



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 C 18.05
VG 1 K 765/05

Verkündet
am 15. November 2006
Thiele
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 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 folgender Frage eingeholt:

Steht es mit Art. 27 Satz 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) und Art. 7 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) im Einklang, wenn nach innerstaatlichem Recht ein in diesem Recht früher vorgesehenes gesetzliches Gebot, die Bemessung von Zusammenschaltungsentgelten an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auszurichten, vorübergehend aufrechtzuerhalten ist, obwohl dies gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist?

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin betreibt ein öffentliches Telekommunikationsnetz, das überwiegend als Verbindungsnetz zwischen verschiedenen Teilnehmernetzen dient. Die Beigeladene ist Betreiberin eines Mobilfunknetzes.

- 2 Mit Bescheid vom 20. September 2004 ordnete die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Regulierungsbehörde), die jetzige Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, die Zusammenschaltung der Netze der Klägerin und der Beigeladenen nach Maßgabe näher bezeichneter Bedingungen an, verpflichtete die Klägerin, für Leistungen der Beigeladenen im Rahmen der Zusammenschaltung Entgelte zu entrichten, über die in einer zweiten Teilentscheidung entschieden werde, und fügte einen Widerrufsvorbehalt für den Fall bei, dass die Klägerin und die Beigeladene einen schriftlichen Vertrag über die Zusammenarbeit schlossen.

- 3 Die Regulierungsbehörde ordnete mit Bescheid vom 28. Dezember 2004 für Leistungen, die die Klägerin aufgrund der mit Bescheid vom 20. September 2004 angeordneten Zusammenschaltung von der Beigeladenen nachfrage, Entgelte in näher bestimmter Höhe an. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt: Rechtsgrundlage der Entgeltanordnung sei § 25 Abs. 1, Abs. 5 und Abs. 6 TKG 2004. Zwar lägen die Voraussetzungen für eine Entgeltanordnung nach diesen Bestimmungen unmittelbar nicht vor, da eine Vereinbarung über Zugangsleistungen nach § 18 TKG 2004 oder eine Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG 2004 mangels Abschluss des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens nicht hätten zustande kommen können. Aus § 150 Abs. 1 Satz 3 TKG 2004 ergebe sich aber, dass die Pflicht des § 39 Alt. 2 TKG 1996, im Fall einer angeordneten Zusammenschaltung die Entgelte anzuordnen, bis zum Abschluss des Marktanalyseverfahrens insoweit fort gelte, als diese Pflicht nach Abschluss jenes Verfahrens grundsätzlich beibehalten werden könne. Dies sei hier der Fall.

- 4 Mit Bescheid vom 19. Dezember 2005 widerrief die Regulierungsbehörde den Bescheid vom 20. September 2004 mit Rücksicht auf einen ab dem 15. Dezember 2005 wirksamen Vertrag zwischen der Klägerin und der Beigeladenen.

- 5 Die Klägerin hat Klage erhoben, mit der sie zunächst auch die teilweise Aufhebung des Bescheides vom 20. September 2004 erstrebt hat. Insoweit hat sie die Klage mit Schriftsatz vom 14. April 2005 zurückgenommen. Mit einer Reihe von Anträgen hat sie die teilweise Aufhebung der Entgeltanordnung mit dem

Ziel beantragt, dass sich die angeordneten Entgelte verringerten. Hilfsweise hat sie mit mehreren Anträgen die Verpflichtung der Beklagten zur Anordnung von Entgelten in geringerer Höhe und „äußerst hilfsweise“ die Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 28. Dezember 2004 sowie deren Verpflichtung erstrebt, eine neue Anordnung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen.

- 6 Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 29. September 2005 das Verfahren eingestellt, soweit die Klägerin die Klage zurückgenommen hat, und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen dargelegt: Es sei davon auszugehen, dass die Entgeltanordnung rechtswidrig sei. Dies folge allerdings nicht bereits daraus, dass für die streitige Entgeltanordnung das Telekommunikationsgesetz 1996 maßgeblich sei. Einschlägig sei vielmehr das Telekommunikationsgesetz 2004. Die Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG 2004 erstrecke sich nicht auf gesetzliche Verpflichtungen des Telekommunikationsgesetzes 1996. Die streitige Entgeltanordnung sei aber jedenfalls deshalb rechtswidrig, weil die Regulierungsbehörde keine Feststellung zu den übrigen Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung nach § 18 TKG 2004 getroffen habe. Insbesondere fehle es an einer Abwägungsentscheidung, ob die Zugangsverpflichtung gerechtfertigt sei und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen stehe. Außerdem enthalte der angefochtene Bescheid keine Anhaltspunkte für die nach § 18 Abs. 1 TKG 2004 erforderliche Ermessensausübung. Die Klägerin könne jedoch trotz dieses Rechtsfehlers nicht die mit der vorliegenden Klage nur noch begehrte Aufhebung der Entgeltanordnung vom 28. Dezember 2004 bzw. von Teilen dieser Entgeltanordnung erreichen. Denn wegen der Besonderheiten des hier gegebenen Rechtsfehlers sei die Aufhebung der Entgeltanordnung bzw. von Teilen der Entgeltanordnung ausgeschlossen. Ein Verwaltungsakt könne nur dann teilweise aufgehoben werden, wenn der aufzuhebende Teil nicht mit den übrigen Teilen des angefochtenen Verwaltungsaktes in einem untrennbaren inneren Zusammenhang stehe. Ein solcher Zusammenhang sei dann gegeben, wenn der nach einer Teilaufhebung verbleibende Teil des Verwaltungsaktes ohne Änderung seines Inhaltes rechtmäßiger- und sinnvollerweise nicht selbständig bestehen bleiben könne oder so nicht erlassen worden wäre. Danach sei die von der Klägerin

beehrte isolierte Aufhebung von Teilen der Entgeltanordnung oder auch der Entgeltanordnung als Ganzes ausgeschlossen, da in diesem Fall der „Torso“ einer Entgeltanordnung oder - bei Entscheidung entsprechend dem äußersten Hilfsantrag - eine isolierte Teilentscheidung (Zugangsanordnung über die Bedingungen ohne Entgeltregulierung) zurückbliebe, die ihrerseits rechtswidrig wäre und daher für sich genommen keinen Bestand haben könne. Der in dem Fehlen von Feststellungen zu den „übrigen“ Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung nach § 18 TKG 2004 und der nach dieser Bestimmung erforderlichen Ermessensausübung bestehende Rechtsfehler „infiziere“ nämlich alle Teile der Zugangsanordnung, also sowohl die Teilentscheidung über die technischen Bedingungen der Zugangsanordnung (Bescheid vom 20. September 2004) als auch die gesamte Teilentscheidung über die zu entrichtenden Entgelte (Bescheid vom 28. Dezember 2004). Hieraus folge nicht nur, dass der von der Klägerin gestellte Teilanfechtungsantrag keinen Erfolg haben könne, sondern auch, dass die von der Klägerin hilfsweise erhobene Klage auf Verpflichtung zur Anordnung von Entgelten in bestimmter Höhe oder zur Neubescheidung hinsichtlich der Entgelte abzuweisen sei, da dieses Begehren die unzulässige Aufhebung von Teilen der Entgeltanordnung bzw. der Entgeltanordnung als Ganzes beinhalte bzw. voraussetze.

- 7 Die Klägerin hat die von dem Verwaltungsgericht zugelassene Revision erhoben, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt, und trägt zur Begründung im Wesentlichen vor: Das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass die Anordnung über die technische Zusammenschaltung vom 20. September 2004 in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Entgeltanordnung vom 28. Dezember 2004 stehe. Beide Anordnungen seien eigenständige Verwaltungsakte und selbständig aufhebbar. Soweit das Verwaltungsgericht die Rücknahme der Klage hinsichtlich des Bescheides vom 20. September 2004 als wirksam angesehen habe, verstoße dies gegen § 92 VwGO. Das Verwaltungsgericht habe auch § 88 VwGO verletzt. Bei unterstellter Zulässigkeit der Teilklagerücknahme und bei angenommener Unteilbarkeit der Anordnung hätte das Verwaltungsgericht das Begehren als Klage auf Gesamtaufhebung zur Neubescheidung auslegen müssen. Das Urteil beruhe auch auf einer Verletzung des § 86 Abs. 3 VwGO. Das Verwaltungsgericht hätte angesichts

der Rücknahme der gegen Teile des Bescheides vom 20. September 2004 gerichteten Klage eine Reihe näher bezeichneter Hinweise geben müssen.

8 Die Beklagte und die Beigeladene treten der Revision entgegen.

II

9 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). Am innerstaatlichen Recht gemessen ist für die Beurteilung der zulässigen (1.) Hauptanträge, deren Abweisung durch das Verwaltungsgericht nicht auf einem Verfahrensmangel beruht (2.), das Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996 (BGBl I S. 1120) - TKG 1996 - einschlägig (3.). Der Senat kann jedoch ohne Einholung einer Vorabentscheidung nicht feststellen, ob die Anwendung des Telekommunikationsgesetzes 1996 mit Europäischem Gemeinschaftsrecht im Einklang steht (4.).

10 1. Die Hauptanträge erweisen sich als zulässig.

11 Insbesondere ist das allgemeine Rechtsschutzinteresse nicht dadurch entfallen, das die in der streitigen Entgeltanordnung enthaltene Befristung bis zum 14. Dezember 2005 verstrichen ist. Der Fristablauf bewirkte deshalb nicht die Erledigung, weil der Verwaltungsakt die Klägerin mit Blick auf die von ihr auf seiner Grundlage geleisteten Entgelte weiterhin belastet. Solange der Bescheid nicht (teilweise) aufgehoben ist, erweist er sich nämlich hinsichtlich dieser Entgelte als Rechtsgrund für das Behaltendürfen und entfaltet in diesem Sinne belastende Wirkung für die Klägerin (vgl. Beschluss vom 30. August 2006 - BVerwG 6 C 17.05 - BA Rn. 12).

12 Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist das allgemeine Rechtsschutzinteresse für die teilweise Anfechtung der Entgeltanordnung auch nicht etwa deshalb entfallen, weil dieser Verwaltungsakt von dem mit Bescheid der Regulatorbehörde vom 19. Dezember 2005 verfügten Widerruf erfasst worden

wäre. Der Widerruf bezieht sich nur auf die Zusammenschaltungsanordnung vom 20. September 2004, und dies auch nur für die Zeit ab 15. Dezember 2005. Er lässt daher die bis 14. Dezember 2005 befristete Entgeltanordnung unberührt.

- 13 2. Die Abweisung der Hauptanträge durch das Verwaltungsgericht beruht nicht auf den gerügten Verfahrensmängeln.
- 14 Die Verfahrensrügen stehen im Zusammenhang mit der Rücknahme der gegen Teile der Anordnung vom 20. September 2004 gerichteten Klage. Nach der für die Frage des Vorliegens eines Verfahrensmangels maßgeblichen Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts zur materiellen Rechtslage ist den Hauptanträgen deshalb kein Erfolg beschieden, weil die nach der erstrebten teilweisen Aufhebung der Entgeltanordnung vom 28. Dezember 2004 verbleibenden Entgelte rechtswidrig wären. Mithin kam es aus Sicht des Verwaltungsgerichts für die Erfolglosigkeit der Hauptanträge nicht auf die Rücknahme der gegen Teile der Anordnung vom 20. September 2004 gerichteten Klage an. Die Abweisung der Hauptanträge beruht also nicht auf den angeblichen Verfahrensmängeln, so dass dahingestellt bleiben kann, ob die entsprechenden Rügen im Bezug auf die weiteren Anträge der Klägerin Erfolg haben.
- 15 3. Nach innerstaatlichem Recht beurteilt kommt es für die Begründetheit der Hauptanträge auf die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 1996 an. Die Hauptanträge hätten keinen Erfolg, wenn sich gemessen an jenen Bestimmungen die Entgeltanordnung insgesamt als rechtmäßig erwiese. In diesem Fall käme es auf die von dem Verwaltungsgericht aufgeworfene Frage der Möglichkeit einer Teilanfechtung der Anordnung nicht an.
- 16 Der Senat teilt nicht die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass für den streitigen Bescheid die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) - TKG 2004 -, zum hier maßgeblichen Zeitpunkt zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2004 (BGBl I S. 1842), einschlägig seien und dass sich die festgesetzten Entgelte als rechtmäßig erwiesen, wenn sie nicht missbräuchlich im Sinne von § 28 TKG 2004 seien. Zwar erging der

streitige Bescheid nach Außerkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 1996 am 25. Juni 2004 (§ 152 Abs. 2 TKG 2004). Gleichwohl ist für die Festsetzung der Entgelte das Telekommunikationsgesetz 1996 maßgebend. Dies folgt aus der Übergangsbestimmung des § 150 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 TKG 2004.

- 17 Nach § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 bleiben die von der Regulierungsbehörde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes getroffenen Feststellungen marktbeherrschender Stellungen und die daran anknüpfenden Verpflichtungen wirksam, bis sie durch neue Entscheidungen nach Teil 2 des Telekommunikationsgesetzes 2004 ersetzt werden. Dies gilt entsprechend für Verpflichtungen nach §§ 36, 37 und 39 Alt. 2 TKG 1996 (§ 150 Abs. 1 Satz 3 TKG 2004). § 150 Abs. 1 TKG 2004 betrifft den Zeitraum zwischen dem Außerkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 1996 und dem Abschluss des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens nach §§ 10 und 11 TKG 2004 als Voraussetzung dafür, dass die wirksam gebliebenen Verpflichtungen durch neue Entscheidungen nach Teil 2 des Telekommunikationsgesetzes 2004 ersetzt werden können. Soweit die Bestimmung voraussetzt, dass Entscheidungen nach Teil 2 noch nicht ergangen sind, ist dies hier der Fall. Nach der nicht angegriffenen Feststellung des Verwaltungsgerichts lag zum Zeitpunkt des Ergehens der angefochtenen Entgeltanordnung das Ergebnis eines Marktanalyseverfahrens noch nicht vor. Entscheidungen nach Teil 2 des Telekommunikationsgesetzes 2004 sind auch bis zum Ablauf der in der Entgeltanordnung vorgenommenen Befristung nicht ergangen.
- 18 Eine unmittelbare Anwendung des § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 scheidet hier schon deshalb aus, weil nach der Feststellung in dem angefochtenen Urteil eine beherrschende Stellung der Beigeladenen auf dem hier interessierenden Markt zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht festgestellt war. In dem Urteil wird darauf hingewiesen, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Verfügung 21/2000 vom 8. März 2000 festgestellt habe, dass auf den Märkten für Zusammenschaltungen in jeweils ein bestimmtes Mobilfunknetz bzw. für Zusammenschaltungen in Mobilfunknetze insgesamt keine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber angenommen werden könne.

Daraus ergibt sich, dass es an einer Feststellung im Sinne von § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 fehlte.

- 19 In Anwendung von § 150 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 TKG 2004 haben sich die hier streitigen Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 zu orientieren. Nach dem in § 150 Abs. 1 Satz 3 TKG 2004 hinsichtlich der fortwirkenden Verpflichtungen auch in Bezug genommenen § 39 Alt. 2 TKG 1996 fanden für die Regulierung der Entgelte für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 TKG 1996 die §§ 24, 25 Abs. 1 und 3, §§ 27, 28, 29, 30 Abs. 1 und 3 bis 6 und § 31 TKG 1996 entsprechende Anwendung. Die Maßstäbe für die Bemessung der Entgelte für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 TKG 1996 ergaben sich aus dem nach § 39 Alt. 2 TKG 1996 entsprechend anwendbaren § 24 TKG 1996. Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 hatten sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren und den Anforderungen des Absatzes 2 zu entsprechen. Diese Verpflichtung ist nach § 150 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 TKG 2004 wirksam geblieben (vgl. Beschluss vom 30. August 2006 - BVerwG 6 C 17.05 - BA Rn. 19). Dies gilt auch für die hier streitigen Entgelte, was jedenfalls daraus folgt, dass es sich um solche für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 TKG 1996 handelt. Das Telekommunikationsgesetz 1996 enthielt eine gesetzliche Pflicht zur Zusammenschaltung, die nach § 150 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 TKG 2004 wirksam geblieben ist, und die Anordnung vom 20. September 2004, die der streitigen Entgeltanordnung zugrunde liegt, ist als Zusammenschaltungsanordnung im Sinne von § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 anzusehen.
- 20 Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 ordnete die Regulierungsbehörde nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen die Zusammenschaltung öffentlicher Telekommunikationsnetze an, wenn zwischen den Betreibern solcher Netze eine Vereinbarung über eine Zusammenschaltung nicht zustande kam. Das Telekommunikationsgesetz 1996 enthielt eine Pflicht zur Zusammenschaltung öffentlicher Telekommunikationsnetze, die mit der Zusammenschaltungsanordnung im Sinne von § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 durchge-

setzt wurde. Diese Pflicht ergab sich jedenfalls aus dem Zusammenwirken von § 36 Satz 1 TKG 1996 und § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996, wie es der Senat in seinem Urteil vom 31. März 2004 - BVerwG 6 C 11.03 - (BVerwGE 120, 263 <267 f.> = Buchholz 442.066 § 37 TKG 1 S. 4) aufgezeigt hat. § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 knüpfte an die Pflicht des § 36 Satz 1 TKG 1996 an. Nach der zuletzt genannten Bestimmung war jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Sowohl diese Verhandlungspflicht als auch die Anordnungsbefugnis des § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG waren Bestandteile eines die Privatautonomie einschränkenden Ordnungsrahmens des Vierten Teils des Telekommunikationsgesetzes 1996. Diesem lag die Konzeption zugrunde, dass die Netzbetreiber auf der Grundlage eines Angebots im Sinne von § 36 Satz 1 TKG 1996 über die von einem Netzbetreiber nachgefragte Zusammenschaltung verhandeln, um eine auf privatautonomer Vereinbarung beruhende Zusammenschaltung ihrer Netze herbeizuführen. In den Fällen, in denen die Grundkonzeption der privatautonomen Gestaltung der Zusammenschaltung nicht eingelöst wurde, war die Zusammenschaltung durch die Regulierungsbehörde anzuordnen. Diese Anordnung trat an die Stelle der grundsätzlich angestrebten freiwilligen Vereinbarung der Zusammenschaltung und gab dem betroffenen Unternehmen auf, seiner in § 36 Satz 1 TKG 1996 und in § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 übereinstimmend vorausgesetzten Zusammenschaltungspflicht Genüge zu tun. Dass (auch) nicht marktbeherrschende Netzbetreiber mit Blick auf §§ 36 und 37 TKG 1996 zur Zusammenschaltung ihrer Netze kraft Gesetzes verpflichtet waren, entspricht der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung (vgl. Röhl, Die Regulierung der Zusammenschaltung, 2002, S. 127 f.; Piepenbrock, in: Büchner/Ehmer/Geppert/Kerkhoff/Piepenbrock/Schütz/Schuster, Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 36 Rn. 7 und Rn. 19 f.; Glahs, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2002, § 37 Rn. 4 ff. und Rn. 10; Etling-Ernst, Praxiskommentar zum TKG, 2. Aufl. 1999, § 37 Rn. 5; Heun, CR 2004, 893 <901>; Nolte, BB 1996, 2629 <2631>; a.A. Hefekäuser/Dreier, CR 1997, 110 <111>; Bock/Völcker, CR 1998, 473 <480>; vgl. auch Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 1. Aufl., 2001, § 36 Rn. 8). Im Gesetzgebungsverfahren wurde ebenfalls angenommen, dass eine Verpflichtung zur

Netzzusammenschaltung bestand (vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages - 13. Wahlperiode - Stenographische Berichte Bd. 182 S. 7289). Da nach § 150 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 TKG 2004 auch Verpflichtungen nach §§ 36 und 37 TKG 1996 übergangsweise wirksam bleiben, gilt auch die Zusammenschaltungspflicht fort. Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Bestimmungen des früheren Rechts anzuwenden, soweit im Übergangszeitraum bis zum Ergehen von Entscheidungen nach Teil 2 des Gesetzes im Zusammenhang mit nach § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 vorübergehend wirksam gebliebenen Geboten Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu treffen sind (Beschluss vom 17. Mai 2006 - BVerwG 6 C 14.05 - CR 2006, 605 Rn. 49 f. und 53). Für nach § 150 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 TKG 2004 fortwirkende Verpflichtungen gilt nichts anderes. Denn soweit das neue Recht noch nicht anwendbar ist, kann und muss gegebenenfalls weiterhin auf die Eingriffsbefugnisse des alten Rechts zurückgegriffen werden, weil § 150 Abs. 1 TKG 2004 den betroffenen Unternehmen im Übergangszeitraum neben den fortwirkenden gesetzlichen Verpflichtungen auch die Pflicht auferlegt, sich den im alten Recht vorgesehenen Verwaltungsakten der Regulierungsbehörde zu unterwerfen, deren es zur Durchsetzung jener Verpflichtungen bedarf (so zu Recht Kleinlein/Döpfkens, K&R 2006, 511 <513 f.>). Dementsprechend nimmt § 150 Abs. 1 S. 3 TKG 2004 ausdrücklich auf das gesamte frühere Regulierungsprogramm bei Zusammenschaltungen im Sinne von § 36 TKG 1996 Bezug. Die Regulierungsbehörde durfte aber auch noch nach dem Außerkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 1996 am 25. Juni 2004 aufgrund der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 Satz 3 TKG 2004 sowohl eine Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 erlassen als auch gemäß § 39 Alt. 2 TKG 1996 die zugehörigen Entgelte fortsetzen. Der vorliegende Streitfall unterscheidet sich demnach unter dem Gesichtspunkt des Übergangsrechts nicht wesentlich von demjenigen Fall, der dem Vorlagebeschluss des Senats vom 30. August 2006 - BVerwG 6 C 17.05 - zugrunde liegt, obwohl in diesem Fall anders als im vorliegenden Fall die Zusammenschaltungsanordnung noch unter der Geltung des alten Rechts erlassen worden ist. Denn auch der unter der Geltung des neuen Rechts gegen die Beigeladene erlassene Bescheid vom 20. September 2004 ist als Zusammenschaltungsanordnung im Sinne von § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996 anzusehen. Dem steht nicht entgegen, dass die Regu-

lierungsbehörde den Bescheid auf § 25 Abs. 1 TKG 2004 gestützt hat. Den Verwaltungsgerichten ist es nicht verwehrt, anstelle einer in einem gebundenen Verwaltungsakt - wie hier - angegebenen Rechtsgrundlage eine andere heranzuziehen. Unzulässig ist dies nur dann, wenn der Verwaltungsakt hierdurch in seinem Wesen verändert wird (vgl. Urteil vom 16. September 2004 - BVerwG 4 C 5.03 - BVerwGE 122, 1 <3> m.w.N.). Eine Wesensänderung tritt durch das Auswechseln der Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid vom 20. September 2004 nicht ein.

- 21 Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist den Hauptanträgen nicht schon deshalb kein Erfolg beschieden, weil nach § 25 Abs. 6 Satz 3 TKG 2004 für den Fall, dass die Regulierungsbehörde hinsichtlich der Bedingungen des Netzzugangs und der Entgelte Teilentscheidungen getroffen hat, die Anordnung nur insgesamt angegriffen werden kann. Die Bestimmung bezieht sich auf die Anfechtung einer Anordnung über den Netzzugang im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004, bei der die Regulierungsbehörde hinsichtlich der Zugangsbedingungen und der Entgelte Teilentscheidungen im Sinne von § 25 Abs. 6 Satz 1 TKG 2004 getroffen hat. So liegt es hier nicht. Wie aufgezeigt, handelt es sich bei dem Bescheid vom 20. September 2004 um eine Zusammenschaltungsanordnung im Sinne von § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996, und die streitige Entgeltanordnung ist an den Bestimmungen des früheren Rechts zu messen.
- 22 4. Der Senat kann ohne Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs nicht entscheiden, ob das nach nationalem Recht gebotene vorübergehende Fortwirken der Pflicht, die Entgelte einer anordneten Zusammenschaltung einer Vorabregulierung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu unterziehen, mit Europäischem Gemeinschaftsrecht im Einklang steht. Zwar ist dem Europäischen Gemeinschaftsrecht zweifelsfrei zu entnehmen, dass die nach innerstaatlichem Recht anzunehmende Fortgeltung der Pflicht zur Regulierung der von dem Bescheid vom 28. Dezember 2004 erfassten Entgelte gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist (a). Fraglich ist jedoch, ob dies den nationalen Gesetzgeber hindert, gleichwohl das Fortgelten jener Verpflichtung anzuordnen (b).

- 23 a) Das Europäische Gemeinschaftsrecht gebietet nicht, dass die Verpflichtung zur Vorabregulierung der hier in Rede stehenden Entgelte vorübergehend aufrechtzuerhalten ist.
- 24 Nach Art. 27 Satz 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste - Rahmenrichtlinie - (ABI EG Nr. L 108 S. 33) erhalten die Mitgliedstaaten alle im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Verpflichtungen nach Art. 7 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung - Zugangsrichtlinie - (ABI EG Nr. L 108 S. 7) und Art. 16 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen- und -diensten - Universaldienstrichtlinie - (ABI EG Nr. L 108 S. 51) aufrecht, bis eine nationale Regulierungsbehörde gemäß Art. 16 der Rahmenrichtlinie über diese Verpflichtungen befindet. Art. 16 der Rahmenrichtlinie regelt die Einzelheiten des Marktanalyseverfahrens und der an das Ergebnis dieses Verfahrens anknüpfenden Verpflichtungen der nationalen Regulierungsbehörde. Wie dargelegt, lag zum Zeitpunkt des Ergehens des streitigen Bescheides und bis zum Ablauf der in ihm vorgesehenen Befristung hinsichtlich der streitigen Entgelte kein Ergebnis eines Marktanalyseverfahrens vor, sodass die in Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie genannten Verpflichtungen aufrechtzuerhalten waren. Verpflichtungen nach Art. 16 der Universaldienstrichtlinie sind hier nicht einschlägig. Insbesondere folgt eine Pflicht zur Aufrechterhaltung des Gebots, die Zusammenschaltungsentgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auszurichten, nicht aus Art. 16 Abs. 1 Buchst. a der Universaldienstrichtlinie, da sich diese Bestimmung auf Verpflichtungen für Endnutzertarife bezieht und nicht auf Verpflichtungen für Entgelte, die - wie hier - für Vorleistungen verlangt werden.
- 25 Aus Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 7 der Zugangsrichtlinie ergibt sich ebenfalls keine Pflicht zur Aufrechterhaltung der Verpflichtung zur Re-

gulierung der Zusammenschaltungsentgelte. Nach Art. 7 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie erhalten die Mitgliedstaaten u.a. alle Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung, die vor dem Inkrafttreten dieser Richtlinie gemäß Art. 4, 6, 7, 8, 11, 12 und 14 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 - (ABl EG Nr. L 199 S. 32) für näher bestimmte Unternehmen galten, solange aufrecht, bis diese Verpflichtungen auf der Grundlage des Ergebnisses eines Marktanalyseverfahrens überprüft wurden und eine Feststellung gemäß Art. 7 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie über die Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung der Verpflichtung getroffen wurde. Art. 7 Abs. 2 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie enthält Maßstäbe, an denen sich die Zusammenschaltungsentgelte auszurichten haben. Danach unterliegen solche Entgelte den Grundsätzen der Transparenz und der Kostenorientierung. Nach Art. 7 Abs. 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten u.a. sicher, dass Art. 7 Abs. 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie auf Organisationen angewandt wird, die die in Anhang I Abschnitte 1 und 2 aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze betreiben und von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden. Dieses Sicherstellungsgebot bezieht sich nicht auf Organisationen, die öffentliche mobile Telefonnetze betreiben. Solche Organisationen sind nicht Gegenstand von Anhang I Abschnitt 1 oder Abschnitt 2. Die hier streitigen Entgelte betreffen aber die Zusammenschaltung mit dem Mobilfunknetz der Beigeladenen. Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie gilt dieser Absatz auch für die in Anhang I Abschnitt 3 aufgeführten Organisationen, die von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt gemeldet wurden. Anhang I Abschnitt 3 bezieht sich u.a. auf öffentliche mobile Telefonnetze. Gleichwohl ist Art. 7 Abs. 2 Satz 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie hier nicht einschlägig, weil die Beigeladene nicht als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt nach Art. 18 Abs. 2 Spiegelstrich 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie gemeldet worden war. Mithin unterlag die Beigeladene nicht

den Anforderungen, die Art. 7 Abs. 2 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie an Zusammenschaltungsentgelte stellte, sodass die damit einhergegangenen Verpflichtungen nicht nach Art. 27 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie i.V.m. Art. 7 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie und Art. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie aufrechtzuerhalten sind. Deshalb ergäbe sich aus jenen Bestimmungen auch für den Fall kein gemeinschaftsrechtliches Gebot zur Aufrechterhaltung der hier in Rede stehenden Verpflichtung, die Zusammenschaltungsentgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren, wenn diese als Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie anzusehen wäre.

- 26 Die in Rede stehende Verpflichtung ist auch nicht nach Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 7 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie und Art. 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie aufrechtzuerhalten. Art. 4 der Zusammenschaltungsrichtlinie bezieht sich auf Zusammenschaltungsrechte und -pflichten, nicht auf Zusammenschaltungsentgelte. Soweit Anhang II Satz 4 zur Zusammenschaltungsrichtlinie mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie Zusammenschaltungsentgelte anspricht, bezieht sich dies auf die Festlegung solcher Entgelte im Rahmen eines Standardzusammenschaltungsangebots im Sinne von Art. 7 Abs. 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie. Damit ist keine Aussage über das Wirksambleiben der hier interessierenden Regulierungspflichten getroffen.
- 27 b) Es ist nicht eindeutig festzustellen, ob es mit Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie und Art. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie im Einklang steht, dass nach § 150 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 1 TKG 2004 die im Telekommunikationsgesetz 1996 enthaltene Verpflichtung zur Regulierung der Entgelte für eine angeordnete Zusammenschaltung mit einem Mobilfunknetz am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aufrechtzuhalten ist, obwohl die Aufrechterhaltung gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist.
- 28 Das nach innerstaatlichem Recht gebotene Fortwirken der Verpflichtung stände mit Gemeinschaftsrecht dann im Einklang, wenn es Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie und Art. 7 der Zugangsrichtlinie zulassen, dass der nationale Gesetz-

geber über das nach jenen Bestimmungen Gebotene hinausgeht und Verpflichtungen des früheren nationalen Rechts fortwirken lässt, obwohl dies gemeinschaftsrechtlich nicht geschuldet ist. Anders läge es, wenn die gemeinschaftsrechtlichen Übergangsbestimmungen eine abschließende Regelung in dem Sinne enthalten, dass nach innerstaatlichem Recht nur diejenigen Verpflichtungen des früheren Rechts wirksam bleiben dürfen, deren Fortwirkung gemeinschaftsrechtlich angeordnet ist. Dafür, dass die gemeinschaftsrechtlichen Übergangsbestimmungen abschließend sind und den nationalen Gesetzgeber hindern, über diese hinauszugehen, spricht der allgemeine Zweck des neuen Rechtsrahmens, eine im Vergleich zu dem früheren Rechtsrahmen stärkere Harmonisierung des Binnenmarktes für die elektronische Kommunikation herbeizuführen. Dies kommt in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 der Rahmenrichtlinie zum Ausdruck, nach dem die Richtlinie die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörde sowie eine Reihe von Verfahren festlegt, die die gemeinschaftsweit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten. Dass der neue Rechtsrahmen in besonderer Weise auf Harmonisierung angelegt ist, findet seinen Ausdruck auch in Art. 8 Abs. 3 Buchst. d der Rahmenrichtlinie. Danach tragen die nationalen Regulierungsbehörden zur Entwicklung des Binnenmarktes bei, indem sie u.a. untereinander und mit der Kommission in transparenter Weise zusammenarbeiten, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien sicherzustellen. Der 16. Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie betont das Ziel einer möglichst weitgehenden Harmonisierung. In ihm wird dargelegt, dass die nationalen Regulierungsbehörden einheitliche Ziele und Grundsätze verfolgen sollen, um ihre Maßstäbe zu untermauern, und dass sie bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben innerhalb dieses Rechtsrahmens erforderlichenfalls ihre Maßnahmen mit den Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten abstimmen sollen. In die Richtung einer abschließenden Regelung weist auch der vergleichsweise hohe Detaillierungsgrad der Rahmenrichtlinie und der diese für ihren Bereich konkretisierenden Zugangsrichtlinie. Auch die hier in Rede stehenden Übergangsbestimmungen sind vergleichsweise detailliert. Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie benennt durch Bezugnahme auf Art. 7

der Zugangsrichtlinie und Art. 16 der Universaldienstrichtlinie präzise die Bestimmungen, aus denen sich die aufrechtzuerhaltenden Verpflichtungen ergeben. In Art. 7 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie und Art. 16 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie werden die Bestimmungen, die Grundlage der aufrechtzuerhaltenden Verpflichtungen sind, konkretisiert. Der Zweck der Rahmenrichtlinie, der Zugangsrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie sowie das Regelungssystem von Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie, Art. 7 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie und Art. 16 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie deuten darauf hin, dass die gemeinschaftsrechtlichen Übergangsbestimmungen abschließend sind und den nationalen Gesetzgeber hindern, darüber hinauszugehen. Die entsprechenden Hinweise sind jedoch nicht von einem solchen Gewicht, dass dies als offenkundig anzusehen ist. Die Frage, ob Art. 27 Satz 1 der Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 7 der Zugangsrichtlinie den nationalen Gesetzgeber hindert, Verpflichtungen des früheren Rechts, deren Aufrechterhaltung gemeinschaftsrechtlich nicht angeordnet ist, fortwirken zu lassen, kann der Senat deshalb ohne Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nicht beantworten.

- 29 Der Senat hat davon abgesehen, mit der Entscheidung des vorliegenden Verfahrens solange zuzuwarten, bis der Europäische Gerichtshof in dem mit Beschluss des Senats vom 30. August 2006 - BVerwG 6 C 17.05 - eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren entschieden hat. Zwar ist die Frage, die dem Europäischen Gerichtshof von dem Senat in jenem Verfahren unterbreitet worden ist, identisch mit derjenigen, um deren Beantwortung im vorliegenden Verfahren nachgesucht wird. Gleichwohl ist nicht zwingend, dass die Frage in beiden Verfahren identisch zu beantworten ist. Die Verfahren unterscheiden sich insoweit, als nach dem dem Beschluss vom 30. August 2006 zugrunde liegenden Sachverhalt die der Entgeltanordnung vorangegangene Zusammenschaltungsanordnung vor Inkrafttreten des nunmehr geltenden nationalen Rechts erlassen worden ist, während in dem vorliegenden Verfahren die Anordnung der Zusammenschaltung nach Inkrafttreten des geltenden innerstaatlichen Rechts ergangen ist. Es ist nicht gänzlich auszuschließen, dass vor dem Hintergrund dieses Unterschiedes die von dem Senat aufgeworfene Frage des

Gemeinschaftsrechts in beiden Verfahren unterschiedlich zu beantworten ist.

Bardenhewer

Hahn

Büge

Graulich

Vormeier

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG 1996	§ 24 Abs. 1 Satz 1, § 37, § 39 Alt. 2
TKG 2004	§ 25, § 28, § 150 Abs. 1
Rahmenrichtlinie	Art. 27 Satz 1
Zugangsrichtlinie	Art. 7
Universaldienstrichtlinie	Art. 16 Abs. 1 Buchst. a
Zusammenschaltungsrichtlinie	Art. 7

Stichworte:

Zusammenschaltungsentgelte; Vorabregulierung; Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung; Übergangsbestimmung des TKG 2004; Wirksambleiben der Pflicht zur Vorabregulierung nach dem TKG 1996.

Leitsatz:

Es wird eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu folgender Frage eingeholt:

Steht es mit Art. 27 Satz 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) und Art. 7 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) im Einklang, wenn nach innerstaatlichem Recht ein in diesem Recht früher vorgesehenes gesetzliches Gebot, die Bemessung von Zusammenschaltungsentgelten an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auszurichten, vorübergehend aufrechtzuerhalten ist, obwohl dies gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist?

Beschluss des 6. Senats vom 15. November 2006 - BVerwG 6 C 18.05

I. VG Köln vom 29.09.2005 - Az.: VG 1 K 765/05 -