



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 6 C 25.05  
VG 1 K 3251/03

Verkündet  
am 13. Dezember 2006  
Jesert  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2006  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hahn,  
Büge, Dr. Graulich und Vormeier

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Es wird eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu folgenden Fragen eingeholt:

Sind die Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste - Wettbewerbsrichtlinie - und die Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juli 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) - Zusammenschaltungsrichtlinie - dahin zu verstehen, dass die nationale Regulierungsbehörde gehindert ist, im Jahr 2003 den Betreiber eines mit einem öffentlichen Telekommunikationsteilnehmernetz zusammengeschalteten Verbindungsnetzes zu verpflichten, an den marktbeherrschenden Betreiber des Teilnehmernetzes einen Beitrag zum Ausgleich des Defizits zu leisten, das

dem Teilnehmernetzbetreiber durch die Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses entsteht?

Bei Bejahung von Frage 1:

Ist die Gemeinschaftswidrigkeit einer solchen Verpflichtung, die einer Bestimmung des innerstaatlichen Rechts entspricht, von dem nationalen Gericht in dem Verfahren über die Genehmigung der Inanspruchnahme des Verbindungsnetzbetreibers zu berücksichtigen?

### G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz und bietet ihren Kunden Betreiber- und Betreibervorauswahldienstleistungen an. Die Beigeladene ist ebenfalls Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes. Die Netze der Klägerin und der Beigeladenen sind aufgrund einer Vereinbarung zusammengeschaltet. Die Beigeladene ist verpflichtet, die Leistung Telekom-B.2 (Ort) zum Zweck der Ermöglichung der Betreiberauswahl und der Betreibervorauswahl zu erbringen, wofür die Klägerin ein genehmigtes Entgelt zu entrichten hat. Bei der Leistung Telekom-B.2 (Ort) handelt es sich um die Zuführungsleistung „Verbindungen mit Ursprung im nationalen Telefonnetz der Telekom zu ICP als Verbindungsnetzbetreiber für Ortsverbindungen“.
- 2 Die Beigeladene beantragte bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, die Genehmigung eines sogenannten Anschlusskostenbeitrags in Höhe von 0,003 €/Verbindungsminute für sämtliche Zusammenschaltungsleistungen. Mit Bescheid vom 29. April 2003 genehmigte die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, die jetzige Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, ab dem 1. Juli 2003 einen Anschlusskostenbeitrag in Höhe von 0,004 €/Verbindungsminute auf die Verbindungsentgelte für die Leistung Telekom-B.2 (Ort). Die Genehmigung erstreckte sich auf sämtliche bis zum 7. Mai 2003 vereinbarten bzw. angeordneten Zusammenschaltungen, soweit die jeweiligen Leistungen in dem

Vertrag oder der jeweiligen Anordnung enthalten sind. Zur Begründung wurde in dem Bescheid im Wesentlichen ausgeführt: Es stehe keine Genehmigung von Entgelten für eine angeordnete Zusammenschaltung i.S.v. § 39 i.V.m. §§ 24, 25 und 27 Abs. 1 Nr. 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (TKG 1996) in Rede. Bei der Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen könnten nur die darauf entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigt werden, nicht aber die sonstigen Kosten, wie etwa diejenigen von Teilnehmeranschlüssen. Über den Anschlusskostenbeitrag könne daher in einem eigenständigen Verfahren entschieden werden. Der Beitrag beruhe auf § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 und erweise sich in der genehmigten Höhe als „angemessen“ im Sinne dieser Bestimmung. Die Angemessenheit setze voraus, dass die Kosten des Teilnehmeranschlusses nicht durch die Erlöse aus dem Teilnehmeranschluss gedeckt seien, dass also ein Anschlusskostendefizit bestehe. Dies sei hier der Fall.

- 3 Die Klägerin hat gegen die Genehmigung des Anschlusskostenbeitrags Klage erhoben.
- 4 Mit Bescheid vom 23. September 2003 hat die Regulierungsbehörde den Bescheid vom 29. April 2003 mit der Begründung aufgehoben, dass aufgrund der zwischenzeitlich genehmigten Erhöhung des Endkundenentgelts für die Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses kein Anschlusskostendefizit mehr bestehe, so dass es eines Beitrags zum Ausgleich eines solchen Defizits nicht mehr bedürfe.
- 5 Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 3. November 2005 den Bescheid der Regulierungsbehörde vom 29. April 2003 aufgehoben und zur Begründung im Wesentlichen dargelegt: Die Klägerin sei klagebefugt, weil die Genehmigung unmittelbar privatrechtsgestaltend in den zwischen der Klägerin und der Beigeladenen bestehenden Zusammenschaltungsvertrag eingreife. Die Klage erweise sich auch als begründet. Die Regulierungsbehörde habe den Anschlusskostenbeitrag als separaten „Zuschlag“ zur Leistung Telekom-B.2 (Ort) nach § 43 Abs. 6 Satz 4 i.V.m. § 39 TKG 1996 genehmigt. Sie habe angenommen, dass keine Entgeltgenehmigung nach § 39 i.V.m. §§ 24, 25 und 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG

1996 in Rede stehe, weil bei einer Entgeltgenehmigung im Zusammenhang mit der Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen nur die darauf entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigt werden könnten, nicht aber sonstige Kosten, wie diejenige von Teilnehmeranschlüssen. Dementsprechend habe die Regulierungsbehörde nicht geprüft, inwieweit die in Rede stehenden Kosten des Teilnehmeranschlusses auf die Leistung Telekom-B.2 (Ort) entfielen und ob es sich insoweit um Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung handele. Sie habe vielmehr das von ihr ermittelte Anschlussdefizit, das der Beigeladenen durch den Wegfall von Erlösen aus Ortsverbindungen entstehe, aufgefangen. Diese Vorgehensweise sei rechtlich nicht haltbar. Nach § 43 Abs. 6 Satz 1 und 2 TKG 1996 habe der Marktbeherrscher u.a. das sogenannte Call-by-call/Preselection im Ortsnetz sicherzustellen. Im Rahmen der Ausgestaltung der zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Netzzusammenschaltung sei nach § 43 Abs. 6 Satz 3 TKG 1996 bei Entscheidungen nach dem dritten, vierten und sechsten Teil des Gesetzes u.a. zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sicherten, nicht entfielen. Gemäß § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 sei „hierbei“ insbesondere sicherzustellen, dass der vom Nutzer ausgewählte Netzbetreiber angemessen an den Kosten des ihm bereitgestellten Teilnehmeranschlusses beteiligt werde. Aus der Verwendung des Begriffs „hierbei“ ergebe sich zwanglos, dass eine Entscheidung über die Erhebung eines etwaigen Anschlusskostenbeitrags nur im Rahmen eines einheitlichen Entgeltgenehmigungsverfahrens nach §§ 39, 24, 25 Abs. 1 und § 27 TKG 1996 ergehen könne, in dem auch eine Überprüfung des zu erhebenden Anschlusskostenbeitrags gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG 1996 zu erfolgen habe. Nicht zu folgen sei der Auffassung, dass nur bei der Festlegung der Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen im engeren Sinne die jeweils darauf entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu berücksichtigen seien, während § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 die Bemessung eines Beitrags zur Kostendeckung bei Teilnehmeranschlüssen in Abweichung von § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 in der Weise ermögliche, dass das gesetzgeberische Ziel, chancengleichen Wettbewerb für alternative Ortsnetzbetreiber zu schaffen, erreicht werden könne. Der Begriff „hierbei“ verweise auf das Regulierungsregime der §§ 39, 24, 25 und 27 TKG 1996. Dadurch sei hinreichend klargestellt, dass es

einen weiteren, von diesen Bestimmungen abweichenden Bemessungsmaßstab für Entgelte nicht geben solle. Soweit sich aus einer Stellungnahme des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates etwas anderes ergebe, habe dies im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden. Aus Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie ergebe sich ebenfalls, dass allein der Maßstab der Kostenorientierung für die Bemessung von Zusammenschaltungsentgelten maßgeblich sei. Für die Berücksichtigung weiterer Ziele wie dasjenige der Schaffung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen sei bei der Ermittlung der Entgelthöhe kein Raum. Dass durch diese Auslegung § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 leerlaufe, beruhe auf dem Anwendungsvorrang des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Dem stehe nicht die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur sogenannten horizontalen Drittwirkung von Gemeinschaftsrecht entgegen. Danach könne sich der Einzelne nicht gegenüber einem Mitgliedstaat auf eine Richtlinie berufen, wenn es sich um eine Verpflichtung des Staates handle, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung einer anderen Verpflichtung stehe, die aufgrund dieser Richtlinie einem Dritten obliege. Bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter würden es nicht rechtfertigen, dem Einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmung einer Richtlinie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen. Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie begründe nicht unmittelbar eine Verpflichtung der Beigeladenen, sondern der nationalen Regulierungsbehörde, die dafür zu sorgen habe, dass Zusammenschaltungsentgelte den tatsächlichen Kosten entsprächen. Der Nachteil, den die Beigeladene bei Aufhebung der angefochtenen Genehmigung erleide, entstehe nicht unmittelbar aus der Richtlinie selbst, sondern ergebe sich daraus, dass die nationale Behörde die Richtlinie befolge. Aus den Empfehlungen der Kommission zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt vom 8. Januar und 8. April 1978 ergebe sich nicht die Zulässigkeit des streitigen Anschlusskostenbeitrags.

- 6 Die Beklagte und die Beigeladene haben die vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Sie beantragen,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 3. November 2005 zu ändern und die Klage abzuweisen.

- 7 Die Beklagte führt zur Begründung im Wesentlichen aus: Das Urteil beruhe auf einem Verfahrensfehler, weil es nicht mit Gründen i.S.v. § 138 Nr. 6 VwGO versehen sei. Das Urteil erweise sich auch in materieller Hinsicht als fehlerhaft. Bei dem Anschlusskostenbeitrag handele es sich um ein Entgelt zur Deckung der Kosten des Teilnehmeranschlusses, hinsichtlich derer die Beigeladene zum Zeitpunkt der Genehmigung ein Defizit erwirtschaftete. Als Bestandteil der Zusammenschaltungsentgelte seien die Kosten des Anschlusskostendefizits nicht berücksichtigungsfähig, weil es sich bei den Anschlusskosten weder um Kosten der effizienten Bereitstellung der Zusammenschaltungsleistung noch um „neutrale Aufwendungen“ handele. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass es sich bei dem Anschlusskostenbeitrag um einen Bestandteil des Zusammenschaltungsentgelts handele, verkenne die Rechtsnatur dieses Beitrags, wie sie sich aus Wortlaut, Systematik und der durch die Entstehungsgeschichte geprägten Zielsetzung des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 ergebe, den vom Nutzer ausgewählten Netzbetreiber an den Kosten des dem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlusses zu beteiligen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts folge aus Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie nicht, dass der am Anschlusskostendefizit ausgerichtete Anschlusskostenbeitrag nicht erhoben werden dürfe. Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie beziehe sich auf die Gebühr für die Zusammenschaltung. Über die Festlegung von Entgelten, die nicht für die Zusammenschaltung entrichtet würden, sondern der Abdeckung anderer Kosten - wie etwa der Kosten der Teilnehmeranschlussleitung - dienten, sei damit nichts ausgesagt. Davon abgesehen gestatte Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie auch die Berücksichtigung anderer Gesichtspunkte als denjenigen der Kostenorientierung. Das Verwaltungsgericht gehe fehl in der Annahme, dass Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie unmittelbar anwendbar sei. Eine unmittelbare Anwendung des Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie scheidet auch deshalb aus, weil es dadurch zu einer Belastung der Beigeladenen käme, die dem Verbot horizontaler Drittwirkung von Richtlinien zuwiderliefe. Art. 4c Abs. 3 der Wettbewerbsrichtlinie sei nicht einschlägig.

8 Die Beigeladene trägt im Wesentlichen vor: Das Verwaltungsgericht habe § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 verletzt. Die Bestimmung schreibe zwingend vor, dass der vom Nutzer ausgewählte Netzbetreiber angemessen an den Kosten des dem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlusses beteiligt werde. Das „Ob“ dieser Beteiligung stehe nicht zur Disposition. Die Auslegung des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 durch das Verwaltungsgericht führe zwangsläufig dazu, dass die Regelung leer laufe. Das Verwaltungsgericht gehe davon aus, dass eine Entscheidung über die Erhebung des Anschlusskostenbeitrags nur im Rahmen eines einheitlichen Entgeltgenehmigungsverfahrens nach den §§ 39, 24, 25 Abs. 1 und § 27 TKG 1996 ergehen könne, in dem auch der Anschlusskostenbeitrag nur zugelassen werden dürfe, wenn er den Maßstäben der §§ 27 Abs. 1 Nr. 1 und 24 TKG 1996 entspreche. Träfe die Auffassung zu, hätte es der Einführung des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 nicht bedurft. Sinn und Zweck der Bestimmung sei es, die Beklagte zu verpflichten, bei der Festsetzung der Entgelte für die Netzzusammenschaltung die Kosten der dem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlüsse in einer aus Sicht der Beklagten angemessenen Höhe zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber sei also der Auffassung gewesen, dass dies einer ausdrücklichen Erwähnung bedürfe und sich nicht bereits aus den §§ 24 und 27 TKG 1996 ergebe. Das Tatbestandsmerkmal „hierbei“ in § 46 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 hindere die Beklagte nicht, den Anschlusskostenbeitrag als separaten Zuschlag zur Entgeltgenehmigung für die Zusammenschaltungsleistung festzusetzen. Der Begriff „hierbei“ sei nicht allein auf Entscheidungen nach dem vierten Teil des Telekommunikationsgesetzes - namentlich nicht auf Entgeltgenehmigungsverfahren - beschränkt. Er beziehe sich auf die in § 43 Abs. 6 Satz 3 TKG 1996 vorgeschriebene Verpflichtung, im Rahmen der Ausgestaltung der zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Netzzusammenschaltung bei Entscheidungen nach dem dritten, vierten und sechsten Teil dieses Gesetzes zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern würden, nicht entfielen. Die Gewährleistungspflicht erstrecke sich daher unmittelbar auf alle Entscheidungen nach dem dritten, vierten und sechsten Teil des Telekommunikationsgesetzes 1996. Selbst wenn man mit dem Verwaltungsgericht die Festsetzung des Anschlusskostenbeitrags nur im Rahmen des Genehmigungsverfahrens über die Zusammenschaltungsentgelte für zulässig



halten sollte, müsste sich der Regelungsbefehl des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 durchsetzen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, den vom Nutzer ausgewählten Netzbetreiber angemessen an den Kosten des dem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlusses zu beteiligen, könne nur als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens gewertet werden, in Abweichung von den Grundsätzen der §§ 39, 24, 25 Abs. 1 und § 27 TKG 1996 im Zusammenhang mit dem Anschlusskostenbeitrag auch die Kosten des Teilnehmeranschlusses als Teil der genehmigungsfähigen Kosten der Zusammenschaltung anzusehen. Aus der Gesetzgebungsgeschichte ergebe sich eindeutig, dass es der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, die Verbindungsnetzbetreiber im Interesse der Sicherstellung von Anreizen für Investitionen hinsichtlich der Infrastruktur an den Kosten des Teilnehmeranschlusses zu beteiligen. Dies habe das Verwaltungsgericht verkannt. Die Nichtanwendung des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 durch das Verwaltungsgericht verstoße gegen das Gebot der Gesetzesbindung der Gerichte. Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie stehe bereits seinem Inhalt nach der Festlegung eines Anschlusskostenbeitrags nicht entgegen. Jedenfalls widerspreche die vom Verwaltungsgericht angenommene Direktwirkung der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, nach der die unmittelbare Anwendung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien den Pflichtenkreis von Unternehmen, hier der Beigeladenen, nicht erweitern dürfe. Schließlich würden auch die Empfehlungen der Kommission zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt die Aufhebung des streitigen Beschlusses nicht rechtfertigen. Die Kommissionsempfehlungen seien unverbindlich. Davon abgesehen könne den Empfehlungen auch kein Verbot der Erhebung eines Anschlusskostenbeitrags entnommen werden. Art. 4c Abs. 3 der Wettbewerbsrichtlinie sei nicht einschlägig.

9 Die Klägerin beantragt,

die Revisionen der Beklagten und der Beigeladenen zurückzuweisen.

10 Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II

- 11 Der Rechtsstreit ist auszusetzen, weil in dem schwebenden Verfahren vorab von dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine Entscheidung über die Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts einzuholen ist (Art. 234 Abs. 1 Buchst. a i.V.m. Abs. 3 EG). Die gegen den Bescheid vom 29. April 2003 gerichtete Klage ist zulässig (1.), und das Verwaltungsgericht hat über sie ohne Verfahrensmangel entschieden (2.). Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts war die Regulierungsbehörde nach nationalem Recht berechtigt, der Klägerin neben den genehmigten Entgelten für die Zuführungsleistungen der Beigeladenen mittels eines gesonderten Bescheids weitere finanzielle Leistungen an die Beigeladene mit der in dem Bescheid angegebenen Zweckbestimmung („Anschlusskostenbeitrag“) aufzuerlegen (3.). Der Senat kann jedoch ohne Einholung einer Vorabentscheidung nicht feststellen, ob das nationale Recht insoweit mit Europäischem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht (4.).
- 12 1. Die gegen den Bescheid vom 29. April 2003 gerichtete Anfechtungsklage begegnet keinen Zulässigkeitsbedenken.
- 13 Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Klägerin i.S.v. § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann, durch den angefochtenen Bescheid in ihren Rechten verletzt zu sein. Das ist hier der Fall, weil die streitige Genehmigung das zwischen der Klägerin und der Beigeladenen bestehende privatrechtliche Vertragsverhältnis unmittelbar gestaltete und deshalb das vom Grundgesetz auch gewährleistete Recht verletzen kann, den Inhalt von vertraglichen Vereinbarungen mit der Gegenseite frei von staatlicher Bindung auszuhandeln (vgl. Urteile vom 21. Dezember 1995 - BVerwG 3 C 34.94 - BVerwGE 100, 230 <233 f.> = Buchholz 451.73 § 19 BPfIV Nr. 1 S. 3 und vom 10. Oktober 2002 - BVerwG 6 C 8.01 - BVerwGE 117, 93 <95 f.> = Buchholz 442.066 § 30 TKG Nr. 1 S. 3 f.). Nach dem sich durch Auslegung zu erschließenden Regelungsgehalt des Bescheids vom 29. April 2003 wird die Klägerin im Rahmen des zwischen ihr und der Beigeladenen bestehenden privatrechtlichen Zusammenschaltungsverhältnisses verpflichtet, an die Beigeladene den ge-

nehmigten Beitrag zu leisten. Verwaltungsakte unterliegen nach der - allerdings nicht einheitlichen - Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der selbstständigen Auslegung durch das Revisionsgericht (vgl. Urteile vom 9. Juni 1983 - BVerwG 2 C 34.80 - BVerwGE 67, 222 <234> = Buchholz 238.5 § 26 DRiG Nr. 1 S. 9, vom 23. Mai 1984 - BVerwG 2 C 41.81 - Buchholz 316 § 51 VwVfG Nr. 14 S. 10 m.w.N. und vom 16. November 1999 - BVerwG 9 C 4.99 - BVerwGE 110, 74 <78> = Buchholz 402.25 § 1 AsylVfG Nr. 219 S. 22). Auch wenn angenommen wird, dass die Feststellung des konkreten Inhalts von Verwaltungsakten als Tatsachenfeststellung i.S.d. § 137 Abs. 2 VwGO vom Revisionsgericht grundsätzlich nur eingeschränkt überprüft werden kann, ist dem Revisionsgericht eine eigene Auslegung jedenfalls dann möglich, wenn das Tatsachengericht in seiner Entscheidung insoweit nichts Näheres ausgeführt und insbesondere seine Entscheidung insoweit nicht näher begründet hat (vgl. Urteil vom 26. Juli 2006 - BVerwG 6 C 20.05 - UA Rn. 79 m.w.N.). Das Verwaltungsgericht hat in dem angefochtenen Urteil keine Auslegung des streitigen Bescheids mit Blick auf die Frage vorgenommen, ob dieser die Klägerin zur Leistung des genehmigten Beitrags an die Beigeladene verpflichtet, so dass der Senat insoweit zu einer eigenen Auslegung befugt ist.

- 14 Nach Nummer 1 des Tenors des streitigen Bescheids hat die Regulierungsbehörde den Betrag als Aufschlag auf die vorläufig oder endgültig genehmigten Entgelte für die Zuführungsleistung Telekom-B.2 (Ort) genehmigt. Aus der zur Auslegung dieser Regelung heranzuziehenden Begründung des Bescheids ergibt sich, dass der genehmigte Beitrag unmittelbar mit dem genehmigten Entgelt für die Zuführungsleistung verknüpft ist und dessen regulatorischen Status teilt (vgl. S. 13 des Bescheids). Die Klägerin ist verpflichtet, für die Erbringung der Leistung Telekom-B.2 (Ort) an die Beigeladene das genehmigte Verbindungsentgelt zu entrichten. Durch die Verknüpfung und die Gleichstellung des genehmigten Beitrags in regulatorischer Hinsicht mit dem genehmigten Verbindungsentgelt hat die Regulierungsbehörde zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin - ebenso wie das mit Blick auf das genehmigte Verbindungsentgelt der Fall ist - zur Zahlung des genehmigten Beitrags an die Beigeladene verpflichtet ist. Dies ist Bestandteil des Regelungsgehalts des Bescheids, so dass dieser

unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung mit der Folge entfaltet, dass die Klägerin geltend machen kann, in ihren Rechten verletzt zu sein.

- 15 Das allgemeine Rechtsschutzinteresse für die Klage gegen den Bescheid vom 29. April 2003 ist nicht dadurch entfallen, dass dieser Verwaltungsakt mit Bescheid vom 23. September 2003 widerrufen wurde. Der Widerruf wurde mit Wirkung vom 1. September 2003 verfügt. Für den Zeitraum davor entfaltet der Genehmigungsbescheid für die Klägerin weiterhin belastende Wirkung, weil er sich als Rechtsgrund für das Behaltendürfen des auf der Grundlage der Genehmigung geleisteten Geldbetrags durch die Beigeladene erweist (vgl. Beschluss vom 30. August 2006 - BVerwG 6 C 17.05 - UA Rn. 12).
- 16 2. Entgegen der Auffassung der Beklagten beruht das Urteil des Verwaltungsgerichts nicht deshalb auf einem Verfahrensmangel, weil das Verwaltungsgericht seine Annahme, für den streitigen Beitrag seien die Bestimmungen über die Zusammenschaltungsentgelte im engeren Sinne einschlägig, unter Verstoß gegen § 138 Nr. 6 VwGO nicht begründet hätte.
- 17 Eine Entscheidung ist dann nicht mit Gründen i.S.v. § 138 Nr. 6 VwGO versehen, wenn - was hier ausscheidet - der Urteilsformel überhaupt keine Gründe beigegeben sind. Das Urteil ist auch dann nicht mit Gründen versehen, wenn die Begründung nicht erkennen lässt, welche Überlegungen für die Entscheidung maßgeblich gewesen sind, weil die angeführten Gründe rational nicht nachvollziehbar, sachlich inhaltslos oder sonst wie völlig unzureichend sind (vgl. Urteil vom 28. November 2002 - BVerwG 2 C 25.01 - Buchholz 310 § 138 Ziff. 6 Nr. 41 S. 6 f. m.w.N.). Daran gemessen ist ein Verstoß i.S.v. § 138 Nr. 6 VwGO nicht ersichtlich. Das Verwaltungsgericht hat aus dem Wortlaut des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996, insbesondere dem darin verwendeten Wort „hierbei“, gefolgert, dass über den streitigen Beitrag nach den für Zusammenschaltungsentgelte i.S.v. § 39 TKG 1996 geltenden Maßstäben in einem einheitlichen Verfahren zu entscheiden gewesen sei; da dies nicht geschehen sei, sei der Bescheid vom 29. April 2003 rechtswidrig. Ein Begründungsmangel, der dem Fehlen jeglicher Begründung gleichsteht, liegt darin nicht.

- 18 3. Das vom Verwaltungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Verständnis des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 trifft nicht zu. Die Auslegung der Vorschrift nach den herkömmlichen Kriterien ergibt, dass es sich bei der dort vorgesehenen Leistung um eine von einem Zusammenschaltungsentgelt im engeren Sinne zu trennende weitere Leistung handelt, die dem Ausgleich eines Defizits dient, welches bei dem begünstigten Telekommunikationsleistungsunternehmen dadurch entsteht, dass die von ihm erhobenen Endkundenentgelte für die Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses nicht die mit dieser Leistung verbundenen Kosten decken (sogenanntes Anschlusskostendefizit).
- 19 Rechtsgrundlage für den umstrittenen Kostenbeitrag ist § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996. Die Bestimmung ist eingebunden in den Regelungszusammenhang der vorangehenden Sätze des § 43 Abs. 6 TKG 1996. Nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG 1996 haben Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, nach näher festgelegten Maßgaben sicherzustellen, dass jeder Nutzer die Möglichkeit hat, vermittelte Telekommunikationsdienstleistungen aller unmittelbar zusammengeschalteten Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen auszuwählen, und zwar sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren durch Wählen einer Kennzahl als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Nutzer soll dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen können (§ 43 Abs. 6 Satz 2 TKG 1996). Im Rahmen der Ausgestaltung der zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Netzzusammenschaltung ist bei Entscheidungen nach dem dritten, vierten und sechsten Teil dieses Gesetzes zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, nicht entfallen und dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch ortsnahe Zuführung erfolgt (§ 43 Abs. 6 Satz 3 TKG 1996). Insbesondere ist hierbei sicherzustellen, dass der vom Nutzer ausgewählte Netzbetreiber angemessen an den Kosten des dem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlusses beteiligt wird (§ 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996).

- 20 a) Der Wortlaut des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 konkretisiert in mehrfacher Hinsicht den Inhalt der Bestimmung. Er enthält den Hinweis, dass die dort vorgesehene Kostenbeteiligung nicht als Zusammenschaltungsentgelt i.S.d. § 39 TKG 1996 zu behandeln ist.
- 21 Aus der grammatikalischen Fassung folgt, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen die Beteiligung an den Kosten des bereitgestellten Teilnehmeranschlusses zwingend ist („ist ... sicherzustellen“). Zweifelsfrei ist mit Blick auf den Wortlaut auch, dass Adressat der Verpflichtung zur Kostenbeteiligung der Verbindungnetzbetreiber ist, der im Wege der Betreiberauswahl oder Betreibervorauswahl von dem Nutzer ausgewählt worden ist. Die Beteiligung betrifft die Kosten des diesem Nutzer bereitgestellten Teilnehmeranschlusses. Die Bereitstellung erfolgt von demjenigen marktbeherrschenden Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG 1996 verpflichtet ist, die Möglichkeit zu eröffnen, im Wege der Betreiberauswahl oder der Betreibervorauswahl Telekommunikationsdienstleistungen aller unmittelbar zusammengeschalteten Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen auszuwählen. Mithin ist Begünstigter der Pflicht zur Kostenbeteiligung dieser Teilnehmernetzbetreiber.
- 22 Der Wortsinn des Begriffs „beteiligt“ weist in die Richtung, dass die Bestimmung das Bestehen eines Anschlusskostendefizits bei dem begünstigten Netzbetreiber voraussetzt. „Beteiligung“ an den Kosten meint, dass der ausgewählte Verbindungnetzbetreiber einen Anteil der Kosten des bereitgestellten Teilnehmeranschlusses übernimmt. Eine solche Beteiligung setzt aus grammatikalischer Sicht voraus, dass die Kosten des Teilnehmeranschlusses nicht bereits anderweitig gedeckt sind. Anderenfalls handelte es sich nicht um eine „Beteiligung“ an den Kosten, sondern um eine von diesen Kosten unabhängige finanzielle Begünstigung des marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreibers. Mithin ist dem Wortlaut der Hinweis zu entnehmen, dass die Bestimmung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal voraussetzt, dass die Kosten für die Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses höher sind als die für die Bereitstellung vom Teilnehmer erlangten Entgelte. Weist der Wortlaut in die Richtung, dass § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 das Vorliegen eines solchen Anschlusskostende-

fizits bei dem in Rede stehenden Teilnehmernetzbetreiber voraussetzt, ist dies zugleich ein gewichtiger Hinweis darauf, dass es sich bei der von dem betroffenen Verbindungsnetzbetreiber zu erbringenden Leistung nicht um ein Zusammenschaltungsentgelt im engeren Sinne nach § 39 TKG 1996 handelt. Das Zusammenschaltungsentgelt im engeren Sinne ist eine Gegenleistung für die im Rahmen des Zusammenschaltungsverhältnisses von dem Zusammenschaltungspartner erbrachten Leistungen, insbesondere für die Zuführung der Gespräche in das Netz des Verbindungsnetzbetreibers. Stellt sich die Kostenbeteiligung i.S.d. § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 als Ausgleich für ein Anschlusskostendefizit dar, kann sie nicht als eine Gegenleistung für eine Leistung des Teilnehmernetzbetreibers an den Adressaten der Kostenbeteiligungspflicht angesehen werden.

- 23 b) Auch die systematische Auslegung spricht dagegen, dass es sich bei der in § 46 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 vorgesehenen Leistung um einen Bestandteil eines Zusammenschaltungsentgelts i.S.v. § 39 TKG 1996 handelt.
- 24 Die systematische Auslegung des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 wird maßgeblich gesteuert von der in dem Wortlaut der Bestimmung angelegten Bezugnahme auf den vorangehenden Satz. Die Wörter „insbesondere“ und „hierbei“ verknüpfen das Sicherstellungsgebot des Satzes 4 mit dem Gewährleistungsgebot des Satzes 3. Durch diese Verknüpfung wird zum Ausdruck gebracht, dass die Kostenbeteiligung des Satzes 4 ein Instrument ist, um dem Gebot des vorangehenden Satzes Rechnung zu tragen, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen effizienten Wettbewerb sichern, nicht entfallen und dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch ortsnahe Zuführung erfolgt. Handelt es sich bei der Kostenbeteiligung nach § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 um ein der Durchsetzung des Gebots des vorangehenden Satzes dienendes Instrument, kann die zu erbringende Leistung nicht als Zusammenschaltungsentgelt im engeren Sinne angesehen werden. Es fehlt ihr der einem solchen Entgelt eigene Gegenleistungscharakter.

- 25 Nichts anderes folgt daraus, dass das von § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 in Bezug genommene Gewährleistungsgebot im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Netzzusammenschaltung steht, die erforderlich ist, um dem Nutzer die Auswahl von Telekommunikationsdienstleistungen aller unmittelbar zusammengeschalteten Betreiber im Wege der Betreiberauswahl oder der Betreiber vorauswahl zu ermöglichen. Dieser Zusammenhang rechtfertigt nur die Annahme, dass die Kostenbeteiligung im Zusammenhang mit der Netzzusammenschaltung steht, nicht aber, dass sie nach den für Zusammenschaltungsentgelte im engeren Sinne anzuwendenden Bestimmungen erfolgt.
- 26 Für das Vorliegen eines Zusammenschaltungsentgelts im engeren Sinne spricht nicht, dass das Gewährleistungsgebot des § 43 Abs. 6 Satz 3 TKG 1996 bei Entscheidungen nach dem dritten, vierten und sechsten Teil des Telekommunikationsgesetzes 1996 zu beachten ist und § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 den vorangehenden Satz auch insoweit in Bezug nimmt. Damit besteht auch ein Zusammenhang zwischen der Genehmigung der Zusammenschaltungsentgelte nach § 39 TKG 1996, der seinen Standort im dritten Teil des Gesetzes hat, und der Pflicht zur Kostenbeteiligung. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ergibt sich daraus aber nicht, dass die zu erbringende Leistung dem Regulierungsregime für Zusammenschaltungsentgelte im engeren Sinne unterfällt. Dem Verwaltungsgericht ist schon deshalb nicht zuzustimmen, weil § 43 Abs. 6 Satz 3 TKG 1996 eine Reihe unterschiedlicher Entscheidungen in Bezug nimmt, nicht nur diejenige der Entgeltgenehmigung nach § 39 TKG 1996. Mithin wird durch die Bezugnahme des Satzes 4 auf den Satz 3 nicht nur ein Zusammenhang mit der Genehmigung der Zusammenschaltungsentgelte hergestellt, sondern z.B. auch mit der Zusammenschaltungsanordnung, die ihre normative Grundlage in § 37 TKG 1996 und damit im vierten Teil des Gesetzes hat. Ist die Beteiligung an den Kosten auch im Zusammenhang mit anderen Entscheidungen als der Genehmigung des Zusammenschaltungsentgelts sicherzustellen, kann aus dem in Rede stehenden systematischen Zusammenhang nicht der Schluss gezogen werden, dass die Kostenbeteiligung nach Maßgabe der für Zusammenschaltungsentgelte im engeren Sinne geltenden Bestimmungen zu erfolgen hat. Der Begriff „hierbei“ in § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 steht dem nicht entgegen. Dieses Tatbestandsmerkmal bewirkt - wie



ausgeführt - neben dem Wort „insbesondere“ die Verknüpfung des vierten Satzes mit Satz 3 und stellt damit den dargestellten systematischen Zusammenhang zwischen beiden Sätzen dar. Daraus, dass aufgrund dieser Systematik § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 auch die im vorangehenden Satz genannten Entscheidungen in Bezug nimmt, ergibt sich aber - wie dargestellt - nicht, dass die Kostenbeteiligung als ein Zusammenschaltungsentgelt im engeren Sinne zu behandeln ist.

- 27 Dafür, dass die Kostenbeteiligung nach § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 nicht im Rahmen der Genehmigung des Zusammenschaltungsentgelts i.S.v. § 39 TKG 1996 nach den für solche Entgelte einschlägigen Maßstäben erfolgt, streitet aus Gründen der Systematik auch, dass sich der Maßstab für die Bemessung der Kostenbeteiligung nach § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 von demjenigen für die Genehmigung des Zusammenschaltungsentgelts im engeren Sinne unterscheidet. Nach § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 ist der Verbindungsnetzbetreiber „angemessen“ an den Kosten des Teilnehmernetzes zu beteiligen. Damit wird auf Gesichtspunkte der Billigkeit und der Zumutbarkeit Bezug genommen. Demgegenüber kommt es - wie bereits erwähnt - für die Genehmigung des Zusammenschaltungsentgelts nach § 39 i.V.m. § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 darauf an, ob sich das Entgelt an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert. Nach § 3 Abs. 2 der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) vom 1. Oktober 1996 (BGBl I S. 1492) ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Unterscheidet sich der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung von demjenigen, der bei der Bemessung der Kostenbeteiligung nach § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 anzulegen ist, spricht dies deutlich dafür, dass die in Rede stehende Kostenbeteiligung nicht dem inhaltlichen Entgeltregulierungsregime des § 39 TKG 1996 unterfällt.

- 28 c) Der sich insbesondere aus der Gesetzgebungsgeschichte ergebende Zweck des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 bestätigt, dass die Bestimmung ein Anschlusskostendefizit auf Seiten des begünstigten Teilnehmernetzbetreibers voraussetzt und dass die Kostenbeteiligung und deren Festlegung durch die Regulierungsbehörde nicht nach den für die Genehmigung der Zusammenschaltungsentgelte im engeren Sinne maßgeblichen Grundsätzen erfolgen.
- 29 § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 wurde durch das Erste Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes vom 21. Oktober 2002 (BGBl I S. 4186) eingefügt. Die Bestimmung war in der im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehenen Neufassung des § 43 Abs. 6 TKG 1996 nicht enthalten (BTDrucks 14/9194 S. 5). Im Rahmen seiner im Verfahren nach Art. 76 Abs. 2 GG abgegebenen Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf (BRDrucks 333/02 <Beschluss> S. 1 f.) wies der Bundesrat darauf hin, dass mit der Einführung der Betreiber Auswahl und der Betreiber vorauswahl im Ortsnetz unter Umständen Wettbewerber benachteiligt würden, die bereits in eigene Infrastruktureinrichtungen investiert hätten bzw. dieses für die Zukunft planen würden. Die Bundesregierung werde daher aufgefordert, entsprechende Anreize für Infrastruktureinrichtungen mittels eines Entgeltkonzeptes in der Weise zu schaffen, dass das bestehende Entgeltregulierungsregime ergänzt werde. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren beschloss der Bundesrat, dem Gesetz nicht zuzustimmen. Die Zustimmungsversagung war zuvor im Plenum des Bundesrates von dem Ministerpräsidenten Clement insbesondere mit der Erwägung beantragt worden, dass nicht nur die Beigeladene, sondern insbesondere auch kleine regionale und lokale Telekommunikationsnetzbetreiber, die in eigene Teilnehmernetze investiert hätten, durch die Einführung der Betreiber Auswahl und der Betreiber vorauswahl einen Nachteil erleiden würden (vgl. BRPlenProt 780 S. 451). § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 entspricht der Empfehlung des von der Bundesregierung angerufenen Vermittlungsausschusses (BRDrucks 721/02).
- 30 Der Gesetzgebungsgeschichte ist bei Berücksichtigung des bisherigen Auslegungsergebnisses zu entnehmen, dass die Bestimmung den Zweck verfolgt, der mit der Einführung der Betreiber Auswahl und der Betreiber vorauswahl einhergehenden Problematik zu begegnen, dass die Verbindungsnetzbetreiber für

ihr Geschäftsmodell die bestehenden Teilnehmernetze in Anspruch nehmen, ohne sich an den Kosten der Errichtung und Erhaltung dieser Netze zu beteiligen. Dabei ging der Gesetzgeber erkennbar davon aus, dass bei dem zur Sicherstellung der Auswahl aller unmittelbar zusammengeschalteten Netzbetreiber verpflichteten marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber ein Anschlusskostendefizit bestand.

- 31 Wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert, konnte dieser sein Anschlusskostendefizit durch die teilweise Inanspruchnahme der für seine Verbindungsleistungen erhobenen Endkundenentgelte im Wege der Quersubventionierung ausgleichen. Diese Möglichkeit wurde durch die Einführung der Betreiber Auswahl und der Betreiber vorauswahl gefährdet, weil es nahelag, dass die im Wege der Betreiber Auswahl oder der Betreiber vorauswahl in Anspruch genommenen Verbindungsnetzbetreiber Leistungen erbringen würden, die anderenfalls von dem marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber erbracht wurden. Vor diesem Hintergrund verfolgt die Kostenbeteiligungspflicht des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 das Ziel, den Ausgleich des Anschlusskostendefizits weiterhin zu ermöglichen. Dem von der Kostenbeteiligungspflicht unmittelbar begünstigten marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber sollte ein Ausgleich für Verbindungsentgelte gewährt werden, die ihm dadurch entgingen, dass die Nutzer statt seiner einen (anderen) Verbindungsnetzbetreiber in Anspruch nahmen. Damit wurden zugleich auch die sogenannten alternativen Teilnehmernetzbetreiber, die in Netze investiert hatten, ohne marktbeherrschend zu sein, mittelbar begünstigt. Denn die Erhebung eines Anschlusskostenbeitrags bei den ausgewählten Verbindungsnetzbetreibern musste von diesen in die Kalkulation der Endkundenentgelte für ihre Verbindungsleistungen einbezogen werden, so dass ein entsprechend höheres allgemeines Preisniveau für derartige Leistungen zu erwarten war und auch die alternativen Teilnehmernetzbetreiber für ihre Verbindungsleistungen voraussichtlich höhere Preise am Markt zu erzielen vermochten. Damit hatten sie die Möglichkeit, ein etwaiges, wegen des Wettbewerbs mit dem marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber bei ihnen gleichfalls bestehendes Anschlusskostendefizit ebenso wie dieser im Wege der Quersubventionierung auszugleichen.

- 32 Mithin ergibt sich aus der Teleologie des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996, dass die Pflicht zur Kostenbeteiligung ein Instrument ist, um zu verhindern, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen in Gestalt neuer Teilnehmernetze durch die Geschäftstätigkeit der Verbindungsnetzbetreiber entfallen. Sinn und Zweck der Vorschrift bestätigen also den sich bereits aus der Gesetzessystematik ergebenden, auf das Gewährleistungsgebot des § 43 Abs. 6 Satz 3 TKG 1996 gerichteten instrumentellen Charakter der Kostenbeteiligungspflicht, welche zwar einerseits mit der Zusammenschaltung der Netze und der dadurch ermöglichten Nutzung der Teilnehmeranschlüsse des marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreibers in einem engen inneren Zusammenhang steht, ohne jedoch andererseits als Entgelt für die von dem marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber erbrachten Zusammenschaltungsleistungen im engeren Sinne angesehen werden zu können.
- 33 d) Dass ein Beitrag zum Ausgleich eines Anschlusskostendefizits nicht als ein Bestandteil des Zusammenschaltungsentgelts im engeren Sinne zu behandeln ist, ergibt sich auch aus Europäischem Gemeinschaftsrecht. In der Empfehlung 98/195/EG der Kommission vom 8. Januar 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 1 - Zusammenschaltungsentgelte) (ABI EG Nr. L 73 S. 42) wird zu Nr. 8 und zu Nr. 1 des Anhangs I dargelegt, dass Abgaben zum Ausgleich eines Zugangsdefizits eindeutig von Zusammenschaltungsentgelten zu trennen seien. Dies entspricht den Darlegungen zu Nr. 2.2. des Anhangs der Empfehlung 98/322/EG der Kommission vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 2 - getrennte Buchführung und Kostenrechnung) (ABI EG Nr. L 141 S. 6). Diese Empfehlungen beruhen auf Art. 7 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) - Zusammenschaltungsrichtlinie - (ABI EG Nr. L 199 S. 32), zuletzt geändert durch Richtlinie vom 24. September 1998 (ABI EG Nr. L 268 S. 37). Sie sind auch bei der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - Rs. C-322/88 - Slg. 1998, I-4407 Rn.18).

- 34 4. Der Senat kann ohne Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nicht entscheiden, ob die Kostenbeteiligungspflicht des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 mit Europäischem Gemeinschaftsrecht im Einklang steht. Dies hängt von der Beantwortung zumindest einer Frage des Gemeinschaftsrechts ab.
- 35 a) Es ist zweifelhaft, ob es nach Europäischem Gemeinschaftsrecht zulässig ist, dass die nationale Regulierungsbehörde aufgrund eines im innerstaatlichen Recht enthaltenen Gebots im Jahr 2003 den Betreiber eines mit einem öffentlichen Telekommunikationsteilnehmernetz zusammengeschalteten Verbindungsnetzes verpflichtet, an den marktbeherrschenden Betreiber des Teilnehmernetzes einen Beitrag zum Ausgleich des Defizits zu leisten, das dem Teilnehmernetzbetreiber durch die Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses entsteht.
- 36 Nach Art. 4c Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste - Wettbewerbsrichtlinie - (ABI EG Nr. L 192 S. 10), zuletzt geändert durch die Richtlinie vom 23. Juni 1999 (ABI EG Nr. L 175 S. 39), gestatten die Mitgliedstaaten ihren Telekommunikationsorganisationen die Umstrukturierung ihrer Tarife unter Berücksichtigung der spezifischen Marktbedingungen und der Notwendigkeit, die finanzielle Tragbarkeit eines Universaldienstes sicherzustellen, und insbesondere die Anpassung von gegenwärtig bestehenden Tarifen, die nicht den Kosten entsprechen und die die Belastung aus der Bereitstellung des Universaldienstes vergrößern, um auf den tatsächlichen Kosten beruhende Tarife zu erreichen. Die Mitgliedstaaten, in denen die Umstrukturierung nicht bis zum 1. Januar 1998 abgeschlossen werden kann, erstatten der Kommission Bericht über die künftige Beseitigung der verbleibenden Tarifunausgewogenheiten (Art. 4c Abs. 3 Satz 2 der Wettbewerbsrichtlinie).
- 37 Die in Art. 4c Abs. 3 Satz 1 angesprochene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Umstrukturierung nichtkostendeckender Tarife zu ermöglichen, um Tarife zu erreichen, die den tatsächlichen Kosten entsprechen, beschränkt sich nicht auf

Nettokosten von den Telekommunikationsunternehmen auferlegten Universaldienstverpflichtungen (a.A. OVG Münster, Beschluss vom 2. Dezember 2003 - 13 B 1424/03 - CR 2004, 114 <115>). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung. Diese bezieht sich auf die Umstrukturierung von Tarifen allgemein. Der Universaldienst wird in diesem Zusammenhang deshalb erwähnt, weil nichtkostendeckende Tarife die Kosten der Bereitstellung des Universaldienstes erhöhen.

- 38 Nach der 20. Begründungserwägung der Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (ABI EG Nr. L 74 S. 13) hatten die Mitgliedstaaten Beschränkungen hinsichtlich der Umstrukturierung von Tarifen „so schnell wie möglich“ aufzuheben. In der 5. Begründungserwägung dieser Richtlinie wird dargelegt, dass die Umstrukturierung der Tarife eine Maßnahme zur Vorbereitung auf die Öffnung des Marktes für den Wettbewerb sei und dass diese Öffnung bis zum 1. Januar 1998 erfolgen müsse. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 7. Januar 2004 - Rs. C-500/01 Kommission/Spanien - (Slg. 2004, I-604 Rn. 32 ff.) entschieden, dass sich aus der 20. und 5. Begründungserwägung der Richtlinie 96/19/EG i.V.m. Art. 4c Abs. 3 der Wettbewerbsrichtlinie ergibt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet waren, Beschränkungen in Bezug auf die Umstrukturierung der Tarife bis spätestens zum 1. Januar 1998 aufzuheben. Ein Mitgliedstaat verletzt diese Verpflichtung, wenn die mehrere Jahre nach Ablauf dieser Frist fortdauernde Unausgewogenheit nicht ausschließlich dem betroffenen Telekommunikationsbetreiber, sondern auch den nationalen Behörden zuzurechnen ist. Daran gemessen ist es gemeinschaftsrechtswidrig, wenn ein Telekommunikationsunternehmen im Jahr 2003 ein sogenanntes Zugangsdefizit zu verzeichnen hatte, das auch dadurch entstanden ist, dass es die ihm entstehenden Kosten für das Angebot bestimmter Leistungen wegen staatlicher Entgeltregulierungsmaßnahmen nicht durch die Einnahmen abdecken konnte.
- 39 Die Erwägungen in dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7. Januar 2004 (Kommission/Spanien, a.a.O.) begründen Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität einer nationalen Bestimmung wie der des § 43 Abs. 6 Satz 4

TKG 1996, die ein Anschlusskostendefizit bei einem Telekommunikationsnetzbetreiber zum Anlass nimmt, ein anderes Telekommunikationsunternehmen zu einer Geldleistung zu verpflichten, damit das zuerst genannte Unternehmen in die Lage versetzt wird, das bei ihm bestehende Anschlusskostendefizit auszugleichen. Diese Zweifel bestehen unabhängig davon, ob das Anschlusskostendefizit dadurch entsteht, dass das betroffene Telekommunikationsunternehmen durch Regulierungsmaßnahmen gehindert ist, kostendeckende Entgelte zu erheben, oder dadurch, dass die Nichtdeckung der Kosten allein ihm zuzurechnen ist.

- 40 Dem zitierten Urteil des Europäischen Gerichtshofs kann entnommen werden, dass nichtkostendeckende Tarife gemeinschaftsrechtlich unerwünscht sind und nur übergangsweise hingenommen werden können. Entsprechendes gilt für Zugangs- oder Anschlusskostendefizite als Folge nichtkostendeckender Tarife. Daraus folgt, dass nationale Regelungen zum Ausgleich von Defiziten, die durch nichtkostendeckende Tarife entstehen, ebenfalls vom Gemeinschaftsrecht nicht gewollt sind. Dies entspricht der Auffassung der Kommission, die in Anhang I Nr. 1 der Empfehlung 98/195/EG vom 8. Januar 1998 darlegt, dass Regelungen, die zum Ausgleich eines Zugangsdefizits auferlegt werden, immer ineffiziente Investitionssignale gäben, die Gesamtkosten des Wettbewerbszweigs erhöhen würden, schwierig zu verwalten seien und der Transparenz entbehren würden. Es werde deshalb davon ausgegangen, dass solche Regelungen längstens bis zum Jahr 2000 bestehen würden. Entsprechende Erwägungen finden sich in der Mitteilung der Kommission vom 27. November 1996 über Bewertungskriterien für nationale Systeme der Kostenrechnung und Finanzierung im Universaldienst in der Telekommunikation und Leitlinien für die Mitgliedstaaten für die Anwendung dieser Systeme (KOM <96> 608 endg S. 7 und S. 23). Ist ein Zugangsdefizit (auch) darauf zurückzuführen, dass das betroffene Unternehmen durch Regulierungsmaßnahmen unter Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht gehindert war, kostendeckende Entgelte zu erheben, würde der Ausgleich der Defizite im Wege der finanziellen Belastung eines Wettbewerbers die (auch) von der nationalen Regulierungsbehörde zu verantwortende Unausgewogenheit der Tarife perpetuieren. Dies spricht mit Blick auf die Erwägungen in dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7. Januar 2004

(Kommission/Spanien, a.a.O.) dafür, dass im Fall der (Mit-)Verursachung des Anschlusskostendefizits durch regulatorische Beschränkungen eine im Jahr 2003 bestehende gesetzliche Verpflichtung zum Ausgleich des Defizits durch ein anderes Telekommunikationsunternehmen nicht mit Gemeinschaftsrecht im Einklang steht. In dem angefochtenen Bescheid vom 29. April 2003 wird davon ausgegangen, dass bei der Beigeladenen ein Anschlusskostendefizit besteht und dass dieses auch darauf zurückzuführen sei, dass die Beigeladene durch die Price-cap-Regulierung gehindert sei, für die Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses kostendeckende Entgelte zu verlangen.

- 41 Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Pflicht zum Defizitausgleich nach § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 ist aber auch für den Fall zweifelhaft, dass das Defizit allein in den Verantwortungsbereich des betroffenen Unternehmens fällt. Auch unter dieser Voraussetzung legalisiert und verfestigt die Verpflichtung, den Verbindungsnetzbetreiber zum Ausgleich des Anschlusskostendefizits heranzuziehen, ein gemeinschaftsrechtlich unerwünschtes Anschlusskostendefizit. Der begünstigte Teilnehmernetzbetreiber hat keinen Anreiz, das Defizit durch eine Korrektur der Entgeltbemessung zu beseitigen. Dass eine Regelung zum Defizitausgleich in den Fällen nicht in Betracht kommt, in denen das Defizit ausschließlich von dem betroffenen Telekommunikationsunternehmen verursacht wird, entspricht der Auffassung der Kommission (Anhang I Nr. 1 der Empfehlung 98/195/EG vom 8. Januar 1998).
- 42 Fraglich ist auch, ob die Pflicht zur Beteiligung des Verbindungsnetzbetreibers an den Kosten des Teilnehmeranschlusses zum Zwecke eines Defizitausgleichs den in der Zusammenschaltungsrichtlinie niedergelegten Grundsätzen über Zusammenschaltungsentgelte zuwiderläuft. In Betracht kommt insbesondere eine Verletzung des Gebots der Kostenorientierung und der Transparenz der Zusammenschaltungsentgelte (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie) und des Gebots, für die Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Ermöglichung der Vorauswahl Gebühren festzulegen, die den tatsächlichen Kosten entsprechen (Art. 12 Abs. 7 Satz 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie).



- 43 Die aufgezeigten gemeinschaftsrechtlichen Fragen sind nicht eindeutig zu beantworten, so dass der Senat gehalten ist, insoweit eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften einzuholen. Die Vorlagepflicht wird nicht dadurch berührt, dass die Richtlinie 90/388/EWG einschließlich der Folgerichtlinien- darunter die Richtlinie 96/19/EG - durch Art. 10 Satz 1 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl EG Nr. L 249 S. 21) mit Wirkung vom 25. Juli 2003 aufgehoben worden ist. Dies folgt jedenfalls daraus, dass ein möglicherweise aus dem Gemeinschaftsrecht abzuleitendes Verbot, den streitigen Kostenbeitrag zu erheben, von den Mitgliedstaaten längst vor dem 25. Juli 2003 umzusetzen war. Diese Umsetzungspflicht wurde durch das Außerkrafttreten der Richtlinie 90/388/EWG nicht berührt (vgl. Art. 10 Satz 2 der Richtlinie 2002/77/EG).
- 44 b) Sollte sich die Pflicht zur Kostenbeteiligung zum Zweck des Ausgleichs eines Anschlusskostendefizits als richtlinienwidrig erweisen, wäre fraglich, ob die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von dem Senat in dem Verfahren über die Genehmigung der Inanspruchnahme des Verbindungsnetzbetreibers für die Kosten der Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses zu berücksichtigen ist.
- 45 Der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit könnte nicht im Wege einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 Rechnung getragen werden. Nach gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt das Gebot der europarechtskonformen Auslegung in den Fällen der versäumten oder unzureichenden Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 249 Abs. 3 EG, die in einer Richtlinie vorgesehenen Ziele zu erreichen, und der sich aus Art. 10 EG ergebenden Obliegenheit, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen zu ergreifen. Das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung trifft alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Gerichte (vgl. EuGH, Urteile vom 10. April 1984 - Rs. 14/83 von Colson und Kamann - Slg. 1984, 1891 Rn. 26 und vom 5. Oktober 2004 - Rs. C-397/01 bis 403/01 Pfeiffer u.a. - Slg. 2004, I-8835 Rn. 110 m.w.N.). Das nationale Gericht muss das innerstaatliche Recht soweit

wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auslegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen (vgl. EuGH, Urteile vom 5. Mai 1994 - Rs. C-421/92 Habermann-Beltermann - Slg. 1994, I-1657 Rn. 10 und vom 5. Oktober 2004 a.a.O. Rn. 113). Der vom Gemeinschaftsrecht aufgestellte Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts beschränkt sich nicht auf die Auslegung der zur Umsetzung der fraglichen Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Bestimmungen, sondern verlangt, dass das nationale Gericht das gesamte nationale Recht berücksichtigt, um zu beurteilen, inwieweit es angewandt werden kann, so dass es nicht zu einem der Richtlinie widersprechenden Ergebnis führt (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 a.a.O. Rn. 115). Im Fall der Richtlinienwidrigkeit des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 wäre der Senat nicht in der Lage, durch gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der Bestimmung einen dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Inhalt zu verleihen. Die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit würde darauf beruhen, dass die Bestimmung das Bestehen eines Anschlusskostendefizits voraussetzt und an dieses die Leistungspflicht des Verbindungsnetzbetreibers knüpft. § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 weist insoweit keinen Spielraum auf, der im Wege der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung genutzt werden könnte. Die Vernachlässigung der beim Bestehen eines Anschlusskostendefizits zwingend angeordneten Pflicht des Verbindungsnetzbetreibers zur Kostenbeteiligung nach dem Maßstab der Angemessenheit würde die Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung überschreiten und stellte sich als Nichtanwendung der Norm dar.

- 46 Es ist zweifelhaft, ob der Senat eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien berücksichtigen könnte. Die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie verleiht dem Einzelnen das Recht, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinie zu berufen (sogenannte vertikale Wirkung). Der Staat kann sich hingegen nicht unmittelbar auf eine Richtlinie beziehen, um Verpflichtungen des Einzelnen zu begründen (Verbot der sogenannten umgekehrten vertikalen Wirkung). Nach Art. 249 Abs. 3 EG besteht der verbindliche Charakter einer Richtlinie, auf dem die Möglichkeit beruht, sich vor einem nationalen Gericht auf die

Richtlinie zu berufen, nur für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist. Daran knüpft der Europäische Gerichtshof an, wenn er mit Blick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit annimmt, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann und dass eine Richtlinienbestimmung daher als solche vor einem innerstaatlichen Gericht nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann (vgl. EuGH, Urteile vom 26. Februar 1986 - Rs. 152/84 Marshall - Slg. 1986, I-723 Rn. 48, vom 8. Oktober 1987 - Rs. 80/86 Nijmegen - Slg. 1987, 3969 Rn. 9 und vom 7. Januar 2004 - Rs. C-201/02 Wells - Slg. 2004, I-723 Rn. 56). Daraus folgt auch, dass eine Richtlinie zwischen Privaten unmittelbar keine Wirkung entfaltet (Verbot der sogenannten horizontalen Wirkung, vgl. Urteile vom 11. Juni 1987 - Rs. 14/86 Di Salò - Slg. 1987, 2545 Rn. 19 und vom 14. Juli 1994 - Rs. C-91/92 Faccini Dori - Slg. 1994, I-3325 Rn. 19 ff.). Im Fall eines sogenannten richtlinienbezogenen Dreiecksverhältnisses sind sowohl der Gesichtspunkt der vertikalen Richtlinienwirkung als auch die Verbote der umgekehrt vertikalen und der horizontalen Wirkung von Richtlinien berührt. Die Besonderheit dieser Fallgestaltung liegt in der Beteiligung des Staates, dessen richtliniengemäßes oder -widriges Handeln eine Privatperson begünstigt und gleichzeitig eine andere belastet. Ein solches Dreiecksverhältnis liegt hier vor. Durch die von der Regulatorbehörde ausgesprochene Genehmigung wird die Klägerin verpflichtet, sich an den Kosten des Teilnehmeranschlusses zu beteiligen, wodurch zugleich die Beigeladene unmittelbar begünstigt wird. Im Fall der Richtlinienwidrigkeit der Genehmigung ist die in dem Bescheid enthaltene Verpflichtung der Klägerin, den genehmigten Betrag zu entrichten, in Frage gestellt, was zum Wegfall der Begünstigung der Beigeladenen führen würde. Fraglich ist, ob bei einer solchen Fallgestaltung die Klägerin gehindert ist, sich auf die Richtlinienwidrigkeit zu berufen.

- 47 Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien im Dreiecksverhältnis kann sich der Einzelne mit Blick auf das Verbot der umgekehrten vertikalen Wirkung von Richtlinien nicht gegenüber einem Mitgliedstaat auf eine Richtlinie berufen, wenn es sich um eine Verpflichtung handelt, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung einer anderen Verpflichtung steht, die aufgrund der Richtlinie einem Dritten obliegt.

Dagegen rechtfertigen bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter, selbst wenn sie gewiss sind, es nicht, dem Einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmung einer Richtlinie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen (vgl. Urteil vom 7. Januar 2004, Wells, a.a.O. Rn. 56 f.). Der Europäische Gerichtshof hat in dem Fall, der dem soeben zitierten Urteil vom 7. Januar 2004 zugrunde liegt, den zweiten Grundsatz für einschlägig gehalten und folglich eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie bejaht. Dieser Fall entspricht dem vorliegenden Streitfall insofern, als es ähnlich wie hier um die Richtlinienwidrigkeit eines einen Dritten begünstigenden Verwaltungsaktes ging, dessen Rechtswirkungen nach seiner Aufhebung von dem Dritten nicht mehr für sich in Anspruch genommen werden konnten. Der Europäische Gerichtshof hat in diesen Folgen der Aufhebung keine dem Dritten aufgrund der Richtlinie obliegende „andere“ Verpflichtung im Sinne seiner Rechtsprechung gesehen, sondern lediglich eine negative Auswirkung auf die Rechte des Dritten, die der unmittelbaren Wirkung nicht entgegenstand. Gemessen an den in dem Urteil vom 7. Januar 2004 (Wells, a.a.O.) entwickelten Grundsätzen spricht Überwiegendes dafür, dass es sich auch bei dem Nachteil, den die Beigeladene im Fall der Aufhebung der angefochtenen Genehmigung dadurch erleidet, dass sie den Leistungsanspruch gegenüber der Klägerin verliert, um eine bloße negative Auswirkung auf die Rechte eines Dritten handelt, so dass die Klägerin nicht gehindert ist, die Richtlinienwidrigkeit geltend zu machen.

- 48 Fraglich ist aber, ob die in jenem Urteil aufgestellten Grundsätze den Besonderheiten des hier vorliegenden Dreiecksverhältnisses ausreichend Rechnung tragen. Bei dem dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt bestand zwischen den beteiligten Privaten, die Grundstücksnachbarn waren, kein unmittelbares Rechtsverhältnis, so dass die geltend gemachte Richtlinienwidrigkeit auch nicht unmittelbar in ein solches Rechtsverhältnis hineinwirken konnte. Anders liegt es hier. Die streitige Genehmigung gestaltet in der aufgezeigten Weise unmittelbar das zwischen der Klägerin und der Beigeladenen bestehende privatrechtliche Zusammenschungsverhältnis. Wird die die Leistungspflicht der Klägerin begründende streitige Genehmigung wegen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit aufgehoben, wird die Klägerin von der Pflicht zur Leistung des Anschlusskostenbeitrags befreit und die Beigeladene verliert den entsprechenden Zahlungsan-

spruch. Zwar beruht die (hier unterstellte) Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ebenso wie bei dem dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7. Januar 2004 (Wells, a.a.O.) zugrundeliegenden Sachverhalt auf einem Verstoß gegen eine Richtlinie des Gemeinschaftsrechts. Ein Unterschied besteht jedoch darin, dass im Fall des erfolgreichen Berufens auf die Richtlinienwidrigkeit im vorliegenden Fall auf das zwischen der Klägerin und der Beigeladenen bestehende Privatrechtsverhältnis unmittelbar gestaltend eingewirkt wird. Diese Wirkung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit kommt damit jedenfalls in die Nähe einer nicht zulässigen horizontalen Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten (vgl. Fischer/Fetzer, EWS 2004, 236 <237 f.>). Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin aus diesem Grund gehindert ist, die Richtlinienwidrigkeit geltend zu machen. Dagegen spricht nicht zwingend, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Begründung einer Verpflichtung zu Lasten eines Einzelnen durch eine Richtlinie geht, sondern darum, dass eine Richtlinie möglicherweise gebietet, einem Privaten eine Begünstigung zu versagen.

- 49 Darauf käme es hingegen nicht an, wenn sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005 - Rs. C-144/04 Mangold/Helm - (NJW 2005, 3695 Rn. 55 ff.) ergäbe, dass die Klägerin die Nichtanwendung des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996 wegen Richtlinienwidrigkeit beanspruchen könnte, ohne durch die Verbote der umgekehrten vertikalen Wirkung und der horizontalen Wirkung von Richtlinien daran gehindert zu sein. Der Europäische Gerichtshof hat in dem genannten Urteil festgestellt, dass im Fall eines Verstoßes einer innerstaatlichen Bestimmung des Arbeitsrechts gegen das Gemeinschaftsrecht, der sich auf das privatrechtliche Beschäftigungsverhältnis auswirkt, das nationale Arbeitsgericht verpflichtet ist, die gemeinschaftsrechtswidrige Bestimmung unangewendet zu lassen. Im vorliegenden Fall geht es ebenfalls um die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Bestimmung, deren zwingend gebotene Umsetzung in der aufgezeigten Weise in das Privatrechtsverhältnis einwirkt. Gegen die Übertragung des in dem Urteil vom 22. November 2005 (a.a.O.) angenommenen Gebots der Nichtanwendung einer Norm des nationalen Rechts auf den vorliegenden Fall spricht aber, dass die in dem Urteil festgestellte Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Bestimmung des nationalen Rechts nicht nur auf deren Richtlinienwidrigkeit beruhte, sondern auch und vor allem auf einer Ver-

letzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts. Im vorliegenden Fall geht es allein um die Richtlinienwidrigkeit des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996. Nach dem Gesagten ist dem Gemeinschaftsrecht nicht zweifelsfrei zu entnehmen, ob der Senat eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Bestimmung berücksichtigen könnte.

Dr. Bardenhewer

Dr. Hahn

Büge

Dr. Graulich

Vormeier

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: nein

Rechtsquellen:

TKG 1996

§ 24 Abs. 1 Satz 1, §§ 39, 43 Abs. 6

VwGO

§ 42 Abs. 2, § 138 Nr. 6

Wettbewerbsrichtlinie

Art. 4 Buchst. c Abs. 3

Zugangsrichtlinie

Art. 7 Abs. 2 und Abs. 5, Art. 12 Abs. 7

Stichworte:

Klagebefugnis; Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl; Beteiligung an den Kosten des Teilnehmeranschlusses; Gemeinschaftsrechtskonformität des Anschlusskostendefizits; gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Pflicht zum Ausgleich eines Anschlusskostendefizits.

Leitsätze:

1. Die Pflicht des § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG 1996, den Verbindungsnetzbetreiber an den Kosten der Bereitstellung der Kosten des Teilnehmeranschlusses zu beteiligen, setzt voraus, dass diese Kosten nicht von den dafür von den Endkunden erhobenen Entgelte gedeckt sind (sogenanntes Anschlusskostendefizit).

2. Es wird eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu folgenden Fragen eingeholt:

Sind die Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste - Wettbewerbsrichtlinie - und die Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juli 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) - Zusammenschaltungsrichtlinie - dahin zu verstehen, dass die nationale Regulierungsbehörde gehindert ist, im Jahr 2003 den Betreiber eines mit einem öffentlichen Telekommunikationsteilnehmernetz zusammenschalteten Verbindungsnetzes zu verpflichten, an den marktbeherrschenden Betreiber des Teilnehmernetzes einen Betrag zum Ausgleich des Defizits zu leisten, das dem Teilnehmernetzbetreiber durch die Bereitstellung des Teilnehmeranschlusses entsteht?

Bei Bejahung von Frage 1:

Ist die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer solchen Verpflichtung, die einer Bestimmung des innerstaatlichen Rechts entspricht, von dem nationalen Gericht in dem Verfahren über die Genehmigung der Inanspruchnahme des Verbindungsbetreibers zu berücksichtigen?

Beschluss des 6. Senats vom 13. Dezember 2006 - BVerwG 6 C 25.05

I. VG Köln vom 03.11.2005 - Az.: VG 1 K 3251/03 -