

Stellungnahme

Zur Anhörung der BNetzA zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Vorgehen im Verfahren BK 1-25/001

1. Einleitung und Gegenstand des Verfahrens

Der Bundesverband Breitbandkommunikation e.V. (BREKO) bedankt sich für die Möglichkeit im Rahmen der Anhörung zu frequenzregulatorischen Aspekten beim weiteren Vorgehen im Verfahren BK 1-25/001 Stellung nehmen zu können. Der BREKO begrüßt, dass die Bundesnetzagentur sehr schnell nach dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts ein Anhörungspapier veröffentlicht hat und den interessierten Kreisen die Möglichkeit eröffnet, ihre Belange vorzutragen.

Mit zwei Urteilen vom 26. August 2024 hatte das Verwaltungsgericht Köln die Entscheidung der Präsidentenkammer vom 26. November 2018 zu den Vergabe- und Auktionsbedingungen für die Versteigerung von 5G-Mobilfunkfrequenzen für rechtswidrig erklärt und die Bundesnetzagentur unter Aufhebung der Teilentscheidungen III und IV und Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zur Neubescheidung der Anträge der Klägerinnen verpflichtet.

Das VG Köln hatte insbesondere die Besorgnis der Befangenheit aller Mitglieder der damaligen Präsidentenkammer festgestellt. Ferner hatte das Gericht die unter Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Unabhängigkeit zu konstatierende offensichtliche Vorfestlegung der Behörde gerügt, die im Ergebnis zu einer fehlerhaften Ermessensentscheidung geführt habe. Das Gericht hatte insbesondere beanstandet, dass sich die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur zur Förderung des Wettbewerbs im Mobilfunkmarkt rechtswidrig für die Auferlegung eines bloßen Verhandlungsgebots statt einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung entschieden hatte.

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Behörde gegen die Nichtzulassung der Revision mit Beschluss vom 16.10.2025 zurückgewiesen hat, hat die Bundesnetzagentur Anfang Dezember eine Anhörung der interessierten Kreise zum weiteren Vorgehen initiiert und ein Anhörungsdokument veröffentlicht.

Der BREKO setzt sich seit Jahren für die Aufnahme einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs im Sinne von § 105 Abs. 1 TKG ein. Wir verweisen dazu auf unsere Stellungnahmen in den bisherigen Verfahren zur 5G-Frequenzregulierung – hier insbesondere auf die Stellungnahme vom 08.07.2024 zur vorgeschlagenen Verlängerung der 5G-Frequenzen und vom 23.01.2025 zu den

Leitplanken für ein Verhandlungsgebot – und nehmen zum Anhörungspapier der BNetzA im Übrigen wie folgt Stellung.

2. Korrekte Umsetzung der Urteile des VG Köln

Die Bundesnetzagentur präsentiert in ihrem Anhörungspapier zwei – aus ihrer Sicht – mögliche Optionen.

Zum einen erwägt die Bundesnetzagentur den Verzicht auf eine erneute Auktion der 5G-Mobilfunkfrequenzen für den Fall, dass eine „ergebnisoffene Prüfung“ nur einen unwesentlichen Änderungsbedarf an den Teilentscheidungen III und IV („PKE III und IV“) ergebe, der mit einer geringfügigen Anpassung der Nutzungsrechte oder „Ausgleichsmaßnahmen“ umgesetzt werden könne („Handlungsoption 1“).

Ergebe die Prüfung dagegen einen umfassenden Änderungsbedarf an den Nutzungsbedingungen, der zu einer Störung der Allokations- und Preisfindungsfunktion der durchgeführten Auktion führe, so könne eine erneute Auktion der 5G-Mobilfunkfrequenzen angezeigt sein („Handlungsoption 2“).

Tatsächlich ist allerdings ausschließlich die zweite Handlungsalternative – also die Durchführung eines komplett neuen Vergabeverfahrens einschließlich einer neuen Auktion – im Einklang mit den Urteilen des VG Köln. Es geht gerade nicht darum, die Ergebnisse der ursprünglichen Vergabe der 5G-Frequenzen mit einer möglicherweise nachgebesserten Begründung und einigen „kosmetischen Änderungen“ in den Teilentscheidungen III und IV zu unterlegen, sondern ein vollständig neues (ab Teilentscheidung III) und ergebnisoffenes Vergabeverfahren durchzuführen.

Angesichts der vom VG Köln festgestellten und in der Urteilsbegründung hinreichend deutlich gemachten eklatanten Verfahrensfehler ist nicht ersichtlich, wie das Ergebnis eines solchen Verfahrens noch „gerettet“ werden könnte.

Die in den Urteilen tenorierte Aufhebung der Teilentscheidungen III und IV führt zwingend zur Unwirksamkeit der darauf basierenden Auktion und ihres Ergebnisses. Damit korrespondiert der Folgenbeseitigungsanspruch der Klägerinnen, der nicht nur auf die Aufhebung der Teilentscheidungen III und IV gerichtet ist, sondern logischerweise auch auf die Aufhebung aller weiteren darauf aufbauenden Entscheidungen, also insbesondere der Zuschlagsentscheidung.

Die Auktion ist daher auf der Grundlage der unter Beachtung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts neu zu fassenden Teilentscheidungen III und IV erneut durchzuführen – mit allen damit einhergehenden Herausforderungen und Auswirkungen. Dies gilt nicht nur für die Frage der Verteilung des Spektrums zwischen

den Mobilfunknetzbetreibern und wie viele es nach einer erneuten 5G Auktion in Deutschland noch gäbe, sondern insbesondere auch für die zu erzielenden Auktionserlöse, die bei einer erneuten Durchführung einer Auktion deutlich geringer ausfallen dürften als bei der ursprünglich durchgeführten Auktion, bei der der Bund insgesamt Einnahmen von rund 6,6 Mrd. Euro erzielte.

Darüber hinaus bestünden bei einer neuen Auktion erhebliche Unsicherheiten für den vierten Netzbetreiber 1&1, der mit der damaligen Auktion den Startschuss für den Aufbau eines neuen Netzes lieferte. Wie die Lobbyarbeit der bisherigen drei Bestandsnetzbetreiber zeigt, werden diese aufgrund der zusätzlich bekannten öffentlichen Auktionsergebnisse und ersteigerten Frequenzbereiche vermutlich alles unternehmen, um den Neueinsteiger bei einer erneuten Auktion zu behindern.

Hinzu kommt, dass das Verwaltungsgericht die Bundesnetzagentur dazu verpflichtet hat, die Neubescheidung auf Basis der aktuellen Sach- und Rechtslage (S.91/92 der Urteilsbegründung) vorzunehmen. Hierzu wäre seitens der Bundesnetzagentur z.B. die wachsende Bedeutung von Bündelprodukten mit leistungsfähiger 5G-Mobilfunk-Komponente im Markt und von Ausschreibungen im Geschäftskundensegment zu ermitteln. Zudem müsste sich die Behörde bei der Sachverhaltsermittlung auch mit den Erfahrungen und (fehlenden) Effektivität des Verhandlungsgebotes während der vergangenen sieben Jahre auseinandersetzen. Auch diese Anforderung des Gerichts spricht also deutlich dagegen, dass sich die Bundesnetzagentur auf die möglicherweise nur marginal veränderten Teilentscheidungen III und IV aus dem Ausgangsverfahren im Sinne der „Handlungsoption 1“ zurückziehen könnte.

Sollte sich die Bundesnetzagentur gleichwohl für die – vor dem Hintergrund der Urteile des VG Köln rechtlich nicht haltbare – „Handlungsoption 1“ entscheiden, ist absehbar, dass die Klägerinnen aus ihren Urteilen die Vollstreckung betreiben oder erneut den Weg zum Verwaltungsgericht suchen werden, da ihre tenorierten Ansprüche durch die BNetzA nicht angemessen umgesetzt worden wären. Der sicher auch im Interesse der bisherigen Frequenzinhaber liegende Rechtsfrieden und eine Planungssicherheit für alle Beteiligten würde auf diese Weise nicht erreicht werden.

3. Aufnahme einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung

In die Frequenznutzungsbestimmungen im Rahmen der neu zu fassenden Frequenznutzungsregelungen ist zur Wettbewerbssicherung im Mobilfunk- und im Festnetzmarkt zwingend eine Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung aufzunehmen. Wir verweisen hierzu zunächst auf unsere umfangreichen Ausführungen in den eingangs zitierten Stellungnahmen.

§ 105 Abs. 1 TKG verpflichtet die Bundesnetzagentur bei jeder Frequenzzuteilung aktiv zur Förderung des Wettbewerbs. Als Instrument der Wettbewerbsförderung nennt § 105 Abs. 2 Nr. 1 TKG ausdrücklich die Gewährleistung des Vorleistungszugangs. Dass es sich dabei um einen effektiven, d.h. diskriminierungsfreien und technologieutralen Vorleistungszugang handeln muss, liegt in der Natur der Sache und ist das gesetzgeberische Ziel. Da sich die seitens der BNetzA gewählte Alternative eines Verhandlungsgebotes nach inzwischen über sieben Jahren seit dem (vermeintlichen) Abschluss des ursprünglichen Vergabeverfahrens als offensichtlich ineffektiv und in keiner Weise ausreichend herausgestellt hat, ist den Mobilfunknetzbetreibern im Rahmen der Neubescheidung eine wirksame Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung aufzuerlegen.

Dies gilt umso mehr, als die Bundesnetzagentur bereits seinerzeit die Notwendigkeit der Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung im Grunde erkannt hatte, davon aber nach dem Mobilfunkgipfel im (damaligen)BMVI ohne eine plausible Begründung wieder abgerückt ist. Diesen Umstand wertet das Verwaltungsgericht zu Recht als Indiz für die von ihm festgestellte erhebliche politische Einflussnahme auf die Behörde (S. 72 der Urteilsbegründung).

a) Wachsende Bedeutung von Bündelprodukten

Die Dringlichkeit für die Aufnahme einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung hat sich in der Zeit seit dem ursprünglichen Frequenzvergabeverfahren 2018/2019 noch erheblich verschärft.

Dies ist zum einen auf die deutlich gewachsene Bedeutung von Bündelprodukten im Privat- wie im Geschäftskundenbereich zurückzuführen. So beinhalten Ausschreibungen im Geschäftskundensektor inzwischen häufig die Anforderung einer 5G-Mobilfunk-Komponente. Ohne eine entsprechende 5G-basierte Vorleistung können sich Glasfasernetzbetreiber trotz ihres leistungsstarken Festnetzes nicht an diesen Ausschreibungen beteiligen. Dies hat dann auch wiederum negative Auswirkungen auf ihre Geschäftstätigkeit und Investitionen im Glasfasermarkt.

Während die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber attraktive Bündelprodukte aus Festnetzanschlüssen und 5G-Standalone-Mobilfunk aufsetzen können, fehlt es den alternativen Glasfaseranbietern an einer wettbewerbsfähigen Mobilfunk-Komponente. Sie sind daher gerade beim zunehmend wichtigen Wettbewerb um die Kunden, die bereit sind, hochwertigere Bündelprodukte zu buchen und insbesondere um Geschäftskunden erheblich benachteiligt. Die drei etablierten Mobilfunknetzbetreiber Telekom, Vodafone

und Telefónica verfügen demgegenüber nicht nur über 5G-Frequenzen, sondern auch über wettbewerbsfähige Festnetzlösungen.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass alle drei Unternehmen auch hinsichtlich ihrer Festnetzkomponenten von regulatorischen Privilegien profitieren: Während die Telekom ihr 5G-Mobilfunk-Produkt infolge des „Vectorings-Monopols“ im HVt-Nahbereich nicht nur mit dem eigenen Glasfaserausbau, sondern auch für einige Zeit noch mit „Vectoring“ und „Super-Vectoring“ (und damit praktisch bundesweit) bündeln kann, profitiert Vodafone von zwei Erlaubnisentscheidungen in den Fusionskontrollverfahren mit KDG und Unitymedia (die ihrerseits vorher KabelBW übernommen hatte). Vodafone verfügt daher über den größten Teil des deutschen Kabelnetzes und kann zumindest in den Kabelausbaugebieten seine 5G-Mobilfunkprodukte mit einer leistungsstarken Festnetz-Komponente bündeln. Die gleiche Bündelungsmöglichkeit hat Telefónica als einzige Nutznießerin der Verpflichtungszusage im Fusionskontrollverfahren „Vodafone/Unitymedia“, (KOM M.8864 v. 18.07.2019) durch die sie ein exklusives Zugangsrecht zum Vodafone-Kabelnetz erhält.

Mit der Einführung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung würde also lediglich eine überfällige regulatorische Parität hergestellt und der Markt auch im Interesse der Nachfrager nach Produktbündeln geöffnet.

b) Ineffektivität des Verhandlungsgebotes

Gut sieben Jahre nach der Einführung eines Verhandlungsgebotes in der 5G-Frequenzregulierung durch die Bundesnetzagentur, ist offensichtlich, dass dieses Instrument nicht zu einer effektiven Wettbewerbssicherung im Mobilfunk führt, den Anforderungen des § 105 Abs. 1 TKG in keiner Weise genügt und damit gescheitert ist.

Dazu genügt bereits ein Blick auf die in diesem Zeitrahmen erzielten Resultate. Nur sehr vereinzelt ist es zu Vereinbarungen mit Unternehmen gekommen, die entweder über eine relevante Nachfragemacht verfügen (freenet) oder deren Geschäftsmodell nur wenige Überschneidungen mit den Geschäftsmodellen der Mobilfunknetzbetreiber aufweist, wie bei MTEL oder Transatel. Dabei spielte aber entgegen der steten Behauptung der Bundesnetzagentur weder das Verhandlungsgebot noch die sog. Schiedsrichterfunktion irgendeine Rolle.

Die Einigung zwischen Telefónica und Transatel kam dabei auch nicht aufgrund des Verhandlungsgebotes zustande, sondern vielmehr, weil größere Geschäftskunden der Telefónica auf die IoT-Anwendungen der Transatel angewiesen waren und entsprechenden Druck auf Telefónica ausgeübt hatten. Zuvor hatte Transatel über mehrere Jahre vergeblich ein Angebot der Telefónica nachgefragt, woran auch der

Beschluss der Bundesnetzagentur, durch den Telefónica zur Aufnahme von Verhandlungen aufgefordert wurde (BK 2-21/005) nichts geändert hat.

Einen weiteren leider eindrucksvollen Beleg für die Wirkungslosigkeit des Verhandlungsgebots und für das hinzukommende Vollzugsdefizit der Bundesnetzagentur liefert der Fall des Unternehmens Multiconnect (heute spusu Deutschland), das ein Vorleistungsangebot bei Telefónica nachgefragt hatte.

Nachdem Multiconnect nach ihrer ersten Anfrage fast zwei Jahre auf ein Zugangsangebot der Antragsgegnerin warten musste und sich die Verhandlungen über mehr als ein weiteres Jahr ohne eine Einigung hingezogen haben, hatte Multiconnect im April 2023 die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens bei der BNetzA beantragt.

Nachdem die Beschlusskammer auch nach Ablauf der bereits verlängerten gesetzlichen Entscheidungsfrist von vier Monaten bis Ende November 2023 keine Entscheidung getroffen hatte, bedurfte es einer erfolgreichen Untätigkeitsklage der Multiconnect vor dem Verwaltungsgericht Köln (Az. 1 K 8270/24), das die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 25.04.2025 – und damit über zwei Jahre nach Antragstellung – zur Bescheidung des Antrags verurteilte. Die Entscheidung erging schließlich erst, nachdem Telefónica am 01.07.2026 ein Teilanerkennnis abgegeben hatte. Mit Beschluss vom 07.07.2025 forderte die Bundesnetzagentur Telefónica dann endlich zur Vorlage eines Angebots nach den Vorgaben, die die Beschlusskammer in der Entscheidung festgesetzt hatte binnen eines Monats, auf.

Nach Auskunft der spusu Deutschland (ehemals Multiconnect) vom 14.01.2026 hat Telefónica bis dato noch kein modifiziertes Angebot vorgelegt, das in allen Punkten den Verpflichtungen aus der Streitbeilegungsentscheidung entspricht. Nicht eingehalten wurden insbesondere bestimmte Entgeltobergrenzen, die Telefónica vor Entscheidungserlass sogar selbst noch anerkannt hatte. Die Bundesnetzagentur wurde hierüber informiert, Maßnahmen wurden unseres Wissens nicht eingeleitet.

Will man keine böse Absicht der Bundesnetzagentur unterstellen, zeigt die schwache Vollzugspraxis der Behörde allerdings deutlich, wie wenig sie selbst offenbar von der Wirksamkeit des Verhandlungsgebots überzeugt ist.

Bis heute ist es keinem Anbieter gelungen, einen MVNO-Zugang zu verhandeln, der ihm wettbewerbsfähige Konditionen für ein massenmarkttaugliches Mobilfunkangebot verschafft – ein strukturelles Defizit, das die Bundesnetzagentur beharrlich ignoriert.

Überdies kommt es für eine wettbewerbsfördernde Wirkung im Sinne des § 105 Abs. 1 TKG offensichtlich nicht darauf an, dass *irgendein* Vertrag geschlossen worden ist. Vielmehr muss der Vertrag zu fairen und angemessenen Bedingungen geschlossen worden sein, die den Nachfragern diskriminierungsfreien und technologieneutralen

Zugriff auf wettbewerbsfähige Vorleistungen ermöglichen. Nur dann könnte von einer nachhaltigen Verbesserung der wettbewerblichen Situation auf dem oligopolistischen Mobilfunkmarkt gesprochen werden. Dafür, dass dies der Fall ist, gibt es keine Anhaltspunkte. Insbesondere spricht der bloße Umstand eines Vertragsschlusses aufgrund der erheblich zu Gunsten der Mobilfunknetzbetreiber ausgestalteten Verhandlungsmacht gerade nicht für die Fairness und Angemessenheit der in dem Vertrag vereinbarten Bedingungen. Dieser Schluss wäre allenfalls dann denkbar, wenn die Nachfrager überhaupt echte Alternativen hätten. Dem ist jedoch bekanntlich nicht so, wettbewerbsfähige Vorleistungen zu fairen und angemessenen Bedingungen gibt es gerade bei keinem der drei etablierten Mobilfunknetzbetreibern.

Scheitern muss deshalb auch der jüngste Versuch der Bundesnetzagentur, das untaugliche Verhandlungsgebot durch sogenannte „Leitplanken“ zu effektivieren. Auch diese „Leitplanken“, zu deren Bewertung wir auf unsere Stellungnahme vom 23.01.2025 verweisen, sind im Ergebnis nur ein weiteres Placebo, mit dem den etablierten Mobilfunknetzbetreibern weitere Verzögerungen ermöglicht werden. Sie können die erforderliche Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung nicht annähernd ersetzen.

War die Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung an sich schon von vorneherein geboten, so machen die hier aufgezeigten Entwicklungen seit dem Frequenzvergabeverfahren 2018/2019 die unbedingte Dringlichkeit deutlich, die die Sache inzwischen hat. Wie die Bundesnetzagentur bei der ordnungsgemäßen Ermessensausübung im Rahmen der Neubescheidungen zu einem anderen Ergebnis als der Auferlegung einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung kommen will, ist schlicht nicht vorstellbar.

Eine Verbesserung des Wettbewerbs im Mobilfunkmarkt wurde auch nicht durch den Einstieg von 1&1 als vierten Mobilfunknetzbetreiber erreicht. Die im aktuellen Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2024/2025 der Bundesnetzagentur ausgewiesene Verteilung der aktiven SIM-Profile macht deutlich, dass der Marktanteil der MVNO und Diensteanbieter mit 16 Prozent in Q2 2025 weiter rückläufig ist.

Eine Belebung des Wettbewerbs insbesondere auch auf Vorleistungsebene durch den Markteintritt von 1&1 als vierten Mobilfunknetzbetreiber wäre nur dann möglich, wenn Weiterverkaufsverbote untersagt werden würden. Diese beschränken den Wettbewerb und verhindern, dass der vierte Netzbetreiber oder auch im Markt tätige Diensteanbieter und MVNO Teile ihre Vorleistungskontingente weiterverkaufen dürfen.

Konkret würde durch eine Untersagung von Weiterkaufsverboten bspw. 1&1 erlaubt, ihr eigenes Netz auch mit National Roaming an Diensteanbieter und MVNO zu verkaufen. Dies würde zu einem Wettbewerbsimpuls im Sinne der Belebung des Vorleistungsmarktes führen. Für den National Roaming gewährenden

Mobilfunknetzbetreiber macht es zudem keinen Unterschied, ob das Mobilfunkprodukt sodann durch 1&1 direkt oder durch einen Diensteanbieter oder MVNO an Endkunden vertrieben werden würde. Auch würde die Aufhebung des der 1&1 vertraglich auferlegten Weiterverkaufsverbotes nicht den weiteren Mobilfunkausbau der 1&1 hemmen, unterliegt 1&1 doch unabhängig davon weiter strengen Ausbaupflichtungen.

Insbesondere wenn man die Ausführungen der Monopolkommission im 14. TK-Sektorgutachten vom 10.12.2025 verfolgt, wird die Marktmacht der etablierten Mobilfunknetzbetreiber aufgrund eines unzureichenden Wettbewerbs verdeutlicht, das zu einem Marktausschluss von MVNO und Diensteanbieter führen wird. Nicht ohne Grund fordert daher auch die Monopolkommission die Bundesnetzagentur unmissverständlich auf, endlich ihrer Rolle als Wettbewerbsbehörde gerecht zu werden und eine Angebotspflicht in Kombination mit einem Diskriminierungsverbot aufzuerlegen (14. TK-Sektorgutachten, S. 7f., 85 ff.).

Vor diesem Hintergrund fordern wir, dass die neu zu treffenden Teilentscheidungen daher eine effektive, d.h. eine diskriminierungsfreie- und technologie neutrale Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung und das Verbot von vertraglich auferlegten Weiterverkaufsverboten enthalten.

4. Möglichkeit einer Marktlösung

a.

Einerseits bedarf es keiner Aufhebung der PK-Teilentscheidungen III und IV, sofern die Bundesnetzagentur auf eine Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung hinwirkt und damit dem Begehren der Klägerinnen nachkommt. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die Klägerinnen ihre tenorierten Ansprüche aus dem VG Köln Urteil nicht vollstrecken werden. Folglich bedürfte es in diesem Fall auch keiner neuen Auktion, die mit erheblichen Unsicherheiten sowohl für die Marktteilnehmer, bisherigen Frequenzinhaber und aufgrund der zu erwartenden deutlich geringeren Einnahmen vor allem zulasten des Staates einhergehen würde. Hinzu kommen die unabwägbaren Folgen sowohl für den Neueinsteiger 1&1 und dessen über 10 Mio. Endkunden.

Bei der Frage, wie die Bundesnetzagentur auf eine Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung hinwirkt, sind verschiedene Lösungswege denkbar. Für die Mobilfunknetzbetreiber käme dies jedenfalls nicht überraschend, denn sie konnten das Risiko der Streitbefangenheit bzgl. des Themas Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung im Auktionsverfahren einpreisen. In der Präsidentenkammerentscheidung (BK1-17/001) wird an unterschiedlichen Stellen auf die Streitbefangenheit hingewiesen

und darauf, dass Bieter das Risiko der Streitbefangenheit im Auktionsverfahren einpreisen können (so unter anderem bei den Versorgungsverpflichtungen in Rn. 454 und bei Zahlungsverpflichtungen in Rn. 825). Nicht nur, dass die bisherigen Frequenzinhaber selbst gefordert haben, dass bei streitbefangenen Frequenzen die Zahlung erst mit einer rechtskräftigen Entscheidung fällig werde (aaO Rn. 809), sondern vielmehr, dass sämtliche Lobbyarbeit sowie Stellungnahmen der etablierten Mobilfunknetzbetreiber in den Konsultationsverfahren regelmäßig das Thema Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung zum Schwerpunkt hatten, zeigt, dass den Frequenzinhabern das Risiko einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung bewusst war und eine entsprechende Berücksichtigung bei der Auktion und der Preisfindung bereits stattgefunden hat.

Darüber hinaus waren den Bietern auch diverse Anträge auf Eilrechtsschutz beim VG Köln bzgl. der Auflage einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung bekannt (so unter anderem Antrag auf Eilrechtsschutz der freenet vom 11.03.2019, VG Köln, Az. 9 L 455/19). Die nicht nur im Verwaltungsverfahren, sondern sogar gerichtliche Streitbefangenheit der Auflage einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung hätten die Bieter sodann ab Beginn der Auktion am 19.03.2019 ohne weiteres einpreisen und berücksichtigen können. Die Bundesnetzagentur gibt dabei selbst an, alle Bieter bereits vor der Auktion darauf hingewiesen zu haben, dass mehrere Klagen – u.a. von Diensteanbieter – anhängig sind. Auch bestätigt sie, dass es allgemein bekannt war, dass insbesondere im Verwaltungsverfahren die Frage einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung äußerst umstritten war. Richtigerweise hat die Bundesnetzagentur daher bereits vor Auktion in einem Schriftsatz vom 13.03.2019 an das VG Köln (9 L 455/19) festgestellt: „Deshalb ist es auch ausgeschlossen, dass ein Vertrauenstatbestand bei möglichen Zuteilungsnehmern eintreten könnte (...)“

Im Ergebnis würde die Aufhebung der PK-Teilentscheidungen III und IV erhebliche Rechtsunsicherheit verursachen, insbesondere bei Allokation und Preisbildung. Ein Hinwirken der Bundesnetzagentur auf eine Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung ist geboten, möglich und wirtschaftlich die sinnvollste Option für den Telekommunikationsmarkt.

b.

Andererseits ließe sich die rechtlich gebotene Aufhebung der Teilentscheidungen III und IV und der darauf basierenden Verfahrensschritte und die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens, das wiederum mit großer Wahrscheinlichkeit Gegenstand von Klagen sein wird, auch möglicherweise durch eine Einigung zwischen den Beteiligten vermeiden.

Denkbar wäre dabei eine verbindliche Vereinbarung der Klägerinnen und der Mobilfunknetzbetreiber über die Einräumung eines angemessenen Zugangs auf Diensteebene. Alternativ könnte dies auch in Form von einseitigen öffentlich-rechtlichen Verträgen der Beteiligten ggü. der Bundesnetzagentur erfolgen.

Um Klagen anderer Unternehmen zu vermeiden, die gebotene Gleichbehandlung sicherzustellen und die Thematik umfassend zu lösen, wäre es allerdings wünschenswert und sinnvoll, eine umfassende „Marktlösung fixed-mobile“ zu entwickeln, in deren Rahmen sich die Glasfasernetzbetreiber einerseits und die Mobilfunknetzbetreiber andererseits zu einer gegenseitigen Zugangsgewährung auf Diensteebene nach bestimmten Strukturprinzipien dauerhaft selbst verpflichten. Der BREKO und seine Mitgliedsunternehmen sind für eine solche Lösung offen und bringen gerne Vorschläge hierzu ein. Voraussetzung für das Gelingen einer solchen Marktlösung ist dabei zweifelsfrei eine aktive Rolle der BNetzA.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Bundesnetzagentur für eine korrekte Umsetzung der verwaltungsgerichtlichen Vorgaben, die Teilentscheidungen III und IV aus dem ursprünglichen 5G-Frequenzvergabeverfahren aufheben und neu festlegen muss, falls sie die tenorierten Ansprüche der Klägerinnen auf Auflage einer Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung nicht in geeigneter Form befriedigt und damit eine Vollstreckung des Urteils vermeiden möchte. Dies betrifft dann auch alle auf den Teilentscheidungen III und IV aufsetzenden Verfahrensschritte - und hier insbesondere die Auktion und den Zuschlag - die ebenfalls neu durchgeführt werden müssen.

Auch im Rahmen einer umfangreichen Neubescheidung wäre zur Wettbewerbssicherung gemäß § 105 Abs.1 und 2 TKG dann aber zwingend eine diskriminierungsfreie und technologie neutrale Diensteanbieter- und MVNO-Verpflichtung in die Frequenznutzungsbedingungen aufzunehmen. Das bisher festgelegte Verhandlungsgebot als „milderes Mittel“ hat sich als offensichtlich ungeeignet erwiesen, um das gesetzgeberisch vorgegebene Ziel der Förderung des Wettbewerbs zu erreichen.

Die aufgezeigten erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen, Unwägbarkeiten und Risiken können durch die oben beschriebenen Maßnahmen mit Minimalaufwand auf Seiten der Bundesnetzagentur vermieden werden.

Für vertiefende Gespräche stehen wir der Beschlusskammer gerne zur Verfügung.