
Datum: 26.08.2024
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 1. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 K 8531/18
ECLI: ECLI:DE:VGK:2024:0826.1K8531.18.00

Schlagworte: Frequenzversteigerung 2018; Diensteanbieterregelung; Diensteanbieterverpflichtung; Verhandlungsgebot; Besorgnis der Befangenheit eines Kollegialorgans, Unabhängigkeit der Nationalen Regulierungsbehörde; Unabhängigkeit der BNetzA; Weisung; Abwägungsdefizit; politischer Druck; Ausgestaltungsspielraum; Fehler im Abwägungsvorgang; faktische Vorfestlegung; 5-G Frequenzvergabe; 5 G Frequenzvergabe; Mobilfunkgipfel 2018;

Normen: §§ 61; 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 i.V.m. § 61 Abs. 6; 117 TKG 2004; § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG; § 144 Abs. 6 VwGO; §§ 20, 21 VwVfG; Art. 3 Abs. 3a Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.02 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie)

Leitsätze: Parallelverfahren zu 1 K 1281/22 (vormals 9 K 8489/18) Urteil vom 26.08.2024

Tenor: Die Beklagte wird verpflichtet, unter Aufhebung der Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regelungen im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz den Antrag der Klägerinnen vom 12. bzw. 18. Oktober 2018 (Bd. 2 BuG Bl. 13325 f., Anlage K 10) unter Beachtung der

Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten tragen die Klägerinnen zu 1/5 und die Beklagte zu 4/5.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7
- Im Streit steht die Entscheidung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz (Az. BK1-17/001).
- Die Präsidentenkammer war seinerzeit mit Herrn Präsident a. D. H. als Vorsitzendem sowie Herrn Ministerialdirektor Dr. E. und Herrn Vizepräsident a. D. C. als Beisitzer besetzt. Berichterstatter war Herr Dr. E. , seinerzeit ebenfalls Vizepräsident der Bundesnetzagentur (fortan: BNetzA). Leiter der Abteilung 2, die u. a. für Frequenzregulierung zuständig ist, war Herr Direktor a. D. Dr. Y. Z.. Amtsbezeichnungen werden im Folgenden nach dem Zeitpunkt des streitgegenständlichen Frequenzvergabeverfahrens verwendet.
- Die Klägerin zu 2. ist ein börsennotiertes Telekommunikationsunternehmen mit Schwerpunkt Mobilfunk. Als Diensteanbieterin vertreibt sie durch zu ihrem Konzern gehörende Tochtergesellschaften, u. a. die Klägerin zu 1., im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkleistungen. Mangels eigenen Mobilfunknetzes beziehen die Klägerinnen hierfür Vorleistungen der Mobilfunknetzbetreiber. Mit diesen stehen sie im Endkundengeschäft im direkten Wettbewerb.
- Zwecks Vorbereitung der Frequenzvergabe in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz veröffentlichte die BNetzA in einem ersten Schritt am 15. Juli 2016 den Frequenzkompass. Hierin führte die BNetzA aus, die 2-GHz-Frequenzen diskriminierungsfrei auf der Grundlage eines nachvollziehbaren und objektiven Verfahrens bereitstellen zu wollen. Dabei solle u. a. untersucht werden, ob über das Jahr 2020 hinaus eine Sicherung der Zugangsrechte für Diensteanbieter notwendig sei. Hinsichtlich der 3,6-GHz-Frequenzen wurde deren Bedeutung für den sog. 5G-Mobilfunkstandard hervorgehoben. Es bestand die Möglichkeit, zu dem Frequenzkompass Stellung zu nehmen.
- In einem zweiten Schritt erarbeitete die BNetzA auf der Grundlage der zum Frequenzkompass eingegangenen Stellungnahmen die Orientierungspunkte zur Bereitstellung von Frequenzen für den Ausbau digitaler Infrastrukturen, die sie am 20. Dezember 2016 veröffentlichte. Im Fokus stand die Bereitstellung von Frequenzen aus den Bereichen 2 GHz, 3,4-3,8 GHz, 700 MHz, 26 GHz und 28 GHz. Für die Vergabe der 2-GHz-Frequenzen wurde erneut unterstrichen, dass die Notwendigkeit einer Diensteanbieterverpflichtung über 2020 hinaus zu prüfen sei. Interessierten Kreisen wurde die Möglichkeit eingeräumt, die Orientierungspunkte zu kommentieren.
- Von April bis August 2017 führte die BNetzA eine „vertiefte Anhörung Diensteanbieter/MVNO“ in zwei Stufen durch. Zunächst wurden die Diensteanbieter strukturiert befragt, dann die etablierten Mobilfunknetzbetreiber. Die Ergebnisse wurden verwaltungsintern ausgewertet.

In einem dritten Schritt veröffentlichte die BNetzA am 27. Juni 2017 die Eckpunkte für den Ausbau digitaler Infrastrukturen, die die Orientierungspunkte weiterentwickelten. Vorgesehen war eine gemeinsame, bundesweite Bereitstellung der gepaarten Frequenzen bei 2 GHz. Auch die Frequenzen des Spektrums 3,4-3,7 GHz sollten bundesweit, die Frequenzen im Bereich 3,7-3,8 GHz regional zugeteilt werden. In dem Eckpunktepapier führte die BNetzA aus, dass erwogen werde, eine Diensteanbieterverpflichtung aufzuerlegen, um den größtmöglichen Nutzen für Verbraucher durch den Wettbewerb unabhängiger Anbieter zu erzielen. Wiederum war es interessierten Kreisen möglich, die Eckpunkte zu kommentieren. 8

Im Anschluss erarbeitete die BNetzA einen Konsultationsentwurf zur Präsidentenkammerentscheidung, aufgeteilt in vier Teilentscheidungen: Anordnung eines Vergabeverfahrens (Teil I), Wahl der Auktion als Vergabeverfahren (Teil II), Vergabebedingungen (Teil III) und Auktionsregeln (Teil IV). 9

Unter dem 15. Januar 2018 legte der Abteilungsleiter 2 der Präsidentenkammer den Konsultationsentwurf zur Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang vor. Dieser enthielt als Anlage „Erste Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“. Unter der Überschrift „Diensteanbieterverpflichtung“ stand in den Randnummern 164 bis 169: 10

„Den Frequenzzuteilungsinhabern soll eine Verpflichtung auferlegt werden, wonach diese geeigneten Diensteanbietern diskriminierungsfrei die Mitnutzung von Funkkapazitäten als Vorleistungsprodukte bereitzustellen haben, damit diese funkbasierte Dienste (fest, nomadisch, mobil) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringen können. Die von den Zuteilungsinhabern bereitzustellenden Vorleistungen für Mobilfunkdienste sollen nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden, da die Frequenzen technologie- und diensteneutral zugeteilt sind. 11

Für die Bereitstellung von Mobilfunkkapazitäten und Dienste gelten die Grund-sätze der Technologie- und Diensteneutralität sowie der Diskriminierungsfreiheit. Den Diensteanbietern soll im Rahmen dessen nicht nur der Wiederverkauf, sondern die Entwicklung eigener innovativer Produkte – ggf. auch auf der Grundlage eigener Netzkomponenten – ermöglicht werden. 12

Diensteanbieter im o. g. Sinne ist, wer ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt (vgl. § 3 Nr. 6 TKG [Anm. d. Gerichts: in der Fassung vom 22. Juni 2004, für den hier maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Art. 10 Abs. 12 des Gesetzes zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen vom 30. November 2017 (BGBl. I S. 3618) – TKG 2004]). Entsprechend der bisherigen Verwaltungspraxis betrifft dies insbesondere Unternehmen, die nicht über eigene Mobilfunkinfrastruktur verfügen. Darüber hinaus wird erwogen, die Verpflichtung an die zukünftigen Marktentwicklungen anzupassen und dahingehend zu konkretisieren, dass sich auch Unternehmen mit eigener Infrastruktur hierauf berufen können. Dies würde es Diensteanbietern ermöglichen, auf der Grundlage eigener Infrastrukturen innovative Dienste zu entwickeln, um an künftigen Entwicklungen wie 5G zu partizipieren. 13

Die Diensteanbieter tragen mit ihren Mobilfunkangeboten seit Beginn der Liberalisierung Anfang der 1990er Jahre zu einer Stärkung des Wettbewerbs auf Dien-stezebene bei und fördern in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität Verbraucherinteressen. Dieser Rolle könnten sie auch mit Blick auf die Marktdurchdringung mit innovativen Diensten nachkommen, sofern sie entsprechende Vorleistungsprodukte zu Großhandelsbedingungen 14

erhalten.

Die bislang auf der Grundlage der Verpflichtungen aus den UMTS/IMT-2000-Lizenzen geltenden Diensteanbieterverpflichtungen laufen mit dem Ablauf der Befristung der entsprechenden Frequenzzuteilungen im Jahr 2020 aus. Auch wenn mit dem Wegfall einer entsprechenden Verpflichtung weiterhin die Möglichkeit besteht, dass Diensteanbieter auf der Grundlage der Privatautonomie entsprechende Vereinbarungen mit Frequenzzuteilungsnehmern abschließen und so ihre Kunden weiterhin mit Mobilfunkdienstleistungen versorgen können, erscheint die Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung nach Auswertung der erfolgten vertieften Anhörung geboten. 15

Mit den neu zu vergebenden Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz soll daher zur Sicherstellung der Regulierungsziele im Sinne des § 2 TKG [2004] eine Mitnutzungsmöglichkeit durch Diensteanbieter aufrechterhalten werden. Hierdurch kann erreicht werden, dass im Interesse der Verbraucher auch künftig ein Dienstewettbewerb mit innovativen Produkten ermöglicht wird.“ 16

Zur Zahlungsverpflichtung wurde in den Randnummern 215 und 216 ausgeführt, dass die Zahlung des Zuschlagspreises für die Frequenznutzungsrechte grundsätzlich sofort nach Aushändigung des Festsetzungsbescheids fällig sei, also unmittelbar nach der Auktion zu erfolgen habe. Nur für die Frequenznutzungsrechte im Bereich 2 GHz, die erst ab dem Jahr 2026 verfügbar würden, werde ausnahmsweise ein anderer Fälligkeitszeitpunkt erwogen. 17

Die Entscheidungsvorlage vom 15. Januar 2018 enthielt außerdem einen verwaltungsinternen Zeitplan. Danach sollte der Konsultationsentwurf dem Beirat am 29. Januar 2018 vorgestellt werden. Im Anschluss sollte der Entwurf der Präsidentenkammerentscheidung Teil I und II (inklusive „Erwägungen Versorgung und Diensteanbieter“) mit einer vierwöchigen Kommentierungsfrist veröffentlicht werden. Die Beschlussfassung war für den 14. Mai 2018 vorgesehen. Zeitgleich sollte der Entwurf der Präsidentenkammerentscheidung Teil III und IV mit einer sechswöchigen Frist zur Kommentierung veröffentlicht werden. Dessen Beschlussfassung war für Ende Juni 2018 avisiert. 18

Unter dem 18. Januar 2018 übersandte der Präsident der BNetzA dem Beirat den Konsultationsentwurf inklusive Anlage. Parallel wurde der Länderarbeitskreis Telekommunikation, Informationswirtschaft, Post (fortan: LAK) informiert. 19

Mit Schreiben vom 23. Januar 2018 zog Präsident H. die Anlage „Erste Erwägungen für die Vergabebedingungen und Auktionsregeln“ gegenüber dem Beirat zurück. Hierzu führte er aus: 20

„in der kommenden Sitzung des Beirates steht das Thema der 5G-Frequenzvergabe im Zentrum der Tagesordnung. Wir hatten dem Beirat zur Vorbereitung der Sitzung einen ‚Konsultationsentwurf zur Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang‘ zugesandt, in dem die Knappheit der verfügbaren Frequenzen festgestellt und – als Konsequenz daraus – eine Versteigerung als Vergabeverfahren bestimmt wird. 21

In einer Anlage haben wir außerdem ‚Erste Erwägungen für die Vergabebedingungen und Auktionsregeln‘ beigefügt. Mit diesen ‚Erwägungen‘ ist keine Präjudizierung des für die Beiratssitzung im Mai angestrebten Entscheidungsentwurfs der Präsidentenkammer beabsichtigt. Sie nehmen Gedanken des Länderausschusses auf und dienen ausschließlich 22

als Diskussionsmaterial, um – wie immer wieder im Beirat gewünscht – die Mitglieder des Beirats frühzeitig in die Diskussion einzubeziehen und nicht erst, wenn bereits auch hierfür ein Entscheidungsentwurf vorliegt.

Ersten Reaktionen haben wir entnommen, dass es über den Charakter der ‚Erwägungen‘ 23
offenbar von uns nicht beabsichtigte Missverständnisse gibt. Deshalb ist es mir wichtig,
nochmals nachdrücklich zu betonen, dass sich die Präsidentenkammer durch dieses
Diskussionspapier in keiner Weise festgelegt sieht. Insbesondere ist damit keine
Präjudizierung der künftigen Entscheidung beabsichtigt und daraus auch nicht rechtlich
ableitbar. Im Gegenteil: Die Bundesnetzagentur ist an einer frühzeitigen offenen Diskussion
über mögliche Vergabeauflagen bei der Frequenzversteigerung interessiert, um diese in der
nachfolgenden Entscheidung der Präsidentenkammer berücksichtigen zu können.

Um die weitere Diskussion nicht zu belasten, bitte ich Sie darum, die Anlage mit den 24
‚Erwägungen‘ nicht im Beirat zur Diskussion zu stellen. Wir ziehen die Anlage hiermit
ausdrücklich zurück [...].“

Am gleichen Tag äußerte sich der seinerzeitige Leiter der Abteilung DG - Digitale 25
Gesellschaft beim Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (fortan: BMVI),
Herr Dr. N. O., in einer internen E-Mail über ein Gespräch mit dem seinerzeitigen
Staatssekretär des BMVI,:

„Sts-B hat mir eben mitgeteilt, dass er bereits mit Präsident H. telefoniert habe. Dieser habe 26
ihm versichert, dass er die Vorlage insgesamt zurückziehen werde und ein entsprechendes
Schreiben an den Beirat richten werde. Sts-B wird den Brief nicht versenden. Vereinbart
wurde, dass Ministerium und BNetzA sich zeitnah treffen und die Versorgungsauflagen
einvernehmlich abgestimmt werden sollen.“

In der Beiratssitzung am 29. Januar 2018 bat der Beirat die Präsidentenkammer, erste 27
Erwägungen für die Vergabebedingungen und Auktionsregeln rechtzeitig vor der Sitzung am
12. März 2018 vorzulegen und zur Beratung zu stellen sowie zeitnah nach der Sitzung mit der
öffentlichen Konsultation unter Beteiligung des LAK zu beginnen, damit das
Vergabeverfahren noch in 2018 abgeschlossen werden könne.

Unter dem 1. Februar 2018 informierte der Abteilungsleiter DG den seinerzeitigen 28
Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur, Herrn Andreas Scheuer, gestützt auf
einen Vermerk der Leiterin des Referats DG12 - Frequenzpolitik, über den Sachstand des
Frequenzvergabeverfahrens. In der Vorlage heißt es:

„Im Vorfeld der Beiratssitzung war ein von der Bundesnetzagentur ebenfalls an den Beirat 29
übermitteltes Papier mit ‚Ersten Erwägungen für Vergabebedingungen‘ (u. a. mit Aussagen
zu Versorgungsauflagen) vom BMVI und Vertretern des Beirats wegen unnötiger Präjudize
deutlich kritisiert worden. Das umstrittene Papier wurde von der BNetzA daraufhin vor der
Beiratssitzung offiziell zurückgezogen. BMVI steht im weiteren Verlauf zu den politisch
relevanten Themen in einem informellen Austausch mit der BNetzA, über den politische
Zielsetzungen in den weiteren Entscheidungsprozess eingebracht werden.“

Am selben Tag notierte die BNetzA in einem verwaltungsinternen Zeitplan, dass die ersten 30
Erwägungen für die Vergabebedingungen und Auktionsregeln „im Lichte der Diskussion im
Beirat und des politischen Umfeldes (BMVI, LAK, Koalitionsvereinbarungen)“ bis zum 15.
Februar 2018 überarbeitet werden sollten. Am 2. Februar 2018 war ein Termin der BNetzA
beim BMVI vorgesehen, am 6. Februar 2018 ein Termin mit dem BMVI und dem LAK. Nach

dem Abschluss der internen Abstimmung sollte die neue Fassung am 16. Februar 2018 dem BMVI und dem LAK zugehen. Für den 19. Februar 2018 war ein Termin des Vizepräsidenten Dr. E. mit dem Abteilungsleiter DG beim BMVI vorgesehen. Im Anschluss sollte der Versand an den LAK und den Beirat erfolgen. Nach der Beiratssitzung am 12. März 2018 sollten die neu gefassten Erwägungen mit vierwöchiger Kommentierungsfrist veröffentlicht werden.

Auf Seiten des BMVI hieß es in einer Notiz zur Vorbereitung des Gesprächs mit der BNetzA am 2. Februar 2018, dass der Termin auf eine Vereinbarung zwischen Präsident H. und Staatssekretär B. zurückgehe. Ziel sei es, den fachlichen Dialog zwischen BNetzA und BMVI zu vertiefen. Politisches Ziel sei u. a. die flächendeckende Mobilfunkversorgung. In einer anschließenden internen E-Mail des BMVI über die Ergebnisse des Gesprächs wurde der weitere Zeitplan dargestellt, der im Wesentlichen dem Zeitplan der BNetzA vom 1. Februar 2018 entsprach. Der Entscheidungsentwurf zu den Versorgungsaufgaben war danach für die Beiratssitzung am 25. Juni 2018 avisiert. Des Weiteren wurde von Seiten des BMVI notiert, dass das nächste Erwägungspapier zu den Versorgungsaufgaben einen „optimistischeren Duktus“ haben solle. 31

Über das Gespräch vom 6. Februar 2018 notierte das BMVI in einer internen E-Mail, dass das LAK Empfehlungen an die BNetzA senden werde mit Anpassungen bezüglich Erhöhung der Versorgungsqualität, Lückenschluss und Ausbau der mobilen Infrastruktur entlang der Verkehrswege. Die Vorschläge für Versorgungsaufgaben würden in den Erwägungen aufgegriffen werden. 32

Am 7. Februar 2018 wurde der Konsultationsentwurf zur Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang im Amtsblatt der BNetzA veröffentlicht und zur Kommentierung gestellt. 33

Ebenfalls am 7. Februar 2018 schlossen die Parteien CDU, CSU und SPD einen Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode. Darin wurde im Kapitel „Digitalisierung“ in den Zeilen 1672 bis 1678 vereinbart: 34

„Die Lizenzvergabe werden wir mit Ausbauforderungen kombinieren, um bestehende Funklöcher zu schließen und 5G dynamisch aufzubauen. Es muss die Vorgabe gelten: Neue Frequenzen nur gegen flächendeckende Versorgung. Denn innovative, zukunftsfähige Mobilitätsangebote werden gerade für Menschen im ländlichen Raum nur möglich sein, wenn eine Versorgung mit der neuesten Mobilfunktechnologie (5G) an Bundesfernstraßen und in zeitlicher Perspektive abgestuft auch im nachgeordneten Straßennetz und an allen Bahnstrecken sichergestellt ist.“ 35

In den Zeilen 1686 bis 1688 hieß es weiter: 36

„Wir werden bestehende Funklöcher und weiße Flecken beim Mobilfunk und mobilen Internet zügig schließen und dazu mit den Ländern und den Mobilfunkanbietern eine bundesweite Gesamtstrategie erarbeiten.“ 37

Unter dem 9. Februar 2018 legte der LAK sein Arbeitspapier über Auflagen für die Frequenzvergabe vor. Danach solle erstens die Versorgungsqualität der Bevölkerung stufenweise erhöht werden, um den steigenden Anforderungen an Kapazität und Verfügbarkeit mobiler Breitbandservices Rechnung zu tragen. Hierzu sollten bis Ende 2022 98 % der Haushalte mit einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s je Antennensektor abgedeckt werden, bis Ende 2025 mit 300 Mbit/s. Zweitens solle ein Lückenschluss der Ende 2019 noch 38

verbleibenden weißen Flecken in der Mobilfunkversorgung in zusammenhängend bebauten Gebieten erfolgen. Da ein Mobilfunkstandort in diesen Gebieten häufig nicht wirtschaftlich erfolgen könne, sollten monetäre Anreizsystem und regulatorische Maßnahmen zur Unterstützung des Lückenschlusses durch den Bund geprüft werden. Drittens solle die mobile Infrastruktur entlang der Verkehrswege ausgebaut werden, um die Qualität der Mobilfunkinfrastruktur in der Fläche weiter zu verbessern und Infrastruktur für zukünftige mobile 5G-Services bereitzustellen. Hierzu sollten bis Ende 2025 alle Bundesautobahnen und ICE-Trassen auf 5G aufgerüstet werden. Soweit rechtlich und tatsächlich möglich und wirtschaftlich zumutbar sollte außerdem bis Ende 2022 alle Bundesstraßen sowie alle EC/IC- und Regionalbahnstrecken abgedeckt werden und bis Ende 2025 alle Land- oder Staatsstraßen, Regionalbahnstrecken und Wasserstraßen von überregionaler Bedeutung. Entlang dieser Verkehrswege solle schließlich sukzessive weiterer 5G-Ausbau erfolgen.

Unter dem 15. Februar 2018 legte der Abteilungsleiter 2 der Präsidentenkammer die überarbeiteten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln vor. Basierend auf den Vorschlägen des LAK vom 9. Februar 2018 seien die Versorgungsaufgaben erhöht worden. Die Vorschläge des LAK seien vollständig abgebildet. Die Erwägungen wichen insoweit von der ersten Fassung ab. Zudem seien die Erwägungen hinsichtlich der Diensteanbieter „ergebnisoffener“ formuliert worden. Diesbezüglich fanden sich nunmehr unter der Überschrift „Diensteanbieter“ in den Randnummern 14 bis 19 folgende geänderte Ausführungen: 39

„Es wird erwogen, den Frequenzzuteilungsinhabern eine Verpflichtung aufzuerlegen, wonach diese geeigneten Diensteanbietern diskriminierungsfrei Funkkapazitäten bereitzustellen haben, [...]. Die von den Zuteilungsinhabern bereitzustellenden Leistungen für Mobilfunkdienste würden sich demzufolge nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränken, da die Frequenzen technologie- und diensteneutral zugeteilt werden.“ 40

[...] Hiernach wären den Diensteanbietern nicht nur der Wiederverkauf, sondern auch die Entwicklung eigener innovativer Produkte – ggf. auf der Grundlage eigener Netzkomponenten – zu ermöglichen. [...] 41

Auch wenn mit dem Wegfall einer entsprechenden Verpflichtung weiterhin die Möglichkeit besteht, dass Diensteanbieter auf der Grundlage der Vertragsfreiheit entsprechende Vereinbarungen mit Frequenzzuteilungsnehmern abschließen und so ihre Kunden weiterhin mit Mobilfunkdienstleistungen versorgen können, wird die Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung nach Auswertung der erfolgten vertieften Anhörung erwogen. 42

Die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung kann einen Beitrag zur Sicherstellung der Regulierungsziele nach § 2 TKG [2004] erbringen, welcher im Interesse eines künftigen Dienstewettbewerbs mit innovativen Produkten liegt und damit aufgrund einer größeren Angebotsvielfalt dem Wohl des Verbrauchers dient.“ 43

Unter dem 16. Februar 2018 übersandte der Abteilungsleiter 2 die überarbeiteten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln auch dem BMVI. 44

Mit E-Mail vom 26. Februar 2018 übersandte die Referatsleiterin DG12 beim BMVI der BNetzA eine E-Mail mit „geringfügige[n] Ergänzungs-/Anpassungsvorschläge[n]“ zu den Erwägungen der BNetzA. Diese hätten sich aus einem Gespräch zwischen dem Abteilungsleiter DG und Vizepräsident Dr. E. am 16. Februar 2018 ergeben. Vorgeschlagen wurde u. a., den Begriff „diskriminierungsfrei Frequenzkapazitäten bereitstellen“ zu 45

konkretisieren. In Randnummer 14 der Erwägungen wurde zudem das Verb „bereitstellen“ durch „anbieten“ ersetzt.

Unter dem 5. März 2018 übersandte der Präsident der BNetzA dem Beirat die Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln. Hinsichtlich der Diensteanbieter entsprachen die Randnummern 14 bis 19 der Fassung der BNetzA vom 15. Februar 2018. Des Weiteren wurde in dem Schreiben dargestellt, dass die Erwägungen nach der Beiratssitzung am 12. März 2018 mit einer vierwöchigen Kommentierungsfrist zur öffentlichen Konsultation gestellt werden sollten. Ausweislich eines internen Zeitplans der BNetzA vom 26. Februar 2018 sollte der Entwurf der Präsidentenkammerentscheidung Teil III und IV sodann am 11. Juni 2018 an den Beirat versendet werden, rechtzeitig vor der Beiratssitzung am 25. Juni 2018. 46

In einem internen Sprechzettel des BMVI vom 9. April 2018 zur Vorbereitung eines Gesprächs mit Präsident H. wurde notiert, dass der für Ende Juni / Anfang Juli geplante Mobilfunkgipfel des Ministeriums atmosphärisch erheblich belastet würde, wenn die BNetzA im Frequenzvergabeverfahren wie geplant Mitte Mai die erste finale Teilentscheidung verkünden würde. Das BMVI erwarte von der BNetzA ein in zeitlicher Hinsicht koordiniertes Vorgehen. Der Koalitionsvertrag sehe zur Schließung von Funklöchern vor, dass der Bund mit den Ländern und Mobilfunkanbietern eine bundesweite Gesamtstrategie erarbeite. Das BMVI wolle die BNetzA in die Erarbeitung dieser Gesamtstrategie intensiv einbinden. Die BNetzA tue sich allerdings schwer damit, dass das BMVI aufgrund seiner politischen Verantwortung für dieses „hochsensible Thema“ die Leitlinien etwa für die Versorgungsaufgaben mitbestimmen wolle. Die BNetzA werde voraussichtlich auf rechtliche Risiken hinweisen, die aus Sicht des BMVI aber „händelbar“ seien. 47

Am 11. April 2018 fand ein Gespräch zwischen Vizepräsident Dr. E. und Staatssekretär B. statt. In der Nachbereitung erarbeitete eine Referentin im Präsidiumsbüro des Vizepräsidenten unter dem 12. April 2018 ein Schema zu der Frage, welche Themen auf dem Mobilfunkgipfel des BMVI möglich seien, ohne das laufende Frequenzvergabeverfahren der BNetzA zu gefährden. In grüner Schrift wurde dargelegt, dass politische Zielvorgaben und begleitende Maßnahmen zur besseren Versorgung wie Fördermaßnahmen oder Ausbauprogramme möglich seien, weil sie kein Präjudiz für das Frequenzvergabeverfahren hätten. In roter Schrift wurde dargelegt, dass Details zur konkreten Umsetzung („Wie“), die für den Abwägungsprozess relevant seien, sowie kartellrechtlich relevante Vereinbarungen, z. B. Verlängerung von Frequenzen, nicht möglich seien. Andernfalls müsse die BNetzA das laufende Verfahren mit Blick auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 26. Juli 2017 (Rs. C-560/15) abbrechen und ein neues Verfahren durchführen. Ausweislich der Erläuterungen bestehe ein hohes Prozessrisiko, wenn Ergebnisse des Mobilfunkgipfels Eingang in die Entscheidung der BNetzA fänden. Es bestünde der Anschein einer weisungsgemäßen Umsetzung. Es werde empfohlen, den Beirat (wie geplant) in der Sitzung am 14. Mai 2018 mit den Teilentscheidungen I und II zu befassen. Nach Durchführung des Mobilfunkgipfels könne der Beirat in der Sitzung am 24. September 2018 dann mit den Teilentscheidung III und IV befasst werden. 48

Am 7. Mai 2018 fand die mündliche Anhörung der Präsidentenkammer zum Konsultationsentwurf zur Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang statt. 49

Am 14. Mai 2018 folgte die Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA über Anordnung und Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang. Die Entscheidung beinhaltete (I.) die Anordnung 50

des Vergabeverfahrens und (II.) die Wahl des Versteigerungsverfahrens.

Mit Beschluss vom 25. Juni 2018 stellte der Beirat bei der BNetzA dar, welche Anforderungen an die Mobilfunknetze er zur weiteren Erhöhung der Versorgungsqualität und -dichte als notwendig ansehe: Bei den Haushalten sollten 98 % bis Ende 2022 mit einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s je Antennensektor versorgt sein und bis Ende 2025 mit 300 Mbit/s. Bundesautobahnen und Bundesstraßen sollten bis Ende 2022 eine 5G-Netzabdeckung aufweisen. Das gleiche solle bis Ende 2024 für Landes- und Staatsstraßen, bis Ende 2025 für Kreisstraßen und bis Ende 2027 für Gemeindestraßen gelten. Dabei dürften je nach Anwendung Downloadraten von mind. 100 Mbit/s und eine Latenz von mind. 10-20 ms als Orientierung dienen. Auch das Schienennetz solle mit 5G abgedeckt werden und zwar die ICE-Trassen und Transeuropäischen Netzstrecken bis Ende 2022 und die EC/IC- und Regionalbahnstrecken sowie der Schienenpersonennahverkehr bis Ende 2024. Notwendig sei auch eine 5G-Netzabdeckung der Wasserstraßen des Bundes (Kernnetz).

Am 10. Juli 2018 fand bei der BNetzA eine Besprechung mit Diensteanbietern statt. Von Seiten der Diensteanbieter nahmen u. a. Vertreter der Klägerinnen und der EWE TEL GmbH, darunter der Zeuge M., teil. Von Seiten der BNetzA nahm u. a. der Abteilungsleiter 2 teil. Über die Besprechung fertigte die BNetzA ein Protokoll mit dem Betreff „Zukunft der Diensteanbieterverpflichtung, Neueinsteigerinteressen; Anhörung der Präsidentenkammer zur 5G-Versteigerung“. In dem Protokoll wurde der Vortrag der Diensteanbieter zum Fortbestand einer Diensteanbieterverpflichtung und der Berücksichtigung von Neueinsteigerinteressen zusammengefasst. Die Diensteanbieter hätten angekündigt, sich im Rahmen der Anhörung der Präsidentenkammer am 13. Juli 2018 vehement für diese Punkte einzusetzen.

Am Abend des 11. Juli 2018 wandte sich ein Vertreter der EWE TEL GmbH per E-Mail an den Abteilungsleiter 2. Er zeigte sich besorgt über den anstehenden Mobilfunkgipfel, der sich nicht auf 4G beschränke, sondern auch 5G in den Blick nehme und „investitionsfördernde Rahmenbedingungen“ verspreche. Der Bund strebe einen Tag vor der mündlichen Anhörung der BNetzA bereits feste Vereinbarungen an. Es werde gehofft, dass sich die BNetzA bei dem Gipfel deutlich gegen jede Vorfestlegung zur Wehr setze.

Am 12. Juli 2018 fand im BMVI der Mobilfunkgipfel unter Leitung von Bundesminister Scheuer statt. Eingeladen waren neben dem Präsidenten der BNetzA die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber sowie Vertreter der Bundesländer und Kommunen. Nicht eingeladen waren z. B. andere Bundesministerien, Diensteanbieter wie die Klägerinnen, oder andere Telekommunikationsunternehmen.

In der im Anschluss veröffentlichten „Gemeinsamen Erklärung zum Mobilfunkgipfel“ erklärten sich die Mobilfunknetzbetreiber u. a. bereit, bei „investitionsfördernden Rahmenbedingungen“ Versorgungslücken in besiedelten Gebieten zu schließen, die nach einer Erfüllung der geltenden Versorgungsaufgaben verblieben. Des Weiteren erklärten sie sich bereit, nach Evaluierung der abschließenden Bedingungen im Rahmen des laufenden Frequenzvergabeverfahrens bis Ende des Jahres konkrete Erschließungszusagen gegenüber dem Bund abzugeben. Bund, Länder und Kommunen sagten zu, „investitionsfördernde und -sichernde Rahmenbedingungen“ für den Ausbau der Mobilfunknetze zu schaffen sowie wirksame Anreize für einen beschleunigten und effizienten Ausbau der Mobilfunknetze herbeizuführen. Dies beinhaltete u. a. für den Bund den Aufschub des Zahlungsbegins und die Stundung der Zahlung (Ratenzahlung) der Auktionserlöse für Netzbetreiber, die verbindliche kooperative Erschließungszusagen abgeben.

Laut den Vorbereitungsunterlagen des Referats DG12 beim BMVI vom 9. Juli 2018 war die Gipfelerklärung bereits zuvor mit den Beteiligten ausgehandelt worden. In der Präambel werde 5G erwähnt. Zwar erfolge der Mobilfunklückenschluss nicht auf Basis von 5G, der Bezug solle aber signalisieren, dass die Bundesregierung das parallele Frequenzvergabeverfahren berücksichtige. Die von den Mobilfunknetzbetreibern geforderten „investitionsfördernden Rahmenbedingungen“ würden im parallel laufenden Frequenzvergabeverfahren festgelegt. Konkret werde u. a. eine Abkehr von einer Diensteanbieterverpflichtung gefordert. Darüber entscheide aber die BNetzA als zuständige unabhängige Regulierungsbehörde. Informell habe die BNetzA angedeutet, dass eine allen Interessen Rechnung tragende ausgewogene Entscheidung auch den Forderungen der Mobilfunknetzbetreiber in einem vertretbaren Maß Rechnung tragen könne. Denkbar sei etwa, dass der Zugang für einen gewissen Zeitraum auf LTE (4G) beschränkt werde, oder eine reine Verhandlungspflicht mit dem Vorbehalt, nachträglich eine Diensteanbieterverpflichtung aufzuerlegen, wenn das auf Freiwilligkeit basierte Regime nicht ausreiche.

Für die BNetzA nahm Präsident H. an dem Mobilfunkgipfel teil. Begleitet wurde er vom Referatsleiter für Grundlagen der Frequenzvergabe und Frequenzzuteilung. Präsident H. unterzeichnete weder die „Gemeinsame Erklärung zum Mobilfunkgipfel“ noch nahm er am abschließenden Gruppenfoto teil. In einer vorangegangenen internen Gesprächsvorbereitung wurde zur Diensteanbieterregelung ausgeführt, dass diese Gegenstand der noch zu treffenden Präsidentenkammerentscheidung sei. Die Präsidentenkammer sehe einerseits, dass Diensteanbieter wesentlich zum Wettbewerb beitragen könnten. Andererseits könnten harte Zugangsverpflichtungen nur auferlegt werden, wenn der Netzbetreiber marktbeherrschend sei. Ziel der BNetzA sei es, dass Diensteanbieter auch in Zukunft zum Wettbewerb beitragen könnten. Zu den Zahlungsmodalitäten wurde festgestellt, dass die in der Gipfelerklärung vorgesehenen Modalitäten von den bisherigen Erwägungen der Präsidentenkammer abweichen. Die in der Gipfelerklärung vorgesehene Ratenzahlung könne das Ergebnis der Versteigerung exogen beeinflussen, sollten nicht alle Beteiligten Erschließungszusagen abgeben.

57

Am 13. Juli 2018 führte die BNetzA die mündliche Anhörung zu den wesentlichen frequenzregulatorischen Aspekten des Vergabeverfahrens durch.

58

Im Anschluss bestand die Möglichkeit zur ergänzenden schriftlichen Stellungnahme. Hiervon machte die Klägerin zu 2. mit am 25. Juli 2018 bei der BNetzA eingegangenen Schriftsatz Gebrauch. Sie äußerte die Erwartung, dass sich die BNetzA dem politischen Druck, der durch angebliche Mobilfunkgipfel außerhalb des dafür vorgesehenen Verfahrens und unter Ausschluss der Diensteanbieter erzeugt werde, nicht beuge. Sie führte weiter aus, dass eine Diensteanbieterverpflichtung für sie unverzichtbar sei und beantragte, im Einzelnen ausformulierte Regelungen zur Diensteanbieterverpflichtung in die Entscheidung aufzunehmen. Hilfsweise beantragte sie, die in den UMTS/IMT-2000-Lizenzen (fortan: UMTS-Lizenzen) enthaltenen Regelungen zur Diensteanbieterverpflichtung aufzunehmen.

59

In einer Informationsvorlage vom 17. August 2018 fasste der Abteilungsleiter 2 die Kernaussagen der ergänzenden schriftlichen Stellungnahmen zusammen. Mit Blick auf den Mobilfunkgipfel würden die Mobilfunknetzbetreiber investitionsfreundliche Rahmenbedingungen fordern, insbesondere würden strenge Versorgungsaufgaben, Diensteanbieter- und Neueinsteigerregelungen abgelehnt. Diensteanbieter hätten darauf hingewiesen, dass eine Berücksichtigung des Mobilfunkgipfels durch die Präsidentenkammer eine sachfremde Erwägung darstelle. Es sei positiv hervorgehoben worden, dass der

60

Präsident die Gipfelerklärung nicht unterzeichnet habe. Hinsichtlich der Diensteanbieterregelung hielten die Mobilfunknetzbetreiber eine solche nicht für erforderlich, da Verträge auf Grundlage freier Verhandlungen abgeschlossen würden. Diensteanbieter forderten demgegenüber konkrete Verpflichtungen, da die derzeitigen Verträge nur auf Grundlage der geltenden Diensteanbieterverpflichtung abgeschlossen worden seien.

Unter dem 30. August 2018 übersandte der Präsident der BNetzA dem Beirat eine Kurzfassung der wesentlichen regulatorischen Aspekte von Vergaberegeln. Unter der Überschrift „Wettbewerb auf der Dienste-Ebene erhalten und fördern“ wurde ausgeführt, dass die im Jahr 2000 auferlegte Diensteanbieterverpflichtung am 31. Dezember 2020 auslaufen werde. Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung setze das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf Seiten der Netzbetreiber voraus. Diese sei bislang weder vom Bundeskartellamt noch von der BNetzA festgestellt worden. Allerdings unterlägen die Netzbetreiber einem Diskriminierungsverbot, d. h. sie dürften ihren eigenen Vertrieb grundsätzlich nicht besser stellen als die Diensteanbieter, es sei denn, für die unterschiedliche Behandlung liege eine sachliche Rechtfertigung vor. Ein Abschluss- und Kontrahierungszwang sei damit zwar nicht verbunden. Aus dem Diskriminierungsverbot für die Netzbetreiber folge aber ein Verhandlungsgebot und für die BNetzA die Befugnis, in Fällen von Verstößen einzugreifen, also eine „Schiedsrichterrolle“ auszuüben.

61

Am 3. September 2018 fand im BMVI ein Gespräch von Bundesminister Scheuer mit Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. statt. Auf Fachebene nahmen auf Seiten des BMVI u. a. der Abteilungsleiter DG und auf Seiten der BNetzA der Abteilungsleiter 2 teil. In einer internen Gesprächsvorbereitung des BMVI wurde notiert, dass die Vorschläge der BNetzA deutlich hinter den politischen Vorstellungen zurückblieben, wie sie im Koalitionsvertrag und im Beiratsbeschluss vom 25. Juni 2018 niedergelegt seien. Es sei nicht akzeptabel, dass die BNetzA die politischen Zielsetzungen im Hinblick auf ambitionierte Versorgungsaufgaben nicht berücksichtigt habe. Konkret fehlten Vorgaben zu Land-, Kreis- und Gemeindestraßen sowie Wasserstraßen. Es solle die politische Erwartung verdeutlicht werden, dass Ende September ambitioniertere Versorgungsaufgaben zur Anhörung gestellt würden. Zudem solle der Konsultationsentwurf keine Regelungen enthalten, die zu Überschneidungen mit den im Rahmen des Mobilfunkgipfels in Aussicht gestellten Erschließungszusagen führten. Für die Erfüllung der Auflagen des Mobilfunkgipfels würden den Unternehmen seitens des Bundes Zahlungserleichterungen gewährt. Es solle vorgeschlagen werden, vor Versand des endgültigen Konsultationsentwurfs Möglichkeiten der Kooperation auf Fachebene zu führen. Der Konsultationsentwurf solle dem BMVI spätestens drei Tage vor Versand zur Verfügung gestellt werden, damit noch Möglichkeiten zum Austausch verblieben. Zugleich respektiere das BMVI die Unabhängigkeit der BNetzA.

62

Laut einem internen Zeitplan der BNetzA vom 5. September 2018 war die Veröffentlichung des Entwurfs der Präsidentenkammerentscheidung Teil III und IV mit dreiwöchiger Kommentierungsfrist nunmehr im Anschluss an die Beiratssitzung vom 24. September 2018 geplant. Die endgültige Entscheidung sollte nach der Beiratssitzung am 26. November 2018 veröffentlicht werden.

63

Unter dem 17. September 2018 legte der Abteilungsleiter 2 der Präsidentenkammer den Konsultationsentwurf einer Präsidentenkammerentscheidung zu den Vergabebedingungen (III) und Auktionsregeln (IV) vor.

64

Zu den Versorgungsverpflichtungen enthielten die Ziffern III.4.3 bis III.4.8 des Konsultationsentwurfs folgende Regelungen:

65

66

- „3. Versorgungsverpflichtung Haushalte Der Zuteilungsinhaber muss bis zum 31. Dezember 2022 eine Abdeckung von mindestens 98 % der Haushalte in jedem Bundesland mit einer Übertragungsrate von mindestens 100 Mbit/s (Megabit pro Sekunde) im Downlink im Antennensektor erreichen.
4. Versorgungsverpflichtung Schienen Für fahrgaststarke Bahnstrecken ist durch den Zuteilungsinhaber bis zum 31. Dezember 2022 eine vollständige Versorgung mit einer Übertragungsrate von mindestens 50 Mbit/s im Antennensektor zu erreichen. [...] 67
5. Versorgungsverpflichtung „weiße Flecken“ Zuteilungsnehmer im Bereich 2 GHz sind verpflichtet, 500 Basisstationen mit mindestens 100 Mbit/s in zuvor definierten „weiße Flecken“ bis zum 31. Dezember 2022 in Betrieb zu nehmen. Je Bundesland ist entsprechend dem flächenmäßigen Anteil am Bundesgebiet auszubauen. Dabei sind pro Jahr mindestens 100 Basisstationen in Betrieb zu nehmen. 68
6. Versorgungsverpflichtung „5G-Basisstationen“ Zuteilungsnehmer im Bereich 3,6 GHz sind verpflichtet, 500 Basisstationen bis zum 31. Dezember 2022 in Betrieb zu nehmen und für 5G-Anwendungen bereitzustellen. Je Bundesland ist entsprechend dem flächenmäßigen Anteil am Bundesgebiet auszubauen. 69
7. Versorgungsverpflichtung Straßen Für Bundesautobahnen und Bundesstraßen ist durch den Zuteilungsinhaber des Frequenzblocks im Umfang von 2 x 10 MHz (gepaart) im Bereich 2 GHz bis zum 31. Dezember 2022 eine vollständige Versorgung mit 100 Mbit/s im Antennensektor zu erreichen. 70
8. Versorgungsverpflichtung Neueinsteiger Neueinsteiger haben einen Versorgungsgrad der Haushalte von mindestens 25 % innerhalb von drei Jahren und mindestens 50 % innerhalb von fünf Jahren ab Verfügbarkeit der ersteigerten Frequenzen zu erreichen.“ 71
- In Randnummer 201 des Konsultationsentwurfs wurde ausgeführt, dass weitergehende Auflagen, z. B. für Land-, Kreis- und Gemeindestraßen nicht auferlegt werden könnten, da die hiermit verbundenen Ausbaurkosten außer Verhältnis zum Wert der vergebenen Frequenzen stünden. 72
- Die Diensteanbieterregelung war in Ziffer III.4.11 des Konsultationsentwurfs als Verhandlungsgebot ausgestaltet. In der Entscheidungsvorlage wurde hierzu angemerkt, dass der erneuten Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung entgegenstehe, dass die dafür erforderliche beträchtliche Marktmacht bei den Netzbetreibern nicht festgestellt worden sei. Diese Begründung entsprach auch Randnummer 217 des Konsultationsentwurfs. 73
- Zu den Mindestgeboten wurde in der Entscheidungsvorlage notiert, dass sich diese am wirtschaftlichen Wert der Frequenzen orientierten und insbesondere die aus den Versorgungsaufgaben folgende Kostenbelastung berücksichtigten. 74
- Hinsichtlich der Zahlungsverpflichtung sah Ziffer IV.4.1 des Konsultationsentwurfs – und Randnummer 489 der Begründung – eine Fälligkeit von 65 Bankarbeitstagen nach Zuschlag vor. Dies entsprach einem vorangegangenen Vorschlag des BMVI und des Bundesministeriums für Finanzen (fortan: BMF). Ausweislich eines Schreibens der beiden Bundesministerien an die BNetzA vom 6. September 2018 seien auf dem Mobilfunkgipfel Zahlungserleichterungen für Netzbetreiber, die verbindliche Erschließungszusagen abgeben, in Aussicht gestellt worden. Dies mache eine Koordinierung der Ergebnisse des Mobilfunkgipfels mit den Vorgaben der BNetzA zum Frequenzvergabeverfahren erforderlich. 75

Zu diesem Zweck habe am 19. Juli 2018 im BMVI eine Besprechung mit dem BMF und der BNetzA stattgefunden. Als Ergebnis dieses Gesprächs schlugen BMF und BMVI vor, dass die Zahlung der Zuschlagspreise 65 Bankarbeitstage nach Abschluss der Versteigerung erfolge. Ausweislich eines Schreibens des BMF an das BMVI vom 27. Juli 2018 eröffne dies die Möglichkeit, dass die erfolgreichen Bieter nach Abschluss der Versteigerung binnen 60 Bankarbeitstagen mit dem Bund den Aufschub des Zahlungsbeginns und die Stundung der Zahlung (Ratenzahlung) der Auktionserlöse vereinbarten, wenn sie sich im Gegenzug verbindlich zu Maßnahmen und Investitionen zur Schließung der Funklöcher verpflichteten. In einer internen E-Mail des BMVI vom 20. Juli 2018 wurde außerdem vermerkt, dass solche Vereinbarungen nicht schon vor der Auktion geschlossen werden könnten, weil es sonst zu einer Verzerrung des Bieterwettbewerbs käme. Die BNetzA habe deutlich gemacht, keine Sonderregelungen für den Fall einer Vereinbarung aufnehmen zu können. Die Erschließungszusagen müssten vollständig getrennt vom Frequenzvergabeverfahren laufen. Möglich sei aber, für alle Auktionsteilnehmer ein späteres Fälligkeitsdatum vorzusehen.

Unter dem 18. September 2018 übersandte der Präsident der BNetzA dem Beirat den Konsultationsentwurf der Präsidentenkammer zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln (Teilentscheidungen III und IV). 76

In den Vorbereitungsunterlagen der BNetzA für die Beiratssitzung am 24. September 2018 wurde zu der Frage, weshalb die BNetzA hinter den Forderungen des Beirats zurückgeblieben sei, notiert, dass untersucht worden sei, ob die Versorgungsanforderungen verhältnismäßig seien, also den geschätzten wirtschaftlichen Wert der Frequenzen überstiegen. Die entsprechenden Kostenschätzungen habe das Wissenschaftliche Institut für Kommunikationsdienste und Infrastruktur (fortan: WIK) vorgenommen. Über Auflagen in Bezug auf Wasserwege sei noch nicht abschließend entschieden. Allerdings seien im mehrjährigen Verlauf des Frequenzvergabeverfahrens keine entsprechenden Bedarfe vorgetragen worden. Zu den Diensteanbietern wurde notiert, dass eine Rechtsgrundlage für die erneute Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung fehle. 77

Am 20. September 2018 fand ein Gespräch des Chefs des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun mit Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. über das Frequenzvergabeverfahren statt. 78

In den Vorbereitungsunterlagen des Bundeskanzleramts (fortan: BKAmt) wurde angemerkt, dass der Konsultationsentwurf der BNetzA weit hinter dem Beiratsbeschluss vom 25. Juni 2018 zurückbleibe und auch im politischen Raum stark kritisiert werde. Die BNetzA als Regulierungsbehörde sei unabhängig, was von der Bundesregierung respektiert werde. Es könne aber nochmals auf die Kernpunkte Sicherstellung der Flächenversorgung, Entwicklungspfad zu 5G-Netzen, Instrumente und Anreize für kooperativen Ausbau sowie Wettbewerb auf Diensteanbierebene hingewiesen werden. 79

Am 24. September 2018 veröffentlichte die BNetzA auf ihrer Internetseite den Konsultationsentwurf einer Entscheidung der Präsidentenkammer über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz. Die Veröffentlichung im Amtsblatt der BNetzA erfolgte am 4. Oktober 2018. Der Konsultationsentwurf entsprach hinsichtlich der Versorgungsaufgaben, der Diensteanbieterregelung, der Mindestgebote und der Zahlungsverpflichtung der Fassung vom 17. September 2018. 80

Am 26. September 2018 fand ein Gespräch zwischen Präsident H. und der seinerzeitigen Staatsministerin im BKAm und Beauftragten der Bundesregierung für Digitalisierung, Frau K., statt. In einer internen Gesprächsvorbereitung der BNetzA hieß es, dass hinsichtlich der Diensteanbieter ein Verhandlungsgebot vorgesehen sei, da eine Zugangsverpflichtung beträchtliche Marktmacht voraussetze.

Unter dem 5. Oktober 2018 beauftragte die BNetzA das WIK mit einer Kostenschätzung hinsichtlich einer Versorgungsaufgabe für Landstraßen. Grundlage der internen Diskussion sei der Beiratsbeschluss vom 25. Juni 2018 gewesen. 82

Am 8. Oktober 2018 trat Vizepräsident Dr. E. auf dem FDP-Fachkongress zur Mobilfunkversorgung auf. In einem intern vorbereiteten Sprechzettel wurde festgehalten, dass sich die BNetzA hinsichtlich der Versorgungsverpflichtungen nach wie vor im Prozess der Entscheidungsfindung befinde. Es sei bereits ein ausgewogener Entscheidungsentwurf vorgestellt worden. Dieser verlange den Netzbetreibern zwar einiges an Verpflichtungen ab. Das Gesamtpaket sei aber verhältnismäßig. Die nunmehr eingehenden Kommentare würden eingehend bewertet und in die Entscheidungsfindung einbezogen. Die Diensteanbieterregelung sei als Verhandlungsgebot vorgesehen. Für die erneute Auferlegung der Diensteanbieterverpflichtung fehle eine belastbare Rechtsgrundlage. 83

Am 11. Oktober 2018 fand ein Gespräch zwischen dem Chef des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun und den Bundesministern Altmaier und Scheuer zu den politischen Forderungen an das Frequenzvergabeverfahren statt. 84

In einem Sprechzettel des BMVI wurde wiederholt, dass der Konsultationsentwurf der BNetzA hinter dem Koalitionsvertrag zurückbleibe. Es bedürfe in maßvollem Umfang Anpassungen an die Vergabebedingungen, insbesondere bei den Versorgungsaufgaben und Kooperationsanreizen, damit gegenüber der Öffentlichkeit die konsequente Umsetzung der politischen Zielsetzungen im Koalitionsvertrag plausibel erklärbar sei. Auf Fachebene sei zwischen dem BMVI, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (fortan: BMWi) und dem BKAm ein Optimierungskatalog (der sog. Fünf-Punkte-Plan) konsentiert worden. Umstrittene Themen wie die vom BMWi weiterhin geforderte schärfere Diensteanbieterverpflichtung seien aus Zeitgründen ausgeklammert worden. In dem Sprechzettel wurde darüber hinaus vorgeschlagen, den Fünf-Punkte-Plan nun schnellstmöglich an die BNetzA zu übergeben. Denkbar sei ein Präsenztermin mit dem Präsidenten der BNetzA, bei dem der Plan als Tischvorlage übergeben werden könne. Zudem solle eingefordert werden, die Umsetzung der fünf Punkte in enger Abstimmung mit den ministeriellen Fachabteilungen vorzunehmen. Auch die Ankündigung eines „Kontrolltermins“ für Anfang November erscheine sinnvoll. 85

In der Gesprächsvorbereitung des BKAm wurde ebenfalls notiert, dass das Gespräch darauf ziele, den auf Fachebene erarbeiteten Fünf-Punkte-Plan zu konsentieren und anschließend an die BNetzA zu übermitteln. Wegen der zeitlichen Restriktionen, namentlich dem Ende der Konsultation am 12. Oktober 2018 und der Beiratssitzung am 26. November 2018, müsse sofort gehandelt werden, wenn die Bundesregierung noch wesentliche Punkte in den Prozess einbringen wolle. Es werde vorgeschlagen, das Papier in einem persönlichen Gespräch an Präsident H. zu übergeben. Punkte, über die auf Fachebene kein Konsens erzielt werden können, seien nicht in das Papier eingeflossen. Hierzu gehöre z. B. der Wettbewerb auf Diensteanbierebene. Das BMWi habe eine Regelung aufnehmen wollen, um eine Diensteanbieterverpflichtung nachträglich auferlegen zu können. Auch das BKAm halte eine solche Möglichkeit für wünschenswert. Das BMVI befürworte hingegen die von der BNetzA gefundene Kompromisslösung des Verhandlungsgebots. Eine harte 86

Diensteanbieterverpflichtung sei für das BMVI eine „rote Linie“.

Mit Schreiben vom 12. bzw. 18. Oktober 2018 nahm die Klägerin zu 2. zum Konsultationsentwurf der BNetzA Stellung. Sie wiederholte ihre bereits im Juli gestellten Haupt- und Hilfsanträge zur Aufnahme einer im Einzelnen ausformulierten Diensteanbieterverpflichtung bzw. einer den UMTS-Lizenzen entsprechenden Regelung. Weiter hilfsweise beantragte sie, das im Konsultationsentwurf enthaltene Verhandlungsgebot zu konkretisieren. Im Einzelnen wird für die Anträge auf Bd. 2 BuG, Bl. 13325 f. / Anlage K 10 Bezug genommen.

87

Am 18. Oktober 2018 fand im BMVI die avisierte Besprechung zwischen dem Chef des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun, den Bundesministern Altmaier und Scheuer sowie Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. statt, bei der der BNetzA der Fünf-Punkte-Plan überreicht wurde. Über den Termin fertigte Vizepräsident Dr. E. eine Protokollnotiz. Danach habe der Chef des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun fünf Punkte zur Diskussion gestellt. Bundesminister Scheuer habe ergänzt, dass der bisherige Vorschlag der BNetzA unter den Vorstellungen des Koalitionsvertrags geblieben sei. Bundesminister Altmaier habe die Wichtigkeit von ökonomischen Anreizen zur Verwirklichung einer gesteigerten Kooperationsmöglichkeit der Mobilfunkunternehmen herausgestellt. Präsident H. habe erwidert, dass die Zielsetzung des Koalitionsvertrags mit Blick auf die Bedeutung von 5G geteilt werde. Er habe eine „ergebnisoffene Prüfung“ der Punkte zugesagt. Am Ende des Gesprächs sei der Fünf-Punkte-Plan verteilt worden.

88

Dieser „Fünf-Punkte-Plan zur Sicherstellung der KoaV-Ziele im Bereich Mobilfunk“ sah u. a. vor, bei der Mobilfunkerschließung von Bundesautobahnen und Bundesstraßen mit 5G zwei Ausbauschritte (Ende 2022 und Ende 2024) vorzusehen, Latenzen von max. 10 ms vorzugeben und eine symmetrische Ausbaupflicht für jeden Mobilfunknetzbetreiber aufzuerlegen. Zur Mobilfunkerschließung von fahrgaststarken Bahnstrecken solle die Bandbreite auf 100 Mbit/s im Antennensektor verdoppelt werden. Der Begriff „fahrgaststark“ sei so auszulegen, dass möglichst alle Nahverkehrsstrecken erfasst seien. Zum Lückenschluss an nachgeordneten Verkehrswegen sei für Landes- und Staatsstraßen eine vollständige Versorgung mit 50 Mbit/s im Antennensektor bis Ende 2024 vorzusehen. Dabei solle eine symmetrische Ausbaupflicht für jeden Mobilfunknetzbetreiber auferlegt werden. Zur Verringerung der Ausbaukostenbelastung könnten u. a. Kooperationsanreize geschaffen werden, etwa durch Anrechnungsklauseln bei den Versorgungsaufgaben oder eine „use it or share it“-Regelung. Zu den beiden letztgenannten Regelungen übersandte das BMVI dem Vizepräsidenten Dr. E. unter dem 26. Oktober 2018 ein Papier mit ergänzenden Erläuterungen.

89

Unter dem 26. Oktober 2018 wurde der BNetzA ein zwischen BMVI, BMWi, BMF und BKAm abgestimmter Bericht für die Wirtschaftsministerkonferenz am 13. November 2018 übersandt. Darin äußerte die Bundesregierung ihr Ziel, dass Deutschland Leitmarkt für 5G werde. Es sei Aufgabe der BNetzA, hierfür über die Vergabebedingungen zur anstehenden Frequenzauktion die notwendigen Anreize und Akzente zu setzen. Versorgungsaufgaben seien das vorrangig zu ergreifende ordnungspolitische Instrument, mit dem der Netzausbau unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Gebiete gelenkt werden könne, die in einem liberalisierten Markt aus wirtschaftlichen Erwägungen ansonsten un- oder zumindest unterversorgt bleiben würden. Es sei Aufgabe der BNetzA, die Festlegung von Versorgungsaufgaben in angemessener Form auch an den politischen Zielen zu spiegeln und bestehende Spielräume zu nutzen. Nur wenn einzelne Versorgungsziele über regulatorische Instrumente nicht erreicht werden könnten, seien zusätzliche unterstützende Maßnahmen zu

90

ergreifen. Vor diesem Hintergrund habe der Bund am 12. Juli 2018 gemeinsam mit den Ländern, den kommunalen Spitzenverbänden und den Mobilfunknetzbetreibern darüber beraten, wie die trotz Versorgungsaufgaben verbleibenden Lücken bei der Bevölkerungsversorgung (ca. 2 % der Haushalte) geschlossen werden könnten. Die Netzbetreiber hätten in Aussicht gestellt, nach der Frequenzvergabe verbindliche Ausbauzusagen abzugeben, die über bestehende regulatorische Versorgungspflichten hinausgingen. Damit solle im Verlauf von 2021 eine Versorgung von 99 % der Haushalte in jedem Bundesland mit mobilen Sprach- und Datendiensten erreicht werden. Die Bundesregierung habe zur Unterstützung dieser zusätzlichen Investitionen den Aufschub des Zahlungsbeginns und die Stundung der Zahlung (Ratenzahlung) für die aus der Auktion entstehenden Zahlungsverpflichtungen in Aussicht gestellt. Die konkrete Umsetzung der Gipfelergebnisse in Form verbindlicher Vereinbarungen solle im Nachgang der Frequenzauktion erfolgen. Zudem unterstütze die Bundesregierung regulatorische Instrumente, die Ausbaukostenbelastungen der Mobilfunknetzbetreiber in wirtschaftlich nicht oder nur schwer erschließbaren Gebieten zu reduzieren. Neben der bereits bestehenden Möglichkeit, Kooperationen auf freiwilliger Basis einzugehen, halte die Bundesregierung es für sinnvoll, im Rahmen des Vergabeverfahrens zusätzliche Kooperationsanreize zu schaffen. Hierfür bestünden nach Auffassung der Bundesregierung rechtliche Spielräume, ohne dass es einer verpflichtenden Anordnung von Kooperationen bedürfe. Die von der BNetzA in Aussicht gestellten Regelungen zum Schutz von Diensteanbietern und potenziellen Neueinsteigern (Verhandlungsgebot und Diskriminierungsverbot) stellten laut Bundesregierung einen angemessenen Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen der jeweiligen Gruppen dar.

Unter dem 29. Oktober 2018 übersandte die Fachabteilung der BNetzA dem Vizepräsidenten Dr. E. den Entwurf eines Positionspapiers zu den Kernpunkten der Präsidentenkammerentscheidung III und IV. Darin wurde ausgeführt, dass nach Prüfung der Kommentare Anpassungen in Betracht gezogen würden. Bei den Versorgungsaufgaben werde die bisher für Bundesstraßen vorgesehene asymmetrische Auflage auf Basis der Kommentierung verworfen. Die Versorgungsaufgaben würden insgesamt erhöht. Die Verhältnismäßigkeit werde dadurch gewahrt, dass Kooperations- und Anrechnungsmöglichkeiten berücksichtigt und die Mindestgebote signifikant um insgesamt 1 Mrd. auf 100 Mio. Euro in der Summe gesenkt würden. Die Versorgungsaufgaben für Autobahnen und Bundesstraßen würden um eine Vorgabe zur Latenz um max. 10 ms erweitert. Bei den Bundesstraßen solle zudem eine zeitliche Staffelung der Teilstrecken bis Ende 2022 und 2024 erfolgen. Erweitert würden die Versorgungsaufgaben um eine vollständige Versorgung der Landstraßen sowie der Wasserstraßen (alle Seehäfen und Kernnetz des Bundes im Binnenbereich) mit jeweils 50 Mbit/s bis Ende 2024. Bei der Schiene werde die Versorgungsaufgabe von 50 Mbit/s auf 100 Mbit/s erweitert. Die Frist für den Aufbau der Basisstationen für weiße Flecken werde mit Blick auf die Kommentierung auf Ende 2024 verlängert. Bei den Basisstationen für 5G-Anwendungen werde die Anzahl von 500 auf 1.000 erhöht. Unter dem Punkt „Roaming und Infrastruktur-Sharing“ wurde angemerkt, dass keine vollständige Versorgung der Kunden aller Netzbetreiber erreicht werde, was zu einer „geringere[n] Umsetzung der politischen Forderungen“ führe. 91

In der vertraulichen Langfassung des Positionspapiers vom 2. November 2018 – das der Präsidentenkammer am 5. November 2018 auch förmlich durch den Abteilungsleiter 2 vorgelegt wurde – wurde zur zeitlichen Staffelung der Versorgungsaufgaben für Bundesstraßen und der für Landstraßen angemerkt, dass die Befristung bis Ende 2024 dem Vorschlag des Fünf-Punkte-Plans der Bundesregierung entspreche. Mit Blick auf die erhebliche Streckenlänge erscheine die Frist auch aus Sicht der BNetzA verhältnismäßig. 92

- Am 5. November 2018 fand ein weiteres Gespräch zwischen dem Chef des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun, den Bundesminister Altmaier und Scheuer sowie Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. statt. 93
- In den Vorbereitungsunterlagen des BMVI wurden die von der BNetzA avisierten Änderungen bei den Vergabebedingungen begrüßt. Auf Fachebene habe hierzu eine konstruktive Zusammenarbeit stattgefunden. Positiv zu bewerten sei die deutlich verbesserte Versorgung mit Mobilfunk in der Fläche, die durch die Versorgungsaufgaben für Land-, Staats-, Schienen- und Wasserwege entstehe. Zudem werde durch die Aufnahme eines Latenzkriteriums an Bundesautobahnen und Bundesstraßen der Aufbau von 5G-Netzen mit Echtzeiterfordernissen forciert. Hinsichtlich der Auflagen für Schienenwege sei der BNetzA nochmals nahegelegt worden, anstelle einer Begrenzung auf fahrgaststarke Strecken eine Einbeziehung aller Nahverkehrsstrecken zu prüfen. Verhältnismäßigkeit lasse sich über eine zeitliche Staffelung oder Anrechnungsklauseln erreichen. Wünschenswert wären auch stärkere Kooperationsanreize für einen in unwirtschaftlichen Gebieten gemeinsamen Netzausbau der Mobilfunknetzbetreiber gewesen. Dem werde die BNetzA aber nicht folgen. Die von ihr präferierte Anrechnungsklausel ohne Kooperation sei rechtlich nachvollziehbar, werde aber dazu führen, dass nur die Kunden eines Mobilfunknetzbetreibers abgedeckt wären. Die Verschärfung der Versorgungsaufgaben werde eine deutliche Reduzierung der Mindestgebote für den Auktionsstart nach sich ziehen. Es handele sich allerdings nur um Startpreise. 94
- In der Gesprächsvorbereitung des BKAmts wurde ebenfalls notiert, dass wesentliche Aspekte des Fünf-Punkte-Plans wie u. a. Latenz und Versorgung der Verkehrswege aufgenommen worden seien. Die von der BNetzA im Gegenzug vorgesehene Anrechnungsklausel werde von den Ressorts kritisch bewertet. Ein weiteres Thema der Gesprächsvorbereitung war die Erarbeitung einer politischen Perspektive für eine Flächenversorgung im Mobilfunk jenseits der Frequenzversteigerung. 95
- Das Treffen vom 5. November 2018 war im Anschluss Gegenstand einer internen Gesprächsvorbereitung des BMWi für einen Termin am Folgetag. Danach habe die BNetzA die Ergebnisse ihres Prüfprozesses vorgestellt. Die Anforderungen des Fünf-Punkte-Plans an die Flächenversorgung, insbesondere bei den Verkehrswegen, seien weitgehend berücksichtigt worden. Vizepräsident Dr. E. habe zudem eine „wohlwollende, ergebnisoffene Prüfung aller noch offenen Punkte zugesagt“. 96
- Des Weiteren geht aus dem Dokument hervor, dass bereits am 24. Oktober und 2. November 2018 Arbeitstreffen zum Fünf-Punkte-Plan stattgefunden hatten. Zu diesen lässt sich einer anderen Gesprächsvorbereitung des BMWi vom 30. Oktober 2018 entnehmen, dass am 24. Oktober 2018 ein Gespräch zwischen BMVI, BKAmt, BMWi, den Fraktionen der CDU/CSU und SPD sowie Vizepräsident Dr. E. stattgefunden hatte, bei dem die noch offenen Punkte zum Frequenzvergabeverfahren diskutiert worden waren. Bei dem Termin am 2. November 2018 handelte es sich um einen „Jour Fixe“ zwischen BMWi und BNetzA, an dem u. a. Vizepräsident Dr. E. teilnahm. Am gleichen Tag war zudem ein Fachgespräch zwischen BMVI, BKAmt, BMWi und BNetzA geplant, bei dem die BNetzA ihre Änderungsvorstellungen präsentieren wollte. 97
- Zum Konsultationsentwurf der BNetzA gingen laut einer Informationsvorlage des Abteilungsleiters 2 an die Präsidentenkammer vom 9. November 2018 56 Kommentare ein. Es war beabsichtigt, die Stellungnahmen durch eine Veröffentlichung im Internet der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. 98

Unter dem 14. November 2018 wurde der Präsidentenkammer der Entwurf der Entscheidung über die Vergabebedingungen (Teilentscheidung III) und Auktionsregeln (Teilentscheidung IV) vorgelegt. In der Entscheidungsvorlage wurde ausgeführt, dass bei den Auflagen hinsichtlich der Verkehrswege Anrechnungen vorgesehen seien, um übermäßige Belastungen einzelner Zuteilungsinhaber zu vermeiden. Dadurch blieben die anspruchsvollen Versorgungsaufgaben mit Blick auf die damit verbundenen Kosten verhältnismäßig, trotz der Erweiterung der Versorgungsaufgaben für Verkehrswege. Das Äquivalenzverhältnis zwischen dem Wert der Frequenzen und den Kosten der Auflagen werde gewahrt. Die Mindestgebote seien signifikant von ca. 1,1 Mrd. Euro auf 104 Mio. Euro gesenkt worden. Dies ermögliche es den Bietern, die mit Blick auf die Kosten anspruchsvollen Auflagen in der Auktion einpreisen zu können.

Am 16. November 2018 übersandte die BNetzA dem Beirat den finalen Entwurf der Präsidentenkammerentscheidung Teil III und IV. Schon einen Tag zuvor hatte Vizepräsident Dr. E. dem Abteilungsleiter DG beim BMVI den aktuellen Bearbeitungsstand des Entscheidungsentwurfs übersandt. Die E-Mail ging in Cc auch an Präsident H.. 100

In einer Informationsvorlage vom 21. November 2018 informierte der Abteilungsleiter 2 die Präsidentenkammer über ein Gutachten des WIK zu „Versorgungsaufgaben und Investitionen in den Netzausbau“. Das Gutachten bestätige, dass die von einem Mobilfunknetzbetreiber erforderlichen Investitionen zur Erfüllung der Versorgungsaufgaben im finalen Entscheidungsentwurf nicht den wirtschaftlichen Wert der Frequenzen überstiegen, wenn bei den Verkehrswegen eine Anrechnung der Versorgung durch andere Mobilfunknetzbetreiber erfolge. 101

Am 26. November 2018 befasste sich der Beirat mit dem finalen Entscheidungsentwurf. In seinem Beschluss äußerte er, dass die BNetzA auf zahlreiche Forderungen aus dem Konsultationsverfahren reagiert habe. Mit der Anhebung der Versorgungsaufgaben bei gleichzeitiger Absenkung der Mindestgebote habe die BNetzA deutlich gemacht, dass sie den schnellen Aufbau möglichst engmaschiger Netze als prioritäres Ziel anerkenne. Ungeachtet dessen sei festzustellen, dass die Versorgungsaufgaben nicht den Vorstellungen des Beirats aus dem Beschluss vom 25. Juni 2018 entsprächen. So würden die Anrechnungsmöglichkeiten bei Verkehrswegen aus Sicht der Endkunden kritisch gesehen. Es werde aber anerkannt, dass die BNetzA in Abwägung der Wirtschaftlichkeit und Zumutbarkeit der Versorgungsaufgaben entgegengekommen sei. 102

Am gleichen Tag erließ die Präsidentenkammer die – hier streitgegenständliche – Entscheidung über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln) zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 2 GHz und 3,6 GHz. 103

Die Vergaberegeln beinhalteten unter Ziffer III.4 die Frequenznutzungsbestimmungen. Hierzu gehörten u. a. die Versorgungsaufgaben und die Diensteanbieterregelung. Konkret sahen die Ziffern III.4.3 bis III.4.11 folgende Versorgungsverpflichtungen vor: 104

„3. Versorgungsverpflichtung HaushalteDer Zuteilungsinhaber muss bis zum 31. Dezember 2022 eine Abdeckung von mindestens 98 % der Haushalte in jedem Bundesland mit einer Übertragungsrate von mindestens 100 Mbit/s (Megabit pro Sekunde) im Downlink im Antennensektor erreichen. 105

4. Versorgungsverpflichtung BundesautobahnenDer Zuteilungsinhaber muss bis zum 31. Dezember 2022 für Bundesautobahnen eine Versorgung mit einer Übertragungsrate von 106

mindestens 100 Mbit/s im Downlink im Antennensektor erreichen. Dabei ist eine Latenz von nicht mehr als 10 ms (Millisekunden) zwischen einem Endgerät und der zugehörigen Basisstation sicherzustellen.

5. Versorgungsverpflichtung Bundesstraßen Der Zuteilungsinhaber muss bis zum 31. Dezember 2022 für Bundesstraßen mit den Verbindungsfunktionsstufen 0 und 1 (Anlage 4) eine Versorgung mit einer Übertragungsrate von mindestens 100 Mbit/s im Downlink im Antennensektor erreichen. Dabei ist eine Latenz von nicht mehr als 10 ms zwischen einem Endgerät und der zugehörigen Basisstation sicherzustellen. Die weiteren Bundesstraßen sind entsprechend bis zum 31. Dezember 2024 zu versorgen. Zuteilungsinhaber können Kooperationen eingehen oder Frequenzen überlassen. Die Versorgung durch andere Zuteilungsinhaber ist anzurechnen. 107
6. Versorgungsverpflichtung Landes- und Staatsstraßen Der Zuteilungsinhaber muss bis zum 31. Dezember 2024 für Landes- und Staatsstraßen eine Versorgung mit einer Übertragungsrate von mindestens 50 Mbit/s im Downlink im Antennensektor erreichen. Zuteilungsinhaber können Kooperationen eingehen oder Frequenzen überlassen. Die Versorgung durch andere Zuteilungsinhaber ist anzurechnen. 108
7. Versorgungsverpflichtung Wasserwege Der Zuteilungsinhaber muss bis zum 31. Dezember 2024 eine Versorgung der Seehäfen sowie der Binnenwasserwege des Kernnetzes des Bundes (Anlage 5) mit einer Übertragungsrate von mindestens 50 Mbit/s im Downlink im Antennensektor erreichen. Zuteilungsinhaber können Kooperationen eingehen oder Frequenzen überlassen. Die Versorgung durch andere Zuteilungsinhaber ist anzurechnen. 109
8. Versorgungsverpflichtung Schienenwege mit mehr als 2.000 Fahrgästen pro Tag Der Zuteilungsinhaber muss unter Berücksichtigung von Kooperationen mit den Betreibern der Schienenwege sowie den Eisenbahnverkehrsunternehmen bis zum 31. Dezember 2022 eine Versorgung der Schienenwege, auf denen täglich mehr als 2.000 Fahrgäste befördert werden (Anlage 6), mit einer Übertragungsrate von mindestens 100 Mbit/s im Downlink im Antennensektor erreichen. Zuteilungsinhaber können Kooperationen eingehen oder Frequenzen überlassen. Die Versorgung durch andere Zuteilungsinhaber ist anzurechnen. 110
9. Versorgungsverpflichtung aller übrigen Schienenwege Der Zuteilungsinhaber muss unter Berücksichtigung von Kooperationen mit den Betreibern der Schienenwege sowie den Eisenbahnverkehrsunternehmen bis zum 31. Dezember 2024 eine Versorgung aller Schienenwege (Anlage 7) mit einer Übertragungsrate von mindestens 50 Mbit/s im Downlink im Antennensektor erreichen. Zuteilungsinhaber können Kooperationen eingehen oder Frequenzen überlassen. Die Versorgung durch andere Zuteilungsinhaber ist anzurechnen. 111
10. Versorgungsverpflichtung „weiße Flecken“ Der Zuteilungsinhaber muss 500 Basisstationen mit einer Übertragungsrate von mindestens 100 Mbit/s in zuvor definierten „weißen Flecken“ bis zum 31. Dezember 2022 in Betrieb nehmen. Je Bundesland ist entsprechend dem flächenmäßigen Anteil am Bundesgebiet auszubauen. Zuteilungsinhaber können Kooperationen eingehen oder Frequenzen überlassen. 112
11. Versorgungsverpflichtung „5G-Basisstationen“ Der Zuteilungsinhaber im Bereich 3,6 GHz muss 1.000 Basisstationen bis zum 31. Dezember 2022 in Betrieb nehmen und für 5G-Anwendungen bereitstellen. Je Bundesland ist entsprechend dem flächenmäßigen Anteil am Bundesgebiet auszubauen.“ 113

Für Neueinsteiger legte Ziffer III.4.12 abweichende Versorgungsverpflichtungen fest. 114

- Zur Diensteanbieterregelung hieß es unter Ziffer III.4.15: 115
- „Zuteilungsinhaber haben mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitbenutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln. Die Verhandlungen sollen diskriminierungsfrei sein und die bereitzustellenden Kapazitäten nicht auf bestimmte Dienste, Funktechniken oder Anwendungen beschränkt werden.“ 116
- In den Auktionsregeln sah Ziffer IV.4.1 betreffend die Verpflichtung zur Zahlung vor, dass die Zahlung 65 Bankarbeitstage nach Zuschlag fällig sei, mit Ausnahme der Zahlung für Frequenzblöcke im Bereich 2 GHz mit einer Verfügbarkeit ab 2026, die bis zum 30. Juni 2024 zu erfolgen habe. 117
- In den Gründen führte die Präsidentenkammer unter den Randnummern 200 ff. zu den Versorgungsverpflichtungen aus, dass von einem Großteil der Kommentatoren eine leistungsfähige flächendeckende Versorgung gefordert worden sei mit höherem Versorgungsumfang und -qualität gegenüber dem Entwurf. Auch werde gefordert, klare Qualitätsparameter vorzugeben. Von anderer Seite, insbesondere den bestehenden Mobilfunknetzbetreibern, würden die Versorgungsverpflichtungen abgelehnt, da sie mit den zu vergebenden Frequenzen wirtschaftlich nicht zu erfüllen seien. Die Kammer habe die Versorgungsverpflichtungen auf der Grundlage des Beiratsbeschlusses vom 25. Juni 2018 und der öffentlichen Kommentierung festgelegt. Im Vergleich zum Konsultationsentwurf sei eine deutlich umfangreichere Versorgung insbesondere entlang der Verkehrswege angeordnet. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit seien u. a. die Mindestgebote gesenkt und Anrechnungsmöglichkeiten insbesondere bei den Verkehrswegen vorgesehen worden. Die mit den Auflagen verbundenen Qualitätsparameter wie Datenraten und Latenzvorgaben zielten auf eine zügige Implementierung von 5G-Merkmalen in den Netzen. Darüber hinaus trügen die Versorgungsaufgaben dazu bei, die breitbandpolitischen Ziele der Bundesregierung aus dem Koalitionsvertrag zu unterstützen. 118
- Zur Diensteanbieterregelung führte die Präsidentenkammer in den Randnummern 489 ff. aus, dass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG 2004 das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf Seiten der Netzbetreiber voraussetze. Die Frage, ob weitergehende Auflagen in Bezug auf Diensteanbieter den Bereich der §§ 19, 21 TKG 2004 berührten, bedürfe keiner Entscheidung. Denn das nunmehr vorgesehene Verhandlungsgebot berühre den Regelungsbereich dieser Vorschriften tatbestandlich nicht. Darüber hinaus sei die Auflage geeignet, die Interessen der Marktbeteiligten gleichermaßen zu wahren und strengere regulatorische Vorabverpflichtungen zu vermeiden, in dem die BNetzA eine Rolle als Schiedsrichter einnehme. Diese Entscheidung orientiere sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. der Erforderlichkeit. 119
- Es sei beabsichtigt, den Wettbewerb auf der Diensteebene über das Jahr 2020 hinaus zu erhalten und zu fördern. Dies setze voraus, dass Diensteanbieter bei Verhandlungen über die bereitzustellenden Kapazitäten nicht durch die Mobilfunknetzbetreiber diskriminiert würden. Zuteilungsinhaber hätten daher mit geeigneten Diensteanbietern über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln, damit diese funkbasierte Dienste im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringen könnten. Die Verhandlungen zwischen Zuteilungsinhabern und Diensteanbietern sollten diskriminierungsfrei sein. Zuteilungsinhaber würden indes nicht zu einer Gleichbehandlung i.S.d. § 19 TKG 2004 verpflichtet. Ein Anschluss- und Kontrahierungszwang sei mit der Regelung auch nicht verbunden. Allerdings beinhalte das Verhandlungsgebot das Ziel, in privatautonomen Verhandlungen einen Vertragsschluss zu erreichen. 120

Zu den Mindestgeboten führte die Präsidentenkammer in den Randnummern 619 ff. u. a. aus, dass diese hinsichtlich der Versorgungsverpflichtungen im Vergleich zum Konsultationsentwurf signifikant abgesenkt worden seien. Dadurch werde dem Umstand Rechnung getragen, dass der Wert der zur Vergabe stehenden Frequenzen maßgeblich durch die mit der Vergabe verknüpften Auflagen beeinflusst werde. So sei für Frequenzen im Bereich 2 GHz bei einer Zuteilungsdauer von 20 Jahren grundsätzlich ein Mindestgebot in Höhe von 75 Mio. Euro angemessen. Unter Berücksichtigung der Versorgungsaufgaben werde das Mindestgebot jedoch mit 5 Mio. angesetzt. Durch die niedrigeren Mindestgebote könnten zudem die Investitionsmöglichkeiten der Netzbetreiber in den Netzausbau gesteigert werden, z. B. entlang der Verkehrswege.

Zur Fälligkeit der Zahlungsverpflichtungen führte die Präsidentenkammer in den Randnummern 816 ff. aus, dass der Fälligkeitszeitpunkt von 65 Bankarbeitstagen transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig sei. Aus der Gemeinsamen Erklärung zum Mobilfunkgipfel vom 12. Juli 2018 folge, dass ein darüber hinausgehender Aufschub des Zahlungsbeginns und die Stundung der Zahlung (Ratenzahlung) von der Abgabe verbindlicher kooperativer Erschließungszusagen der Netzbetreiber abhängen. Solche weitergehenden Regelungen könne die Präsidentenkammer indes nicht treffen. Ziel des Vergabeverfahrens sei es, diejenigen Bewerber auszuwählen, die am besten geeignet seien, die Frequenzen effizient zu nutzen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine in den Auktionsregeln festgelegte Stundungsmöglichkeit bzw. Ratenzahlung in einer Weise Einfluss auf das Bietverhalten hätte, die dem Ziel der Auswahl des effizientesten Frequenznutzers entgegenstünde.

Die Klägerinnen haben am 21. Dezember 2018 Klage erhoben, mit der sie ihre Anträge vom 12. bzw. 18. Oktober 2018 weiterverfolgen.

Mit Schreiben vom 20. Februar 2019 informierte Vizepräsident Dr. E. die Klägerinnen, dass beabsichtigt sei, in den Zulassungsbescheiden zur Frequenzauktion auf die laufenden Rechtsstreitigkeiten gegen die Präsidentenkammerentscheidung hinzuweisen. Dieser Hinweis werde die Aktenzeichen sowie die Einordnung der Kläger (z. B. „Diensteanbieter/MVNO“) beinhalten. Dies verdeutliche den zukünftigen Bietern die Streitbefangenheit der Frequenzen, die somit in die Gebote einberechnet werden könne.

Die Frequenzversteigerung fand vom 19. März bis zum 12. Juni 2019 statt. Zur Auktion waren zugelassen die Drillisch Netz AG, Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Telekom Deutschland GmbH und Vodafone GmbH. Alle vier Unternehmen haben Spektrum ersteigert.

Parallel zum vorliegenden gerichtlichen Verfahren beehrten die Klägerinnen auf Grundlage des Informationsfreiheitsgesetzes (fortan: IFG) Zugang zu den ministeriellen Dokumenten über den Mobilfunkgipfel und das Frequenzvergabeverfahren. Nach verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin erzielten sie die Herausgabe von etwa 153 Aktenbestandteilen aus dem BMVI, dem BMWi und dem BKAm, die auch zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens gemacht wurden.

Im Parallelverfahren der EWE TEL GmbH – 9 K 8489/18, jetzt 1 K 1281/22 – wies das Verwaltungsgericht Köln die Klage mit Urteil vom 3. Juli 2019 mangels Klagebefugnis als unzulässig ab. Die Entscheidung wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 – teilweise aufgehoben und zur weiteren Sachaufklärung an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen. Hierzu führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die EWE TEL GmbH als Diensteanbieterin hinsichtlich der von ihr beantragten Ergänzungen der Vergabebedingungen klagebefugt sei. Sie könne sich auf die Ermächtigungsgrundlage in

§ 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG 2004 stützen. Hierbei handele es sich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts um eine öffentlich-rechtliche Norm, die nach ihrem Entscheidungsprogramm auch Diensteanbieter schütze. Das Verwaltungsgericht habe nun aufzuklären, ob ein Verfahrensverstöß dergestalt vorliege, dass der Präsident der BNetzA wegen Besorgnis der Befangenheit nicht an der Präsidentenkammerentscheidung habe mitwirken dürfen. Ferner sei aufzuklären, ob es im Verwaltungsverfahren zu einem Verstoß gegen die unionsrechtlich gesicherte Unabhängigkeit der BNetzA gekommen sei. Schließlich komme ein Verstoß gegen die rechtlichen Grenzen des der Präsidentenkammer bei der Ausgestaltung der Vergabebedingungen einräumten Spielraums in Betracht. Es könne ein Abwägungsdefizit unter dem Gesichtspunkt der faktischen Vorfestlegung bestehen. Denn es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass das BMVI in erheblichem Umfang versucht habe, insbesondere auf die Festlegung der Versorgungsverpflichtungen Einfluss zu nehmen. Hierzu bedürfe es weiterer Sachverhaltsaufklärung. Insbesondere sei aufzuklären, wie die Präsidentenkammer und die BNetzA im Übrigen auf den politischen Druck reagiert hätten.

Im vorliegenden Verfahren und im Parallelverfahren 1 K 1281/22 haben am 26. April 2024 128
Erörterungstermine stattgefunden. Am 3. und 4. Juni 2024 hat das Gericht einen
gemeinsamen Beweistermin durchgeführt. Das Gericht hat Beweis erhoben zur Frage einer
möglichen Beeinflussung einzelner Mitglieder der Präsidentenkammer vor und während der
Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 durch Kabinettsmitglieder der
damaligen Bundesregierung und den Reaktionen der Präsidentenkammer und der BNetzA
hierauf. Dazu hat das Gericht die ehemaligen Mitglieder der Präsidentenkammer Herrn
Präsident a. D. H. , Herrn Ministerialdirektor Dr. E. und Herrn Vizepräsident a. D. C. sowie
den ehemaligen Abteilungsleiter 2 Herrn Direktor a. D. Dr. Z. als Zeugen vernommen.
Darüber hinaus hat das Gericht Beweis erhoben zu der Besprechung der BNetzA mit
Vertretern der Diensteanbieter am 10. Juli 2018 durch Vernehmung des präsenten Zeugen
Herrn R. M., einem Beschäftigten der EWE TEL GmbH. Für die Einzelheiten der
Beweisaufnahme und den Inhalt der Zeugenaussagen wird auf die Protokolle vom 3. und 4.
Juni 2024 Bezug genommen.

Zur Begründung ihrer Klage tragen die Klägerinnen im Wesentlichen vor: 129

Die Klage sei zulässig. 130

Sie seien klagebefugt, da sie in ihrem Recht auf chancengleichen Wettbewerb beeinträchtigt 131
seien. Gemäß § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG 2004 könne die Frequenzzuteilung zur Sicherung
einer effizienten und störungsfreien Nutzung der Frequenzen sowie der weiteren
Regulierungsziele mit Nebenbestimmungen versehen werden. Zu den Regulierungszielen
gehöre nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG 2004 die Sicherstellung eines chancengleichen
Wettbewerbs. Dieses Regulierungsziel diene zumindest auch den Interessen der
Diensteanbieter. Denn eine effiziente Frequenznutzung umfasse nicht nur die optimale
Nutzung durch den Zuteilungsinhaber selbst, sondern auch eine effiziente Nutzung durch
Dritte. Dritte könnten ein knappes Gut nutzen, wo dies wirtschaftlich geboten sei. Das
Regulierungsziel effizienter Frequenznutzung habe damit auch eine wettbewerbsschützende
Dimension, auf die sich die Klägerinnen, die auf Diensteebene im Wettbewerb mit den
Netzbetreibern stünden, berufen könnten. Die Diensteanbieterverpflichtung sei für ihre
Existenz zentral. Durch das Absehen von einer Diensteanbieterverpflichtung seien sie massiv
beeinträchtigt.

Sie hätten im Konsultationsverfahren beantragt, den Frequenzzuteilungen konkrete 132
Nebenbestimmungen beizufügen. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Klägerin zu 2.
vom 12. bzw. 18. Oktober 2018. Die dortigen Anträge habe die Klägerin zu 2. als

verbundenes Unternehmen nach § 3 Nr. 29 TKG 2004 für ihr Konzernunternehmen gestellt. Sie wirkten mithin auch für die Klägerin zu 1., da sie beide eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit und damit auch telekommunikationsrechtlich ein einheitliches Unternehmen darstellten.

Die Klage sei begründet. Die Präsidentenkammerentscheidung beruhe auf Verfahrens- und Abwägungsfehlern. 133

Es bestehe die Besorgnis der Befangenheit gegen Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. Nach § 21 Abs. 1 VwVfG sei nicht die Befangenheit einzelner oder aller Mitglieder der Präsidentenkammer nachzuweisen, sondern es reiche die „Besorgnis“ der Befangenheit. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne diese nicht ausgeschlossen werden. 134

Präsident H. habe mit seiner Teilnahme am Mobilfunkgipfel gezeigt, dass ihm das Bewusstsein für den notwendigen Abstand zu Einzelinteressen und politischen Einflussnahmen fehle. Die Teilnahme an politischen Verhandlungen, an denen die Netzbetreiber beteiligt aber die Diensteanbieter ausgeschlossen worden seien, stehe im Widerspruch zur gebotenen Unparteilichkeit der Amtsausübung. Die Gesprächsvorbereitung für den Präsidenten bestätige, dass von vornherein bekannt gewesen sei, dass es auf dem Mobilfunkgipfel auch um die Frage der Diensteanbieterspflichtung und damit um einen wesentlichen Gegenstand des Frequenzvergabeverfahrens gehen sollte. Das fehlende Bewusstsein für diese Problematik und für die Notwendigkeit einer unparteiischen Amtsausübung sei umso unverständlicher, als die Verwaltungsvorgänge zeigten, dass intern im Vorfeld des Gipfels auf die rechtliche Notwendigkeit der inhaltlichen Abgrenzung von Mobilfunkgipfel und Frequenzvergabeverfahren hingewiesen worden sei. 135

Darüber hinaus hätten sich Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. offen gezeigt für politische Einflussnahmen des BMVI auf konkrete Einzelfragen der Präsidentenkammerentscheidung. Sie hätten wiederholt und nachhaltig an parallelen Abstimmungen mit dem aufsichtsführenden BMVI und anderen Ministerien teilgenommen. Indes hätten sie es versäumt, die Inhalte dieser Gespräche, in vielen Fällen sogar den Vorgang als solchen, in den Verwaltungsvorgängen der BNetzA zu dokumentieren. Ein konkretes Beispiel hierfür sei das Zurückziehen der ersten Erwägungen am 23. Januar 2018, das nach dem objektiven Anschein auf der Einflussnahme des BMVI beruhe. In den Verwaltungsvorgängen der BNetzA sei kein plausibler anderer Grund dokumentiert. Ein weiteres Beispiel sei der neue Entwurf der ersten Erwägungen, der unter inhaltlichem Einfluss und unmittelbarer Beteiligung des BMVI erstellt worden sei. Dieser externe Einfluss sei in den Verwaltungsvorgängen der BNetzA nicht dokumentiert, sondern erst durch die IFG-Vorgänge des BMVI ans Licht gekommen. 136

Anhaltspunkte dafür, dass die Mitglieder der Präsidentenkammer die Ingerenzen des BMVI zurückgewiesen hätten, ergäben sich weder aus den IFG-Vorgängen noch aus den Zeugenaussagen vom 3. und 4. Juni 2024. Die Zeugen H. und Dr. E. hätten den politischen Druck zugegeben. Sie hätten auch eingeräumt, dass die BNetzA die ursprünglich für Mai 2018 geplante öffentliche Anhörung als „Akt der Courtoisie“ gegenüber Bundesminister Scheuer verschoben habe, um den Mobilfunkgipfel des BMVI nicht zu gefährden. Auch dieser Umstand sei weder in den Verwaltungsvorgängen dokumentiert noch den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt worden. Es bleibe unklar, warum sich die BNetzA zu solcher Höflichkeit veranlasst gesehen habe. Denn laut den Zeugen hätten die Entscheidungsvorlage und der Mobilfunkgipfel nicht miteinander in Verbindung gestanden (Dr. E. Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 7) und die Position der BNetzA schon vorher festgestanden (H. , Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 5). Warum die öffentliche Anhörung dennoch um mehrere Monate 137

verschoben worden sei, hätten die Zeugen nicht erklären können. Sie hätten die Schutzbehauptung vorgeschoben, die Verschiebung habe dem Erhalt der guten Stimmung gedient („Wir wollten keine schlechte Stimmung“, H. , Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 5). Die zeitliche Abfolge der Termine deute indessen auf einen „Deal“ zwischen Netzbetreibern und BMVI über „investitionsfördernden Rahmenbedingungen“ hin. Hierfür spreche auch eine Pressemitteilung der BNetzA vom 13. Juli 2018, in der Präsident H. unter der Überschrift „Anhörung zur Frequenzversteigerung 5G“ mit der Aussage zitiert werde: „Wir streben eine investitionsfördernde Entscheidung an.“ Dass damit der Verzicht auf die Diensteanbieterverpflichtung zu verstehen sei, habe der Zeuge C. bestätigt („liegt auf der Hand“, C., Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 22).

Des Weiteren habe es im September, Oktober und November 2018 Gespräche zwischen den 138 Zeugen H. und Dr. E. mit den Bundesministern Altmaier und Scheuer sowie dem Chef des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun gegeben. Alle Termine hätten eine nur unzureichende – da Gesprächsinhalte nicht dokumentierende – Erwähnung in den Verwaltungsvorgängen der BNetzA gefunden. Seitens der Leitungsebene der BNetzA habe keine Vorgabe existiert, ob und unter welchen Voraussetzungen Besprechungen mit Bundesministerien zulässig und wie sie zu dokumentieren seien. Der Zeuge Dr. E. habe erklärt, er habe „weder Dr. Z. [...] je eine Weisung erteilt noch dem Fachbereich“, wie mit E-Mails oder sonstigen Anmerkungen aus den Bundesministerien umzugehen sei (Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 10). Der Zeuge H. habe dies bestätigt. Schon allein diese fehlende inhaltliche Dokumentation der Termine und der jeweiligen Gesprächsinhalte begründe die Besorgnis der Befangenheit. Die BNetzA habe ein völlig intransparentes (Nicht-)Verfahren gewählt. Zusätzlich habe es durch „gezielte Abwerbungen“ des BMVI auch permanent unbekannte „informelle Kontakte auf Arbeitsebene“ gegeben, die den zuständigen Abteilungsleiter „geärgert“ hätten (Dr. Z., Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 14). Eine institutionelle Reaktion der BNetzA darauf sei nicht erfolgt.

Schließlich habe die Bundesregierung im Frühjahr 2019 über die Verlängerung der Amtszeit 139 von Herrn Dr. E. als Vizepräsident der BNetzA zu entscheiden gehabt. Diese Entscheidung sei zeitlich mit der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 zusammengefallen, was ebenfalls die Besorgnis der Befangenheit begründe.

Der nach alledem entstandene böse Schein reiche aus, um die Besorgnis der Befangenheit 140 zu begründen. Es bestehe die konkrete Möglichkeit, dass die Entscheidung ohne die Mitwirkung von Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. anders ausgefallen wäre.

Durch die festgestellte Verfahrensführung sei auch die unionsrechtlich garantierte 141 Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde verletzt worden. Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 Satz 1 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie, fortan: RRL) schließe nicht nur fachliche Einzelweisungen in Bezug auf Entscheidungen der Marktregulierung aus. Die Vorschrift verbiete vielmehr eine Einflussnahme auf sämtliche Entscheidungen, die die Regulierungsbehörde bei den Aufgaben treffe, die ihr durch Art. 8 bis Art. 13 RRL zugewiesen seien. Dazu gehöre die Vergabe von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste nach Art. 9 Abs. 1 UAbs. 1 RRL.

Das BMVI habe Einfluss genommen auf die Willensbildung der Präsidentenkammer, ohne die 142 besonderen gesetzlichen Formerfordernisse nach § 117 Satz 1 TKG 2004 zur Sicherung der unionsrechtlichen Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde zu wahren. Durch die unregelmäßige Permeabilität auf der Arbeitsebene habe die BNetzA dem BMVI außerhalb geregelter Verfahren Informationen zum Bearbeitungsstand bereitgestellt und einen engen

Austausch gepflegt. Aufgrund der ausgebliebenen Dokumentation, der Erinnerungslücken der Zeugen und ihrer Berufung auf das Beratungsgeheimnis sei nicht mehr nachvollziehbar, wie sich die BNetzA zu den politischen Forderungen der Ministerien verhalten habe. Das unspezifische Narrativ, die Vorgaben seien als „Prüfbitten“ behandelt und kommentarlos zur Akte genommen worden (H. , Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 4; Dr. Z., Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 12), sei durch den Vergleich der IFG-Vorgänge des BMVI mit den Verwaltungsvorgängen der BNetzA widerlegt.

Aus dem Vorstehenden folge zudem, dass es eine faktische Vorfestlegung der BNetzA außerhalb des gesetzlich geregelten Verfahrens gegeben habe. Das BMVI habe erfolgreich Einfluss auf die Mitglieder der Präsidentenkammer und die BNetzA genommen. Die finale Entscheidung sei schon durch die Festlegungen im Januar und Februar 2018 und die nachfolgenden, intransparenten Absprachen bestimmt gewesen. So lasse sich den Verwaltungsvorgängen nicht entnehmen, weshalb die BNetzA im Laufe des Jahres 2018 ihre Auffassung zur Dienstanbieterverpflichtung geändert habe und – fehlerhaft – davon ausgegangen sei, keine Rechtsgrundlage für die erneute Auferlegung einer Dienstanbieterverpflichtung zu haben. Die Dienstanbieterverpflichtung sei den Netzbetreibern schon seit der ersten deutschen Mobilfunklizenz auferlegt. Die Netzbetreiber hätten in einer beispiellosen Lobbykampagne, kulminierend im Mobilfunkgipfel des BMVI vom 12. Juli 2018, ein Tauschgeschäft „Netzausbau gegen Regulierungsnachsicht“ erwirkt. Auf dem Mobilfunkgipfel sei es zu einem Koppelungsgeschäft zwischen Bund und Netzbetreibern gekommen. Die Netzbetreiber hätten zugesagt, das 4G-Netz weiter auszubauen. Im Gegenzug habe der Bund die Schaffung „investitionsfördernde[r] Rahmenbedingungen“ versprochen. Darunter sei auch der die Netzbetreiber begünstigende Verzicht auf eine Dienstanbieterverpflichtung im laufenden Frequenzvergabeverfahren zu verstehen gewesen. Die BNetzA habe zunächst die Auferlegung einer Dienstanbieterverpflichtung vorgesehen und erst später gegen das Votum aller neutralen Stellen wie Monopolkommission, Europäischer Kommission und Bundeskartellamt abgelehnt. Die BNetzA habe dabei nicht als unabhängige Regulierungsbehörde entschieden, sondern sei durch verfahrensbegleitende Abreden erfolgreich und aktenkundig gebunden worden. Um die politische Motivation zu kaschieren, habe die BNetzA ihre Rechtsauffassung zur Zulässigkeit einer Dienstanbieterverpflichtung geändert. In der Gesprächsvorbereitung des Präsidenten für den Mobilfunkgipfel habe die BNetzA erstmals aktenkundig die Rechtsauffassung vertreten, dass für eine Dienstanbieterverpflichtung die rechtliche Grundlage fehle, obwohl sie zuvor noch die Auferlegung einer solchen erwogen habe. An keiner Stelle habe die BNetzA die Gründe für ihre Abkehr von der Dienstanbieterverpflichtung dargelegt. Auch die Zeugen hätten keine plausible Erklärung hierfür geben können. Damit sei eine Überschreitung des Entscheidungsrahmens entscheidungsprägend geworden.

143

Schließlich habe die mit dem Mobilfunkgipfel und den sonstigen Einflussnahmen des BMVI einhergehende Vorprägung der Vergaberegeln die Beteiligungsrechte der Klägerinnen in der mündlichen Anhörung nach § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 und im nachgelagerten Konsultationsverfahren nach § 135 Abs. 1 TKG 2004 zu einer funktionslosen Förmlichkeit entwertet. Sie seien nicht am Mobilfunkgipfel beteiligt gewesen, obwohl die Klägerin zu 2. gegenüber Bundesminister Scheuer um eine Teilnahme gebeten habe. Sie hätten damit keine Gelegenheit gehabt, vor der faktischen Entscheidungsfindung ihren Standpunkt darzulegen. Damit habe die BNetzA ihnen kein ausreichendes rechtliches Gehör gewährt. Zudem habe die BNetzA entscheidungserheblichen Sachverhalt außer Acht gelassen, indem sie die von ihnen vorgetragenen wesentlichen wettbewerblichen Gesichtspunkte nicht berücksichtigt habe. Davon unabhängig sei das Verhandlungsgebot zu unbestimmt und trage den Regulierungszielen nicht Rechnung.

144

Nach alledem sei die Präsidentenkammerentscheidung aufzuheben. Angesichts der Offenheit 145 des gesetzlichen Normprogramms bestehe die konkrete Möglichkeit, dass die Entscheidung ohne die Verfahrens- und Abwägungsfehler anders ausgefallen wäre. Der Verwaltungsvorgang belege, dass die Überlegungen der BNetzA vor der rechtswidrigen ministeriellen Einflussnahme dahin gingen, eine Diensteanbieterverpflichtung aufzuerlegen. Auch nach dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz gemäß Art. 4 Abs. 3 EU-Vertrag dürfe der Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Abs. 3a UAbs. 1 RRL nicht folgenlos bleiben. Angesichts der nachgewiesenen gesetzeswidrigen Verquickung des Mobilfunkgipfels und seiner Vorfestlegungen für die streitgegenständliche Präsidentenkammerentscheidung bedürfe es keines weiteren Kausalitätsnachweises.

Zur Begründung ihres Klageantrags zu 2. führen die Klägerinnen aus, dass die bisherige 146 Diensteanbieterverpflichtung fortgelte, weil sie nicht gemeinsam mit den UMTS-Lizenzen ausgelaufen sei. Teil B Ziffer 1 der UMTS-Lizenzen sehe vor, dass mit Ablauf des Jahres 2020 die mit der Lizenz erteilten Rechte ausliefen (ABl. RegTP 2000, 555 (557)). Eine korrespondierende globale Regelung für die mit der Lizenz verbundenen Verpflichtungen gebe es nicht. Wenn die mit der Lizenz verbundenen Verpflichtungen mit dem Ende der Laufzeit ebenfalls hätten enden sollen, wäre dies in Teil C Ziffer 15 der UMTS-Lizenzen entsprechend festgelegt worden. So existiere etwa eine Regelung für die Verpflichtung zur wettbewerblichen Unabhängigkeit der Lizenznehmer (Teil C Ziffer 2 Satz 2 der UMTS-Lizenzen). Im Umkehrschluss bedeute dies, dass die Diensteanbieterverpflichtung zeitlich unbegrenzt bis zu ihrer Aufhebung fortgelte. Eine Aufhebung sei bis heute nicht erfolgt. Auch die zwischenzeitliche TKG-Novelle stehe der Fortgeltung der Diensteanbieterverpflichtung nicht entgegen. Ausweislich der Gesetzesbegründung gelte sie „nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen auch nach der vorliegenden Neufassung des TKG“ fort (BT-Drs. 19/26108, S. 385). Der Gesetzgeber sei bei Erlass des § 230 Abs. 2 TKG von einer inhaltlichen Entsprechung zu dem hier streitgegenständlichen § 150 Abs. 5 TKG 2004 ausgegangen (BT-Drs. 19/26108, S. 385 noch zu § 229 TKG-E). § 150 Abs. 5 TKG 2004 qualifiziere die fortgeltende Diensteanbieterverpflichtung nach § 150 Abs. 4 Satz 2 TKG 2004 als geltende Verpflichtung i.S.d. §§ 126, 133 TKG 2004.

Die Klägerinnen beantragen, 147

- 1. die Beklagte zu verpflichten, unter Aufhebung der Entscheidung der 148 Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post- und Eisenbahnen vom 26. November 2018 über die Festlegung und Regeln im Einzelnen (Vergaberegeln) und über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens (Auktionsregeln), Az. BK 1-17/001 (Teilentscheidungen III. und IV.), die Anträge vom 12. Oktober 2018 bzw. 18. Oktober 2018 (BuG 2 S. 13325) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden,
- 2. festzustellen, dass die Regelung zur Diensteanbieterverpflichtung in den UMTS- 150 Lizenzen (Entscheidung der Präsidentenkammer der Regulierungsbehörde vom 18. Februar 2000 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Lizenzen für Universal Mobile Telecommunication System - UMTS -, Az. BK-1B-98/005-01, Anlage 1, Teil C Nr. 15 i.V.m. § 4 TKV a.F.) bis zu einer etwaigen bestandskräftigen Neubescheidung gemäß Ziffer 1 für die Lizenznehmer der UMTS-Lizenzen fortgelten.

Die Beklagte beantragt, 151

152

die Klage abzuweisen.

- Sie trägt zur Erwidern im Wesentlichen vor: 153
- Der Klageantrag zu 1. der Klägerin zu 2. sei nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 – als zulässig anzusehen. Die früher vertretene Auffassung zur fehlenden Klagebefugnis werde aufgegeben. Der Klageantrag zu 1. der Klägerin zu 1. sei indes weiterhin unzulässig, da sie im Verwaltungsverfahren keinen Antrag gestellt habe. 154
- Der Klageantrag zu 2. sei hinsichtlich beider Klägerinnen unzulässig. Die Feststellungsklage sei unstatthaft, da das Begehren der Klägerinnen rechtsschutzintensiver durch Verpflichtungsklage zu erreichen sei. 155
- Die Klage sei außerdem unbegründet. 156
- Das Verwaltungsgericht Köln habe bereits im Verfahren eines Netzbetreibers gegen die auch hier streitgegenständliche Präsidentenkammerentscheidung mit Urteil vom 17. Februar 2020 – 9 K 8525/18 – entschieden, dass es keine Anhaltspunkte für eine willkürliche oder grob sachwidrige Vorgehensweise der Präsidentenkammer im Hinblick auf die Versorgungsaufgaben gebe. Insbesondere die Protokollnotiz der BNetzA für das Gespräch vom 18. Oktober 2018 gebe dafür nichts her. Darüber hinaus habe das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 – geklärt, dass die in der Präsidentenkammerentscheidung gefundene Diensteanbieterregelung ausreichende Möglichkeiten einer effizienten Durchsetzung für die Dienstleister und somit auch für die Klägerinnen enthalte. 157
- Soweit das Bundesverwaltungsgericht das Verwaltungsgericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung verpflichtet habe, seien keine Verfahrens- oder Abwägungsfehler festgestellt worden. 158
- Eine Besorgnis der Befangenheit von Mitgliedern der Präsidentenkammer sei nicht gegeben. Die Teilnahme des Präsidenten der BNetzA am Mobilfunkgipfel des BMVI könne eine solche Besorgnis nicht ohne weiteres rechtfertigen, wie schon das Bundesverwaltungsgericht festgestellt habe. Es lägen auch sonst keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit vor, da Präsident H. auf dem Mobilfunkgipfel keine relevanten Erklärungen abgegeben habe. Er habe aktiv verweigert, die Gipfelerklärung zu unterschreiben und am Gruppenfoto teilzunehmen. Vizepräsident Dr. E. habe diese Haltung bestätigt. Man habe sich quasi verständigt, nicht anwesend zu sein. Zu fordern, dass sich die Präsidentenkammer öffentlich von dem Gipfel hätte distanzieren müssen, widerspreche Grundformen politischer Höflichkeit. Es sei schlicht darum gegangen, dem Minister einen erfolgreichen Mobilfunkgipfel zu ermöglichen und hiervon keine öffentliche Aufmerksamkeit durch die mündliche Anhörung abzuziehen. Eine öffentliche Stellungnahme der BNetzA zu den Positionen der Politik sei unnötig gewesen, da die Positionen allgemein bekannt gewesen seien. 159
- Darüber hinaus seien die auf dem Mobilfunkgipfel verhandelten Themen und das Frequenzvergabeverfahren thematisch zu trennen. Die BNetzA habe in internen Papieren klare inhaltliche Grenzen zwischen Mobilfunkgipfel und Frequenzvergabeverfahren aufgezeigt. Einen „Deal“ zulasten der Klägerinnen habe es nicht gegeben. Die „Gemeinsamen Erklärung zum Mobilfunkgipfel“ enthalte eine Liste der „investitionsfördernden Rahmenbedingungen“. Die Dienstleister oder eine Dienstleisterverpflichtung seien dort nicht genannt. Auch sonst habe die Gipfelerklärung für die Präsidentenkammer keine 160

Relevanz gehabt („Die hätten auch 120 % rein schreiben können“, H. Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 5). Aus der Aussage des Zeugen M. ergebe sich nichts anderes. Der Zeuge habe auf Nachfrage nicht bestätigen können, dass der Abteilungsleiter 2 in dem Gespräch am 10. Juli 2018 einen „Deal“ auf dem Mobilfunkgipfel erwähnt habe. Der Zeuge habe als Berufsanfänger – seiner Aussage zufolge sei das Gespräch erst sein zweiter Termin als Lobbyist gewesen – offensichtlich Dinge falsch eingeordnet. Exemplarisch sei insoweit seine Einschätzung, eine strenge Diensteanbieterverpflichtung habe dem Abteilungsleiter 2 „sehr am Herzen gelegen“ (Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 18). Der Zeuge Dr. Z. habe in seiner Aussage jedoch sehr deutlich gemacht, dass er eine strenge Diensteanbieterverpflichtung aus ordnungspolitischen Gründen abgelehnt habe. Davon unabhängig zeige der Termin am 10. Juli 2018 – unterstellt er habe so stattgefunden wie vom Zeugen M. ausgesagt –, dass die leitenden Mitarbeiter der BNetzA offen gegen den Mobilfunkgipfel opponiert hätten, weil dort lediglich den Mobilfunknetzbetreibern eine Stimme verliehen worden sei, nicht aber den Diensteanbietern.

Auch die Darstellung, die ersten Erwägungen seien aufgrund einer Intervention des BMVI zurückgezogen worden, sei falsch. Schon aus den Verwaltungsvorgängen – konkret dem Schreiben des Präsidenten vom 23. Januar 2018 – ergebe sich, dass die Erwägungen auf erheblichen Widerspruch im Beirat gestoßen seien. Dieser habe befürchtet, die Formulierungen könnten, insbesondere hinsichtlich der Versorgungsaufgaben, im Sinne einer Vorfestlegung verstanden werden. Allein die Diskussion zwischen Beirat und Präsidium habe zum Zurückziehen der ersten Erwägungen geführt. Dies habe der Zeuge H. bei seiner Aussage bestätigt. Danach habe es den Oktober-Termin nicht geben müssen, wenn er die Versorgungsaufgabe hätte gemeinsam ausarbeiten wollen. Es sei vielmehr so gewesen, dass der Beirat vertrauliche Informationen regelmäßig an die Presse durchgestochen habe. Dort seien Dinge, die nur angedacht worden seien, als beschlossen dargestellt worden. Das sei der Grund gewesen, weshalb er den Entwurf zurückgezogen habe (Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 6). Die IFG-Vorgänge belegten demgegenüber lediglich die interne Sichtweise der Ministerien. Diese könne unzutreffend sein. Jedenfalls könne daraus nicht auf die konkrete Gesprächsführung geschlossen werden. 161

Die Treffen mit den Bundesministern im Herbst 2018 seien nicht geheim („*clandestin*“) gewesen. Die politische Seite habe ihre Forderungen stets öffentlich kommuniziert und für eine breite Medienberichterstattung gesorgt. Die Aktenführung erkläre sich dadurch, dass nur Neues zum Verwaltungsvorgang genommen worden sei (Dr. Z., Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 8). Während in den Ministerien auf Arbeitsebene ein immenser Aufwand betrieben und in den Sprechzetteln „ideale Welten aufgebaut“ worden seien (Dr. E. Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 8), sei bei den Vertretern der BNetzA der Eindruck eines Termins zurückgeblieben, bei welchem primär über die eigene Arbeit informiert und ggf. von Seiten des Ministeriums bekannte Positionen wiederholt worden seien. Insoweit habe es aus Sicht der BNetzA nichts gegeben, was im Verwaltungsvorgang zu dokumentieren gewesen wäre. Eine Ausnahme gelte für den Termin vom 18. Oktober 2018, bei dem der Fünf-Punkte-Plan überreicht worden sei. Dieser sei vom Zeugen Dr. E. als „Prüfbitte“ aufgefasst und somit auch zur Akte genommen worden. Selbst wenn man unterstellte, der Verwaltungsvorgang sei defizitär, weil auch Gespräche, die aus Sicht der beteiligten Mitglieder der Präsidentenkammer inhaltsleer und ohne Bedeutung für das Verfahren gewesen seien, dort hätten dokumentiert werden müssen, so sei ein hierdurch möglicherweise indizierter „böser Schein“ jedenfalls im Rahmen der Zeugenvernehmung ausgeräumt worden. 162

Schließlich gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass die seinerzeitige Verlängerung der Amtszeit von Vizepräsident Dr. E. in irgendeinen Bezug zur Präsidentenkammerentscheidung 163

gestellt worden sein könnte. Die Verlängerung sei durch das BMWi veranlasst worden. Dieses habe bekanntlich eine „harte“ Diensteanbieterpflichtung präferiert. Es sei insoweit abwegig anzunehmen, Vizepräsident Dr. E. habe sich mit Blick auf die Verlängerung seiner Amtszeit von den in die andere Richtung drängenden Wünschen des BMVI beeinflussen lassen.

Gegen die unionsrechtlich gesicherte Unabhängigkeit der BNetzA sei nicht verstoßen worden. Die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 Satz 1 RRL unterstellt, liege ein Verstoß gegen diese Regelung nur dann vor, wenn die nationale Regulierungsbehörde nicht unabhängig gehandelt habe, wenn sich also externe Steuerungsversuche auf ihre autonome Regulierungstätigkeit tatsächlich ausgewirkt hätten. Maßgeblich sei, dass das Handeln (bzw. in anderen Sprachfassungen das Auftreten oder die Arbeit) der nationalen Regulierungsbehörde unabhängig sein müsse. Das Unabhängigkeitsgebot sei aus der Perspektive der Regulierungsbehörde formuliert, nicht aus der Perspektive der um eine Steuerung der Regulierungsbehörde bemühten Instanz. Art. 3 RRL sei demnach nicht als Beeinflussungsverbot zu verstehen. Andernfalls wäre eine Entscheidung der Regulierungsbehörde selbst dann rechtswidrig, wenn diese sich nachweislich gegen die Beeinflussungsversuche gewehrt habe. Auch das Bundesverwaltungsgericht differenziere zwischen zulässigen und unzulässigen Einflussnahmen und ziehe die Grenze bei einer „fachaufsichtlichen Einzelweisung“.

164

Weisungen seien nicht erteilt worden. Dies hätten alle Zeugen der BNetzA ausgesagt. Zwar habe es von Seiten der Politik verschiedene Versuche einer „robusten Beratung“ gegeben. Davon habe sich die Präsidentenkammer aber nicht beeinflussen lassen. So habe der Zeuge H. zum Termin am 18. Oktober 2018, bei dem der Fünf-Punkte Plan übergeben worden sei, bekundet: „Wir haben uns das angehört. Wir haben darauf nicht reagiert. Das ist das Zeichen unserer Unabhängigkeit.“ (Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 9). Weiter habe er ausgesagt: „Die politischen Willensträger und Bundesbehörden können ja Stellungnahmen abgeben im Rahmen des Konsultationsverfahrens und dann haben wir sie behandelt, wie alle anderen Stellungnahmen auch.“ (Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 12). Diese Aussagen deckten sich mit denen des Zeugen Dr. E. . Dieser habe ausgesagt: „Wir haben nie eine Zusage gegenüber irgendeinem Ministerium gemacht. Wir haben immer auf unserem Letztentscheidungsrecht als Präsidentenkammer bestanden. Wir haben keine Weisung erhalten, weder mündlich noch schriftlich. Es gab schon mal rustikale Prüfbitten. Wir haben aber dann immer auf der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde gepocht.“ (Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 2). Prüfbitten seien als Anregung zu verstehen gewesen, als „*food for thought*“ (Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 4). Auch der Zeuge Dr. Z. habe bestätigt, dass „politischer Druck einfach als Prüfbite interpretiert worden [sei], wenn es nicht passte, wurde es abgeheftet und ignoriert.“ (Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 12).

165

Die im Herbst 2018 häufiger und in kürzeren Abständen stattfindenden Termine zeigten außerdem, dass die BNetzA aus Sicht der Bundesministerien gerade nicht folgsam gewesen sei. Andernfalls hätte es keiner „robusten Beratung“ und auch keiner wiederholten Termine bedurft („Die Termindichte können sie sich ganz einfach mit unserer Widerstandsfähigkeit erklären“, Dr. E. , Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 12; „Das waren Nachbohrtermine, weil wir eben nicht folgsam waren.“, H. , Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 14). Von Seiten der BNetzA seien lediglich ergebnisoffene Prüfungen zugesagt, aber keine Zusicherungen abgegeben worden. In Bezug auf eine Gesprächsnotiz des BMWi, wonach eine „wohlwollende“ Prüfung zugesagt worden sei, habe der Zeuge Dr. E. erläutert: „Ja, ergebnisoffen. Das ist so eine Floskel, die man dann so sagt. ‚Wohlwollend‘ Das ist geschönt.“ (Protokoll vom 4. Juni 2024, S. 8).

166

Dass die Präsidentenkammer eine eigene Entscheidung getroffen habe, lasse sich z. B. dem 167
Positionspapier zu den Kernpunkten der Präsidentenkammerentscheidung Teil III und IV vom
2. November 2018 entnehmen. Im Anschluss habe die BNetzA auch noch ein unabhängiges
Gutachten über Maßnahmen zur Verringerung der Ausbaurkostenbelastung eingeholt.
Sämtliche Entscheidungen seien auf Ebene der Präsidentenkammer getroffen worden und
nicht auf Arbeitsebene. Deshalb sei es – auch unter dem Aspekt der
regulierungsbehördlichen Unabhängigkeit – unbedenklich, wenn auf Arbeitsebene ein
Austausch zwischen Mitarbeitern der BNetzA und der Ressortministerien stattgefunden habe,
etwa in Form von Telefonaten zwischen ehemaligen Kollegen. Dies könne allerdings
erklären, wie Informationen über Positionen der BNetzA in die Ministerien gelangt seien.

Zu einer faktischen Vorfestlegung der Präsidentenkammer sei es nicht gekommen. Für die 168
Frage der faktischen Vorfestlegung komme es nicht darauf an, welche
Einflussnahmeversuche es von Seiten der Politik gegeben habe, sondern allein ob diese von
den Mitgliedern der Präsidentenkammer als zumindest faktisch bindend und insofern den
eigenen Ausgestaltungsspielraum beschränkend betrachtet worden seien. Dies sei nicht der
Fall gewesen. Die Präsidentenkammer sei sich ersichtlich bewusst gewesen, dass gerade
angesichts der sehr aktiven Teilnahme der politischen Ebene an der Diskussion um die
Ausgestaltung der Vergaberegeln eine deutliche Demonstration ihrer Unabhängigkeit
geboten gewesen sei. Sie habe auch entsprechend gehandelt. Aus der partiellen inhaltlichen
Übereinstimmung zwischen politischen bzw. ministeriellen Forderungen einerseits und der
Präsidentenkammerentscheidung andererseits lasse sich nicht ableiten, dass die
Präsidentenkammer befangen, parteiisch oder voreingenommen entschieden habe. Vielmehr
beruhe diese partielle Übereinstimmung darauf, dass die Präsidentenkammer am Ende eines
langen Entscheidungsprozesses bei der Abwägung aller vorgetragenen Argumente zur
Überzeugung gelangt sei, dass der finale Regelungskanon regulatorisch richtig sei.

Darüber hinaus sei es faktisch unzutreffend und anhand der Aktenlage nicht zu belegen, dass 169
die BNetzA ihre Auffassung hinsichtlich der Diensteanbieterpflicht im Laufe des
Verfahrens geändert habe. Die rechtliche Zulässigkeit einer Diensteanbieterpflicht sei
während des gesamten Verfahrens sehr umstritten gewesen. Dies hätten die Zeugen,
insbesondere der Zeuge C. ausgesagt (Protokoll vom 3. Juni 2024, S. 21). Auch in den
Vorgängen des BMVI gebe es keine Anhaltspunkte, dass eine Diensteanbieterpflicht
dort von vornherein abgelehnt worden sei. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass sowohl
die Mobilfunknetzbetreiber als auch die Diensteanbieter massiv versucht hätten, bei der
BNetzA und im politischen Raum ihre Ansichten darzulegen und durchzusetzen. Es sei im
Grundsatz rechtlich unbedenklich, wenn sich der politische Raum aktiv an der Diskussion um
die Ausgestaltung von Frequenznutzungsbestimmungen beteilige. Auf jeden Fall habe die
Präsidentenkammer ihre Auffassung nicht aufgrund von politischer Einflussnahme geändert.
Der politische Druck habe sich im konkreten Fall nicht ausgewirkt.

Der Klageantrag zu 2. sei ebenfalls unbegründet. Bereits der Wortlaut der streitigen 170
Regelungen spreche gegen die Annahme der Klägerinnen, dass nur die Rechte, nicht aber
die Verpflichtungen zum 31. Dezember 2020 endeten. Die UMTS- Lizenzen seien durch
Verwaltungsakt erteilt worden. Es entspreche dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht,
dass Nebenbestimmungen akzessorisch zur Hauptregelung zu betrachten seien.
Sonderregelungen seien nicht erkennbar. Auch Übergangsregelungen wie § 150 Abs. 4 TKG
2004 könnten die Gültigkeit der Nebenbestimmung nicht verlängern.

In der – zusammen mit dem Verfahren 1 K 1281/22 durchgeführten – mündlichen 171
Verhandlung vom 26. August 2024 hat die Beklagte weitere Beweisanträge gestellt, die das

Gericht abgelehnt hat. Für die Einzelheiten wird auf das Protokoll vom 26. August 2024 Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen. 172

Entscheidungsgründe 173

Die Klage ist hinsichtlich des Klageantrags zu 1. zulässig (dazu I.) und begründet (dazu II.). Hinsichtlich des Klageantrags zu 2. ist sie jedenfalls unbegründet (dazu III.). 174

I. Die Klageantrag zu 1. ist zulässig. 175

Die Klägerinnen sind klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO). Als Diensteanbieterinnen konnten sie sich für die beantragten Ergänzungen der Vergabebedingungen zunächst auf § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG 2004 und nunmehr auf § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG stützen. 176

Dass Diensteanbieter in den Schutzbereich von § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG 2004 einbezogen sind, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits festgestellt, 177

vgl. Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 22 ff. 178

Das Inkrafttreten des neuen Telekommunikationsgesetzes am 1. Dezember 2021 durch Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858) – TKG – begründet keine Notwendigkeit, die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Klagebefugnis von Diensteanbietern zu hinterfragen. Die jetzt gültige Norm, § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG, ist mit ihrer Vorgängervorschrift, § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG 2004, nahezu identisch. Ihr wurde lediglich ein Halbsatz hinzugefügt, der aber für die Frage der Klagebefugnis von Diensteanbietern keine Relevanz hat. Auch in der Gesetzesbegründung heißt es, dass § 100 Abs. 4 TKG dem bisherigen § 61 Abs. 3 Satz 2 TKG 2004 entspreche, 179

vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 313. 180

Des Weiteren haben die Klägerinnen vor Erhebung der Klage im Verwaltungsverfahren bei der BNetzA konkrete Anträge auf Aufnahme im Einzelnen ausformulierter Regelungen zur Diensteanbieterverpflichtung, hilfsweise zur Aufnahme der in den UMTS-Lizenzen enthaltenen Regelungen zur Diensteanbieterverpflichtung, gestellt. Der entsprechende Antrag der Klägerin zu 2. im Schreiben vom 12. bzw. 18. Oktober 2018 wurde dabei auch für die Klägerin zu 1. gestellt, da es sich um ein mit ihr verbundenes Unternehmen handelt. 181

Gemäß § 3 Nr. 29 TKG 2004, jetzt § 3 Nr. 69 TKG, ist „Unternehmen“ das Unternehmen selbst oder mit ihm i.S.d. § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (fortan: GWB) verbundene Unternehmen. Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB sind, wenn ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen i.S.d. § 17 Aktiengesetz (AG) oder ein Konzernunternehmen i.S.d. § 18 AG ist, die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen. Dies ist bei den Klägerinnen der Fall. Laut ihrer Beschreibung in der Klageschrift vom 7. Juni 2019 ist die Klägerin zu 2. ein börsennotiertes Telekommunikationsunternehmen mit Schwerpunkt Mobilfunk. Sie vertreibt als Mobilfunk-Diensteanbieter durch die Klägerin zu 1. und weitere zu ihrem Konzern gehörende Tochtergesellschaften im eigenen Namen und auf eigene 182

Rechnung Mobilfunkleistungen. Die Klägerin zu 1. ist ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft, in der das deutsche Mobilfunkgeschäft des Konzerns im Wesentlichen gebündelt ist. Die Beklagte ist diesem Vortrag nicht substantiiert entgegengetreten.	
II. Die Klageantrag zu 1. ist auch begründet.	183
Die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerinnen in ihren Rechten. Sie ist insgesamt aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Anträge der Klägerinnen vom 12. bzw. 18. Oktober 2018 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO.	184
Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Präsidentenkammerentscheidung ist die Sach- und Rechtslage bei ihrem Erlass.	185
Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 19.	186
Rechtsgrundlage für die hier streitige Festlegung von Vergabe- und Auktionsregeln durch die Präsidentenkammer im Beschluss vom 26. November 2018 ist demnach § 61 Abs. 3 und 4 TKG 2004.	187
Die tatbestandliche Voraussetzung der Anordnung eines Vergabeverfahrens nach § 55 Abs. 10 TKG 2004 lag vor. Mit Beschluss vom 14. Mai 2018 hatte die Präsidentenkammer über die Anordnung des Vergabeverfahrens (Teilentscheidung I) und die Wahl des Versteigerungsverfahrens (Teilentscheidung II) entschieden.	188
Auf der Rechtsfolgenseite kommt der BNetzA bei der Bestimmung der Vergabe- und Auktionsregeln ein Ausgestaltungsspielraum zu, der einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Dabei ist zunächst zu überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat. Besteht – wie hier – das Erfordernis einer Abwägung widerstreitender Ziele und sonstiger Belange der Regulierung, ist darüber hinaus zu prüfen, ob eine Abwägung überhaupt stattgefunden hat (Abwägungsausfall), in die Abwägung an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), die Bedeutung der betroffenen Belange nicht verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) und der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange nicht außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität).	189
Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 49, 56 und 90.	190
Davon ausgehend steht nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens zur Überzeugung des Gerichts (§ 108 Abs. 1 VwGO) fest, dass die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 an beachtlichen Verfahrensfehlern leidet. Zum einen begründet die konkrete Verfahrensgestaltung der Präsidentenkammer gegenüber allen drei Mitgliedern die Besorgnis der Befangenheit (dazu 1.). Zum anderen liegt ein Verstoß gegen die unionsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der BNetzA als nationaler Regulierungsbehörde vor (dazu 2.). Ferner leidet die Präsidentenkammerentscheidung unter dem Gesichtspunkt der faktischen Vorfestlegung an einem Abwägungsdefizit (dazu 3.). Die Klägerinnen haben daher einen Anspruch auf Neubescheidung ihrer Anträge vom 12. bzw. 18. Oktober 2018 (dazu 4.)	191
	192

1. Der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 liegt ein Verfahrensverstöß zugrunde, weil alle drei Mitglieder der Präsidentenkammer wegen Besorgnis der Befangenheit nicht an der streitgegenständlichen Entscheidung hätten mitwirken dürfen.

Ob die Mitglieder der Präsidentenkammer oder einer anderen Beschlusskammer der BNetzA 193 daran gehindert sind, an einer Entscheidung dieses Kollegiums mitzuwirken, richtet sich nach den Regelungen der §§ 20, 21 VwVfG. Da die Beschlusskammern als unselbständige Organisationseinheiten innerhalb der BNetzA Ausschüsse i.S.v § 88 VwVfG sind, bedarf es für den Ausschluss eines Mitglieds gemäß § 21 Abs. 2 i.V.m. § 20 Abs. 4 VwVfG einer konstitutiven Entscheidung der Kammer über den Ausschluss. Unterbleibt – wie hier – eine solche Entscheidung, können die Beteiligten den Einwand, es habe ein Ausschussmitglied mitgewirkt, bei dem die Besorgnis der Befangenheit bestehe, im Zusammenhang mit der Anfechtung der Endentscheidung geltend machen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 49 194

a) Den Klägerinnen ist die Geltendmachung dieses Einwands nicht verwehrt. Dabei kann 195 dahinstehen, ob § 71 Abs. 3 VwVfG direkte oder analoge Anwendung auf das vorliegende Präsidentenkammerverfahren findet. Denn jedenfalls ist der Einwand der Besorgnis der Befangenheit rechtzeitig erhoben worden.

Nach § 71 Abs. 3 Satz 1 VwVfG kann in förmlichen Verwaltungsverfahren, die vor einem 196 Ausschuss i.S.v. § 88 VwVfG stattfinden, jeder Beteiligte ein Mitglied des Ausschusses ablehnen, bei dem die Besorgnis der Befangenheit i.S.v. § 21 VwVfG besteht. Nach Satz 3 ist die Erklärung der Ablehnung unzulässig, wenn sich der Beteiligte in die mündliche Verhandlung eingelassen hat, ohne den ihm bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen.

Nach Auffassung des Gerichts spricht überwiegendes für eine (jedenfalls analoge) 197 Anwendung von § 71 Abs. 3 VwVfG auf das vorliegende Präsidentenkammerverfahren. Bei der Präsidentenkammer handelt es sich um ein Kollegialorgan und beim Frequenzvergabeverfahren, ebenso wie bei anderen Beschlusskammerentscheidungen, um ein im weiteren Sinne förmliches Verwaltungsverfahren. Ferner dient die Rügeobliegenheit dem Schutz des Anspruchs auf chancengleiche Teilnahme am Frequenzvergabeverfahren. Zum einen würde verhindert, dass ein Beteiligter in Kenntnis des Verfahrensmangels zunächst das Ergebnis des Verfahrens abwartet, um sich so eine zusätzliche Entscheidungschance zu verschaffen, was im Verhältnis zu den anderen Beteiligten das Gebot der Chancengleichheit verletzen könnte. Zum anderen würde der Behörde eine eigene, möglichst zeitnahe Überprüfung des gerügten Ablehnungsgrunds ermöglicht mit dem Ziel einer schnellstmöglichen Aufklärung und ggf. Entscheidung über den Ausschluss des betroffenen Mitglieds.

Vgl. in Anlehnung an die Rügeobliegenheit im Prüfungsrecht: BVerwG, Urteil vom 27. April 1999 – 2 C 30.98 –, juris, Rn. 26; OVG Bremen, Beschluss vom 23. Mai 2024 – 2 LA 28/24 –, 198 juris, Rn. 12. Zum Anspruch auf chancengleiche Teilnahme am Vergabeverfahren, in den sich der Anspruch auf Einzelzuteilung von Frequenzen durch eine Vergabeanordnung wandelt: BVerwG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 6 C 3.10 –, juris, Rn. 14.

Die Frage nach einer Rügeobliegenheit der Klägerinnen kann vorliegend jedoch dahinstehen. 199 Denn die Umstände, die eine Besorgnis der Befangenheit stützen, wurden erst im Laufe des Gerichtsverfahrens durch die Herausgabe der IFG-Vorgänge in vollem Umfang bekannt und sodann zeitig gerügt.

b)Die Besorgnis der Befangenheit ist gegenüber allen drei Mitgliedern der Präsidentenkammer begründet.	200
Ein Grund i.S.d. § 21 Abs. 1 VwVfG, der geeignet ist, Misstrauen gegen die unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, liegt vor, wenn aufgrund objektiv feststellbarer Tatsachen für die Beteiligten bei vernünftiger Würdigung aller Umstände die Besorgnis nicht auszuschließen ist, ein bestimmter Amtsträger werde in der Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden. Die rein subjektive Besorgnis, für die bei Würdigung der Tatsachen vernünftigerweise kein Grund ersichtlich ist, reicht nicht aus.	201
Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 65.	202
Es genügt der böse Anschein der Parteilichkeit. Entscheidend ist deshalb allein, ob aus der Sicht eines vernünftig und besonnen denkenden Beteiligten unter den gegebenen Umständen des konkreten Falles objektive Gründe bestehen, an der Unvoreingenommenheit des Amtswalters zu zweifeln. Auf die Art und Weise der Verfahrensführung des Amtsträgers kann im Allgemeinen eine Befangenheit nicht gestützt werden. Etwas anders gilt allerdings, wenn sich die Gestaltung des Verfahrens so weit von den anerkannten rechtlichen Grundsätzen entfernt, dass für den davon betroffenen Beteiligten der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung entsteht.	203
Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2016 – VI?Kart 3/16 (V) –, juris, Rn. 48 m.w.N; <i>Schuler-Harms</i> , in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 4. EL November 2023, § 21 VwVfG, Rn. 24. Vgl. auch zur Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 16. Februar 2023 – 1 BvR 1883/22 –, juris, Rn. 18; <i>Heinrich</i> , in: Musielak/Voit, ZPO, 21. Auflage 2024, § 42, Rn. 11.	204
So liegt der Fall hier. Zwar hat die Präsidentenkammer das Frequenzvergabeverfahren nach außen hin ordnungsgemäß geführt. In Bezug auf den politischen Druck insbesondere von Seiten des BMVI war die Verfahrensgestaltung der Präsidentenkammer aber intransparent und vereinzelt nachgebend. Für die am Frequenzvergabeverfahren beteiligten Kreise – einschließlich der Klägerinnen – musste daher der Eindruck eines politischen und damit für die Frequenzversteigerung sachwidrigen „Nebenverfahrens“ entstehen.	205
Nach außen hin hat die BNetzA das Frequenzvergabeverfahren ordnungsgemäß geführt. Die gemäß § 132 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 TKG 2004 zuständige Präsidentenkammer hat am 13. Juli 2018 die nach § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 im Regelfall erforderliche mündliche Verhandlung durchgeführt und entsprechend § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4, § 132 Abs. 4 Satz 3 und § 120 Nr. 2 TKG 2004 im Benehmen mit dem Beirat entschieden. Vor und nach Erstellung des Konsultationsentwurfs vom 24. September 2018 hat die Präsidentenkammer entsprechend dem in § 61 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 vorgesehenen Erfordernis einer Anhörung der betroffenen Kreise den interessierten Unternehmen Gelegenheit zu schriftlichen Stellungnahmen gegeben.	206
So bereits BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 73.	207
Die Anforderungen an ein rechtsstaatlich korrektes Frequenzvergabeverfahren finden ihre Grundlage im Unionsrecht. Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 RRL hat die nationale Regulierungsbehörde ihre Befugnisse unparteiisch und transparent auszuüben. Art. 6 Abs. 1 RRL schreibt ein transparentes Verfahren mit Konsultations- und Veröffentlichungspflichten vor. Nach Art. 9 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 RRL muss die Zuteilung von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste auf objektiven, transparenten, nichtdiskriminierenden	208

und angemessenen Kriterien beruhen. Ebenso schreibt Art. 4 Nr. 2 Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vor, dass die Vergabe von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste nach objektiven, nachvollziehbaren, diskriminierungsfreien und angemessenen Kriterien erfolgen muss.

Der ordnungsgemäßen Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens kommt eine besondere Bedeutung zu. Dies gilt nicht nur, weil die abschließende Entscheidung der Präsidentenkammer aufgrund des ihr eingeräumten Ausgestaltungsspielraums einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt, sondern auch mit Blick auf den regulatorischen Zweck des Frequenzvergabeverfahrens. Mit dem Vergabeverfahren soll nach § 61 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004 festgestellt werden, welcher oder welche der Antragsteller am besten geeignet sind, die zu vergebenden Frequenzen effizient zu nutzen. Nach der Gesetzesbegründung ist das in § 61 Abs. 3 TKG 2004 genannte Auswahlkriterium der Effizienz der Frequenznutzung sachgerecht, weil es der in bestimmten Frequenzbereichen bestehenden Knappheit von Übertragungskapazität Rechnung trägt. Die vor dem Vergabeverfahren festzulegenden Zulassungsbedingungen und Verfahrensregelungen gewährleisten ein diskriminierungsfreies Verfahren. Das Versteigerungsverfahren nach § 61 Absatz 4 TKG 2004 ist ein geeignetes rechtsstaatlich zulässiges Auswahlverfahren. Mit diesem Auswahlverfahren kann ein wesentliches Regulierungsziel, nämlich die Effizienz der Frequenznutzung realisiert werden. Das erfolgreiche Gebot belegt typischerweise die Bereitschaft und die Fähigkeit, die zuzuteilende Frequenz im marktwirtschaftlichen Wettbewerb der Dienstleistungsangebote möglichst optimal einzusetzen und sich um eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Frequenz zu bemühen. Gleichzeitig dient das frequenzökonomische Auswahlkriterium dem regulierungspolitischen Ziel, den Wettbewerb zu fördern. Um dieses Ziel nachhaltig zu gewährleisten, sind besondere Versteigerungsbedingungen vorgesehen. Im Bereich der Frequenzvergabe ist das ökonomische Auswahlkriterium rechtsstaatlich unbedenklich.

209

So zu § 59 Abs. 4 und 5 TKG-E, die § 63 Abs. 3 und 4 TKG 2004 entsprechen: BT-Drs. 15/2316, S. 80.

210

Den Mitgliedern der Präsidentenkammer waren die Bedeutung und die rechtlichen Anforderungen an die Durchführung des Frequenzvergabeverfahrens bekannt. Dies zeigt sich etwa daran, dass die BNetzA dem Frequenzvergabeverfahren aus eigenen Überlegungen heraus zum Zweck der Marktbeobachtung und des Marktverständnisses normativ nicht vorgesehene Verfahrensschritte vorangestellt hat. Durch den Frequenzkompass und die Orientierungspunkte hat sie die durch die Frequenzvergabe betroffenen Kreise frühzeitig in ihre Vorüberlegungen eingebunden und sich durch deren Stellungnahmen den notwendigen Sachverstand verschafft. Laut dem Zeugen Dr. E. handelte es sich hierbei um „Eigenschöpfungen“ der Behörde. Zudem gab es während des Frequenzvergabeverfahrens – abseits der förmlichen Anhörung und Konsultation – laufend Gespräche mit den beteiligten Kreisen. Diese waren nach Aussage des Zeugen H. schon deshalb notwendig, weil die Fachkenntnis der BNetzA alleine nicht ausgereicht hätte. Der Zeuge Dr. E. erklärte, bei diesen Einzelterminen sei es nur um Informationen gegangen, wie bei einer erweiterten Anhörung. Der Präsidentenkammer sei bei alledem auch eine transparente Aktendokumentation wichtig gewesen, auch aus Gründen der Rechtssicherheit in Bezug auf eine sich eventuell anschließende gerichtliche Kontrolle. Der Zeuge Dr. Z. erklärte, Wert darauf gelegt zu haben, dass Gespräche verschriftlicht und zur Akte genommen würden. Auch der Zeuge Dr. E. bekundete, dass über wichtige Gespräche eine Protokollnotiz gefertigt worden sei. Der Zeuge H. ergänzte, dass es für Ministerien keine

211

Sonderregelungen gegeben habe. Unterlagen oder Anfragen aus den Ministerien seien, jedenfalls soweit es sich um Neues gehandelt habe, zu den Akten genommen worden.

- Die Mitglieder der Präsidentenkammer waren sich ferner im Klaren darüber, die streitgegenständliche Entscheidung als unabhängige Behörde zu treffen. Dies lässt sich ihren Zeugenaussagen zweifelsfrei entnehmen. Die Zeugen H. , Dr. E. und Dr. Z. beteuerten außerdem übereinstimmend, die zum Teil als „robust“ bzw. „rustikal“ bewerteten „Prüfbitten“ aus dem BMVI und dem sonstigen politischen Raum nicht als Weisungen oder weisungsgleich verstanden zu haben. 212
- Eine Besorgnis der Befangenheit kann auch sonst nicht darauf gestützt werden, dass die Präsidentenkammer zu ihrer Verfahrensführung oder einzelnen Entscheidungsinhalten vom BMVI im Rahmen einer ministeriellen Aufsicht angewiesen worden wäre. Eine Weisung ist eine dienstliche Anordnung im Über-Unterordnungsverhältnis, die den Adressaten in Bezug auf dessen dienstliche Tätigkeit zu einem bestimmten Verhalten (Tun oder Unterlassen) rechtlich verpflichten will. 213
- Vgl. in Anlehnung an die Rechtsprechung im Beamtenrecht: OVG NRW, Urteil vom 23. August 2019 – 1 A 1666/16 –, juris, Rn. 46 ff. unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2000 – 1 D 34.98 –, juris, Rn. 23, und Beschluss vom 30. März 2000 – 1 DB 24.99 –, juris, Rn. 19. 214
- Ungeachtet der ohne Veröffentlichung im Bundesanzeiger (§ 117 Satz 1 TKG 2004) offensichtlichen Rechtswidrigkeit einer solchen Weisung, kann das Gericht eine solche nach Auswertung der Verwaltungsvorgänge der BNetzA und der IFG-Vorgänge des BMVI, BMWi und BKAmT auch nicht feststellen. Dies gilt sowohl für den Sprechzettel des BMVI für das Treffen am 3. September 2018 mit der Formulierung „Ich bitte Sie daher nachdrücklich, einen Weg zu finden, ambitioniertere Auflagen zur Anhörung zu stellen.“, 215
- K 50 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 7 – S. 37 (39), 216
- als auch für den Sprechzettel des BMVI für das Treffen am 5. November 2018 mit der Formulierung „Mein klares Petitum lautet deshalb: lasst uns bis Ende Januar 2019 einen gemeinsamen Arbeitsprozess für eine Gesamtstrategie verabreden.“, 217
- K 52 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 12 – S. 5 (7). 218
- Zum einen ist der Beklagten zuzustimmen, dass die Formulierungsvorschläge in einem Sprechzettel nicht den tatsächlichen Äußerungen in dem Termin entsprechen müssen. Zum anderen lässt sich den Formulierungen nicht entnehmen, dass das BMVI die Präsidentenkammer in dem Sinne rechtlich binden wollte, dass ihr ein eigener Entscheidungsspielraum gänzlich abgesprochen wurde. 219
- Die Besorgnis der Befangenheit ergibt sich auch nicht aus der bloßen Teilnahme einzelner Mitglieder der Präsidentenkammer an Terminen mit Ministern oder als Behördenvertreter etwa auf dem Mobilfunkpfel am 12. Juli 2018. 220
- Vgl. dazu schon BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 77. 221
- Die Besorgnis der Befangenheit wurde nach Überzeugung des Gerichts aber dadurch gesetzt, dass ab Januar 2018 bis zur finalen Entscheidung im November 2018 zwischen Mitgliedern der Präsidentenkammer und der Fachabteilung der BNetzA auf der einen Seite und der Leitungs- und Arbeitsebene insbesondere des BMVI auf der anderen Seite eine rege 222

Kommunikation in Form von Telefonaten, E-Mail-Verkehr und persönlichen Treffen stattfand. Das BMVI übte dabei massiven Druck auf die BNetzA aus, um Verfahrensabläufe und fachliche Inhalte des Frequenzvergabeverfahrens zu beeinflussen. Der behördeninterne Umgang mit diesem politischen Druck war – jedenfalls im vorliegenden Fall – nicht ausreichend für eine transparente Verfahrensgestaltung. Darüber hinaus ist das Gericht überzeugt, dass die Präsidentenkammer dem politischen Druck vereinzelt nachgegeben hat. In der Gesamtschau musste daher für die am Frequenzvergabeverfahren beteiligten Kreise der Eindruck eines politischen und damit für die Frequenzversteigerung sachwidrigen „Nebenverfahrens“ entstehen. Dies gilt auch für die Klägerinnen in Bezug auf die Diensteanbieterregelung.

Die Kommunikation zwischen BNetzA und BMVI über das Frequenzvergabeverfahren ergibt sich aus den Verwaltungsvorgängen der BNetzA und aus den Aktenbestandteilen des BMVI, die über die von den Klägerinnen geführten IFG-Verfahren, in dieses Verfahren eingeführt worden sind. Die Zeugen haben den Austausch auch auf der Ebene der Fachabteilungen untereinander bestätigt. Der Zeuge H. erklärte, dass die Präsidentenkammer zwar keinen E-Mail- oder Schriftverkehr der Fachebene autorisiert habe. Sie hätten aber gewusst, dass es einzelne E-Mails der Fachabteilung untereinander gegeben habe. Es sei selbstverständlich, dass sich die Arbeitsebene untereinander austauschten. Der Zeuge Dr. E. äußerte, dass zwischen der Arbeitsebene des Ministeriums und der BNetzA telefoniert worden sei. Der Zeuge Dr. Z. erläuterte, dass Referenten der BNetzA vom BMVI abgeworben worden seien und es informelle Kontakte auf der Arbeitsebene gegeben habe. Hierdurch seien auch Positionen der BNetzA nach außen getragen worden. 223

Dass von Seiten des BMVI politischer Druck auf die Präsidentenkammer und die Fachabteilung ausgeübt werden sollte, ergibt sich ebenfalls eindeutig aus den IFG-Vorgängen des BMVI. Exemplarisch hierfür ist ein Sprechzettel zur Vorbereitung eines Gesprächs von Staatssekretär B. mit Vizepräsident Dr. E. am 11. April 2018. Zu den Erwartungen des BMVI an die BNetzA im Rahmen des Frequenzvergabeverfahrens wurde darin u. a. festgehalten: 224

? „BMVI erwartet von der BNetzA im weiteren Verlauf ein in zeitlicher Hinsicht koordiniertes Vorgehen, um den Lösungsraum für die ‚Gesamtstrategie‘ nicht vorab zu verengen. [...] Dies setzt kooperatives Verhalten seitens der BNetzA voraus.“ 225

? „Gesprächsziel: Enge Kooperation vereinbaren zwischen BMVI und BNetzA zur Synchronisation des vom BMVI gesteuerten Prozess der Lückenschließung mit dem von der BNetzA gesteuerten Frequenzvergabeverfahren.“ 226

? „Mein Vorschlag ist, dass sich die Fachabteilung meines Hauses mit Ihren Fachleuten in Verbindung setzt, um alles weitere zum Aufsetzen des weiteren Prozesses zu verabreden.“ 227

? „BNetzA tut sich (nicht erst seit dieser Auktion) schwer damit, dass BMVI aufgrund der politischen Verantwortung für das hochsensible Thema die Leitlinien etwa für die Versorgungsaufgaben mitbestimmen möchte. Häufig werden durch einen engen Zeitplan mit den Entscheidungen Fakten geschaffen.“ 228

? „Wichtig für BMVI ist vor allem, Handlungsspielraum für die Gespräche mit den Mobilfunknetzbetreibern und den Mobilfunkpipfeln zu behalten.“ 229

K 45 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 5 – S. 1 (1, 4 f.). 230

Diesen Druck hielt das BMVI auch in den Folgemonaten aufrecht. Nach der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs der Präsidentenkammerentscheidung Teil III und IV am 17. September 2018 hieß es in einem Sprechzettel für Bundesminister Scheuer für ein Gespräch mit Bundesminister Altmaier am 21. September 2018 zum Thema Versorgungsaufgaben:

? „Die nun von der BNetzA (ohne vorherige Absprache mit meinem oder Ihrem Haus) veröffentlichten konkreten Vorschläge werden diesen Zielen nicht gerecht.“ 232

? „Angesichts der zu wahrenen Unabhängigkeit der Behörde erscheint es allerdings sinnvoll, nicht mit konkreten inhaltlichen Forderungen in die Öffentlichkeit zu treten. Dennoch ist die BNetzA in das System der Fach- und Rechtsaufsicht eingebunden und damit nicht autark in ihren Dispositionen.“ 233

? „Die BNetzA sollte deshalb veranlasst werden, auf Basis der Diskussion in der Beiratssitzung den bereits von ihr im Internet veröffentlichten Entwurf zwecks Überprüfung der Vorschläge auf Vereinbarkeit mit politischen Zielvorgaben zurückzuziehen.“ 234

K 51 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 9 – S. 21 (22 f.) 235

Dementsprechend wurde auf ministerieller Ebene sodann der sog. Fünf-Punkte-Plan erarbeitet, der Änderungswünsche der Bundesregierung bei den Vergabebedingungen vorsah. Hierzu notierte das BMVI in einem Sprechzettel für Bundesminister Scheuer für ein Gespräch mit dem Chef des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun und Bundesminister Altmaier am 11. Oktober 2018: 236

? „Wir müssen allerdings schnell agieren und unseren ‚Optimierungskatalog‘ schnellstmöglich an BNetzA übergeben.“ 237

? „Denkbar wäre ein **Präsenztermin der Hausleitungen** mit dem Präsidenten der BNetzA, dem das Papier als Tischvorlage übergeben werden könnte.“ 238

? „Zudem sollte eingefordert werden, dass die Umsetzung dieser Punkte durch die BNetzA in enger Abstimmung mit den Fachabteilungen von BMVI, BK und BMWi vorgenommen wird.“ 239

? „Ankündigung eines ‚Kontrolltermins‘ Anfang November erscheint sinnvoll.“ 240

Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 11 – S. 8 (11, 13; Hervorh. im Original). 241

Dieser politische Druck ist auch von den Mitgliedern der Präsidentenkammer und der Fachabteilung der BNetzA als solcher empfunden worden. Der Zeuge H. gab den politischen Druck unumwunden zu. Er sprach davon, „robust“ beraten worden zu sein. Alle hätten auf sie eingewirkt, auch die Politik. Angesprochen auf die Forderungen des BMVI erklärte er, dass ganz klar versucht worden sei, sie in eine Position zu drängen. Auch der LAK und Staatssekretär B. hätten versucht, Einfluss auf die Regulierungsentscheidung zu nehmen. Die E-Mail des Zeugen Dr. Z. vom 16. Februar 2018 an das BMVI mit dem Wortlaut „anbei übersende ich Ihnen die überarbeiteten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“, 242

K 43 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 3 – S. 1, 243

kommentierte der Zeuge dahingehend, dass ihn der Wortlaut nicht überrasche. Es zeige den politischen Druck, dem sie ausgesetzt gewesen seien. Den Fünf-Punkte-Plan bezeichnete er 244

ebenfalls als Papier, mit dem sie „unter Druck“ gesetzt worden seien.

Der Zeuge Dr. E. verneinte zwar eine direkte Einflussnahme. Er sprach aber von „rustikalen“ 245
Prüfbitten, etwa nach schärferen Versorgungsaufgaben. Er erläuterte weiter, solche Prüfbitten
als „*food for thought*“ zu verstehen, also z. B. als Anregung, auf bestimmte Bereiche noch
einmal vertieft einzugehen. Nach seiner Vorstellung sei eine solche Prüfbitte auch in
Ordnung, solange die Präsidentenkammer an ihrer Auffassung festhalte. Später in der
Vernehmung räumte der Zeuge dann ausdrücklich ein, dass es Druck gegeben habe. Befragt
nach der Termindichte im Herbst 2018 erklärte er, dass der Druck vor der Entscheidung Ende
November größer geworden sei. Danach sei er völlig weg gewesen.

Der Zeuge C. sagte zwar aus, dass politischer Druck bei ihm persönlich nicht angekommen 246
sei. Er erklärte aber auch, sich mit Präsident H. nicht darüber ausgetauscht zu haben, wer
gerade von welcher Seite politischen Druck erfahre. Diese Relativierung legt gerade nahe,
dass politischer Druck auf das Präsidium der BNetzA nicht ungewöhnlich und daher auch kein
besonderes Gesprächsthema war.

Der Zeuge Dr Z. bestätigte ebenfalls, dass es Druck gegeben habe. Basierend auf seiner 247
beruflichen Erfahrung mit vorangegangenen Frequenzvergabeverfahren führte er allerdings
relativierend aus, dass es vor jeder Auktion politischen Druck von allen Seiten gegeben habe.
Auch bei den UMTS-Versteigerungen 2000 sei der Druck sehr stark gewesen. Der Zeuge
beschrieb außerdem, wie innerhalb der BNetzA mit dem politischen Druck umgegangen
wurde. Danach sei politischer Druck als Prüfbitte interpretiert worden. Transparenz sei durch
Abheften der Vorgänge hergestellt worden.

Der behördeninterne Umgang mit dem politischen Druck des BMVI war – jedenfalls im 248
vorliegenden Fall – nicht ausreichend für eine transparente Verfahrensgestaltung.

Die Kommunikation mit dem BMVI wurde in den Verwaltungsvorgängen der BNetzA nur 249
unzureichend dokumentiert. So gibt es lediglich über das Treffen am 18. Oktober 2018 eine
Protokollnotiz des Vizepräsidenten Dr. E. , nicht aber über die anderen Termine auf Leitungs-
und Arbeitsebene. Aus den Zeugenaussagen ergibt sich, dass nur „Neues“ (H.), „wichtige
Gespräche“ (Dr. E.) und „Prüfbitten“ (Dr. E. und Dr. Z.) in den Akten notiert wurden.

Die politischen Forderungen des BMVI wurden im Frequenzvergabeverfahren auch nicht auf 250
andere Weise gegenüber den beteiligten Kreisen offengelegt, sei es in der mündlichen
Anhörung am 13. Juli 2018 oder durch Veröffentlichung im Rahmen des
Konsultationsverfahrens. Während Stellungnahmen von Bundestagsabgeordneten oder
Landesministerien im Konsultationsverfahren veröffentlicht wurden, geschah dies mit den
politischen Forderungen des BMVI nicht. Die Präsidentenkammer hatte sich hierzu
ausweislich der Zeugenaussagen auch keine konkreten Gedanken gemacht. Der Zeuge H.
räumte ein, er wisse schlicht nicht, ob Papiere wie der Fünf-Punkte-Plan im
Konsultationsverfahren veröffentlicht worden seien. Es hätte wohl nichts dagegen
gesprochen. Auf die Frage, ob überlegt worden sei, die Ministerien den Marktakteuren gleich
zu behandeln, antwortete er, dass es von ihm nie Vorgaben dazu gegeben habe, auch keine
Aktenüberwachung.

Der Zeuge Dr. E. erläuterte, dass sie – gemeint ist die Präsidentenkammer und die 251
Leitungsebene der BNetzA – nicht daran gedacht hätten, Stellungnahmen aus dem
politischen Raum in den „iterativen Prozess“ der Vorbereitung des
Frequenzvergabeverfahrens einzubeziehen. Der politische Raum sei durch den Beirat
vertreten gewesen. Des Weiteren bestätigte der Zeuge, dass die Stellungnahmen anderer

Bundesbehörden veröffentlicht worden seien. Später erklärte er, dass es den politischen Willensträgern und Bundesbehörden freigestanden hätte, Stellungnahmen im Konsultationsverfahren abzugeben, die dann so behandelt worden wären wie alle anderen Stellungnahmen auch.

Der Zeuge C. sagte aus, er gehe davon aus, dass die Ergebnisse des Mobilfunkgipfels wie alle anderen Stellungnahmen nach der Anhörung am 13. Juli 2018 veröffentlicht worden seien. 252

Der Zeuge Dr. Z. verwies die Politik ebenfalls auf den Beirat. Transparenz sei dadurch hergestellt worden, dass alle Einflussnahmeversuche abgeheftet worden seien. 253

Der Einwand des Vertreters der Beklagten, dass eine Veröffentlichung nicht notwendig gewesen sei, da die Haltung der Ministerien, jedenfalls die des BMVI, öffentlich oder zumindest den betroffenen Fachkreisen bekannt gewesen sei, überzeugt nicht. Zwar trifft es zu, dass sämtliche betroffene Kreise Lobbyarbeit auch auf Ministerebene betrieben haben und ihnen die Positionen der Ministerien bekannt gewesen sein dürften. Der Sinn und Zweck der Veröffentlichung von Stellungnahmen im Konsultationsverfahren geht aber über die bloße Information hinaus. Denn mit der Veröffentlichung der ministeriellen „Prüfbitten“ hätte die Präsidentenkammer Transparenz geschaffen und ihre Verfahrenshoheit demonstriert. Davon unabhängig gilt für weite Teile der betroffenen Kreise – z. B. der Mobilfunknetzbetreiber, des Neueinsteigers, der Diensteanbieter, der Deutschen Bahn, der Automobilindustrie, der ländlichen Gemeinden etc. –, dass deren Positionen im Voraus bekannt waren, ohne dass es dazu einer Veröffentlichung ihrer Stellungnahmen im Konsultationsverfahren bedurft hätte. 254

Dass das BMVI von der Präsidentenkammer anders behandelt wurde als die übrigen Verfahrensbeteiligten zeigt sich ferner daran, dass das Ministerium aufgrund des steten Austausches auf Leitungs- und Arbeitsebene einen privilegierten Zugang zu Arbeitspapieren und Entscheidungsentwürfen hatte. Aus den Verwaltungsvorgängen der BNetzA und den IFG-Vorgängen des BMVI ergibt sich beispielsweise, dass der Abteilungsleiter 2, der Zeuge Dr. Z., am 16. Februar 2018 dem BMVI die überarbeiteten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln zuschickte. Die E-Mail ging in Cc u. a. an Vizepräsident Dr. E. . 255

Vgl. K 43 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 3 – S. 1. 256

Bei seiner Vernehmung äußerte der Zeuge Dr. Z., dass E-Mails von ihm autorisiert seien, wenn – wie hier – „Dr. Z.“ darunter stehe. Zudem habe er keine Entwürfe verschickt, ohne mit dem Berichterstatter Dr. .E.. gesprochen zu haben. Ein weiteres Beispiel für die privilegierte Behandlung des BMVI ist, dass Vizepräsident Dr. E. dem Abteilungsleiter DG beim BMVI bereits am 15. November 2018 den Bearbeitungsstand der Präsidentenkammerentscheidung übersandte, noch bevor der Beirat den finalen Entwurf erhielt. Die E-Mail ging in Cc an Präsident H.. 257

Vgl. K 52 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 12 – S. 43 f. 258

Auch die Fachebenen von BNetzA und BMVI haben sich frei ausgetauscht und abgestimmt. Vorgaben hierzu gab es von Seiten der Präsidentenkammer nicht. Der Zeuge H. hielt einen solchen Austausch für selbstverständlich. Er habe Schriftverkehr der Fachebene zwar nicht autorisiert, aber gewusst, dass es ihn gebe. Der Zeuge Dr. E. verneinte die Frage nach behördeninternen Anweisungen an die Arbeitsebene zum Umgang mit E-Mails aus Bundesministern oder zu Telefonvermerken. Er sei davon ausgegangen, dass seine 259

Mitarbeiter/innen robust und resilient seien und sich jeder Beeinflussung entzögen. Der Zeuge Dr. Z. führte aus, dass ihn die informellen Kontakte auf Arbeitsebene geärgert hätten, weil so tatsächlich Positionen der BNetzA nach außen getragen worden seien. Er habe kein Sprechverbot verhängt, aber deutlich gemacht, dass das so nicht gehe.

Demgegenüber wurden die anderen Verfahrensbeteiligten nicht über laufende Entscheidungsprozesse informiert. Der Zeuge Dr. E. erklärte zur Frage nach Gesprächen mit anderen Beteiligten, dass es Einzeltermine gegeben habe. In diesen würde die BNetzA aber auf gar keinen Fall konkrete Details vorstellen. Wenn sie Einzelheiten preisgäbe, wäre das „höchst unprofessionell“.

Darüber hinaus ist das Gericht überzeugt, dass die Präsidentenkammer dem politischen Druck des BMVI vereinzelt nachgegeben hat, nämlich in Bezug auf die terminliche Gestaltung des Verfahrens, die Überarbeitung der „Ersten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“ und die Zahlungsmodalitäten.

Die Präsidentenkammer hat die terminliche Gestaltung des Verfahrens an das BMVI angepasst, indem sie den Termin zur mündlichen Anhörung zu den wesentlichen frequenzregulatorischen Aspekten des Vergabeverfahrens auf den Tag nach dem Mobilfunkgipfel gelegt hat.

Der ursprüngliche Zeitplan der BNetzA sah vor, den Entwurf der Präsidentenkammerentscheidung Teil I und II zusammen mit den „Erwägungen Versorgung und Diensteanbieter“ Ende Januar 2018 mit einer vierwöchigen Kommentierungsfrist zu veröffentlichen. Der Entwurf von Teil III und IV der Präsidentenkammerentscheidung sollte sodann Mitte Mai 2018 mit einer sechswöchigen Kommentierungsfrist veröffentlicht werden. Die finale Entscheidung war für Ende September 2018 avisiert, die Versteigerung für November / Dezember 2018.

Vgl. Entscheidungsvorlage des Ableitungsleiters 2 an die Präsidentenkammer vom 15. Januar 2018: Bd. 9 Bl. 6542 (6544 f.).

Auch nach der Überarbeitung der „ersten Erwägungen“ war noch vorgesehen, diese Mitte März 2018 zur öffentlichen Konsultation zu stellen. Ebenso war weiterhin geplant, den Entwurf von Teil III und IV der Präsidentenkammerentscheidung Mitte Mai 2018 und die finale Entscheidung Ende September 2018 zu veröffentlichen.

Vgl. Zeitplan vom 26. Februar 2018: Bd. 10 Bl. 7241; Schreiben des Präsidenten der BNetzA an den Vorsitzenden des Beirats bei der BNetzA vom 5. März 2018: Bd. 11 Bl. 7611 (7612).

Indessen war es dem BMVI besonders wichtig, den Mobilfunkgipfel vor der Veröffentlichung des Entwurfs von Teil III und IV der Präsidentenkammerentscheidung durchführen zu können. Das ergibt sich aus dem Sprechzettel zur Vorbereitung des Gesprächs von Staatssekretär B. mit Vizepräsident Dr. E. am 11. April 2018:

? „Nach dem bisherigen Zeitplan strebt BNetzA an, erste finale **Teilentscheidungen** [...] Mitte **Mai** zu verkünden. **Ein solcher Schritt würde allerdings den für Ende Juni/Anfang Juli geplanten Mobilfunkgipfel atmosphärisch erheblich belasten** und die Gespräche über Lösungen zur Schließung der Funklöcher erschweren. BMVI erwartet von der BNetzA im weiteren Verlauf ein in zeitlicher Hinsicht koordiniertes Vorgehen [...].“

? „BNetzA wird ein Aufschieben der finalen Teilentscheidungen I + II voraussichtlich als Einfallstor für die Netzbetreiber sehen, ihre Forderungen nach einer Verlängerung von Frequenznutzungsrechten und einem Verzicht auf eine Reservierung von Spektrum für regionale/lokale Nutzungen zu intensivieren. Wichtig für BMVI ist vor allem, Handlungsspielraum für die Gespräche mit den Mobilfunknetzbetreibern und den Mobilfunkgipfel zu behalten.“

K 45 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 5 – S. 1 (1, 5; Hervorh. im Original). 270

Die Präsidentenkammer ist auf die Forderung des BMVI nach einem in zeitlicher Hinsicht koordinierten Vorgehen teilweise eingegangen. Während sie das Verfahren hinsichtlich Teil I und II ihrer Entscheidung wie geplant durchgeführt hat, hat sie Teil III und IV der Entscheidung zeitlich verschoben. Konkret hat sie die mündliche Anhörung zu den wesentlichen frequenzregulatorischen Aspekten des Vergabeverfahrens erst für den Tag nach dem Mobilfunkgipfel anberaumt. Dass die Präsidentenkammer hierbei auf das BMVI Rücksicht genommen hat, ergibt sich auch aus den Zeugenaussagen. Der Zeuge H. bestätigte, dass sie „keine schlechte Stimmung“ gewollt hätten und die Entscheidung eine „gewisse Rücksichtnahme“ auf das BMVI gewesen sei. Die Position der BNetzA hinsichtlich der Diensteanbieter habe schon vorher festgestanden. Auch der Zeuge Dr. E. erklärte, dass die terminliche Gestaltung eigeninitiativ aus Höflichkeit („Akt der *Courtoisie*“) gegenüber dem BMVI erfolgt sei. Sie seien „nicht glücklich“ über den Mobilfunkgipfel gewesen. Man müsse aber die politische Welt in Berlin bedenken. Wenn die Anhörung kurz vor dem Mobilfunkgipfel stattgefunden hätte, hätte dies die Aufmerksamkeit vom Gipfel ablenken können. 271

Davon unabhängig ist eine andere Begründung für die zeitlichen Verschiebungen nicht erkennbar. Den Verwaltungsvorgängen der BNetzA lässt sich lediglich entnehmen, dass der Entwurf der Präsidentenkammerentscheidung Teil I und II nach dem Wunsch der Präsidentenkammer erst nach dem Gespräch von Präsident H. mit Staatssekretär B. am 11. April 2018 veröffentlicht werden sollte. 272

Vgl. die handschriftlichen Anmerkungen von Vizepräsident Dr. E. und Präsident H. zur Informationsvorlage des Abteilungsleiters 2 vom 27. März 2018: Bd. 12 Bl. 8465. 273

Des Weiteren hat die Präsidentenkammer den Forderungen des BMVI entsprechend im Januar und Februar 2018 die „Ersten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“ zurückgezogen und inhaltlich überarbeitet. 274

Das Schreiben von Präsident H. an den Vorsitzenden des Beirats vom 23. Januar 2018, mit dem er die Erwägungen zurückzog, 275

Bd. 9 Bl. 6683 f., 276

ist zeitlich kongruent mit einer E-Mail des Abteilungsleiters DG beim BMVI mit dem Betreff „Info“, die um 8:58 Uhr desselben Tages verschickt wurde. Danach habe Staatssekretär B. mit Präsident H. telefoniert. Letzterer habe versichert, dass er die Vorlage zurückziehen und ein entsprechendes Schreiben an den Beirat richten werde. Das Schreiben von Staatssekretär B. habe sich daher erledigt. Zudem sei vereinbart worden, dass BMVI und BNetzA sich zeitnah trafen und die Versorgungsaufgaben einvernehmlich abstimmten. 277

Vgl. K 42 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 2 – S. 1. 278

279

In diese „Info“ fügt sich nahtlos ein, dass am selben Tag tatsächlich das Schreiben von Präsident H. an den Beirat versendet wurde, in dem die Erwägungen aufgrund von „nicht beabsichtigten Missverständnissen“ zurückgezogen wurden.

Das Gericht musste dabei nicht – wie von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung beantragt – aufklären, ob Staatssekretär B. Präsident H. eine dahingehende Weisung erteilt oder entsprechenden Druck ausgeübt hat. Denn ungeachtet des Umstands, dass eine Weisung ein beamtenrechtliches Aufsichtsmittel und deswegen als Rechtsfrage dem Beweis nicht zugänglich ist, liegen keine tatsächlichen Anhaltspunkte für die Annahme einer Weisung vor. Zum anderen kommt es für das Gericht nicht darauf an, ob gerade Staatssekretär B. auf das Zurückziehen der ersten Erwägungen gedrängt hat. Ebenso kann dahinstehen, ob es tatsächlich „massiven Protest“ von Seiten des BMVI gegeben hatte, 280

so die Formulierung im Sprechzettel für das Gespräch von Staatssekretär B. mit Präsident H. am 11. April 2018: K 45 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 5 – S. 1 (4). 281

Denn jedenfalls war eine Überarbeitung der ersten Erwägungen von Seiten des BMVI und dem Beirat gewünscht. In einer Ministervorlage des Abteilungsleiters DG an Bundesminister Scheuer vom 1. Februar 2018 hieß es: 282

„Im Vorfeld der Beiratssitzung hatte die Bundesnetzagentur an den Beirat zudem ein Papier mit ‚Ersten Erwägungen für Vergabebedingungen‘ (u. a. mit Aussagen zu den politisch sehr bedeutsamen Versorgungsaufgaben) übermittelt, das mit BMVI nicht abgestimmt war und unnötige Präjudize enthielt. Nach erheblicher Kritik auch aus den Vertretern des Beirats wurde das umstrittene Papier von der BNetzA daraufhin vor der Beiratssitzung offiziell zurückgezogen. BMVI steht im weiteren Verlauf zu den politisch relevanten Themen in einem informellen Austausch mit der BNetzA, über den politische Zielsetzungen in den weiteren Entscheidungsprozess eingebracht werden.“ 283

K 42 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 2 – S. 5 (5 f.). 284

Auch die BNetzA notierte in einem verwaltungsinternen Zeitplan vom selben Tag, dass die ersten Erwägungen für die Vergabebedingungen und Auktionsregeln nunmehr bis zum 15. Februar 2018 „im Lichte der Diskussion im Beirat und des politischen Umfeldes (BMVI, LAK, Koalitionsvereinbarungen)“ überarbeitet werden sollten. 285

Vgl. Bd. 9 Bl. 6870. 286

Am 2. und 6. Februar 2018 fanden dann auch Gespräche zwischen der BNetzA, u. a. dem Abteilungsleiter 2, und dem BMVI statt, in denen u. a. die Versorgungsaufgaben thematisiert wurden, 287

vgl. die Zusammenfassung der Gesprächsergebnisse in den E-Mails an den Abteilungsleiter DG vom 2. und 6. Februar 2018: K 42 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 2 – S. 16 f. und 18. 288

In den vorbereitenden Unterlagen zum Gespräch am 2. Februar 2018 hieß es, das Treffen gehe auf Staatssekretär B. und Präsident H. zurück, 289

vgl. K 42 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 2 – S. 7. 290

291

Vor diesem Hintergrund überzeugt der Vortrag der Beklagten, es sei ausschließlich der Beirat gewesen, der das Zurückziehen der Erwägungen gewollt habe, nicht. Dass die interne Aktendokumentation des BMVI über denselben Sachverhalt gleich an mehreren Stellen fehlerhaft sein sollte, ist abwegig. Dafür fehlt auch eine plausible Motivation des BMVI. Im Gegenteil ist die Darstellung konsistent mit dem auch später geäußerten Interesse des BMVI, sich Handlungsspielräume insbesondere in Richtung der Mobilfunknetzbetreiber erhalten zu wollen,	
vgl. Sprechzettel für das Gespräch von Staatssekretär B. mit Präsident H. am 11. April 2018: K 45 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 5 – S. 1 (5).	292
Die Aussage des Zeugen H., wonach der Grund für das Zurückziehen gewesen sei, dass Informationen vom Beirat an die Presse durchgestochen und dort als beschlossen dargestellt worden seien, ist an dieser Stelle ebenfalls nicht nachvollziehbar. Denn ein solches „Durchstechen“ erklärt nicht, weshalb die BNetzA die Erwägungen im Anschluss tatsächlich überarbeitet hat und sich in diesem Zusammenhang auch mit dem BMVI austauschte. Eigene Gründe hierfür lassen sich den Verwaltungsvorgängen der BNetzA nicht entnehmen. In einer Entscheidungsvorlage vom 24. Januar 2018 wurde lediglich wiederholt, dass es „Missverständnisse“ gegeben habe,	293
vgl. Bd. 9 Bl. 6731.	294
Inhaltlich finden sich in den überarbeiteten Erwägungen ebenfalls Forderungen des BMVI wieder. In der Gesprächszusammenfassung des BMVI vom 2. Februar 2018 wurde notiert, dass „das nächste Erwägungspapier zu den Versorgungsaufgaben einen optimistischeren Duktus haben“ solle,	295
vgl. die E-Mail an den Abteilungsleiter DG vom 2. Februar 2018: K 42 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 2 – S. 16.	296
Zum Gespräch am 6. Februar 2018 wurde notiert, dass das LAK der BNetzA Empfehlungen senden werde mit Anpassungen bezüglich Erhöhung der Versorgungsqualität, Lückenschluss und Ausbau der mobilen Infrastruktur entlang der Verkehrswege,	297
vgl. die E-Mail an den Abteilungsleiter DG vom 6. Februar 2018: K 42 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 2 – S. 18.	298
Unter dem 15. Februar 2018 legte der Abteilungsleiter 2 der Präsidentenkammer sodann die überarbeiteten Erwägungen vor. Hierzu führte er aus, dass die Versorgungsaufgaben gemäß den Vorschlägen des LAK erhöht und die Erwägungen hinsichtlich der Diensteanbieter „ergebnisoffener“ formuliert worden seien.	299
Vgl. Bd. 10 Bl. 7111.	300
Mit diesen Erläuterungen übersandte der Abteilungsleiter 2 die überarbeiteten Erwägungen einen Tag später auch dem BMVI,	301
vgl. E-Mail vom 16. Februar 2018: K 43 – entspricht Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 3 – S. 1.	302
Andere Überlegungen der BNetzA, die die Überarbeitung der Erwägungen erklären könnten, lassen sich den Verwaltungsvorgängen nicht entnehmen.	303
	304

Das BMVI hat die Entscheidung der Präsidentenkammer ferner dadurch beeinflusst, dass es beim Mobilfunkgipfel am 12. Juli 2018 eine Vereinbarung über die Zahlungsmodalitäten für den Zuschlagspreis der anstehenden Frequenzversteigerung geschlossen hat.

Nach der „Gemeinsamen Erklärung zum Mobilfunkgipfel“ sagte der Bund denjenigen Netzbetreibern, die verbindliche kooperative Erschließungszusagen abgeben, den Aufschub des Zahlungsbeginns und die Stundung der Zahlung (Ratenzahlung) der Auktionserlöse für Netzbetreiber zu. 305

Vgl. Bd. 15 Bl. 9906 (9907). 306

Zahlungsmodalitäten wie die Fälligkeit der Versteigerungslöse sind Teil der Regulierungsentscheidung, 307

vgl. *Ruthig*, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage 2020, § 61 TKG [2004], Rn.13, 308

und obliegen in ihrer inhaltlichen Bestimmung der Präsidentenkammer. In der BNetzA wurde der drohende Zusammenhang zwischen Mobilfunkgipfel und Frequenzvergabeverfahren auch gesehen und auf rechtliche Bedenken hingewiesen. Eine Referentin im Präsidiumsbüro des Vizepräsidenten führte unter dem 12. April 2018 zu den Trennlinien von Mobilfunkgipfel und Frequenzvergabeverfahren aus: 309

„Wenn auf dem Mobilfunkgipfel des Bundesministeriums Verabredungen getroffen werden, welche die Zuständigkeit durch konkrete Ausgestaltung, also das gesetzliche Präsidentenkammerentscheidung der Bundesnetzagentur (Az. BK1-17/001) betreffen, und die Ergebnisse des Gipfels Eingang in die Entscheidung der Bundesnetzagentur finden, ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass Marktteilnehmer gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur mit Aussicht auf Erfolg gerichtlich vorgehen. Das Prozessrisiko ist unabhängig davon hoch, ob die Ergebnisse aus dem Mobilfunkgipfel auf der Grundlage einer ministeriellen Weisung umgesetzt würden oder ohne eine solche Weisung Eingang in die Entscheidung der Bundesnetzagentur finden. Denn es bestünde der Anschein einer ‚weisungsgemäßen‘ Umsetzung der Ergebnisse aus dem Gipfel. Abgesehen davon müssten zwischen den auf dem Gipfel getroffenen Verabredungen kartellrechtlichen Anforderungen standhalten. Sie stünden jedenfalls unter Kartellverdacht.“ 310

Bd. 12 Bl. 8460 ff. (8463). 311

Weiter heißt es in der Gesprächsvorbereitung des Präsidenten für den Mobilfunkgipfel hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten: 312

„Die vorgesehene Ratenzahlung könnte das Ergebnis der Versteigerung exogen beeinflussen, sollten nicht alle Netzbetreiber bzw. potentielle Bieter der Auktion Erschließungszusagen abgeben. 313

Auch wenn alle drei Netzbetreiber Erschließungszusagen abgeben, könnte ein potentieller Neueinsteiger nicht in den ‚Genuss‘ der Ratenzahlung kommen.“ 314

Bd. 14 Bl. 9580 ff. (9581). 315

Die rechtlichen Risiken wurden in Abstimmung zwischen BNetzA, BMVI und BMF schließlich vermeintlich dahingehend gelöst, dass die Präsidentenkammer den Zeitpunkt der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung von „sofort nach Aushändigung des Festsetzungsbescheides“, 316

317

so noch die überarbeiteten „Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“: Bd. 10 Bl. 7114 (7126),

auf „65 Bankarbeitstage nach Zuschlag“ (Ziffer IV.4.1 der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018) verschoben hat. In einer internen E-Mail des BMVI vom 20. Juli 2018 wird hierzu die Auffassung der BNetzA referiert, dass konkrete Erschließungszusagen erst nach Abschluss der Auktion vereinbart werden dürften, da es ansonsten zu einer Verzerrung des Bieterwettbewerbs käme. In der Entscheidung könnten daher auch keine Sonderregelungen zu den Zahlungskonditionen bei Abgabe einer Erschließungszusage aufgenommen werden. Möglich sei aber ein späteres Fälligkeitsdatum für alle Auktionsteilnehmer vorzusehen. In diesem Zeitraum könnten dann Erschließungszusagen mit abweichenden Zahlungsbedingungen vereinbart werden. 318

Vgl. Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 8 – S. 8. 319

Ob diese Einflussnahme des BMVI auf die Zahlungsmodalitäten tatsächlich zu einer Bieterverzerrung geführt hat, musste das Gericht mangels Entscheidungserheblichkeit nicht aufklären. 320

In der Gesamtschau dieser Umstände musste für die am Frequenzvergabeverfahren beteiligten Kreise – einschließlich der Klägerinnen – der Eindruck eines politischen und damit für die Frequenzversteigerung sachwidrigen „Nebenverfahrens“ entstehen. 321

Aus der Sicht eines vernünftig und besonnen denkenden Beteiligten ist es nicht erklärlich, weshalb die Präsidentenkammer trotz ihrer – von den Zeugen auch immer wieder betonten – Unabhängigkeit dem BMVI wiederholt Möglichkeiten der Einflussnahme eröffnete. Die von den Zeugen H. und Dr. E. erwähnte Rücksichtnahme und Höflichkeit können dies sachlich nicht rechtfertigen. Für das Frequenzvergabeverfahren war die BNetzA zudem die allein zuständige Behörde. Eine „doppelte“ Verfahrenszuständigkeit oder ein Selbsteintrittsrecht des aufsichtsführenden Ministeriums kennt das Gesetz nicht. Selbst im Bereich des strikt hierarchischen Behördenaufbaus kann die übergeordnete Behörde ein Verwaltungsverfahren nicht – etwa unter Berufung auf eine tatsächliche oder vermeintliche politische Verantwortlichkeit – an sich ziehen, es sei denn ein solches Selbsteintrittsrecht ist – wie etwa in § 10 Ordnungsbehördengesetz NRW – ausdrücklich gesetzlich normiert. 322

Vgl. *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage 2023, § 3, Rn 10. 323

Ein solches Selbsteintrittsrecht ist im Bereich der Telekommunikation gesetzlich nicht vorgesehen. 324

Ob der „böse Schein“ einer politischen Einflussnahme im konkreten Fall durch ein aktives Gegenwirken der Präsidentenkammer hätte vermieden werden können, musste das Gericht nicht entscheiden. Wie dargestellt hatte die BNetzA keine hinreichende Strategie im Umgang mit der fordernden Haltung des BMVI. Weder wurden die Vorgänge, wie die zahlreichen Treffen auf Leitungs- und Arbeitsebene, ausreichend dokumentiert noch wurde auf andere Weise Transparenz hergestellt, sei es durch Erörterung in der mündlichen Anhörung oder eine Veröffentlichung der politischen Forderungen im Konsultationsverfahren. 325

Der „böse Schein“ bezieht sich auf die gesamte Präsidentenkammerentscheidung, mithin auch auf die die Klägerinnen betreffende Diensteanbieterregelung. Dies ergibt sich schon aus der komplexen Gesamtabwägung, die bei der Festlegung der Vergabebedingungen 326

erforderlich ist.

- Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 82. 327
- Darüber hinaus war die politische Position des BMVI in dieser Frage klar gegen eine Diensteanbieterverpflichtung gerichtet. Das BMVI verfolgte entsprechend dem Koalitionsvertrag der Bundesregierung einen höheren Versorgungsgrad und wollte diesen im Wege freiwilliger Selbstverpflichtungen der Mobilfunknetzbetreiber erreichen. Eine Diensteanbieterverpflichtung lehnte es strikt ab, obwohl sich BMWi und BKAmT mit Blick auf den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt durchaus offen für eine solche Regelung zeigten. Das BKAmT schätzte die Position des BMVI sogar so ein, dass eine „harte Diensteanbieterverpflichtung“ für das BMVI eine „rote Linie“ sei, 328
- so das BKAmT in der Vorbereitung des Gesprächs des Chefs des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun mit den Bundesministern Altmaier und Scheuer am 11. Oktober 2018: Anlagenkonvolut_BKAmT_Dok_18, S. 1 (3). Vgl. zur Position des BMWi: a.a.O. sowie Anlagenkonvolut_BMWK_Dok_07, S. 1. Vgl. zur Position des BKAmT: Anlagenkonvolut_BKAmT_Dok_14, S. 1 (6). 329
- Ob die Behauptung der Klägerinnen zutrifft, auf dem Mobilfunkgipfel sei ein „Deal“ zulasten der Diensteanbieter geschlossen worden, musste das Gericht mangels Entscheidungserheblichkeit nicht aufklären. Ebenso wenig musste es aufklären, ob die Präsidentenkammer hinsichtlich der Diensteanbieterregelung tatsächlich politisch beeinflusst worden ist. Denn es reicht der „böse Schein“ einer solchen Einflussnahme. 330
- Dieser wird vorliegend im Übrigen dadurch gestützt, dass die BNetzA im Laufe des Frequenzvergabeverfahrens ihre Auffassung zu den Diensteanbietern geändert hat, ohne die Gründe hierfür plausibel zu machen. 331
- Im Vorfeld des Frequenzvergabeverfahrens äußerte die BNetzA, die Entscheidung über die (Nicht-)Auferlegung von Diensteanbieterverpflichtungen „ergebnisoffen“ vorzubereiten. Hierzu führte sie ab April 2017 eine „vertiefte Anhörung Diensteanbieter/MVNO“ durch mit der Aufforderung, „konkrete Nachweise zu den vorgetragenen Diskriminierungen“ vorzulegen. 332
- Vgl. Entscheidungsvorlage vom 11. April 2017: Bd. 1 - Nebenakte Bl. 2 (4). 333
- Dabei konnte der Vortrag der Diensteanbieter bekräftigt werden. In ihrer Auswertung vom 5. Juli 2017 stellte die BNetzA fest, dass die Vertragskonditionen stark einschränkend erschienen. Zum einen stünden aufgrund von Beschränkungen des Vertriebs weder hohe Datenraten noch die Netzabdeckung hochleistungsfähiger LTE-Netze zur Verfügung. Zum anderen würden den Diensteanbietern Vertriebsziele auferlegt, deren Nichteinhaltung zur Kündigung führen könne. Zudem sei die Möglichkeit eingeschränkt, Angebote bei einem anderen Vorleistungsanbieter wahrzunehmen. 334
- Vgl. Auswertung der vertieften Anhörung Diensteanbieter/MVNO vom 5. Juli 2017: Bd. 1 - Nebenakte Bl. 227 (231). 335
- In der Folge gab die BNetzA auch den Mobilfunknetzbetreibern Gelegenheit zur Stellungnahme. 336
- Vgl. Entscheidungsvorlage vom 5. Juli 2017: Bd 1 - Nebenakte Bl. 216 f. 337
- 338

In ihrer Auswertung vom 22. August 2017 führte die BNetzA aus, dass die Mobilfunknetzbetreiber eine mögliche Diensteanbieterverpflichtung als unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Privatautonomie und Berufsfreiheit wahrnahmen. Zudem würden solche Verpflichtungen ihre Innovations- und Investitionskraft hemmen. Weiter führte die BNetzA aus, dass Netzbetreiber mit Diensteanbietern zwar grundsätzlich Verträge innerhalb ihrer Privatautonomie abschließen. Sie hinterfragte aber, ob die Netzbetreiber ohne eine Verpflichtung weiterhin Anreize hätten, Verträge abzuschließen. Es sei denkbar, dass die Diensteanbieterverpflichtung derzeit eine Funktion als Anstoß und Verhandlungsgrundlage einnehme. Außerdem sei zu beobachten, dass es trotz der grundsätzlichen Kooperationsbereitschaft zu Einschränkungen der Diensteanbieter komme, etwa hinsichtlich der Gewährung von LTE-Diensten.

Vgl. Auswertung der Kommentare der Mobilfunknetzbetreiber vom 22. August 2017: Bd. 1 - 339
Nebenakte Bl. 441 (444 f.).

Folglich hieß es in der ersten Version der „Ersten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“ vom 15. Januar 2018, dass die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung nach Auswertung der vertieften Anhörung „geboten“ erscheine. Im Rahmen der Überarbeitung der Erwägungen wurde dies dahingehend geändert, dass die Auferlegung „erwogen“ werde. Im Konsultationsentwurf vom 17. September 2018 war schließlich nur noch ein Verhandlungsgebot enthalten. Zur Begründung wurde dort ausgeführt, dass der erneuten Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung die fehlende Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht der Netzbetreiber entgegenstehe (Randnummer 217 des Konsultationsentwurfs). In der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 wurde die Diensteanbieterregelung hingegen damit begründet, dass das Verhandlungsgebot die Interessen der Marktbeteiligten gleichermaßen wahre und ein vielfältiges Wettbewerbsumfeld begünstige (Randnummern 491 und 525 der Präsidentenkammerentscheidung). Auf welcher Tatsachengrundlage die Präsidentenkammer zu dieser geänderten Einschätzung gekommen ist, lässt sich der Begründung nicht entnehmen. Auch sonst findet sich hierzu in den Verwaltungsvorgängen der BNetzA nichts. Dort finden sich lediglich wiederholt rechtliche Bedenken gegen eine Diensteanbieterverpflichtung. Auch die Beweisaufnahme hat die Unklarheiten nicht beseitigen können, da die Zeugenaussagen bezüglich der Diensteanbieterregelung widersprüchlich waren. Während dem Zeugen H. zufolge bereits vor dem Mobilfunkgipfel klar gewesen sei, dass es keine „harte“ Diensteanbieterverpflichtung geben werde, erklärten die Zeugen Dr.E. und C., dass die Regelung der Diensteanbieter bis zuletzt offen gewesen sei.

Die Besorgnis der Befangenheit ist gegenüber allen drei Mitgliedern der Präsidentenkammer begründet. 341

Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. waren an den Umständen, die die Besorgnis der Befangenheit gesetzt haben, unmittelbar beteiligt. 342

Vizepräsident C. war an den Vorgängen zwar nicht selbst beteiligt. Ihm waren die Umstände, insbesondere die politischen Einflussnahmeversuche des BMVI, aber bekannt. Bei seiner Zeugenvernehmung erklärte er, dass sie sich regelmäßig ausgetauscht hätten, auch nach Gesprächen mit den ministeriellen Ebenen. Über Präsident H. habe er vom Mobilfunkgipfel und dem Fünf-Punkte-Plan erfahren. Es sei allen klar gewesen, dass die öffentlich von der Politik geforderten verschärften Versorgungsaufgaben mit der Präsidentenkammerentscheidung zusammenhängen. Es liege auch auf der Hand, dass die von den Mobilfunknetzbetreibern geforderten „investitionsfördernden Rahmenbedingungen“ einen Verzicht auf die Diensteanbieterverpflichtung beinhalteten. Diesen 343

Einflussnahmeversuchen hat Vizepräsident C. nichts entgegengesetzt, obwohl ihm als Mitglied der Präsidentenkammer – ebenso wie seinen Kollegen – eine unparteiische und transparente Verfahrensgestaltung oblag.

c)Der Verfahrensverstoß ist nicht gemäß § 46 VwVfG unbeachtlich. 344

Nach dieser Vorschrift kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. 345

Es kann dahinstehen, ob die Vorschrift im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle einer der Behörde auf Rechtsfolgenseite eingeräumten Ausgestaltungsspielraums überhaupt anwendbar ist. Denn jedenfalls ist der Verfahrensverstoß vorliegend nicht unbeachtlich, weil es sich bei der Festlegung der Vergabebedingungen um eine komplexe Gesamtabwägung handelt, 346

vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 82. 347

Im Übrigen leidet die Präsidentenkammerentscheidung auch an einem materiellen Fehler beim Abwägungsvorgang, wie unter 3. dargestellt wird. 348

2.Es liegt ein Verstoß gegen die unionsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der BNetzA als nationaler Regulierungsbehörde vor. 349

Nach Art. 3 Abs. 2 und 3 RRL haben die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zu gewährleisten, damit diese ihre Befugnisse unparteiisch, transparent und innerhalb eines angemessenen Zeitraums ausüben können. Dieses Ziel der Stärkung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der nationalen Regulierungsbehörde findet seinen Ausdruck in Art. 3 Abs. 3a RRL. 350

Vgl. EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017 – C-560/15 –, juris, Rn. 50, 53. 351

Nach Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 Satz 1 RRL handeln die für die Vorabregulierung des Marktes oder für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen nach Art. 20 oder 21 RRL zuständigen nationalen Regulierungsbehörden unabhängig und holen im Zusammenhang mit der laufenden Erfüllung der ihnen nach den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts übertragenen Aufgaben weder Weisungen ein noch nehmen sie solche entgegen. Nach Satz 2 steht dies einer Aufsicht im Einklang mit dem nationalen Verfassungsrecht nicht entgegen. 352

Der Anwendungsbereich der Vorschrift erstreckt sich auf sämtliche Entscheidungen, die die Regulierungsbehörde im Rahmen der ihr durch Art. 8 bis 13 RRL zugewiesenen Regulierungsaufgaben trifft und zu denen nach Art. 9 Abs. 1 UAbs. 1 RRL auch die Vergabe von Funkfrequenzen für elektronische Kommunikationsdienste gehört. 353

Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 85 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017 – C-560/15 –, juris, Rn. 54 f. 354

Die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde ist beeinträchtigt, wenn es außenstehenden Stellen gestattet wäre, jenseits der Aufsichts- und Beschwerdefälle gemäß Art. 3 Abs. 3a UAbs. 1 RRL ein unter der Verantwortung dieser Behörde durchgeführtes 355

laufendes Auswahlverfahren zur Vergabe von Funkfrequenzen auszusetzen oder gar für nichtig zu erklären.	
Vgl. EuGH, Urteil vom 26. Juli 2017 – C-560/15 –, juris, Rn. 56, dort in Bezug auf den italienischen Minister für wirtschaftliche Entwicklung und den italienischen Gesetzgeber.	356
Demnach können außenstehende Stellen – wie hier das BMVI – allenfalls im Rahmen der Aufsicht im laufenden Frequenzvergabeverfahren tätig werden.	357
Wo genau die Grenze zwischen noch zulässigen und unzulässigen Einflussnahmen verläuft, lässt sich angesichts der Vielgestaltigkeit der möglichen Fallkonstellationen kaum abstrakt bestimmen. Grundsätzlich dürfte allerdings davon auszugehen sein, dass eine Weisung das unionsrechtliche Gebot der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde umso eher verletzt, je weiter sie sich von den Merkmalen einer allgemeinen politischen Rahmenvorgabe entfernt und je detaillierter sie konkrete Entscheidungsinhalte vorgibt. Bei der Beurteilung, ob eine unzulässige fachaufsichtliche Einzelweisung vorliegt, ist ferner zu berücksichtigen, wie die Regulierungsbehörde auf eine an sie gerichtete Forderung reagiert hat. Deswegen dürfte es hilfreich sein, den Umgang mit Einflussnahmeversuchen im Verwaltungsvorgang zu dokumentieren.	358
Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 85, 87.	359
Vorliegend konnte das Gericht zwar nicht feststellen, dass der BNetzA bzw. der für die Entscheidung zuständigen Präsidentenkammer eine Weisung oder andere Aufsichtsmaßnahme erteilt wurde. Ihre Unabhängigkeit wurde aber dadurch verletzt, dass sie die ministeriellen Einflussnahmeversuche des BMVI nicht ausreichend unterbunden hat.	360
Eine Weisung oder ähnliches wurde der Präsidentenkammer nicht erteilt.	361
Das gilt auch für die Treffen am 3. September und 18. Oktober 2018, in denen Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. von (u. a.) Bundesminister Scheuer nachdrücklich zu schärferen Versorgungsaufgaben aufgefordert wurden.	362
Vgl. zu den daraus folgenden Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen die Unabhängigkeit der BNetzA: BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 82 f.	363
Zum einen lässt sich – wie bereits unter 1. ausgeführt – nicht erkennen, dass das BMVI die Präsidentenkammer in dem Sinne rechtlich binden wollte, dass ihr ein eigener Entscheidungsspielraum gänzlich abgesprochen wurde. Zum anderen bestätigten die Zeugen übereinstimmend, die Forderungen des BMVI lediglich als „robuste“ bzw. „rustikale“ Prüfbitten verstanden zu haben und nicht als Weisung. Davon unabhängig hätten durch eine mündliche Weisung die nationalen Formvorschriften nach § 117 TKG 2004 nicht eingehalten werden können. Dass sich die Präsidentenkammer durch eine offensichtlich rechtswidrige Weisung hätte binden lassen, hält das Gericht erst recht für ausgeschlossen.	364
Die Unabhängigkeit der BNetzA wurde aber dadurch verletzt, dass sie die ministeriellen Einflussnahmeversuche des BMVI nicht ausreichend unterbunden hat.	365
Wie bereits unter 1. ausgeführt wurde, hat während des Frequenzvergabeverfahrens über Monate hinweg ein reger Austausch zwischen der Leitungs- und Arbeitsebene der BNetzA und des BMVI stattgefunden. Dadurch eröffnete sich dem BMVI die Möglichkeit, massiv auf Verfahrensabläufe und fachliche Inhalte des Frequenzvergabeverfahrens Einfluss zu nehmen. Der behördeninterne Umgang mit diesem politischen Druck war intransparent und	366

vereinzelt nachgebend.

Die Einflussnahmeversuche des BMVI auf die BNetzA lassen sich auch nicht mit der Wahrnehmung diskursiver Beteiligungsrechte rechtfertigen. 367

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es mit der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zu vereinbaren, wenn die Regierung eines Mitgliedstaats, insbesondere Vertreter ihrer Ministerien, zur Gewährleistung des Schutzes des öffentlichen Interesses an bestimmten Verfahren vor der nationalen Regulierungsbehörde beteiligt werden, sofern bei der Entscheidungsfindung die Unabhängigkeit der Behörde gewahrt bleibt. Es ist insoweit unschädlich, wenn Vertreter von Ministerien ihren Standpunkt in Bezug auf die Art und Weise, in der ihrer Auffassung nach das öffentliche Interesse im Rahmen der Regulierungsaufgabe berücksichtigt werden könnte, vor der nationalen Regulierungsbehörde geltend machen. Diese Beteiligung und insbesondere die Stellungnahmen, die diese Vertreter im Regulierungsverfahren abgeben, dürfen aber keinen verbindlichen Charakter haben und von der Regulierungsbehörde in keinem Fall als Weisung angesehen werden. Darüber hinaus dürfen die Beteiligungsregeln nicht den zwingenden Charakter und die unmittelbare Anwendbarkeit der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde berühren, indem sie etwa vorschreiben, dass diese Entscheidungen vor ihrer Durchführung von diesen Vertretern angenommen oder genehmigt werden müssen. 368

Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 – C-378/19 –, juris, Rn. 63 ff. 369

Die vorgenannte Entscheidung erging zwar zur Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt. Die dort in Art. 35 Abs. 4 geregelte Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde ist aber im Wesentlichen vergleichbar mit der hier streitigen Unabhängigkeit der BNetzA bei der Frequenzvergabe. Danach haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass die Regulierungsbehörde ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausübt. Nach Art. 35 Abs. 4 b) ii Satz 2 Richtlinie 2009/72/EG bleibt eine etwaige enge Zusammenarbeit der Regulierungsbehörde mit anderen zuständigen nationalen Behörden oder entsprechend allgemeiner politischer Leitlinien der Regierung, die nicht mit den Regulierungsaufgaben und -befugnissen gemäß Art. 37 im Zusammenhang stehen, hiervon unberührt. 370

Dies zugrunde gelegt hätte die so verstandene Wahrnehmung diskursiver Beteiligungsrechte durch das BMVI in einem institutionalisierten Rahmen erfolgen müssen. Institutionalisierte Gesprächskreise der BNetzA mit einzelnen Ministerien hat es zwar durchaus gegeben, etwa einen „*Jour Fixe*“ mit dem BMWi, 371

vgl. Anlagenkonvolut_BMKW_Dok_35, -_36 und -_37. 372

Das BMVI hat jedoch weder etablierte, vom konkreten Frequenzvergabeverfahren unabhängige, turnusmäßige Treffen mit der Leitung der BNetzA genutzt, noch diejenigen institutionalisierten Beteiligungsrechte, die den betroffenen Kreisen im Rahmen des Frequenzvergabeverfahrens eingeräumt waren. Es hat sich weder an den vorbereitenden Schritten wie Frequenzkompass und Orientierungspunkte beteiligt noch Stellungnahmen im Konsultationsverfahren abgegeben. Stattdessen hat es informell mit der Leitungs- und Arbeitsebene der BNetzA kommuniziert und wiederholt Treffen mit Mitgliedern der Präsidentenkammer eingefordert, um die eigenen politischen Forderungen durchzusetzen. Ein diskursiver Austausch mit allen betroffenen Kreisen fand nicht statt. 373

Zwar teilt das Gericht die Bedenken der Beklagten, eine Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots allein auf äußere Einflussnahmen zu stützen. Denn das hätte zur Konsequenz, dass es in der Hand Dritter läge, (allein) durch Art, Umfang und Intensität ihrer Einwirkung eine Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots zu bewirken und damit einen (formellen) Verfahrensfehler herbeizuführen, selbst wenn sich die Einflussnahme im Ergebnis letztlich überhaupt nicht niedergeschlagen hätte. Vielmehr kann und darf von der nationalen Regulierungsbehörde erwartet werden, dass sie einem von außen an sie herangetragenen bzw. auf sie einwirkenden Druck, der darauf abzielt, ihre Entscheidung in einem bestimmten Sinne zu beeinflussen, widersteht, ohne dass allein der Einflussnahmeversuch als solcher – so massiv und „geeignet“ er auch sein mag – bereits zu einer Verletzung des unionsrechtlichen Gebots der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde führt. Vielmehr ist insoweit zwingend auch die Reaktion der Regulierungsbehörde auf die an sie gerichtete Forderung zu berücksichtigen.	374
Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. August 2023 – VI-3 Kart 878/21 –, juris, Rn. 116 f., zum letzten Punkt unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 87 f.	375
Im vorliegenden Fall ist es jedoch nicht bei äußeren Einflussnahmeversuchen des BMVI geblieben. Wie unter 1. ausgeführt wurde ist das Gericht überzeugt, dass die Präsidentenkammer dem Druck vereinzelt nachgegeben hat, nämlich in Bezug auf die terminliche Gestaltung des Verfahrens, die Überarbeitung der „Ersten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“ und die Zahlungsmodalitäten.	376
3. Die Präsidentenkammerentscheidung leidet an einem materiellen Fehler im Abwägungsvorgang, nämlich an einem Abwägungsdefizit unter dem Gesichtspunkt der faktischen Vorfestlegung.	377
Ein Abwägungsdefizit liegt vor, wenn der Ausgestaltungsspielraum faktisch vorgeprägt und dadurch verkürzt worden ist.	378
Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 106. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 21. September 2018 – 6 C 8.17 –, juris, Rn 74 f., und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. August 2023 – VI-3 Kart 878/21, 3 Kart 878/21 –, Rn. 138.	379
Bezogen auf das vorliegende Frequenzvergabeverfahren geht es also um die Frage, ob eine vorweggenommene selbstbindende Entscheidung vorliegt, die die nachfolgende Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln offensichtlich in ganz bestimmter Richtung beeinflusst hat und an sich Gegenstand des Konsultationsverfahrens und des Abwägungsvorgangs sein sollte. Die Beurteilung ist abhängig vom Einzelfall.	380
Vgl. in Anlehnung an die Entscheidungen aus dem Bereich der Bauleitplanung und der telekommunikationsrechtlichen Regulierung: BVerwG, Urteile vom 21. September 2018 – 6 C 8.17 –, juris, Rn 74, und vom 5. Juli 1974 – IV C 50.72 –, juris, Rn. 48.	381
Dies zugrunde gelegt liegt hier ein Abwägungsdefizit vor, weil die Präsidentenkammer ihren Ausgestaltungsspielraum durch ministerielle Vorgaben faktisch vorgeprägt und dadurch verkürzt hat. Dies betrifft zum einen die Versorgungsaufgaben und zum anderen die Zahlungsmodalitäten.	382
Das Gericht ist überzeugt, dass die politischen Forderungen nach einer Erhöhung der Versorgungsaufgaben zu einer faktischen Vorprägung der Präsidentenkammer geführt haben.	383

- Der politische Druck auf die Präsidentenkammer nahm nach der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs vom 17. September 2018 noch einmal massiv zu. Beim Treffen am 18. Oktober 2018 erhielten Präsident H. und Vizepräsident Dr. E. vom Chef des Bundeskanzleramts Prof. Dr. Braun und den Bundesministern Altmaier und Scheuer einen Fünf-Punkte-Plan zur Sicherstellung der Ziele des Koalitionsvertrags im Bereich Mobilfunk überreicht. Dieser sah u. a. vor, für den Aufbau von 5G-Netzen Latenzen von max. 10 ms vorzusehen. In einer Fußnote wurde erläutert, dass die Vorgabe eines solchen technischen Qualitätsmerkmals durch das Gebot der Technologieneutralität nicht ausgeschlossen sei. Zudem gebiete das Regulierungsziel der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG 2004) die Forcierung des Ausbaus „echter“ 5G-Netze. Die Vorgabe allein von Datenraten, die auch mit LTE-Technik zu erreichen seien, genüge hierfür nicht. Des Weiteren sah der Fünf-Punkte-Plan einen zeitlich differenzierten Ausbau der Bundesstraßen vor. Bundesstraßen mit Verbindungsfunktionsklasse 0/1 (ca. 5.350 km) sollten bis Ende 2022 und die restlichen Bundesstraßen (ca. 32.668 km) bis Ende 2024, jeweils mit dem Ziel einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s, ausgebaut werden. Zu den Landes- und Staatsstraßen hieß es ferner, dass bis Ende 2024 eine vollständige Versorgung mit 50 Mbit/s vorzusehen sei. 384
- Vgl. Protokollnotiz von Vizepräsident Dr. E. vom 18. Oktober 2018 mit beigefügtem Fünf-Punkte-Plan: Bd. 21 Bl. 13520 (13522). 385
- Dass der Fünf-Punkte-Plan Eingang in die weitere Entscheidungsfindung der Präsidentenkammer gefunden hat und nicht lediglich „abgeheftet“ wurde, zeigt sich daran, dass ein Mitarbeiter des BMVI unter dem 26. Oktober 2018 noch weitere Erläuterungen übersandte, die Vizepräsident Dr. E. an die Fachabteilung weiterleitete. 386
- Vgl. E-Mail-Verkehr vom 26. Oktober 2018: Bd. 21 Bl. 13688. 387
- Zudem war der Fünf-Punkte-Plan Gegenstand von zwei Arbeitstreffen am 24. Oktober und 2. November 2018 sowie eines weiteren Treffens auf Leitungsebene am 5. November 2018. 388
- Vgl. die Gesprächsvorbereitung des BMWi für den Parlamentarischen Staatssekretär A vom 5. November 2018: Anlagenkonvolut_BMWK_Dok_01, S. 2. 389
- Darüber hinaus griff die BNetzA nunmehr Forderungen auf, die sie zuvor gegenüber dem Beirat und dessen Anforderungen an die Versorgungsqualität und -dichte im Beschluss vom 25. Juni 2018 abgelehnt hatte. So hatte sie Ende September 2018 noch die Auffassung vertreten, dass Versorgungsaufgaben für Land-, Kreis- und Gemeindestraße nicht auferlegt werden könnten, da die hiermit verbundenen Ausbaukosten außer Verhältnis zum Wert der vergebenen Frequenzen stünden. Sie hatte mit Blick auf den Ausbau von 5G-Netzen auch „keine Vorgabe von Bandbreite und Latenz“ machen wollen, weil sie darin einen Verstoß gegen das Prinzip der Technologieneutralität der Regulierung nach § 1 TKG 2004 sah. 390
- Vgl. Anlagen zur E-Mail des Abteilungsleiters 2 vom 21. September 2018 zur Vorbereitung der Beiratssitzung am 24. September 2018: Bd. 19 Bl. 12115 (12140 und 12160; Hervorh. im Original). 391
- Einen Monat später vertrat die BNetzA dann eine andere Auffassung. Unter dem 29. Oktober 2018 teilte die Fachabteilung der BNetzA dem Berichterstatter der Präsidentenkammer in einem Positionspapier mit, dass die Versorgungsaufgaben für Autobahnen und Bundesstraßen um die Vorgabe eine Latenz von max. 10 ms erweitert werden sollten. 392

Vorgesehen sei nunmehr auch eine zeitliche Staffelung der Bundesstraßen (ca. 5.000 km bis Ende 2022 und ca. 33.000 km bis 2024) sowie erstmals eine Auflage für Landstraßen, die eine vollständige Versorgung mit 50 Mbit/s bis Ende 2024 vorsah.

Vgl. Entwurf eines Positionspapiers „Kernpunkte Präsidentenkammerentscheidung III und IV“ vom 29. Oktober 2018: Bd. 21 Bl. 13677. 393

In der Version des Positionspapiers vom 2. November 2018 werden Befristungen bei den Versorgungsaufgaben und Bundesstraßen und Landstraßen ausdrücklich damit begründet, dass diese den Vorschlägen des Fünf-Punkte-Plans der Bundesregierung entsprechen. In der vertraulichen Langfassung ist jeweils ergänzt, dass die Fristen mit Blick auf die erheblichen Streckenlängen auch aus Sicht der BNetzA verhältnismäßig erschienen. 394

Vgl. vertrauliche Langfassung des Positionspapiers „Kernpunkte Präsidentenkammerentscheidung III und IV“ vom 2. November 2018: Bd. 22 Bl. 13753 (13753 und 13756). 395

Dass sich die BNetzA aus eigenen Erwägungen heraus und frei vom politischen Druck für höhere Versorgungsaufgaben (um-)entschieden haben könnte, ist nicht plausibel. 396

Dem Zeugen H. ist zwar zuzustimmen, dass es sich um einen „fortlaufenden Prozess“ handelt, in dem sich Positionen wandeln können. Das Gericht berücksichtigt auch die Aussage des Zeugen C., wonach die Änderungswünsche bei den Versorgungsaufgaben schon früher Gegenstand von Beratungen gewesen seien. Insoweit ist etwa festzustellen, dass die Fachabteilung der BNetzA Versorgungsaufgaben für Landstraßen intern bereits Anfang Oktober diskutiert und das WIK um eine Kostenabschätzung gebeten hatte. 397

Vgl. E-Mail der Fachabteilung an das WIK vom 5. Oktober 2018: Bd. 20 Bl. 12449. 398

Seinerzeit standen als Bezugsgröße aber nur die bisher unversorgten Landstraßen (ca. 15.000 km) im Raum, während die nunmehr getroffene Auflage – in Übereinstimmung mit dem Fünf-Punkte-Plan – eine vollständige Versorgung der Landstraßen (ca. 80.000 km) vorsah. Zudem stellte die BNetzA in ihrem Positionspapier fest, dass wegen der Anrechnungsmöglichkeiten nur eine „geringe Umsetzung der politischen Forderungen“ erreicht werde. Dies bringt deutlich zum Ausdruck, dass die politischen Forderungen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Auch der Zeuge C. äußerte bei seiner Vernehmung, dass sie von den Änderungswünschen bei den Versorgungsaufgaben einiges „geändert“ hätten. 399

Des Weiteren hat die BNetzA zwar im Gegenzug zu den höheren Versorgungsaufgaben zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit Kooperations- und Anrechnungsmöglichkeiten vorgesehen und die Mindestgebote signifikant um insgesamt 1 Mrd. gesenkt. 400

Vgl. Entwurf eines Positionspapiers „Kernpunkte Präsidentenkammerentscheidung III und IV“ vom 29. Oktober 2018: Bd. 21 Bl. 13677. 401

Dies stellt sich aber lediglich als Reaktion auf die politisch geforderten höheren Versorgungsaufgaben dar. Aus Sicht der BNetzA waren höhere Versorgungsaufgaben nur auf diese Weise rechtlich durchzusetzen. Dies beantwortet jedoch nicht die Frage, weshalb sie nunmehr überhaupt die Notwendigkeit für höhere Versorgungsaufgaben sah. Versorgungsaufgaben waren ein Abwägungsgesichtspunkt im Prozess. Nach Aussage des Zeugen C. hatte aber kein Gesichtspunkt, auch nicht dieser, überragende Bedeutung. Auch 402

der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 lässt sich nicht entnehmen, weshalb sich diese Gewichtung nach dem Konsultationsentwurf vom 17. September 2018 noch einmal geändert hat. Dort wird lediglich ausgeführt, dass die Versorgungsverpflichtungen auf der Grundlage der Ziele des Beiratsbeschlusses vom 25. Juni 2018 und mit Blick auf die öffentliche Kommentierung festgelegt worden seien (Randnummer 232). Ersteres trifft so indes nicht zu, wie die noch Ende September 2018 vertretenen Positionen der BNetzA darlegen. Letzteres mag die politischen Forderungen beinhalten. Dass diese allerdings nicht „öffentlich“ und transparent in das Frequenzvergabeverfahren eingeführt worden sind, wurde bereits unter 1. dargelegt.

Auch hinsichtlich der nun doch vorgegebenen Latenzen lässt sich nicht feststellen, dass dies allein auf einer freien und unbeeinflussten Entscheidung der BNetzA beruht. Die noch Ende September 2018 geäußerten rechtlichen Bedenken gegen die Vorgabe von Datenraten und Latenzen waren Ende Oktober 2018 aufgegeben, ohne dass sich hierzu eine nähere Begründung findet. In der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 wird zu den mit den Versorgungsaufgaben verbundenen Qualitätsparametern (Datenraten und Latenzvorgaben) ausgeführt, dass diese auf eine zügige Implementierung von 5G-Merkmalen in den Netzen zielten. Zwar sei es im Allgemeinen nicht erforderlich, konkrete Qualitätsparameter aufzuerlegen, im vorliegenden Verfahren jedoch schon, um die Einführung neuer Dienste wie das automatisierte Fahren zu fördern (Randnummern 300 zu Bundesautobahnen und 321 zu Bundesstraßen). Diese Begründung stimmt inhaltlich erneut mit dem Fünf-Punkte-Plan überein. Dort wurde die Notwendigkeit einer Latenzvorgabe damit begründet, dass Bundesautobahnen und Bundesstraßen für Massenmarktanwendungen wie das automatisierte und vernetzte Fahren mit 5G ausgerüstet werden müssten. 403

Gegen eine freie, sorgfältig abgewogene Entscheidung spricht im Übrigen der zeitliche Druck, unter dem die Präsidentenkammer stand. Nach der Aussage des Zeugen Dr. Z. sollte die Präsidentenkammerentscheidung unbedingt Ende November 2018 gefällt werden, damit auch die Versteigerung noch bis zum Ende seiner aktiven Dienstzeit am 30. Juni 2019 durchgeführt werden könnte. Zudem hatte der Zeuge Anfang November 2018 einen zweiwöchigen Urlaub. 404

Die BNetzA ließ die Versorgungsaufgaben zwar noch einmal ökonomisch bewerten. Das Gutachten des WIK vom 22. November 2018 lag der BNetzA aber erst wenige Tage vor der finalen Entscheidung vor (und im Übrigen erst nachdem der Entscheidungsentwurf an den Beirat übersendet worden war). Unter dem 21. November 2018 (*sic!*) wertete der Abteilungsleiter 2 das Gutachten noch aus. Danach überstiegen die von einem Mobilfunknetzbetreiber erforderlichen Investitionen zur Erfüllung der Versorgungsaufgabe im finalen Entscheidungsentwurf den wirtschaftlichen Wert der Frequenzen nicht, wenn bei den Verkehrswegen eine Anrechnung der Versorgung durch andere Mobilfunknetzbetreiber erfolge. Diese ökonomische Bewertung sei bei der Festlegung der Versorgungsverpflichtung im finalen Entscheidungsentwurf zu Grunde gelegt worden. 405

Vgl. Informationsvorlage des Abteilungsleiters 2 an die Präsidentenkammer vom 21. November 2018: Bd. 23 Bl. 15461 (15461 und 15463). 406

Nach alledem lässt sich nicht feststellen, dass es sich bei den politischen Forderungen lediglich um einen nicht zu beanstandenden Einfluss auf das zur Verfügung stehende Abwägungsmaterial gehandelt hat. Vielmehr haben die ministeriellen Vorgaben die komplexe Abwägungsentscheidung der Präsidentenkammer in Richtung höherer Versorgungsaufgaben beeinflusst und damit faktisch vorgeprägt. 407

Unabhängig hiervon folgt eine faktische Vorfestlegung auch daraus, dass die Begründung der Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 an zwei Stellen textuell Bezüge zu politischen Vorgaben herstellt. Diese lassen – auch bei wohlwollender Auslegung – keinen anderen Schluss zu, als dass politische Vorgaben den Ausgestaltungsspielraum der Präsidentenkammer faktisch vorgeprägt haben. Dies betrifft erneut die Versorgungsaufgaben und daneben die Zahlungsmodalitäten.

Zu den Versorgungsaufgaben heißt es in der Einführung der Präsidentenkammerentscheidung auf Seite 1 a. E.: 409

„Die Auferlegung einer Versorgungsverpflichtung soll einen zügigen Netzausbau sicherstellen. Damit sollen die Breitbandziele der Bundesregierung aus dem Koalitionsvertrag umgesetzt werden.“ 410

In der Begründung heißt es dann erläuternd: 411

„Die Versorgungsaufgaben sind in ihrer Gesamtheit auch erforderlich und verhältnismäßig, um die Regulierungsziele des TKG zu fördern. Sie tragen darüber hinaus dazu bei, die breitbandpolitischen Ziele der Bundesregierung und der Europäischen Union zu realisieren sowie die Ziele aus dem Koalitionsvertrag zu unterstützen.“ (Randnummer 252) 412

„Eine Versorgung von mindestens 98 % der Haushalte mit einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s im Antennensektor je Zuteilungsinhaber ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, damit die mit der Zuteilung der Frequenzen verfolgten Regulierungsziele unter Berücksichtigung der breitbandpolitischen Ziele der Bundesregierung im Rahmen des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD vom 7. Februar 2018 verwirklicht werden.“ (Randnummer 270) 413

Es ist rechtlich bedenklich, dass die Präsidentenkammer den Koalitionsvertrag als relevant für die Festlegung der Vergaberegeln angesehen hat. Koalitionsverträge sind Übereinkünfte zwischen politischen Parteien, in denen die zukünftige politische Arbeit der Regierung festgelegt wird. Sie halten die personellen und sachlichen Bedingungen fest, unter denen die Koalitionspartner bereit sind, eine Regierung zu bilden und parlamentarisch zu stützen. Sie sind gerichtlich nicht einklagbar, sondern können nur politisch durchgesetzt werden. Insoweit kommt ihnen nur eine politisch-faktische Bindungswirkung zu. Zudem bestehen für den Inhalt von Koalitionsvereinbarungen verfassungsrechtliche Grenzen. Wird z. B. das Kompetenzgefüge des Grundgesetzes missachtet, ist die Koalitionsvereinbarung als verfassungswidrig anzusehen. 414

Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Aktueller Begriff: Koalitionsvereinbarungen, Nr. 77/05 vom 17. Oktober 2005, öffentlich abrufbar unter <www.bundestag.de/analysen>. 415

Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung vom 7. Februar 2018 war mithin für die in regulatorischer Unabhängigkeit entscheidende BNetzA in keiner Weise verbindlich. 416

In früheren Frequenzvergabeentscheidungen der Präsidentenkammer wurden Koalitionsverträge denn auch entweder gar nicht erwähnt (so 2000 und 2009) oder nur die politischen Forderungen als Sachverhalt wiedergegeben (so 2015). In keinem Fall wurde in der Begründung auf den Koalitionsvertrag verwiesen. 417

418

Vgl. Präsidentenkammerentscheidungen vom 28. Januar 2015 (Az. BK1-11/003), vom 12. Oktober 2009 (Az. BK 1a-09/002) und vom 18. Februar 2000 (Az. BK-1b-98/005 - 1).

In der vorliegenden Entscheidung hat die Präsidentenkammer den Koalitionsvertrag indes als Zielvorgabe in ihrer Abwägung berücksichtigt und dadurch ihren Ausgestaltungsspielraum faktisch vorgeprägt. 419

Auch bei den Zahlungsmodalitäten haben ministerielle Vorgaben den Ausgestaltungsspielraum der Präsidentenkammer faktisch vorgeprägt. 420

In der Entscheidung vom 26. November 2018 begründete die Präsidentenkammer den Fälligkeitszeitpunkt von 65 Banktagen nach Zuschlag ausdrücklich mit der „Gemeinsamen Erklärung zum Mobilfunkgipfel“ vom 12. Juli 2018 (Randnummer 818). Zwar sei sie verpflichtet, Einnahmen rechtzeitig und vollständig zu erheben und eine Fälligkeit deshalb grundsätzlich unmittelbar nach Zuschlag herbeizuführen (Randnummer 815). Wegen der Gipfelerklärung halte sie es vorliegend aber für geboten, die Fälligkeit erst nach 65 Banktagen nach Zuschlag anzuordnen (Randnummer 816). 421

Diese Begründung bringt eindeutig zum Ausdruck, dass die Gipfelerklärung vom 12. Juli 2018 die Entscheidung der Präsidentenkammer in diesem Bereich faktisch vorweggenommen hat. Zahlungsmodalitäten, die in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der BNetzA als unabhängiger Regulierungsbehörde fielen, wurden faktisch durch ministerielle Zusagen beim Mobilfunkgipfel vorgegeben, und zwar ohne dass die für die Entscheidung allein zuständige Präsidentenkammer an der Vorbereitung der „Gemeinsamen Erklärung“ beteiligt war, wie die Beklagte und die Zeugen immer wieder betonten. 422

Im Gegenteil hatte die BNetzA bis zum Mobilfunkgipfel noch eine sofortige Fälligkeit in Betracht gezogen, wie die „Ersten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“ vom 15. Januar 2018 und die – insoweit unveränderten – überarbeiteten Erwägungen vom 15. Februar 2018 zeigen. Erst der vom Bund in der Gipfelerklärung zugesagte Aufschub des Zahlungsbeginns und die Stundung der Zahlung (Ratenzahlung) der Auktionserlöse bei Abgabe verbindlicher kooperativer Erschließungszusagen, veranlasste die BNetzA zu einer anderen Entscheidung. Diese traf sie anschließend in enger Abstimmung mit dem BMF und BMVI, wie sich aus den Verwaltungsvorgängen der BNetzA und den IFG-Vorgängen des BMVI ergibt. 423

Vgl. interne E-Mail des BMVI vom 20. Juli 2018: Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 8 – S. 8; Schreiben von BMF und BMVI an Vizepräsident Dr. E. vom 6. September 2018: Bd. 19 12056; E-Mail-Verkehr zwischen BNetzA, BMVI und BMF vom 12. September bis 23. Oktober 2018: Bd. 21 13603 ff.; undatiertes Schreiben von BMF und BMVI an die BNetzA zum Konsultationsentwurf: Bd. 22 Bl. 15083. 424

Das Gericht ist sich im Klaren darüber, dass die Präsidentenkammer mangels eigenen Haushalts Zahlungsmodalitäten nur in Absprache mit dem BMF regeln kann, da die Auktionserlöse Bundeseinnahmen sind und der Haushaltsordnung unterliegen. Die Einbeziehung des BMVI lässt sich hingegen – da die BNetzA hier als unabhängige Regulierungsbehörde handelte – nur mit politischer Einflussnahme zur Durchsetzung der Vereinbarungen des Mobilfunkgipfels erklären. Dies kommt etwa darin zum Ausdruck, dass selbst der spätere Fälligkeitszeitpunkt für Frequenzblöcke im Bereich 2 GHz, die erst 2026 verfügbar werden, vom BMVI (in Übereinstimmung mit dem BMF) wie folgt kommentiert wurde: 425

„Der Zahlungszeitpunkt lässt auch aus Sicht des BMVI Vereinbarungen über abweichende Zahlungskonditionen im Zuge der nach der Auktion anstehenden Verhandlungen über Ausbauzusagen in Umsetzung des Mobilfunkgipfels unberührt.“

So die E-Mail der Leiterin des Referats DG12 beim BMVI an die Fachabteilung der BNetzA vom 18. Oktober 2018: Bd. 21 S. 13603 f. 427

Entscheidend war für das BMVI mithin, den Mobilfunknetzbetreibern nach Abschluss der Auktion (doch) noch erleichterte Zahlungskonditionen für die Zuschlagspreise in Aussicht stellen zu können im Gegenzug zu Ausbauzusagen. 428

Vgl. auch die interne E-Mail des BMVI vom 13. August 2018: Anlagenkonvolut BMVI - Anlage 2 - Dokument 6 – S. 22. 429

Daran hat sich die Präsidentenkammer bei der Festlegung des Fälligkeitszeitpunkts orientiert. Andere Gestaltungsmöglichkeiten hat sie nicht mehr in Erwägung gezogen und dadurch ihren Ausgestaltungsspielraum faktisch verkürzt. Dass andere Gestaltungsmöglichkeiten durchaus denkbar gewesen wären, legt die Stellungnahme von GSMA vom 29. Oktober 2018 im Rahmen des Konsultationsverfahrens nahe. Darin regt GSMA – eine Vereinigung zur Vertretung von Mobilfunkbetreiberinteressen – als alternative Option an, entweder (wie in Schweden) Investitionen in die Abdeckung abgelegener Gebiete als anteilige Begleichung der Zahlungsverpflichtungen anzuerkennen oder (wie in Spanien) einmalige Gebühren durch jährliche Zahlungsraten zu ersetzen. 430

Vgl. Bd. 21 Bl. 13680 (13684). 431

Die festgestellten Abwägungsmängel sind auch nicht unerheblich. 432

Angesichts der komplexen Gesamtabwägung, die die Präsidentenkammer bei der Festlegung der Vergabe- und Auktionsregeln vorzunehmen hatte, ist nicht auszuschließen, dass die festgestellten faktischen Vorfestlegungen bei den Versorgungsaufgaben und den Zahlungsmodalitäten mittelbar Auswirkungen auf andere Regelungsbereiche hatten. 433

Dies gilt auch für die die Klägerinnen betreffende Diensteanbieterregelung. Durch die faktische Vorfestlegung auf hohe Versorgungsaufgaben kamen auf die Mobilfunknetzbetreiber hohe Investitionskosten zu. Diese forderten im Rahmen des Mobilfunkgipfels für weitere Ausbauzusagen „investitionsfördernde Rahmenbedingungen“, womit jedenfalls nach dem Verständnis des Zeugen C. eindeutig der Verzicht auf eine Diensteanbieterverpflichtung gemeint war. Auch nach dem Zeugen H. wollten die Mobilfunknetzbetreiber keine Diensteanbieterverpflichtung und dies auf dem Mobilfunkgipfel erörtern. Wenn nun im Oktober 2018 einerseits die faktische Vorfestlegung auf höhere Versorgungsaufgaben erfolgte, ist der Vortrag der Klägerinnen durchaus nachvollziehbar, dass dafür andererseits von der Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung abgesehen worden sein könnte. Wie unter 1. bereits dargestellt wurde, blieb für das Gericht letztlich unklar, wann und aus welchen Gründen sich die Präsidentenkammer für das Verhandlungsgebot entschieden hat. 434

4. Nach alledem ist die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 insgesamt aufzuheben und die Beklagte zur Neubescheidung zu verpflichten. 435

Rechtsgrundlage für den Anspruch der Klägerinnen auf Neubescheidung ihrer Anträge vom 12. bzw. 18. Oktober 2018 auf Aufnahme einer im Einzelnen ausformulierten Diensteanbieterverpflichtung, hilfsweise einer den UMTS-Lizenzen entsprechenden 436

Regelung, ist § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG.

Aus § 113 Abs. 5 VwGO folgt, dass einer Verpflichtungs- oder Bescheidungsklage nur 437
stattgegeben werden darf, wenn der Kläger im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung
einen Anspruch auf den mit der Klage begehrten Verwaltungsakt oder Neubescheidung hat.
Nicht aus dem Prozessrecht, sondern ausschließlich aus dem materiellen Recht ergibt sich,
ob der vom Kläger mit der Verpflichtungsklage geltend gemachte Anspruch besteht und
welcher Beurteilungszeitpunkt maßgebend ist. Ändert sich während des gerichtlichen
Verfahrens das materielle Recht, so ist auf der Grundlage dieser Änderung zu entscheiden,
ob das neue Recht einen durch das alte Recht begründeten Anspruch beseitigt, verändert
oder unberührt lässt. Entscheidend ist, ob sich das geänderte Recht nach seinem zeitlichen
und inhaltlichen Geltungsanspruch auf den festgestellten Sachverhalt erstreckt.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 1. März 2018 – 2 C 49.16 –, juris, Rn. 14, und vom 1. Dezember 438
1989 – 8 C 17.87 –, juris, Rn. 24.

Dass die von den Klägerinnen begehrte Diensteanbieterverpflichtung nach altem Recht 439
grundsätzlich im Rahmen von Frequenznutzungsbestimmungen nach § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr.
4 i.V.m. § 61 Abs. 6 und § 60 Abs. 2 Satz 1 TKG 2004 auferlegt werden könnte, hat das
Bundesverwaltungsgericht bereits bestätigt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 –, juris, Rn. 31 ff. 440

An dieser Rechtsposition hat sich durch das Inkrafttreten des neuen 441
Telekommunikationsgesetzes am 1. Dezember 2021 nichts geändert. Wie bereits unter I.
dargestellt wurde, sind § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG und § 61 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 TKG 2004
nahezu identisch und die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zum drittschützenden
Charakter dieser Normen übertragbar.

Bei der Neubescheidung hat die Beklagte die dann aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde 442
zu legen. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Vergabeverfahrens, die Regulierungsziele
nach §§ 2 und 87 TKG bestmöglich zu erreichen (vgl. § 100 Abs. 2 Satz 1 TKG). Hierfür
bedarf es einer aktuellen Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und
wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes (vgl. § 100 Abs. 3 Satz 3 TKG). Gesichtspunkte
des Wettbewerbs werden im Rahmen des Ausgestaltungsspielraums der Beklagten
voraussichtlich stärker zu berücksichtigen sein. Denn der Gesetzgeber hat nunmehr mit §
105 TKG – der Art. 52 der Richtlinie (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.

Da die Vergabe- und Auktionsregeln nicht teilbar sind, 443

vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Oktober 2021 – 6 C 13.20 –, juris, Rn. 10 ff., 444

ist die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 insgesamt aufzuheben. 445

III. Der Klageantrag zu 2. hat keinen Erfolg. Dabei kann offenbleiben, ob er überhaupt zulässig 446
ist. Denn er ist jedenfalls offensichtlich unbegründet.

Das Gericht darf eine Klage auch dann, wenn die Rechtsschutzvoraussetzungen zweifelhaft 447
sind, aus materiellen Gründen abweisen, wenn dieses aus Effektivitätsgesichtspunkten

geboten ist. Denn der Zweck der Rechtsschutzvoraussetzungen besteht darin, die Gerichte nicht durch die Verhandlung und Entscheidung über Fragen zu belasten, für deren gerichtliche Durchsetzung kein Bedürfnis besteht; dieser Zweck kann nicht mehr erfüllt werden, wenn die Abweisung der Klage als unbegründet einfacher ist als eine Prüfung der Rechtsschutzvoraussetzungen.	
Vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. November 1991 – 4 B 190.91 –, juris, Rn. 6.	448
So liegt der Fall hier. Die Frage der Zulässigkeit des Klageantrags zu 2. wirft – wie von der Beklagten geltend gemacht – Fragen der Statthaftigkeit des Feststellungsantrags auf. Auch könnten wegen des Erfolgs des Klageantrags zu 1. Zweifel am Rechtsschutzinteresse der Klägerinnen bestehen. Diese Fragen können jedoch dahinstehen. Denn jedenfalls ist der Klageantrag zu 2. in der Sache offensichtlich unbegründet.	449
Die Klägerinnen haben keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung der Fortgeltung der Diensteanbieterverpflichtung aus den UMTS-Lizenzen. Diese waren zeitlich bis zum 31. Dezember 2020 befristet. Mit Ablauf der Befristung ist auch die Diensteanbieterverpflichtung unwirksam geworden. Einer separaten Aufhebung bedurfte es nicht.	450
Die UMTS-Lizenzen sind durch Verwaltungsakt erteilt worden.	451
Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. August 2011 – 6 B 9.11 –, juris, Rn. 4.	452
Sie waren zeitlich befristet. Ziffer 1 in Teil B der (Muster-)UMTS-Lizenz lautete:	453
„Die Laufzeit der Lizenz und der mit ihr erteilten Rechte endet am 31. Dezember 2020.“	454
Die Diensteanbieterverpflichtung galt seinerzeit noch kraft Gesetzes gemäß § 4 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2910). In der UMTS-Lizenz wurde unter Ziffer 15 in Teil C lediglich klarstellend auf sie hingewiesen. Gleichwohl gilt für die Diensteanbieterverpflichtung nichts anderes als für Nebenbestimmungen, die einer Lizenz gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 TKG in der Fassung vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120) beigelegt werden konnten. Nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrensrechts sind Nebenbestimmungen akzessorisch zum Hauptverwaltungsakt. Sie stehen und fallen mit diesem.	455
Vgl. nur <i>Ramsauer</i> , in: Kopp/Raumsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019, § 36, Rn. 8.	456
Demnach sind mit Ablauf der Befristung der UMTS-Lizenzen auch die Diensteanbieterverpflichtungen unwirksam geworden.	457
Das Verständnis der Klägerinnen, dass lediglich die „Rechte“ des Lizenznehmers zum 31. Dezember 2020 endeten, nicht aber seine „Verpflichtungen“, überzeugt nicht. Schon der Wortlaut der Befristungsregelung spricht dagegen. Dieser stellt auf die „Laufzeit der Lizenz“ ab. Eine „beendete“ Lizenz kann weder Rechte noch Pflichten erzeugen. Nichts anders ergibt eine am Maßstab des objektiven Empfängerhorizonts orientierte Auslegung analog §§ 133, 157 BGB. Es ist nicht davon auszugehen, dass ein Lizenznehmer bereit gewesen wäre, die sich aus den UMTS-Lizenzen ergebenden Rechte zeitlich befristet zu erwerben und gleichzeitig zeitlich unbefristete Pflichten zu übernehmen.	458
Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.	459
	460

Die Revision ist nicht gemäß § 135 i.V.m. § 132 Abs. 1 und 2 VwGO zuzulassen. Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung, da das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 20. Oktober 2021 – 6 C 8.20 – die wesentlichen Rechtsfragen bereits geklärt hat.

Rechtsmittelbelehrung 461

Die Nichtzulassung der Revision kann von den Beteiligten durch Beschwerde angefochten werden. Die Beschwerde ist schriftlich innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. 462

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel, auf dem das Urteil beruhen kann, bezeichnet werden (§ 133 Abs. 3 VwGO). 463

Auf die ab dem 1. Januar 2022 unter anderem für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts geltende Pflicht zur Übermittlung von Schriftstücken als elektronisches Dokument nach Maßgabe der §§ 55a, 55d Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) wird hingewiesen. 464

Im Beschwerdeverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 VwGO im Übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen. 465

Die Beschwerdeschrift sollte zweifach eingereicht werden. Im Fall der Einreichung eines elektronischen Dokuments bedarf es keiner Abschriften. 466

Beschluss 467

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 468

5.000.000,- € 469

festgesetzt. 470

Gründe 471

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache für die Klägerinnen ist es in Ansehung der Bedeutung des Verfahrens und der Bedeutung der Klägerinnen für den Mobilfunkmarkt 472

angemessen, den Streitwert auf den festgesetzten Betrag zu bestimmen (§ 52 Abs. 1 GKG). Der Klageantrag zu 2. wurde nicht streitwerterhöhend berücksichtigt, da dieser im Kern auf dasselbe Interesse gerichtet ist.

Rechtsmittelbelehrung

473

Gegen diesen Beschluss kann schriftlich oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden.

474

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

475

Auf die ab dem 1. Januar 2022 unter anderem für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts geltende Pflicht zur Übermittlung von Schriftstücken als elektronisches Dokument nach Maßgabe der §§ 55a, 55d Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) wird hingewiesen.

476

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

477