RECHTSGUTACHTEN

ZUM THEMA

DIE FOLGEN DES URTEILS DES VG KÖLN VOM 26. AUGUST 2024 FÜR BESTAND UND NEUDURCHFÜHRUNG DER FREQUENZVERGABE FÜR DIE FREQUENZBEREICHE 2 GHZ UND 3,6 GHZ

ERSTELLT IM AUFTRAG DER

EWE TEL GMBH

VON

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

UNIVERSITÄTSPROFESSOR, REGENSBURG

UND

DR. STEFAN DRECHSLER

AKADEMISCHER RAT A. Z., REGENSBURG

12. JANUAR 2026

Gliederung

A. Executive Summary 6

B. Hintergrund der Untersuchung 8

C. Auftrag und Rechtsfragen 13

D. Rechtliche Bewertung 14

I. Pflicht der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz 14

1. Rechtsgrundlage der Aufhebung und Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage 14

a) Rechtsgrundlage der Rücknahme: § 48 Abs. 1 und 3 VwVfG 14

b) Anwendbarkeit des § 48 Abs. 1 und 3 VwVfG 14

c) Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme 15

aa) Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsbescheide 15

bb) Rücknahmefrist 17

cc) Keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen 19

d) Zwischenergebnis 19

2. Ermessensreduktion auf null aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL 20

a) Anspruchsvoraussetzungen 20

aa) Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht der EWE TEL durch öffentlich-rechtliches Handeln der Bundesnetzagentur 20

bb) Unmittelbarkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen 22

(1) Unmittelbarkeit der Eingriffsfolgen 22

(2) Rechtswidrigkeit der Eingriffsfolgen 24

(3) Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen 24

cc) Zwischenergebnis 25

b) Anspruchsinhalt 25

c) Keine Einreden gegen den Folgenbeseitigungsanspruch 26

aa) Möglichkeit der Folgenbeseitigung, insb. keine rechtliche Unmöglichkeit 27

(1) Entgegenstehende Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen 27

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

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

c) Zusammenfassende Bewertung der Vor- und Nachteile 69
3. Verwaltungsrechtlicher Lösungsweg unter Einbindung der Bundesnetzagentur 70
a) Prinzipielle Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG im TKG 71
b) Anwendbarkeit des § 55 VwVfG 71
c) Ungewissheit über die Sach- und Rechtslage 72
d) Zulässige Vertragsinhalte 74
aa) Beseitigung der Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben, § 55 VwVfG 74
bb) Zusätzliche Voraussetzungen eines Austauschvertrags, § 56 Abs. 1 VwVfG 75
e) Weitere allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen 76
4. Exkurs: mögliche Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur 77
a) Mögliche Zusagen der Mobilfunknetzbetreiber 77
b) Mögliche Zusagen der EWE TEL und weiterer Marktteilnehmer 78
c) Kursorische Bewertung 78
5. Zwischenergebnis 79

E. Ergebnisse 82

I. Pflicht der Bundesnetzagentur zur Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz 82

II. Rücknahme der Verwaltungsakte im Frequenzvergabeverfahren mit Wirkung ex tunc oder ex nunc 84

III. Erneut durchzuführende Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren 85

IV. Lösungsmöglichkeiten durch außergerichtliche Einigung 87

A. Executive Summary

I. Die Bundesnetzagentur ist dazu verpflichtet, die Frequenzzuteilungsbescheide, die im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz ergangen sind, zurückzunehmen. Das gilt im Ergebnis auch für alle weiteren Verwaltungsakte in diesem Frequenzvergabeverfahren, beginnend mit der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018.

II. Die Bundesnetzagentur ist zur Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 aufgrund des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 verpflichtet. Wegen der rechtsgestaltenden Wirkungen dieser Präsidentenkammerentscheidung muss sie zwingend rückwirkend (mit Wirkung ex tunc) zurückgenommen werden.

III. Die zwischen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und den einzelnen Frequenzzuteilungsbescheiden liegenden Verwaltungsakte (Zulassung der einzelnen Bewerber zum Versteigerungsverfahren und Erteilung der Zuschläge) können ebenfalls nur rückwirkend aufgehoben werden. Für die Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide besteht hingegen die Möglichkeit, sie nur mit Wirkung für die Zukunft (mit Wirkung ex nunc) aufzuheben, so dass kein rechtlicher Schwebezustand entsteht und die Frequenznutzung durch die Frequenzinhaber nicht rückwirkend rechtswidrig wird.

IV. Die EWE TEL GmbH (im Folgenden: EWE TEL) hat unter dem Gesichtspunkt eines Folgenbeseitigungsanspruchs einen Anspruch auf Rücknahme der Zulassungs-, Zuschlags- und Frequenzzuteilungsbescheide. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch entsteht jeweils dann, sobald die vorangehende Entscheidung aufgehoben ist, im Hinblick auf die Frequenzzuteilungsbescheide also dann, wenn die Zuschlagsentscheidungen aufgehoben sind, was wiederum die Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 voraussetzt. Obwohl die Aufhebungsansprüche also zeitlich gestaffelt sind, ist die Bundesnetzagentur durchweg zur Aufhebung verpflichtet. Die EWE TEL kann diese Ansprüche auch im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 bzw. durch selbstständige Klageverfahren durchsetzen.

V. Es besteht also nicht die von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 erwogene Handlungsoption, auf die Durchführung eines erneuten Versteigerungsverfahrens zu verzichten. Ein Verzicht darauf wäre rechtswidrig. Notwendig ist vielmehr die Durchführung eines sogenannten ergänzenden Verfahrens, indem alle Verfahrensschritte der Frequenzvergabe einschließlich der Durchführung der Versteigerung beginnend mit der Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsbedingungen wiederholt werden.

VI. Bei der demnach erforderlichen erneuten Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsregeln muss die Bundesnetzagentur zwingend die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde legen, da dies das Verwaltungsgericht Köln in seinem Urteil vom 26. August 2024 bindend so festgelegt hat; auch dies könnte die EWE TEL im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Soweit sich die Sach- und

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

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

B. Hintergrund der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

[1] Siehe die Pressemitteilung des VG Köln v. 27.8.2024, VG Köln: Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Vergabe- und Auktionsregeln für die im Jahr 2019 durchgeführte Versteigerung der 5G-Mobilfunkfrequenzen ist rechtswidrig, abrufbar im Internet unter der URL: https://www.vg-koeln.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/Archiv/2024/17_27082024/index.php (letzter Abruf am 12.1.2026).

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

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

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

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

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

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

Aus Sicht der EWE TEL haben sich seit den letztmaligen Ermittlungen der BNetzA im Rahmen des Gutachtens von WIK/EY vom Jahresende 2023[3] die Wettbewerbsverhältnisse aufgrund tatsächlicher Marktentwicklungen stark verändert. So hat nach Einschätzung der EWE TEL der Markteintritt der 1&1 zwar einen Preiskampf auf dem

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

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

Endkundenmarkt ausgelöst, indem 1&1 vergleichsweise günstige Datenflatrates anbietet[4]. Auf dem Markt für Mobilfunkvorleistungen für Diensteanbieter und MVNO habe dies jedoch kaum Auswirkungen, auch da der National-Roaming-Vertrag zwischen 1&1 und Vodafone ein Wholesale-Verbot enthält, das 1&1 untersagt, Mobilfunkvorleistungen mit National Roaming an Diensteanbieter zu vertreiben.[5] Deshalb komme 1&1, anders als das Gutachten von WIK/EY unterstellt[6], gerade nicht als weiterer Vorleistungsanbieter für Diensteanbieter und MVNO in Betracht. Überdies hat das Bundeskartellamt am 11. April 2025 und damit nach der Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur vom 24. März 2025 öffentlich gemacht, dass es einen Verdacht der kartellrechtswidrigen Behinderung von 1&1 durch Vodafone und Vantage Towers sieht.[7] Das Bundeskartellamt sah dabei „negative Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den betreffenden Märkten". Daneben existieren neue Angebote und Erfolge der Mobilfunkanbieter im Geschäftskundenmarkt. Schließlich weist die EWE TEL auch auf die Erkenntnisse des 14. Sektorgutachtens Telekommunikation der Monopolkommission aus dem Jahr 2025[8] hin. Dort führt die Monopolkommission aus, dass sie „derzeit keinen intensiven Wettbewerb zwischen den drei Mobilfunknetzbetreibern um Vorleistungsnachfrager" beobachte und ihrer Einschätzung nach „langfristig das Risiko [bestehe], dass auf Zugang angewiesene Unternehmen aus dem Markt gedrängt werden".[9]

---

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

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

6 A.a.O., S. 98.

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

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

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

C. Auftrag und Rechtsfragen

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

1. Hat die Bundesnetzagentur die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz zurückzunehmen bzw. bestehen beide von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 angeführten Handlungsoptionen, also sowohl die Möglichkeit der Durchführung als auch die des Verzichts auf die Durchführung eines erneuten Versteigerungsverfahrens?

2. Müssen die behördlichen Aufhebungen und gegebenenfalls insbesondere der Zuschlagserteilungen und Frequenzzuteilungen insoweit mit Wirkung ex nunc oder ex tunc erfolgen?

3. Welche Verfahrensschritte muss die Bundesnetzagentur dabei im Anschluss an die Aufhebung der einzelnen Entscheidungen neu durchführen und kann sie beispielsweise auf der Grundlage einer früheren Sachverhaltsermittlung (nämlich im Rahmen der Frequenzverlängerung 2025, wobei das WIK-Gutachten zum Wettbewerb aus dem Jahr 2024 stammt und auf Daten aus dem Jahr 2023 beruht) erneut entscheiden? Ist entscheidend für die Frage, ob die Bundesnetzagentur insbesondere die Versteigerung erneut durchzuführen hat, ob sich die Bedingungen ändern oder gleichbleiben?

4. Welche Möglichkeiten bestehen für die Bundesnetzagentur oder die Wettbewerber, die Risiken aus möglichen Folgen eines Primär- oder Sekundärrechtsschutzes durch eine außergerichtliche Einigung zu vermeiden? Welche weiteren Handlungsoptionen bestehen also neben den von der Bundesnetzagentur im Anhörungsverfahren BK1-25/001 angeführten?

D. Rechtliche Bewertung

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

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

1. Rechtsgrundlage der Aufhebung und Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage

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

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

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

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

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

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

Somit richtet sich seine Aufhebung im Fall seiner Rechtswidrigkeit nach § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit § 48 Abs. 3 VwVfG, der von § 102 TKG keineswegs verdrängt wird[12].

c) Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme

aa) Rechtswidrigkeit der Frequenzzuteilungsbescheide

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

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

---

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

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

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

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

Entscheidung durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde der beklagten Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur durch Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 2025[15] formell rechtskräftig geworden ist, entfaltet die gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit – auch im Rahmen der Verpflichtungsklage bei einem Bescheidungsurteil gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO – als Ausfluss der materiellen Rechtskraft Präjudizwirkung für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit auch in anderen, darauf aufbauenden Rechtsverhältnissen zwischen den Beteiligten dieses Rechtsstreits (§ 121 Nr. 1 VwGO).[16] Daher ist die Rechtswidrigkeitsbeurteilung der Frequenznutzungsbestimmungen ohne erneute rechtliche Überprüfungsmöglichkeit allen weiteren, inhaltlich davon abhängigen Rechtsverhältnissen zwischen der EWE TEL und der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur zugrunde zu legen.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

bb) Rücknahmefrist

Daneben ist die einjährige Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG zu beachten. Als Entscheidungsfrist[22] beginnt sie „zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahme außerdem erheblichen

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

cc) Keine weiteren Tatbestandsvoraussetzungen

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

d) Zwischenergebnis

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

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

2. Ermessensreduktion auf null aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL

Nachdem § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG der Bundesnetzagentur grundsätzlich einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Rücknahme einräumt, ist sie nur dann zur Rücknahme verpflichtet, soweit ihr Ermessen ausnahmsweise auf null reduziert ist. Eine solche Ermessensreduktion kann sich aus dem gesetzlich nicht normierten, aber letztlich gewohnheitsrechtlich anerkannten[29] Allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL gegen die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur ergeben.[30]

a) Anspruchsvoraussetzungen

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

bb) Unmittelbarkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen

(1) Unmittelbarkeit der Eingriffsfolgen

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

In Rechtsprechung und Literatur besteht allerdings über das unbestrittene Erfordernis äquivalenter und adäquater Kausalität[37] hinaus keine Einigkeit über die Voraussetzungen des Unmittelbarkeitszusammenhangs. Eine allgemeingültige Definition dafür, welche Folgen also noch als unmittelbar angesehen werden können, ist nicht etabliert. Klarheit besteht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allerdings hinsichtlich der Extrempunkte des Unmittelbarkeitskriteriums. Einerseits sind jedenfalls solche Folgen „unmittelbar", deren Eintritt das eingreifende Handeln bezweckt hat.[38] Andererseits kann in der Rechtsprechung als gesichert gelten, dass umgekehrt solche Folgen nicht mehr als unmittelbar anzusehen sind, die „erst durch ein Verhalten des Betroffenen – oder eines Dritten – verursacht oder mitverursacht worden sind, das auf dessen eigener Entschließung beruht."[39] In der Literatur hat sich, ohne dass sich die Rechtsprechung hierzu, soweit ersichtlich, bislang positiv oder ablehnend geäußert hätte, als herrschende Auffassung ein Rückgriff auf die bei den ungeschriebenen Entschädigungsansprüchen anerkannte Begrifflichkeit etabliert, so dass der Unmittelbarkeitszusammenhang für solche Eingriffsfolgen bejaht werden könne, die sich als Verwirklichung der im öffentlich-rechtlichen Handeln angelegten typischen Gefahren darstellen.[40] Unmittelbar wären demnach auch alle typischen Folgen des eingreifenden Verhaltens.

---

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

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

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

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

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

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

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

(2) Rechtswidrigkeit der Eingriffsfolgen

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

(3) Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen

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

---

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

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

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

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

cc) Zwischenergebnis

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

b) Anspruchsinhalt

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

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

---

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

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

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

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

c) Keine Einreden gegen den Folgenbeseitigungsanspruch

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

---

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

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

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

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

aa) Möglichkeit der Folgenbeseitigung, insb. keine rechtliche Unmöglichkeit

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

(1) Entgegenstehende Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen

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

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

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

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

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

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

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

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

in dem „der Zustand, dessen Beseitigung begehrt wird, einem für den Geschädigten [sic] unanfechtbaren Verwaltungsakt entspricht“.[52] Dabei berufen sie sich auf ein einziges Urteil des 2. Revisionssenats des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1967[53] und führen weiterhin zur Begründung an, dass dies „aus den verwaltungsprozessrechtlichen Anfechtungsfristen und der darin angelegten Bestandskraft von Verwaltungsakten [folge], die auch nicht über das Institut der Folgenbeseitigung ausgehöhlt werden können“[54]. Demnach werde der „Vorrang des verwaltungsprozessualen Primärrechtsschutzes, insbesondere der Anfechtungsklage, […] nach Maßgabe der sinngemäß geltenden Vorschrift des § 254 [BGB] durchgesetzt: Unterlässt es der Betroffene schuldhaft, den Eingriff mit zulässigen Rechtsbehelfen abzuwehren, so kann er wegen § 254 [BGB] regelmäßig eine Entschädigung für solche Nachteile nicht verlangen, die er durch den Gebrauch der Rechtsbehelfe hätte vermeiden können […].“[55]

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

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

---

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

[53] BVerwG, Urt. v. 26.10.1967 – II C 22/65, BVerwGE 28, 155.

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

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

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

(aa) Anfechtung der Zulassungs- und Zuschlagsbescheide

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

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

(bb) Anfechtung der Frequenzzuteilungsbescheide

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Äußerst zweifelhaft ist allerdings ungeachtet der inhaltlichen Würdigung im vorliegenden Fall, ob sich dieser Ausschlussgrund des immerhin im Wesentlichen richterrechtlich ausgeformten Folgenbeseitigungsanspruchs[60] der von *Papier/Shirvani* zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts überhaupt in dieser Allgemeinheit entnehmen lässt.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(c) Zwischenergebnis

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

(3) Zwischenergebnis

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

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

bb) Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

d) Zwischenergebnis

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

3. Ergebnis

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

[74] *Müller*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 48 Rn. 45.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Reduktion des Auswahlermessens auf null aufgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs?

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Zwischenergebnis

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

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

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

III. Erneut durchzuführende Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren

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

1. Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des ergänzenden Verfahrens

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

a) Ausgewählte Regelungen des ergänzenden Verfahrens im Besonderen Verwaltungsrecht

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

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

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

b) Inhalt und Rechtsfolgen eines ergänzenden Verfahrens als allgemeinen Rechtsgrundsatzes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Zwischenergebnis

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

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

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

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

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

2. Zulässigkeit des ergänzenden Verfahrens im telekommunikationsrechtlichen Frequenzvergabeverfahren

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Skizze der im ergänzenden Verfahren zu wiederholenden Verfahrensschritte

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

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

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

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

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

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

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

a) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt bei erstmaliger Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens

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

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

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

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

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

b) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt im ergänzenden Verfahren

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

aa) Gewinnung des Maßstabs

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

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

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

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

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

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

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

Zu § 11 Abs. 6 ROG ist insofern keine spezifische Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ersichtlich. Einzelne Stimmen in der Literatur halten hier aber die Rechtsprechung zu § 214 Abs. 4 BauGB für übertragbar.[109] *Norbert Kämper* postuliert für § 75 Abs. 1a Satz 2 Hs. 1 VwVfG zwar die Maßgeblichkeit der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses des ursprünglichen Planfeststellungsbeschlusses, wobei nachträgliche Rechtsänderungen zu Gunsten der Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses einbezogen werden sollen,[110] allerdings lässt sich der dafür von ihm angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[111] diese Aussage keineswegs entnehmen.

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

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

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

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

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

[110] *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 69. Ed. 1.10.2025, § 75 Rn. 33a.

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

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

bb) Anwendung auf das Frequenzvergabeverfahren

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

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

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

von Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt bei der Zuteilung, Änderung und Verlängerung von Frequenzen aufgenommen."[112]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bei dieser Beurteilung lassen sich allerdings die Erwägungen des Verwaltungsgerichts Köln in seinem Urteil vom 26. August 2024 in der Sache durchaus fruchtbar machen. Für eine erhebliche Änderung der Sach- und Rechtslage sprechen auch hier neben dem erheblichen Zeitraum von mehr als sieben Jahren auch die erheblichen Veränderungen des betroffenen Marktes, die seitdem offenbar stattgefunden haben. Das ist allerdings eine rechtstatsächliche Frage, die empirisch geklärt werden muss. Als gegenläufiger Abwägungsgesichtspunkt sind sodann Vertrauensschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen. Hierbei hat die Bundesnetzagentur zu ermitteln, ob und inwieweit Unternehmen in den Bestand der einzelnen Entscheidungen im Frequenzvergabeverfahren vertraut haben und dieses Vertrauen schutzwürdig war. Dabei wird wohl auch eine Rolle spielen, dass Widerspruchs- beziehungsweise Klageverfahren namentlich gegen die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und die Frequenzzuteilungsbescheide im Rahmen der Frequenzvergabe für die Frequenzbereiche 2 GHz und 3,6 GHz anhängig sind und waren, was die Bundesnetzagentur den Mobilfunknetzbetreibern schriftlich mitgeteilt hatte. Einige Mobilfunknetzbetreiber hatten zudem selbst (erfolglos) geklagt und (ebenfalls erfolglos) eine Beiladung beantragt[116]. All dies erfordert allerdings eine differenzierte Beurteilung im Einzelfall. Ein maßgebliches Entscheidungskriterium stellt darüber hinaus die auch vom Verwaltungsgericht Köln stark betonte Neufassung des § 105 TKG dar, der nunmehr eine Pflicht der Bundesnetzagentur zur Förderung des Wettbewerbs und zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt bei der Zuteilung, Änderung und Verlängerung von Frequenzen statuiert und zu einer wesentlich stärkeren Berücksichtigung des Wettbewerbs in den Entscheidungen der Bundesnetzagentur führen muss.[117]

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

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

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

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

cc) Zwischenergebnis

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

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

5. Zwischenergebnis

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

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

IV. Lösungsmöglichkeiten durch außergerichtliche Einigung

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

1. Verhandlungspositionen und mögliche Interessenlage verschiedener Akteure

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

a) EWE TEL

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

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

b) Mobilfunknetzbetreiber

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

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

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

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

c) Bundesnetzagentur

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Zwischenfazit und Ausgangslage für die weitere rechtliche Begutachtung

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

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

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

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

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

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

2. Zivilrechtlicher Lösungsweg zwischen Diensteanbietern und Netzbetreibern

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

a) Mögliche Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht der EWE TEL

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

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

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

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

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

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

bb) Anspruchsverzicht durch Erlassvertrag vs. materiell-rechtlicher Klageverzicht

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

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

(1) Erlassvertrag, § 397 Abs. 1 BGB

Einerseits wäre ein Verzicht auf den materiell-rechtlichen Anspruch als solchen möglich, hier also auf den Folgenbeseitigungsanspruch sowie den Aufhebungsanspruch aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024. Dazu ermöglicht § 397 Abs. 1 in Verbindung mit § 328 Abs. 1 BGB den Abschluss eines Erlassvertrags. Nachdem es sich beim Erlass um einen Verfügungsvertrag handelt[123] und ein einseitiger Forderungsverzicht de lege lata nach allgemeiner Auffassung nicht zulässig ist, sondern das Vertragsprinzip gilt,[124] ist ein Erlassvertrag zu Gunsten Dritter nach ganz herrschender Auffassung unzulässig.[125] Die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur müsste die Netzbetreiber somit zur Abgabe der Zustimmungserklärung bevollmächtigen oder – gegebenenfalls im Wege der nachträglichen Genehmigung – ermächtigen (§§ 164, 185 BGB).[126]

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

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

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

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

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

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

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

Bundesgerichtshofs grundsätzlich zu,[128] allerdings nur dann, wenn ihr Inhalt bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist und der erlassende Gläubiger eine entsprechende Verfügungsmacht hierüber innehat.[129] Während die inhaltliche Bestimmbarkeit angesichts der deutlich aufscheinenden Konturen des Folgenbeseitigungsanspruchs (eingehend dazu s. o., D. I.) keine Zweifel aufwirft, müsste die EWE TEL auf ihren Folgenbeseitigungsanspruch auch verzichten können. Dabei handelt es sich um ein subjektiv-öffentliches Recht, auf das grundsätzlich verzichtet werden kann.[130] Fundiert man den Folgenbeseitigungsanspruch allerdings in den Grundrechten[131] und geht auf dieser Basis zudem von der prinzipiellen Unverzichtbarkeit der Grundrechte für ihre Träger aus,[132] erscheint die für einen Erlassvertrag notwendige Verfügungsbefugnis im Hinblick auf den Folgenbeseitigungsanspruch jedenfalls nicht völlig zweifelsfrei.

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

(2) Klageverzichtsvertrag (pactum de non petendo)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Mögliche Ausgestaltung der Hauptleistungspflicht der Netzbetreiber

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

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

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

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

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

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

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

c) Zusammenfassende Bewertung der Vor- und Nachteile

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

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

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

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

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

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

3. Verwaltungsrechtlicher Lösungsweg unter Einbindung der Bundesnetzagentur

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

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

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

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

b) Anwendbarkeit des § 55 VwVfG

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

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

Gestaltungsraum“[138] der Bundesnetzagentur geprägt sind,[139] steht der Anwendung des § 55 VwVfG gerade nicht entgegen, sondern verschafft der darin enthaltenen gelockerten Gesetzesbindung der Verwaltung[140] gerade eine besondere Berechtigung.[141]

c) Ungewissheit über die Sach- und Rechtslage

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

---

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

[139] Vgl. *Offenbächer*, in: Säcker/Körber, TKG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 100 TKG Rn. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Zulässige Vertragsinhalte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) Weitere allgemeine Rechtmäßigkeitsanforderungen

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

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

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

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

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

4. Exkurs: mögliche Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur

a) Mögliche Zusagen der Mobilfunknetzbetreiber

Alternativ wäre neben oder anstatt einer rein vertraglichen Vereinbarung zwischen den Mobilfunknetzbetreibern und der EWE TEL auch ein modifiziertes Verhandlungsgebot im Rahmen einer Selbstverpflichtung der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber der Bundesnetzagentur denkbar. Hier könnte – in analoger Weise – die seinerzeitige Vorgehensweise im Zuge der Entscheidung über einen (Teil-)Widerruf der Regulierungsverpflichtungen der Deutschen Telekom GmbH (TDG) im Verfahren BK3g-15/004 fruchtbar gemacht werden. Hier hatte die TDG – und später auch deren Wettbewerber auf regionaler und lokaler Ebene – einseitig verbindliche Vertragsangebote über vertragsstrafenbewehrte Investitionspflichten in Form notariell beurkundeter Ausbauzusagen abgegeben. Zudem wurde ein Monitoring der Ausbauzusage angeboten. Die Zusagen wurden anschließend von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Abwägung beim Erlass der Regulierungsverfügung gemäß § 21 TKG a. F. berücksichtigt.[155] Diese Vorgehensweise war damals hoch umstritten[156], wurde aber vom Bundesverwaltungsgericht als rechtskonform angesehen.[157]

---

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

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

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

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

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

b) Mögliche Zusagen der EWE TEL und weiterer Marktteilnehmer

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

c) Kursorische Bewertung

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

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

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

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

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

5. Zwischenergebnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

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

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

2. Als Rechtsgrundlage der behördlichen Aufhebung der Frequenzzuteilungsbescheide ist § 48 Abs. 1 Satz 1 und 2 in Verbindung mit Abs. 3 VwVfG einschlägig.

3. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieses Rücknahmetatbestands liegen vor. Insbesondere sind die Frequenzzuteilungsbescheide aufgrund der rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der dafür maßgeblichen Vergabe- und Auktionsbestimmungen durch die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 als materiell rechtswidrig anzusehen; die materielle Bestandskraft der Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 steht dem nicht entgegen. Zudem wird erst mit behördlicher Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 durch die Bundesnetzagentur in Befolgung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 der für das Rücknahmeermessen im Hinblick auf die Frequenzzuteilungsentscheidungen maßgebliche Folgenbeseitigungsanspruch der EWE TEL entstehen und wird damit erst die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG zu laufen beginnen.

4. Das Rücknahmeermessen der Bundesnetzagentur ist unter den im Einzelnen folgenden Bedingungen aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL auf null reduziert.

a) Die Tatbestandsvoraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs liegen vor, sobald die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 behördlich aufgehoben ist. Die Bundesnetzagentur hat durch die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in das subjektiv-öffentliche Recht der EWE TEL aus § 104 Abs. 4 Nr. 4 TKG eingegriffen, was durch das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln rechtskräftig festgestellt ist. Selbst nach dem Zweckrichtungskriterium der Rechtsprechung kann der Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 und den Zuteilungsentscheidungen bejaht werden, wobei allerdings hervorzuheben ist, dass diese Bewertung mangels bereichsspezifischer Rechtsprechung mit einer gewissen Unsicherheit behaftet ist. Aus der Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung folgt die Rechtswidrigkeit des dadurch geschaffenen Zustands. Die für die Anspruchsentstehung konstitutive Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsfolgen wird allerdings erst mit behördlicher Aufhebung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 in Befolgung des Urteils vom 26. August 2024 eintreten.

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

c) Die materielle Bestandskraft der Zuschlagsbescheide vom 12. Juni 2019 führt derzeit zur rechtlichen Unmöglichkeit der Rücknahme der Zuteilungsbescheide. Die Bundesnetzagentur ist allerdings ab Entstehung des Folgenbeseitigungsanspruchs der EWE TEL aufgrund der rechtswidrigen Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 auch zur Rücknahme der Zulassungs- und Zuschlagsentscheidungen im Frequenzvergabeverfahren verpflichtet, so dass ihre materielle Bestandskraft ab ihrer behördlichen Aufhebung einer Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide nicht mehr entgegenstehen wird. Eine Rücknahme der Zulassungsentscheidung zum Vergabeverfahren erscheint wegen deren begrenzter Regelungswirkung nicht notwendig; ein auch darauf gerichteter Antrag bei der Bundesnetzagentur ist aber vorsichtshalber zu empfehlen.

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

e) Die Folgenbeseitigung durch Rücknahme der Frequenzzuteilungsbescheide ist für die Bundesnetzagentur auch nicht unzumutbar; darauf, ob auch die tatsächliche Rückabwicklung der darauf beruhenden Marktverhältnisse unzumutbar wäre, kommt es dabei nicht an.

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

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

a) Eine Rücknahme der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018, der Entscheidung über die Zulassung der Bieter zum Versteigerungsverfahren sowie der Zuschlagsentscheidungen vom 12. Juni 2019 kommt kraft Natur der Sache nur mit Wirkung ex tunc in Betracht.

b) Hingegen kommt bei den Frequenzzuteilungsbescheiden wegen des damit begründeten, andauernden Frequenznutzungsrechts auch eine behördliche Aufhebung mit Wirkung ex nunc in Betracht. Für die hiernach zu treffende Auswahlermessensentscheidung der Bundesnetzagentur spielen die (wirtschaftliche) Zumutbarkeit und die Auswirkungen der Rücknahme auf den Telekommunikationsmarkt eine bedeutsame Rolle.

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

III. Erneut durchzuführende Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren

1. Über die spezialgesetzlichen Regelungen des ergänzenden Verfahrens vor allem im Planungsrecht (vgl. etwa § 214 Abs. 4 BauGB, § 11 Abs. 6 ROG, § 75 Abs. 1a Satz 2 Hs. 1 VwVfG) hinaus können Verfahrensfehler unabhängig von der Handlungsform der Verwaltung in allen konsekutiv ausgestalteten Verwaltungsverfahren dadurch geheilt werden, dass das Verfahren beginnend mit der ersten fehlerhaften Verfahrenshandlung erneut durchgeführt wird. Eine rückwirkende Fehlerheilung ist mangels gesetzlicher Anordnung durch diesen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des ergänzenden Verfahrens nicht möglich. Als Alternative zum ergänzenden Verfahren kommt ausschließlich eine vollständige Wiederholung des Verwaltungsverfahrens von Beginn an in Betracht, nicht aber die isolierte Wiederholung nur des fehlerhaften Verfahrensschrittes. Der von der Bundesnetzagentur als Option ins Auge gefasste Verzicht auf eine erneute Frequenzversteigerung ist damit rechtlich unzulässig.

2. Mangels ergiebiger Rechtsprechung und eigenständiger Konzepte der Literatur zu anderen spezialgesetzlichen Fällen des ergänzenden Verfahrens spricht viel dafür, auch für den ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des ergänzenden Verfahrens die Maßstäbe der Rechtsprechung zu Änderungen der Sach- und Rechtslage im Rahmen des § 214 Abs. 4 BauGB für maßgeblich zu halten und somit auch auf das Frequenzvergabeverfahren anzuwenden.

   a) Demnach ist den einzelnen Verfahrensschritten im ergänzenden Verfahren die jeweils aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen, wenn sie sich gegenüber der erstmaligen Durchführung des Verfahrens in beachtlicher Weise geändert hat. Als Kriterien zur Bestimmung der Beachtlichkeit lassen sich einerseits die seit der ursprünglichen Beschlussfassung verstrichene Zeit und andererseits ein zwischenzeitlich entstandenes Vertrauen Dritter heranziehen, was eine Abwägung im Einzelfall erfordert.

b) Hinsichtlich der erneuten Festlegung der Vergabe- und Versteigerungsregeln entfaltet das Bescheidungsurteil des Verwaltungsgerichts Köln Bindungswirkung, so dass die Bundesnetzagentur ohne Weiteres zur Zugrundelegung der aktuellen Sach- und Rechtslage verpflichtet ist.

c) Für die Maßgeblichkeit der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage bei Neudurchführung der weiteren Verfahrensschritte im Frequenzvergabeverfahren sprechen der lange Zeitraum von mehr als sieben Jahren seit erstmaliger Verfahrensdurchführung und die seitdem eingetretenen Änderungen der Marktlage; allerdings sind gegenläufige Vertrauensschutzgesichtspunkte einzubeziehen. Maßgeblich ist zudem die Neufassung des § 105 TKG, der eine veränderte Prioritätensetzung und eine Stärkung des Wettbewerbs als Abwägungsparameter in der Entscheidung der Bundesnetzagentur indiziert. Eine mit letzter Sicherheit eindeutige Aussage lässt sich insofern zwar nicht treffen. Angesichts des erheblichen Zeitraums seit der PKE III und IV 2018 ist jedoch sehr naheliegend, dass die damalige Marktlage kaum zugrunde gelegt werden kann, während dies hinsichtlich des Zeitraums seit der PKE 2025 näher geprüft werden müsste.

3. Soweit die aktuelle Sach- und Rechtslage maßgeblich ist, darf die Bundesnetzagentur dabei wegen der Komplexität der Materie zwar grundsätzlich auf nicht tagesaktuelle Daten zum Marktgeschehen zurückgreifen, muss aber, wenn sich beispielsweise aufgrund von Stellungnahmen der Marktteilnehmer Anhaltspunkte dafür ergeben, dass diese Daten nicht mehr der tatsächlichen Marktlage entsprechen, neue Ermittlungen von Amts wegen einleiten; andernfalls verstieße sie gegen § 24 Abs. 1 und 2 VwVfG, was einen erneuten Verfahrensfehler in der Frequenzvergabe nach sich zöge.

IV. Lösungsmöglichkeiten durch außergerichtliche Einigung

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

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

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

3. Der Abschluss einer privatautonomen Vereinbarung zwischen der EWE TEL und den Mobilfunknetzbetreibern könnte auf eine Diensteanbieterverpflichtung oder ein modifiziertes Verhandlungsgebot durch die Mobilfunknetzbetreiber im Gegenzug gegen einen Verzicht auf die prozessuale Durchsetzung der Ansprüche der EWE TEL gegen die Bundesnetzagentur gerichtet sein.

a) Dabei wäre darauf zu achten, dass damit keine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeeinträchtigung verbunden ist. Das dürfte bei einer den Wettbewerb auf der nachgelagerten Diensteebene letztlich fördernden Diensteanbieterverpflichtung bzw. einer Weiterentwicklung des bisherigen Verhandlungsgebots gewährleistet sein, sofern auf die Festlegung näherer Details, etwa der Entgelte et cetera, verzichtet wird. Schon vor dem Hintergrund einer darauf bezogenen kartellrechtlichen Absicherungsnotwendigkeit empfiehlt sich eine Einbindung nicht nur der Bundesnetzagentur, sondern auch des Bundeskartellamts auf der Basis einer vertieften Prüfung der einzelnen Teile einer im Ergebnis angestrebten Vereinbarung.

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

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

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

4. Alternativ denkbar wäre eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Bundesnetzagentur und der EWE TEL mit dem Inhalt einer Verpflichtung der EWE TEL zur Rücknahme der Widersprüche gegen die Frequenzzuteilungsbescheide im Gegenzug gegen eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes im Rahmen der nächsten regulären Frequenzversteigerung.

   a) Eine solche (synallagmatisch verknüpfte) vergleichsweise Vereinbarung erfüllt grundsätzlich die Voraussetzungen eines Austauschvertrags im Sinne des § 56 Abs. 1 VwVfG, dessen Anforderungen daher kumulativ zu denen des § 55 VwVfG zu beachten wären.

   b) Inwieweit die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung oder eines modifizierten Verhandlungsgebotes in einem künftigen Frequenzvergabeverfahren noch hinreichend die von § 55 VwVfG verlangte Konnexität zu den für einen Vergleichsvertrag notwendigen Ungewissheiten über die Rechtslage in Bezug auf die Folgen des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. August 2024 wahrt, unterliegt allerdings rechtlichen Zweifeln.

5. Schließlich wäre auch denkbar, dass sich die Mobilfunknetzbetreiber zusätzlich oder alternativ zu einer vertraglichen Einigung mit der EWE TEL gegenüber der Bundesnetzagentur strafbewehrt verpflichten, einer Diensteanbieterverpflichtung oder einem modifizierten Verhandlungsgebot nachzukommen, und ein dementsprechendes Angebot auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Austauschvertrags abgeben. Ebenso wäre es denkbar, dass die EWE TEL ihre Verpflichtungen direkt in dementsprechende Zusagen gegenüber der Bundesnetzagentur kleidet. Gegen diese Vorgehensweise sind keine rechtlichen Bedenken ersichtlich. Sie entspricht einem vom Bundesverwaltungsgericht im Vectoring-Fall als rechtlich zulässig angesehen Vorgehen der Bundesnetzagentur.

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

Regensburg, den 12. Januar 2026





(Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.) (Dr. Stefan Drechsler)