

## **Zusammenfassung der wesentlichen Inhalte der „5G-Urteile“ des VG Köln vom 26.08.2024, Az. 1 K 8531/18 und 1 K 1281/22**

Mit den Urteilen vom 26.08.2024 in den Verfahren 1 K 8531/18 und 1 K 1281/22 hat das VG Köln die Teilentscheidung III. und IV. der Präsidentenkammer vom 26. November 2018 im 5G-Versteigerungsverfahren aufgehoben und die BNetzA zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verpflichtet.

Das VG Köln vertritt die Ansicht, dass die Präsidentenkammerentscheidung vom 26. November 2018 an beachtlichen Verfahrensfehlern leide. Die konkrete Verfahrensgestaltung begründe gegenüber allen drei Mitgliedern der Präsidentenkammer die Besorgnis der Befangenheit (1.). Hierfür genüge bereits der „böse Schein“. Die Verfahrensgestaltung sei in Bezug auf den politischen Druck insbesondere von Seiten des BMVI intransparent und vereinzelt nachgebend gewesen. Nach Überzeugung des Gerichts sei die Besorgnis der Befangenheit dadurch gesetzt worden, 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 Kommunikation in Form von Telefonaten, E-Mail-Verkehr und persönlichen Treffen stattgefunden habe. Für die am Frequenzvergabeverfahren beteiligten Kreise sei der Eindruck eines politischen und damit für die Frequenzversteigerung sachwidrigen "Nebenverfahrens" entstanden. Neben einem Verstoß gegen die unionsrechtlich garantierte Unabhängigkeit der BNetzA (2.) leide die Präsidentenkammerentscheidung ferner unter dem Gesichtspunkt der faktischen Vorfestlegung an einem Abwägungsdefizit (3.), so dass die Klägerin einen Anspruch auf Neubescheidung ihrer Anträge habe (4.).

### Zu den Ausführungen des VG Köln im Einzelnen:

1) **Erstens** begründe die konkrete Verfahrensgestaltung der Präsidentenkammer gegenüber allen drei Mitgliedern die **Besorgnis der Befangenheit**.

Hierfür genüge bereits der böse Anschein der Parteilichkeit, welcher sich hier ausnahmsweise aus der Art und Weise der Verfahrensführung ergebe, die sich so weit von den anerkannten rechtlichen Grundsätzen entfernt habe, dass für die davon betroffenen Beteiligten der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung entstehe.

Zwar sei das Vergabeverfahren durch die Präsidentenkammer nach außen hin ordnungsgemäß geführt worden. In Bezug auf den politischen Druck insbesondere seitens des BMVI sei es aber intransparent und vereinzelt nachgebend gewesen, so dass für die beteiligten Kreise einschließlich der Klägerinnen der Eindruck eines sachwidrigen „Nebenverfahrens“ entstehen musste.

Die Mitglieder der Präsidentenkammer seien sich im Klaren darüber gewesen, die Entscheidung als unabhängige Behörde zu treffen. Auch eine ministerielle Weisung habe das Gericht nicht feststellen

können. Des Weiteren ergebe sich die Besorgnis der Befangenheit auch nicht aus der bloßen Teilnahme an Terminen mit Ministern oder als Behördenvertreter etwa auf dem Mobilfunkgipfel.

Die Besorgnis der Befangenheit folge aber aus der „rege[n] Kommunikation in Form von Telefonaten, E-Mail-Verkehr und persönlichen Treffen“, die zwischen der Bundesnetzagentur und dem BMVI zwischen Januar und November 2018 erfolgt sei und bei der das BMVI massiven Druck aufgebaut habe, um den Verfahrensablauf und Entscheidungsinhalte zu beeinflussen. Die Ausübung politischen Drucks durch das BMVI sieht das Gericht dabei insbesondere durch in den Akten des BMVI enthaltene Sprechzettel dokumentiert. Mit diesem politischen Druck sei sodann jedenfalls im vorliegenden Fall seitens der Bundesnetzagentur nicht ausreichend umgegangen worden, um eine transparente Verfahrensgestaltung zu gewährleisten. Die Kommunikation mit dem BMVI sei unzureichend dokumentiert und darüber hinaus die politischen Forderungen des BMVI den beteiligten Kreisen gegenüber nicht offengelegt worden. Das BMVI sei von der Bundesnetzagentur anders als die übrigen Verfahrensbeteiligten behandelt worden, da es aufgrund des steten Austauschs auf Leitungs- und Arbeitsebene einen privilegierten Zugang zu Arbeitspapieren und Entscheidungsentwürfen gehabt habe. Insoweit sei es auch unzureichend, dass die Positionen aus dem ministeriellen Raum allgemein bekannt waren, da der Zweck des Konsultationsverfahrens über die bloße Information auch die Schaffung von Transparenz und die Demonstration von Verfahrenshoheit umfasse.

Darüber hinaus sei das Gericht überzeugt, dass die Präsidentenkammer dem politischen Druck einzeln nachgegeben habe, nämlich in Bezug auf

- die terminliche Gestaltung des Verfahrens (Änderung des ursprünglichen Zeitplans und Verschiebung eines Termins unter Rücksichtnahme auf die Vorstellungen des BMVI zum Mobilfunkgipfel),
- die Überarbeitung der „Ersten Erwägungen zu den Vergabebedingungen und Auktionsregeln“ und
- die Zahlungsmodalitäten (Einräumung eines Zahlungsziels von 65 Tagen zur Ermöglichung von auf dem Mobilfunkgipfel zwischen MNO's und BMVI getroffenen Absprachen).

In der Gesamtschau habe sich hieraus der Eindruck eines sachwidrigen „Nebenverfahrens“ ergeben müssen. Aus der Sicht eines vernünftig und besonnen denkenden Beteiligten sei es nicht erklärlich, weshalb die Präsidentenkammer trotz ihrer – von den Zeugen auch immer wieder betonten – Unabhängigkeit dem BMVI wiederholt Möglichkeiten der Einflussnahme eröffnet habe.

Das Gericht müsse überdies nicht entscheiden, ob der „böse Schein“ einer politischen Einflussnahme im konkreten Fall durch ein aktives Gegenwirken der Präsidentenkammer hätte vermieden werden können, da die Bundesnetzagentur keine hinreichende Strategie im Umgang mit der fordernden Haltung des BMVI gehabt habe. Der „böse Schein“ beziehe sich jedenfalls schon aufgrund der komplexen Gesamtabwägung auf die gesamte Präsidentenkammerentscheidung. Da ein solcher „böser Schein“ ausreiche, habe das Gericht auch nicht aufklären müssen, ob auf dem Mobil-

funkgipfel ein „Deal“ zulasten der Diensteanbieter geschlossen wurde und ob die Präsidentenkammer hinsichtlich der Diensteanbieterregelung tatsächlich politisch beeinflusst worden sei. Der „böse Schein“ werde jedenfalls dadurch gestützt, dass die Bundesnetzagentur im Laufe des Vergabeverfahrens ihre Auffassung zu den Diensteanbietern geändert habe, ohne die Gründe hierfür plausibel zu machen.

2) **Zweitens** sei die Präsidentenkammerentscheidung auch wegen eines **Verstoßes gegen die unionsrechtlich garantierte Unabhängigkeit** der Bundesnetzagentur rechtswidrig.

Vorliegend habe das Gericht zwar nicht feststellen können, dass der BNetzA bzw. der Präsidentenkammer eine Weisung oder andere Aufsichtsmaßnahme erteilt worden sei. Ihre Unabhängigkeit sei aber dadurch verletzt worden, dass sie die ministeriellen Einflussnahmeversuche des BMVI nicht ausreichend unterbunden habe. Insoweit verweist das VG Köln auf seine bereits im Zusammenhang mit der Befangenheitsbesorgnis geäußerte Einschätzung, dass während des Vergabeverfahrens ein reger Austausch zwischen Bundesnetzagentur und BMVI erfolgt sei, der dem BMVI die Möglichkeit einer massiven Einflussnahme eröffnet habe, wobei der behördeninterne Umgang mit diesem politischen Druck intransparent und vereinzelt nachgebend gewesen sei. Dies lasse sich auch nicht mit der als solcher auch im Falle von Ministeriumsvertretern nicht per se unzulässigen Wahrnehmung diskursiver Beteiligungsrechte rechtfertigen, da diese in einem institutionalisierten Rahmen hätte erfolgen müssen. Das Gericht teile zwar insoweit die Auffassung der BNetzA, dass eine Verletzung des unionsrechtlichen Unabhängigkeitsgebots nicht allein auf äußere Einflussnahmen gestützt werden könne. Vorliegend habe die Präsidentenkammer aber, wie im Zusammenhang mit der Befangenheitssorge ausgeführt, dem Druck vereinzelt nachgegeben. Für das Frequenzvergabeverfahren sei die Bundesnetzagentur die allein zuständige Behörde. Eine „doppelte“ Verfahrenszuständigkeit oder ein Selbsteintrittsrecht des aufsichtsführenden Ministeriums kenne das Gesetz nicht.

3) **Drittens** ergebe sich die Rechtswidrigkeit der Präsidentenkammerentscheidung aus einem **Abwägungsdefizit wegen faktischer Vorfestlegung**. Die Präsidentenkammer habe in Bezug auf die Versorgungsaufgaben und die Zahlungsmodalitäten ihren Ausgestaltungsspielraum durch ministerielle Vorgaben faktisch vorgeprägt und dadurch verkürzt.

So habe die Bundesnetzagentur in Bezug auf die Versorgungsaufgaben den „Fünf-Punkte-Plan“ nicht lediglich „abgeheftet“, sondern sich mit dem Ministerium weiter hierzu ausgetauscht und zudem nach seiner Übergabe Forderungen (in Bezug auf die umfassende Versorgung von Landstraßen und hinsichtlich der Vorgabe von Latenzen) aufgegriffen. Es sei nicht plausibel, dass sich die Bundesnetzagentur aus eigenen Erwägungen heraus und frei vom politischen Druck für höhere Versorgungsaufgaben (um-)entschieden haben könnte. Gegen eine freie, sorgfältig abgewogene Entscheidung spreche im Übrigen der zeitliche Druck, unter dem die Präsidentenkammer gestanden habe.

Unabhängig hiervon folge eine faktische Vorfestlegung auch daraus, dass die Begründung der Präsidentenkammerentscheidung an zwei Stellen textuell Bezüge zu politischen Vorgaben herstelle, die keinen anderen Schluss zuließen, als dass politische Vorgaben den Ausgestaltungsspielraum der Präsidentenkammer faktisch vorgeprägt haben. Das folge zum einen aus der Bezugnahme auf die Ziele aus dem Koalitionsvertrag im Zusammenhang mit den Versorgungsaufgaben, der zufolge die Präsidentenkammer den Koalitionsvertrag als Zielvorgabe in ihrer Abwägung berücksichtigt und dadurch ihren Ausgestaltungsspielraum faktisch vorgeprägt habe. Zum anderen bringe die Begründung zur Regelung der Zahlungsmodalitäten eindeutig zum Ausdruck, dass die Gipfelerklärung vom 12. Juli 2018 die Entscheidung der Präsidentenkammer in diesem Bereich faktisch vorweggenommen habe. Anders als die unvermeidliche Einbeziehung des BMF lasse sich die Einbeziehung des BMVI bei der Festlegung der Zahlungsmodalitäten nur mit politischer Einflussnahme zur Durchsetzung der Vereinbarungen des Mobilfunkgipfels erklären. Das BMVI habe die Entscheidung der Präsidentenkammer dadurch beeinflusst, dass es beim Mobilfunkgipfel eine Vereinbarung über Zahlungsmodalitäten für den Zuschlagspreis der anstehenden Frequenzversteigerung geschlossen habe. Zahlungsmodalitäten wie die Fälligkeit der Versteigerungserlöse seien aber Teil der Regulierungsentscheidung und oblägen in ihrer inhaltlichen Bestimmung der Präsidentenkammer.

Diese Abwägungsmängel seien auch nicht unerheblich, da angesichts der komplexen Gesamtabwägung mittelbare Auswirkungen auf andere Regelungsbereiche, einschließlich der Diensteanbieterregelung, nicht ausgeschlossen werden könnten.

4) Als **Rechtsfolge** sei die Präsidentenkammerentscheidung insgesamt aufzuheben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung zu verpflichten. Rechtsgrundlage hierfür sei § 100 Abs. 4 Nr. 4 TKG 2021. Bei der Neubescheidung habe die Bundesnetzagentur die dann aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen. Hierfür bedürfe es zum einen einer aktuellen Beurteilung der Wettbewerbssituation sowie der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Marktes. Zum anderen würden Gesichtspunkte des Wettbewerbs voraussichtlich stärker zu berücksichtigen sein.

Einen weitergehenden Klageantrag, mit welchem die Fortgeltung der Diensteanbieterverpflichtung aus den UMTS-Lizenzen festgestellt werden sollte, lehnte das Gericht im Einklang mit der Argumentation der BNetzA als offensichtlich unbegründet ab.

Die Revision wurde nicht zugelassen, da das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 20. Oktober 2021 (Az. 6 C 8.20) die wesentlichen Rechtsfragen bereits geklärt habe.