

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 6 C 11.03  
VG 1 K 809/00

Verkündet  
am 31. März 2004  
Bech  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 2004  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. B a r d e n h e w e r und die Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. H a h n , Dr. G r a u l i c h , V o r m e i e r und Prof. Dr. R e n n e r t

für Recht erkannt:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit in dem Bescheid der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 30. Dezember 1999 in der durch Bescheid vom 11. Februar 2000 berichtigten Fassung kein Entgeltgenehmigungsvorbehalt angeordnet war. Insoweit ist das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 24. Februar 2003 wirkungslos.

Die Revision der Klägerin gegen das genannte Urteil des Verwaltungsgerichts Köln wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

#### G r ü n d e :

##### I.

Die Klägerin und die Beigeladene betreiben jeweils Telekommunikationsnetze. Zwischen ihnen bestand ein Vertrag über die Zusammenschaltung dieser Netze, der von der Klägerin gekündigt wurde. Die zwischen der Klägerin und der Beigeladenen geführten Verhandlungen über den Abschluss einer neuen Zusammenschaltungsvereinbarung erbrachten kein Ergebnis. Daraufhin ordnete die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post der Beklagten (Regulierungsbehörde) mit Bescheid vom 30. Dezember 1999, der mit Bescheid vom 11. Februar 2000 berichtigt wurde, die Zusammenschaltung der Telekommunikationsnetze der Klägerin und der Beigeladenen an. In der Anordnung wurden die Bedingungen der Zusammenschaltung auf

der Grundlage des von der Klägerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen unterbreiteten Vertragsangebots nach Maßgabe einzeln aufgeführter Änderungen angeordnet. Die Änderungen betrafen u.a. die Streichung der in dem Vertragsangebot enthaltenen Kündigungsregelungen und der Bestimmung, nach der die Leistungspflicht der Klägerin für Leistungen, deren Entgelte genehmigungspflichtig sind, erst ab dem Zeitpunkt der Erteilung und für die Dauer der Genehmigung bestehen sollte. Dagegen hat die Klägerin die am 29. Januar 2000 beim Verwaltungsgericht eingegangene Klage erhoben.

Nachdem die Klägerin und die Beigeladene eine Zusammenschaltungsvereinbarung geschlossen hatten, widerrief die Regulierungsbehörde mit Bescheid vom 12. Dezember 2000 denjenigen vom 30. Dezember 1999 im Wesentlichen. Nach dem Ergehen des Widerrufsbescheids hat sie die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zusammenschaltungsanordnung u.a. insoweit begehrt, als diese keine Kündigungsrechte und keine Regelung enthielt, nach der ihre, der Klägerin, Leistungspflicht erst nach Erteilung einer Entgeltgenehmigung eintreten sollte.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zusammenschaltungsanordnung i.S. von § 37 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) hätten vorgelegen. Die Regulierungsbehörde sei berechtigt gewesen, auch die Modalitäten der Zusammenschaltung anzuordnen. Die in diesem Zusammenhang von ihr zu treffende Abwägungsentscheidung sei einer nur eingeschränkten gerichtlichen Prüfung zugänglich. Der Verzicht auf die Anordnung von Kündigungsrechten und eines Entgeltgenehmigungsvorbehalts sei nicht zu beanstanden.

Die Klägerin hat die von dem Verwaltungsgericht zugelassene Sprungrevision eingelegt und sie im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass sich die inhaltlichen Anforderungen an eine Zusammenschaltungsanordnung aus § 35 TKG ergäben. Die Regulierungsbehörde könne deshalb eine Zusammenschaltung nur dann mit von dem Angebot des in Anspruch genommenen Netzbetreibers abweichenden Modalitäten anordnen, wenn die Bedingungen des Angebots gegen § 35 Abs. 2 TKG verstießen. Auf keinen Fall stehe der Regulierungsbehörde ein Ermessens- oder ein Beurteilungsspielraum zu. Sie, die Klägerin,

habe einen Anspruch auf die Anordnung der Kündigungsrechte gehabt. Die Anordnung von Kündigungsrechten im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung stehe nicht im Widerspruch zum hoheitlichen Charakter dieser Anordnung.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 24. Februar 2003 festzustellen, dass der Bescheid der Regulierungsbehörde vom 30. Dezember 1999 in der berichtigten Ausfertigung vom 11. Februar 2000 insoweit rechtswidrig war, als die Anordnung von Kündigungsrechten unterblieben ist.

Die Beklagte und die Beigeladene beantragen,

die Revision zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

Die Klägerin hat ihre Revision zurückgenommen, soweit sich diese ursprünglich auch darauf bezogen hatte, dass in der Zusammenschaltungsanordnung kein Entgeltgenehmigungsvorbehalt angeordnet gewesen war.

## II.

Das Verfahren ist nach § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO i.V.m. §§ 141 und 125 Abs. 1 Satz 1 VwGO einzustellen, soweit die Klägerin ihre Revision zurückgenommen hat.

In dem noch entscheidungserheblichen Umfang erweist sich die zulässige Sprungrevision als unbegründet, so dass sie zurückzuweisen ist (§ 144 Abs. 2 VwGO). Die Klage ist zwar zulässig (A), jedoch unbegründet (B).

A. Die Klage begegnet keinen Zulässigkeitsbedenken. Hat sich der Verwaltungsakt vor dem Ergehen der gerichtlichen Entscheidung erledigt, spricht das Verwaltungsgericht nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an

der Feststellung hat. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer solchen Fortsetzungsfeststellungsklage liegen hier vor.

Eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist nur zulässig, wenn die ursprünglich erhobene Klage zulässig war (vgl. Urteil vom 28. April 1999 - BVerwG 4 C 4.98 - BVerwGE 109, 74 <76>). Dies ist hier der Fall. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, dass sie ursprünglich die Verpflichtung der Beklagten erstrebt hat, die begehrten Kündigungsrechte anzuordnen. Diese Verpflichtungsklage i.S. von § 42 Abs. 1 2. Alternative VwGO war zulässig. Bei Verwaltungsakten, die den Adressaten verpflichten, Zugang zu seiner Infrastruktur zu gewähren, und gleichzeitig die Bedingungen der Zugangsgewährung festlegen, ist die Verpflichtungsklage die statthafte Klageart, wenn der Adressat - wie dies hier der Fall war - andere Bedingungen der Zugangsgewährung begehrt als diejenigen, die von der Behörde festgelegt worden sind.

Die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Fortsetzungsfeststellungsklage liegen ebenfalls vor. Der streitige Verwaltungsakt hat sich in dem hier interessierenden Umfang durch Widerruf erledigt. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO findet entsprechend Anwendung, wenn ursprünglich eine Verpflichtungsklage erhoben worden war (vgl. Urteil vom 28. April 1999, a.a.O., 76 m.w.N.). Die Klägerin hat auch ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Ein Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn die hinreichend bestimmte Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird (vgl. Urteil vom 11. November 1999 - BVerwG 2 A 5.98 - Buchholz 310 § 113 Abs. 1 VwGO Nr. 8 S. 17 m.w.N.). So liegt es hier. Die Beklagte hat erklärt, dass sie in vergleichbaren Fällen auch künftig keine Kündigungsrechte anordnen werde.

B. Die Klage ist hingegen unbegründet. In dem für ihre gerichtliche Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt der Erledigung des Verwaltungsaktes (vgl. Urteil vom 24. Januar 1992 - BVerwG 7 C 24.91 - BVerwGE 89, 354 <357>) hatte die Klägerin keinen Anspruch auf Verpflichtung der Beklagten, die von der Klägerin vermissten Kündigungsrechte anzuordnen. Insoweit kann dahinstehen, ob die Frage des Bestehens eines

ehemaligen Anspruchs uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt oder ob die Regulierungsbehörde darüber, ob die Kündigungsrechte angeordnet werden oder nicht, im Rahmen eines ihr zustehenden und einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglichen "Regulierungsermessens" zu entscheiden hatte. Die Klägerin hatte auf keinen Fall einen Anspruch auf Anordnung von Kündigungsrechten.

1. Bei uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle lässt sich ein ehemaliger Anspruch auf Anordnung der Kündigungsrechte nicht feststellen. Die Regulierungsbehörde ist ermächtigt, im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung die Bedingungen der Zusammenschaltung anzuordnen (a). Sie ist grundsätzlich nicht gehindert, auch Kündigungsrechte in die Zusammenschaltungsanordnung aufzunehmen (b). Sie war aber nicht verpflichtet, die von der Klägerin begehrten Kündigungsrechte anzuordnen (c).

a) Die Ermächtigung zur Anordnung einer Netzzusammenschaltung erstreckt sich auch auf die Festlegung der Bedingungen der angeordneten Zusammenschaltung.

Ermächtigungsgrundlage für die hier streitige Zusammenschaltungsanordnung ist § 37 Abs. 1 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 25. Juli 1996 (BGBl I S. 1120), zum hier maßgeblichen Zeitpunkt zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. August 1998 (BGBl I S. 2521). Danach ordnet die Regulierungsbehörde die Zusammenschaltung eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eines Betreibers mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz eines anderen Betreibers an, wenn zwischen diesen Betreibern eine Vereinbarung über die von einem Betreiber nachgefragte Zusammenschaltung nicht zustande kommt. Die Bestimmung beschränkt sich nicht auf eine Ermächtigung zur Anordnung der physischen und logischen Verbindung der Telekommunikationsnetze. Sie ermächtigt auch zur Festlegung technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Bedingungen der Zusammenschaltung. Dies ergibt sich bereits aus § 37 Abs. 2 Satz 1 TKG. Danach ist eine Zusammenschaltungsanordnung u.a. nur zulässig, "soweit" die Beteiligten keine Zusammenschaltungsvereinbarung treffen. Die Beschränkung der Anordnungsermächtigung auf Gegenstände der Zusammenschaltung, die nicht bereits von einer Vereinbarung der Beteiligten abgedeckt sind, gebietet die Annahme, dass die Regulierungsbehörde im

Übrigen diejenigen Festlegungen treffen kann, die die Netzbetreiber in einer Zusammenschaltungsvereinbarung üblicherweise vornehmen. Die Betreiber beschränken sich in einschlägigen Vereinbarungen nicht auf die bloße Verbindung der Netze, sondern treffen vielfältige Regelungen über die Bedingungen der Zusammenschaltung.

Dass sich die Ermächtigung des § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG auch auf die Festlegung der Bedingungen der Zusammenschaltung erstreckt, wird von § 37 Abs. 3 TKG bestätigt. Danach sind durch Rechtsverordnung die erforderlichen Einzelheiten der Zusammenschaltungsanordnung zu bestimmen (Satz 1), ferner ist zu regeln, welchen Inhalt die Zusammenschaltungsanordnung haben muss (Satz 2). Die Bestimmung verpflichtet den Verordnunggeber zur Normierung eines Grundbestandes an Festlegungen, die in einer Zusammenschaltungsanordnung zu treffen sind und die nicht nur die bloße Verbindung der Netze betreffen. Sie setzt also voraus, dass die Regulierungsbehörde zu solchen Festlegungen befugt ist. Dies wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. Nach der Begründung des Entwurfs zu § 37 TKG stellt die Bestimmung klar, dass die Regulierungsbehörde Anordnungen erlassen kann, die die technischen, betrieblichen und wirtschaftlichen Bedingungen bei Zusammenschaltungen regeln (BTDrucks 13/3609 S. 47 zu § 38 des Entwurfs).

b) Die Regulierungsbehörde ist grundsätzlich nicht gehindert, auch Kündigungsrechte der Adressaten einer Zusammenschaltungsanordnung in diese aufzunehmen. Die Anordnung von Kündigungsrechten scheidet nicht deshalb aus, weil die Zusammenschaltungsanordnung als Verwaltungsakt ergeht. Der Beklagten ist nicht darin zu folgen, dass sich die Anordnung von Kündigungsrechten stets deshalb verbiete, weil es dem Wesen des Verwaltungsakts zuwiderliefe, durch Kündigungsrechte dessen Wirksamkeit zur Disposition der Adressaten zu stellen. Die Anordnung eines Kündigungsrechts kommt allerdings nicht in Betracht, wenn dies dem Zweck des Verwaltungsaktes, verbindlich die Zusammenschaltung zu den angeordneten Bedingungen zu regeln, zuwiderliefe. Das ist etwa bei Kündigungsrechten der Fall, die voraussetzungslos ausgeübt werden können. Bei solchen Kündigungsrechten beschränkt die Regulierungsbehörde nicht zulässigerweise die Wirkungen der durch Verwaltungsakt geregelten Verpflichtung zur Zusammenschaltung. Sie versetzt den von dem Kündigungsrecht Begünstigten vielmehr in die Lage, sich ohne weiteres der Zusammen-

schaltungspflicht zu entledigen, was dem Zweck der Zusammenschaltungsanordnung widerspricht.

Die Zusammenschaltungsanordnung begründet gegenüber den Netzbetreibern ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, das die Verpflichtung zur Zusammenschaltung zu den festgelegten Bedingungen zum Gegenstand hat. Davon zu unterscheiden sind die Rechtsbeziehungen, die aufgrund der Anordnung zwischen den beteiligten Netzbetreibern entstehen. Diese werden zwar durch den Verwaltungsakt begründet, sind aber privatrechtlicher Natur. Das zwischen den Adressaten der Anordnung entstehende Rechtsverhältnis ist ein durch Verwaltungsakt angeordneter privatrechtlicher Vertrag (vgl. Trute, in: ders./Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 1. Aufl., § 37 Rn. 22 m.w.N.; Manssen, in: ders. (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, C § 37 Rn. 6; Piepenbrock, in: Büchner/Ehmer/Geppert/Kerkhoff/Piepenbrock/Schütz/Schuster, Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., § 37 Rn. 11; Glaß, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2002, § 37 Rn. 40 f.; Röhl, Die Regulierung der Zusammenschaltung, 2002, S. 221 ff.; Koenig/Loetz, K&R 1999, 298 <303 ff.>; a.A. Riehmer, MMR 1998, 59 <62 f.>). Dies folgt aus dem durch die Gesetzesystematik bestätigten Sinn und Zweck der Zusammenschaltungsanordnung.

Das Telekommunikationsgesetz geht in seinem Vierten Teil, in dem auch § 37 TKG seinen Standort hat, von dem Grundprinzip der privatautONOMEN Gestaltung der Netzzusammenschaltung und der Gewährung des besonderen Netzzugangs, dessen Unterfall die Zusammenschaltung ist, aus (vgl. Urteil vom 16. Juli 2003 - BVerwG 6 C 19.02 - NVwZ 2004, 237 <238>). Deshalb verpflichtet § 36 TKG die Netzbetreiber, über die von einem Betreiber nachgefragte Zusammenschaltung zu verhandeln, um eine auf privatautonomer Vereinbarung beruhende Zusammenschaltung der Netze herbeizuführen. Der Gesetzgeber hat die Netzbetreiber sich jedoch nicht uneingeschränkt selbst überlassen, sondern hat einen die Privatautonomie beschränkenden flankierenden Ordnungsrahmen vorgesehen, zu dem auch die Ermächtigung des § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG gehört. In den Fällen, in denen die Grundkonzeption der privatautONOMEN Gestaltung der Zusammenschaltung nicht eingelöst wird, ist die Zusammenschaltung anzuordnen. Diese Anordnung ist ein Instrument zur Durchsetzung der Verhandlungspflicht. Sie tritt gleichermaßen an die Stelle der grundsätzlich angestrebten freiwilligen Vereinbarung der Zusammenschaltung, und zwar nur, "so-



weit und solange die Beteiligten keine Zusammenschaltungsvereinbarung treffen" (§ 37 Abs. 2 Satz 1 TKG). Dem entspricht es, die öffentlich-rechtlichen Wirkungen der Anordnung auf die Verpflichtung der Adressaten zur Zusammenschaltung unter den angeordneten Bedingungen zu beschränken und das Verhältnis der an der Zusammenschaltung beteiligten Netzbetreiber privatrechtlich auszugestalten. Mit Blick auf die Grundkonzeption der privatautonomen Gewährung und Gestaltung des Zugangs ist es systemgerecht, im Wege der regulatorischen Intervention ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis herbeizuführen. Auf diese Weise verwirklicht und gestaltet die Zusammenschaltungsvereinbarung ein privatrechtliches Schuldverhältnis. Der der Privatautonomie Vorrang einräumenden Grundkonzeption des Gesetzes wird dadurch Rechnung getragen, dass sich die Rechtsnatur des durch Verwaltungsakt angeordneten Zusammenschaltungsverhältnisses zwischen den Beteiligten nicht von derjenigen einer vereinbarten Zusammenschaltung unterscheidet.

Der Annahme eines durch Verwaltungsakt angeordneten privatrechtlichen Vertrages kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber, hätte er dies gewollt, eine Regelung entsprechend § 31 Abs. 2 des Postgesetzes (PostG) vom 22. Dezember 1997 (BGBl I S. 3294), zuletzt geändert durch Verordnung vom 25. November 2003 (BGBl I 2304), getroffen hätte. Nach dieser Bestimmung hat die Regulierungsbehörde unter näher bezeichneten Voraussetzungen die Bedingungen eines Vertrages zwischen einem Nachfrager bestimmter Postdienstleistungen und einem von diesem in Anspruch genommenen Lizenznehmer festzulegen und die Geltung dieses Vertrages anzuordnen. Daraus, dass das vor dem Postgesetz in Kraft getretene Telekommunikationsgesetz das durch die Zusammenschaltungsanordnung entstehende Verhältnis zwischen den Betreibern nicht in gleicher Weise beschreibt, kann nicht abgeleitet werden, dass die Anordnung i.S. von § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG keinen privatrechtlichen Vertrag herbeiführt. Die privatrechtliche Natur des durch die Zusammenschaltungsanordnung entstehenden Verhältnisses zwischen den Adressaten ergibt sich - wie aufgezeigt - aus Sinn und Zweck des § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG sowie der Systematik des Telekommunikationsgesetzes. Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber in einem anderen Regelungswerk den privatrechtlichen Charakter des durch eine vergleichbare Anordnung entstehenden Verhältnisses der Adressaten präziser umschreibt.

Bewirkt die Zusammenschaltungsanordnung einen privatrechtlichen Vertrag, kann sie im Grundsatz alle Regelungen enthalten, die im Rahmen einer entsprechenden privatrechtlichen Vereinbarung getroffen werden können. Dazu gehören auch Bestimmungen, nach denen sich einer der Beteiligten oder beide von dem Vertrag lösen können. Ein durch Verwaltungsakt angeordneter Vertrag kann grundsätzlich auch Kündigungsregelungen enthalten (vgl. Schmidt, Unmittelbare Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakt, 1975, S. 180), so dass die Regulierungsbehörde im Grundsatz nicht gehindert ist, in eine Zusammenschaltungsanordnung Kündigungsrechte aufzunehmen (Röhl, a.a.O., S. 238 f.). Der Umstand, dass die Zusammenschaltungsanordnung durch Verwaltungsakt ergeht, steht dem nicht entgegen. Der Regulierungsbehörde steht es im Grundsatz frei, die Wirkungen ihrer verpflichtenden Regelung in der Weise zur Disposition der Adressaten der Anordnung zu stellen, dass sie ihnen ein Kündigungsrecht einräumt. Dies widerspricht in den Fällen, in denen das Kündigungsrecht unter näher festgelegten Voraussetzungen ausgeübt werden kann, nicht dem Wesen des Verwaltungsaktes, weil dieser ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis anordnet, dem Kündigungsrechte nicht fremd sind.

Das Telekommunikationsgesetz enthält keine Bestimmungen, nach denen die Anordnung von Kündigungsrechten ausgeschlossen ist. Soweit die Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 35 Abs. 2 Satz 1 TKG auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein und einen gleichwertigen Zugang zu den Kommunikationsnetzen gewähren muss, hindert dies nicht die Anordnung von Kündigungsrechten. Ein Ausschluss von Kündigungsrechten folgt auch nicht aus Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 90/387/EWG der Richtlinie des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) - ONP-Rahmenrichtlinie - (ABl EG Nr. L 192 S. 1), dem die Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 35 Abs. 2 Satz 2 TKG entsprechen muss. Nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der ONP-Rahmenrichtlinie dürfen die Bedingungen des Netzzugangs - außer wegen grundlegender Anforderungen im Rahmen des Gemeinschaftsrechts - u.a. den Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen nicht einschränken. Das schließt die Anordnung von Kündigungsrechten ebenso wenig aus wie der Anspruch auf angemessene und effiziente Zusammenschaltung nach Art. 3 Abs. 2 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 den offenen Netzzugang (ONP) - Zusammenschaltungsrichtlinie - (ABI EG L 199 S. 32) und das Gebot des Art. 9 Abs. 1 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie, eine adäquate Zusammenschaltung im Interesse der Nutzer zu fördern und zu sichern (vgl. Röhl, a.a.O. S. 239 f.).

c) Die Klägerin konnte die Anordnung der von ihr vermissten Kündigungsrechte gleichwohl nicht beanspruchen.

aa) Weder das Telekommunikationsgesetz noch das Europäische Gemeinschaftsrecht verliehen der Klägerin einen Anspruch auf Anordnung dieser Rechte.

Das Telekommunikationsgesetz und das Europäische Gemeinschaftsrecht enthalten normative Vorgaben, denen die Regulierungsbehörde bei der Festlegung der Bedingungen der Zusammenschaltung Rechnung zu tragen hat. Diese Bestimmungen begründen keinen Anspruch auf Anordnung von Kündigungsrechten zugunsten der Klägerin. Dies gilt nicht nur für das Gebot des § 37 Abs. 3 Satz 3 TKG, die Zusammenschaltungsanordnung nach den Maßstäben des § 35 Abs. 2 Satz 1 TKG auszurichten. Auch die ONP-Rahmenrichtlinie enthält keine Bestimmung, aus der sich ein Anspruch auf Anordnung von Kündigungsrechten ergeben könnte. Die nach Art. 3 Abs. 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie bestehende Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, eine angemessene und effiziente Zusammenschaltung sicherzustellen, verlieh der Klägerin schon deshalb keinen Anspruch auf Anordnung von Kündigungsrechten, weil das Gebot den Interessen derjenigen zu dienen bestimmt ist, die die Zusammenschaltung nachfragen, nicht aber den Interessen der in Anspruch genommenen Netzbetreiber. Entsprechendes galt für die Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörde, eine adäquate Zusammenschaltung zu fördern und zu sichern (Art. 9 Abs. 1 Satz 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie).

Ein Anspruch auf Anordnung folgte auch nicht daraus, dass die begehrten Kündigungsrechte in dem von der Klägerin unterbreiteten Vertragsangebot enthalten waren. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Regulierungsbehörde nicht gehalten, die Modalitäten des von dem um Zusammenschaltung nachgesuchten Betreiber

unterbreiteten Vertragsangebots anzuordnen, soweit diese nicht gegen die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG verstoßen. Die Anordnungsbefugnis in § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG beschränkt sich nicht auf eine Ermächtigung zur Kontrolle des Vertragsangebots. Dem unterbreiteten Angebot kommt im Rahmen des § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG nur insoweit rechtliche Bedeutung zu, als die Zusammenschaltungsanordnung voraussetzt, dass Verhandlungen über die Zusammenschaltung auf der Grundlage eines nach § 36 Satz 1 TKG vorzulegenden Vertragsangebots gescheitert sind. Haben die Verhandlungen zu keinem positiven Ergebnis geführt, ist die Regulierungsbehörde verpflichtet, ohne Bindung an das Vertragsangebot die Zusammenschaltung anzuordnen. Wie bereits erwähnt, dient die Zusammenschaltungsanordnung der Durchsetzung der Verhandlungspflicht nach § 36 TKG, nicht des Anspruchs auf Netzzugang nach § 35 TKG, der im Gegensatz zu der jedem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auferlegten Verhandlungspflicht nach § 36 TKG nur marktbeherrschende Netzbetreiber trifft.

Die Klägerin konnte die Anordnung der Kündigungsrechte auch nicht deshalb beanspruchen, weil die von der Regulierungsbehörde bei der Festlegung der Bedingungen der Zusammenschaltung vorzunehmende Abwägung nur im Fall der Anordnung fehlerfrei gewesen wäre. Die Regulierungsbehörde hat bei Erlass der Zusammenschaltungsanordnung eine umfassende und komplexe Abwägung vorzunehmen, bei der sie die zum Teil gegenläufigen privaten und öffentlichen Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen hat. Dies folgt bereits aus der Funktion der Zusammenschaltungsanordnung, die Verhandlungspflicht durchzusetzen und an die Stelle der vorrangig angestrebten privatautonomen Vereinbarung zu treten. Art. 9 Abs. 5 Satz 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie steuert die Abwägung in der Weise, dass die Beilegung des Streits zwischen Netzbetreibern über die Zusammenschaltung durch die Regulierungsbehörde einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien zum Ergebnis haben muss. Die von der Regulierungsbehörde zu berücksichtigenden Gesichtspunkte sind beispielhaft in Art. 9 Abs. 5 Satz 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie aufgeführt. Sie hat insbesondere die Interessen der Nutzer und die unternehmerische Freiheit jedes Netzbetreibers zur Gestaltung seines Telekommunikationsnetzes zu berücksichtigen (vgl. auch § 9 Abs. 4 NZV).

Bei der Herstellung eines fairen und damit angemessenen Ausgleichs der unterschiedlichen Belange ist auch ein berechtigtes Interesse des auf Zusammenschaltung in Anspruch genommenen Netzbetreibers an einer Beendigung des angeordneten Zusammenschaltungsverhältnisses zu berücksichtigen. Ein darauf gerichtetes Begehren ist berechtigt, wenn die Beendigung des Zusammenschaltungsverhältnisses zum Schutz der Belange des Betreibers erforderlich ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Tatsachen vorliegen, bei deren Berücksichtigung die Fortdauer des Zusammenschaltungsverhältnisses dem Netzbetreiber nicht zugemutet werden kann, wie bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen des Zusammenschaltungspartners. Besteht ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Zusammenschaltungsverhältnisses, ist die Regulierungsbehörde aber nicht stets verpflichtet, Kündigungsrechte anzuordnen. Dem Anliegen kann auch auf andere Weise Genüge getan werden, wenn dadurch die berechtigten Belange des Betreibers ausreichend geschützt werden.

Nach dem Gesagten konnte die Klägerin die Anordnung der von ihr beehrten Kündigungsrechte nicht beanspruchen. Soweit sie das in Ziffer 24.3 Satz 1 ihres Vertragsangebots enthaltene Kündigungsrecht aus "wichtigem Grund" beehrte, bedurfte es der Anordnung nicht. Das durch die Zusammenschaltungsanordnung begründete privatrechtliche Vertragsverhältnis unterlag den bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen für Dauerschuldverhältnisse. Es konnte deshalb nach der Rechtsprechung aus wichtigem Grund, etwa bei schwerwiegenden Leistungsstörungen, ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 1964 - 7 ZR 5/63 - BGHZ 41, 104 <108>; Urteil vom 11. Dezember 1981 - 5 ZR 247/80 - BGHZ 82, 354 <359>; vgl. zur geltenden Rechtslage § 314 BGB). Die Zusammenschaltungsanordnung schloss dieses Kündigungsrecht nicht aus.

Die Klägerin konnte auch nicht mit Erfolg die Anordnung des in Ziffer 24.3 Satz 2 ihres Vertragsangebots enthaltenen Kündigungsrechts begehren. Nach dieser Regelung sollte ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bestehen, wenn der Zusammenschaltungspartner mit einem nicht unerheblichen Teil des von ihm geschuldeten fälligen unbestrittenen Entgelts zwei aufeinander folgende Monate in Verzug geraten war. Auch ohne die Anordnung dieses Rechts war den einschlägigen berechtigten Interessen der Klägerin in der Zusammenschaltungsanordnung ausreichend Rech-

nung getragen. So stand die Zusammenschaltungsanordnung nach Nr. 7 Buchst. b ihres Tenors unter dem Vorbehalt des Widerrufs, wenn die Beigeladene ihrer Pflicht zur Leistung des von ihr geschuldeten Entgeltes in unzumutbarer Weise nicht oder nicht rechtzeitig nachkam. Nach Ziffer 17.5 Abs. 3 Satz 1 des Vertragsangebots, die Gegenstand der Zusammenschaltungsanordnung geworden war, war die Klägerin berechtigt, sämtliche Leistungen aus der Anordnung zu verweigern, wenn die Beigeladene mit einem nicht unerheblichen Teil des von ihr zu entrichtenden fälligen unbestrittenen Entgeltes in Verzug geriet. Durch diese Regelung und den Widerrufsvorbehalt war die Klägerin ausreichend vor Pflichtverletzungen der Beigeladenen im Zusammenhang mit der ihr obliegenden Entgeltleistungspflicht geschützt. Es kann deshalb dahinstehen, ob sich die Klägerin in Fällen, in denen die Beigeladene ihrer Pflicht zur Entgeltleistung nicht oder nicht ausreichend nachkam, auch auf das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen hätte berufen können.

Die Klägerin hatte auch keinen Anspruch auf Anordnung der anderen von ihr begehrten Kündigungsrechte. Soweit diese Rechte nicht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft waren, wie in Ziffer 12 Abs. 3 und Abs. 4 sowie in Ziffer 24.2 Abs. 1 des Vertragsangebots, schied ein Anspruch auf Anordnung schon deshalb aus, weil diese voraussetzungslosen Rechte dem Zweck der Zusammenschaltungsanordnung zuwiderliefen. Davon abgesehen waren die Kündigungsrechte auch nicht zum Schutz der berechtigten Interessen der Klägerin erforderlich. Dies gilt auch für das Kündigungsrecht nach Ziffer 24.2 Abs. 2 des Vertragsangebots.

bb) Die Regulierungsbehörde war auch nicht von Verfassungen wegen gehalten, die begehrten Kündigungsrechte anzuordnen.

(1) Die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) erforderte nicht die Anordnung solcher Rechte.

Die Zusammenschaltungsanordnung griff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit ein. Eine hoheitliche Maßnahme, die zur Folge hat, dass der Adressat zu einem bestimmten seine berufliche Betätigung betreffenden, ökonomisch relevanten Verhalten angehalten wird, stellt einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG

verbürgte Berufsausübungsfreiheit dar (vgl. Urteil vom 25. April 2001 - BVerwG 6 C 6.00 - BVerwGE 114, 160 <190> m.w.N.).

Der Eingriff war gerechtfertigt. Beschränkungen der Berufsausübung sind mit der Verfassung materiell vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen. Das war hier der Fall. Die Ermächtigung zum Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung beruht auf sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls. Die Zusammenschaltungsanordnung dient der Herstellung der Verbindung zweier Telekommunikationsnetze, um den an den Netzen angeschlossenen Nutzern die Telekommunikation untereinander zu ermöglichen. Angesichts der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Bedeutung einer über einzelne Telekommunikationsnetze hinausgehenden Kommunikationsmöglichkeit ist nicht zweifelhaft, dass Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit im Interesse der Herstellung einer solchen Möglichkeit zur Kommunikation auf sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruhen.

Der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erwies sich auch als verhältnismäßig. Die Zusammenschaltungsanordnung war zur Erreichung des aufgezeigten Zwecks geeignet und erforderlich. Auch ohne Anordnung der erstrebten Kündigungsrechte stand der Eingriffszweck der Zusammenschaltungsanordnung in einem angemessenen Verhältnis zur Intensität der Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit. Die Grenze der Zumutbarkeit war bereits deshalb gewahrt, weil den berechtigten Interessen der Klägerin an einer Beendigung des Zusammenschaltungsverhältnisses auch ohne Anordnung von Kündigungsrechten aus den aufgezeigten Gründen Rechnung getragen war.

(2) Die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) verlangte ebenfalls nicht die Anordnung der in Rede stehenden Rechte. Eine Verletzung der Eigentumsgarantie scheidet auch unter der Voraussetzung aus, dass in der Zusammenschaltungsanordnung eine Beschränkung der eigentumsrechtlichen Verfügungsfreiheit der Klägerin gesehen werden sollte. Sollte dies der Fall sein, ließe sich der Verzicht auf die Anordnung der Kündigungsrechte mit denselben Erwägungen rechtfertigen, die auch den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit legitimieren.

2. Die Klägerin kann auch dann nicht die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Nichtanordnung der Kündigungsrechte verlangen, wenn angenommen wird, dass die Zusammenschaltungsanordnung einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Anspruch auf Anordnung der in Rede stehenden Regelung wäre unter dieser Voraussetzung nur dann in Betracht gekommen, wenn ein etwa bestehendes "Regulierungsermessen" insoweit "auf Null" reduziert war. Das war hingegen nicht der Fall. Die Erwägungen, die bei uneingeschränkter gerichtlicher Überprüfung einen Anspruch ausschlossen, stehen auch der Annahme entgegen, dass nur die Anordnung der Kündigungsrechte ermessensfehlerfrei war.

Der Senat ist gehindert, darüber zu entscheiden, ob die Ablehnung der Anordnung - unabhängig von dem Nichtbestehen eines Anspruchs auf Anordnung - ermessensfehlerhaft war und die Beklagte deshalb i.S. von § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO verpflichtet war, über die Frage, ob Kündigungsrechte angeordnet werden sollen oder nicht, erneut zu entscheiden. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich klargestellt, dass sie ausschließlich einen ehemaligen Anspruch auf Einfügung von Kündigungsrechten zu ihren Gunsten zur Überprüfung stellen möchte, nicht aber einen etwaigen Beurteilungsfehler im Fall des Bestehens eines Entscheidungsspielraums der Regulierungsbehörde. Daran ist der Senat gebunden. Zwar enthält ein Verpflichtungsantrag regelmäßig auch den in dieselbe Richtung zielenden und nur inhaltlich hinter der erstrebten Verpflichtung zurückbleibenden Antrag auf Neubescheidung. Das muss auch für einen Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsanspruch gelten. Ebenso aber, wie es der Dispositionsbefugnis des Klägers unterfällt, statt der Verpflichtung zum Erlass eines Verwaltungsaktes nur die Verpflichtung zur Neubescheidung zu begehren (vgl. Urteil vom 28. März 1968 - BVerwG 8 C 22.67 - BVerwGE 29, 239 <243>; Urteil vom 2. Mai 1984 - BVerwG 8 C 94.82 - BVerwGE 69, 198 <201>), ist er berechtigt, mit Bindungswirkung für das Gericht seinen Antrag auf einen Verpflichtungsausspruch zu beschränken und im Fall des Bestehens eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums einen Bescheidungsausspruch auszuschließen. Entsprechendes gilt für den Fall der Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage.



3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 155 Abs. 2 und § 161 Abs. 3 VwGO.

Bardenhewer

Hahn

Graulich

Vormeier

Rennert

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren bis zur teilweisen Rücknahme der Revision auf 12 800 € festgesetzt, für die Zeit danach auf 6 400 € (§ 14 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 1 GKG).

Bardenhewer

Hahn

Vormeier

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1
TKG	§ 35 Abs. 2, §§ 36, 37
Netzzugangsverordnung	§ 9 Abs. 5
ONP-Rahmenrichtlinie	Art. 3 Abs. 2
Zusammenschaltungsrichtlinie	Art. 3 Abs. 2, Art. 9 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 Satz 2

Stichworte:

Telekommunikation; Zusammenschaltungsanordnung; Bedingungen der Zusammenschaltung; hoheitlich angeordneter Vertrag; Kündigungsrechte; Berufsausübungsfreiheit; Eigentumsfreiheit.

Leitsätze:

1. Die Anordnung der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen i.S. von § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG begründet zwischen den beteiligten Netzbetreibern ein privatrechtliches Schuldverhältnis.

2. Die Regulierungsbehörde ist nur dann verpflichtet, in die Zusammenschaltungsanordnung Kündigungsrechte aufzunehmen, wenn dies im Interesse eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen der beteiligten Netzbetreiber unter Berücksichtigung der Interessen der Nutzer erforderlich ist. Ein Kündigungsrecht darf dem Zweck der Zusammenschaltungsanordnung nicht zuwiderlaufen.

Urteil des 6. Senats vom 31. März 2004 - BVerwG 6 C 11.03

I. VG Köln vom 24.02.2003 - Az.: VG 1 K 809/00 -