvorschriften dem Vertragsschluss nicht entgegenstehen. Unzulässig wäre ein Rückgriff auf die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages bei Annahme eines Vertragsformverbotes – wenn das TKG also ausdrücklich oder konkludent öffentlich-rechtliche Verträge generell und unabhängig von ihrem Inhalt ausschließen würde.⁴⁰⁶ Ob ein solches Handlungsformverbot besteht, ist offen. Trotz gewichtiger Gegenargumente dürften im Ergebnis die besseren Gründe dafür sprechen, dass

⁴⁰³ Zur Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG auch i.R.d. TKG s. BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8/17 –, Rn. 58, juris; *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (263 f.).

⁴⁰⁴ Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 43 Rn. 197; NK-VwVfG/Anna Leisner-Egensperger, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 43 Rn. 61.

⁴⁰⁵ Kopp/Ramsauer/*Tegethoff*, VwVfG, 25. Aufl., § 54 Rn. 88; Korte, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., § 54 Rn. 49. Vgl. auch *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (264).

⁴⁰⁶ Vgl. HK-VerwR/*Fehling*, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 54 Rn. 47; Kopp/Ramsauer/*Tegethoff*, VwVfG, 25. Aufl., § 54 Rn. 85; Stelkens/Bonk/Sachs/*Siegel*, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 54 Rn. 99; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 559 ff.

ein Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge zwecks Anpassung bzw. Neubegründung der Zahlungspflichten aus den ZFB möglich ist.

- (457) Für ein solches Handlungsformverbot spricht allerdings zunächst einmal § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG (§ 132 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG a.F.). Hiernach entscheidet die BNetzA u.a. in den Fällen der §§ 91 Abs. 9, 100 TKG durch Beschlusskammern, wobei die Entscheidung durch Verwaltungsakt ergeht. Für die vom Anwendungsbereich des § 211 Abs. 1 TKG erfassten Beschlusskammerentscheidungen ist der Rückgriff auf die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages daher ausgeschlossen.⁴⁰⁷ Gleichfalls unstrittig ist jedoch, dass dieses Handlungsformverbot nicht für Maßnahmen im Vor- und Umfeld der abschließenden Beschlusskammerentscheidung gilt.⁴⁰⁸ Durch § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG ausgeschlossen wird lediglich die Ersetzung der vom Anwendungsbereich dieser Norm erfassten Beschlusskammerentscheidungen durch öffentlich-rechtliche Verträge, nicht der Abschluss ebensolcher zwischen der BNetzA und den am Beschlusskammerverfahren Beteiligten während oder im Rahmen eines solchen Verfahrens.⁴⁰⁹
- (458) Ob die ZFB vom Anwendungsbereich des § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG erfasst sind oder es sich bei ihnen lediglich um „im Rahmen“ eines Beschlusskammerverfahrens ergehende Entscheidungen handelt, ist offen.
- (459) Für die Anwendung des § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG auch auf ZFB spricht, dass die (implizite) Rechtsgrundlage dieser VA in § 100 TKG zu finden ist (s. Rn. (450) ff.). Prima facie ist nach § 211 Abs. 1 S. 1 TKG daher die Zuständigkeit der Beschlusskammer begründet, was als Folge die Beschränkung auf die Handlungsform des Verwaltungsaktes i.S.d. Satz 2 nach sich zieht. Auch die Rechtsprechung des BVerwG deutet in diese Richtung: Unter Rückgriff auf die Vorgängernorm des § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG begründet das Gericht die Befugnis der Beschlusskammer zur „Festsetzung des Zuschlagspreises“ durch Verwaltungsakt im Rahmen eines Versteigerungsverfahrens gem. (nunmehr) § 100 TKG.⁴¹⁰ Aus

⁴⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8/17 –, Rn. 66 ff., juris; *Siegel/Eisentraut*, VerwArch 109 (2018), 454 (477); *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (264); Geppert/Schütz/Attendorn, 5. Aufl. 2023, TKG § 211 Rn. 36; Scheurle/Mayen/Mayen, 3. Aufl. 2018, TKG § 132 Rn. 43; Fetzer/Scherer/Graulich/Fetzer, TKG, 3. Auflage, § 132 TKG, Rn. 16. Vgl. auch *Müller-Terpitz*, K&R 2002, 75 (77); *Kösling*, Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz, Berlin 2005, S. 94.

⁴⁰⁸ S. die Nachweise in der vorherigen Fußnote. Vgl. überdies auch *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 563.

⁴⁰⁹ Fetzer/Scherer/Graulich/Fetzer, TKG, 3. Auflage, § 132 TKG, Rn. 16; *Siegel/Eisentraut*, VerwArch 109 (2018), 454 (477); *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (264 f.).

⁴¹⁰ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174, Rn. 49).

der Entscheidung folgt jedoch nicht zwingend ein Vertragsformverbot für den Regelungsgehalt der ZFB. Zum einen formuliert das BVerwG, § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG umfasse die „Festsetzung des Zuschlagspreises“. Eine Differenzierung zwischen Zuschlags- und den an dieser Stelle allein interessierenden Zahlungsfestsetzungsbescheiden erfolgt nicht.⁴¹¹ Insbesondere aber befasst sich das Gericht ausweislich des Kontexts der Entscheidungspassage – die Kläger hatten das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage für die ZFB bestritten – lediglich mit der VA-Befugnis der BNetzA. Ob letztere bei Erlass der ZFB auf diese Handlungsform *beschränkt* ist, stand nicht zur Debatte. Obwohl daher die Festsetzung des Zuschlagspreises nach Ansicht des BVerwG „notwendigerweise“ von dem Vergabeverfahren nach § 100 TKG erfasst sein soll,⁴¹² ist es denkbar, dass es sich bei den ZFB um im Vor- und Umfeld der „genuinen“ Beschlusskammerentscheidungen nach § 100 TKG angesiedelte VA handelt. Für diese soll, wie dargelegt (Rn. (457)), das Vertragsformverbot nicht greifen.

- (460) Dass es sich bei den ZFB nicht um „genuine“ Beschlusskammerentscheidungen handelt, wird in rechtstatsächlicher Hinsicht durch ihre äußere Gestaltung bestätigt.⁴¹³ Ausweislich ihres Entscheidungskopfes wurden die 2019er-ZFB durch die „Bundesnetzagentur – Der Präsident –“ erlassen. Bei der Entscheidung durch die Bundesnetzagentur, die gem. § 3 Abs. 1 S. 2 BEGTPG durch ihren Präsidenten vertreten wird, handelt es sich um den für Maßnahmen nach dem TKG geltenden Normalfall.⁴¹⁴ Beschlusskammerentscheidungen stellen demgegenüber eine Sonderregelung dar (vgl. auch § 3 Abs. 1 S. 3 BEGTPG). Würden auch ZFB (genuine) Beschlusskammerentscheidungen i.S.d. § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG darstellen, wäre daher zu erwarten, dass sich dies auch in der äußeren Gestaltung der Bescheide widerspiegelt. So sind etwa die PKE I bis IV (2018) ausdrücklich als „Entscheidung der Präsidentenkammer“ überschrieben. Gerade weil es sich bei der Zuständigkeit der BNetzA, vertreten durch ihren Präsidenten, um den Normal-, bei Entscheidungen der Beschlusskammer hingegen um den Ausnahmefall handelt, erscheint überdies eine restriktive Handhabung des § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG geboten.

⁴¹¹ Vgl. hingegen *Kösling*, *Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz*, Berlin 2005, S. 189.

⁴¹² BVerwG NVwZ 2012, 168 (174, Rn. 49).

⁴¹³ Nimmt man eine umfassende Zuständigkeit der Beschlusskammer für sämtliche auch nur im Rahmen des Vergabeverfahrens nach § 100 TKG ergehende VA an, wären die ZFB rechtswidrig. Vgl. zu den Rechtsfolgen des Handelns eines funktional unzuständigen Organs der BNetzA *Kösling*, *Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Lizenzierung und der Frequenzzuteilung nach dem Telekommunikationsgesetz*, Berlin 2005, S. 73 f.

⁴¹⁴ Vgl. *Säcker/Körber/Gurlit*, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 211 Rn. 10; *Geppert/Schütz/Attendorn*, 5. Aufl. 2023, TKG § 211 Rn. 18, auch zum Folgenden.

(461) Die Ratio des § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG spricht dafür, dass diese Norm nur „genuine“ Beschlusskammerentscheidungen – und damit nicht die ZFB – umfasst: Beschlusskammerverfahren sind in formeller Hinsicht regelmäßig „justizähnlich“ ausgestaltet und daher auf einseitig-verbindliche Entscheidungen ausgerichtet.⁴¹⁵ Der Rückgriff auf vertragsförmiges Handeln stünde hierzu in Widerspruch. Materiell setzen die von § 211 Abs. 1 S. 1 TKG erfassten Entscheidungen eine komplexe Abwägung einer Vielzahl widerstreitender öffentlicher und privater Interessen voraus.⁴¹⁶ Dieses Regulierungsermessen wird sich durch öffentlich-rechtliche Verträge, bei denen ein Ausgleich der Interessensgegensätze der Vertragsparteien im Mittelpunkt steht, kaum in rechtmäßiger Weise ausüben lassen.⁴¹⁷ Weder die formelle noch die materielle Begründung der Beschränkung von Beschlusskammern auf die Handlungsform des Verwaltungsaktes greifen im Falle der ZFB ein: Durch diese VA wird lediglich die im Rahmen des Auktionsverfahrens durch die Zuschlagsbescheide bereits begründete Zahlungsverpflichtung festgesetzt und mit einer Zahlungsaufforderung unter Übernahme der Zahlungsmodalitäten der PKE IV versehen (s. Rn. (137), (163), (432)). Der Erlass der ZFB ist ein rein formaler Akt, der einen seinem Inhalt nach bereits feststehenden Regelungsgegenstand – das Höchstgebot für die ersteigerten Frequenzblöcke sowie die Zahlungsmodalitäten – gegenüber den MNB konkretisiert. Ein (Regulierungs-)Ermessen existiert insoweit nicht.⁴¹⁸

(462) Auch aus dem Unionsrecht dürfte kein Vertragsformverbot folgen. Art. 55 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 RL (EU) 2018/1972 spricht lediglich hinsichtlich der Festlegung des Auswahlverfahrens sowie der zugehörigen Bestimmung von mitgliedstaatlichen „Entscheidungen“. Im Übrigen findet sich kein Hinweis auf die zu wählenden Handlungsformen. Aufgrund ihrer Verfahrensautonomie⁴¹⁹ dürften die Mitgliedstaaten im Rahmen der Regulierungsziele (Art. 3, Art. 45 RL (EU) 2018/1972) bei der Wahl der Handlungsform daher frei sein.⁴²⁰ Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht (s. Rn. (345))

⁴¹⁵ *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (264); *Säcker/Körber/Gurlit*, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 211 Rn. 28.

⁴¹⁶ *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (264). Vgl. auch *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 563.

⁴¹⁷ Ähnlich zur „faktischen Vorprägung“ des Regulierungsermessens der BNetzA durch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8/17 –, Rn. 74, juris.

⁴¹⁸ Vgl. hingegen die Argumentation bei BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011 – 6 C 2/10 –, Rn. 30, juris, wo die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 211 Abs. 1 TKG u.a. mit der im konkreten Fall erfolgten Ausübung des Regulierungsermessens begründet wurde.

⁴¹⁹ Vgl. nur EuGH, Urteil v. 24.04.2008, Rs. C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244, Rn. 170; EuGH, Urteil v. 02.04.2020, Rs. C-480/18, ECLI:EU:C:2020:274, Rn. 73. Aus der Literatur *Sangi/Gärditz*, in: *Karpens-tein/Kotzur/Vasel*, Handbuch Rechtsschutz in der EU, 4. Aufl., § 32 Rn. 2 ff.

⁴²⁰ Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8/17 –, Rn. 68, juris; *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (265).

ff.) – die Wiederholung der Auktion als unionsrechtlich zwingend erachtete. In diesem Fall verböte sich, selbstverständlich, auch ein Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge zwecks Ermöglichung der Anpassung der ZFB gerade ohne Auktion.

(463) Ein Handlungsformverbot folgt schließlich auch nicht daraus, dass der Frequenzregulierung i.S.d. §§ 87 ff. TKG öffentlich-rechtliche Verträge gänzlich wesensfremd wären. Für die Frequenzzuteilung hat das VG Köln die Zulässigkeit der Vertragsform bejaht (s. Rn. (426) ff.).⁴²¹ Zwar wird ein quasi-vertragliches Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen ZFB und FrZB zum Teil bestritten.⁴²² Daher ist fraglich, ob aus der Zulässigkeit der Vertragsform für FrZB gleichsam automatisch auf deren Zulässigkeit auch für ZFB als deren „Gegenstück“ geschlossen werden kann. Geht man jedoch davon aus, dass ZFB von § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG nicht erfasst sind, erschiene es widersprüchlich, an zwei die Frequenzregulierung gem. §§ 87 ff. TKG gleichermaßen prägende Arten von VA – die FrZB und die ZFB – verschiedenartige Maßstäbe anzulegen, in dem man in einem Fall ein Handlungsformverbot annähme, im anderen Fall hingegen von der unproblematischen Zulässigkeit dieses Instruments ausgeht. Für die Möglichkeit eines extensiven Rückgriffs auf öffentlich-rechtliche Verträge im Telekommunikationsrecht spricht auch, dass sich in der Entscheidung des VG Köln keinerlei diesbezügliche Einschränkungen finden. Das Gericht geht wie selbstverständlich von der Anwendbarkeit dieser Handlungsform aus. Sollten öffentlich-rechtliche Verträge im Telekommunikationsrecht die Ausnahme darstellen, wäre zu erwarten gewesen, dass das VG Köln diese Frage zumindest thematisiert.

(464) Schließlich stehen auch die Regulierungsziele (§§ 2, 87 TKG) einem (ausnahmsweisen) Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge nicht entgegen (vgl. auch schon Rn. (315)). Die Anpassung der ZFB durch öffentlich-rechtliche Verträge (gerade) zwecks Verzichts auf die Auktionswiederholung würde mit dem Grundsatz der Effizienz der Frequenznutzung und -verwaltung (§§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG) im Einklang stehen. Eine Auktionswiederholung bedeutete ein gänztliches „Aufschnüren“ der in Folge der 2019er-Auktion etablierten Frequenzordnung. Nicht nur die ZFB, auch sämtliche andere VA müssten gänztlich neu erlassen werden (vgl. Rn. (413), (432), (485)). Welche Disruptionen dies in tatsächlicher Hinsicht mit sich bringen würde, ist nicht absehbar. Ein solches Vorgehen widerspräche daher auch dem Ziel der Stabilität der Frequenzordnung (s. Rn. (172) ff.). Öffentlich-

⁴²¹ VG Köln, Urteil vom 17. November 2010 – 21 K 5862/09 –, Rn. 88 ff., juris. Vgl. auch VG Köln, Urteil vom 13. Juni 2013 – 1 K 3584/13 –, Rn. 117, juris. Aus der Literatur *Martini*, WiVerw 2013, 3, 9 f.

⁴²² OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 30. Juni 2009 – 13 A 2069/07 –, Rn. 115, juris; Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 61 Rn. 57. Einschränkend aber BVerwG NVwZ 2012, 168 (171, Rn. 30).

rechtliche Verträge können zwar die spezifischen Funktionsbedingungen einer Auktion nicht ersetzen, ermöglichten jedoch zumindest eine Anpassung der ZFB auf kollektiv-koperativem Wege (vgl. Rn. (467)) im Lichte sämtlicher Belange der §§ 2, 87 TKG.

(3) Bestimmung des Regelungsinhalts

- (465) Eine von der rechtlichen Zulässigkeit der Handlungsformen Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlicher Vertrag abzugrenzende Frage ist, auf welche Art und Weise der Regelungsinhalt eines solchen Rechtsakts bestimmt wird – konkret also: Wer legt wie den Inhalt der angepassten ZFB fest.
- (466) Was die Zahlungsmodalitäten angeht, ist dieser Aspekt ohne Relevanz: Die Zahlungsmodalitäten sind Bestandteil der PKE IV, werden also von der BNetzA gem. § 100 Abs. 5 TKG einseitig festgesetzt. Die ZFB beschränken sich auf eine Übernahme dieser Bestimmungen (s. Rn. (441) f.).
- (467) Problematisch hingegen ist die Art und Weise der Bestimmung des angepassten Auktionspreises. Wird auf eine Auktionswiederholung verzichtet, fehlt es am Preisbildungsmechanismus, mit dem die Höhe des in den ZFB festzusetzenden Zahlbetrags im Normalfall eines Frequenzvergabeverfahrens bestimmt wird. Fraglich ist daher, ob die BNetzA befugt ist, den angepassten Preis einseitig festzulegen, oder ob – zumindest im Ansatz vergleichbar mit dem Preisbildungsmechanismus einer Auktion – ein kooperativ-kollektiver Aushandlungsprozess unter Einbeziehung der MNB geboten ist. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass in den nachfolgend dargelegten Grenzen eine einseitige Bestimmung durch die BNetzA möglich ist:
- (468) *Gegen* ein solches einseitiges Bestimmungsrecht spricht allerdings, dass eine Anpassung der ZFB ohne Auktionswiederholung von vornherein nur dann in Betracht kommt, wenn die Art und Weise der Anpassung – das anstelle der Auktion herangezogene Instrumentarium – die Auktionsdurchführung ersetzen kann (s. Rn. (308)). Dies scheint bei der einseitigen Preisfestsetzung durch die BNetzA *prima facie* nicht der Fall. Findet eine Frequenzauktion statt, wird der Auktionspreis durch Entscheidungen aller teilnehmenden MNB, die durch die einer Auktion eigenen Mechanismen (insbesondere die Konkurrenzsituation) miteinander verknüpft werden,⁴²³ determiniert. Bei einer Auktion sind es die (zukünftigen) Inhaber der Frequenznutzungsrechte, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und der Frequenznutzungsbestimmungen die wirtschaftlichen Vorteile der Frequenznutzung

⁴²³ Vgl. Säcker/Körber/Offenbacher, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 100 Rn. 53.

bewerten und auf dieser Grundlage ihre Gebote abgeben. Eine einseitige Festlegung der für die Frequenznutzung zu entrichtenden Gegenleistung durch die BNetzA steht in Widerspruch zu dieser Form der Preisbildung.

(469) Die besseren Argumente sprechen indes für die Befugnis der BNetzA zur einseitigen Anpassung des Auktionspreises:

(470) Die einseitige Festlegung der für die Frequenznutzungsmöglichkeit aufzubringenden Gegenleistung durch die BNetzA ist (auch) dem Frequenzvergabeverfahren nicht wesensfremd. Nicht nur § 223 Abs. 1 S. 1 TKG setzt voraus, dass eine an der optimalen Frequenzallokation – die bei einer Frequenzauktion durch die der Versteigerung eigenen Mechanismen sichergestellt ist – und den Zielen des TKG (§§ 2, 87 TKG) orientierte Bestimmung der Gebührenhöhe auch einseitig durch die BNetzA erfolgen kann.⁴²⁴ Auch bei einem Frequenzvergabeverfahren im Wege des Ausschreibungsverfahrens erfolgt die Festsetzung des von den MNB zu zahlenden Zuschlagspreises einseitig durch die BNetzA (§ 91 Abs. 6 S. 4 TKG). Auch das Unionsrecht erlaubt eine einseitige Festlegung von Mindestentgelten als Reservepreisen für Frequenznutzungsrechte (Art. 42 Abs. 2 lit. a RL (EU) 2018/1972) bzw. die einseitige Anpassung von Entgelten bei der Verlängerung von Frequenznutzungsrechten (Art. 50 Abs. 4 RL (EU) 2018/1972). Auch definiert das Unionsrecht die Förderung der effizienten Frequenznutzung unter Berücksichtigung der Höhe des Entgelts nur als eines von mehreren zulässigen Zielen eines Frequenzvergabeverfahrens (Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 lit. c RL (EU) 2018/1972). Zwar ließe sich einwenden, dass – wenn die BNetzA sich in der PKE II auf die Durchführung eines Auktionsverfahrens festgelegt hat – dieses einseitige Bestimmungsrecht nicht mehr gelten kann, da andernfalls die Funktionsbedingungen der Auktion verfälscht würden. Jedoch verfolgt auch der Preisbildungsmechanismus der Auktion lediglich das Ziel, einen den Maßgaben des Äquivalenzprinzips genügenden Preis zu ermitteln (vgl. Rn. (158) ff., (303) ff.). Die Preisbildung im Wege der Auktion ist daher weder Selbstzweck noch dient sie den Interessen der MNB an der Zahlung eines möglichst geringen Preises (s. Rn. (261) ff.). Für die Berechnung eines der Höhe nach der Frequenznutzungsmöglichkeit wirtschaftlich äquivalenten Preises ist eine Frequenzauktion nur einer von mehreren möglichen Mechanismen.

(471) Eine einseitige Preisfestsetzung durch die BNetzA in den angepassten ZFB dürfte daher jedenfalls dann möglich sein, wenn (1) die Preisbildungsfunktion der 2019er-Auktion nicht gänzlich leerläuft, (2) die wirtschaftliche Äquivalenz nach objektiven wirtschaftlichen

⁴²⁴ Vgl. zur Bemessung der Gebührenhöhe Säcker/Körber/Eißer-Höfler, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 223 Rn. 22 ff.; Geppert/Schütz/Schütz, 5. Aufl. 2023, TKG § 223 Rn. 47.

Maßstäben in nachprüfbarer Weise berechnet wird, und (3) die BNetzA Konsultationen mit den MNB zu den beabsichtigten Festlegungen durchführt.

- (472) Zu (1): Die in der Frequenzauktion 2019 erzielten Höchstgebote können jedenfalls dann weiterhin die Grundlage auch der in den angepassten ZFB festzulegenden Preise bilden, wenn die Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III nicht in zentralen Punkten von denjenigen der PKE III (2018) abweichen. Weil die Frequenznutzungsbestimmungen Grundlage der Preisbildungsfunktion der Auktion sind (Rn. (158) ff.), könnten in diesem Fall die in der 2019er-Auktion erzielten Preise die Basis auch für den in den angepassten ZFB festzulegenden Preis bilden. Änderungen des Preises wären – in Abhängigkeit von den konkreten Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen – nur punktueller, nicht hingegen struktureller Natur.
- (473) Zu (2): Zugleich jedoch kann die Festlegung des angepassten Preises auch bei nur geringfügigen zu erwartenden Änderungen nicht im Belieben der BNetzA stehen. Bei dem Äquivalenzprinzip handelt es sich um eine verfassungsrechtliche Maßgabe (s. Rn. (287), (304), (314)). Es ist daher sicherzustellen, dass der neue Preis objektiv diesen Anforderungen genügt. Anbieten dürfte sich insoweit eine Berechnung unter Einbeziehung wirtschaftlicher Expertise.
- (474) Zu (3): Ebenfalls zur Wahrung der Maßgaben des Äquivalenzprinzips geboten sein dürfte die Einbeziehung der betroffenen MNB im Wege von Konsultationen. Auf diese Weise würde nicht nur die Akzeptanz des Vorgehens gefördert, sondern insbesondere sichergestellt, dass der BNetzA alle notwendigen Informationen für eine an objektiven wirtschaftlichen Maßstäben orientierte Neuberechnung des Auktionspreises vorliegen. Ausgeschlossen wäre hingegen, die Konsultationen zu einer *freien* Aushandlung der neuen Höhe der Gegenleistung zu nutzen. Sie muss den Maßgaben des verfassungsrechtlich⁴²⁵ verankerten Äquivalenzprinzips genügen und steht nicht zur freien Disposition von MNB und BNetzA.⁴²⁶

⁴²⁵ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 Rn. 44).

⁴²⁶ Ob aufgrund des in die Entscheidung über die Höhe des angepassten Auktionspreises zumindest einzubeziehenden Vorbringens der MNB ein sog. „ausgehandelter Verwaltungsakt“ (s. hierzu *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 190 f. m.w.N. Vgl. auch *Hilbert* in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts Band, 1. Auflage 2023, § 147 Rn. 17; Schoch/Schneider/Bauer, 5. EL Juli 2024, VwVfG vor § 54 Rn. 106) vorliegen würde, kann dahinstehen. Es bliebe dabei, dass zumindest im Ergebnis eine Festlegung durch die BNetzA erfolgte.

(4) Exkurs: Maßgaben für einen Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge mit den MNB

- (475) Sollte sich die BNetzA zur Anpassung der ZFB im Wege öffentlich-rechtlicher Verträge entschließen, wäre sie in verfahrens- und materieller Hinsicht an die Bestimmungen der §§ 54 ff. VwVfG gebunden. Solange auf Seiten der öffentlichen Hand ausschließlich die BNetzA unter Wahrung der ihr unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit handelt, bestehen insoweit auch keine unionsrechtlichen Bedenken.⁴²⁷
- (476) Eine (ggf. analoge)⁴²⁸ Anwendung des § 58 Abs. 1 VwVfG dürfte i.E. ausscheiden.⁴²⁹ Nach § 58 Abs. 1 VwVfG wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte Dritter eingreift, erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt. Der Anwendungsbereich der Norm beschränkt sich auf die unmittelbare Verkürzung subjektiv-öffentlicher Rechte des Dritten.⁴³⁰ Als „Dritte“⁴³¹ kommen hier grundsätzlich sowohl die (jeweils) anderen MNB als auch die Diensteanbieter in Betracht. Zwar wird die Anwendbarkeit des § 58 Abs. 1 VwVfG im Telekommunikationsregulierungsrecht z.T. mit dem Argument in Zweifel gezogen, die Verfahrensrechte der Beteiligten seien in den §§ 213 ff. TKG (§§ 134 ff. TKG a.F.) spezialgesetzlich geregelt.⁴³² Allerdings gelten diese Normen schon ihrem Wortlaut nach allein für Beschlusskammerverfahren. Weil die ZFB gerade nicht von § 211 Abs. 1 S. 1, S. 2 TKG erfasst sind (s. Rn. (457) ff.), ist der Anwendungsbereich der §§ 213 ff. TKG nicht eröffnet.
- (477) Angesichts des Regelungsgehalts der hier im Raum stehenden öffentlich-rechtlichen Verträge ist ein Eingriff in die Rechte der Diensteanbieter jedoch fernliegend: Die ZFB – und entsprechend die (hypothetischen) öffentlich-rechtlichen Verträge – begründen lediglich eine Zahlungspflicht der MNB gegenüber der BNetzA. Die Diensteanbieter werden von diesen Zahlungspflichten nicht einmal in tatsächlicher Hinsicht, erst recht nicht rechtlich berührt. Rechtspositionen werden den Diensteanbietern lediglich durch die FrZB gewährt: Diesen werden die Frequenznutzungsbestimmungen als Nebenbestimmungen beigelegt (s. Rn.

⁴²⁷ Hingegen sind die zwischen BMVI/BMF und den MNB abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträge, die die Zahlungsmodalitäten der ZFB modifizieren sollen, unionsrechtswidrig. Diese Problematik wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

⁴²⁸ Vgl. zur Möglichkeit der entsprechenden Anwendung Kopp/Ramsauer/*Tegethoff*, VwVfG, 25. Aufl., § 58 Rn. 3c; BeckOK VwVfG/*Spieth/Hellermann*, 66. Ed. 1.1.2025, VwVfG § 58 Rn. 2.

⁴²⁹ Vgl. zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 58 Abs. 1 VwVfG i.R.d. Telekommunikationsregulierung *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (266).

⁴³⁰ Schoch/Schneider/*Rozeck*, 5. EL Juli 2024, VwVfG § 58 Rn. 23, 25; Kopp/Ramsauer/*Tegethoff*, VwVfG, 25. Aufl., § 58 Rn. 5a ff.

⁴³¹ Zur Definition etwa BeckOK VwVfG/*Spieth/Hellermann*, 66. Ed. 1.1.2025, VwVfG § 58 Rn. 4.

⁴³² *Siegel/Eisentraut*, VerwArch 109 (2018), 454 (477).

(235), (380), (417)). Enthalten sie eine Diensteanbieterverpflichtung, vermittelt diese den Diensteanbietern einen Anspruch auf Netzzugang gegen den Adressaten der FrZB.⁴³³ Würden die Frequenznutzungsbestimmungen der FrZB im Vertragswege abgeändert, wäre damit – je nach konkreter Ausgestaltung des Vertrages – für die Diensteanbieter der Verlust ihrer Rechtspositionen verbunden.⁴³⁴ Für die gegenüber den FrZB rechtlich selbstständigen ZFB gilt dies hingegen nicht. Hinzu kommt, dass sich die Beteiligung von Diensteanbietern auch bei regulären Frequenzauktionsverfahren auf die Phase des Erlasses der PKE I bis IV beschränkt (vgl. Rn. (147)). An der Auktion i.e.S. sowie den nachfolgenden Verfahrensschritten – insbesondere dem Erlass der FrZB und ZFB – sind sie nicht beteiligt.

- (478) Auch zugunsten der (jeweils) anderen MNB dürfte § 58 Abs. 1 VwVfG nicht heranzuziehen sein. Durch die Zahlungspflichten ihrer Mitbewerber gegenüber der BNetzA gem. den in die ZFB übernommenen Zahlungsmodalitäten der PKE IV werden die jeweiligen subjektiven Rechtspositionen der anderen MNB nicht berührt. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die ZFB zugleich die von dem jeweiligen MNB ersteigerten Frequenzbereiche auflisten. Zwar ließe sich überlegen, dass hierdurch konkludent der rechtliche „Ausschluss“ der jeweils anderen MNB von diesen Frequenzbereichen festgestellt werden könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Zusicherung der späteren Zuteilung der von den verschiedenen MNB ersteigerten Frequenzblöcke erfolgt bereits durch die Zuschlagsbescheide (s. Rn. (136)). Die ZFB entfalten hinsichtlich des Schicksals der Frequenzblöcke keine Regelungswirkung mehr. Auch aus den verfassungsrechtlichen (Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG) Beteiligungsrechten der MNB an dem Frequenzauktionsverfahren (s. Rn. (314)) folgt nichts anderes. Zum einen kommt eine Anpassung der ZFB ohne erneute Auktion – bei der selbstverständlich die MNB zu beteiligen wären – ohnehin nur in Betracht, wenn die neu erlassenen PKE III und IV nicht in wesentlichen Teilen von den PKE III und IV (2018) abweichen (Rn. (271) ff., insb. (283) ff.) und daher (auch) die ZFB keinen wesentlichen Änderungen unterliegen (Rn. (472)). Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass bereits durch die bei der Frequenzauktion 2019 erfolgte Beteiligung der MNB den Garantien aus Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG genügt wurde. Durch die Anpassung der ZFB ohne Rückgriff auf den Preisbildungsmechanismus einer Wiederholung der Auktion dürften keine Rechtspositionen der MNB betroffen sein, die nicht schon im Rahmen der 2019er-Auktion berücksichtigt wurden. Hinzu kommt, dass die MNB ohnehin durch die Konsultationen der BNetzA in den Prozess der Anpassung der ZFB einbezogen würden (s. Rn. (474)).

⁴³³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Ls. 2, juris.

⁴³⁴ Vgl. zu einem solchen Verlust von Rechtspositionen Dritter *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, 262 (267).

- (479) Weil öffentlich-rechtliche Verträge zur Anpassung der ZFB und damit Verwaltungsakten geschlossen würden, dürfte es sich um subordinationsrechtliche Verträge i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG handeln. Wie die Verträge im Übrigen einzuordnen wären – ob es sich um Austausch-, Vergleichs- oder hinkende Austauschverträge⁴³⁵ handeln würde (§§ 55, 56 VwVfG) –, ist unerheblich. Die §§ 54 ff. VwVfG enthalten keinen Numerus clausus an Vertragsarten; auch Verträge anderer Art oder Mischformen sind zulässig.⁴³⁶ Für die Höhe der von den MNB zu erbringenden Leistung – die Zahlungspflichten – würden das Äquivalenzprinzip und die nach dessen Maßgaben erfolgte Festlegung (s. Rn. (465) ff.) der Regelung des § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG vorgehen.⁴³⁷
- (480) Was die weitere Ausgestaltung möglicher öffentlich-rechtlicher Verträge angeht, käme in formeller Hinsicht sowohl der Abschluss jeweils bilateraler Verträge zwischen dem Bund, vertreten durch die BNetzA, und einem jeden MNB, als auch der Abschluss eines einheitlichen „Gesamtvertrages“ zwischen dem Bund und sämtlichen MNB in Betracht. Die §§ 54 ff. VwVfG stehen solchen „mehrseitigen Verträgen“ nicht entgegen.⁴³⁸ In inhaltlicher Hinsicht hätten sich die vertraglichen Vereinbarungen an dem Zweck der Verträge – der Anpassung bzw. Ersetzung der ZFB – auszurichten. Nur solche Inhalte, die Regelungsgegenstand der ZFB sind, sollten daher zum Inhalt der Verträge gemacht werden.⁴³⁹ Aus diesem Vertragszweck folgt auch, dass die vertraglichen Konditionen nicht frei verhandelbar sind. Dies gilt nicht nur für die Höhe der von den MNB zu erbringenden Zahlungen, sondern auch für die Zahlungsmodalitäten. Ebenso wie bei einer Regelung der Zahlungspflichten durch Verwaltungsakt müssen sich die Zahlungsmodalitäten auch bei einem Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge nach dem Inhalt der PKE IV richten (vgl. Rn. (466)).

⁴³⁵ Auch hinkende Austauschverträge sind von § 56 VwVfG erfasst, BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 6/17 –, Rn. 64, juris. Für das Vorliegen eines solchen könnte sprechen, dass zum Teil (anders wohl BVerwG NVwZ 2012, 168 (171, Rn. 30)) bestritten wird, dass zwischen Frequenzzuteilung und Auktionspreis ein (quasi-)vertragliches Gegenseitigkeitsverhältnis besteht, vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 30. Juni 2009 – 13 A 2069/07 –, Rn. 115, juris; Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 61 Rn. 57.

⁴³⁶ BVerwG, Beschluss vom 30. April 2008 – 7 B 6/08 –, Rn. 19, juris; Kopp/Ramsauer/Tegethoff, VwVfG, 25. Aufl., § 54 Rn. 90 f.; HK-VerwR/Fehling, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 54 Rn. 56.

⁴³⁷ Vgl. zum Auffangcharakter der §§ 54 ff. vgl. VwVfG Stelkens/Bonk/Sachs/Siegel, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 54 Rn. 15.

⁴³⁸ Reimer, in: VerwArch 94 (2003), 543 (550 f.) m.w.N.

⁴³⁹ Zwar dürfte die Aufnahme von über den Inhalt der ZFB hinausgehenden Regelungen nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit der Verträge führen, sofern dieser „überschießende“ Regelungsgehalt gegenüber dem (hypothetischen) ZFB-Inhalten abtrennbar ist. Zwecks Risikominimierung sollte jedoch gänzlich auf weitergehende Regelungen verzichtet werden.

dd) Zeitliche Wirkung

- (481) Angesichts der grundsätzlichen ex-nunc-Wirkung des Urteils des VG Köln (Rn. (96) ff.) bleiben die – unterstellt: gegenüber der PKE IV (2018) akzessorischen (s. Rn. (129), (435) ff.) – ZFB jedenfalls für den seit ihrem Erlass bereits vergangenen Zeitraum wirksam. Es spricht viel dafür, dass sie einen „zeitanteiligen“ Rechtsgrund für die Zahlung des Auktionserlöses bilden können (s. hierzu noch unten Rn. (501) ff.). In der Folge wäre der Regelungsinhalt der Verwaltungsakte oder der öffentlich-rechtlichen Verträge zur Anpassung der ZFB in zeitlicher Hinsicht zu beschränken: Der auf die neuen Frequenznutzungsbestimmungen der neuen PKE III abgestimmte (Auktions-)Preis wäre lediglich für den verbliebenen Zeitraum bis zum Ablauf der Nutzungszeit der Frequenzen festzusetzen.
- (482) Weil zu den ZFB als nur zeitanteiligem Rechtsgrund für die Zahlung des Auktionserlöses allerdings auch eine andere Ansicht vertretbar erscheint, könnte es sich zu Klarstellungszwecken aus Gründen der Risikoversorge anbieten, in den angepassten ZFB Regelungen zur Zahlungshöhe für den gesamten Zeitraum der Frequenznutzung in Folge der 2019er-Auktion aufzunehmen. Hierbei wird hinsichtlich des wirtschaftlichen Wertes der Frequenznutzung zu differenzieren sein: Unabhängig von ihrer Rechtswidrigkeit wurde der wirtschaftliche Wert der Frequenznutzung bislang durch die Frequenznutzungsbestimmungen der PKE III (2018), rezipiert durch die bisherigen FrZB (Rn. (209)), determiniert. Neue geänderte Frequenznutzungsbestimmungen können den wirtschaftlichen Wert der Frequenznutzung schon rein faktisch erst ab dem Zeitpunkt einer entsprechenden Anpassung der FrZB bestimmen. Diese Differenzierung der wirtschaftlichen Wertigkeit der Frequenznutzung wird bei der Festlegung der Zahlungshöhe in den angepassten ZFB zu berücksichtigen sein.

Sollte sich die BNetzA dazu entschließen, die PKE IV (2018) rückwirkend aufzuheben,⁴⁴⁰ stünde allerdings die (ebenfalls rückwirkende) Erledigung (§ 43 Abs. 2 VwVfG) der unterstellt akzessorischen ZFB im Raum.⁴⁴¹ Damit entfielen der Rechtsgrund für die von den MNB für die bereits erfolgte Frequenznutzung zu erbringende Gegenleistung.⁴⁴² Bei einer Anpassung der ZFB durch öffentlich-rechtliche Verträge dürfte der Wert der bereits erfolgten

⁴⁴⁰ Das BVerwG erachtet dies grundsätzlich für zulässig, vgl. BVerwG, Beschluss v. 16.10.2025 – 6 B 5/25 –, Rn. 29.

⁴⁴¹ Dies gilt nicht, wenn man eine nur „eingeschränkte“ Akzessorietät annimmt und aufgrund des Neuerlasses der PKE IV von einer Fortexistenz der ZFB ausgeht, vgl. Rn. (435) ff.

⁴⁴² Die zwischen dem Bund, vertreten durch BMVI und BMF, und den MNB abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträge dürften angesichts ihrer wahrscheinlichen Nichtigkeit und ihrer Bezugnahme auf die ZFB keinen selbstständigen Rechtsgrund darstellen können. Diese Fragestellung wurde von den Gutachtern bereits an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft. Nicht ausgeschlossen ist indes, auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch als Rechtsgrund zurückzugreifen, s. hierzu unten Rn. (504), (506).

Frequenznutzung aber als Berechnungsgröße im Rahmen der Festsetzung des neuen Auktionspreises berücksichtigt werden können; die Verträge könnten daher einen Rechtsgrund (auch) für die Zahlungen für die vergangene Frequenznutzung bilden. Bei einer Anpassung durch Verwaltungsakt gilt zwar grundsätzlich Entsprechendes; auch hier könnte der Wert der erfolgten Frequenznutzung in die Neufestsetzung des Auktionspreises einbezogen werden. Allerdings würde sich die Frage der Rückwirkung der VA stellen: Würde die PKE IV (2018) und damit auch die (unterstellt: akzessorischen) ZFB rückwirkend entfallen, bedürfte es eines Rechtsgrundes für die Zahlung des Auktionspreises (auch) für die Vergangenheit. Die Rechtmäßigkeit einer solchen verwaltungsaktsförmigen und rückwirkenden Anpassung bzw. Ersetzung der ZFB dürfte sich nach den für rückwirkende VA im Allgemeinen geltenden Kriterien richten (s. Rn. (197) ff.).

4. Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide

- (483) Die Folgen des Urteils des VG Köln für die Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide sind zwar offen, jedoch unerheblich. Es besteht keine rechtliche oder tatsächliche Notwendigkeit ihrer Anpassung oder Ersetzung.
- (484) Es sprechen gewichtige Gründe für einen Wirksamkeitszusammenhang zwischen der PKE III und IV (2018) und den Zuschlags- sowie den Frequenzzuteilungsbescheiden in Gestalt der Akzessorietät. Die Aufhebung der PKE III und IV (2018) durch die BNetzA aufgrund des Entscheidungsausspruchs des VG Köln hätte dann grundsätzlich ihre Erledigung zur Folge, § 43 Abs. 2 VwVfG (s. Rn. (135) ff., (142) ff.). Aufgrund des Zusammenhangs zwischen der Aufhebung der PKE III und IV (2018) und dem Neuerlass der PKE III und IV (s. Rn. (107) ff.) besteht jedoch – geht man von einer nur eingeschränkten, keiner strikten Akzessorietät aus – die Möglichkeit des Fortbestandes der Zuschlags- und Zuordnungsbescheide. Es gilt insoweit Entsprechendes wie für die ZFB (s. Rn. (435) ff.).
- (485) Das Schicksal der Zuschlags- und Frequenzzuordnungsbescheide ist jedoch gänzlich unerheblich. Entscheidet sich die BNetzA in Folge des Urteils des VG Köln für eine Auktionswiederholung, endet diese mit einem gänzlich neuen Zuschlagsbescheid. Dies folgt aus ihrer Funktion und ihrem Regelungsgegenstand. Zuschlagsbescheide sind nicht nur auf die PKE III und IV als Rechtsakte, sondern insbesondere auf die tatsächliche Durchführung der Auktion bezogen (s. Rn. (138)). Eine *neue* Auktion aufgrund *neuer* PKE III und IV verlangt daher nach neuen Zuschlagsbescheiden. Entsprechendes gilt für die Zuordnungsbescheide, welche die im Rahmen einer tatsächlich durchgeführten Auktion von den MNB abstrakt erstiegerten Frequenzblöcke diesen konkret zuordnen.

- (486) Auch wenn die BNetzA auf eine Auktionswiederholung verzichtet, bedarf es keiner Anpassung oder eines Neuerlasses der Zuschlags- und Zuordnungsbescheide (s. Rn. (317) ff.): Anders als im Fall der FrZB und ZFB ist dies im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Frequenzordnung – also der fortdauernden Möglichkeit der Frequenznutzung und der Erbringung der Gegenleistung in Gestalt der Zahlung des Auktionserlöses – nicht notwendig.
- (487) Etwas anderes folgt auch nicht aus dem von der Rechtsprechung ausdrücklich bejahten Wirksamkeitszusammenhang zwischen Zuschlagsbescheiden und ZFB.⁴⁴³ Nimmt man (auch) eine (strenge) Akzessorietät (vgl. Rn. (435) ff.) der Zuschlagsbescheide gegenüber den PKE III und IV (2018) an, hätte die Erledigung der Zuschlagsbescheide zwar zugleich die Erledigung und damit die Unwirksamkeit der ZFB zur Folge. Eine solche Erledigung dürfte aber aufgrund der Akzessorietät zwischen ZFB und PKE IV (2018) ohnehin eintreten (s. Rn. (129)). Es besteht daher ohnehin die Notwendigkeit der Anpassung bzw. des Neuerlasses der ZFB. Mit den neuen bzw. angepassten ZFB existierte dann auch ein Rechtsgrund für die Zahlung des (ggf. angepassten) Auktionserlöses durch die MNB: Das BVerwG qualifiziert Zuschlags- und Zahlungsfestsetzungsbescheide gleichermaßen als Rechtsgrund für die Zahlung des Auktionserlöses.⁴⁴⁴ Bestehen mit den neuen bzw. angepassten ZFB bzw. entsprechenden öffentlich-rechtlichen Verträgen (s. Rn. (455) ff.) ohnehin wirksame Zahlungstitel, wäre ein zusätzlicher Neuerlass auch der Zuschlagsbescheide überflüssig.

IV. Folgerungen für die Rechtmäßigkeit der Szenarien 1 und 2

- (488) Die Darstellung der unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen des Urteils des VG Köln sowie die hieraus für die BNetzA folgenden Pflichten erlaubt die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Szenarien 1 und 2 (s. Rn. (6) f.).
- (489) In *beiden* Szenarien würde die BNetzA – entsprechend den unmittelbaren Urteilswirkungen (s. Rn. (89) ff.) – neue PKE III und IV erlassen und auf diese Weise den Antrag der Klägerin auf Aufnahme einer Diensteanbieterverpflichtung in die Frequenznutzungsbestimmungen neu bescheiden: Gegenständlich beschränkt sich die Neubescheidung auf die PKE III und IV unter Ausschluss der anderen VA des 5G-Vergabeverfahrens. Sachlich-inhaltlich ist hingegen eine umfassende Neubescheidung losgelöst von dem auf die Aufnahme von Diensteanbieterverpflichtungen beschränkten Antrag der Klägerin geboten. In zeitlicher Hinsicht

⁴⁴³ BVerwG NVwZ 2012, 168 (173, Rn. 42).

⁴⁴⁴ BVerwG NVwZ 2012, 168 (173 Rn. 42).

obliegt es der BNetzA, über den Zeitpunkt und die zeitliche Wirkung der Aufhebung (§ 48 VwVfG) der PKE III und IV (2018) zu entscheiden. Zum Neuerlass der PKE III und IV dürfte die BNetzA lediglich mit Wirkung ex nunc verpflichtet sein; eine Pflicht zu ihrem rückwirkenden Neuerlass dürfte nicht bestehen. Ob der Erlass solcher rückwirkenden PKE III und IV nach Maßgabe der für rückwirkende VA im Telekommunikationsregulierungsrecht entwickelten Voraussetzungen überhaupt zulässig wäre, lässt sich nicht abschließend klären. Diese Frage hat jedoch ohnehin nur eingeschränkte praktische Relevanz (s. Rn. (193) ff.).

(490) Bei Erlass der neuen PKE III und IV – und dies gilt für beide Szenarien – wird die Präsidentenkammer bestimmte verfahrensrechtliche (s. Rn. (146) ff.) und materiellrechtliche (s. Rn. (151) ff.) Maßgaben zu beachten haben: Verfahrensrechtlich wird ein erneutes Beteiligungsverfahren durchzuführen sein. Materiellrechtlich hat die Präsidentenkammer eine ergebnisoffene Prüfung des Inhalts der künftigen PKE III und IV vorzunehmen. Es ist ihr durch das Urteil des VG Köln grundsätzlich aber nicht verwehrt, die neuen PKE entsprechend den PKE III und IV (2018) auszugestalten. Es dürfte rechtmäßig sein, im Rahmen ihres Regulierungsermessens den Belangen der Stabilität der Frequenzordnung in Gestalt der Rechts- und Planungssicherheit sowie der Aufrechterhaltung eines dem Regulierungsziel der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte dienenden Ergebnisses ein hohes Gewicht einzuräumen. Die von denjenigen der PKE III (2018) geringfügig abweichenden Frequenznutzungsbestimmungen der PKE (2025) dürften der Aufrechterhaltung der bisherigen Inhalte der PKE III nicht entgegenstehen.

(491) Die entsprechende Ausgestaltung der alten und neuen PKE III und IV ist allerdings mit einem rechtlichen Risiko verbunden, insbesondere, was die Frequenznutzungsbestimmungen angeht: Der Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen ist zentral für die Funktionsweise der Frequenzauktion, insbesondere die Allokations- und Preisbildungsfunktion (s. Rn. (158) ff.). Entsprechen die neuen Frequenznutzungsbestimmungen denjenigen der PKE III (2018), erscheint es daher eher vertretbar, von einer Auktionswiederholung abzusehen (vgl. Rn. (271) ff.). Wenn die Präsidentenkammer die entsprechende Ausgestaltung der alten und neuen Frequenznutzungsbestimmungen vorrangig mit dem Ziel der Vermeidung einer erneuten Auktion und weniger mit den – zulässigen – regulierungsrechtlichen Belangen der Rechts- und Planungssicherheit begründet, könnte dies einen Abwägungsfehler im Sinne einer faktischen Vorfestlegung begründen.

(492) Ob es rechtmäßig wäre, von der Durchführung einer Auktionswiederholung abzusehen – das Szenario 1 also rechtskonform durchführbar wäre – lässt sich zwar nicht abschließend klären. Überzeugende Argumente sprechen jedoch dafür, dass der BNetzA zumindest unter

gewissen Voraussetzungen ein solches Vorgehen möglich wäre (s. Rn. (222) ff.). Allerdings liegt es nicht fern, dass jedenfalls das VG Köln in etwaigen Folgeprozessen von einer Verpflichtung zur Wiederholung der Auktion ausgehen wird. Indes sprechen die besseren Argumente gegen diese Auffassung: Zur Verwirklichung des Rechtsschutzziels der Klägerin und damit Art. 19 Abs. 4 GG wäre eine Auktionswiederholung jedenfalls nicht geboten. Zudem dürften Diensteanbieter und MNB eine Auktionswiederholung nicht klageweise durchsetzen können. Fernliegend, aber nicht gänzlich ausgeschlossen ist die Annahme einer Pflicht zur Auktionswiederholung in Gestalt eines Folgenbeseitigungsanspruchs. Das Unionsrecht dürfte dem Verzicht auf eine Auktionswiederholung nicht zwingend entgegenstehen; es existiert insoweit allerdings noch keine klärende EuGH-Rechtsprechung.

(493) Zentral für die Frage der Notwendigkeit einer Auktionswiederholung dürfte zum einen sein, ob eine Anpassung der FrZB und ZFB an den Inhalt der neuen PKE III und IV auch *ohne* Auktionsdurchführung tatsächlich möglich und rechtlich zulässig ist. Für die FrZB ist dies zu bejahen; ihre Anpassung setzt keine Auktionswiederholung voraus. Für die ZFB ist dies hingegen offen. Grundsätzlich lässt sich ihr Inhalt – die Höhe des Auktionserlöses und damit die entsprechende Zahlungspflicht der MNB – rein faktisch nur durch die tatsächliche Durchführung einer erneuten Auktion auf Grundlage der neuen PKE III und IV, insbesondere der neuen Frequenznutzungsbestimmungen, bestimmen. Die Annahme einer rechtlichen Pflicht der BNetzA zur Auktionswiederholung liegt daher nicht ganz fern. Sofern die neuen PKE III und IV, insbesondere die Frequenznutzungsbestimmungen, nicht *wesentlich* von den PKE III und IV (2018) abweichen und die 2019er-Auktion daher ihre Allokations- und Preisbildungsfunktion zumindest im Kern noch erfüllt, erscheint es jedoch vertretbar, trotz Notwendigkeit einer (partiellen) Anpassung der ZFB auf eine Auktionswiederholung zu verzichten. Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit solcher Abweichungen dürfte der BNetzA ein – rechtlich umgrenzter – Einschätzungsspielraum zustehen.

(494) Unabhängig von diesen Erwägungen könnte sich eine Pflicht zur Auktionswiederholung zum anderen auch aus § 100 Abs. 4, Abs. 5, Abs. 7 TKG ergeben. Jedenfalls in der hiesigen Konstellation einer bloßen Auktionswiederholung aufgrund eines gestörten Frequenzvergabeverfahrens sprechen jedoch die besseren Argumente gegen eine entsprechende Auslegung des § 100 TKG. Jedenfalls dürfte die Norm teleologisch zu reduzieren sein.

(495) Wird im Sinne des Szenario 2 eine erneute Auktion durchgeführt, muss diese nicht unmittelbar nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils des VG Köln durchgeführt werden. Auch ein Zuwarten bis 2028/29 dürfte den in zeitlicher Hinsicht bestehenden Entscheidungsspielraum der BNetzA noch nicht überschreiten (s. Rn. (363) ff.). Dies gilt jedenfalls, wenn die zeitliche Verschiebung der Auktion mit dem Ziel der Verbindung der Wiederholung der

Versteigerung der 2019er-Frequenzen mit der Versteigerung weiterer Frequenzbereiche erfolgt. Nicht ganz unerhebliche Gründe sprechen allerdings auch für eine gegenteilige Auffassung.

- (496) Die BNetzA trifft eine – allerdings auf Grundlage des Urteils des VG Köln nicht vollstreckbare – Pflicht zur Anpassung der FrZB an die Frequenznutzungsbestimmungen der neu zu erlassenden PKE III (s. Rn. (397) ff.). Dies folgt aus dem Rechtsschutzziel der Klägerin (Art. 19 Abs. 4 GG) sowie dem rechtlichen Konnex zwischen Frequenznutzungsbestimmungen und FrZB i.S.d. § 100 Abs. 7 S. 2 TKG. Geht man im Sinne des Szenario 1 davon aus, dass eine Auktionswiederholung unterbleibt, dürfte zu diesem Zweck ausnahmsweise auf § 99 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 TKG als Rechtsgrundlage zurückgegriffen werden können. Dass bei Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens nach § 100 TKG eine solche Änderung der Frequenzzuteilungen nur sehr restriktiv für zulässig erachtet wird, steht dem nicht entgegen. Alternativ dürfte ein Neuerlass der FrZB nach § 91 Abs. 1 S. 1 TKG, ggf. kombiniert mit der Rücknahme der 2019er-FrZB, oder ein Rückgriff auf öffentlich-rechtliche Verträge möglich sein.
- (497) Gleichfalls ist die BNetzA verpflichtet, die 2019er-ZFB auf Grundlage der neuen PKE III und IV anzupassen (s. Rn. (432) ff.). Insbesondere bei einer Änderung der Frequenznutzungsbestimmungen würde eine *hypothetische* Auktionswiederholung zu einer Änderung des Auktionspreises führen. Dies hat sich in den angepassten ZFB widerzuspiegeln. Abhängig auch vom rechtlichen Schicksal der 2019er-ZFB – ob diese gegenüber der PKE IV (2018) wohl akzessorischen VA aufgrund des Neuerlasses der PKE III und IV wirksam bleiben, ist offen – kommt sowohl ihr Neuerlass als auch die inhaltliche Änderung der bestehenden ZFB in Betracht. Als Handlungsformen einer solchen Anpassung dürften der BNetzA in rechtmäßiger Weise sowohl der Verwaltungsakt als auch der öffentlich-rechtliche Vertrag zur Verfügung stehen. Den Regelungsinhalt der angepassten ZFB, insbesondere den neuen Auktionspreis, dürfte die BNetzA innerhalb gewisser Grenzen einseitig bestimmen können: Die Festlegung müsste auf der Preisbildungsfunktion der 2019er-Auktion beruhen, die wirtschaftliche Äquivalenz zwischen Auktionspreis und Wert der Frequenznutzungsmöglichkeit wäre zu gewährleisten und die BNetzA hätte die MNB zu konsultieren.

V. Finanzielle Folgen

- (498) Das Urteil des VG Köln wirft nicht lediglich Fragen nach Art und Umfang der von der BNetzA nunmehr zu ergreifenden Maßnahmen auf. Darüber hinaus stehen finanzielle Auswirkungen im Raum: Einerseits ist zu prüfen, welche Zahlungsansprüche dem Bund gegen

die MNB für die aufgrund der 2019er-Auktion bislang tatsächlich erfolgte Frequenznutzung zustehen (nachfolgend 1.). Sollte die BNetzA die Frequenzauktion – mit jetzt noch ungewissem Ausgang – wiederholen, stellt sich die Frage, ob die MNB gegen den Bund Rückzahlungs- und/oder Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche geltend machen können (nachfolgend 2.).

1. Zahlungsanspruch Bund gegen MNB für die erfolgte Frequenznutzung

(499) Dass dem Bund gegenüber den MNB für die bisherige Nutzung der im Rahmen der 2019er-Auktion vergebenen Frequenzen dem Grunde nach ein Zahlungsanspruch zusteht, dürfte im Ergebnis unstrittig sein (a)). Die Höhe dieses Zahlungsanspruchs ist allerdings nicht eindeutig bestimmbar. Ganz erhebliche Gründe sprechen jedoch dafür, dass insoweit der Marktwert der Frequenznutzung, nicht lediglich die (hypothetischen) Gebühren, anzusetzen wäre (b)).

a) Zahlungsanspruch dem Grunde nach

(500) Für den Zeitraum der Frequenznutzung durch die MNB auf Grundlage der ihnen nach § 91 Abs. 1 S. 1 TKG erteilten FrZB steht dem Bund dem Grunde nach ein Zahlungsanspruch gegen die MNB zu. Was die Rechtsnatur und den Inhalt dieses Anspruchs angeht, ist allerdings zu differenzieren.

(501) Es spricht viel dafür, dass für den bis zur Aufhebung der PKE IV (2018) durch die BNetzA entsprechend dem Urteilstenor des VG Köln vergangenen Zeitraum die ZFB weiterhin einen (vollstreckbaren) Zahlungstitel (§ 3 Abs. 2 lit. a VwVG) für eine *zeitanteilige* Zahlung des Auktionspreises durch die MNB bilden.⁴⁴⁵ Der Entscheidungsausspruch des VG Köln entfaltet lediglich ex-nunc-Wirkung (s. Rn. (96) ff.). Auch bei einer unterstellten Akzessorietät der ZFB gegenüber der PKE IV (2018) bleiben diese daher (wenigstens) vom Zeitpunkt ihres Erlasses am 13. Juni 2019 bis zum Zeitpunkt der Aufhebung der PKE IV (2018) wirksam (s. Rn. (129), (428) ff.). Weil die ZFB den Auktionspreis in ihrer Gesamtheit festsetzen und keine zeitanteilige Spezifizierung enthalten, ist zwar offen, ob die VA einen Zahlungstitel (auch) für eine nur anteilige Auktionspreiszahlung bilden können. Neben den bereits an anderer Stelle dargelegten Gründen spricht für diese Ansicht auch eine Feststellung des BVerwG zum (ex nunc wirkenden) Widerruf eines Frequenzzuteilungsbescheides: Zur (bejahten) Frage, ob ein entschädigungsloser Widerruf mit Art. 14 GG vereinbar sei, führte das Gericht aus, dass, sollte der Eigentumsschutz im Einzelfall „die (*anteilige*) Erstattung des

⁴⁴⁵ Diese Fragestellung wurde von den Gutachtern an anderer Stelle umfassend erörtert und wird daher hier nicht weiter vertieft.

Versteigerungserlöses gebieten, [...] dem aber durch einen Anspruch auf nachträgliche (*Teil-*)Aufhebung der Zahlungsfestsetzung und einen damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch hinreichend Rechnung getragen werden [kann].“⁴⁴⁶ Das BVerwG geht hier offenbar von einer zeitanteiligen Teilbarkeit des Auktionserlöses und der entsprechenden Titelfunktion der ZFB aus.

(502) Zu welchem weiteren Vorgehen – Szenario 1 oder Szenario 2 – sich die BNetzA zwecks Umsetzung der Folgen des Urteils des VG Köln entschließt, ist für das Bestehen eines solchen zeitanteiligen Zahlungsanspruchs unerheblich. Es kommt nicht darauf an, ob auf Grundlage einer Auktionswiederholung gänzlich neue FrZB und ZFB erlassen werden, oder ob die bestehenden FrZB und ZFB unter Verzicht auf eine erneute Auktion an den Inhalt der neuen PKE III und IV angepasst werden. Dies gilt schon deswegen, weil sämtliche dieser Maßnahmen angesichts der ex-nunc-Wirkung des Urteils allein die *künftige* Frequenznutzung betreffen. Sie sind damit allein für die Zahlungsansprüche bzgl. dieses Zeitraums der künftigen Frequenznutzung von Bedeutung. Auch bei einem rückwirkenden Neuerlass der PKE III und IV und einer damit verknüpften rückwirkenden Anpassung bzw. Neuerlass der ZFB gilt im Ergebnis nichts anderes: Sollte ein solches Vorgehen in rechtmäßiger Weise möglich sein – was offen ist (s. Rn. (193) ff., (481) ff.) –, würden die neuen bzw. angepassten ZFB (auch) für den vergangenen Zeitraum der bereits erfolgten Frequenznutzung einen tauglichen Zahlungstitel bilden. Durch die Anpassung bzw. den Neuerlass der ZFB käme es lediglich zu einem „Austausch des Rechtsgrundes“ der Verpflichtung zur Zahlung des Auktionspreises.⁴⁴⁷

(503) Eine Ausnahme bildete lediglich die Konstellation, in der die PKE IV (2018) rückwirkend aufgehoben (s. Rn. (193) ff.) und damit auch die (unterstellt) akzessorischen ZFB rückwirkend erlöschen würden und *keine* ebenfalls rückwirkende Ersetzung der ZFB erfolgte (vgl. Rn. (481) ff.). In diesem Fall fehlte es (auch) für den Zeitraum der bereits erfolgten Frequenznutzung an einem Titel für die Zahlung des Auktionserlöses.

(504) Sollte dieser Fall eintreten, blieben als mögliche Anspruchsgrundlagen für die Zahlung einer Gegenleistung für die in dem bereits vergangenen Zeitraum tatsächlich erfolgte Frequenznutzung der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch oder ein Gebührenanspruch gem. § 223 Abs. 1 S. 1 TKG n.F. analog (bzw. der entsprechenden Vorgängernorm, § 142 Abs. 1

⁴⁴⁶ BVerwG NVwZ 2012, 168 (173, Rn. 40) (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁴⁷ Ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch hingegen scheidet (auch) bei einem solchen „Austausch der Rechtsgrundlage“ aus. Denn auch in diesem Fall stimmt das Ergebnis der Vermögensverschiebung sowohl mit der materiellen Rechtslage als auch mit den Regelungen der neuen (wirksamen) VA bzw. öffentlich-rechtlichen Verträge überein (vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 540 ff.).

S. 1 TKG a.F.).⁴⁴⁸ Selbiges gilt, wenn die ZFB – anders als hier vertreten – nicht zugleich die rechtliche Grundlage einer zeitanteilig reduzierten Zahlung des Auktionserlöses bilden können.

- (505) Ob trotz des Ausschlusses des Gebührenanspruchs im Falle einer Frequenzauktion gem. § 223 Abs. 1 S. 6 TKG n.F. (§ 142 Abs. 7 TKG a.F.) bei Wegfall der ZFB gleichsam subsidiär ein solcher Gebührenanspruch besteht, ist offen, aber jedenfalls denkbar.
- (506) Vergleichbares gilt für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch: Grundsätzlich wäre dessen Heranziehung bei Entfallen der ZFB zwar möglich. Offen ist jedoch die Rechtsgrundlosigkeit der bisherigen Frequenznutzung: Lässt man die (gegenüber den PKE III und IV (2018) *nicht* akzessorischen, s. Rn. (120)) FrZB als Rechtsgrund genügen, läge der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch tatbestandlich nicht vor. Etwas anderes gilt (nur) dann, wenn man entweder davon ausgeht, die FrZB bildeten keinen hinreichenden Rechtsgrund für eine *unentgeltliche* Frequenznutzung, oder wenn die BNetzA die FrZB *rückwirkend* aufheben würde. Gegen letzteres Vorgehen bestehen angesichts der Gewährleistungsverantwortung des Bundes im Telekommunikationsbereich (Art. 87f Abs. 1 GG) allerdings erhebliche Bedenken. Auch vor diesem Hintergrund spricht mehr dafür, dass wirksame FrZB einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch nicht ausschließen – sie also keinen Rechtsgrund für eine unentgeltliche Frequenznutzung bilden. Denn andernfalls bliebe der BNetzA lediglich die Wahl zwischen der rückwirkenden Aufhebung der FrZB und damit der Herstellung eines verfassungsrechtlich jedenfalls problematischen Zustands, oder dem (faktischen) Verzicht auf einen Zahlungsanspruch für die vergangene Frequenznutzung. Eine solche (faktische) Gestattung einer unentgeltlichen Frequenznutzung dürfte jedoch auch mit Unionsrecht kaum vereinbar sein. Zwar steht es den Mitgliedstaaten frei, auch bei Durchführung eines Frequenzvergabeverfahrens gem. Art. 55 Abs. 6 RL (EU) 2018/1972, umgesetzt durch § 100 TKG, zwischen einer entgeltlichen und einer unentgeltlichen Frequenzvergabe zu wählen.⁴⁴⁹ Jedoch müssen Entgelte objektiv gerechtfertigt sowie transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet sein (Art. 42 Abs. 1 S. 2 RL (EU) 2018/1972). Mit diesen Vorgaben dürfte ein Ausschluss des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs in der hiesigen Konstellation

⁴⁴⁸ Die Fragen des Bestehens und der Voraussetzungen bzw. des Umfangs eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs und/oder eines Gebührenanspruchs gem. § 223 TKG des Bundes gegen die MNB für die bereits erfolgte Frequenznutzung wurden von den Gutachtern an anderer Stelle umfassend erörtert und werden daher hier nicht weiter vertieft.

⁴⁴⁹ Vgl. zur Rechtslage vor Inkrafttreten der RL (EU) 2018/1972 EuGH, Urteil v. 26.07.2017, Rs. C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593, Rn. 65; EuGH, Urteil v. 20.04.2023, Rs. C-329/21, ECLI:EU:C:2023:303, Rn. 30. Nach der jetzigen Rechtslage gilt nichts anderes. Art. 42 Abs. 1 S. 1 RL (EU) 2018/1972 formuliert ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten der zuständigen Behörde gestatten *können*, bei Nutzungsrechten für Funkfrequenzen entgelte zu erheben.

nicht zu vereinbaren sein. Die Frequenznutzungsrechte wurden im Rahmen des 5G-Verfahrens entgeltlich vergeben. Verneinte man aufgrund wirksam bleibender FrZB einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch des Bundes gegen die MNB für die bereits erfolgte Frequenznutzung, bedeutete dies faktisch eine Unentgeltlichkeit dieser Nutzung. Letztere beruhte dabei nicht etwa auf einer Regulierungsentscheidung der BNetzA, sondern wäre eine Folge allein der Fehlerhaftigkeit des Frequenzvergabeverfahrens *in Kombination* mit der – speziell dem deutschen Recht eigenen – Dogmatik des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Eine solche Konstruktion genügt nur schwerlich den Anforderungen des Art. 42 Abs. 1 S. 2 RL (EU) 2018/1972.

b) Höhe des Zahlungsanspruchs

- (507) Geht man davon aus, dass die ZFB einen Zahlungstitel auch für die nur zeitanteilige Nutzung der Frequenzen bilden, richtet sich die Höhe dieses Anspruchs nach dem festgesetzten Auktionserlös. Aufgrund der nur zeitanteiligen Nutzung ist dieser Gesamterlös allerdings zeitanteilig zu reduzieren. Nach welchen Maßgaben sich die Berechnung der Höhe des zu zahlenden Anteils richtet, ist im Einzelnen offen; die folgenden Ausführungen verstehen sich lediglich als grobe Leitlinien.
- (508) Zentral wird stets die Äquivalenz zwischen der erfolgten Frequenznutzung und der Höhe des entsprechenden Zahlungsanspruchs sein.⁴⁵⁰ Als Ausgangspunkt dürfte sich die Zugrundelegung des Zeitraums anbieten, in dem tatsächlich eine Frequenznutzung erfolgt ist. Dieser ist in das Verhältnis zu setzen zur ursprünglich angedachten Gesamtlaufzeit der FrZB bis zum 31. Dezember 2040. Der Zahlungsanspruch dürfte grundsätzlich in Höhe eines entsprechenden Anteils des Gesamtbetrags des Auktionserlöses bestehen. Weiterhin wird aber zu beachten sein, dass die Erfüllung der Frequenznutzungsbestimmungen – insbesondere der Versorgungsaufgaben – gleichfalls einen Bestandteil der äquivalenten Gegenleistung der Frequenznutzung bildet.⁴⁵¹ Die entsprechenden Aufwendungen der MNB dürften daher von einem Zahlungsanspruch des Bundes abzuziehen sein. Ob ein vollständiger oder lediglich partieller Abzug zu erfolgen haben wird, dürfte maßgeblich davon abhängen, ob bzw. inwieweit der wirtschaftliche Wert des Netzausbaus den MNB selbst zugutekommt bzw. inwieweit der

⁴⁵⁰ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174, Rn. 44 f.). Ein Anspruch des Bundes gegen die MNB auf Zahlung des vollständigen Auktionserlöses dürfte, entgegen der dortigen Ausführungen zum Ausschluss eines entsprechenden Rückzahlungsanspruchs des MNB, in der hiesigen Konstellation ausscheiden. Denn in dem der Entscheidung des BVerwG zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der MNB den Widerruf des FrZB und damit das Ende der Möglichkeit der Frequenznutzung zu verantworten. Hier hingegen stehen Verfahrensfehler der BNetzA im Raum.

⁴⁵¹ BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177, Rn. 13).

Bund durch diese (fort-)bestehende Infrastruktur seine eigene Gewährleistungsverpflichtung aus Art. 87f Abs. 1 GG erfüllen kann.

- (509) Geht man davon aus, dass dem Bund gegen die MNB ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zusteht, sind die Maßstäbe seiner Berechnung weniger klar. Die besseren Argumente sprechen aber dafür, dass der Anspruch nicht auf die Höhe der (hypothetischen) Gebühren nach § 223 Abs. 1 S. 1 TKG begrenzt ist, sondern den Marktwert der Frequenznutzung umfasst.
- (510) Dafür spricht bereits der Wortlaut des § 223 Abs. 1 S. 6 TKG. Hiernach ist die Gebührenerhebung ausgeschlossen, wenn die Frequenzvergabe im Wege eines Verfahrens nach § 100 Abs. 5 TKG erfolgt. Diese Formulierung führt zum Ausschluss des § 223 Abs. 1 S. 1 TKG bereits dann, wenn rein faktisch ein Auktionsverfahren durchgeführt wurde. Auf dessen Rechtmäßigkeit kommt es nicht an. Dem widerspräche es, würde aufgrund der Rechtswidrigkeit der PKE III und IV (2018) mittelbar – aufgrund des Entscheidungsausspruchs des VG Köln und dessen Folgen für FrZB und ZFB – der Gebührenanspruch trotz der tatsächlich durchgeführten Auktion wiederaufleben.
- (511) Bestätigt wird dies durch die Binnensystematik des § 223 Abs. 1 S. 1, S. 6 TKG. Der Zahlungsanspruch aus § 223 TKG bildet hiernach ein *Aliud* gegenüber der Auktionspreiszahlung nach § 100 TKG. Wurde – wie hier – tatsächlich eine Auktion durchgeführt, berechnet sich der Zahlungsanspruch des Bundes gegen die MNB jedenfalls zunächst einmal i.S.d. § 223 Abs. 1 S. 6 TKG nach dem Ergebnis dieser Auktion, welches in den ZFB vollziehbar festgesetzt wird. Stellen sich – wie hier – in Folge der Rechtswidrigkeit der das Auktionsverfahren gestaltenden PKE III und IV Heilungs- und Rückabwicklungsfragen, bedeutete ein Rückgriff auf § 223 Abs. 1 S. 1 TKG zwecks Bemessung der Höhe eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs gleichsam eine „Verschmelzung“ der beiden nach der Systematik des § 223 TKG klar gegeneinander abgegrenzten Zahlungstatbestände. Gerade die Änderung des § 223 TKG n.F. gegenüber der Vorgängerregelung des § 142 TKG a.F. macht deutlich, dass eine solche Verschmelzung der Intention des Gesetzgebers widerspräche.⁴⁵² In § 142 Abs. 7 TKG a.F. hieß es noch, im Falle eines Versteigerungsverfahrens würde eine Zuteilungsgebühr nur erhoben, „soweit sie den Erlös des Versteigerungsverfahrens übersteigt“. §

⁴⁵² Zwar dürfte, wenn die BNetzA sich für die Erhebung einer Gebühr für die Nutzung der im Rahmen der 5G-Auktion versteigerten Frequenzen, § 147 TKG a.F. und nicht die Neufassung des § 223 TKG n.F. anwendbar sein. Dies ist jedoch allein Folge des Erlasszeitpunktes der FrZB. Ob und in welcher Höhe ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch besteht, ist hingegen auf Grundlage der aktuellen Rechtslage (im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung sogar erst derjenigen der letzten mündlichen Verhandlung) zu bewerten.

223 Abs. 1 S. 6 TKG n.F. schließt eine solche Kumulation von Auktionserlös und Gebühren zugunsten einer strikten Alternativität aus. Entsprechend formuliert die Gesetzesbegründung, die spezielleren Regelungen des Vergabeverfahrens stellten eine effiziente Allokation und damit Nutzung der Frequenzen sicher; eine „Doppelerhebung“ könne diesen Allokationsmechanismus relativieren.⁴⁵³

(512) Auch das für die Höhe der Gegenleistung der Frequenznutzung grundlegende Äquivalenzprinzip spricht für eine Bemessung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs nach dem Marktwert der Frequenznutzung: Aufgrund der Funktionsbedingungen der Auktion geht die Rechtsprechung davon aus, dass sich der Wert der Frequenznutzung und die Höchstgebote wirtschaftlich entsprechen.⁴⁵⁴ Ihre *rechtliche Ausformung* erhält die Frequenznutzung durch die FrZB, die Auktionshöchstgebote durch die ZFB. Nach der Auktionslogik stehen sich FrZB und ZFB damit wirtschaftlich gleichwertige *Rechtsakte* gegenüber. Wird – wie bei dem 5G-Vergabeverfahren der Fall – die Auktion auf Grundlage rechtswidriger PKE III und IV durchgeführt, liegt den in Folge dieser Auktion ergangenen FrZB und ZFB der *gleiche* fehlerhafte Rechtsakt zugrunde. Gerade weil sich diese Fehlerhaftigkeit damit *gleichermaßen auf beiden „Seiten“* der Auktion niederschlägt, ist die Äquivalenz als solche *nicht* gestört: Die (bisherige) Frequenznutzung auf Grundlage der (rechtswidrigen, s. Rn. (127) f.) FrZB richtete sich faktisch nach dem Inhalt der (rechtswidrigen) PKE III (2018). Diese wiederum bildete zugleich die Grundlage für das Bietverhalten der MNB und damit den erzielten Auktionspreis – die ZFB – (vgl. Rn. (158) ff., (271) ff., (440) ff.). Will man diese Äquivalenz nicht verfälschen, hat sich der Gegenleistungsanspruch dieser auf rechtswidriger Grundlage erfolgten Frequenznutzung daher nach Maßgabe des in den Auktionshöchstgeboten zum Ausdruck kommenden Marktwertes zu berechnen.

(513) Auf die rechtsdogmatische Konstruktion der Gegenleistung – ob also weiterhin die ZFB, oder aber der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch die Rechtsgrundlage des Zahlungsanspruchs bilden –, kann es hierfür nicht ankommen. Dem widerspräche sowohl seine verfassungsrechtliche Verankerung⁴⁵⁵ als auch, dass die Höhe der Gegenleistung andernfalls von Zufälligkeiten abhinge. Denn ob die ZFB rechtlich existent bleiben bzw. angepasst oder durch andere Zahlungstitel ersetzt werden, hängt regelmäßig von einer Vielzahl an Einzelumständen ab.

⁴⁵³ BT-Drs. 19/26108, S. 398.

⁴⁵⁴ BVerwG NVwZ 2012, 168 (171, 174, Rn. 30, 44); BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177, Rn. 13).

⁴⁵⁵ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174, Rn. 44).

- (514) *Gegen* eine Bemessung des Inhalts des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs nach den für Gebühren i.S.d. § 223 Abs. 1 S. 1 TKG einschlägigen Maßgaben spricht wiederum auch, dass für deren Höhe schon nach dem Wortlaut der Norm die Sicherstellung der optimalen Frequenznutzung und damit ihr *Lenkungszweck* maßgeblich ist.⁴⁵⁶ Steht – wie hier – die Gegenleistung für eine bereits erfolgte Frequenznutzung im Raum, kann eine Gebühr eine solche Lenkungsfunktion aber von vornherein nicht erfüllen.
- (515) Auch das Unionsrecht streitet schließlich für die Heranziehung des Marktwertes zwecks Bestimmung der Höhe des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Zu den unionsrechtlichen Vorgaben zur Höhe des Entgelts für die Frequenznutzung (nunmehr Art. 42 RL (EU) 2018/1972) führt der Gerichtshof aus, bei Funkfrequenzen handele es sich um eine knappe Ressource, deren effektive Nutzung sichergestellt werden müsse. Zu diesem Zweck sei das Entgelt in einer Höhe festzulegen, welches den Wert der Nutzung der Frequenzen als knapper Ressource widerspiegelt. Dies erfordere eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen und technologischen Situation auf dem relevanten Markt sowie der Tatsache, dass die Frequenznutzung dem Inhaber der Frequenznutzungsrechte die Erzielung hoher Gewinne erlaube. Eine Frequenzauktion sei dabei eine geeignete Methode zur Bestimmung dieses Marktwertes.⁴⁵⁷ Weil sich die Nutzung der im Rahmen des 5G-Verfahrens versteigerten Frequenzen bislang *tatsächlich* nach den Frequenznutzungsbestimmungen der – sei es auch rechtswidrigen – PKE III (2018) richtete und letztere damit ihren wirtschaftlichen Wert prägten, ist es auch unionsrechtlich tragfähig, den Marktwert, wie er durch die 2019er-Auktion ermittelt wurde, heranzuziehen.

2. Zahlungsanspruch MNB gegen Bund

- (516) Entscheidet sich die BNetzA im Sinne des Szenario 2 für eine Auktionswiederholung, stehen auf verschiedene Rechtsfolgen gerichtete Zahlungsansprüche der MNB gegen den Bund im Raum: Erstens ein Anspruch auf Rückzahlung des Auktionserlöses (a)), zweitens Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche für das vorzeitige Erlöschen der Frequenznutzungsmöglichkeit (b)), und drittens die Herausgabe des Erlöses der zweiten Auktion (c)).
- (517) Vor diesem Hintergrund bedeutete eine Reaktion der BNetzA auf das Urteil des VG Köln im Sinne des Szenario 2 ein nicht unerhebliches finanzielles Risiko für den Bund. Wie nachfolgend dargelegt, ist nicht ausgeschlossen, dass den MNB zumindest auf Grundlage einiger

⁴⁵⁶ Umfassend etwa Säcker/Körber/Eißer-Höfler, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 223 Rn. 22 ff.

⁴⁵⁷ EuGH, Urteil vom 21.03.2013, Rs. C-375/11, ECLI:EU:C:2013:185, Rn. 50 ff., unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.03.2011, Rs. C-85/10, ECLI:EU:C:2011:141, Rn. 27 f.

der in Betracht kommenden rechtlichen Grundlagen Ansprüche in u.U. beträchtlicher Höhe zustehen könnten. Solche für den Bund nachteiligen finanziellen Folgen träten bei einem Vorgehen der BNetzA nach Szenario 2 zu etwaigen negativen Folgen für künftige Frequenzvergabeverfahren (s. hierzu Rn. (291)) hinzu.

a) Anspruch auf Rückzahlung des Auktionserlöses

- (518) Bei Wiederholung der Frequenzauktion kommt ein Anspruch der MNB gegen den Bund auf Rückzahlung des von ihnen aufgrund der 2019er-Auktion gezahlten Auktionserlöses gemäß dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch in Betracht. Dessen Voraussetzungen liegen allerdings nur partiell vor. Der Höhe nach bestünde dieser Anspruch nur beschränkt.
- (519) Einschlägige Anspruchsgrundlage ist der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch,⁴⁵⁸ nicht § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG. Letztere Norm ist schon ihrem Wortlaut nach nur bei einer Rücknahme oder einem Widerruf eines VA – hier wären dies die ZFB als Rechtsgrund der Zahlung des Auktionserlöses⁴⁵⁹ – mit Wirkung für die Vergangenheit einschlägig. Weder aber steht hier eine Aufhebung der ZFB durch die BNetzA noch ihr Wegfall mit Wirkung für die Vergangenheit im Raum. Vielmehr dürften sich die ZFB aufgrund ihrer Akzessorietät gegenüber der PKE IV (2018) mit der Aufhebung der PKE IV (2018) mit Wirkung ex nunc (s. Rn. (96) ff.) gem. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigen (s. Rn. (129) ff.). Selbst wenn man annimmt, aufgrund des mit der Aufhebung der PKE IV (2018) verknüpften Neuerrlasses der PKE IV trete ausnahmsweise keine Erledigung der ZFB ein (s. Rn. (436) ff.), gilt im Ergebnis nichts anderes: Jedenfalls in dem Zeitpunkt, in dem infolge der wiederholten Frequenzauktion neue ZFB erlassen würden, würde der Regelungsgehalt der 2019er-ZFB überholt und diese sich erledigen (s. Rn. (433)). Darüber hinaus soll § 49a VwVfG nur auf Erstattungsansprüche der öffentlichen Hand gegen Bürger, nicht im an dieser Stelle in Rede stehenden umgekehrten Szenario einschlägig sein.⁴⁶⁰
- (520) Ist wie hier der Anwendungsbereich des § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG nicht eröffnet, kann auf den subsidiären öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zurückgegriffen werden.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Zu dessen umstrittener rechtlicher Verankerung *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 537 f.

⁴⁵⁹ BVerwG NVwZ 2012, 168 (173, Rn. 42).

⁴⁶⁰ Schoch/Schneider/Schoch, 5. EL Juli 2024, VwVfG § 49a Rn. 28; BeckOK VwVfG/Falkenbach, 66. Ed. 1.1.2025, VwVfG § 49a Rn. 6; Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl., § 49a Rn. 3.

⁴⁶¹ Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl., § 49a Rn. 6; BeckOK VwVfG/Falkenbach, 66. Ed. 1.1.2025, VwVfG § 49a Rn. 2; HK-VerwR/Kastner, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 49a Rn. 2.

Dessen tatbestandliche Voraussetzungen⁴⁶² liegen hier allerdings in zweifacher Hinsicht nur teilweise vor: Mit Zahlung des in den ZFB festgesetzten Auktionserlöses durch die MNB erfolgte grundsätzlich eine Vermögensverschiebung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses. Allerdings besteht diese Vermögensverschiebung nicht in Höhe des gesamten in den ZFB festgesetzten Auktionserlöses. Entgegen den Zahlungsmodalitäten der ZFB haben die MNB lediglich ratenweise Zahlungen gem. Ziff. 5.2. der zwischen ihnen und BMVI/BMF geschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträge erbracht. Ein Rückzahlungsanspruch der MNB ist daher von vornherein auf diesen bereits geleisteten Anteil des Auktionserlöses beschränkt. Dem hinzuzurechnen sein wird allerdings der finanzielle Wert des Netzausbaus im Rahmen der Erfüllung der Versorgungsaufgaben durch die MNB. Konstruktiv handelt es sich hierbei um einen Teil des der Frequenznutzung äquivalenten Auktionserlöses.⁴⁶³

- (521) Eine darüberhinausgehende Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs folgt daraus, dass der Rechtsgrund für die Zahlungen der MNB an den Bund nur partiell, nämlich zeitanteilig, fehlt: Weil die ZFB sich, wie soeben dargestellt (Rn. (519)), lediglich mit Wirkung ex nunc erledigen, dürften sie für den vorangegangenen Zeitraum weiterhin einen die Zahlung legitimierenden Rechtsgrund bilden. Lediglich für den auf den künftigen Zeitraum der Frequenznutzungsmöglichkeit entfallenden Anteil des Auktionserlöses fehlt es an einem Rechtsgrund. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man – entsprechend den obigen Ausführungen zum Zahlungsanspruch des Bundes gegen die MNB für die erfolgte Frequenznutzung (s. Rn. (501)) – davon ausgeht, dass die ZFB eine solche zeitanteilige Berechnung des Zahlungsanspruchs zulassen. Aber selbst wenn man dies anders sieht, besteht für den Zeitraum, in dem die MNB die Frequenzen tatsächlich genutzt haben, ein (zeitanteiliger) Rechtsgrund für die Zahlung des Auktionserlöses: Für diesen Zeitraum stünde nämlich dem Bund ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gegen die MNB zu (s. Rn. (504)). Der Höhe nach dürfte dieser dem in den (wiederum zeitanteilig reduzierten) Auktionshöchstgeboten zum Ausdruck kommenden Marktwert der Frequenznutzung entsprechen (s. Rn. (507) ff.). Aufgrund des Bestehens dieses öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs (Bund gegen MNB) ist die mit der Zahlung des in den ZFB festgesetzten Auktionspreises einhergehende Vermögensverschiebung materiell-rechtlich gerechtfertigt. Die tatsächliche Vermögenslage stimmt mit der materiell-rechtlich gesollten Vermögenslage überein. Rechtsgrund dieser

⁴⁶² S. nur Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl. 2024, § 49a Rn. 28.

⁴⁶³ BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177, Rn. 13).

Vermögensverschiebung wären dann nicht die ZFB, sondern ihre „schlichte“ materielle Rechtmäßigkeit.⁴⁶⁴

- (522) Wollte man Letzteres nicht als Rechtsgrund genügen lassen, ergäbe sich selbiges Ergebnis unter Heranziehung des im öffentlichen Recht entsprechend anwendbaren § 242 BGB in Gestalt der dolo-agit-Einrede:⁴⁶⁵ Der Bund hat gegen die MNB einen Zahlungsanspruch (sei es auf Grundlage der ZFB, sei es auf Grundlage des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs) in Höhe des Marktwertes der zeitanteiligen Frequenznutzung (s. Rn. (507) ff.). Könnten die MNB ihrerseits den vollen Auktionserlös zurückfordern, müssten sie diesen anteilig sofort wieder an den Bund zurückzahlen.
- (523) Keinen Rechtsgrund bilden die mit Bezug auf die ZFB zwischen BMF/BMVI einerseits und den MNB andererseits geschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträge. Zum einen verstoßen diese gegen Unionsrecht, und es bestehen erhebliche Anhaltspunkte für ihre Nichtigkeit.⁴⁶⁶ Unabhängig hiervon begründen die Verträge keinen neuen, gegenüber den ZFB separaten Rechtsgrund für die Zahlung des Auktionserlöses. Vielmehr nehmen sie unter ihrer jeweiligen Ziff. 5.1 auf die ZFB Bezug und formulieren, „[d]er Bund stellt klar, dass dieser Zahlungsfestsetzungsbescheid fortbestehen, aber hinsichtlich der Zahlungsfristen modifiziert wird.“
- (524) Der Höhe nach ist der Erstattungsanspruch der MNB damit bereits aufgrund der bislang nur anteiligen Zahlung des Auktionserlöses durch die MNB (Rn. (520)) sowie des Bestehens eines partiellen Rechtsgrundes (Rn. (521) f.) begrenzt. Soweit hiernach ein Zahlungsanspruch der MNB gegen den Bund noch besteht, ist es denkbar, dass auch dieser nach § 242 BGB analog ausgeschlossen ist: Wiederholt nämlich die BNetzA die Frequenzauktion, werden in deren Folge neue ZFB bzgl. des Erlöses dieser neuen Auktion ergehen. Die Geltendmachung eines Rückzahlungsanspruchs hinsichtlich des Erlöses der 2019er-Auktion erschiene widersprüchlich, müssten die MNB aufgrund der neuen ZFB diese Summe sogleich wieder an den Bund zurückzahlen. Anstelle der Erhebung der Einrede aus § 242 BGB dürfte insoweit (alternativ) auch eine Aufrechnungserklärung (§§ 387 ff. BGB analog) seitens des

⁴⁶⁴ Diese materielle Rechtmäßigkeit der Vermögensverschiebung bildet jedenfalls bei „schlichten Geldzahlungen“ (Realakten) einen hinreichenden Rechtsgrund, *Gurlit* in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 35 Rn. 36; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 543 f., und umfassend *Weber*, Der Erstattungsanspruch, 1970, S. 40 ff. Ob dies auf die hiesige Konstellation übertragbar ist, kann, wie nachfolgend im Text ausgeführt, i.E. offen bleiben.

⁴⁶⁵ Zu dessen Anwendbarkeit im öffentlichen Recht etwa BSG, Urteil vom 17. Mai 2023 – B 8 SO 6/22 R –, Rn. 23, juris.

⁴⁶⁶ Diese Fragestellung wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

Bundes in Betracht kommen.⁴⁶⁷ Dies gilt allerdings nur, wenn die Voraussetzungen einer Aufrechnung vorliegen, insbesondere die Forderung des Bundes gegen die MNB aus den neuen ZFB fällig ist.

(525) Soweit nach dem Vorgesagten ein Zahlungsanspruch der MNB gegen den Bund besteht, dürfte dieser allerdings *nicht* nach Maßgabe der BVerwG-Rechtsprechung ausgeschlossen sein: Für den Fall des Widerrufs (nunmehr § 102 TKG) einer Frequenzzuteilung aufgrund von Verstößen gegen die Frequenznutzungsbestimmungen hat das Gericht einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch des MNB bzgl. des Auktionspreises insgesamt abgelehnt.⁴⁶⁸ Das BVerwG argumentierte mit den Funktionsbedingungen der Auktion einschließlich ihrer Allokationsfunktion: Diese wären gefährdet, wenn ein MNB durch (bewusste) Verstöße gegen die Frequenznutzungsbestimmungen einen Widerruf der FrZB erwirken und in der Folge den Auktionspreis zurückverlangen könnte. Das Äquivalenzprinzip stehe dem nicht entgegen. Es genüge, dass die Äquivalenz zwischen dem Auktionspreis und der abstrakten Frequenznutzungsmöglichkeit bestehe.

(526) Diese zum Ausschluss des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs führenden Erwägungen sind auf die hiesige Konstellation nicht übertragbar. Die Auktionswiederholung i.S.d. Szenario 2 beruht nicht auf Vorgängen im Verantwortungsbereich der MNB, sondern auf – so das VG Köln – Verfahrensfehlern der BNetzA. Eine (partielle) Rückzahlung des Auktionspreises der 2019er-Auktion beeinträchtigt daher nicht die Funktionsweise des Auktionsverfahrens. Insbesondere besteht nicht die Gefahr, spekulatives Verhalten der an einer Auktion teilnehmenden MNB zu fördern, wie es in der durch das BVerwG zu entscheidenden Konstellation der Fall war: Nur dort stand im Raum, dass die MNB durch eigenes rechtswidriges Verhalten nicht nur den Widerruf der FrZB, sondern, mittelbar, eine Rückzahlung des Auktionserlöses provozieren hätten können.⁴⁶⁹

b) Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche der MNB

(527) Neben dem Anspruch auf Rückzahlung des Auktionserlöses stehen bei einer erneuten Auktionsdurchführung gemäß dem Szenario 2 Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche der MNB gegen den Bund im Raum.

⁴⁶⁷ Zur Anwendbarkeit der §§ 387 ff. BGB im öffentlichen Recht s. etwa BVerwG, Urteil vom 27. Oktober 1982 – 3 C 6/82 –, Rn. 21, juris; BVerwG, Urteil vom 19. Mai 1994 – 5 C 33/91 –, Rn. 13, juris; BVerwG, Urteil vom 15. Mai 2008 – 5 C 25/07 –, Rn. 12 ff., juris. Umfassend *de Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 443 ff.

⁴⁶⁸ BVerwG NVwZ 2012, 168 (174 f., Rn. 45 f., 56 f.).

⁴⁶⁹ Vgl. *Martini*, WiVerw 2011, 3 (17 f., 24).

aa) Grundlagen

(528) Anspruchsauslösendes Ereignis ist die in Folge einer Auktionswiederholung vorzunehmende Neuordnung der bisherigen Frequenznutzung auf Grundlage der 2019er-Auktion. Im Ergebnis verlieren die MNB hierdurch die Möglichkeit, die ihnen in Folge der 2019er-Auktion zugewiesenen Frequenzen bis zum Ende der Laufzeit der FrZB am 31. Dezember 2040 zu nutzen. Der Verlust dieser Nutzungsrechte tritt allerdings nicht bereits durch den Neuerlass der PKE III und IV und die Aufhebung der PKE III und IV (2018) ein.⁴⁷⁰ Das Recht zur Nutzung der in der 2019er-Auktion zur Versteigerung anstehenden Frequenzen erlangten die MNB erst durch die FrZB, § 91 Abs. 1 S. 1 TKG. Erst bei Wegfall der FrZB verlieren sie daher die Frequenznutzungsmöglichkeit. Weil die FrZB gegenüber den PKE nicht akzessorisch sind, ist deren Aufhebung und Neuerlass für den Bestand der FrZB unerheblich (s. Rn. (121) ff.). Erlöschen werden die bisherigen FrZB jedoch (spätestens), wenn in Folge der Auktionswiederholung neue FrZB erlassen werden. Letztere überholen den Regelungsgehalt der ursprünglichen FrZB, sodass diese sich gem. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigen.⁴⁷¹ Möglich ist indes auch, dass die BNetzA die ursprünglichen FrZB gem. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG mit Wirkung ex nunc – bezogen auf den Zeitpunkt, in dem die neuen FrZB wirksam werden (§ 43 Abs. 1 VwVfG) – zurücknimmt.⁴⁷²

(529) Als möglicherweise ersatzfähige Schadensposten kommen einerseits die Aufwendungen in Betracht, die die MNB im Vertrauen auf den Bestand der in Folge der 2019er-Auktion errichteten Frequenzordnung bis zum Jahr 2040 getätigt haben, andererseits entgangene Gewinne (vgl. § 252 BGB), weil den MNB die Möglichkeit der weiteren Frequenznutzung entzogen wird. Zentraler Schadensposten bei den frustrierten Aufwendungen dürften die für die Erfüllung der Versorgungsaufgaben, wie sie unter Ziff. III Nr. 3 bis Nr. 12 der PKE III (2018) festgesetzt und in die FrZB übernommen wurden, aufgewendeten Mittel sein. Auch weitergehende Aufwendungen könnten im Raum stehen, etwa Kosten für Umstrukturierungen der unternehmerischen Tätigkeit der MNB in Folge des Ergebnisses der 2019er-Auktion. Welche Schadensposten insoweit konkret in Betracht kommen, lässt sich ohne nähere Kenntnisse zu den unternehmerischen Entscheidungen der MNB jedoch nicht beurteilen.

⁴⁷⁰ Daher kann die Frage, ob § 48 Abs. 3 VwVfG auch auf Allgemeinverfügungen i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG – wie die PKE – anwendbar ist, offenbleiben. S. hierzu *Bamberger*, DVBl. 1999, 1632 (1633 f.).

⁴⁷¹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 3/10 –, Rn. 13, juris; BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2012 – 6 C 3/11 –, Rn. 21, juris; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 43 Rn. 213. Zu dieser Fallgruppe der Erledigung auch bereits oben Rn. (433).

⁴⁷² Diese Frage der Rücknahme der FrZB (einschließlich ihrer zeitlichen Dimension) wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

(530) Bei der Schadensberechnung wird allerdings zu berücksichtigen sein, dass es sich bei den Verpflichtungen aus den Frequenznutzungsbestimmungen um einen Bestandteil der von den MNB für die Frequenznutzung zu erbringenden äquivalenten Gegenleistung – konstruktiv also um einen Teil des Auktionserlöses – handelt.⁴⁷³ Daher dürften die von den MNB zur Erfüllung der Versorgungsaufgaben aufgewendeten Mittel jedenfalls partiell bereits auf Grundlage des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs – gerichtet auf die partielle Rückzahlung des Auktionserlöses – rückzahlbar sein (s. Rn. (520), (524)). Insoweit entfielen auf Grundlage von Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen ersatzfähiger Schaden. Sollten die MNB im Rahmen der Auktionswiederholung erneut Frequenzbereiche ersteigern und würden die in Folge der 2019er-Auktion bereits erfüllten Netzausbaupflichten im Rahmen der neuen Frequenznutzungsbestimmungen berücksichtigt – also gleichsam auf den neuen Auktionspreis angerechnet –, würde dies einen entsprechenden Schaden der MNB u.U. gänzlich entfallen lassen (vgl. auch Rn. (524), (543)). Die erneute Ersteigerung von Frequenznutzungsrechten im Rahmen der neuen Auktion wird schließlich auch maßgeblich sein für die Berechnung eines etwaigen weiteren Schadens: Können die MNB etwaige sonstige Investitionen, die sie im Vertrauen auf den Fortbestand der FrZB bis 2040 getätigt haben, weiterhin wirtschaftlich sinnvoll einsetzen, dürfte es auch insoweit an einem Schaden fehlen.

bb) Anspruch aus § 48 Abs. 3 VwVfG

(531) Im Ergebnis nicht in Betracht kommen dürfte ein Entschädigungsanspruch aus § 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG. Hiernach hat die Behörde, wenn sie einen rechtswidrigen, nicht unter § 48 Abs. 2 VwVfG fallenden Verwaltungsakt zurücknimmt, den Betroffenen auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser durch sein Vertrauen in den Bestand des VA erleidet. Dies gilt allerdings nur, wenn das Vertrauen schutzwürdig ist. Ob § 48 Abs. 3 VwVfG in der hiesigen Konstellation anwendbar ist, ist offen. Jedenfalls aber dürfte ein etwaiges Vertrauen der MNB nicht schutzwürdig sein.

(532) Der Anwendbarkeit des § 48 Abs. 3 VwVfG *nicht* entgegenstehen dürfte allerdings § 102 Abs. 6 TKG. Hiernach ist § 49 Abs. 6 VwVfG auf den Widerruf einer Frequenzzuteilung gem. § 102 Abs. 1, Abs. 4 TKG nicht anzuwenden. Zwar enthält § 49 Abs. 6 VwVfG einen mit demjenigen des § 48 Abs. 3 VwVfG vergleichbaren Entschädigungsanspruch und es wird die entsprechende Anwendung von § 48 Abs. 3 S. 3 bis S. 5 VwVfG angeordnet. Dennoch dürfte der Ausschlussatbestand des § 102 Abs. 6 TKG den Anspruch aus § 48 Abs. 3 VwVfG nicht erfassen. Neben dem beschränkten Wortlaut des § 102 Abs. 6 TKG spricht

⁴⁷³ BVerwG NVwZ-RR 2022, 176 (177, Rn. 13).

dafür auch, dass § 102 TKG eine spezielle Regelung allein für den Widerruf bildet, die Anwendbarkeit einer Vorschrift zur Rücknahme von Verwaltungsakten – wie § 48 VwVfG – daher nicht berührt wird.⁴⁷⁴ Erst recht gilt dies, weil § 102 TKG ausweislich seines Absatzes 1 nicht einmal die Anwendbarkeit des § 49 VwVfG ausschließt.⁴⁷⁵ § 102 Abs. 6 TKG ist vor diesem Hintergrund eine restriktiv zu interpretierende Ausnahme.

- (533) Nicht gänzlich zweifelsfrei ist überdies, ob die FrZB – deren Rücknahme für die Entstehung des Anspruchs aus § 48 Abs. 3 VwVfG maßgeblich wäre (s. Rn. (528)) – von § 48 Abs. 3 oder bereits von § 48 Abs. 2 VwVfG erfasst sind. Letztere Norm regelt die (entschädigungslose)⁴⁷⁶ Rücknahme von VA, die eine Geldleistung bzw. teilbare Sachleistung gewähren oder hierfür die Voraussetzung sind. Für die Anwendbarkeit des § 48 Abs. 2 VwVfG auf die FrZB spricht prima facie, dass die VA Voraussetzung dafür sind, dass die MNB mit der Möglichkeit der Frequenznutzung einen wirtschaftlichen Vorteil erlangen. Im Ergebnis dürfte dennoch § 48 Abs. 3 VwVfG heranzuziehen sein: Die §§ 87 ff. TKG unterwerfen die Frequenznutzung einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁴⁷⁷ Die FrZB heben dieses Verbot auf und gewähren den MNB das Recht zur Frequenznutzung, § 91 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 3 Nr. 14 TKG.⁴⁷⁸ Die FrZB weisen damit ihrem Regelungsgehalt nach zumindest eine Nähe zu Genehmigungen bzw. vergleichbaren Erlaubnissen – etwa Baugenehmigungen oder Gewerbeerlaubnissen – auf, auf die § 48 Abs. 2 VwVfG nicht anwendbar ist.⁴⁷⁹ Stellt man darauf ab, die FrZB gewährten den MNB eine Rechtsposition, gilt i.E. nichts anderes: VA, die Rechte gewähren, fallen nur dann unter § 48 Abs. 2 VwVfG, wenn diese Rechte unmittelbar Geld- oder teilbare Sachleistungen zum Inhalt haben.⁴⁸⁰ Dies ist hier nicht der Fall. Mit den FrZB erlangen die MNB die Möglichkeit der Nutzung der Frequenzen. Geldwerte Vorteile entstehen ihnen erst mittelbar durch diese Nutzung.

- (534) Darüber hinaus beschränkt sich § 48 Abs. 3 VwVfG seinem Wortlaut und der Gesetzessystematik nach auf die behördliche Aufhebung eines VA in Gestalt der Rücknahme. Auf sonstige Unwirksamkeitsgründe i.S.d. § 43 Abs. 2 VwVfG – insbesondere die hier im Raum

⁴⁷⁴ Vgl. Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 102 Rn. 7.

⁴⁷⁵ Geppert/Schütz/Korte, 5. Aufl. 2023, TKG § 102 Rn. 8.

⁴⁷⁶ Vgl. Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl. § 48 Rn. 139; BeckOK VwVfG/J. Müller, 66. Ed. 1.4.2024, VwVfG § 48 Rn. 91.

⁴⁷⁷ BVerwG NVwZ 2020, 1672 (1674 Rn. 24).

⁴⁷⁸ Vgl. Säcker/Körber/Offenbächer, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 91 Rn. 6 f.; Scheurle/Mayen/Hahn/Hartl/Dorsch, 3. Aufl. 2018, TKG § 55 Rn. 9; Fetzer/Scherer/Graulich/Fetzer, TKG, 3. Auflage, § 55 TKG, Rn. 5.

⁴⁷⁹ Schoch/Schneider/Schoch, 6. EL November 2024, VwVfG § 48 Rn. 129; BeckOK VwVfG/J. Müller, 66. Ed. 1.4.2024, VwVfG § 48 Rn. 49; NK-VwVfG/Suerbaum, 2. Aufl. 2019, VwVfG § 48 Rn. 124.

⁴⁸⁰ Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 48 Rn. 131.

stehende Erledigung – ist die Norm nicht anwendbar. Eine analoge Anwendung dürfte ausscheiden. Ist § 48 Abs. 3 VwVfG nicht einschlägig, bleibt der Rückgriff auf anderweitige Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche möglich.⁴⁸¹ Es fehlt daher schon an einer Regelungslücke. In der hiesigen Konstellation des Szenario 2 dürfte die BNetzA die FrZB jedoch nicht zwingend zurücknehmen *müssen*. Grundsätzlich dürfte eine solche Verpflichtung zwar anzunehmen sein, insbesondere aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit der FrZB (vgl. Rn. (127) f.).⁴⁸² Durch den Erlass neuer FrZB in Folge der Auktionswiederholung werden die bisherigen FrZB jedoch sowieso gem. § 43 Abs. 2 VwVfG unwirksam (s. Rn. (528)). Ihre Rücknahme wäre überflüssig. Dies gilt umso mehr, als insbesondere Art. 87f Abs. 1 GG in auch unionsrechtskonformer Weise eine Rücknahme mit Wirkung auf einen Zeitpunkt vor dem Wirksamwerden der neuen FrZB ausschließen dürfte. Selbst wenn die BNetzA die Rücknahme der FrZB nach § 48 VwVfG erklärt, darf diese daher erst in dem Zeitpunkt wirksam werden, in dem auch die neuen FrZB Wirksamkeit erlangen. Damit aber wäre die Rücknahme reiner Formalismus. Sollte die BNetzA vor diesem Hintergrund auf eine Rücknahme verzichten, wäre der Entschädigungsanspruch aus § 48 Abs. 3 VwVfG nicht anwendbar.

- (535) Denkbar ist schließlich, dass der Anwendbarkeit des § 48 Abs. 3 VwVfG die Regelung des § 50 VwVfG entgegensteht. Hiernach gilt u.a. § 48 Abs. 3 VwVfG nicht, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird. Gegen die FrZB sind nach hiesigem Kenntnisstand Drittwidersprüche der Diensteanbieter anhängig (Rn. (2)). Voraussetzung für die Ausschlusswirkung des § 50 VwVfG gegenüber § 48 Abs. 3 VwVfG wäre allerdings, dass die Widersprüche zulässig und begründet sind. Die Einzelheiten sind allerdings umstritten; z.T. wird es für hinreichend gehalten, dass der Rechtsbehelf nicht offensichtlich unbegründet ist.⁴⁸³ Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Auch im Übrigen aber ist die Anwendbarkeit des § 50 VwVfG nicht zwingend: § 48 Abs. 3 VwVfG wäre nach dem Wortlaut des § 50 VwVfG nur dann ausgeschlossen, wenn die BNetzA mit der Rücknahme der FrZB den Drittwidersprüchen *dadurch*

⁴⁸¹ Vgl. Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl., § 48 Rn. 140.

⁴⁸² Die Rücknahme der FrZB (auch) aufgrund einer Unionsrechtswidrigkeit (einschließlich der zeitlichen Dimension) wurde von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und wird daher hier nicht vertieft.

⁴⁸³ Zum Ganzen Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl., § 50 Rn. 22 ff.; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 50 Rn. 93 ff. Nach Schoch/Schneider/Schoch, 6. EL November 2024, VwVfG § 50 Rn. 23 ff. (unter Verweis auf BVerwGE 65, 313 (318 f.)) muss jedenfalls ein Drittwiderspruch begründet sein.

abhilft. Zwar ist es für die Anwendbarkeit des § 50 VwVfG unschädlich, wenn die Behörde die Rücknahme auf andere als die vom Drittwiderspruchsführer angeführten Gründe stützt.⁴⁸⁴ Jedoch muss ein Kausalverhältnis zwischen der Rücknahme und dem Drittwiderspruch, dem abgeholfen wird, bestehen.⁴⁸⁵ Ein gleichsam zufälliges Nebeneinander von Drittwiderspruch und einer ohne jeden Bezug zu diesem Drittwiderspruch erfolgenden Rücknahme ist von § 50 VwVfG nicht erfasst. Nimmt die BNetzA die FrZB im Zuge der Auktionswiederholung zurück, erscheint aber zumindest denkbar, ein solches zufälliges Nebeneinander von Drittwidersprüchen und Rücknahme anzunehmen. Die Rücknahme stünde in einem völlig anderen Kontext als die Drittwidersprüche. Hiergegen spricht allerdings, dass die Abänderung der FrZB notwendig ist, damit (jedenfalls) die vor dem VG Köln erfolgreichen Kläger – ebenfalls Diensteanbieter – ihr Rechtsschutzziel erreichen (s. Rn. (248) ff., (402) ff.). Dies lässt es wiederum fernliegend erscheinen, jedes Kausalverhältnis zwischen Drittwidersprüchen und FrZB-Rücknahme abzulehnen.

- (536) Sollte die Anwendbarkeit des § 48 Abs. 3 VwVfG nach alledem dennoch zu bejahen sein, setzt der Entschädigungsanspruch weiter voraus, dass die MNB auf den Bestand der FrZB vertraut haben und ihr Vertrauen unter Abwägung mit den öffentlichen Interessen schutzwürdig ist. An dieser Schutzwürdigkeit bestehen Bedenken unter zwei Gesichtspunkten: Zum einen dürfte den MNB bekannt gewesen sein, dass Diensteanbieter bereits am 20. Dezember 2018 – also schon vor Durchführung der 2019er-Auktion – gegen die PKE III und IV (2018) Verpflichtungsklage erhoben haben.⁴⁸⁶ Trotz aller Unklarheiten hinsichtlich der Folgen des Urteils des VG Köln für die FrZB sowie sämtlicher anderer im Rahmen des Auktionsverfahrens ergangener VA musste den MNB daher zumindest die Möglichkeit bewusst sein, dass eine stattgebende Klage Auswirkungen (auch) auf die ihnen erteilten FrZB haben würde. Dies gilt umso mehr, als das VG Köln solche Auswirkungen in zwei Eilentscheidungen zumindest andeutete (vgl. Rn. (226) ff.). Darüber hinaus liegt es nahe, dass die Unionsrechtswidrigkeit der FrZB – diese perpetuieren die Verletzung der der BNetzA unionsrechtlich garantierten Unabhängigkeit – der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der MNB entgegensteht.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ BeckOK VwVfG/Falkenbach, 66. Ed. 1.1.2025, VwVfG § 50 Rn. 11; Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 25. Aufl., § 50 Rn. 21.

⁴⁸⁵ OVG Sachsen, Urteil vom 14. Juni 2006 – 1 B 121/06 –, Rn. 33, juris; Schoch/Schneider/Schoch, 6. EL November 2024, VwVfG § 50 Rn. 30.

⁴⁸⁶ Zum Datum der Klagerhebung VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 209, juris.

⁴⁸⁷ Diese Fragestellungen wurden von den Gutachtern an anderer Stelle erörtert und werden daher hier nicht vertieft.

cc) Aufopferungsanspruch (enteignungsgleicher/enteignender Eingriff)

- (537) Denkbar wäre grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch der MNB gegen den Bund nach Maßgabe des allgemeinen Aufopferungsanspruchs in Gestalt des enteignungsgleichen oder enteignenden Eingriffs.⁴⁸⁸ Während die Voraussetzungen des enteignungsgleichen Eingriffs hier nicht vorliegen, erscheint ein Anspruch der MNB nach den Grundsätzen zum enteignenden Eingriff zwar nicht wahrscheinlich, aber zumindest möglich.
- (538) Voraussetzung hierfür wäre, dass die BNetzA in unmittelbarer und rechtswidriger Weise in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition der MNB eingegriffen hätte (enteignungsgleicher Eingriff) bzw. eine ebensolche Rechtsposition durch rechtmäßiges Handeln der BNetzA unmittelbar und in einer unzumutbaren, den MNB ein Sonderopfer auferlegenden Weise beeinträchtigt worden wäre (enteignender Eingriff).⁴⁸⁹
- (539) Nicht abschließend geklärt ist, ob es sich bei den den MNB i.S.d. § 91 Abs. 1 S. 1 zugeteilten Frequenznutzungsrechten um eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition handelt. Während das Bundesverwaltungsgericht dies bejahte,⁴⁹⁰ ließ das Bundesverfassungsgericht die Frage in einer gegen die Entscheidung des BVerwG gerichteten Verfassungsbeschwerde ausdrücklich offen.⁴⁹¹ Öffentlich-rechtliche Positionen wie die Frequenznutzungsrechte unterfallen nur dann dem Schutzbereich der grundrechtlichen Eigentumsgarantie, wenn sie nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts dem Rechtsträger als privatnützig zugeordnet und das Äquivalent einer nicht unerheblichen Eigenleistung sind.⁴⁹² Fraglich dürfte hier zum einen sein, ob es sich – so die Ansicht des BVerwG – bei dem von den MNB zu zahlenden Auktionserlös um eine solche hinreichende eigene Leistung der MNB handelt. Dagegen ließe sich argumentieren, dass die Zahlungspflicht nicht unmittelbar mit den FrZB verknüpft ist, sondern durch die rechtlich separaten ZFB festgesetzt wird. Näher liegt es indes, solche aus der einfachrechtlichen Ausgestaltung des Frequenzvergabeverfahrens herrührenden Aspekte als für die verfassungsrechtliche Einordnung unbeachtlich einzuordnen. Angesichts des öffentlichen Interesses an der Frequenznutzung, wie es in §§ 2, 87 TKG, aber auch in der staatlichen Gewährleistungsverantwortung nach Art. 87f GG zum Ausdruck kommt,

⁴⁸⁸ Zu Herleitung und Einordnung als besondere Form des Aufopferungsanspruchs i.S.d. §§ 74, 75 ALR *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 259 ff., 325 ff.; *Aust/Jacobs/Pasternak/Friedrich*, Enteignungsentschädigung, Rn. 201 ff., 219 ff.

⁴⁸⁹ *Grzeszick* in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 45 Rn. 68 ff., 88 ff.; *Aust/Jacobs/Pasternak/Friedrich*, Enteignungsentschädigung, Rn. 201, 205, 219.

⁴⁹⁰ BVerwG NVwZ 2012, 168 (171, Rn. 28 ff.).

⁴⁹¹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 25. Juni 2015 – 1 BvR 2553/11 –, Rn. 19, juris.

⁴⁹² S. nur BVerfGE 71, 1 (18 f.); BVerfGE 116, 96 (121).

erscheint zum anderen aber auch die hinreichende Privatnützigkeit der den MNB zur Nutzung zugeteilten Frequenzen nicht zweifelsfrei.

(540) Die Voraussetzungen des enteignungsgleichen Eingriffs liegen indes bereits aufgrund der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der BNetzA nicht vor: Nimmt die BNetzA die FrZB zurück, würde sie dabei innerhalb ihrer Befugnisse gem. § 48 VwVfG handeln, ja wäre zu einem solchen Vorgehen sogar verpflichtet. Nichts anderes gilt, wenn sich die bisherigen FrZB gem. § 43 Abs. 2 VwVfG durch den Erlass neuer FrZB in Folge einer Auktionswiederholung erledigen (s. Rn. (528)). Nicht nur dürfte ein solches Vorgehen i.S.d. Szenario 2 bereits für sich genommen rechtmäßig sein – insbesondere dann, wenn man eine Verpflichtung der BNetzA zur Auktionswiederholung bejaht (s. Rn. (226) ff.). Unabhängig hiervon aber würde die Erledigung eine Rücknahme lediglich ersetzen (s. Rn. (534)), sodass bzgl. der Rechtmäßigkeit dieses „Ergebnisses“ keine anderen Maßstäbe gelten können. Grundsätzlich denkbar ist es zwar, auf die Rechtswidrigkeit des Erlasses der PKE III und IV (2018) abzustellen. Dann jedoch fehlte es an der Unmittelbarkeit der Eigentumsbeeinträchtigung. Denn diese trat nicht bereits durch die PKE III und IV (2018) und nicht einmal durch die 2019er-Auktion als „Realisierung“ dieser Rechtsakte ein, sondern erst aufgrund des Erlöschens der FrZB.

(541) Nicht gänzlich ausgeschlossen ist indes ein Entschädigungsanspruch der MNB gegen den Bund nach den Grundsätzen zum enteignenden Eingriff:

(542) Angesichts der qualitativen Verschiedenheit⁴⁹³ zwischen Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) und Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) sowie des Vorbehaltes einer gesetzlichen Regelung sowohl für Enteignungsentschädigungen (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG) als auch für ausnahmsweise ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen⁴⁹⁴ betont zwar die Literatur, ein enteignender Eingriff komme allein bei atypischen und unvorhersehbaren Folgen behördlicher Realakte in Betracht.⁴⁹⁵ Hiernach wäre ein entsprechender Anspruch der MNB ausgeschlossen: Das Erlöschen der Frequenznutzungsrechte beruhte auf einem Rechtsakt – der Rücknahme oder dem Neuerlass von FrZB – und wäre zudem keine atypische, sondern gerade die intendierte Rechtsfolge. Der BGH hingegen erkennt die Möglichkeit eines Entschädigungsanspruchs nach den Grundsätzen zum enteignenden Eingriff nach wie vor auch bei behördlichen Rechtsakten – namentlich

⁴⁹³ BVerfGE 58, 300 (331 ff.).

⁴⁹⁴ BVerfGE 58, 137 (149 f.); BVerfG NJW 2012, 429 (430 f., Rn. 38 ff.).

⁴⁹⁵ Aust/Jacobs/Pasternak/Friedrich, Enteignungsentschädigung, Rn. 205; Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. § 27 Rn. 107 ff.

Verwaltungsakten⁴⁹⁶ – sowie „typischen“ Folgen des jeweiligen Verwaltungshandelns an.⁴⁹⁷ Sollten die MNB gegen das Erlöschen ihrer bisherigen FrZB gerichtlich vorgehen, ist es daher möglich, dass ein (Zivil-)Gericht das Vorliegen eines enteignenden Eingriffs bejahen wird.

- (543) Ob das Erlöschen der bisherigen FrZB den MNB i.S.d. BGH-Rechtsprechung ein Sonderopfer auferlegt – also sie in gleichheitswidriger Weise unzumutbar belastet und die Schwelle der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) überschreitet⁴⁹⁸ – ist jedoch offen. Es dürfte insoweit maßgeblich auch auf das Ergebnis der Auktionswiederholung ankommen. Entspricht dieses zumindest in den Grundzügen der 2019er-Auktion, dürfte die Unzumutbarkeitsschwelle nicht erreicht sein. In diesem Fall dürften die in Folge der Frequenznutzungsbestimmungen der bisherigen FrZB getätigten Investitionen in den Netzausbau – sowie etwaige weitere unternehmerische Maßnahmen – durch das Entfallen der bisherigen FrZB nicht wirtschaftlich wertlos werden. Dies wäre lediglich dann der Fall, wenn ein MNB *keinerlei* Frequenzbereiche ersteigern kann. Denkbar ist überdies, durch die inhaltliche Ausgestaltung der neuen PKE III Vorsorge dafür zu treffen, dass die Unzumutbarkeitsschwelle möglichst nicht erreicht wird. Möglich wäre etwa eine „Anrechnung“ bereits erfolgter Netzausbaumaßnahmen auf künftige Versorgungspflichten. Unabhängig von der Gestaltung und dem Ergebnis der Auktionswiederholung *gegen* die Unzumutbarkeit des Eigentumseingriffs spricht überdies, dass die Feststellung dieser Unzumutbarkeit stets einer Einzelfallabwägung bedarf, in die u.a. die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) einfließt.⁴⁹⁹ Die Frequenznutzungsrechte dürften angesichts ihrer Funktion einer gesteigerten Sozialbindung unterliegen, wie es auch in den Zielen der Frequenzregulierung (§§ 2, 87 TKG) zum Ausdruck kommt. Art. 45 Abs. 1 S. 1 RL (EU) 2018/1972 verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei der Verwaltung der Funkfrequenzen gebührend zu berücksichtigen, „dass die Funkfrequenzen ein öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Wert sind.“ Es ist daher jedenfalls gut vertretbar – allerdings keineswegs zwingend –, die Unzumutbarkeit einer etwaigen Eigentumsbeeinträchtigung zu verneinen.

⁴⁹⁶ BGH, Urteil vom 17. März 2022 – III ZR 79/21 –, Rn. 58, juris; BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 – III ZR 330/04 –, Rn. 12, juris; BGH, Urteil vom 10. Dezember 1987 – III ZR 220/86 –, Rn. 31, juris.

⁴⁹⁷ BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 253/12 –, Rn. 7, juris; BGH, Beschluss vom 30. Januar 1986 – III ZR 34/85 –, Rn. 5, juris.

⁴⁹⁸ S. nur BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 253/12 –, Rn. 7, juris; BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 – III ZR 387/14 –, Rn. 25.

⁴⁹⁹ BGH, Urteil vom 14. März 2013 – III ZR 253/12 –, Rn. 8, juris; BGH, Urteil vom 5. Mai 1988 – III ZR 116/87 –, Rn. 24, 26 f., juris.

dd) Amtshaftung (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB)

- (544) Die deutlich überwiegenden Gründe sprechen dafür, dass ein Amtshaftungsanspruch (§ 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG) der MNB gegen den Bund aufgrund des Erlasses der rechtswidrigen PKE III und IV (2018) im Ergebnis nicht erfolgversprechend wäre. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die in der Praxis sehr restriktive Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht.
- (545) Ein unmittelbar an das Erlöschen der FrZB im Zuge einer Auktionswiederholung (s. Rn. (528)) anknüpfender Amtshaftungsanspruch scheidet von vornherein aus. Es fehlt insoweit schon an der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung (sei es die Rücknahme der FrZB, sei es die Auktionsdurchführung und der Neuerlass der FrZB) und damit an der Verletzung einer Amtspflicht i.S.d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Anders als der enteignungsgleiche Eingriff, der die Unmittelbarkeit der Schadensverursachung voraussetzt (s. Rn. (540)), genügt für einen Amtshaftungsanspruch jedoch ein Zurechnungszusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden.⁵⁰⁰ Ein gleichsam „vorverlagerter“ Anknüpfungstatbestand – hier: der Erlass der rechtswidrigen PKE III und IV (2018) – ist für die Haftung aus § 839 BGB, Art. 34 GG daher unschädlich.
- (546) Ob die weiteren Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs vorliegen, ist indes zweifelhaft.
- (547) Problematisch ist insbesondere, ob es sich bei den nach Ansicht des VG Köln konkret verletzten Rechtsnormen – § 21 VwVfG, den unionsrechtlichen Vorschriften zur Unabhängigkeit der BNetzA sowie dem Abwägungsdefizit durch eine faktische Vorfestlegung⁵⁰¹ – um *drittgerichtete* Amtspflichten handelt. Voraussetzung einer solchen Drittgerichtetheit ist, dass die verletzte Amtspflicht nicht lediglich dem Interesse der Allgemeinheit, sondern ihrem Schutzzweck nach jedenfalls auch den Interessen des Geschädigten dient.⁵⁰² Dass die Amtspflichtverletzung rein faktisch nachteilige Folgen für einen abgrenzbaren Personenkreis zeitigt, reicht nicht aus. Auch Verfahrensvorschriften – deren Verletzung hier allein im Raum steht – können grundsätzlich drittschützende Wirkung entfalten.⁵⁰³ Wie stets bei der

⁵⁰⁰ Grüneberg/Sprau, BGB, 84. Aufl., § 839 Rn. 77.

⁵⁰¹ VG Köln, Urteil vom 26. August 2024 – 1 K 1281/22 –, Rn. 342, juris.

⁵⁰² BGH NJW 1983, 215 (216); Grüneberg/Sprau, BGB, 84. Aufl., § 839 Rn. 43 f.; MüKoBGB/Papier/Shirvani, 9. Aufl. 2024, BGB § 839 Rn. 297; BeckOK BGB/Reinert/Kümper, 73. Ed. 1.2.2025, BGB § 839 Rn. 92.

⁵⁰³ LG Köln, Urteil vom 28. Oktober 2014 – 5 O 331/13 –, Rn. 197, juris. Vgl. auch Grüneberg/Sprau, BGB, 84. Aufl., § 839 Rn. 33; NK-BGB/Steege/Muthers, 4. Aufl. 2021, BGB § 839 Rn. 138, 180;

Bestimmung der Drittgerichtetheit einer Amtspflicht bedarf es jedoch einer Auslegung der konkret verletzten Normen.

- (548) Bei den unionsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit der BNetzA gem. Art. 8 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972 (zuvor Art. 3 Abs. 3a RL 2002/21/EG) dürfte es sich nicht um drittschützende Normen handeln. Das unabhängige Handeln der mitgliedstaatlichen Behörden dient öffentlichen Interessen (s. unten Rn. (555)).
- (549) Näher liegt hingegen die Drittgerichtetheit des vom VG Köln gerügten Abwägungsdefizits durch die faktische Vorfestlegung der BNetzA. Für das Abwägungsgebot gem. § 1 Abs. 7 BauGB im Rahmen der Bauleitplanung wird die Drittgerichtetheit bejaht, *soweit i.R.d. Abwägung spezifische Individualbelange zu beachten und zu gewichten sind*.⁵⁰⁴ Letzteres dürfte bei den von der BNetzA im Zuge der Erarbeitung des Inhalts der PKE III und IV (2018) zu beachtenden Belangen der Fall sein: Betreffend die Entscheidung über den Inhalt der Frequenznutzungsbestimmungen (§ 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG) betont das BVerwG, die BNetzA habe neben öffentlichen Interessen auch die privaten Interessen nicht nur der Zuteilungsbewerber – der MNB –, sondern auch diejenigen der Diensteanbieter⁵⁰⁵ zu berücksichtigen.⁵⁰⁶ Die MNB können sich insoweit insbesondere auf Art. 14 GG berufen.⁵⁰⁷ Ein normativer Anknüpfungspunkt für den Drittbezug findet sich insbesondere in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, wonach es sich bei der Sicherung des chancengleichen Wettbewerbs um eines der zentralen Regulierungsziele handelt.
- (550) Dennoch ist die Annahme der Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht keineswegs zwingend: Denkbar erscheint der Einwand, das Abwägungsdefizit habe sich nicht auf den Inhalt der Regulierungsentscheidung ausgewirkt, d.h., auch bei ordnungsgemäßer Verfahrensgestaltung hätte die Präsidentenkammer die PKE III (2018) mit identischem Inhalt

MüKoBGB/Papier/Shirvani, 9. Aufl. 2024, BGB § 839 Rn. 271 ff. sowie Rn. 312 ff. speziell zum Baugenehmigungsverfahren.

⁵⁰⁴ BGH NJW 1983, 215 (216 f.). Vgl. auch BGH NJW 2000, 427 (428); MüKoBGB/Papier/Shirvani, 9. Aufl. 2024, BGB § 839 Rn. 333.

⁵⁰⁵ Denkbar ist daher grundsätzlich auch ein Amtshaftungsanspruch der Diensteanbieter gegen die BNetzA. Als drittgerichtete Amtspflichtverletzung kommt die Aufnahme einer bloßen Diensteanbieterregelung anstelle einer Diensteanbieterverpflichtung in die PKE III (2018) in Betracht. Die Beweislast für einen kausalen Schaden – insbesondere, dass den Diensteanbietern gerade aufgrund der bloßen Aufnahme einer Diensteanbieterregelung in die Frequenznutzungsbestimmungen der Marktzugang verwehrt wurde – liegt allerdings bei den Diensteanbietern.

⁵⁰⁶ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 23, 94, juris; BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 6 C 36/11 –, Rn. 37 ff., juris; BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 5/10 –, Rn. 12, juris; BVerwG, Urteil vom 23. März 2011 – 6 C 6/10 –, Rn. 27, juris.

⁵⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8/20 –, Rn. 94, juris.

erlassen. Gerade bei Verfahrensfehlern erkennt die Rechtsprechung den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens an.⁵⁰⁸ Dogmatisch wird dieser Einwand zwar i.d.R. auf der Ebene der (haftungsausfüllenden) Kausalität angesiedelt, die sich hier nur schwerlich wird verneinen lassen (s. Rn. (553)). Dies dürfte es aber nicht von vornherein ausschließen, die Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens jedenfalls ihrem Rechtsgedanken nach auch für die Frage eines Ursachenzusammenhangs zwischen dem Verhalten der Beamten und der Rechtsverletzung der MNB – gleichsam der haftungsausfüllenden Kausalität – heranzuziehen. Wenn der Abwägungsvorgang zwar verfahrensfehlerhaft durchgeführt wurde, sich dieser Fehler aber nicht auf die Art und Weise der Berücksichtigung der privaten Belange im Rahmen der Abwägung ausgewirkt haben sollte, erscheint die Annahme der Drittgerichtetheit der *konkret* verletzten Amtspflicht – und damit die Rechtsverletzung (hier) der MNB – zweifelhaft. Gegen eine Drittrichtung des Abwägungsgebots spricht überdies der Zweck des Frequenzvergabeverfahrens insgesamt: Es dient mit der effektiven Allokation und Nutzung der Funkfrequenzen als knapper Ressource primär nicht den individuellen Interessen der MNB, sondern Allgemeinwohlbelangen (vgl. Rn. (263) ff.). Es liegt daher jedenfalls nicht fern, dass auch der Abwägungsvorgang als integraler Bestandteil des Frequenzvergabeverfahrens und zentrale Vorfrage für den Inhalt der die Auktionsdurchführung leitenden Frequenznutzungsbestimmungen primär solchen öffentlichen Interessen dient und eine Drittgerichtetheit der entsprechenden Amtspflicht abzulehnen ist.

(551) Ob § 21 VwVfG eine drittgerichtete Amtspflicht begründet, ist offen. Die Norm soll das Vertrauen in die Objektivität der Verwaltung sichern und eine sachliche und damit effiziente Rechtsanwendung gewährleisten.⁵⁰⁹ Ihr Zweck dürfte damit primär auf den Schutz öffentlicher Interessen – die Funktionsfähigkeit der an Art. 20 Abs. 3 GG ausgerichteten Verwaltungstätigkeit – gerichtet sein. Gegen den drittschützenden Charakter spricht auch, dass Verfahrensbeteiligten kein förmliches Ablehnungsrecht gegen den (möglicherweise) befangenen Amtswalter zugestanden wird.⁵¹⁰ Für eine Drittgerichtetheit spricht hingegen der Wortlaut des § 21 Abs. 1 S. 1 VwVfG: Die Behauptung eines Beteiligten, es liege ein die Besorgnis der Befangenheit des Amtswalters begründender Umstand vor, begründet eine Unterrichtungspflicht gegenüber dem Behördenleiter. Der Verweis auf die *konkreten* Verfahrensbeteiligten hebt diese gegenüber der Allgemeinheit ab und weist ihnen eine spezifische

⁵⁰⁸BGH, Urteil vom 24. Oktober 1985 – IX ZR 91/84 –, Rn. 57, juris; BGH, Urteil vom 25. November 1992 – VIII ZR 170/91 –, Rn. 14, juris; BGH, Urteil vom 3. Februar 2000 – III ZR 296/98 –, Rn. 9, juris; LG Köln, Urteil vom 28. Oktober 2014 – 5 O 331/13 –, Rn. 198, juris.

⁵⁰⁹ Schoch/Schneider/Schuler-Harms, 6. EL November 2024, VwVfG § 20 Rn. 7 f. i.V.m. § 21 Rn. 2; *Hufen/Siegel*, Fehler VerwVerfahren, 8. Aufl. 2025, Teil 2: Rn. 151.

⁵¹⁰ BeckOK VwVfG/*Heßhaus*, 66. Ed. 1.1.2025, VwVfG § 21 Rn. 1.

Näheposition zu den Verpflichtungen aus § 21 VwVfG zu. Ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, das Misstrauen gegen die unparteiische Amtsführung zu rechtfertigen, dürfte sich zudem regelmäßig nur unter Einbeziehung der Umstände (auch) der konkreten am Verwaltungsverfahren Beteiligten beurteilen lassen. Maßgeblich können etwa persönliche Beziehungen sein,⁵¹¹ die sich qua natura nur bezogen auf die konkreten Personen beurteilen lassen.

(552) Ob ein Verschulden der handelnden Amtsträger angenommen werden könnte, bedürfte einer umfassenden Prüfung auch der (seinerzeitigen) subjektiven Beweggründe und Annahmen. Zu verneinen wäre ein Verschulden etwa dann, wenn die Mitglieder der Präsidentenkammer nach sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung zu einem vertretbaren Ergebnis hinsichtlich ihres verfahrensrechtlichen Vorgehens gelangt wären und dieses (lediglich) durch die späteren gerichtlichen Entscheidungen nicht bestätigt worden wäre.⁵¹²

(553) Gleiches gilt für die Kausalität der Amtspflichtverletzung für den eingetretenen Schaden. Die Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens, welche der schadensausfüllenden Kausalität gerade von Verfahrensfehlern häufig entgegengehalten werden kann,⁵¹³ dürfte hier allerdings nicht herangezogen werden können: Bei einer rechtsfehlerfreien Gestaltung des zum Erlass der PKE III und IV (2018) führenden Verfahrens hätte das VG Köln die beiden PKE nicht aufgehoben. In der Folge hätte sich keine Notwendigkeit der Auktionswiederholung ergeben, sodass auch die den MNB erteilten FrZB nicht erlöschen würden.

(554) Einem Amtshaftungsanspruch der MNB könnte darüber hinaus § 839 Abs. 3 BGB entgegengehalten werden können, wonach eine Ersatzpflicht ausscheidet, wenn sich die Geschädigten nicht um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz – einschließlich Eilrechtsschutz – bemüht haben (Vorrang des Primärrechtsschutzes).⁵¹⁴ Zwar haben zumindest drei der MNB gegen die PKE III und IV (2018) erfolglos den Rechtsweg beschritten (s. Rn. (1)). Angesichts der restriktiven Interpretation⁵¹⁵ des § 839 Abs. 3 BGB als Ausdruck der (formellen) Subsidiarität⁵¹⁶ des Amtshaftungsanspruchs liegt es allerdings nicht fern, (auch) eine „materielle Subsidiarität“ anzunehmen: Die Voraussetzungen des § 839 Abs. 3 BGB wären – wollte man eine solche materielle Subsidiarität annehmen – nur erfüllt, wenn sich die MNB

⁵¹¹ Schoch/Schneider/Schuler-Harms, 6. EL November 2024, VwVfG § 21 Rn. 19.

⁵¹² MüKoBGB/Papier/Shirvani, 9. Aufl. 2024, BGB § 839 Rn. 358 m.w.N.

⁵¹³ Grüneberg/Sprau, BGB, 84. Aufl., § 839 Rn. 33.

⁵¹⁴ Vgl. nur MüKoBGB/Papier/Shirvani, 9. Aufl. 2024, BGB § 839 Rn. 400 ff.

⁵¹⁵ Vgl. etwa BGH NJW 2013, 3237 Rn. 18. Umfassend Dürig/Herzog/Scholz/Papier/Shirvani, 108. EL August 2025, GG Art. 34 Rn. 270 ff.

⁵¹⁶ Vgl. MüKoBGB/Papier/Shirvani, 9. Aufl. 2024, BGB § 839 Rn. 401.

bereits in den gerichtlichen Rechtsschutzverfahren auf die konkret verletzten individualschützenden Normen berufen und den ihnen drohenden Schaden dargelegt hätten.

ee) Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch

- (555) Ein Anspruch der MNB gegen den Bund auf Grundlage der unionsrechtlich begründeten Staatshaftung⁵¹⁷ der Mitgliedstaaten dürfte ausgeschlossen sein. Zwar hat die BNetzA gegen Art. 3 Abs. 3a RL 2002/21/EG, nunmehr Art. 8 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972, verstoßen, die ihr eine unabhängige Entscheidungsfindung vorschreiben. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch setzt jedoch voraus, dass die verletzte Unionsrechtsnorm individualschützenden Charakter hat.⁵¹⁸ Dies dürfte bei den Vorschriften zur Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Behörden nicht der Fall sein. Die politische Unabhängigkeit der BNetzA im Bereich Telekommunikation soll gewährleisten, dass sich ihre Entscheidungen allein an regulierungsspezifischen Belangen und nicht an allgemeinen politischen Erwägungen und nationalen Interessen orientieren.⁵¹⁹ Die Netzregulierung soll von (tages-)politischen Konjunkturzyklen und politischer Einflussnahme abgesichert werden.⁵²⁰ Ihre Unabhängigkeit koppelt die BNetzA von der „politischen Sphäre“ ab und erlaubt ihr in besonderer Weise, ihr Regulierungsermessen unter Berücksichtigung der Maßgaben des Art. 45 Abs. 1 S. 1 RL (EU) 2018/1972 – dass es sich bei Funkfrequenzen um ein öffentliches Gut von hohem gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Wert handelt – auszurichten. Die Garantie der Unabhängigkeit der BNetzA dient damit der Effektivität ihrer Regulierungsaufgaben. Der Schutzzweck der Unabhängigkeit besteht in der Sicherung öffentlicher Belange. Individuen – seien es auch im Bereich Telekommunikation tätige Unternehmen – sind lediglich mittelbar betroffen.

c) Herausgabe des Erlöses der neuen Auktion

- (556) Ein Anspruch der MNB gegen den Bund auf Herausgabe des im Rahmen der Auktionswiederholung erzielten Erlöses dürfte ausgeschlossen sein.

⁵¹⁷ Grundlegen EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und 9/90, ECLI:EU:C:1991:428. Zum Ganzen etwa Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jacob/Kottmann, 83. EL Juli 2024, AEUV Art. 340 Rn. 133 ff.

⁵¹⁸ EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und 9/90, ECLI:EU:C:1991:428, Rn. 40; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Jacob/Kottmann, 83. EL Juli 2024, AEUV Art. 340 Rn. 141.

⁵¹⁹ Eifert in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht - Band 1, 4. Auflage 2019, § 24, Rn. 141; Säcker/Körber/Ruffert/Schmidt, TKG TTDSG, 4. Aufl., § 191 Rn. 9.

⁵²⁰ Vgl. zur Energieregulierung EuGH, Urteil v. 02.09.2021, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662, Rn. 112. Aus der Literatur Hoffmann, Demokratische Legitimation im Verbund der Energieregulierung, S. 36.

(557) Zwar betonen Rechtsprechung⁵²¹ und Literatur⁵²², gerade bei einer „Zweitvergabe“ von Frequenzen könnten dem vorherigen Inhaber der entsprechenden Frequenznutzungsrechte ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gegen den Bund zustehen. Diese Ausführungen betreffen jedoch allein die Konstellation des Widerrufs eines FrZB gem. (nunmehr) § 102 TKG unter Ausschluss jedes – sei es auch nur partiellen – Anspruchs auf Erstattung des von dem betroffenen MNB bereits gezahlten Auktionserlöses. Als Ausnahme zu diesem gänzlichen Anspruchsausschluss soll bei einer „Zweitvergabe“ der Frequenzen ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch des MNB in Betracht kommen. Dogmatisch ist dieser jedoch nicht auf die Herausgabe des Erlöses der „Zweitvergabe“ gerichtet, sondern auf den von dem betroffenen MNB selbst (i.R.d. „Erstvergabe“) geleisteten Auktionserlös.

(558) Die hiesige Konstellation ist eine gänzlich andere. Der auf die Rückzahlung des Auktionserlöses der 2019er-Auktion gerichtete öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist gerade nicht gänzlich ausgeschlossen. Für den zukünftigen Zeitraum, in dem die MNB die FrZB aufgrund einer Auktionswiederholung nicht mehr nutzen können, dürfte ihnen vielmehr ein partieller Anspruch auf Rückzahlung des Auktionserlöses zustehen (Rn. (500) ff.). Es kann auch nicht angenommen werden, dass die BNetzA durch die Auktionswiederholung – als „Zweitauktion“ – ohne Rechtsgrund in eine den MNB zustehende Rechtsposition eingreife. Daher liegt auch kein mit einer Eingriffskondition vergleichbarer öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gerichtet auf Herausgabe des Erlöses dieser „Zweitauktion“ vor.⁵²³ Aufgrund des Erlöschens der FrZB (s. Rn. (528)) sowie des Anspruchs auf Rückzahlung des auf den künftigen Zeitraum der Frequenznutzung entfallenden Anteils des Erlöses der 2019er-Auktion (s. Rn. (518) ff.) dürfte bereits kein Eingriff in eine den MNB zustehende Rechtsposition vorliegen. Jedenfalls aber würde ein solcher nicht ohne Rechtsgrund geschehen, sondern als Folge des Urteils des VG Köln.

VI. Risikoreduzierung durch gesetzgeberische Klarstellung

(559) Das weitere Vorgehen der BNetzA in Folge des rechtskräftigen Urteils des VG Köln ist mit erheblichen rechtlichen und finanziellen Risiken behaftet:

⁵²¹ BVerwG NVwZ 2012, 168 (176, Rn. 58).

⁵²² *Martini*, WiVerw 2011, 3 (18 f., 25); *Martini*, NVwZ 2012, 149 (151 f.).

⁵²³ Zur Anwendbarkeit des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs auf Konstellationen der Eingriffskondition *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., S. 543 f.

- (560) Zwar sprechen die weit überwiegenden Gründe dafür, dass eine „minimalinvasive Heilung“ des 5G-Frequenzvergabeverfahrens im Sinne des Szenario 1 nach der gegenwärtigen Rechtslage möglich wäre. Insbesondere dürfte – innerhalb der oben dargelegten Grenzen – eine Anpassung der FrZB und ZFB an die neuen PKE III und IV auch unter Verzicht auf eine Auktionswiederholung in Betracht kommen. Weil die sich bei einem solchen Vorgehen stellenden Rechtsfragen weitestgehend ungeklärt sind, bestünde bei einem solchen Vorgehen der BNetzA jedoch ein nicht unerhebliches rechtliches Risiko.
- (561) Ein Vorgehen im Sinne des Szenario 2 dürfte zwar grundsätzlich mit weniger rechtlichen Risiken behaftet sein. Auch hier stellen sich jedoch zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen – beispielsweise diejenige nach der zeitlichen Verschiebung der Auktion. Insbesondere aber hätte Szenario 2 unter Umständen schwerwiegende negative Folgen: Nicht nur würde eine so weitgehende Neuordnung des Frequenzmarktes erhebliche Unsicherheiten in der Telekommunikationswirtschaft mit u.U. langfristigen negativen Auswirkungen auf den Telekommunikationsmarkt und zukünftige Frequenzvergabeverfahren hervorrufen. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Schließlich stehen erhebliche Rückzahlungs- und Schadensersatzansprüche der MNB gegen den Bund im Raum.
- (562) Vor diesem Hintergrund könnte sich eine gesetzgeberische Klarstellung als zweckmäßig erweisen: Angesichts der bereits de lege lata bestehenden Reaktionsmöglichkeiten der BNetzA hätte eine solche Regelung zwar (abhängig von der Ausgestaltung im Einzelnen) nur deklaratorische Bedeutung. Sie würde jedoch dazu beitragen, das rechtliche und finanzielle Risiko zu reduzieren. In einer neuen Rechtsgrundlage könnte der Gesetzgeber beispielsweise einen Rahmen für mögliche Reaktionen der BNetzA auf eine Aufhebung und den Neuerlass der PKE nach bereits durchgeführter Frequenzauktion bzw. für ähnliche Folgefragen eines in verfahrensfehlerhafter Weise durchgeführten Frequenzvergabeverfahrens i.S.d. § 100 TKG schaffen. Auch eine Regelung von Folgefragen – beispielsweise das Schicksal der FrZB und ZFB, aber auch beiderseitige Zahlungsansprüche – wäre denkbar.
- (563) Vorsorglich wird allerdings darauf hingewiesen, dass eine solche gesetzliche Regelung die BNetzA nicht von ihrer Verpflichtung zur Befolgung des Urteils des VG Köln i.S.d. §§ 121, 172 VwGO entbinden würde. Die Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen für die verfahrensbeteiligte öffentliche Hand ist verfassungsrechtlich durch Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG sowie die Funktion der Gerichte i.S.d. Art. 92 ff. GG abgesichert. Der Gesetzgeber

kann über diese Bindungswirkung nicht disponieren.⁵²⁴ Aufgrund der beschränkten Reichweite der Rechtskraft des Urteils des VG Köln (s. Rn. (89) ff.) sind von dieser Pflicht jedoch allein die unmittelbaren Urteilswirkungen, nicht die mittelbaren Folgewirkungen erfasst.

(564) Eine solche gesetzgeberische Klarstellung würde sich an unions- (1) und verfassungsrechtlichen (2) Vorgaben messen lassen müssen:

(565) Zu 1: Eine unionsrechtliche Grenze für den Gesetzgeber würde insbesondere die Garantie der Unabhängigkeit der BNetzA gem. Art. 8 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972 bilden. Nach der Rechtsprechung des EuGH erstreckt sich die Unabhängigkeit der Nationalen Regulierungsbehörden auch auf die Durchführung von Frequenzvergabeverfahren.⁵²⁵ Auch im Übrigen dürfte die Neuregelung weder gegen die RL (EU) 2018/1972 – insbesondere Art. 55 sowie die Regulierungsziele i.S.d. Art. 3 und Art. 45 RL (EU) 2018/1972 – noch gegen EU-Primärrecht verstoßen. Weil die Richtlinie den Mitgliedstaaten keine Vorgaben für die Fehlerfolgen eines „gestörten“ Frequenzvergabeverfahrens macht (s. Rn. (347)), erscheint im Rahmen des Äquivalenz- und Effektivitätsprinzips (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung möglich.

(566) Zu 2: Verfassungsrechtlich hätte der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einer klarstellenden gesetzlichen Regelung insbesondere die Grundrechte der MNB und der Diensteanbieter zu beachten. Zentral dürften Art. 12 Abs. 1 GG und – sofern es sich bei den Frequenznutzungsrechten um Eigentumspositionen handelt (s. Rn. (539)) – Art. 14 GG sein.⁵²⁶ Weil die Neuregelung auf das 2018/19 begonnene 5G-Vergabeverfahren anwendbar wäre, könnten Grenzen auch aus dem rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot (Art. 20 Abs. 3 GG) folgen. Weil es sich jedoch lediglich um ein klarstellendes Gesetz der bereits de lege lata bestehenden Handlungsmöglichkeiten der BNetzA handeln dürfte, ist bereits die Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots zweifelhaft.⁵²⁷ Auch wenn das 5G-Vergabeverfahren den Anlass für eine gesetzliche Regelung bilden würde, dürfte schließlich kein unzulässiges Einzelfallgesetz (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) vorliegen.⁵²⁸

⁵²⁴ Vgl. BVerfGE 7, 183 (188). Zum Ganzen *Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtstaatliche Resilienz, 2023, S. 23 f., 40 f.

⁵²⁵ EuGH, Urteil v. 26.07.2017, Rs. C-560/15, ECLI:EU:C:2017:593, Rn. 49, 54 ff.

⁵²⁶ Vgl. *Martini*, WiVerw 2011, 3 (19 ff.).

⁵²⁷ Vgl. BVerfGE 135, 1 (Rn. 44 ff.).

⁵²⁸ Vgl. BVerfGE 13, 225 (229); BVerfGE 25, 371 (396); BVerfGE 99, 367 (400).