Staatliche Regulierung durch Privatrechtsgestaltung am Beispiel einer Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen im Telekommunikationsrecht

Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doctor iuris

genehmigt von der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften
der Technischen Universität Chemnitz

Vorgelegt von Katja Kiebs

Geboren am 22.01.1976 in Wurzen

Eingereicht am 21.03.2005

Tag der Verteidigung: 13.07.2005

Gutachter:

Prof. Dr. Ludwig Gramlich

Prof. Dr. Matthias Niedobitek

Prof. Dr. Thomas Zerres

Inhaltsverzeichnis

Seite

Inhaltsverzeichnis II

Literaturverzeichnis XIX

Abkürzungsverzeichnis XXVII

Einleitung 1

A. Untersuchungsgegenstand: Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb und Markt 1

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes 3

C. Gang der Untersuchung 6

Teil 1: Überblick über gesetzliche Grundlagen 8

A. Europarechtliche Vorgaben für das Telekommunikationsrecht der Mitgliedsstaaten 8

I. Beginn der Liberalisierung auf dem europäischen Telekommunikationsmarkt 8

II. Kommunikationsrecht der EG von 1990 bis 2002 11

1. Ergänzung des seit 1987 geschaffenen Rahmens im Telekommunikationsbereich 11

2. Liberalisierung und Harmonisierung durch Richtlinien der Kommission 13

a) Marktöffnung und Liberalisierung 13

b) Marktöffnung und Harmonisierung 14

c) Weitere Richtlinien 17

III. Kommunikationsbericht 1999 18

IV. Neuer Rechtsrahmen der EU für das Telekommunikationsrecht der Mitgliedsstaaten 20

1. Rahmenrichtlinie 20

2. Genehmigungsrichtlinie 21

3. Zugangsrichtlinie 22

a) Allgemeines 22

b) Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen (Art. 8) 23

c) Transparenzverpflichtung (Art. 9) und Gleichbehandlungsverpflichtung (Art. 10) 24

d) Verpflichtung zur getrennten Buchführung (Art. 11) 25

e) Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung (Art. 12) 25

f) Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung (Art. 13) 27

4. Universaldienstrichtlinie 28

a) Allgemeines 28

b) Überprüfung der Verpflichtungen (Art. 16) 29

c) Regulierungsmaßnahmen (Art. 17) 30

5. Zusammenfassung 31

B. Das deutsche Telekommunikationsrecht 33

I. Rechtslage vor Inkrafttreten des TKG 1996 33

1. Entstehung und Entwicklung des Telekommunikationsrechts 33

2. Postreform I 1989 35

3. Postreform II 1994 36

4. Postreform III - Gesetzgebungsverfahren zum TKG 1996 37

II. Telekommunikationsgesetz 1996 und in diesem Zusammenhang erlassene Verordnungen 39

1. Der Verfassungsauftrag des Art. 87f GG als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Telekommunikationsgesetzes 39

a) Infrastrukturgewährleistung (Art. 87f I GG) 40

b) Trennungsprinzip (Art. 87f II GG) 42

c) Verwaltungskompetenzen des Bundes 43

2. Begriff der Regulierung und Regulierungsziele des TKG 1996 43

a) Begriff der Regulierung 44

b) Regulierungsziele 46

3. Mittel der Regulierung im TKG 1996 47

a) Lizenzpflicht 47

b) Universaldienstleistungen 48

c) Entgeltregulierung 49

d) Offener Netzzugang und Zusammenschaltung 49

4. Entgeltregulierung im TKG 1996 50

a) Rechtsgrundlagen der Entgeltregulierung 50

b) Regulierung von Entgelten 52

c) Anwendungsbereich 53

d) Maßstäbe der Entgeltregulierung (§ 24 TKG 1996) 55

aa) Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung 55

bb) Verbot von Aufschlägen (§ 24 II Nr. 1 TKG 1996) 57

cc) Verbot von Abschlägen (§ 24 II Nr. 2 TKG 1996) 58

dd) Diskriminierungsverbot (§ 24 II Nr. 3 TKG 1996) 59

ee) Der sachlich gerechtfertigte Grund 59

e) Entgeltregulierungsverfahren (§§ 25 ff. TKG 1996) 61

aa) Beschränkung auf marktbeherrschende Unternehmen 61

bb) Regulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 62

cc) Voraussetzungen der Vorab-Entgeltregulierung (§ 25 I TKG 1996) 64

dd) Nachträgliche Entgeltregulierung (§ 25 II TKG 1996) 67

ee) Entgeltregulierung bei Gewährung eines Netzzugangs und bei Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung 68

aaa) Allgemeines 68

bbb) Problemdarstellung 70

ccc) Auffassung der Rechtsprechung 70

ddd) Argumente der Literatur 72

eee) Eigene Auffassung und Ergebnis 73

ff) Preisbestimmung für Universaldienstleistungen 74

5. Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) 74

a) Allgemeines 74

b) Einzelgenehmigungsverfahren 76

c) Price-Cap-Verfahren 82

d) Sonstige Bestimmungen 85

6. Telekommunikations-Kundenschutzverordnung 86

a) Nichtdiskriminierung (§ 2 TKV) 86

b) Vereinbarung von Leistungen ohne Entgeltgenehmigung (§ 30 TKV) 87

7. Universaldienstleistungsverordnung (§ 2 TUDLV) 87

8. Netzzugangsverordnung (§§ 6, 9 NZV) 88

a) Vorlagepflicht und Veröffentlichungsmodalitäten 89

b) Regelungen der Zusammenschaltungspflicht 92

III. Telekommunikationsgesetz 2004 94

Teil 2: **Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte** 97

A. Die Entgeltgenehmigung als Verwaltungsakt 97

I. Der Verwaltungsakt 97

1. Hoheitliche Maßnahmen 97

2. Maßnahmen einer Behörde 97

3. Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts 98

4. Regelung 98

5. Regelung eines Einzelfalles 99

6. Außenwirkung 99

II. Die Qualifizierung der Entgeltregulierungsinstrumente als Verwaltungsakte 100

1. Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 100

a) Die Entgeltgenehmigung als hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts 101

b) Die Entgeltgenehmigung als Reglung eines Einzelfalles mit Außenwirkungen 102

2. Die weiteren Entgeltregulierungsinstrumente und ihre Einordnung als Verwaltungsakte 103

3. Grundgebot bzw. AGB-Pflicht 105

B. Die Kategorien des Verwaltungsakts 107

I. Allgemeine Unterteilungen der Verwaltungsakte 107

1. Kontrollerlaubnis und Ausnahmebewilligung 107

a) Inhalt der Kontrollerlaubnis und Beispiele 108

b) Inhalt der Ausnahmebewilligung und Beispiele 109

2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte 110

3. Feststellende Verwaltungsakte..... 111

4. Befehlende Verwaltungsakte..... 112

5. Gestaltende, insbesondere privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte. 113

a) Allgemeines..... 113

b) Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte 115

c) Historie und Begriffe des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts 115

d) Grundtypen und Einteilung der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte..... 118

aa) Allgemeines..... 118

bb) Allein- und mitgestaltende unmittelbare Verwaltungsakte 118

cc) Unterscheidung der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte nach dem Gegenstand ihrer Einwirkung 121

aaa) Allgemeines 121

bbb) Eigentumsgestaltende oder zuordnungsgestaltende Verwaltungsakte 123

ccc) Vertragsgestaltende oder schuldrechtsgestaltende Verwaltungsakte 124

ddd) Verbandsgestaltende Verwaltungsakte 127

dd) Beispiele für privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte..... 128

Exkurs: Andere Hoheitsakte mit privatrechtsgestaltender Wirkung.. 129

II. Entgeltgenehmigungen des Telekommunikationsgesetzes im Lichte der allgemeinen Kategorien der Verwaltungsakte 130

1. Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 130

a) Kontrollerlaubnis oder Ausnahmebewilligung? 130

b) Die Entgeltgenehmigung als begünstigender oder belastender Verwaltungsakt 134

c) Die Entgeltgenehmigung als feststellender, befehlender oder gestaltender Verwaltungsakt? 136

d) Die Entgeltgenehmigung als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt 138

aa) Allgemeines 138

bb) Unmittelbarkeit der Entgeltgenehmigung 139

cc) Allein- oder mitgestaltende Entgeltgenehmigung? 141

dd) Vertrags- bzw. schuldrechtsgestaltende Entgeltgenehmigung .. 141

2. Weitere Entgeltregulierungsinstrumente und ihre Einordnung in die allgemeinen Kategorien der Verwaltungsakte 145

a) Widerspruch gemäß § 23 I TKG 1996 145

b) Untersagungsanordnung und Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 TKG 1996 148

III. Verwaltungsakt und Entgeltgenehmigung als Regulierungsinstrumente im Wirtschaftsverwaltungsrecht 151

1. Das Telekommunikationsrecht als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts 151

a) Gliederung und Umfang des Wirtschaftsverwaltungsrechts 152

b) Zwecke der Wirtschaftsverwaltung 153

c) Telekommunikationsrecht und Wirtschaftsverwaltung 154

2. Die Kontrollerlaubnis im Wirtschaftsverwaltungsrecht 156

a) Allgemeines 156

b) Anzeigepflichten 156

c) Verbote mit Befreiungsvorbehalt (Ausnahmebewilligung) 157

d) Verbote mit Erlaubnisvorbehalt (Kontrollerlaubnis) 158

3. Wirtschaftsverwaltungsakte im Allgemeinen 160

a) Gewerbeordnung 160

b) Gewerbenebenrecht 162

aa) Gaststättenrecht 163

bb) Handwerksrecht 164

cc) Verkehrsgewerberecht 165

c) Energiewirtschaftsrecht 168

d) Außenwirtschaftsverwaltungsrecht 174

4. Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Wirtschaftsverwaltungsrecht 179

a) Allgemeines 179

b) Modellfall und Weiterentwicklung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts im Wirtschaftsverwaltungsrecht 180

c) Gliederung der privatrechtsgestaltenden Wirtschaftsverwaltungsakte 181

d) Beispiele 182

aa) § 23 PostG 182

bb) § 39 PBefG 185

cc) §§ 3, 31 AWG und weitere Regelungen 186

dd) Wirtschaftsverwaltungsakte mit nur mittelbarer privatrechtsgestaltender Wirkung 187

ee) Zusammenfassung 188

5. Die Entgeltgenehmigungen des Telekommunikationsgesetzes als privatrechtsgestaltende Wirtschaftsverwaltungsakte 189

a) Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 28 TKG 1996 190

b) Weitere Entgeltregulierungsinstrumente und ihre Einordnung als Verwaltungsakte des Wirtschaftsverwaltungsrechts 191

aa) Der Widerspruch gemäß § 23 TKG 1996 191

bb) Untersagungsanordnung und Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 TKG 1996 194

C. Die Wirkungen des Verwaltungsakts, insbesondere seine Rückwirkung 198

I. Verwaltungsakte und ihre Wirkungen 198

1. Bindungswirkung 199

2. Tatbestands- und Feststellungswirkung 200

a) Tatbestandswirkung 201

b) Feststellungswirkung 202

3. Sonstige Wirkungen der Verwaltungsakte 203

4. Einwirkungen auf die Grundrechte der Beteiligten 205

a) Allgemeines 205

b) Das Gleichheitsgebot gemäß Art. 3 I GG 207

c) Berufsfreiheit und Unternehmerfreiheit gemäß Art. 12 I GG 209

d) Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 I GG 212

e) Allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG 215

f) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 216

g) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Individual- und Maßnahmegesetzen 216

aa) Individualgesetze 216

bb) Maßnahmegesetze 217

h) Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes 217

5. Die Wirkungen der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte 218

II. Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen 219

1. Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten 219

a) Zulässigkeit eines Verwaltungsakts 220

b) Die formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts 221

c) Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts 221

2. Bestandskraft eines Verwaltungsakts 222

a) Die äußere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts 223

b) Die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts 224

c) Auseinanderfallen von äußerer und innerer Wirksamkeit eines Verwaltungsakts 224

3. Besonderheiten beim privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt 225

4. Andere Gestaltungen 226

III. Rückwirkung verschiedener Rechtsakte, insbesondere von Verwaltungsakten 228

1. Allgemeines 228

2. Rückwirkung von Rechtsnormen 229

a) Die echte Rückwirkung und ihre Behandlung 230

b) Die unechte Rückwirkung und ihre Behandlung 231

c) Beispiele 231

3. Rückwirkung im Zivilrecht 235

a) Privatautonomie 235

aa) Allgemeines 235

bb) Vertragsfreiheit 236

cc) Abschlussfreiheit und Kontrahierungszwang 237

dd) Freiheit der inhaltlichen Gestaltung 238

b) Rückwirkung von Genehmigungen nach § 184 BGB 238

aa) Allgemeines 238

bb) Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Genehmigungen 240

4. Rückwirkung im Verfahrensrecht 241

a) Rückwirkung von Verfahrensgesetzen, der Heilung fehlerhafter Prozesshandlungen und der Berichtigung eines Urteils 241

b) Rückwirkung der Zustellung eines Schriftstückes 242

c) Rückwirkung der Zustellung eines Mahnbescheides 242

d) Rückwirkung der Änderung der ständigen Rechtsprechung 243

5. Rückwirkung von Verwaltungsakten 244

a) Rückwirkung der Verwaltungsakte im Allgemeinen 244

b) Rückwirkung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte 246

aa) Allgemeines 246

bb) Rückwirkung von Genehmigungen zu einseitigen Rechtsgeschäften 247

cc) Rechtsprechung 249

aaa) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 249

α) Entscheidung zu § 12a BTOElt a. F. 249

β) Rückwirkende Feststellung des Verlustes der Besoldung 251

γ) Rückwirkende Erhöhung von Pflegesätzen 252

δ) Grundsätzliche Zulässigkeit der Rückwirkung von Verwaltungsakten 253

bbb) Entscheidungen anderer Gerichte 253

IV. Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen..... 256

1. Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen aus zivilrechtlicher Sicht..... 257

a) Zivilrechtliche Grundlagen der Rückwirkung 257

aa) Die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts 257

bb) Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB 258

cc) Die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 139 BGB..... 262

dd) Die bereicherungsrechtlichen Regelungen der §§ 812 ff. BGB . 264

b) Die Folgen der Rückwirkung für das genehmigte privatrechtliche Rechtsgeschäft..... 266

2. Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung aus verwaltungsrechtlicher Sicht..... 267

3. Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung aus telekommunikationsrechtlicher Sicht..... 269

a) Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung mit Blick auf § 29 TKG.. 269

aa) Anwendbarkeit des § 29 TKG auf Vereinbarungen nicht genehmigter Entgelte 269

aaa) Vollständige Unwirksamkeit der Verträge..... 270

bbb) Keine Anwendung des § 29 TKG..... 271

ccc) Unwirksamkeit nur der Entgeltvereinbarung 271

bb) Schicksal der Leistungspflichten und Rückwirkung 272

aaa) Keine vertraglichen Leistungspflichten 272

bbb) Kein Vergütungsanspruch, aber Leistungspflicht 273

ccc) Schwebende Unwirksamkeit des gesamten Vertrages 274

cc) Kritik und eigene Stellungnahme..... 275

b) Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen mit Blick auf § 30 TKV 275

c) Rückwirkung der Entgeltgenehmigung im telekommunikationsrechtlichen Normengefüge 276

aa) Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Entgeltregulierungsvorschriften 277

aaa) Wortlaut 277

bbb) Sinn und Zweck 277

ccc) Systematik des TKG 278

bb) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz 279

cc) Ziele der Regulierung 282

4. Entwicklung der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen 283

a) Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde 284

aa) Endgültige Entgeltgenehmigungen 284

bb) Vorläufige Entgeltgenehmigungen 286

b) Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Köln 287

aa) Entscheidungen in einstweiligen Verfügungsverfahren 287

bb) Entscheidungen in Hauptverfahren 289

c) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster 290

aa) Ex-ante-Regulierung von Amts wegen (Zugang zur Teilnehmer-Anschlussleitung) 290

bb) Regelungsinhalt der Zusammenschaltungsanordnung bei gescheiterter Zusammenschaltungsvereinbarung 291

cc) Vertragliche Leistungspflicht des Marktherrschers und Rückwirkung der Entgeltgenehmigung 292

d) Entscheidung des BVerwG 299

e) Zusammenfassung 301

Teil 3: Entgeltregulierung nach dem TKG 2004 und zu Grunde liegende europa- und verfassungsrechtliche Grundlagen 302

A. Neue europarechtliche Vorgaben für die Entgeltregulierung 302

I. Vorgaben nach dem Richtlinienpaket 2002 302

1. Zugangsrichtlinie 302

2. Universaldienstrichtlinie 304

II. Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts 305

B. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Entgeltregulierung 308

I. Allgemeines 308

II. Vorbehalt des Gesetzes 309

III. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 310

IV. Bestimmtheitsgebot 310

1. Bestimmtheit bei Erlass von Verwaltungsakten 311

2. Parlamentsvorbehalt 313

C. Umsetzungsverpflichtung, -spielraum und -bedarf 314

I. Allgemeines 314

1. Umsetzungsverpflichtung 314

2. Umsetzungsspielraum 315

3. Umsetzungsbedarf 315

II. Vorleistungsmarkt und Zugangsrichtlinie 317

III. Endkundenmarkt und Universaldienstrichtlinie 319

D. Die neue deutsche Telekommunikationsentgeltregulierung nach dem TKG 2004 321

I. Entwicklung des TKG 2004 vom Arbeitsentwurf zum Gesetz 321

II. Vorschriften zur Entgeltregulierung 324

1. Die Entgeltregulierung nach dem TKG 2004 324

a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften (§§ 27 bis 29 TKG 2004) 324

b) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen (§§ 30 bis 38 TKG 2004) 326

aa) Überblick 326

bb) Genehmigungspflicht für Zugangsentgelte marktbeherrschender Anbieter 327

cc) Nachträgliche Entgeltregulierung bei marktmächtigen Anbietern 328

dd) Nachträgliche Entgeltregulierung bei Teilnehmernetzbetreibern 329

c) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen (§ 39 TKG 2004) 329

2. Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf vom 15. Oktober 2004 330

a) Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit 330

b) Vermittlungsausschuss 332

3. Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf vom 30. April 2004 333

a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften 333

b) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen 334

c) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen 336

4. Änderungen gegenüber dem Arbeitsentwurf vom Februar 2003 336

a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften 336

b) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen 337

c) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen 339

5. Änderungen gegenüber den Regelungen des TKG 1996 340

a) Überblick 340

b) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften 341

c) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen 342

d) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen 344

III. Vereinbarkeit mit europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben 345

1. Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben 345

2. Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben 346

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen 346

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen auf Grund gerichtlicher Entscheidungen 348

3. Eigene Auffassung und Kritik 351

IV. Vereinbarkeit der Entgeltregulierungsvorschriften des TKG 2004 mit allgemeinen zivilrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und telekommunikationsrechtlichen Grundsätzen sowie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen 353

1. Vereinbarkeit mit zivilrechtlichen Grundsätzen 353

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen 353

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen bei gerichtlicher Entscheidung 354

2. Vereinbarkeit mit verwaltungsrechtlichen Grundsätzen 355

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen 355

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen bei gerichtlicher Entscheidung 355

3. Vereinbarkeit mit telekommunikationsrechtlichen Grundsätzen 357

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen 357

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen bei gerichtlicher Entscheidung 357

4. Entgeltregulierungsvorschriften des TKG 2004 im Lichte der Rechtsprechung des BVerwG 358

a) Bewertung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts 358

b) Umsetzung im neuen Telekommunikationsrecht 360

c) Korrektur der Entgeltregulierungsvorschriften durch das TKG 2004 362

Zusammenfassung 363

Lebenslauf

Literaturverzeichnis

Arndt, Hans-Wolfgang, in: Steiner, Udo (Hrsg.); Besonderes Verwaltungsrecht; 5. Auflage, Heidelberg 1995

Bechthold, Reiner; Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar; 3. Auflage, München 2002

Bengel, Manfred; Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt, Diss., Würzburg 1968

Bieneck, Klaus (Hrsg.); Handbuch des Außenwirtschaftsrechts einschließlich Kriegswaffenkontrollrecht, 1. Auflage, Münster 1998

Börnsen, Arne; Das Telekommunikationsgesetz 1996 – Entwicklungen und Hintergründe, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 1996, 323 ff.

Britz, Gabriele; Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie und Umsetzung ins deutsche Recht, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1997, 334 ff.

Brockhaus Enzyklopädie, Deutsches Wörterbuch, Bd. 28, 19. Auflage, Mannheim 1995

Buchholz, Rainer; System des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 1. Auflage, Baden-Baden 1997

Buchner, Herbert/Becker, Ulrich; Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz, Kommentar; 7. Auflage, München 2003

Büchner, Wolfgang, in: Beck´scher TKG-Kommentar; 2. Auflage, München 2000

Büdenbender, Ulrich; Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln, Bd. 76; 1. Auflage, Baden-Baden 1995

Bürckner, Hermann; Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 47, Leipzig 1930

Chan, Chen-Jung; Staatliche Regulierung des konkurrentennützigen Netzzugangs im Bereich der Telekommunikation; Diss., Frankfurt am Main 2001

Di Fabio, Udo; Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, in: Juristenzeitung 1993, 689 ff.

Eisenblätter, Tanja; Regulierung in der Telekommunikation, Zum Begriff der Regulierung im TKG unter besonderer Berücksichtigung der Regulierung durch Independent Agencies in den USA; Diss., Frankfurt am Main 2000

Ellinghaus, Ulrich; TKG-Novelle und Europarecht; Probleme mit der Flexibilisierung, Eine Analyse der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben zur Marktregulierung im Regierungsentwurf, in: Computer & Recht 2004, 23 ff.

Erichsen, Hans-Uwe in: Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin 1998 und 12. Auflage, Berlin 2002

Faber, Heiko; Verwaltungsrecht; 4. Auflage, Tübingen 1995

Fischer, Reinfrid in: Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann; KWG, Kommentar zu Kreditwesengesetz und Ausführungsvorschriften; 1. Auflage; München 2000

Forsthoff, Ernst; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil; 10. Auflage, München 1973

Fromm, Günter/Fey, Michael/Sellmann, Klaus-Albrecht/Zuck, Holger; Personenbeförderungsrecht, Personenbeförderungsgesetz mit Freistellungs-Verordnung, BOKraft, Berufszugangsverordnung sowie EU-Vorschriften, Regionalisierungsgesetz und sonstigen nationalen Bestimmungen, Kommentar; 3. Auflage, München 2001

Geppert, Martin/Roßnagel, Alexander; Einführung zum TKG, in: Telemediarecht, Textausgabe; 3. Auflage, München 2001

Geppert, Martin/Ruhle, Ernst-Olav; Anforderungen an die Novellierung des TKG im Hinblick auf die Entgeltregulierung, in: Multimedia und Recht 2003, 319 ff.

Geppert, Martin/Ruhle, Ernst-Olav/Schuster, Fabian; Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation; 2. Auflage, Baden-Baden 2002

Gersdorf, Hubertus in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Stark, Christian; Das Bonner Grundgesetz; 4. Auflage, München, 2001

Gramlich, Ludwig; Postrecht im Wandel, Grundzüge der neuen Regelungen im Postgesetz 1997 und in der EG-Postrichtlinie, 1. Auflage, Chemnitz 1999

Gramlich, Ludwig; Entwicklungen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht: Das Telekommunikationsrecht als Modell?, in: Verwaltungsarchiv 1997, 589 ff.

Groebel, Annegret; Neuerungen im Bereich der Entgeltregulierung, in: Kommunikation & Recht-Beilage 1/2004, 18 ff.

Großkopf, Volker/Ritgen, Klaus; Entgeltregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz, in: Computer und Recht 1998, 86 ff.

Grote, Elisabeth; Telekommunikationskundenschutzverordnung, Kommentar, 1. Auflage, Heidelberg 2000

Heinrichs, Helmut, in: Palandt; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 62. Auflage, München 2003

Hofmann, Max/Grabherr, Edwin; Luftverkehrsgesetz, Kommentar; Loseblatt, München, Dezember 2002/2003

Holst, Axel; Der Prozeß der Privatisierung und Probleme der Regulierung aus Sicht des Bundesministeriums für Verkehr als oberster Regulierungsbehörde, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.); Privatisierung und staatliche Regulierung; Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk; Verwaltungsorganisation, Staatsaufgaben und Öffentlicher Dienst, Bd. 39; 1. Auflage, Baden-Baden 1997

Holznagel, Bernd/Bysikiewicz, Axel/Enaux, Chistoph/Nienhaus, Christian; Grundzüge des Telekommunikationsrechts; 1. Auflage, Münster, Hamburg, London, 2000

Hoyningen-Huene, Gerrick von/Linck, Rüdiger; Kündigungsschutzgesetz, Kommentar; 13. Auflage, München 2002

Huber, Ernst Rudolf; Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I; 2. Auflage, Tübingen 1953

Hüßtege, Rainer, in: Thomas, Heinz/Putzo, Hans; Zivilprozeßordnung, Kommentar; 24. Auflage, München 2002

Hummel, Konrad; Die vorläufige Entgeltgenehmigung beim besonderen Netzzugang, in: Computer & Recht 2000, 291 ff.

Immenga, Ulrich/Kirchner, Christian; Zur Neugestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts, Die Umsetzung des „Neuen Rechtsrahmens“ für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste der Europäischen Union in deutsches Recht, in: TKMR 2002, 340 ff.

Ipsen, Jörn; Allgemeines Verwaltungsrecht; 2. Auflage, Köln 2001

Jäger, Bernd; Postreform I und II: Die gradualistische Telekommunikationspolitik in Deutschland im Lichte der positiven Theorie staatlicher Regulierung und Deregulierung; 1. Auflage, Köln 1994

Janßen, Dietmar, in: Obermayer, Klaus; Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz; 3. Auflage, Neuwied 1999

Jarass, Hans D.; Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar unter der Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen und der TA Luft und der TA Lärm; 5. Auflage, München 2002

Just, Christoph, in: Hohmann, Harald/John, Klaus; Ausfuhrrecht, Kommentar mit EG-Dual-Use-Verordnung, EG-Ausfuhrverordnungen, Außenwirtschaftsgesetz, Außenwirtschaftsverordnung, Kriegswaffenkontrollgesetz; 1. Auflage, München 2002

Karakowka, Stefan, in: Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Außenwirtschaftsrechts, einschließlich Kriegswaffenkontrollrecht; 1. Auflage, Münster 1998

Kerkhoff, Bärbel, in: Beck´scher TKG-Kommentar; 2. Auflage, München 2000

Kiecker, Jürgen, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef; Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1; 9. Auflage, Neuwied 2001

Kleinlein, Kornelius; Die Genehmigung der Entgelte für die Gewährung von Netzzugang nach §§ 39, 25 Abs. 1 TKG, in: Westermann, Harm Peter/Mock, Klaus (Hrsg.); Festschrift für Gerold Bezzenberger, S. 673; 1. Auflage, Berlin 2000

Kleinlein, Kleinlein/Binder, Claus; Zusammenschaltungsanordnung und Entgeltregulierung, in: Multimedia und Recht 2001, 569 ff.

Klosterfelde, Walter, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef; Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1; 9. Auflage, Neuwied 2001

Klotz, Robert; Die Beurteilung des Regierungsentwurfs zum TKG aus Brüsseler Sicht, Zum Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs, in: TKMR-Tagungsband zum Workshop „Regierungsentwurf zum TKG“ am 15. Dezember 2003 in Berlin, 5 ff.

Knöchel, Harald; Die Funktion der Tarifgenehmigung nach § 12 BTO Elt, in: Recht der Energiewirtschaft 1992, 63 ff.

König, Klaus/Benz, Angelika; Zusammenhänge von Privatisierung und Regulierung, in: König, Klaus/Benz, Angelika (Hrsg.); Privatisierung und staatliche Regulierung; Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk; Verwaltungsorganisation, Staatsaufgaben und Öffentlicher Dienst, Bd. 39; 1. Auflage, Baden-Baden 1997

Koenig, Christian/Braun, Jens-Daniel; Element Based Charging Ante Portas: Die Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte am Scheideweg, in: Multimedia und Recht 2001, 563 ff.

Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas; Sektorspezifische Regulierung im neuen Telekommunikationsrecht – Umsetzungsspielräume, verfassungsrechtliche Vorgaben und Verfahrensgestaltung, in: Kommunikation & Recht- Beilage 2/2003, 2 ff.

Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar; 7. Auflage, München 2000

Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger; Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar; 12. Auflage, München 2000

Kramer, Ernst A., in: Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.); Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil; 4. Auflage, München 2001

Kroeber, Wilhelm; Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes; Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, Heft 27; Stuttgart 1931

Kühling, Jürgen; Eckpunkte der Entgeltregulierung in einem künftigen Energiewirtschaftsgesetz, in: Netzwirtschaften & Recht 2004, 12 ff.

Ladeur, Karl-Heinz; Regulierung nach dem TKG, Genehmigung von AGB über Entgelte von Dienstleistungen marktbeherrschender TK-Unternehmen: Verfahren, materiell-rechtliche Anforderungen und Kontrolle, in: Kommunikation & Recht 1998, 479 ff.

Leptien, Ulrich, in: Soergel; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; 13. Auflage, Stuttgart 1999

Lüneburger, Simone; Rückwirkende Entgeltgenehmigungen im Telekommunikationsrecht?, in: Computer und Recht 2001, 84 ff.

Manssen, Gerit, in: v. Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/Starck, Christian, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar; 4. Auflage, München 2001

Manssen, Gerit; Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt; Habil., Tübingen 1994

Manssen, Gerit; Telekommunikations- und Multimediarecht, Kommentar; Loseblattsammlung, Berlin 1999; Stand Juli 2003

Maurer, Hartmut; Allgemeines Verwaltungsrecht; 10. Auflage, München 1995 und 14. Auflage, München 2002

Merk, Wilhelm; Deutsches Verwaltungsrecht, Band I; 1. Auflage, Berlin 1962

Merten, Detlef; Bestandskraft von Verwaltungsakten, in: Neue Juristische Wochenschrift 1983, 1993 ff.

Möschel, Wernhard/Haug, Jochen; Der Referentenentwurf zur Novellierung des TKG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: Multimedia und Recht 2003, 505 ff.

Neumann, Holger/Bosch, Tobias; Rechtsschutz für Wettbewerber im Rahmen des telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierungsverfahrens, Zugleich eine Besprechung zu Verwaltungsgericht Köln v. 7.9.2000 – 1 K 10354/98, in: Computer und Recht 2001, 225 ff.

Oldiges, Martin, in: Steiner, Udo (Hrsg.); Besonderes Verwaltungsrecht; 5. Auflage, Heidelberg 1995

Papier, Hans-Jürgen; Art. 12 GG – Freiheit des Berufes und Grundrecht der Arbeit, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1984, 801 ff.

Piepenbrock, Hermann-Josef, in: Beck´scher TKG-Kommentar; 2. Auflage, München 2000

Piepenbrock, Herman-Josef/Schuster, Fabian; GWB und TKG: Gegeneinander, Nebeneinander oder Miteinander?, Zum Verhältnis zwischen sektorspezifischem und allgemeinem Kartellrecht, in: Computer und Recht 2002, 98 ff.

Pieroth, Bodo, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo; Grundgesetz, Kommentar; 3. Auflage, München 1995

Putzo, Hans, in: Thomas, Heinz/Putzo, Hans; Zivilprozeßordnung, Kommentar; 24. Auflage, München 2002

Reich, Norbert; Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen, Erfahrungen mit der amerikanischen Federal Trade Commission und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Verbraucherschutzrechts; 1. Auflage, Heidelberg 1984

Reinke, Peter F.; Der Zweck des TKG, Eine öffentlich-rechtliche Untersuchung des § 1 TKG, 1. Auflage, Frankfurt/Main 2001

Rittner, Fritz; Wirtschaftsrecht; 2. Auflage, Heidelberg 1987

Säcker, Franz Jürgen; Der Referentenentwurf zum Energiewirtschaftsgesetz – ordnungspolitische und rechtsdogmatische Grundsatzbemerkungen, in: Netzwirtschaften & Recht 2004, 46.

Sauer, Bernd, in: Hohmann, Harald/John, Klaus; Ausfuhrrecht, Kommentar mit EG-Dual-Use-Verordnung, EG-Ausfuhrverordnungen, Außenwirtschaftsgesetz, Außenwirtschaftsverordnung, Kriegswaffenkontrollgesetz; 1. Auflage, München 2002

Sauter, Herbert, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim; Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar; 3. Auflage, München 2001

Scherer, Joachim; Das neue Telekommunikationsgesetz; in: Neue Juristische Wochenschrift 2004, 3001 ff.

Scherer, Joachim; Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket, Teil I, II, III; in: Kommunikation & Recht 2002, 273 ff., 329 ff., 387 ff.

Scheurle, Klaus-Dieter/Lehr, Gernot/Mayen, Thomas; Einführung zum TKG, in: Telekommunikationsrecht, Textausgabe; 2. Auflage, München 2002

Schimmelpfennig, Hans-Christoph; Vorläufige Verwaltungsakte; Diss., München 1989

Schmalz, Dieter; Allgemeines Verwaltungsrecht; 3. Auflage, Baden-Baden 1998

Schmidt, Kurt; Entgeltregulierung für Telekommunikationsdienstleistungen, in: Kommunikation & Recht 1999, 385 ff.

Schmidt, Lutz; Unmittelbare Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsrecht; Diss., Kiel 1975

Schmidt, Reimer, in: Prölss, Erich R.; Versicherungsaufsichtsgesetz mit Europäischem Gemeinschaftsrecht und Recht der Bundesländer; 11. Auflage, München 1997

Schmidt, Rolf; Allgemeines Verwaltungsrecht; 7. Auflage, Grasberg 2003

Schramm, Karl-Heinz, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil; 4. Auflage, München 2001

Schütz, Raimund, in: Beck´scher TKG-Kommentar; 2. Auflage, München 2000

Schütz, Raimund/Attendorn, Thorsten; Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?, in: Multimedia und Recht-Beilage 4/2002, 13 ff.

Schütz, Raimund/Müller, Rolf-Georg; Entgeltregulierung in der Telekommunikation, in: Multimedia und Recht 1999, 128 ff.

Schütze, Marc; Die Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen und die „IC+25%-Formel“; in: Computer und Recht 2004, 493 ff.

Schuster, Fabian/Stürmer, Susanne, in: Beck´scher TKG-Kommentar; 2. Auflage, München 2000

Schwabe, Jürgen; Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; in: Juristische Schulung, 1973, 133 ff.

Schweickhardt, Rudolf (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht; 6. Auflage, Stuttgart 1983

Schwenk, Walter; Handbuch des Luftverkehrsrechts; 2. Auflage, Köln 1996

Sedemund, Joachim/ von Danwitz, Thomas, in: Beck´scher PostG-Kommentar; 1. Auflage, München 2000

Siebert, Wolfgang; Einige Fragen zur Wirkung der Verwaltungsakte im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann, Bd. 2, 605; Aalen 1959

Spoerr, Wolfgang, in: Trute, Hans-Heinrich/Spoerr, Wolfgang/Bosch, Wolfgang; Telekommunikationsgesetz mit FTEG; 1. Auflage, Berlin 2001

Spoerr, Wolfgang; Zusammenschaltung und Telekommunikations-Entgeltregulierung in der Krise?, Anmerkung zu Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 18.12.2000, in: Kommunikation & Recht 2001; 213 ff.

Spoerr, Wolfgang/Deutsch, Markus; Das Wirtschaftsverwaltungsrecht der Telekommunikation – Regulierung und Lizenzen als neue Schlüsselbegriffe des Verwaltungsrechts?, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1997, 300 ff.

Stamm, Barbara; Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz; Schriften zu Kommunikationsfragen, Bd. 28; Diss., Berlin 2001

Steinbrück, Hans-Joachim, in: Gemeinschaftskommentar zum Schwerbehindertengesetz; 2. Auflage, Neuwied 2000

Stober, Rolf; Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht; 13. Auflage, Stuttgart 2002

Stober, Rolf; Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, Gewerberecht und andere Wirtschaftszweige, Subventionsrecht; 11. Auflage, Stuttgart 1998 und 12. Auflage, Stuttgart 2001

Stober, Rolf; Quellen zur Geschichte des Wirtschaftsverwaltungsrechts; 1. Auflage, Göttingen 1986

Tettinger, Peter J., in: Sachs, Michael (Hrsg.); Grundgesetz, Kommentar; 3. Auflage, München 2003

Theobald, Christian/Hummel, Konrad; Entgeltregulierung in Netzwirtschaften, in: Netzwirtschaften & Recht 2004, 2 ff.

Thomas, Heinz, in: Palandt; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 62. Auflage, München 2003

Tilch, Horst/Arloth, Frank (Hrsg.); Deutsches Rechtslexikon, Bd. 3, Buchstaben Q – Z; 3. Auflage, München 2001

Trute, Hans-Heinrich, in: Trute, Hans-Heinrich/Spoerr, Wolfgang/Bosch, Wolfgang; Telekommunikationsgesetz mit FTEG; 1. Auflage, Berlin 2001

Uerpmann, Robert, in: v. Münch, Ingo/Kunig, Philip; GG-Kommentar; 4./5. Auflage, München 2003

Vogt, Andreas; Drittschutz in der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung, in: Brinktrine, Ralf (Hrsg.); Alte und neue Streitfragen im Bau-, Umwelt- und Telekommunikationsrecht, S. 221; 1. Auflage, Leipzig 2000

Vollkommer, Max, in: Zöller, Richard; ZPO-Kommentar; 23. Auflage, Köln 2002

Wegmann, Winfried; Europa- und verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Regierungs- und Referentenentwurf für ein neues TKG, in: Kommunikation & Recht-Beilage, 1/2004, 25 ff.

Wendland, Hanfried, in: Beck´scher TKG-Kommentar; 2. Auflage, München 2000

Wendt, Rudolf, in: Sachs, Michael (Hrsg.); Grundgesetz, Kommentar; 3. Auflage, München 2003

Westermann, Harry; Lehrbuch des Sachenrechts; 5. Auflage, Karlsruhe 1966

Wetter, Peter; Liberalisierung und Harmonisierung der europäischen Telekommunikationsmärkte; www.publex,de/cg-bin/ptr.cgi/Backround/-Kommunikation/eurotelekomm.html

Windthorst, Kay, in: Sachs, Michael (Hrsg.); Grundgesetz, Kommentar; 3. Auflage, München 2003

Wirths, Stefan; Regulierung im Tarifabnehmerbereich der Elektrizitätswirtschaft, Effizienz und Revisionsbedarf; Europäische Hochschulschriften, Reihe V, Volks- und Betriebswirtschaft, Bd. 2235; Frankfurt am Main 1998

Witte, Manfred, in: Scheurle, Klaus-Dieter/Mayen, Thomas; Telekommunikationsgesetz; 1. Auflage, München 2002

Witte, Manfred/Glahs, Heike, in: Scheurle, Klaus-Dieter/Mayen, Thomas; Telekommunikationsgesetz; 1. Auflage, München 2002

Wolf, Manfred, in: Soergel; Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; 13. Auflage, Stuttgart 1999

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf; Verwaltungsrecht I; 10. Auflage, München 1994

Wolff, Wilfried; Allgemeines Verwaltungsrecht; 3. Auflage, Baden-Baden 1999

Zerres, Achim; Erfahrungen mit der gerichtlichen Kontrolle von Regulierungsentscheidungen, Die bisherige Praxis aus Sicht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, in: Multimedia und Recht-Beilage 12/2002, 8 ff.

Zwach, Ulrich, Gerichtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen, Auswirkungen auf die Märkte für Telekommunikation aus Sicht der Deutschen Telekom, in: Multimedia und Recht-Beilage 12/2002, 15 ff.

Zwach, Ulrich; Zum Regierungsentwurf eines neuen Telekommunikationsgesetzes, in: TKMR-Tagungsband zum Workshop „Regierungsentwurf zum TKG“ am 15. Dezember 2003 in Berlin, 9 ff.

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AO	Abgabenordnung
arg. e	Argumentum e contrario
Art.	Artikel
AtomG	Atomgesetz
AVBEltV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden
AVBGasV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Außenwirtschaftsverordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung Bundesarbeitsgericht
BAPostG	Bundesanstalt-Post-Gesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BayStiftG	Bayrisches Stiftungsgesetz
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BK	Beschlusskammer
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BReg	Bundesregierung
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BTOElt	Bundestarifordnung Elektrizität
BTOGas	Bundestarifordnung Gas
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Gesetz über die Angelegenheit der Vertriebenen und Flüchtlinge
CR	Computer und Recht
DBP	Deutsche Bundespost
DR	Deutsches Recht, Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes
DTAG	Deutsche Telekom AG
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EltVU	Elektrizitätsversorgungsunternehmen
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EP	Europäisches Parlament
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	EWG-Vertrag
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FTEG	Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikations-endeinrichtungen
GastG	Gaststättengesetz
GenTG	Gentechnikgesetz
GetreideG	Getreidegesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GrdsVG	Grundstücksverkehrsgesetz
GrdsVVO	Grundstücksverkehrsverordnung
GüKG	Güter- und Kraftverkehrsgesetz
GüKVZugV	Güter- und Kraftverkehrszugangsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HandwerksO	Handwerksordnung
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
ISDN	Integrated Services Digital Network
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht

KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
Lit.	Litera
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m. w. N.	Mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
MRVO	Militärratsverordnung
MuSchG	Mutterschutzgesetz
N&R	Netzwirtschaften & Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRB	Nationale Regulierungsbehörde
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZV	Netzzugangsverordnung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
ONP	Open Network Provision
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVG NW	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PBZugV	Personenbeförderungszugangsverordnung
PostG	Postgesetz
PostStrktG	Poststrukturgesetz
PostVerfG	Postverfassungsgesetz
PTNeuOG	Postneuordnungsgesetz
PTRegG	Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RMG	Reichsmietengesetz
Rn.	Randnummer
RV	Reichsverfassung
SächsBO	Sächsische Bauordnung
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung

SchwbG	Schwerbehindertengesetz
Slg.	Sammlung
SMP	Significant market power
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
TAL	Teilnehmeranschlussleitung
TEntgV	Telekommunikationsentgeltverordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKMR	Telekommunikations- und MedienRecht
TKV	Telekommunikationskundenschutzverordnung
TUDLV	Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VereinsG	Vereinsgesetz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VRspr	Verwaltungsrechtsprechung, vereinigt mit NVwZ
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WoBindG	Wohnungsbindungsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZWL	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht

Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand: Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb und Markt

Der Staat greift in vielen Wirtschaftsbereichen – mit einer großen Anzahl von Instrumentarien – in den Wettbewerb zwischen den am Markt tätigen Unternehmen ein. Ebenso vielgestaltig sind die Intentionen der staatlichen Regelungen und der dadurch notwendigen Eingriffe in die Rechte der Wettbewerber bzw. der für sie begründeten Pflichten.

Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen, in den grundsätzlich freien Wettbewerb einzugreifen, liegen zunächst in der ihm obliegenden Verpflichtung, die öffentliche Sicherheit und Ordnung und das Wohl der Allgemeinheit zu sichern. Weitere Intentionen, die den Gesetzgeber in der Bundesrepublik zur Regulierung des Wettbewerbs durch Eingriffe veranlassen, sind der Schutz der Verbraucher, der Wettbewerber voreinander, des Wettbewerbs an sich und die Sicherung des Qualitätsstandards der angebotenen Leistungen. Außerdem sieht er sich zur Regulierung verpflichtet, um die auf private Unternehmen übertragene Daseinsvorsorge und das Angebot flächendeckender sonstiger Dienstleistungen zu garantieren. In neuester Zeit – vor dem Hintergrund der Aufgabe bisher bestehender staatlicher Monopole – wird durch die Legislative zur Förderung des Wettbewerbs regelnd in diesen eingegriffen. Dazu sieht sich der Gesetzgeber im Bereich der Telekommunikation auch von Verfassungswegen verpflichtet. Das Telekommunikationsgesetz 1996 (im folgenden: TKG 1996) enthält die grundlegenden Bestimmungen zur Umsetzung des Verfassungsauftrages des Art. 87f GG, der zunächst dahin geht, flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Zweck des TKG 1996 ist es außerdem, durch Regulierung den Wettbewerb zu fördern und eine Frequenzordnung herzustellen (§ 1 TKG 1996).

Instrumentarien der staatlichen Regulierung im Bereich des Wettbewerbs und des Marktes sind die den Unternehmern auferlegten Anzeige-, Berichts- und Genehmigungspflichten. Von Wirtschaftszweig zu Wirtschaftszweig unterschiedliche Kontroll- und Aufsichtsmaßnahmen der Behörden

dienen ebenfalls diesem Zweck. Zugangsbeschränkungen, Instrumentarien zur Verteilung knapper Wirtschaftsgüter, Preisvorschriften und am stärksten Marktordnungsmodelle greifen in die Rechte der am Markt agierenden Unternehmen ein.

Diese werden durch die Regulierung nicht nur in ihren Rechten aus Art. 12 und 14 GG beschränkt, sondern auch in den mit der in Art. 2 I GG garantierten Handlungsfreiheit verbundenen Vertrags-, Wettbewerbs-, Werbe- und Konsumfreiheiten. Das Grundgesetz und verfassungsrechtliche Grundsätze setzen der staatlichen Regulierung des Wirtschaftslebens Grenzen. Diese Schranken finden sich in der Freiheit des Berufes, der Garantie des Eigentums, dem Gleichheitsgebot, der allgemeinen Handlungs- und der Vertragsfreiheit und nicht zuletzt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Gesetzliche Grundlagen für den regulierenden Eingriff in den Wettbewerb finden sich in zahlreichen Bundesgesetzen. Eine Reihe von Gesetzen wurden von der Legislative insgesamt oder zu großen Teilen nur zu diesem Zweck geschaffen oder mit den erforderlichen Modifizierungen versehen. Dazu gehören Gewerbeordnung, Handwerksordnung, Ladenschluss- und Rabattgesetz, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das gegen unlauteren Wettbewerb, das Versicherungsvertragsgesetz, das Eisenbahn-, Post- und Energiewirtschaftsgesetz und natürlich das Telekommunikationsgesetz.

Der isolierte Blick auf die nationale Wirtschaftsordnung ist in einer Zeit wachsender internationaler Verflechtungen der Wirtschaft nicht mehr ausreichend. Gerade die europäischen Anstrengungen zur Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes führen dazu, dass immer öfter supranationale Regelungen Einfluss auf die nationalen Wirtschaftssysteme und die Aktivitäten der dort Tätigen gewinnen. Zur Herstellung des gemeinsamen europäischen Marktes bedarf es der Angleichung vieler nationaler Rechtsnormen und der Vereinheitlichung von Verfahren. Eine nicht geringe Anzahl nationaler Wettbewerbsregelungen führen zu einer Ungleichbehandlung der damit konfrontierten Unternehmen gegenüber ihren Mitwettbewerbern aus anderen EU-Staaten mit geringerer staatlicher Regulierungsdichte im gemeinsamen Binnenmarkt. Daher sind die nationalen Gesetze dahingehend

an den europarechtlichen Vorgaben zu prüfen, ob sie sich im Rahmen der vom Europarecht vorgegebenen Grenzen bewegen.

B. **Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes**

Aus der Vielzahl der von der legislativen Beeinflussung betroffenen Marktsegmente und Wirtschaftsbereiche, der Regulierungsinstrumentarien und -ziele, soll die Untersuchung nur den Telekommunikationsmarkt und die dort durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (im folgenden: RegTP) durchzuführende Regulierung der in diesem Marktsegment tätigen Unternehmen in den Blick nehmen.

Wie auch in anderen staatlich regulierten Wirtschaftszweigen sind im TKG 1996 verschiedene Instrumentarien zur Regulierung, die auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelt sind, enthalten. Zunächst wird eine „Lizenzpflicht“, das heißt, ein staatlicher Erlaubnisvorbehalt für das Anbieten von Telekommunikationsleistungen angeordnet (§§ 6 bis 16 TKG 1996), die Regulierungsbehörde kann Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen zu Universaldiensten verpflichten (§§ 17 bis 22 TKG 1996), in verschiedenen Verfahren Entgeltgenehmigungen erteilen (§§ 23 bis 32 TKG 1996) und Anordnungen über offene Netzzugänge und Zusammenschaltungen treffen (§§ 33 bis 39 TKG 1996).

Nun hat sich diese Untersuchung nicht zur Aufgabe gestellt, die Normen, die die aufgezeigten Regulierungsmechanismen mit Leben erfüllen, grundlegend zu betrachten, sondern lediglich einzelne Teilaspekte näher zu beleuchten. Grundlegende Analysen der Regulierungsinstrumente finden sich in den Kommentierungen zum TKG 1996[1] und in den die Materie betreffenden Publikationen, die trotz des geringen Alters des TKG 1996 eine beachtliche Anzahl erreicht haben. Exemplarisch sei hier nur die Dissertation von Barbara Stamm über „Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz“[2] genannt. Der unbestreitbare Verdienst dieser grundlegenden Arbeiten liegt darin, die Strukturprinzipien der Entgeltregulierung im

[1] Trute/Spoerr/Bosch, TKG-Kommentar; Manssen (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht-Kommentar; Beck´scher TKG-Kommentar.
[2] Schriften zu Kommunikationsfragen, Band 28.

TKG 1996 und deren Zusammenwirken mit den Mechanismen des Marktes und des Wettbewerbs herausgearbeitet und systematisiert zu haben. Es ist deshalb auch nicht das vordringliche Anliegen dieser Dissertation, die Grundsätze der Regulierung nochmals grundsätzlich herzuleiten. Sie darf ihren „Allgemeinen Teil“ auf das bereitete dogmatische Fundament aufbauen; freilich nicht, ohne sich um eigene Akzentuierungen zu bemühen.

Bei der Anwendung der durch den Gesetzgeber in diesem Bereich geschaffenen Normen haben sich in der Regulierungspraxis der RegTP, der Rechtsprechung und Literatur eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsauffassungen gebildet, so dass die Behandlung aller die Regulierungsnormen betreffenden Differenzen den Rahmen eines Dissertationsvorhabens sprengen würden. Daher soll das Augenmerk auf eine ökonomisch und juristisch interessante Problemstellung im Bereich der Entgeltregulierung gelegt werden:

Für das Vorab-Entgeltregulierungsverfahren gemäß §§ 25 I TKG 1996 ergibt sich die Fragestellung, ob die Genehmigung des Entgeltes auf einen vor der Genehmigung liegenden Zeitpunkt zurück wirken kann oder erst ab diesem Moment wirksam ist. Für die erste Variante ergibt sich aus Sicht des regulierten Unternehmens eine ökonomische Notwendigkeit, da es verpflichtet sein soll, seine Leistung vor Erteilung der Genehmigung zur Verfügung zu stellen. Die RegTP vertritt demgegenüber jedoch die Ansicht, dass die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung auf Grund des Regulierungszwecks ausgeschlossen ist. Diese Auffassung führt jedoch dann dazu, dass der Marktbeherrscher zur unentgeltlichen Bereitstellung seiner Leistung verpflichtet ist.

Diese Fragen wurden bereits einer gerichtlichen Klärung zugeführt. So bejahten das OVG Münster[3] und mittlerweile auch das BVerwG[4] in ihrer Rechtsprechung eine Verpflichtung der RegTP, Entgeltgenehmigungen für vollständig in der Vergangenheit liegende Zeiträume zu erteilen. Diese Rechtsprechung wird von der Praxis respektiert, auch wenn die RegTP die

[3] OVG Münster, MMR 2002, 335 f.
[4] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871 ff.

anders lautende Auffassung vertritt. Daher wurde die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass diese Frage mangels eindeutiger gesetzlicher Regelung einer Klärung durch den Gesetzgeber bedarf.[5] Nach Auffassung des BVerwG ist auch die bisher geltende Regelung des TKG 1996 eindeutig; trotzdem sah sich der Gesetzgeber des TKG 2004 veranlasst, mit § 35 V TKG 2004 eine klarstellende Regelung zu treffen.

Mit oben genannter Rechtsprechung äußert sich das OVG Münster negativ zur Vorleistungspflicht der DTAG. Diese Frage versuchte die Praxis nicht akut werden zu lassen.[6] Das BVerwG entschied diese Frage in anderem Sinn, so dass sich der Gesetzgeber des TKG 2004 auch hinsichtlich dieser Frage zu einer Regelung veranlasst sah.

Regulierungsentscheidungen, die auf § 33 TKG 1996 beruhen, werden von den Gerichten meist bestätigt. Dagegen werden die Entscheidungen der RegTP hinsichtlich der Entgeltregulierung von den Gerichten kritischer betrachtet. Hier wird in den gerichtlichen Entscheidungen weniger Sinn und Zweck der Regulierung, als vielmehr Wortlaut und Systematik der Vorschriften und auch das klassische verwaltungsrechtliche Zwei-Personen-Verhältnis in den Vordergrund gestellt.[7]

Auch die DTAG, die wegen der zahlreichen, von ihr angestrengten gerichtlichen Verfahren in der Öffentlichkeit und von ihren Mitwettbewerbern regelmäßig kritisiert wird, befürwortet die Klärung der zentralen Themen des TK-Rechts, z. B. der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen, durch die TKG-Novelle,[8] die nun im TKG 2004 zum Teil erfolgt ist.

Um diese Problematik mit dieser Arbeit einer befriedigenden Lösung zuzuführen, werden unter anderem als Hauptpunkt die Rechtsnatur der Entgeltgenehmigung zu klären und andere Rückwirkungsmechanismen in weiteren Bereichen des an Genehmigungsverfahren reichen Verwaltungsrechts aufzuspüren und darzustellen sein.

[5] Zerres, MMR-Beilage 12/2002, 8 (9).
[6] Zerres, ebd.
[7] Zerres, ebd.
[8] Zwach, MMR-Beilage 12/2002, 15 (17).

C. **Gang der Untersuchung**

Für die Untersuchung bietet sich eine Gliederung in zunächst drei Teile an. Im ersten Teil der Arbeit sollen die für die telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigung wesentlichen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Grundlagen erörtert werden. Dazu wird die Entwicklung des europäischen und nationalen Telekommunikationsrechts dargestellt. Weiterhin muss eine Betrachtung aller auf dieses Regulierungsverfahren Einfluss nehmenden und von diesem tangierten Tatbestände – wie zum Beispiel die Regulierungsziele und die Maßstäbe der Regulierung – vorgenommen werden. Dieser Teil der Arbeit stellt abschließend die Verfahren der Entgeltregulierung und die die Entgeltregulierung betreffenden, auf dem TKG 1996 beruhenden Verordnungen dar.

Der zweite und Hauptteil der Arbeit wird sich mit der Einordnung der Entgeltgenehmigung des TKG 1996 in die vorhandenen Kategorien des Verwaltungsrechts beschäftigen. Zunächst wird dazu die Entgeltgenehmigung als Verwaltungsakt zu klassifizieren sein. In einem nächsten Schritt werden die bereits entwickelten Typen von Verwaltungsakten dargestellt und die Entgeltgenehmigungsarten in diese eingeordnet. Dabei wird insbesondere auf das „Phänomen“ des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts und die mögliche privatrechtsgestaltende Wirkung von Telekommunikations-Entgeltgenehmigungen einzugehen sein. Weiterhin werden in die Betrachtung der Verwaltungsakt, speziell der privatrechtsgestaltende, als Regulierungsinstrument besonders im Wirtschaftsverwaltungsrecht einbezogen. Schließlich wird sich der Hauptteil weiterhin mit den Wirkungen von Verwaltungsakten, insbesondere der Rückwirkung beschäftigen. Vergleichsweise, um gegebenenfalls gefundene Strukturen im weiteren Verlauf der Untersuchung auf deren Anwendbarkeit im Telekommunikationsrecht hin zu überprüfen, werden Rückwirkungsmechanismen verschiedener Rechtsakte in unterschiedlichen Rechtsgebieten betrachtet. Abschließend wird die Möglichkeit der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen geklärt und ein Blick auf die Entwicklung der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung zu dieser Frage geworfen.

Der abschließende dritte Teil der Arbeit wird sich mit der Entgeltregulierung nach den Vorgaben des Richtlinienpaketes 2002 und deren Umsetzung in nationales Recht beschäftigen. Dabei wird die Vereinbarkeit der neu geschaffenen Regelungen mit diesen Vorgaben und denen des deutschen Verfassungsrechts zu prüfen sein. Das vorläufige Ergebnis der Arbeit wird in dieser gesetzlichen Neuregelung eine Bestätigung finden.

Zusammenfassend werden am Ende die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung dargestellt.

Teil 1: Überblick über gesetzliche Grundlagen

A. Europarechtliche Vorgaben für das Telekommunikationsrecht der Mitgliedsstaaten

In der ersten Hälfte der 1980er Jahre wurden auf europäischer Ebene erste Grundsteine für eine Liberalisierung des europäischen Telekommunikationsmarktes gelegt (I.). Auf diesem Fundament schuf der europäische Gesetzgeber seit Anfang der 1990er Jahre mit einer Reihe von Richtlinien einen Rahmen für die Installierung von gesetzlichen Regelungen in den Mitgliedsstaaten, die zunächst für die Schaffung von Wettbewerb auf den Märkten sorgen sollten (II.). Bereits im Jahr 1999 wurde der Umbau des europäischen Telekommunikationsrechts mit dem Kommunikationsbericht eingeleitet. Die wettbewerbschaffenden Regulierungsmaßnahmen sollten durch die nun erforderlichen wettbewerbserhaltenden Maßnahmen ersetzt und die Regulierungsintensität zurück genommen werden (III.). Mit dem neu beschlossenen Regulierungsrahmen werden diese Maßgaben umgesetzt und die Mitgliedsstaaten zur Transformation dieser Regelungen in nationales Recht verpflichtet (IV).

I. Beginn der Liberalisierung auf dem europäischen Telekommunikationsmarkt

Als erster Teilbereich von der Liberalisierung des Telekommunikationsrechts war der Markt für Telekommunikationsendgeräte betroffen. Daher wurde ein gemeinsamer Markt für diese erstmals in der „Empfehlung des Rates vom 12. November **1984** betreffend die Implementierung eines gemeinsamen Vorgehens auf dem Gebiet des Fernmeldewesens“[9] gefordert. Mit der Richtlinie des Rates über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikationsendgeräten[10] wurde dann die Öffnung der nationalen und gemeinschaftsweiten Gerätemärkte vorbereitet.

[9] Wetter, Peter; Liberalisierung und Harmonisierung der europäischen Telekommunikationsmärkte, Seite 2; www.publex.de/cgi-bin/ptr.cgi/Backround/Kommunikation/eurotelekomm.html.
[10] Richtlinie 86/361/EWG vom 24. Juni 1986; ABl. EG Nr. L 217 vom 5. August 1986, S. 21.

Auch das Grünbuch **1987**[11] empfahl die vollständige schrittweise Öffnung des Endgerätemarktes für den Wettbewerb. Diese Empfehlung diente als Grundlage für die Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsgeräte vom 16. Mai **1988**[12]. Mit der vom Rat am 29. April **1991** verabschiedeten „Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Telekommunikationsendgeräte einschließlich der gegenseitigen Anerkennung ihrer Konformität“[13] wurden gemeinschaftsweit einheitliche Endgerätespezifikationen verbindlich. Damit wurde ein einheitlicher offener Markt für Endgeräte geschaffen und es konnte europaweit ein einheitliches Verfahren zur Zulassung von Endgeräten eingeführt werden.

Die weitere Harmonisierung wurde durch die Richtlinie 98/13/EG[14] erreicht. Diese fasste aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit die bis zu diesem Zeitpunkt parallel existierenden Richtlinien hinsichtlich Telekommunikationsendeinrichtungen und Satellitenfunkanlagen (Richtlinie 91/263/EWG[15] und zu deren Ergänzung Richtlinie 93/97/EWG[16]) in einem einzigen Text zusammen. Nach Auffassung des Rates und des EP war und ist die Harmonisierung der Bedingungen für das Inverkehrbringen von Endeinrichtungen eine Voraussetzung für einen offenen und einheitlichen Markt. Der transeuropäische Markt für Satellitenfunkanlagen erfordere auch effiziente und harmonisierte Verfahren für die Zertifizierung, Prüfung, Kennzeichnung, Qualitätssicherung und Produktüberwachung. Um den Herstellern den Nachweis der Konformität mit den von der EG festgelegten grundlegenden Anforderungen zu erleichtern, wurden mit dieser Richtlinie auf europäischer Ebene harmonisierte Normen zur Wahrung des allgemeinen Interesses bei Entwicklung und Herstellung der Endeinrichtungen und bei der Prüfung der Konformität zur Verfügung gestellt.

---

[11] „Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte“, KOM/87/290 endgültig vom 30. Juli 1987; BT-Drs. 11/930, Unterrichtung durch die Bundesregierung. Das Grünbuch wurde mit Schreiben des Präsidenten der Kommission vom 17. Juli 1987 übermittelt.
[12] Richtlinie 88/301/EWG vom 16. Mai 1988, ABl. EG Nr. L 131 vom 27. Mai 1988, S. 73.
[13] Richtlinie 91/263/EWG vom 29. April 1991, ABl. EG Nr. L 128 vom 23. Mai 1991, S. 1.
[14] Richtlinie 98/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 1998 über Telekommunikationsendeinrichtungen und Satellitenfunkanlagen einschließlich der gegenseitigen Anerkennung ihrer Konformität, ABl. EG Nr. L 74 vom 12. März 1998, S. 1.
[15] Richtlinie 91/263/EWG vom 29. April 1991, ABl. EG Nr. L 128 vom 23. Mai 1991, S. 1.
[16] Richtlinie 93/97/EWG vom 29. Oktober 1993, ABl. EG Nr. L 290 vom 24. November 1993, S. 1.

Mit der Richtlinie 99/5/EG[17] wurde ein neuer Regelungsrahmen für das Inverkehrbringen, den freien Verkehr und die Inbetriebnahme von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen festgelegt. Dies war erforderlich, da die Richtlinie 98/13/EG einen wesentlichen Teil des Marktes für Funkanlagen nicht erfasste. Sie sollte durch die Bereitstellung eines ordnungspolitischen Systems zur Schaffung eines Binnenmarktes für Funkanlagen und Endeinrichtungen die Möglichkeit eröffnen, dass Investitionen, Fertigung und Vertrieb mit dem Tempo der technologischen Entwicklungen und Markttrends Schritt halten können. Die Richtlinie stellte sicher, dass jede Regelung für die Herstellung, das Inverkehrbringen und die Verwendung von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen für beide Gerätekategorien gilt, da dies angesichts der wachsenden Bedeutung von Telekommunikationsnetzen mit Funkübertragung neben den mit Drahtverbindung für notwendig erachtet wurde. Durch diese Richtlinie war die Harmonisierung auf dem Endgerätemarkt vollendet.[18]

Das Grünbuch „Über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsendgeräte“[19], das einen Tag vor Inkrafttreten der EEA (Einheitliche Europäische Akte)[20] am 30. Juni **1987** veröffentlicht wurde und den zukünftigen Rahmen europäischer Telekommunikationspolitik absteckte, merkte an, dass durch die Geschwindigkeit neuer technologischer Entwicklungen, zahlreiche neue Zugriffsmöglichkeiten zu Informationsquellen und die explosionsartige Steigerung des Kommunikationsbedarfs die bestehenden ordnungspolitischen Regelungen im Fernmeldebereich einer eingehenden Prüfung unterzogen werden müssten.

Im Grünbuch 1987 wurde den Wettbewerbsdiensten (oder Mehrwertdiensten) „eine bedeutsame Auswirkung auf den künftigen Austausch von

[17] Richtlinie 1999/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 1999 über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität, ABl. EG Nr. L 91 vom 07. April 1999, S. 10.
[18] Diese Richtlinie wurde durch das Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG) vom 31. Januar 2001 (BGBl. I S. 170) in deutsches Recht umgesetzt.
[19] „Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte“, KOM/87/290 endgültig vom 30. Juli 1987; BT-Drs. 11/930, Unterrichtung durch die Bundesregierung. Das Grünbuch wurde mit Schreiben des Präsidenten der Kommission vom 17. Juli 1987 übermittelt.
[20] Vom 17./28. Februar 1986, ABl. EG Nr. L 169 vom 29. Juni 1987, S. 1.

Dienstleistungen im allgemeinen und den Standort von Wirtschaftstätigkeiten“ zugebilligt. Als erste Reaktion des Rates darauf ist dessen Entschließung vom 30. Juni **1988**[21] über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste und -geräte bis 1992 zu sehen. Darin wird die schrittweise Schaffung eines offenen Marktes für Telekommunikationsdienste, vor allem der Mehrwertdienste, gefordert. Damit war auch in diesem Bereich ein erster Schritt in Richtung Liberalisierung getan.

Der Bereich des Sprachtelefondienstes war **1987**, als die Kommission das Grünbuch veröffentlichte, noch von jeglicher Liberalisierung, die auf EG-Ebene forciert worden wäre, ausgeschlossen.

II. Kommunikationsrecht der EG von 1990 bis 2002

Der durch die soeben aufgezeigten ersten Liberalisierungsschritte auf Grund des Grünbuches **1987** und der darauf beruhenden Entschließungen und Richtlinien des Rates aus den Jahren **1988** bis **1991** geschaffene Rahmen für das zukünftige europäische Telekommunikationsrecht wurde in der folgenden Zeit durch eine Reihe von Maßnahmen der EG ergänzt und erweitert. Von verschiedenen Gremien der EG veröffentlichte Berichte und Einschätzungen empfahlen weitere Schritte auf dem Weg zum liberalisierten europäischen Markt (1.). Die rechtlichen Schritte auf dem Weg zum wettbewerbsoffenen europäischen Telekommunikationsmarkt wurden jedoch durch den Erlass von Richtlinien der Kommission, des Rates und des Europäischen Parlaments, die die Liberalisierung und Harmonisierung des gesamten Bereichs zum Ziel hatten, getan (2.). Im Einzelnen:

1. Ergänzung des seit 1987 geschaffenen Rahmens im Telekommunikationsbereich

Weitere Grünbücher zeigten Ziele und Maßnahmen für den Fortschritt der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes auf. Dazu gehören das Grünbuch über Satellitenkommunikation aus dem Jahr **1990**[22], das

[21] ABl. EG, Nr. C 257 vom 4. Oktober 1988, S. 1.
[22] „Auf dem Weg zu europaweiten Systemen und Diensten - Grünbuch über ein gemeinsames Vorgehen im Bereich der Satellitenkommunikation in der Europäischen Gemeinschaft“, KOM/90/490, endgültig vom 28. November 1990.

Grünbuch über Mobil- und Personalkommunikation von **1994**[23] und das Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur aus den Jahren **1994** und **1995**[24]. Ein weiterer wichtiger Schritt auf dem Weg zur Liberalisierung war das „Grünbuch zur Frequenzpolitik in Verbindung mit Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft für Bereiche wie Telekommunikation, Rundfunk, Verkehr und FuE“ (Forschung und Entwicklung) von **1998**[25]. Dort wird eine strategische Planung der Frequenznutzung vorgenommen, um eine längerfristige Planung und Entwicklung europaweiter Funkdienste und -produkte im Bereich der Telekommunikation zu ermöglichen (Allokation der Funkfrequenzen). Ebenfalls dem Bereich der längerfristigen Planung und Entwicklung des Marktes lässt sich das „Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen – ein Schritt in Richtung Informationsgesellschaft“ aus dem Jahr **1997** zuordnen[26].

Nicht nur Grünbücher, auch andere Papiere ebneten den Weg in die Zukunft des liberalisierten Telekommunikationsmarktes. Dazu gehören der Kommunikationsbericht aus dem Jahr **1992**[27], die Bekanntmachung der Kommission über den Universaldienst für Telekommunikation in einem völlig liberalisierten Umfeld[28] (**1996**) und der sog. „Bangemann“-Report[29] mit dem Titel „Europa und die globale Informationsgesellschaft“.

---

[23] „Auf dem Weg zu Personal Communications: Grünbuch über ein gemeinsames Konzept für Mobilkommunikation und Personal Communications in der Europäischen Union“; KOM/94/145, endgültig vom 27. April 1994.

[24] Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur und der Kabelfernsehnetze: Teil I – Grundsätze und Zeitrahmen; KOM/94/0440 vom 24. Oktober 1994; sowie Grünbuch für die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur und der Kabelfernsehnetze – Teil II: Ein gemeinsames Konzept zur Bereitstellung einer Infrastruktur für Telekommunikation in der Europäischen Union; KOM/94/682, vom 25. Januar 1995.

[25] KOM/98/0596, vom 3. Dezember 1998.

[26] KOM/97/0623, vom 3. Dezember 1997.

[27] Mitteilung der Kommission: Prüfung der Lage im Bereich der Kommunikationsdienste; SEK/92/1048, vom 21. Oktober 1992.

[28] KOM/96/73, endgültig vom 13. März 1996.

[29] Empfehlungen an den Europäischen Rat vom 26. Mai 1994, Entschließung zu dieser Empfehlung veröffentlicht in ABl. EG Nr. C 320 vom 28. Oktober 1996, S. 164.

2. Liberalisierung und Harmonisierung durch Richtlinien der Kommission

Die Öffnung des europäischen Telekommunikationsmarktes wurde durch eine Vielzahl von Richtlinien der Kommission vorbereitet. Durch mehrere Wettbewerbsrichtlinien wurde eine Liberalisierung des Marktes herbeigeführt (a)). Für die Harmonisierung der nationalen Märkte der Mitgliedsstaaten sorgten die ONP-Richtlinien (b)). Diese richtungsweisenden Vorschriften wurden gemäß Art. 86 III EGV (Art. 90 III EWGV)[30] – der Richtlinienkompetenz der Kommission – erlassen, die bis zu diesem Zeitpunkt eine untergeordnete Rolle gespielt hatte. Erstmals wurde davon bei Erlass der bereits oben erwähnten Richtlinie 88/301/EWG[31], durch die – mit der Aufhebung des Monopols auf dem Endgerätemarkt – der erste große Liberalisierungsschritt getan wurde, Gebrauch gemacht. Dieses Vorgehen der Kommission traf auf Widerstand einzelner Mitgliedsstaaten[32], wurde aber vom Europäischen Gerichtshof als rechtmäßig bestätigt[33]. Im Einzelnen:

a) Marktöffnung und Liberalisierung

Mittels der Richtlinienkompetenz des Art. 86 III EGV trieb die EG-Kommission die Liberalisierung der TK-Märkte in ihren Mitgliedsstaaten und damit im gesamten EG-Wirtschaftsraum voran. Dazu wurde **1990** die Diensterichtlinie[34] erlassen, mit der eine Liberalisierung auch für Sprachtelefondienste, soweit sie nicht für die Allgemeinheit erbracht wurden, vorgesehen war. Weitere Schritte der Liberalisierung waren die Satellitenrichtlinie[35] **1993** und die Mobilfunkrichtlinie[36] **1996**. Letztere bezog den Mobilfunkbereich in die Diensterichtlinie ein, indem die Mitgliedsstaaten ver-

---

[30] Die Norm sieht vor, dass ohne Beteiligung des Rates und des Europäischen Parlaments der Erlass von Richtlinien durch die Kommission möglich ist.
[31] Richtlinie 88/301/EWG vom 16. Mai 1988, ABl. EG Nr. L 131 vom 27. Mai 1988, S. 73.
[32] Vor allem Frankreich, Italien, Belgien, Deutschland und Griechenland.
[33] EuGH, Urteil vom 19. März 1991, RS C-202/88, Slg 1991 I, 1223 ff.; EuGH, Urteil vom 17. November 1992, Rs C-271/90, C-281/90, C-289/90, Slg 1992 I, 5833 ff. = EuZW 1991, 345 ff.
[34] RL 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 192 vom 24. Juli 1990, S. 10.
[35] RL 94/46/EG der Kommission zur Änderung der RL 88/301/EWG insbesondere betreffend die Satelliten-Kommunikationen, ABl. EG Nr. L 268 vom 19. Oktober 1994, S. 15.
[36] RL 96/2/EG der Kommission zur Änderung der RL 90/388/EWG im Hinblick auf die mobile und Personal Communication vom 16. Januar 1996, ABl. EG Nr. L 20 vom 26. Januar 1996, S. 59.

pflichtet wurden, besondere und exklusive Rechte aller Mobilfunkanbieter aufzuheben und eine Liberalisierung der Mobilfunk-Infrastruktur sowie der Regelungen zur Zusammenschaltung in diesem Bereich vorzunehmen. Mit der Kabelfernsehrichtlinie[37] **1995** wurden die Kabelnetze für die Nutzung zur Übertragung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste liberalisiert.

Als Meilenstein im Liberalisierungsprozess des europäischen Telekommunikationsrechts kann die Wettbewerbsrichtlinie zur vollständigen Liberalisierung aller Telekommunikationsdienste einschließlich des Sprachtelefondienstes und der Telekommunikationsinfrastrukturen vom März **1996**[38] bezeichnet werden. Damit wurden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die Märkte bis zum 1. Januar 1998 zu liberalisieren. Inhaltlich sah die Richtlinie Prinzipien für die Lizenzierung von Newcomern und eine Garantie für die effektive Zusammenschaltung in nicht diskriminierender, verhältnismäßiger und transparenter Weise vor. Die Mitgliedsstaaten wurden veranlasst, Maßnahmen zur Sicherung des Universaldienstes zu ergreifen. Ergänzend veröffentlichte die Kommission einige Bekanntmachungen über die Anwendung der Liberalisierungsvorschriften auf das Angebot bestimmter Telekommunikationsdienste.[39]

b) Marktöffnung und Harmonisierung

Mit einer Reihe von Richtlinien des Rates (und des Europäischen Parlaments) wurde ein Rahmen für die europaweite Harmonisierung der Regulierung auf dem Telekommunikationsmarkt geschaffen. Weiterhin dienen diese Bestimmungen der Gewährleistung eines offenen und effizienten Zugangs und der Nutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze und öffentlicher Telekommunikationsdienste, weshalb sie als Richtlinien zum offenen Netzzugang (OPN = open network provision) zusammengefasst werden. Zudem wurde eine Harmonisierung der Schnittstellen, Gebrauchsbedin-

[37] RL 95/51/EG vom 18. Oktober 1995 zur Ergänzung der RL 90/833/EWG im Hinblick auf die Nutzung von Kabelfernsehnetzen für das Angebot schon liberalisierter Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 256 vom 29. Oktober 1995, S. 49.

[38] 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; ABl. EG Nr. L 74, vom 22. März 1996, S. 13.

[39] Z. B. die Mitteilung „Der Status der Sprachübermittlung im Internet nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Richtlinie 90/388/EWG“, ABl. EG Nr. C 6 vom 10. Januar 1998, S. 4.

gungen und Tarifprinzipien vorgenommen. Objektivität, Transparenz und Nichtdiskriminierung haben als grundlegende Prinzipien in den Richtlinien Eingang gefunden. Keine der Richtlinien verdrängt das europäische Wettbewerbsrecht, vielmehr ergänzen sich beide Regelungsbereiche und sind nebeneinander anwendbar.[40]

Mit der ONP-Rahmenrichtlinie[41] aus dem Jahr **1990** schuf der Rat zunächst harmonisierte Zugangsbedingungen für öffentliche Netze und Dienste, die bisher noch nicht für den Wettbewerb freigegeben waren. Dazu wurden technische Schnittstellen, Tarifgrundsätze und Nutzungsbedingungen vereinheitlicht. Es wurde weiterhin ein Zeitrahmen für weitere Rechtsakte im Bereich der Mietleitungen, des Sprachtelefondienstes, von ISDN und anderer mehr festgelegt. Die Einrichtung eines ONP-Komitees, das beratende wie auch regulierende Aufgaben wahrnehmen sollte, war, wie auch ein Mechanismus zur Standardisierung technischer Schnittstellen und/oder Dienstebedingungen, ebenfalls in dieser Richtlinie verankert.

Besonders im Hinblick auf die Zusammenschaltung wurde der ONP-Rahmen durch weitere Richtlinien fortentwickelt. In diesem Zusammenhang ist die Mietleitungsrichtlinie[42] aus dem Jahr **1992**, die die Verfügbarkeit analoger und digitaler Mietleitungen mit harmonisierten technischen Merkmalen sicherstellen sollte, zu erwähnen. Diese wurde **1997**[43] durch Regelungen ergänzt, mit denen Restriktionen bei Zusammenschaltungen von Mietleitungen und beim öffentlichen Telefonnetz beseitigt und der Zugang aller Nutzer im wettbewerblichen Markt zu Mietleitungen jedenfalls eines Anbieters sichergestellt wurden.

Im Bereich der Sprachtelefonie existierte die ursprüngliche Richtlinie über die Anwendung der ONP-Bedingungen[44] seit **1995**; sie ist durch eine weite-

---

[40] Vgl. zum Ganzen Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, Einführung II, Rn. 12.
[41] RL des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch die Einführung des offenen Netzzugangs (90/387/EWG), ABl. EG Nr. L 192 vom 24. Juli 1990, S.1.
[42] RL 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, ABl. EG Nr. L 165 vom 19. Juni 1992, S. 27.
[43] RL 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der RL 90/387/EWG und 92/44/EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld, ABl. EG Nr. L 295 vom 29. Oktober 1997, S. 23.
[44] RL 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der RL 90/387/EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld, ABl. EG Nr. L 295 vom 29. Oktober 1997, S. 23.

re Richtlinie[45] im Jahr **1998** ersetzt worden. Mit ihr soll garantiert werden, dass europaweit eine bestimmte Qualität der Telefondienste und bestimmte Dienste allen Nutzern im Rahmen eines Universaldienstes zur Verfügung steht bzw. stehen. Daher werden dort die Verfügbarkeit von Diensten, Finanzierungssysteme, die Bereitstellung von Netzanschlüssen und Zugang zu Telefondiensten, Auskunftsdienste, öffentliche Telefone, besondere Maßnahmen für behinderte Nutzer und Nutzer mit speziellen sozialen Bedürfnissen, der Informationszugang, die Dienstequalität, Fragen des Sonderzugangs zum Netz, Tarifgrundsätze, Kostenrechnungsgrundsätze sowie Spezifikationen für den Zugang zum Netz geregelt.

Im Jahr **1997** wurde vom Rat und EP die Zusammenschaltungsrichtlinie[46] erlassen, die das Recht der Marktteilnehmer, eine Zusammenschaltung und Verbindung mit den Netzen anderer Anbieter zu erhalten, soweit dies vernünftig und gerechtfertigt ist, festhält. Auch im Bereich der Zusammenschaltung sind die ONP-Grundsätze der Transparenz, Objektivität und der Nichtdiskriminierung in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verankert. In der Richtlinie wird für Zusammenschaltungen der Vorrang von Verhandlungen der Zusammenschaltungspartner vor der Anordnung der Zusammenschaltung durch die nationale Regulierungsbehörde festgelegt. Außerdem regelt die Richtlinie klare Verantwortlichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden und Mechanismen zur Streitbeilegung. Mit der Richtlinie wird ein angemessener Ausgleich zwischen den Rechten und Pflichten der Marktteilnehmer mit Blick auf ihre Marktposition vorgenommen. Marktmächtige Unternehmen werden daher verpflichtet, die Grundsätze der Nichtdiskriminierung zu beachten und ein Standardangebot mit Preisliste zu veröffentlichen. Die Zusammenschaltungsentgelte haben sich an den Kosten zu orientieren und werden an Hand eines transparenten Kostenrechnungssystems ermittelt. Auch die übrigen Marktteilnehmer werden verpflichtet, über die Zusammenschaltung mit ihren Wettbewerbern

[45] RL 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich im einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl. EG Nr. L 101 vom 1. April 1998, S. 24.

[46] RL 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), ABl. EG Nr. L 199 vom 26. Juli 1997, S. 32

zu verhandeln. Die Zusammenschaltungsrichtlinie ist durch eine weitere Richtlinie[47] ergänzt worden, um die Nummernportabilität und die Betreibervorauswahl zu verbessern. Mit einer Empfehlung hat die Kommission sich zu Zusammenschaltungsentgelten, zu der Rechnungstrennung und zu Kostenrechnungssystemen für die Einführung von Zusammenschaltungsverpflichtungen geäußert[48].

c) Weitere Richtlinien

Zu den weiteren wichtigen Teilbereichen des Telekommunikationsrechts, die einer europarechtlichen Regelung zur Schaffung des gemeinsamen Binnenmarktes bedurften, gehört auch die Lizenzierung der Telekommunikationsbetreiber. Daher wurden mit der Genehmigungsrichtlinie[49] aus dem Jahr **1997** die Bedingungen und das Verfahren für die Erteilung von Allgemein- und Einzelgenehmigungen harmonisiert. Mit ihr wurden Rechtsbehelfsfristen festgelegt und die Maßgabe erlassen, soweit wie möglich nur Allgemeingenehmigungen, die nur mit EG-Recht vereinbarte Bedingungen enthalten, zu erteilen. Weiterhin wurden Anforderungen für die Begrenzung von Einzelgenehmigungen geregelt. Als wesentliche Regelungsmaterie sieht diese Richtlinie noch ein Verfahren zur Harmonisierung der Lizenzbedingungen vor.

Ein bedeutsamer und wichtiger Bereich des Telekommunikationssektors ist die Weiterentwicklung der Technologien und die Stimulierung neuer Dienste. Deshalb nimmt die Allokation der Funkfrequenzen einen breiten Raum in der Kommissionspolitik ein[50]. Daher werden eine strategische Planung der

---

[47] RL 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 1998 zur Änderung der RL 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreibervorauswahl, ABl. EG Nr. L 268 vom 3. Oktober 1998, S. 37.

[48] Empfehlung der Kommission 98/195/EG vom 8. Januar 1998 über die Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt, Teil I – Zusammenschaltungsentgelte, ABl. EG Nr. L 73 vom 12. März 1998, S. 42; geändert durch die Empfehlung der Kommission vom 29. Juli 1998 zur Veränderung der Empfehlung 98/195/EG vom 8. Januar 1998 über die Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt Teil I – Zusammenschaltungsentgelte, ABl. EG Nr. L 228 vom 15. August 1998, S. 30; Teil II ABl. EG Nr. L 141 vom 13. Mai 1998, S. 6.

[49] RL 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 117 vom 7. Mai 1997, S. 15.

[50] So auch Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, Einführung II, Rn. 17.

Frequenznutzung[51], die Schaffung europaweiter Funkdienste und -produkte sowie Frequenzbänder[52], die Zuteilung der Frequenzen im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht, die Normungspolitik[53] und ein institutioneller Rahmen für die Frequenzkoordinierung forciert.

Als weiterer wichtiger Teil der europäischen Vorgaben für das Telekommunikationsrecht ist im Rahmen des kommunikationsbezogenen Verbraucherschutzes **1997** die ISDN-Datenschutzrichtlinie[54] zum Schutz der personenbezogenen Daten und der Privatheit erlassen worden, die die allgemeine Datenschutzrichtlinie der EG[55] ergänzt. Zur Vervollständigung des Regelungsrahmens erließ die Kommission Richtlinien über das Verfahren bei der Auftragsvergabe von Telekommunikationsausrüstungen und Diensten für bestimmte Fälle[56].

III. Kommunikationsbericht 1999

Mit dem Kommunikationsbericht[57] der Kommission aus dem Jahr 1999 wurde die Umgestaltung des europäischen Telekommunikationsrechts eingeleitet. Damit stellte die Kommission die Hauptkomponenten ihrer politischen Vorschläge zur Schaffung eines Rechtsrahmens für die gesamte Kommunikationsinfrastruktur und die dazu gehörenden Dienste vor. Der bis

---

[51] Vgl. dazu RL 87/372/EWG des Rates über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind, ABl. EG Nr. L 196 vom 17. Juli 1987, S. 85; RL 90/544/EWG des Rates vom 9. Oktober 1990 über die Frequenzbänder für die koordinierte Einführung eines europaweiten terrestrischen öffentlichen Funkrufsystems in der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 310 vom 9. November 1990, S. 28; Entschließung des Rates vom 29. Juni 1995 über die weitere Entwicklung der Mobil- und persönlichen Kommunikation in der Europäischen Union, 95/C188/02, ABl. EG Nr. C 188 vom 22. Juli 1995, S. 3; RL 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 zur Änderung der RL 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABl. EG Nr. L 20 vom 26. Januar 1996, S. 59.

[52] Vgl. RL 87/372/EG; RL 90/544/EWG; RL 91/287/EWG des Rates vom 3. Juni 1991 über das Frequenzband, das für die koordinierte Einführung europaweiter schnurloser Digital-Kommunikation (DECT) in der Gemeinschaft vorzusehen ist, ABl. EG Nr. L 144 vom 8. Juni 1991, S. 45.

[53] Art. 1 Nr. 5 der RL 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der RL 90/387/EWG und 92/44/EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld, ABl. EG Nr. L 295 vom 29. Oktober 1997, S. 23.

[54] RL 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. EG Nr. L 24 vom 30. Januar 1998, S. 1 (Telekommunikations-Datenschutzrichtline).

[55] RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG Nr. L 281 vom 23. November 1995, S. 31.

[56] Z. B. RL 90/531/EWG des Rates vom 27. September 1990, ABl. EG Nr. L 297 vom 22. Oktober 1990, S. 1.

[57] Europäische Kommission, Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, Kommunikationsbericht 1999, KOM/99/0539 vom 10. November 1999.

zu diesem Zeitpunkt geschaffene europäische Rechtsrahmen war vorwiegend darauf ausgerichtet, den Übergang zum Wettbewerb zu steuern. Im Mittelpunkt stand die Schaffung eines wettbewerbsorientierten Marktes und im gleichen Zug die Sicherung der Rechte der Marktteilnehmer.[58]

Nachdem sich die Marktbedingungen durch eine umfassendere und intensivere Globalisierung, eine weltweite Liberalisierung, die zu Fusionen, Übernahmen und neuen Bündnissen führte und nicht zuletzt durch die technologische Entwicklung bei den Übertragungsmöglichkeiten erheblich geändert haben, war der alte Rechtsrahmen durch einen offenen und flexibleren Regulierungsrahmen, dessen Schwerpunkt auf dem Wettbewerb in allen Marktsegmenten, insbesondere auf lokaler Ebene liegen sollte, zu ersetzen.[59] Hauptaugenmerk sollte dabei auf einer Reduzierung der wettbewerbsherstellenden Regulierung, die überflüssig wird, je mehr der Markt wettbewerbsorientiert funktioniert, liegen. Letztlich soll eine Regulierung nur noch in den Bereichen möglich und geboten sein, in denen die politischen Ziele allein durch Wettbewerb nicht erreicht werden können.[60] Zur Umsetzung dieser Absichten sollte der Rechtsrahmen auf fünf Grundsätzen aufgebaut und durch drei Regelungselemente gekennzeichnet sein. Nach den einzubeziehenden Grundsätzen sollen künftige Regulierungsmaßnahmen auf klar definierten politischen Zielvorgaben beruhen, auf das zum Erreichen dieser Ziele erforderliche Mindestmaß beschränkt bleiben, die Rechtssicherheit verbessern, technologieneutral und so nah wie möglich an der Ebene der betroffenen Aktivitäten geregelt sein. Regelungselemente sollen bereichsspezifische Rechtsvorschriften, unverbindliche Begleitmaßnahmen und Wettbewerbsregeln sein. Diese Vorgaben sollten in einer Rahmenrichtlinie und vier bereichsspezifischen Richtlinien umgesetzt werden.

[58] Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, Einleitung II, Rn. 23.
[59] Trute, a. a. O., Rn. 22.
[60] Trute, a. a. O., Rn. 23.

IV. Neuer Rechtsrahmen der EU für das Telekommunikationsrecht der Mitgliedsstaaten

Zur Umsetzung des Kommunikationsberichts 1999, etwa vier Jahre nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in den Mitgliedsstaaten der EG, hat am 14. Februar 2002 der Rat einem Paket von vier Richtlinienvorschlägen der Kommission zugestimmt, die die Mitgliedsstaaten innerhalb von 15 Monaten, also bis zum **25. Juli 2003**, umzusetzen hatten. Dieses Paket besteht aus der Rahmen-, der Genehmigungs-, der Zugangs- und der Universaldienstrichtlinie. Die ursprünglich als vierte vorgesehene bereichsspezifische Datenschutzrichtlinie, die hier nicht besprochen werden soll, ist wenig später – im Juli 2002 – ebenfalls vom Rat abgesegnet worden. [61] Mit diesen Neuregelungen verfolgte der europäische Gesetzgeber vor allem vier Regelungsziele:

- die Vereinfachung des europäischen Rechtsrahmens,
- dem „Verschmelzen" von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien Rechnung zu tragen,
- die flexiblere Zuordnung von sektorspezifischer Regulierung einerseits und Einsatz der Instrumente des nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts andererseits,
- die Schaffung der inhaltlichen, verfahrens- und organisationsrechtlichen Voraussetzungen für eine gemeinschaftsweit stärker harmonisierte Anwendung des europäischen Rechtsrahmens.[62]

1. Rahmenrichtlinie

Die Rahmenrichtlinie[63] legt den Geltungsbereich des neuen Rechtsrahmens fest und definiert die wichtigsten Rechtsbegriffe. Sie enthält Vorgaben für die institutionelle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der nationalen Regulierungsbehörden (im Folgenden: NRB) sowie für die strukturelle

[61] Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); ABl. EG Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37.
[62] Scherer, K&R 2002, 273 (275).
[63] Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33.

Trennung ihrer hoheitlichen Funktionen von Tätigkeiten im Zusammenhang mit staatlichem Eigentum an Kommunikationsunternehmen (Art. 3), legt Grundsätze und Zielvorgaben für Maßnahmen der NRB fest und etabliert Regeln für die „Konsolidierungsverfahren", in denen die NRB „miteinander und mit der Kommission auf transparente Weise kooperieren, um in allen Mitgliedsstaaten eine kohärente Anwendung" des europäischen Kommunikationsrechts zu gewährleisten (Art. 7). Darüber hinaus enthält die Rahmenrichtlinie Vorgaben für die Verwaltung knapper Ressourcen (Art. 9 und 10), für die Gewährung von Wegerechten (Art. 11) und die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen (Art. 12) sowie zur getrennten Rechnungslegung und strukturellen Separierung von Unternehmen, die öffentliche Kommunikationsnetze oder -dienste anbieten und in demselben oder einem anderen Mitgliedsstaat besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten auf anderen Sektoren besitzen (Art. 13).

Herzstück der Rahmenrichtlinie sind die Regelungen zur Bestimmung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht auf der Grundlage eines gemeinschaftsrechtlich geprägten Marktdefinitionsverfahrens und einer von den NRB nach gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben durchzuführenden Marktanalyse.[64] Die beträchtliche Marktmacht (**S**ignificant **M**arket **P**ower) ist im neuen Rechtsrahmen das entscheidende Merkmal für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Regulierung. Regulierungsmaßnahmen können nur nach Feststellung von beträchtlicher Marktmacht im betroffenen Marktsegment durchgeführt werden.

2. Genehmigungsrichtlinie

Die Genehmigungsrichtlinie[65] bezweckt eine Vereinfachung und stärkere Harmonisierung der Genehmigungsvorschriften und -bedingungen für alle elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste (Art. 1 I): Ihre Bereitstellung darf künftig grundsätzlich nur von einer Allgemeingenehmigung abhängig gemacht werden (Art. 3); lediglich für die Nutzung von Funkfre-

[64] Dabei handelt es sich um die Art. 14 ff. der Rahmenrichtlinie; vgl. dazu Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 13 ff.

[65] Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 21.

quenzen und Nummern können ausnahmsweise Einzelgenehmigungen erteilt werden (Art. 5).

Die Genehmigungsrichtlinie legt Rechte und Pflichten der Adressaten von Allgemeingenehmigungen und der Inhaber von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen und Nummern fest (Art. 4 und 6) und enthält weitreichende Rahmenregelungen für die „Verwaltungsabgaben“, die die Mitgliedsstaaten von den Adressaten der Allgemeingenehmigungen und den Inhabern von Nutzungsrechten erheben können (Art. 12).[66]

3. Zugangsrichtlinie

Der Begriff „Zugang“ wird in Art. 2 lit. a Zugangsrichtlinie[67] als „die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen, zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste“ definiert. Anschließend werden beispielhaft solche Dienste oder Einrichtungen genannt, die hier nur zum Teil wiedergegeben werden: Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, wozu auch der feste oder nicht feste Anschluss von Einrichtungen gehören kann (dies beinhaltet insbesondere den Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie zu Einrichtungen und Diensten, die erforderlich sind, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen); Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungen und Masten; Zugang zu einschlägigen Softwaresystemen, einschließlich Systemen für die Betriebsunterstützung.

a) Allgemeines

Die Zugangsrichtlinie harmonisiert die Regulierung des Zugangs zu elektronischen Kommunikationsnetzen und den zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Art. 1 I). Sie schafft einen Rechtsrahmen für die Beziehungen zwischen Netzbetreibern und/oder Diensteanbietern, für deren Gestaltung der Vorrang der vertraglichen Vereinbarung gilt, die

[66] Scherer, K&R 2002, 273 (275).
[67] Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung; ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7.

jedoch auf Antrag oder in bestimmten Fällen von Amts wegen durch die NRB reguliert werden können.[68]

Die Richtlinie statuiert weitgehende Regulierungsbefugnisse der NRB gegenüber SMP-Unternehmen (Art. 8) sowie eine Reihe von Regulierungsbefugnissen, die unabhängig vom Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht im Interesse der Schaffung von Interoperabilität und der Kommunikation „jeder mit jedem“ ausgeübt werden können (Art. 5).[69]

Von besonderem Interesse für die (Entgelt)-Regulierung ist damit Art. 8 der Richtlinie. Dort werden – vermittelt über die Mitgliedsstaaten – den NRB die grundlegenden Befugnisse zur Auferlegung, Änderung und Aufhebung von Verpflichtungen gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Zusammenhang mit Zusammenschaltungen eingeräumt. Diese Regelung ist damit Grundlage für jede Regulierungsmaßnahme im Bereich der Zusammenschaltungen. Die Unternehmen können zur Transparenz (Art. 9), zur Gleichbehandlung (Art. 10) und zur getrennten Buchführung (Art. 11) verpflichtet werden. Außerdem können ihnen die NRB Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung (Art. 12) und Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung auferlegen (Art. 13). Von besonderem Interesse für das Problem der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen sind dabei die Verpflichtungen, die die RegTP den regulierten Unternehmen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung im Zusammenhang mit Zusammenschaltungen auferlegen kann.

b) Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen (Art. 8)

Die in Art. 8 der Zugangsrichtlinie enthaltenen Regelungen bilden die Grundlage für die tatsächliche Anwendung der in Art. 9 bis 13 niedergelegten Verpflichtungen. Alle Normen gemeinsam vereinfachen daher die Regulierung der Zusammenschaltungen mit Marktbeherrschern. Die in Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen werden entsprechend der in Art. 8 der Zugangsrichtlinie geregelten Maßgaben auferlegt, geändert oder aufgehoben.

---

[68] Scherer, K&R 2002, 273 (275).
[69] Scherer, ebd.

Zunächst wird in Abs. 1 der Umsetzungsauftrag an die Mitgliedsstaaten formuliert, da diese garantieren müssen, dass den NRB die Befugnis eingeräumt wird, die in den folgenden Normen genannten Regulierungsinstrumente bzw. – mit den Worten des Richtliniengebers – „Verpflichtungen“ gegenüber den zu regulierenden Unternehmen einzusetzen. Abs. 2 dient der Klarstellung, dass die in Art. 9 bis 13 genannten Instrumente nur in Bezug auf SMP-Unternehmen Anwendung zu finden haben.

Dies wird mit Abs. 3 untermauert, der außerdem für den „außergewöhnlichen“ Fall, dass eine NRB einem SMP-Unternehmen eine andere als die in den Art. 9 bis 13 genannten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung auferlegen will, festhält, dass sie dazu nur dann berechtigt ist, wenn sie zuvor der Kommission einen entsprechenden Antrag unterbreitet hat. Weiterhin trifft die Kommission ebenfalls im Vorfeld der von der NRB angedachten Regulierung eine Entscheidung darüber, ob die von der NRB beantragten Maßnahmen von dieser ergriffen werden können oder ihr dies untersagt wird.

Absatz 4 stellt klar, dass die nach Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie ergriffenen Maßnahmen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen sowie angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Der letzte Absatz regelt eine Unterrichtungspflicht der NRB gegenüber der Kommission in ausdrücklich genannten Fällen der Regulierung.

c) Transparenzverpflichtung (Art. 9) und Gleichbehandlungsverpflichtung (Art. 10)

Die Transparenzverpflichtung des Art. 9 sieht eine Veröffentlichungspflicht der Unternehmen in Bezug auf bestimmte Informationen, z. B. die Buchführung, technischen Spezifikationen oder die Tarife, vor (Abs. 1). Außerdem kann von Unternehmen, denen eine Gleichbehandlungsverpflichtung (Art. 10) auferlegt wurde, die Veröffentlichung eines hinreichend entschlüsselten Standardangebots verlangt werden, wozu die NRB weiterhin Änderungen des Standardangebots vorschreiben kann. Die folgenden Absätze 3 bis 5 des Art. 9 beschäftigen sich mit dem Umfang der Veröffentlichungspflicht im Allgemeinen und in besonderen Fällen und mit der Befugnis der

NRB festzulegen, welche Informationen genau zur Verfügung zu stellen sind.

Die Gleichbehandlungsverpflichtungen, die die NRB in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang gemäß Art. 10 auferlegen können, sollen insbesondere sicherstellen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen bietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen.

d) Verpflichtung zur getrennten Buchführung (Art. 11)

Das Regulierungsinstrument der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gemäß Art. 11 bevollmächtigt die NRB, für bestimmte Tätigkeiten der Unternehmen im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung/dem Zugang eine getrennte Buchführung vorzusehen. Im selben Zusammenhang können die Regulierer eine transparente Gestaltung der Großkundenpreise und Kostentransfers verlangen, um die Einhaltung von Gleichbehandlungsverpflichtungen zu kontrollieren oder gegebenenfalls unlautere Quersubventionierungen zu verhindern. Um die Einhaltung dieser Verpflichtungen überprüfen zu können, sind die NRB bevollmächtigt, die Vorlage von Buchungsunterlagen zu verlangen. Diese Informationen können von den NRB auch veröffentlicht werden, soweit dies zu einem offenen, wettbewerbsorientierten Markt beiträgt.

e) Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung (Art. 12)

In Art. 12, der mögliche Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung regelt, werden zunächst in Abs. 1 die Voraussetzungen für die Auferlegung der Verpflichtungen und diese selbst beispielhaft aufgeführt. Die NRB können die Verpflichtung aussprechen, berechtigten Anträgen auf Zugang stattzugeben, wenn sie der Auffassung sind, dass die Verweigerung des Zugangs oder die Stellung weiterer unangemessener Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Ent-

wicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwider laufen würden.

Die zunächst nur allgemein formulierte Verpflichtung der Zugangsgewährung wird an Hand von Beispielen näher spezifiziert. Danach können die Betreiber durch die NRB verpflichtet werden,

- Dritten den Zugang zu speziellen Netzkomponenten und/oder Netzeinrichtungen zu gewähren,
- eine Verhandlung nach Treu und Glauben über den Zugang durchzuführen,
- einen bereits gewährten Zugang nicht nachträglich zu verweigern,
- bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertriebs anzubieten,
- den offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen und anderen Schlüsseltechnologien zu gewährleisten,
- eine Kollokation zu ermöglichen,
- bestimmte notwendige Voraussetzungen für die Interoperabilität durchgehender Nutzerdienste zu schaffen,
- den Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung zu gewähren und
- die Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen zu ermöglichen.

Alle diese Verpflichtungen können von den NRB mit Bedingungen in Bezug auf Fairness, Billigkeit und Rechtzeitigkeit verknüpft werden.

Anders als bei den bisher geregelten Verpflichtungen wird hier in Abs. 2 festgelegt, welchen Faktoren die NRB bei der Beurteilung, ob die Verpflichtung in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Rahmenrichtlinie steht, insbesondere Rechnung tragen sollen. Dazu gehört die Bereitstellung europaweiter Dienste, die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, die Beachtung der Anfangsinvestitionen des

Eigentümers der Einrichtung, die Möglichkeit der Gewährung des vorgeschlagenen Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität und nicht zuletzt die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung.

f) Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung (Art. 13)

Art. 13 der Zugangsrichtlinie ist mit „Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechung“ überschrieben. Für den Fall, dass ein Betreiber seine Preise zum Nachteil der „Endnutzer“[70] auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, können nach Abs. 1 dieser Regelung die NRB gemäß Art. 8 der Zugangsrichtlinie – hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltungen oder dem Zugang – Verpflichtungen, betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise, auferlegen und dem Unternehmen bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen. Weiterhin müssen die NRB sicherstellen, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind (Abs. 2). In diesem Zusammenhang können die NRB vom Betreiber die umfassende Rechtfertigung seiner Preise und gegebenenfalls deren Anpassung verlangen. Die NRB können dazu eine von der Kostenrechnung des Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen, obwohl es dem Betreiber obliegt nachzuweisen, dass seine Preise sich aus den Kosten und einer angemessenen Investitionsrendite zusammensetzen (Abs. 3). Absatz 4 beschäftigt sich noch mit der Veröffentlichung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode und mit der Überprüfung der Anwendung durch eine unabhängige Stelle.

[70] Endnutzer sind Nutzer, die keine öffentlichen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, wobei „Nutzer“ als eine natürliche oder juristische Person definiert wird, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt (Art. 2 lit. n und h Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), vgl. ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33).

4. Universaldienstrichtlinie

Diese Richtlinie[71] zielt auf die Regelung der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste für die „Endnutzer“ (Art. 1 I), im Gegensatz zur Zugangsrichtlinie, die überwiegend die Regulierung in den Beziehungen zwischen den am Markt agierenden Unternehmen betrifft (a)).

Von besonderer Bedeutung für die frühestens ab dem 25. Juli 2003 nach Umsetzung des neuen europäischen Rechtsrahmens in den Mitgliedsstaaten stattfindende Entgeltregulierung sind daher Art. 16 und 17 der Universaldienstrichtlinie, die in Kapitel III der Richtlinie unter der Überschrift „Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf speziellen Märkten“ enthalten sind. Sie beschäftigen sich zunächst mit der durch die Mitgliedsstaaten vorzunehmenden Überprüfung der zu diesem Zeitpunkt bestehenden „Regulierungs“-Verpflichtungen der marktbeherrschenden Unternehmen (b)) und den dann nach dem neuen Rechtsrahmen noch zulässigen Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer (c)).

a) Allgemeines

Die Universaldienstrichtlinie will die Verfügbarkeit gemeinschaftsweiter hochwertiger, öffentlich zugänglicher Dienste primär auf wettbewerblicher Grundlage gewährleisten; sie legt ein Mindestangebot an Diensten mit definierter Qualität fest, zu denen alle Endnutzer unter Berücksichtigung der nationalen Gegebenheiten zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen (Art. 4 bis 7), und gestattet den Mitgliedsstaaten, Unternehmen die Erbringung des Universaldienstes aufzuerlegen (Art. 8) sowie Mechanismen zur Finanzierung von Universaldienstverpflichtungen zu schaffen (Art. 13).

Darüber hinaus enthält die Universaldienstrichtlinie Regelungen zur Regulierung der Dienstangebote von SMP-Unternehmen für Endnutzer einschließlich der Regulierung von Endnutzerpreisen (Art. 16 ff.), über sektor-

[71] Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten; ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 51.

spezifische Verbraucherschutzvorschriften (Art. 20 ff.) und Bestimmungen über europäische Notrufnummern und Vorwahlen (Art. 26 f.), zur Nummernübertragbarkeit (Art. 30), Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl (Art. 19).[72]

b) Überprüfung der Verpflichtungen (Art. 16)

Zunächst werden die Mitgliedsstaaten durch diese Regelung verpflichtet, alle Regulierungsverpflichtungen für die regulierten Unternehmen aufrecht zu erhalten. Dazu zählen neben anderen auch die Verpflichtungen bezüglich der Endnutzertarife für die Bereitstellung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz und dessen Nutzung nach Art. 17 der Richtlinie 98/10/EG des EP und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld.[73] Dies gilt solange, bis jene Verpflichtungen einer Überprüfung unterzogen wurden und eine Feststellung gemäß Abs. 3 des hier behandelten Artikels getroffen wurde.[74]

Absatz 3 regelt die Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass die NRB zeitnah nach in Kraft treten der Richtlinie und nachfolgend in regelmäßigen Abständen eine Marktanalyse entsprechend Art. 16 der Rahmenrichtlinie vornehmen, um feststellen zu können, ob die bestehenden Verpflichtungen der regulierten Unternehmen hinsichtlich des Endnutzermarktes beibehalten, geändert oder aufgehoben werden sollen.

Auf welchen Märkten die Verpflichtungen bezüglich der Endnutzer relevant sind, hat die Kommission in der ersten Empfehlung in Bezug auf die relevanten Produkt- und Dienstmärkte[75] und in der Entscheidung zur Festlegung der länderübergreifenden Märkte (Art. 16 II Universaldienstrichtlinie) festgelegt. Im Anhang der Empfehlung werden von der Kommission die Märkte genannt, auf denen eine Marktanalyse stattfinden soll. Diese sind in End- und Großkundenmärkte unterteilt. Dabei werden die Endkunden-

[72] Vgl. Scherer, K&R 2002, 273 (276).
[73] ABl. EG Nr. L 101 vom 1. April 1998, S. 24.
[74] Vgl. Art. 16 I a Universaldienstrichtlinie.
[75] Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003, ABl. EG Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45.

märkte 1 bis 6[76] dem „Anschluss an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an bestimmten festen Standorten“ der Anlage 1 zur Rahmenrichtlinie zugeordnet.

c) Regulierungsmaßnahmen (Art. 17)

Art. 17 beschäftigt sich lediglich mit Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer, so die amtliche Überschrift zu dieser Norm. Regulierungsmaßnahmen auf den Vorleistungsmärkten sind in der Zugangsrichtlinie festgelegt. Die Regelung des Art. 17 besteht aus fünf Absätzen, wobei sich der erste zunächst mit den Bedingungen, unter denen eine Regulierung erforderlich wird, befasst.

Auf Veranlassung der Mitgliedsstaaten sollen die NRB den Unternehmen, die auf dem Endnutzermarkt gemäß Art. 14 der Rahmenrichtlinie als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden, geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegen, wenn

- nach einer Marktanalyse festgestellt ist, dass auf diesem Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, und
- die NRB zur Schlussfolgerung gelangt, dass die Verpflichtungen nach der Zugangsrichtlinie oder Art. 19 der Universaldienstrichtlinie (Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl) nicht zur Erreichung der vorgegebenen Ziele (Art. 8 der Rahmenrichtlinie) führen.

Die Verpflichtungen, die dem Unternehmen auferlegt werden, sollen der Art des festgestellten Problems entsprechen sowie verhältnismäßig und angemessen sein. Zu den möglichen Verpflichtungen gehört, dass die Unternehmen keine überhöhten Preise berechnen, den Markteintritt nicht behindern, keine Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anwenden, bestimmte Endnutzer nicht unangemessen bevorzugen oder Dienste nicht ungerechtfertigt bündeln. Weiterhin können die NRB den

[76] Nr. 1: Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten; Nr. 2: Zugang anderer Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten; Nr. 3 Öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen für Privatkunden an festen Standorten; Nr. 4: Öffentliche Auslandstelefonverbindungen für Privatkunden an festen Standorten; Nr. 5: Öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen für andere Kunden an festen Standorten; Nr. 6: Öffentliche Auslandstelefonverbindungen für andere Kunden an festen Standorten.

Unternehmen geeignete Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen, Maßnahmen zur Kontrolle von Einzeltarifen oder Maßnahmen im Hinblick auf kostenorientierte Tarife oder Preise in vergleichbaren Märkten auferlegen, um die Interessen der Endnutzer zu schützen und einen wirksamen Wettbewerb zu fördern.

Mit Abs. 3 werden die NRB verpflichtet, auf Anforderung der Kommission an diese alle Informationen über Regulierungsmaßnahmen sowie das von den betreffenden Unternehmen verwendete Kostenrechnungssystem zu übermitteln.

Für den Fall, dass ein Unternehmen verpflichtet ist, seine Endnutzertarife der Regulierung zu unterwerfen, regelt Abs. 4, dass die NRB den Einsatz geeigneter und erforderlicher Kostenrechnungssysteme zu gewährleisten haben. Dabei können die NRB das Format und die anzuwendende Methode vorgeben. Die Einhaltung des Systems soll durch eine unabhängige Stelle überprüft werden.

Abschließend hält Abs. 5 fest, dass bei festgestelltem wirksamen Wettbewerb in geografischen oder Nutzermärkten die NRB keine Verfahren zur Regulierung nach dieser Vorschrift einleiten sollen.

Durch die Befugnis, Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen zu ergreifen, ist den NRB eine Price-Cap-Regulierung wie auch die Festlegung absoluter Preisobergrenzen möglich. Da die NRB auch Maßnahmen zur Kontrolle von Einzeltarifen ergreifen können, ist damit eine ex-ante-Preisregulierung im Einzelfall zulässig.[77]

5. Zusammenfassung

Entscheidende Neuerung des Richtlinienpaketes in Bezug auf die Regulierung von SMP-Unternehmen ist, dass sie künftig „bedarfsabhängig“ ist und die NRB den Regulierungsbedarf hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ definieren muss. Der mögliche Regulierungsrahmen für marktbeherrschende Unternehmen wird in der Zugangsrichtlinie bestimmt, weitere Pflichten für SMP-

[77] Scherer, K&R 2002, 385 (390).

Unternehmen enthält die Universaldienstrichtlinie. Da die Zugangsrichtlinie nur das Verhältnis zwischen den Wettbewerbern regelt, ihr Gegenstand Zusammenschaltungen und der Zugang sind, beschäftigt sie sich zwangsläufig nur mit der Vorleistungsebene, während die Regelungen bezüglich der Beziehungen zu den Endkunden in der Universaldienstrichtlinie zu finden sind.[78]

Um die Kontinuität der Regulierung zu gewährleisten, werden die bestehenden Regulierungsmaßnahmen vorläufig aufrecht erhalten. Erst im Anschluss an die Durchführung des Marktanalyseverfahrens soll über ihr endgültiges Schicksal entschieden werden. Solange die RegTP wegen ihrer Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) an einer Regulierung z. B. gemäß §§ 24 ff. TKG 1996 zwingend festhalten muss, wird sie davon nicht abgehen dürfen.[79] Ein Abgehen von den bisherigen Regulierungsmaßnahmen wird erst möglich nach Umsetzung des neuen Rechtsrahmens, Durchführung des Marktanalyseverfahrens und der dort getroffenen Feststellung, dass auf Grund des auf dem untersuchten Markt vorhandenen oder verbesserten Wettbewerbs geringerer oder kein Bedarf mehr für eine Regulierung besteht. Erst nach diesem Ergebnis kann von den bislang getroffenen Maßnahmen abgesehen werden. So bestimmt § 150 I TKG 2004, dass die „von der Regulierungsbehörde vor Inkrafttreten ... getroffenen Feststellungen marktbeherrschender Stellungen sowie die daran anknüpfenden Verpflichtungen“ wirksam bleiben, bis sie durch neue Entscheidungen nach Teil 2 ersetzt werden.

[78] Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 15 ff.
[79] Schütz/Attendorn, ebd.

B. Das deutsche Telekommunikationsrecht

Das deutsche Telekommunikationsrecht war bis 1996 geprägt durch das auf diesem Gebiet bestehende staatliche Monopol (I.). Erst durch den von den Europäischen Gemeinschaften angestoßenen Harmonisierungs- und Liberalisierungsprozess auf diesem Markt wurde auch das deutsche Telekommunikationsrecht durch den Erlass des Telekommunikationsgesetzes 1996 und der damit im Zusammenhang stehenden Verordnungen (II.) den neuen Gegebenheiten auf dem Telekommunikationsmarkt angepasst und so eine Liberalisierung ermöglicht und unterstützt.

I. Rechtslage vor Inkrafttreten des TKG 1996

Zunächst soll die Entstehung und Entwicklung des Fernmeldewesens und Fernmelderechts als eines der ältesten Teile der Staatsverwaltung dargestellt werden (1.). Die Umgestaltung dieses Rechtsgebietes durch Globalisierung und technischen Fortschritt wurde mit der Postreform I (2.), der Postreform II (3.) und umfassend durch die sogenannte Postreform III – das Gesetzgebungsverfahren zum Telekommunikationsgesetz 1996 – (4.) vorgenommen. Im Einzelnen:

1. Entstehung und Entwicklung des Telekommunikationsrechts

Das Fernmeldewesen, existierend seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, war gekennzeichnet vom staatlichen Fernmeldemonopol, das erstmals im § 1 des Gesetzes über Telegraphenwesen des Deutschen Reiches vom 6. April 1892[80] festgeschrieben wurde. Dieses Fernmeldemonopol wurde vom Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14. Januar 1928 (FAG)[81] übernommen. Die ausschließliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz des Reiches über das Post- und Telegraphenwesen war sowohl in der Reichsverfassung 1871[82] als auch später in der Verfassung der Weimarer Republik[83] verankert. Aus finanzpolitischen Gründen wurde 1924 durch das

[80] RGBl. I, 467.
[81] RGBl. I, 8.
[82] Art. 4 Nr. 10, 48 I RV 1871: „Das Postwesen und das Telegraphenwesen werden für das gesamte Gebiet des Deutschen Reichs als einheitliche Staatsverkehrs-Anstalten eingerichtet und verwaltet“.
[83] Art. 6 Nr. 7 und Art. 88 I WRV: „Das Reich hat die ausschließliche Gesetzgebung über das Post- und Telegraphenwesen einschließlich des Fernsprechwesens“; „Das Post- und Telegraphenwesen samt dem Fernsprechwesen ist ausschließlich Sache des Reichs“.

Reichspostfinanzgesetz (PRFG)[84] eine Verselbstständigung der Verwaltung vorgenommen, wonach der „Reichs-Post- und Telegraphenbetrieb“ als ein „selbständiges Unternehmen unter der Bezeichnung: ‘Deutsche Reichspost’“ zu führen war.[85]

In der BRD wurde die Organisationsform der DBP zum Teil in der Verfassung vorgegeben. Gemäß Art. 87 I 1 GG a. F. war die DBP in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau zu führen. Schon in der Nachkriegszeit zeigten sich erhebliche Defizite bei der Versorgung mit Telekommunikationsleistungen. Diese konnten auch im Laufe der Zeit nicht beseitigt werden, vielmehr bestand auch noch Mitte der 1960er Jahre ein hoher Fehlbedarf, und die DBP arbeitete hoch defizitär. Daher setzte die Bundesregierung 1964 die „Falkenheim“-Kommission zur Reform der DBP ein. Als Ergebnis ihrer Untersuchungen[86] empfahl die Kommission, die DBP in eine bundeseigene Anstalt des öffentlichen Rechts umzuwandeln. Das Fernmeldemonopol wurde dabei nicht in Frage gestellt. Eine Umsetzung der Reformvorschläge scheiterte aus zeitlichen Gründen und der Kritik der Bundesregierung an den Vorschlägen. Damit war der erste Versuch zur Reform des Post- und Fernmeldewesens fehlgeschlagen.[87]

Ein weiterer Reformversuch wurde 1969 durch die von der Bundesregierung bestellte „Kommission Deutsche Bundespost“ unternommen, der jedoch an der Frage der Mitbestimmung scheiterte, weshalb die erarbeiteten Vorschläge für eine neue Unternehmensverfassung nicht umgesetzt werden konnten.[88]

Seit Beginn der 1980er Jahre stieg der Reformdruck im Telekommunikationssektor. Erstmals 1981, in einem Sondergutachten der Monopolkommission,[89] wurde das Fernmeldemonopol in Frage gestellt. Ein Wettbewerb sollte nach diesem Papier jedoch nur auf dem Endgerätemarkt unter Ausschluss der DBP ermöglicht werden. Entgegen dieser Empfehlung

[84] RGBl. I, 287.
[85] Vgl. § 1 I RPFG.
[86] Gutachten der Sachverständigenkommission für die Deutsche Bundespost; BT-Drs. 5/203, 74 (83).
[87] Vgl. zum Ganzen Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, Einführung I, Rn. 3.
[88] Börnsen, ZG 1996, 323 ff.; vgl. Spoerr, a. a. O., Rn 4.
[89] Monopolkommission Sondergutachten 9, Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen, 1981.

beschloss die Bundesregierung im April 1981, die DBP weiterhin am Endgerätemarkt teilnehmen zu lassen.[90]

Auch nach dem Regierungswechsel im September 1982 beschleunigte sich die Neugestaltung des Telekommunikationssektors nicht. Einen wesentlichen Anstoß gab erst der Bericht der „Witte"-Kommission, der im September 1987 vorgelegt wurde.[91] Aber auch dieser sprach sich gegen die Zulassung von Wettbewerb im Netzbereich aus. Das Netzmonopol sollte so lange bei der DBP verbleiben, wie diese Festverbindungen zu angemessenen und wettbewerbsfähigen Bedingungen entsprechend dem qualitativen und quantitativen Bedarf anderer bereit stellte. Die Empfehlungen dieser Kommission bildeten einen Kompromiss, der die Schwerpunkte der Postreform I vorzeichnete.

Erst durch die bereits oben dargestellte[92] Politik der Europäischen Gemeinschaft und deren Rechtssetzung auf dem Telekommunikationssektor wurden entscheidende Veränderungen auch im deutschen Telekommunikationsrecht in die Wege geleitet.

2. Postreform I 1989

Zur Umsetzung der von der Europäischen Gemeinschaft geschaffenen Rahmenbedingungen[93] trat am 1. Juli 1989 nach zweijähriger Diskussion das die Postreform I umsetzende Gesetz in Kraft.[94] Das in Art. 1 verankerte Postverfassungsgesetz regelte neben einer Wahrnehmung einerseits der „politischen und hoheitlichen" Aufgaben durch den Bundesminister für Post und Telekommunikation (BMPT; § 1 I 2, § 36 I, II, 2, III PostVerfG) und andererseits der „unternehmerischen und betrieblichen Aufgaben" durch die Deutsche Bundespost (§ 1 I 1, 3 PostVerfG) auch die Aufspaltung des Sondervermögens DBP in drei Teilsondervermögen (Postdienst, Postbank, Telekom; gemäß § 1 II PostVerfG). Diese sollten als öffentliches Unternehmen geführt werden und erhielten eine Unternehmensverfassung

[90] Jäger, Postreform I und II, 1994, 124 f.; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, Einführung I, Rn 5.
[91] „Witte"-Kommission, Neuordnung der Telekommunikation, Bericht der Regierungskommission Fernmeldewesen, 1987.
[92] Vgl. oben, Teil 1, A., II.
[93] Insbesondere „Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte", KOM/87/290, endgültig vom 30. Juli 1987; BT-Drs. 11/930; vgl. oben, Teil 1, A., I.
[94] Poststrukturgesetz (PostStruktG) vom 8. Juni 1989, BGBl. I, 1026.

(§ 1 II PostVerfG). Durch Art. 3 Poststrukturgesetz wurde das FAG modifiziert und das Endgerätemonopol der DBP abgeschafft (vgl. § 1 III FAG). Das Netz- und Sprachdienstmonopol verblieb noch bei der DBP (vgl. § 1 IV 2 FAG). Von besonderer praktischer Bedeutung erwies sich die Gestattung der Errichtung und des Betreibens eigener Mobilfunknetze gegenüber privaten Unternehmen auf der Basis von § 2 I FAG.[95] Durch den ebenfalls genehmigten Sprachtelefondienst auf diesen Netzen entwickelte sich der Mobilfunkmarkt mit enormer Geschwindigkeit, ebenso wie der auf diesem Marktsegment stattfindende Wettbewerb.

3. Postreform II 1994

Gegenstand der Postreform II waren das Postneuordnungsgesetz vom 14. September 1994[96] und das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 30. August 1994.[97] Mit dieser Reform wurde eine grundlegende Umkehr in der Betrachtungsweise der Privatisierung vollzogen: Sie wurde nun als zur Sicherung der DTAG nützlich und nötig erachtet, während sie zuvor weitgehend als Bedrohung betrachtet wurde.[98] Das Netz- und Telefondienstmonopol der DTAG wurde gesetzlich für die Übergangszeit bis zum 31. Dezember 1997 geregelt (Art. 5 Postneuordnungsgesetz: Neufassung des § 1 II FAG).

Die Eigentümer- und Regulierungsbefugnisse des Bundes wurden weiterhin strikt getrennt. Zur Wahrnehmung der Eigentümerbefugnisse wurde die Bundesanstalt für Post und Telekommunikation (BAPT) als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts gegründet (Art. 1 Postneuordnungsgesetz: Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost)[99]. Die Überwachungsaufgaben (§ 3 PTRegG) und Genehmigungsrechte (§ 4 PTRegG) wurden im Post- und Telekommunikationsregulierungsgesetz als Art. 7 PTNeuOG[100] geregelt und dem Bundesminister für Post und Telekommunikation übertragen. Sie waren weitgehend asymmetrisch ausgestaltet und betrafen die Nachfolgeunternehmen

[95] Vgl. Gramlich, VerwArch 1997, 598 (620).
[96] In Kraft getreten am 1. Januar 1995, BGBl. I, 2325.
[97] BGBl. I, 2245.
[98] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, Einführung I, Rn. 14.
[99] BGBl. I, 2325.
[100] Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens (PTRegG), BGBl. I, 2371.

der DBP. Insbesondere waren vom BMPT gemäß § 4 I PTRegG Leistungsentgelte und entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Monopolbereich der Telekommunikation und Post im Benehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft zu genehmigen (nach Maßgabe der §§ 13, 14 PTRegG). Eine zukunftsweisende Neuordnung brachte die Postreform II nicht, war sie doch von Anfang an als Übergangsrecht konzipiert.[101]

4. Postreform III - Gesetzgebungsverfahren zum TKG 1996

Zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben waren die Postreformen I und II als behutsame Korrekturen nicht mehr ausreichend. Jetzt war ein kodifikatorischer Neuanfang in Verbindung mit einer Aufhebung des Monopols erforderlich. Trotz der umfassenden europäischen Vorgaben war das Gesetzgebungsverfahren des TKG 1996 geprägt von politischen Differenzen zwischen Regierung und Opposition und auch zwischen Bundestag und Bundesrat.[102] So veröffentlichte das BMPT erstmals im Juni 1995 einen Referentenentwurf, der im wesentlichen auf dem vom Bundesminister Bötsch vorgelegten Eckpunktepapier vom 27. März 1995[103] basierte. In den anschließenden Diskussionen des Entwurfs war die vorgesehene auflagenfreie Vergabe von Lizenzen umstritten. Die Kritiker setzten sich nur bei den Funklizenzen durch, die daher nach der gesetzlichen Regelung nur verbunden mit einer Universaldienstauflage erteilt (§ 11 VII TKG 1996) und im Wege der Ausschreibung gemäß § 11 VI TKG 1996 vergeben werden (§ 11 II 3 TKG 1996). Auch die Rechtsform der Regulierungsbehörde war lange umstritten, bis die Form einer Bundesoberbehörde gewählt wurde. Anschließend brachten die Fraktionen von CDU/CSU, SPD und FDP das TKG 1996 am 1. Februar 1996 als Gesetzesvorlage beim Bundestag ein.[104] Am 13. Juni 1996 wurde das TKG 1996 vom Bundestag beschlossen. Einen Tag später verweigerte der Bundesrat, insbesondere wegen der fehlenden Lizenzauflagen, die Zustimmung und rief den Vermittlungsaus-

[101] Gramlich, VerwArch 1997, 598 (625).
[102] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, Einführung I, Rn. 19.
[103] BMPT, Eckpunkte eines künftigen Regulierungsrahmens im Telekommunikationsbereich, vom 27. März 1995.
[104] BT-Drs. 13/3609 vom 30. Januar 1996; zur Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung vgl. BT-Drs. 13/4438 vom 23. April 1996.

schuss an. Nachdem die Bedenken des Bundesrates Ende Juni 1996 weitgehend ausgeräumt waren, stimmte der Bundesrat dem TKG 1996 ohne wesentliche Änderungen am 5. Juli 1996 zu, das dann am 1. August 1996 in Kraft treten konnte.[105] Dieses legte dann das Ende der Monopolzeit der DTAG auf den 31. Dezember 1997 fest (§ 100 I TKG 1996)[106].

Seit seinem in Kraft treten ist das TKG 1996 mehrfach geändert worden. Die Änderungen betrafen im wesentlichen die Befugnisse der Sicherheitsbehörden, eine Anpassung der Verweisungen auf das GWB und die Streichung der §§ 59 bis 64 des TKG 1996 im Hinblick auf die Neuschaffung des Gesetzes über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG).[107] Nach § 1 FTEG ist es Zweck des Gesetzes, durch Regelungen über das Inverkehrbringen, den freien Verkehr und die Inbetriebnahme von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen einen offenen wettbewerbsorientierten Warenverkehr dieser Geräte im europäischen Binnenmarkt zu ermöglichen.[108]

Weitere Änderungen erfuhr das TKG 1996 durch ein „Erstes Gesetz zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes“, welches die Bundesregierung am 3. Juni 2002 in den Bundestag einbrachte.[109] Damit sollte der Anspruch der Endkunden auf Betreibervor- und Betreiberauswahl bei jedem Anruf auch im Ortsnetzbereich ermöglicht werden. Gegenstand des Gesetzes war damit die weitere Liberalisierung auch in diesem Bereich. Das Gesetz vom 21. Oktober 2002 trat am 22. Oktober 2002 bzw. am 1. Dezember 2002[110] in Kraft (Art. 2 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes).[111]

In das Gesetz eingefügt wurden weiterhin die §§ 43 a bis c TKG 1996.[112]

---

[105] BGBl. I, 1120.
[106] „Die §§ 66 und 73 bis 79 treten am 1. Januar 1998 in Kraft. Die §§ 67 und 68 treten am 1. Oktober 1997 in Kraft. Im übrigen tritt das Gesetz am Tage nach der Verkündung in Kraft. Die sich aus § 6 ergebenden Rechte können erst vom **1. Januar 1998** an ausgeübt werden, soweit sie sich auf das Angebot von **Sprachtelefondienst** beziehen.“
[107] Vom 31. Januar 2001, BGBl. I, 170.
[108] Siehe bereits oben, Teil 1, A., I.
[109] BT-Drs. 14/9194 vom 3. Juni 2002.
[110] Art. 1 Nr. 1 und 2 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes mit Ausnahme der Regelung in § 43 Abs. 6 Satz 5.
[111] BGBl. I, 4185.
[112] Durch Art. 1 des Gesetzes vom 9. August 2003 mit Wirkung vom 15. August 2003, BGBl. I, 1590.

§ 43 a TKG 1996 regelt einen Auskunftsanspruch für jedermann gegenüber der RegTP über Namen und ladungsfähige Anschrift von Diensteanbietern, die eine 0190er-Rufnummer benutzen. Ferner wird die Einrichtung einer Datenbank für 0900er-Mehrwertdienstrufnummern festgeschrieben. Mit § 43 b TKG 1996 wurden die Bedingungen für die Nutzung von 0190er- oder 0900er-Mehrwertdienstrufnummern gesetzlich geregelt. Die Befugnisse der Regulierungsbehörde in diesem Bereich wurden in § 43 c TKG 1996 festgelegt.

II. Telekommunikationsgesetz 1996 und in diesem Zusammenhang erlassene Verordnungen

Am Anfang der Darstellung des Telekommunikationsgesetzes 1996 soll zunächst seine verfassungsrechtliche Grundlage beleuchtet werden (1.), um sodann die Regulierungsziele (2.) und die dazu im TKG 1996 normierten Mittel (3.) darzustellen. Da von besonderem Interesse für die vorliegende Arbeit, soll das Regulierungsinstrument der Entgeltregulierung genauer betrachtet werden (4.). Als wichtige verordnungsrechtliche Ergänzungen des TKG 1996 wird sodann auf die Telekommunikationsentgeltregulierungsverordnung (5.), die Telekommunikationskundenschutzverordnung (6.), die Universaldienstleistungsverordnung (7.) und die Netzzugangsverordnung (8.) einzugehen sein. Im Einzelnen:

1. Der Verfassungsauftrag des Art. 87f GG als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des Telekommunikationsgesetzes

Die verfassungsrechtliche Grundlage des heutigen deutschen Telekommunikationsrechts findet sich in Art. 87f Grundgesetz (GG). Diese Norm bildete gemeinsam mit Art. 143b GG bereits das verfassungsrechtliche Fundament der Postreform II[113]. Im Mittelpunkt steht und stand eine umfassende Organisations- und zeitlich-gegenständlich begrenzte Aufgabenprivatisierung.[114] Die Vorschrift enthält in ihrem Abs. 1 eine Verpflichtung zur staatlichen Infrastrukturgewährleistung. Herzstück ist jedoch der in Abs. 2 enthaltene Grundsatz einer Trennung von privatwirtschaftlichen Dienstleis-

[113] Vgl. oben, Teil 1, B., I., 3.
[114] Windthorst; in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 1.

tungen (Satz 1), deren Erbringung den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost und anderen privaten Anbietern vorbehalten ist, und von Hoheitsaufgaben (Satz 2), für deren Wahrnehmung ausschließlich der Bund zuständig ist.[115] Unbeschadet dessen regelt Abs. 3 die Zuständigkeit des Bundes für einzelne Aufgaben in Form einer mittelbaren Staatsverwaltung, hier durch eine bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts.[116] Im Einzelnen:

a) Infrastrukturgewährleistung (Art. 87f I GG)

Gemäß Art. 87f I GG gewährleistet der Bund nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen. Absatz 1 begründet damit in gewollter Parallelität zur Eisenbahnverkehrsverwaltung (vgl. Art. 87e IV GG) eine rechtliche Verpflichtung des Bundes, flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu erbringen.[117] Mit diesem Infrastruktursicherungsauftrag, der mit der Verpflichtung zur Universaldienstleistung umgesetzt werden kann, sollte verhindert werden, dass es bei und nach der Privatisierung und Liberalisierung von Postwesen und Telekommunikation zu einer Unterversorgung kommt, weil der Wettbewerb (noch) nicht funktioniert oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt (sog. Rosinenpicken).[118] Der gebotene Universaldienst ist nicht auf Ausbau einer optimalen Infrastruktur gerichtet, sondern auf eine Grundversorgung durch flächendeckende Bereitstellung angemessener und ausreichender Dienstleistungen.[119] Dienstleistungen müssen demnach von angemessener Beschaffenheit und erschwinglich sein und in ausreichenden Mengen zur Verfügung stehen.[120] Durch das Begriffsmerkmal „flächendeckend“ wird das als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips in Art. 72 II, 106 III 4 Nr. 2 GG verankerte

[115] Windthorst, a. a. O., Rn. 3.
[116] Windthorst, a. a. O., Rn. 43.
[117] Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87f, Rn. 3.
[118] Windthorst, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 8.
[119] Vgl. Begr. zum RegE, BT-Dr 12/7269 vom 14. April 1994, 5.
[120] Windthorst, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 12.

Ziel gleicher bzw. einheitlicher Lebensverhältnisse im Bundesgebiet – als eine zu optimierende Zielvorgabe – konkretisiert.[121]

„Gewährleisten" verlangt vom Bund rechtliche Maßnahmen zur Aufrechterhaltung und Fortentwicklung des verfassungsrechtlich gebotenen Versorgungsniveaus, konstituiert eine bindende Rechtspflicht in der Gestalt eines Staatsziels, ohne jedoch dem Einzelnen grundrechtsähnliche oder wehrfähige grundrechtsgleiche Rechte zu verleihen.[122] Zur Erfüllung dieses Verfassungsauftrages steht dem Bund eine adäquate hoheitliche Regulierung, die folgerichtig auch auf die Förderung und Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs abzielt, zur Verfügung.[123] Daneben wird diskutiert, ob gegenüber den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost in engen Grenzen die Möglichkeit einer Universaldienstgewährung durch Beteiligungsverwaltung und als Ergänzung zu sonstigen Regulierungsmaßnahmen durch Einsatz fiskalischer Mittel besteht. Teilweise wird diese Meinung befürwortet,[124] von anderen Autoren aber mit dem Hinweis auf den in Art. 87f II 1 GG geregelten Unternehmenszweck und -gegenstand und die damit verbundene Verpflichtung des Aktionärs Bundesrepublik, bei der Ausübung seiner gesellschaftsrechtlichen Befugnisse die wirtschaftlichen Interessen der DTAG nicht zu beeinträchtigen, grundsätzlich abgelehnt[125]. Ausnahmen sollen nur dann gelten, wenn durch die Beteiligungsverwaltung die ökonomischen Interessen des Unternehmens unberührt bleiben.[126] In Art. 87f I GG findet sich zudem ein Regelungsvorbehalt und ein Gesetzgebungsauftrag; weiterhin wird die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz dem Bund zugewiesen.[127]

Umgesetzt wurde dieser Struktursicherungsauftrag durch die Verankerung der Universaldienstleistungsverpflichtung im TKG 1996.[128] Dabei handelt es

[121] Windthorst, a. a. O., Rn. 13.
[122] Windthorst, a. a. O., Rn. 14.
[123] Windthorst, a. a. O., Rn. 16.
[124] Windthorst, a. a. O., Rn. 17, 18; eingeschränkter Uerpmann, in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 6, der der Beteiligungsverwaltung enge Grenzen ziehen will.
[125] Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 66.
[126] Gersdorf, ebd.
[127] Windthorst, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 19, 20, 21.
[128] Vgl. §§ 17 bis 22 TKG 1996.

sich um ein Regulierungsinstrument[129] gegenüber allen, den relevanten Markt beherrschenden Lizenznehmern, mit denen diese verpflichtet werden können, eine bestimmte Telekommunikationsdienstleistung – wenn diese nicht in ausreichendem Maße erbracht wird – nach Maßgabe der Universaldienstleistungsverordnung[130] zu erbringen.

b) Trennungsprinzip (Art. 87f II GG)

Dienstleistungen werden gem. Art. 87f II 1 GG als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht. Hierdurch wurde die verfassungsrechtliche Grundlage für die Privatisierung der Post geschaffen und dem Staat das verwaltungsmäßige Erbringen postalischer Dienstleistungen untersagt (sog. Privatwirtschaftlichkeitsgarantie).[131] Das Privatisierungsgebot lässt sich weiterhin in das Gebot einer umfassenden Organisationsprivatisierung und einer Aufgabenprivatisierung im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation unterscheiden. Letztere wird dabei durch den Universaldienstgewährleistungsauftrag[132] mittelbar beschränkt. Konsequenz ist eine staatlich regulierte oder influenzierte privatwirtschaftliche Tätigkeit privatrechtlicher, gegebenenfalls teilweise in öffentlicher Hand befindlicher Unternehmen.[133] Das Gebot einer umfassenden Organisationsprivatisierung wird durch den Umwandlungsauftrag in Art. 143b I GG[134] konkretisiert und durch die Gesetzgebungskompetenz abgesichert.[135]

Aus Art. 87f II 1 GG ergibt sich im weiteren auch das Postulat und verfassungsrechtliche Gebot eines offenen und fairen Wettbewerbs. Abgezielt wird zunächst auf die Öffnung des Post- und Telekommunikationsmarktes für den Wettbewerb durch Beseitigung gesetzlicher Monopole, was in der

---

[129] Zu den Regulierungsinstrumenten des TKG 1996: vgl. unten, Teil 1, B., II., 3., insbesondere zur Universaldienstleistungsverpflichtung, unten Teil 1, B., II., 3., b).
[130] Vgl. unten, Teil 1, B., II., 7.
[131] Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87f, Rn. 3.
[132] Oder Infrastruktursicherungsauftrag, konkretisiert durch die Universaldienstleistungsverordnung, vgl. unten, Teil1, B., II. 7.
[133] Windthorst, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 23 und 24.
[134] „Das Sondervermögen Deutsche Bundespost wird nach Maßgabe eines Bundesgesetzes in Unternehmen privater Rechtsform umgewandelt. Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über alle sich hieraus ergebenden Angelegenheiten."
[135] Windthorst, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 23.

Telekommunikation seit dem 1. Januar 1998 realisiert worden ist.[136] Die daneben angestrebte faktische Gleichstellung privater Anbieter mit den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost ist wegen deren fortdauernder wirtschaftlicher Übermacht noch nicht in allen Marktsegmenten gegeben, weshalb darüber hinaus noch Maßnahmen zur Förderung und Sicherung des Wettbewerbs geboten sind.[137]

c) Verwaltungskompetenzen des Bundes

Art. 87f II 2 und III GG regeln die Verwaltungskompetenzen des Bundes im Bereich der Post- und Telekommunikationsverwaltung. Nach der ersten Regelung findet bei Hoheitsaufgaben eine unmittelbare Bundesverwaltung statt. Hoheitsaufgaben sind nur die notwendigerweise von einem Hoheitsträger hoheitlich wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben, namentlich die Verwaltung im traditionellen, materiellen Sinn.[138] Dazu gehören unter anderem Fragen der Funkfrequenzverwaltung, der Lizenzierung und die Vorsorge für den Krisen- und Katastrophenfall.

Art. 87f III GG weist einzelne Aufgaben in Bezug auf die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts zu. Zu diesen Aufgaben gehören zum einen die aus der Eigentümerstellung fließenden Befugnisse, insbesondere die Beteiligungsverwaltung, zum anderen soziale, arbeits- und dienstrechtliche Aufgaben. Diese stehen nicht von Verfassungswegen fest, sondern sind durch förmliches Bundesgesetz zu bestimmen. Dies ist durch das 1994 als Art. 1 PTNeuOG erlassene BAPostG geschehen.[139]

2. Begriff der Regulierung und Regulierungsziele des TKG 1996

Zunächst soll auf den Begriff der Regulierung und dessen Ursprung (a)) und anschließend auf die Ziele der Regulierung (b)) eingegangen werden.

---

[136] Windthorst, a. a. O., Rn. 25.
[137] Windthorst, ebd.; Begründung zum TKG 1996-E, BT-Drs. 13/4438 vom 23. April 1996, S. 4 i. V. m. BT-Drs. 13/3609 vom 30. Januar 1996, S. 33.
[138] Windthorst, in: Sachs, GG-Kommentar, Art. 87f, Rn. 31.
[139] BGBl. I, 2325.

a) Begriff der Regulierung

Als „Regulierung“ definiert das TKG 1996 in § 3 Nr. 13 alle Maßnahmen, die zur Erreichung der in § 2 II TKG 1996 genannten Ziele ergriffen werden und durch die das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen, von Endeinrichtungen oder von Funkanlagen geregelt werden, sowie Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen ergriffen werden. Durch diese Definition wird der Begriff „Regulierung“ dahingehend konkretisiert, dass mit diesem Instrument auf das „Verhalten“ der Telekommunikationsunternehmen eingewirkt werden soll. Es ist also spezifisch auf die Steuerung der Leistungen von Unternehmen angelegt, im Gegensatz zur allgemeinen kartellrechtlichen Aufsicht, die ergebnisorientiert gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt interveniert.[140] Daraus ergibt sich, dass der Begriff der Regulierung im TKG 1996 selbst konturenlos bleibt und sich in der Abgrenzung vom allgemeinen Wettbewerbsrecht erschöpft.[141] Die neue Terminologie bringt somit nur zum Ausdruck, dass sich (auch) die Preisaufsicht auf Telekommunikationsmärkten unter den veränderten, von der Dynamisierung und Globalisierung bestimmten Bedingungen von der herkömmlichen Preiskontrolle unterscheidet.

Das TKG 1996 übernimmt das Konzept der „Regulierung“ aus dem amerikanischen „regulation“ in das deutsche Recht. Die US-amerikanischen Ursprünge der Regulierung können in drei Hauptströmungen eingeteilt werden: Regulierung erfolgt durch Zulassung und durch Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen, zunehmend auch durch eine Sozialregulierung ergänzt.[142] Bisher erfolgte die öffentliche Kontrolle über Preisfestsetzungen im deutschen öffentlichen Wirtschaftsrecht mittels einer „Aufsicht“ über bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten.[143] Dies natürlich insbesondere innerhalb von angeblich natürlichen Monopolen (z. B. der Energieversorgung), die präventiv durch ein Genehmigungserfordernis für Tarife erfolgte.

[140] Vgl. auch unten, Teil1, B., II., 4., a).
[141] Ladeur, K&R 1998, 479 (481).
[142] Reich, Staatliche Regulierung, S. 9 ff.
[143] Gramlich, VerwArch 1997, 598 (603 ff.).

Daneben wurde eine allgemeine Missbrauchsaufsicht, die auch die Preisaufsicht umfasst, nach § 22 GWB (a. F., jetzt § 32 und § 12 GWB) durchgeführt. Diese ist repressiv angelegt und soll ergebnisorientiert bekannt gewordene Missbräuche bekämpfen.[144] Verglichen mit der amerikanischen Variante stellt sie sich damit als Regulierung zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen dar.

Beide Varianten fußen nach dem deutschen Recht auf einem Modell der Rechts**anwendung**, bei dem davon ausgegangen wird, dass die Preiskontrolle auf Grund eines durch Gesetz festgelegten, gerichtlich nachprüfbaren Rechtsmaßstabes durchgeführt wird. Das amerikanische Konzept der „Regulierung“ geht aber weiter: Es enthält nicht nur Elemente der Rechtsanwendung, sondern auch solche der Rechtssetzung und der quasi-gerichtlichen Streitschlichtung.[145]

Folge des damit doch erheblichen Unterschieds zwischen dem Konzept der „Regulierung“ im US-amerikanischen Recht und den vom deutschen Recht vorgegebenen Strukturen ist, dass der Begriff der „Regulierung“, der zwar auch in der politikwissenschaftlichen und ökonomischen Literatur Europas gebraucht wird, nicht problemlos in das deutsche Recht eingeführt werden kann.[146]

Zur weiteren Konkretisierung des hier diskutierten Begriffs versucht § 1 TKG 1996 einen Bezug zum damit verfolgten Ziel, „den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“, herzustellen.[147] Dieses allgemeine Ziel wird in § 2 TKG 1996 nochmals konkretisiert durch die Orientierung an den „Interessen der Nutzer“ (§ 2 II Nr. 1 TKG 1996), der „Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche“ (§ 2 II Nr. 2 TKG 1996) und der „Sicherstellung ... der Universaldienstleistungen zu erschwinglichen Preisen“ (§ 2 II Nr. 3 TKG 1996).

[144] Ladeur, K&R 1998, 479 (479).
[145] Ladeur, ebd.
[146] Ladeur, a. a. O., 480.
[147] Ladeur, ebd.

b) Regulierungsziele

Die Ziele der Regulierung werden in § 2 II TKG 1996 wie folgt definiert:

- Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation und des Funkwesens sowie die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses;
- Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation;
- Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen (Universaldienstleistungen);
- Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen;
- Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks;
- Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit.

Mit der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs ist ein zentrales Strukturprinzip des neuen Telekommunikationsrechts seit 1996 hervorzuheben, das auch die Bundesregierung in der Begründung des Gesetzesentwurfs unterstrichen hat:

„Internationale Erfahrungen zeigen, dass sich wettbewerbliche Strukturen und Verhaltensweisen in diesen Märkten nicht allein durch die Aufhebung von Monopolrechten entwickeln. Potenzielle Anbieter haben ohne besondere regulatorische Vorkehrungen keine Chance gegenüber dem dominanten Anbieter. In Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages, die Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Wettbewerb sicherzustellen, besteht ein wesentliches Ziel der gesetzlichen Bestimmungen darin, die staatlichen Rahmenbedingungen in der Telekommunikation so zu gestalten, dass chancengleicher Wettbewerb durch die neu hinzutretenden Anbieter ermöglicht wird, sowie durch regulierende Eingriffe in das Marktverhalten

beherrschender Unternehmen einen funktionsfähigen Wettbewerb zu fördern“.[148]

3. Mittel der Regulierung im TKG 1996

Zur Schaffung eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt sind im TKG 1996 Instrumente zur Regulierung des Marktverhaltens der auf diesem Markt agierenden Unternehmen enthalten. Es handelt sich dabei um die Lizenzpflicht (a)), den Universaldienst (b)), die Entgeltregulierung (c)) und die Maßnahmen bezüglich eines offenen Netzzugangs und der Zusammenschaltung (d)). Im Einzelnen:

a) Lizenzpflicht

Ein erstes Instrument der Regulierung im TKG 1996 ist die Anordnung einer „Lizenzpflicht“, das heißt eines staatlichen Erlaubnisvorbehalts für das Anbieten von Telekommunikationsdienstleistungen. Auf die Erteilung einer Lizenz besteht grundsätzlich ein Rechtsanspruch, sofern der betreffende Antragsteller die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt (§ 8 I 1 TKG 1996). Dieses Instrument stellt sich damit als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt dar. In § 8 III TKG 1996 sind die Genehmigungsvoraussetzungen in Form zwingender Versagungsgründe vorgeschrieben. Versagungsgründe sind das Nichtzurverfügungstehen von nutzbaren Frequenzen, das Vorhandensein von Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller für die Ausübung der beantragten Lizenzrechte nicht die erforderliche Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde besitzt, weshalb zu erwarten ist, dass die Lizenzrechte nicht dauerhaft ausgeübt werden, und dass durch die Lizenzerteilung die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet würde. Die Regulierungsziele nach § 2 II TKG 1996, die nach § 8 II 1, 2 TKG 1996 zu beachten sind, werden nicht als echte Voraussetzungen für eine Genehmigung eingeordnet, sondern als Auslegungshilfen herangezogen.[149]

---

[148] Scheurle/Lehr/Mayen; Einführung, S. XIX f.; Begründung zum TKG 1996-Entwurf, BT-Drs. 13/3609, 33 f.

[149] Scheurle/Lehr/Mayen; a. a. O., S. XXI.

Die zu erteilenden Lizenzen wurden nach der Art der zu gestattenden Tätigkeit unterteilt (§ 6 II TKG 1996), weshalb vier Lizenzklassen geschaffen wurden. Lizenzklasse 1 berechtigt zum „Betreiben von Übertragungswegen“[150] für Mobilfunkdienstleistungen, Lizenzklasse 2 zum „Betreiben von Übertragungswegen“ für Satellitenfunkdienstleistungen, Lizenzklasse 3 berechtigt zum „Betreiben von Übertragungswegen“ für andere Telekommunikationsdienstleistungen, sofern sie nicht von Lizenzklassen 1 oder 2 erfasst sind – außer dem Telefondienst – und Lizenzklasse 4 zum Angebot von Sprachtelefondienst auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsnetze. Weiterhin können einer Lizenz Nebenbestimmungen beigefügt werden (§ 8 II 2 TKG 1996), sie ist eingeschränkt übertragbar (§ 9 I TKG 1996) und kann ganz oder teilweise widerrufen werden (§ 15 TKG 1996).[151]

b) Universaldienstleistungen

Nach Art. 87f GG trifft den Bund die Verpflichtung, flächendeckend ein ausreichendes und angemessenes Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen als Grundversorgung zu gewährleisten. Der Gesetzgeber ist diesem Handlungsauftrag in den §§ 17 bis 22 TKG 1996 nachgekommen. Universaldienstleistungen sind nach § 17 I TKG 1996 ein Mindestangebot an Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Nutzer unabhängig von ihrem Wohn- oder Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen.

Grundsätzlich unterstellt der Gesetzgeber, dass Universaldienstleitungen im Rahmen des normalen Marktgeschehens, das heißt ohne staatlichen Eingriff, ausreichend und angemessen erbracht werden. Anderenfalls sieht das Gesetz ein differenziertes staatliches Eingriffsinstrumentarium vor. Dieses besteht aus der gesetzlichen Verpflichtung von entsprechend umsatzstarken bzw. marktbeherrschenden Unternehmen zur Erbringung der Universaldienstleistungen (§ 18 I 1 TKG 1996), der Verpflichtung eines

[150] Vgl. § 3 Nr. 1 TKG 1996: Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle (Funktionsherrschaft) über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen.
[151] Scheurle/Lehr/Mayen, Einführung, S. XX ff.

solchen Unternehmens durch die RegTP (§ 19 II, III TKG 1996) zur Erbringung von Universaldienstleistungen gegen einen Ausgleich (§ 20 TKG 1996), der mittels einer Universaldienstleistungsabgabe von jedem Lizenznehmer, der entsprechend umsatzstark bzw. marktmächtig ist, zu erbringen ist (§ 21 I TKG 1996). Ist eine Verpflichtung nicht möglich, da sie nicht geeignet, erforderlich oder zumutbar wäre, muss die RegTP diese Universaldienstleistung ausschreiben (§ 19 VI TKG 1996).[152]

c) Entgeltregulierung

Im Interesse eines chancengleichen und effektiven Wettbewerbs, ebenso aber auch aus Gründen des Kundenschutzes, sieht das Gesetz in seinem dritten Teil (§§ 23 bis 32 TKG 1996) ein differenziertes Instrumentarium zur Regulierung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen für lizenzpflichtige Telekommunikationsdienstleistungen vor.

Nach § 23 TKG 1996 sind Allgemeine Geschäftsbedingungen der Regulierungsbehörde ex ante zur Überprüfung vorzulegen. Lizenznehmer, die auf dem jeweiligen Markt über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfügen und die Übertragungswege oder Sprachtelefondienste im Rahmen der Lizenzklassen 3 und 4 anbieten, müssen sich zudem ihre Entgelte vorab von der Regulierungsbehörde genehmigen lassen (§ 25 I TKG 1996). Voraussetzung für die Genehmigung ist hierbei die Einhaltung der Maßstäbe des § 24 TKG 1996. Bei allen anderen Dienstleistungen hat die RegTP ein Überprüfungsverfahren einzuleiten, wenn ihr Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Maßstäbe des § 24 TKG 1996 bekannt werden.[153]

d) Offener Netzzugang und Zusammenschaltung

Sowohl im Interesse der Kunden als auch im Interesse der Chancengleichheit anderer Wettbewerber ist es notwendig, dass die Nutzer der verschiedenen Netze Verbindungen zueinander aufbauen und dadurch auch die Netze anderer Anbieter nutzen können. Das TKG 1996 verpflichtet mit seinen Regelungen in §§ 33 bis 39 aus diesem Grund die Betreiber von Tele-

[152] Scheurle/Lehr/Mayen, a. a. O., S. XXV ff.
[153] Scheurle/Lehr/Mayen, a. a. O., S. XXVIII

kommunikationsnetzen dazu, einerseits anderen Nutzern Zugang zu ihren Netzen oder Teilen derselben, andererseits insbesondere eine Zusammenschaltung ihres Telekommunikationsnetzes mit den öffentlichen Telekommunikationsnetzen anderer Betreiber zu ermöglichen. Dies betrifft nur marktbeherrschende Unternehmen, die selbst „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“[154] anbieten. Diese Verpflichtung ist durch den Abschluss von Vereinbarungen über Netzzugänge zu erfüllen. Kommt eine solche durch Verhandlungen zwischen den Interessenten nicht zustande, kann die RegTP als Schlichtungsstelle angerufen werden und daraufhin eine entsprechende Anordnung erlassen.[155] Das Anordnungsverfahren ist in § 9 NZV geregelt. Weiterhin steht den Beteiligten der Verhandlungen über besondere Netzzugänge das Schlichtungsverfahren gemäß § 8 NZV zur Verfügung.

4. Entgeltregulierung im TKG 1996

Da als Schwerpunkt und Kern des Themas der vorliegenden Arbeit die Wirkungen einer Entgeltgenehmigung geklärt werden sollen, bedarf es zunächst einer Darstellung ihrer Rechtsgrundlagen (a)), woran sich sodann eine Begriffsklärung anschließen soll (b)). Weiterhin sollen der Anwendungsbereich (c)), die Maßstäbe (d)) und die Verfahren der Entgeltregulierung (e)) näher dargestellt werden:

a) Rechtsgrundlagen der Entgeltregulierung

Die grundlegenden Vorschriften der Entgeltregulierung finden sich im TKG 1996 und in den dazu erlassenen Verordnungen. Die Entgeltregulierung ist im TKG 1996 insbesondere im Dritten Teil (§§ 23 bis 32) und im Vierten Teil (§§ 33 bis 39) mit besonderen Vorschriften zum Netzzugang und -zusammenschaltungen sowie der besonderen Missbrauchsaufsicht niedergelegt.

---

[154] Vgl. § 3 Nr. 19 TKG 1996: gewerbliches Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für beliebige natürliche oder juristische Personen und nicht lediglich für Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen.

[155] Scheurle/Lehr/Mayen, Einführung, S. XXVIII f.

Bei den Verordnungen sind insbesondere die Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV)[156] in ihrer Gesamtheit, bei der Netzzugangsverordnung (NZV)[157] vorwiegend die §§ 6 (Vorlagepflicht) und 9 (Anordnung), bei der Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV)[158] der § 2 (Entgelte) und bei der Kundenschutzverordnung (TKV)[159] die §§ 2 (Veröffentlichungsfristen) und 30 (Vereinbarungen ohne Entgeltgenehmigungen) als Entgeltregulierungs-Regeln zu begreifen.

Die gesetzgeberische Annahme, ohne Ergänzungen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht sei eine Umwandlung des traditionell monopolistisch geprägten Marktes nicht zu erreichen, lässt sich nicht als unvertretbar oder nachweislich unrichtig entkräften.[160] Besonders die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die grundsätzlich die Existenz eines funktionsfähigen Wettbewerbs unterstellen und verhaltenskontrollierende Eingriffe und Vorgaben nur bei Vorliegen von Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen vorsehen, sind für die Umwandlung eines traditionell monopolistisch geprägten Marktes – wie des Telekommunikationsmarktes – unzureichend. Der Gesetzgeber hat im TKG 1996 spezifische zusätzliche Regelungen (insbesondere §§ 24 ff. und §§ 33 bis 35) verankert, um potenziellen Wettbewerbern den Einstieg in den Markt durch die Regulierung marktbeherrschender Unternehmen tatsächlich zu ermöglichen.[161]

Eine besonders intensive Schnittstelle ergibt sich zwischen dem TKG 1996 als sektorspezifischem und dem GWB als allgemeinem Kartellrecht. Diese Nähe des TKG 1996 zum GWB war dem Gesetzgeber bewusst, was deutlich an § 2 III TKG 1996 erkennbar ist, wonach durch das TKG 1996 „die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ... unberührt“ bleiben. Teilweise wird das TKG 1996 sogar als „Sonderkartellrecht für den Telekommunikationsbereich“[162] bezeichnet. Jedoch hat nicht das ganze TKG 1996 wettbewerbsrechtlichen Charakter, sondern dieser

[156] Vgl. unten, Teil 1, B., II., 5.
[157] Vgl. unten, Teil 1, B., II., 8.
[158] Vgl. unten, Teil 1, B., II., 7.
[159] Vgl. unten, Teil 1, B., II., 6.
[160] Vgl. zu diesem Kriterium auch BVerfG, Beschluss vom 3. April 1974, BVerfGE 37, 104 (118).
[161] Scheurle/Lehr/Mayen, Einführung, S. XX; Begründung zum TKG 1996, BT-Drs. 13/3609, S. 34.
[162] So Holznagel/Bysikiewicz/Enaux/Nienhaus, Grundzüge des Telekommunikationsrechts, S. 51.

wird in erster Linie durch die Vorschriften der Entgeltregulierung (§§ 24 ff. TKG 1996) und denen zum offenen Netzzugang und zu Zusammenschaltungen (§§ 33 bis 35 TKG 1996) geprägt.[163] Den Gesetzeszwecken des TKG 1996 – insbesondere der Förderung des Wettbewerbs – kann am ehesten gedient werden, wenn alle Vorschriften zum Abbau oder zur Verhinderung des Entstehens von Marktbeherrschung angewendet werden, egal ob sie sektorspezifisch oder allgemeiner Natur sind.[164] Insbesondere zur Bestimmung der Marktbeherrschung eines Unternehmens wird auf die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Normen, speziell auf § 19 GWB, zurückgegriffen, soweit das spezifische Telekommunikationsrecht nicht ausreicht.[165] Auch aus der Regelung des § 82 TKG 1996 lässt sich ablesen, dass die Normen des TKG 1996 nicht die Anwendung der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Instrumentarien ausschließen sollen, sondern beide nebeneinander anwendbar sein sollen, weil gerade deshalb die in § 82 TKG 1996 niedergelegte Zusammenarbeit zwischen der RegTP und den Kartellbehörden erforderlich wird.[166]

Europarechtliche Bezüge des Telekommunikationsrechts ergeben sich im Hinblick auf die führende Rolle der Europäischen Gemeinschaften, die diese bei der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte eingenommen haben, vor allem aus den in diesem Zusammenhang durch Europäische Kommission bzw. Rat (und Europäisches Parlament) erlassenen Verordnungen und Richtlinien, so zum Beispiel auf dem Gebiet des offenen Netzzugangs.[167]

b) Regulierung von Entgelten

Um den Bogen vom oben[168] bereits erläuterten Begriff „Regulierung“ zur hier interessierenden „Entgeltregulierung“ zu schlagen, muss klargestellt werden, was das TKG 1996 mit dem Begriff „Entgelt“ bezeichnet. Im Dritten Teil des TKG 1996 wird dieser Begriff für den regulierten Preis der Leistun-

[163] Ebenso Piepenbrock/Schuster, CR 2002, 98 (99).
[164] Ebenso Piepenbrock/Schuster, a. a. O., 101.
[165] Schmidt, K&R 1999, 385 (386).
[166] Ebenso Piepenbrock/Schuster, CR 2002, 98 (103).
[167] Zum europäischen Telekommunikationsrecht vgl. oben, Teil 1, A.
[168] Vgl. oben, Teil 1, B., II., 2., a).

gen des marktbeherrschenden Unternehmens verwendet.[169] Unter „Entgelt“ ist die in Geld ausgedrückte Gegenleistung für die Nutzung von Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zu verstehen.[170] In diesem Teil des TKG 1996 wird der Terminus durchgängig verwendet, an anderer Stelle jedoch der des „Preises“.[171] Dabei kann aus dem Gesetz oder den Verordnungen kein systematischer Bedeutungsunterschied zwischen beiden Termini abgeleitet werden; vielmehr werden an verschiedenen Stellen die beiden Begriffe synonym verwendet.[172] Wesentlich ist weiterhin, dass das Entgelt einer Leistung nicht ohne genaue Spezifikation der Qualitätsmerkmale der Leistung festgelegt oder beurteilt werden kann. Die Regulierung von Entgelten muss sich daher immer auf eine Leistungseinheit einer bestimmten Qualität beziehen, um deren Vergleichbarkeit zu ermöglichen.[173]

c) Anwendungsbereich

Klärungsbedürftig ist weiterhin, in welchen Fällen die Preise (nach der Formulierung des Gesetzes: die Entgelte) der Regulierung unterliegen. Gefragt ist also nach dem Anwendungsbereich der Regulierung durch eine wie auch immer gestaltete Kontrolle der Preisbildung auf dem liberalisierten Telekommunikationsmarkt.

Die Entgeltregulierung erstreckt sich sowohl auf Telekommunikations- als auch auf Nicht-Telekommunikationsdienstleistungen. Telekommunikationsdienstleistungen sind in § 3 Nr. 18 TKG 1996 als „das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte“ definiert. Bei Nicht-Telekommunikationsdienstleistungen handelt es sich insbesondere um wesentliche Vorleistungen und ergänzende Leistungen der Telekommunikation.[174] Ihre Entgelte unterliegen im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht einer Prüfung im Hinblick auf Nichtdiskriminierung.[175]

---

[169] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 24, Rn. 9.
[170] Schuster/Stürmer, ebd.
[171] Vgl. zum Beispiel: § 17 I 1 TKG 1996.
[172] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 24, Rn. 9.
[173] Schuster/Stürmer, ebd.
[174] Z. B. die Teilnehmerdaten des Sprachtelefondienstes.
[175] Schmidt, K&R 1999, 385 (386).

Telekommunikationsdienstleistungen lassen sich mit Blick auf die Reichweite der Entgeltregulierung und Eingriffsintensität in drei Gruppen einteilen:

Lizenzpflichtige TK-Dienstleistungen (gemäß § 6 TKG 1996) der Lizenzklassen 1 und 2 fallen unter die nachträgliche Entgeltregulierung; dies sind die Bereitstellung von Übertragungswegen für Mobilfunkdienstleistungen (Klasse 1) und Satellitenfunkdienstleistungen (Klasse 2) für die Öffentlichkeit. Preise für Leistungen der Lizenzklassen 3 und 4 unterliegen der Genehmigung, also einer Vorab-Entgeltregulierung[176]. Hierzu zählen Übertragungswege für andere TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit als die der Klassen 1 und 2 (Lizenzklasse 3) und der Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit (Lizenzklasse 4).

Auch nicht lizenzpflichtige Universaldienstleistungen (§ 1 Nr. 2 TUDLV) unterliegen der (nachträglichen) Entgeltregulierung. Hierunter fallen die Erteilung der Telefonauskunft, die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen und die Bereitstellung öffentlicher Telefonstellen. Entgelte für Leistungen des Netzzugangs und der Netzzusammenschaltung sind dagegen genehmigungspflichtig nach § 39 TKG 1996.[177]

Die Vorschriften über die Entgeltregulierung sind weiterhin grundsätzlich nur auf Unternehmen anwendbar, die eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 19 GWB inne haben (vgl. §§ 25 I und II TKG 1996; anders bei Zusammenschaltungsanordnungen gemäß § 39 TKG 1996).

Die Regulierungsaufgaben werden gemäß § 66 I TKG 1996 von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit wahrgenommen.[178] Dazu übt die RegTP gemäß § 71 TKG 1996 die Aufsicht über die Einhaltung des TKG 1996 und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen aus. Um ihren Aufgaben gerecht werden zu können, wurden der RegTP mit § 72 TKG 1996 diverse Überwachungsbefugnisse, unter anderem Einsichts-, Auskunfts- und Betretungs-

[176] Oder auch als ex-ante-Regulierung bezeichnet.
[177] Schmidt, K&R 1999, 385 (386 f.).
[178] Schmidt, a. a. O., S. 387.

rechte, eingeräumt. Ihre Entscheidungen ergehen gemäß § 73 TKG 1996 durch Beschlusskammern in Form von Verwaltungsakten.[179] Im Fall der Entgeltregulierung handelt es sich dabei um Genehmigungen oder Versagungen der im Vorab-Regulierungsverfahren gemäß §§ 25 I, 27 TKG 1996 beantragten Entgelte oder um Untersagungen und Unwirksamkeitserklärungen gemäß § 30 V TKG 1996 im Verfahren der nachträglichen Regulierung.

d) Maßstäbe der Entgeltregulierung (§ 24 TKG 1996)

Die Maßstäbe der Entgeltregulierung sind im einzelnen in § 24 TKG 1996 niedergelegt. Als Grundsatz gilt gemäß § 24 I 1 TKG 1996, dass die Entgelte sich an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung (aa)) zu orientieren haben. Ergänzt wird dieser Grundsatz durch die in § 24 II TKG 1996 genannten Verbote. Danach sind:

- Preisaufschläge, die nur auf Grund einer marktbeherrschenden Stellung durchsetzbar sind (bb)),
- Preisabschläge, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigen (cc)), sowie
- materiell nicht gerechtfertigte Preisdifferenzierungen (Diskriminierungen) (dd))

prinzipiell unzulässig. Die Verbote greifen nur dann nicht, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird (ee)). Im Einzelnen:

aa) Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

Unter „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ sind die Minimalkosten, das heißt diejenigen Kosten zu verstehen, die für die Produktion und Bereitstellung der betrachteten Leistung unverzichtbar sind.[180] In diesem Sinne bezeichnet auch die Begründung zum Entwurf des TKG 1996 die „Kosten“ als den „bewerteten Güterverzehr ..., der in engem Zusammenhang mit der Leistungsbereitstellung steht“.[181] Diese Begriffserläute-

[179] Zur Organisationsstruktur, den Aufgaben und Befugnissen der RegTP vgl. Gramlich, CR 1998, 463 ff.
[180] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 24, Rn. 11.
[181] BT-Drs. 13/3609, S. 42.

rung ergibt sich aus der Betrachtung der Termini allokativer und interner Effizienz, wobei das letztgenannte Merkmal den geeigneten Maßstab für den Umfang und die Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liefert. Eine interne Effizienz ist gegeben, wenn die Produktionskosten einer bestimmten Produktionsmenge den minimalen Produktionskosten entsprechen, was der Fall ist, wenn ein minimaler Einsatz von Produktionsfaktoren zu minimalen Faktorpreisen erfolgt. Allokative Effizienz liegt vor, wenn der Preis den Kosten der Leistungserstellung entspricht.

Das Produktionskostenniveau des marktbeherrschenden Unternehmens wird in der Regel nicht dem effizienten Kostenniveau entsprechen, so dass der Regulierer im Zuge der Entgeltregulierung eine eigene Vorstellung hinsichtlich des Kostenniveaus entwickeln muss.[182] Im Verfahren sind demnach nicht nur die tatsächlich beim Unternehmen anfallenden Kosten, sondern auch die Minimalkosten der Leistungserstellung zu prüfen. Wesentliches Merkmal der Entgeltregulierung ist damit die Maßgeblichkeit der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.[183]

Nach dem Gesetzeswortlaut haben sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu **orientieren**. Dieser Begriff stellt klar, dass zwischen Entgelten und Kosten ein nachvollziehbarer Zusammenhang bestehen muss. Daraus ergibt sich auch das – nicht ausdrücklich im Gesetz geregelte – Verbot der Quersubventionierung, das heißt, eine nicht kostendeckende Dienstleistung darf nicht mit Überschüssen aus einer anderen finanziert werden.[184] Aus der Anknüpfung an den Begriff „orientieren“ ergibt sich weiterhin die – bisher ungeklärte – Frage, ob eine technische Leistung innerhalb unterschiedlicher Leistungsangebote mit einer unterschiedlichen Entgeltstruktur belegt werden darf. Teile der Literatur gehen davon aus, dass das marktbeherrschende Unternehmen seinen Netzzusammenschaltungspartnern, also seinen Wettbewerbern, keine andere Tarifstruktur anbieten darf als seinen Endkunden.[185] Aus dem Begriff „orientieren“ wird weiterhin gefolgert, dass Wettbewerber des marktbeherrschenden

[182] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 24, Rn. 12.
[183] Schuster/Stürmer, ebd.
[184] Verwaltungsgericht Köln, Beschluss vom 20. Januar 1999, 1 L 3890/98, CR 1999, 161 (163).
[185] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 24, Rn. 25.

Unternehmens, die einen Dienst als Vorleistung „einkaufen“, nicht mehr entrichten müssen als die Endkunden des Marktbeherrschers. Vielmehr muss das Entgelt, das dem Wettbewerber in Rechnung gestellt wird, unter dem vom Endkunden zu zahlenden Preis liegen. Dies lässt sich damit erklären, dass bestimmte Kosten, zum Beispiel Vertriebskosten, die die Akquise von Endkunden betreffen (Werbung), bei der Dienstleistung gegenüber einem Wettbewerber regelmäßig nicht entstehen.[186]

bb) Verbot von Aufschlägen (§ 24 II Nr. 1 TKG 1996)

Die in § 24 II TKG 1996 niedergelegten Verbote sind am Kartellrecht orientiert. Sie knüpfen jedoch nur an die Missbräuchlichkeit von Entgelten an und gelten damit nicht in den Fällen, die nicht wegen der verlangten Entgelte, sondern wegen anderer Vereinbarungen[187] als missbräuchlich einzustufen sind.[188] Zur Kontrolle solcher Vereinbarungen bleiben neben den spezielleren[189] Normen des TKG 1996 die Eingriffsbefugnisse des GWB anwendbar.

Ein Aufschlag im Sinne des § 24 II Nr. 1 TKG 1996 liegt vor, wenn sich zwischen dem verlangten Entgelt und den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für eine Dienstleistung eine positive Differenz auftut. Sie sind bei solchen Leistungen zu vermuten, die keinem wesentlichen Wettbewerb unterworfen sind. Das Entgelt muss nach dem Gesetzeswortlaut auch auf einem potenziell dem Wettbewerb unterworfenen Markt weiterhin durchsetzbar sein, was dann der Fall ist, wenn der Kunde dieses Entgelt zahlt, es also erzielbar ist. Durch die Verwendung des Terminus „jeweils“ in Nummern 1 und 3 – im Gegensatz zu Nummer 2 – wird klargestellt, dass sich die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten durch diesen Aufschlag auf dem für diese Leistung sachlich und räumlich relevanten Markt, nicht auf irgendeinem Teilmarkt der Telekommunikation, einstellen muss. Schließlich ist auf die für das Verbot des Aufschlages erforderliche Kausalität zwischen der Durchsetzbarkeit und der marktbeherrschenden

[186] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 26 ff.
[187] Z. B. Kundenschutzklauseln, Ausschließlichkeitsbindungen und Verwendungsbeschränkungen (speziell für besondere Netzzugänge vgl. § 33 TKG 1996) sowie Koppelungsgeschäfte.
[188] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn 27.
[189] So Schuster/Stürmer, ebd.; für ein Nebeneinander von § 19 IV Nr. 4 GWB und § 33 TKG 1996: Piepenbrock/Schuster, CR 2002, 98.

Stellung (§ 19 GWB) des Unternehmens hinzuweisen. Das vorliegende Verbot will nur solche Aufschläge erfassen, die auf der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters beruhen, da nur diese als wettbewerblich bedenklich einzustufen sind.[190]

cc) Verbot von Abschlägen (§ 24 II Nr. 2 TKG 1996)

Im Gegensatz zur Definition der Aufschläge liegt ein Abschlag im Sinne von § 24 II Nr. 2 TKG 1996 vor, wenn zwischen den beantragten Entgelten und den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine negative Differenz auftaucht oder die Entgelte zwar den nachgewiesenen Kosten entsprechen, diese aber niedriger sind als die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Abschläge auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung werden sich immer nur auf Märkten finden lassen, auf denen eine starke wettbewerbliche Konkurrenz herrscht, bzw. werden nur für Produkte gewährt, die einem intensiven Wettbewerb unterworfen sind.

Abschläge auf Entgelte unterfallen nur dann dem Verbot des § 24 II Nr. 2 TKG 1996, wenn sie die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen. Eine solche Beschränkung liegt bei jeder Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb vor, gleichgültig, ob dabei wettbewerbsfremde oder in sonstiger Weise zu missbilligende Mittel angewendet werden.[191] Es kann jedoch nicht jeder wirtschaftliche Nachteil des betroffenen Unternehmens eine solche Beeinträchtigung darstellen, sondern sie ist erst gegeben, wenn sich das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens auf die Wettbewerbschancen des anderen Wettbewerbers auswirkt.[192] Nicht erforderlich ist es, dass die Behinderung in erheblicher Weise stattfindet, da dieses Erfordernis wegen der besonderen Struktur des Telekommunikationsmarktes in der Anfangsphase zur wirtschaftlichen Unmöglichkeit des Marktzutritts neuer Unternehmen geführt hätte.[193]

---

[190] Vergleiche zum Ganzen: Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 28 ff.
[191] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 42.
[192] Schuster/Stürmer, ebd.
[193] Schuster/Stürmer, ebd.

dd) Diskriminierungsverbot (§ 24 II Nr. 3 TKG 1996)

Das Diskriminierungsverbot des § 24 II Nr. 3 TKG 1996 untersagt die diskriminierende Festlegung von Entgelten, also dürfen die Entgelte einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienstleistungen auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation einräumen, es sei denn, dafür wird ein gerechtfertigter Grund nachgewiesen.[194] Entgelte sind dann diskriminierend, wenn von den Kostenbedingungen her gleiche Leistungen unterschiedlich oder zu unterschiedlichen Kosten produzierte Leistungen gleich bepreist werden.[195] Für die Beurteilung, ob eine Diskriminierung vorliegt, kommt es nicht auf die konkrete Wirkung im Einzelfall an, sondern auf die mögliche Wirkung, die das Entgelt entfalten kann.[196]

Gleichartige Telekommunikationsdienstleistungen liegen vor, wenn sie aus objektiver Sicht bezüglich der technischen Merkmale und der technischen Abwicklung austauschbar sind und wenn auf Grund der gleichartigen technischen Produktion auch vergleichbare Produktionskosten anfallen.[197] Die Ähnlichkeit von Telekommunikationsdienstleistungen ist gegeben, wenn sie zwar nicht austauschbar, aber hinsichtlich ihrer technischen Abwicklung vergleichbar und damit auch in der Höhe der jeweiligen Produktionskosten ähnlich sind.[198] Eine nach dieser Vorschrift unzulässige Diskriminierung liegt auch dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen eine Dienstleistung nur einem bestimmten nachfragenden Konkurrenzunternehmen, nicht aber auch anderen interessierten Marktteilnehmern anbietet. Eine solche Leistungsverweigerung ist untersagt.[199]

ee) Der sachlich gerechtfertigte Grund

Die soeben dargestellten Verhaltensweisen sind jedoch dann nicht unzulässig, wenn das marktbeherrschende Unternehmen einen sachlich gerechtfertigten Grund für sein Verhalten nachweisen kann. Die Prüfung des

[194] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 48.
[195] Schuster/Stürmer, ebd.
[196] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 50.
[197] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 52.
[198] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 54.
[199] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 55.

Grundes auf seine Rechtfertigung hin erfolgt im Einzelfall und in einem zweistufigen Verfahren.[200] Die bisher zu § 26 GWB a. F. entwickelte Rechtsprechung kann zur Auslegung dieser Norm des TKG 1996 entsprechend herangezogen werden, da das TKG 1996 eben wie das GWB das Ziel der Gewährung der Wettbewerbsfreiheit verfolgt.[201] Hier ist jedoch ein strengerer Maßstab anzulegen, da das TKG 1996 nicht nur wie das GWB bereits bestehenden Wettbewerb erhalten, sondern die Entstehung von Wettbewerb auf dem ursprünglich monopolistischen Markt erst ermöglichen soll.[202]

Das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes wird nach dem einheitlichen Maßstab der Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung des auf die Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zwecks beurteilt.[203] Im ersten Schritt müssen die abwägungsfähigen Interessen der Beteiligten festgestellt werden. Beteiligte sind die Normadressaten einerseits und die betroffenen Nutzer andererseits. Nicht abwägungsfähig sind Interessen, die in der Verfolgung gesetzwidriger Ziele bestehen, weshalb auch ein Grund, der im Widerspruch zu den Zwecken des TKG 1996 steht, nicht zur sachlichen Rechtfertigung führen kann.[204]

Im zweiten Schritt sind die Interessen zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Die Zwecke des TKG 1996 sind in die Abwägung einzubeziehen. Aus der Einführung der ex-ante-Entgeltregulierung ergibt sich, dass die Zwecke des TKG 1996 (hier insbesondere die Wahrung der Interessen der Nutzer und die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs) nur dann zurücktreten, wenn die Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens überragend sind. Mit Blick auf die Ziele des TKG 1996 ist weiterhin gerade in der Anfangsphase der Deregulierung die Abwägung zugunsten des Marktbeherrschers auf solche Ausnahmefälle zu beschränken, in denen ein überragendes Interesse an der überprüften Verhaltensweise besteht.[205]

---

[200] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 59.
[201] Schuster/Stürmer, ebd.
[202] Schuster/Stürmer, ebd.
[203] Ständige Rechtsprechung zum GWB seit BGHZ 38, 90 (102).
[204] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 24, Rn. 61.
[205] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 63 f.

Ein sachlich gerechtfertigter Grund für die in § 24 TKG 1996 an sich untersagten Verhaltensweisen kann in einer gesetzlichen Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens liegen, einen Wettbewerber schlechter oder besser zu behandeln als einen anderen.[206] Für die Begründung eines sachlich gerechtfertigten Grundes nicht ausreichend ist eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung, da sonst die gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Gestaltungen umgangen werden könnten.[207] Gründe, die in der Persönlichkeit des Abnehmers liegen, können im Ausnahmefall eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, etwa wenn auf Grund fehlender Kreditwürdigkeit des Kunden Aufschläge zur Absicherung des Inkassorisikos verlangt oder Vertragsangebote wegen der durchzuführenden Bonitätsprüfung langsamer als andere bearbeitet werden.[208]

e) Entgeltregulierungsverfahren (§§ 25 ff. TKG 1996)

§ 25 TKG 1996 beschreibt abschließend den unmittelbaren Geltungsbereich der Vorab-Regulierungsverfahren in § 25 I TKG 1996 (cc)) und der nachträglichen Kontrolle der Entgelte in § 25 II TKG 1996 (dd)), die insbesondere nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen durchzuführen ist (aa)). Durch eine Verweisung in § 39 TKG 1996 wird der Anwendungsbereich des Entgeltregulierungsverfahrens nicht unwesentlich ausgedehnt (ee)). Die Entgeltregulierung erhält eine weitere Prägung durch § 17 II 3 TKG 1996 in Verbindung mit § 2 TUDLV (ff)). Weiterhin in den Abschnitt der Entgeltregulierung wurde § 23 TKG 1996 eingeordnet, der eine Prüfung von nicht entgeltrelevanten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ermöglicht (bb)).

aa) Beschränkung auf marktbeherrschende Unternehmen

Eine Entgeltregulierung findet nur gegenüber einem marktbeherrschenden Unternehmen statt und dort auch nur insoweit, als die zu genehmigenden Entgelte[209] einen von diesem beherrschten Markt betreffen. Zur Feststellung der Marktbeherrschung ist zunächst eine Abgrenzung des relevanten

[206] So z. B. § 3 IV TEntgV: rechtliche Verpflichtung zu Kosten, die für die effiziente Leistungsbereitstellung nicht notwendig sind, oder andere neutrale Aufwendungen.
[207] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 24, Rn. 65.
[208] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 67.
[209] Sowie entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Marktes erforderlich, bei der der Normzweck zu beachten ist. Als Grundnorm für diese Abgrenzung ist § 19 GWB heranzuziehen. Hier sind Märkte nach Nachfragergruppen zu bilden und es ist eine Marktabgrenzung mittels der verschiedenen technischen Leistungen vorzunehmen. Die kartellbehördliche und -gerichtliche Praxis nimmt die Abgrenzung nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept oder Konzept der funktionellen Austauschbarkeit vor.[210] Danach gehören zum sachlich relevanten Markt alle Waren oder Dienstleistungen, die sich nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und als gegeneinander austauschbar ansieht.[211]

Im Bereich der Sprachtelefonie haben sich unterschiedliche Märkte für Verbindungs- und Anschlussleistungen herausgebildet.[212] Als Problem in der Praxis stellt sich die zur Feststellung der Marktbeherrschung notwendige räumliche Marktabgrenzung dar.[213] § 25 III TKG 1996 erstreckt die Anwendung der ex-ante-Entgeltregulierung auch auf verbundene Unternehmen im Sinne des GWB. Nach dieser Regelung unterliegen auch solche Unternehmen der Entgeltregulierung, die mit einem der von § 25 I und II TKG 1996 betroffenen Unternehmen verbunden sind. Dies sind jene, an denen der Marktbeherrscher einen Anteilsbesitz über 25 % hält und jene, die selbst am Marktbeherrscher in dieser Höhe beteiligt sind.[214]

bb) Regulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Im Bereich der Regulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen steht der RegTP ein Regulierungsinstrument zur Verfügung, das nicht als Genehmigung, sondern als Widerspruch zu qualifizieren ist. Insoweit liegt der Vergleich mit den in §§ 2 bis 4 I GWB geregelten, dem Widerspruchsverfahren gemäß § 9 III GWB unterliegenden Kartellen nicht fern.[215] Nach § 23 I 1 TKG 1996 hat die RegTP diesen Bedingungen innerhalb von vier

[210] Schütz, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 18, Rn. 17.
[211] Wendland, in: Beck´scher TKG-Kommentar, Vor § 33, Rn. 23.
[212] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 25, Rn. 8 ff.
[213] Bei Beginn der Liberalisierung war in der Regel von einem bundeseinheitlichen Markt auszugehen. Mittlerweile haben sich die Marktverhältnisse stärker differenziert. Besonders in städtischen Ballungszentren herrscht mehr Wettbewerb, da dort der Aufbau paralleler Strukturen rentabler ist. Von räumlich unterschiedlichen Teilmärkten kann nur dann ausgegangen werden, wenn diese eindeutig feststellbar sind.
[214] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 25, Rn. 12 und 13.
[215] So auch Stamm, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, C, § 23, Rn. 16.

Wochen nach der Vorlage zu widersprechen, wenn sie den Maßstäben nicht gerecht werden, die für AGB, für Informationen über diese Bedingungen und für die Verfügbarkeit dieser Informationen gelten. Bemerkenswert ist zunächst, dass der Widerspruch nicht auf die AGB marktbeherrschender Anbieter beschränkt ist.[216] Allerdings gilt er nur für Allgemeine Geschäftsbedingungen für lizenzpflichtige Telekommunikationsdienstleistungen und für Universaldienstleistungen. Das Unternehmen muss seine AGB der RegTP vor deren Inkrafttreten in schriftlich niedergelegter Form vorlegen. Die Behörde kann dann innerhalb von vier Wochen widersprechen, danach ist ein Widerspruch nicht mehr möglich, dennoch führt der Ablauf der Frist nicht zu einer Fiktion der Rechtmäßigkeit.[217]

Der Widerspruch selbst hat die Wirkung einer Untersagung.[218] Wenn der Widerspruch erfolgt, sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, weshalb sie nach einer Auffassung bis zu diesem Zeitpunkt vorläufig wirksam sind.[219] Unwirksamkeit bedeutet, dass die AGB nicht wirksam in einen Vertrag einbezogen sind; § 23 II TKG 1996 will nicht in bestehende wirksame Verträge eingreifen, sondern nur verhindern, dass unerwünschte AGB in den Vertrag aufgenommen werden.[220] Verträge, die auf Basis Allgemeiner Geschäftsbedingungen abgeschlossen wurden, bleiben grundsätzlich wirksam; anstelle der unwirksamen Bedingungen dürften die durch die unwirksamen Bedingungen verdrängten gesetzlichen Bestimmungen treten.[221] Über den Zeitpunkt, zu dem die AGB durch den Widerspruch unwirksam werden sollen, schweigt sich das Gesetz aus. Nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung wird aber davon auszugehen sein, dass eine Unwirksamkeit von Anfang an gemeint ist.[222]

Der nach § 23 TKG 1996 mögliche Widerspruch gegen alle AGB, die lizenzpflichtige Leistungen oder Universaldienstleistungen zum Gegenstand

---

[216] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 23, Rn. 1; Witte, in: Scheurle/Mayen, § 23, Rn. 6.
[217] Vgl. Spoerr, a. a. O., Rn. 26, 27.
[218] Vgl. Spoerr, ebd.
[219] Spoerr, a. a. O.; a. A. vgl. Witte, in: Scheurle/Mayen, § 23, Rn. 3.
[220] Spoerr, a. a. O., Rn. 30.
[221] Spoerr, a. a. O., Rn. 31; a. A. Büchner, in: Beck´scherTKG-Kommentar, § 23, Rn. 28, da es sich bei den Bestimmungen, auf die der Widerspruch gestützt ist, um zwingendes Recht handelt; die zwangsläufige Gesamtnichtigkeit gemäß § 139 BGB soll aber durch vertragliche Umkehrung ausgeschlossen werden können.
[222] Büchner, a. a. O., Rn. 27; ebenso Witte, in: Scheurle/Mayen, § 23, Rn. 19; Stamm, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, C, § 23, Rn. 32.

haben, ist abzugrenzen von der für entgeltrelevante Bestandteile von AGB erforderlichen Entgeltgenehmigung gemäß § 25 TKG 1996. Je nach dem, ob die einzelne AGB-Klausel als entgeltrelevant eingestuft wird oder nicht, ist sie zur Genehmigung bei der RegTP einzureichen oder lediglich vorzulegen.[223]

In diesem Zusammenhang ist im weiteren auf das Grundangebot des § 6 V NZV einzugehen, das der Betreiber, der den Netzzugang zur Verfügung stellen muss (§ 35 I TKG 1996), in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen muss. Die Verpflichtung der RegTP zur schrittweisen Erstellung des Grundangebots wurde in die Netzzugangsverordnung aufgenommen, um sicherzustellen, dass die Leistungen nach § 2 NZV diskriminierungsfrei angeboten werden.[224] Das zu entwickelnde Grundangebot muss auf einer Vielzahl bereits abgeschlossener Vereinbarungen über besondere Netzzugänge basieren. Seine Veröffentlichung kann also erst erfolgen, wenn der RegTP eine gewisse Zahl von Zusammenschaltungsvereinbarungen vorgelegt worden sind, aus deren Gesamtschau sie ein Grundangebot entwickeln kann.[225] Das Grundangebot selbst wird vom Verordnungsgeber als die Bedingungen einer Vereinbarung nach § 6 I bzw. § 5 NZV, von denen zu erwarten ist, dass sie Bestandteil einer Vielzahl von Vereinbarungen nach Abs. 1 sein werden, beschrieben.

cc) Voraussetzungen der Vorab-Entgeltregulierung (§ 25 I TKG 1996)

Die Vorab-Entgeltregulierung erstreckt sich lediglich auf Entgelte für das Angebot von Übertragungswegen der Lizenzklasse 3 und das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4.

Die Pflicht zur Vorab-Entgeltregulierung betrifft Anbieter von Übertragungswegen und Sprachtelefondiensten im Rahmen der Lizenzklassen 3 und 4, die diese auf der Basis selbst betriebener Netze anbieten und der **Öffentlichkeit** bereit stellen. Die Reichweite der Genehmigungspflicht für Entgelte endet dort, wo begleitende Leistungen, die über das herkömmliche Sprachtelefondienstnetz erbracht werden, bei technisch-funktionaler markt-

[223] So auch Witte, a. a. O., Rn. 3.
[224] Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 6 NZV, Anhang zu § 39, Rn. 23.
[225] Piepenbrock, a. a. O., Rn. 25.

bezogener Betrachtung nicht mehr als Bestandteil des einheitlichen Dienstes erscheinen.[226] Nicht nur Angebote von Telekommunikationsdienstleistungen an Endkunden erfüllen die Voraussetzung der Öffentlichkeit (§ 3 Nr. 19 TKG 1996), auch an Reseller gerichtete Offerten des Netzbetreibers bedürfen der Entgeltgenehmigung.[227]

Als Angebot von Übertragungswegen im Sinne des § 25 TKG 1996 ist vor allem das Angebot von Mietleitungen zu verstehen. Diese werden sowohl anderen Telekommunikationsunternehmen (Carrier-Festverbindungen) als auch Endkunden (Standard-Festverbindungen) angeboten.[228]

Das Genehmigungsverfahren ist als sogenanntes Price-Cap-Verfahren (§ 27 I Nr. 2 TKG 1996) oder als Einzelgenehmigungsverfahren (§ 27 I Nr. 1 TKG 1996) ausgestaltet. § 2 TEntgV legt den Vorrang des Price-Cap-Verfahrens als Regelfall der Regulierung vor der Einzelgenehmigung (als Ausnahme) fest. In den §§ 1 bis 6 TEntgV ist die nähere Ausgestaltung der Regulierungsverfahren niedergelegt.

Im Zuge des Price-Cap-Verfahrens werden bestimmte Telekommunikationsdienstleistungen in Körben zusammengefasst und nach §§ 25 I, 27 I Nr. 2 TKG 1996, §§ 1 II, 4 TEntgV von der RegTP für einen bestimmten Zeitraum preislich bestimmt. Ziel dieses Verfahrens ist es, in den Bereichen, in denen das marktbeherrschende Unternehmen nur einem geringen wettbewerblichen Druck ausgesetzt ist, Preisobergrenzen festzusetzen, die die tatsächlich verlangten Preise denjenigen annähern, die das Unternehmen in einem wettbewerblichen Umfeld verlangen könnte. Auf diese Art und Weise soll missbräuchlichem Verhalten des Marktbeherrschers zuvor gekommen werden, ohne diesen in der für den Wettbewerb notwendigen Flexibilität zu beeinträchtigen, weshalb auch die Preise für die erfassten Dienstleistungen innerhalb des Warenkorbes variiert werden können.

Der Einzelgenehmigung unterliegen die Dienstleistungen, die einer unterschiedlichen Wettbewerbsintensität ausgesetzt sind oder für die noch keine

[226] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 25, Rn. 17.
[227] RegTP, Beschluss vom 23. November 1999, 2c-99-012, MMR 2000, 243 (243).
[228] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 25, Rn. 24.

diesbezüglichen Erfahrungswerte existieren.[229] Im Gegensatz zum soeben dargestellten Verfahren wird hier nur ein Entgelt für eine bestimmte Dienstleistung anhand der auf sie entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetzt.[230]

Zur Eröffnung des Genehmigungsverfahrens bedarf es eines schriftlichen Antrags des regulierten Unternehmens, der spätestens zwei Monate vor Ablauf einer bestehenden Genehmigung vorzulegen ist (§ 28 I TKG 1996). Zum Nachweis der Rechtmäßigkeit der Entgelte sind Kostenunterlagen einzureichen oder ist die Einhaltung der Price-Cap-Maßgrößen zu belegen.[231]

Nach interner (Vor-)Prüfung durch die RegTP wird bei Einzelgenehmigungsverfahren der Sachverhalt zumeist im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten erörtert.[232] Anschließend wird dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Genehmigungsentscheidung im Price-Cap-Verfahren erfolgt innerhalb von zwei Wochen (vgl. § 5 III TEntgV). Eine rasche Entscheidung ist hier möglich, da vergleichsweise formale und schematische Prüfungen durchzuführen sind. Die materiell schwierigen und zeitaufwendigen Untersuchungen erfolgen bei der Festlegung der Maßgrößen des „Warenkorbes“ vor Durchführung des eigentlichen Regulierungsverfahrens. Demgegenüber sieht § 28 II TKG 1996 bei Einzelgenehmigungen eine Entscheidungsfrist von sechs Wochen mit einer Fristverlängerungsmöglichkeit um weitere vier Wochen vor. Darauf wird üblicherweise zurückgegriffen, da sich häufig besonders die Kostennachweise als problematisch darstellen und Nachbesserungsbedarf auslösen. Genehmigte Entgelte werden letztendlich im Amtsblatt der Regulierungsbehörde veröffentlicht.[233]

Die der Vorab-Regulierung unterliegenden Entgelte und entgeltrelevanten Bestandteile Allgemeiner Geschäftsbedingungen können in einem Überprüfungsverfahren gemäß § 30 I TKG 1996 auch nachträglich auf die Ein-

[229] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 27, Rn. 5 f.
[230] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 7.
[231] Schmidt, K&R 1999, 385 (389).
[232] Schmidt, ebd.
[233] Vgl. zum Ganzen: Schmidt, ebd.

haltung der Maßstäbe des § 24 II Nr. 2 und 3 TKG 1996 kontrolliert werden. Wird ein Widerspruch zu diesen Maßstäben festgestellt, kann die RegTP mit einer Entscheidung, die innerhalb von zwei Monaten nach Einleitung der Überprüfung ergehen muss, das Unternehmen auffordern, eine Anpassung vorzunehmen. Erst wenn diese nicht erfolgt, kann die RegTP das Verhalten untersagen und die Entgelte bzw. die entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam erklären. Damit kann die RegTP auch noch nachträglich regulierend in bereits genehmigte Entgelttatbestände eingreifen und sich hierfür der Untersagungsanordnung und der Unwirksamkeitserklärung bedienen.

dd) Nachträgliche Entgeltregulierung (§ 25 II TKG 1996)

Alle anderen, nicht in § 25 I TKG 1996 genannten Telekommunikationsdienstleistungen unterliegen der nachträglichen Entgeltregulierung nach Abs. 2 dieser Vorschrift, auch hier nur soweit, als sie von marktbeherrschenden Unternehmen erbracht werden.

Ausgangspunkt für ein Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung können externe Beschwerden – von Wettbewerbern oder Endkunden – oder Untersuchungen von Amts wegen sein. Vorermittlungen erstrecken sich zunächst auf die Marktposition des betroffenen Unternehmens sowie auf das Ausmaß eines möglichen Fehlverhaltens, um zu klären, ob mit hinreichender Sicherheit von einer Marktbeherrschung und einem begründeten Missbrauchsverdacht ausgegangen werden kann. Soweit es an einer Voraussetzung fehlt, wird das Verfahren beendet. Anderenfalls ist ein förmliches Verfahren durch eine schriftliche Mitteilung an das betroffene Unternehmen zu eröffnen (§ 30 II TKG 1996). Damit wird der gesetzliche Fristlauf ausgelöst. Innerhalb von zwei Monaten seit Einleitung des Verfahrens ist nach Anhörung des Unternehmens, öffentlicher mündlicher Verhandlung und Stellungnahme des Bundeskartellamtes zu entscheiden (§ 30 III TKG 1996). Bei Verfehlung der Entgeltmaßstäbe verlangt die RegTP eine Anpassung, die gemäß § 30 VI TKG 1996 zu veröffentlichen ist. Das betroffene Unternehmen ist danach verpflichtet, dem Missstand unverzüglich abzuhelfen. Geschieht das nicht, hat die RegTP das beanstandete Verhalten zu untersagen und die Entgelte für unwirksam zu erklä-

ren (§ 30 V TKG 1996). Damit stehen der RegTP zwei weitere Instrumente zur Regulierung des Marktes zur Verfügung, die Untersagungsanordnung und die Unwirksamkeitserklärung für Entgelte oder entgeltrelevante Bestandteile Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

ee) Entgeltregulierung bei Gewährung eines Netzzugangs und bei Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung

Zunächst werden die allgemeinen Voraussetzungen der Entgeltregulierung in diesem Fall dargestellt (aaa)), um dann das hier eingehend diskutierte Problem der Entgeltfestlegung bei Anordnung einer Zusammenschaltung darzulegen (bbb)). Nach Erörterung der Rechtsprechung (ccc)) und der Literatur (ddd)) erfolgt eine eigene Stellungnahme zu diesem Thema (eee)). Im Einzelnen:

aaa) Allgemeines

§ 39 TKG 1996 legt für die im vierten Teil des TKG 1996 niedergelegten Regulierungsinstrumente der Gewährung eines Netzzugangs (§ 35 TKG 1996) und der Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung (§ 37 TKG 1996) und die auch dort notwendige Regulierung der Entgelte die entsprechende Anwendung einiger Vorschriften[234] des dritten Teils, des „Entgeltregulierungs“-Abschnitts, fest. Bei dieser Norm handelt es sich nicht um einen Rechtsgrund-, sondern um einen Rechtsfolgenverweis.[235] Nach dem Wortlaut der Norm findet bei dieser Art der Regulierung nur eine ex-ante-Preisregulierung gemäß § 25 I TKG 1996 statt. Damit ergibt sich, dass alle Entgelte im Zusammenhang mit der Netzzusammenschaltung genehmigungspflichtig sind. Auf Grund der Verordnungsermächtigungen der §§ 35 V und 37 III TKG 1996 hat die Bundesregierung in der Netzzugangsverordnung[236] festgelegt, in welcher Weise besondere Netzzugänge zu ermöglichen sind, und auch die Einzelheiten der Zusammenschaltungsanordnung bestimmt.

---

[234] Dabei handelt es sich um die §§ 24, 25 I und III, 27, 28, 29, 30 I und III bis VI, 31.
[235] Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 9, Rn. 4; so auch VG Köln, Beschluss vom 18. Dezember 2000, 1 L 2484/00, MMR 2001, 410 f., das die Norm als volle Rechtsfolgenverweisung auf die ex-ante-Regulierungsvorschriften versteht.
[236] Vgl. unten, Teil 1, B., II., 8.

Zur Gewährung eines Netzzugangs für andere Nutzer (1. Alternative des § 39 TKG 1996) sind gemäß § 35 I TKG 1996 marktbeherrschende Netzbetreiber, die Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, verpflichtet. § 35 I 2 TKG 1996 unterscheidet weiterhin zwischen den allgemeinen Netzzugängen, die die für sämtliche Nutzer bereitgestellten Anschlüsse betreffen, und den besonderen Netzzugängen, die nur besondere Anschlüsse betreffen. Getroffene Vereinbarungen müssen nach § 35 II TKG 1996 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang zu den Telekommunikationsnetzen des marktbeherrschenden Unternehmens gewähren und sind der RegTP schriftlich vorzulegen, damit sie anschließend veröffentlicht werden können. Weiterhin stellt sich der pauschale Verweis des § 39 TKG 1996 auf § 35 I TKG 1996 als Redaktionsversehen des Gesetzgebers dar, da § 39 TKG 1996 sich nur auf besondere Netzzugänge, nicht jedoch auch auf die allgemeinen beziehe.[237] Netzzusammenschaltungen sind der wichtigste Anwendungsfall von besonderen Netzzugängen.[238]

Zu einer Anordnung der Zusammenschaltung von Netzen (2. Alternative des § 39 TKG 1996) gemäß § 37 TKG 1996 kommt es, wenn zwischen den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze eine Zusammenschaltungsvereinbarung nicht zustande kommt. Dies ist immer der Fall, wenn die interessierten Netzbetreiber ihrer Verhandlungspflicht nach § 36 TKG 1996[239] zwar nachkommen, jedoch keine Einigung erzielen können. In diesem besonderen Fall kann die RegTP auch gegenüber nicht marktbeherrschenden Unternehmen tätig werden.[240] Nach dem Wortlaut des § 37 I TKG 1996 „ordnet die Regulierungsbehörde nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen ... die Zusammenschaltung an.“ In der Anordnung werden die Bedingungen festgelegt, die zur Zusammenschaltung erforderlich sind, im Interesse mindestens eines der Zusammenschaltungspartner liegen und über die die Vertragspartner

[237] RegTP, Entscheidung vom 28. August 1998, MMR 1999, 114 (116).
[238] Vgl. Manssen, in: Telekommunikations- und Multimediarecht, C, § 39, Rn. 2; vgl. § 1 II 2 NZV.
[239] „Jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Alle Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen oder zu verbessern.“
[240] Vgl. Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 39, Rn. 1.

keine Einigung erzielen konnten.[241] Dazu können auch Entgelte für die Zusammenschaltungsleistungen gehören, da sie wesentlicher Teil der Vereinbarung sind und die Beteiligten häufig gerade über diesen Punkt keine Einigung erzielen können.[242]

bbb) Problemdarstellung

Ob innerhalb der Zusammenschaltungsanordnung in diesem Fall die Durchführung eines Entgeltgenehmigungsverfahrens erforderlich ist oder die RegTP die Entgelte ohne die Durchführung des Verfahrens festlegen kann, ist umstritten. Teile der Literatur gehen davon aus, dass eine Anordnung der Zusammenschaltung ohne die Festlegung der Entgelte nicht ihren Zweck erfüllt, da gerade Entgelte als essentialia negotii wesentlicher Bestandteil einer Vereinbarung sind. Somit sei in einem Verfahren nach § 37 TKG 1996 die Anordnung der Entgelte ohne förmliche Durchführung eines Regulierungsverfahrens statthaft und geboten. Von diesen Grundsätzen ging auch die RegTP in ihren Entscheidungen aus.[243]

ccc) Auffassung der Rechtsprechung

Nach einem Rechtsbehelf der DTAG hat das VG Köln in dem daraufhin im Eilverfahren erlassenen Beschluss[244] sich dahingehend geäußert, dass im Verfahren nach § 37 TKG 1996 eine Festlegung von Entgelten rechtswidrig, weil von dieser Norm nicht gedeckt, sei. Schon der Wortlaut des § 37 TKG 1996 setze eine Trennung zwischen der Zusammenschaltung als solcher und der sich daran anschließenden Entgeltfestsetzung voraus. Nach Auffassung des Gerichts hat das marktbeherrschende Unternehmen im Anschluss an die Zusammenschaltungs-Anordnung einen Antrag auf Genehmigung des Entgeltes zu stellen. Damit verbundene Verzögerungen gingen zu Lasten des regulierten Unternehmens. Im Tenor hält das Gericht dann als Ergebnis fest, dass das Unternehmen nach der Anordnung schon zur Erbringung von Leistungen verpflichtet sein kann, selbst wenn für diese

[241] Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 37, Rn. 19; Piepenbrock, a. a. O., § 37, Rn. 9.
[242] So RegTP, BK 4-98-006/Z 10.06.98 vom 27. Juli 1998, 14 n. v. und Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch, ebd.; a. A. VG Köln, Beschluss vom 18. Dezember 2000, 1 L 2484/00, MMR 2001, 410 f.
[243] Vgl. dazu den Beschluss der RegTP vom 8. September 2000, BK 4a-00-018/Z30.6.00, MMR 2001, 262 (265).
[244] VG Köln, Beschluss vom 18. Dezember 2000, 1 L 2484/00, MMR 2001, 410 f.

mangels Genehmigung noch keine Entgelte verlangt werden können. Neben dem Wortlautargument stützt das Gericht seine Ansicht auch mit dem Hinweis, dass Entgelte nach der Anlage zu § 5 II NZV zwar regelmäßig Gegenstand einer Zusammenschaltungs**vereinbarung**, nicht jedoch einer Anordnung sind.

Damit entsteht das Problem einer **Rückwirkung** der – dann erst mehr oder weniger weit nach dem Wirksamwerden der sofort vollziehbaren Zusammenschaltungsanordnung ergehenden – Entgeltgenehmigung, da ohne eine solche ein „genehmigungsfreier" und damit „entgeltfreier" Zeitraum entstünde, der in verfassungswidriger Weise in die Grundrechte des regulierten Unternehmens eingreifen würde und in keiner Weise von den Regulierungszielen gedeckt und zu ihrer Erreichung erforderlich wäre.

Der Beschluss des VG Köln fand auch im nächsten Verfahrensschritt die Bestätigung durch das OVG Münster[245] als übergeordnete Instanz. Neben dem Wortlautargument führte dieses Gericht zur Begründung seiner Entscheidung weiterhin an, dass § 37 TKG 1996 die Befugnis der RegTP zur Anordnung auch der Entgelte regelt, § 39 TKG 1996 als Spezialregelung gegenüber § 37 TKG 1996 jedoch klarstellt, dass eine Entgeltfestsetzung uno actu mit der Anordnung der eigentlichen Zusammenschaltung allein ausgerichtet an § 37 TKG 1996 den Regelungen der TEntgV widerspricht. Weiterhin wird angeführt, dass keine Gründe für ein die Rechte des Leistungserbringers verkürzendes Verfahren im Rahmen der Anordnung bestehen. Mit Blick auf die vorgegebenen europarechtlichen Regelungen[246] hält das Gericht fest, dass sich aus diesen nicht zwingend ergäbe, dass eine Regelung der Entgelte uno actu gewollt sei, der Richtliniengeber dies vielmehr mit einer zwingenden Formulierung hätte anordnen und dann auch durchsetzen können.

[245] OVG Münster, Beschluss vom 3. Mai 2001, 13 B 69/01, K&R 2001, 424 ff.
[246] Art. 4a Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 90/388 EWG in geänderter Fassung durch Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996, ABl. EG. Nr. L 74, S. 13.

ddd) Argumente der Literatur

Diese Auffassung findet in der telekommunikationsrechtlichen Literatur kaum Anklang, sondern wird vielfach kritisiert.[247] Angeführt wird, dass bei Übernahme dieser Ausführungen ein Entgelt zwar Gegenstand einer Zusammenschaltungsvereinbarung, nicht aber einer Zusammenschaltungsanordnung sein kann, obwohl es ein wesentlicher Teil der Vereinbarung ist.[248] Auch die Zielsetzung der Wettbewerbsförderung werde durch diese Rechtsprechung gefährdet, da für die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen nicht die Entgelthöhe, sondern eine möglichst frühzeitige Kalkulationssicherheit wesentlich sei, was durch die Festlegung der Entgelte im Anordnungsverfahren erreicht werde.[249]

Im Übrigen wird das systematische Argument angeführt, die sehr pauschale Regelung des § 39 TKG 1996 sei nicht für die systematische Reduktion des im Gegensatz dazu sehr detailliert geregelten § 37 TKG 1996 geeignet, weshalb eine Anpassung des § 39 TKG 1996 dahingehend erforderlich sei, dass nur die materiellen Entgeltregulierungsgrundsätze, nicht jedoch alle verfahrensrechtlichen Voraussetzungen bei der Festlegung von Entgelten im Verfahren der Zusammenschaltungsanordnung beachtet werden müssen. Weiterhin sei die Sicht des Gerichts auf die Durchführung eines separaten Genehmigungsverfahrens sehr formal und entspreche nicht den Anforderungen des Wettbewerbs an eine zügige Entscheidungspraxis.[250] Weitere Vertreter der Literatur räumen zwar ein, dass die Festsetzung der Entgelte in den Bahnen des Regulierungsverfahrens ablaufen muss, wollen dies aber in das Zusammenschaltungsverfahren implementieren.[251]

Außerdem wird mit Blick auf die europäische Gesetzgebung festgehalten, dass in der Zusammenschaltungsrichtlinie[252] enthaltene Regelungen zwar

[247] Vgl. dazu nur Spoerr, K&R 2001, 213 f.; Kleinlein/Binder, MMR 2001, 569 f.; Koenig/Braun, MMR 2001, 563 f.
[248] Spoerr, K&R 2001, 213 (214).
[249] Spoerr, ebd.
[250] Spoerr, K&R 2001, 213 (215).
[251] So Kleinlein/Binder, MMR 2001, 569 (573).
[252] Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des europäischen 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, ABl. EG Nr. L 199, S. 32.

keine ausdrücklichen Vorgaben für die Beantwortung dieser Frage bereithalten. Allerdings ergebe sich aus der Formulierung der Richtlinie 90/388/EWG[253] eindeutig eine Schlussfolgerung für eine uno actu-Regelung,[254] da die nationalen Regulierungsbehörden bei der Zusammenschaltungsanordnung auch „... eine ... Entscheidung, die die notwendigen betrieblichen und finanziellen Bedingungen und Anforderungen für eine solche Zusammenschaltung festlegt“ zu treffen hätten.

Diese Auffassungen führen im Ergebnis dazu, dass eine Festsetzung von Entgelten als Verwaltungsakt innerhalb des Verfahrens zur Anordnung einer Zusammenschaltung ohne Beachtung der für das ex-ante-Regulierungsverfahren entwickelten Normen durchgeführt wird und damit Verfahrensregelungen, die an sich anwendbar sind, nicht beachtet werden. Damit wird die ex-ante-Regulierung im Zusammenschaltungsverfahren wesentlich anders behandelt als die bei der Vereinbarung der Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen. Sollten beide Fälle mit Blick auf die Entgeltregulierung wesentlich gleich sein, liegt ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot nahe.

eee) Eigene Auffassung und Ergebnis

Wie sich zeigt, bietet keine der beiden Auffassungen eine zufrieden stellende Lösung des Problems der Entgeltgenehmigung im Zusammenschaltungsverfahren. Wird auf die Durchführung des im Dritten Teil des TKG 1996 und der TEntgV geregelten Genehmigungsverfahrens bestanden, kann dies zu kaum hinnehmbaren Verzögerungen der Zusammenschaltung führen, und das marktbeherrschende Unternehmen wird zur Mitwirkung am Verfahren gezwungen, da es formal nicht ohne dessen Antrag und die notwendigen Kostenunterlagen durchgeführt werden kann. Wird darauf verzichtet, kommt es zu einer die Rechte des Unternehmens beschneidenden Schätzung der Kosten und damit der Entgelthöhe, die kaum mit der Erforderlichkeit einer schnellen Entscheidung begründet werden kann. Im Übrigen kann die Literaturauffassung nicht erklären, warum der Gesetzgeber

[253] Art. 4a Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 90/388 EWG in geänderter Fassung durch Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996, ABl. EG. Nr. L 74, S. 13.
[254] Koenig/Braun, MMR 2001, 563 (564).

einige der Entgeltregulierungsvorschriften, insbesondere den das Verfahren betreffenden § 28 TKG 1996 im § 39 TKG 1996 genannt hat, wenn doch gleichsam nur die materiellen Grundsätze der Entgeltregulierung im Zusammenschaltungsverfahren gelten sollen. Der durch das sich an das Anordnungsverfahren anschließende Regulierungsverfahren entstehende Zeitraum zwischen sofort vollziehbarer Anordnung der Zusammenschaltung und Genehmigung eines Entgeltes stellt sich an sich nicht als rechtsfreier Raum dar, da, wie noch zu zeigen sein wird,[255] die für das Entgelt anschließend erteilte Genehmigung auf den Zeitpunkt der Anordnung zurück wirkt. Auch bei der Entgeltgenehmigung im Verfahren der Zusammenschaltungsanordnung handelt es sich somit um die gewöhnliche Genehmigung eines Entgeltes, nicht um ein besonderes, abgekürztes, in das Anordnungsverfahren eingepasstes Genehmigungsverfahren.

ff) Preisbestimmung für Universaldienstleistungen

Gemäß § 17 II 3 TKG 1996 wird die Bundesregierung ermächtigt, in einer Rechtsverordnung Maßstäbe für die Bestimmung des Preises einer Universaldienstleistung festzulegen. Von dieser Ermächtigung hat die Regierung Gebrauch gemacht und die Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung[256] erlassen. In § 2 TUDLV werden daher die Entgelte festgelegt, die für eine Universaldienstleistung als „erschwinglich“ gelten.

5. Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV)

Die TEntgV als speziell für die Entgeltregulierung maßgebliche Vorschrift soll zunächst allgemein betrachtet werden (a)). Anschließend ist auf das Einzelgenehmigungsverfahren (b)), das Price-Cap-Verfahren (c)) und sonstige, für die hier behandelte Frage wichtige Bestimmungen (d)) einzugehen. Im Einzelnen:

a) Allgemeines

Die TEntgV regelt als von der Bundesregierung erlassene Verordnung[257] die in § 27 TKG 1996 genannten Entgeltgenehmigungsarten näher. Dabei

[255] Siehe unten, Teil 2, C., IV.
[256] Vgl. unten, Teil 1, B., II., 7.
[257] Ermächtigung in § 27 IV TKG 1996.

werden in § 1 TEntgV Arten und Verfahren der Entgeltgenehmigung genauer bestimmt. Die TEntgV gliedert sich ab § 2 in drei Abschnitte. Im ersten wird die Einzelgenehmigung näher geregelt, der zweite beschäftigt sich mit dem Price-Cap-Verfahren. Im dritten Abschnitt der TEntgV sind sonstige Bestimmungen, wie Veröffentlichung und Beteiligungsrechte, enthalten.

§ 1 TEntgV regelt zunächst, dass das Verfahren der Einzelgenehmigung die Ausnahme zur Regel der Anwendung des Price-Cap-Verfahrens sein soll. Eine Einzelgenehmigung soll nur erteilt werden, wenn erhebliche Gründe gegen die Aufnahme der Leistung in einen Korb sprechen. Dies ist der Fall, wenn die Dienstleistung erstmalig angeboten wird, da in diesem Fall noch keine Vergleichsgrößen zur Verfügung stehen. Auch für Netzzugangs-Entgelte kann die Bildung von Körben ungeeignet sein, da durch die dort für das Unternehmen entstehenden Preissetzungsspielräume die Möglichkeit besteht, diese in wettbewerbsschädlicher Weise auszunutzen.

Aus der Regelung des § 1 I TEntgV ergibt sich weiter, dass in einem Korb mindestens drei Dienstleistungen zusammengefasst werden sollen.[258] Dies lässt sich einer Formulierung, nach der „... die Dienstleistung ... mit einer Mehrzahl von Dienstleistungen ...“ zusammenzufassen sind, entnehmen. Im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens hat die Regulierungsbehörde die Dienstleistungen der Lizenzklassen 3 und 4 in jeweils getrennten Körben zusammenzufassen (§ 1 II TEntgV). Ziel ist es hier zu vermeiden, dass die Dienstleistungen, die auf Märkten mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität angeboten werden, in einem Korb zusammengefasst werden und die in diesem Zusammenhang entstehende Preisflexibilität in wettbewerbswidriger Weise ausgenutzt wird. Die RegTP ist nicht in der Lage, Quersubventionierungen zu sanktionieren, wenn die vorgegebenen Maßgrößen für die in einem Korb zusammengefassten Leistungen insgesamt eingehalten werden. Dienstleistungen der gleichen Lizenzklasse können nur dann zusammengefasst werden, wenn sich die erwartete Stärke des Wettbewerbs um diese Dienstleistungen nicht wesentlich unterscheidet. Von einem wesentlichen Unterschied in der erwarteten Wettbewerbsstärke soll ausgegangen

[258] Geppert/Ruhle/Schuster, Rn. 413.

werden, wenn sich die für die Beurteilung der Wettbewerbsstärke gewählten Kriterien in ihrer Ausprägung deutlich und in eine einheitliche Richtung weisend unterscheiden.

b) Einzelgenehmigungsverfahren

Mit § 2 TEntgV beginnt der zweite Abschnitt dieser Verordnung, der mit „Genehmigung auf Grundlage des § 27 I Nr. 1 des Gesetzes“ – gemeint ist das TKG 1996 und die Einzelfallgenehmigung – überschrieben ist. Diese Norm legt den Umfang der vom Unternehmen zur Entgeltgenehmigung vorzulegenden erforderlichen Kostennachweise fest. Diese Informationen des Unternehmens sind für das Genehmigungsverfahren von wesentlicher Bedeutung. Sie enthalten nicht nur die reinen Kostennachweise, sondern auch Informationen über die Leistungsqualität und den in Betracht gezogenen Markt. Die RegTP kann die in Abs. 1 aufgezählten Kostennachweise weiter spezifizieren, um eine Vergleichbarkeit mit ihren eigenen Kostenuntersuchungen zu ermöglichen und zu erleichtern.

Nach § 2 I Nr. 1 TEntgV sind eine detaillierte Leistungsbeschreibung einschließlich entsprechender Angaben zu deren Qualität und ein Entwurf der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzulegen. Leistungen mit unterschiedlichen Leistungs- und Qualitätsmerkmalen besitzen eine unterschiedliche Kostenintensität, weshalb die Details bekannt sein müssen, um den leistungsbezogenen Güterverbrauch zu bestimmen. Gleiches gilt für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in denen ebenfalls wichtige qualitätsbestimmende und damit kostenrelevante Faktoren festgehalten sind.

Gemäß § 2 I Nr. 2 TEntgV muss das Unternehmen Angaben über den erzielten Umsatz für die fünf zurückliegenden Jahre, den erwarteten des Antragsjahres und der folgenden vier Jahre vorlegen. Diese Daten stellen für die Beurteilung der Entgelte eine wesentliche Informationsgrundlage dar, da sie für einen Zeitraum von zehn Jahren realisierte wie auch Plandaten erfassen. Außerdem müssen die Unternehmen bei der Antragstellung nach § 2 I Nr. 3 TEntgV Angaben über die Absatzmengen und die Preiselastizität der Nachfrage im gleichen Zeitraum machen. Unter Preiselastizität ist eine

Kennzahl für die Reaktion der Nachfrage auf eine Veränderung der Preise des Unternehmens zu verstehen.[259] Für die Vergangenheit werden diese Werte kaum bekannt sein, die RegTP kann jedoch verlangen, diese für das Antragsjahr zu ermitteln und für die vier folgenden Jahre zu schätzen. Von Bedeutung sind diese Angaben, da die Unternehmen sich bei ihrer Preissetzung oft an der Preiselastizität orientieren.

Weiterhin werden Angaben über die Entwicklung der einzelnen Kosten nach der in § 2 II TEntgV festgelegten Weise und der Deckungsbeiträge verlangt (§ 2 I Nr. 4 TEntgV). Deckungsbeiträge ergeben sich aus der Differenz zwischen Erlösen und direkt zurechenbaren Kosten (Einzelkosten).[260] In einer dienstebezogenen Betrachtung bezeichnet der Deckungsbetrag den Teil der Erlöse, der zur Deckung der Gemeinkosten des Dienstes zur Verfügung steht.[261] Laut § 2 I Nr. 5 TEntgV erteilen die Unternehmen Angaben zu den finanziellen Auswirkungen auf die Kunden, insbesondere im Hinblick auf die Nachfragestruktur von Privat- und Geschäftskunden sowie auf Wettbewerber, die die Leistung als Vorleistung beziehen. Diese Auswirkungen der Entgeltgenehmigung lassen sich mit der für die Regulierung erforderlichen Aussagekraft wegen der sich ändernden Parameter nur nach Ablauf einer Zeitspanne beurteilen, so dass auch hier, wenn auch nicht zehn Jahre, aber doch ein Zeitraum von drei Jahren betrachtet werden sollte. Dabei müssen sowohl die direkten als auch die indirekten finanziellen Auswirkungen erfasst werden.

Schließlich legen die Unternehmen nach § 2 I Nr. 6 TEntgV bei Entgeltdifferenzierungen Angaben zu den Auswirkungen auf die betroffenen Nutzergruppen, zwischen denen differenziert wird, und zur sachlichen Rechtfertigung für die beabsichtigte Differenzierung vor. Die Forderung nach solchen Informationen beruht auf dem in § 24 II Nr. 3 TKG 1996 geregelten Diskriminierungsverbot. Für die Zulässigkeit einer sachlichen Rechtfertigung einer Differenzierung sind strenge Maßstäbe anzulegen.

[259] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 2 TEntgV, Anhang § 27, Rn. 4.
[260] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 5.
[261] Schuster/Stürmer, ebd.

§ 2 II TEntgV bestimmt, dass die Kostennachweise, die die Unternehmen nach § 2 I Nr. 4 TEntgV vorlegen müssen, die Kosten, die sich der Leistung unmittelbar (Einzelkosten), und weitere, die sich nicht unmittelbar zuordnen lassen (Gemeinkosten), erfassen. Beim Nachweis letzterer muss angegeben werden, wie diese der jeweiligen Dienstleistung zugeordnet werden. Zusätzlich müssen bei dieser Zuordnung die Maßstäbe der ONP-Richtlinie[262] beachtet werden. In § 2 II 4 TEntgV wird eine weitere Detaillierung der Kostennachweise vorgenommen. Danach muss von den Unternehmen weiterhin dargelegt werden, welche Methode sie bei der Ermittlung der Kosten angewendet haben (§ 2 II Nr. 1 TEntgV), von welcher Höhe der Personalkosten, der Abschreibungen, der Zinskosten des eingesetzten Kapitals und der Sachkosten (§ 2 II Nr. 2 TEntgV) ausgegangen wurde, welche Kapazitätsauslastung im Nachweiszeitraum erreicht bzw. erwartet wird (§ 2 II Nr. 3 TEntgV) und abschließend (§ 2 II Nr. 4 TEntgV), welche der Kostenrechnung zugrundeliegenden Einsatzmengen für die Leistung einschließlich der dazu gehörenden Preise insbesondere die für die Erstellung der Leistung in Anspruch genommenen Teile des öffentlichen Telekommunikationsnetzes und die Kosten der Nutzung dieser Teile zu Grunde gelegt wurden. Letzteres bildet die Grundlage für das Bottom-up-Verfahren[263] der Kostenermittlung. Anschließend wird im Abs. 3 dieser Norm festgelegt, dass die RegTP den Entgeltantrag ablehnen kann, wenn die dazu erforderlichen Unterlagen nicht vollständig vorgelegt werden.

Die amtliche Überschrift zu § 3 TEntgV lautet „Maßstäbe zur Ermittlung genehmigungsfähiger Entgelte“. Dort werden die von der RegTP bei den vorzunehmenden Prüfungen verwendeten und in diesem Zusammenhang auftauchenden Begriffe geklärt. So legt Abs. 1 fest, dass die RegTP die

[262] Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP); ABl. EG Nr. L 192 vom 24. Juli 1990, S. 1: Nach Abschluß der in den Art. 4 und 5 vorgesehenen Verfahren erlässt der Rat gemäß Art. 100a des Vertrages (d. h. Art. 95 EGV) Einzelrichtlinien zur Festlegung der ONP-Bedingungen einschließlich des Zeitplans für deren Anwendung. ONP-Bedingungen gemäß Art. 2 Nr. 10 RL 90/387/EWG sind „die nach Maßgabe dieser Richtlinie harmonisierten Bedingungen, die den offenen und effizienten Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls zu öffentlichen Telekommunikationsdiensten sowie deren effiziente Benutzung betreffen. Unbeschadet ihrer Anwendung im Einzelfall können die ONP-Bedingungen harmonisierte Bedingungen umfassen für technische Schnittstellen, gegebenenfalls einschließlich der Festlegung und der Verwirklichung von Netzabschlusspunkten, Benutzungsbedingungen, gegebenenfalls einschließlich des Zugangs zu Frequenzen, Tarifgrundsätze.“

[263] Zum Bottom-up-Verfahren vgl. unten, Teil 1, B., II., 5., b), am Ende.

vom Unternehmen vorgelegten Kostennachweise dahingehend zu prüfen hat, ob und inwieweit die beantragten Entgelte sich an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung orientieren. Durch die Wahl des Terminus „orientieren“[264] wird darauf hingewiesen, dass diese Prüfung auch Preisabschläge und einzelnen Nachfragern eingeräumte Vorteile umfassen muss.[265] Weiter lässt sich dieser Wortwahl entnehmen, dass die Abweichung der Entgelte von den Kosten der effektiven Leistungsbereitstellung den Rahmen einer mit der Gestaltung einer praktikablen Tarifstruktur begründeten Abweichung nicht überschreiten dürfen.[266]

Abs. 2 regelt detailliert, dass 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, ergeben. Unter Zusatzkosten sind dabei diejenigen zu verstehen, die durch die Bereitstellung eines Dienstes zusätzlich zu den anderen Diensten des Anbieters verursacht werden. Damit sind die Kosten gemeint, die das Unternehmen einsparen kann, wenn das Angebot des Dienstes eingestellt wird. Dividiert man diese Zusatzkosten noch durch die Ausbringungsmenge des jeweiligen Dienstes, erhält man die „durchschnittlichen Zusatzkosten“, die von besonderer Bedeutung für die Preisbildung sind, da sie sicherstellen – als Untergrenze bei der Preisbildung verwendet –, dass ein bestimmter Dienst keine Quersubventionierungen von anderen Diensten des Unternehmens erhält.

Gemeinkosten sind hingegen Kosten, die einer Kostenträgereinheit nicht direkt zugeordnet werden können, sondern durch Produktionsfaktoren entstehen, die von mehreren Diensten gemeinsam genutzt werden. Ein angemessener Zuschlag für diese Kosten ist erforderlich, da dem Unternehmen ohne diesen ein Defizit in Höhe dieser Kosten entstehen würde. Daher müssen die Gemeinkosten auf die Dienste „aufgeteilt“, das heißt geschlüsselt werden. Für die Methode dieser „Aufteilung“ (sog. Allokation) sieht

[264] Vgl. auch § 24 I 1 TKG 1996.
[265] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 3 TEntgV, Anhang § 27, Rn. 1.
[266] Schuster/Stürmer, ebd.

§ 2 II 3 TEntgV die Anwendung der Maßstäbe vor, die die Einzelrichtlinien zur Festlegung der ONP-Bedingungen hinsichtlich der Kostenrechnungsgrundsätze vorsehen.[267] Langfristige Kosten haben ihr Gegenteil in kurzfristigen Kosten, wobei dieser Unterscheidung keine absolute Zeitvorstellung zu Grunde liegt. Kurzfristige Kosten sind diejenigen, die aus der Sicht des Unternehmens in der kurzen Frist variiert werden können. Die lange Frist ist dadurch gekennzeichnet, dass hier sämtliche Kosten dispositiv sind. Leistungsmengenneutrale (fixe) Kosten sind solche, die unabhängig von der Ausbringungsmenge sind. Die langfristigen Kosten der Leistungsbereitstellung enthalten auch wie die Gemeinkosten eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals. Das Kapital eines Unternehmens setzt sich üblicherweise aus Eigen- und Fremdkapital zusammen, weshalb auch zwischen Eigenkapital- und Fremdkapitalverzinsung zu unterscheiden ist. Letztere ergibt sich aus den Finanzierungsverträgen des Unternehmens, ihre Angemessenheit lässt sich durch einen Vergleich mit den marktüblichen Zinsen ermitteln. Die Eigenkapitalverzinsung hingegen ergibt sich aus der Differenz zwischen den übrigen Kosten und dem Entgelt, ins Verhältnis gesetzt zum eingesetzten Eigenkapital. Diese ist angemessen, wenn das Eigenkapital marktgerecht verzinst wird. Der Maßstab, der zur Feststellung der für die Leistungsbereitstellung notwendigen Kosten maßgeblich ist, bezieht sich auf den Umfang wie auf die Höhe der anzusetzenden Kosten. Dabei sind nur die Zusatz- und Gemeinkosten zu berücksichtigen, die für die Bereitstellung der betrachteten Leistung unverzichtbar sind.

§ 3 III TEntgV schreibt vor, dass die RegTP bei der Ermittlung der genehmigungsfähigen Entgelte zusätzlich insbesondere Preise und Kosten solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen soll, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren Märkten im Wettbewerb anbieten. Damit wird das Vergleichsmarktverfahren, das allgemeiner kartellrechtlicher Praxis

[267] Vgl. Art. 10 II RL 92/44/EWG vom 5. Juni 1992, ABl. EG, Nr. 165 vom 19. Juni 1992, S. 27: Bis zum 31. Dezember 1993 muss ein geeignetes Kostenrechnungssystem ausgearbeitet und in die Praxis umgesetzt werden. Es muss u. a. folgende Elemente enthalten: Die Kosten für die Mietleitungen umfassen vor allem die direkten Kosten, die den Telekommunikationsorganisationen durch den Aufbau, den Betrieb von Mietleitungen sowie durch die Vermarktung von und die Abrechnung bei Mietleitungen entstehen. Gemeinsame Kosten, das heißt, Kosten, die sich weder unmittelbar zu Mietleitungen noch zu anderen Aktivitäten zuordnen lassen, werden umgelegt.

folgt,[268] als Instrument zur Ermittlung der genehmigungsfähigen Entgelte der RegTP zur Verfügung gestellt. Insoweit geht es in seiner hier vorgesehenen Anwendungsweise jedoch über das im allgemeinen Wettbewerbsrecht übliche Vergleichsmarktverfahren hinaus, da hier nicht nur Preise, sondern auch die Kosten der Unternehmen zum Vergleich herangezogen werden. Auch kann im hier gemeinten Sinne nur ein räumlich verschiedener Markt herangezogen werden, da der Vergleich mit einem sachgegenständlich verschiedenen Vergleichsmarkt wenig sachgerecht ist. Nach dem Wortsinn der Vorschrift sollen nur solche Unternehmen zum Vergleich herangezogen werden, die auf einem anderen als dem betrachteten Markt tätig sind. Für den Preisvergleich ist dieses Wortverständnis tatsächlich zwingend, da die Preise der Wettbewerber auf einem Markt stark von dem des marktbeherrschenden Unternehmens abhängen. Ein Vergleich der Kosten von Mitwettbewerbern kann jedoch erwogen werden, da dabei bestimmte Rahmenbedingungen der Produktion gut vergleichbar, weil identisch, sind. Am wichtigsten sind hier Vergleiche mit Unternehmen in ausländischen Märkten, die eine ähnliche, weil ehemals monopolistische, nunmehr liberalisierte Marktstruktur aufweisen. Eine andere Möglichkeit festzustellen, ob sich die beantragten Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren, ist der Ingenieuransatz.[269] Dabei werden die Kosten der Leistungserstellung auf Grund der Untersuchung von Aufbau und Betrieb eines hypothetischen Telekommunikationsnetzes ermittelt. Im Rahmen des Ingenieuransatzes wird bei der Kostenermittlung „Bottom-up“ vorgegangen, das heißt, die Kosten der Dienste werden auf Grundlage der Kosten für die Nutzung der für die Erstellung der Leistung in Anspruch genommenen Teile des Telekommunikationsnetzes ermittelt. Beim „Bottom-up-Modell“ wird der Verteilung der Kosten die tatsächlich vorhandene Mengen- und Anlagegüterstruktur zu Grunde gelegt, demgegenüber werden mit der „Top-Down-Methode“ die Kosten auf die einzelnen Dienste verteilt.[270]

[268] Vgl. Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 3 TEntgV, Anhang § 27, Rn. 22.
[269] Vgl. Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 31.
[270] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 24, Rn. 42, 43.

Dass diese Methode nicht ausdrücklich genannt wird, mag ihrer Komplexität, dem damit verbundenen Informationsbedarf und den mit diesem im Zusammenhang stehenden Kosten geschuldet sein, nichts desto trotz setzt diese aber einen geeigneten Maßstab für die Entgeltregulierung.

Soweit die vom Unternehmen nachgewiesenen Kosten die der effizienten Leistungsbereitstellung übersteigen, gelten sie als nicht notwendig und werden wie andere neutrale Aufwendungen im Rahmen der Entgeltgenehmigung nur berücksichtigt, soweit dafür eine rechtliche Verpflichtung besteht oder das Unternehmen andere sachliche Rechtfertigungen nachweist (§ 3 IV TEntgV).

c) Price-Cap-Verfahren

Der zweite Abschnitt der TEntgV regelt die Entgeltgenehmigung im Price-Cap-Verfahren. § 4 TEntgV trifft zunächst Bestimmungen zur Bildung von Maßgrößen. In Abs. 1 ist daher vorgegeben, dass die RegTP zunächst das Ausgangsentgeltniveau der in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festzustellen hat. Das Ausgangsentgeltniveau bestimmt sich nach den zu Beginn der betrachteten Periode gültigen Entgelten, gewichtet mit den Umsätzen der Dienste im Referenzzeitraum.

Die Maßgrößen umfassen eine gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate, die zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate des regulierten Unternehmens und Nebenbedingungen, die geeignet und erforderlich sind, die Einhaltung der Anforderungen des § 24 II TKG 1996 zu gewährleisten. Die gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate ist für die Entwicklung der Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens zu berücksichtigen. Als Referenzindex soll dabei der Preisindex für die Lebenshaltung der privaten Haushalte in der Bundesrepublik gelten. Die Produktionsfortschrittsrate (§ 4 II Nr. 2 TEntgV) bezeichnet die für das Unternehmen in der Regulierungsperiode zu erwartende Veränderung der Einsatzmengen der Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital im Zeitablauf, die aufgewendet werden müssen, um eine bestimmte Ausbringungsmenge gegebener Qualität zu produzieren. Diese ist dabei „normativ“ zu interpretieren, es handelt sich also um die „geforderte“ Produktivitätsfortschrittsrate. Sie dient auch dazu, dem Unternehmen einen Anreiz zur Effizienzsteigerung zu setzen, also die

Vorgaben des Dienstleistungskorbes einzuhalten bzw. sogar zu unterschreiten. Es sollen nicht lediglich die ohnehin vorhersehbaren Produktivitätsfortschritte nachvollzogen werden.

Nebenbedingungen (§ 4 II Nr. 3 TEntgV) müssen sicherstellen, dass die Entgelte keine Auf- oder Abschläge von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung enthalten und einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen einräumen. Diese Vorschrift kann erhebliche Einschränkungen des Preissetzungsspielraumes des Unternehmens implizieren. Nebenbedingungen dieser Art sind beispielsweise die Festlegung von gesonderten Preisentwicklungsraten für Gruppen von Leistungen. Weiteren durch die Warenkorbvariante gegebenen Möglichkeiten, die Grundsätze der Preisbildung zu verletzen, kann dadurch begegnet werden, dass Preiskorridore für die zusammengefassten Leistungsarten vorgegeben werden. Im Ergebnis ist es Aufgabe der RegTP, aktuelle und potenzielle Preisstrategien des Unternehmens zu identifizieren und durch geeignete ergänzende Vorgaben mit den Vorschriften des TKG 1996 in Übereinstimmung zu bringen.

Gemäß § 4 III TEntgV ist bei der Vorgabe von Maßgrößen das Verhältnis des Ausgangsentgeltniveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu berücksichtigen. Die Differenz zwischen diesen beiden Punkten beschreibt den Produktionsfortschritt, den das Unternehmen maximal erreichen kann. Die Prognoseentscheidung der RegTP liegt nun darin, angesichts des erzielbaren Produktionsfortschritts diesen in der für den Warenkorb vorgesehenen Gültigkeitsdauer zu bestimmen. Dabei ist besonderes Augenmerk auf den tatsächlich realisierbaren Produktionsfortschritt für die jeweilige Zeitspanne zu legen. Zu berücksichtigen sind weiterhin rechtliche Verpflichtungen und sonstige vom Unternehmen nachzuweisende sachliche Rechtfertigungen.

Bei der Vorgabe von Maßgrößen sind die Produktivitätsfortschrittsraten von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit Wettbewerb zu berücksichtigen (§ 4 IV TEntgV). Der Verordnungsgeber verfolgt auch in diesem Entgeltgenehmigungsverfahren einen an das Vergleichsmarktverfahren angelehnten Ansatz.

Gemäß § 4 V TEntgV hat die RegTP neben dem Inhalt der Körbe weiterhin zu bestimmen, für welchen Zeitraum die Maßgrößen unverändert bleiben sollen, anhand welcher Referenzzeiträume der Vergangenheit die Einhaltung der Maßgrößen geprüft wird und unter welchen Voraussetzungen weitere Dienstleistungen in einen bestehenden Korb aufgenommen, Dienstleistungen aus einem Korb herausgenommen oder Preisdifferenzierungen bei bereits in einen Korb aufgenommenen Dienstleistungen durchgeführt werden können. Bei der Bestimmung der Veränderungszeiträume der Maßgrößen und Referenzzeiträume ist zu beachten, dass die Preissteigerungsrate in regelmäßigen Zeiträumen ermittelt wird, die Produktivitätsfortschrittsrate jedoch einen hohen Feststellungsaufwand erfordert, so dass diese seltener festgestellt wird. Ein zu langes Intervall führt jedoch tendenziell zu einer wachsenden Divergenz zwischen Preisen und tatsächlichen Kosten. Daher wird im Allgemeinen ein Vier-Jahres-Zeitraum als angemessen angesehen.[271] Die Korbzusammensetzung kann geändert werden, wenn sich die erwartete Wettbewerbsstärke für die im Zuge der Veränderung zusammengefassten Dienstleistungen nicht wesentlich unterscheidet. Ob eine Preisdifferenzierung zulässig ist, hängt davon ab, dass diese nicht dazu führt, dass die nunmehr unterschiedlichen Dienstleistungen solche mit wesentlich unterschiedlicher Wettbewerbsstärke sind.

Die RegTP kann zur Vorgabe der Maßgrößen gegenüber den betroffenen Unternehmen anordnen, dass diese die in § 2 II TEntgV genannten Nachweise vorlegen. Ob die RegTP diese Anordnung erlässt, steht in ihrem Ermessen. Hier sind die Unterlagen weniger bedeutungsvoll als im Einzelgenehmigungsverfahren. Die tatsächlichen Kosten sind nur mittelbar relevant, jedoch bilden sie einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

§ 5 TEntgV legt fest, dass mit einem Entgeltantrag alle Unterlagen vorzulegen sind, die es der RegTP ermöglichen, die Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen zu überprüfen. Die RegTP kann den Entgeltantrag ablehnen, wenn das Unternehmen diese Unterlagen nicht vollständig vorlegt. Sofern

[271] Vgl. Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 4 TEntgV, Anhang zu § 27, Rn. 16.

die RegTP eine Einhaltung der Maßgrößen feststellt, soll sie die Entgeltgenehmigung innerhalb von zwei Wochen ab Antragstellung erteilen.

d) Sonstige Bestimmungen

Im dritten Abschnitt der Verordnung sind die „Sonstigen Bestimmungen“ zusammengefasst. § 6 TEntgV regelt die nachträgliche Überprüfung von Entgelten nach § 30 TKG 1996. Dabei kann die RegTP anordnen, dass das betroffene Unternehmen die nach § 2 I, II TEntgV erforderlichen und sonstige sachgerechte Nachweise vorlegt. Solche Nachweise sind alle Unterlagen und Informationen, die die RegTP benötigt, um das Überprüfungsverfahren in entsprechender Weise durchführen zu können.

§ 7 TEntgV bestimmt, dass, soweit Änderungen von Entgelten beantragt werden, die Kostenbestandteile enthalten, die sowohl für Leistungsangebote im Rahmen von besonderen Netzzugängen als auch für andere Telekommunikationsdienstleistungen wesentlich sind, andere Unternehmen in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten nicht ungerechtfertigt beeinträchtigt werden dürfen. Eine solche Beeinträchtigung ist anzunehmen, wenn die Veränderung der Kostenbestandteile in der Weise berücksichtigt wird, dass sie sich ausschließlich oder überwiegend zu Lasten der Leistungsangebote im Rahmen besonderer Netzzugänge auswirkt. Daher dürfen Leistungsangebote im Rahmen von besonderen Netzzugängen nicht mit anderen Dienstleistungen in einem Korb zusammengefasst werden.

Die RegTP veröffentlicht gemäß § 8 TEntgV beabsichtigte Entscheidungen zur Zusammenfassung von Dienstleistungen und zur Vorgabe von Maßgrößen in ihrem Amtsblatt. Vor Veröffentlichung soll dem Unternehmen, an das sich die Entscheidung richtet, Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Hintergrund dieser Regelung ist, dass durch diese, der eigentlichen Entgeltgenehmigung vorgelagerte Entscheidung der RegTP das Unternehmen bereits einen Eingriff in seine Rechte aus Art. 12 I GG hinzunehmen hat. Diese Norm ist weiter dahingehend auszulegen, dass jedem betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden

muss.[272] Aus der gesamten Veröffentlichungssystematik ergibt sich, dass auch den Nutzern und Wettbewerbern die Möglichkeit einzuräumen ist, neben der Anhörung des betroffenen Unternehmens zu den beabsichtigten Entscheidungen bzw. den beantragten Entgelten Stellung zu beziehen.

Im Amtsblatt veröffentlicht werden die genehmigten Entgelte und die dazugehörigen Leistungsbeschreibungen sowie die Bestimmungen über die Leistungsentgelte (§ 9 TEntgV).[273] Dies beruht darauf, dass es zur Information der Marktteilnehmer und damit zum Schutz des Wettbewerbs erforderlich ist, eine bepreiste Dienstleistung auch inhaltlich zu beschreiben. Insoweit können nur außerordentliche Geheimhaltungsinteressen die Veröffentlichung verhindern. Solche sind gegeben, wenn durch die Offenbarung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dem Unternehmen nachhaltige oder sogar existentielle Nachteile entstehen können.[274]

6. Telekommunikations-Kundenschutzverordnung

Als „Entgeltregulierungsvorschriften“ in dieser Verordnung können die §§ 2 und 30 TKV gewertet werden. § 2 TKV (a)) regelt die Nichtdiskriminierung der Kunden, während sich § 30 TKV (b)) mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften über Leistungen beschäftigt, wenn in diesen nicht genehmigte Entgelte vereinbart werden.

a) Nichtdiskriminierung (§ 2 TKV)

Ein marktbeherrschender Anbieter von Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit hat nach § 2 TKV diese Leistungen jedermann zu gleichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen, es sei denn, dass unterschiedliche Bedingungen sachlich gerechtfertigt sind. Diese Regelung vervollständigt das Diskriminierungsverbot, welches hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Wettbewerbern bereits in § 33 TKG 1996 geregelt ist, um die Komponente des Verbots auch horizontaler Diskriminierung einzelner Kunden.[275] Die Feststellung, ob ein sachlicher Grund eingreift, ist durch die Abwägung der Interessen der Be-

[272] Vgl. ABl. RegTP 9/2003, Mitteilung Nr. 111, TEntgV § 8 II, S. 474.
[273] Vgl. ABl. RegTP 9/2003, Mitteilung Nr.113, TEntgV § 9, S. 475.
[274] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. August 2003, 20 F 9.03, CR 2003, 813 (815 f.).
[275] Begründung der BReg, in: Grote, TKV, S. 3.

teiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des TKG 1996 zu ermitteln.[276]

b) Vereinbarung von Leistungen ohne Entgeltgenehmigung (§ 30 TKV)

§ 30 TKV enthält eine Klarstellung zu § 29 II 1 TKG 1996, wonach Vereinbarungen über Entgelte nur im Rahmen erteilter Entgeltgenehmigungen wirksam, außerhalb dieses Rahmens jedoch unwirksam sind.[277] § 29 II 1 TKG 1996 erfasst nämlich nicht den Fall, dass ein genehmigtes Entgelt, das an die Stelle eines nicht genehmigten Entgeltes tritt, nicht oder noch nicht existiert.[278] Hier stellt sich das Problem der rückwirkenden Entgeltgenehmigung auch in der TKV, denn § 30 TKV knüpft an seinen Tatbestand die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des vereinbarten Entgeltes. Dies ist wegen der in diesem Fall trotzdem bestehenden Leistungsverpflichtung des Marktbeherrschers fatal, da dieser dann für seine Leistungen keine Entgelte verlangen darf.[279] Dies hat die RegTP explizit festgestellt und darauf hingewiesen, dass den Marktteilnehmern seit Inkrafttreten des TKG 1996 die gesetzlichen Anforderungen an Entgeltgenehmigungsanträge bekannt sind und sie bei nicht genehmigungsfähigen Anträgen mangels Schutzwürdigkeit ihrer Interessen bis zur Erteilung einer entsprechenden Genehmigung zur unentgeltlichen Leistungserbringung verpflichtet sind.[280]

7. Universaldienstleistungsverordnung (§ 2 TUDLV)

Für die Entgeltregulierung nach dem TKG 1996 wesentlich ist auch § 2 TUDLV, da hier die Erschwinglichkeit der Entgelte für die in § 1 TUDLV bestimmten Universaldienstleistungen definiert wird. Dabei unterscheidet der Verordnungsgeber zwischen den Leistungen im Sprachtelefondienst, nicht lizenzpflichtigen Zusatzdienstleistungen und dem Betreiben von Übertragungswegen.

§ 2 I TUDLV nimmt für die erste Form Bezug auf den realen Preis der von einem Privathaushalt außerhalb von Städten mit mehr als 100.000

[276] Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 2 TKV, Anhang § 41, Rn. 5.
[277] Begründung der BReg, in: Grote, TKV, S. 84.
[278] Kerkhoff, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 30 TKV, Anhang § 41, Rn. 2.
[279] Kerkhoff, a. a. O., Rn. 22.
[280] RegTP, Beschluss vom 5. Februar 1998, MMR 1998, 325 (326 f.); BK 4a A 1130/E 22.05.98, MMR 1998, 681(687 f.).

Einwohnern durchschnittlich nachgefragten Telefondienstleistungen bezogen auf den 31. Dezember 1997. Dies trägt zum einen den in diesen Gebieten im Vergleich zu Ballungszentren höheren Kosten Rechnung und soll zum anderen mittels der Stichtagsregelung verhindern, dass in diesen Gebieten zum Ausgleich von wettbewerbsbedingten Preisnachlässen in Ballungsgebieten die Preise immer weiter angehoben werden. Damit handelt es sich bei dieser Regelung um eine echte hoheitliche Preisbegrenzungsregelung, die sich zudem nicht an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne des § 24 I TKG 1996 orientiert.[281] Diese Abweichung von den Grundsätzen der Entgeltregulierung wurde durch § 24 I 2 TKG 1996 im Gesetz verankert.

Für nicht lizenzpflichtige Zusatzdienstleistungen wählt § 2 II TUDLV den auch von den Entgeltregulierungsvorschriften genutzten marktorientierten Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung.[282] Hinsichtlich des Betreibens von Übertragungswegen gelten gemäß § 2 III TUDLV die von der Regulierungsbehörde genehmigten Preise als erschwinglich. Der Verordnungsgeber geht hier offensichtlich davon aus, dass diese Leistung nur vom jeweils marktbeherrschenden Unternehmen angeboten wird, denn dieses unterliegt zwangsläufig der Regulierung. Eine Festlegung eines Höchstpreises wurde hier wegen der geringeren Schutzwürdigkeit der ausnahmslos gewerblichen Nachfrager einer solchen Leistung nicht für erforderlich gehalten.[283]

8. Netzzugangsverordnung (§§ 6, 9 NZV)

Die Netzzugangsverordnung regelt, in welcher Weise ein besonderer Netzzugang einschließlich der Zusammenschaltung zu ermöglichen ist (§ 35 V TKG 1996), und die erforderlichen Einzelheiten einer Zusammenschaltungsanordnung (§ 37 III TKG 1996).[284]

Für die auch bei dieser Dienstleistung erforderliche Entgeltregulierung sind insbesondere die §§ 6 und 8 NZV maßgeblich. § 6 NZV regelt die Vorlage-

[281] Schütz, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 2 TUDLV, Anhang § 17, Rn. 1.
[282] Schütz, a. a. O., Rn. 2.
[283] Schütz, a. a. O., Rn. 3.
[284] So die gesetzliche Bestimmung des Geltungsbereiches in § 1 I NZV.

pflicht und die Veröffentlichungsmodalitäten für Vereinbarungen über besondere Netzzugänge und stellt damit unter anderem eine Konkretisierung des § 35 II 3 TKG 1996 dar. Die in § 37 TKG 1996 niedergelegte Zusammenschaltungspflicht wird in § 9 NZV näher konkretisiert. Insbesondere enthält diese Norm Regelungen zur Anrufungsmöglichkeit, der Verfahrensweise, den Entscheidungsmaßstäben, der Umsetzungsfrist und der Veröffentlichung von Zusammenschaltungsanordnungen.

a) Vorlagepflicht und Veröffentlichungsmodalitäten

Die Vorlagepflicht von Netzzusammenschaltungsvereinbarungen wird in § 6 I NZV geregelt. Normadressat ist hier das Telekommunikationsunternehmen, das TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Zweck der Regelung ist die Herbeiführung von Markttransparenz, ohne die die marktbeherrschenden Unternehmen im Regelfall einen besseren Marktüberblick und damit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten haben. Eine Vorlage durch den nicht marktbeherrschenden Vertragspartner ist denkbar, insbesondere wenn dieser befürchtet, die Vereinbarung werde vom Marktbeherrscher auf Grund unzulässiger, diskriminierender Teile nicht vollständig vorgelegt.[285] Die Vorlagepflicht bezieht sich nicht nur auf Netzzusammenschaltungsvereinbarungen, sondern auf alle Vereinbarungen über besondere Netzzugänge, an denen ein marktbeherrschender Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes beteiligt ist. In der NZV ist eine Pflicht bzw. ein Recht der RegTP auf Prüfung der Einhaltung der in §§ 33 I und 35 II 1 TKG 1996 niedergelegten Grundsätze durch die ihr vorgelegten Vereinbarungen nicht ausdrücklich geregelt. Die Prüfung lässt sich jedoch auch auf § 71 TKG 1996 stützen. Stellt die RegTP bei einer vorgelegten Vereinbarung eine Rechtsverletzung fest, hat sie die in § 33 II TKG 1996 geregelten Befugnisse, kann also dem Anbieter ein Verhalten auferlegen oder untersagen und Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären.

Im Hinblick auf die Vorlagepflicht entsteht das Problem, dass in diesem Zusammenhang Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die sich in den Verein-

[285] Vgl. Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 6 NZV, Anhang zu § 39, Rn. 3.

barungen befinden, zur Kenntnis der Öffentlichkeit gelangen können. Um dies zu verhindern, kann jeder Beteiligte gemäß § 6 II NZV die Bestimmungen kennzeichnen, die nach seiner Auffassung solche Geheimnisse beinhalten. Die RegTP überprüft sodann, ob die Kennzeichnung berechtigt ist (§ 6 III 1 NZV). Wer von seinem Kennzeichnungsrecht nach § 6 II NZV Gebrauch macht, ist gleichzeitig verpflichtet, der RegTP eine Publikumsversion der Vereinbarung vorzulegen (§ 6 II 2 NZV).

Die RegTP prüft nicht generell, ob die als geheim gekennzeichneten Stellen einer Vereinbarung als solche zu werten sind, sondern tritt in die Prüfung erst ein, wenn ein Dritter Einsicht in eine solche Vereinbarung verlangt (§ 6 III 1 NZV). Da die NZV keine Maßstäbe zur Prüfung und Beurteilung der Geheimhaltungsbedürftigkeit enthält, kann auf die zu § 30 VwVfG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Die bei dieser Prüfung durchzuführende Interessenabwägung hat insbesondere die Folgen zu beachten, die den betroffenen Rechtsgütern bei Geheimhaltung bzw. Gewährung der Einsichtnahme drohen. Dabei wird das Einsichtnahmeinteresse um so eher zurücktreten, je bedeutender das Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnis für die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Unternehmens ist. Die Entscheidung der RegTP über die Geheimhaltungsbedürftigkeit der gekennzeichneten Passagen und damit die Gewährung der Einsichtnahme stellt sich als (feststellender) Verwaltungsakt dar, der der Begründungspflicht unterliegt (§ 39 I 2 VwVfG).[286]

Nach § 6 III 2 NZV ist die Beschränkung auf Einsichtnahme in die Publikumsversion vorgesehen, soweit die Vereinbarung Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthält. Allerdings enthält die NZV keine Regelung für den Fall, dass die RegTP die Kennzeichnung bestimmter Passagen der Vereinbarung als geheimhaltungsbedürftig für ungerechtfertigt hält. Diese Regelungslücke ist nach Sinn und Zweck der Regelung in der Weise zu schließen, dass einerseits den Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten und andererseits der Veröffentlichungspflicht weitestgehend entsprochen

[286] Diese Entscheidung der RegTP zeigt alle Merkmale eines Verwaltungsakts. Insbesondere handelt es sich bei jeder Vorlage um einen Einzelfall, über den auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung entschieden wird. Vgl. Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 6 NZV, Anhang § 39, Rn. 19.

wird. Daher ist dem vorlagepflichtigen Unternehmen die Gelegenheit einzuräumen, eine überarbeitete Publikumsversion vorzulegen.

§ 6 IV NZV legt fest, dass die RegTP in ihrem Amtsblatt veröffentlicht, wann und wo die Vereinbarungen von den Nutzern eingesehen werden können. Das Einsichtnahmerecht steht durch diese Wortwahl nur den Nutzern zu, die nach § 35 III TKG 1996 einen besonderen Netzzugang verlangen können.

Die Regulierungsbehörde ist nach § 6 V 1 NZV verpflichtet, schrittweise ein sog. Grundangebot zu entwickeln, um das diskriminierungsfreie Angebot von Leistungen nach § 2 NZV sicherzustellen. Als Grundangebot gelten solche Bedingungen nach § 6 I NZV, von denen zu erwarten ist, dass sie Bestandteil einer Vielzahl von Vereinbarungen zwischen den möglichen Zusammenschaltungspartnern werden. Eine Veröffentlichung eines Grundangebots ist erst möglich, wenn der Regulierungsbehörde eine gewisse Zahl von Zusammenschaltungsvereinbarungen vorgelegt worden ist, aus deren Gesamtheit diese dann ein Grundangebot entwickeln kann. Ist noch keine ausreichende Anzahl von Vereinbarungen geschlossen worden, bestünde die Gefahr einer Manipulation, sollte die RegTP daraus schon ein Grundangebot erstellen. Die Veröffentlichung des Grundangebots muss die Preislisten und Zugangsprodukte für die Zusammenschaltung enthalten.

Das soeben beschriebene Grundangebot muss jeder marktbeherrschende Netzbetreiber gemäß § 6 V 2 NZV in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen. Sichergestellt werden soll damit unter anderem, dass der Abschluss von Zusammenschaltungsvereinbarungen mit einer Vielzahl von Zusammenschaltungswilligen ohne zeitliche Verzögerung möglich ist. Weiterer Grund ist, dass wegen der Einhaltung des Diskriminierungsverbotes (vgl. § 35 TKG 1996) der marktbeherrschende Netzbetreiber ohnehin zum Abschluss nicht diskriminierender Vereinbarungen verpflichtet ist.

Bedeutsam ist weiterhin, dass, soweit es durch den Verstoß gegen die Pflicht zur Aufnahme des Grundangebots in die AGB zu einer Verzögerung beim Verhandeln und Abschließen von Verträgen über den besonderen Netzzugang einschließlich der Netzzusammenschaltung kommt, ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nach § 33 II TKG 1996 vorliegt.

Allerdings kann die RegTP nicht de lege lata verhindern, dass der Marktbeherrscher und das an einer Zusammenschaltung interessierte Unternehmen eine nach §§ 305 I 3, 305b BGB (§§ 1 II und 4 AGBG a. F.) vorrangige Individualabrede treffen und auf diese Weise einvernehmlich vom Grundangebot abweichen. Hier ergibt sich für das Abweichen vom Grundangebot durch eine Vereinbarung mit einem marktbeherrschenden Unternehmen allerdings das Gebot, die Individualabrede der RegTP vorzulegen (vgl. § 35 II 3 TKG 1996), die von dieser sodann geprüft und veröffentlicht wird. Diese Regelung ermöglicht es, statische Festschreibungen zu verhindern und gleichzeitig Weiterentwicklungen an Hand der sich ändernden Marktbedürfnisse zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang hat die RegTP entschieden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen, welches Netzzusammenschaltungen mit essentiell anderen Bedingungen als denen der Alt-Verträge abschließt, die Alt-Verträge diesen Neuerungen aber nicht anpasst, gegen das Diskriminierungsverbot des § 33 I TKG 1996 verstößt.[287]

b) Regelung der Zusammenschaltungspflicht

§ 9 I NZV stellt zunächst klar, dass jeder an der angestrebten Zusammenschaltung Beteiligte die RegTP anrufen kann. In Abs. 2 wird die Verfahrensweise für die Anrufung der RegTP festgelegt. Zunächst muss die Anrufung der Behörde schriftlich erfolgen. Das Schriftformerfordernis gilt jedoch nur für die Anrufung selbst, im Übrigen bleibt es beim Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens (§ 10 VwVfG). Das Anrufungsverfahren wird auch durch die in dieser Norm geregelte Begründungspflicht gekennzeichnet. Diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens und die damit indizierte Abweichung vom Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 I 1 VwVfG) kann insbesondere mit den im Genehmigungsverfahren sehr knapp bemessenen Entscheidungsfristen begründet werden. Eine weitere Rechtfertigung erfährt die Abweichung durch das Argument, dass die RegTP im Zusammenschaltungsverfahren eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zwischen zwei Privatpersonen entscheidet. Ein Vergleich mit dem klassischen Verwaltungsverfah-

[287] RegTP, Entscheidung vom 6. Mai 1999, BK 4c-99-008/Z25.02.99, MMR 1999, 430 ff.

ren und den in diesem zu treffenden Entscheidungen im Verhältnis Bürger und Staat – also einem Subordinationsverhältnis – ist hier nicht angebracht. Aus diesem Grund gehen die Mitwirkungspflichten der Beteiligten nur so weit, wie ihnen die Darlegungslast obliegt. Der Antragsteller muss daher nur diejenigen Tatsachen vortragen, die seinen Zusammenschaltungsanspruch nach §§ 36, 37 TKG 1996 begründen. Lassen sich tatsächliche Fragen auch nicht mit den Mitteln der RegTP klären, ist wie im Zivilprozess eine Entscheidung auf der Grundlage der jeweiligen Darlegungslast zu treffen.[288] Weiterhin kann die RegTP den Antragsteller ggf. auf seine Mitwirkungslast hinweisen und zu deren Erfüllung ihm auch unter Umständen eine Frist setzen.[289] Im einzelnen muss der Antragsteller in seiner Anrufung darstellen, dass er seiner Verhandlungspflicht gemäß § 36 TKG 1996 nachgekommen ist. Weiterhin muss wegen § 37 II TKG 1996 dargelegt werden, in welchen Punkten keine Einigung erzielt werden konnte. Die Anrufung der RegTP ist jederzeit frei widerruflich (§ 9 II 3 NZV), sowohl für den Fall, dass eine Einigung erzielt wird, als auch für den, dass der Interessierte auf diese verzichtet und die Anrufung zurück nimmt.

Entscheidungsgrundlage für die RegTP sind die Gründe der Anrufung. Dies kann damit gerechtfertigt werden, dass der Anrufende den Verfahrensgegenstand bestimmt (§ 308 ZPO) und der Amtsermittlungsgrundsatz eingeschränkt ist. Weiterhin hat die RegTP bei ihrer inhaltlichen Entscheidung die Interessen der Nutzer der betroffenen öffentlichen Kommunikationsnetze zu berücksichtigen und auch die unternehmerische Freiheit der Netzbetreiber zur Gestaltung ihrer Netze zu beachten. Im Endergebnis muss die Streitbeilegung durch einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien erfolgen. Insbesondere muss die RegTP beachten, dass das marktbeherrschende Unternehmen gemäß § 33 TKG 1996 zu einer diskriminierungsfreien Gewährung des Netzzugangs verpflichtet ist. Damit ist jede neue Zusammenschaltung mit den bereits vollzogenen zu vergleichen.

[288] Vgl. Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 9 NZV, Anhang zu § 39, Rn. 10.
[289] Piepenbrock, a. a. O., Rn. 11.

§ 9 V NZV legt als Frist für die Umsetzung der Anordnung der Zusammenschaltung einen Zeitraum von drei Monaten nach Zustellung der Entscheidung fest. Auch die Rechtsmittel[290] gegen die Anordnung haben gemäß § 80 II TKG 1996 keine aufschiebende Wirkung. Ausnahmen für Abweichungen von der Umsetzungsfrist gelten nur in Fällen, in denen die Umsetzung technisch nicht möglich ist. Dann hat der Netzbetreiber aus Gründen der Rechtsklarheit rechtzeitig vor Ablauf der Frist einen Antrag bei der RegTP zu stellen, die dann entsprechend reagiert, entweder die Anordnung aufhebt (bei dauerhafter Unmöglichkeit) oder ausnahmsweise eine Fristverlängerung gewährt.

§ 9 VI NZV legt fest, dass die Zusammenschaltungsanordnung von der RegTP in ihrem Amtsblatt veröffentlicht wird. Dies betrifft allerdings nur die Zusammenschaltungsanordnung als solche. In diesem Rahmen steht den Nutzern nach § 1 II NZV das Recht zur Einsicht in die vollständige Entscheidung zu; den Beteiligten ist es auch hier gestattet, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu kennzeichnen und diese von der Einsichtnahme durch Dritte auszuschließen.

III. Telekommunikationsgesetz 2004

Das TKG vom 25. Juli 1996 wurde am 26. Juni 2004 durch ein neu geschaffenes Telekommunikationsgesetz abgelöst.[291] Grund dafür war vor allem die sich aus den vom europäischen Gesetzgeber geschaffenen neuen Richtlinien ergebende Umsetzungsverpflichtung. Ziele des europäischen Gesetzgebers waren die Vereinfachung des Rechtsrahmens, die Intention, dem Verschmelzen von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien („Konvergenz“) Rechnung zu tragen, eine flexiblere Zuordnung der sektorspezifischen Regulierung einerseits und des Einsatzes der

[290] Aus der Wortwahl des Gesetzgebers könnte man schließen, dass der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat, da er kein Rechtsmittel, sondern lediglich ein Rechtsbehelf ist. Rechtsbehelf ist der Oberbegriff und bezeichnet jedes von der Rechtsordnung in einem Verfahren zugelassene Gesuch, mit dem eine behördliche, insbesondere gerichtliche Entscheidung angefochten werden kann. Dazu gehören auch formlose Gesuche, über die im gleichen Rechtszug entschieden wird (z. B. Einspruch, Widerspruch, Erinnerung). Rechtsmittel hingegen sind Rechtsbehelfe, die eine Überprüfung einer angefochtenen gerichtlichen Entscheidung durch ein höheres Gericht ermöglichen. Vgl. Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwörter Rechtsbehelf und Rechtsmittel. Allerdings scheint es sich bei der Verwendung des Terminus im § 80 II TKG 1996 um ein Redaktionsversehen zu handeln, da auch den Widersprüchen die aufschiebende Wirkung entzogen werden muss.

[291] § 152 II TKG 2004.

Instrumente des nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts andererseits und nicht zuletzt die Schaffung der inhaltlichen, verfahrens- und organisationsrechtlichen Voraussetzungen für eine gemeinschaftsweit stärker harmonisierte Anwendung des europäischen Rechtsrahmens.[292]

Das neue TKG besteht aus elf Teilen und umfasst 152 Paragrafen.[293] Der erste Teil enthält die Zweckbestimmung des Gesetzes (§ 1), legt die Ziele der Regulierung (§ 2) fest, normiert einen erweiterten Katalog von Begriffsbestimmungen (§ 3) und regelt eine Meldepflicht für Netzbetreiber und Diensteanbieter (§ 6), die an die Stelle der Lizenzpflicht getreten ist.

Teil 2 des neuen TKG beinhaltet die zentralen Vorschriften des die europarechtlichen Vorgaben umsetzenden Regulierungssystems. Daher werden im ersten Abschnitt, der mit „Verfahren der Marktregulierung“ überschrieben ist, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Regulierungsverfügung geregelt. Die RegTP kann danach gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (§ 9 II) nur dann regulierende Maßnahmen ergreifen, wenn sie nach der Festlegung von sachlich und räumlich relevanten Märkten, die für eine Regulierung in Betracht kommen (Marktdefinition, § 10) und auf Grund einer Marktanalyse (§ 11) feststellt, dass auf diesem Markt kein wirksamer Wettbewerb vorliegt (§ 9 I).

Ebenfalls in diesem Teil sind die Vorschriften über die – unten[294] noch näher darzustellende – Entgeltregulierung (§§ 27 bis 39) und die Zugangsregulierung (§§ 16 bis 26) angesiedelt. Diese Regulierungsinstrumente werden durch „Sonstige Verpflichtungen“ (§§ 40, 41) – so z. B. Regelungen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl – und die Missbrauchsaufsicht (§§ 42, 43) ergänzt. Im dritten Teil des neuen TKG finden sich Regelungen zum Kundenschutz (§§ 44 bis 47).

Dem Verschmelzen von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien geschuldet sind die Regelungen des vierten Teils (§§ 48 bis 51),

[292] Scherer, NJW 2004, 3001 (3001).
[293] Es ist damit um 48 Paragrafen länger als das TKG 1996.
[294] Siehe unten, Teil 3, D.

die sich mit der Förderung des Digitalisierungsprozesses im Bereich der Rundfunkübertragung beschäftigen und die Transparenz und Chancengleichheit bei der Verwendung von Zugangsberechtigungssystemen anstreben.

Die Vergabe von Frequenzen, Nummern und Wegerechten regeln die Vorschriften des Teils 5 (§§ 52 bis 77). In Anlehnung an das bisherige Recht regeln die Vorschriften des sechsten Teils (§§ 78 bis 87) den Begriff der Universaldienstleistung, die Verpflichtung zur Erbringung solcher und deren Finanzierung. Regelungen zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses, zum Datenschutz und zur öffentlichen Sicherheit sind im siebenten Teil (§§ 88 bis 115) verankert. Die Organisation, Verfahren und Befugnisse der RegTP sowie den gerichtlichen Rechtsschutz regelt der achte Teil des TKG (§§ 116 bis 141).[295] Sämtliche Gebührentatbestände werden im neunten Teil (§§ 142 bis 147) zusammengefasst. Der zehnte Teil (§§ 148, 149) enthält Bußgeldvorschriften. Übergangsregelungen wurden im elften Teil (§§ 150 ff.) in das neue TKG integriert.

[295] Durch die 2. Novellierung des Energiewirtschaftsrechts sollen zentrale Regelungen in ein eigenes REGTPG (Gesetz über die Bundesoberbehörde für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Post) eingestellt werden (vgl. Art. 2 des Entwurfs des zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, www.bmwa.bund.de/Navigation/Technologie-und-Energie/Energiepolotik/liberalisierung.html). Das REGTPG soll unter anderem Regelungen über die Organe (§ 3), öffentlich-rechtliche Amtsverhältnisse (§ 4) und den Beirat (§ 5, jetzt in § 118 TKG 2004 geregelt) der „neuen“ Bundesoberbehörde enthalten.

Teil 2: Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte

A. Die Entgeltgenehmigung als Verwaltungsakt

Zunächst ist kurz zu erörtern, ob die Entgeltgenehmigung in ihren verschiedenen Ausprägungen als Verwaltungsakt einzuordnen ist. Dazu ist zuerst darzustellen, durch welche Merkmale ein Verwaltungsakt geprägt wird (I.), und anschließend zu prüfen, ob die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG bzw. die anderen der RegTP zur Verfügung stehenden Entgeltregulierungsinstrumente diese Kriterien erfüllen und damit als Verwaltungsakte einzuordnen sind (II.). Im Einzelnen:

I. Der Verwaltungsakt

Der Begriff des Verwaltungsakts ist in § 35 Satz 1 VwVfG legal definiert. Danach ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist, ein Verwaltungsakt. Der Verwaltungsakt ist damit durch sechs Merkmale gekennzeichnet. Im Einzelnen:

1. Hoheitliche Maßnahmen

Mit den Begriffen Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um eine einseitige hoheitliche Regelung handeln muss. Hier wird die Abgrenzung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag durch das Merkmal der Einseitigkeit getroffen.[296]

2. Maßnahmen einer Behörde

Eine Maßnahme einer Behörde liegt vor, wenn diese von ihr als solche getroffen wird oder ihr zumindest zuzurechnen ist. Die Behörde muss die Maßnahme ausdrücklich oder konkludent auf die ihr tatsächlich oder nach ihrer Auffassung dafür zukommenden hoheitlichen Befugnisse stützen. Eine Behörde wird als jede Stelle definiert, die Aufgaben der öffentlichen

[296] Vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 11 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35, Rn. 25 ff.

Verwaltung unter Einsatz obrigkeitlicher Gewalt erfüllt (vgl. § 1 IV VwVfG). Durch dieses Merkmal soll Behördenhandeln vom Handeln Privater und der Gesetzgebung, der Regierung sowie der Rechtsprechung abgegrenzt werden.[297]

3. Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Ein Verwaltungsakt setzt immer ein Handeln auf Grund einer wirklichen oder vermeintlichen öffentlich-rechtlichen Befugnis voraus und erfolgt damit in deren Vollzug. Damit wird die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht aktuell. Keine Verwaltungsakte sind somit alle privatrechtlichen Rechtsakte. Nicht als Verwaltungsakt sind auch alle Handlungen, die zwar eine Behörde, aber im Rahmen ihrer privatrechtlichen Tätigkeit vornimmt, einzuordnen. Diese sogenannten fiskalischen Hilfsgeschäfte sind wiederum von Tätigkeiten der Behörde im privatrechtlichen Bereich, mit denen sie zugleich oder auch primär unmittelbar öffentliche Ziele verfolgen, abzugrenzen. Für die Einordnung behördlichen Handelns in diese zwei Kategorien wird eine „Zweistufentheorie“ verwendet.[298] Nach dieser kann das Ob einer Regelung (Zulassung, Gewährung) Verwaltungsakt und damit dem öffentlich-rechtlichen Bereich zugeordnet werden, das Wie der Abwicklung auf der zweiten Stufe hingegen privatrechtlich ausgestaltet sein.

Unter diesem Merkmal werden auch Maßnahmen verfassungsrechtlicher Art ausgeschieden. Damit sind Maßnahmen gemeint, die ein Verfassungsorgan als solches auf Grund der Verfassung im Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen oder obersten Staatsorganen als solchen vornimmt oder die aus anderen Gründen ausschließlich dem Verfassungsrecht zuzuordnen, nicht aber als Verwaltungsakte zu qualifizieren sind.[299]

4. Regelung

Wesentlich für den Verwaltungsakt ist ferner, dass dieser nach seinem objektiven Sinngehalt auf eine unmittelbare, für den Betroffenen rechtsverbindliche Regelung von Rechten und Pflichten oder eines Rechtsstatus ge-

[297] Vgl. Maurer, a. a. O., Rn. 22 ff. ; Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 27 ff.
[298] Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 41.
[299] Vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 11 ff.; Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 32 ff.

richtet sein muss. Regelung ist dabei eine rechtsverbindliche Anordnung oder Willenserklärung. Lediglich mittelbare rechtliche Auswirkungen eines Handelns auf geschützte Rechtspositionen genügen nicht zur Bejahung einer Regelung. Keine Regelungen sind mangels unmittelbarer Verbindlichkeit Mitteilungen, Gutachten, Warnungen oder Empfehlungen einer Behörde. Regelungsqualität haben dagegen feststellende Verwaltungsakte[300], durch die ein Rechtsverhältnis oder einzelne sich daraus ergebende Rechte oder Pflichten für den Bürger verbindlich und in einer der Rechtsbeständigkeit fähigen Weise festgestellt werden. Ohne Regelungsgehalt sind mangels unmittelbarer Rechtserheblichkeit bloße Wiederholungen eines bereits ergangenen Verwaltungsakts. Verwaltungsakt-Qualität hat hingegen eine neue Sachentscheidung, die, auch wenn sie im gleichen Sinn ergeht wie eine frühere, neue Rechtsbehelfsfristen in Lauf setzt.[301]

5. Regelung eines Einzelfalles

Der Verwaltungsakt unterscheidet sich von einer Rechtsnorm dadurch, dass er einen Einzelfall oder mehrere konkrete Einzelfälle regelt, während Rechtsnormen abstrakte Regelungen für eine Vielzahl von Fällen sind, bei denen im Zeitpunkt des Erlasses noch nicht abschließend bestimmbar ist, welche Personen künftig davon erfasst werden. Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz bilden die in § 35 Satz 2 VwVfG geregelten Allgemeinverfügungen, die als Verwaltungsakt konkret-generellen – im Gegensatz zu „normalen“ Verwaltungsakten, die konkret-individuellen – Charakter haben. Jedenfalls diejenigen Rechtsnormen, die als abstrakt-generell bezeichnet werden können, lassen sich von Verwaltungsakten eindeutig abgrenzen.[302]

6. Außenwirkung

Verwaltungsakte sind schließlich nur solche Regelungen, die – über den verwaltungsinternen Bereich hinaus – Pflichten oder Rechte für den Bürger

[300] Vgl. unten, Teil 2, B., I., 3.
[301] Vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 6 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35, Rn. 47 ff.
[302] Vgl. Maurer, a. a. O., Rn. 14 ff.; Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 68 ff.

oder sonstige außerhalb der Verwaltung stehende Rechtspersonen begründen. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, dass der Verwaltungsakt auf Außenwirkung **gerichtet** sein muss. Das ist nur dann der Fall, wenn die Regelung ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu **bestimmt** ist, Außenwirkung hervorzubringen, wenn sie also nicht nur tatsächlich Wirkungen im Außenbereich entfaltet, sondern auch rechtlich entfalten **soll**. Damit scheidet dieses Merkmal innerdienstliche Weisungen und auch Zustimmungen anderer Behörden oder anderer Verwaltungsträger (bei sog. mehrstufigen Verwaltungsakten) mangels Außenwirkung aus der Kategorie der Verwaltungsakte aus.[303]

II. Die Qualifizierung der Entgeltregulierungsinstrumente als Verwaltungsakte

Die ex-ante-Entgeltgenehmigung ist eindeutig als Verwaltungsakt einzuordnen (1.), weshalb dieser Abschnitt recht kurz gehalten werden kann. Weiterhin können die in § 23 und § 30 TKG 1996 enthaltenen Regulierungsinstrumente als Verwaltungsakte eingeordnet werden (2.). Schlussendlich wird zu überprüfen sein, ob auch das Grundangebot nach § 6 V NZV als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist (3.). Im Einzelnen:

1. Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996

Man könnte einwenden, die Einordnung der Vorab-Entgeltgenehmigung als Verwaltungsakt sei schon nach dem Wortlaut ihrer Bezeichnung so eindeutig, dass eine weitere Prüfung überflüssig ist. Jedoch bildet diese Maßnahme für jede weitere Schlussfolgerung hinsichtlich der Qualität der Entgeltgenehmigung die Grundlage und zeigt bereits einige ihrer Besonderheiten auf. Ein spezielles Eingehen auf die Entgeltgenehmigung bei Anordnung einer Zusammenschaltung gemäß § 39 Alt. 2 TKG 1996 ist hier nicht erforderlich, da sich die Diskussion, ob diese im Rahmen der Zusammenschaltungsanordnung oder in einem gesonderten Entgeltgenehmigungsverfahren zu erteilen ist,[304] nicht auf ihre Eigenschaft als Verwaltungsakt auswirkt. Im Einzelnen:

---

[303] Vgl. Maurer, a. a. O., Rn. 26 ff.; Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 73 ff.
[304] Dazu bereits oben, Teil 1, B., II., 4., e), ee).

a) Die Entgeltgenehmigung als hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Die Entgeltgenehmigung ist zunächst als einseitige Regelung zu qualifizieren. Zwar wirkt die Genehmigung eines Entgeltes untechnisch betrachtet immer auf eine Beziehung zwischen mindestens zwei Personen (eine, die die Leistung erbringt, und eine, die dafür das Entgelt entrichtet) ein, mit „einseitig“ ist hier aber angesprochen, dass diese Maßnahme sich als nur von der Verwaltung bestimmt und nicht auch vom Adressaten beeinflussbar darstellt.

Die Regulierungsmaßnahmen werden von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post getroffen. Auch hier spricht schon die Namensgebung (§ 66 TKG 1996) für die Erfüllung der betreffenden Voraussetzung. Auch nach der Definition des § 1 IV VwVfG ist die RegTP als Behörde in diesem Sinne einzuordnen: Die Errichtung, der Sitz, die Organisation, die Aufgaben und Befugnisse sowie das Verfahren und andere Fragen, die im Zusammenhang mit der Regulierungsbehörde stehen, wurden im zehnten Teil des Telekommunikationsgesetzes geregelt. Nach § 66 I TKG 1996 ist die RegTP eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit. Bei ihrer Aufgabenwahrnehmung ist sie weitgehend selbstständig, ihre Entscheidungen können im Verwaltungsrechtsweg gerichtlich überprüft werden.[305]

Die Genehmigung eines Entgeltes im Verfahren der ex-ante-Regulierung stellt sich als Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts dar. Auch wenn diese Genehmigung nicht unerheblichen Einfluss auf die privaten Rechtsverhältnisse des Antragstellers der Genehmigung und dessen Geschäftspartner bzw. den Endkunden hat, handelt die RegTP auf Grund und zum Vollzug der ihr durch das Telekommunikationsgesetz verliehenen Befugnisse, die sich – da sie die Beziehung des Staates zu einem Privatrechtssubjekt (Telekommunikationsunternehmen) regeln – als öffentlich-rechtlich darstellen.

[305] Geppert/Roßnagel, Einführung, S. XVII f.

b) Die Entgeltgenehmigung als Regelung eines Einzelfalles mit Außenwirkung

Als weitere Voraussetzung für die Qualifizierung als Verwaltungsakt muss die Entgeltgenehmigung die Regelung von Rechten und Pflichten, also eine rechtsverbindliche Anordnung (Willenserklärung) beinhalten. Mit der Genehmigung, die die beantragten Entgelte ganz oder in Teilen billigt oder auch das Verlangen dieser Entgelte in der beantragten Form ganz versagt, wird für den Betroffenen – hier den Antragsteller (§ 13 I Nr. 1 VwVfG) – rechtsverbindlich die Pflicht festgelegt, keine anderen als die genehmigten Entgelte zu verlangen. Bei einer Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 handelt es sich somit um eine Regelung im Sinne des § 35 VwVfG.

Die Entgeltgenehmigung ist weiterhin nur dann als Verwaltungsakt einzuordnen, wenn sie als Regelung eines Einzelfalles bezeichnet werden kann. Wie bereits oben dargestellt,[306] soll damit eine Abgrenzung zu abstrakt-generellen Rechtsetzungsakten, die eine unbestimmte Vielzahl von Fällen und Personen treffen, möglich werden. Aus diesem Gegenüber ergibt sich, dass ein Verwaltungsakt sich an eine bestimmte Person oder einen bestimmbaren Personenkreis richtet und einen konkreten Sachverhalt regelt, aber auch Regelungen mit konkret-generellem Charakter als Verwaltungsakte eingeordnet werden können.[307] Eine Entgeltgenehmigung richtet sich regelmäßig und im Normalfall an das Unternehmen, das durch seinen Genehmigungsantrag das Verfahren eingeleitet hat und eine Genehmigung für ein Leistungsentgelt begehrt. Problematisch bei dieser Einordnung scheint nur, dass diese Entgelte nicht nur für einen konkreten Einzelfall genehmigt werden, die Unternehmen vielmehr in einer Vielzahl von Fällen das genehmigte Entgelt von einer Vielzahl von Endkunden oder Mitbewerbern verlangen werden, und im häufigeren Price-Cap-Genehmigungsverfahren (§ 27 I Nr. 2 TKG 1996) kein einzelnes Entgelt, sondern eine – in einem Warenkorb zusammengefasste – Mehrzahl von Preisen zur Genehmigung gelangt.

[306] Siehe oben, Teil 2, A., I., 5.
[307] Vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 15 ff.

Das erste Problem besteht nur scheinbar, da zwar die Regelung eine gewisse Dauerwirkung entfaltet, aber den Adressaten eine ganz konkrete Handlungspflicht auferlegt. Im Übrigen werden nach der bisherigen Regulierungspraxis der RegTP für Zusammenschaltungsentgelte nur Einzelgenehmigungen für einen ganz bestimmten Vertrag zwischen dem Marktbeherrscher und dem Wettbewerber erteilt,[308] weshalb sich in diesen Verfahren das Problem überhaupt nicht stellt.

Auch eine Price-Cap-Genehmigung ist problemlos als Einzelfallregelung einzuordnen. Die meisten der Verwaltungsakte, so zum Beispiel auch eine Baugenehmigung nach § 72 SächsBO 2004 (§ 70 SächsBO a. F.), enthalten in der Regel mehrere Einzelregelungen und werden gleichwohl als einheitliche Verwaltungsakte betrachtet.[309] So stellt sich auch die Genehmigung eines Warenkorbes als einheitlicher Regelungsakt dar, da dieser auch nur als Einheit genehmigt werden würde und gerade die Zusammenfassung mehrerer Leistungen und deren Preise zur Genehmigung gelangen soll.

Die Entgeltgenehmigung hat für das die Genehmigung beantragende Unternehmen im Verhältnis zur RegTP als Verwaltungsträger Außenwirkung. Die Genehmigung ist auch nach ihrem Sinngehalt dazu bestimmt, Außenwirkung zu entfalten, da sie insbesondere für den Adressaten, hier den (Marktbeherrscher und) Anbieter einer Telekommunikationsdienstleistung Rechte und Pflichten gegenüber der Behörde, aber auch gegenüber Dritten, insbesondere seinen Vertragspartnern begründet.

2. Die weiteren Entgeltregulierungsinstrumente und ihre Einordnung als Verwaltungsakte

Da für die vorliegende Arbeit primär die Entgeltgenehmigung interessiert, soll die Klassifizierung der Untersagungsanordnung und der Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 TKG 1996 sowie des Widerspruchs nach § 23 TKG 1996 nur kurz vorgenommen werden. In Bezug auf die Merkmale

[308] Sog. Einzelvertragsbezug, vgl. z. B. BK 4 v. 26.06.1998, K&R 1998, 144 (149) und BK 4e-99-056/E 10.11.99 v. 22.12.2000, 8 n. v.
[309] Vgl. auch die Genehmigung nach § 4 I 1 BImSchG sowie die Genehmigung für Vermittlungsgeschäfte nach § 50 I 1 KrW-/AbfG.

„hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ ist dem schon zuvor zur Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 Gesagten[310] nichts hinzuzufügen. Auch diese entgeltregulierenden Verwaltungsakte stellen eine Regelung im Sinne des § 35 VwVfG dar.

Die Regelungsqualität kann diesen Maßnahmen der RegTP nicht abgesprochen werden. Die Untersagungsanordnung verpflichtet den Adressaten regelmäßig dazu, das beanstandete Verhalten zu unterlassen, also die betroffenen Entgelte oder entgeltrelevanten Bestandteile nicht mehr zu verlangen bzw. nicht mehr zu verwenden, die Unwirksamkeitserklärung führt zur Nichtigkeit entgegen der Untersagungsanordnung verwendeter Entgeltregelungen.

§ 23 II 3 TKG 1996 bestimmt, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam werden, wenn die RegTP ihr Widerspruchsrecht ausübt. Auch mit dieser Maßnahme ist damit eine rechtsverbindliche Regelung von Verpflichtungen verbunden, nämlich die unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht den abzuschließenden Verträgen zu Grunde zu legen.

Auch betreffen diese Maßnahmen regelmäßig einen Einzelfall, da sie jeweils ein bestimmtes Verhalten des Unternehmens, ein bestimmtes Entgelt oder entgeltrelevanten Bestandteil oder eine bestimmte Zusammenstellung von bestimmten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Bezug nehmen. Dass die Maßnahmen dann im Zweifelsfall die Beziehungen des regulierten Unternehmens zu einer Vielzahl von Geschäftspartnern betreffen, kann bei der Einordnung der Maßnahmen außer Betracht bleiben. Auch das Merkmal der Außenwirkung lässt sich bei den vorliegenden Maßnahmen unproblematisch bejahen. Die RegTP bezweckt mit diesen Maßnahmen gerade, ein Unternehmen, das nicht dem Bereich der Verwaltung zuzuordnen ist, zu beeinflussen.

Damit stellen sich auch diese Regulierungsinstrumente des TKG 1996 als entgeltregulierende Verwaltungsakte dar.[311]

---

[310] Siehe oben, Teil 2, A., II., 1., a).
[311] So auch Stamm, Entgeltregulierung, S. 313 f.

3. Grundangebot bzw. AGB-Pflicht

Die in § 6 V NZV geregelte Verpflichtung der marktbeherrschenden Unternehmen zur Übernahme des Grundangebots in ihre Zusammenschaltungs-AGB soll hier bei der Regulierung der Entgelte ebenfalls erwähnt werden. Zwar hat die RegTP bisher nur Entgelte bestimmter Zusammenschaltungsleistungen zum Grundangebot erklärt, allerdings ist die durch das Entgelt definierte Leistung, da die Leistung mit dem dazu gehörigen Entgelt korrespondiert, ebenfalls Gegenstand des Grundangebots.[312] Das Grundangebot, das nach den Erwägungsgründen der Diensterichtlinie 90/388/EWG[313] Preislisten und Zugangspunkte für die Zusammenschaltung enthalten sollte, stellt sich im Zusammenspiel mit der Pflicht zur Übernahme in die AGB des Unternehmens als eine Regulierung des für die Zusammenschaltung zu verlangenden Entgeltes dar. Dies zumindest dann, wenn der Begriff der Regulierung als staatliche Beeinflussung der Preisbildung verstanden wird.[314] Die gesetzliche Regelung hat zur Folge, dass durch die Festlegung der Preislisten und deren Übernahme in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Unternehmen eine Preisbindung bei Abschluss weiterer Zusammenschaltungsvereinbarungen gegeben ist.

Allerdings können die auf dieser Rechtsverordnung[315] des Bundes beruhenden Maßnahmen keine Einordnung als Verwaltungsakt erfahren. Zwar handelt es sich bei diesen Hoheitsakten ebenfalls um Maßnahmen einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, die eine Regelung mit Außenwirkung zum Inhalt haben. Im Unterschied zum Verwaltungsakt findet durch die in einer Rechtsverordnung enthaltenen Maßnahmen jedoch keine Regelung eines Einzelfalles statt. Durch die in § 6 V NZV enthaltene Regelung wird hingegen für eine nicht absehbare Vielzahl von Fällen die Verpflichtung zur Übernahme des Grundangebots und damit für eine größere Anzahl von Zusammenschaltungsvereinbarungen die Vereinbarung des Grundangebots festgelegt. Bei dieser Regelung handelt es sich somit

---

[312] Vgl. dazu Piepenbrock, in: Beck´scher TKG-Kommentar, Anh § 39 § 6 NZV, Rn. 30; so jetzt auch BVerwG, Urteil vom 16. Juli 2003, 6 C 19.02, CR 2004, 29 (31), das dieses Ergebnis mit Verweis auf § 5 II NZV i. V. m. Buchst. j. der Anlage dieser Bestimmung begründet.
[313] In der Fassung des ABl. EG Nr. L 74 vom 22. März 1996, S. 13.
[314] Vgl. bereits oben, Teil 1, B., II., 2., a).
[315] Vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 4, Rn. 10.

zwar um einen Akt der Exekutive, nicht jedoch um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG.

B. Die Kategorien des Verwaltungsakts

Wie unter A. des zweiten Teils dieser Arbeit kurz dargestellt, handelt es sich bei allen im TKG 1996 geregelten Entgeltgenehmigungen um Verwaltungsakte, mit Ausnahme der Verpflichtung zur Übernahme des Grundangebots in die AGB gemäß § 6 NZV. Da sich diese Arbeit mit den Wirkungen der Entgeltgenehmigung und insbesondere der Möglichkeit einer Rückwirkung beschäftigt, ist die nähere Untersuchung dieser Handlungsform angezeigt. Daher soll zuerst auf die verschiedenen allgemeinen Kategorien des Verwaltungsakts eingegangen werden (I.). Anschließend werden die Entgeltgenehmigungen in die Untergruppen der Verwaltungsakte eingeordnet werden (II.). Die Entgeltgenehmigungen und andere Verwaltungsakte werden sodann als Regulierungsinstrumente des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu dem auch das Telekommunikationsrecht gehört, betrachtet werden (III.). Im Einzelnen:

I. Allgemeine Unterteilungen der Verwaltungsakte

Verwaltungsakte werden auf die unterschiedlichsten Weisen kategorisiert und nach verschiedenen Gesichtspunkten eingeteilt. Üblich ist zunächst die Unterscheidung der Verwaltungsakte nach ihrer Stellung im System der „Genehmigungen“. Es wird daher unterschieden, in welcher Weise durch einen Verwaltungsakt ein gesetzliches Verbot aufgehoben oder eine bestimmte Betätigung oder ein bestimmtes Vorhaben gestattet wird (1.). Unabhängig von dieser Unterteilung können Verwaltungsakte auch nach ihrer Rechtswirkung für den betroffenen Bürger in begünstigende und belastende Verwaltungsakte unterteilt werden (2.). Eine weitere Gliederungsmöglichkeit knüpft an den Inhalt der jeweiligen Regelung an, weshalb dann zwischen feststellenden (3.), befehlenden (4.) und gestaltenden (5.) Verwaltungsakten unterschieden wird. Im Einzelnen:

1. Kontrollerlaubnis und Ausnahmebewilligung

Zum einen kann der Gesetzgeber bestimmte Betätigungen verbieten, damit die Verwaltung, das heißt, die zuständige Genehmigungsbehörde, vorweg überprüfen kann, ob der Einzelfall gegen bestimmte materiell-rechtliche Rechtsvorschriften verstößt, er stellt damit das Verbot von vornherein unter

den Vorbehalt der Erlaubniserteilung (sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder Kontrollerlaubnis). Zum anderen kann er generell ein bestimmtes Verhalten als sozial schädlich oder unerwünscht untersagen, aber in besonders gelagerten Ausnahmefällen die Erteilung einer Befreiung von diesem Verbot gestatten (sog. repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt oder Ausnahmebewilligung).[316] Im Einzelnen:

a) Inhalt der Kontrollerlaubnis und Beispiele

Bei näherer Untersuchung kann man feststellen, dass sich eine Kontrollerlaubnis formell als begünstigender rechtsgestaltender Verwaltungsakt darstellt, bei materieller Betrachtung aber lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit des Bürgers – die ihm verfassungsrechtlich ohnehin zusteht (Art. 2 I GG) – wieder herstellt. Ähnliches gilt für die Versagung der Kontrollerlaubnis, die formell als Ablehnung eines beantragten begünstigenden Verwaltungsakts, materiell jedoch als Eingriff in Freiheit und Eigentum gewertet werden muss, da aus dem vorläufigen ein endgültiges Verbot erwächst.[317]

Als typisches Beispiel für eine Kontrollerlaubnis wird oft die Baugenehmigung nach den jeweiligen Bauordnungen der Länder angeführt.[318] Im Interesse der Nachbarn und der Allgemeinheit wird die grundsätzlich gemäß Art. 2 I, 14 I GG bestehende „Baufreiheit“ vielseitigen Beschränkungen unterworfen. Diese werden durch den Gesetzgeber festgelegt und deren Einhaltung durch die Baubehörden im vor der Errichtung des Bauwerks durchzuführenden Baugenehmigungsverfahren überprüft. Durch die Baugenehmigung wird die Vereinbarkeit des Bauwerks mit dem geltenden Recht festgestellt (feststellender Teil der Baugenehmigung).[319] Außerdem beseitigt die Baugenehmigung das zunächst bestehende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und wirkt damit rechtsgestaltend.[320] Dies wird als verfügender Teil der Baugenehmigung bezeichnet. Zweck des zunächst generell bestehenden Bauverbotes ist die Gewährleistung der Durchführung des

[316] Vgl. zum Ganzen: Maurer, a. a. O., § 9, Rn. 51 ff.
[317] Vgl. Maurer, a. a. O., Rn. 52.
[318] So auch Maurer, a. a. O., Rn. 51.
[319] Oldiges, in: Steiner (Hrsg.), IV., Rn. 334.
[320] Zu rechtsgestaltenden Verwaltungsakten vgl. unten, 5.

Genehmigungsverfahrens. Gleiches gilt für die Gewerbeerlaubnis[321] und die Anlagengenehmigung gemäß § 4 BImSchG.

b) Inhalt der Ausnahmebewilligung und Beispiele

Mit Hilfe der Ausnahmebewilligung[322] sollen Härten und Schwierigkeiten, die aus der abstrakt-generellen Regelung des Verbotes resultieren und eigentlich für den konkreten Fall nicht intendiert sind, beseitigt werden. Während die Kontrollerlaubnis die allgemeine Handlungsfreiheit, die zwecks Vornahme einer Präventivkontrolle eingeschränkt war, wiederherstellt, erweitert die Ausnahmebewilligung den Rechtskreis des Bürgers, indem eine Betätigung, die an sich gesetzlich verboten ist, in besonderen Ausnahmefällen für zulässig erklärt wird. Die Ausnahmegenehmigung stellt sich somit formell wie auch materiell als begünstigender Verwaltungsakt dar.[323] Aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel kann unter bestimmten Voraussetzungen die Erteilung einer Ausnahmebewilligung geboten sein. Dies ist dann der Fall, wenn das gesetzliche Gebot zwar insgesamt zulässig ist, aber bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit[324] im Einzelfall gesetzliche Ausnahmen vorsehen muss.[325]

Als Beispiel für ein Verbot mit Ausnahmebewilligung lässt sich die Möglichkeit der Erteilung einer „Befreiung“ nach § 31 II BauGB nennen. Dabei wird von den Festsetzungen eines Bebauungsplans befreit, wenn dies aus Gründen des Allgemeinwohls erforderlich (§ 31 II Nr. 1 BauGB), die Abweichung städtebaulich vertretbar ist (§ 31 II Nr. 2 BauGB) oder die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde (§ 31 II Nr. 3 BauGB). Bei der Erteilung der Befreiung dürfen jedoch die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und die gestatteten Abweichungen müssen auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar sein. Mit der „Befreiung“ wird der Baugenehmigungsbehörde eine vom Gesetzgeber selbst geregelte Ermächtigung an die Hand gegeben, aus den normierten Gründen von den

[321] Dazu vgl. unten, Teil 2, B., III., 3., a).
[322] Auch als Dispens oder Befreiung bezeichnet.
[323] Dazu unten, Teil 2, B., I., 2.
[324] Vgl. Teil 2, C., I., 4., f).
[325] Vgl. dazu Schwabe, JuS 1973, 133 ff.

Planvorstellungen der Gemeinde abzuweichen.[326] Bei der regelmäßig in einem von der Baugenehmigung gesonderten Bescheid zu erteilenden Befreiung[327] handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, womit dem Antragsteller kein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Genehmigung erwächst[328].

2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte

Diese Unterteilung der Verwaltungsakte geht von der Rechtswirkung des Verwaltungsakts auf die von ihm betroffenen Personen aus.[329] Damit knüpft sie an die auch noch später zu untersuchenden Wirkungen des Verwaltungsakts[330] an. Nach der Legaldefinition des § 48 I 2 VwVfG ist ein Verwaltungsakt dann begünstigend, wenn er „ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt“. Als Bestätigung ist auch die rechtsverbindliche Feststellung durch einen Verwaltungsakt anzusehen.[331] Dieser Kategorie ist ferner ein Verwaltungsakt, der eine Belastung aufhebt oder mindert, zuzuordnen.[332] Beispielsweise seien hier die Bewilligung von staatlichen Leistungen, die Immatrikulation oder die Ernennung zum Beamten genannt. Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung[333] lässt sich grundsätzlich ebenfalls als begünstigender Verwaltungsakt einordnen.

Nicht begünstigend, sondern belastend ist der Verwaltungsakt, der Pflichten begründet, Gebote und Verbote auferlegt, Rechte entzieht oder aufhebt oder zum Nachteil der Betroffenen verändert oder einschränkt, Verpflichtungen konkretisiert oder sonstige rechtliche Nachteile begründet oder bestätigt.[334] Als Beispiele für diese Art von Verwaltungsakten können alle Gebote und Verbote, so auch im Gegensatz zu oben die Exmatrikulation oder die Entlassung als Beamter genannt werden. Als belastend im materiellen

[326] Oldiges, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, IV., B., Rn. 182
[327] Oldiges, a. a. O., Rn. 184
[328] Oldiges, a. a. O., Rn. 185
[329] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 47.
[330] Vgl. unten, Teil 2, C., I.
[331] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48, Rn. 61.
[332] OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 675.
[333] Vgl. oben, Teil 2, B., I., 1., b).
[334] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48, Rn 62.

Sinne ist auch die Versagung der Erteilung einer Kontrollerlaubnis einzuordnen.[335]

Teilweise können Verwaltungsakte für den Betroffenen gleichzeitig begünstigende und belastende Regelungen enthalten, sie werden als Verwaltungsakte mit Doppelwirkung bezeichnet.[336] Da begünstigende und belastende Verwaltungsakte hinsichtlich ihrer nachträglichen Aufhebung (Rücknahme[337] bzw. Widerruf[338]) unterschiedlichen Regelungen unterfallen, ist es notwendig, sie jeweils eindeutig einer der beiden Kategorien zuzuordnen. Insgesamt werden sie grundsätzlich als begünstigend eingeordnet, wenn nicht die Aufhebung des Verwaltungsakts ausschließlich die Vorteile oder die Nachteile betrifft[339] oder wenn der Begünstigte ausschließlich an der Beseitigung der Belastung interessiert und dafür bereit ist, die sich aus der Aufhebung des Verwaltungsakts für ihn ergebenden Nachteile in Kauf zu nehmen[340]. Grundsätzlich jeder Verwaltungsakt, der eine beantragte Leistung nicht in diesem Umfang, sondern in geringerer Höhe bewilligt, stellt sich als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung dar.

Verwaltungsakte mit Drittwirkung sind solche, die nicht nur für den Adressaten, sondern auch für Dritte rechtliche Auswirkungen haben. Besonders hervorzuheben sind hier begünstigende Verwaltungsakte mit belastender Drittwirkung. Als Standardbeispiel wird häufig die Baugenehmigung, die den Nachbarn in seinen Rechten beeinträchtigt, angeführt.[341]

3. Feststellende Verwaltungsakte

Mit einem feststellenden Verwaltungsakt wird ein Recht oder eine rechtlich erhebliche Eigenschaft einer Person festgestellt. Er besagt nur, was de lege lata an sich schon gilt. Trotzdem erfüllt diese Maßnahme die Merkmale des Verwaltungsakts, da sie die Rechtslage verbindlich feststellt und damit Regelungswirkung hat.[342]

---

[335] Vgl. dazu oben, Teil 2, B., I., 1.
[336] Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 34 II 3.
[337] § 48 VwVfG.
[338] § 49 VwVfG.
[339] VGH München, VRspr 13 (1962), 529 (530).
[340] BVerwGE 81, 149 ff.
[341] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 50.
[342] Maurer, a. a. O., Rn. 46.

Standardbeispiel für einen solchen Verwaltungsakt ist die durch ihn getroffene Feststellung eines gesetzlich vorgesehenen Geldleistungsanspruchs (z. B. Beihilfe) des Bürgers gegenüber dem Staat durch Bescheid. Damit wird der Verwaltungsakt zum Rechtsgrund für die Leistung; ihm wird eine gewisse konstitutive Wirkung zuteil, die sich noch verstärkt, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidung einen Ermessensspielraum hat. Im Unterschied zum rechtsgestaltenden Verwaltungsakt zielt er aber nicht auf die Änderung, sondern eben nur auf die Feststellung der materiellen Rechtslage ab.[343] Als weitere Beispiele können die Feststellung der Staatsbürgerschaft, des Wahlrechts und des Besoldungsdienstalters oder die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer[344] aufgeführt werden.

Bei der Beurteilung, ob es sich bei der Feststellung der Behörde um eine einfache oder eine rechtsverbindliche Maßnahme, also einen Verwaltungsakt handelt, sind der Wortlaut der Regelung und der Zusammenhang, in dem sie erfolgt, maßgeblich.[345] Ist eine Feststellung in einem Gesetz ausdrücklich vorgesehen oder erfolgt sie in einem besonderen Verfahren, liegt ein Indiz für die regelnde Wirkung der Feststellung vor.[346]

4. Befehlende Verwaltungsakte

Befehlende Verwaltungsakte[347] enthalten Gebote oder Verbote, sie verpflichten zu einem bestimmten Verhalten.[348] Die Unterscheidung der Verwaltungsakte in befehlende, feststellende und gestaltende Verwaltungsakte knüpft an ihren Regelungsinhalt an. Auch wenn Verwaltungsakte nach dieser Unterscheidung in verschiedene Kategorien einzuordnen wären, können sie jedoch alle – außer befehlenden Verwaltungsakten, die nur als belastende denkbar sind – belastend oder begünstigend sein.

So sind alle Polizeiverfügungen und Verkehrszeichen eines Polizisten gemäß § 36 StVO, ebenso wie das Versammlungsverbot gemäß § 15 I VersG

---

[343] Maurer, ebd.
[344] Vgl. BVerwGE 65, 287 (288); BVerwGE 69, 90 (91).
[345] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35, Rn. 51.
[346] Kopp/Ramsauer, ebd.; BVerwGE 34, 353 ff.
[347] Der Begriff „befehlende Verwaltungsakte“ wird auch verwendet von: Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 113; Wolff, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 32; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, Rn. 4 benutzen den Terminus Verfügung, der als gestaltender Verwaltungsakt i. w. S., welcher ein Gebot oder Verbot ausdrückt, erklärt wird.
[348] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 44.

und die Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO[349] als befehlende Verwaltungsakte zu qualifizieren.

5. Gestaltende, insbesondere privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte

a) Allgemeines

Die rechtsgestaltenden Verwaltungsakte begründen, verändern oder beseitigen ein konkretes Rechtsverhältnis.[350] Als „Verfügungen“ werden diejenigen gestaltenden Verwaltungsakte im weiteren Sinn bezeichnet, die ein Gebot oder Verbot ausdrücken. Wird ihnen nicht Folge geleistet, so können sie im Verwaltungsvollstreckungsverfahren durchgesetzt werden. Im Unterschied zu jenen beschränken sich die gestaltenden Verwaltungsakte im engeren Sinn auf die Begründung, Beendigung oder Veränderung eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsverhältnisses, ohne damit ein Gebot oder Verbot zu verknüpfen. Sie sind daher der Vollstreckung weder fähig noch bedürftig.[351]

Beispielhaft für die Gruppe der gestaltenden Verwaltungsakte sollen hier die Einbürgerung (z. B. § 8 StAG), die Beamtenernennung (z. B. § 5 BRRG) oder die Immatrikulation (z. B. § 14 Sächsisches Hochschulgesetz) genannt sein. So begründet die Immatrikulation das Rechtsverhältnis zwischen der Hochschule und dem Studenten, die Ernennung ein Sonderstatusverhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn.

Der in der Definition verwendete Begriff des Rechtsverhältnisses, das durch einen Verwaltungsakt gestaltet werden soll, wirft die Frage nach der Rechtsnatur dieses Verhältnisses auf. Definiert wird Rechtsverhältnis zunächst als eine sich aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund einer Rechtsnorm ergebende rechtliche Beziehung zwischen Personen oder Personen und Sachen.[352] Möglich erscheint zunächst die Konstellation, dass durch diesen Verwaltungsakt ein Verhältnis zwischen der Behörde und dem Bürger gestaltet wird, wobei es sich bei diesem im Zweifel um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt. Bei der Vornahme fiskalischer

[349] Vgl. unten, Teil 2, B., III., 3., a).
[350] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 45.
[351] Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band II, § 46, Rn. 4, 5.
[352] Maurer, Verwaltungsrecht, § 8, Rn 16.

Hilfsgeschäfte ist ein Handeln der Behörde durch Verwaltungsakt ausgeschlossen.

Die Gestaltung eines auf privatrechtlichen Vorschriften beruhenden Rechtsverhältnisses zwischen Bürger und Behörde durch Verwaltungsakt ist ebenso von vorn herein ausgeschlossen. Nach allgemeiner Meinung kann die Verwaltung, nachdem sie mit dem Bürger eine einvernehmliche Absprache getroffen und sich damit auf die Ebene der Gleichordnung begeben hat, nicht die sich aus dieser Regelung ergebenden Leistungsansprüche per Verwaltungsakt durchsetzen, sondern muss auf dieser Ebene das Rechtsverhältnis weiter gestalten und abwickeln.[353] In ein zwischen ihr und einem Dritten bestehendes Vertragsverhältnis, sei es öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur, kann die Behörde nicht durch Verwaltungsakt eingreifen. Dies wird vor allem für die Durchsetzung der Behördenansprüche festgehalten.[354] Aber auch jedwede andere Beeinflussung oder Änderung des Vertragsverhältnisses durch Verwaltungsakt verbietet sich. Gleiches gilt auch für vertragsähnliche Rechtsverhältnisse, insbesondere die sog. verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse.[355]

Letztendlich wird diese Überlegung dadurch vervollständigt, dass auch Situationen denkbar sind, in denen die Behörde durch Verwaltungsakt in zivilrechtliche Beziehungen zwischen Bürgern bzw. in die privatrechtlichen Beziehungen eines Bürgers zu einer Sache einwirkt, diese also gestaltet. Damit ist der Begriff des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts angesprochen. Ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt kann damit nur ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Privaten oder die privatrechtliche Beziehung zwischen einem Privaten und einer Sache regeln.[356]

---

[353] Vgl. für die Unzulässigkeit der Durchsetzung vertraglicher Ansprüche durch Verwaltungsakt: Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 6, § 14, Rn. 9 und 55.
[354] Vgl. BVerwGE 50, 171 ff.; BVerwGE 59, 60 ff.
[355] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn 6.
[356] Ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt im Verhältnis zwischen einem Privaten und einer Behörde ist nur dann denkbar, wenn die Behörde fiskalisch gehandelt hat und die öffentlich-rechtliche Genehmigung zum von ihr abgeschlossenen Geschäft von einer weiteren Behörde erteilt wird.

b) Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte

Der Begriff des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts taucht in Abhandlungen zum allgemeinen Verwaltungsrecht zwar auf, besondere Bedeutung oder größerer Raum wird ihm dort aber nicht eingeräumt. Auch die Rechtsprechung lässt nicht auf eine häufige Auseinandersetzung mit diesem Rechtsinstitut schließen. Mehr Beachtung wird diesem Terminus in der älteren Lehrbuchliteratur zum Allgemeinen Verwaltungsrecht geschenkt. Ebenfalls breiteren Raum nimmt er in Betrachtungen des Wirtschaftsverwaltungsrechts ein, da er dort offenbar sein Hauptanwendungsgebiet findet. In einigen Dissertationen und einer Habilitationsschrift sowie in einigen weiteren Beiträgen wird ihm vertieft Aufmerksamkeit gewidmet.

c) Historie und Begriff des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts

Zunächst soll jedoch auf die historische Entwicklung des Rechtsinstitutes näher eingegangen werden: Nachdem der Begriff des Verwaltungsakts selbst von der Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts entwickelt und von Otto Mayer durch Definition des Begriffes wesentlich geprägt wurde, fand die erste gesetzliche Definition ihren Platz in einer Militärregierungsverordnung von 1948.[357] Der Verwaltungsakt wurde dann durch den Gesetzgeber endgültig im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes vom 25. Mai 1976, in Kraft getreten am 01. Januar 1977, gesetzlich legal definiert.

Nicht ganz so früh prägte die rechtswissenschaftliche Literatur den hier interessierenden Terminus des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts. Erstmals in seiner im Jahr 1930 erschienenen Abhandlung ordnete Bürckner diesem „alle Handlungen des Staates“ zu, „bei denen der Staat unter seiner Rechtsordnung in seiner Eigenschaft als Träger der öffentlichen Gewalt im Einzelfall die Privatrechtslage verändert.“[358] Kurze Zeit später schloss sich Kroeber dieser Definition an, indem er darlegte, dass eine Handlung privatrechtsgestaltend sei, „wenn ohne sie

[357] § 25 I MRVO Nr. 165; Janßen, in: Obermayer, VwVfG-Kommentar, § 35, Rn. 3.
[358] Bürckner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, S. 5.

erfahrungsgemäß die privatrechtliche Wirkung nicht eintritt.“[359] Damit wurde der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt Teil der verwaltungsrechtlichen Terminologie.

In der Bundesrepublik beschäftigte Siebert sich mit dem Ende der 1950´er Jahre schon fast 30 Jahre existierenden Begriff und definierte ihn als „jene Handlung, bei der die Verwaltung als Träger öffentlicher Gewalt allein oder im Zusammenwirken mit anderen Handlungen im Einzelfall die Privatrechtslage beeinflusst.“[360] Nach Forsthoff sind diejenigen Verwaltungsakte privatrechtsgestaltend, „welche eine rechtsatzmäßig vorgeschriebene Stellungnahme (Genehmigung, Bestätigung oder .... Ablehnung) zu Rechtsgestaltungen des privaten ... Rechts zum Inhalt haben.“[361] Huber definierte den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt als einen „auf gesetzlicher Grundlage ergehenden administrativen Hoheitsakt, der privatrechtliche Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen ... mit unmittelbar verbindlicher Kraft erzeugt, verändert oder aufhebt.“[362]

Intensiv beschäftigte sich Bengel mit dem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt, der ihn als „jede von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts getroffene Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles, durch welche eine oder mehrere Personen unmittelbar gezielt in ihrer Privatrechtssphäre getroffen werden“, definierte.[363] Im Rahmen seiner Dissertation orientierte sich Schmidt an der Definition des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts als einem „auf gesetzlicher Grundlage ergehenden Hoheitsakt, der gewollt privatrechtliche Rechtsstellungen, Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen mit verbindlicher Kraft unmittelbar gestaltet.“[364]

In der neueren verwaltungsrechtlichen „Lehrbuch“-Literatur wird der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt nur noch eingeschränkt behandelt, vielmals allein dessen Existenz erwähnt.[365] Von einigen werden privat-

[359] Kroeber, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes, S. 15.
[360] Siebert, in: Festschrift für Hugelmann, 605 (606), Fußnote 3.
[361] Forsthoff, Verwaltungsrecht, Band I, Allgemeiner Teil, § 13 2. d), 270.
[362] Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 78.
[363] Bengel, S. 83.
[364] Schmidt, Privatrechtsgestaltung, S. 16 f.
[365] So z. B. Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, S. 826, oder Schmalz, Verwaltungsrecht, Rn. 159.

rechtsgestaltende Verwaltungsakte als Verwaltungsakte, die die Rechtswirksamkeit eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts von einer Genehmigung abhängig machen oder auf andere Weise beeinflussen[366], bzw. unmittelbar auf die Beeinflussung des Privatrechtsverkehrs gerichtet sind[367], dargestellt. Im Übrigen wird der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, die gleichzeitig privatrechtliche Rechtsbeziehungen gestaltet[368] oder auf diese Gestaltung gerichtet ist[369], erklärt. An frühere Definitionen wird angeknüpft, wenn die Einordnung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts als Maßnahme der Behörden zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben, durch die aber unmittelbar privatrechtliche Rechtsverhältnisse begründet, verändert oder aufgehoben werden[370], vorgenommen wird.

Umfassend hat sich Manssen[371] mit dem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt auseinander gesetzt und die bis zu jenem Zeitpunkt noch offenen Fragen zu diesem besonderen gestaltenden Verwaltungsakt erschöpfend beantwortet. Die dort gefundene Definition des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts bzw. Hoheitsakts, nach der es sich bei diesen „um öffentlich-rechtlich zu qualifizierende, hoheitliche Rechtsakte, die unmittelbar die privatrechtliche Rechtsfähigkeit begründen oder aufheben oder die unmittelbar auf ein privates Rechtsgeschäft oder das privatrechtliche Rechte- und Pflichtensystem dergestalt abzielen, dass sie eine Änderung der Privatrechtslage final herbeiführen oder eine vom Gesetz vorgesehene rechtlich notwendige Bedingung für die Umgestaltung der privatrechtlichen Rechtslage sind“[372], handelt, greift die von Bengel gefundene Definition des „gezielten Treffens“ einer oder mehrerer Personen „in ihrer Privatrechtssphäre“ mit allen dazu denkbaren Varianten auf. Daher kann auch diese Arbeit sich an diesen Definitionen orientieren und die dort – auf dieser Grundlage – erstellten Kategorien der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte übernehmen.

[366] Vgl. z. B. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 390.
[367] Faber, Verwaltungsrecht, S. 142 (§ 16 IV 4.).
[368] Buchholz, System des Verwaltungsrechts, Band 3, Rn. 64.
[369] Erichsen, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12, Rn. 21.
[370] Schweickhardt (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 303.
[371] Manssen, Privatrechtsgestaltung.
[372] Manssen, a. a. O., S. 32.

d) Grundtypen und Einteilung der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte

aa) Allgemeines

Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte sind ihrem Inhalt nach als eine Untergruppe der gestaltenden Verwaltungsakte diesen zuzuordnen. Damit werden sie von feststellenden und befehlenden Verwaltungsakten unterschieden. Sie tragen anders als die befehlenden Verwaltungsakte bereits ihre Gestaltungswirkung in sich – genau wie Gestaltungsurteile –, weshalb es zum Wirksamwerden ihres Regelungsinhaltes keiner weiteren Handlung bzw. Umsetzung des befohlenen Verhaltens bedarf. Da feststellende Verwaltungsakte nur ein Recht oder eine rechtlich erhebliche Eigenschaft einer Person festhalten, unterscheiden sie sich insoweit vom gestaltenden Verwaltungsakt, als es durch sie zu keinerlei Änderung der Rechtslage kommt.

Alle anderen Einteilungsmöglichkeiten der Verwaltungsakte finden auch auf die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte Anwendung. Unter ihnen finden sich sowohl belastende als auch begünstigende Verwaltungsakte, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung als auch solche mit Drittwirkung. Die oben dargestellte Unterscheidung zwischen Kontrollerlaubnis und Ausnahmebewilligung ist hier von geringer Bedeutung, da es Fälle, in denen der Abschluss privatrechtlicher Verträge von vorn herein – jedenfalls bis zur Erteilung einer Genehmigung – untersagt ist, kaum gibt.[373] In den meisten Fällen führen die Genehmigungserfordernisse lediglich zu einer schwebenden Unwirksamkeit, da die Genehmigung eine Rechtsbedingung (§§ 158 ff. BGB) für das Zustandekommen des Privatrechtsgeschäfts ist. Erst die bestandskräftige Versagung der Genehmigung macht den genehmigungsbedürftigen Privatrechtsakt nichtig.[374]

bb) Allein- und mitgestaltende unmittelbare Verwaltungsakte

Vor der Unterscheidung der Verwaltungsakte in allein- und mitgestaltende

[373] Manssen, a. a. O., S. 121 f.; Stamm, Entgeltregulierung, S. 251 f. ordnet entgegen dieser Auffassung die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 als repressives Verbot mit Dispensmöglichkeit ein.
[374] Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band II, § 46, Rn. 6.

ist ein Ausschluss nur mittelbar privatrechtsgestaltend wirkender Verwaltungsakte erforderlich. Dies ist notwendig, um eine brauchbare Eingrenzung des Begriffs zu erreichen. Da im deutschen Rechtssystem öffentliches und privates Recht stark miteinander verwoben sind, haben einige öffentlich-rechtliche Akte auch eine privatrechtliche und viele privatrechtliche Rechtsakte auch eine öffentlich-rechtliche Wirkung. Daher müssen aus dem Begriff der Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakt zufällige privatrechtsgestaltende Wirkungen im Einzelfall, mittelbare oder Nebenfolgen hoheitlichen Handelns ausgegrenzt werden. Nur bei unmittelbarem Bezug zum Privatrecht, wenn die gesetzliche Ermächtigung der Verwaltung die Befugnis gibt, die Privatrechtslage „ins Visier“ zu nehmen oder sie berechtigt oder verpflichtet ist, an der Änderung der Privatrechtslage teilzunehmen, liegt ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt im hier gemeinten Sinne vor.[375] Nach Manssen[376] lassen sich die unmittelbar von mittelbar privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten durch drei Merkmale abgrenzen:

- durch das Wirksamkeitskriterium: der Verwaltungsakt versetzt das private Rechtsgeschäft in den Zustand der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit oder es kann ohne einen wirksamen Verwaltungsakt nicht abgeschlossen werden;
- durch das Rechte- oder Pflichtenkriterium: wenn der Verwaltungsakt Rechte oder Pflichten ab- oder zuerkennt oder insoweit Modifizierungen herbeiführt,
- durch das Rechtmäßigkeitskriterium: indem der Verwaltungsakt unmittelbar über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit privatrechtlichen Verhaltens entscheidet.

Damit sind recht genaue Abgrenzungskriterien für das Ausscheiden von zwar privatrechtsrelevanten, aber nicht -gestaltenden Verwaltungsakten aus dem hier maßgeblichen Begriff entwickelt, die auch in vorliegender Arbeit Anwendung erfahren sollen.

[375] Die Abgrenzung folgt der von Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 26 f.
[376] A. a. O., S. 32.

Bei der weiteren Einteilung der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte ist davon auszugehen, dass es einige gibt, die allein wirken, also nicht einen weiteren Akt erfordern, um unmittelbar das Privatrechtsverhältnis eines Betroffenen auszugestalten. Andere zeigen dagegen erst ihre privatrechtliche Relevanz, wenn sie nicht, wie ein befehlender Verwaltungsakt, umgesetzt werden, sondern zu einem Zivilrechtsgeschäft hinzutreten.[377] Dass dieser Unterschied zu einer tatsächlichen Unterteilung berechtigt, wurde bereits von mehreren Autoren dargestellt. Die plausibelste Einteilung geht auf Bengel zurück und wurde auch von Manssen fortgeführt. Ersterer unterscheidet zwischen privatrechts-mitgestaltenden und privatrechts-alleingestaltenden Verwaltungsakten.[378] Zur ersten Gruppe gehören die öffentlich-rechtlichen Genehmigungen zu Rechtsgeschäften Privater, da diese nie allein den Rechtserfolg herbeiführen können, sondern nur zusammen mit der Rechtshandlung der Privaten. Als Hauptfall der zweiten Gruppe nennt Bengel die Enteignung.[379] Seiner Auffassung nach ist diese Einteilung nicht einer überflüssigen Systematik geschuldet, sondern angezeigt, da beiden Typen besondere Eigenschaften zukommen und in wesentlichen Fragen Unterschiede bestehen.

Auch nach der Auffassung von Manssen ist diese Unterteilung zweckmäßig. Danach ist in einigen Fällen der Verwaltungsakt nicht nur ein Element für die Änderung der Privatrechtslage, sondern allein privatrechtsgestaltend. Auch ein solcher Verwaltungsakt ist auf ein bestimmtes privates Rechtsgeschäft bezogen. Er führt die von ihm intendierten privatrechtlichen Rechtswirkungen jedoch nicht im Zusammenspiel mit privatrechtlichen Vorgängen herbei, er ist also nicht privatrechtsmit-, sondern privatrechts-alleingestaltend.[380] Dieser Gruppe sind nur die Verwaltungsakte zuzuordnen, die auf Grund ihres Regelungsinhaltes bzw. ihres Tenors die Rechtsänderung bewirken; privatrechtsmitgestaltend sind diejenigen, deren Regelungswirkung sich hinsichtlich des Gesamtgeschäfts auf die Erfüllung bzw. Nichterfüllung eines Tatbestandselements beschränkt, was zum de

[377] Bengel, S. 104.
[378] Bengel, S. 119.
[379] Bengel, ebd.
[380] Vgl. Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 285; die Unterscheidung zwischen privatrechtsallein- und privatrechtsmitgestaltend taucht zuerst bei Bengel, S.119 auf.

iure-Eintritt von Rechtsfolgen führt.[381] Zu diesen „Mischtatbeständen“ gehört auch nach dieser Auffassung der quantitativ bedeutendste Bereich für die gesetzliche Verwendung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts, der in der Erteilung von Genehmigungen für private Rechtsgeschäfte besteht. Manssen sieht für diese Unterteilung berechtigterweise einen verfassungsrechtlichen Hintergrund. Da die Ermächtigung zu privatrechtsmitgestaltendem hoheitlichen Handeln nicht das privatrechtliche Rechtsgeschäft insgesamt betrifft, sondern nur ein Teilelement – was im Hinblick auf das Übermaßverbot geboten erscheint –, belässt so das eingreifende öffentlich-rechtliche Gesetz der privaten Vereinbarung ein größtmögliches Anwendungsfeld für die Frage, inwieweit die sonstigen Wirksamkeitserfordernisse für die Rechtsänderung gegeben sind.[382]

Von Manssen wird eine weitere Unterteilung der privatrechtsalleingestaltenden Verwaltungsakte vorgenommen: Geringe Bedeutung haben die „positiven“ privatrechtsalleingestaltenden Verwaltungsakte, da die Begründung privatrechtlicher Sonderverhältnisse oder sonstiger Rechte durch Verwaltungsakt sehr selten ist. Weit häufiger sind die „negativen“ privatrechtsalleingestaltenden Verwaltungsakte, durch die privatrechtliche Vereinbarungen vernichtet werden.[383]

cc) Unterscheidung der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte nach dem Gegenstand ihrer Einwirkung

aaa) Allgemeines

Alle Autoren, die sich eingehender mit dem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt beschäftigt haben, versuchten für die Einordnung der verschiedenartigen Gestaltungen dieser Verwaltungsakte Kategorien bzw. Grundtypen nach deren Inhalt und Stärke, die sehr verschieden sein können[384], zu schaffen. So wurden diese Verwaltungsakte in solche, die Rechte und Fähigkeiten verleihen, die Rechtsverhältnisse ändern oder Rechtsgeschäfte

[381] Vgl. Manssen, ebd.
[382] Ebd.
[383] Vgl. Manssen, a. a. O., S. 286.
[384] Vgl. Bengel, S. 120 ff.

genehmigen, und solche, die Rechtsgeschäfte ersetzen[385], unterteilt. Ein anderes System nimmt eine Gliederung nach privatrechtsvorbereitenden, privatrechtsfeststellenden und privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten vor.[386]

Eine weitere Systematisierung unterscheidet eigentumsgestaltende, vertragsgestaltende und verbandsgestaltende Verwaltungsakte. Diese Einteilung stammt von Huber[387], der diese nur auf Wirtschaftsverwaltungsakte bezieht, was für vorliegende Arbeit von besonderem Interesse ist.

Eine ähnliche Systematik hat Bengel entwickelt; er kritisiert die Einteilung von Huber mit dem Argument, dass die Unterpunkte teilweise zu eng gefasst sind. So meint Bengel, dass „besitzgestaltende“ Verwaltungsakte nicht von den „eigentumsgestaltenden“ Verwaltungsakten Hubers und öffentlichrechtliche Genehmigungen zu einseitigen Rechtshandlungen nicht von Hubers „vertragsgestaltenden“ Verwaltungsakten erfasst werden.[388] Zumindest hinsichtlich der zuletzt genannten übersieht Bengel, dass Huber seine zu den „vertragsgestaltenden“ Verwaltungsakten entwickelten Grundsätze auch auf einseitige Rechtsgeschäfte für anwendbar hält.[389] Hinsichtlich der „besitzgestaltenden“ Verwaltungsakte könnte man argumentieren, dass auch diese entgegen Bengels Auffassung von den „eigentumsgestaltenden“ Verwaltungsakten erfasst werden, da Besitz ein Weniger zum Eigentum, wenn auch nicht mit diesem fest verknüpft ist. Bengel selbst unterteilt die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte in „zuordnungsgestaltende“ Verwaltungsakte, „schuldrechtsgestaltende“ Verwaltungsakte und „verbandsgestaltende“ Verwaltungsakte.[390] Trotz der unterschiedlichen Terminologie ziehen die Autoren die Grenzen zwischen den verschiedenen Gruppen fast an gleicher Stelle, zumindest soweit man Hubers Bezeichnungen der Kategorien weit auffasst.

Manssen gelingt es, die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte in Bezie-

[385] Bürckner, S. 25 bis 28, ausführlicher dazu Bengel, S. 121 ff.
[386] Kroeber, S. 17, ausführlicher dazu Bengel, S. 124 ff.
[387] Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 78 ff.
[388] Vgl. Bengel, S. 131.
[389] Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 79.
[390] Vgl. Bengel, S. 132 ff.

hung zu den durch ihren Erlass betroffenen Freiheitsrechten zu stellen, weshalb die von ihm gewählte Unterteilung an die von Huber erinnert. Seine Ausführungen beschäftigen sich mit der hoheitlichen Privatrechtsgestaltung in den verfassungsrechtlichen Garantiebereichen der Vereinigungs- und Stiftungsfreiheit, der Eigentumsfreiheit und der Vertragsfreiheit, weshalb auch Typologien vertragsgestaltender, verbandsgestaltender und privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte im Garantiebereich der Eigentumsfreiheit entwickelt wurden.

Da die genannten Einordnungen ähnlich sind und weitgehend überein stimmen, sollen sie hier unter den einzelnen Oberbegriffen gemeinsam dargestellt werden.

bbb) Eigentumsgestaltende oder zuordnungsgestaltende Verwaltungsakte

Eigentumsgestaltende Verwaltungsakte im Wirtschaftsverwaltungsrecht sind administrative Hoheitsakte, durch die das Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte an wirtschaftlichen Gütern begründet, entzogen oder beschränkt werden. Sie werden nach Huber nochmals unterteilt in eigentumsverleihende, eigentumsentziehende und eigentumsbeschränkende Verwaltungsakte, wobei letztere zwar die privatrechtliche Verfügungsmacht bestehen lassen, sie aber bestimmten Bindungen unterwerfen.[391]

Zuordnungsgestaltende Verwaltungsakte liegen nach Bengel vor, wenn durch hoheitliche Einzelregelung das Verhältnis des Eigentümers oder Besitzers zu der ihm zugeordneten Sache geregelt, die Beziehung Zuordnungssubjekt – Zuordnungsobjekt einseitig und verbindlich gestaltet im Sinne von begründet, entzogen oder beschränkt wird.[392] Bengel hat den Begriff der Zuordnung gewählt, um alle sachenrechtlichen Beziehungen zu erfassen, was damit auch gelungen ist, da Zuordnung als privatrechtliche Zugehörigkeit eines betreffenden Gegenstandes zum Vermögen des Be-

[391] Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 78.
[392] Bengel, S. 133.

rechtigten, wobei der Umfang durch die Art des Rechts bestimmt wird, erklärt wird[393].

Verwaltungsakte im Bereich der Eigentumsfreiheit werden von Manssen nach der Art des in Zugriff genommenen Rechts unterteilt. Daher wird zwischen Privatrechtsgestaltung im Bereich des Sacheigentums, von Forderungsrechten und von Anteilsrechten unterschieden.[394]

Der eigentumsgestaltende Verwaltungsakt kann nicht nur, wie zu vermuten ist, gestaltend in den privatrechtlichen Bereich des unmittelbaren Verwaltungsakt-Adressaten eingreifen, vielmehr kann auch der Rechtsbereich Dritter von der Gestaltungswirkung eines Verwaltungsakts, insbesondere einer Genehmigung für den Adressaten betroffen sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Dritte die Möglichkeit hatte, sich am Genehmigungsverfahren zu beteiligen. Dann können privatrechtliche Beseitigungsansprüche nach einer Genehmigung durch diese ausgeschlossen werden. Im Bereich der Anlagengenehmigungen rechtfertigen die ausführlichen Genehmigungsverfahren und die damit verbundenen weitreichenden Möglichkeiten für Dritte, Einfluss auf die behördliche Entscheidung zu nehmen, eine Begrenzung der privatrechtlichen Beseitigungsansprüche. Damit erlangt eine solche Genehmigung privatrechtsgestaltende, nämlich eigentumsbeschränkende Wirkung.[395] Dies trifft auf die Genehmigung des § 4 BImSchG nach § 14 BImSchG, ebenso wie auf die Genehmigung von Flugplätzen gemäß § 6 LuftVG (§ 11 LuftVG) und die Genehmigung von Anlagen nach § 7 AtomG (§ 7 VI AtomG) zu. Eine ähnliche Regelung findet sich auch in § 75 II VwVfG für die Rechtswirkungen der Planfeststellung.[396]

ccc) Vertragsgestaltende oder schuldrechtsgestaltende Verwaltungsakte

Nach dem System von Huber sind vertragsgestaltende Verwaltungsakte diejenigen, durch die rechtsgeschäftliche Beziehungen wirtschaftlicher Art

[393] Westermann, Sachenrecht, S. 9.
[394] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 224.
[395] So Jarass, BImSchG-Kommentar, § 14, Rn. 1.
[396] Sog. Sicherungs- und Duldungswirkung bzw. privatrechtsgestaltende Wirkung; vgl. BVerwGE 50, 227 und Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 75, Rn. 10.

begründet, genehmigt, beanstandet, inhaltlich ausgestaltet oder verboten werden.

Vertragsbegründende Verwaltungsakte sind gegeben, wenn durch diese eine Pflicht der Vertragsparteien geschaffen wird, einen privatrechtlichen Vertrag abzuschließen (sog. Kontrahierungszwang), oder in den Fällen, in denen die Vertragsbeziehung statt durch Einigung der Beteiligten unmittelbar durch Hoheitsakt entsteht (sog. diktierte Verträge).

Dort, wo der Abschluss des Vertrages noch der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien überlassen bleibt, die Vereinbarung aber der Zustimmung durch eine Behörde bedarf, liegt ein vertragsgenehmigender Verwaltungsakt vor. Nach Auffassung Hubers entsteht hier der Vertrag durch einen Doppelakt, nämlich durch die Willenseinigung und die öffentlich-rechtliche Genehmigung. Da beides essentielle Elemente der Vertragsentstehung sind, meint Huber, dass beim Fehlen oder der Nichtigkeit eines von beiden der Vertrag im Ganzen rechtsunwirksam bleibt.

Mit einem vertragsvernichtenden Verwaltungsakt wird ein an sich rechtswirksam durch die rechtsgeschäftliche Einigung zu Stande gekommener Vertrag nachträglich beanstandet und damit rückwirkend vernichtet oder für die Zukunft aufgehoben.

Vertragsgestaltende Verwaltungsakte sind nach der von Huber vorgenommenen Systematisierung diejenigen, bei denen einzelne inhaltliche Elemente des Vertrages, insbesondere die Höhe der vereinbarten Entgelte, der hoheitlichen Einwirkung unterworfen sind, indem sie durch Verwaltungsakt festgesetzt werden, von einer Genehmigung abhängig oder einer behördlichen Beanstandung ausgesetzt sind.

Nach Huber lässt sich als weitere Unterkategorie die der vertragsverbietenden Hoheitsakte, die häufig in „allgemeine(n) Normen“ (Gesetz, Rechtsverordnung) ihre Grundlage finden, bilden. Dennoch sei es denkbar, dass der Gesetzgeber die Verwaltung ermächtigt, im Einzelfall mit individuellen Vertragsverboten in den Wirtschaftsverkehr einzugreifen.

Huber hält fest, dass in den aufgezeigten Fällen in die für das marktwirtschaftliche System kennzeichnende Vertragsfreiheit mehr oder weniger stark eingegriffen und dieses durch eine gebundene Vertragsordnung ersetzt wird. Im Übrigen soll die Unterteilung auch – zumindest entsprechend – für einseitige Rechtsgeschäfte gelten.[397]

Unter dem Begriff des schuldrechtsgestaltenden Verwaltungsakts fasst Bengel die vielen Fälle zusammen, in denen die öffentliche Verwaltung in die Privatautonomie des Einzelnen eingreift, indem eine bestimmte rechtsgeschäftliche Betätigung generell verboten wird, rechtsgeschäftliches Tätigwerden erzwungen wird oder rechtsgeschäftliche Verhältnisse vernichtet werden.[398] Der weit gefasste Begriff des Schuldrechts wurde offensichtlich gewählt, um alle Beziehungen zwischen Personen oder Personen und Sachen, die der einen Seite ein Recht zum Fordern eines Verhaltens zugestehen und der anderen die Verpflichtung zur Leistung auferlegen, zu erfassen.[399] Bengel geht in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich auf die von ihm gesondert behandelten Genehmigungserfordernisse zu privatrechtlichen Rechtsgeschäften ein. Aber auch nach seiner Auffassung stellen diese sich als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte dar.[400] Weiterhin bezeichnet er die Genehmigungen zu privatrechtlichen Geschäften als Verfügungsbeschränkungen besonderer Art.[401] Damit bringt er zum Ausdruck, dass diese gestalten, indem mit der Genehmigung dem Privaten Verfügungsfreiheit zurück gegeben wird und er dadurch das Rechtsgeschäft wirksam abschließen kann.[402] Da die Verfügungsfreiheit durch das Genehmigungserfordernis betroffen ist, diese gleichsam wieder hergestellt oder bei der Versagung der Genehmigung endgültig entzogen wird, handelt es sich um eine Gestaltung von Verträgen bzw. in der Terminologie Bengels um eine Schuldrechtsgestaltung. Keine Kategorie Bengels entspricht Hubers vertragsgestaltenden Verwaltungsakten im engeren Sinne bzw. Manssens „korrigiertem Vertrag“. Diese Art der

[397] Vgl. zum Ganzen Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 79.
[398] Bengel, S. 134.
[399] Heinrichs, in: Palandt, Einleitung § 241, Rn. 1a.
[400] Vgl. Bengel, S. 93.
[401] Vgl. Bengel, S. 92.
[402] Bengel, ebd.

schuldrechtsgestaltenden Verwaltungsakte, die lediglich auf einen Teil des Rechtsgeschäfts zugreifen, hat Bengel offenbar bei seiner Einteilung übersehen.

Manssen unterscheidet im Bereich der vertragsgestaltenden Verwaltungsakte die Genehmigungserfordernisse, durch Verwaltungsakte hervorgerufene Beeinträchtigungen der Abschlussfreiheit, den „korrigierten" Vertrag und die Vertragsvernichtung.[403] Genehmigungserfordernisse liegen immer dann vor, wenn eine vertragliche Vereinbarung oder die Einwirkung auf einen geschlossenen Vertrag durch einen privatrechtlichen Gestaltungsakt von der Zustimmung einer Behörde abhängt.[404] Die Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit durch die per Verwaltungsakt auferlegte Pflicht zum Vertragsschluss ist nach Manssen mittlerweile nur noch eine seltene Erscheinung. Ein Beispiel dafür lässt sich in § 8 GetreideG[405] finden. Davon zu unterscheiden ist die wegen der starken Beeinträchtigung der Privatautonomie eher seltene Korrektur eines Vertrages, wobei der Staat an ein bereits bestehendes Vertragsverhältnis anknüpft und eine Änderung vornimmt, die sonst nur die Parteien selbst nach § 311 I BGB (§ 305 BGB a. F.) vornehmen könnten. Als Beispiel dafür wird die Verlängerung eines Miet- oder Pachtverhältnisses durch die Gemeinde gemäß § 186 BauGB genannt. Weiterhin führt Manssen als vertragsgestaltendes Mittel der Verwaltung auch die Vertragsvernichtung an, die einerseits recht häufig und besonders gegenüber Genehmigungserfordernissen adäquat erscheint, da nur punktuell und soweit erforderlich eingegriffen wird, die andererseits auch „ultima ratio" sein kann, wenn dem Staat keine anderen Mittel zur Überwindung privaten Handelns zur Verfügung stehen.[406]

ddd) Verbandsgestaltende Verwaltungsakte

Verbandsgestaltende Verwaltungsakte liegen nach Huber vor, wenn durch einen Hoheitsakt in die privatrechtliche Verbandsgestaltung des Wirtschaftslebens durch Einwirkung auf die Verbands-, die Organ- oder die

[403] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 123 ff.
[404] Z. B. §§ 4, 5 II, 7 I GWB; § 2 GrstVG, § 52 BauGB, § 3 AWG.
[405] In der Fassung vom 3. August 1977, BGBl. I, 1521.
[406] Z. B. §§ 71 i. V. m. 70 II FlurbG; § 12 III Nr. 3 GWB.

Willensbildung eingegriffen wird. Dementsprechend unterscheidet Huber verbandsbildende Hoheitsakte, organ- und willensbildende Hoheitsakte.[407]

Wie Huber bildet Bengel für die verbandsgestaltenden Verwaltungsakte eine gesonderte Gruppe, da hier durch die Verwaltung in die Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 I GG in unterschiedlich starker Weise eingegriffen wird, womit die durch das Vereinigungsrecht vermittelten privatrechtlichen Positionen unmittelbar betroffen sind.[408]

Manssen unterteilt die verbandsgestaltenden Hoheitsakte, wobei es sich freilich fast nur um Verwaltungsakte handelt, in solche, die zu privatrechtsgestaltenden Beschränkungen der Gründungsfreiheit[409], zur Auflösung von Vereinigungen und Stiftungen[410] oder zu Einwirkungen auf die Organisationsform der Vereinigungen[411] führen.[412]

Welcher Art privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte die Entgeltgenehmigungen des TKG 1996 sind, soll später geprüft werden.[413] Auf Grund der Plausibilität und nunmehr schon seit fast 30 Jahren üblichen Typisierung dieser Verwaltungsakte anhand der oben aufgezeigten Gruppen soll die Prüfung auch anhand dieser vorgenommen werden.

dd) Beispiele für privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte

Genehmigungserfordernisse für privatrechtliche Verträge finden sich im Kommunalrecht[414], im Stiftungsrecht[415], im Kartellrecht[416], im Grundstücksverkehrsrecht[417] oder im Außenwirtschaftsrecht[418] sowie im Städtebau- und -sanierungsrecht[419]. Am häufigsten treten Genehmigungserfordernisse für einseitige Rechtsgeschäfte im Arbeitsrecht bei Kündigungen auf[420]. Dabei

---

[407] Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 80.
[408] Vgl. Bengel, S. 135.
[409] Z. B. §§ 15, 8 VAG; § 80 BGB, § 22 BGB.
[410] Vgl. § 43 BGB, § 3 VereinsG.
[411] § 29 BGB, § 87 I 1 BGB; Bestellung eines Treuhänders nach § 24 VII Nr. 4 GWB in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung.
[412] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 200 ff.
[413] Siehe unten, Teil 2, B., II., 1., d) und 2.
[414] Art. 72 I, II BayGO, § 90 III SächsGemO.
[415] Art. 3, 4 i. V. m. Art. 5, 6 BayStiftG.
[416] §§ 4, 5 II, 7 I GWB, sog. Erlaubniskartelle.
[417] § 2 GrdsVG, § 2 I 1 GrstVVO, § 51 BauGB.
[418] Vgl. § 3 I AWG.
[419] Z. B. § 144 II BauGB.
[420] §§ 15 ff. SchwbG, 9 III MuSchG, 18 I 1 KSchG.

handelt es sich um privatrechtsmitgestaltende Verwaltungsakte, die sich auf ein von ihnen zu genehmigendes zivilrechtliches Rechtsgeschäft beziehen. Außerdem sind privatrechtsalleingestaltende Verwaltungsakte neben dem klassischen Fall der Enteignung[421] z. B. im Vereins- und Stiftungsrecht[422] zu finden.

Exkurs: Andere Hoheitsakte mit privatrechtsgestaltender Wirkung

Gestaltungen des Privatrechts durch Gesetz oder Urteil werden von jeher als typische und anerkannte Formen der privatrechtsordnenden Kompetenz des Staates anerkannt.[423] Die Hauptfunktion der Privatrechtsgestaltung durch Gesetz liegt im Hinblick auf die Vertragsfreiheit in deren Ausgestaltung, kaum in der Gestaltung einzelner vertraglicher Rechte und Pflichten. Beispiele für die Umgestaltung der Privatrechtslage sind Verordnungen nach dem Preisgesetz von 1948,[424] für eine Vertragsvernichtung durch Unmöglichkeit die Verordnungen nach dem AWG oder gemeindliche Satzungen mit der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs[425].

Auch findet Privatrechtsgestaltung durch die Rechtsprechung statt, wenn sich ein Gestaltungsurteil auf ein privatrechtliches Rechtsverhältnis bezieht und dieses verändert. So handelt es sich bei der in § 42 I VwGO geregelten Anfechtungsklage um eine Gestaltungsklage besonderer Art, mit welcher der Kläger einen materiellen Anspruch auf verwaltungsbehördliche Aufhebung eines ihn in seinen Rechten verletzenden Verwaltungsakts geltend macht. Sie ist auf die Aufhebung oder Abänderung eines belastenden Verwaltungsakts durch richterliches Urteil gerichtet.[426] Da dem Verwaltungsakt regelmäßig ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zugrunde liegt, ist in diesem Zusammenhang eine privatrechtsgestaltende Wirkung des Urteils nur dann denkbar, wenn der angegriffene Verwaltungsakt zuvor schon gestaltend auf die Privatrechtslage eingewirkt hat und diese nunmehr durch das Urteil wieder aufgehoben oder verändert wird. Als Beispiel aus der

[421] Vgl. §§ 112 ff. BauGB.
[422] §§ 22, 73 BGB.
[423] Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 73.
[424] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 120.
[425] Manssen, ebd.
[426] Zum Ganzen: Kopp/Schenke, VwGO, § 42, Rn. 2.

ordentlichen Gerichtsbarkeit sei das Scheidungsurteil genannt, mit dem eine Ehe als geschieden, also als nicht mehr bestehend, gilt (§ 1564 Satz 1 BGB).

II. Die Entgeltgenehmigungen des Telekommunikationsgesetzes im Lichte der allgemeinen Kategorien der Verwaltungsakte

Im folgenden werden die oben dargestellten Regulierungsmaßnahmen im Bereich der Entgelte in die allgemeinen Kategorien der Verwaltungsakte eingeordnet, wobei zunächst die „problemstiftende“ ex-ante-Entgeltgenehmigung (1.) und anschließend alle anderen Regulierungen von Telekommunikationsentgelten eine Einordnung erfahren werden (2.). Im Einzelnen:

1. Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996

Die ex-ante-Entgeltgenehmigung wird zunächst in die Kategorien von Ausnahmebewilligung und Kontrollerlaubnis einzuordnen sein (a)). Danach wird zu entscheiden sein, ob es sich bei dieser um einen begünstigenden oder belastenden Verwaltungsakt handelt (b)). Die Einordnung in die Kategorien feststellender, befehlender und gestaltender Verwaltungsakt (c)) führt zur Feststellung, dass die Entgeltgenehmigung als gestaltender Verwaltungsakt einzuordnen ist, was in die Untersuchung dieses Regulierungsinstruments auf seine privatrechtsgestaltende Wirkung hin münden wird (d)). Im Einzelnen:

a) Kontrollerlaubnis oder Ausnahmebewilligung?

Die von der RegTP gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 zu erteilende Entgeltgenehmigung ist als Kontrollerlaubnis einzuordnen, da das Verlangen eines Entgeltes vom Vertragspartner für das Erbringen einer Leistung keinesfalls als sozial schädlich verboten, sondern nur der Prüfung der verlangten Entgelte auf Vereinbarkeit mit den im Telekommunikationsgesetz vorgegebenen Maßstäben und Regulierungszielen dienen soll. Dem entsprechend ist die Genehmigung der Entgelte nur zu versagen, wenn die in § 27 III TKG 1996 genannten Voraussetzungen für die Erteilung der Ge-

nehmigung nicht erfüllt sind. Andernfalls hat das beantragende Unternehmen einen Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung.[427]

Dies wird auch bestätigt durch die Überlegung, dass der Abschluss einer Vereinbarung über die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen und damit die Förderung des Wettbewerbs und Entwicklung des Marktes eines der Hauptanliegen des Gesetzgebers bei der Schaffung des Telekommunikationsgesetzes war und durch die Genehmigungserfordernisse keinesfalls ein diesem gegenläufiges Konzept geschaffen werden sollte. Aus den gesetzlichen Regelungen lässt sich vielmehr entnehmen, dass diese lediglich die Aufgabe haben, eine Überprüfung der Entgeltvereinbarungen auf die Vereinbarkeit mit den Zielen des § 2 II TKG 1996 zu ermöglichen.

Weiterhin existieren – in Abgrenzung zur Ausnahmebewilligung – keine Regelungen, die die Handlungsfreiheit der Telekommunikationsunternehmen in einer Weise beschränken, dass diesen der Abschluss von Leistungsbereitstellungsverträgen – gleich ob mit Wettbewerbern oder Endkunden – untersagt wird. Die Genehmigung eines Entgeltes stellt sich damit als ein die allgemeine Handlungsfreiheit wieder herstellender Verwaltungsakt, nicht jedoch als Erweiterung des Rechtskreises des marktbeherrschenden Unternehmens dar.

Soweit das Erfordernis einer Entgeltgenehmigung als repressives Verbot mit Dispensmöglichkeit, also einer der seltenen Fälle, in denen der Abschluss eines Vertrages bis zur Erteilung der Genehmigung verboten ist[428], eingeordnet wird, ist dies falsch. Begründet wird dieses Ergebnis vor allem mit dem Wortlaut des § 29 II TKG 1996, wonach an die Stelle der vereinbarten die genehmigten Entgelte treten sollen. Daraus wird weiterhin abgeleitet, dass ein hinsichtlich des Entgeltes teilnichtiges Rechtsgeschäft vollständig gemäß § 139 BGB nichtig wird, wenn an die Stelle der vereinbarten Entgelte nicht bereits genehmigte Entgelte treten können, weil es sich um eine neu angebotene Leistung handelt, für die eine Entgeltre-

[427] Lüneburger, CR 2001, 84 ff.
[428] So Stamm, Entgeltgenehmigung, S. 251.

gulierung noch nicht durchgeführt wurde und damit noch kein genehmigtes Entgelt existiert.[429]

Diese Argumentation wird weiterhin auf den Wortlaut des § 30 TKV gestützt, der für diesen Fall die Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung anordnet. Völlig unklar bleibt aber auch damit, was mit „unwirksam“ im Sinne des § 30 TKV gemeint ist. Der Verordnungsgeber kann mit diesem Terminus tatsächlich eine Nichtigkeit gemeint haben, wie teilweise behauptet wird, oder er wollte damit zum Ausdruck bringen, dass bei einer Unwirksamkeit wegen noch nicht vorhandener Genehmigung lediglich eine schwebende Unwirksamkeit vorliegt[430], so dass ein nachträgliches Wirksamwerden der Vereinbarung mit dem genehmigten Entgelt möglich werden sollte. Der Begründung der Bundesregierung zu § 30 TKV lässt sich entnehmen, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Klarstellung zu § 29 II 1 TKG 1996 handeln soll. Danach sind Vereinbarungen über Entgelte nur im Rahmen einer erteilten Entgeltgenehmigung wirksam, außerhalb dieses Rahmens jedoch unwirksam. Da § 29 II 1 TKG 1996 jedoch nicht den Fall berücksichtigt, dass ein genehmigtes Entgelt, das an die Stelle des nicht genehmigten treten könnte, gar nicht existiert, wurde zur Lückenschließung § 30 TKV geschaffen[431], der von einer Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung ausgeht.

Weiterhin wird angeführt, dass das Gesetz in der Regel eine schwebende Unwirksamkeit eindeutig zum Ausdruck bringe. Dem kann entgegen gehalten werden, dass, sofern eine Nichtigkeit angeordnet werden soll, dies regelmäßig auch zur Benutzung dieses Terminus führt. Schließlich wird die Nichtigkeitsfolge mit der Überlegung unterlegt, dass nicht eine schwebende Unwirksamkeit angeordnet sein und das Verhalten gleichzeitig mit einem Bußgeld gemäß § 96 I Nr. 6 TKG 1996 belegt werden kann. Dabei wird jedoch übersehen, dass die Bußgeldvorschrift von der „Erhebung“ ungenehmigter Entgelte spricht. Nach dem Wortsinn kann kaum die schwebend un-

[429] So auch Witte, in: Scheurle/Mayen, TKG-Kommentar, § 29, Nr. 6.
[430] So auch Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, C, § 29, Rn. 5; Manssen geht davon aus, dass in diesem Fall § 29 TKG 1996 gar nicht anwendbar ist, da kein genehmigtes Entgelt vorhanden ist und somit kein Verstoß gegen § 29 TKG 1996 möglich ist; im Übrigen muss das „unwirksam“ in § 30 TKG 1996 als schwebend unwirksam gelesen werden.
[431] Begründung der Bundesregierung zu § 30 TKV in: Grote, § 30, S. 84.

wirksame Vereinbarung solcher Entgelte gemeint sein, sondern deren Einfordern, also das Geltendmachen der Entgelte. Würde unter „Erhebung“ im Sinne des § 96 I Nr. 6 TKG 1996 die schwebend unwirksame Vereinbarung eines Entgeltes, möglicherweise noch unter dem Vorbehalt der Genehmigungserteilung, eingeordnet, hätte das marktbeherrschende Unternehmen im Zeitpunkt der Vorlage der Vereinbarung bei der RegTP bereits den Bußgeldtatbestand verwirklicht – eine sinnwidrige Annahme![432]

Denn zunächst ist es hier nicht angebracht, zwischen der Regulierung einer neuen Leistung und der Neuregulierung einer schon länger am Markt vorhandenen, deren Preis lediglich angepasst werden soll, zu unterscheiden. Beide Sachverhalte können indes gleich behandelt werden, indem die zunächst schwebend unwirksame Entgeltvereinbarung rückwirkend mit dem genehmigten Entgelt wirksam wird.

Weiterhin würde die Entgeltregulierung durch eine solche Auslegung zu einer – zumindest zeitweisen – Marktzutrittschranke, sie ginge über die von ihr bezweckte Marktverhaltensregulierung weit hinaus. Ziel ist es an sich, Unternehmen Anreize zur Betätigung auf dem Markt zu bieten und deren Interessen insoweit zu beeinflussen, dass sie nicht nur ihren eigenen Vorteil, sondern auch den der Allgemeinheit im Blick haben.[433] Weiterhin ist aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel der Eingriff in die Unternehmerfreiheiten durch die Nichtigkeit der Gesamtvereinbarung als so schwerwiegend einzuordnen, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einem negativen Ergebnis käme. Akut wird dieses Problem eigentlich kaum: Genehmigungen für Entgelte werden regelmäßig vor dem Abschluss von Vereinbarungen für eine Vielzahl solcher Verträge erteilt. Lediglich die Genehmigung eines Entgeltes für Zusammenschaltungen bezieht sich auf den einzelnen Vertrag. Hier ist es regelmäßig erforderlich, der RegTP eine Vereinbarung auch über das Entgelt vorzulegen, damit ein Genehmigungsverfahren eingeleitet wird. Dann kann aber diese Vereinbarung erst recht

[432] Das „Verlangen“ eines Entgeltes i. S. v. § 29 TKG 1996 wird von der RegTP (MMR 1998, 325 (326)) nicht nur als fordern (in Rechnung stellen), sondern auch als vereinbaren (Begründung des Rechtsgeschäfts) und als beabsichtigter Abschluss einer Vereinbarung (Vorbereitung des Rechtsgeschäfts) verstanden.
[433] Eisenblätter, S. 102.

nicht wegen der Verwendung eines nicht genehmigten Entgeltes nichtig sein, da sonst die Chance auf ein Genehmigungsverfahren gar nicht bestünde.

Weiter spricht auch Sinn und Zweck der Genehmigungspflicht eindeutig gegen einen Dispens und für eine Kontrollerlaubnis: Zur Kontrolle der Übereinstimmung der Tarife mit den Regulierungszielen des § 2 TKG 1996 ist ein Verbot des Vertragsschlusses an sich nicht notwendig. Die Durchführung der Kontrolle kann durch die nachträgliche Genehmigung des Entgeltes wahrgenommen werden, wenn sichergestellt ist, dass bis dahin Entgelte nicht verlangt werden dürfen, weil die Entgeltvereinbarung schwebend unwirksam ist. Der Nachfrager wird durch eine solche Handhabung nicht ungerechtfertigt benachteiligt, da er bis zur Genehmigung seinen Kalkulationen die beantragten Entgelte zu Grunde legen kann und aus kaufmännischer Sicht auch muss, bei denen es sich auch um die Höchstentgelte handelt, um dann nach Genehmigungserteilung die tatsächlich genehmigten Entgelte einzubeziehen und so noch Gewinne zu erwirtschaften. Das Argument, durch diese Handhabung würde die Kalkulationssicherheit hinausgezögert, greift nicht, da keinesfalls weitere Mittel des Wettbewerbers in Anspruch genommen werden, vielmehr die Möglichkeit besteht, dass Mittel, die für bereits in Anspruch genommene Leistungen zurück gelegt wurden, für weitere Investitionen frei werden.

Gleiches trifft auf die Genehmigung eines Entgeltes nach der Anordnung einer Zusammenschaltung gemäß § 39 TKG 1996 zu. Dass diese im Entgeltgenehmigungsverfahren nicht anders zu behandeln ist als die nach einer Zusammenschaltungsvereinbarung oder nach der Bereitstellung anderer Telekommunikations-Dienstleistungen, wurde bereits dargestellt.[434]

b) Die Entgeltgenehmigung als begünstigender oder belastender Verwaltungsakt?

Da dieses Unterscheidungskriterium an die Rechtswirkung des Verwaltungsakts gegenüber dem Betroffenen anknüpft und die Wirkungen der

[434] Siehe oben, Teil 1, B., II., 4., e), ee).

Entgeltgenehmigung noch näher Gegenstand der Arbeit sein werden, soll hier nur kurz auf die Einordnung der Entgeltgenehmigung in dieses System eingegangen werden.

Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 stellt sich dann eindeutig als begünstigender Verwaltungsakt dar, wenn das vom regulierten Unternehmen beantragte Entgelt genehmigt wird, da für dieses damit das Recht, die genehmigten Entgelte zu verlangen, begründet wird. Eindeutig belastend ist umgekehrt die Versagung der Genehmigung, da nun das Unternehmen keine Entgelte, die genehmigt sind, verlangen kann; ein Verbot wird damit bestätigt. Als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung kann schließlich eine Entscheidung der RegTP eingeordnet werden, die nicht das beantragte Entgelt, sondern ein niedrigeres genehmigt. Damit erfährt das Unternehmen zwar in der Höhe der Genehmigung eine Begünstigung, durch die Versagung der Genehmigung über den genehmigten Betrag hinaus bis zum Beantragten hin wird das Verbot des Verlangens des Entgeltes jedoch noch bekräftigt.

Dies wird bestätigt durch den Vergleich mit dem oben zur Kontrollerlaubnis Gesagten.[435] Die Erteilung einer Kontrollerlaubnis stellt sich – wie die Entgeltgenehmigung – formell betrachtet als begünstigender Verwaltungsakt, bei materieller Sichtweise lediglich als Wiederherstellung der allgemeinen Handlungs-, insbesondere Vertragsschlussfreiheit des Unternehmens dar. Eine vollständige oder auch teilweise Versagung ist dann formell zwar nur eine Ablehnung eines begünstigenden Verwaltungsakts, materiell aber doch ein Eingriff in Freiheit und Eigentum des Verwaltungsaktadressaten und damit eine Belastung. Eine eindeutige Einordnung der Entgeltgenehmigung in diese Kategorien ist damit nur mit Blick auf den Inhalt der Genehmigungsentscheidung möglich.

Die soeben dargestellte gegenteilige Auffassung, die die Entgeltgenehmigung im Fall noch nicht vorhandener genehmigter Entgelte den Verboten mit Dispensmöglichkeit zuordnen will, müsste hier zum Ergebnis kommen, dass die Entgeltgenehmigung in diesen Fällen den Rechtskreis des Unter-

[435] Siehe oben, Teil 2, B., I., 1. a).

nehmers erweitert, da sie eine Betätigung, die gesetzlich untersagt ist, nun für zulässig erklärt. Statt dessen wird aber auch von diesen Autoren festgestellt, dass die Entgeltgenehmigung lediglich die dem Unternehmer an sich zustehende Vertragsfreiheit wieder herstellt.[436]

Die Feststellungen finden erneut auch auf die Entgeltgenehmigung im Rahmen des § 39 TKG 1996 Anwendung, da diese nicht anders als ohne die Anordnung der Zusammenschaltung zu behandeln ist.

c) Die Entgeltgenehmigung als feststellender, befehlender oder gestaltender Verwaltungsakt?

Bei näherer Betrachtung der Entgeltgenehmigung, auch der im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung ergehenden, kann man feststellen, dass sie sowohl gestaltende als auch feststellende Elemente in sich vereint. Die Genehmigung eines Entgeltes beinhaltet gleichzeitig die Feststellung der RegTP, dass dieses Entgelt den Maßstäben der Entgeltregulierung entspricht, und damit zu genehmigen ist. Mit der vollständigen oder teilweisen Versagung der Genehmigung stellt die Behörde (implizit) fest, dass das Entgelt ganz oder zum Teil nicht diesen Grundsätzen entspricht. Damit allein ist die Entgeltgenehmigung aber noch nicht als feststellender Verwaltungsakt einzuordnen. Denn durch sie wird nicht ein bereits bestehendes Recht festgestellt, sondern dieses erst eingeräumt. Nach der oben verwendeten Terminologie: Mit ihr wird formell eine Begünstigung ausgesprochen oder materiell die an sich bestehende allgemeine Handlungsfreiheit wieder hergestellt bzw. für den Fall einer negativen Entscheidung formell die Ablehnung eines begünstigenden Verwaltungsakts, materiell jedoch der Eingriff in Freiheit und Eigentum getätigt. Die Einordnung als feststellender Verwaltungsakt ist damit, obwohl Feststellungen getroffen werden, nicht möglich, da das von ihm betroffene Rechtsverhältnis zumindest auch verändert wird.

Ebenso wäre die Sichtweise zu eng, diese Genehmigung nur als befehlenden Verwaltungsakt einzuordnen: Zwar zeigt die Entgeltgenehmigung auch Elemente dieser Kategorie von Verwaltungsakten, denn mit der Genehmi-

[436] So Stamm, Entgeltregulierung, S. 252.

gung eines bestimmten Entgeltes ist das Gebot verbunden, für die genehmigungsgegenständliche Leistung nur dieses Entgelt und kein davon auch nur im geringsten abweichendes zu verlangen, ebenso wie mit der Versagung einer Genehmigung das Verbot, das beantragte Entgelt zu verlangen verbunden ist. Aber auch darin erschöpft sich der Gehalt einer Entgeltgenehmigung nicht.

Der Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 ist im Vergleich zum klassischen feststellenden Verwaltungsakt ein „Mehr“ an Feststellung und Gebot immanent, sie hält nicht nur etwas de lege lata schon gegebenes fest oder verpflichtet zu einem bestimmten Verhalten, sondern verändert die Rechtslage und stellt sich damit als Umgestaltung eines Rechtsverhältnisses dar. Dies ergibt sich insbesondere aus § 29 II TKG 1996, nach dem Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen, die ein anderes als das von der RegTP genehmigte Entgelt beinhalten, durch die Ersetzung dieses vereinbarten durch das genehmigte Entgelt modifiziert werden.

Von einer privatrechtsgestaltenden Wirkung der Entgeltgenehmigung nach §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 wird vielfach ausgegangen.[437] Sie wird dabei mit Geschäftsplan- und Tarifgenehmigungen des Wirtschaftsverwaltungsrechts verglichen.[438] Mit Hinweis auf § 29 I, II 1 TKG 1996 wird festgehalten, dass die genehmigten Preise kraft Gesetzes an die Stelle der vereinbarten treten, eine Vertragsanpassung durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung nicht erforderlich ist.[439] Nach hier vertretener Auffassung trifft dies auch auf die erstmalige Genehmigung eines Entgeltes zu, da auch der Abschluss einer Vereinbarung in diesem Fall nachträglich rückwirkend mit der Genehmigung des Entgeltes durch dieses ergänzt wird.[440]

[437] Vgl. Stamm, a. a. O., S. 81, Vogt, in: Brinktrine, S. 221 (230); Kleinlein, in: Westermann, Festschrift für Bezzenberger, S. 673 (689).
[438] So Stamm, a. a. O., S. 239
[439] Vgl. Stamm, a. a. O., S. 242.
[440] Siehe näher unten, Teil 2, C., IV., 3.

d) Die Entgeltgenehmigung als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt

aa) Allgemeines

Der Einordnung der Entgeltgenehmigung als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt kann gefolgt werden.[441] Jede der Varianten der ex-ante-Genehmigung stellt sich als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt dar,[442] sowohl die „normale“ Genehmigung nach §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996, in Bezug auf das Entgelt für eine einzelne Telekommunikationsdienstleistung, die einer Vielzahl von Nachfragern erbracht wird, als auch die Genehmigung eines Entgeltes im Rahmen der Anordnung einer Zusammenschaltung nach § 37 TKG 1996.

Sowohl nach der Definition von Bengel als auch nach der von Manssen kann diese Regulierungsmaßnahme unter den Begriff des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts subsumiert werden. Der erste Teil der Definition Bengels[443] dient, ebenso wie bei Manssen (öffentlich-rechtlicher, hoheitlicher Rechtsakt)[444], der Qualifizierung der Maßnahme als Verwaltungsakt. Dass es sich bei allen Regulierungsmaßnahmen des TKG 1996, die Entgelte betreffen, um Verwaltungsakte handelt, ist bereits ausführlich dargelegt worden.[445] Nach der weiteren Definition von Bengel ist erforderlich, dass eine oder mehrere Personen unmittelbar gezielt in ihrer Privatrechtssphäre betroffen werden. Durch eine Entgeltgenehmigung wird die Entgeltvereinbarung eines Vertrages wirksam oder der Vertrag wird bei endgültiger Versagung unwirksam. Es wird also zweifellos in die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen mehrerer Unternehmen gestaltend eingegriffen. Die Genehmigungen beziehen sich nach Manssens Definition zumindest bei Zusammenschaltungsvereinbarungen auf ein einzelnes privates Rechtsgeschäft und führen eine Änderung der Rechtslage herbei bzw. in allen anderen Fällen auf die gemeinsamen Grundlagen vieler

---

[441] So auch Chan, Staatliche Regulierung, S. 95 f.
[442] Vgl. Neumann/Bosch, CR 2001, 225 ff.; Verwaltungsgericht Köln vom 07.09.2000, 1 K 10354/98, CR 2001, 238 (240).
[443] „jede von einem Subjekt der öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts getroffene Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles“, S. 83.
[444] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 32.
[445] Siehe oben, Teil 2, A., II.

Rechtsgeschäfte und führen somit zu einer Beschränkung der Vertragsfreiheit.

bb) Unmittelbarkeit der Entgeltgenehmigung

Wesentlich für das Vorliegen eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts ist jedoch auch das Unmittelbarkeitskriterium, um lediglich privatrechtsrelevante Verwaltungsakte aus jener Gruppe auszuscheiden[446]. Für die Entgeltgenehmigung trifft zunächst das von Manssen entwickelte Wirksamkeitskriterium zu, da mit ihr die schwebend unwirksamen Verträge rückwirkend wirksam werden bzw. bei Versagung endgültig unwirksam sind. Damit versetzt sie die Vereinbarungen unmittelbar in den Zustand der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit. Weiterhin sind die im selben Zusammenhang entstandenen Rechte- und Pflichtenkriterien und das Rechtmäßigkeitskriterium gegeben. Die Entgeltgenehmigung – in welcher Variante auch immer – erkennt dem marktbeherrschenden Unternehmen das Recht zu, die genehmigten Entgelte von seinem Vertragspartner zu verlangen. Weiterhin wird dem Unternehmen auch untersagt, für die tarifierte Leistung ein anderes als das genehmigte Entgelt zu vereinbaren und einzuziehen. Es werden damit Rechte und Pflichten des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Entgeltgenehmigung begründet. Ebenso entscheidet die Entgeltgenehmigung über die Rechtmäßigkeit des privatrechtlichen Vertrages, indem die zunächst schwebend unwirksame Vereinbarung wirksam und damit rechtmäßig wird, die darin vereinbarten Entgelte damit als rechtmäßig – mit den Maßstäben des TKG 1996 übereinstimmend – deklariert werden. Wird die Genehmigung nicht erteilt, ist ebenso eindeutig über die Rechtswidrigkeit der beantragten Entgelte entschieden, womit die Nichtigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Vertrages festgestellt ist.

Bengel meint hingegen, dass zur Feststellung der unmittelbaren Wirkung eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts der Blick auf dessen privatrechtliche Wirkungen gar nicht erforderlich sei, vielmehr eine Privatrechtsgestaltung schon immer dann vorliege, wenn der Gegenstand des Eingriffs, der durch den Verwaltungsakt vorgenommen wird, die Privat-

[446] Dazu vgl. Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 26 ff., insbesondere S. 32.

rechtssphäre des Adressaten ist[447]. Die Entgeltgenehmigung greift insoweit gezielt in die „Vertragssphäre“ des regulierten Unternehmens ein, regelt und begrenzt die Vertragsabschlussfreiheit des Unternehmens hinsichtlich der zu verlangenden Entgelte. An der Unmittelbarkeit kann daher auch nach dieser Definition nicht gezweifelt werden.

Nach der den Kreis der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte einengenden Definition von Schmidt[448] sind nur Entgeltgenehmigungen als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte einzuordnen, die für einen konkreten Vertrag erteilt werden. Genehmigungen, die für Standardverträge und deren Entgeltregelungen, die pauschal und für eine Vielzahl von Vereinbarungen und vorab ohne Vorlage eines konkret vereinbarten Vertrages erfolgen, sind danach nicht unmittelbar privatrechtsgestaltend, ebenso wenig wie die von Schmidt als Beispiel herangezogene Genehmigung Allgemeiner Versicherungsbedingungen nach § 13 VAG a. F.[449]

Privatrechtsgestaltend sind nach dieser Definition daher nur Entgeltgenehmigungen, die die RegTP im Rahmen des sog. „Einzelvertragsbezugs“ im Hinblick auf Anträge gemäß § 39 TKG 1996 erteilt. In ständiger Spruchpraxis geht diese davon aus, dass ausschließlich die konkreten, in den jeweiligen – mit Genehmigungsunterlagen vorzulegenden – Verträgen über besondere Netzzugänge vereinbarten Entgelte gemäß § 39 TKG 1996 genehmigt werden könnten, da eine vom konkreten Einzelfall losgelöste Genehmigung nach § 39 TKG 1996 nicht vorgesehen sei. Dies wird aus der Auslegung des Wortlautes geschlossen, da § 39 TKG 1996 von „Entgelten für die Gewährung **eines** Netzzugangs“ spricht.[450] Gerichtlich wurde diese Spruchpraxis bestätigt.[451] In der Literatur ist dieses Ergebnis sehr umstritten.[452]

---

[447] Bengel, S. 83.
[448] Vgl. Schmidt, Privatrechtsgestaltung, S. 16 f.
[449] Schmidt, a. a. O., S. 20 f.; Nach § 5 V Nr. 1 VAG in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Kranken- und Pflichtversicherungen der Aufsichtsbehörde lediglich einzureichen, einer Genehmigung unterliegen sie nicht mehr.
[450] RegTP, BK 4e-99-056/E 10.11.99, B. v. 22.12.2000, 8 n. v.; vgl. bereits oben Teil 1, B., II., 4., e), ee).
[451] Verwaltungsgericht Köln, Urteil v. 6.4.00, 1 K 3375/98, 8 f., n. v. ; MMR 2001, 843 (Ls.); mittlerweile bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 16. Juli 2003, 6 C 19.02, CR 2004, 29 ff.
[452] Vgl. Witte/Glahs, in: Scheurle/Mayen, TKG-Kommentar, § 39, Rn. 24

Da die Begrenzung des Kreises der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte auf die von Schmidt anerkannten dazu führen würde, dass die Mehrzahl der die Privatrechtslage nach anderen Auffassungen ebenfalls gestaltenden Verwaltungsakte nicht erfasst würde, ist diese Grenzziehung zu eng, weshalb auf die von Schmidt entwickelte Kategorisierung hier nicht mehr eingegangen werden soll.

Letztendlich ist davon auszugehen, dass die Entgeltgenehmigung unmittelbar verbindlich und privatrechtsgestaltend ist. Sie greift unmittelbar und kraft Gesetzes in die vom Marktbeherrscher abgeschlossenen und noch abzuschließenden privatrechtlichen Verträge ein.[453] Die einmal ergangene Entgeltgenehmigung wirkt sich kraft Gesetzes unmittelbar auf alle bestehenden und zukünftig zu schließenden Verträge aus.[454]

cc) Allein- oder mitgestaltende Entgeltgenehmigung?

Da jede Entgeltgenehmigung mit einem privatrechtlichen Vertrag verknüpft werden muss, um überhaupt zur Anwendung zu gelangen, kann sie nur gemeinsam mit diesem eine privatrechtsgestaltende Wirkung erlangen. Im Übrigen stellt sie sich als typische Vertreterin der Genehmigungen zu einem Rechtsgeschäft dar, die nach Bengels Untergliederungen[455] immer privatrechtsgestaltend sind.

Da die Entgeltgenehmigung durch ihren Tenor allein noch keine Rechtsänderung herbeiführt, sondern lediglich auf die Rechtmäßigkeit der Entgeltvereinbarung und damit des geschlossenen Vertrages einwirkt, was dann de iure zur rückwirkenden Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertragswerkes führt, muss auch nach Manssens Einteilung[456] eindeutig von einem mitgestaltenden Verwaltungsakt ausgegangen werden.

dd) Vertrags- bzw. schuldrechtsgestaltende Entgeltgenehmigung?

Da die Entgeltgenehmigung weder in Verbindung mit Personenvereinigungen noch – zumindest nicht direkt – mit der Umgestaltung von Eigen-

[453] Neumann/Bosch, CR 2001, 225 (226).
[454] Neumann/Bosch, ebd.; Grosskopf/Ritgen, CR 1998, 86 (95).
[455] Bengel, S. 119.
[456] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 285 f.

tumspositionen steht, kann davon ausgegangen werden, dass es sich dabei – je nach Terminologie – um einen vertrags- bzw. schuldrechtsgestaltenden Verwaltungsakt handelt.

Dazu muss sie – als Wirtschaftsverwaltungsakt – rechtsgeschäftliche Beziehungen wirtschaftlicher Art begründen, genehmigen, beanstanden, inhaltlich ausgestalten oder verbieten.[457] Bengel ordnet die Entgeltgenehmigung dann schuldrechtsgestaltenden Verwaltungsakten zu, wenn es sich um ein Genehmigungserfordernis, ein Verbot bestimmter rechtsgeschäftlicher Tätigkeiten, einen Zwang zum Tätigwerden oder die Vernichtung eines Rechtsverhältnisses handelt.[458] Nach der von Manssen vorgenommenen Gliederung handelt es sich bei der Entgeltgenehmigung dann um einen vertragsgestaltenden Verwaltungsakt, wenn sie sich als ein Genehmigungserfordernis, als durch sie hervorgerufene Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit, als „korrigierter“ Vertrag oder als Vertragsvernichtung darstellt.

Manssen und Huber stimmen insoweit überein, als ihre Kategorisierung vertragsvernichtende Verwaltungsakte und Genehmigungserfordernisse betrifft. Auch Bengel bildet eine Gruppe der vertragsvernichtenden Verwaltungsakte. Die Genehmigungserfordernisse ordnet er zwar nicht ausdrücklich den schuldrechtsgestaltenden Verwaltungsakten zu, charakterisiert sie jedoch als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte, die eine besondere Verfügungsbeschränkung darstellen.

Soweit Huber von vertragsgestaltenden Verwaltungsakten spricht, werden diese von Manssen unter den Begriff „korrigierter“ Vertrag eingeordnet. Bengel bildet für diese Art der Verwaltungsakte keine Kategorie.

Hubers vertragsbegründende und -verbietende Verwaltungsakte ordnet Manssen der Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit durch Verwaltungsakt zu. Die Vertragsbegründung durch Verwaltungsakt bzw. die Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit umschreibt Bengel mit dem „Zwang zum rechts-

[457] So die Definition Hubers, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 79.
[458] Vgl. Bengel, S. 134.

geschäftlichen Tätigwerden“ oder dem Verbot des rechtsgeschäftlichen Tätigwerdens.

Durch die Entgeltgenehmigung kommt es in keinem Fall zur Begründung eines Vertragsverhältnisses.[459] Auch wird durch die Entgeltgenehmigung der Vertragsschluss nicht verboten.[460] Damit kommt es auch nach Manssens Einteilung durch eine Entgeltgenehmigung nicht zu einer Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit.

Eine Entgeltgenehmigung führt nur dann zur Vertragsvernichtung, wenn durch sie ein Entgelt endgültig verweigert wird und sie sich auf einen einzelnen Vertrag bezieht. Die negative Entgeltentscheidung beendet in diesem Fall die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages; dieser wird nichtig. Wird ein Entgelt nicht genehmigt, die Genehmigung also vollständig versagt, handelt es sich dabei um einen vertragsvernichtenden Verwaltungsakt.

Wird einem Genehmigungsantrag in vollem Umfang entsprochen und so ein Entgelt genehmigt, handelt es sich bei diesem Verwaltungsakt um eine klassische Gestaltung, die dem vertragsgenehmigenden Verwaltungsakt Hubers entspricht. Unerheblich ist dabei, ob der gesamte Vertrag oder nur ein Teil, nämlich die Entgeltvereinbarung, der Genehmigungspflicht unterliegt. Mit der Genehmigung wird die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages beendet, er wird ex tunc wirksam.

In besonderen Fällen kann es durch eine Entgeltgenehmigung auch zur Vertragsumgestaltung kommen, wenn durch sie nämlich der Vertrag gleichsam „korrigiert“ wird. Dies ist nur der Fall, wenn die RegTP dem Entgeltgenehmigungsantrag nicht in der beantragten Höhe stattgibt, sondern die Entgelte nach unten korrigiert[461] und so eine vom Antrag abweichende Genehmigung erteilt. Damit greift die RegTP in das bestehende (schwebend

[459] Dies gilt nicht für die Zusammenschaltungsanordnung. Aber auch dort liegt kein Kontrahierungszwang vor (anders bei der Universaldienstverpflichtung), vielmehr wird von einem Fall des „diktierten Vertrages“ auszugehen sein.

[460] Allerdings kommt es im Fall der Nichterteilung der Genehmigung zur Vertragsvernichtung.

[461] Eine Korrektur nach oben ist hier nicht möglich wegen des Grundsatzes „ne ultra petita“ (vgl. § 308 ZPO), das beantragte Entgelt stellt die Obergrenze des zu genehmigenden dar. Um das Verfahren zu flexibilisieren, sollte auch hier – wie bei zu hohem Entgeltantrag – die Korrektur des Antrags möglich und dem Antragsteller eine solche Änderung zu empfehlen sein.

unwirksame) Vertragsverhältnis ein und nimmt eine Änderung vor, die im Normalfall nur durch die Parteien möglich wäre, einer der von Manssen als selten bezeichneten Fälle des „korrigierten Vertrages“. Diesen lässt sich die Kategorie der vertragsgestaltenden Verwaltungsakte im engeren Sinne Hubers zuordnen, da einzelne Bestimmungen des Vertrages, hier die Entgeltvereinbarungen, hoheitlichen Einwirkungen – hier der Genehmigung – unterworfen sind. Die Entgeltgenehmigung lässt sich nur unter der Voraussetzung hier einordnen, dass auch eine „Teilgenehmigung“ für möglich gehalten wird. Geht man mit einem Teil der Literatur[462] davon aus, dass es sich bei einer solchen Genehmigung nicht um ein aliud, sondern um etwas nicht beantragtes handelt – da der genehmigte Preis dann nicht mit den vom Unternehmen errechneten Kosten übereinstimmt –, die Genehmigung damit mangels Antrags rechtswidrig ist, kommen solche Genehmigungen nur bei rechtswidrigem Handeln der Behörden in Betracht. Allerdings erlangen auch solche Genehmigungen Wirksamkeit gemäß § 29 TKG 1996 und § 43 I VwVfG, so dass das Unternehmen zunächst an das rechtswidrig genehmigte Entgelt gebunden ist. Ob man dieser Meinung folgen sollte – entgegen der im Wirtschaftsverwaltungsrecht sonst üblichen Praxis der vom Antragsumfang abweichenden Genehmigung –, kann hier offen bleiben, weil es für das hier behandelte Thema nicht von Bedeutung ist. Beispiele dieser (seltenen) Art des privatrechtsgestaltenden Staatshandelns finden sich außer bei Entgeltgenehmigungen bei bestimmten Arten von Dauerschuldverhältnissen, z. B. die Änderung oder Aufhebung des Geschäftsplans eines Versicherungsunternehmens für bestehende oder nicht abgewickelte Versicherungsverträge[463], die Verlängerung von Miet- oder Pachtverhältnissen nach § 186 BauGB oder die Verlängerung einer Entlassungssperre nach § 18 II KSchG.[464]

Festzuhalten ist damit, dass es sich je nach Inhalt der Entgeltentscheidung um einen vertragsvernichtenden oder vertragsgestaltenden Verwaltungsakt oder um ein Genehmigungserfordernis handeln kann. Dies gilt aber offen-

[462] So Schütz/Müller, MMR 1999, 128 (135); a. A. Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 27, Rn. 45, mit Blick auf Sinn und Zweck des Gesetzes.
[463] § 81a S. 2 VAG.
[464] Vgl. zum Ganzen: Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 125

sichtlich nur für die Entgeltgenehmigungen, die einen einzelnen Vertrag zum Gegenstand haben, nach der Regulierungspraxis der RegTP hinsichtlich des „Einzelvertragsbezugs“[465] also für die in Zusammenschaltungsvereinbarungen enthaltenen Entgeltregelungen. Solange mit der zu genehmigenden Entgeltvereinbarung noch kein Rechtsverhältnis begründet wurde, kann es nur in der Weise zu einer Privatrechtsgestaltung kommen, dass ein Unternehmen nur Verträge unter der Zugrundelegung des genehmigten Preises abschließen kann, insoweit in seiner Abschlussfreiheit beeinträchtigt wird. Auch in diesem Fall handelt es sich um ein vertragsgestaltendes Genehmigungserfordernis. Selbst wenn der oder die mit dem zu genehmigenden Inhalt abzuschließenden Verträge noch nicht existieren, können in Zukunft von den Vertragsparteien nur solche wirksam abgeschlossen werden, die dem genehmigten Inhalt entsprechen.

2. Weitere Entgeltregulierungsinstrumente und ihre Einordnung in die allgemeinen Kategorien der Verwaltungsakte

Als wesentliche weitere Steuerungs- und Regulierungsinstrumente der telekommunikationsrechtlichen „Preisaufsicht“ mit privatrechtsgestaltendem Charakter ist hier auf den Widerspruch der RegTP gemäß § 23 I TKG 1996 (a)) und die Untersagungsanordnung und Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 TKG 1996 (b)) einzugehen. Im Einzelnen:

a) Widerspruch gemäß § 23 I TKG 1996

Beim Widerspruch gemäß § 23 I TKG 1996 handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt, denn mit dieser Entscheidung verbietet die RegTP die weitere Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, schränkt das verwendende Unternehmen dadurch in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit ein und belastet es damit. Weiterhin ist der Widerspruch weder als Kontrollerlaubnis noch als Ausnahmebewilligung einzuordnen. Bei ihm handelt es sich um ein wirtschaftsaufsichtliches Instrument, das ähnlich wie die Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO der Behörde eine Möglichkeit, ein den Zielen des Gesetzgebers widersprechendes Handeln zu

[465] BVerwG, Urteil vom 16. Juli 2003, 6 C 19.02, MMR 2004, 50 (51f.).

verhindern, an die Hand geben soll. Der Unterschied zur Gewerbeuntersagung liegt hier aber darin, dass die Behörde nach dieser Norm nicht verpflichtet ist, das Verhalten des Unternehmens ständig zu überwachen, sondern nur einmal die Gelegenheit hat, gegen die vorgelegten AGB einzuschreiten.

Insoweit besteht eine größere Ähnlichkeit zu dem z. B. in §§ 2 bis 4 I, 9 III GWB verankerten Widerspruchsverfahren.[466] Charakteristisch für dieses Verfahren ist, dass ein Rechtsgeschäft zunächst seine öffentlich-rechtliche Wirksamkeit nicht voll entfaltet.[467] Dieses durchläuft ein Prüfungsverfahren und wird – soweit notwendig – durch den Erlass eines Verwaltungsakts an der Erfüllung gehindert, indem ein gesetzliches, durch den Widerspruch aktiviertes Verbot seine Unwirksamkeit anordnet. Der Widerspruch der Kartellbehörde hat demnach privatrechtsgestaltende Wirkung.[468] Spricht die Behörde den Widerspruch nicht innerhalb der gesetzlichen Frist aus, wird das Rechtsgeschäft wirksam. Bis zum Widerspruch und auch danach bis zum Eintritt der Bestandskraft des Widerspruchs ist es schwebend unwirksam. Da im Rahmen von § 23 TKG 1996 nicht Rechtsgeschäfte, sondern lediglich AGB, die Bestandteil von Rechtsgeschäften werden sollen, vorgelegt werden, entspricht das telekommunikationsrechtliche Verfahren nicht eins zu eins dem im GWB geregelten. Die AGB selbst stellen sich nicht als selbstständiges Rechtsgeschäft dar, das wirksam, unwirksam oder schwebend unwirksam sein kann.

Zumindest der Widerspruch des GWB ist als privatrechtsmitgestaltender Verwaltungsakt einzuordnen. Der bestandskräftige Widerspruch entspricht der bestandskräftigen Genehmigungsversagung, er führt qua Existenz ipso iure und nicht qua Regelungswirkung zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.[469] Privatrechtsgestaltende Wirkung kann der Widerspruch des § 23 TKG 1996 bzw. das durch ihn aktivierte gesetzliche Verbot nur dann entfalten, wenn die AGB schon vor Ablauf der Widerspruchsfrist oder trotz des Widerspruchs verwendet wurden. Dann kommt es im Fall der Be-

[466] So auch Stamm, in: Manssen, TKG, C, § 23, Rn. 16.
[467] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 286.
[468] Vgl. Stamm, in: Manssen, TKG, C, § 23, Rn. 16.
[469] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 286 f.

standskraft des Widerspruchs zur teilweisen oder vollständigen Unwirksamkeit des die AGB einbeziehenden Rechtsgeschäfts. Der Widerspruch kann insoweit als vertragsgestaltender Verwaltungsakt, insbesondere als vertragsvernichtender Verwaltungsakt und im Fall der Teilunwirksamkeit als „Korrektur“ des Vertrages eingeordnet werden. Wie auch der kartellrechtliche Widerspruch ist der Widerspruch des § 23 TKG 1996 in den Fällen, in denen er privatrechtsgestaltende Wirkung hat, als privatrechtsmitgestaltender Verwaltungsakt einzustufen. Denn eine solche Wirkung des Verwaltungsakts ist nur im Zusammenspiel mit einem privatrechtlichen Geschäft möglich.

Betrifft ein Widerspruch AGB, die noch in keiner Weise verwendet wurden, erschöpft sich seine Wirkung im Verbot, die AGB zu verwenden. Es handelt sich damit um einen befehlenden Verwaltungsakt ohne jegliche privatrechtsgestaltende Wirkung. Auch in dem Fall, dass die RegTP ihr Widerspruchsrecht nicht ausübt, ist kein Raum für eine Privatrechtsgestaltung. In diesem Fall fehlt es sogar schon an einem Verwaltungsakt, da die Nichtausübung des Widerspruchsrechts kein Verwaltungsakt ist.[470] In diesem Fall beinhaltet § 23 II 3 TKG 1996 die gesetzliche Erlaubnis zur Verwendung der AGB im Rechtsverkehr, und die schon bestehenden Vereinbarungen über die AGB werden kraft Gesetzes rückwirkend wirksam, da so die Vertragsfreiheit im geringsten Maße beschnitten wird.

Wird der Widerspruch ausgeübt, sind die AGB nach § 23 II 3 TKG 1996 unwirksam.[471] Wie bereits dargestellt, können AGB, die noch nicht verwendet wurden, nicht wie Rechtsgeschäfte wirksam, unwirksam oder schwebend unwirksam sein. Der Widerspruch stellt sich damit als Verwendungsverbot dar. Dabei handelt es sich um einen anfechtbaren Verwaltungsakt ohne privatrechtsgestaltende Wirkung. Zur privatrechtsgestaltenden Wirkung des Widerspruchs nach § 23 TKG 1996 kommt es nur dann, wenn das Unternehmen seine AGB trotz Widerspruchs als Bestandteil von Rechtsgeschäften benutzt, was zur Unwirksamkeit der Vereinbarungen führt.

[470] Stamm, in: Manssen, TKG, C, § 23, Rn. 35.
[471] Witte, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 23, Rn 19.

Eine weitere privatrechtsgestaltende Wirkung lässt sich für den Fall annehmen, dass das Unternehmen erlaubterweise[472] die AGB vor Ablauf der Widerspruchsfrist auf eigenes Risiko nutzt. Bis zum Ablauf der Vier-Wochen-Frist ist die Verwendung der AGB nur beschränkt möglich (soweit keine entgeltrelevanten Bestandteile enthalten sind), womit das gesamte Rechtsgeschäft zunächst schwebend unwirksam ist. Erhebt die RegTP Widerspruch gegen die AGB, tritt rückwirkend mit der Bestandskraft des Widerspruchs kraft Gesetzes deren Unwirksamkeit ein. Diese Rechtsfolge ist aus Gründen des Kundenschutzes erforderlich und entspricht dem vom Unternehmen zu tragenden Risiko bei der Nutzung der AGB vor Ablauf der Widerspruchsfrist. Ob hinsichtlich des Rechtsgeschäfts eine vollständige oder nur teilweise Nichtigkeit eintritt, hängt davon ab, ob die beanstandeten AGB Haupt- oder Nebenleistungspflichten betreffen. Eine Gesamtnichtigkeit gemäß § 139 BGB wird im ersten Fall, eine Teilnichtigkeit im zweiten die Folge sein. An die Stelle der teilweise unwirksamen AGB tritt dann dispositives Recht.[473]

b) Untersagungsanordnung und Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 TKG 1996

Auf das der Untersagungsanordnung und der Unwirksamkeitserklärung zwingend vorausgehende Anpassungsverlangen der RegTP nach § 30 IV TKG 1996 muss hier nicht eingegangen werden, da es sich bei diesem Verwaltungsakt lediglich um eine befehlende Entscheidung handelt, die die zivilrechtlichen Verträge nicht in ihrem Bestand berührt und auch dann keine unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung hat[474], wenn es ein Höchst- oder Mindestentgelt vorschreibt. Auf die betroffenen Rechtsgeschäfte wird erst durch die in § 30 V TKG 1996 verankerten Maßnahmen zugegriffen.[475]

---

[472] § 23 TKG 1996 enthält kein Verbot, AGB vor Ablauf der Widerspruchsfrist zu nutzen; vgl. Büchner, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 23, Rn. 27, der dennoch davon abrät, die AGB vor Ablauf der Frist im Geschäftsverkehr zu verwenden.
[473] Vgl. Stamm, in: Manssen, TKG, C, § 23, Rn. 29 ff.
[474] Manssen, in: Manssen, TKG, C, § 30, Rn. 30.
[475] Vgl. Manssen, a. a. O., Rn. 21 ff.

Die Untersagungsanordnung und die Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 V TKG 1996 sind ob ihres Verbotscharakters als belastende Verwaltungsakte einzuordnen. Mit diesen das ex-post-Regulierungsverfahren abschließenden Entscheidungen wird dem regulierten Unternehmen ein Verhalten untersagt oder ein Entgelt oder ein entgeltrelevanter Bestandteil für unwirksam erklärt. Dem Unternehmen wird also ein Recht, das ihm zwar grundsätzlich, aber nicht nach den Regulierungszielen und -maßstäben des TKG 1996 zusteht, beschnitten.

Beide Verfügungen des § 30 V TKG 1996 sind von der RegTP gemeinsam auszusprechen. Die Untersagung ist die Grundlage für das hier nach Satz 2 einbezogene Verbot des § 29 I TKG 1996, andere als die genehmigten Entgelte zu verlangen. Sind solche nicht vorhanden, treten an deren Stelle die in der Anpassungsverpflichtung erlaubten Entgelte. Die Unwirksamkeitserklärung führt dazu, dass die vereinbarten Entgelte nicht mehr verlangt werden können und dass die entgeltrelevanten Bestimmungen der AGB nicht mehr Bestandteil der Verträge sind.[476]

Hinsichtlich einer privatrechtsgestaltenden Wirkung sind beide Verfügungen, auch wenn sie nur im Zusammenhang ausgesprochen werden, getrennt zu betrachten. Offensichtlich hat die Untersagungsanordnung keinerlei privatrechtsgestaltende Wirkung. Sie allein führt nur dazu, dass das regulierte Unternehmen die untersagten Entgelte in Zukunft nicht mehr vereinbaren und Verträge mit diesem Entgelt abschließen darf. Sie formuliert damit ein Verbot einer bestimmten Handlung und stellt sich ebenfalls wie das Anpassungsverlangen als befehlender Verwaltungsakt dar.[477] Diese Feststellung relativiert sich, wenn man die Untersagungsanordnung im gemäß § 30 V 2 TKG 1996 angeordneten Zusammenspiel mit § 29 TKG 1996 betrachtet. Das Verbot des § 29 TKG 1996 wird durch die Untersagungsverfügung aktiviert. Schon durch die Untersagung der Verwendung des Entgeltes wird dieses zu einem ungenehmigten Entgelt, das nach § 29 I TKG 1996 nicht mehr verwendet werden darf und nach § 29 II TKG 1996 durch ein genehmigtes zu ersetzen ist. Bei einem Verstoß

[476] Manssen, a. a. O., Rn. 31 f.
[477] So auch Stamm, Entgeltregulierung, S. 291.

gegen das aktivierte Verbot sind die abgeschlossenen Verträge damit teilnichtig. Enthält die Anpassungsanordnung Mindestentgelte, treten diese gemäß § 29 II TKG 1996 an die Stelle der vereinbarten, weshalb von einer unmittelbaren privatrechtsgestaltenden geltungserhaltenden Wirkung auszugehen ist. Nicht mit jeder Anpassungsanordnung werden jedoch Entgelte festgelegt, insbesondere nicht bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot. In solchen Fällen ist nur dann eine geltungserhaltende Reduktion der Verträge möglich, wenn die Anordnung ein Gebot enthält oder an die Stelle der unwirksamen Vertragsbestandteile dispositives Gesetzesrecht tritt.[478] Nur im Zusammenhang mit dem Verweis auf das gesetzliche Verbot des § 29 TKG 1996 ist der Untersagungsanordnung damit privatrechtsgestaltende, speziell vertragsgestaltende Wirkung zuzuerkennen.

Die Unwirksamkeitserklärung dagegen hat, ohne sich auf die Aktivierung des § 29 TKG 1996 verlassen zu müssen, privatrechtsgestaltende Wirkung.[479] Mit ihr werden jedoch nicht die Verträge an sich und in ihrer Gesamtheit, sondern lediglich in ihnen enthaltene Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile für unwirksam erklärt. Die Aktivierung des § 29 TKG 1996 ist aber auch hier von entscheidender Bedeutung, da nur diese Norm eine geltungserhaltende Reduktion der vertraglichen Vereinbarungen zur Folge haben kann. Die Unwirksamkeitserklärung allein mit der Folge der „Vernichtung“ der Entgeltbestimmungen und damit der essentalia negotii der jeweiligen Verträge hätte wohl gemäß § 139 BGB die Gesamtnichtigkeit der Verträge zur Folge. Nur durch die von § 29 TKG 1996 angeordnete Ergänzung mit genehmigten oder mit in der Anpassungsanordnung festgelegten Entgelten kann es zu einer Erhaltung der Verträge kommen. Die Unwirksamkeitserklärung hat damit eine privatrechtsgestaltende Wirkung zunächst in der Weise, dass eine „Korrektur“ des Vertrages vorgenommen wird, wenn die soeben dargestellte Ersetzung stattfindet. Zu einer Vertragsvernichtung führt die Unwirksamkeitserklärung jedoch dann, wenn keine anderen Entgeltregelungen an die Stelle der untersagten und für unwirksam erklärten treten können.

[478] So auch Stamm, ebd.
[479] Vgl. Stamm, a. a .O., S. 293 f.

Die auf Grund des § 30 TKG 1996 ergehenden Regulierungsentscheidungen, die Entgelte betreffen, haben regelmäßig auch wegen des Aktivierens des § 29 TKG 1996 nicht nur die befehlende Wirkung, ein Verhalten oder das Verwenden eines bestimmten Entgeltes zu unterlassen, sondern auch gestaltende Wirkungen, da die Rechtsverhältnisse, in deren Rahmen das Verhalten ablief bzw. das Entgelt verlangt wurde, ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der negativen Regulierungsentscheidung durch das Wegfallen dieser Komponenten verändert werden. Sollte die RegTP zum Ergebnis kommen, dass eine Regulierung nicht erforderlich ist, wird keine Untersagung bzw. Unwirksamkeitserklärung erlassen, vielmehr wird den Beteiligten des Verfahrens lediglich die Beendigung des Verfahrens gemäß § 79 II TKG 1996 mitgeteilt.

III. Verwaltungsakt und Entgeltgenehmigung als Regulierungsinstrumente im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Nicht unwesentlich für den Charakter der Entgeltgenehmigungen sind die Einordnung des Telekommunikationsrechts und damit auch der Entgeltgenehmigungen in den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts (1.) sowie die Funktion der Kontrollerlaubnis in diesem Rechtsgebiet (2.). Vor dem Vergleich der Entgeltgenehmigungen (5.) mit den (anderen) Wirtschaftsverwaltungsakten (3.) und besonders privatrechtsgestaltenden (4.) ist auf diese zunächst näher einzugehen. Im Einzelnen:

1. Das Telekommunikationsrecht als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Mit der Aufhebung des Telekommunikationsmonopols zum 1. August 1996[480] bzw. zum 31. Dezember 1997[481] erlebte das Telekommunikationsrecht eine Blüte und einen Bedeutungswandel. Es wurde nunmehr als Teil des Medienwirtschaftsrechts dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zugeordnet. Dieses Rechtsgebiet soll daher kurz auf seine Gliederung und

[480] Wegfall des Netzmonopols der Deutschen Telekom AG durch in Kraft treten des TKG 1996.
[481] Wegfall der gesetzlichen Exklusivlizenz für den Sprachtelefondienst für die DTAG gemäß § 100 I TKG 1996.

seinen Umfang (a)), seine Notwendigkeit (b)) und das Zusammenspiel mit dem Telekommunikationsrecht (c)) untersucht werden.

a) Gliederung und Umfang des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Wirtschaftsverwaltung ist Ausdruck der staatlichen Verantwortung für die Wirtschaft und besitzt den Rang einer zentralen Staats- und Rechtsaufgabe. Der Staat hat im Mindesten zu gewährleisten, dass die Versorgung und die Entsorgung funktionieren (sogenannte wirtschaftliche Gewährleistungsverwaltung).[482] Kein anderes Rechtsgebiet wie das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist nach Inhalt und Umfang so unbestimmt. Dies beruht darauf, dass nahezu alle staatlichen Normen irgendeinen Einfluss auf das Wirtschaftsgeschehen haben.[483] Außerdem ist das Wirtschaftsverwaltungsrecht ein relativ junges und sehr dynamisches Rechtsgebiet. Es ist im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten weder kodifiziert noch wissenschaftlich durchgearbeitet und erlebt durch das Fortschreiten der Technik, durch neue Produktentwicklungen, veränderte Bedürfnisse und rechtspolitische Forderungen einen ständigen Wandel. Wirtschaftsverwaltungsrecht ist zunächst primär materielles Recht. Es wird ergänzt durch das Wirtschaftsverwaltungsverfahrensrecht und das Wirtschaftsverwaltungsprozessrecht. Grundsätzlich kann eine Unterteilung dieses Rechtsgebietes in einen allgemeinen und einen besonderen Teil vorgenommen werden.

Unter dem Begriff des Allgemeinen Wirtschaftsverwaltungsrechts fasst man die Normen und Grundsätze, die für alle Wirtschaftszweige und für jede staatliche Beeinflussung der Wirtschaft gelten, zusammen.[484] Zunächst ist dabei an das Wirtschaftsverfassungsrecht zu denken, das sich mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wirtschaftssteuerung und den wirtschaftsverwaltungsrelevanten Staats- und Rechtsprinzipien beschäftigt. In diesen Rechtsbereich fallen weiterhin der Grundrechtsschutz der privaten Wirtschaftstätigkeit und die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Im Übrigen werden im Rahmen des Allgemeinen Wirtschaftsver-

[482] Definition nach Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 2 V 1.
[483] So auch Arndt, in: Steiner (Hrsg.), VII., Rn. 2.
[484] Definition nach Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 2 V 1.

waltungsrechts die Aufgaben und Mittel, die Organisation sowie die Kontrolle der Wirtschaftsverwaltung und ihr Handeln betrachtet.

Das Besondere Wirtschaftsverwaltungsrecht befasst sich mit der Ordnung einzelner Wirtschaftszweige und mit bestimmten Teilbereichen der Wirtschaftsbeeinflussung.[485] Klassisches Regelungsgebiet des Besonderen Wirtschaftsverwaltungsrechts ist das Gewerberecht[486] und das dazugehörige Nebenrecht[487]. Unter den Begriff „Wirtschaftsverwaltungsrecht" werden weiterhin das Außenwirtschaftsrecht, das Öffentliche Auftragsrecht, das Subventionsrecht und das Recht einiger weiterer Wirtschaftszweige[488] eingeordnet.

b) Zwecke der Wirtschaftsverwaltung

Das Bedürfnis für staatliche Steuerung und die damit verbundenen Eingriffe in die Unternehmerfreiheiten ergeben sich oft aus den vorgegebenen Sachstrukturen, die Anlass für die Gesetzgebung sind und diese prägen.[489] Der Staat greift gerade auch im Bereich des Marktes regulierend ein, indem er Preise kontrolliert, Produktionsmengen festlegt, Produkte standardisiert, Qualitätsanforderungen bestimmt oder Marktzugangsvoraussetzungen festschreibt. Weiterhin wird mit Gesetzen zum Arbeitschutz, zum Schutz der Umwelt und zum Verbraucherschutz in unternehmerisches Handeln und Marktprozesse eingegriffen.[490]

Seit Beginn der Auflösung staatlicher Monopole wird auch die Frage nach einer staatlichen Verpflichtung zur Ermöglichung von Wettbewerb diskutiert. Diese steht unter Effizienzgesichtspunkten in Bereichen starken Verdrängungswettbewerbs oder starker Monopolbildung im Raum. Diese Marktunvollkommenheiten sollen als potenzielle Rechtfertigung für die staatliche Regulierung dienen. Diese wird auch in Fällen des konkurrierenden Ge- und Verbrauchs gemeinschaftlich nutzbarer Güter, bei Ressour-

[485] Definition nach Stober, ebd.
[486] Hier findet eine Unterteilung in Gewerbeordnungs- und Anlagenrecht statt.
[487] Dazu gehören Gaststättenrecht, Handwerksrecht, Verkehrsgewerbe- und Beförderungsrecht, Banken- und Kreditwirtschaftsrecht, Versicherungswirtschaftsrecht und Ladenschlussrecht.
[488] Wirtschaftsverwaltungsrecht umfasst Landwirtschaftsrecht, Energiewirtschaftsrecht, Medienwirtschaftsrecht, Abfallwirtschaftsrecht, Lebensmittelwirtschaftsrecht, Telekommunikationsrecht und das Recht der wirtschaftsnahen freien Berufe.
[489] Spoerr/Deutsch, DVBl. 1997, 300 (301).
[490] König/Benz, in: König/Benz (Hrsg.), Privatisierung, S. 45 f.

cenknappheit und beim Auftreten externer Effekte[491] für erforderlich gehalten, um die vorhandenen Ressourcen möglichst effizient auf die konkurrierenden Gebrauchsmöglichkeiten zu verteilen oder das Auftreten externer Effekte zu bewältigen.[492] Trotz dieser neuen Aufgaben ist die staatliche Einwirkung auf das wirtschaftliche Geschehen in einem Rechtssystem, das, wie das der Bundesrepublik, auf einer Verfassung aufbaut, nur innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig. Sie beruht als Regulierung auf dem lange vor dem heutigen Verfassungsstaat entwickelten Rechtsstaatsprinzip, das auf der traditionellen Vorstellung des Staates als Einheit und des eigenständigen Charakters öffentlicher Gewalt im Unterschied zu privaten Angelegenheiten basiert.[493]

c) Telekommunikationsrecht und Wirtschaftsverwaltung

Das Telekommunikationsrecht als relativ junger Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts erhielt seine jetzige Bedeutung durch den Übergang vom staatlichen Telekommunikationsmonopol zur staatlich regulierten privatwirtschaftlichen Erbringung, zum wirtschaftsaufsichtlichen Modell, als Folge der entstandenen Kommunikationsgesellschaft.[494] Das Bedürfnis für staatliche Steuerung im Bereich des Telekommunikationsrechts beruht auf einer Vielzahl von Aspekten: Zunächst nutzt die Telekommunikation den öffentlichen Raum für elektromagnetische Wellen oder für Leitungen, weshalb diesbezüglich Rahmenbedingungen gesetzt werden müssen. Diese dienen auch dazu, konkurrierende Nutzungssphären abzugrenzen und Nutzungen an konkurrierende Nutzungsinteressenten zuzuweisen. Auch der in der Telekommunikation gegebene hohe Investitionsbedarf erfordert staatliche Rahmenbedingungen.[495]

Auch in einer entwickelten Telekommunikationswirtschaft sind zur Weiterentwicklung durch Regulierung gesellschaftliche und staatliche Eingriffe erforderlich. Im Telekommunikationsbereich sind Differenzierungen hori-

[491] Sie umfassen den Bereich nicht zurechenbarer oder (noch) nicht zugerechneter Auswirkungen privaten Handelns, welche dazu führen, dass an individueller Rationalität ausgerichtete Entscheidungen gesamtwirtschaftlich nicht optimal sind.
[492] König/Benz, in: König/Benz (Hrsg.), Privatisierung, S. 70 ff.
[493] König/Benz, a. a. O., S. 45.
[494] Spoerr/Deutsch, DVBl. 1997, 300 (301).
[495] Spoerr/Deutsch, ebd.

zontal zwischen den Wettbewerbern und vertikal zwischen verschiedenen Telekommunikationsdienstleistern, wie Infrastruktur-, Netzbetreibern, Diensteanbietern und Geräteherstellern, nötig. Eine weitere Ursache für das Bedürfnis nach staatlicher Regulierung in diesem Rechtsgebiet liegt in der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für Telekommunikation[496] begründet.[497]

Das Telekommunikationsrecht wird üblicherweise im Zusammenhang mit der Informations- und Kommunikationsdienstewirtschaft dem Medienwirtschaftsrecht zugeordnet. Das Medienwirtschaftsrecht selbst ist kein junges oder neues Rechtsgebiet. Durch die schnelle Entwicklung der Technik und damit der Vielfalt der Medien ist es um mehrere Anwendungsfelder erweitert worden und wird in Zukunft das Recht der Multimediawirtschaft beinhalten. Ursprünglich war das Recht des Pressesektors und der damit verbundenen Wirtschaftszweige das Hauptfeld des Medienwirtschaftsrechts. Fortschreitend mit der technischen Entwicklung wurden das Recht der Filmwirtschaft, der staatlichen Monopolbereiche Telekommunikation und Rundfunk und des Fernsehens eingebunden. Alle diese Bereiche bis auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sind privatwirtschaftlich verfasst und wettbewerblich strukturiert. Das Medienwirtschaftsrecht erfasst alle wirtschaftlich relevanten Rechtsfacetten des Medienrechts, die aber nur aus dem öffentlich-rechtlichen Blickwinkel behandelt werden. So stellt sich dieses Rechtsgebiet einerseits als breitgefächertes Infrastrukturrecht dar, da die zu erbringenden Medienleistungen teilweise von Übertragungswegen abhängig sind, und andererseits auch als Recht der Medienüberwachung und -förderung, das sich auf die übertragenen Inhalte bezieht. Ziel des Medienwirtschaftsrechts ist es, einen angemessenen regulativen Ausgleich zwischen dem publizistischen und dem ökonomischen Wettbewerb zu schaffen, indem auf der einen Seite den erwerbswirtschaftlichen Aspekten dieses Wirtschaftszweiges und auf der anderen den mit den Tätigkeiten verknüpften Meinungs-, Informations- und Medienfreiheiten angemessen Beachtung geschenkt wird. Das Medienwirtschaftsrecht erfasst somit alle

[496] Vgl. Art. 87 f I GG.
[497] Spoerr/Deutsch, DVBl. 1997, 300 (301).

Rechtsvorschriften, die die wirtschaftliche Betätigung und Nutzung der Informations- und Kommunikationsdienste regeln.[498]

2. Die Kontrollerlaubnis im Wirtschaftsverwaltungsrecht

a) Allgemeines

Das Handeln der Wirtschaftsverwaltung ist ebenso wie das der anderen Verwaltungszweige sehr vielgestaltig. Im Mittelpunkt steht qualitativ und quantitativ noch immer der Verwaltungsakt, der auch künftig für die Erledigung der Aufgaben Wirtschaftsüberwachung und -aufsicht, Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsförderung unentbehrlich sein wird. Entsprechend den verschiedenen Aufgaben der Wirtschaftsaufsicht stehen der Verwaltung verschiedene Instrumente zur Verfügung. Das gleichsam mildeste sind die den Gewerbetreibenden vor Beginn der Tätigkeit obliegenden Anzeigepflichten (b)). Wegen des geltenden Grundsatzes der Gewerbefreiheit und der Berufsfreiheit ist die Notwendigkeit der Genehmigung einer gewerblichen Tätigkeit als Ausnahme zu betrachten (d)).[499] Aus den selben Gründen ist das völlige Verbot oder die nur ausnahmsweise Zulassung zu einer gewerblichen Tätigkeit lediglich in besonders gelagerten Fällen zulässig (c)), vielmehr erscheinen repressive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt als am stärksten in die Unternehmerfreiheiten eingreifende Instrumente der Wirtschaftsaufsicht. Eine permanente Kontrolle ist im allgemeinen Gewerberecht nicht normiert. Allerdings sind allgemeine Überwachungsrechte in den eigenständigen Gewerbegesetzen in der Regel verankert (z. B. § 22 GastG, §§ 17, 111 HandwO).[500] Im Einzelnen:

b) Anzeigepflichten

Am geringsten in die Gewerbe- und Berufsfreiheit greift die genehmigungsfreie Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt ein. Eine wirtschaftliche Betätigung ist in diesen Fällen grundsätzlich ohne genehmigenden Verwaltungsakt der zuständigen Behörde rechtmäßig, meist ist diese der Behörde nur anzu-

[498] Vgl. zum Ganzen: Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 175 ff.
[499] Vgl. Gramlich, VerwArch 1997, 598 (601).
[500] Vgl. Gramlich, a. a. O., S. 602 f.

zeigen. Die in Bezug auf diese auszustellende behördliche Empfangsbescheinigung (§ 15 I GewO) beinhaltet keine Regelung, womit der Marktzutritt unbeschränkt bleibt und das Prinzip der Gewerbefreiheit gewahrt wird.[501]

Anzeigepflichten dienen auch der Wahrnehmung der der Behörde obliegenden Überwachungsaufgaben, die im Fall des Rechtsverstoßes oder der Gefährdung der Sicherheit und Ordnung durch die Tätigkeit ein Verbot aussprechen kann.[502] Dieses Regulierungsinstrument wird für Betätigungen festgelegt, die im allgemeinen kein großes Gefährdungspotenzial aufweisen und im Regelfall keine besondere Fachkunde erfordern.[503]

c) Verbote mit Befreiungsvorbehalt (Ausnahmebewilligung)

Der genehmigungsfreien Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt diametral gegenüber steht das Verbot mit Befreiungsvorbehalt, das auch als Ausnahmebewilligung bezeichnet wird.[504] Damit werden grundsätzlich nicht erwünschte Tätigkeiten im allgemeinen unterbunden, nur in besonders gelagerten Fällen werden sie gestattet. Diese Form der Aufsicht über wirtschaftliche Betätigung ist selten zu finden, da mit kaum einem Tätigkeitsfeld so erhebliche Gefahren verbunden sind, dass diese ein (präventives) Verbot erfordern. Im Wirtschaftsverwaltungsrecht scheint kein Genehmigungstatbestand zu existieren, der als präventives Verbot mit **Befreiungsmöglichkeit** eingeordnet werden kann. Selbst bei der Genehmigung einer Anlage nach § 4 BImSchG – was zwar nicht direkt dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zugeordnet wird, aber großen Bezug zur Wirtschaft hat – handelt es sich lediglich um ein zu beseitigendes präventives Verbot, das mit einem **Erlaubnisvorbehalt** (Kontrollerlaubnis) versehen ist (arg. § 6 I BImSchG). Als Beispiel für ein Verbot mit Befreiungsmöglichkeit lässt sich aber § 31 BauGB anführen, wonach unter bestimmten Bedingungen eine „Befreiung“ von zwingenden Vorschriften eines Bebauungsplans erteilt werden kann.

---

[501] Vgl. Gramlich, a. a. O., S. 601.
[502] Beispiel: Gewerbeschein (§§ 14, 15 I GewO) und Untersagung bei Unzuverlässigkeit gemäß § 35 GewO, vgl. unten, Teil 2, B., III., 3., a).
[503] Vgl. Gramlich, VerwArch 1997, 598 (600).
[504] Vgl. oben, Teil 2, I., 1.

d) Verbote mit Erlaubnisvorbehalt (Kontrollerlaubnis)

Im Wirtschaftsverwaltungsrecht ist die Kontrollerlaubnis ein häufig anzutreffendes Instrument der staatlichen Verwaltung, um die gewünschten gesetzlichen Ziele in diesem Bereich zu erreichen. Dieses Instrument der Verwaltung stellt sich als Mittelweg bei der Betrachtung der Schwere des Eingriffs in die durch das Genehmigungserfordernis beeinträchtigte Grundfreiheit des wirtschaftlich Tätigen dar. Es steht zwischen Verboten und Anzeigepflichten – insbesondere auch bezüglich der Schwere des Eingriffs in die Unternehmerfreiheiten – und gelangt in vielfältiger Weise und in den unterschiedlichsten Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts zum Einsatz. Mit Blick auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen wird eine Kontrollerlaubnis vom Gesetzgeber immer dann festgeschrieben, wenn zum Schutz der Allgemeinheit einerseits ein Verbot mit Befreiungsvorbehalt nicht erforderlich ist, andererseits eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt zur Kontrolle der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit nicht ausreicht, die zuständige Behörde vielmehr vor Aufnahme der Tätigkeit und auch in bestimmten zeitlichen Abständen während dieser Betätigung das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen aus Gründen der Gefahrenabwehr prüfen muss. Dieses Instrument dient daher nur der rechtzeitigen behördlichen Prüfung, ob die zum Schutz der Allgemeinheit notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind, um eine mit den Interessen der Gemeinschaft verträgliche wirtschaftliche Tätigkeit von ihrem Beginn an sicher zu stellen.[505]

Im Vergleich zum Verbot mit Befreiungsvorbehalt ist dieses Regulierungsinstrument dann weniger belastend und daher verhältnismäßig, da es die Unternehmerfreiheit in wesentlich geringerem Maße einschränkt. Auch bei der Gegenüberstellung mit der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt muss von Verhältnismäßigkeit ausgegangen werden, wenn nur auf diesem Wege die Allgemeinheit (und auch die Volkswirtschaft) vor den Gefahren der Ausübung bestimmter Tätigkeiten, die von besonderem Einfluss auf die Lage

[505] Vgl. Gramlich, VerwArch 1997, 598 (601).

des Einzelnen oder die Gesellschaft sind, durch dafür nicht geeignete Unternehmen geschützt werden kann.

So hat der Gesetzgeber für jede einzelne unternehmerische Tätigkeit bei der erstmalig durchzuführenden Wirtschaftsaufsicht und deren gesetzlicher Regelung zu entscheiden, welche Art staatlicher Kontrolle zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung und zur Erreichung anderer wesentlicher Ziele notwendig ist. Dabei ist unbedingt darauf zu achten, dass die gewählte Regulierungsmaßnahme die Unternehmerfreiheiten nicht unverhältnismäßig stark einschränkt.

Beispielhaft sei die Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften (§ 1 I 2 KWG) und zur Erbringung von Finanzdienstleistungen (§ 1 Ia 2 KWG) erwähnt. Beide Betätigungen sind gemäß § 32 I KWG bis zu Erlaubniserteilung verboten. Da hier jedoch nur vorab die Eignung des jeweiligen Unternehmens geprüft werden kann, die Betätigungen aber nicht als sozialschädlich verboten werden sollen, ist dieser Tatbestand nur als Verbot mit **Erlaubnisvorbehalt** (Kontrollerlaubnis) einzuordnen.[506] Dementsprechend hat der Antragsteller gemäß § 33 I KWG einen Rechtsanspruch auf die Erlaubnis, wenn keiner der in § 33 abschließend normierten Versagungsgründe vorliegt. Das bestehende Verbot hat nicht zur Folge, dass die unerlaubten Bankgeschäfte zivilrechtlich unwirksam wären, vielmehr ist davon auszugehen, dass sich das Verbot nur gegen das Institut, nicht jedoch gegen den Geschäftspartner richtet. Aus diesem Grund ist § 134 BGB nicht anwendbar, weshalb der Kunde das Kreditinstitut am geschlossenen Vertrag festhalten kann. Ist dieser rechtlich nachteilig für den Kunden, kann er sich über den Weg einer Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB von ihm lösen und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen.[507]

Auch ist hier – neben den weiter unten[508] aufgeführten Erlaubnissen – die Erlaubnis nach § 5 VAG als Kontrollerlaubnis einzuordnen. Damit soll im Bereich des Versicherungswesens vorab das Vorliegen der Zulassungs-

[506] Zum Banken- und Kreditwirtschaftsrecht vgl.: Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 143.
[507] Vgl. Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG-Kommentar, § 32, Rn. 12 ff.
[508] Vgl. unten, Teil 2, B., III., 3. und 4.

voraussetzungen durch die Versicherungsaufsicht überprüfbar werden.[509] Bei der Erlaubnis handelt es sich um einen begünstigenden gestaltenden Verwaltungsakt, der das generelle Gewerbeverbot des § 5 I VAG aufhebt. Damit begründet er auch gegenüber der Aufsichtsbehörde ein subjektives öffentliches Recht auf Ausübung des Versicherungsgewerbes. Weiterhin handelt es sich um einen gebundenen Verwaltungsakt, der nur dann zu versagen ist, wenn Versagungsgründe tatsächlich vorliegen.[510] Die in § 8 I VAG aufgezählten Kriterien betreffen die persönliche Eignung des Geschäftsleiters, die Wahrung der Belange der Versicherten und die dauernde Erfüllung der Verpflichtungen aus den Versicherungen. Auch hier sind die ohne Genehmigung abgeschlossenen Versicherungsverträge nicht unwirksam.[511]

3. Wirtschaftsverwaltungsakte im Allgemeinen

Wirtschaftsverwaltungsakte sind wegen der mit ihnen verbundenen Rechtsfolgen in unterschiedliche Kategorien einzuteilen. Nach der Art ihrer Regelungsinhalte lassen sich auch hier befehlende, rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte unterscheiden.[512] Diese Arten von Verwaltungsakten finden sich im gesamten Wirtschaftsverwaltungsrecht; mit ihnen ist die Verwaltung in der Lage, die Wirtschaft in der angestrebten Art zu lenken und die Allgemeinheit vor Gefahren aus der wirtschaftlichen Betätigung Einzelner zu schützen. Allerdings sind die Regulierungsinstrumente des Wirtschaftsverwaltungsrechts verschieden ausgestaltet, da sie den jeweiligen Zwecken des Tätigwerdens der Verwaltung entsprechen müssen, die je nach Rechtsgebiet völlig unterschiedlich gelagert sein können. Daher sollen zunächst die Regulierungsmöglichkeiten der Verwaltung in einzelnen Bereichen der Wirtschaftsverwaltung aufgezeigt werden:

a) Gewerbeordnung

Trotz umfangreicher staatlicher Lenkungs- und Förderungsmöglichkeiten wird man nach wie vor die **Gefahrenabwehr** als Hauptaufgabe der Wirt-

[509] Vgl. zum Versicherungswirtschaftrecht: Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 167 ff.
[510] Schmidt, in: Prölss, VAG-Kommentar, § 8, Rn. 5 ff.
[511] Schmidt, a. a. O., § 5, Rn. 2.
[512] Zu diesen Kategorien vgl. oben, Teil 2, B., I., 3., 4. und 5.

schaftsverwaltung bezeichnen können. Im Gegensatz dazu steht der das Besondere Wirtschaftsverwaltungsrecht prägende Grundsatz der Gewerbefreiheit. Trotzdem droht der Allgemeinheit mancherlei Gefahr durch Gewerbetreibende oder Gewerbebetriebe. Daher hält die Gewerbeordnung als „Urmutter“ der durch die Wirtschaftsverwaltung vorzunehmenden Gefahrenabwehr ein abgestuftes rechtstechnisches Instrumentarium zur Überwachung von Gewerbebetrieben und damit der Wirtschaft[513] bereit.

In der Gewerbeordnung werden das stehende Gewerbe, das Reisegewerbe und der Marktverkehr unterschieden.[514] Für den Betrieb eines stehenden Gewerbes hält die Gewerbeordnung im Regelfall keine Kontrollerlaubnis, sondern eine genehmigungsfreie **Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt** für angemessen. Zur Ausübung der ordnungs- und steuerrechtlichen Befugnisse der Behörden ist es dennoch erforderlich, den Betrieb eines stehenden Gewerbes anzuzeigen (§ 15 I GewO, „Gewerbeschein“). Der Verbotsvorbehalt, der zur Untersagung des Gewerbebetriebs führt, wenn die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf sein Gewerbe festgestellt ist, stellt sich demnach nicht als Beispiel für eine Kontrollerlaubnis im Wirtschaftsverwaltungsrecht dar. Im Betrieb eines stehenden Gewerbes wurde vom Gesetzgeber in der Regel nicht soviel Gefahrenpotenzial erblickt, dass dafür ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt erforderlich war.

Anders wurde die Lage beim Betrieb von enumerativ in der Gewerbeordnung genannten Fällen, vor allem bei „gefährlichen“ oder „anrüchigen“ gewerblichen Tätigkeiten[515], eingeschätzt, weshalb diese nur nach Erteilung einer sog. **Personalkonzession** ausgeübt werden dürfen. Diese Genehmigung ist an die Person des Bewerbers gebunden und verlangt von diesem die Erfüllung bestimmter Anforderungen (§§ 30 bis 34c GewO). Weiterhin kennt das Gewerberecht auch sog. **Sacherlaubnisse**. Diese beziehen sich auf Anlagen eines Gewerbebetriebs, die in überwachungs- und genehmigungsbedürftige zu unterteilen sind. Erstere werden in

[513] Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 5.
[514] Stober, a. a. O., S. 17.
[515] Arndt, in: Steiner, Rn. 276.

§ 2 VII Geräte- und Produktsicherheitsgesetz abschließend aufgeführt, sie sind nicht zwangsläufig genehmigungspflichtig. Für letztere seien gentechnische Anlagen und Abfallbeseitigungsanlagen angeführt (§ 8 I 2 GenTG und § 4 I 1 BImSchG). In diesen Fällen ist damit der Betrieb einer solchen Anlage nur nach Erteilung einer **Kontrollerlaubnis** zulässig, die zur Gefahrenabwehr für erforderlich gehalten wird.

Im Gegensatz zum grundsätzlich erlaubnisfreien Betreiben eines Gewerbes steht das Erfordernis einer Erlaubnis zum Betreiben eines Reisegewerbes, in Form der sog. Reisegewerbekarte. Hier soll das **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** zum Schutz der Allgemeinheit vermeiden, dass bei einer Geschäftstätigkeit außerhalb einer ständigen gewerblichen Niederlassung bzw. ohne gewerbliche Niederlassung unlautere Geschäftsmethoden angewandt, die Gewerbetreibenden aber nicht (mehr) belangt werden können.[516] Grund für die Kontrollerlaubnis ist im vorliegenden Fall, wie oft im Gewerberecht, der Schutz der Allgemeinheit und damit die Gefahrenabwehr.

b) Gewerbenebenrecht

Zum Gewerbenebenrecht werden die klassischen Rechtsgebiete des Gaststätten- und Handwerksrechts (sogleich aa) und nachfolgend bb)) gezählt. Neben weiteren Rechtsgebieten gehören nach allgemeiner Auffassung auch die Regelungen des Verkehrsgewerbe- und Beförderungsrechts (anschließend cc)) zum Bereich des Gewerbenebenrechts, die wegen der insbesondere im Beförderungsrecht und vor allem im öffentlichen Nahverkehr bestehenden Verpflichtung der Daseinsvorsorge nicht geringe Ähnlichkeit zum Telekommunikationsrecht und der dort gegebenen Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen haben und deshalb auch hier behandelt werden sollen. Im Einzelnen:

[516] Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., § 46 II 2.

aa) Gaststättenrecht

Als ein Ausschnitt des Gewerbenebenrechts regelt das Gaststättenrecht das Betreiben eines stehenden Gaststättengewerbes oder eines Reisegaststättengewerbes mit ortsfester Betriebsstätte. Wer ein Gaststättengewerbe betreiben will, bedarf gemäß § 2 I GastG grundsätzlich einer **Erlaubnis**. Die Gründe, die zur Versagung dieser Erlaubnis führen, sind abschließend in § 4 GastG aufgeführt. Dem Betrieb eines Beherbergungsgewerbes, einer Schank- oder Speisewirtschaft ist damit eine **klassische Kontrollerlaubnis** (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) vorgeschaltet.[517] Ausnahmen dazu sind sogenannte besondere Gaststättenerlaubnisse und der erlaubnisfreie Betrieb. Letzterer kommt nur in Betracht bei Straußwirtschaften (§ 14 GastG), der Verabreichung von alkoholfreien Getränken und zubereiteten Speisen in räumlicher Verbindung mit Lebensmittelhandel oder -handwerk (§ 2 III GastG), der Verabreichung von unentgeltlichen Kostproben (§ 2 II Nr. 2 GastG) und von Milch, Milcherzeugnissen und alkoholfreien Milchmischgetränken (§ 2 II Nr. 1 GastG) sowie der Verabreichung alkoholfreier Getränke aus Automaten (§ 2 II Nr. 3 GastG).

Als besondere Erlaubnisse in diesem Bereich sind die vorläufige und die vorübergehende Erlaubnis zu nennen. Eine **vorläufige** Erlaubnis wird Personen, die einen erlaubnisbedürftigen Gaststättenbetrieb von einer anderen Person übernehmen wollen, zur Ausübung des Gewerbes bis zur Erteilung der endgültigen Erlaubnis auf Widerruf erteilt (§ 11 GastG). Sinn dieser Erteilung ist es, die Kontinuität des Betriebs zu sichern und der Verwaltung eine Beobachtungsphase zuzugestehen. Aus besonderem Anlass kann gemäß § 12 GastG der Betrieb eines erlaubnisbedürftigen Gaststättengewerbes unter erleichterten Voraussetzungen **vorübergehend** gestattet werden. Mit dieser Erlaubnisart will man dem Bedürfnis nach gaststättengewerblicher Versorgung bei kürzeren oder zeitlich festgelegten Ereignissen nachkommen.

[517] Vgl. Stober, a. a. O., § 47 II 1.

bb) Handwerksrecht

Das Handwerksrecht, das früher[518] Bestandteil der Gewerbeordnung war, dient – im Gegensatz zur GewO – weniger dem Schutz vor Gefahren als vielmehr dem Schutz und der Förderung dieses für den gewerblichen Mittelstand unentbehrlichen Wirtschaftszweiges. Auf Grund dieser Zielsetzung erklärt es sich, dass die für den Betrieb eines Handwerks erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle der Erteilung einer Gewerbeerlaubnis entspricht, sich also als **Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt** darstellt, die jedoch an subjektive Zulassungsvoraussetzungen geknüpft ist. So wird in die Handwerksrolle nur eingetragen, wer eine Meisterprüfung[519] bestanden hat (§ 7 I a HandwerksO).

Diese Beschränkung galt lange Zeit für alle Handwerksberufe. Mit der Novelle der Handwerksordnung[520], in Kraft getreten zum 1. Januar 2004, wurde diese Voraussetzung mit Blick auf den europäischen Binnenmarkt, den deutschen Arbeitsmarkt und die neue Rechtsprechung des BVerfG[521] auf besonders für die Gesundheit des Einzelnen potenziell gefährliche Handwerke beschränkt. Nunmehr werden nicht nur natürliche, juristische Personen und Personengesellschaften in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die notwendigen Voraussetzungen erfüllt (§ 7 I 1 HandwO). Mit einem zulassungspflichtigen Handwerk eingetragen werden ferner Ingenieure, Hochschulabsolventen und Personen mit ähnlichen Abschlüssen (§ 7 II HandwO). Weiterhin wurde mit § 7 b HandwO eine sog. „Altgesellenregelung“ geschaffen, nach der ein Geselle eine Ausübungsberechtigung für fast alle Handwerke[522] erhält, wenn er in dem zu betreibenden Handwerk eine Gesellenprüfung bestanden und mindestens sechs Jahre, davon insgesamt vier Jahre in leitender Stellung, tätig gewe-

[518] So in der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 (abgedruckt bei Stober, Quellen, S. 152).
[519] Sogenannter „Großer Befähigungsnachweis“.
[520] Artikel 69 des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BGBl. I, 2848, ausgegeben zu Bonn am 27. Dezember 2003); Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen (BGBl. I, 2933, ausgegeben zu Bonn am 29. Dezember 2003); Artikel 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften (BGBl. I, 2934, ausgegeben zu Bonn am 29. Dezember 2003)
[521] BVerfG, 1 BvR 608/99 vom 31. März 2000, GewArch 2000, 240 ff. und BVerfG, 1 BvR 2176/98 vom 27. September 2000, GewArch 2000, 480 ff.
[522] Diese Regelung gilt nicht für die in den Nummern 12 und 33 bis 37 der Anlage A zur HandwO genannten Handwerke.

sen ist. Weiterhin wurde eine Korrektur der Abgrenzung der Hilfsbetriebe vorgenommen (§ 3 HandwO). Für eine weitere Liberalisierung sorgte die Überarbeitung der Anlagen A und B zur Handwerksordnung, nach der von den 94 Vollhandwerken 41 Handwerke in der Anlage A verblieben sind, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können. Anlage B, 1. Abschnitt enthält seit der Novelle 53 Gewerbe, die als zulassungsfreie Handwerke betrieben werden können, für deren Ausübung kein Qualifikationsnachweis mehr erforderlich ist.

In seiner früheren Rechtsprechung hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der Meisterprüfung als subjektive Zulassungsschranke nicht in Frage gestellt, allerdings können die unterschiedlich strukturierten Handwerksberufe kaum pauschal an Art. 12 GG gemessen werden. Besonders problematisch ist diese Zulassungsschranke bei Berufen, die an der Grenze zwischen Industrie, Handwerk, Minderhandwerk und Handwerksähnlichkeit liegen.[523] Daher hat das Gericht in den zuvor genannten Entscheidungen dargelegt, dass die HandwO empfindliche Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 GG enthält und daher bei ihrer Anwendung strikt ausgelegt werden muss. Insbesondere müssten die Tätigkeiten danach unterschieden werden, ob sie den Kernbereich des Handwerks beträfen oder eher als Hilfs- oder Nebenbetriebe einzuordnen wären. Dies trug nicht unwesentlich zur Novellierung des Handwerksrechts bei.

cc) Verkehrsgewerberecht

Als Erscheinungsform des Gewerbenebenrechts ist das Verkehrsgewerberecht wirtschaftsüberwachungsrechtlich geprägt. Daneben existieren in diesem Rechtsgebiet seit längerem wirtschaftslenkende Elemente, die aber in jüngerer Zeit auf Grund der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklung immer mehr abgebaut werden (z. B. Aufhebung des Tarifzwangs im Güterverkehr,[524] Entmonopolisierung des Schienenverkehrs,[525] Liberalisierung des Luftverkehrs einschließlich Privatisierung der Lufthansa[526] und Einführung

[523] Vgl. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 103.
[524] Tarifaufhebungsgesetz vom 13. August 1993 (BGBl. I, 1489), in Kraft getreten am 1. Januar 1994.
[525] Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (BGBl. I,. 2378), in Kraft getreten am 1. Januar 1994.
[526] Luftverkehrsnachweissicherungsgesetz vom 5. Juni 1997 (BGBl I, 1322), in Kraft getreten zum 1. Juli 1997.

des Wettbewerbsprinzips bei den Bodenabfertigungsdiensten auf Flugplätzen[527]). Insgesamt betrachtet befindet sich der Staat auf dem Rückzug aus der öffentlich-rechtlichen Verkehrsmarktordnung, insoweit bestehen also Parallelen zum Telekommunikationsrecht. Die Privatisierung und Liberalisierung auch dieses Rechtsgebietes wird begleitet von Bestrebungen der Deregulierung und Entbürokratisierung. Beispielsweise sei für diesen „Entschlackungsprozess“ das neue Kraftverkehrsrecht[528] genannt. Obwohl große Fortschritte hinsichtlich einer Liberalisierung zu verzeichnen sind, steht eine weit gehende Vereinheitlichung der Marktbedingungen noch aus.[529]

Trotzdem müssen auch in diesem Wirtschaftszweig, aus Gründen der fortbestehenden Gewährleistungsverantwortung des Staates, der Marktöffnung Grenzen gezogen werden. Die verkehrswirtschaftlichen Überlegungen haben ihren Niederschlag in einzelnen Rechtsgrundlagen des Verkehrsgewerbe- und Beförderungsrechts gefunden, im Einzelnen im Personenbeförderungsgesetz (PBefG), im Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG), im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG), im Binnenschifffahrtsaufgabengesetz und im Luftverkehrsgesetz (LuftVG). Diese Bundesgesetze werden durch Landesrecht, z. B. durch die Eisenbahngesetze der Länder, und eine Vielzahl von Verordnungen ergänzt.

Die verkehrsgewerbliche **Genehmigung** hat einen Doppelcharakter; in ihr werden objektive und subjektive lenkungs- und überwachungsrechtliche Zulassungsbedingungen kombiniert. Mit Hilfe der lenkungsrechtlichen Elemente will der Staat den Verkehr im Sinne einer optimalen Verkehrsbedienung steuern. Das geschieht durch Bedürfnis- oder Kontingentierungsbestimmungen.[530] Außerdem wird eine Versagung vorgeschrieben, wenn die Aufnahme des Verkehrsbetriebs mit den öffentlichen Interessen an der Aufrechterhaltung einer geordneten Beförderung unvereinbar ist.[531] In die Genehmigung integriert sind zudem gewerberechtliche Elemente,

[527] Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 272, S. 36
[528] Güterkraftverkehrsgesetz vom 22 Juni 1998 (BGBl. I, 1485), in Kraft getreten am 1. Juli 1998. In § 3 der Neuregelung wird hier der Terminus Erlaubnis, nicht mehr der der Genehmigung (§ 10 I, II GüKG a. F.) gebraucht.
[529] Vgl. zum Ganzen ausführlicher: Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 126.
[530] Stober, a. a. O., S. 134.
[531] § 13 II, IIa, IV PBefG, § 21 I LuftVG.

durch die der Staat gesundheitliche und vermögensrechtliche Gefahren für Benutzer, Arbeitnehmer der Transportunternehmen und die Allgemeinheit abwenden will, die durch die Ausübung des Verkehrsgewerbes drohen. Dazu fordert der Staat eine Zuverlässigkeits- und Sachkundeprüfung vor Aufnahme der Tätigkeit (§ 13 I Nr. 3 PBefG). Außerdem muss die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmers gewährleistet sein, die durch eine bestimmte Eigenkapitalsumme nachgewiesen wird.[532] Weitere Gründe für nicht gegebene finanzielle Leistungsfähigkeit sind die Gefährdung der Zahlungsfähigkeit und bestehende Auslagenrückstände aus unternehmerischen Tätigkeiten.[533]

Die Beförderungsgenehmigung wird dem Unternehmer durch Aushändigung einer Genehmigungsurkunde erteilt.[534] Gemäß § 20 PBefG sind auch einstweilige Genehmigungen zulässig. Die Beförderungsgenehmigung wird auf Grund eines unterschiedlich ausgestalteten Verwaltungsverfahrens erteilt, das teilweise umfassende Anhörungen vorsieht[535], Abwägungen erfordert und Fristsetzungen enthält[536]. Teilweise darf die Erlaubnis nur mit Bedingungen und Auflagen versehen[537] oder nur befristet erteilt werden[538].

Besonderes Kennzeichen des Verkehrs- und Beförderungsrechts ist die Einwirkung des Staates auf die **Preisgestaltung**.[539] Zwar gilt im Hinblick auf den EG-Binnenmarkt auch hier, dass die Marktkräfte die Preishöhe bestimmen sollen, die Privatautonomie auf dem Sektor der Preisgestaltung wird aber nur schrittweise verwirklicht.[540] Für den Güterverkehr ist die Tarifierung bereits mit dem Tarifaufhebungsgesetz aus dem Jahr 1993[541] weggefallen, was teilweise zu einem Preisverfall führte. Hingegen sind die in der Personenbeförderung tätigen Unternehmen wie Eisenbahnen, Straßenbahnen oder Omnibusunternehmen nach wie vor verpflichtet, für

[532] Richtlinie des Rates vom 1.10.1999, ABl. EG Nr. L 277 vom 14.10.1999; § 2 I Nr. 2 PBZugV.
[533] Vgl. § 2 PBZugV; § 2 GüKVZugV.
[534] Vgl. § 15 II 1 PBefG.
[535] Vgl. z. B. § 14 PBefG.
[536] Vgl. § 15 PBefG.
[537] Vgl. § 13 GüKG; § 15 III PBefG.
[538] Vgl. § 20 I LuftVG; § 16 PBefG.
[539] Dazu BVerwG, NJW 1976, 2140 f.
[540] EuGH, NJW 1994, 307f.
[541] Tarifaufhebungsgesetz vom 13. August 1993, BGBl. I, 1489.

bestimmte Verkehre Tarife aufzustellen.[542] Die Tarifentscheidungen bedürfen regelmäßig der Zustimmung einer Genehmigungsbehörde (oder des zuständigen Ministeriums).[543] Das Zustimmungsverfahren bezweckt, den Anspruch des Unternehmers auf ein angemessenes Beförderungsentgelt mit den Interessen der Allgemeinheit soweit wie möglich auszugleichen,[544] es ist als Verfahren der Missbrauchsaufsicht zu charakterisieren.[545] Bei der Zustimmung der Behörde zu den vom Unternehmer vorgesehenen Tarifen handelt es sich um einen gestaltenden Verwaltungsakt, der dem Unternehmer nicht nur gestattet, die Tarife anzuwenden, sondern ihn dazu verpflichtet. Sie werden mit der Zustimmung außerdem allgemeinverbindlich,[546] liegen damit jedem vom Unternehmer geschlossenen Beförderungsvertrag zu Grunde, gestalten damit auch Privatrecht. Des Weiteren handelt es sich bei den genehmigten Tarifen um Festpreise, die der Unternehmer weder über- noch unterschreiten darf.[547] Insoweit bestehen hier nicht unwesentliche Parallelen zur Entgeltgenehmigung im Telekommunikationsrecht, obgleich mit dieser noch weitere Ziele verfolgt werden.[548]

c) Energiewirtschaftsrecht

Auch das Energiewirtschaftsrecht hat mit dem Telekommunikationsrecht einige Gemeinsamkeiten: Zum einen stellt sich die Versorgung mit elektrischer Energie ebenso wie die Bereitstellung von Telekommunikationsdienstleistungen als Leistung der Daseinsvorsorge dar. Weiterhin sind die in der Energiewirtschaft tätigen Unternehmen, um ihre Leistungen anbieten zu können, ebenso wie die Telekommunikationsdiensteanbieter auf einen Zugang zum Abnehmer angewiesen, der oft nur durch die Verbindung von Netzen möglich ist. Durch die Leitungsgebundenheit stellt sich auch in diesem Regelungsgebiet die Frage nach einem diskriminierungsfreien Netz-

[542] § 12 II AEG, § 8 II Allgemeines Magnetschwebebahngesetz; Fromm/Fey/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, § 39 PBefG, Rn. 1.
[543] § 39 I PBefG, § 12 III i. V. m. § 5 III, IV AEG.
[544] BVerfGE 42, 191 (200).
[545] Fromm/Fey/Sellmann/Zuck, a. a .O., Rn. 6.
[546] Fromm/Fey/Sellmann/Zuck, ebd.; BVerwGE 95, 133 ff.; anders dagegen die Genehmigung der Tarife nach § 12 BTO Elt, die lediglich eine öffentlich-rechtliche Gestattung zur zivilrechtlichen Umsetzung der genehmigten Preise darstellt.
[547] Vgl. § 39 III PBefG.
[548] Dazu vgl. Teil 1, B., II., 2., b).

zugang in Gestalt der Mitbenutzbarkeit fremder Leitungsnetze.[549] Dem gegenüber und damit die Liberalisierung[550] nicht erleichternd steht die besondere Infrastruktur- und Gewährleistungsverantwortung des Staates, ähnlich wie bereits im Personennahverkehr und, wie durch die Universaldienstleistungsregelungen im TKG 1996 festgehalten, auch bei der Versorgung der Allgemeinheit mit Telekommunikationsdienstleistungen.

Auch auf diesem Rechtsgebiet wird das nationale Recht der EU-Mitgliedsstaaten immer mehr durch die europäische Gesetzgebung beeinflusst. Allerdings unterscheidet sich die Situation von der im Telekommunikationsrecht, denn für die Energiewirtschaft existiert auf europäischer Ebene weder ein einheitliches Energiewirtschaftskonzept noch eine europäische Energiewirtschaftsverfassung.[551] Trotzdem wird in zahlreichen EG-Energierichtlinien und EG-Energieleitlinien[552] und durch andere Rechtsetzungszuständigkeiten der EG[553] die Realisierung eines wettbewerblich organisierten Binnenmarktes auf dem Energiesektor durch Lockerung bzw. Aufhebung vorhandener wettbewerbsverzerrender Monopole, Wettbewerbsorientierung, Interoperabilität der Netze, Marktöffnung und Bevorzugung von erneuerbaren Energien angestrebt. Mit Erlass der so genannten Beschleunigungsrichtlinien[554] wurde auf europäischer Ebene die zweite Phase der Regulierung auf dem Sektor der Energieversorgung eingeleitet.[555] In Bezug auf die Entgeltregulierung des Netzzugangs sind in diesen wenig präzise Vorgaben enthalten. Die Netzzugangsentgelte sollen lediglich objektiv, nicht diskriminierend und kostenorientiert sein.[556] Die Regulierungsbehörden werden weiterhin ermächtigt, die Entgelte so zu gestalten, dass die

[549] So auch Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 208.
[550] Der Liberalisierung des deutschen Energiewirtschaftsrechts wurde durch das Inkrafttreten des neuen EnWG zum 29. April 1998 (vom 24. April 1998, BGBl. I, 730) der Weg bereitet.
[551] Vgl. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 209.
[552] So z. B. Gas- und Strompreisrichtlinie vom 26. Juni 1990, ABl. EG Nr. L 185, S. 16; Transitrichtlinie vom 17. September 1990, ABl. EG Nr. L 297, S. 1; Richtlinie für den Elektrizitätsbinnenmarkt vom 19. Dezember 1996, ABlEG Nr. L 27, S. 20; Richtlinie zum Gasbinnenmarkt vom 22. Juni 1998, ABl. EG Nr. L 204, S. 1.
[553] Art. 3 I lit. u EGV (Maßnahmen im Bereich der Energie); Art. 175 II EGV (umweltrechtliche Gesichtspunkte der Energieversorgung); Art. 154 I EGV (Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze im Bereich Energieinfrastruktur).
[554] Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 2003/54/EG vom 26. Juni 2003, ABl. EG Nr. L 176, 37; Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie 2003/55/EG vom 26. Juni 2003, ABl. EG Nr. L 176, 57; beide umzusetzen bis zum 1. Juli 2004.
[555] Theobald/Hummel, N&R 2004, 2 (3).
[556] Erwägungsgrund 13 und 17 sowie Art. 20 I der Richtlinie 2003/54/EG und Erwägungsgründe 7, 15 und 16 sowie Art. 19 I der Richtlinie 2003/55/EG; vgl. Kühling, N&R 2004, 12 (12).

Investitionen in die Netze gewährleistet und die Tarife angemessen sind, und dazu die Methoden der Entgeltregulierung vorab festzulegen.[557]

Mit Blick auf die Globalisierung auch der Energiemärkte sind in den letzten Jahren internationale Bemühungen zur Schaffung einer sicheren und umweltgerechten Energieversorgung unternommen worden. Diese mündeten in der Internationalen Energieagentur[558] der OECD-Staaten und einer Energiecharta[559], die 51 Länder unterzeichneten.

Das nationale Energiewirtschaftsrecht ist ebenso wie das europäische von einer Vielzahl von Normierungen und Gesetzeszwecken gekennzeichnet. Es regelt nicht ausschließlich die Gefahrenabwehr und in diesem Zusammenhang wirtschaftsüberwachende oder -lenkende Maßnahmen, sondern enthält zudem infrastrukturelle, wirtschaftsplanende und ökologische Elemente. Die einzelnen Gesetze[560] orientieren sich entweder an der jeweiligen Tätigkeit der Energiewirtschaft oder an den Gesetzeszwecken.[561] Das geltende Energiewirtschaftsrecht beruht auf einem energiepolitischen Gesamtkonzept[562] der Bundesregierung. Mit ihm wurde einer der letzten großen Monopolbereiche für den Wettbewerb geöffnet. Dies entspricht dem allgemeinen Trend zur Liberalisierung von öffentlich beherrschten Wirtschaftszweigen.[563] In diesem Zusammenhang sollen die Staatsaufsicht zurückgeführt und die Investitionsaufsicht abgeschafft werden. Dies wird durch die kartellrechtliche Beseitigung der geschlossenen Versorgungsgebiete[564] erreicht und durch die Zulassung des freien Leitungsbaus unterstützt. Die Gewerbefreiheit und die Möglichkeit des Energiehandels wurden

[557] Art. 23 I lit. a Satz 2 Richtlinie 2003/54/EG, Art. 23 II lit. a Satz 2 Richtlinie 2003/55/EG; Art. 24 IV Richtlinie 2003/54/EG, Art. 25 IV Richtlinie 2003/55EG; Art. 23 II Richtlinie 2003/54/EG, Art. 25 II Richtlinie 2003/55/EG.
[558] BGBl. 1975 II, 739.
[559] Gesetz zum Vertragswerk vom 17. Dezember 1994 über die Energiecharta vom 20. Dezember 1996, BGBl. 1997 II, 4; BT-Drs. 13/5742 und BR-Drs. 912/96.
[560] Z. B. Energiewirtschaftsgesetz, EEG (Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien), Atomgesetz, Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, Energiesicherungsgesetz, Erdölbevorratungsgesetz, Wirtschaftssicherungsgesetz, Stromeinspeisungsgesetz, Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz, Fünftes Verstromungsgesetz u. a.
[561] Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 212.
[562] BT-Drs. 12/1799 und 12/562.
[563] Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 216.
[564] Durch Streichung der §§ 103 und 103a GWB und die Unterstellung der Versorgung unter das allgemeine Kartellrecht über die Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender und relativ marktstarker Unternehmen nach §§ 22, 26 II GWB a. F. Zweck ist es, jedem Strom- oder Gasanbieter die Möglichkeit, jeden Kunden über eine Direktleitung zu beliefern, zu eröffnen.

durch den verhandelten Netzzugang[565] und im Ausnahmefall das Alleinkäufermodell gewährleistet.[566] Zur Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien soll der deutsche Strom- und Gasmarkt ab Juli 2004 der Aufsicht einer staatlichen Regulierungsbehörde unterworfen werden.[567] Diese soll die Überwachung der Energieversorgungsnetze übernehmen, um einen Wettbewerb langfristig gewährleisten zu können. Dazu werden von ihr Regelungen aufgestellt und kontrolliert, die Netzanschlussbedingungen und -zugang festlegen. Damit wird ein „regulierter" Netzzugang eingeführt werden.. Die Umsetzung geschieht durch eine Novellierung des EnWG. Der Regierungsentwurf wurde am 28. Juli 2004 vom Bundeskabinett beschlossen.[568]

Abweichend von der Entwicklung der Regulierung des Telekommunikationssektors war der Energiemarkt bisher von Selbstverpflichtungen der Wirtschaft[569] geprägt. Dieser auf dem Prinzip der Selbstverantwortung beruhende Ansatz wurde gewählt, um den Wettbewerb im Wege eines Konsenses der Beteiligten, nicht durch die Regulierung des Staates[570] zu schaffen. Diese besondere Entwicklung schloss jedoch nicht aus, dass zukünftig auch Stromnetze zu telekommunikationsrechtlichen Zwecken genutzt werden und damit die Erforderlichkeit einer Stromregulierungsbehörde[571] oder einer Einbindung dieser Leistungen in das Telekommunikationsrecht erforderlich wird. Aber auch das Fehlen wettbewerbstauglicher Netzzugangsregulierungen führte dazu, dass sich Wettbewerb allenfalls unter größeren Stromabnehmern entwickeln konnte.[572] Diese Probleme und Aufgaben sollen mit der Novellierung des EnWG im Jahr 2004 beseitigt

[565] Parallele zum Telekommunikationsrecht und dem dort gegebenen Vorrang der Verhandlung vor der Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 37 I TKG 1996.
[566] Vgl. näher zum Ganzen: Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 216 f.
[567] Unterrichtung der Bundesregierung, BT-Drs. 15/1510, Antwort (BT-Drs. 15/2126) der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der CDU/CSU-Fraktion (BT-Drs. 15/2015); vgl. Art. 2 des Entwurfs des zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, www.bmwa.bund.de/Navigation/Technologie-und-Energie/Energiepolitik/liberalisierung.html.
[568] Vgl. http://iwr.de/recht/enwg_kabinett.html.
[569] So die Verbändevereinbarung „Strom II plus", die durch eine Novelle des EnWG (Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 20. Mai 2003, BGBl. I, 686) „verrechtlicht" wurde, in ihrer Wirksamkeit aber bis 31. Dezember 2003 begrenzt war. Danach bestand die Pflicht, anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für Durchleitungen zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die „guter fachlicher Praxis" entsprechen.
[570] So durch eine Netzzugangsverordnung, wie sie im Telekommunikationsrecht existiert.
[571] Nach dem Britischen Vorbild des Office of Electricity Regulation.
[572] Vgl. die Unterrichtung der Bundesregierung, BT-Drs. 15/1510.

bzw. erfüllt und die Regulierung des Energiemarkts künftig der RegTP übertragen werden.[573]

§ 3 II EnWG in der bisher geltenden Fassung sieht eine Genehmigungspflicht für die Aufnahme der Energieversorgung vor. Diese wird erteilt, wenn der Antragsteller verschiedene subjektive und objektive Bedingungen erfüllt. Objektive Voraussetzung der Genehmigungserteilung ist, dass die Aufnahme der Versorgung nicht zu ungünstigeren Versorgungsbedingungen führt, womit das Herausbrechen attraktiver Versorgungsbereiche verhindert werden soll. Damit besitzen diese Kriterien wirtschaftslenkenden und konkurrenzschützenden Charakter, weshalb ihre Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht bezweifelt wird.[574] Zu den subjektiven Voraussetzungen gehören die üblichen gewerberechtlichen Genehmigungsanforderungen an die Aufnahme und den Betrieb eines Unternehmens, namentlich die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Antragstellers, also wirtschaftsüberwachungsrechtliche Motive. Auch diese Genehmigung stellt sich somit als klassische **Kontrollerlaubnis** dar.

Anders als die Aufnahme der Versorgung bedarf die Errichtung und der Betrieb von Energieanlagen gemäß § 16 EnWG keiner Genehmigung. In diesem Zusammenhang ist die den Energiemarkt prägende Regelung des § 4 IV EnWG zu erwähnen, nach der das Übertragungsnetz als eigene Betriebsabteilung getrennt von der Erzeugung und Verteilung sowie von den übrigen Tätigkeiten des Unternehmens zu führen ist. Diese Trennung wird als Grundvoraussetzung des Wettbewerbs auf diesem Markt betrachtet und ist im Gegensatz zum Telekommunikationsrecht gesetzlich normiert. Eine spezielle Norm für die Aufhebung der Genehmigung sieht das EnWG nicht vor; es wird auf §§ 48 ff. VwVfG und bei persönlicher Unzuverlässigkeit auf § 35 GewO zurückzugreifen sein.[575]

Als Besonderheit dieses Rechtsgebietes existiert – wie in anderen von der Daseinsvorsorge des Staates geprägten Wirtschaftsbereichen – ein Preis- und Konditionenrecht. § 11 EnWG enthält eine Ermächtigung des Bundes-

[573] So die Unterrichtung der Bundesregierung, a. a. O.
[574] Dazu vgl. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 220; Britz, EuZW 1997, 334 (337).
[575] Stober, a. a. O., S. 221.

wirtschaftsministers zur Preisfestsetzung und zur Gestaltung der allgemeinen Versorgungsbedingungen der Unternehmen. Diese wurde durch den Erlass der BTOElt und BTOGas genutzt, wobei erstere detaillierte Vorschriften über Stromtarife enthält, während die zweite nur die Tarifstruktur festlegt. Die BTOElt enthält neben preisstrukturellen auch Preisniveauregelungen. Durch die AVBEltV und die AVBGasV wurden weiterhin die allgemeinen Versorgungsbedingungen mit Regelungen zu Kündigungen, Vertragsschluss und weiteren wesentlichen Fragen der Vertragsabwicklung erlassen. Nach § 1 I 2 AVBEltV sind die Bedingungen, die in den §§ 2 bis 34 AVBEltV geregelt sind, Bestandteil jedes Versorgungsvertrages, insoweit also privatrechtsgestaltend, da es sich sowohl beim Kunden als auch beim Versorgungsunternehmen um Personen des Privatrechts handelt, die mit dem Versorgungsvertrag ein zwar vom öffentlichen Recht stark beeinflusstes, aber dennoch privatrechtliches Rechtsverhältnis begründen.

Die preisstrukturellen Regelungen der BTOElt dienen als Vorgaben für die bei den EVU stattfindende Preisbildung, weshalb es sich nicht um eine direkte staatliche Preisfixierung handelt.[576] Lediglich die Preisfestsetzung für Tarifkunden unterliegt einem Genehmigungsvorbehalt. Die Tarifgenehmigung wird nach § 12 II BTOElt 1990 nur erteilt, wenn das EVU ihre Notwendigkeit in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung nachweist. Zudem ist bei der Genehmigung besonders die Kosten- und Erlöslage der einzelnen Bedarfsarten zu berücksichtigen.[577] Damit unterliegen die konkret gebildeten Preise einer hoheitlichen Gestattung, ist die Anwendung des Preises ohne eine Genehmigung durch das EVU grundsätzlich unzulässig.[578] Die Genehmigung nach § 12 BTOElt hat lediglich eine öffentlich-rechtliche Gestattung für die EVU zum Inhalt, die sie zur zivilrechtlichen Umsetzung der genehmigten Preise ermächtigt.[579] Sie ist damit als Genehmigungserfordernis der Umsetzung der genehmigungsbedürftigen Tarife in die Praxis vorgeschaltet.[580] Die preisbehördliche

[576] Büdenbender, Kartellaufsicht, S. 201.
[577] Wirths, S. 52.
[578] Büdenbender, Kartellaufsicht, S. 202.
[579] Fromm/Frey/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, § 9 PBefG, Rn. 6; BVerwGE 95, 133 (135).
[580] Büdenbender, Kartellaufsicht, S. 203.

Entscheidung bedeutet keine unmittelbare Preisfestsetzung, sondern eine Ermächtigung zugunsten des EVU, die genehmigten Preise als Höchstpreise zu verlangen. Das EVU wird damit angehalten, zumindest keine höheren als die genehmigten Preise im Verhältnis zu den Kunden zu fordern.[581] Damit haben die Strompreisgenehmigungen gemäß § 12 BTOElt grundsätzlich keine privatrechtsgestaltende Wirkung. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass eine befristete Genehmigung ausläuft und eine neue Genehmigung noch nicht rechtzeitig beantragt ist. Dann trifft die Behörde eine vorläufige Regelung über den Tarif.[582] Festzuhalten ist, dass im Energiesektor bisher nur bei Endkundenentgelten ein effizienzorientierter Preiskontrollmaßstab[583] besteht.[584]

Die Entgeltregulierung auf dem Vorleistungsmarkt wird durch die Novelle des EnWG, mit der die Beschleunigungsrichtlinien in nationales Recht umgesetzt werden sollen, im Wege der Festlegung wesentlicher Regulierungsinhalte für die Strom- und Gasmärkte erfolgen.[585] Sie wird nach den §§ 30 f. EnWG 2005[586] auf dem Vorleistungsmarkt im Wege einer Missbrauchskontrolle durchgeführt. Das europäische Recht ordnet im Falle eines Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot die völlige Unwirksamkeit der Bestimmung an.[587] Damit tritt bei unwirksamen Preisbestimmungen an die Stelle des realen Marktpreises gemäß § 21 I EnWG der angemessene Preis, der Vertrag ist nicht gemäß §§ 812, 818 BGB rückabzuwickeln. Die Vertragspartei, die auf Grund des Missbrauchs einen überhöhten Preis gezahlt hat, kann das zuviel verlangte Entgelt zurück verlangen (§§ 812, 817 S. 1, 818 II BGB).[588]

d) Außenwirtschaftsverwaltungsrecht

Das Außenwirtschaftsverwaltungsrecht ist zunächst konkretisiertes Wirtschaftsverfassungsrecht und beschäftigt sich primär mit dem grenzüber-

[581] Büdenbender, a. a. O., S. 222.
[582] Büdenbender, a. a. O., S. 223.
[583] Vgl. § 12 II S. 1 BOTElt.
[584] Dazu Kühling, N&R 2004, 12 (14).
[585] Vgl. www.solarserver.de/news/news-1997.html; bisherige Vorgaben für die Nichtdiskriminierung durch Entgelte finden sich in § 6 I 1 EnWG.
[586] Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005, BGBl. I, 1970 (3621).
[587] Vgl. Art. 81 II EGV.
[588] So Säcker, N&R 2004, 46 (51).

schreitenden Waren-, Dienstleistungs-, Personen- und Kapitalverkehr. Das deutsche Außenwirtschaftsverwaltungsrecht, das primär im Außenwirtschaftsgesetz geregelt ist, wird immer mehr durch internationale, insbesondere europäische Regelungen ergänzt und überlagert. Ziel des Außenwirtschaftsverwaltungsrechts ist die Wahrung der Freiheit des Außenwirtschaftsverkehrs, weshalb auch ein staatliches Außenhandelsmonopol und eine Devisenbewirtschaftung nicht denkbar sind.[589]

Dem geltenden Außenwirtschaftsverwaltungsrecht liegen hauptsächlich wirtschaftsüberwachende, wirtschaftslenkende und wirtschaftsfördernde Elemente zugrunde. Neben diesen existieren wirtschaftsinformationelle Bedürfnisse. Durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr und -vorsorge werden im Rahmen der Wirtschaftsüberwachung die Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker sowie der auswärtigen Beziehungen vermieden und die (äußere und innere) Sicherheit aufrecht erhalten. Das staatliche Interesse an der Gewährleistung eines gesamtwirtschaftlichen (einschließlich eines außenwirtschaftlichen) Gleichgewichts und an einer Vermeidung schädigender Einflüsse von außen soll durch die wirtschaftslenkende Funktion des Außenwirtschaftsverwaltungsrechts gewahrt werden. Durch Unterstützungsmaßnahmen soll das Interesse an einem regen Außenwirtschaftsverkehr auf der Basis internationaler Arbeitsteilung verfolgt und damit die Wirtschaft gefördert werden.[590]

Die Rechtsetzungszuständigkeit für dieses Rechtsgebiet liegt mittlerweile fast ausschließlich bei der EG, die Ausführungszuständigkeit bei den Mitgliedsstaaten. Diese obliegt in der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich dem Bund, weshalb auch die Bundesregierung und der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die entsprechenden Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften und Einzelweisungen erlassen. Die Genehmigungsverfahren und die Aufsichtsaufgaben werden von zahlreichen Behörden wahrgenommen.[591]

---

[589] Vgl. Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 420 f.
[590] Stober, a. a. O., S. 424 f.
[591] Nach § 28 II AWG Deutsche Bundesbank, nach § 28 II a AWG Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) und nach § 39 AWG Zollkriminalamt, nach § 46 AWG Zollbehörden.

Die Verbotsmöglichkeit bzw. die Erforderlichkeit einer Genehmigung für Rechtsgeschäfte und Handlungen allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen ist in § 2 I AWG festgehalten. Wird der Zweck, dem die beschränkende Vorschrift dient, nicht oder nur unwesentlich gefährdet, ist die Genehmigung zu erteilen. Einen anderen Grund für die Genehmigungserteilung kann das überwiegende volkswirtschaftliche Interesse darstellen.[592] Zur Erleichterung des Außenhandels können Genehmigungen auch als Allgemeinverfügungen ergehen,[593] die dann als allgemeine Genehmigungen bezeichnet und im Bundesanzeiger veröffentlicht werden. Weiterhin kann die Genehmigungserteilung von sachlichen und persönlichen Voraussetzungen des Unternehmers abhängig gemacht werden.[594] Wird ein Rechtsgeschäft ohne eine erforderliche Genehmigung vorgenommen, ist es im Gegensatz zum Gewerberecht gemäß § 31 AWG **unwirksam**.

Für den gesamten Außenwirtschaftsverkehr bestehen nach §§ 5 ff. AWG allgemeine und für bestimmte Wirtschaftsverkehre und -zweige nach §§ 8 ff. AWG spezielle Beschränkungsmöglichkeiten. Neben den genannten Regulierungsinstrumenten existieren einige Ausübungsregeln[595], die das Verfahren bei der Vornahme von Rechtsgeschäften im Außenhandel regeln, damit eine Überwachung möglich wird.[596]

Damit ist grundsätzlich festzuhalten, dass eine sog. Außenhandelsfreiheit nach § 1 AWG existiert, die aber nach § 2 I AWG durch das Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte oder Handlungen bzw. durch ein Genehmigungserfordernis beschränkt werden kann. § 3 AWG stellt die Voraussetzungen zur Genehmigungserteilung auf. Nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift ist eine Genehmigung zu erteilen, wenn die Erwartung besteht, dass das Rechtsgeschäft oder die Handlung den Zweck, dem die Vorschrift dient, nicht oder nur unwesentlich gefährdet. Als weitere Möglichkeit kann gemäß § 3 I 2 AWG eine Genehmigung dann erteilt werden, wenn das volkswirtschaftliche Interesse an dem Rechtsgeschäft oder der Handlung

[592] Vgl. § 3 I AWG.
[593] So § 1 II AWV.
[594] Vgl. § 3 AWG.
[595] Insbesondere Duldungs-, Erklärungs-, Aufzeichnungs-, Aufbewahrungs-, Melde- und Auskunftspflichten, geregelt auf Grund von §§ 26 f., 44 und 46 AWG.
[596] Vgl. zum Ganzen: Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 426 ff.

die damit verbundene Beeinträchtigung des Zwecks überwiegt. Im Rahmen dieser Voraussetzungen kann die Genehmigung nach § 3 II 1 AWG von sachlichen und persönlichen Voraussetzungen, insbesondere der Zuverlässigkeit des Antragstellers, abhängig gemacht werden. Vor allem der erste Satz der Vorschrift lässt einen Anspruch auf eine Genehmigung bei Vorliegen der Voraussetzungen entstehen. Der Behörde ist damit kein Ermessen eingeräumt, sondern es handelt sich um eine gebundene Entscheidung, die auf tatbestandlicher Ebene jedoch mit einer Beurteilungsermächtigung bzw. einer Einschätzungsprärogative versehen ist.[597] Die Entscheidung nach § 3 I 2 AWG ist eine reine Prognose- und Ermessensentscheidung,[598] weshalb der Antragsteller hier nur einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung hat.[599]

Von besonderem Interesse für diese Untersuchung ist, welchen Einfluss die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts auf dieses hat. Diese Problematik wird ausdrücklich in § 31 AWG geregelt. Zunächst bestimmt diese Norm, dass ein Rechtsgeschäft, das ohne die erforderliche Genehmigung vorgenommen wird, unwirksam ist. Weiterhin soll es durch eine nachträgliche Genehmigung vom Zeitpunkt seiner Vornahme an wirksam werden. Daraus erschließt sich, dass das ungenehmigte Rechtsgeschäft nicht von Anfang an gemäß § 134 BGB unheilbar nichtig, sondern nur schwebend unwirksam ist.[600] Das gilt freilich nicht bei Rechtsgeschäften, die nicht dem Genehmigungsvorbehalt unterliegen, sondern verboten sind. Nichtigkeit trifft aber auch dann ein Rechtsgeschäft, wenn die Genehmigungspflichtigkeit beiden Parteien bewusst ist, von beiden jedoch vorsätzlich missachtet wird, sie ergibt sich dann aus § 138 BGB. Gleiches gilt für Rechtsgeschäfte, deren nachträgliche Genehmigung durch die zuständige Behörde unanfechtbar abgelehnt worden ist.[601] Hat nur eine Vertragspartei versucht, das Genehmigungserfordernis zu umgehen, bleibt es bei der schwebenden Unwirksamkeit.[602] Dies zeigt, dass der Verstoß gegen außenwirtschafts-

[597] Vgl. Sauer, in: Hohmann/John, Ausfuhrrecht-Kommentar, § 3 AWG, Rn. 7; ebenso Krakowka, in: Bieneck, Außenwirtschaftsrecht, § 15, Rn. 5. ff.
[598] Krakowka, a. a. O., Rn. 13 f.
[599] Vgl. Sauer, in: Hohmann/John, Ausfuhrrecht-Kommentar, § 3 AWG, Rn. 12.
[600] Vgl. Just, in: Hohmann/John, Ausfuhrrecht-Kommentar, § 31 AWG, Rn. 10.
[601] Vgl. Just, a. a. O., Rn. 11.
[602] Just, ebd.

rechtliche Beschränkungen vom Gesetzgeber nicht für so wesentlich gehalten wurde, dass er mit einer Nichtigkeitssanktion versehen werden musste. Dies ergibt sich aus der Abwägung zwischen den von einer solchen Sanktion betroffenen Grundrechten und den vom AWG verfolgten Zwecken und Zielen. Ein stärkerer Eingriff in die Grundrechte als die geregelten könnte der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand halten.

Weiterhin ist die privatrechtsgestaltende Wirkung dieser Genehmigung angesprochen: Mit ihrer Erteilung wird das schwebend unwirksame privatrechtliche Geschäft endgültig wirksam. Damit handelt es sich hier in den Kategorien der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte um ein klassisches Genehmigungserfordernis. Wird die Genehmigung nicht erteilt, folgt der schwebenden Unwirksamkeit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Somit kann es auch hier zu einer privatrechtsgestaltenden Wirkung in Form der Vertragsvernichtung kommen.

Fraglich ist weiterhin, zu welchem Zeitpunkt die privatrechtsgestaltende Wirkung eintritt. Diese Frage beantwortet die gesetzliche Norm für den Fall der Genehmigungserteilung selbst in § 31 Satz 2 AWG. Danach werden die privatrechtlichen Geschäfte durch die nachträgliche Genehmigung vom Zeitpunkt ihrer Vornahme an wirksam. Es kommt somit zu einer Rückwirkung der Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Notwendigkeit der Rückwirkung wird mit der Rücksichtnahme auf bestehende privatrechtliche Verhältnisse und dem daraus eventuell erwachsenden Vertrauensschutz begründet. Die Verträge werden so behandelt, als habe die Genehmigung schon im Zeitpunkt ihres Abschlusses vorgelegen.[603] Im Gegenzug dazu muss auch die Genehmigungsversagung rückwirkend wirksam werden. Wäre dies nicht der Fall, würde die schwebende Unwirksamkeit quasi zum Endzustand des Vertrages bis zur Genehmigungsversagung erwachsen, obwohl sie nur als vorübergehender Zustand einer Vereinbarung verstanden wird. Von der grundsätzlichen Rückwirkung der Genehmigung macht § 31 Satz 3 AWG allerdings dann aus Gründen des Vertrauensschutzes eine Ausnahme, wenn während der Schwebezeit am Gegenstand des Rechtsgeschäfts ein Recht eines Dritten

[603] Vgl. Just, a. a. O., § 31 AWG, Rn. 14.

begründet worden ist. Gemeint sind damit nur Verfügungen des Veräußerers über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts, die in ihrer Wirksamkeit durch die Rückwirkung der Genehmigung auch dann nicht berührt werden, wenn der Dritte vom Schwebezustand gewusst hat.[604]

Bei der Genehmigung handelt es sich somit um einen vertragsgestaltenden sowie mitgestaltenden Verwaltungsakt, der den klassischen Genehmigungserfordernissen zuzuordnen ist. Vertragsvernichtende Wirkung hat die Genehmigungsversagung, denn sie führt zur rückwirkenden Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung.

4. Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Wirtschaftsverwaltungsrecht

a) Allgemeines

Am häufigsten kommen die privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte im Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Kategorie der vertrags- bzw. schuldrechtsgestaltenden Verwaltungsakte bzw. der Genehmigungserfordernisse zu privatrechtlichen Vereinbarungen vor. Dies ist verständlich, da der Vertrag das Grundelement des in der Regel privatrechtlich geregelten Wirtschaftslebens ist. In einigen Bereichen der Wirtschaft sind schuldrechtliche Vereinbarungen oder auch einseitige Willenserklärungen zu einem Rechtsgeschäft einem Genehmigungserfordernis unterworfen.[605] Für die mit diesem Erfordernis verbundene Einschränkung der verfassungsmäßig garantierten Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer bedarf es einer Rechtfertigung, die um so gewichtiger sein muss, je intensiver sich der Eingriff in die Freiheiten der Teilnehmer am Wirtschaftsleben darstellt. Rechtfertigungsgründe für den Genehmigungsvorbehalt können vor allem der notwendige Schutz der Allgemeinheit oder des Einzelnen sowie der Schutz des Wettbewerbs und damit das Funktionieren der Wirtschaft als Motor und Financier des Staates sein.

---

[604] Just, a. a. O., Rn. 16.

[605] Vgl. die Genehmigungserfordernisse nach Schwerbehindertengesetz (§ 15 SchwbG) oder Mutterschutzgesetz (§ 9 III MuSchG) zu Kündigungen von Arbeitnehmern.

b) Modellfall und Weiterentwicklung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Der Modellfall des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts ist die Enteignung. Bei dieser geht es nicht wie bei der klassischen „Polizeiverfügung“[606] um die Prüfung, ob gesetzliche Normativbestimmungen eingehalten sind, auch nicht um Kontrolle, Schlichtung oder Ausgleich privatrechtlicher Verhältnisse. Vielmehr wird mit Blick auf überragende Belange des Gemeinwohls die privatrechtliche Güterordnung durch hoheitlichen Eingriff konstitutiv verändert.[607]

Aus den Bedürfnissen der modernen Wirtschaftsverwaltung und insbesondere in wirtschaftlichen Not- oder Krisenzeiten ergab sich in zunehmendem Maße die Notwendigkeit, über den Fall der Enteignung hinaus mit weiteren administrativen Akten in privatrechtliche Positionen und Beziehungen einzugreifen, z. B. durch Kriegsbeschlagnahmen, Kontingentierungen, Verwendungsverbote, Herstellungszwang, Ablieferungspflichten, usw. Weiterhin wurden und werden administrative Interventionen in den Bereichen des privaten Miet- und Pachtrechts, des sonstigen rechtsgeschäftlichen Verkehrsrechts, des Arbeitsrechts usw. wegen übergeordneter Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses vorgenommen. Unter dem Zwang der modernen Lebensverhältnisse entstand gerade auf dem Boden der modernen Wirtschaftsverwaltung ein ausgedehntes System verwaltungsunmittelbarer Privatrechtsgestaltung. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt nimmt im modernen Wirtschaftsverwaltungsrecht einen breiten Raum ein, er ist typisches Gestaltungsmittel der modernen Wirtschaftsverwaltung. Er ist mit anderen Worten das existentielle Kriterium des Systems des wirtschaftlichen Interventionismus.[608]

Ob ein Wirtschaftsverwaltungsakt seinem Inhalt nach öffentlich-rechtlich oder privatrechtsgestaltender Natur ist, ergibt sich daraus, ob, unabhängig vom öffentlich-rechtlichen Charakter des rechtsformenden Vorgangs, auch in dem rechtsgeformten Lebensverhältnis Rechte und Pflichten entstehen,

---

[606] Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 73.
[607] Vgl. Huber, ebd.
[608] Huber, a. a. O., S. 73 ff.

in denen die hoheitliche Gewalt wirksam ist, oder ob die entstandenen Befugnisse und Pflichten von solchen hoheitlichen Momenten frei sind.[609] Damit lassen sich privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte von solchen mit lediglich öffentlich-rechtlicher Gestaltungswirkung abgrenzen.

c) Gliederung der privatrechtsgestaltenden Wirtschaftsverwaltungsakte

Auch Wirtschaftsverwaltungsakte lassen sich – wie oben schon an Hubers auf eben diesen beruhender Gliederung gezeigt[610] – in eigentums-, vertrags- und verbandsgestaltende Verwaltungsakte unterteilen. Am häufigsten sind im Wirtschaftsverwaltungsrecht offensichtlich aber Genehmigungserfordernisse, die auf schuldrechtliche Gestaltungen einwirken. Hierbei ist zu unterscheiden, ob diese in erster Linie auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis einwirken und damit verbunden nur mittelbar privatrechtsgestaltende Wirkungen haben oder ob der Genehmigung als alleinige Wirkung eine Privatrechtsgestaltung immanent ist. Der ersten Gruppe sind Genehmigungsakte zuzuordnen, die dem Bürger subjektiv-öffentliche Rechte verleihen und damit die zuvor eingeschränkte, allgemeine Handlungsfreiheit wieder herstellen (z. B. Gaststättenerlaubnis). Sie sind nur öffentlich-rechtlicher Natur, haben lediglich mittelbare privatrechtliche Wirkungen. Privatrechtsgestaltend in „Reinform“ sind die Verwaltungsakte bzw. Genehmigungen, die sich auf ein konkretes Rechtsgeschäft bzw. die Erklärung zu einem solchen beziehen. Allerdings existieren auch hier Verwaltungsakte mit „Doppelwirkung“, aus denen also sowohl unmittelbare privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Wirkungen folgen.[611] Damit können jeder privatrechtsgestaltenden Genehmigung auch diverse öffentlich-rechtliche Wirkungen anhaften. Diese Abgrenzung ist nicht zu verwechseln mit der Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer privatrechtsgestaltender Wirkung, die zwar oft zum selben Ergebnis kommen wird, aber an einem anderen Punkt anknüpft.[612]

---

[609] Huber, a. a. O., S. 77.
[610] Siehe oben, Teil 2, B., I., 5., d).
[611] Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 77: Als Beispiel wird wieder die Enteignung herangezogen, die hinsichtlich der Entziehung des Eigentums privatrechtliche Wirkung hat, in Bezug auf den entstehenden öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch jedoch öffentlich-rechtliche Wirkung.
[612] Zur Abgrenzung zwischen mittelbar und unmittelbar privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten vgl. oben, Teil 2, B., I., 5., d), bb).

d) Beispiele

Als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Wirtschaftsverwaltungsrecht kommen die Genehmigungsbefugnisse z. B. in § 39 PBefG (anschließend bb)) und §§ 31, 3 I AWG (danach cc)) in Betracht. Besonderes Augenmerk ist wegen seiner Ähnlichkeit mit § 29 TKG 1996 auf § 23 PostG (sogleich aa)) zu legen. Auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht werden Regulierungsinstrumente eingesetzt, die nur mittelbare privatrechtsgestaltende Wirkung haben (vergleiche dd)), was wegen des damit im Vergleich zur unmittelbaren Privatrechtsgestaltung verbundenen geringeren Grundrechtseingriffs nötig ist. Im Einzelnen:

aa) § 23 PostG

Diese Norm und § 29 TKG 1996 sind im Wortlaut fast identisch, da sich das PostG weithin an die einschlägigen Bestimmungen des TKG 1996 anlehnt.[613] Unterschiede bestehen nur insoweit, als die Regelung im PostG ausdrücklich in Abs. 2 Satz 2 festhält, der Vertrag sei unwirksam, wenn es an einem Entgelt fehlt, obwohl dieses genehmigungsbedürftig ist. Diese im TKG 1996 nicht ausdrücklich geregelte Folge wird von verschiedenen Seiten[614] wegen der in § 30 TKV vorhandenen angeblich sinngleichen Regelung auch auf telekommunikationsrechtliche Verträge angewandt. In beiden Fällen bestehen aber Meinungsverschiedenheiten[615] dahingehend, ob mit dem Terminus „unwirksam“ die Nichtigkeit des Vertrages verbunden ist oder von einer schwebenden Unwirksamkeit ausgegangen werden muss.

In der Kommentarliteratur wird betont, dass § 23 PostG sich an § 29 TKG 1996 anlehnt, jedoch diesem gegenüber um Abs. 2 Satz 2 erweitert wurde. Damit sollte der Kritik, dass § 29 TKG 1996 keine Rechtsfolge für den Fall vorsah, dass ein vereinbartes Entgelt nicht zur Genehmigung vorgelegt wurde, Rechnung getragen werden.[616]

---

[613] Vgl. Gramlich, Postrecht, S. 26.
[614] Vgl. Witte, in: Scheurle/Mayen, § 29, Rn. 2; Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 29, Rn. 7 und 21.
[615] Im Postrecht: Vgl. Sedemund/v. Danwitz, Beck´scher PostG-Kommentar, § 23, Rn. 10; a. A. Gramlich, Postrecht, S. 67. Im Telekommunikationsrecht: Vgl. unten Teil C., IV., 3., b); a. A. Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, C, § 29, Rn. 5; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 29, Rn. 6.
[616] Sedemund/v. Danwitz, a. a. O., Rn. 4.

Teilweise kommen Autoren zu dem Ergebnis, bei der Entgeltgenehmigung nach § 19 PostG handele es sich zwar um einen privatrechtsbezogenen, nicht jedoch um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt, da sie nicht unmittelbar das zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Kunden bestehende privatrechtliche Rechtsverhältnis gestaltet, keine privatrechtliche Position begründet, ändert, überträgt oder aufhebt, sondern lediglich eine Wirksamkeitsvoraussetzung für den privatrechtlichen Vertrag, der infolge der Genehmigung umgestaltet wird, darstellt und daher nur „mittelbar“ auf den Vertrag einwirkt.[617] Hier wird das insbesondere von Manssen benutzte „Unmittelbarkeitskriterium“ verkannt. Sedemund/v. Danwitz ziehen die Grenzen für die Unmittelbarkeit zu eng und scheiden damit fast alle Genehmigungen zu Privatrechtsgeschäften aus dem Kreis der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte aus. Die Autoren sprechen selbst davon, dass der Vertrag zwischen dem Marktbeherrscher und seinem Kunden durch die Genehmigung umgestaltet wird. Welche, wenn nicht diese Wirkung eines Verwaltungsakts ist privatrechtsgestaltender Art? Diese Hürde wurde auch von Manssen gesehen, der festhält, dass das „Kriterium der gesetzlich vorgesehenen notwendigen Kausalität ... vor allem Genehmigungserfordernisse“ betrifft, da dabei „der Effekt auf das privatrechtliche Rechtsgeschäft ebenfalls häufig der Regelungswirkung des Verwaltungsakts“ unterliegt.[618] Allerdings unterscheidet dieser zwischen dem Fall, in dem die Untersagung einer Baugenehmigung die Erfüllung eines Vertrages unmöglich macht, und dem Fall der notwendigen Kausalität, in dem der privatrechtliche Vertrag unmittelbar Gegenstand der behördlichen Genehmigungspflicht ist, also ohne die Genehmigung nicht rechtswirksam werden kann und bei endgültiger Versagung der Genehmigung nichtig wird.[619] Diese Voraussetzungen erfüllt die Entgeltgenehmigung des PostG ebenso wie die des TKG 1996. Dies stellen auch die Autoren im Beck´schen PostG-Kommentar fest, indem sie zum Ergebnis kommen, dass für den Fall des Abweichens von einem genehmigten Entgelt eine geltungserhaltende Reduktion durch das Ersetzen des

[617] So Sedemund/v. Danwitz, a. a. O., Rn. 5; a. A. Gramlich, Postrecht, S. 67, allerdings ohne nähere Begründung.
[618] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 31.
[619] Manssen, ebd.

vereinbarten durch den genehmigten Preis stattfindet,[620] im Fall eines gestellten, aber noch nicht beschiedenen Antrags im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Genehmigungserteilung rückwirkend zum Wirksamwerden des Vertrages führt[621], im Fall der Nicht- oder abweichenden Genehmigung die Nichtigkeit des Vertrages eintritt[622]. Wie soeben gezeigt, wird dort auch bei der Entgeltregulierung nach dem PostG von einer rückwirkenden Heilung der Verträge ausgegangen, denen ein zunächst nicht genehmigtes Entgelt zu Grunde liegt. Dabei wird teilweise zwischen den Fällen, in denen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits ein Genehmigungsantrag gestellt ist, und denen mit fehlendem Antrag unterschieden. Letztere sollen in keinster Weise rückwirkend geheilt werden können, da ausdrücklicher Zweck der Regelung die Verpflichtung zur Vorlage von Entgeltanträgen ist und diese bei einer Rückwirkung ansonsten sanktionslos umgangen werden könnte. Ist der Genehmigungsantrag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon gestellt, soll eine rückwirkende Heilung aber möglich sein, da in diesem Fall keine Notwendigkeit für die Nichtigkeitsfolge bestehe, wenn die Entgelte in der beantragten Form genehmigt würden, da die gesetzgeberischen Zwecke der Verhinderung von Marktverzerrungen und der Einhaltung des Genehmigungserfordernisses erreicht seien.

Sinn und Zweck der Entgeltregulierung ist es sicherzustellen, dass keine anderen Entgelte als die genehmigten verlangt werden, andererseits aber alle Entgelte, die der präventiven Regulierung unterliegen, zur Genehmigung vorgelegt werden und nicht ohne Genehmigung von den Vertragspartnern verlangt werden können.[623] Dahinter steht die ordnungspolitische Ausnahmefunktion der ex-ante-Preiskontrolle, die ihre Rechtfertigung in dem nach der Liberalisierung des Postmarktes nur allmählich eintretenden Wettbewerb und der in dieser Zeit nicht ausreichenden Missbrauchsaufsicht auf Grundlage des GWB findet.[624]

[620] Sedemund/v. Danwitz, Beck´scher PostG-Kommentar, § 23, Rn. 10.
[621] Sedemund/v. Danwitz, a. a. O., Rn. 16.
[622] Sedemund/v. Danwitz, a. a. O., Rn. 17.
[623] Sedemund/v. Danwitz, a. a. O., Rn. 1.
[624] Sedemund/v. Danwitz, a. a. O., § 19, Rn. 1, 2.

bb) § 39 PBefG

Bei der Zustimmung der Genehmigungsbehörde zu Beförderungsentgelten und deren Änderungen handelt es sich, wie bereits oben festgehalten[625], um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt. Darüber hinaus werden die Beförderungsentgelte mit der Genehmigung auch allgemeinverbindlich.[626] Sie werden von der Behörde dahingehend überprüft, ob sie unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmers, einer ausreichenden Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals und der notwendigen technischen Entwicklung angemessen sind.[627] Der dritte Absatz des § 39 PBefG regelt, dass die festgestellten Beförderungsentgelte weder über- noch unterschritten werden dürfen, sondern gleichmäßig anzuwenden sind. Es handelt sich damit ebenso wie bei den mit den Entgeltgenehmigungen des TKG 1996 festgestellten Entgelten um Festpreise, von denen keinerlei Abweichung zulässig ist. Weiterhin wird hier festgehalten, dass Ermäßigungen, die nicht unter gleichen Bedingungen jedermann zugute kommen, verboten und nichtig sind. Tarifgeber ist der Unternehmer, der Genehmigungsbehörde kommt ebenso wie bei der Tarifgenehmigung nach § 12 BTOElt[628] die Aufgabe der Rechtsaufsicht zu. Auf die Erteilung der Zustimmung besteht deshalb ein Rechtsanspruch, wenn die nach § 39 II PBefG zu prüfenden Gesichtspunkte ansonsten ergeben würden, dass die Eigenwirtschaftlichkeit des Unternehmens gefährdet wäre.[629] Die Zustimmung hat den Charakter einer Missbrauchsaufsicht, weshalb die Auffassung der Rechtsprechung, die Zustimmung der Behörde zu Tariferhöhungen könne nicht auf dem Verwaltungsrechtsweg angegriffen werden und Konkurrenten könnten nicht gegen zu niedrige Beförderungsentgelte vor den Verwaltungsgerichten vorgehen, sondern seien auf den Zivilrechtsweg zu verweisen, kritisiert wird, da eine Prüfung der Tarife auf ihre Billigkeit eingeschlossen ist.[630]

---

[625] Siehe oben, Teil 2., B., III., 3., b), cc).
[626] § 39 I 2 PBefG.
[627] Vgl. § 39 II PBefG.
[628] So BVerwG RdE 1992, 114 f.; Knöchel, RdE 1992, 63 (67).
[629] Fromm/Frey/Sellmann/Zuck, PBefG, § 39 PBefG, Rn. 2.
[630] So Fromm/Frey/Sellmann/Zuck, a. a. O., Rn. 6.

Auch bei dieser Zustimmung handelt es sich um die klassische Tarifgenehmigung und damit um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt. Genauer lässt sich diese Zustimmung als vertragsgestaltender Verwaltungsakt einordnen, da sie „Bestandteil“ jedes vom betroffenen Unternehmen abzuschließenden Beförderungsvertrages wird.

§ 39 PBefG findet sich unter den Sonderbestimmungen für die einzelnen Verkehrsarten unter Abschnitt A., der Sonderregelungen für die Straßenbahnen enthält. Diese Regelung ist aber gemäß § 41 III PBefG auf den Verkehr mit Obussen und gemäß § 45 II PBefG auch auf den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen entsprechend anzuwenden. Eine Entsprechung findet § 39 PBefG für andere Personenverkehre in § 12 II AEG und § 21 I LuftVG.

cc) §§ 3, 31 AWG und weitere Regelungen

Die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung nach § 3 AWG, die in § 31 AWG gesetzlich geregelt ist, wurde oben bereits dargestellt.[631] Dabei handelt es sich um ein Regulierungsinstrument, das unmittelbare privatrechtsgestaltende Wirkung auf die zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte hat: Das ohne Genehmigung abgeschlossene Rechtsgeschäft ist zunächst schwebend unwirksam. Die Genehmigungserteilung hat damit privatrechtsgestaltende Wirkung insoweit, als das Rechtsgeschäft durch sie rückwirkend wirksam wird. Auch die Genehmigungsversagung hat privatrechtsgestaltende Wirkung, da das zwar schwebend unwirksame, aber doch existente Rechtsgeschäft dadurch endgültig und von Anfang an nichtig wird. Der Genehmigungsversagung ist damit vertragsvernichtende Wirkung immanent.

Zur privatrechtsgestaltenden Wirkung der Regulierungsinstrumente des GWB, insbesondere der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht gemäß §§ 18, 19 II, 22 V GWB hat Manssen[632] bereits umfassende Aussagen getroffen, so dass hier von einer Erörterung abgesehen werden kann. Das Gesetz findet hier Erwähnung, obwohl es üblicherweise nicht in den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts eingeordnet wird, weil es neben den

[631] Siehe oben, Teil 2., B., III., 3., d).
[632] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 307.

kartellprivatrechtlichen Bereichen auch nicht unerhebliche kartellverwaltungsrechtliche Vorschriften enthält. Da das GWB ein Instrument der Wirtschaftsaufsicht ist, handelt es sich dabei auch um Wirtschaftsverwaltungsrecht, das aber als eigenständige Rechtsmaterie behandelt wird.

Privatrechtsgestaltende Wirkung hatte ebenfalls die Flugliniengenehmigung nach § 21 LuftVG a. F., die sich auf die Beförderungsentgelte für den Personenlinienverkehr erstreckte.[633] Damit wurden das Unternehmen wie auch der Kunde in der Vertragsgestaltungsfreiheit insoweit eingeschränkt, wie die Verträge nur die genehmigten Entgelte zu enthalten hatten.[634] Ein Verstoß gegen die genehmigten Tarife hatte zur Folge, dass die mit diesem verbundenen Geschäfte als nicht genehmigter Fluglinienverkehr gewertet wurden.[635] Seit dem Inkrafttreten des Marktzugangsgesetzes[636] bedürfen Beförderungsentgelte bzw. Tarife im Personenlinienverkehr keiner Genehmigung mehr, vielmehr sind sie der Öffentlichkeit zugänglich zu machen und der zuständigen Behörde lediglich auf Verlangen vorzulegen (§ 21 II 1 LuftVG n. F.). Die Partner des Beförderungsvertrages sind allerdings auch nach der gesetzlichen Neuregelung in ihrer Vertragsgestaltungsfreiheit beschränkt, da § 21 II 4 LuftVG anordnet, dass den Beförderungsverträgen die veröffentlichten Entgelte zu Grunde zu legen sind. Ausnahmen gelten insoweit, als Abweichungen zu Gunsten der Vertragspartner der Beförderungsunternehmen zulässig sind (§ 21 II 6 LuftVG) oder die Partner des Vertrages in bestimmten Fällen Entgelte und Bedingungen frei vereinbaren können (§ 21 II 5 LuftVG). Eine Privatrechtsgestaltung ist nach der neuen gesetzlichen Regelung damit nicht mehr gegeben.

dd) Wirtschaftsverwaltungsakte mit nur mittelbarer privatrechtsgestaltender Wirkung

Die oben dargestellten Normen des § 32 I KWG, § 5 VAG, § 3 EnWG[637] beinhalten zwar Regulierungsbefugnisse des Wirtschaftsverwaltungsrechts, haben aber keine privatrechtliche, zumindest keine unmittelbare privat-

[633] Hofmann/Grabherr, § 21 a. F.
[634] OLG Braunschweig ZWL 1980, 275 (280); vgl. zum Ganzen: Schwenk, Luftverkehrsrecht, S. 466 ff.
[635] Hofmann/Grabherr, § 21, Rn. 6.
[636] Vom 21. August 2002, BGBl. I, 3355.
[637] Siehe oben, Teil 2, B., III., 2. und 3., c).

rechtsgestaltende Wirkung. Die Wirkung der Erlaubnis nach § 32 I KWG erschöpft sich in der Zulassung zum Geschäftsbetrieb. Privatrechtsgestaltende Wirkungen sind mit ihr nicht verknüpft. Insbesondere sind ohne die Erlaubnis abgeschlossene Bankgeschäfte nicht gemäß § 134 BGB nichtig, es sei denn, sie stellen sich als verbotene Geschäfte im Sinne des § 3 KWG dar. Die Vorschrift verfolgt allein gewerbepolizeiliche Zwecke, also den Schutz der öffentlichen Ordnung, nicht die Wahrung von Individualinteressen.[638] Auch die Erlaubnis nach § 5 VAG führt nicht zur Privatrechtsgestaltung, denn auch die Versicherungsverträge, die ohne Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb abgeschlossen werden, sind nicht nichtig.[639] Dieses Genehmigungserfordernis ist damit hinsichtlich seines Zwecks der Wirtschaftsaufsicht zuzuordnen und etwa mit der Erteilung einer Reisegewerbekarte (§ 55 II GewO) gleichzusetzen. Gemäß § 56 GewO sind aber auch Tätigkeiten zur Ausübung im Reisegewerbe untersagt. Auch § 3 EnWG kann in diese Kategorie der Genehmigungserfordernisse bzw. Kontrollerlaubnisse eingeordnet werden, die keine oder nur mittelbare privatrechtsgestaltende Wirkung haben. § 11 EnWG führt ebenfalls keine Privatrechtsgestaltung herbei; erst die auf Grund dieser Ermächtigung erlassenen Bundestarifordnungen haben eine solche Wirkung, da diese Bestandteil der Versorgungsverträge werden und damit die Abschlussfreiheit des Versorgungsunternehmens einschränken. Insoweit liegt zwar eine Privatrechtsgestaltung, allerdings nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch Rechtsverordnung vor. Dabei handelt es sich um sog. „halbzwingendes Sonderprivatrecht“, da nur ein Vertragspartner durch die Normen gebunden wird und diese gleichzeitig vom Verordnungsgeber privatrechtlichen Beziehungen zur Daseinsvorsorge zu Grunde gelegt werden.

ee) Zusammenfassung

Die Beispiele zeigen, dass auch im Wirtschaftsverwaltungsrecht privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte ihre Daseinsberechtigung haben, um eine Lenkung der Wirtschaft zu ermöglichen. Die mit privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten verbundene erhebliche Beeinträchtigung der

[638] Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 32, Rn. 12, 13.
[639] Schmidt, in: Prölss, § 5, Rn. 2.

grundrechtlichen Freiheiten führt zu einer recht restriktiven Verwendung solcher Regulierungsmaßnahmen. Insbesondere die Tarifgenehmigungen werden, wie am Beispiel des Beförderungsrechts zu sehen, immer mehr durch die Öffnung dieser Märkte für den Wettbewerb verdrängt. Dass die Einführung von Tarifgenehmigungen zur Herstellung von Wettbewerb auch als zielführendes Regulierungsinstrument geeignet ist, zeigen die ehemaligen Monopolbereiche von Post und Telekommunikation sowie des Schienenverkehrs. Die Regulierung kann jedoch nur solange verfassungsgemäß sein, bis das Ziel der Regulierung, die Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, erreicht ist.

Weiterhin kann festgestellt werden, dass das Wirtschaftsverwaltungsrecht den Schwerpunkt seiner privatrechtsgestaltenden Wirkung vor allem im Preis- und Tarifrecht und bei der Kontrolle von Vertragsgestaltungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Gesetzeszwecken und den Zielen der Wirtschaftspolitik hat. Preise und Tarife werden dabei in der Regel im Wege einer vorab zu beantragenden und zu erteilenden Genehmigung geprüft, aber auch eine nachträgliche, an der allgemeinen Missbrauchsaufsicht orientierte Preiskontrolle ist nicht unüblich. Bei der Überprüfung ganzer Vertragswerke wird auch eine Unterteilung in vorab (vor Ausführung) zu genehmigende und bei der Ausführung zu kontrollierende Vereinbarungen vorgenommen. Schlussendlich existieren noch Regulierungsinstrumente, die die Aufsichtsbehörden ermächtigen, wegen Missachtung vorangegangener behördlicher Maßnahmen die Durchführung der privatrechtlichen Vereinbarungen zu untersagen.

5. Die Entgeltgenehmigungen des Telekommunikationsgesetzes als privatrechtsgestaltende Wirtschaftsverwaltungsakte

Nachdem privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte des heutigen Wirtschaftsverwaltungsrechts hinsichtlich ihrer Systematisierung betrachtet wurden, kann nunmehr eine Einordnung der Entgeltregulierungsinstrumente des TKG 1996 in diese Kategorien vorgenommen werden. Dabei soll zunächst auf die Genehmigung von Entgelten und entgeltrelevanten Bestandteilen Allgemeiner Geschäftsbedingungen (a)) und dann auf den

Widerspruch gemäß § 23 TKG 1996 und die Regulierungsinstrumente des § 30 TKG 1996 (b)) eingegangen werden. Im Einzelnen:

a) Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996

Die privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung wurde generell bereits eingehend untersucht, weshalb hier auf die Ausführungen in Teil 2, B., II., 1., d) verwiesen werden kann. Sie ist als ein an den klassischen Tarifgenehmigungen des Energie- oder Beförderungsmarktes orientiertes Regulierungsinstrument einzuordnen; wie diese dient sie der Preiskontrolle auf einem der staatlichen Überwachung unterliegenden Markt. Diese ersetzt die ursprüngliche staatliche Betätigung in diesem Wirtschaftszweig, die wegen des Vorhandenseins eines natürlichen Monopols für erforderlich gehalten wurde. Mit dem Quantensprung in der Technologie und in der Folge der Aufhebung des auf Grund der Netzstrukturen ursprünglich bestehenden natürlichen Monopols trat die Etablierung und Sicherung eines leistungsfähigen Wettbewerbs in den Mittelpunkt des staatlichen Interesses. Die Entgeltgenehmigung dient nun zur Prüfung der Tarife an den Regulierungszielen und damit an den Zielen der Politik, insbesondere der Marktöffnung und Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs.

Die genehmigende Entgeltentscheidung stellt sich somit als privatrechtsgestaltende Tarifgenehmigung dar, die die Vertragsparteien insoweit in ihrer Vertragschlussfreiheit beschränkt, als die angebotene Leistung nur zu den genehmigten Tarifen erbracht werden darf. Die vereinbarten Entgelte werden durch die genehmigten ersetzt, und dadurch wird eine Umgestaltung bereits geschlossener Verträge vorgenommen. Damit wird zweifellos das Regulierungsziel, dass keine anderen als die genehmigten Entgelte den Markt prägen sollen, erreicht.

Soweit die Nichtgenehmigung eines Entgeltes zur Vernichtung eines geschlossenen, bisher aber schwebend unwirksamen Vertrages führt, stimmt diese Folge nicht mit der bei der klassischen Tarifgenehmigung überein. Diese erfolgt vor der Vereinbarung, weshalb es im Regelfall nicht zur Unwirksamkeit von (späteren) Verträgen kommen kann. Die telekommunikationsrechtliche Variante ist insoweit gerechtfertigt, als damit wirksam die

Regulierungsziele erfüllt werden und zur Entwicklung eines funktionsfähigen Marktes beigetragen wird.

b) Weitere Entgeltregulierungsinstrumente und ihre Einordnung als Verwaltungsakt des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Die Regulierungsmaßnahmen der §§ 23, 30 TKG 1996 sind keine klassischen Tarifgenehmigungen im oben dargestellten Sinn. Aber auch bei ihnen handelt es sich um privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Der Widerspruch gemäß § 23 TKG 1996 soll die Wahrung der Regulierungsziele bereits in der vorvertraglichen Phase durchsetzen, während Untersagungsanordnung und Unwirksamkeitserklärung erst in der Phase der Vertragsumsetzung zur Anwendung gelangen.

aa) Der Widerspruch gemäß § 23 TKG 1996

Das Widerspruchsverfahren nach § 23 TKG 1996 hat nicht wie andere Regulierungsvorschriften des TKG 1996 eine Nachahmung im PostG gefunden. In § 9 III GWB wird allerdings ein ähnliches Widerspruchsverfahren geregelt. Dieses unterscheidet sich – nicht nur in Details – von dem des TKG 1996. Im telekommunikationsrechtlichen Verfahren sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die dem Widerspruchsverfahren unterliegen, der Behörde vor ihrem Inkrafttreten vorzulegen. Ebenso sind eine Vereinbarung oder ein Beschluss, der dem kartellrechtlichen Verfahren unterfällt, anzumelden. Nicht unerheblich unterscheiden sich jedoch die Fristen, innerhalb derer die Behörden dem Vorgelegten bzw. Angemeldeten widersprechen können. Die Kartellbehörde hat mit einer dreimonatigen Frist seit Eingang der Anmeldung einen recht großzügigen Entscheidungsspielraum, während die RegTP innerhalb von vier Wochen einen Widerspruch erheben muss, sofern die AGB nicht den gesetzlichen Maßstäben entsprechen. Zu beachten ist außerdem, dass das Widerspruchsverfahren des GWB Rechtsgeschäfte betrifft, während sich der Widerspruch der RegTP auf in der Regel noch nicht in Verträge einbezogene AGB bezieht.[640]

[640] So auch Stamm, Entgeltregulierung, S. 131.

Interessant sind die Rechtsfolgen des Widerspruchs oder des ergebnislosen Ablaufens der Frist. Das TKG 1996 erklärt im ersten Fall die Unwirksamkeit der AGB, über die Folgen des Verzichtes der RegTP auf den Widerspruch schweigt das Gesetz. Nach einer Auffassung handelt es sich beim Widerspruch um eine auflösende Bedingung für die Wirksamkeit der AGB, weshalb davon auszugehen sei, dass diese vor Ablauf der Frist nicht schwebend unwirksam sind, da das Gesetz nicht davon ausgeht, dass sie erst wirksam werden, wenn innerhalb der Frist kein Widerspruch erfolgt. Nach erfolgtem Widerspruch werden die AGB ex tunc unwirksam.[641] Teilweise wird dem Widerspruch die Wirkung einer Untersagung beigelegt,[642] die bewirkt, dass die AGB nicht wirksam in den Vertrag einbezogen werden.[643] Betrifft der Widerspruch die Essentialia des Leistungsaustauschs, sind diese nicht wirksam Vertragsbestandteil geworden. In diesen Fällen liegt keine Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile vor, weshalb dann gemäß §§ 134, 139 BGB im Zweifel von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages und damit von der Nichtexistenz eines Vertrags ausgegangen werden kann.[644]

Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dass die Verträge, in denen die AGB verwendet wurden, von Anfang an voll wirksam sind, wenn die RegTP nicht innerhalb der gesetzlichen Frist widerspricht.[645] Allerdings führt der Ablauf der Widerspruchsfrist nicht zu einer Fiktion der Rechtmäßigkeit der AGB.[646] Nach wieder anderer Auffassung ist die Frist des § 23 TKG 1996 als abschließend anzusehen. Nach Ablauf von vier Wochen kann das Unternehmen vom Bestand seiner AGB ausgehen, weil der RegTP eine spätere Untersagung nicht mehr möglich ist, da sich dafür keine rechtliche Grundlage findet.[647] Die ausdrückliche Beschränkung des Widerspruchsrechts auf die gesetzliche Frist ergäbe andernfalls keinen Sinn, da diese gerade Rechtssicherheit herstellen soll. Allenfalls ist eine

[641] Büchner, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 23, Rn. 27; Stamm, in: Manssen, TKG, C, § 23, Rn. 29 ff.; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 23, Rn. 29.
[642] Witte, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 23, Rn. 19.
[643] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 23, Rn. 30.
[644] Büchner, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 23, Rn. 28.
[645] Stamm, Entgeltregulierung, S. 315.
[646] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, § 23, Rn. 27.
[647] Witte, in: Scheurle/Mayen, TKG, § 23, Rn. 21.

Aufforderung der RegTP an das Unternehmen gemäß § 71 TKG 1996, seine AGB anzupassen, denkbar.[648]

Die Nichtausübung des Widerspruchsrechts durch die Kartellbehörde hat zur Folge, dass die Freistellung (Legalisierung) des Kartells nach Fristablauf als erteilt gilt.[649] Mit dem Ablauf der Frist werden die Kartelle auch zivilrechtlich kraft Gesetzes wirksam.[650] Bis zu diesem Zeitpunkt sind sie schwebend unwirksam, in ihrer Wirksamkeit gleichsam öffentlich-rechtlich gehemmt.[651] Durch die Nichtausübung des Widerspruchs tritt die Freistellung mit Ablauf der Frist, also ex nunc, ein. Eine Rückwirkung ist nicht vorgesehen.[652] Teilweise wird vertreten, dass im Fall des Nichtwiderspruchs die Freistellung nicht auf einem Verwaltungsakt, sondern unmittelbar auf dem Gesetz beruht.[653] Bemerkenswert ist weiterhin, dass für den Fall, dass zwar die Anmeldung mit Mängeln behaftet ist, die Kartellbehörde aber keinen Widerspruch erhebt, eine Heilung des Mangels erfolgen soll.[654] Gegen ein auf diesem Weg freigestelltes Kartell kann die Behörde nur noch mit den Mitteln der Missbrauchsaufsicht vorgehen.[655] Einer förmlichen Entscheidung oder auch nur formlosen Äußerung bedarf es im Fall des Nichtwiderspruchs nicht. In der Regel wird die Kartellbehörde allerdings die Anmelder über den Nichtwiderspruch unterrichten.[656]

Das GWB schweigt sich über die Folgen eines Widerspruchs durch die Kartellbehörde aus. Da die Vereinbarung zunächst jedoch schwebend unwirksam ist und mit Fristablauf ex nunc wirksam wird, muss dies unter umgekehrten Vorzeichen auch im Fall des Widerspruchs gelten. Die Vereinbarung wird mit dem Widerspruch ex nunc endgültig unwirksam. Damit kann die Kartellbehörde das Wirksamwerden des Kartells nur verhindern,

[648] Büchner, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 23, Rn. 32.
[649] Sauter, in: Immenga/Mestmäcker, § 9, Rn. 4.
[650] Sauter, a. a. O., Rn. 25; Stamm, Entgeltregulierung, S. 130.
[651] Stamm, a. a. O., S. 129 f.
[652] Sauter, in: Immenga/Mestmäcker, § 9, Rn. 25.
[653] Bechthold, GWB, § 9, Rn. 12.
[654] Kiecker, in: Langen/Bunte, GWB, § 9, Rn. 37.
[655] Sauter, in: Immenga/Mestmäcker, § 9, Rn. 29.
[656] Sog. „Freigabebescheid“, Bechthold, ebd., Rn. 10; Sauter, in: Immenga/Mestmäcker, § 9, Rn. 4.

nicht aber beschleunigen.[657] Der Widerspruch aktiviert damit das gesetzliche Verbot, das die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts anordnet.[658]

Die Widerspruchsverfahren in beiden Gesetzen unterscheiden sich also insbesondere dadurch, dass sie unterschiedliche Gegenstände betreffen. In den Verfahren werden zum einen AGB, zum anderen Rechtsgeschäfte einer Prüfung unterzogen. Dies mag die Hauptursache für die unterschiedlichen Auswirkungen des Widerspruchs bzw. der Rechtsfolgen des Nichtwiderspruchs sein. Aber auch die divergierenden Zwecke und Ziele der Gesetze – auf der einen Seite die Wahrung des bereits bestehenden Wettbewerbs, auf der anderen hauptsächlich die Schaffung eines wettbewerbsorientierten Marktes – können diese Unterschiede erklären.

Wie wichtig dieses Instrumentarium in beiden Rechtsgebieten ist, zeigt die Entscheidung des Gesetzgebers gegen Ermessens- und für gebundene Entscheidungen der Behörden darüber, ob sie vom Widerspruchsrecht Gebrauch machen.

bb) Untersagungsanordnung und Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 TKG 1996

Grundsätzlich ist das Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung ein Verfahren gegen einen Preismissbrauch marktbeherrschender Unternehmen, das auf anderen Märkten nach §§ 22, 23, 32 GWB[659] vom Bundeskartellamt durchgeführt wird. Durch das TKG 1996 ist die Missbrauchsaufsicht damit auf die RegTP übertragen.[660] Daher soll ein Vergleich beider Verfahren vorgenommen werden, da das TKG 1996 ebenso wie das GWB der Wirtschaftsaufsicht dient.

Das Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung, insbesondere die Anpassungsaufforderung, Untersagung und Unwirksamkeitserklärung, wurde bereits oben dargestellt, gleichzeitig eine Charakterisierung der da-

[657] Sauter, a. a. O., Rn. 26; Kiecker, in: Langen/Bunte, GWB, § 9, Rn. 37.
[658] Stamm, Entgeltregulierung, S. 130.
[659] Entspricht §§ 22 V, IV GWB a. F., in der seit dem 26. August 1998 geltenden Fassung (BGBl. I, 2546) können Empfehlungen gemäß § 22 VI GWB nur noch für unzulässig (nicht unwirksam) erklärt und gemäß § 32 GWB als verbotenes Verhalten untersagt werden.
[660] Witte, in: Scheurle/Mayen, § 30, Rn. 5.

bei ergehenden Verwaltungsakte vorgenommen.[661] Nicht erörtert wurde bisher, dass teilweise die Auffassung vertreten wird, die Unwirksamkeitserklärung wirke über den Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe und der der Untersagung hinaus uneingeschränkt zurück.[662] Dafür spricht die Fassung des § 24 TKG 1996 als eine unmittelbare gesetzliche Pflicht, die nicht von einer Umsetzung durch eine Regulierungsentscheidung abhängig ist.[663] Da sich die Rückwirkung bei der ex-ante-Entgeltregulierung schon aus § 29 TKG 1996 ergäbe, tritt diese bei der Anwendung des § 29 TKG 1996 über § 30 V TKG 1996 auch bei der Unwirksamkeitserklärung ein.[664] Das gilt insbesondere, da § 30 TKG 1996 auch auf bereits vorab genehmigte Entgelte anwendbar ist. Die Rückwirkung der Unwirksamkeitserklärung widerspricht auch nicht den Regulierungszielen, sie bekräftigt diese vielmehr, da die Nutzer gerade vor Entgelten geschützt werden sollen, die nicht den „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ entsprechen. Eine Rückwirkung wäre nur dann ausgeschlossen, wenn das regulierte Unternehmen ein schutzwürdiges Vertrauen erworben hätte, was aber nicht der Fall ist, da es ausschließlich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Entgelte verlangen darf.[665] Teilweise wird gegen die Rückwirkung jedoch der Vertrauensschutz des regulierten Unternehmens angeführt, weshalb eine vermittelnde Ansicht rückwirkend gegebenenfalls Schadensersatzansprüche aus § 40 TKG 1996 zuerkennen will.[666]

Gegen Vertrauensschutz spricht der Zweck des Gesetzes, nach dem der Schutz der Nutzer und ein chancengleicher Wettbewerb gewollt sind. Eine Zweckerreichung ist aber nur dann möglich, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auch bei nachträglicher Regulierung damit rechnen muss, unrechtmäßig erhobene Entgelte zurück zu zahlen. Würde die Unwirksamkeitserklärung keine Rückwirkung haben, würde der vorherige rechtswidrige Zustand verfestigt und das regulierte Unternehmen hätte keinerlei finanziellen Anreiz, sich gesetzestreu zu verhalten.[667]

---

[661] Siehe oben, Teil 2, B., II., 2.
[662] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 30, Rn. 45.
[663] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 30, Rn. 29.
[664] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 30, Rn. 45.
[665] Schuster/Stürmer, ebd.
[666] VG Köln, Beschluss vom 27.10.1999, 1 L 1917/99, MMR 2000, 227 (231).
[667] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 30, Rn. 46.

Gegen diese Auffassung spricht, dass es kaum die Absicht des Gesetzgebers war, die Geschäftsbeziehungen mit einem völlig unkalkulierbaren Risiko einer für unabsehbare Zeit vorzunehmenden Rückabwicklung zu belasten.[668] Weiterhin würde bei Annahme der Rückwirkung der Unterschied zwischen ex ante und ex post regulierten Entgelten aufgehoben. Im Ergebnis würde die Regulierungsbefugnis der RegTP immer im Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung eingreifen.[669] Schon aus diesem Grund kann nicht von einer Rückwirkung der Unwirksamkeitserklärung ausgegangen werden.

Nach altem Recht waren die Befugnisse der Kartellbehörde zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen in § 22 IV, V GWB in Form der Untersagung missbräuchlichen Verhaltens und der Unwirksamkeitserklärung der entsprechenden Verträge geregelt. Zum Teil finden sich diese Befugnisse der Kartellbehörde jetzt in §§ 22 VI, 23 III GWB n. F., um gegen Preisempfehlungen vorzugehen. Nach diesen Vorschriften kann die Behörde Empfehlungen für unzulässig erklären und anschließend als verbotenes Verhalten gemäß § 32 GWB untersagen. Die Untersagungsanordnung kann sich auf jedes nach dem GWB verbotene Verhalten stützen, wozu auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 GWB gehört. Die Missbrauchsverfügung gemäß § 22 IV GWB ist konstitutiv[670] und trifft ebenso wie die Missbrauchsaufsicht nach § 23 GWB eine Regelung für die Zukunft,[671] weshalb beide nicht mit einer Rückwirkung verbunden sein können. Mit der Unzulässigkeitserklärung kann das Bundeskartellamt ein Verbot gleichartiger Empfehlungen verbinden, das dann ein Vorgehen nach § 32 GWB rechtfertigt. Im Hinblick auf Verstöße in der Vergangenheit kann die Kartellbehörde ein Bußgeldverfahren betreiben.[672]

Der bemerkenswerteste Unterschied zwischen den in beiden Missbrauchsverfahren ausgesprochenen Verfügungen liegt – zumindest nach der hier nicht vertretenen Auffassung – in dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens:

---

[668] Vgl. VG Köln, Beschluss vom 19. August 1998, MMR 1999, 244ff.; vgl. unten Teil 2, C., IV., 4., b).
[669] Vgl. zur Rechtslage nach dem TKG 2004 unten Teil 3, D., III., 2., a).
[670] Sauter, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 22, Rn. 104.
[671] Klosterfelde, in: Langen/Bunte, GWB, § 23, Rn. 113.
[672] Klosterfelde, ebd.

Die Unwirksamkeitserklärung des TKG 1996 soll mit Rückwirkung versehen sein, die Unzulässigkeitserklärung in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle soll ihre Wirksamkeit erst mit Ausspruch der Verfügung entfalten. Dieses Ergebnis wird mit den divergierenden Zwecken der beiden Gesetze erklärt. Die Befugnisse der Kartellbehörden werden nur dann ausgeübt, wenn der an sich auf dem Marktsegment bereits existierende Wettbewerb durch Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen gefährdet wird. Dann soll es ausreichen, diese Gefährdung für die Zukunft zu beseitigen. Anders im Telekommunikationsrecht: Hier ist es erforderlich, durch die Regulierung einen funktionsfähigen Wettbewerb zu schaffen. Dies ist nur dann möglich, wenn wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen nicht nur für die Zukunft, sondern auch bereits vorgenommene Handlungen, mit den entsprechenden Konsequenzen, als ex tunc unwirksam betrachtet werden. Andernfalls ist die Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs durch die Regulierung nicht möglich. Würden die beanstandeten Verhaltensweisen erst für die Zukunft als unwirksam behandelt werden, hätte das zur Folge, dass die Ergebnisse der Wettbewerbswidrigkeit bestehen blieben und so der Marktzugang für die Wettbewerber erheblich erschwert, wenn nicht ganz unmöglich würde.[673]

Dem kann zugestimmt werden, allerdings wird außer Betracht gelassen, dass durch die ex-ante-Regulierung und die damit verbundene Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen eben die als möglicherweise wettbewerbsschädigend eingestuften Preisvereinbarungen einer Vorabkontrolle unterliegen und in diesem Fall als ex tunc unwirksam betrachtet werden. Das Nebeneinander dieser beiden Regulierungsinstrumente spricht dafür, dass nur die ex-ante-Regulierung, nicht aber auch die Unwirksamkeitserklärung, mit Rückwirkung ausgestattet sein soll.

[673] Vgl. Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 30, Rn. 45; Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 30, Rn. 29.

C. Die Wirkungen des Verwaltungsakts, insbesondere seine Rückwirkung

Eine Wirkung ist die durch eine verursachende Kraft bewirkte Veränderung, Beeinflussung oder ein hierdurch herbeigeführtes Ergebnis.[674] Die Wirkungen der Verwaltungsakte sind entsprechend ihrer Vielgestaltigkeit sehr vielseitig und sind von der Wirksamkeit und von dem Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen abzugrenzen, stehen mit ihnen aber in engem Zusammenhang. Der Begriff der Rückwirkung berührt den Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen eines Verwaltungsakts oder anderer Rechtsakte und bezeichnet Fälle, in denen die Wirkungen des Verwaltungsakts nicht erst mit seiner Existenz oder zu einem späteren, sondern zu einem früheren Zeitpunkt eintreten. Umschrieben wird die Rückwirkung allgemein als die Auswirkung eines Ereignisses auf die vor dem Zeitpunkt seines Geschehens liegende Zeit.[675] Am häufigsten taucht der Begriff der Rückwirkung im öffentlichen Recht im Zusammenhang mit Gesetzen[676] auf, aber auch die Rückwirkung von Verwaltungsakten ist möglich. Besonders häufig wird die Rückwirkung im Verfahrensrecht bedeutsam. Für vorliegende Untersuchung ist die Rückwirkung von Verwaltungsakten von besonderem Interesse. Allerdings kann hier der Vergleich mit der Rückwirkung anderer Rechtsakte sehr nützlich sein.

I. Verwaltungsakte und ihre Wirkungen

Da sich diese Arbeit vornehmlich mit der möglichen Rückwirkung eines Verwaltungsakts beschäftigt, ist es von großer Bedeutung, das mögliche Spektrum der Wirkungen zu betrachten, die bei gegebener Rückwirkung mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu einem früheren Zeitpunkt eintreten. Im Gegensatz zu den Wirkungen des Verwaltungsakts als solchen betrifft der Begriff der Rückwirkung den Zeitpunkt von deren Eintritt (II. und III.) Zuvor sollen aber die möglichen Wirkungen eines Verwaltungsakts betrachtet werden, wozu die Bindungswirkung (1.), die Tatbestands- und

[674] Brockhaus Enzyklopädie, Deutsches Wörterbuch, Bd. 28, S. 3935.
[675] Tilch/Arloth, „Rückwirkung (Privatrecht)“, Band 3, S. 3604.
[676] Insbesondere von Steuergesetzen.

Feststellungswirkung (2.) und die möglichen Einwirkungen eines Verwaltungsakts auf die Grundrechte des Betroffenen (4.) gehören. Sonstige Wirkungen eines Verwaltungsakts, die an seine Rechtswirkungen und seinen Inhalt anknüpfen, sollen nicht unerwähnt bleiben (3.). Abschließend (5.) soll auf die besonderen Wirkungen von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten eingegangen werden. Im Einzelnen:

1. Bindungswirkung

Der Begriff der Bindungswirkung ist eng verknüpft mit der sog. materiellen Bestandskraft von Verwaltungsakten, bei der Parallelen zur Rechtskraft von Urteilen[677] gezogen werden. Unterschiede sind aber insoweit gegeben, als das Gericht ein Urteil als unabhängige dritte Stelle fällt, eine Behörde jedoch als Verfahrensbeteiligte den Verwaltungsakt in „eigener Sache erlässt".[678] Die Bindungswirkung tritt regelmäßig mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts ein und bindet nicht nur den oder die betroffenen Adressaten, sondern auch die erlassende Behörde.[679] Sie tritt bei allen Verwaltungsakten, nicht nur bei befehlenden, gestaltenden, sondern auch bei feststellenden, mit Ausnahme von im Sinne von §§ 43 III, 44 VwVfG nichtigen Maßnahmen ein.[680] Von einer Bindungswirkung kann nur solange ausgegangen werden, wie der Verwaltungsakt selbst besteht.

Von der Rechtskraft eines Urteils unterscheidet sich die Bindungswirkung des Verwaltungsakts insoweit, als letztere auch außerhalb eines Rechtsbehelfsverfahrens von der Behörde nur durch Rücknahme oder Widerruf beseitigt werden kann. Die sachliche Bindung an die Entscheidung besteht – ähnlich wie bei Urteilen – nur hinsichtlich des Tenors.[681] Die Bindung darüber hinaus, also auch an die die Regelung tragenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen, wird als Feststellungswirkung bezeichnet.[682]

---

[677] Vgl. § 318 ZPO.
[678] Vgl. Merten, NJW 1983, 1993 (1995).
[679] Maurer, Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 6, 7.
[680] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 43, Rn. 14.
[681] Vgl. Merten, NJW 1983, 1993 (1996).
[682] Maurer, Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 9.

Die Bindungswirkung im hier dargelegten Sinn betrifft nur die unmittelbar Betroffenen und die erlassende Behörde. Soweit sie sich auch auf Dritte erstreckt, wird sie als Tatbestandswirkung bezeichnet.[683]

Von der Bindungswirkung des Verwaltungsakts, teilweise auch als materielle Bestandskraft bezeichnet, muss die formelle Bestandskraft unterschieden werden, die erst eintritt, wenn der Verwaltungsakt nicht mehr in einem Rechtsbehelfsverfahren aufgehoben werden kann. Damit tritt die an sich „stärkere“ materielle Bestandskraft eher als die formelle Bestandskraft bzw. Unanfechtbarkeit ein, weshalb teilweise der Begriff der materiellen Bestandskraft für die Bindungswirkung des Verwaltungsakts erst mit Eintritt der formellen Bestandskraft verwendet, die davor eintretende Wirkung als eine Art Vorwirkung bezeichnet wird.[684]

Jeder privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt und also auch jede Entgeltgenehmigung sind daher mit Bindungswirkung versehen. Mit der Bestandskraft der Genehmigung ist das regulierte Unternehmen an die Genehmigung gebunden und muss sich nach deren Inhalt richten, egal, ob die beantragten Entgelte genehmigt wurden oder nicht. Ebenso sind die Nachfrager als Dritte – und bei der Genehmigung eines einzelnen Entgeltes als unmittelbare Betroffene – an die Genehmigung gebunden, da für sie kein Spielraum mehr für Preisverhandlungen mit dem marktbeherrschenden Unternehmen verbleibt. Ebenso gebunden ist die RegTP selbst, dies zumindest solange, wie die – meist befristeten (vgl. § 28 III TKG 1996) – Entgeltgenehmigungen ihre Gültigkeit behalten und keine Widerrufs- oder Rücknahmeentscheidungen ergangen sind.

2. Tatbestands- und Feststellungswirkung

Wie bei gerichtlichen Urteilen sind auch bei Verwaltungsakten Tatbestands- und Feststellungswirkung zu unterscheiden. Beide Begriffe dienen zur Bezeichnung bestimmter besonderer Bindungswirkungen von Verwaltungsakten über den Kreis der Verfahrensbeteiligten, deren Rechte und Pflichten durch den Verwaltungsakt begründet, geändert oder verbindlich festgestellt

[683] Erichsen, in: Erichsen (Hrsg.), Allg. Verwaltungsrecht, § 13, Rn. 4; vgl. Merten, NJW 1983, 1993 (1997).
[684] Vgl. Merten, NJW 1983, 1993 (1996).

werden und der Behörde bzw. des Rechtsträgers, dem diese angehört, hinaus, gegenüber sonstigen Personen, Behörden und weiteren Rechtsträgern sowie gegenüber allen Gerichten. Beide treten mit der Bestandskraft des Verwaltungsakts ein.[685]

a) Tatbestandswirkung

Tatbestandswirkung bedeutet, dass außer der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, und dem Rechtsträger, dem sie angehört, sowie den Verfahrensbeteiligten im Sinne von § 13 VwVfG, denen gegenüber der Verwaltungsakt nach § 43 I VwVfG wirksam geworden ist, auch alle anderen Behörden und öffentlich-rechtlichen Rechtsträger sowie grundsätzlich auch alle Gerichte die Tatsache, dass der Verwaltungsakt erlassen und damit rechtlich existent ist, als maßgeblich akzeptieren müssen. Über die Beteiligten hinaus erfolgt damit eine Bindung Dritter an die Tatsache der Existenz des Verwaltungsakts, sobald er diese erlangt hat und solange er diese behält.[686] Auf Grund der Tatbestandswirkung eines Verwaltungsakts sind alle Behörden und Gerichte grundsätzlich berechtigt, die Tatsache, dass der Verwaltungsakt ergangen ist, und die durch ihn getroffene Regelung oder Feststellung auch weiteren Entscheidungen oder ähnlichem ohne weiteres zugrunde zu legen. Soweit sie nicht befugt sind, über den Verwaltungsakt zu verfügen, sind sie sogar dazu verpflichtet.[687]

Die Tatbestandswirkung kann den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten allgemein und speziell den Entgeltgenehmigungen nicht abgesprochen werden. Der im Tenor festgelegte Preis für eine Telekommunikationsdienstleistung ist für alle Behörden und jeden Dritten verbindlich, so auch für Gerichte, die nicht über die Genehmigung zu entscheiden befugt sind, zum Beispiel bei einem Zivilprozess um zu zahlende Entgelte. Dort ist nicht mehr zu prüfen, ob diese angemessen oder ortsüblich sind, sondern

[685] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 43, Rn. 16.
[686] Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 18; ebenso Maurer, Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 8.
[687] Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 19.

sie sind der Entscheidung der Höhe nach einfach zu Grunde zu legen.[688] Zur Prüfung gestellt bleibt auch dann natürlich noch die Frage, ob die Leistungen, deren Vergütung verlangt wird, tatsächlich im vorgetragenen Umfang erbracht worden sind.

b) Feststellungswirkung

Während die Tatbestandswirkung nur die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung als solche erfasst, ist ausnahmsweise mit manchen Verwaltungsakten auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften[689] eine sog. Feststellungswirkung verbunden, die auch der eigentlichen Entscheidung vorausgehende Elemente – tatsächliche Feststellungen, auf denen der Verwaltungsakt beruht – oder die Beurteilung vorgreiflicher Fragen mit in die Bindungswirkung einbezieht.[690] Voraussetzung und Umfang der Feststellungswirkung werden ausschließlich und abschließend durch die besonderen Rechtsvorschriften, auf denen sie beruht, das heißt, die sie anordnen, bestimmt. Soweit in den maßgeblichen Rechtsvorschriften nichts anderes normiert ist, hat auch die Feststellungswirkung die (innere und äußere) Wirksamkeit des Verwaltungsakts, vielfach darüber hinaus auch die Unanfechtbarkeit oder sofortige Vollziehbarkeit zur Voraussetzung.[691]

Entgeltgenehmigungen des TKG haben keine Feststellungswirkung im soeben dargestellten Sinn: Die gesetzliche Regelung, die erforderlich ist, um eine solche festzulegen, hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich getroffen. Die tatsächlichen Feststellungen bei Entgeltgenehmigungen werden damit nicht in die Bindungswirkung einbezogen, sind also nicht für andere Entscheidungen maßgeblich.

---

[688] Grundsätzlich ist die richterliche Billigkeitskontrolle solcher Tarife nicht schon dann ausgeschlossen, wenn bei der Festsetzung der Tarife und Entgelte öffentlich-rechtliche Vorgaben, zu denen auch behördliche Genehmigungsvorbehalte gehören, zu beachten sind. Einer Überprüfung durch die Zivilgerichtsbarkeit sind diese nur dann entzogen, wenn ein privatautonomer Spielraum des regulierten Unternehmens hinsichtlich der von den Kunden zu erhebenden Tarife nicht mehr vorhanden ist oder das zu entrichtende Entgelt unmittelbar durch den Verwaltungsakt festgesetzt wird. Zur ersten Gruppe gehört die Entgeltgenehmigung im Telekommunikationsrecht. Vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 1998, III ZR 287/97, WM 1998, 2107 (2110 ff.) für Entgeltgenehmigungen nach §§ 4 I, 13, 14 PTRegG.

[689] Vgl. z. B. § 15 IV BVFG a. F: Die in einem Vertriebenenausweis getroffenen Feststellungen waren auch für die Feststellung der deutschen Volkszugehörigkeit bindend.

[690] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 43, Rn. 26.

[691] Kopp/Ramsauer, a. a. O., Rn. 27; ebenso Maurer, Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 9.

Ob privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im allgemeinen mit einer Feststellungswirkung verbunden sein können, kann nur im Hinblick auf den einzelnen Verwaltungsakt und die diesem zu Grunde liegenden Normen, die eine solche Feststellungswirkung vorsehen müssen, beantwortet werden.

3. Sonstige Wirkungen der Verwaltungsakte

Entsprechend der Unterteilung der Verwaltungsakte nach ihrem Inhalt und ihren Rechtswirkungen auf den Betroffenen haben diese verschiedene Wirkungen oder Auswirkungen. So haben feststellende Verwaltungsakte für das von ihnen in Bezug genommene Rechtsverhältnis eine „Feststellungswirkung“, zwar nicht in dem umfassenden Verständnis wie soeben geschildert,[692] aber jedenfalls für die am jeweiligen Verfahren Beteiligten.[693]

Befehlende Verwaltungsakte verpflichten die Adressaten zu einem Tun oder Unterlassen, schränken damit die Handlungsfreiheit des Betroffenen ein, indem sie ein bestimmtes Tun untersagen oder ein bestimmtes Verhalten verlangen. In das geregelte Rechtsverhältnis greifen gestaltende Verwaltungsakte ein. Dieses wird mit dem Wirksamwerden des Verwaltungsakts umgestaltet, beseitigt oder auch erst begründet.

Für den Betroffenen können Verwaltungsakte positive wie auch negative Auswirkungen haben. Sie können ihm eine Leistung gewähren, eine Genehmigung oder Erlaubnis erteilen, ihm diese wieder entziehen oder von Anfang an versagen. Leistungen können zurückverlangt oder auch nur teilweise nicht zugesprochen werden. Dann handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, mit dem zugleich eine Begünstigung ausgesprochen und eine Belastung auferlegt wird. Dies trifft auch den Fall der Genehmigung unter einer Auflage (§ 36 II Nr. 4 VwVfG). Weiterhin kann ein Verwaltungsakt für den Adressaten begünstigende, für einen Dritten jedoch belastende Wirkungen haben oder umgekehrt. In solchen Fällen handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung.

Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte sind eine besondere Erscheinungsform der gestaltenden Verwaltungsakte, weshalb ihre Wirkungen zu-

[692] Siehe oben, Teil 2, C., I., 2., b).
[693] Wolff/Bachof/Stober, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 48, Rn. 8.

nächst auf die Gestaltung der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse beschränkt sind. Aber auch sie können sich als begünstigende oder belastende Verwaltungsakte oder als solche mit Doppelwirkung darstellen.

Entgeltgenehmigungen sind in ihren Rechtswirkungen auf die Betroffenen äußerst vielgestaltig. Wird ein Entgelt wie beantragt genehmigt, hat eine solche Entscheidung nur begünstigende Wirkungen für das beantragende Unternehmen. Für die Nachfrager stellt sich diese Entscheidung als belastend dar, zumindest insoweit, als diese sich als Wettbewerber im Genehmigungsverfahren gegen die Höhe des Entgeltes gewandt hatten. Für die nicht am Genehmigungsverfahren beteiligten Endnutzer stellt sich die Genehmigung des Entgeltes auch dann belastend, wenn es den Maßstäben der Entgeltregulierung (§ 24 TKG 1996) widerspricht. Dabei kann es dahin stehen, ob er Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens oder eines der Wettbewerber nachfragt.

Anders gestaltet sich die Lage schon dann, wenn ein Entgelt nicht in der beantragten, sondern einer geringeren Höhe genehmigt wird. Insoweit werden Antragsteller und Wettbewerber als Nachfrager gleichzeitig begünstigt und belastet. Für beide Verfahrensparteien handelt es sich somit um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung. Für den Antragsteller stellt sich die Genehmigung insoweit begünstigend dar, als das Entgelt genehmigt wurde, die Ablehnung der Genehmigung eines höheren Entgeltes dagegen als Belastung. Für die oder den Nachfrager ist die Situation genau umgekehrt. Die Ablehnung der Genehmigung in der beantragten Höhe begünstigt den Nachfrager, die Genehmigung des Entgeltes belastet ihn. Gleiches gilt für den Endnutzer.

Soweit die Erteilung der Entgeltgenehmigung insgesamt abgelehnt wird, stellt sich die Entscheidung für das regulierte Unternehmen als belastend dar. Ob eine solche Entscheidung für den Wettbewerber als Nachfrager noch begünstigend ist, hängt davon ab, ob das regulierte Unternehmen dann zur Leistungserbringung verpflichtet ist und vorerst kein Entgelt verlangen kann oder ob es die Leistung nicht zur Verfügung stellt, solange kein Entgelt genehmigt ist. Im letzteren Fall hat die Entscheidung für den Nachfrager indirekt nicht nur begünstigende Wirkungen, da sie dafür sorgt,

dass dieser die Leistung nicht in Anspruch nehmen und damit auch nicht am Wettbewerb teilnehmen kann. Auch für den Endnutzer trifft dies zu, da er eine in der Regel innovative Leistung nicht unmittelbar, sondern nur zeitlich verzögert in Anspruch nehmen kann. Gleichzeitig wird er aber durch die Nichtgenehmigung vor einer belastenden Regelung, die möglicherweise für eine Leistung das nicht den Maßstäben des § 24 TKG 1996 entsprechende Entgelt vorsah, geschützt.

4. Einwirkungen auf die Grundrechte der Beteiligten

a) Allgemeines

Verwaltungsakte haben, sofern sie nicht lediglich begünstigend sind, Eingriffscharakter in Bezug auf Grundrechte der Betroffenen. Da es sich bei Entgeltgenehmigungen um Verwaltungsakte handelt, die nur Telekommunikationsunternehmen – also Teilnehmer am Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen – als Adressaten betreffen, soll hier nur auf diejenigen Grundrechte eingegangen werden, die mit der Betätigung auf wirtschaftlichem Gebiet und der Regulierung dieser Tätigkeit im Zusammenhang stehen. Telekommunikationsunternehmen werden in den Schutzbereich der Grundrechte insoweit einbezogen, wie sie gemäß Art. 19 III GG als juristische Personen des Privatrechts grundrechtsfähig sind.

Bei der Ausgestaltung des einfachgesetzlichen Regulierungsrahmens des TKG müssen sowohl die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätze als auch die Grundrechte der Marktteilnehmer beachtet werden, wobei letztere wesentlich größere Bedeutung haben. Auf die verfassungsrechtliche Grundlage des Telekommunikationsrechts wurde bereits eingegangen,[694] hier sollen die einfachgesetzlichen Normen und die auf ihnen beruhenden Verwaltungsakte auf ihre grundrechtrelevante Eingriffsintensität untersucht werden.

Da die Erfüllung staatlicher Schutzpflichten gegenüber allen Marktteilnehmern und Endverbrauchern im Einzelfall notwendige Eingriffe in die

[694] Vgl. Teil 1, B., II., 1.

grundrechtlichen Freiheiten der Telekommunikationsunternehmen erfordert, sind Regulierungsmaßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen erforderlich und gerechtfertigt. So ist in Betracht zu ziehen, dass eine sektorspezifische Regulierung zwar eine Ungleichbehandlung von Unternehmen und damit einen Verstoß gegen Art. 3 I GG zur Folge hat, aber auf Grund der Marktsituation erforderlich und gerechtfertigt ist (b)). Ebenso scheinen die durch die Entgeltregulierung und die Lizenzierungspflicht entstehenden Beschränkungen der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG (c)), der Eigentumsgarantie in Art. 14 I GG (d)) und der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG (e)) durch die Regulierungsziele gerechtfertigt zu sein.

Die staatliche Regulierungsbefugnis ist jedoch nicht unbegrenzt, sondern in Beziehung zu den Grundrechten der Unternehmer, namentlich aus Art. 12 I, 14 I, 2 I und 3 I GG, zu setzen. Die Regulierungsvorschriften des TKG 1996 und die auf diesen basierenden Regulierungsentscheidungen der Verwaltung erfordern dementsprechend eine Rechtfertigung, die generell eine Einschränkung der Grundrechte erlaubt. Als solche kommt die in § 1 TKG 1996 verankerte Förderung des Wettbewerbs zur Gewährleistung eines Universaldienstes in Betracht.[695] Dem Bund verbleibt nach Art. 87 f I GG die Infrastrukturverantwortung, die als Teil der staatlichen Daseinsvorsorge zum Schutz des Einzelnen vor Ausschluss von der Versorgung Bestand hat. Das Recht des Einzelnen rechtfertigt daher in den Fällen, in denen eine angemessene und flächendeckende Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen nicht gegeben ist, die Einschränkung der Grundrechte eines bzw. aller Telekommunikationsdienstleister. Umgekehrt führt die Entmonopolisierung des Bereichs der Telekommunikation dazu, dass dieser Sektor vollständig der grundrechtlichen Gewährleistung unterfällt. Damit gewähren die Grundrechte nicht nur einen Schutz vor der Regulierung, sondern auch vor einer Re-Monopolisierung des Telekommunikationsmarktes und bewirken eine Pflicht des Staates zur Förderung des Wettbewerbs auf diesem Sektor.[696] Hier soll lediglich auf die möglichen

[695] Reinke, Zweck, S. 103.
[696] Reinke, a. a. O., S. 82.

Grundrechtseingriffe durch Regulierungsmaßnahmen geblickt werden. Im Einzelnen:

b) Das Gleichheitsgebot gemäß Art. 3 I GG

Der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 I GG besagt, dass wesentlich Gleiches nicht willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden darf.[697] Eine Ungleichbehandlung ist allerdings dann gerechtfertigt, also nicht willkürlich, wenn zwischen zwei Gruppen „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen“[698]. Art. 3 I GG erscheint somit jedenfalls als Willkürverbot und statuiert das Verbot sachlich unbegründeter rechtlicher Differenzierungen zum Vorteil einzelner Wettbewerbsteilnehmer.[699] Allerdings muss der Gesetzgeber im konkreten Fall nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung wählen, vielmehr genügt es, wenn sich „irgendein sachlich vertretbarer zureichender Grund anführen lässt“.[700] Damit gewährt Art. 3 I GG keinen generellen Anspruch auf Chancengleichheit im Wettbewerb. Das Verbot willkürlicher Differenzierungen verlangt vom Staat zunächst einmal nur sachlich begründete Differenzierungen. Die Rechtsprechung stellt insbesondere keine besonders hohen Anforderungen an eine gleichheitswahrende Gesetzgebung auf dem Gebiet der Wirtschaftsordnung und billigt dem Gesetzgeber im Allgemeinen Gestaltungsfreiheit zu.[701] So ist es „vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“[702] Dem Gesetzgeber wird dabei sowohl bei der „Prognose und Einschätzung gewisser der Allgemeinheit drohender Gefahren“ als auch „für die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele“ ein

[697] BVerfG, Urteil vom 16. März 1955, BVerfGE 4, 144 (155).
[698] Sog. „neue Formel“, vgl. BVerfGE 55, 72 (88); 85, 238 (244).
[699] Vgl. zur Differenzierung zum Vorteil öffentlicher Unternehmen BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1972, BVerwGE 39, 329 (337); vgl. auch BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 1963, BVerwGE 17, 306 (311).
[700] Vgl. BVerfGE 33, 44 (51); 75, 108 (157); 83, 1 (23).
[701] BVerfG, Beschluss vom 6.Oktober 1987, BVerfGE 77, 84 (106).
[702] BVerfG, ebd.

Beurteilungsspielraum zugebilligt, der erst dann überschritten wird, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers „so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.“[703]

Ein Verstoß des sektorspezifischen Regulierungsansatzes gegen Art. 3 I GG kommt hier unter zwei Aspekten in Betracht: Zum einen führt die Unterwerfung von Telekommunikationsunternehmen unter das besondere Regulierungsregime des TKG 1996 zu einer Ungleichbehandlung gegenüber sonstigen, auf anderen Märkten tätigen Unternehmen. Zum anderen trifft das TKG 1996 eine weitere Differenzierung im Bereich der Regulierung zwischen marktbeherrschenden und sonstigen Telekommunikationsunternehmen.[704]

Die Förderung des Wettbewerbs auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt zur Steigerung der Produktivität, zur Verbesserung der Qualität und zur Schaffung neuer Dienste rechtfertigt es als wichtiger Gemeinschaftsbelang – um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können –, den Bereich der Telekommunikation einer besonderen Wirtschaftsaufsicht zu unterstellen.[705] Die Regulierungsmaßnahmen Lizenz-, Anzeige- und auch Entgeltregulierungspflicht ermöglichen eine dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgende effiziente Regulierung, womit sich die Sonderbehandlung der Telekommunikationsmärkte und der dort tätigen Unternehmen nicht als Verstoß gegen das Gleichheitsgebot darstellt.[706]

Weiterhin stellt die Wahrung der grundrechtlich schutzwürdigen Interessen der potenziellen Wettbewerber, die eines spezifischen Schutzes vor marktbeherrschenden Unternehmen bedürfen, um überhaupt einen Zugang zu den Märkten zu erlangen, eine notwendige Voraussetzung für die Schaffung eines funktionierenden Wettbewerbs dar. Auch sind die Regulie-

[703] BVerfG, ebd., m. w. N. zur eigenen Rechtsprechung. Windthorst hält pauschal und etwas unsystematisch Differenzierungen bei der Regulierung für zulässig, sofern diese sachgerecht sind und dem Gleichheitssatz und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, vgl. Windthorst, Universaldienst, S. 346.
[704] Reinke, Zweck, S. 104.
[705] Vgl. Begründung zum TKG-E, BT-Drs. 13/4438 vom 23. April 1996, S. 4 i. V. m. BT-Drs. 13/3609 vom 30. Januar 1996, S. 33; Reinke, Zweck, S. 104.
[706] So auch Reinke, a. a. O., S. 105.

rungsinstrumente geeignet, den Wettbewerb zu fördern. Die Ungleichbehandlung der Unternehmen durch die asymmetrische Regulierung ist so lange gerechtfertigt, bis ein funktionierender Wettbewerb hergestellt ist.[707]

Im Übrigen sind die Regulierungsmaßnahmen verhältnismäßig, da sie als wettbewerbsfördernde Regelungen in der Art und Weise auf die Märkte einwirken, dass die Marktzutrittsschranken für neue Wettbewerber denkbar niedrig angelegt sind, gleichzeitig aber die Eingriffe gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen sich auf das Nötigste beschränken.[708]

c) Berufsfreiheit und Unternehmerfreiheit gemäß Art. 12 I GG

Bei Betrachtung der Regulierungsmaßnahmen des TKG stellt sich ferner die Frage nach einem Verstoß gegen Art. 12 I GG. Dieses Grundrecht gewährleistet die Berufsfreiheit. Beruf wird dabei als jede auf Dauer angelegte und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit verstanden.[709] Die Unternehmerfreiheit als Bestandteil der Berufsfreiheit gewährleistet das Recht der freien Gründung und Führung von Unternehmen.[710] Im Rahmen der bestehenden Wirtschaftsordnung ist dabei das Verhalten der Marktteilnehmer im Wettbewerb Bestandteil der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Tätigkeit.[711] Die Wettbewerbsfreiheit gewährleistet den Marktteilnehmern einen ungestörten Marktzugang[712] mit den von ihnen gewählten Dienstleistungen und Produkten sowie die Teilnahme am Wettbewerb.[713]

Die von Art. 12 I GG gewährleistete Berufsfreiheit zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab.[714] Die durch die Regulierung indizierten Eingriffe in die Berufsfreiheit können nur durch oder auf Grund eines formellen Gesetzes erfolgen[715], wobei den Normgehalt des Art. 12 I GG

---

[707] Reinke, ebd.
[708] Reinke, a. a. O., S. 106.
[709] Zum Berufsbegriff des Art. 12 GG vgl. nur Tettinger, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 12, Rn. 29.
[710] Vgl. Papier, DVBl. 1984, 801 (806), m. w. N. zur Rechtsprechung.
[711] Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Oktober 1990, BVerwGE 87, 37 (39), m. w. N. zur eigenen Rechtsprechung und der des Bundesverfassungsgerichts.
[712] Vgl. Di Fabio, JZ 1993, 689 (694); Rittner, Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 36.
[713] Vgl. Di Fabio, ebd.
[714] BVerwG, Urteil vom 18. Oktober 1990, BVerwGE 87, 37 (39); BVerfG, Beschluss vom 5. Mai 1987, BVerfGE 75, 284 (292), m. w. N. zur eigenen Rechtsprechung.
[715] Art. 87f I GG kann hier nicht als ungeschriebene Grundrechtsbegrenzung herangezogen werden, vgl. Windthorst, Universaldienst, S. 325.

berührende Einwirkungen nur dann statthaft sind, wenn sie sich innerhalb der abgestuften Regelungsbefugnis des Gesetzgebers bewegen. Ein Grundrechtseingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn dem Eingriff eine legitime Zwecksetzung zugrunde liegt, wenn die Maßnahme geeignet ist, zumindest einen mit ihr verfolgten öffentlichen Zweck zu fördern, und wenn die Grundrechtsbeeinträchtigung erforderlich ist, das heißt, wenn der Zweck oder die Zwecke nicht durch ein anderes Mittel ebenso gut erreicht werden können, welches den Bürger weniger belastet.[716] Zuletzt unterziehen Rechtsprechung und Lehre die angestrebte Regelung einer typisierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Nach der vom BVerfG im sog. Apothekenurteil entwickelten sog. Drei-Stufen-Theorie sind je nach Eingriffsintensität Berufsausübungsregelungen, subjektive und objektive Berufswahlregelungen zu unterscheiden.[717] Nach dieser Stufenlehre wird der Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung intensiver, je mehr die Normierung das Grundrecht einschränkt.[718]

Durch die Entgeltregulierung der marktbeherrschenden Betreiber werden diese gehindert, ihre marktbeherrschende Stellung bzw. Marktmacht in einer Weise auszunutzen, wie sie es ohne die Regulierung nach den Gesetzen des Marktes tun würden. Ohne die Entgeltregulierung könnte das marktmächtige Unternehmen seine Preispolitik in einer andere Marktteilnehmer in ihrer Tätigkeit beschränkenden Art und Weise führen. Dies wäre ihm nur auf Grund der von ehemaligen Monopolisten übernommenen Infrastruktur möglich. Der Marktbeherrscher könnte damit nicht nur die Endkundenpreise auf Grund seiner Marktmacht frei festlegen, sondern auch Mitbewerber aus dem Markt drängen, indem die Infrastrukturnutzung zu unwirtschaftlichen Konditionen angeboten und der Mitbewerber so zum Ausstieg oder zum investitionsintensiven Aufbau einer Parallelinfrastruktur gezwungen würde. Insoweit ist das Instrument der Entgeltregulierung geeignet, eine Preisinflation am vom ehemaligen Monopol geprägten Telekommunikationsmarkt zu verhindern. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung

[716] Zu den allgemeinen Anforderungen des Übermaßverbotes vgl. Manssen, in: Bonner Grundgesetz, Bd. 1, Art. 12, Rn. 120 ff.
[717] Vgl. BVerfG, Urteil vom 11. Juni 1958, BVerfGE 7, 377 (405 f.).
[718] Vgl. nur BVerfG, ebd., BVerfG, Beschluss vom 4.Oktober 1983, BVerfGE 65, 116 (126); BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 1987, BVerfGE 77, 308 (332).

ist festzuhalten, dass als Alternative lediglich die völlige Zerschlagung der Monopole in Betracht kam, wobei dann nicht abzusehen gewesen wäre, ob der Wettbewerb sich auch ohne Preisregulierung in Gang gesetzt hätte oder trotz der Ressourcenaufteilung eine Entgeltregulierung gegenüber allen Marktteilnehmern bzw. eine stärkere Universaldienstverpflichtung notwendig und damit eine Erhöhung der Eingriffsintensität erforderlich gewesen wäre.

Die Entgeltregulierung entspricht auch der zu wahrenden Verhältnismäßigkeit, da eine Abwägung zwischen Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der den Eingriff rechtfertigenden Gründe ergibt, dass die Grenzen des Zumutbaren gewahrt werden. Die wettbewerbsfördernden Entgeltregulierungsmaßnahmen wirken auf die Telekommunikationsmärkte in einem Maße ein, dass die Marktzutrittsschranken für die neuen Marktteilnehmer denkbar niedrig angelegt sind, gleichzeitig die Eingriffe in die Unternehmensfreiheit durch die Regulierung der Entgelte auf das (minimal) Erforderliche beschränkt werden. Die Entgeltregulierung führt dazu, dass die Freiheit des Marktbeherrschers nur insoweit eingeschränkt wird, als er die Preise für seine Leistungen genehmigen lassen muss und diese für die Genehmigungsfähigkeit dem Kostenmaßstab der „effizienten Leistungsbereitstellung“ entsprechen müssen. Im der Genehmigung vorgeschalteten Verfahren können die der Regulierung unterliegenden Unternehmen die Höhe der von ihnen beantragten Preise durch die von ihnen durchgeführten Kostenrechnungen und -kalkulationen erläutern und so Einfluss auf das Genehmigungsverfahren nehmen. Eine solche Verfahrensgestaltung greift weit weniger in die Unternehmerfreiheit ein, als z. B. eine Regulierung, bei der der Tarif ohne Beteiligung des Unternehmens durch die zuständige Behörde festgesetzt wird. Auf diese Weise können die Unternehmensinvestitionen, die für Außenstehende nicht ohne weiteres erkennbar sind, als wichtige, den Markt beeinflussende Aspekte bei der Entgeltfestsetzung berücksichtigt werden. In gleichem Maße werden durch die Beteiligung auch der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens an den Entgeltregulierungsverfahren gemäß §§ 74, 75 TKG 1996 deren Interessen und wirtschaftliche Lage für die Wettbewerbsentwicklung genutzt.

d) Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 I GG

Die Regelungen des TKG 1996 haben darüber hinaus Relevanz für die Eigentumsgarantie aus Art. 14 I GG. Rechtsprechung und Lehre nehmen an, dass auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb in gewissen Grenzen den Eigentumsschutz aus Art. 14 I GG genießt.[719] Die Eigentumsgarantie umfasst u. a. die Sicherung des als vermögenswertes Recht anerkannten, eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs vor Beeinträchtigungen infolge Verwaltungshandelns sowie vor sozialgestaltenden und wirtschaftslenkenden Maßnahmen des Gesetzgebers.[720] Der Schutz des Gewerbebetriebs reicht dabei nicht weiter als seine wirtschaftlichen Grundlagen[721] bzw. erstreckt sich – positiv formuliert – auf all das, „was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebs ausmacht."[722]

Die durch die Regelungen des TKG 1996 betroffenen Eigentumspositionen der Marktteilnehmer lassen sich mit den zivilrechtlichen Begriffen „Eigentum am Unternehmen" oder „Eigentum an den Telekommunikationsnetzen" nicht vollständig erfassen. Die verfassungsrechtlich als Eigentum geschützten Befugnisse ergeben sich erst aus einer „Gesamtschau aller die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften"[723] des privaten und des öffentlichen Rechts.[724] Maßgebend sind die Befugnisse, „die einem Eigentümer im Zeitpunkt der gesetzgeberischen Maßnahme konkret zustehen". Nach diesen bemisst sich die Reichweite des Schutzes des Eigentums.[725]

Mit der Entgeltregulierung wird nicht so intensiv in die Eigentumsfreiheit eingegriffen wie mit anderen Regelungen des TKG 1996, wie zum Beispiel der Lizenzpflicht, der Festlegung von Mitbenutzungsrechten Dritter an der Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens oder den im TKG 1996 festgelegten Wegerechten für Telekommunikationsinfrastruktur. Die

[719] Vgl. Wendt, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 14, Rn. 26, m. w. N. in Rn. 92.
[720] Badura, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Abschnitt, Rn. 54, m. w. N.
[721] BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1981, BVerfGE 58, 300 (353).
[722] BGH, Urteil vom 7. Dezember 1967, NJW 1968, 293 (293).
[723] BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1981, BVerfGE 58, 300 (336).
[724] BVerfG, ebd.; Beschluss vom 20. Januar 1988, BVerfGE 77, 370 (375 ff.).
[725] BVerfG, Beschluss vom 19. Juni 1985, BVerfGE 70, 191 (201).

genannten Fälle der Regulierung greifen direkt in die Eigentums- bzw. Gewerbefreiheit ein, indem sie bei Nichterteilung einer Lizenz die wirtschaftliche Betätigung am Markt verhindern, bei der Festlegung der Mitbenutzung durch Dritte den Eigentümer insoweit von der Nutzung seines Eigentums ausschließen und auch bei der Festlegung von Wegerechten der Grundstückseigentümer ganz oder zum Teil von der Nutzung ausgeschlossen ist. Die Regulierung eines Entgeltes schließt den Betroffenen hingegen nicht völlig vom Agieren am Markt aus, sondern setzt diesem nur gewisse Schranken, weshalb dieser Eingriff in die Erwerbsmöglichkeit nicht als absolut betrachtet werden kann, da diese nicht vollumfänglich ausgeschlossen wird.

Insbesondere die Lizenzpflicht für das Betreiben von Übertragungswegen wurde mit Blick auf die Eigentumsfreiheit kritisch betrachtet, da der Eigentümer des Übertragungsweges für die Nutzung seines Eigentums damit einer behördlichen Erlaubnis bedürfe. Entgegen dieser Ansicht knüpft die Lizenzpflicht aber nicht an die Eigentumsposition als solche an, sondern an eine wirtschaftliche Betätigung, nämlich an das Anbieten bestimmter Telekommunikationsdienstleistungen, weshalb diese Regulierungsmaßnahme nicht in die Eigentums-, sondern in die bereits dargestellte Berufs- und Gewerbefreiheit eingreift.[726]

Die Verpflichtung des Eigentümers der Infrastruktur, diese für Dritte zur Mitbenutzung frei zu geben, stellt sich aber als Eingriff in dessen Eigentumspositionen dar. Dabei ist zwischen Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu unterscheiden. Die Verpflichtung zur Einräumung der Mitbenutzungsrechte an Dritte lässt sich einordnen als „generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinn der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektivrechtlicher Vorschriften gerichtet, die den Inhalt des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft in allgemeiner Form bestimmen.“[727] Da die telekommunikationsrechtliche Infrastruktur zumindest

[726] So auch Reinke, Zweck, S. 109.
[727] BVerfGE 72, 66 (76).

hinsichtlich des analogen Telefonanschlusses[728] der Daseinsvorsorge dient und damit durch ihre Gemeinwohlbindung existenzielle Bedeutung für den Staat hat, kann eine weit reichende Einschränkung der Eigentümerbefugnisse legitim sein. Der Eingriff durch die Festlegung von Mitbenutzungsrechten ist geeignet und erforderlich. Durch dieses Recht können die Wettbewerber auf bereits vorhandene Infrastruktur zugreifen und ihre finanziellen Mittel auch anderweitig als zum Aufbau einer volkswirtschaftlich evtl. nicht erwünschten parallelen Infrastruktur nutzen. Auf Grund dieser Regelung können die Wettbewerber von der Öffnung des Marktes an mit dem Marktbeherrscher konkurrieren. Die Erforderlichkeit der Mitbenutzung ist gegeben, da keine milderen Mittel zur Erreichung der Teilhabe der Wettbewerber an der Infrastruktur gegeben waren. Insbesondere die im Bereich der Bahn angedachte unternehmerische Trennung von Schienennetz und Verkehr[729] stellt sich im Vergleich zur Mitbenutzung und dem diskriminierungsfreien Zugang der Mitbewerber als schwerwiegenderer Eingriff dar.

Die Mitbenutzungsrechte sind insoweit als verhältnismäßig anzusehen, als dem Eigentümer bei Kapazitätsengpässen ein Vorrang bei der Nutzung eingeräumt wird und er im Übrigen für die Benutzung ein angemessenes Entgelt erhält. Die Belastung des Eigentümers auf diese Art und Weise steht im angemessenen Verhältnis zum mit der Liberalisierung verfolgten Zweck der Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Der Wettbewerb auf dem Telekommunikationssektor und die Infrastruktursicherung stellen sich als so gewichtige Ziele dar, dass sie die Einräumung von Mitbenutzungsrechten als verhältnismäßig erscheinen lassen. Insbesondere ist dieser Eingriff nicht von solcher Intensität, Schwere und Tragweite, dass die Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen scheint, da dem Eigentümer für die Nutzung ein entsprechendes Entgelt zukommt und er ein Vorrecht hinsichtlich der Benutzung hat.

---

[728] Nach § 1 Nr. 1 TUDLV wird als Universaldienstleistung der Sprachtelefondienst auf der Basis eines digital vermittelten Netzes und von Teilnehmeranschlussleitungen mit einer Bandbreite von 3,1 KHz und mit – soweit technisch möglich – den ISDN-Leistungsmerkmalen Anklopfen, Anrufweiterschaltung, Einzelverbindungsnachweis, Entgeltanzeige und Rückfrage/Makeln bestimmt. Vgl. § 78 II Nr. 1 TKG 2004: hier wir auf eine solch detaillierte Regelung verzichtet; als Universaldienstleistung wird „der Anschluss an ein öffentliches Telefonnetz an einem festen Standort und der Zugang zu öffentlichen Telefondiensten an einem festen Standort mit – soweit möglich – den Dienstemerkmalen Anklopfen, Anrufweiterschaltung und Rückfrage/Makeln“ bestimmt.

[729] Vgl. Holst, in: König/Benz, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 83 (86).

Durch die Entgeltregulierung wird das regulierte Unternehmen insoweit in seiner verfassungsrechtlich geschützten Position betroffen, als die vermögenswerte Leistung, die seiner Telekommunikationsleistung im Synallagma gegenüber steht, durch die Regulierung in dem Sinne beeinflusst wird, dass nicht die Gegenleistung, die ohne Regulierung auf Grund der Marktmacht zu erzielen wäre, dem Unternehmen zufließt, sondern diese künstlich auf einen den Wettbewerb fördernden Wert festgelegt wird. Da sich dieser jedoch an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert und dies durch den Gemeinwohlbelang eines funktionierenden Wettbewerbs auch im Sinne der Gewährleistung eines Universaldienstes gerechtfertigt ist, muss dieser Eingriff als verhältnismäßig qualifiziert werden.

e) Allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG

Fraglich ist schließlich, ob die Regulierungsmaßnahmen mit Art. 2 I GG vereinbar sind. Das Bundesverfassungsgericht hat in verschiedenen Entscheidungen Art. 2 I GG auch auf den wirtschaftlichen Bereich angewandt und daraus ein Recht auf Selbstentfaltung auf wirtschaftlichem Gebiet hergeleitet.[730] Dabei hat das Gericht aber stets betont, dass die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr durch Art. 2 I GG nur gewährleistet wird, soweit nicht spezielle Grundrechtsbestimmungen einschlägig sind.[731]

Innerhalb der Prüfung des Art. 2 I GG ist daher an dieser Stelle zu beachten, dass die Persönlichkeitsentfaltung im Beruf und damit im Wettbewerb bereits von Art. 12 I GG umfasst wird, da die Berufsfreiheit als Konkretisierung der freien Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung anzusehen ist.[732] Art. 2 I GG kann daher nur dann Anwendung finden, wenn sich jemand außerhalb seines Berufs wirtschaftlich betätigt.

Selbst wenn man aus Art. 2 I GG eine umfassende Gewährleistung der Handlungsfreiheit ableitet, dann aber zur verfassungsmäßigen Ordnung, die die Handlungsfreiheit einschränkt, alle formell und materiell verfas-

[730] Vgl. exemplarisch BVerfG, Urteil vom 20. Juli 1954, BVerfGE 4, 7 (16); BVerfG, Beschluss vom 12. Dezember 1958, BVerfGE 8, 274 (328 f.); BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 1961, BVerfGE 12, 341 (347).
[731] Vgl. nur BVerfG, ebd.
[732] Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Oktober 1990, BVerfGE 87, 37 (39); BVerfG, Beschluss vom 5. Mai 1987, BVerfGE 75, 284 (292), m. w. N. zur eigenen Rechtsprechung.

sungsmäßigen Rechtsnormen zählt, ist die Regulierung auf Grund des TKG 1996 als verfassungsgemäß anzusehen, soweit die Regulierung mit der Zweckbestimmung des § 1 TKG 1996 im Einklang steht.[733]

f) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Verfassungsrecht erfordert für notwendige Einschränkungen zum Schutz gefährdeter Rechtsgüter die Geeignetheit und Erforderlichkeit des gewählten Eingriffsinstrumentariums. Eine undifferenzierte Beschränkung der Telekommunikationsunternehmen kann angesichts der unterschiedlichen Gefährdungslagen und Chancen bereits unverhältnismäßig sein.[734] Keinesfalls lässt sich jedoch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine positive Förderpflicht für einzelne Telekommunikationsunternehmen herleiten. Die mit einer reinen Abwehrfunktion versehenen Unternehmensrechte begründen allenfalls eine „Förderpflicht im negativen Sinne".[735] Für die Frage, wie diese verfassungsrechtliche Verpflichtung im Einzelnen einfachgesetzlich umzusetzen ist, wird dem Gesetzgeber ein großer Spielraum eingeräumt.[736] Diesen hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der im TKG 1996 verankerten Regulierungsinstrumente nicht überschritten.

g) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Individual- und Maßnahmegesetzen

Aus Art. 19 I GG leitet sich der verfassungsrechtliche Anspruch an Gesetze ab, dass diese dem Merkmal der Allgemeinheit zu entsprechen haben, somit eine Vielzahl von Fällen regeln und sich an eine Vielzahl von Adressaten, die nicht einen geschlossenen Kreis bilden, wenden müssen.[737]

aa) Individualgesetze

Da der Gesetzgeber bei Erlass des TKG 1996 vor allem die einem chancengleichen Wettbewerb im Wege stehende marktbeherrschende Stellung der DTAG auf einer Vielzahl von Telekommunikationsmärkten beseitigen wollte, ist eine besondere Betrachtung des TKG 1996 und seiner Zweck-

[733] Reinke, Zweck, S. 112.
[734] Reinke, a. a. O., S. 113.
[735] Reinke, ebd.
[736] Vgl. Windthorst, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 19.
[737] BVerfG, Beschluss vom 5. März 1974, BVerfGE 36, 383 (400), m. w. N.

setzung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Regulierungsvorschriften mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an sog. Individualgesetze erforderlich. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Allgemeinheit eines Gesetzes schon dann gewährleistet, wenn in Zukunft weitere Adressaten zum Kreis der Normbetroffenen hinzutreten können, auch wenn bei Erlass des Gesetzes nur eine einzige Person davon betroffen war.[738] Eine Vielzahl von Regulierungstatbeständen knüpft lediglich an den lizenzpflichtigen Bereich und die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf einem Telekommunikationsmarkt an, weshalb sich das TKG 1996 in Teilen als ein Individualgesetz darstellen kann, da im Zeitpunkt des Tätigwerdens des Gesetzgebers allein die DTAG eine solche Stellung inne hatte und auch bis heute weiterhin hat. Allerdings sind die Regulierungstatbestände so abstrakt gefasst, dass sie nach der gesetzlichen Konzeption auf alle marktbeherrschenden Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten und damit auch über die DTAG hinaus auf sonstige (künftige) marktbeherrschende Unternehmen anwendbar sind. Das TKG 1996 stellt sich somit nicht als Individualgesetz dar.

bb) Maßnahmegesetze

Maßnahmegesetze sind dem BVerfG zufolge solche, die „konkrete Maßnahmen verwirklichen wollen und gegenstandslos werden, nachdem diese durchgeführt sind“[739]. Das TKG 1996 mag in diese Kategorie eingeordnet werden, allerdings hat das BVerfG diesen Begriff als „verfassungsrechtlich irrelevant“ bezeichnet,[740] weshalb auch solche Regelungen allein nach den Maßstäben, die für alle anderen Gesetze gelten, zu beurteilen sind. Die Charakterisierung des TKG 1996 als Maßnahmegesetz begründet für sich noch keine Zweifel an dessen Verfassungsmäßigkeit.

h) Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes

Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes besagt, dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschafts-

[738] BVerfGE 13, 225 (229).
[739] BVerfGE 4, 7 (18).
[740] BVerfGE 42, 263 (305).

system entschieden hat.[741] Das BVerfG formuliert in ständiger Rechtsprechung: „Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann".[742] Das Grundgesetz ist somit für Veränderungen in der Wirtschaftsordnung grundsätzlich offen. Deshalb ist der Gesetzgeber berechtigt, jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei die Grundrechte beachtet.[743]

Damit ist es verfassungsrechtlich grundsätzlich ohne Bedeutung, ob der Regulierungsansatz des TKG 1996 zur Förderung des Wettbewerbs im Einklang mit der bisherigen Wirtschafts- und Sozialordnung steht. Allerdings ist der Gesetzgeber bei Gestaltung der Wirtschaftsordnung auf dem Telekommunikationssektor nicht gänzlich frei. Hier besteht wie auch sonst überall eine Bindung an das Grundgesetz und den EG-Vertrag.

Trotz dieser grundsätzlichen Neutralität hat sich das BVerfG dahingehend festgelegt, dass eine „grundsätzlich marktwirtschaftlich geordnete Wirtschaft"[744] und die daraus folgende Notwendigkeit, dass staatliches Handeln Grundgedanken des Wettbewerbs Rechnung tragen muss, maßgebend sein sollen.[745]

5. Die Wirkungen der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte

In der Regel kann auch der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt mit jeder für Verwaltungsakte generell üblichen Wirkung ausgestattet sein. Allerdings liegt die inhaltliche Wirkung eines gewöhnlichen Verwaltungsakts auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, anders als beim privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt; dessen materielle Wirkung fällt in das Gebiet des Privatrechts. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Wirkungen mit den durch ein entsprechendes Privatrechtsgeschäft verbundenen identisch sind. Für die privatrechtsmitgestaltenden Verwaltungsakte lässt sich die Frage

[741] BVerfGE 4, 7 (8); König/Benz, in: dies. (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 55.
[742] BVerfGE 4, 7 (17).
[743] BVerfGE 50, 290 (338).
[744] BVerfGE 30, 292 (311); 32, 311 (317).
[745] König/Benz, a. a. O.

leicht beantworten, da ihre Wirkung nicht gesondert von der Wirkung des betroffenen Privatrechtsgeschäfts betrachtet werden kann, denn der Verwaltungsakt kann nur mit diesem gemeinsam die privatrechtlichen Wirkungen erzielen. Eine Beeinflussung der inhaltlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts durch den Verwaltungsakt findet damit nicht statt.[746]

Bei privatrechtsalleingestaltenden Verwaltungsakten ist die Frage nach der inhaltlichen Wirkung schwerer zu beantworten. Da diese Gattung der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte jedoch für vorliegende Untersuchung nicht von größerem Interesse ist, soll nur erwähnt werden, dass der Schwerpunkt dieser Diskussion auf der Unterscheidung zwischen den selten gewordenen Figuren des Kontrahierungszwangs und des „diktierten Vertrages“ liegt. Im ersten Fall wird ein gewöhnlicher Vertrag durch Willensübereinstimmung geschlossen, im zweiten wird der gleiche Rechtserfolg, der Vertragszustand, durch Hoheitsakt, der den privatrechtlichen Vertragsabschluss ersetzt, herbeigeführt.[747]

II. Zeitpunkt des Eintritts der Wirkungen

Wenn die Entgeltgenehmigung Verwaltungsakt ist, muss sich diese auch an den allgemeinen Kategorien der Wirksamkeit eines solchen messen lassen, da der Eintritt seiner Wirkungen mit der Wirksamkeit eng verknüpft ist. Der Terminus „Wirksamkeit“ indiziert zunächst die Frage nach den allgemeinen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts (1.); benutzt man ihn jedoch als terminus technicus, muss man den Blick auf die Bestandskraft des Verwaltungsakts richten (2.).

1. Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten

Ein Verwaltungsakt ist rechtmäßig, wenn er allen Anforderungen entspricht, die die Rechtsordnung an ihn stellt. Das ist der Fall, wenn die Behörde im konkreten Fall zum Handeln durch Verwaltungsakt befugt war (Zulässigkeit des Verwaltungsakts bzw. Verwaltungsakt-Befugnis), die einschlägigen Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden (formelle Rechtmäßigkeit) und der Verwaltungsakt inhaltlich mit geltendem

[746] Vgl. Bengel, S. 146 f.
[747] Vgl. Bengel, S. 147 ff.

Recht vereinbar ist (materielle Rechtmäßigkeit). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit ist die Zeit des Erlasses[748] des Verwaltungsakts. Von der Rechtswidrigkeit unterscheidet man die offenbare Unrichtigkeit, die gegeben ist, „wenn der Widerspruch zwischen dem, was die Behörde gewollt hat, und dem, was sie in dem Verwaltungsakt zum Ausdruck gebracht hat, ohne weiteres erkennbar ist“.[749]

a) Zulässigkeit eines Verwaltungsakts

Die Verwaltung ist grundsätzlich befugt, die öffentlich-rechtlich begründeten Rechte und Pflichten des Bürgers durch Verwaltungsakt zu konkretisieren und festzustellen. Eine spezifische Ermächtigung zum Handeln gerade durch Verwaltungsakt ist nicht erforderlich; der Vorbehalt des Gesetzes bezieht sich nur auf den Inhalt, nicht auch auf die Form des Tätigwerdens der Verwaltung.[750] Andere verlangen nicht nur, dass für die getroffene rechtliche Regelung in materieller Hinsicht eine gesetzliche Grundlage besteht, sondern auch und darüber hinaus, dass die Behörde in der Form eines Verwaltungsakts handeln darf.[751] Aber auch nach dieser Auffassung lässt sich die Ermächtigung zum Handeln in Form eines Verwaltungsakts in der Regel bereits der materiell-rechtlichen Grundlage durch Auslegung entnehmen, insbesondere, wenn diese eine Ermessensentscheidung der Behörde zulässt.

Wesentlich ist jedoch, dass die Verwaltung ihr aus einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Vertrag zustehende Ansprüche nicht durch Verwaltungsakt feststellen oder mit einem solchen zwangsweise durchsetzen kann. Wenn sich die Verwaltung in der Beziehung zu einem Bürger auf das Privatrecht eingelassen und sich damit auf die Ebene der Gleichordnung begeben hat, soll sie die daraus zu erstreitenden Ansprüche auch auf dieser Ebene – im Wege der zivilgerichtlichen Klage – durchsetzen.

---

[748] Damit beeinflussen nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nicht mehr.
[749] BVerwGE 40, 212 (216); vgl. auch § 42 VwVfG:
[750] Maurer, Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 5.
[751] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35, Rn. 11; BVerwG, NJW 1991, 242 f.

b) Die formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

Die formelle Rechtmäßigkeit bezieht sich auf das Zustandekommen des Verwaltungsakts, der von der zuständigen Behörde unter Beachtung der vorgeschriebenen Verfahrensbestimmungen und in der gebotenen Form erlassen werden muss.

Die Behörde muss örtlich und sachlich zuständig sein. Das heißt, der Erlass des Verwaltungsakts muss die ihr sachlich übertragenen Verwaltungsaufgaben in dem der Behörde räumlich zugewiesenen Bereich regeln.

Die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens ist grundsätzlich der Behörde überlassen, sie muss aber eine Vielzahl von Verwaltungsvorschriften, die unter anderem im Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt sind, beachten. Weiterhin kann ein Verwaltungsakt in schriftlicher, mündlicher oder anderer Weise erlassen werden. Dennoch ist die Schriftform schon aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit die Regel. Zur Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form ist es grundsätzlich erforderlich, dass der Verwaltungsakt begründet wird. Gemäß § 39 I VwVfG muss ein schriftlich erlassener Verwaltungsakt zwingend begründet werden. Eine solche Begründung dient zunächst der Selbstkontrolle der Behörde und erleichtert zudem die Überprüfung des Verwaltungsakts in einem Rechtsbehelfsverfahren.[752]

c) Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

Die materielle Rechtmäßigkeit bezieht sich auf den Inhalt des Verwaltungsakts und verlangt, dass die im Verwaltungsakt zum Ausdruck kommende Regelung den rechtlichen Anforderungen entspricht.

Der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes impliziert, dass der Verwaltungsakt mit den Rechtsnormen, deren Vollzug er dient, und ebenso mit allen anderen einschlägigen Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätzen, einschließlich denen der Verfassung, im Einklang stehen muss.

Der Verwaltungsakt muss sich ferner auf eine gesetzliche Grundlage stützen lassen, soweit der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes reicht. Die

[752] Kopp/Ramsauer, a. a. O., § 39, Rn. 5.

Behörde hat, wenn ihr ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, die Grenzen des Ermessens einzuhalten und ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben (§ 40 VwVfG). Weiterhin ist bei Erlass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.[753] In § 37 I VwVfG wird festgelegt, dass ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein muss. Er muss also so klar formuliert sein, dass der Adressat eindeutig erkennen kann, was die Behörde will. Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ergeben sich aus der Rechtslogik und den Grenzen des Faktischen. Ein Verwaltungsakt kann insoweit nur rechtmäßig sein, wenn er auf einen rechtlich und tatsächlich möglichen Erfolg gerichtet ist (arg. § 44 II Nr. 4, 5, 6 VwVfG).

2. Bestandskraft eines Verwaltungsakts

Das weitere Verständnis von „Wirksamkeit“ eines Verwaltungsakts, nämlich dessen Bestandskraft, hat seine Regelung im zweiten Abschnitt des Verwaltungsverfahrensgesetzes gefunden. In § 43 VwVfG findet sich der Terminus der „Wirksamkeit“ wieder, daneben sind dort auch Regelungen zur Nichtigkeit eines Verwaltungsakts, der Heilung von Verfahrens- und Formmängeln, deren Folgen, der möglichen Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsakts, der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts, dem Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts und andere, das Verfahren betreffende Regelungen enthalten. Für die Untersuchung von Interesse ist hier insbesondere § 43 I VwVfG, der sich mit dem Beginn der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts beschäftigt und bestimmt, dass er gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist, in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem er bekannt gegeben wird. § 43 VwVfG verwendet den Begriff der Wirksamkeit sowohl für die äußere, also die Existenz, des Verwaltungsakts, als auch für die innere, das heißt die sich aus dem Verwaltungsakt nach den maßgeblichen Rechtsvorschriften und seinem Inhalt ergebenden Bindungswirkungen für die Betroffenen und die erlassende Behörde.[754]

[753] Vgl. oben, Teil 2, C., I., 4., f).
[754] Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 43, Rn. 5 und 6.

a) Die äußere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts

Äußere Wirksamkeit oder auch rechtliche Existenz erlangt ein Verwaltungsakt durch die Bekanntgabe an mindestens einen Betroffenen.[755] Vor diesem Zeitpunkt handelt es sich lediglich um ein verwaltungsinternes Dokument, einen Entwurf ohne Rechtsbindung. Durch die erste Bekanntgabe wird er existent und kann bereits von diesem Zeitpunkt an mit Rechtsbehelfen angegriffen werden, unabhängig davon, ob er gerade dem einzelnen Beteiligten gegenüber bereits durch Bekanntgabe Wirksamkeit erlangt hat. Vor der Bekanntgabe liegt ein Verwaltungsakt im Rechtssinn noch nicht vor. Die Behörde kann daher die beabsichtigte Regelung noch in jeder Weise abändern oder auch gänzlich darauf verzichten.

Von dieser rechtlichen Existenz des Verwaltungsakts wird die äußere Wirksamkeit des Verwaltungsakts gegenüber jedem einzelnen Betroffenen unterschieden. Für den Adressaten des Verwaltungsakts wird dieser mit der ordnungsgemäßen Bekanntgabe wirksam, ohne Rücksicht darauf, ob der Verwaltungsakt anderen Betroffenen bereits bekannt gegeben wurde und damit schon den Status der rechtlichen Existenz erlangt hat. Von dieser äußeren Existenz ist auch der Lauf der Rechtsbehelfsfristen abhängig, sofern nicht noch weitere Erfordernisse dafür Voraussetzung sind.[756]

Der Beginn der äußeren Wirksamkeit ist durch die Bekanntgabe des Verwaltungsakts gekennzeichnet. Nähere Bestimmungen zur Bekanntgabe eines Verwaltungsakts trifft das Verwaltungsverfahrensgesetz in seinem § 41. In Abs. 1 wird geregelt, dass er demjenigen bekannt zu geben ist, für den er bestimmt oder der von ihm betroffen ist. Für den Fall der Bestellung eines Bevollmächtigten kann die Bekanntgabe diesem gegenüber vorgenommen werden. Abs. 2 enthält eine Fiktion des Zugangs des schriftlichen Verwaltungsakts, wenn dieser durch die Post im Inland übermittelt wird. Die Zulässigkeit einer öffentlichen Bekanntgabe wird in Abs. 3 geregelt und in Abs. 4 näher beschrieben. Daneben ist noch eine Bekannt-

[755] OVG Münster, NVwZ 1992, 991 f.
[756] Z. B. eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung.

gabe durch Zustellung des Verwaltungsakts möglich, auf die Abs. 5 hinweist.[757]

b) Die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts

Mit der inneren Wirksamkeit eines Verwaltungsakts wird die Auslösung der mit ihm intendierten Rechtswirkungen bzw. Rechtsfolgen beschrieben.[758] Sie hat immer die äußere Wirksamkeit gegenüber dem einzelnen durch den Verwaltungsakt betroffenen Bürger zur Voraussetzung und tritt im Regelfall mit der äußeren Wirksamkeit ein, kann aber auch erst zu einem späteren Zeitpunkt oder überhaupt nie eintreten (im Fall der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts). Die innere Wirksamkeit kann auch auf Grund der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs oder einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung vorübergehend suspendiert werden.

Die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts ist unabhängig davon, ob die getroffene Regelung mit dem materiellen Recht übereinstimmt. Der Verwaltungsakt begründet dem Betroffenen gegenüber ein rechtlich relativ selbstständiges Rechtsverhältnis, aus dem sich Rechte und Pflichten ergeben können und welches das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis überlagert.

c) Auseinanderfallen von äußerer und innerer Wirksamkeit eines Verwaltungsakts

Wie oben bereits ausgeführt,[759] kann die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts später als dessen äußere oder gar nicht eintreten. Eine solche Verzögerung des Eintritts der inneren Wirksamkeit kann dadurch erreicht werden, dass der Verwaltungsakt mit einer aufschiebenden Bedingung (§ 36 II Nr. 2 VwVfG) versehen wird. Ein zeitliches Auseinanderfallen hat auch der Suspensiveffekt einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder eines Rechtsbehelfs zur Folge. Dort tritt die innere Wirksamkeit später als die äußere ein. Dies ist auch kaum verwunderlich, da die innere Wirksamkeit die äußere zur Voraussetzung hat.

---

[757] Die Zustellung regeln die Verwaltungszustellungsgesetze des Bundes und der Länder näher.
[758] Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 43, Rn. 6 ff.
[759] Siehe oben, Teil 2, C., II., 2., a) und b).

Wenn die innere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts später als dessen äußere, also quasi losgelöst von dieser eintreten kann, liegt die Frage nach dem umgekehrten Fall, der dann als Rückwirkung der inneren Wirksamkeit des Verwaltungsakts auf einen vor dem Eintreten seiner äußeren Wirksamkeit liegenden Zeitpunkt zu bezeichnen wäre, nicht fern. Hinsichtlich dieser Variante finden sich in der verwaltungsrechtlichen Literatur nur wenige Äußerungen, die lediglich allgemeiner Art sind[760], was vermuten lässt, dass die Praxis bisher noch keinen Anlass gegeben hat, diese Form der Wirkung des Verwaltungsakts genauer zu untersuchen. Zum einen wird die Rückwirkung von Verwaltungsakten grundsätzlich für zulässig gehalten, für deren Umsetzbarkeit werden allerdings kaum überwindbare tatsächliche und rechtliche Grenzen gesehen.[761] Andere beschreiben die Rückwirkung eines Verwaltungsakts als die Anordnung seiner Geltung von einem früheren Zeitpunkt an und sehen darin Parallelen zur Rückwirkung von Rechtsvorschriften,[762] weshalb darauf unten[763] eingegangen werden soll.

Auch in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts finden sich wenig konkrete Anhaltspunkte, die die Möglichkeiten und Grenzen der Rückwirkung von Verwaltungsakten aufzeigen. Für einen Einzelfall hat das OVG Münster über die Rückwirkung eines Verwaltungsakts entschieden.[764]

3. Besonderheiten beim privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt

Die allgemeinen Regeln des Wirksamwerdens von Verwaltungsakten gelten uneingeschränkt auch für privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte. Besonderheiten ergeben sich jedoch hinsichtlich der privatrechtsgestaltenden Wirkungen, weshalb die Frage im Raum steht, ob diese ebenfalls mit Kundgabe eintreten.

Bei den hier interessierenden vertrags- bzw. schuldrechtsgestaltenden Verwaltungsakten ist die Frage nicht einheitlich zu beantworten, vielmehr ist

---

[760] Vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 24.
[761] So Maurer, ebd.
[762] Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band II, § 48, Rn. 46 f.
[763] Vgl. unten Teil 2, C., III., 1.
[764] OVG Münster, NJW 1982, 1771 f.; dazu unten, Teil 2, C., III., 4., b), cc), bbb), δ.

zu unterscheiden, ob es sich um alleingestaltende oder mitgestaltende Verwaltungsakte handelt. Unproblematisch tritt die privatrechtsgestaltende Wirkung bei der ersten Art gleichzeitig mit ihrer Bekanntgabe ein, da sie selbstständig – ohne weiteren Akt – die Gestaltung herbeiführen. Bei mitgestaltenden Verwaltungsakten tritt die privatrechtliche Gestaltungswirkung nicht zwangsläufig gleichzeitig mit der Bekanntgabe ein. Wie noch zu zeigen sein wird,[765] haben öffentlich-rechtliche Genehmigungen zu Privatrechtsgeschäften in der Regel nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen rückwirkende Kraft, weshalb das Zivilrechtsgeschäft mit der Genehmigungserteilung ex tunc wirksam ist.[766]

4. Andere Gestaltungen

Nicht mit dem Auseinanderfallen der äußeren und inneren Wirksamkeit des Verwaltungsakts zu verwechseln sind die Rechtsinstitute des vorläufigen und vorsorglichen Verwaltungsakts sowie die Möglichkeit des Erlasses einstweiliger Verfügungen. Auch wenn man versucht sein sollte, diese rechtlichen Gestaltungen ebenfalls unter dem hier gewählten Blickwinkel zu betrachten, sind diese kaum mit einer Rückwirkung zu vergleichen.

Der vorläufige Verwaltungsakt – auch als Verwaltungsakt unter Vorbehalt bezeichnet – hat seine Ursprünge im Steuerrecht, das schon seit langem die Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 AO und die vorläufige Steuerfestsetzung gemäß § 165 AO kennt. Durch diese Bescheide erhält die Finanzverwaltung einen Titel, das Verfahren bleibt aber bis zur endgültigen Entscheidung offen.[767] Daneben existieren eine ganze Reihe weiterer Regelungen, die vorläufige Verwaltungsakte in unterschiedlichen Bereichen und mit unterschiedlichen Tendenzen vorsehen.[768]

Allgemeine Aufmerksamkeit erhielt dieses Rechtsinstitut durch eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[769]. Dort wurde ohne eine gesetzliche Grundlage eine Subventionsbewilligung „vorbehaltlich des Ergeb-

[765] Siehe unten, Teil 2, C., III., 5.
[766] Bengel, S. 137 ff.
[767] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 63b.
[768] Übersicht bei Schimmelpfennig, Vorläufige Verwaltungsakte, 1989, S. 3 ff. Die RegTP erlässt regelmäßig vorläufige Entgeltgenehmigungen, vgl. unten, Teil 2, C., VI., 5., a), bb).
[769] BVerwGE 67, 99 ff.

nisses der noch durchzuführenden Betriebsprüfung“ als vorläufiger Verwaltungsakt eingestuft. Dieser bildet dann den Rechtsgrund der Leistung solange, bis er durch den endgültigen Bescheid ersetzt und erledigt wird.[770] Die Bedenken betreffen das Rechtsinstitut insgesamt, aber selbst die Vorläufigkeit schließt den Regelungscharakter nicht unbedingt aus, soweit von einer Bestimmtheit der Regelung ausgegangen werden kann.[771] Insoweit ist der vorläufige Verwaltungsakt mit der einstweiligen Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gemäß § 123 VwGO vergleichbar, da die für diese existierenden Grundsätze auf entsprechende Regelungen im Verwaltungsverfahren übertragen werden können.[772]

Die einstweilige Anordnung regelt den vorläufigen Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte und kann als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens auch in anderen gerichtlichen Verfahren analog angewendet werden, die die Zulässigkeit einstweiliger Regelungen nicht ausdrücklich vorsehen. Dies gilt jedoch nicht für das Verwaltungsverfahren.[773] Nach dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung kann das entscheidende Gericht nur vorläufige Regelungen treffen und darf dem Antrag nicht schon in vollem Umfang, wenn auch nur auf beschränkte Zeit und unter Vorbehalt einer Entscheidung in der Hauptsache, stattgeben. Das Gericht muss die Behörde daher zum Erlass eines vorläufigen, ggf. zeitlich befristeten oder mit einer Bedingung, Auflage oder ähnlichem versehenen Verwaltungsakts verpflichten. Eine Verpflichtung der Behörde zum Erlass eines vorläufigen Verwaltungsakts ist nach der Rechtsprechung auch dann möglich, wenn das materielle Recht keine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass befristeter Erlaubnisse enthält und sogar ausdrücklich nur unbefristete, unbedingte Verwaltungsakte vorsieht.[774]

Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache gilt im Hinblick auf Art. 19 IV GG dann nicht, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes unbedingt notwendig ist, wenn also ohne diese

[770] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 63b.
[771] Erichsen, in: Erichsen/Ehlers, § 12, Rn. 35.
[772] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 63b.
[773] Kopp/Schenke, VwGO, § 123, Rn. 1 f.; a. A. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 9, Rn. 23: in Analogie zu § 123 und zu sondergesetzlichen Bestimmungen.
[774] BVerfGE 81, 84 ff.; a. A. OVG Bautzen, NVwZ 1994, 81 f.

die zu erwartenden Nachteile unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Zusätzlich muss für eine solche Regelung ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg auch in der Hauptsache bestehen.[775] Dazu hat sich eine umfangreiche Kasuistik entwickelt.[776]

Der vorsorgliche Verwaltungsakt ist an sich eine abschließende Regelung, steht jedoch noch unter dem Vorbehalt, dass eine seiner rechtlichen Voraussetzungen von einer anderen, dafür zuständigen Behörde festgestellt wird.[777] Diese Konstruktion ist für den hier zu besprechenden Fall der Rückwirkung einer Entgeltgenehmigung nicht einschlägig, da die Wirksamkeit dieses Verwaltungsakts nie unter dem Vorbehalt der von einer anderen Behörde zu treffenden Feststellungen steht. Weiterhin ist er für eine besondere Fallkonstellation entwickelt worden, so dass seine allgemeine Anwendbarkeit äußerst zweifelhaft ist.[778]

III. Rückwirkung verschiedener Rechtsakte, insbesondere von Verwaltungsakten

1. Allgemeines

Rückwirkung wird für das Privatrecht als „die Auswirkung eines Ereignisses auf die vor dem Zeitpunkt seines Geschehens liegende Zeit“ definiert.[779] Mit dieser Definition kann auch das Phänomen der Rückwirkung von Rechtsakten allgemein erklärt werden. Der wirksame Rechtsakt kann hier mit dem Ereignis gleich gesetzt werden, wenn er auf die Zeit vor seiner Wirksamkeit Auswirkungen hat. In diesem Fall ist von einer Rückwirkung des Rechtsakts auszugehen. Festzuhalten bleibt hier schon, dass in der deutschen Rechtsordnung ein wesentliches absolutes Rückwirkungsverbot verankert ist, nämlich gemäß Art. 103 II GG für den Bereich des Strafrechts. Dort ist bestimmt, dass eine Tat nach einem Strafgesetz nur dann bestraft werden

[775] So auch Kopp/Schenke, VwGO, § 123, Rn. 14.
[776] Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Kopp/Schenke, a. a. O.
[777] Maurer, Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 63c; BVerwGE 81, 84 (93).
[778] Maurer, ebd.
[779] Tilch/Arloth, „Rückwirkung (Privatrecht)“, Bd. 3, S. 3604.

kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.[780]

Wie gezeigt,[781] ist die Entgeltgenehmigung als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt einzuordnen. Kernthema dieser Arbeit ist die Möglichkeit der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung, weshalb die Betrachtung der Rückwirkungsmöglichkeiten bei anderen Rechtsakten, insbesondere Rechtsnormen, Erklärungen sowie Handlungen zur Ermöglichung eines Vergleiches von großem Interesse ist. Daher soll zunächst der Blick auf die Rückwirkung von Rechtsnormen geworfen werden (2.). Anschließend werden die Rückwirkungsmöglichkeiten im Zivil- (3.) und Verfahrensrecht (4.) betrachtet. Zum Schluss soll auf die Rückwirkung von Verwaltungsakten, dort insbesondere der privatrechtsgestaltenden eingegangen werden (5.). Im Einzelnen:

2. Rückwirkung von Rechtsnormen

Das in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland verankerte Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) setzt der Rückwirkung von Rechtsvorschriften durch die Teilgebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes Schranken. Für die nähere Bestimmung dieser Grenzen wurde und wird zwischen echter Rückwirkung bzw. Rückbewirkung von Rechtsfolgen einerseits und unechter Rückwirkung bzw. tatbestandlicher Rückanknüpfung unterschieden.[782]

Die Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes kommen auch im Hinblick auf Verwaltungsakte zum Tragen. Verwaltungsakte können daher „erst dann gegenüber dem Bürger Rechtswirkungen entfalten ..., wenn sie ihm persönlich oder in ordnungsgemäßer Form öffentlich bekannt gemacht worden sind“[783]. Die Grenzen dürften im Einzelfall genauso wie bei der unechten Rückwirkung von Gesetzen zu ziehen sein.

---

[780] „Nullum crimen (nulla poena) sine lege“; Tilch/Arloth, „Rückwirkendes Gesetz“, Bd. 3, S. 3603.
[781] Siehe oben, Teil 2, B., II., 1., d), und 2.
[782] BVerfGE 63, 343 (356 f.); BVerfGE 72, 200 (242 f).
[783] BVerfGE 84, 133 (159).

a) Die echte Rückwirkung und ihre Behandlung

Eine echte Rückwirkung liegt vor, „wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift“[784], wenn die Rechtsfolgen „für einen vor der Verkündung liegenden Zeitpunkt auftreten sollen“ und nicht „für einen nach (oder mit) der Verkündung beginnenden Zeitraum“[785]. Dies heißt nichts anderes, als dass der von der Rückwirkung betroffene Tatbestand in der Vergangenheit nicht nur begonnen hat, sondern bereits abgeschlossen war.

Grundlage der Beurteilung sind die aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit. Eine echte Rückwirkung wird durch das Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich verboten bzw. bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Das Verbot kann durchbrochen werden, wenn zwingende Gründe des gemeinen Wohls eine Durchbrechung gestatten oder das schutzbedürftige Vertrauen eines Einzelnen der Rückwirkung nicht entgegen steht. Für solche Situationen wurden Fallgruppen gebildet, die allerdings nicht abschließend sein können: So sind Gesetze mit echter Rückwirkung dann zulässig, wenn die Betroffenen nach der rechtlichen Situation zu dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge vom Gesetz bezogen wird, wegen einer eindeutig geäußerten Absicht des Gesetzgebers oder auf Grund der Kodifizierung der bisher herrschenden Rechtsüberzeugung mit der Regelung rechnen mussten. Die zweite Fallkonstellation betrifft Situationen, in denen das geltende Recht verworren und unklar ist oder eine neue Rechtsprechung durch den Gesetzgeber korrigiert wird.[786] Gleiches trifft zu, wenn eine neue Rechtsnorm sich im Nachhinein als ungültig erweist, da sie dann durch eine rechtlich einwandfreie Norm ersetzt werden kann, wobei eine gewisse Verschärfung nicht ausgeschlossen ist. Weiterhin ist eine echte Rückwirkung dann möglich, wenn es sich lediglich um eine Bagatelle oder um eine verfahrens-

[784] BVerfGE 57, 361 (391).
[785] BVerfGE 72, 200 (242).
[786] BVerwGE, Urteil vom 12. Oktober 1995, 3 C 33.94, Buchholz 451, § 49, Nr. 4.

rechtliche Norm handelt, wobei bei letzteren eine Durchbrechung des Verbotes der Rückwirkung grundsätzlich eher möglich ist.[787]

b) Die unechte Rückwirkung und ihre Behandlung

Eine unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung liegt vor, wenn „eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte für die Zukunft einwirkt und damit die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet“[788] wird bzw. eine Norm künftige Rechtsfolgen „von Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung abhängig macht“[789]. Bei unechter Rückwirkung wird also ein Tatbestand geregelt, der zwar vor Gesetzesverkündung begonnen hat, aber noch nicht vollständig abgeschlossen war.[790]

Die unechte Rückwirkung wird herkömmlicher Weise ebenfalls am Rechtsstaatsprinzip gemessen. Sie ist danach in der Regel zulässig. Das Gegenteil gilt nur dann, wenn das Gesetz einen Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht zu rechnen brauchte, den er also auch bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte oder wenn sein Vertrauen schutzwürdiger als die mit dem Gesetz verfolgten Anliegen ist. Hierbei ist eine „Abwägung zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens des Einzelnen und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit“[791] erforderlich.

c) Beispiele

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1985[792] stellt das BVerfG fest, dass die Vorschriften des Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetzes aus dem Jahr 1977 nicht verfassungswidrig sind und insbesondere lediglich eine unechte Rückwirkung zur Folge haben. Diese neuen Vorschriften regelten, dass die Krankenversicherung für Rentner nur noch dann beitragsfrei sei, wenn der Versicherte mindestens 50 % der Zeit zwischen der erstmaligen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und der Stellung des Renten-

[787] BVerfGE 63, 343 (359).
[788] BVerfGE 51, 356 (362).
[789] BVerfG 72, 200 (242).
[790] Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 49.
[791] BVerfGE 24, 220 (230).
[792] BVerfGE 69, 272 ff.

antrags gesetzlich krankenversichert war. Dadurch verlor ein Teil der Versicherten die Aussicht auf eine beitragsfreie Krankenversicherung. Das BVerfG ging hier davon aus, dass durch die häufige Änderung der gesetzlichen Voraussetzungen kein besonders verfestigter Vertrauenstatbestand auf das Fortbestehen der Regelung begründet wurde. Für die betroffenen Personen hatte der Gesetzgeber durch geeignete Maßnahmen eine das Vertrauen in die Rechtslage hinreichend berücksichtigende Regelung getroffen.[793] Weiterhin kann ein in der gesetzlichen Pflichtversicherung Versicherter nicht von vornherein erwarten, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Leistungen auf Dauer unverändert bleiben. Dies entspräche nicht dem Charakter der Sozialversicherungen, die auf der Solidargemeinschaft aufbauen und sich im Laufe der Zeit vielfachen Änderungen anpassen müssen.[794]

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1986[795] äußerte sich das BVerfG zu den Grenzen der zulässigen Rückwirkung bei der Änderung einkommensteuerlicher Vorschriften. Das Gesetz vom 12. September 1972[796] war nach dieser Entscheidung mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar und daher nichtig, soweit es sich auf Einkünfte vom 1. Januar bis zum 21. Juni 1972[797] solcher Personen erstreckte, die in diesem Zeitraum keiner oder nur einer beschränkten Steuerpflicht unterlagen, nach der neuen Vorschrift aber der Besteuerung unterworfen wurden. Die der Norm immanente tatbestandliche Rückanknüpfung war nicht zu beanstanden, wohl aber die in diesem Zusammenhang gegebene rückwirkende Änderung von Rechtsfolgen, die in den Fällen eintrat, in denen der Veranlagungszeitraum für das Steuerjahr 1972 bereits abgelaufen war. Nach den Ausführungen des Gerichts lagen auch keine Gründe für eine ausnahmsweise Zulässigkeit einer echten Rückwirkung vor. Lediglich ab dem Tag des Gesetzesbeschlusses mussten die Betroffenen mit Verkündung und in Kraft treten der Neuregelung rechnen, weshalb ihr schutzwürdiges Vertrauen entfiel. Der Gesetzgeber durfte

[793] BVerfGE 69, 272 (312).
[794] BVerfGE 69, 272 (314).
[795] BVerfGE 72, 200 ff.
[796] BGBl. I, 1713.
[797] Tag des Gesetzesbeschlusses durch den Bundestag.

daher den Anwendungsbereich der Regelung auf den Zeitraum vom Gesetzesbeschluss an, aber nicht auf einen Zeitpunkt davor erstrecken.[798]

Weiterhin stellte die Ermächtigung der Bundesregierung, in bestimmtem Umfang die Zinsen für ältere Darlehen aus Mitteln der Wohnungsfürsorge zu erhöhen,[799] keine Verletzung der Grundrechte der Darlehensnehmer dar und war unter dem Gesichtspunkt der unechten Rückwirkung zulässig.[800] Die Bestimmungen des 2. Haushaltsstrukturgesetzes wirkten auf Rechtsbeziehungen, hier die Darlehen, ein, die in der Vergangenheit begründet wurden, auf Dauer angelegt und noch nicht abgeschlossen waren.[801] Ausnahmen von der grundsätzlichen Zulässigkeit der unechten Rückwirkung konnte das BVerfG in diesem Fall nicht erblicken. Insbesondere war das Vertrauen der Darlehensnehmer auf den ungeschmälerten Fortbestand der Zinsvergünstigung nur noch beschränkt schutzwürdig.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG war auch die Anhebung des Rechnungszinsfußes für Pensionsrückstellungen[802] mit dem Grundgesetz vereinbar und unter dem Gesichtspunkt der unechten Rückwirkung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.[803] Auch in diesem Fall kann der Einzelne sich nicht auf den Schutz seines Vertrauens berufen, wenn sein Vertrauen auf den Fortbestand einer ihm günstigen Regelung eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber billigerweise nicht beanspruchen darf. Der Bürger kann grundsätzlich nicht darauf vertrauen, dass der Gesetzgeber Steuervergünstigungen und steuerliche Freiräume aufrecht erhält und von der Erhebung zusätzlicher Steuern absieht. Das Vertrauen muss erst dann geschützt werden, wenn gewichtige Interessen Einzelner denen der Öffentlichkeit vorgehen.[804]

---

[798] BVerfGE 72, 200 (259 ff.).
[799] § 87 a Abs. 5 des II. Wohnungsbindungsgesetzes i. V. m. § 18 a I und II des Wohnungsbindungsgesetzes, jeweils in der Fassung des 2. Haushaltsstrukturgesetzes, vom 22. Dezember 1981 (BGBl. I, 1523).
[800] BVerfGE 72, 175 ff.
[801] BVerfGE 72, 175 (196).
[802] Von 5,5 auf 6 vom Hundert (§ 6 a III letzter Satz des Einkommensteuergesetzes in der Fassung des 2. Haushaltsstrukturgesetzes).
[803] BVerfGE 68, 287 (306).
[804] BVerfGE 68, 287 (307).

Entsprechend seinen Rechtsprechungsgrundsätzen ordnete das BVerfG auch eine gesetzliche Regelung[805], die den Ausschluss von Beamten von den Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung zur medizinischen Rehabilitation zur Folge hatte, als zulässige unechte Rückwirkung ein.[806] Gerade im Bereich des Sozialversicherungsrechts verbindet der Versicherte seine Dispositionen mit langfristigen Erwartungen. In diesem Gebiet müssen aber auch Anpassungen der gesetzlichen Normen an die jeweiligen Gegebenheiten vorgenommen werden. Nach Ansicht des Gerichts wiegt hier das Vertrauen der Beamten nicht so schwer wie das Allgemeininteresse, da diese Personen sich freiwillig in ein eigenes umfassendes Sicherungssystem begeben haben und nicht darauf vertrauen durften, dass ihnen der Anspruch gegen den Rentenversicherungsträger auf Dauer erhalten bleibe.[807]

Die Grundsätze der Rückwirkung von Gesetzen gelten im allgemeinen auch für Verordnungen und Satzungen. Trotzdem ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine rückwirkende Inkraftsetzung von Bebauungsplänen (gemeindliche Satzung, vgl. §§ 1 II, 10 BauGB) außerhalb des Verfahrens zur Fehlerbehebung gemäß § 215a I BauGB n. F. (§ 215 III 1 BauGB a. F.) unmöglich.[808] Dies insbesondere deshalb, weil § 10 III 4 BauGB abschließend regele, dass der Bebauungsplan mit seiner Bekanntmachung in Kraft trete und diese eindeutige einfachgesetzliche Regelung der beschließenden Gemeinde es verwehre, einen anderen Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bestimmen. Dieses Rückwirkungsverbot für Bebauungspläne werde auch dem Wesen der Planung als einem in die Zukunft gerichteten Gestaltungswillen gerecht und trage dem Umstand Rechnung, dass es oft kaum absehbar wäre, welche Auswirkungen eine Rückwirkung auf das von einem Bebauungsplan erfasste vielfältige Interessengeflecht jeweils haben würde.

---

[805] § 13 I a 3 AVG.
[806] BVerfGE 63, 152 (174).
[807] BVerfGE, a. a. O., (176).
[808] BVerwG, Urteil vom 18. April 1996, 4 C 22.94, Buchholz 406.11, § 33, Nr. 10.

3. Rückwirkung im Zivilrecht

Grundsätzlich ist das Zivilrecht von der Privatautonomie geprägt, daher können auch in diesem Rechtsbereich Handlungen Auswirkung auf die Vergangenheit haben. So hat zum Beispiel eine Anfechtung immer Rückwirkung, da das angefochtene Rechtsgeschäft von Anfang an als nichtig anzusehen ist.[809] Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte stellen sich stets als Eingriff in die Privatautonomie dar, weshalb zunächst auf diese näher eingegangen werden soll (a)). Der Privatautonomie werden aber dann durch privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte keine engen Grenzen gezogen, wenn ein Rechtsgeschäft ohne den Verwaltungsakt zunächst nur schwebend unwirksam ist, mit dessen Erlass jedoch rückwirkend wirksam wird. Parallelen zur Rückwirkung von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten lassen sich im Zivilrecht in § 184 BGB finden, der die nachträgliche Genehmigung von Rechtsgeschäften regelt (b)). Im Einzelnen:

a) Privatautonomie

aa) Allgemeines

Das bürgerliche Recht geht vom Grundsatz der Privatautonomie aus. Es überlässt es dem Einzelnen, seine Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung durch Rechtsgeschäft eigenverantwortlich zu gestalten. Die Privatautonomie ist Teil des Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen und wird zumindest in ihrem Kern durch Art. 1 und 2 I GG geschützt.[810] Sie berechtigt den Einzelnen, Rechte und Pflichten zu begründen, zu ändern oder aufzuheben und ist daher mehr als ein Freiheitsrecht. Ihre Haupterscheinungsformen sind die Vertragsfreiheit, die Vereinigungsfreiheit, die Testierfreiheit und die Freiheit des Eigentums. Die Privatautonomie gehört zu den unverzichtbaren Grundwerten einer freiheitlichen Rechts- und Verfassungsordnung. Es darf aber nicht vergessen werden, dass sie auch die Gefahr des Missbrauchs in sich birgt und als Instrument gesellschaftlicher Machtausübung benutzt werden kann. Derartigen Missbräuchen zu begeg-

[809] Tilch/Arloth, „Rückwirkung (Privatrecht)“, Bd. 3, S. 3604.
[810] BVerfGE 70, 115 (123); 72, 155 (170).

nen, ist in einer sozialstaatlichen Rechtsordnung eine der vornehmsten Aufgaben von Gesetzgebung und Rechtsprechung.[811]

bb) Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit, die Freiheit des Einzelnen, seine Lebensverhältnisse durch Verträge eigenverantwortlich zu gestalten, ist, wie soeben gezeigt,[812] eine der Haupterscheinungsformen der Privatautonomie. Sie unterliegt den Schranken der verfassungsgemäßen Ordnung. Diese gebietet, sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenzuwirken, damit Selbstbestimmung für den anderen Teil nicht zur schrankenlosen Fremdbestimmung wird.[813] Die Grundrechte und die sonstigen Normen des Grundgesetzes stellen zwar keine unmittelbar wirkenden Schranken der Vertragsfreiheit dar, sie wirken aber über die Generalklauseln[814] in das Privatrecht ein.[815] Das gilt auch für die Sozialstaatsklausel in Art. 20 I und 28 I 1 GG. Sie verpflichtet Gesetzgeber und Rechtsprechung, Missbräuchen der Vertragsfreiheit entgegenzutreten. Mit der Anerkennung der Vertragsfreiheit ist zwar eine allgemeine gerichtliche Billigkeitskontrolle des Vertragsinhaltes unvereinbar. Eine sozialstaatliche Rechtsordnung kann aber nicht an der Erscheinung vorüber gehen, dass vielfach der wirtschaftlich oder intellektuell Überlegene dem anderen einseitig die Vertragsbedingungen aufzwingt, und dass die Vertragsfreiheit ein Instrument gesellschaftlicher Machtausübung sein kann. Die sozialstaatliche Rechtsordnung muss ein Mindestmaß an Vertragsgerechtigkeit auch dann gewährleisten, wenn die Vertragsfreiheit im materiellen Sinn allein von einer Partei in Anspruch genommen wird.[816] Die Vertragsfreiheit ist aus dieser – sozialstaatlichen – Sichtweise kein naturwüchsiger Prozess mehr, sondern ein Rechtsinstitut mit sozialer Funktion unter staatlicher Kontrolle.[817]

---

[811] Vgl. Heinrichs, in: Palandt, Vor § 104, Rn. 1.
[812] Siehe oben aa).
[813] BVerfG NJW 1990, 1469 (1470); 1994, 36 (38).
[814] So z.B. über § 242 BGB.
[815] Lehre von der mittelbaren Drittwirkung, vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 242, Rn. 7.
[816] Heinrichs, a. a. O., Vor § 145, Rn. 7; Wolf, in: Soergel, Vor § 145, Rn. 49.
[817] Kramer, in: Münchner Kommentar, Vor § 145, Rn. 6.

cc) Abschlussfreiheit und Kontrahierungszwang

Die Freiheit zum Vertragsschluss wird durch das Institut des Kontrahierungszwanges (Abschlusszwang) beschränkt. In bestimmten Fällen besteht die Pflicht, mit einem anderen den von diesem gewünschten Vertrag abzuschließen, sofern nicht wichtige Gründe eine Ablehnung rechtfertigen. Dabei wird zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Abschlusszwang unterschieden. Ersterer gilt für wichtige Teilbereiche der Daseinsvorsorge, dort ist eine Abschlusspflicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt.[818] Dies trifft zum Beispiel die Versorgung mit Strom und Gas und den Personentransport (vgl. § 10 I EnWG, § 22 PBefG).[819]

Eng verknüpft mit dem Begriff des Kontrahierungszwanges ist auch das Schlagwort der sog. Zwangsbewirtschaftung, mit dem in Krisenzeiten – während des Ersten, vor und während des Zweiten Weltkrieges sowie in der Nachkriegszeit – ausdrücklich gesetzliche Pflichten zum Vertragsabschluss geregelt wurden, um knappe Waren und Lebensmittel dem allgemeinen Verbrauch zuzuführen und bei Mangel für eine gerechte Verteilung des Vorhandenen zu sorgen.[820]

Sobald die Ablehnung des Vertragsschlusses als unerlaubte Handlung gemäß §§ 823 ff. BGB einzuordnen ist, ergibt sich aus dem Deliktsrecht die Abschlusspflicht für den Schädiger. Marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen unterliegen einem Abschlusszwang, soweit die Verweigerung gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 II GWB verstößt.[821] Die Rechtsprechung stützt den Kontrahierungszwang konstruktiv auf die Verpflichtung zur Naturalrestitution gemäß § 249 Satz 1 BGB, was jedoch überflüssig ist, da in dem Fall, in dem der Nichtabschluss verboten, gleichzeitig der Abschluss geboten ist.[822]

---

[818] Wolf, in: Soergel, Vor § 145, Rn. 50; Kramer, a. a. O., Rn. 10.
[819] Heinrichs, in: Palandt, Vor § 145, Rn 8.
[820] Kramer, in: Münchner Kommentar, Vor § 145, Rn.11.
[821] Vgl. Kramer, a. a. O., Rn. 13 ff.; grundlegend zum Kontrahierungszwang für Unternehmen sog. „Rossignol-Urteil“ BGH, NJW 1976, 801 ff.
[822] Heinrichs, in: Palandt, Vor § 145, Rn. 9.

dd) Freiheit der inhaltlichen Gestaltung

Auch die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung eines Vertrages unterliegt Schranken. So sind im Familien- und Erbrecht nur dort Verträge statthaft, wo sie das Gesetz zulässt, und im Sachenrecht können nur Rechte begründet werden, die gesetzlich vorgesehen sind (sog. Typenzwang).[823] Im eigentlichen Wirkungsbereich der Vertragsfreiheit, dem Schuldrecht, herrscht Gestaltungsfreiheit, die mit der sog. Typenfreiheit verbunden ist.[824] Allerdings findet die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung ihre Grenzen in §§ 134, 138 BGB und in den sonstigen Vorschriften des zwingenden Rechts (einschließlich öffentlich-rechtlicher Genehmigungsvorbehalte). Nach den Wertentscheidungen des Grundgesetzes sind Gesetzgeber und Rechtsprechung gehalten, auch bei gestörter Vertragsparität ein ausreichendes Maß an Vertragsgerechtigkeit sicherzustellen.[825] In diesem Zusammenhang steht auch die Missbrauchskontrolle marktbeherrschender Unternehmen gemäß § 19 GWB, die dazu dienen soll, bei bestehender oder zumindest drohender Marktbeherrschung nicht nur eine formale, sondern eine tatsächliche Freiheit aller Marktteilnehmer beim Abschluss privater Austauschverträge zu schaffen.[826]

b) Rückwirkung von Genehmigungen nach § 184 BGB

Die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts im Privatrecht und die damit verbundene Rückwirkung sind mit der behördlichen Genehmigung eines privatrechtlichen Geschäfts „verwandt“. Daher ist zu prüfen, ob die aus dem Zivilrecht stammenden Regelungen auch auf die öffentlich-rechtliche Genehmigung anwendbar bzw. übertragbar sind.

aa) Allgemeines

§ 184 I BGB sieht vor, dass die nachträgliche Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück wirkt, soweit nichts anderes bestimmt ist. Die Genehmigung ist keine

[823] Kramer, in: Münchner Kommentar, Vor § 145, Rn. 18.
[824] Kramer, ebd.
[825] Heinrichs, in: Palandt, Vor § 145, Rn. 13.
[826] Kramer, in: Münchner Kommentar, Vor § 145, Rn. 21.

nachgeholte Einwilligung, sondern ein eigenständiges „Hilfsrechtsgeschäft“, das im Gegensatz zur Einwilligung unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung für die am Rechtsgeschäft Beteiligten und den Genehmigenden hat.[827]

Bis zur Erklärung des Zustimmungsberechtigten über die Genehmigung ist der Vertrag schwebend unwirksam.[828] Endgültig unwirksam wird das Geschäft, wenn ihm neben der fehlenden Zustimmung noch andere unheilbare Mängel anhaften.[829] Die schwebende Unwirksamkeit kann enden, wenn eine Frist, die für die Erbringung der Genehmigung oder Erteilung der Zustimmung gesetzt war, abgelaufen ist.[830] Grundsätzlich ist der Zustimmungsberechtigte nicht aufgefordert, sich innerhalb einer bestimmten Frist zu entscheiden. In einzelnen Fällen kann er das Recht zur Erteilung oder Verweigerung jedoch verwirken.[831] Eine Abkürzung des Schwebezustandes kann der am Rechtsgeschäft Beteiligte nur in besonders geregelten Ausnahmefällen[832] erreichen, die allgemeinen Zustimmungsregelungen des BGB kennen keine Aufforderung zur Erklärung über die Genehmigung oder die Fiktion einer Verweigerung der Genehmigung nach Ablauf einer Frist.[833]

Durch die Genehmigung wird das Rechtsgeschäft, gleichgültig, ob es sich um ein Verpflichtungs- oder ein Verfügungsgeschäft handelt, mit rückwirkender Kraft voll wirksam, nicht jedoch bei Gestaltungserklärungen, bei denen eine Rückwirkung ausgeschlossen ist.[834] Die Rückwirkung der Genehmigung ist ein rechtstechnischer Kunstgriff, eine Fiktion, nach der das durch die Genehmigung wirksam gewordene Rechtsgeschäft rechtlich so behandelt wird, als wäre es seit seinem Abschluss wirksam gewesen.[835]

Die Rückwirkung steht zur Disposition der Parteien, nicht aber allein des Genehmigenden.[836] Einschränkungen der Rückwirkung ergeben sich aus dem Gesetzeszweck. So wird die Verjährung nicht rückwirkend, sondern ex

[827] Schramm, in: Münchner Kommentar, § 184, Rn. 1.
[828] Leptien, in: Soergel, § 184, Rn. 4; Heinrichs, in: Palandt, § 184, Rn. 1.
[829] Schramm, in: Münchner Kommentar, § 184, Rn. 3.
[830] Schramm, a. a. O., Rn. 6
[831] Schramm, a. a. O., Rn. 7
[832] Z. B. § 108 II, 177 II BGB.
[833] Schramm, in: Münchner Kommentar, § 184, Rn. 9.
[834] Heinrichs, in: Palandt, § 184, Rn. 2.
[835] Schramm, in: Münchner Kommentar, § 184, Rn. 11.
[836] Heinrichs, in: Palandt, § 184, Rn. 2; Leptien, in: Soergel, § 184, Rn. 8.

nunc in Lauf gesetzt, ebenso andere Fristen.[837] Ist eine Rückwirkung nicht möglich, wirkt die Genehmigung wie der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB).[838]

bb) Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Genehmigungen

In vielen Gesetzen wird die Wirksamkeit privater Rechtsgeschäfte von der Genehmigung einer Behörde oder eines Gerichts abhängig gemacht. Der Anwendungsbereich führt von Zustimmungen zu Kündigungen im Arbeitsrecht (z. B. § 9 III MuSchG) über die Genehmigung von Grundstücksgeschäften (§ 90 III SächsGemO) bis zur Genehmigung von Rechtsgeschäften gesetzlicher Vertreter durch das Vormundschaftsgericht (§ 1819 I BGB). Dadurch wird die Privatautonomie beschränkt. Diese Genehmigungen sind nicht durch das Prinzip der Privatautonomie legitimiert, sondern sind Hoheitsakte; sie unterliegen den besonderen Regeln des öffentlichen bzw. des Prozessrechts. Die Vorschriften der §§ 182 bis 184 BGB finden auf sie keine unmittelbare Anwendung.[839] Es gelten vielmehr die speziellen gesetzlichen Bestimmungen sowie die allgemeinen verwaltungs- und verfahrensrechtlichen Grundsätze. Den speziellen Regelungen ist auch zu entnehmen, ob die Erklärung vor Abschluss des Rechtsgeschäfts erteilt sein muss oder auch nachträglich erteilt werden kann. Existiert keine ausdrückliche Regelung, ist darauf abzustellen, ob eine rückwirkende Genehmigung nach Sinn und Zweck zugelassen werden kann. Steht der Gesetzeszweck nicht entgegen, kann § 184 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes betrachtet werden.[840] In Rechtsprechung und Lehre ist daher heute anerkannt, dass die zivilrechtlichen Regelungen auch für behördliche Genehmigungen entsprechend anwendbar sein können, was gerade auch für die in § 184 I BGB angeordnete Rückwirkung der Genehmigung gilt.[841]

---

[837] So z. B. Anfechtungsfrist nach Anfechtungsgesetz, Frist nach § 355 I 2 BGB; vgl. Heinrichs, a. a. O.; Leptien, a. a. O.
[838] Schramm, in: Münchner Kommentar, § 184, Rn. 27.
[839] Leptien, in: Soergel, Vor § 182, Rn. 8.
[840] Schramm, in: Münchner Kommentar, Vor § 182, Rn. 27; Leptien, in: Soergel, Vor § 182, Rn. 8.
[841] Leptien, ebd.

4. Rückwirkung im Verfahrensrecht

Im Verfahrensrecht existieren eine Reihe von Rückwirkungstatbeständen, die unterschiedliche Ursachen haben. Daher sind eine Rückwirkung von Verfahrensgesetzen, die Rückwirkung der Heilung fehlerhafter Prozesshandlungen und die Berichtigung eines Urteils (a)) ebenso zu erörtern wie die Regelung des § 167 ZPO, die Rückwirkung der Zustellung eines Schriftstückes betreffend (b)), und die Rückwirkung der Zustellung des Mahnbescheides gemäß § 696 ZPO (c)). Schließlich ist eine Rückwirkung der Änderung der ständigen Rechtsprechung zu beleuchten (d)). Im Einzelnen:

a) Rückwirkung von Verfahrensgesetzen, der Heilung fehlerhafter Prozesshandlungen und der Berichtigung eines Urteils

Neue Prozessgesetze gelten mit ihrem Inkrafttreten auch für anhängige Verfahren, soweit sie selbst nichts anderes bestimmen. Das neue Gesetz erfasst aber nicht abgeschlossene prozessuale Tatbestände, wie zum Beispiel ein Anerkenntnis. In vielen Fällen enthalten neue Verfahrensgesetze Übergangsvorschriften, die die Anwendbarkeit auf anhängige Verfahren regeln. Enthält das Verfahrensgesetz außerdem materielles Recht, beurteilt sich dessen Anwendbarkeit nach den Verfahrensregeln, wenn das Prozessgesetz zum Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung gilt.[842]

Parteihandlungen, die mit einem Fehler behaftet sind, können geheilt werden, das heißt, der Fehler wird beseitigt oder unbeachtlich. Dies geschieht gewöhnlich mit rückwirkender Kraft, es sei denn, der Mangel wird durch eine fehlerfreie Wiederholung der Handlung beseitigt, dann tritt deren Wirkung ex nunc ein.[843]

Ein gemäß § 319 ZPO ausgesprochener Beschluss, der eine Berichtigung des Urteils vornimmt, wirkt auf die Zeit der Verkündung des Urteils zurück. Damit gilt die neue Urteilsfassung als die ursprüngliche. Rechtsbehelfe sind nur gegen das Urteil in der neuen Fassung zulässig.[844]

---

[842] Tilch/Arloth, „Rückwirkung (Verfahrensrecht)“, Bd. 3, S. 3604.
[843] Tilch/Arloth, ebd.
[844] Tilch/Arloth, ebd.

b) Rückwirkung der Zustellung eines Schriftstückes

In § 167 ZPO ist festgelegt, dass für den Fall, in dem durch die Zustellung eines Schriftstückes eine Frist gewahrt oder die Verjährung neu beginnen oder unterbrochen werden soll, die Wirkung nicht erst mit der Zustellung selbst, sondern mit dem Eingang des Antrags oder des Schriftstückes bei Gericht eintritt, wenn die Zustellung an den Gegner alsbald erfolgt. Dies gilt auch für die Zustellung einer Klage an die Gegenpartei.

Zweck der Regelung ist die Schaffung von Rechtssicherheit, die der Veranlasser, also derjenige, der eine Frist wahren muss, für die Einreichung seines Schriftstückes benötigt. Sein Einfluss auf die Zustellung ist begrenzt, zum großen Teil sogar völlig ausgeschlossen, weshalb der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bei Abstellen auf die Zustellung von Zufälligkeiten abhängig und ungewiss wäre. Im Übrigen findet durch diese Regelung ein Interessenausgleich zwischen dem Zustellungsadressaten und dem Antragsteller statt. Sie dient auch der Rechtssicherheit dadurch, dass der Antragsteller die Fristwahrung durch eigenes Handeln sicher stellen kann.[845] Mit dieser Regelung kann der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit eindeutig mit dem Zugang bei Gericht oder Behörde verknüpft werden.[846] Die Fiktion hat die Wirkung, dass die Zustellung an den Gegner an dem Tag als bewirkt gilt, in dessen Lauf das zuzustellende Schriftstück bei Gericht eingegangen ist. Die Frist wird gewahrt, wenn das Schriftstück rechtzeitig eingereicht wird. Auf sonstige Wirkungen der Zustellung, z. B. die Rechtshängigkeit ist diese Fiktion nicht anzuwenden.[847]

c) Rückwirkung der Zustellung eines Mahnbescheides

Gemäß § 696 III ZPO, der in seinem Wortlaut dem § 167 ZPO sehr ähnlich ist, wird ebenfalls die Wirkung der Zustellung, soweit eine Frist gewahrt oder die Verjährung verhindert werden soll, auf den Tag der Zustellung des Mahnbescheides an den Antragsgegner zurückbezogen.[848]

---

[845] Greger, in: Zöller, § 167, Rn. 1.
[846] Putzo, in: Thomas/Putzo, § 167 n. F., Rn. 1.
[847] Putzo, a. a. O., Rn. 2.
[848] Vgl. Hüßtege, in: Thomas/Putzo, § 696, Rn 1 ff.; Vollkommer, in: Zöller, § 696, Rn 6.

Im Gegensatz zur Regelung des § 167 ZPO, der die Rückwirkung der Zustellung nicht auf die Rechtshängigkeit bezieht, wird in § 696 III ZPO festgehalten, dass nach einem Widerspruch gegen den Mahnbescheid die Streitsache als mit der Zustellung des Mahnbescheides rechtshängig geworden gilt, wenn die Sache alsbald nach Erhebung des Widerspruchs an das Streitgericht abgegeben wird.[849] Ist das nicht der Fall, wird die Sache mit vollständigem Akteneingang beim Streitgericht rechtshängig. Der Unterschied zur Fiktion des § 167 ZPO liegt insbesondere darin, dass hier keine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Beantragung des Mahnbescheides, sondern auf den Zeitpunkt seiner Zustellung beim Antragsgegner stattfinden soll.

d) Rückwirkung der Änderung der ständigen Rechtsprechung

Grundsätzlich gelten die Einschränkungen der Zulässigkeit der Rückwirkung von Gesetzen nicht für gerichtliche Entscheidungen. Urteile und Beschlüsse haben keinen Normcharakter, der entscheidende Richter ist nicht an ein präjudizielles Urteil gebunden.[850] Allerdings können sich Schranken für die Rückwirkung auch für Rechtsprechungsänderungen aus dem Prinzip der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes ergeben. In dem Fall, in dem die von einer Rechtsprechungsänderung betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung rechnen durfte, verdient dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug, da dann diese Rückwirkung in rechtlich geschützte Positionen eingreift. Bei der vorzunehmenden Abwägung „ist insbesondere zu beachten, dass die materielle Gerechtigkeit einen dem Grundsatz der Rechtssicherheit mindestens ebenbürtigen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips verkörpert“[851]. Entsprechend diesen Grundsätzen hat das BAG bei einer wesentlichen Änderung seiner Rechtsprechung zum Kündigungsrecht seine neue Rechtsansicht nicht auf Beendigungskündigungen angewendet, die in der Vergangenheit im Vertrauen auf die damals aktuelle Rechtsprechung ausgesprochen worden sind. „Es

[849] Vollkommer, a. a. O., Rn. 5; Hüßtege, a. a. O., Rn. 11 ff.
[850] Tilch/Arloth, „Rückwirkung (Verfahrensrecht)“, Bd. 3, S. 3604.
[851] BGH NJW 1996, 1467 (1470); BAG NZA 1985, 455 (459).

muss vielmehr der Praxis des Arbeitslebens Gelegenheit gegeben werden, sich auf die neuen Grundsätze einzustellen, die die Rechtslage erheblich verändern“.[852]

5. Rückwirkung von Verwaltungsakten

Das Auseinanderfallen von innerer und äußerer Wirksamkeit der Verwaltungsakte führt zur Möglichkeit der Rückwirkung. Daher ist zunächst die Rückwirkung von Verwaltungsakten im Allgemeinen (a)) näher zu beleuchten, bevor auf die Rückwirkung von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten im Besonderen eingegangen werden soll (b)). Im Einzelnen:

a) Rückwirkung der Verwaltungsakte im Allgemeinen

Wie bereits dargestellt,[853] kommt ein Verwaltungsakt durch die Entscheidung einer Behörde und deren Bekanntgabe an den Adressaten und sonstige Betroffene zustande. Als Grundsatz gilt: Wirksam wird der Verwaltungsakt im Zeitpunkt seiner Bekanntgabe an den, an den er sich richtet.

Der Beginn der äußeren Wirksamkeit hat nicht zwangsläufig den gleichzeitigen Eintritt der inneren Wirksamkeit zur Folge, letztere kann unabhängig von ersterer zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt eintreten (und damit die Regelung des Verwaltungsakts in Kraft setzen).[854] Die Behörde kann also im Rahmen ihrer gesetzlichen Ermächtigung für das Inkrafttreten der Regelung des Verwaltungsakts einen besonderen, vor oder nach dem Tag der Bekanntgabe liegenden Zeitpunkt bestimmen. Allerdings ist für die Festlegung der Rückwirkung belastender Regelungen eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich.[855]

Insgesamt ist die Sachlage mit der bei Gesetzen zu vergleichen, da diese dem Bürger gegenüber ebenso wie Verwaltungsakte einseitig erlassen werden. Allerdings sind die Grundsätze der Rückwirkung von Gesetzen zwar für Verordnungen und Satzungen,[856] nicht aber ohne weiteres auf

---

[852] BAGE 45, 277 (289).
[853] Siehe oben, Teil 2, C., II., 2.
[854] BVerwGE 13, 1 (7).
[855] BVerwG, ebd.
[856] BVerfGE 45, 142 (173).

Verwaltungsakte anwendbar.[857] Keine Bedenken bestehen freilich gegen rückwirkende begünstigende Verwaltungsakte. Insbesondere Verwaltungsakte, die eine Leistung gewähren, tun dies meist rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung oder des Eintrittes eines Ereignisses, das für die Leistungsgewährung Voraussetzung ist. Bei begünstigenden Verwaltungsakten erscheint eine Rückwirkung insbesondere auch dadurch als angemessen, dass die Begünstigung erst durch das Stellen eines Antrags durch den Anspruchsberechtigten möglich wird. Mit dem Antrag wird das Verfahren eingeleitet, weshalb in diesem Fall der Antragsteller auch mit einer negativen Verbescheidung, also einem belastenden Verwaltungsakt rechnen muss, der dann bereits für den Zeitraum seit der Antragstellung feststellen kann, dass der geltend gemachte Anspruch nicht besteht.

Bedenken begegnet dagegen die Rückwirkung von belastenden Verwaltungsakten. Hier wird man ähnlich wie bei Rechtsvorschriften eine Rückwirkung nur aus besonderen Gründen zulassen können.[858] Grundsätzlich sind demnach solche Verwaltungsakte wegen Verstoßes gegen die Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes als verfassungswidrig einzustufen.

Ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung kann an sich nicht pauschal von der Möglichkeit der Rückwirkung ausgeschlossen werden. Hier ist ähnlich vorzugehen wie bei der im Falle der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts erforderlichen Einordnung als belastender oder begünstigender Verwaltungsakt.[859] Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung ist insgesamt als begünstigend zu werten, es sei denn, die Rückwirkung bezieht sich nur auf die Nachteile. Eine solche einheitliche Betrachtung ist aber nur dann angebracht, wenn Begünstigung und Belastung untrennbar miteinander verbunden sind. Eine Rückwirkung eines Verwaltungsakts mit belastender Drittwirkung wird nach den allgemeinen Grundsätzen der Rückwirkung, die auch für Rechtsnormen gelten, dann möglich sein, wenn der Dritte von der Möglichkeit der Erlasses eines solchen Verwaltungsakts

[857] Tilch/Arloth, „Rückwirkung von Verwaltungsakten“, Bd. 3, S. 3605; Diese Frage ist bisher noch nicht geklärt.
[858] Tilch/Arloth, ebd.
[859] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48, Rn. 68; siehe oben, Teil 2, B., I., 2.

wusste, er also an dem Verfahren beteiligt[860] wurde. In diesen Fällen sind Verstöße gegen Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips wie Vertrauensschutz und Rechtssicherheit nicht gegeben.

b) Rückwirkung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte

Anders ist die Rückwirkung bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten zu beurteilen, da diese auf ein privatrechtliches Verhältnis Einfluss nehmen, das vorwiegend vom Willen der Beteiligten abhängig sein und nicht durch die erforderliche verwaltungsrechtliche Regelung negiert oder in einer dem Rechtsstaatsprinzip nicht gerecht werdenden Weise beeinflusst werden soll.

aa) Allgemeines

Daher wird die Frage, ob eine erteilte Genehmigung – also der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt – im Hinblick auf zweiseitige Rechtsgeschäfte ex nunc- oder ex tunc-Wirkung hat, in gewisser Weise vom Verfassungsrecht mitbestimmt.[861]

Unrichtig erscheint hierbei, als Ausgangspunkt die Frage zu stellen, inwieweit das öffentliche Recht von § 184 BGB abweichen oder umgekehrt hieran anknüpfen darf. Insofern untersteht das öffentliche Recht keinem Rechtfertigungszwang.[862] Beide Regelungen, also ex nunc- und ex tunc-Wirkung, sind im Grundsatz denkbar. Legt man dem Verwaltungsakt nur eine ex nunc-Wirkung bei, wird jedoch die Vertragsfreiheit in stärkerem Maße beschnitten,[863] was angesichts der Garantie der Vertragsfreiheit durch Art. 2 I GG rechtfertigungsbedürftig und deshalb gegebenenfalls nicht zu unterstellen ist. Da eine solche Beschränkung zur Verwirklichung des mit dem Genehmigungserfordernis verfolgten öffentlichen Zwecks in der Regel nicht erforderlich ist, haben öffentlich-rechtliche Genehmigungen aus diesem Grund in der Regel ex tunc-Wirkung.[864]

---

[860] Dritte sind als Beteiligte zum Verwaltungsverfahren hinzuzuziehen, wenn der Ausgang des Verfahrens für sie rechtsgestaltende Wirkung hat (§ 13 II 2, I Nr. 4 VwVfG).
[861] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 291.
[862] Vgl. Schramm, in: Münchner Kommentar, Vor § 182, Rn. 21.
[863] BGH, MDR 1959, 25 (26).
[864] Manssen, Privatrechtsgestaltung, S. 291.

Keine Besonderheiten gelten für das Eintreten der öffentlich-rechtlichen Wirkungen des Verwaltungsakts, die wie bei jedem Verwaltungsakt mit der Bekanntgabe der Behördenentscheidung verknüpft sind. Beim Eintritt der privatrechtlichen Wirkungen des Verwaltungsakts können sich jedoch zeitliche Verschiebungen ergeben.[865]

Teilweise wird auch bei den hier interessierenden vertragsgestaltenden[866] Verwaltungsakten für den Zeitpunkt des Eintritts der privatrechtlichen Wirkungen danach unterschieden, ob es sich um alleingestaltende oder um mitgestaltende Verwaltungsakte handelt.[867]

Alleingestaltende Verwaltungsakte sind in der Regel konstitutive Akte, die allein die Privatrechtsgestaltung verursachen. Rücksichtnahmen auf die privatrechtlichen Vereinbarungen sind daher nicht geschuldet, weshalb diese Verwaltungsakte regelmäßig mit ihrer Bekanntgabe auch privatrechtliche Wirkung entfalten.[868]

Anders ist die Situation bei privatrechtsmitgestaltenden Verwaltungsakten, bei denen die privatrechtliche Wirkung nicht zwangsläufig gleichzeitig mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts eintritt. Nach allgemeiner Auffassung haben öffentlich-rechtliche Genehmigungen zu privatrechtlichen Rechtsgeschäften, wenn dies nicht anders gesetzlich geregelt ist oder ein Widerspruch zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen, besonders der Rechtssicherheit, hervorgerufen wird, ebenso wie die Genehmigung nach dem BGB rückwirkende Kraft. Das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft ist bis zur Genehmigungserteilung schwebend unwirksam, wird mit dieser ex tunc wirksam und bei der Versagung von Anfang an unwirksam.[869]

bb) Rückwirkung von Genehmigungen zu einseitigen Rechtsgeschäften

Unterschiedlich ist die Frage nach der Rückwirkung der Genehmigung zu einseitigen Rechtsgeschäften, insbesondere von Kündigungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes, des Schwerbehindertengesetzes und des

[865] Bengel, S. 137; vgl. oben, Teil 2, C., II., 2., c).
[866] Nach der Terminologie von Bengel: schuldrechtsgestaltend.
[867] Bengel, S. 138.
[868] Bengel, ebd.
[869] Vgl. Bengel, ebd.

Mutterschutzgesetzes zu beantworten. Die Kündigung einer Arbeitnehmerin, die dem Schutz des letztgenannten Gesetzes unterfällt, kann nicht mit der Genehmigung rückwirkend wirksam werden, sie ist immer erst nach Erteilung der Genehmigung gemäß § 9 III MuSchG zu erklären. Die vor Genehmigungserteilung erklärte Kündigung ist gemäß § 134 BGB nichtig.[870] Daher ist eine Rückwirkung an sich schon unmöglich, da kein Objekt existiert, auf das sie sich beziehen könnte. Der Zweck des MuSchG spricht auch eindeutig gegen eine Rückwirkung der Kündigung Schwangerer, da sonst der Kündigungsschutz umgangen würde. Damit hebt die Genehmigung das absolute Kündigungsverbot des Gesetzes auf.

Ebenso ist die Genehmigung einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem dem Schwerbehindertengesetz unterfallenden Arbeitnehmer zu beurteilen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 15 SchwbG bedarf die Kündigung der „vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle“. Daher muss die Zustimmung spätestens zum Zeitpunkt der Kündigung vorliegen.[871] Die Kündigung, die ohne eine bereits vorliegende Zustimmung ausgesprochen wird, ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot[872] nichtig.[873] Für den Schwerbehinderten stellt sich die Zustimmung als belastender privatrechtsmitgestaltender Verwaltungsakt dar.[874] Eine Rückwirkung dieses Verwaltungsakts ist wegen § 134 BGB ausgeschlossen.

§ 18 I KSchG regelt, dass anzeigepflichtige Massenentlassungen vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige beim Arbeitsamt nur mit dessen Zustimmung wirksam werden. Im zweiten Halbsatz wird weiterhin festgelegt, dass die Zustimmung auch rückwirkend bis zum Zeitpunkt der Antragstellung erteilt werden kann. Die Zustimmung des Arbeitsamtes ist ein begünstigender Verwaltungsakt, von dem die privatrechtliche Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers abhängig gemacht ist.[875] Die Zustimmung

[870] Buchner/Becker, MuSchG, § 9, Rn. 198; Siebert, in: Festschrift für Hugelmann, S. 605 (606); BVerwGE 54, 276 (278).
[871] So auch: Steinbrück, in: GK-SchwbG, § 15, Rn. 192.
[872] § 134 BGB.
[873] BAG, Urteil vom 25. November 1980, 6 AZR 210/80, EzA § 580 ZPO, Nr. 1, S. 5: Nicht nur dann, wenn die Kündigung vor Erteilung der Genehmigung ausgesprochen wird, ist diese von vornherein unwirksam, sondern auch, wenn der Zustimmungsbescheid später aufgehoben wird, da dies rückwirkende Kraft hat.
[874] Steinbrück, in: GK-SchwbG, § 18, Rn. 32.
[875] v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 18, Rn. 6.

hat nur dann Rückwirkung, wenn das Arbeitsamt eine ausdrückliche Bestimmung mit diesem Inhalt trifft. Eine automatische Rückwirkung sieht § 18 I KSchG nicht vor.[876] Bei stufenweisen Entlassungen, bei denen frühere, zunächst wirksame Entlassungen dadurch unwirksam geworden sind, dass innerhalb der Frist von 30 Kalendertagen infolge weiterer Entlassungen die Zahl der nach § 17 I KSchG anzeigepflichtigen Entlassungen erreicht worden ist und bei denen deshalb erst bei Ausspruch der späteren Kündigungen der Antrag auf Zustimmung gestellt wird, kann diese ausnahmsweise – entgegen dem Grundsatz der Rückwirkung frühestens bis zur Anzeige[877] – auf den Zeitpunkt der früheren Entlassungen zurück wirken.[878]

cc) Rechtsprechung

Zur Rückwirkung von Verwaltungsakten in der deutschen Rechtsordnung haben sich neben dem obersten Verwaltungsgericht des Bundes (aaa)) auch andere Gerichte (bbb)) geäußert, wobei diese Entscheidungen ein weites Spektrum von Regelungen des besonderen Verwaltungsrechts und der damit im Zusammenhang stehenden Fragen, das zu Grunde liegende Zivilrechtsverhältnis betreffend, abdecken. Im Einzelnen:

aaa) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bisher selten mit der Rückwirkung von Verwaltungsakten auf einen Zeitpunkt vor deren Erlass beschäftigt. Aus den getroffenen Entscheidungen lässt sich jedoch entnehmen, dass eine Rückwirkung von Verwaltungsakten grundsätzlich möglich ist.

α) Entscheidung zu § 12a BTOElt a. F.

Eine der wenigen gerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der Genehmigung von Tarifen und deren Auswirkung auf das zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem Unternehmen, das die Tarife für seine Leistungen verlangt, und dem Nachfrager der Leistungen beschäftigt, traf im Jahr 1994 das

[876] v. Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O., Rn. 10.
[877] bzw. Antrag, wenn die Anzeige nicht als solche ausgelegt werden kann.
[878] v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 18, Rn. 9.

Bundesverwaltungsgericht[879] im Zusammenhang mit einer Tarifgenehmigung nach § 12 a BTOElt a. F. Nach dieser Regelung sind Tarife und ihre einzelnen Bestandteile Höchstpreise und dürfen nur mit Genehmigung der zuständigen Behörde angehoben werden. Als weitere für die Entscheidung wesentliche Bestimmung regelt § 4 II AVBEltV, dass Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam werden, wenn sie nach den Regelungen des Versorgungsvertrages zwischen Versorgungsunternehmen und Kunden mit in diesen einbezogen werden. Aus diesem Regelungssystem folgert das Bundesverwaltungsgericht, „dass die Genehmigung der Tarifänderung nicht unmittelbar auf das Rechtsverhältnis zwischen Unternehmen und Kunden einwirkt, sondern insoweit der privatrechtlichen Umsetzung bedarf. Die Genehmigung zwingt (dem Kunden) nicht einen neuen Tarif auf, sondern erlaubt eine Erhöhung der Tarifpreise, überlässt es aber dem Versorgungsunternehmen, davon Gebrauch zu machen." Dies hat zur Folge, dass sich die zivilrechtliche Grundlage des Vertrages erst mit der Veröffentlichung der neuen Tarife verändert. Damit regelt die Genehmigung nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht die zivilrechtliche Vereinbarung, so dass hier kein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt im engeren Sinne[880] vorliegt. Dieses Ergebnis ist nach Auffassung des Gerichts gerechtfertigt, da § 12 a BTOElt allein dem öffentlichen Interesse daran dient, die Elektrizitätsversorgung durch eine funktionsgerechte Ausgestaltung der Tarife zu gewährleisten, und nicht die individuellen Interessen des einzelnen Tarifkunden zu wahren hat. Zur Möglichkeit der Rückwirkung hat sich das Gericht nicht ausdrücklich geäußert.

In diesem divergierenden Zweck mag auch einer der Unterschiede zur Telekommunikations-Entgeltgenehmigung liegen. Diese dient zur Überwachung unter anderem des Universaldienstangebots und liegt damit auch im Interesse der Endkunden; sie wahrt damit im Gegensatz zu § 12 a BOTElt auch die individuellen Interessen der Nutzer. Zum anderen soll der Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt ermöglicht werden, weshalb auch

[879] BVerwG, DVBl. 1994, 1241 ff.
[880] Siehe oben, Teil 2, B., I., 5., c).

die Interessen der Mitbewerber im Rahmen der Genehmigungspflicht gewahrt werden sollen. Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass den Elektrizitätsversorgungsunternehmen Höchstpreise genehmigt werden, was bedeutet, dass nicht gegen die Genehmigung verstoßen wird, wenn geringere Preise verlangt werden. Anders bei einer Genehmigung von Telekommunikationsentgelten: In diesen Fällen ist eine Abweichung weder nach unten noch oben zulässig, vielmehr ist genau der genehmigte Preis zu verlangen. Des Weiteren unterscheiden sich beide Fälle dadurch, dass die Genehmigung nach Telekommunikationsgesetz zu ihrem Wirksamwerden, entgegen der vom Bundesverwaltungsgericht betrachteten Tarifgenehmigung, nicht einer Veröffentlichung bedarf und damit keine weitere Hürde vor dem Hineinwirken in die zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen zu nehmen hat. Anders stellt sich das zwar bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 23 TKG 1996 dar, die zu veröffentlichen sind, um wirksam zu werden. Diese Parallele ist hier jedoch uninteressant, da dabei gerade keine genehmigten Entgelte geregelt werden.

β) Rückwirkende Feststellung des Verlustes der Besoldung

Nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1995[881] ist die rückwirkende Feststellung des Verlustes der Bezüge eines Beamten nach Bundesbesoldungsgesetz möglich, so dass Feststellungsbescheide zulässigerweise einen zurückliegenden Zeitraum erfassen können. Dieses Ergebnis lässt sich mit dem lediglich deklaratorischen Charakter der Verlustfeststellung begründen, denn der Verlust der Dienstbezüge gemäß § 9 BBesG tritt kraft Gesetzes ein.[882] Hier handelt es sich um einen klassischen Verwaltungsakt, der mit lediglich öffentlich-rechtlichen Wirkungen ausgestattet ist, aber keine gestaltende Wirkung hat, da diese bereits aus dem Gesetz folgt. Ebenso geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Schwerbehinderteneigenschaft eines Arbeitnehmers rückwirkend

[881] BVerwG, Beschluss vom 17. Dezember 1995, 1 DB 29.94, Buchholz 235, § 121, Nr. 3.
[882] § 9 BBesG: „Bleibt der Beamte, Richter oder Soldat ohne Genehmigung schuldhaft dem Dienst fern, so verliert er für die Zeit des Fernbleibens seine Bezüge. Dies gilt auch bei einem Fernbleiben vom Dienst für Teile eines Tages. Der Verlust der Bezüge ist festzustellen."

festgestellt werden kann, so dass eine ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ausgesprochene Kündigung unheilbar unwirksam ist.[883]

Hier handelt es sich zunächst um die Zulässigkeit der Rückwirkung eines feststellenden Verwaltungsakts. Der Unterschied zur zuvor genannten Entscheidung liegt darin, dass es hier zum Wirksamwerden der Änderung nicht eines Umsetzungsakts bedarf, sondern der Verlust der Besoldung kraft Gesetzes zu einem bestimmten Zeitpunkt eintritt. Nicht der diese Änderung feststellende Verwaltungsakt hat gestaltende Wirkung, sondern bereits das die Rechtsfolge auslösende Gesetz. Genau betrachtet ist dem Verwaltungsakt damit keine einen vergangenen Zeitraum betreffende Wirkung immanent, sondern er stellt diese bereits (kraft Gesetzes) eingetretene Wirkung nur ausdrücklich klar.

γ) Rückwirkende Erhöhung von Pflegesätzen

In einem ähnlichen Zusammenhang hat das Bundesverwaltungsgericht im selben Jahr[884] entschieden, dass von der Behörde zu genehmigende Krankenhauspflegesätze in einem privatrechtlichen Krankenhausbenutzungsverhältnis unmittelbar und zwingend kraft Gesetzes gelten und zu ihrem Wirksamwerden nicht, wie bei anderen behördlich zu genehmigenden Benutzungsentgelten, eines Umsetzungsakts bedürfen. Die genehmigten Pflegesätze eröffnen auch keinen Gestaltungsspielraum, da sie gleichzeitig Ober- und Untergrenze des zu zahlenden Satzes sind. Zwar sei eine rückwirkende Erhöhung der Pflegesätze möglich, sie bedürfe jedoch als gravierender Eingriff in den Grundsatz des Vertrauensschutzes einer spezifischen gesetzlichen Grundlage. Diese fand das Gericht im entschiedenen Fall in § 19 II 2 Bundespflegesatzverordnung. Nach der Entscheidung ist diese jedoch unwirksam, da sie gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoße. Dieses Ergebnis begründet das Bundesverwaltungsgericht mit dem Argument, dass die Regelung keine konkreten Anhaltspunkte dafür enthalte, wann abweichend vom Grundsatz der Pflegesatzänderung für künftige Zeiträume eine solche mit Rückwirkung für

[883] So z. B. BVerwGE 81, 84 ff.
[884] BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 1995, 3 C 34.94, Buchholz 451.73, § 19, Nr. 1; BVerwGE 100, 230 (234).

vergangene Zeiträume möglich sein soll, weshalb die Vorschrift völlig konturenlos sei und sich nicht als entsprechende normative Grundlage eigne.

Auch hier handelt es sich um das Problem der Rückwirkung von behördlich zu genehmigenden Tarifen. Das Gericht betrachtet eine rückwirkende Erhöhung dieser Tarife bei entsprechender normativer Grundlage grundsätzlich als möglich. Ist eine solche Ermächtigung vorhanden, bedarf es zum Wirksamwerden der Pflegesätze im privatrechtlichen Krankenhausbenutzungsverhältnis – im Gegensatz zu den EVU und deren Tarifen – nicht der Umsetzung durch den Krankenhausbetreiber. Vielmehr werden die Tarife mit der Genehmigung kraft Gesetzes unmittelbar Bestandteil des Benutzungsverhältnisses. Insoweit bestehen offensichtlich Parallelen zum Telekommunikationsrecht, nach dem die genehmigten Tarife auch kraft Gesetzes[885] Bestandteil der Vereinbarungen werden.

δ) Grundsätzliche Zulässigkeit der Rückwirkung von Verwaltungsakten

Grundsätzlich bejaht wird die Rückwirkungsmöglichkeit bei Verwaltungsakten in einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1991.[886] Diese Entscheidung betraf eine Genehmigung einer Prämienzahlung für die Nichtvermarktung von Milch und Milcherzeugnissen[887], die am 27. April 1979 mit Wirkung ab 29. März 1979 erging. Das Bundesverwaltungsgericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass zum Inhalt, mit dem der Verwaltungsakt gemäß § 43 I 2 VwVfG wirksam wird, auch die Regelung seines zeitlichen Geltungsbereiches, der – soweit es das materielle Recht zulässt – vor oder nach seiner Bekanntgabe liegen kann, gehört.

bbb) Entscheidungen anderer Gerichte

Recht ausführlich beschäftigte sich das OVG Münster in einem Urteil aus dem Jahr 1981[888] mit der Rückwirkung von Genehmigungen, wobei Gegen-

[885] § 29 TKG; dazu bereits oben, Teil 2, B., II., d).
[886] BVerwGE 88, 278 ff.
[887] Nach § 7 II der Verordnung über die Gewährung einer Prämie für die Nichtvermarktung von Milch und Milcherzeugnissen und die Umstellung von Milchkuhbeständen zur Fleischerzeugung vom 22. Juni 1977, BGBl. I, 1006 (MOG-VO) und § 1 Niedersächsisches VwVfG i. V. m. § 48 II VwVfG.
[888] Urteil vom 16. Dezember 1981, 14 A 1894/81, NJW 1982, 1771 f.

stand im speziellen Fall eine Genehmigung der Zweckentfremdung öffentlich geförderter Wohnungen gemäß § 12 III 1 Wohnungsbindungsgesetz[889] war. Das Gericht äußert in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass eine Rückwirkung der Genehmigung auf den Zeitpunkt der Nutzungsänderung zulässig ist. Dieses Ergebnis wird mit dem Sinn und Zweck der Vorschriften, in denen das Erfordernis und die Voraussetzungen der Erteilung der Genehmigung geregelt sind, begründet. Zunächst ist davon auszugehen, wann eine Genehmigung erforderlich ist. Die nachträgliche Genehmigung der diese erfordernden baulichen Maßnahmen oder Umnutzungen als einmaliger, zu einer Zustandsänderung führender Vorgang entspricht mit der ihr immanenten Rückwirkung der Art des Sachverhalts. Die Voraussetzungen der Genehmigung liegen meistens bereits zu einem früheren Zeitpunkt als dem ihres Erlasses vor. Gründe, die eine rückwirkende Genehmigung untersagen, sind nach Auffassung des Gerichts nicht gegeben. Weiterhin spricht für dieses Ergebnis, dass zur Erteilung der Genehmigung ein darauf gerichteter Antrag nicht erforderlich ist. Vielmehr sei bei der Prüfung der Zulässigkeit der Erteilung der rückwirkenden Genehmigung darauf abzustellen, ob die Voraussetzungen für deren Erteilung bereits zu einem früheren Zeitpunkt vorlagen. Diejenigen, die sich zunächst nicht um die Erteilung einer Genehmigung bemühen, werden durch die nachträgliche Erteilung der Genehmigung nicht besser gestellt, da sie nicht der Verhängung eines Bußgeldes gemäß § 26 II Wohnungsbindungsgesetz wegen Nichtbeachtung des Genehmigungserfordernisses entgegensteht.

Auch im Falle der nicht rechtzeitigen Genehmigungsbeantragung des marktbeherrschenden Unternehmens im Telekommunikationsbereich spricht das Bußgeldargument (§ 96 I Nr. 6, II TKG 1996) nicht gegen eine rückwirkende Genehmigungserteilung, da die Genehmigung zwar auf einen früheren Zeitpunkt zurück wirken kann, aber die Verwirklichung des Bußgeldtatbestandes durch die unterlassene Antragstellung beseitigt. Die Wettbewerber sind auch in einem solchen Fall hinreichend geschützt, da auch dann, wenn das marktbeherrschende Telekommunikationsunterneh-

[889] „Die Genehmigung kann erteilt werden, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse oder ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Verfügungsberechtigten oder eines Dritten an der Verwendung oder Änderung der Wohnung gemäß Absatz 1 oder 2 besteht....“.

men keinen Genehmigungsantrag stellt, die Genehmigungspflichtigkeit von Amts wegen festgestellt werden kann.[890]

Die Genehmigung der Zweckentfremdung stellt sich als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt dar, da sie sich unmittelbar auf das Eigentum und dessen Nutzbarkeit durch den Eigentümer auswirkt; sie ist demnach als eigentumsgestaltender Verwaltungsakt zu qualifizieren.

In einer sehr frühen Entscheidung hat sich das OVG Münster zur Rückwirkung der Festsetzung von Mieten und Pachten nach § 2 des Preisübergangsgesetzes[891] geäußert und diese abgelehnt.[892] Nach Auffassung des Gerichts ist die Entscheidung, ob der Preisfestsetzung Rückwirkung beigemessen werden kann, an Hand des Gesetzes, und, soweit dort keine Aussage getroffen wird, nach dem Wesen der Preisfestsetzung zu treffen. Da im konkreten Fall das Gesetz schweigt, spricht dies nach Auffassung des Gerichts schon gegen eine Rückwirkung, zumal bei Rechtsetzungsakten die Rückwirkung umstritten sei. Wenn eine Rückwirkung möglich sein soll, müsse dies im Gesetz hinreichend deutlich erklärt werden und könne im Übrigen für belastende Verwaltungsakte nicht im weiteren Umfang als für begünstigende zulässig sein. Auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung kann nur dann verzichtet werden, wenn sich aus dem Zweck der Ermächtigung die Zulässigkeit der Rückwirkung ergibt. Dies sei im zu entscheidenden Fall nicht gegeben, da es sich bei der Mietpreisfestsetzung um die Festsetzung eines Höchstpreises handelt, also eine Verbindung von verwaltungsbehördlicher Erlaubnis und verwaltungsbehördlichem Verbot vorliegt. Das Gericht ist der Auffassung, dass zwar einer Erlaubnis, nicht aber einem Verbot Rückwirkung zukommen und einem Verwaltungsakt dann keine Rückwirkung beigemessen werden kann, wenn dieser Pflichten begründet oder Rechte entzieht, wie das hier der Fall sei. Weiterhin stellt das Gericht fest, dass den Behörden auf Grund ihrer Befugnis das Recht zusteht, einen Höchstpreis festzusetzen, wobei es sich um ein öffentlich-

[890] So OVG Münster, Beschluss vom 5. Juli 2000, 13 B 2018/99, MMR 2000, 779 (780); vgl. auch § 29 VI 2 TKG 2004.
[891] § 2 Preisübergangsgesetz vom 10. April 1948, WiGBl. 1948, 27: „die für die Preisbildung zuständigen Stellen können Anordnungen und Verfügungen erlassen, durch die ... die Mieten und Pachten festgesetzt ... werden...“.
[892] OVG Münster, Urteil vom 8. Januar 1952, I A 615/51, OVG NW 5 (1953), 170 ff.

rechtliches Verbot der Vereinbarung, Leistung und Annahme eines höheren Preises, jedoch nicht die Bestimmung eines privatrechtlich geschuldeten Entgeltes handelt. Anders behandelt das Gericht die mietzinsrechtlichen Entscheidungen der Mietzinsämter im Rahmen von § 15 II Reichsmietengesetz.[893] Danach waren Entscheidungen der Mieteinigungsämter, soweit sie auf die Höhe der Miete Einfluss hatten, vom ersten Mietzinszahlungstermin ab, der auf die Antragstellung folgte, wirksam. Diese Regelung misst damit den Entscheidungen regelmäßig Rückwirkung bei, kann aber mit der streitgegenständlichen Vorschrift nicht verglichen werden, da erstere als vereinbarte Bestimmung des Mietrechts gilt, also unmittelbar vertragsgestaltend wirkt, jedoch kein Verbot, eine andere als die festgestellte Miete zu vereinbaren, enthielt. Letztlich sind beide aus den Anfängen des letzten Jahrhunderts stammenden Vorschriften nicht mit der Entgeltgenehmigung vergleichbar. Bei der Entscheidung nach § 15 II RMG handelte es sich zwar um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt, der jedoch nicht zwingend die Parteien band. Bei der Mietzinsfestsetzung nach § 2 Preisübergangsgesetz, den die Entscheidung tatsächlich betraf, handelte es sich um eine Höchstpreisfestsetzung – vergleichbar mit der nach § 12a BTOElt –, die nur mittelbar auf die vertraglichen Verhältnisse der Parteien einwirkte, ihnen lediglich die Vereinbarung eines Mietzinses über dem festgesetzten Höchstpreis untersagte.

IV. Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen

Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte dürfen nicht nur einseitig vom Standpunkt des Privatrechts oder aus dem öffentlich-rechtlichen Blickwinkel betrachtet werden, da so die Gefahr besteht, dass die Ergebnisse zwar aus der Sicht des öffentlichen oder des Privatrechts richtig sind, aber einseitig bleiben und die Grundsätze des jeweils anderen Rechtsgebietes nicht genügend beachten.[894] Dies ist auch bei der Entgeltgenehmigung als privatrechtsgestaltendem Verwaltungsakt zu beachten.[895]

---

[893] Reichsmietengesetz vom 24. März 1922 in der Fassung der Verordnung vom 20. April 1936, RGBl. I, 380.
[894] So schon Siebert, in: Festschrift für Hugelmann, S. 605 (606).
[895] So auch: Hummel, CR 2000, 291 (291).

1. Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen aus zivilrechtlicher Sicht

Dass es sich bei den Entgeltgenehmigungen des Telekommunikationsgesetzes um privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte handelt, wurde bereits gezeigt.[896] Damit haben sie – wie der Name bereits sagt – erhebliche Auswirkungen auf die zugrundeliegenden vertraglichen Beziehungen. Da es sich dabei um privatrechtliche Vereinbarungen handelt, sollen die zivilrechtlichen Wirkungen der Entgeltgenehmigung hier zuerst betrachtet werden.

a) Zivilrechtliche Grundlagen der Rückwirkung

Im Vorfeld ist dazu die Klärung einiger, immer wieder auftauchender Begriffe, Normen oder Rechtsinstitute notwendig. Dabei handelt es sich um §§ 134 und 139 BGB (unten bb) und cc)), das Rechtsinstitut der schwebenden Unwirksamkeit eines Vertrages und die damit verbundenen Rechtsfolgen für das Rechtsgeschäft (aa)) sowie die bereicherungsrechtlichen Grundlagen (dd)). Im Einzelnen:

aa) Die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts

Schwebende Unwirksamkeit bedeutet, dass ein Rechtsgeschäft zunächst unwirksam ist, es aber noch wirksam werden kann, wenn das dafür fehlende Erfordernis nachgeholt wird. Nach Vornahme des Rechtsgeschäfts entsteht zunächst ein Schwebezustand, während dessen es noch wirkungslos ist. Im Prozess ist dies von Amts wegen zu beachten. Die in dieser Phase des Rechtsgeschäfts bereits erbrachten Leistungen können vorerst gemäß § 812 BGB zurückgefordert werden. Trotz des Schwebezustandes obliegt den Vertragsparteien aber bereits eine Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Besteht das noch fehlende Wirksamkeitserfordernis in einer behördlichen Genehmigung, sind die Parteien nach § 242 BGB verpflichtet, alles Erforderliche zu tun, um die Genehmigung herbeizuführen. Das Rechtsgeschäft wird nach allgemeiner Auffassung rückwirkend von Anfang an wirksam, wenn das fehlende Erfordernis

[896] Vgl. oben, Teil 2, B., II., 1., d) und 2.

nachgeholt wird.[897] Ist dies nicht mehr möglich, wird das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft endgültig unwirksam bzw. nichtig.[898]

bb) Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB

§ 134 BGB erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, für nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sind Vorschriften, die eine nach der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich mögliche rechtsgeschäftliche Regelung wegen ihres Inhalts oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen.[899] Die Folgen eines Verstoßes werden in einigen Fällen vom Gesetz ausdrücklich bestimmt, indem das Rechtsgeschäft als nichtig, unwirksam oder anfechtbar bezeichnet wird. Fehlt eine solche Festlegung, begründet § 134 BGB als Auslegungsregel die Vermutung, dass der Gesetzesverstoß das Rechtsgeschäft nichtig macht. Die Auslegung der Verbotsnorm kann aber auch ergeben, dass keine Nichtigkeit eintreten soll. Anhaltspunkte für die Einordnung können sich aus der Gesetzessprache ergeben. Verwendet das Gesetz Formulierungen wie „kann nicht“, „ist unzulässig“ oder „ist nicht übertragbar“, liegt in der Regel kein gesetzliches Verbot, sondern nur eine zur endgültigen oder schwebenden Unwirksamkeit führende Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmacht vor. Oft ist die gesetzliche Formulierung aber unergiebig, so dass die Entscheidung über die Rechtsfolge des Verstoßes nicht allein dem Wortlaut der Verbotsnorm entnommen werden kann, entscheidend sind vielmehr Sinn und Zweck des Gesetzes.[900]

Richtet sich das Verbot gegen beide Parteien, kann in der Regel angenommen werden, dass das Rechtsgeschäft bei einem Verstoß nichtig sein soll. Aus der Normrichtung kann im Zweifel auf den Normzweck geschlossen werden. Das gilt insbesondere dann, wenn die Handlung für beide Teile mit Strafe bedroht ist. Es bestehen aber Ausnahmen: Der Verstoß gegen bloße Ordnungsvorschriften lässt die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auch dann

[897] BGHZ 137, 267 (280 f.).
[898] Vgl. Heinrichs, in: Palandt, Vor § 104, Rn. 31.
[899] Heinrichs, a. a. O., § 134, Rn. 5.
[900] Heinrichs, a. a. O., Rn. 7.

unberührt, wenn diese sich an beide Parteien richten. Ordnungsvorschriften in diesem Sinn sind vor allem die gewerbe- und baupolizeilichen Verbote, die nicht den Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern die äußeren Umstände seiner Vornahme missbilligen. Auch bei einem Verstoß gegen Preisvorschriften ist das Rechtsgeschäft in der Regel nicht nichtig, sondern wird zum zulässigen Preis aufrechterhalten.[901]

Allgemein betrachtet stellt die Freiheit der Preisvereinbarung einen wichtigen Bestandteil der Vertragsfreiheit dar. Außer im Telekommunikationsrecht unterliegt diese nur noch wenigen gesetzlichen Beschränkungen. Bedeutsam sind hier die HOAI (insbesondere § 4) , das Wohnungsbindungsgesetz (§ 8)[902] und das Wirtschaftsstrafgesetz (§§ 4 bis 5)[903]. Verstöße gegen Preisbestimmungen führen in der Regel, wie bereits festgestellt, nicht zur Gesamtnichtigkeit, sondern der Vertrag bleibt mit dem zulässigen Preis aufrecht erhalten.[904] Dies gilt dann nicht, wenn beide Teile bewusst gegen die Preisbindung verstoßen. In diesen Fällen ist die Nichtigkeit der Vereinbarung in Betracht zu ziehen.[905] Diese Rechtsfolge entspricht der Nichtigkeit eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts, das von beiden Parteien in Umgehungsabsicht abgeschlossen wird.[906]

Ist das Rechtsgeschäft nur für einen Teil verboten, ist das verbotswidrige Rechtsgeschäft in der Regel gültig. Das gilt insbesondere dann, wenn der Gesetzesverstoß ein bloßes Internum in der Sphäre einer Partei bleibt. Aus dem Zweck des Verbotes kann sich aber auch die Nichtigkeit des Geschäfts ergeben.[907] Bedarf ein Rechtsgeschäft der behördlichen Geneh-

---

[901] Heinrichs, a. a. O., Rn. 8.
[902] § 8 I WoBindG: „Der Verfügungsberechtigte darf die Wohnung nicht gegen ein höheres Entgelt zum Gebrauch überlassen, als zur Deckung der laufenden Aufwendungen erforderlich ist (Kostenmiete) ...“; Abs. 2: „Soweit das vereinbarte Entgelt die Kostenmiete übersteigt, ist die Vereinbarung unwirksam. Soweit die Vereinbarung unwirksam ist, ist die Leistung zurückzuerstatten und vom Empfang an zu verzinsen. ...“.
[903] § 4 I WiStG: „ Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig in befugter oder unbefugter Betätigung in einem Beruf oder Gewerbe für Gegenstände oder Leistungen des lebenswichtigen Bedarfs Entgelte fordert, verspricht, vereinbart, annimmt oder gewährt, die infolge einer Beschränkung des Wettbewerbs oder infolge der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder einer Mangellage unangemessen hoch sind.“; § 5 I WiStG: „Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.“
[904] Heinrichs, in: Palandt, § 134, Rn. 26 f.; BGHZ 51, 174 (181); 89, 316 (319); BGH NJW 1989, 2470 (2471).
[905] RG DR 39, 1633 f.; 42, 1409 (1410); ebenso OLG Celle, DR 39, 1078 (1078).
[906] BGH NJW 1968, 1928.
[907] Heinrichs, in: Palandt, § 134, Rn. 9.

migung, so bedeutet das zugleich, dass die Vornahme ohne Genehmigung verboten ist. Nach dem Zweck der gesetzlichen Regelung ist der ohne Genehmigung abgeschlossene Vertrag aber nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam. Wird die Genehmigung erteilt oder fällt das Genehmigungserfordernis weg, wird der Vertrag voll wirksam. Wird die Genehmigung verweigert, wird der Vertrag endgültig unwirksam. Nichtig ist ein genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft aber, wenn es von beiden Seiten in Umgehungsabsicht abgeschlossen wird. Dagegen ist die Umgehungsabsicht nur einer Partei unschädlich.[908]

Weiter kann noch unterschieden werden, ob die Genehmigung für das Verpflichtungsgeschäft, das Verfügungsgeschäft oder für beide erforderlich ist. Soweit sich aus dem das Genehmigungserfordernis vorsehenden Gesetz keine Sonderregeln ergeben, kann für das Verpflichtungsgeschäft davon ausgegangen werden, dass es bis zur Entscheidung der Behörde schwebend unwirksam ist.[909] Dies gilt selbst dann, wenn feststeht, dass es nicht genehmigungsfähig ist.[910] Die Vertragsparteien sind in dieser Phase an das Geschäft gebunden, haben aber noch keinen Erfüllungsanspruch.[911] Daher ist in diesem Zeitraum die Klage auf Leistung ausgeschlossen.[912] Zulässig ist hingegen eine Klage auf Feststellung des Vertragsschlusses mit bestimmtem Inhalt.[913] Die Vertragsparteien sind verpflichtet alles zu tun, um die Genehmigung herbeizuführen, und angehalten, alles zu unterlassen, was die Genehmigungserteilung gefährden könnte.[914]

Mit der Erteilung der Genehmigung wird das Verpflichtungsgeschäft voll wirksam. In der Regel wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück. Diese Rückwirkung ergibt sich entgegen der älteren Rechtsprechung[915] nicht aus § 184 BGB, sondern aus dem Zweck des Genehmigungserfordernisses.[916] Wird ein unrichtiges Negativattest erteilt,

[908] Heinrichs, a. a. O., Rn. 11a.
[909] BGHZ 23, 342 (344); Gegenstand der Genehmigung beim besonderen Netzzugang ist das Verpflichtungsgeschäft (Vereinbarung des Entgeltes), so Hummel, CR 2000, 291 (293).
[910] BGH, NJW 1993, 648 (650).
[911] BGH, a. a O. (651).
[912] BGH, NJW 1976, 104 ff.
[913] RGE 121, 154 (157).
[914] BGHZ 67, 34 (35).
[915] RGE 123, 327 (330); 157, 207 (211).
[916] BGHZ 32, 383 (389).

kann dieses einer Genehmigung gleich stehen.[917] Befindet sich das Rechtsgeschäft im Zeitpunkt des Wegfalls des Genehmigungserfordernisses noch in der Phase der schwebenden Unwirksamkeit, wird es ex nunc voll wirksam.[918] Wird die Genehmigung versagt, tritt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mit der Bestandskraft des Bescheides ein.[919] Beispiele für genehmigungsbedürftige Verpflichtungsgeschäfte sind die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (§ 2 I GrdstVG) und die Genehmigungen nach § 3 AWG i. V. m. § 2 AWV.

Für den Fall, dass das Genehmigungserfordernis nur das Verfügungsgeschäft betrifft, ist hinsichtlich des diesem vorausgehenden Verpflichtungsgeschäfts festzuhalten, dass dieses von Anfang an wirksam ist. Damit stehen auch beiden Parteien Erfüllungsansprüche zu. Eine Leistungsklage ist grundsätzlich zulässig[920], es sei denn, aus dem Gesetz ergibt sich, dass die vorzeitige Leistungsklage ausgeschlossen sein soll.[921] Das bereits vorgenommene Erfüllungsgeschäft ist bis zur Genehmigungserteilung schwebend unwirksam.[922] Bei einer bloßen Ordnungsfunktion des Genehmigungserfordernisses kann das Fehlen der Genehmigung bei Vornahme des Verfügungsgeschäfts zivilrechtlich unschädlich sein.[923] Wird die Genehmigung oder ein dieser gleichstehendes Negativattest erteilt oder fällt das Genehmigungserfordernis weg, wird das Verfügungsgeschäft mit rückwirkender Kraft wirksam.[924]

Für den Fall der Versagung der Genehmigung wird die Erfüllung unmöglich.[925] Die Unmöglichkeit ist von keiner der Parteien zu vertreten, so dass beide Teile ohne Schadensersatzpflicht von ihrer Leistung frei werden (§§ 275, 326 BGB). Es können aber auch die §§ 280, 283 BGB anwendbar

[917] So BGHZ 14, 1 (4) für Unbedenklichkeitsbescheinigung der Preisbehörde nach § 1 der Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. Juli 1942 (RGBl. I, 451); z. T. wird vertreten, dass dem Negativattest eine Rechtswirkung dergestalt beigelegt werden kann, dass eine eventuell erforderliche Genehmigung als erteilt gilt, so z. B. Schmalz, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 408.
[918] BGHZ 37, 233 (236); 127, 368 (375) (ständige Rechtsprechung).
[919] BGH, NJW 1993, 648 (650).
[920] BGH, NJW 1978, 1262 (1262).
[921] RGE 143, 312 (328).
[922] Heinrichs, in: Palandt, § 275, Rn. 41.
[923] BGH LM § 134, Nr. 59, am Ende.
[924] Heinrichs, in: Palandt, § 275, Rn. 41.
[925] Heinrichs, a. a. O., Rn. 42.

sein, wenn eine Partei die Ablehnung der Genehmigung verschuldet oder insoweit das Risiko übernommen hat.[926] Eine etwaige Rückwirkung der Versagung begründet jedoch keine anfängliche Unmöglichkeit, da das Genehmigungserfordernis nur das Verfügungs-, nicht jedoch das Erfüllungsgeschäft betrifft.[927] Beispielhaft für ein genehmigungsbedürftiges Erfüllungsgeschäft sei die Übertragung eines Grundstückes, die von der Erteilung einer Teilungsgenehmigung nach § 19 III BauGB a. F. abhängig sein konnte, genannt.[928]

cc) Die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 139 BGB

§ 139 BGB bestimmt die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig und nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken der Privatautonomie. Sie soll verhindern, dass den Parteien anstelle des von ihnen gewollten Rechtsgeschäfts ein Geschäft mit anderem Inhalt aufgedrängt wird. Die gesetzgeberische Entscheidung für die Gesamtnichtigkeit als Regel und die Restgültigkeit als Ausnahme wird dadurch entschärft, dass über die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auf Grund des mutmaßlichen Parteiwillens und damit unter Abwägung der Interessen der Parteien zu entscheiden ist.[929]

Zur Anwendung gelangt § 139 BGB nur bei teilnichtigen Rechtsgeschäften. Gleichgültig ist, worauf die Nichtigkeit beruht; § 139 BGB findet bei allen Nichtigkeitsgründen Anwendung. Alle Arten der Unwirksamkeit fallen unter diese Norm, auch die schwebende Unwirksamkeit.[930] Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist aber, dass die Teilnichtigkeit ein einheitliches Rechtsgeschäft betrifft, wobei der Einheitlichkeitswille der Parteien das entscheidende Kriterium für die Einheit des Rechtsgeschäfts bildet. Aus den Erklärungen der Parteien muss sich unter Berücksichtigung der Interessenlage und der Verkehrssitte ergeben, dass die möglicherweise äußerlich getrennten

[926] Heinrichs, ebd.
[927] Heinrichs, ebd.
[928] Heinrichs, a. a. O., Rn. 40.
[929] Heinrichs, a. a. O., § 139, Rn. 1.
[930] BGHZ 53, 179 ff.; NJW 1974, 2234 f.

Rechtsgeschäfte miteinander stehen und fallen sollen.[931] Die Teilnichtigkeit muss sich auf einen abtrennbaren Teil des Rechtsgeschäfts beschränken. Das nach der Abtrennung des nichtigen Teiles verbleibende Rechtsgeschäft muss als selbstständiges Bestand haben können. Gesamtnichtigkeit ist nicht anzunehmen, wenn die Höhe des Entgeltes, wie beim Verstoß gegen Preisvorschriften, normativ festgelegt ist. In diesem Fall kann an die Stelle des nichtigen vereinbarten Entgeltes das gesetzlich festgelegte treten, da davon auszugehen ist, dass die Parteien zumindest das gesetzlich festgelegte Entgelt vereinbaren wollten.

Grundsätzlich ist das Rechtsgeschäft im Gesamten nichtig. Ausnahmsweise bleibt das Rechtsgeschäft wirksam, wenn anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Maßgeblich ist bei dieser Beurteilung auf den mutmaßlichen Parteiwillen abzustellen, das heißt darauf, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten. Das bedeutet in der Regel, dass das objektiv Vernünftige als Parteiwille anzunehmen ist. Ausreichend ist aber nicht, dass die Parteien auf jeden Fall, wenn auch vielleicht anders, abgeschlossen hätten. Das Geschäft muss so, wie es sich ohne den nichtigen Teil darstellt, dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen.[932] § 139 BGB ist allerdings in den Fällen unanwendbar, in denen sich aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung oder dem Gesetzeszweck eine abweichende Regelung ergibt.[933]

Das TKG enthält in seiner Fassung von 1996 keinen ausdrücklichen Hinweis auf das Schicksal der Vereinbarung, wenn sie insgesamt oder hinsichtlich der Preisabrede schwebend unwirksam ist.[934] Fraglich ist daher, ob sich aus dem Gesetzeszweck eine Antwort ableiten lässt. Selbstverständlich entspricht es dem Parteiwillen, die Leistung nur gegen Entgelt anzubieten. Mit einer unwirksamen Preisvereinbarung wäre damit die Nichtig-

[931] BGHZ 50, 13 ff. NJW 1990, 1474 f.; Heinrichs, in: Palandt, § 139, Rn. 5.
[932] Heinrichs, a. a. O., Rn. 14.
[933] BGH, NJW 2000, 1333 (1335).
[934] Im TKG 2004 ist nun ausdrücklich bestimmt, dass die Genehmigung Rückwirkung entfalten soll und damit eine Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung ausscheidet. Vgl. unten, Teil 3, D., II., 1., b, bb.

keit des gesamten Rechtsgeschäfts verbunden. Diesem Ergebnis steht aber offensichtlich der Gesetzeszweck des gesamten Telekommunikationsrechts entgegen. Dieses wurde geschaffen, um einen Wettbewerb auf diesem Markt zu etablieren und zu ermöglichen. Die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts negiert diesen Gesetzeszweck, hebt den durch den Abschluss der Rechtsgeschäfte zwischen den Mitbewerbern entstehenden Wettbewerb auf. Daher ist es zur Erreichung des Gesetzeszwecks erforderlich, die Anwendung des § 139 BGB auszuschließen, vielmehr das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten treten zu lassen.

dd) Die bereicherungsrechtlichen Regelungen der §§ 812 ff. BGB

Nach §§ 812 ff. BGB wird ein Rechtsgeschäft bzw. werden die auf Grund des Rechtsgeschäfts ausgetauschten Leistungen rückabgewickelt, wenn das Rechtsgeschäft unwirksam geworden ist oder dies bereits von Anfang an war.

Obwohl es keinen einheitlichen Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung gibt, ist doch allen Kondiktionsansprüchen der Grundgedanke gemeinsam, einen Anspruch auf Rückgängigmachung eines Rechtserwerbs zu gewähren, der nach den maßgeblichen Vorschriften im Interesse der Rechtssicherheit, aus Gründen der rechtlichen Logik, zum Schutz eines gutgläubigen Erwerbs oder aus sonstigen Gründen zwar gültig vollzogen ist, aber im Verhältnis zu dem Benachteiligten des rechtfertigenden Grundes entbehrt. Ziel der Bereicherungsansprüche ist es, allgemein dort einen gerechten und billigen Ausgleich durch Herausgabe des Erlangten oder durch Wertersatz zu schaffen, wo das Recht zunächst einen wirksamen Vermögenserwerb herbeiführt, dieser mit den Anforderungen materieller Gerechtigkeit aber nicht in Übereinstimmung steht. Es handelt sich bei den Bereicherungsansprüchen und ihrer Ausgestaltung mithin um eine dem Billigkeitsrecht angehörende Ausgleichsordnung, deren Auslegung im Einzelfall in besonderem Maße unter dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr steht. Die Hauptfälle für die Anwendung des Bereicherungsanspruches sind der fehlende Rechtsgrund, der Nichteintritt des bezweckten Erfolges sowie der Eingriff eines Außenstehenden in die Rechtsstellung des Berechtigten und ein dadurch bedingter Rechtsverlust. Weiterhin ent-

steht ein Bereicherungsanspruch gegen den unberechtigten Veräußerer, wenn der Erwerber im guten Glauben war und dessen Erwerb damit von der Rechtsordnung geschützt wird. Ebenfalls einen Bereicherungsanspruch lässt der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten durch die Annahme einer Leistung entstehen, weshalb das Empfangene dem Leistenden wieder heraus zu geben ist, sofern nicht diesem ebenfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.[935]

Für den Fall der fehlenden Entgeltgenehmigung und den damit zugrundeliegenden, teilweise oder vollständig schwebend unwirksamen Vertrag kommt ein Bereicherungsanspruch für den Leistenden deshalb in Betracht, weil er seinem Vertragspartner eine Telekommunikationsleistung zur Verfügung gestellt hat. Die Vertreter der Auffassung, dass der gesamte Vertrag unwirksam sei, gehen in diesem Zusammenhang davon aus, dass ohne Entgeltgenehmigung kein Rechtsgrund für die Leistung bestand, diese in den Termini des Gesetzes also ohne rechtlichen Grund erfolgte. Der Leistungsempfänger hat weiterhin die Telekommunikationsleistung erlangt, um die der Leistende im Gegenzug entreichert wurde, da er keinen adäquaten Ausgleich für sie erhalten hat. Der Anspruch richtet sich auf Wertersatz (§ 818 II BGB), da eine Telekommunikationsdienstleistung im Regelfall nicht mehr zurück gegeben werden kann. In dieser Regelung steckt auch der Nachteil des Bereicherungsrechts für den Leistenden. Er erhält lediglich den Wert seiner Leistung ersetzt. Nicht beachtet werden bei der Wertbestimmung die tatsächlich auf dem Markt für diese Leistung zu erzielenden Preise. Insbesondere können in einer Entgeltgenehmigung für diese Telekommunikationsdienstleistung höhere Preise festgesetzt werden, da die der Entgeltgenehmigung zu Grunde zu legenden „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ nicht zwangsläufig dem objektiven Wert der Leistung entsprechen. Der Wertersatz wird in Geld zu gewähren sein. Zu ersetzen ist regelmäßig der gemeine Wert, also der objektive Verkehrswert.[936]

[935] Zum Ganzen Thomas, in: Palandt, Vor § 812, Rn. 2 ff.
[936] Thomas, a. a. O., § 818, Rn. 19.

b) Die Folgen der Rückwirkung für das genehmigte privatrechtliche Rechtsgeschäft

Bei der vertraglichen Vereinbarung der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen handelt es sich um ein Verpflichtungsgeschäft. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Kategorien ist ein Verpflichtungsgeschäft, das einer behördlichen Genehmigung unterliegt, zunächst schwebend unwirksam und wird mit der Erteilung der Genehmigung rückwirkend wirksam.[937]

Ebenso muss es sich bei der Genehmigung der Entgelte verhalten. Die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens, eine Telekommunikationsdienstleistung zu erbringen, die im Synallagma mit der Zahlungspflicht des Vertragspartners, sei es ein Reseller, ein Endkunde oder ein anderer Wettbewerber, steht, wird daher in der Regel mit der Genehmigung des Entgeltes – genau wie die Leistungspflicht des anderen – wirksam. Aus dem Zweck des TKG 1996, das im Dienst der Wettbewerbsförderung steht, ergibt sich aber, dass zur Erreichung dieses Zwecks die Verpflichtung zur Leistung nicht bis zur Erteilung der Entgeltgenehmigung aufgeschoben werden kann. Dies stellt sich allerdings nicht als problematisch dar, wenn das verpflichtete marktbeherrschende Unternehmen mit einer rückwirkenden Bezahlung der erbrachten Leistung rechnen kann. Analysiert man den zwischen den Vertragspartnern abzuschließenden Vertrag genauer, wird man feststellen, dass das Genehmigungserfordernis nicht beide synallagmatisch verknüpften Verpflichtungsgeschäfte betrifft. Vielmehr unterliegt lediglich die Preisvereinbarung der Genehmigungspflicht. Die unentgeltliche Erbringung einer Telekommunikationsleistung wird keiner Genehmigung unterworfen, da das marktbeherrschende Unternehmen nicht in dieser Weise am Markt agieren wird. Damit ist die Verpflichtung zur Leistungserbringung von Anfang an wirksam, lediglich die Preisvereinbarung verharrt bis zur Genehmigungserteilung im Stadium der schwebenden Unwirksamkeit.

[937] Siehe oben, Teil 2, C., III., 3., b), bb).

Hinsichtlich der auf Grund eines solchen Verpflichtungsgeschäfts stattfindenden Verfügungen gilt, dass die Leistungserbringung mit dem wirksamen Verpflichtungsgeschäft im Hintergrund ohne weiteres wirksam ist. Allerdings unterliegt die Zahlung eines Entgeltes schon aus zivilrechtlicher Sicht einem bereicherungsrechtlichen Anspruch, da bei Fehlen einer Genehmigung und damit eines wirksamen Verpflichtungsgeschäfts diese Leistung ohne Rechtsgrund erbracht wird. Allerdings wird dieses Ergebnis durch § 814 BGB zu vermeiden sein. Der Geld Leistende wird in allen Fällen wissen, dass er ohne die Entgeltgenehmigung nicht zur Zahlung verpflichtet ist. Zahlt er trotzdem, kann er nach der zivilrechtlichen Regelung das Geleistete nicht zurückfordern. Im Telekommunikationsrecht wird eine solche Situation jedoch selten auftreten, da die Vereinbarung und Entgegennahme eines ungenehmigten Entgeltes regelmäßig die Untersagung des Geschäfts (§ 29 II 2 TKG 1996) und die Verhängung eines Bußgeldes zur Folge haben wird (§ 96 I Nr. 6 TKG 1996).

Verfolgt man den Gedanken des § 814 BGB weiter, wird man feststellen, dass dem Leistenden bekannt ist, dass bis zur Entgeltgenehmigung keine Zahlungsverpflichtung besteht, diese aber mit der Erteilung rückwirkend – wahrscheinlich – auf den Zeitpunkt der Vereinbarung wirksam wird. Offen ist lediglich, ob die Höhe des vereinbarten Preises der dann genehmigten und zu zahlenden Leistungsvergütung entspricht. Insofern kann aus zivilrechtlicher Sicht nur das zurück gefordert werden, was über das genehmigte Entgelt hinaus geleistet wurde, da beide Parteien von einer Zahlungsverpflichtung ausgehen können, allerdings noch nicht in der Lage sind, deren Höhe zu bestimmen. Aus zivilrechtlicher Sicht bestehen damit insgesamt keine Bedenken gegen die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung.

2. Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung aus verwaltungsrechtlicher Sicht

Auch aus verwaltungsrechtlicher Sicht ist die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung nicht zu beanstanden. Insbesondere hat das BVerwG entschieden, dass eine Rückwirkung von Verwaltungsakten grundsätzlich möglich ist. Von diesem Grundsatz muss nur dann abgewichen werden, wenn die

Rückwirkung des Verwaltungsakts Sinn und Zweck der zu Grunde liegenden Regelung widerspräche. Seinen Ursprung hat der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Wirtschaftsverwaltungsrecht und ist auch hier mit Rückwirkung versehen.

Entgegen verschiedener Stimmen[938] ist nicht davon auszugehen, dass Sinn und Zweck der Entgeltgenehmigung und des Telekommunikationsrechts gegen eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigung sprechen. Vielmehr spricht das Hauptziel des TKG 1996, nämlich die Schaffung von Wettbewerb, für die Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Abschlusses der vertraglichen Vereinbarung. Soweit dazu noch davon ausgegangen wird, dass die gesamte Leistungsvereinbarung wegen der (zunächst schwebend) unwirksamen Entgeltvereinbarung unwirksam ist,[939] wird mit dieser Auffassung eine schwer zu überwindende Marktzutrittsschranke für neue Wettbewerber aufgebaut.

Die Regulierungspraxis der RegTP[940] zeigt deutlich, dass eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen Voraussetzung für wirksame staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen ist. Durch die Erteilung vorläufiger und endgültiger Entgeltgenehmigungen schafft die RegTP selbst ein Erfordernis für die Rückwirkung der endgültigen Verwaltungsakte. Es widerspricht allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, wenn eine vorläufige Genehmigung nicht von der darauf folgenden endgültigen Genehmigung vollständig ersetzt wird. Die endgültige Genehmigung umfasst im Regelfall auch formal den Geltungszeitraum der vorläufigen Genehmigung. Mit Erlass des endgültigen Verwaltungsakts wird der vorläufige vollumfänglich unwirksam; insoweit ist dessen inhaltliche Regelungswirkung begrenzt. Der vorläufige Verwaltungsakt steht unter dem Vorbehalt der späteren endgültigen Entscheidung, ist im Grundsatz jedenfalls nur bis zu deren Erlass von Bedeutung. Mit diesem erschöpft sich auch seine Regelungswirkung. Damit bedarf es bei der Entscheidung über den endgültigen Verwaltungsakt keiner Aufhebung des vorläufigen, da dessen andersartiger Regelungsinhalt dem

[938] So z. B. Witte, in: Scheurle/Mayen, § 29, Rn. 2; Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 29, Rn. 7 und 21.
[939] Hummel, CR 2000, 291 (293).
[940] Siehe unten, Teil 2, C., IV., 4., a).

nicht entgegensteht. Nach der bisherigen Regulierungspraxis hat die vorläufige Entgeltgenehmigung jedoch faktisch den Charakter einer auf kurze Zeit befristeten endgültigen Genehmigung,[941] was die Rückwirkung der tatsächlich endgültigen Entgeltgenehmigung überflüssig macht und den zum vorläufigen Verwaltungsakt entwickelten allgemeinen Grundsätzen entgegen steht, da eine Ersetzung der vorläufigen Genehmigung nicht stattfindet, sondern die endgültige Genehmigung sich an den Geltungszeitraum der vorläufigen anschließt.

3. Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung aus telekommunikationsrechtlicher Sicht

Zunächst soll die Möglichkeit der Rückwirkung mit Blick auf die das Problem anschneidenden Normen der § 29 TKG 1996 (a)) und § 30 TKV (b)) betrachtet werden. Abschließend (c)) soll die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung auch im weiteren Umfeld der telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen beurteilt werden. Im Einzelnen:

a) Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung mit Blick auf § 29 TKG 1996

Die Entscheidung, ob der Entgeltgenehmigung Rückwirkung beigemessen werden sollte, hängt entscheidend – jedenfalls nach den in der Kommentarliteratur vertretenen Auffassungen – davon ab, welche Rechtsfolgen der Norm des § 29 TKG 1996 beigemessen werden.

aa) Anwendbarkeit des § 29 TKG 1996 auf Vereinbarungen nicht genehmigter Entgelte

§ 29 TKG 1996 bestimmt in seinem Abs. 1 zunächst, dass „der Lizenznehmer verpflichtet (ist), ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte zu verlangen“. „Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, sind“ nach Abs. 2 „mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt“. Weiterhin kann „die Regulierungsbehörde ... die

[941] Dies beanstandet zwischenzeitlich auch VG Köln, Urteil vom 9. November 2000, 1 K 10406/98, S. 18 des amtl. Umdrucks, n. v., MMR 2001, 842 (Ls.).

Durchführung eines Rechtsgeschäfts untersagen, das ein anderes Entgelt enthält“.

Dieser Norm werden in der Literatur insbesondere im Zusammenhang mit § 30 TKV die unterschiedlichsten Inhalte entnommen, um mit Blick auf den Gesetzeszweck und die Interessen der Beteiligten Antworten auf die Frage der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen zu finden.

aaa) Vollständige Unwirksamkeit der Verträge

Eine extreme Auffassung zu diesem Thema kommt nach Auslegung des § 29 TKG 1996 zum Ergebnis, dass alle Verträge mit nicht genehmigten Entgelten auch wegen § 30 TKV unwirksam sind.[942] Aus der Norm ergebe sich, dass nur die genehmigten Entgelte verlangt werden dürften und daher § 29 I TKG 1996 i. V. m. § 30 TKV analog auch auf Verträge Anwendung finden, in denen Entgelte verlangt werden, die überhaupt nicht genehmigt sind, und nicht nur auf den Normalfall, in dem vom genehmigten Entgelt nach oben oder unten abweichende Preise vereinbart werden. Dieses Ergebnis wird insbesondere auf das in der Begründung zum TKG 1996 [943] festgehaltene Ziel des Gesetzgebers, die Unternehmen dazu anzuhalten, alle Entgelte, die der Entgeltregulierung unterliegen, auch zur Genehmigung vorzulegen und diese keinesfalls ohne eine solche zu verlangen, gestützt.[944] Weiterhin wird nach dieser Auffassung das Auslegungsergebnis auch mit § 29 II 1 TKG 1996 begründet, da in den Fällen der Nichtgenehmigung eines Entgeltes eben kein – bereits – genehmigtes Entgelt an die Stelle des vereinbarten treten und damit zu einer geltungserhaltenden Reduktion des Vertrages führen könne.[945] Das Resultat wird nach Auffassung ihrer Vertreter auch dadurch belegt, dass das Verlangen eines nicht genehmigten Entgeltes als Ordnungswidrigkeit gemäß § 96 I Nr. 6 bzw. 7 TKG 1996 mit einem Bußgeld geahndet werden

[942] Witte, in: Scheurle/Mayen, § 29, Rn. 2; Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 29, Rn. 7 und 21.
[943] Begründung zum TKG-Entwurf, BT-Drs. 13/3609 vom 30. Januar 1996, S. 44 f.
[944] Witte, in: Scheurle/Mayen, § 29, Rn. 5; Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 29, Rn. 6.
[945] Witte, a. a. O., Rn. 7; Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 7.

kann.[946] Die Möglichkeit, die Vereinbarungen bis zur Entgeltgenehmigung als schwebend unwirksam und dann als wirksam bzw. endgültig unwirksam zu betrachten, kommt wegen des, nach dieser Auffassung, unbedingten Zwecks des Gesetzes nicht in Betracht. Unter Bezug auf die zivilrechtliche Norm des § 139 BGB wird festgehalten, dass der Vereinbarung die wesentliche Einigung über den Leistungspreis fehle und daher vom Gesetzgeber eine andere Regelung geschaffen worden wäre, hätte er lediglich eine Teilunwirksamkeit gewollt.[947]

bbb) Keine Anwendung des § 29 TKG

Eine weitere Extremauffassung kommt zum Ergebnis, dass § 29 TKG 1996 auf die Fälle, in denen noch keine Genehmigung bzw. kein genehmigtes Entgelt existiert, nicht anwendbar ist, da damit ein Verstoß gegen die Norm nicht möglich sei.[948] An dieser Feststellung hält diese Auffassung auch trotz des gegenteiligen Willens des Gesetzgebers fest. § 30 TKV müsse in der Weise ausgelegt werden, dass noch nicht genehmigte Entgeltvereinbarungen zunächst schwebend unwirksam seien. Die Leistungen der Vertragsparteien seien für diese Zeit zunächst den §§ 812 ff. BGB zu unterwerfen.[949]

ccc) Unwirksamkeit nur der Entgeltvereinbarung

Zwischen diese Extremauffassungen schiebt sich – zumindest dem Ergebnis nach – eine weitere: § 29 TKG 1996 führe nur dazu, dass die Vereinbarung des Entgeltes an sich, nicht jedoch der ganze Vertrag unwirksam sei.[950] Als Begründung für dieses Ergebnis wird vorgetragen, dass es sich bei der durch § 29 I TKG 1996 begründeten öffentlich-rechtlichen Pflicht, nur genehmigte Entgelte zu verlangen, um eine asymmetrische Sonderpflicht der marktbeherrschenden Unternehmen handelt, weshalb die materiellen Maßstäbe des § 24 wie auch des § 29 I TKG 1996 nur für diese,

---

[946] „Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig ... ohne Genehmigung nach § 25 Abs. 1 ein Entgelt erhebt, einer vollziehbaren Anordnung nach § 29 Abs. 2 Satz 2, ... zuwiderhandelt“; vgl. auch Witte, a. a. O., Rn. 11; Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 32.
[947] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 21.
[948] Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, C, § 29, Rn. 5.
[949] Manssen, ebd.
[950] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 29, Rn. 6.

nicht auch für deren Vertragspartner Geltung erlangten. Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass allein der Marktbeherrscher, nicht auch dessen Kunden bei Vereinbarung eines nicht genehmigten Entgeltes gegen § 29 I TKG 1996 verstößt. Im Übrigen sei der materiell-rechtlichen Wertung des § 29 II 1 TKG 1996 zu entnehmen, dass die Vertragsbeziehungen weitestgehend aufrecht erhalten werden sollten.

bb) Schicksal der Leistungspflichten und Rückwirkung

Die weitgefächerten Auslegungsergebnisse führen auch hinsichtlich der weiteren Rechtsfolgen bei Vereinbarung nicht genehmigter Entgelte, insbesondere hinsichtlich der gesetzlichen und vertraglichen Leistungspflichten der Parteien, und damit auch hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Rückwirkung der Entgeltgenehmigung zu äußerst unterschiedlichen Ergebnissen.

aaa) Keine vertraglichen Leistungspflichten

Geht man davon aus, dass bei der Vereinbarung eines nicht genehmigten Entgeltes die gesamte vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien unwirksam ist, ergibt sich eindeutig, dass zwischen diesen – zumindest auf vertraglicher Ebene – aus dem nach dieser Auffassung nicht existierenden Vertrag keinerlei Leistungs- oder Gegenleistungspflichten bestehen können.[951] Gesetzliche, öffentlich-rechtlich angeordnete Leistungspflichten des marktbeherrschenden Unternehmens können für diese Fälle jedoch von der RegTP zum Beispiel gemäß §§ 33 oder 37 TKG 1996 begründet werden,[952] die dann nach dieser Auffassung gleichzeitig ein Entgelt festlegen kann, das sich wegen der Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB auf den Wert der erbrachten Dienstleistung beschränken soll.[953]

Das Problem der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung stellt sich hier nicht akut, da bei totaler Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarungen lediglich die Abwicklung der gegenseitigen Ansprüche auf Grund einer behördlichen Anordnung bzw. bis zur Genehmigung des Entgeltes nach §§ 812 ff. BGB in Betracht kommt.[954] Es ergebe sich aus dem Sinn und

[951] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 29, Rn. 22.
[952] Schuster/Stürmer, ebd.
[953] Schuster/Stürmer, a. a. O., Rn. 27.
[954] Schuster/Stürmer, a. a .O., Rn. 7a.

Zweck des § 29 TKG 1996 und der Gesetzesbegründung, dass Entgeltgenehmigungen keine Rückwirkung entfalten dürften, also nur ex nunc wirkten. Aus der Gesetzesbegründung werde deutlich, dass die Vorschrift verhindern sollte, dass Entgelte ohne Genehmigung verlangt werden.[955] Das kann aber nur erreicht werden, wenn die später ergehende Genehmigung keine Rückwirkung hat, denn andernfalls würde das entgeltregulierte Unternehmen so behandelt, als wenn es den Antrag rechtzeitig gestellt hätte.[956]

bbb) Kein Vergütungsanspruch, aber Leistungspflicht

Die von Spoerr vertretene Ansicht, die Vereinbarung (noch) nicht genehmigter Entgelte führe zur Teilunwirksamkeit der Entgeltvereinbarung, greife aber nicht in den Bestand des gesamten fraglichen Vertrages ein, hat unweigerlich bei ihrer logischen Fortführung das Ergebnis, dass das die Dienstleistung erbringende Unternehmen zur Leistung verpflichtet ist, es wegen der Unwirksamkeit des vereinbarten Entgeltes aber weder dieses noch ein anderes verlangen kann.[957] Sobald jedoch die Entgeltgenehmigung erteilt wird, kann das Unternehmen das genehmigte Entgelt für die Zukunft erheben. Wird die Entgeltgenehmigung von der RegTP rückwirkend erteilt, kann das Entgelt dementsprechend auch für die zurückliegende Zeit verlangt werden. Die Erteilung der Entgeltgenehmigung mit rückwirkendem Charakter steht nach dieser Auffassung im Ermessen der RegTP, da ein entsprechendes Verbot an die Regulierungsbehörde im Gesetz keine hinreichenden Anhaltspunkte habe und die Regulierungspraxis insoweit auch inkonsistent sei, da die RegTP von ihr erlassene vorläufige Entgeltgenehmigungen regelmäßig mit Rückwirkung ausstatte. Durch die bei dieser Entscheidung durchzuführende Ermessensabwägung würde weiterhin der Einwand, durch die Rückwirkung würde der Gesetzeszweck vereitelt, entkräftet. Eine Rückwirkung auf einen früheren Zeitpunkt als den der Antragstellung wird hier jedoch abgelehnt.[958]

---

[955] RegTP, BK 2 vom 5.Februar 1998, MMR 1998, 325 (326).
[956] Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 29, Rn. 7a.
[957] Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG, § 29, Rn. 7.
[958] Spoerr, a. a. O., § 27, Rn. 32.

Mit Erteilung der rückwirkenden Entgeltgenehmigung wird nach dieser Auffassung die Unwirksamkeit in der Weise „geheilt“, dass durch geltungserhaltende Reduktion das nunmehr genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten tritt und dieses damit im vertraglichen Gefüge seine ursprüngliche Funktion übernimmt. Dies gilt aber nur für den Fall, dass das genehmigte Entgelt niedriger liegt als das zunächst vereinbarte. Für den umgekehrten Fall soll der rückwirkende Zahlungsanspruch des Marktbeherrschers auf die Höhe des zunächst vereinbarten Entgeltes beschränkt bleiben. Grund soll dafür der Sonderpflichtcharakter des § 29 I TKG 1996 sein, denn für eine Belastung des Kunden, der vertraglich das niedrigere Entgelt vereinbart hat, gibt es keinen hinreichenden normativen Ansatzpunkt, weil er nicht Adressat der Pflicht zur Kostenorientierung ist.[959] Zu einem anderen Ergebnis muss man jedoch gelangen, wenn wegen § 24 II Nr. 2 oder 3 TKG 1996 höhere Entgelte materiell-rechtlich mangels Kostendeckung geboten sind. Die von Spoerr vertretene Auffassung beruft sich auch hier auf den personellen Charakter der Sonderpflicht der §§ 24, 29 I TKG 1996, weshalb sich ein Eingriff in geschlossene Verträge durch einen Nachzahlungsanspruch zu Lasten des nicht entgeltregulierungspflichtigen Vertragsteiles wegen mangelnder gesetzlicher Grundlage generell verbiete.[960]

Sollte die Regulierungsbehörde die Entgeltgenehmigung nicht mit Rückwirkung ausstatten, kommt auch nach dieser Auffassung § 30 TKV zur Anwendung, weshalb der Vertrag mit Bestandskraft der Ablehnung endgültig unwirksam wird. Dann bleibt auch hier nur noch ein Ausgleich hinsichtlich des in den Vertragsbeziehungen Geleisteten nach Bereicherungsrecht.[961]

ccc) Schwebende Unwirksamkeit des gesamten Vertrages

Der ohne wirksame Entgeltgenehmigung abgeschlossene Vertrag ist nach Manssen insgesamt schwebend unwirksam, weshalb sich auch dann der Ausgleich in den vertraglichen Beziehungen nur nach Bereicherungsrecht richten kann.[962] Allerdings wird hier ebenfalls von der Möglichkeit der

[959] Spoerr, a. a. O., § 29, Rn. 11.
[960] Spoerr, ebd.
[961] Spoerr, a. a. O., Rn. 7.
[962] Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, C, § 29, Rn. 5.

Rückwirkung der Entgeltgenehmigung ausgegangen.[963] Mit der nachträglichen Genehmigungserteilung werde der gesamte Vertrag nachträglich vollumfänglich wirksam. Diesem Ergebnis stünden weiter auch keine Gründe entgegen, insbesondere ergebe sich kein Erfordernis für die totale Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung, da der Vertragspartner des Marktbeherrschers durch die schwebende Unwirksamkeit der Vereinbarung hinreichend geschützt sei.[964]

cc) Kritik und eigene Stellungnahme

Die zu § 29 TKG 1996 (und den damit verbunden Folgen für die ungenehmigte Entgeltvereinbarung) dargestellten Extremauffassungen führen letztendlich dazu, dass die Beteiligten vor Genehmigung eines Entgeltes keinerlei Verträge über die angebotene bzw. nachgefragte Leistung abschließen werden, da diese unwirksam wären und den Parteien die Rückabwicklung des Leistungsaustausches durch die Anwendung des Bereicherungsrechts unbillig erschwert wird, auch wenn später eine Genehmigung mit Wirkung ex nunc erteilt würde. Dem Zweck des Telekommunikationsrechts gerecht wird daher lediglich eine Auslegung des § 29 TKG 1996 dahin, dass die Entgeltvereinbarung bis zur Genehmigungserteilung schwebend unwirksam bleibt und mit der Erteilung einer vorläufigen oder endgültigen, mit Rückwirkung ausgestatteten Genehmigung die Zahlungspflichten entstehen.

b) Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen mit Blick auf § 30 TKV

Der Wortlaut des § 30 TKV ist mit der Verwendung des Terminus „unwirksam“ nicht so eindeutig, wie dies auf den ersten Blick wirkt. Generell wird man davon ausgehen können, dass diese Wortwahl entweder auf die Nichtigkeit der Entgeltvereinbarung oder deren schwebende Unwirksamkeit abzielt. Bei dieser Überlegung wird man die zweite Variante präferieren, da die Nichtigkeit als schwerer Eingriff in die Privatautonomie der Vertragsparteien im Gesetz in der Regel ausdrücklich als solche bezeichnet wird.

[963] Manssen, a. a. O., Rn. 7.
[964] Manssen, a. a. O., Rn. 5.

Gegen dieses Ergebnis spricht allerdings der Wille des Verordnungsgebers[965], wie sich aus der Begründung zu dieser Norm ergibt. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass auch der Gesetz- oder Verordnungsgeber mit neu geschaffenen Regelungen den ursprünglich verfolgten Gesetzeszweck auf Grund eines Formulierungsfehlers oder eines anderen Irrtums verfehlt. Bis zu einer Neuregelung kann dieser dann durch die Rechtsprechung „korrigiert“ werden.

Das Verbot der Rückwirkung[966] bzw. die Gesamtnichtigkeit einer Vereinbarung, die zunächst mit einem noch nicht wirksamen Entgelt geschlossen wird, widerspricht dem Sinn und Zweck des Telekommunikationsrechts insgesamt, der doch darin besteht, einen Markt für Telekommunikationsdienstleistungen zu schaffen. Die Vertragsparteien würden unter solchen Umständen kaum vor der Genehmigung Vereinbarungen abschließen, womit der Leistungsaustausch nicht nur unerheblich verzögert wäre und damit ein Wettbewerb zumindest auf dem Vorleistungsmarkt mangels mehrerer Anbieter nicht zu Stande käme. Daher ist der Wortlaut des § 30 TKV als „schwebend unwirksam“ zu verstehen.

c) Rückwirkung der Entgeltgenehmigung im telekommunikationsrechtlichen Normengefüge

Um die Möglichkeit der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung mit dem allgemeinen Normengefüge des Telekommunikationsrechts abzugleichen, ist eine Prüfung dahingehend erforderlich, ob Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Entgeltregulierungsvorschriften (aa)), die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (bb)) sowie die Ziele der Telekommunikationsregulierung (cc)) für oder gegen die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung sprechen. Im Einzelnen:

---

[965] Vgl. Grote, TKV, § 30, (TKV 1995, BGBl. I, 2020 und Nachfolgeregelung TKV 1997 BGBl. I, 2910 ff.).
[966] Mit Hinweis auf § 30 TKV das Verbot der Rückwirkung befürwortend: Schuster, MMR 1999, 500 (Anm. zu RegTP, Entscheidung vom 25. Mai 1999, BK 4a-99-011/E16.03.99, MMR 1999, 496).

aa) Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Entgeltregulierungsvorschriften

aaa) Wortlaut

Die Frage nach der Rückwirkung wird von diesen Vorschriften nicht ausdrücklich beantwortet. Insbesondere § 29 TKG 1996 will die Entgelterhebung lediglich einem präventiven Kontrollvorbehalt unterwerfen und damit die Einhaltung der Verfahrensvorschriften sicherstellen, Regelungen über den materiellen bzw. zeitlichen Geltungsumfang der Genehmigung sind dort nicht enthalten.

Zwar kann von der Genehmigung erst ab dem Zeitpunkt ihrer Erteilung Gebrauch gemacht werden, da erst mit diesem Zeitpunkt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aufgehoben wird. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich damit die Genehmigung, sofern sie erteilt ist, zeitlich nur auf den Zeitraum ab Erteilung erstrecken muss. Bei Rückwirkung dürften Entgelte für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen erhoben, könnten allerdings erst nachträglich ab dem Zeitpunkt der Genehmigungserteilung geltend gemacht werden.

bbb) Sinn und Zweck

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist über die Frage, ob einer behördlichen Genehmigung Rückwirkung zukommen kann bzw. muss, nach Sinn und Zweck der Vorschriften zu entscheiden, in denen das Erfordernis und die Voraussetzungen der Erteilung der Genehmigung geregelt sind.[967] Fraglich ist daher, ob Sinn und Zweck des Tatbestandes der Entgeltgenehmigung im vorliegenden Fall der behördlichen Genehmigung zivilrechtlicher Verträge die Rückwirkung gebieten oder zumindest zulassen. Dient das Genehmigungserfordernis lediglich dazu, den Parteiwillen auf Verträglichkeit mit den Gemeinwohlinteressen zu prüfen, besteht kein staatliches Interesse, den Vertrag nicht so zur Wirkung kommen zu lassen, wie dies die Parteien vereinbart hatten. Deren Absicht wird im Normalfall dahin gehen, die Vereinbarung mit ihrem Abschluss wirksam werden zu lassen. Der

[967] Siehe oben, Teil 2, C., III., 5., b), cc), aaa).

Zweck der Genehmigungspflicht nach §§ 24 ff. TKG 1996 besteht allein darin, im öffentlichen Interesse zu überprüfen, ob die vereinbarten Preise den gesetzlichen Maßstäben entsprechen. Damit ist davon auszugehen, dass der Parteiwille in der Weise zur Durchführung kommen soll, wie in der Vereinbarung festgehalten. Damit wäre die Entgeltgenehmigung rückwirkend zu erteilen.

Nach den allgemeinen verwaltungs- und zivilrechtlichen Regeln sind Rechtsgeschäfte, die einer behördlichen Genehmigung bedürfen, bis zu deren Erteilung schwebend unwirksam. § 29 II 1 TKG 1996 bestimmt, dass die Verträge mit der Maßgabe wirksam „sind“ (nicht werden), dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgeltes tritt. § 30 TKV regelt, dass eine Vereinbarung „unwirksam“ sein soll, wenn kein genehmigtes Entgelt existiert, das an die Stelle des vereinbarten treten könnte. Da hier nicht das Wort „nichtig“ als Rechtsfolgenbezeichnung gewählt wurde, ist davon auszugehen, dass mit der Unwirksamkeit eine schwebende gemeint ist.[968] Von der Rechtsprechung wurden gesetzliche Formulierungen, die die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts vor Erteilung einer notwendigen Genehmigung festlegten, regelmäßig als schwebende Unwirksamkeit ausgelegt.[969] Dies gilt auf Grund der Spruchpraxis der RegTP zum „Einzelvertragsbezug“[970] besonders für Vereinbarungen über Netzzusammenschaltungen, da sonst jede Vereinbarung über die Entgelte gemäß § 39 TKG 1996 nichtig wäre. Eine geltungserhaltende Reduktion ist aber bei Nichtigkeit ausgeschlossen; ein nichtiger Vertrag kann nicht mehr wirksam werden. Die Vorschrift des § 29 II 1 TKG 1996 wäre für die Fälle des § 39 TKG 1996 damit obsolet. Sinn und Zweck der Entgeltregulierungsvorschriften sprechen damit für die Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen.

ccc) Systematik des TKG

Aus dem Unterschied zwischen ex-post- und ex-ante-Regulierung von Entgelten können keine Argumente gegen die Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen hergeleitet werden. Er besagt nur etwas darüber, ob die Ent-

[968] Siehe oben Teil 2, C., IV., 3., b).
[969] Siehe oben Teil 2, C., III., 5., b), cc).
[970] Siehe oben Teil 2, B., II., 1., d), dd).

gelte vor ihrer Erhebung von einer Genehmigung abhängig gemacht werden oder ob nur repressive Maßnahmen möglich sind, nachdem die Entgelte bereits am Markt erhoben wurden. Die Unterscheidung zwischen Erlaubnisvorbehalt und repressivem Kontrollmechanismus hat keine Auswirkung auf die Frage, ob die Genehmigung Rückwirkung haben soll oder nicht. Die vorab zu erteilende Genehmigung sorgt lediglich dafür, dass nicht genehmigte Entgelte nicht erhoben werden können. Auch im Fall rückwirkender Genehmigungen wird dies dadurch gewährleistet, dass die vertraglichen Ansprüche erst mit Erteilung der Genehmigung in der entsprechenden Höhe wirksam werden.

Die Fristen des § 28 II TKG 1996 sollen verhindern, dass das betroffene Unternehmen lange Zeit auf die Erhebung von Entgelten warten muss und damit insbesondere von der Zinslast[971] betroffen wird. Auch nach der Gesetzesbegründung sollen die Fristen im Entgeltgenehmigungsverfahren ausschließlich dem Interesse des beantragenden Unternehmens dienen.[972] Diese Vorschriften haben außerdem den Zweck, den beantragenden Unternehmen möglichst frühzeitig Rechtssicherheit bezüglich der Entgelthöhe zu geben. Werden die Fristen von der RegTP nicht eingehalten, stehen dem antragstellenden Unternehmen die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten (einstweiliger Rechtsschutz, Untätigkeitsklage, Amtshaftungsansprüche) zu.[973]

bb) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz

Mit dem Argument, die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens würden bei rückwirkender Entgeltgenehmigung benachteiligt, da diese bis zur Genehmigung keine Rechtssicherheit hinsichtlich der Entgelthöhe hätten und damit ihre wirtschaftlichen Planungen nicht mit der gehörigen Sicherheit vornehmen könnten, wird die Auffassung begründet, bis zur

[971] So lange das Unternehmen in Vorleistung treten muss und dafür keine Entgelte erhält, kann mit diesen finanziellen Mitteln nicht im Unternehmen gearbeitet und damit kein Gewinn erzielt werden (die Leistung wird quasi vorfinanziert). Bis zur Zahlung des Entgeltes kann der Zahlungspflichtige noch an dessen Zinswert partizipieren.

[972] BR-Drs. 80/96, S. 44: „Die Fristen, die der RegTP für die Genehmigung von Entgelten gesetzt sind, wurden mit sechs Wochen (und einer Verlängerungsmöglichkeit von vier Wochen) relativ kurz festgesetzt, um zu gewährleisten, dass auch die marktbeherrschenden Unternehmen trotz des Preisgenehmigungserfordernisses in ihren preispolitischen Spielräumen so wenig wie möglich eingeengt werden."

[973] So auch Schuster/Stürmer, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 28, Rn. 13.

Genehmigung dürfe kein Entgelt verlangt werden. Dieses Argument kann aber nicht dazu führen, eine Rückwirkung der Genehmigung zu verhindern: Zum einen besteht keine große Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Entgelthöhe, da diese entsprechend dem Grundsatz „ne ultra petita“[974] maximal in der Höhe der beantragten liegen wird. Zum anderen können die Leistungsnachfrager in dieser Situation keinen Vertrauensschutz erhalten, da sie bis zur Rechtskraft der endgültigen Genehmigungsentscheidung nicht auf den eingetretenen Zustand vertrauen dürfen, denn jedenfalls bis zu dieser ist eine Änderung des Entgeltes durch eine Entscheidung der RegTP möglich.[975]

Nach der Rechtsprechung des BGH zum Mietpreisrecht widerspricht die rückwirkende Änderung der Höhe von Dauerleistungen nicht den Grundsätzen des Vertrauensschutzes, wenn diese den Vereinbarungen der Parteien entspricht.[976] Auch in diesem Fall war die Höhe des Mietzinses bei einer möglichen rückwirkenden Mieterhöhung bei Abschluss des Vertrages nicht bekannt. Solche Vereinbarungen widersprechen nicht dem Sinn und Zweck der mietpreislichen Vorschriften. Es entspreche vielmehr dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, dass die Vertragsparteien grundsätzlich frei nach ihrem Belieben vertragliche Regelungen über Mietpreiserhöhungen treffen können. Vorschriften, die einen Eingriff in privatrechtliche Verhältnisse beinhalten, die sonst von den Parteien grundsätzlich frei gestaltet werden könnten, seien daher grundsätzlich eng auszulegen. Weiterhin führt der BGH aus, dass dem Mieter bekannt war, dass die endgültige Mietzinshöhe erst nach Genehmigung der Durchschnittsmiete bestimmt werden würde, weshalb er sich auf Nachforderungen habe einrichten müssen.

Auch bei der Entgeltgenehmigung nach § 39 TKG 1996 schließen die Parteien einen Vertrag in dem Bewusstsein, dass die Entgelte noch der Genehmigung bedürfen. Aus der Rechtsprechung des BGH kann geschlossen

---

[974] § 308 I 2 ZPO.
[975] Das angerufene Gericht kann die Behörde z. B. verpflichten, überhaupt eine Genehmigung zu erteilen, wenn die Behörde diese verweigert hatte oder eine Genehmigung über ein höheres (das beantragte) Entgelt als das genehmigte Entgelt zu erteilen. Nach dem Abschluss der Rechtsmittelverfahren also bei Bestandskraft des Verwaltungsaktes ist die Abänderung der Entscheidung nur noch nach den Maßgaben der §§ 48, 49 VwVfG möglich.
[976] BGH, MDR 1980, 665 f.

werden, dass die Parteien mit einer vertraglichen Vereinbarung, die noch unter dem Vorbehalt einer Genehmigung steht, im Fall der Entgeltgenehmigung das damit verbundene Risiko übernehmen und sich auf die entsprechenden Nachforderungen einstellen. Hier ist zusätzlich die maximale Höhe des Entgeltes durch die Vereinbarung bestimmt, was im vom BGH entschiedenen Fall[977] nicht gegeben war. Es kann vom Nachfrager nicht zu viel verlangt sein, sich darauf einzurichten, das von ihm vereinbarte Entgelt auch rückwirkend zu entrichten. Auch nach dem Maßstab eines sorgfältigen Kaufmanns kann er nicht erwarten, dass er eine Leistung in Anspruch nehmen kann, dafür aber kein Entgelt entrichten muss, zumal Leistung und Gegenleistung in einem synallagmatischen Verhältnis stehen. Mit Unterzeichnung des Vertrages hat der Nachfrager den Vertragsbedingungen, auch dem Entgelt, unter dem Vorbehalt der Genehmigung zugestimmt. Er kann die Überprüfung des Entgeltes durch die RegTP erwarten und damit ein Entgelt, das den Regulierungsmaßstäben des TKG 1996 entspricht. Den Vorteil der „Stundung“[978] der Vergütung der erbrachten Leistung kann er nur bis zur Erteilung der Genehmigung in Anspruch nehmen; bis dahin konnte er mit den vom marktbeherrschenden Unternehmen erbrachten Leistungen, aber auch noch mit dem dafür zu zahlenden Entgelt (Kapital) Gewinn erzielen. Die Zahlungspflicht entsteht mit Erteilung der Genehmigung und damit dem Wirksamwerden des Vertrages, im Normalfall auch rückwirkend. Vor Abschluss des Vertrages hat der Nachfrager es selbst in der Hand, bei einem zu hohen Entgelt vom Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Auch wenn der Verhandlungsspielraum des Nachfragers gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen eingeschränkt ist, hat dieser über die Anrufung der RegTP gemäß § 37 TKG 1996 die Möglichkeit, von der Behörde eine Zusammenschaltung und eine Entgeltfestsetzung (nach § 39 TKG 1996) zu marktgerechten und den Wettbewerb fördernden Preisen zu erreichen.

Auch der marktbeherrschende Anbieter hat ein großes Interesse an einer

[977] BGH, ebd.
[978] Um eine Stundung des Entgeltes handelt es sich insoweit, als nach hier vertretener Auffassung die Entgelte entsprechend der später erteilten rückwirkenden Genehmigung für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen des Marktbeherrschers nachträglich entrichtet werden müssen.

baldmöglichst erfolgenden Entgeltgenehmigung und damit der Herstellung von Rechtssicherheit, wenn er unmittelbar nach Vertragsschluss mit der Erbringung der Leistung beginnt. Andernfalls würde ihm die geschäftliche Planung erschwert, da er keine Klarheit in Bezug auf die Entgelthöhe hat. Damit wird der Marktbeherrscher in der Regel die notwendigen Anträge umgehend und in genehmigungsfähiger Form stellen.

cc) Ziele der Regulierung

Ein Ziel des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts des TKG 1996 ist die Gewährleistung schnellstmöglicher Leistungserbringung durch das der Entgeltregulierung unterliegende marktbeherrschende Unternehmen und damit verbunden das Entstehen eines Marktes mit einer Mehrzahl von Anbietern einer Telekommunikationsdienstleistung.

Würde die Entgeltgenehmigung rückwirkend erteilt, hätte das den Vorteil, dass der Marktbeherrscher in Erwartung einer Gegenleistung, die mit Genehmigungserteilung rückwirkend zu erbringen wäre, sofort nach Vertragsschluss die Leistung zur Verfügung stellen würde. Damit wäre eine schnellstmögliche Leistungserbringung die Regel, was dem Sinn und Zweck der Genehmigungsvorschriften und auch dem vom TKG 1996 selbst verfolgten Zweck der Wettbewerbsförderung entsprechen würde.

Die schnellstmögliche Leistungserbringung und damit die rückwirkende Genehmigung des Entgeltes ist nicht nur im Fall der Anordnung der Zusammenschaltung, sondern auch bei vertraglicher Vereinbarung der Zusammenschaltung erforderlich. Für den ersten Fall hat dies die RegTP auch erkannt, die Leistungserbringung vor der endgültigen Entscheidung angeordnet und im selben Atemzug die rückwirkende Entgeltzahlung festgelegt.[979] Hier zeigt sich, dass die RegTP die ausdrückliche Erteilung rückwirkender Entgeltgenehmigungen zwar ablehnt, jedoch dort, wo sie eine Rückwirkung für erforderlich hält, diese durch die Anwendung komplizierter Hilfskonstrukte herstellt.

[979] Bescheid vom 23. Dezember 1999, BK 3b-99/034, S. 2 des amtlichen Umdrucks (Bescheidtenor 1).

Die schnellstmögliche Leistungserbringung kann insbesondere nicht über eine unentgeltliche Leistungspflicht des marktbeherrschenden Unternehmens gewährleistet werden. Die rückwirkende Entgeltgenehmigung entspricht dem Sinn und Zweck der §§ 27 und 29 TKG 1996, da eben durch diese eine schnellstmögliche Leistungserbringung gewährleistet wird. Eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine unentgeltliche Leistungspflicht des marktbeherrschenden Unternehmens ist im TKG 1996 nicht verankert. Dabei würde es sich auch um einen massiven Eingriff in die Eigentumsfreiheit des regulierten Unternehmens handeln, weil es mit seinem Verhalten in keinster Weise das Entstehen einer solchen Leistungspflicht beeinflussen könnte. § 29 I TKG 1996 führt lediglich zur Modifikation der vertraglichen Pflichten insoweit, als die Entgelte nicht ohne Genehmigung verlangt werden können. Eine Pflicht zur unentgeltlichen Leistungserbringung lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen, verstieße deshalb auch gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts. Auch für den Zeitraum zwischen Antragstellung und Genehmigungserteilung kann eine solche Leistungsverpflichtung nicht existieren. Das regulierende Unternehmen würde dann auch in diesem Zeitraum das Risiko einer unentgeltlichen Leistung tragen und sich im Zweifel gegen die Erbringung der Leistung entscheiden, was Sinn und Zweck der Regulierung widerspricht.

4. Entwicklung der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen

Mit dem Problem der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen hatten sich zunächst die Beschlusskammern der RegTP in ihren Entscheidungen zu beschäftigen (a)), die dann teilweise vom zuständigen VG Köln (b)) übernommen, vom OVG Münster (c)) in zweiter Instanz aber berichtigt wurden. Entscheidungen des BVerwG zu den Entgeltregulierungsvorschriften des TKG 1996 sind bisher nur vereinzelt oder im Wege der Sprungrevision ergangen,[980] da dieses erst als Revisionsinstanz im Hauptverfahren angerufen werden kann. Hauptsacheverfahren zu den für die vorliegende

[980] Zur Entgeltregulierung hat sich das BVerwG bisher in folgenden Entscheidungen geäußert: BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2003, 6 C 17.02, MMR 2003, 734 ff. (Genehmigung der Z.2-Entgelte); BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871, Urteil vom 16. Juli 2003, CR 2004, 29 ff. sowie MMR 2004, 50 ff. (Bestätigung des „Einzelvertragsbezugs“ bei besonderen Netzzugängen).

Arbeit maßgeblichen Fragen sind zum Teil noch beim Verwaltungsgericht Köln und OVG Münster anhängig, zum Teil hat das BVerwG bereits endgültig entschieden (d)). Im Einzelnen:

a) Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde

Seit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes ist die RegTP (§§ 66 ff. TKG 1996) Genehmigungsbehörde für Entgeltanträge des marktbeherrschenden Unternehmens. Neben den das Genehmigungsverfahren (§ 28 TKG 1996) abschließenden Genehmigungen (aa)) erlässt die RegTP vorläufige Entgeltgenehmigungen (bb)). Im Einzelnen:

aa) Endgültige Entgeltgenehmigungen

Bereits im Februar 1998, kurz nach dem Inkrafttreten des TKG 1996, setzte sich die RegTP mit der Problematik der Rückwirkung im Zusammenhang mit Preselection auseinander und entwickelte seither eine Entscheidungspraxis, die eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen ausschloss (und bis heute ausschließt).[981] Die RegTP begründet diese Auffassung damit, dass die Rechtsgeschäfte, die Leistungen ohne genehmigtes Entgelt zum Gegenstand haben, nicht aufschiebend bedingt durch die Genehmigung oder Veröffentlichung des Entgeltes abgeschlossen werden könnten, ein solches Vorgehen vielmehr gegen § 29 I TKG 1996 verstoße. Das dort verankerte Prinzip solle gerade sicherstellen, dass keine anderen als die genehmigten Entgelte verlangt würden und auch alle Entgelte, die der Regulierung unterliegen, zur Genehmigung vorgelegt werden und keinesfalls ohne diese verlangt würden.

Der Grundsatz, dass der Entgeltgenehmigung keine Rückwirkung beikommen kann, wird nach Auffassung der RegTP auch von § 29 II TKV untermauert, da dort festgelegt sei, dass bei genehmigungspflichtigen Entgelten die Veröffentlichung nicht vor Erteilung der Genehmigung erfolgen soll. Nach der Begründung zu dieser Vorschrift[982] soll diese verhindern, dass die Veröffentlichungsfristen durch „Vorratsveröffentlichungen“ umgangen wer-

[981] RegTP, Entscheidung der Beschlusskammer 2 vom 5. Februar 1998, MMR 1998, 325 (326).
[982] Grote, TKV, § 29 (TKV 1995, BGBl. I, 2020 ff. und für die Nachfolgeregelung TKV 1997, BGBl. I, 2910 ff.).

den. Daraus folgt nach den Ausführungen der RegTP, dass auch Vorratsvereinbarungen noch nicht genehmigter Entgelte ausgeschlossen seien.

Dieser Argumentation liegt weiterhin zugrunde, dass der Begriff „unwirksam“ in § 30 TKV nicht schwebende Unwirksamkeit, sondern Nichtigkeit meint. Dies begründet die RegTP mit der Gesetzesbegründung der Vorgängerregelung[983], wo von einer Unwirksamkeit des gesamten Vertrages wegen § 134 BGB ausgegangen wird. Im speziellen Fall nimmt die RegTP jedoch nicht eine Gesamtnichtigkeit, sondern nur eine Nichtigkeit der Entgeltvereinbarung an, da das marktbeherrschende Unternehmen gemäß § 43 VI TKG 1996 zur Erbringung der nachgefragten Leistung verpflichtet sei. Das mit dieser Entscheidung untersagte Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens verstößt nach Auffassung der RegTP gegen die Regulierungsziele, insbesondere den Kundenschutz und die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs und behindere das Entstehen des seit dem 1. Januar 1998 gewollten Wettbewerbs. Weiterhin habe das Unternehmen auch keinen vertraglichen Anspruch auf Ersatz der durch die Erbringung der Leistung entstehenden Kosten.

Die Untersagung stelle auch keinen Eingriff in die Vertragsfreiheit und in das nach Art. 14 GG geschützte Eigentum dar, da beides nur im Rahmen der Rechtsordnung gewährt wird, die bereits durch die Regelung des § 30 TKV eingeschränkt sei. Diese Begründung betraf speziell eine Entscheidung über die dauerhafte Voreinstellung auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber, für die die DTAG von den Endkunden ein Entgelt verlangen wollte. Die gleiche Auffassung vertritt die RegTP aber auch im Fall von Vereinbarungen über Zusammenschaltungsentgelte zwischen Wettbewerbern, die als einzelne Vereinbarung genehmigt werden müssen. Hier entsteht dann aber ein Zirkelschluss, denn der Argumentation der RegTP folgend müsste die Vereinbarung mit Entgelt geschlossen und ihr zur Genehmigung vorgelegt werden. Das Entgelt dürfte aber mangels Rückwirkung für den Zeitraum ab Abschluss der Vereinbarung trotz Leistungserbringung nicht verlangt werden. Zu diesem Ergebnis kommt die Beschluss-

[983] Vgl. § 13 II 3 TKV 1995.

kammer 3 in dem Fall einer Entscheidung zur TAL.[984] Allerdings ist diese Vorgehensweise der RegTP hinsichtlich der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen durch die Systematik des TKG nicht vorgegeben.[985]

bb) Vorläufige Entgeltgenehmigungen

Dass dieses Ergebnis nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, hat die RegTP wohl selbst erkannt. Daher bedienen sich die Beschlusskammern für solche Fälle des (völlig unnötigen) Konstrukts der vorläufigen Entgeltgenehmigung,[986] die dann mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung erteilt wird. Im Übrigen ist die Genehmigungspraxis der RegTP bezüglich des Verhältnisses von vorläufigen zu endgültigen Genehmigungen mit allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts nicht vereinbar.

Die Erteilung der vorläufigen Entgeltgenehmigungen beruht auf § 78 TKG 1996. Die RegTP hält deren Erteilung für erforderlich,[987] da auch, wenn ihrer Auffassung, dass die DTAG zur unentgeltlichen Leistungserbringung verpflichtet ist, gefolgt würde, eine unterbrechungsfreie Leistungserbringung nicht sichergestellt sei, weil die DTAG gerade eine gegenteilige Auffassung vertrete. Aus diesem Grund sei die vorläufige Genehmigung in Bezug auf die DTAG das mildere und in Bezug auf die Wettbewerber das sicherste Mittel.[988]

Die RegTP verweist zur Legitimierung ihrer Spruchpraxis weiterhin darauf, dass durch die mögliche, auf den Zeitpunkt der Antragstellung wirkende vorläufige Entgeltgenehmigung maßgebliche zeitliche Lücken, in denen genehmigungsfreie Zeiträume zu befürchten wären, im Regelfall nicht auftreten, obwohl die endgültige Entgeltgenehmigung ex nunc wirke.[989]

---

[984] RegTP, Bescheid v. 9. August 2001, BK 3c-01-013; MMR 2001, 843 ff.
[985] Siehe oben, Teil 2, C., IV., 3., c), aa), ccc).
[986] So der Beschluss vom 17. Februar 1999, BK 4e 98-041/E10.12.98 (ABl. RegTP 1999, S. 523, Mitteilung Nr. 62/1999), mit dem die RegTP vereinbarte Entgelte für die Zeit vom 10. Dezember 1998 bis 17. Februar 1999 vorläufig genehmigte (also für einen zurückliegenden Zeitraum). Ebenso der Beschluss vom 10. Februar 1999, BK 4g 98-036/E29.10.98 (ABl. RegTP 1999, S. 523, Mitteilung Nr. 64/1999).
[987] RegTP, Entscheidung vom 30. November 1998, BK 4e-98-024/E21.09.98, MMR 1999, 183 (183).
[988] RegTP, Beschluss vom 26. Juni 1998, BK 4a A 1130/E17.4.1998, K&R 1998, 444 (449). Allerdings ist diese Spruchpraxis für den Marktbeherrscher durchaus gefährlich, da er keinen Rechtsanspruch auf eine vorläufige Genehmigung, sondern nur auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der RegTP hat (vgl. § 78 TKG: „kann“).
[989] RegTP, Entscheidung vom 9. August 2001, BK 3c-01/013, MMR 2001, 843 (844).

b) Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Köln

Entsprechend der Unterteilung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten in Eilverfahren und Hauptverfahren hatte das Verwaltungsgericht Köln zunächst in den Eilverfahren (aa)) über die Regulierungsentscheidungen der RegTP zu befinden. Die sich daran anschließenden Hauptverfahren (bb)) und die damit verbundene intensive Prüfung des Sachverhalts und der rechtlichen Grundlagen wie ihrer Anwendung zogen sich über lange Zeit hin. Im Einzelnen:

aa) Entscheidungen in einstweiligen Verfügungsverfahren

In einem Eilverfahren wurde vor dem Verwaltungsgericht Köln bereits 1999 entschieden, dass das ex-ante-Regulierungsverfahren in bestimmten Fällen auch von Amts wegen zu betreiben ist.[990] Diese Entscheidung betraf das Entgeltgenehmigungsverfahren für den Zugang zur TAL, das durch die mehrfache Rücknahme der Genehmigungsanträge durch die DTAG verzögert wurde. Im Hauptsacheverfahren hat das Gericht seine Eilentscheidung bestätigt.[991]

Hinsichtlich einer Entgeltgenehmigung gemäß § 39 TKG 1996 hat das Verwaltungsgericht Köln entschieden, dass dieser Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zukommt.[992] Die gegenteilige Auffassung lehnt das Gericht unter anderem mit dem Argument ab, dass durch diese das marktbeherrschende Unternehmen bis zur endgültigen Genehmigungserteilung nicht nur mit einer Vorleistungs-, sondern mit einer unentgeltlichen Leistungspflicht belastet, eine solche Verpflichtung aber nicht gesetzlich zu begründen wäre. Auch dem Argument, eine unentgeltliche Leistungspflicht trete durch den Erlass vorläufiger Entgeltgenehmigungen nicht ein, hält das Gericht entgegen, dass § 78 TKG 1996 nur zu einstweiligen Anordnungen ermächtige, deren Rechtsnatur es entspräche, in ihrem Fortbestand in jeder Hinsicht von einer endgültigen Entscheidung bestätigt zu werden.[993] Aus dieser Überlegung wird geschlussfolgert, dass ein einstwei-

[990] Verwaltungsgericht Köln, Beschluss vom 20. Januar 1999, 1 L 3890/98, CR 1999, 161 ff.
[991] Vgl. sogleich unten, Teil 2, C., IV., 4., b), bb).
[992] Verwaltungsgericht Köln, Beschluss vom 4. Oktober 2001, MMR 2001, 838 ff.
[993] Verwaltungsgericht Köln, MMR 2001, 838 (839).

lig genehmigtes Entgelt von der endgültigen Genehmigung zeitlich umfasst werden muss, womit dieser zwangsläufig Rückwirkung zukommt, es sei denn, die Wirkung der einstweiligen Anordnung soll nachträglich entfallen und die Genehmigung endgültig versagt werden. Das Gericht lässt weiterhin nicht unerwähnt, dass es die Verwaltungspraxis der RegTP, keine rückwirkenden endgültigen Entgeltgenehmigungen zu erteilen, als rechtswidrig erachtet. Trotz diesem Ergebnis stellte die Kammer fest, dass die im zur Genehmigung vorgelegten Vertrag über einen besonderen Netzzugang verwendeten Klauseln gegen §§ 29 I, 25 I TKG 1996 verstoßen und daher nicht verwendet werden durften.[994] Auch diese Entscheidung wurde bereits im Hauptverfahren bestätigt.[995]

Keine Rückwirkung wird der Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 V TKG 1996 vom VG Köln[996] beigemessen. Nach Auffassung des Gerichts liege es im Wesen des zweistufigen Verfahrens des § 30 IV und V TKG 1996, dass die Unwirksamkeitserklärung nach § 30 V TKG 1996 ex nunc wirke, da sie ansonsten überflüssig wäre und der Gesetzgeber es bei der in § 30 V 2 TKG 1996 enthaltenen Verweisung auf § 29 II TKG 1996 hätte belassen können. Maßgeblicher Grund für diese Entscheidung war auch, dass es wohl kaum die Absicht des Gesetzgebers war, die Geschäftsbeziehung mit einem völlig unkalkulierbaren Risiko einer für unabsehbare Zeit vorzunehmenden Rückabwicklung zu belasten, zumal ein solches Ergebnis auch verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein dürfte. Dagegen kann das Argument, im Falle fehlender Rückwirkung verbliebe dem Marktbeherrscher das rechtswidrig eingenommene Entgelt auf Dauer, nicht überzeugen. Diese Konsequenz habe der Gesetzgeber bei der nachträglichen Regulierung im Interesse der betroffenen Unternehmen und deren unter Umständen bereits geraume Zeit praktizierter Geschäftsbeziehungen in Kauf genommen. Dies ergibt sich aus § 30 IV TKG 1996, nach dem für den Fall, in dem das Unternehmen der Aufforderung nachkommt,

---

[994] Anders OVG Münster, Beschluss vom 14. Dezember 2001, TMR 2002, 131 (132); vgl. unten, Teil 2, C., IV., 4., c).
[995] Vgl. unten, Teil 2, C., IV., 4., b), bb).
[996] VG Köln, Beschluss vom 19. August 1998, 1 L 1717/98 (nicht rechtskräftig), MMR 1999, 244 ff.; ebenso Verwaltungsgericht Köln, Beschluss vom 27. Oktober 1999, 1 L 1917/99 (nicht rechtskräftig), MMR 2000, 227 ff.

eine Unwirksamkeitserklärung und Rückabwicklung nicht erfolgt. Damit können in diesen Fällen auch nicht die Wirkungen des § 29 II TKG 1996 eintreten.

bb) Entscheidungen in Hauptverfahren

Hinsichtlich der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen nach §§ 39, 27 I Nr. 1 TKG 1996 hat das Verwaltungsgericht Köln auch in einem Hauptverfahren seine bisherige Auffassung bestätigt und nochmals dargelegt, dass eine solche Entgeltgenehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die Gewährung des besonderen Netzzugangs zurück wirkt.[997] Dies steht in engem Zusammenhang mit der ebenfalls in einem Hauptverfahren bestätigten Rechtsprechung hinsichtlich der Einzelvertragsbezogenheit der Entgelte nach § 39 TKG 1996.[998] Damit wird die Verwaltungspraxis der RegTP bestätigt, die für einen Antrag auf Genehmigung von Entgelten für einen besonderen Netzzugang die Vorlage konkret abgeschlossener Einzelverträge verlangt. Das Verwaltungsgericht hält aber die Entscheidungspraxis der RegTP hinsichtlich nicht rückwirkender endgültiger Genehmigungen auch nach Prüfung im Hauptverfahren für rechtswidrig.

Im Zusammenhang mit den Entgeltgenehmigungsverfahren hinsichtlich der TAL hat das Verwaltungsgericht Köln bereits im September 2000[999] im Hauptverfahren eine Entscheidung getroffen. Da die DTAG in diesem Verfahren mehrfach die von ihr gestellten Entgeltgenehmigungsanträge zurück genommen und so die endgültige Erteilung einer Entgeltgenehmigung durch die RegTP verhindert hatte (die die vorläufig erteilte Genehmigung mehrfach verlängerte), hatte der Wettbewerber und Vertragspartner der DTAG die RegTP gerichtlich auf Erlass einer endgültigen Genehmigung auch ohne den entsprechenden Antrag der DTAG in Anspruch genommen. Das Verwaltungsgericht Köln stellte in seinem Urteil fest, dass es sich beim ex-ante-Regulierungsverfahren des TKG 1996 nicht um ein in der aus-

[997] Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 9. November 2001, 1 K 10406/98 (nicht rechtskräftig), MMR 2001, 842 (Ls.).
[998] Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 6. April 2000, 1 K 3375/98 (nicht rechtskräftig), MMR 2001, 843 (Ls.); BVerwG, Urteil vom 16. Juli 2003, 6 C 19.02, MMR 2004, 50 (51f.).
[999] Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 7. September 2000, 1 K 10354/98 (nicht rechtskräftig), CR 2001, 238 ff.

schließlichen Dispositionsbefugnis des marktbeherrschenden Unternehmens stehendes Antragsverfahren, sondern um ein notfalls auch von Amts wegen zu betreibendes Verfahren handelt. Aus diesem Grund sei der Verfahrensfortgang durch eine Rücknahme des Genehmigungsantrags nicht gehindert. Dieses Ergebnis begründet das Gericht unter anderem mit der Überlegung, dass die Bestimmung des § 24 II TKG 1996 drittschützende Wirkung jedenfalls für die im Wettbewerb mit der DTAG stehenden Unternehmen entfaltet, die auf Grund eines Vertrages mit dieser zur Zahlung des genehmigungspflichtigen Entgeltes verpflichtet sind, was sich aus der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Entgeltgenehmigung nach § 27 I TKG 1996 ergebe.[1000] Daraus folgt, dass alle von der RegTP genehmigten Entgelte für alle vertraglichen Vereinbarungen des Genehmigungsinhabers unmittelbar und kraft Gesetzes verbindlich sind, ohne dass ihm hinsichtlich der Bemessung des Entgeltes im Einzelfall ein Spielraum zusteht. Die genehmigten Entgelte gelten damit nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln für alle einschlägigen Privatrechtsgeschäfte der DTAG und greifen unmittelbar in alle Verträge ein, die genehmigungsbedürftige Entgelte enthalten.

c) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster

Bereits in einstweiligen Anordnungsverfahren ist das OVG Münster angerufen worden und hat sich zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen geäußert. Im Hauptverfahren zu dieser Frage existieren bereits Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Köln, vom Berufungsgericht wurde darüber aber (wegen der Sprungrevision zum BVerwG und der dort ergangenen Entscheidungen) noch nicht befunden, so dass hier lediglich Entscheidungen aus Eilverfahren berücksichtigt werden können. Im Einzelnen:

aa) Ex-ante-Regulierung von Amts wegen (Zugang zur Teilnehmer-Anschlussleitung)

Bereits im Jahr 2001 hat das OVG Münster im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens über die Entgeltanträge für die TAL festgestellt, dass

[1000] Verwaltungsgericht Köln, CR 2001, 238 (240).

§ 28 I und II TKG 1996 einer ex-ante-Regulierung **von** Amts **wegen** nicht entgegenstehen.[1001] Das heißt nichts anderes, als dass das ex-ante-Regulierungsverfahren auch ohne Antrag des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne einer zwingenden Verfahrensvoraussetzung gemäß § 22 S. 2 Nr. 2 VwVfG eingeleitet und durchgeführt werden kann. Die Formulierung der Normen sei offen und nicht zwingend an einen Entgeltregulierungsantrag des Marktbeherrschers gebunden. Dies ergebe sich insbesondere aus der Fristenregelung des § 28 II TKG 1996, der auch dem Interesse der Wettbewerber an alsbaldiger Planungsklarheit und -sicherheit dient, um einen Entschluss hinsichtlich des „Ob" der Inanspruchnahme der Leistung treffen und eine Kalkulation der eigenen Produktpreise vornehmen zu können, weshalb § 28 II TKG 1996 auch als drittschützend und den öffentlichen Interessen dienend einzuordnen sei. Das Kostennachweis- und Initiativrecht des Marktbeherrschers muss daher zurückstehen, wenn dieser mehrfach seiner Nachweispflicht nicht nachkommt und den Genehmigungsantrag trotz Entscheidungsreife zurücknimmt, um so die Fristenregelung zu umgehen. Bei der Ermessensentscheidung über die Durchführung des Regulierungsverfahrens von Amts wegen hat die RegTP auch die Interessen der Mitbewerber fehlerfrei einzustellen.

bb) Regelungsinhalt der Zusammenschaltungsanordnung bei gescheiterter Zusammenschaltungsvereinbarung

Besonders dringend wird das Bedürfnis nach einer Rückwirkung der Entgeltgenehmigung, wenn man wie das OVG Münster[1002] davon ausgeht, dass bei der Anordnung einer Zusammenschaltung, die eine nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzt, die ebenfalls festzusetzenden Entgelte nicht in einem vereinfachten Verfahren bestimmt werden können, da diese Entscheidung dann dem förmlichen Verfahren der ex-ante-Regulierung entzogen wäre. Dieser Entscheidung war eine Entscheidung des VG Köln[1003] gleichen Inhaltes vorausgegangen, das zudem noch schlussfolgerte, dass der Marktbeherrscher auf Grund der sofort vollziehbaren Anordnung gemäß

[1001] OVG Münster, Beschluss vom 4. Oktober 2001, 13 A 5146/00, NVwZ 2002, 228 ff.
[1002] OVG Münster, Beschluss vom 3. Mai 2001, 13 B 69/01, K&R 2001, 424 ff.
[1003] VG Köln, Beschluss vom 18. Dezember 2000, 1 L 2484/00, MMR 2001, 838 ff.

§ 37 I 1 TKG 1996 bereits zur Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen verpflichtet ist, jedoch mangels Genehmigung gemäß § 29 I TKG 1996 noch keine Entgelte verlangen darf.

cc) Vertragliche Leistungspflicht des Marktherrschers und Rückwirkung der Entgeltgenehmigung

Das OVG Münster entschied mit einem Beschluss[1004] im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen die Nichtanordnung der aufschiebenden Wirkung einer Klage durch das VG Köln[1005] über die Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen. Es ging dabei um Klauseln des marktbeherrschenden Unternehmens, die es in Verträgen mit Wettbewerbern einsetzte. In einer der beiden Klauseln wurde festgehalten, dass eine Verpflichtung zu Leistungen, deren Entgelte zu genehmigen sind, nur ab dem Zeitpunkt der Erteilung und für die Dauer einer vorläufigen oder endgültigen Genehmigung besteht. Die weitere Klausel beinhaltete eine Leistungsverpflichtung des Verwenders ab Vertragsschluss oder Abschluss einer Änderungsvereinbarung, mit der der Vertragspartner gleichzeitig angehalten wurde, die Gegenleistung für die vor Erteilung der Genehmigung erbrachten Leistungen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nach deren Erteilung nachzuentrichten.

Beide Klauseln hielt die RegTP für missbräuchlich und untersagte ihre Verwendung.[1006] Das OVG stellte die aufschiebende Wirkung der Klage wieder her, weil die verwendeten Klauseln seiner Auffassung nach keine unfaire und diskriminierende oder missbräuchliche Behandlung der Wettbewerber im Sinne von § 33 II TKG 1996 darstellten.

Im wesentlichen begründete das OVG dieses Ergebnis mit vertragsrechtlichen Überlegungen und Folgerungen aus dem Sinn und Zweck der Entgeltregulierung. Zunächst bewertet das Gericht den Vertrag über den Zugang zur TAL und über die Endleitung in den Kategorien des Privatrechts und stellt fest, dass er grundsätzlich dem BGB und allgemeinen schuld-

[1004] OVG Münster, Beschluss vom 14. Dezember 2001, 13 B 1362/01, TMR 2002, 131 ff.
[1005] VG Köln, Beschluss vom 4. Oktober 2001, MMR 2001, 410 ff.
[1006] Entscheidung der RegTP vom 9. August 2001, BK 3c-01/013, MMR 2001, 843 ff.

rechtlichen Grundsätzen unterfalle. Nach diesen sei ein Vertrag, dem es an einer wirksamen Einigung über die Hauptleistung der einen Seite fehle, nicht wirksam zu Stande gekommen, weshalb auch eine Leistungspflicht der anderen Vertragspartei nicht bestehe. Für den Fall, dass die Wirksamkeit einer Einigung über eine Hauptleistung von einer Bedingung abhänge und daher schwebend unwirksam ist, sei die gesamte Vereinbarung davon betroffen; Ausnahmen bestünden nur bei abweichender Parteivereinbarung oder gesetzlicher Regelung.

Sodann bezieht das Gericht § 29 II 1 TKG 1996 in die Betrachtung mit ein, wonach das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten tritt und die Vereinbarung mit dieser Maßgabe wirksam ist. Das Gericht stellt fest, dass § 29 TKG 1996 und „den Gesetzesmaterialien zum TKG (1996) ... jedenfalls nicht mit der gebotenen Klarheit und Eindeutigkeit zu entnehmen (ist), dass der Gesetzgeber die dargestellten Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und die anerkannten Grundsätze des allgemeinen Schuldrechts für den Bereich des Telekommunikationsrechts nicht zur Anwendung kommen lassen wollte.“

Aus dieser rein zivilrechtlichen Sichtweise stellt das Gericht fest, dass die erste Klausel nur die Rechtslage festhalte, die zweite ein der Vertragsfreiheit unterfallendes Entgegenkommen zugunsten der Wettbewerber normiert. Im weiteren überlegt das Gericht, ob § 29 II 1 TKG 1996 – nicht aber § 30 TKV, der als Teil einer Verordnung nicht zur Interpretation des Gesetzgeberwillens geeignet ist – nicht dafür spricht, dass der Gesetzgeber von einer schwebend unwirksamen Einigung über die Entgelthöhe und im Übrigen von einer wirksamen Vereinbarung ausging. Auch für diesen Fall seien die Klauseln aber nicht zu beanstanden.

Des Weiteren trifft das Gericht die Feststellung, dass auch bei der schwebenden Unwirksamkeit der Entgeltvereinbarung dem Leistungspflichtigen die Einrede aus § 320 I 1 BGB zusteht und der Wettbewerber auch bei noch nicht verbindlich feststehender Entgelthöhe zu einer Gegenleistung verpflichtet ist. Diese Einrede dürfte nach den Darlegungen des Gerichts jedoch entfallen, wenn der Marktbeherrscher sich selbst nicht vertragstreu verhält, also zum Beispiel den Entgeltgenehmigungsantrag nicht stellt oder

das Verfahren missbräuchlich verzögert. Für einen Ausschluss der Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch das Telekommunikationsrecht sieht das Gericht keine Anhaltspunkte. Im Übrigen sei der Wettbewerber nach der Rechtsprechung des OVG berechtigt, selbst die Einleitung des Regulierungsverfahrens zu beantragen.

Anschließend führt das Gericht an, dass die RegTP selbst rückwirkende - wenn auch nur vorläufige – Entgeltgenehmigungen erlasse, womit auch den endgültigen Genehmigungen Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zukommen muss. Daraus schlussfolgert das Gericht, dass gemäß § 29 II 1 TKG 1996 die Entgeltvereinbarung mit ihrer Genehmigung volle Wirksamkeit erhält. Dies folge nicht aus § 184 I BGB, sondern aus dem TKG 1996. Im Übrigen lässt die Verwendung des Begriffes „Genehmigung“ mit Blick auf § 184 I BGB vermuten, dass der Gesetzgeber eben diese Regelung bei der Formulierung der Norm im Blick hatte und damit von einer Rückwirkung ausging. Aus diesem Grund hätte der Gesetzgeber also klar und eindeutig in der Gesetzesformulierung oder in den Gesetzesmaterialien darauf hinweisen müssen, dass entgegen dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch keine Wirkung ex tunc, sondern ex nunc gewollt war. Daran fehlt es jedoch.

Sinn und Zweck der Entgeltgenehmigung fordern nach Auffassung des Gerichts keine Wirkung ex nunc der Entgeltgenehmigung und verlangen auch keine dahin gehende Interpretation des § 29 II TKG 1996. Sinn und Zweck ist die Überprüfung der Entgelte am Maßstab des § 24 TKG 1996. Das marktbeherrschende Unternehmen soll für seine, der ex-ante-Regulierung unterliegenden Leistungen keine Entgelte erhalten, die nicht den im TKG 1996 verankerten Maßstäben genügen. Daher werden Entgelte, die den Maßstäben entsprechen, unverändert genehmigt, stehen sie jedoch im Widerspruch dazu, werden sie nur zum Teil genehmigt und können in dieser Höhe für die bereitgestellten Leistungen in Rechnung gestellt werden. Bei ausschließlicher Orientierung an Sinn und Zweck besteht der Zahlungsanspruch nach Ansicht des Gerichts auch dann, wenn die Leistungen im Voraus erbracht wurden. Der Wettbewerber ist nicht in der Weise schutzwürdig, für vorab abgenommene Leistungen kein Entgelt zahlen zu müssen.

Die Herstellung von Chancengleichheit auf dem Markt, als Ziel des TKG 1996, würde bei einer Auslegung des Gesetzes, nach der der Marktbeherrscher teilweise auf unabsehbare Zeit zu einer unentgeltlichen Vorleistung an den Wettbewerber verpflichtet wäre, glatt in ihr Gegenteil verkehrt. Dies wäre mit den grundlegenden Werten der Wirtschaftsordnung und des Zivilrechts sowie dem Angemessenheitsgebot des Erwägungsgrundes 7 der ONP-Richtlinie 90/387/EWG[1007] unvereinbar; auch das vom TKG-Gesetzgeber mit der Regulierung beabsichtigte Anliegen rechtfertigt es nicht, dem Marktbeherrscher das Entgelt vorzuenthalten, das ihm materiell-rechtlich zusteht. Für die Annahme, dass durch die Versagung der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung eine Sanktionierung einer versäumten oder verzögerten Antragstellung und damit eine Schwächung der Marktmacht des Marktbeherrschers beabsichtigt gewesen sei, fehlt dem Gericht jeder Anhaltspunkt. Wofür der Antragsteller „bestraft“ werden soll, wenn er den Antrag gleich nach Vertragsvereinbarung und der Höhe nach beanstandungsfrei gestellt hat, die Genehmigungserteilung aber erst nach Wochen erfolgt, ist nach Auffassung des Gerichts unerfindlich.

Der Gesetzgeber des TKG 1996 ist nach gerichtlicher Ansicht in der Tat von einer Rückwirkung der Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgegangen. Dies lässt sich den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens entnehmen, insbesondere der amtlichen Begründung zu § 28 des Gesetzesentwurfs.[1008] Das dort geregelte „Ersetzen“ der vereinbarten Tarife durch die genehmigten ist als schlichtes Austauschen zu verstehen, der Vertrag ist demnach so zu behandeln, als wäre er nie mit anderem Inhalt als den genehmigten Tarifen zu Stande gekommen. Die in der Begründung gebrauchte Formulierung spricht auch für eine Rückdatierung des Wirksamwerdens des Vertrages. Das OVG ist der Auffassung, dass, wenn eine Verlagerung des Wirksamwerdens auf den Zeitpunkt der Genehmigung gewollt gewesen wäre, der Gesetzgeber seine Begründung in der Zeitform des Futurs („wird der Vertrag .... wirksam“) und nicht wie ge-

[1007] Richtlinie vom 28. Juni 1990, ABl. EG Nr. L 192 vom 24. Juli 1990, S. 1.
[1008] § 29 TKG 1996: „Falls das marktbeherrschende Unternehmen andere als die genehmigten Tarife in Rechnung stellt, ist der Vertrag nur dann wirksam, wenn sie durch die genehmigten Tarife ersetzt werden“; vgl. BT-Drs. 13/3609 vom 30. Januar 1996, S. 45.

schehen in der Zeitform des Präsens („ist der Vertrag ... wirksam“) gefasst hätte. Da eine solche Formulierung nicht gewählt wurde, treten die genehmigten Tarife lediglich an die Stelle der vereinbarten, und der vor der Genehmigung liegende Zeitpunkt der Wirksamkeit des Vertrages bleibt unberührt. Automatisch werden die neuen Tarife auch auf diesen Wirksamkeitszeitpunkt bezogen, so dass der Genehmigung im Ergebnis Rückwirkung zukommt.

Weitere Bestätigung findet dieses Ergebnis des Gerichts durch den Gang des Gesetzgebungsverfahrens. In der Stellungnahme des Bundesrates wurde zu § 28 II 1 des Entwurfs eine abweichende Formulierung vorgeschlagen, weil die Wortwahl „mit der Maßgabe“ auch bedeuten könne, dass die genehmigten Tarife automatisch an die Stelle der nicht genehmigten träten. Die Bundesregierung lehnte diesen Vorschlag ab und bestätigte den Automatismus.[1009] Gerade dieser spricht nach Ansicht des OVG dafür, dass alle Vertragsteile einheitlich und gemeinsam, nicht zeitversetzt wirksam werden, der ursprüngliche Wirksamkeitszeitpunkt unverändert bleiben und damit der Genehmigung Rückwirkung zukommen sollte.

Auch der Charakter der Entgeltgenehmigung spricht für eine Rückwirkung. Mit dem Behördenakt wird keine Leistung an den Marktbeherrscher bewilligt, was für eine Wirkung ex nunc spräche. Vielmehr wird ein zukünftiges Handeln, nämlich die Erhebung eines bestimmten Entgeltes, das der Überprüfung nach § 24 TKG 1996 unterzogen wurde, gestattet, was jedoch nicht die zukünftige Erhebung eines Entgeltes für in der Vergangenheit begründete Tatbestände ausschließt. Ihrem Wesen nach ist die Entgeltgenehmigung damit eine bloße Rechtskontrolle, weshalb auch kein Bedürfnis für die Versagung der Rückwirkung auf Entgelttatbestände im Zeitraum vor der Genehmigung besteht.

Auch § 43 I VwVfG steht nach Auffassung des OVG einer Rückwirkung der Entgeltgenehmigung nicht entgegen. Danach wird der Verwaltungsakt erst im Zeitpunkt der Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen wirksam. Diese Festlegung des Zeitpunktes des äußeren Wirksamwerdens sagt nichts über

[1009] Vgl. dazu BT-Drs. 13/4438 vom 23. April 1996, S. 12 und 34.

das zeitliche Ausmaß der inneren Wirksamkeit eines Verwaltungsakts. Von diesem Zeitpunkt ab können Regelungen für Tatbestände in der Vergangenheit wie auch in der Zukunft getroffen werden.

Soweit eingewandt wird, dass eine verspätete Stellung des Entgeltantrags durch den Marktbeherrscher nicht sanktionslos bleiben könne, und nur deshalb eine Rückwirkung der Genehmigung verweigert wird, liegen diesem nach Ansicht des Gerichts ausschließlich Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte zu Grunde. In vielen Fällen ist eine Sanktion nicht erforderlich, da die verspätete Antragstellung nicht immer auf Unwilligkeit beruht, sondern auf das Fehlen geeigneter Kostenerfassungssysteme zurückzuführen ist. Weiterhin sind dem Wettbewerber für den Fall der Unwilligkeit des Marktbeherrschers nicht die Hände gebunden. Zunächst kann er für den Fall, dass der Marktbeherrscher nicht alsbald nach Abschluss eines Netzzugangs- oder Zusammenschaltungsvertrages den Genehmigungsantrag stellt, die RegTP anrufen. Diese wird sodann dem Marktbeherrscher kurzfristig Gelegenheit zur Antragstellung unter Beifügung der entsprechenden Nachweise geben oder eine Entgeltfestsetzung von Amts wegen einleiten. Diese Entgeltregulierung eröffnet die Möglichkeit einer Entgeltfestsetzung unter Anwendung der Vergleichsmarktbetrachtung, da in diesen Fällen die entsprechenden Kostennachweise der RegTP nicht zur Verfügung stehen. In diesem Verfahren, gemäß § 78 TKG 1996 oder Art. 4 III VO Nr. 2887/2000, kann dann durch die RegTP ein relativ realitätsnahes Entgelt festgesetzt werden, womit auch für den Wettbewerber eine hinreichende Kalkulationsgrundlage geschaffen wird. Dem gegenüber ist der Marktbeherrscher nicht gehindert, nach der vorläufigen Entgeltfestsetzung einen Genehmigungsantrag mit geeigneten Kostennachweisen zu stellen, um höhere Entgelte genehmigt zu erhalten. Ein im Sinne des § 8 II 1 Nr. 2a TKG 1996 sorgfältiger und leistungsfähiger Wettbewerber muss eine mögliche Entgeltnacherhebung durch den Marktbeherrscher nach endgültiger Genehmigung in seine Endkundenpreise einkalkulieren. Eine Unbilligkeit gegenüber dem Wettbewerber ist damit nicht verknüpft, erlangt er doch dadurch den Vorteil, dass in diesem Fall die von ihm in Anspruch genommene Leistung zum Teil vom Marktbeherrscher vorfinanziert wurde. Dies und die Gefahr, durch die Regulierung von Amts wegen einem

nicht Kosten deckenden Entgelt ausgesetzt zu sein, lässt nach Ansicht des OVG erwarten, dass der Marktbeherrscher schnellstmöglich einen ordnungsgemäßen Antrag stellen und die Rechtsunsicherheit nicht ausnutzen wird.

Aus der Wirkung der Entgeltgenehmigung ex tunc folgt nach Auffassung des Gerichts auch nicht die teilweise befürchtete Einebnung der Unterschiede zwischen Vorab-Regulierung und nachträglicher Entgeltregulierung. Es bleibt für den Marktbeherrscher trotzdem bei einer u. U. jahrelangen, der nachträglichen Entgeltregulierung fremden Vorfinanzierungspflicht, die eine nicht unerhebliche Starthilfe für den Wettbewerber bedeutet. Die Ungewissheit einer dem Grunde und der Höhe nach offenen und deshalb in keiner Weise wirtschaftlich verwertbaren Forderung für den Marktbeherrscher führt nicht zu einem Ersetzen der Vorab- durch die nachträgliche Entgeltregulierung. Die Entgeltbefristung gemäß § 28 III TKG 1996 führt ebenfalls nicht zu einer Unmöglichkeit der Rückwirkung, da diese nicht von ihr berührt wird und der RegTP durch die vorläufige Entgeltfestsetzung eine nicht unerhebliche Einflussmöglichkeit verbleibt. Auch aus § 80 II TKG 1996 lässt sich nichts gegen eine Rückwirkung herleiten. Ziel dieser Regelung ist lediglich das alsbaldige Wirksamwerden der Entscheidung. Eindeutige Zustände können dadurch aber nicht geschaffen werden, weil die Entscheidung der RegTP selbst bei Wegfall des Suspensiveffektes der weiteren gerichtlichen Gestaltung unterliegt. Bei diesem Ergebnis ist nicht davon auszugehen, dass die Rückwirkung die Interessen der Nutzer und die Sicherstellung des Wettbewerbs gefährden oder der Marktbeherrscher den Beginn des funktionsfähigen Wettbewerbs bestimmen oder den Regulierungsauftrag ad absurdum führen könne.

Schließlich hält das Gericht fest, dass die RegTP selbst eine Entgeltgenehmigung mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistungsinanspruchnahme ausgesprochen hat[1010], auch wenn dies nur wegen der begünstigenden Wirkung für die Vertragspartner geschehen ist.

[1010] RegTP, BK 3b-99/034, Bescheid vom 23. Dezember 1999, Tenor zu 1., n. v.

Eine eventuelle vorherige vorläufige Entgeltfestsetzung wird von der Genehmigungsentscheidung in der Hauptsache überlagert und verliert im Nachhinein die anspruchsbegründende Wirkung für den Marktbeherrscher. Auf Grund der Vorläufigkeit muss diese Entgeltgenehmigung entweder durch eine endgültige ersetzt werden oder, wenn diese versagt wird, ersatzlos entfallen. Die Einschränkung der endgültigen Genehmigung auf eine Wirkung ex nunc wäre indes rechtswidrig und notfalls gerichtlich zu korrigieren.

d) Entscheidung des BVerwG

Recht eindeutig fiel das Urteil[1011] des BVerwG zu der Frage aus, ob die Entgeltgenehmigung mit Rückwirkung ausgestattet sei. Im ersten Leitsatz wurde festgehalten, dass die Genehmigung des Entgelts auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages, in dem das Entgelt vereinbart wurde, zurück wirkt. In diesem Verfahren hatte das Gericht über die bereits von anderen Gerichten beurteilten, von der DTAG in ihren Verträgen verwendeten Klauseln, betreffend die erst ab Genehmigung der Entgelte bestehende Leistungspflicht und die nachträgliche Zahlungspflicht der Wettbewerber mit Genehmigungserteilung, zu entscheiden. In diesem Zusammenhang war auch die Frage nach der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung zu beantworten. Nach Auffassung des Gerichts wirkt „die Entgeltgenehmigung kraft Gesetzes auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung des Entgeltes zurück ...“.[1012]

Argumentativ stützt es dieses Ergebnis auf die Grundannahme des TKG-Gesetzgebers, dass die Gewährung des Netzzugangs im Sinne von § 35 TKG 1996 gegen Entgelt erfolgt. Auch der Wortlaut des Gesetzes schließt nach Auffassung des Gerichts eine Rückwirkung nicht aus, sondern weist vielmehr in die gegenteilige Richtung.[1013] Weiterhin sprechen Sinn und Zweck der Genehmigung für eine Rückwirkung, da auch in diesem Fall die in § 24 TKG 1996 enthaltenen Maßstäbe ihrer Kontrollfunktion

[1011] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871.
[1012] BVerwG, a. a. O., 872.
[1013] BVerwG, a. .a O., 873.

gerecht werden.[1014] Nach Auffassung des Gerichts sind, wenn die Ziele der Entgeltgenehmigung erreicht sind, also feststeht, dass die Entgelte nicht wettbewerbswidrig sind, Einschränkungen der bürgerlich-rechtlichen Grundsätze über Austauschverhältnisse aus Gründen der Entgeltregulierung nicht mehr gerechtfertigt. Dies gilt auch mit „Blick auf das Regulierungsziel der Sicherung und Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs“, das eine Einschränkung der Rückwirkung und damit des „vertraglichen Anspruch(s) des marktbeherrschenden Unternehmens und ... (der) Vertragsfreiheit sowie ... (der) Freiheit unternehmerischen Handelns in größerem Umfang ..., als dies durch die Genehmigungspflicht und das Verbot des § 29 I TKG (1996) bereits geschehen ist“, nicht erfordert.[1015]

Weiterhin lässt das Gericht auch nicht das Argument gelten, die Rückwirkung führe zu Unsicherheiten des Wettbewerbers bezüglich der genehmigungsfähigen Höhe des entsprechenden Entgeltes. Nach der Auffassung des BVerwG spricht nichts dafür, „dass der Gesetzgeber die Absicht hatte, den Wettbewerbern, die nicht selten von der Entgeltregulierung durch die Genehmigung eines niedrigeren als des vereinbarten Entgeltes begünstigt werden, die mit dem zugehörigen Verfahren zwangsläufig verbundenen Unwägbarkeiten und Risiken abzunehmen.“ Weiterhin „finanziert das die Leistungen gewährende Unternehmen diese vor“, was sich als „wirtschaftlicher Vorteil für die Wettbewerber“ erweist. Im Übrigen sei es einem Wettbewerber zuzumuten, das „vereinbarte Entgelt an den Maßstäben des § 24 TKG (1996) zu messen und zu beurteilen, ob er dieses der Kalkulation seiner Endkundenpreise zu Grunde legt.“ „Es unterfällt seiner unternehmerischen Disposition, mit Blick auf die Möglichkeit, dass entgegen seiner Einschätzung die beantragten höheren Entgelte genehmigt werden, Rückstellungen zu bilden oder davon abzusehen.“[1016]

Ebenso wie oben dargelegt[1017] hält das Gericht fest, dass durch die Rückwirkung keinesfalls der Unterschied zwischen ex-nunc- und ex-post-Regulierung aufgehoben wird, vielmehr auch weiterhin das Entgelt erst

[1014] BVerwG, ebd.
[1015] BVerfG, a. a. O., 874.
[1016] BVerwG, ebd.
[1017] Siehe Teil 2, C., IV., 3., c), aa), ccc).

nach Durchführung der „präventiven Kontrolle“ erhoben werden darf, „während die Entgelte bei einer ausschließlich nachträglichen Überprüfung nur einer repressiven Kontrolle unterfallen.“[1018] Weiterhin geht das BVerwG davon aus, dass die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung verfassungsrechtlich geboten ist, da der durch sie verursachte Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nur bei gegebener Rückwirkung gerechtfertigt ist.[1019]

e) Zusammenfassung

Die Regulierungspraxis der RegTP hat sich hinsichtlich der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen in den Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln und dem OVG Münster nicht bestätigt. Beide Gerichte gehen davon aus, dass eine Entgeltgenehmigung mit Rückwirkung ausgestattet ist. Diese Auffassung ist vom Verwaltungsgericht Köln inzwischen auch in einem Hauptverfahren bestätigt worden. Auf Grund der langen Verfahrensdauer und der beantragten Sprungrevisionen ist eine Entscheidung des OVG Münster noch nicht ergangen. Es ist aber nicht zu erwarten, dass es von der im Eilverfahren geäußerten Auffassung abweicht. Auch das BVerwG, auf oben genannten Wege zur Entscheidung angerufen, hat sich der bisherigen Auffassung der RegTP verweigert und eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigung festgestellt.

[1018] BVerwG, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871 (875).
[1019] BVerwG, ebd.

Teil 3: Entgeltregulierung nach dem TKG 2004 und zu Grunde liegende europa- und verfassungsrechtliche Grundlagen

A. Neue europarechtliche Vorgaben für die Entgeltregulierung

Nicht nur das Richtlinienpaket 2002[1020] (I.), sondern auch das Primärrecht der EG (II.) kann Vorgaben für ein neues deutsches TKG und die dort zu verankernde Entgeltregulierung enthalten, die in dessen Neufassung umgesetzt werden müssen. Ob dies dem Gesetzgeber gelungen ist, wird später zu beurteilen sein.[1021] Im Einzelnen:

I. Vorgaben nach dem Richtlinienpaket 2002

Die für die Entgeltregulierung relevanten Normen des Richtlinienpaketes wurden schon eingangs dargestellt,[1022] so dass hier lediglich auf die spezifischen Vorgaben für ein Entgeltgenehmigungsverfahren und die Voraussetzungen für ein solches eingegangen zu werden braucht. Besonders wesentlich für die Entgeltregulierung sind Art. 16 und 17 der Universaldienstrichtlinie (2.), die sich auf Endnutzertarife beziehen, sowie Art. 13 i. V. m. Art. 8 der Zugangsrichtlinie (1.), die eine Entgeltregulierung auf den Vorleistungsmärkten ermöglichen. Des Näheren:

1. Zugangsrichtlinie

Das Konzept des neuen Rechtsrahmens sieht eine strikte Trennung zwischen der Regulierung auf den Vorleistungs- und den Endkundenmärkten

---

[1020] Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33; Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 21; 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; ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten; ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 51; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); ABl. EG Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37.

[1021] Vgl. unten, Teil 3, D., III.

[1022] Vgl. Teil 1, A., IV.

vor, wie sich schon an Hand der Gestaltung der Richtlinien feststellen lässt. Dabei soll die Regulierung der Endkundenmärkte eine untergeordnete Rolle spielen und nur dann zum Einsatz kommen, wenn die Regulierung der Vorleistungsmärkte nicht ausreicht, die Regulierungsziele zu erfüllen (Art. 17 I lit. b der Universaldienstrichtlinie).[1023]

Für die Vorleistungsmärkte soll die Regulierung von SMP-Unternehmen in sechs Bereichen erfolgen. Neben Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung, Gleichbehandlungs-, und Transparenzverpflichtungen, Verpflichtungen zur getrennten Buchführung und zu einem Mindestangebot von Mietleitungen liegt ein Kernbereich bei der Entgeltregulierung. Die NRB können einem SMP-Betreiber gemäß Art. 13 der Zugangsrichtlinie **Verpflichtungen zur Kostendeckung und Preiskontrolle** sowie bestimmte Kostenrechnungsmethoden hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltungen und/oder Zugängen auferlegen, wenn infolge eines im Rahmen des Marktanalyseverfahrens (vgl. Art. 16 der Rahmenrichtlinie) festgestellten mangelnden Wettbewerbs auf einem Markt das Preisniveau oder die Preisunterschiede zum Nachteil der „Endnutzer“ (Art. 2 lit. n der Rahmenrichtlinie) übermäßig hoch sind. Voraussetzung für eine Entgeltregulierung im Zugangs- oder Zusammenschaltungsbereich ist nicht der Nachweis missbräuchlicher oder diskriminierender Preissetzung, vielmehr reichen bloße „Hinweise“ auf einen potenziellen Missbrauch aus, da Art. 16 der Rahmenrichtlinie[1024] den Terminus „könnte“ verwendet.

Wenn diese Eingriffsschwelle überwunden werden kann, eröffnet Art. 13 der Zugangsrichtlinie ein breites Auswahlermessen: Die Bandbreite der Verpflichtungen reicht von der – relativ zurückhaltenden – Verpflichtung, die Preise für die Betreiberauswahl angemessen zu gestalten, bis hin zur Auflage, die Preise an den Kosten zu orientieren,[1025] deren Einhaltung durch

[1023] Vgl. Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 2 ff.; Wegmann, K&R-Beilage 1/2004, 25 (28); Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 13 (18).
[1024] Art. 13 I der Zugangsrichtlinie: „Weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber auf Grund eines Mangels an wirksamen Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren **könnte**, so kann die nationale Regulierungsbehörde ...“
[1025] Vgl. Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie.

eine ex-ante-Regulierung von Preisen geprüft werden kann[1026]. Teilweise wird jedoch auch davon ausgegangen, dass eine präventive Entgeltkontrolle im Rahmen eines vom Gesetzgeber generell für bestimmte Fälle angeordneten Entgeltgenehmigungsverfahrens ausgeschlossen, den NRB jedoch die Möglichkeit eröffnet ist, im Fall eines festgestellten Wettbewerbsdefizits einen individuellen SMP-Betreiber der Entgeltgenehmigungspflicht abstrakt für bestimmte Produkte zu unterwerfen.[1027] Schon dem Wortlaut von Art. 13 der Zugangsrichtlinie ließe sich entnehmen, dass eine Beschränkung der Entgeltkontrolle auf eine ex-post-Aufsicht nicht gewollt sei.[1028] Damit können die NRB eine Anpassung der gesetzten Preise an die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung von den SMP-Unternehmen verlangen. Ob diese auch rückwirkend vorgenommen werden muss, lässt die Richtlinie jedoch offen.[1029]

Orientierungspunkte für die Vorgabe von Kostendeckungsmechanismen und Tarifsystemen durch die NRB sind die Schaffung wirtschaftlicher Effizienz, die Förderung nachhaltigen Wettbewerbs und die Wahrung der Verbraucherinteressen (vgl. Art. 13 II der Zugangsrichtlinie).

2. Universaldienstrichtlinie

Nicht nur die Regelungen der Zugangsrichtlinie, sondern auch Art. 17 II der Universaldienstrichtlinie sieht Möglichkeiten für eine Entgeltregulierung – hier von Endnutzerpreisen – vor.[1030] So kann die NRB Unternehmen, die auf einem Endnutzermarkt über beträchtliche Marktmacht verfügen, aufgeben, „keine überhöhten Preise zu berechnen, den Markteintritt nicht zu behindern, keine Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anzuwenden, bestimmte Endnutzer nicht unangemessen (zu) bevorzugen oder Dienste nicht ungerechtfertigt (zu) bündeln“. Außerdem können die NRB „geeignete Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen, Maßnahmen zur Kontrolle von Einzeltarifen oder Maßnahmen im Hinblick auf kostenorientierte Tarife oder Preise von vergleichbaren Märk-

[1026] So Scherer, K&R 2002, 329 (342).
[1027] Vgl. Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 13 (17).
[1028] So Schütz/Attendorn, ebd.
[1029] Vgl. Geppert/Ruhle, MMR 2003, 319 (323).
[1030] Vgl. Ellinghaus, CR 2004, 23 (27).

ten auferlegen, um die Interessen der Endnutzer zu schützen und einen wirksamen Wettbewerb zu fördern“.

Die genannten Maßnahmen können gegenüber den SMP-Unternehmen zum Schutz der Interessen der Endnutzer und zur Förderung wirksamen Wettbewerbs ex ante angeordnet werden.[1031] Durch die Ermächtigung, den Unternehmen „Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen“ aufzuerlegen, werden sowohl die Price-Cap-Regulierung als auch Festlegungen von Preisobergrenzen möglich.[1032] Weiterhin wird von den NRB eine ex-ante-Preisregulierung als „Maßnahme(n) zur Kontrolle von Einzeltarifen“ durchzuführen sein.[1033] Die Bandbreite der Regulierungsmaßnahmen „im Hinblick auf kostenorientierte Tarife oder Preise von vergleichbaren Märkten“ ist groß. Sie ermöglicht insbesondere die Entgeltregulierung anhand des Maßstabs der Kostenorientierung oder anhand von Preisen auf Vergleichsmärkten bis hin zu nicht regulatorischen Maßnahmen, wie der Veröffentlichungen von Preisvergleichen für Endnutzertarife.[1034]

Diese Regulierungsermächtigung wird ergänzt durch zwingende Regelungen zur Ausgestaltung von Kostenrechnungssystemen. Zur Überwachung der Preisbildung muss ein erforderliches und geeignetes Kostenrechnungssystem eingesetzt werden, wobei die NRB das Format und die anzuwendende Berechnungsmethode vorgeben können (Art. 17 IV 3 der Universaldienstrichtlinie).

II. Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts

Bei Umsetzung der Richtlinien haben die Mitgliedsstaaten und damit auch der nationale Gesetzgeber die Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts, insbesondere die Vorschriften des EGV zu beachten. Bei der Schaffung des neuen deutschen TKG sind dabei insbesondere Art. 10 und 154 EGV einzuhalten. Nach der erstgenannten Vorschrift treffen die Mitgliedsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflich-

[1031] Vgl. Scherer, K&R 2002, 385 (390).
[1032] Vgl. Scherer, ebd.
[1033] So Scherer, ebd.
[1034] Vgl. Erwägungsgrund 26, Satz 8 der Universaldienstrichtlinie.

tungen, die sich direkt aus dem EGV oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft, also auch aus dem Erlass von Richtlinien ergeben. Damit ist nur festgehalten, dass die Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, die Umsetzung in nationales Recht vorzunehmen, nicht aber, in welcher Weise dies konkret zu geschehen hat.

Gleiches gilt auch für Art. 249 III EGV, nach dem „die Richtlinie ... für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich (ist), ... jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (überlässt).“ Das damit vorgesehene zweistufige Verfahren besteht darin, dass die Gemeinschaft mit der Richtlinie eine Rahmenregelung setzt und die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Durchführungsmaßnahmen erlassen.[1035] Insoweit ergibt sich aus dem primären Recht keine konkrete Vorgabe für die Umsetzung des Richtlinienrechts in nationales Recht. Allerdings legt der EuGH das Sekundärrecht im Lichte des Primärrechts aus.[1036] Daher legt er der Auslegung einer Richtlinienvorschrift ihre primärrechtlichen Rechtsgrundlagen und deren Zielsetzung zu Grunde. Alle Richtlinien, die wie die Zugangsrichtlinie auf den Vorschriften der Art. 94 f. EGV beruhen, müssen deshalb so ausgelegt werden, dass sie der Verwirklichung des gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes weitestgehend dienen.[1037]

Art. 154 EGV nimmt ebenfalls auf die Schaffung eines „Raumes ohne Binnengrenzen“ Bezug. In diesem Zusammenhang leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur. Zum ausdrücklichen Ziel des Tätigwerdens der Gemeinschaft in diesem Bereich wird „im Rahmen eines Systems offener und wettbewerbsorientierter Märkte“ „die Förderung des Verbunds und der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze sowie des Zugangs zu diesen Netzen“ erklärt. Aus der Norm selbst lässt sich für die Mitgliedsstaaten jedoch keine Verpflichtung für die Umsetzung der von der Gemeinschaft erlassenen Richtlinien ableiten, da sie sich mit der Tätigkeit und dem Beitrag der Gemeinschaft zum

[1035] Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 2 (3).
[1036] EuGH, Urteil vom 5. Juli 1967, Rs. 1/67, Slg. 1967, 240 (250).
[1037] Vgl. Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 2 (12).

Auf- und Ausbau der Netze beschäftigt. Offensichtlich soll jedoch die Umsetzung der im Sinne dieser Regelung erlassenen Richtlinien nicht den hier genannten Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen. Art. 154 EGV stellt sich damit als eine Art Leitlinie für die Rechtsentwicklung auf dem Telekommunikationssektor dar.

B. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Entgeltregulierung

I. Allgemeines

Der deutsche Gesetzgeber ist an die in der nationalen Verfassung verankerten Prinzipien gebunden, auch wenn er europäisches Gemeinschaftsrecht, insbesondere Richtlinien in nationales Recht umsetzt. Von diesem Grundsatz geht auch der EGV aus, indem Art. 249 III EGV bestimmt, dass zur Umsetzung dem Mitgliedsstaat die Wahl der Mittel und der Form überlassen bleibt. Eine Verdrängung des nationalen Verfassungsrechts findet hier nicht statt. Diese ist nur dort möglich, wo das Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang genießt und das Verhältnis zur nationalen Verfassung von der Kompetenzordnung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem mitgliedsstaatlichem Recht geprägt ist.[1038]

Durch die Auferlegung einer Regulierungsmaßnahme greifen die NRB in die Grundrechte der Unternehmen ein. Betroffen wird dabei besonders die Berufs(ausübungs)freiheit des Art. 12 I GG. Die Entgeltregulierung bezieht sich außer auf Art. 14 I GG auch auf dieses Grundrecht.[1039] Ein Eingriff liegt auch bei der Festlegung der Modalitäten der Berufsausübung im Hinblick auf die Höhe der (zu fordernden) Gegenleistung vor.

Bei der Ausgestaltung der Entgeltgenehmigungsvoraussetzungen und -verfahren hat der Gesetzgeber auch weitere Vorgaben des Verfassungsrechts zu beachten.[1040] Dazu gehört vor allem das Rechtsstaatsprinzip mit seinen Ausprägungen. Es wird als allgemeiner Rechtsgrundsatz verstanden, der im Grundgesetz in zahlreichen Vorschriften eine nähere Konkretisierung erfahren hat.[1041] Eigenständige Teilelemente sind der Vorbehalt des Gesetzes (II.) und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (III.).[1042] Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben sich weiterhin Folgerungen für die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen (IV.). Im Einzelnen:

[1038] Vgl. Maastricht-Urteil des BVerfG, BVerfGE 89, 155 ff.; so auch Immenga/Kirchner, TKMR 2002, 340 (345 f.).
[1039] Vgl. für die Regulierungsmaßnahmen des TKG 1996 oben, Teil 2, C., I., 4.
[1040] Vgl. Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 17.
[1041] Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 20.
[1042] Vgl. Jarass, ebd.

II. Vorbehalt des Gesetzes

Dieser Verfassungsgrundsatz besagt, dass die Verwaltung zumindest im Bereich der Eingriffsverwaltung nur auf Grund eines Rechtssatzes tätig werden darf.[1043] Seine Verankerung ist unklar, vielfach wird auf Art. 20 III GG verwiesen.[1044] Eine Grundlage findet er zum einen in den Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten, soweit Private unmittelbar betroffen werden. Sofern es sich um Eingriffe handelt, lassen belastende Regelungen gegenüber dem Grundrechtsinhaber den Gesetzesvorbehalt grundsätzlich zum Tragen kommen.[1045] Neben diesen sog. grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten verlangen weitere Vorschriften des Grundgesetzes für bestimmte Aktivitäten ein (formelles) Gesetz oder eine andere verbindliche Erklärung des Parlaments.[1046] Auch diese sog. organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalte sind bei der Ausgestaltung neuer gesetzlicher Vorschriften zu beachten.

Da es sich bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach Art. 8 II i. V. m. Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie um Eingriffe in grundgesetzlich geschützte Positionen handelt, hier also ein grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt existiert, müssen diese auf ein formelles Gesetz zurück zu führen sein.[1047] Gleiches gilt für die Regulierung der Unternehmen betreffend die Entgelte für Endkundendienste, da hier wie dort in gleichem Maße in die Grundrechte der Regulierten eingegriffen wird.[1048] Um dem Gesetzesvorbehalt gerecht zu werden, muss auch das Recht des Regulierungsverfahrens in einem formellen Gesetz geregelt werden. Zur Wahrung des Gesetzesvorbehalts müssen die wesentlichen Bestandteile der europarechtlichen Vorgaben zwingend in einem Parlamentsgesetz umgesetzt werden; eine Regelung über Verordnungsermächtigungen und eine Umsetzung allein oder primär in Rechtsverordnungen durch die Exekutive schließt dieser Verfassungsgrundsatz aus.

[1043] Vgl. Jarass, a. a. O., Rn. 29; zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechtssätze vgl. unten, Teil 3, IV.
[1044] Vgl. Jarass, ebd.
[1045] Vgl. Jarass, a. a. O., Rn. 30.
[1046] Vgl. Jarass, a. a. O., Rn. 29.
[1047] Vgl. Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 17.
[1048] A. a. O., 24.

III. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Als Bestandteil des Rechtsstaatsgebots bindet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit alle staatliche Gewalt, sofern sie subjektive Rechte Privater in irgendeiner Weise beeinträchtigt.[1049] Insoweit hat der Gesetzgeber auch dieses verfassungsrechtliche Gebot bei der Umsetzung des neuen Telekommunikationsrahmens zu beachten. Es wurde bereits darauf hingewiesen,[1050] dass dem Gesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Umsetzung dieser Verpflichtung ein großer Spielraum eingeräumt wird[1051].

Daher hat der Gesetzgeber die europarechtlichen Vorgaben einerseits so umzusetzen, dass der RegTP Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit denen der gewünschte Erfolg gefördert werden kann,[1052] andererseits darf ein Instrument jedoch nicht durch ein gleich wirksames, das betreffende Grundrecht nicht oder weniger einschränkendes ersetzt werden können.[1053] Weiterhin muss bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen eine Güterabwägung zwischen der Belastung durch die Regulierung und den der Allgemeinheit daraus erwachsenden Vorteilen stattfinden.[1054]

IV. Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot wird regelmäßig als Teil des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere als Ausprägung des diesem immanenten Gebots der Rechtssicherheit gesehen. Rechtsvorschriften sind daher so präzise „zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“.[1055] Grundsätzlich gilt, dass die Vorgaben des förmlichen Gesetzes um so genauer sein müssen, je schwerwiegender die Auswirkungen der Regelung für Adressaten und andere Betroffene sind.[1056]

[1049] Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 56.
[1050] Vgl. oben, Teil 2, C., I., 4., f).
[1051] So Windhorst, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 87f, Rn. 19.
[1052] Sog. Gebot der Geeignetheit, vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 59.
[1053] Gebot der Erforderlichkeit, siehe Jarass, a. a. O., Rn. 60.
[1054] BVerfGE 76, 1 (51), sog. Gebot der Angemessenheit.
[1055] BVerfGE 87, 234 (263 f.).
[1056] BVerfGE 86, 288 (311).

Zu unterscheiden ist dabei zwischen Ermächtigungen zum Erlass von Verwaltungsakten (1.) und Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsvorschriften[1057] (2.).

1. Bestimmtheit bei Erlass von Verwaltungsakten

Zur Wahrung dieses Verfassungsprinzips muss der Gesetzgeber die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtssphäre grundsätzlich selbst abgrenzen, indem er Inhalt, Zweck und Ausmaß der Eingriffe festlegt.[1058] Dem entgegen steht aber keinesfalls der Umstand, dass Gesetze der Auslegung bedürfen, ebenso wenig die Verwendung von Generalklauseln. Mit dem Bestimmtheitsgebot grundsätzlich vereinbar sind weiterhin die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Einräumung von Ermessen an die Verwaltung.[1059]

In den Bereichen, in denen eine Entgeltregulierung mit dem TKG 1996 bereits vorgenommen wurde und die in absehbarer Zukunft auch keiner tiefgreifenden technologischen Entwicklung unterworfen sind, wie zum Beispiel der nach wie vor weitgehend monopolisierte Anschlussmarkt im Festnetzbereich, werden an die Bestimmtheit der Regelungen strengere Maßstäbe anzusetzen sein, als in Bereichen, in denen erstmals eine Regulierung in Betracht kommt. In jenen „statischen“ Bereichen ist der Gesetzgeber durchaus in der Lage, die europarechtlichen Vorgaben[1060] dem Bestimmtheitsgebot gemäß exakt zu konkretisieren und den Regulierungsrahmen für die betroffenen Marktteilnehmer besser vorhersehbar zu gestalten. Damit muss er in diesen Bereichen kraft verfassungsrechtlichen Gebots ein höheres Maß an Bestimmtheit erfüllen. Jedes Zurückbleiben hinter dem praktisch erreichbaren Grad der Bestimmtheit bedarf im Bereich der Grundrechtseingriffe einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

In den Bereichen, in denen die Regulierung auch nach neuem Recht fortgeführt wird, entspricht eine nach den europarechtlichen Vorgaben mögliche und zu bevorzugende weitgehende Übertragung der Regulierungs-

---

[1057] In Betracht kommen Rechtsverordnungen und Satzungen; sog. Parlamentsvorbehalt. Zum Vorbehalt des Gesetzes vgl. oben, Teil 3, B., II.
[1058] BVerfGE 64, 261 (286).
[1059] Vgl. zum Ganzen: Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 18, m. w. N.
[1060] Art. 8, 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie.

befugnisse auf die Exekutive[1061] damit nicht den Vorgaben des Verfassungsrechts; ein solches Modell ist daher nicht umsetzbar. Dem Bestimmtheitsgebot entsprechend müssen hier gesetzliche Vorschriften geschaffen werden, die die jeweiligen Regelungsprobleme erfassen.[1062] Um jedoch mit den Regulierungsbefugnissen auch nicht vorhersehbare Entwicklungen erfassen zu können, darf eine Auffangklausel geschaffen werden, die die Regulierungsbehörde in derartig gelagerten Fällen ohne präzise förmliche Gesetzesvorgabe zu Regulierungsmaßnahmen ermächtigt und sie insoweit auf die Vorgaben der europarechtlichen Regelungen zurückgreifen lässt.[1063]

In den Regelungsbereichen, für die erstmals Regulierungsvorschriften zu schaffen sind und die einer schnellen technologischen Entwicklung unterliegen, besteht die Gefahr, dass sich eine nicht vorhersehbare Vielzahl von Sachverhalten einstellt, die sich aus dem Regulierungsrahmen „hinaus entwickeln“. Hier kann der Gesetzgeber daher kaum so konkrete, dem Bestimmtheitsgebot umfassend entsprechende Regelungen schaffen, um alle möglichen Konstellationen zu erfassen. Allerdings sind geringere Anforderungen an die Bestimmtheit einer Regelung gerade dann zu stellen, wenn es um eine Vielzahl verschiedener Sachverhalte geht[1064] oder die geregelte Materie schnellen und unvorhersehbaren Änderungen unterliegt[1065]. Daher erscheint es gerechtfertigt, in diesen Bereichen die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen zu reduzieren und den Rahmen der Regulierungsbefugnisse der RegTP hier weiter zu fassen.

Für die Normierung des Regulierungsverfahrens lassen sich ohne den Blick auf die materiellen Vorgaben der Richtlinien keine Aussagen über das von der Verfassung geforderte Schutzniveau tätigen. Aus der im Grundgesetz verankerten Anforderung an eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung (z. B. Art. 19 IV GG) lässt sich die Verpflichtung des Gesetzgebers ableiten, den zum Teil unvermeidbaren Verzicht auf detaillierte gesetzliche Regelungen der Eingriffsvoraussetzungen durch die Ausgestaltung des hierbei

[1061] Sog. administrative Lösung, vgl. Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 19 f.
[1062] Koenig/Loetz/Neumann, a. a. O., 15 f.
[1063] Sog. legislative Lösung mit administrativer Auffangermächtigung, vgl. Koenig/Loetz/Neumann, a. a. O., 19 f.
[1064] Vgl. BVerfGE 78, 214 (226).
[1065] BVerfGE 56, 1 (12).

zu durchlaufenden Verwaltungsverfahrens so weit wie möglich auszugleichen.[1066]

2. Parlamentsvorbehalt

Zusätzliche Erfordernisse an förmliche Gesetze, die zum Erlass von Rechtsvorschriften ermächtigen, stellen Art. 80 I 2 GG und der Vorbehalt des Gesetzes.[1067] Das Parlament darf keine völlig vagen Ermächtigungen erteilen, sondern muss diese ausreichend spezifizieren. Nach der Regelung in Art. 80 I 2 GG müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im (förmlichen) Gesetz bestimmt werden.

Auch aus dem Grundsatz des Parlamentsvorbehalts können sich an den Gesetzgeber des neuen TKG 2004 Anforderungen ergeben, die ebenfalls in Richtung eines Verbots der Übertragung von Regelungsbefugnissen durch Rechtsverordnung an die Exekutive gehen können.[1068] Da allerdings hiernach nur die wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst zu treffen sind, müssen diese von den auf die Exekutive ohne Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt übertragbaren „unwesentlichen“ abgegrenzt werden. Eindeutige Kriterien für diese Abgrenzung gibt es nicht, die Einordnung einer Entscheidung als wesentlich setzt jedoch stets eine sorgfältige Analyse unter Berücksichtigung der jeweils betroffenen Lebensbereiche und der Eigenart der Regelungsgegenstände insgesamt voraus.[1069] Um diese vagen Abgrenzungskriterien zu ergänzen, empfiehlt es sich auch in diesen Fällen, das allgemeine Bestimmtheitsgebot in die Betrachtung einzubeziehen, da es auch der (Fein-)Steuerung der Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Exekutive dient.[1070]

[1066] Vgl. Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 36.
[1067] Siehe oben, Teil 3, B., II. und Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 42.
[1068] Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 17.
[1069] Ebd.
[1070] Koenig/Loetz/Neumann, a. a. O., 18.

C. Umsetzungsverpflichtung, -spielraum und -bedarf

Im Spannungsfeld zwischen den Vorgaben der Richtlinien und den bei der Gestaltung des neuen TKG 2004 zu beachtenden nationalen Gesetzmäßigkeiten ist zu untersuchen, welche Umsetzungsverpflichtungen bestehen, welcher Spielraum dem deutschen Gesetzgeber bei Beachtung aller Gegebenheiten verbleibt und welcher Umsetzungsbedarf im Vergleich zur bestehenden Rechtslage gegeben ist. Dazu sind zunächst zu diesen Punkten allgemeine Anmerkungen angebracht (I.), um anschließend detaillierter auf die notwendigen Regelungen für den Vorleistungsmarkt resultierend aus der Zugangsrichtlinie (II.) und für den Endkundenmarkt aus der Universaldienstrichtlinie (III.) einzugehen. Im Einzelnen:

I. Allgemeines

Mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben und die vom nationalen Verfassungsrecht für die Neugestaltung des Gesetzes vorgezeichneten Grenzen sind zunächst Erwägungen zur bestehenden Umsetzungsverpflichtung (1.), sowie zum existierenden Umsetzungsspielraum (2.) und -bedarf (3.) vonnöten, die alle im neuen TKG zu regelnden Vorschriften betreffen. Im Einzelnen:

1. Umsetzungsverpflichtung

Im Bereich der Vorleistungsregulierung hinterlässt der Wortlaut des Art. 8 I der Zugangsrichtlinie den Eindruck, der Gesetzgeber könne die ihm obliegende **Umsetzungsverpflichtung** durch die Adaptierung der Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie in das nationale Gesetz erfüllen und in diesem Wege alle dort normierten Eingriffsbefugnisse der NRB zur Verfügung stellen, die Auswahlentscheidung damit auf den Regulierer übertragen.[1071] Bei genauerer Analyse ergibt sich jedoch, dass lediglich **eine** bestimmte regulatorische Intervention sicherzustellen und damit auch die Vorgabe einzelner Regulierungsinstrumente in bestimmten Marktsituationen möglich und zulässig ist. Dies gilt auch für die Regulierung auf dem Endnutzermarkt, jedoch mit der Einschränkung, dass diese nur dann vorgesehen werden

[1071] Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 36.

darf und muss, wenn weder durch die Vorleistungsregulierung noch durch Betreiber- und Betreibervorauswahl die Regulierungsziele zu erreichen sind. Da jedoch die Möglichkeit, für jeden denkbaren Einzelfall eine angemessene und gerechtfertigte ex ante-Verpflichtung gesetzlich zu regeln, praktisch nicht besteht, müssen der RegTP insoweit Auslegungs- und Entscheidungsspielräume eingeräumt werden. Auf dieser Grundlage ist sie (wie andere NRB) dann auch in der Lage, den Anforderungen des Konsolidierungsverfahrens des Art. 7 der Rahmenrichtlinie nachzukommen.[1072]

2. Umsetzungsspielraum

Innerhalb des damit eröffneten Umsetzungsspielraums hat der Gesetzgeber die Wahl zwischen einer Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsmodelle. Da er aber bei der Umsetzung neben den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch die Verfassungsgrundsätze beachten muss, sind ihm auch von daher Grenzen gesetzt. Insoweit werden eine legislative Lösung mit administrativer Auffangklausel, der Rückgriff auf die Regelbeispieltechnik und/oder ein Einräumen von Dispens und intendiertem Ermessen als adäquate Varianten erachtet.[1073]

In Bezug auf die Entgeltkontrolle auf den Vorleistungsmärkten lässt die Zugangsrichtlinie offen, ob die Zugangsprodukte einer ex-ante- oder ex-post-Regulierung unterworfen werden sollen; beides scheint zulässig.[1074] Die für die Endkundenmärkte relevante Universaldienstrichtlinie eröffnet ebenfalls diese Möglichkeiten, stellt sie aber unter den Vorbehalt des Versagens der Regulierung auf den Vorleistungsmärkten und bei der Betreiber- und Betreibervorauswahl.[1075]

3. Umsetzungsbedarf

Um dem neuen Rechtsrahmen im deutschen Telekommunikationsrecht Geltung zu verschaffen, bedarf es an vielen Stellen einer Umgestaltung. Die

---

[1072] Zum Ganzen: Koenig/Loetz/Neumann, a. a. O., für die Vorleistungsmärkte: 2 ff., für die Endnutzermärkte: 21 ff.
[1073] So zumindest Koenig/Loetz/Neumann, a. a. O., 37.
[1074] Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 35.
[1075] A. a. O., 37.

Harmonisierung der Rechtslage im europäischen TK-Recht wird damit fortschreiten. Die Ablösung des Einzel- durch das **Allgemeingenehmigungsregime** wird sich deregulierend auswirken. Eine weitere Neugestaltung der Regulierung ergibt sich aus dem SMP-Konzept. Damit wird der RegTP als NRB ein größerer Spielraum bei der Marktanalyse und der sich anschließenden Auferlegung von Verpflichtungen eingeräumt, der durch die Befugnisse der Kommission aus Art. 7 der Rahmenrichtlinie jedoch wieder eingeschränkt wird. Diese größere Flexibilität ist jedoch mit einer noch größeren Rechtsunsicherheit als bisher für die Akteure am Markt verbunden. Denn zunächst ist unklar, welche Unternehmen auf welchen Märkten wann und in welchem Umfang reguliert werden. Zum Teil wird daher vom nationalen Gesetzgeber gefordert, innerhalb des europäischen Rechtsrahmens soviel Rechtssicherheit wie möglich zu schaffen. Der Wettbewerb müsse auf eine möglichst solide Grundlage gestellt werden, indem die Regulierungsmaßnahmen in sachlicher wie zeitlicher Hinsicht gesteuert und umfassende Rechtsschutzmöglichkeiten für Verbraucher und Wettbewerber im Gesetz verankert werden.[1076]

Weiterhin muss zur Anpassung des deutschen Telekommunikationsrechts an die Vorgaben der Richtlinien eine Unterscheidung zwischen Endkunden- und Vorleistungsmärkten hinsichtlich der materiellen Regulierung vorgenommen werden. Erforderlich ist auch die Erstellung einer Abstufung zwischen Auferlegung abstrakter Pflichten und der konkreten Einzelfallregulierung. Unverzichtbar wird auch weiterhin die Regelung des Zugangs im konkreten Einzelfall bleiben, wenn zwischen den beteiligten Unternehmen kein Einvernehmen erzielt werden kann. Daher ist es erforderlich, die Anordnungsbefugnis des § 37 TKG 1996 auf alle SMP-Verpflichtungen auszudehnen.[1077] Um die nach dem „alten“ TKG geltenden **Entgeltregulierungsvorschriften** dem neuen Regelungsrahmen der EU anzupassen, sind ebenfalls umfangreiche Gesetzesänderungen notwendig.

[1076] So Schütz/Attendorn, a. a. O, 45.
[1077] Vgl. Schütz/Attendorn, a. a. O., 18.

II. Vorleistungsmarkt und Zugangsrichtlinie

Der Vorleistungsmarkt ist nach dem neuen Regulierungskonzept der Bereich, in dem die NRB vornehmlich tätig werden sollen. Daher wird auch die Entgeltregulierung hauptsächlich in den Beziehungen zwischen den Wettbewerbern stattfinden. Aus diesem Grund ist zunächst die Zugangsrichtlinie auf den durch sie ausgelösten **Umsetzungsbedarf** für die Entgeltregulierung auf den Zugangsmärkten zu untersuchen.

Umsetzungsbedarf besteht zunächst für die umfassenden Befugnisse, die Art. 13 der Zugangsrichtlinie hinsichtlich der Auferlegung von Verpflichtungen zur Preiskontrolle und zur Kostenrechnung einräumt. Dabei lässt die Zugangsrichtlinie offen, ob die Zugangsprodukte des SMP-Unternehmens einer ex-ante- oder einer ex-post-Regulierung unterworfen werden sollen. Beides ist zulässig, für die Entscheidung zwischen beiden sind Effizienz- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte maßgeblich.[1078] Eine Regulierung der von Wettbewerbern erhobenen Zugangsentgelte ist damit nur nach einer Bedarfsprüfung und der auf dieser beruhenden Feststellung der Genehmigungspflicht oder ex-post-Kontrollfähigkeit der Entgelte vorgesehen (Art. 13 I der Zugangsrichtlinie). In Art. 13 wird darüber hinaus ein ausdifferenziertes Regulierungsinstrumentarium entworfen, zu dessen Umsetzung eine Erweiterung und Präzisierung des § 39 i. V. m. §§ 24, 25 I, II, 27, 28, 29, 30 I, III bis VI TKG 1996 notwendig ist.[1079] Weiterhin muss im neuen TKG die Befugnis der RegTP, einem SMP-Unternehmen die Verwendung eines bestimmten Tarifsystems vorzuschreiben (arg. e Art. 13 II der Zugangsrichtlinie), vorgesehen werden. Auch Regelungen hinsichtlich der Veröffentlichung und Prüfung einer von einem verpflichteten SMP-Unternehmen verwendeten Kostenrechnungsmethode durch die RegTP müssen in den Gesetzestext eingefügt werden (Art. 13 IV der Zugangsrichtlinie), da die Regelungen in § 28 IV TKG 1996 und § 9 TEntgV nicht weit genug gehen.[1080]

[1078] Schütz/Attendorn, a. a. O., 35.
[1079] Scherer, K&R 2002, 329 (345).
[1080] Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 35; vgl. auch Scherer, ebd.

Der materielle Entgeltmaßstab des § 24 I TKG 1996 ist nach Art. 13 I der Zugangsrichtlinie weiterhin zulässig. Auch die Definition des Kostenmaßstabs in § 3 TEntgV bleibt richtlinienkonform. Die deutsche Entgeltregulierung erfährt durch die Zugangsrichtlinie insoweit eine Bestätigung, als auch diese klarstellt, dass das verpflichtete Unternehmen die Kostenorientierung seiner Entgelte umfassend nachweisen muss (Art. 13 III der Zugangsrichtlinie). [1081]

Obwohl die alten nationalen Regelungen hinsichtlich der Veröffentlichung und Prüfung der verwendeten Kostenrechnungsmethode nicht den neuen Anforderungen entsprechen, bleibt die Befugnis der RegTP aus § 2 TEntgV von Art. 13 I 1 der Zugangsrichtlinie gedeckt. Weiterhin wird die bisherige Praxis der RegTP, die Entgeltregulierung in einzelnen Fällen auf analytische Kostenmodelle zu stützen, durch Art. 13 III 2 der Zugangsrichtlinie bestätigt, da dort die NRB ermächtigt werden, unabhängige Kostenberechnungen anzustellen.[1082]

Allerdings wird gegen die ausschließliche oder weit gehende Heranziehung hypothetischer Kostenmodelle entsprechend Art. 13 III der Zugangsrichtlinie eingewandt, dass ein solches Vorgehen nicht mit Art. 14 GG zu vereinbaren wäre. Der Konflikt wird aber dadurch gelöst, dass die Mitgliedsstaaten eine solche Befugnis bereit stellen können, dies aber nicht müssen. Damit bleibt Art. 14 GG relevant, so dass im Ergebnis nach dieser Auffassung lediglich eine Entgeltregulierung auf Basis rein hypothetischer Kostenmodelle im deutschen Telekommunikationsrecht nicht zulässig wäre und daher die tatsächlichen Produktionsgegebenheiten des regulierten Unternehmens die Grundlage der kostenorientierten Entgeltregulierung bilden müssen.[1083]

Außerdem ergibt sich schon aus der Systematik der Verpflichtungen zur Zugangsgewährung (Art. 12 der Zugangsrichtlinie) einerseits und zur Preiskontrolle (Art. 13 der Zugangsrichtlinie) andererseits, dass hierdurch auch die Streitfrage, ob Zusammenschaltungsentgelte im Rahmen des Zusam-

[1081] Schütz/Attendorn, a. a. O.; vgl. auch Scherer, ebd.
[1082] Schütz/Attendorn, ebd.; Scherer, a. a. O., 346.
[1083] So zumindest Wegmann, K&R-Beilage 1/2003, 21 (22).

menschaltungsverfahrens oder in einem separat durchzuführenden Entgeltregulierungsverfahren angeordnet werden können, geklärt wird.[1084]

Bei Berücksichtigung der Regulierungserfahrungen der letzten fünf Jahre werden Zugangsleistungen auch in Zukunft regelmäßig einer Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen werden müssen. Gemeinschaftsrechtlich ist es auch nach der Neuregelung zulässig, für sämtliche Zugangsleistungen eine Genehmigungspflicht zu begründen.[1085]

III. Endkundenmarkt und Universaldienstrichtlinie

Auch die Regulierungsbefugnisse der NRB auf dem Endnutzermarkt bedürfen der Umsetzung ins nationale deutsche Recht und rufen dort Änderungsbedarf hervor. Die §§ 25, 35 I 2 Alt. 1 TKG 1996, §§ 2, 3 TKV sind einerseits tatbestandlich zu weit gefasst, da sie den Vorrang der Regulierung auf den Vorleistungsmärkten nicht enthalten. Andererseits sind sie mit Blick auf die nunmehr mit dem neuen Rechtsrahmen eingeräumten Gestaltungs- und Regulierungsmöglichkeiten zu eng, da sie solche Spielräume nicht vorsehen.[1086] Daher wird die Schaffung einer generalklauselartigen Befugnis zur Regulierung analog Art. 17 der Universaldienstrichtlinie befürwortet.[1087]

Eine Regulierung der **Endkundenmärkte** auf der Leistungs- wie auf der Entgeltseite soll nach der Umsetzung der neuen europäischen Regelungen in nationales Recht nur noch bei einem Wettbewerbsdefizit auf dem jeweiligen Markt und bei fehlender Eignung der auf der Vorleistungsebene und der bei der Betreiberauswahl und -vorauswahl vorzunehmenden Regulierungsmaßnahmen zulässig sein (Art. 17 der Universaldienstrichtlinie).[1088]

Wenn jedoch diese Voraussetzungen für die Regulierung auf dem jeweiligen Endkundenmarkt gegeben sind, müssen die NRB in der Lage sein, den SMP-Unternehmen geeignete regulatorische Verpflichtungen (Art. 17 I der Universaldienstrichtlinie) aufzuerlegen, wobei es sich um Maßnahmen der Entgeltkontrolle oder die Verpflichtung, Dienste „nicht ungerechtfertigt

---

[1084] Scherer, K&R 2002, 329 (345).
[1085] Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, 35.
[1086] Scherer, K&R 2002, 385 (391); so auch Schütz/Attendorn, a. a. O., 36.
[1087] Scherer, ebd.
[1088] Schütz/Attendorn, a. a. O., 37; für eine scharfe Trennung zwischen Vorleistungs- und Endkundenmärkten im neuen Regulierungskonzept Immenga/Kirchner, TKMR 2002, 340 (345).

zu bündeln“ (Art. 17 II 2 der Universaldienstrichtlinie), handeln kann. Mit Blick auf diese Vorgaben besteht nach der bisherigen Gesetzeslage ein Regulierungsdefizit insbesondere bei der allgemeinen Missbrauchsaufsicht, die im „alten“ Recht lediglich zur Durchsetzung der Bereitstellung von Vorleistungen an die Wettbewerber des SMP-Unternehmens dient.[1089] Eine allgemeine Aufsicht über die Ausgestaltung von Endkundenprodukten war damit bisher nicht verbunden.

Die vorgegebene Subsidiarität der Regulierungen auf den Endkundenmärkten kann jedoch nicht dazu führen, dass eine Regulierung unterbleibt, wenn auf diesem Markt ein Wettbewerbsdefizit besteht. Die Subsidiarität gilt nur für die Beseitigungsmaßnahmen. So ist eine gegebene Preis-Kosten-Schere primär durch eine Regulierung des Vorleistungsentgeltes zu beseitigen. Erst wenn eine solche Maßnahme nicht den erwarteten Erfolg verspricht, ist eine Regulierung auf der Endkundenebene zulässig.[1090]

Die Einführung einer inhaltlich und zeitlich aufeinander abgestimmten Entgeltregulierung auf Vorleistungs- und Endkundenmärkten würde zu einer höheren Effizienz der Regulierung und zu einer Minimierung der behördlichen Eingriffe führen. Damit würden auch die SMP-Unternehmen mittel- und langfristig weniger belastet, da eine größere Rechts- und Planungssicherheit entstünde.[1091]

[1089] Schütz/Attendorn, ebd.
[1090] Vgl. auch Schütz/Attendorn, ebd.
[1091] Vgl. Geppert/Ruhle, MMR 2003, 319 (325).

D. Die neue deutsche Telekommunikationsentgeltregulierung nach dem TKG 2004

Die Novellierung des TKG 1996, nicht zuletzt des Entgeltregulierungsverfahrens, wurde durch den neuen europäischen Rechtsrahmen veranlasst. Daher soll zunächst die Entwicklung des neuen deutschen Telekommunikationsrechts im Allgemeinen dargestellt werden (I.). Anschließend werden die Entgeltregulierungsvorschriften in den drei wichtigsten Phasen der Entwicklung des Gesetzes (Arbeitsentwurf, Referentenentwurf, Regierungsentwurf) erläutert (II.). Sodann wird die Vereinbarkeit der Vorschriften mit dem europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben diskutiert (III.). Abschließend wird die Neuregelung auf ihre Vereinbarkeit mit den zuvor gefundenen allgemeinen zivilrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und telekommunikationsrechtlichen Grundsätzen[1092] sowie mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen überprüft (IV.). Im Einzelnen:

I. Entwicklung des TKG 2004 vom Arbeitsentwurf zum Gesetz

Der Weg zum am 15. Oktober 2003 beschlossenen Regierungsentwurf eines neuen TKG war lang und steinig. Obwohl die Umsetzungsfrist für die europäischen Richtlinien am 25. Juli 2003 für die Mitgliedsstaaten ablief,[1093] begann das zuständige Ministerium für Wirtschaft und Arbeit mit der Erstellung eines neuen Gesetzentwurfs nicht unmittelbar nach der Verabschiedung der neuen Richtlinien auf EG-Ebene im Frühjahr 2002. Diese Verzögerung geschah, obwohl zu erwarten war, dass auf Grund der Kompliziertheit der Materie, des enormen Änderungsbedarfs, der vielfältigen bei der Gesetzesänderung zu beachtenden Interessen und der Menge der bisher aufgetretenen tatsächlichen und rechtlichen Probleme, die im Wege der Änderung behoben werden mussten, die 15monatige Umsetzungsfrist kaum für die Verabschiedung eines neuen oder geänderten TKG sowie der erforderlichen (Durchführungs-)Verordnungen ausreichen würde.

[1092] Vgl. oben Teil 2, C., IV.
[1093] Mit Ausnahme der Umsetzungsfrist für die Datenschutzrichtlinie.

Die Bundesregierung legte erstmals im Februar 2003 einen vom zuständigen BMWA erstellten Arbeitsentwurf zur TKG-Novelle vor.[1094] Nach Diskussion dieses Entwurfs wurde ein Referentenentwurf am 30. April 2003 der Fachöffentlichkeit zur Kommentierung zugeleitet, die ihre Änderungsvorschläge vor allem anlässlich einer Anhörung am 11. Juni 2003 vorbringen konnte. Anschließend wurde der Abstimmungsprozess mit den beteiligten Ressorts eingeleitet. Nach Abschluss dieser Maßnahmen präsentierte die Bundesregierung am 15. Oktober 2003 den endgültigen Regierungsentwurf des neuen TKG. Am 15. Januar 2004 wurde dieser erstmals im Bundestag beraten.[1095] In der Folge wurde am 9. Februar 2004 eine öffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Entwurf des TKG durchgeführt.[1096] Nach Änderungsanträgen der FDP-Fraktion am 9. März 2004 zur zweiten Beratung des Gesetzesentwurfs[1097] erfolgte am 10. März 2004 zur dritten Beratung des Entwurfs die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit mit Änderungsvorschlägen.[1098] Auf Grund dieser Empfehlung des Ausschusses wurden zunächst redaktionelle Versehen korrigiert bzw. klargestellt. Weiterhin wurden ein Diskriminierungsverbot (§ 18a, jetzt § 19) und eine Transparenzverpflichtung (§ 18b, jetzt § 20) in die Vorschriften zur Zugangsregulierung eingefügt sowie in weiteren Gesetzen notwendige Änderungen vorgeschlagen (z. B. § 100b StPO).

Am 12. März 2004 fasste der Deutsche Bundestag den Gesetzesbeschluss zum TKG.[1099] In der 798. Sitzung des Bundesrates rief dieses Organ jedoch am 2. April 2004 den Vermittlungsausschuss an.[1100]

Der Bundesrat unterrichtete den Bundestag am 6. April 2004 von der Anrufung und begründete diese mit der notwendigen grundlegenden Überarbeitung des Gesetzes, die folgend von ihm genannten Punkte besonders

[1094] Nach den Angaben des BMWA sollte dieser noch unabgestimmte und unvollständige Arbeitsentwurf der Abteilung VII des BMWA als „Diskussionsgrundlage für das Erstellen eines Referentenentwurfs“ dienen. Kommentare zum Arbeitsentwurf konnten dem BMWA per E-Mail zugeleitet werden.
[1095] Plenarprotokoll 15/86, S. 7511 – 7527.
[1096] BT-Drs. 15/2316, 15/2329, 15/2345.
[1097] Änderungsantrag der Abgeordneten Rainer Funke, Rainer Brüderle sowie anderer Abgeordneter und der Fraktion der FDP, BT-Drs. 15/2684 und 15/2585.
[1098] BT-Drs. 15/2674 und 15/2679.
[1099] Plenarprotokoll 15/98, S. 8763 - 8779.
[1100] BR-Drs. 200/04.

berücksichtigen sollte:[1101] Zunächst wurde das flexible Regulierungsregime des neuen TKG, welches sich nach der dort vertretenen Auffassung aber noch stärker in den Antragsrechten der Wettbewerber widerspiegeln müsse, begrüßt. Durch die Aufnahme des Bitstream-Zugangs in den Katalog der Zugangsverpflichtungen sollten innovative Produkte im Bereich des breitbandigen Internetzugangs gefördert werden. Weiterhin erachtete der Bundesrat Resale als wichtige Voraussetzung für die Wettbewerbsöffnung, weshalb diese Art des Zugangs auch in entbündelter Form möglich sein solle.

Am 5. Mai 2004 schlug der Vermittlungsausschuss in seiner Beschlussempfehlung einige Änderungen des am 12. März 2004 beschlossenen TKG vor.[1102] Aufgenommen wurden Regelungen zum entbündelten Breitbandzugang, zur missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und zur Telefonauskunft. Der Bundestag nahm am 6. Mai 2004 den Änderungsvorschlag an.[1103] Abschließend wurde dem TKG in der Form der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses am 14. Mai 2004 auch vom Bundesrat gem. Art. 87f GG zugestimmt.[1104] Darüber hinaus fasste der Bundesrat eine Entschließung des Inhaltes, spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen TKG sei eine Umstellung des (bisher vorgesehenen) Verwaltungsrechtsweges auf den Zivilrechtsweg (zu den Kartellgerichten) vorzunehmen. Diese Maßnahme wurde mit Blick auf „die angestrebte Konvergenz des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und das Ziel einer konsistenten Spruchpraxis“ für erforderlich gehalten.[1105]

Das „neue“ TKG vom 22. Juni 2004 wurde am 25. Juni 2004 verkündet[1106] und trat am 26. Juni 2004 in Kraft.

[1101] BT-Drs. 15/2907 vom 6. April 2004.
[1102] Drs. 15/3063 vom 5. Mai 2004.
[1103] Plenarprotokoll 15/108.
[1104] BR-Drs. 379/04 vom 14. Mai 2004.
[1105] Ebd.
[1106] BGBl. I, S. 1190.

II. Vorschriften zur Entgeltregulierung

Im folgenden Abschnitt werden die Vorschriften der Entgeltregulierung in den wichtigsten Abschnitten des Gesetzgebungsverfahrens dargestellt. Begonnen wird dabei mit der endgültigen Fassung des TKG vom 22. Juni 2004 (1.). Die Entwicklung wird hinsichtlich der wesentlichsten Änderungen über den Regierungsentwurf (2.) und den Referentenentwurf (3.) bis letztendlich zum im Februar 2003 vorgestellten Arbeitsentwurf (4.) zurückverfolgt. Weiterhin soll die Neuregelung mit den Vorschriften des TKG 1996 verglichen werden (5.). Im Einzelnen:

1. Die Entgeltregulierung nach dem TKG 2004

Die Entgeltregulierung ist neben der Regulierung des Zugangs wie im TKG 1996 ein wesentlicher Bestandteil der sektorspezifischen Regulierung. Der Anwendungsbereich der Entgeltregulierungsvorschriften wurde entsprechend den europarechtlichen Vorgaben umstrukturiert und gegenüber dem TKG 1996 eingeschränkt. Weiterhin wurden das Regulierungsinstrumentarium verschärft und Unklarheiten, die nach dem TKG 1996 bestanden, zum Teil beseitigt.[1107]

Der dritte Abschnitt des TKG 2004 beschäftigt sich zunächst (erster Unterabschnitt, vgl. a)) mit allgemeinen Regelungen, die sowohl die Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen als auch die Regulierung von Endkundenleistungen betreffen. Die Trennung zwischen beiden Leistungsarten setzt sich – entsprechend den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts[1108] – im zweiten (b)) und dritten Unterabschnitt (c)) der Entgeltregulierungsvorschriften fort. Im Einzelnen:

a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften (§§ 27 bis 29 TKG 2004)

Das Ziel der Entgeltregulierung ist in § 27 I TKG 2004 festgelegt; es besteht darin, „eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maß-

[1107] Vgl. Scherer, NJW 2004, 3001 (3006).
[1108] Vgl. Art. 13 der Zugangsrichtlinie und Art. 17 II der Universaldienstrichtlinie.

nahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern“. In diesem Zusammenhang ist die RegTP verpflichtet, darauf zu achten, „dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind“ (§ 27 II 1). Damit wurde erstmals das seit langem geforderte Konsistenzgebot[1109] in einer gesetzlichen Regelung verankert. Durch behördeninterne, aufbau- und ablauforganisatorische Maßnahmen, die umfassende Abstimmungs-, Auskunfts- und Informationspflichten der jeweiligen Beschlusskammern und Abteilungen der RegTP statuieren (§ 132 IV 1), wird der Behörde die „zeitliche und inhaltliche Abstimmung ihrer Entgeltregulierungsmaßnahmen“ möglich.

Die zweite Vorschrift des ersten Unterabschnitts, § 28 TKG 2004, ist mit „Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten“ überschrieben. Hier ist ein generelles, an § 19 I, IV GWB angelehntes Verbot missbräuchlichen Verhaltens marktmächtiger Unternehmen implementiert worden (Abs. 1). § 28 I nennt auch drei Beispiele für potenziell missbräuchliches Verhalten, das allerdings beim Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung zulässig ist. Vermutungstatbestände für missbräuchliche Behinderungspraktiken (§ 28 I Nr. 2) regelt § 28 II: Dabei handelt es sich zunächst um das Preisdumping, also die Festlegung eines Entgeltes für eine Leistung, das deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt (§ 28 II Nr. 1). Auch die Preis-Kosten-Schere (§ 28 II Nr. 2) und die ungerechtfertigte Bündelung (§ 28 II Nr. 3) sind als Vermutungstatbestände normiert. Für den Fall, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 entsprechen, kann die RegTP gemäß § 38 IV 1 das verbotene Verhalten untersagen und die Entgelte ab Feststellung für unwirksam erklären. In diesem Zusammenhang kann sie weiterhin Entgelte anordnen, die den Maßstäben des § 28 TKG 2004 genügen (§ 38 IV 2 TKG 2004) und im Falle des § 28 II Nr. 3 TKG 2004 die Entbündelung anordnen (§ 38 IV 5 TKG).

[1109] Die Forderung nach einem Konsistenzgebot, also einer in sich stimmigen Entgeltregulierung, wurde seit 1998 immer wieder von Unternehmen und Verbänden aus dem Bereich der Telekommunikation erhoben. Die RegTP soll durch eine koordinierte und aufeinander abgestimmte Entscheidungspraxis dafür Sorge tragen, dass die von ihr festgesetzten bzw. regulierten Entgelte so aufeinander abgestimmt sind,

Im Rahmen und zur Vorbereitung von Entgeltregulierungsverfahren räumt § 29 TKG 2004 der RegTP eine Vielzahl von Informations- und Anordnungsbefugnissen ein. So ist es der Behörde zum Beispiel möglich, ge-genüber einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht detaillierte Angaben zum Leistungsangebot, zum aktuellen und erwarteten Umsatz, zu Absatzmengen und Kosten sowie zu den voraussehbaren Auswirkungen auf die Endnutzer und Wettbewerber abzufordern (§ 29 I Nr. 1 TKG 2004).

b) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen (§§ 30 bis 38 TKG 2004)

aa) Überblick

Entgelte für Zugangsleistungen derjenigen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht[1110] verfügen, unterliegen grundsätzlich einer Genehmigungspflicht. Bestimmte Zugangsentgelte, die Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, und Entgelte, die Teilnehmernetzbetreiber ohne beträchtliche Marktmacht für auferlegte Zugangs- und Zusammenschaltungsleistungen verlangen, unterliegen der nachträglichen Regulierung.

§ 30 TKG 2004 beschäftigt sich zunächst allgemein mit der Regulierung, während § 31 TKG 2004 die Genehmigung von Entgelten regelt. § 32 TKG 2004 definiert die Arten der Entgeltgenehmigung (Einzelgenehmigung und Price-Cap-Verfahren). Detaillierte Regelungen über die vorzulegenden Kostenunterlagen enthält § 33 TKG 2004. Spezielle Regelungen für das Price-Cap-Verfahren wurden in § 34 TKG 2004 verankert, während das Entgeltgenehmigungsverfahren in § 35 TKG 2004 näher ausgestaltet ist. In dessen Abs. 5 ist auch eine Regelung über die Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen verankert, auf die noch näher einzugehen ist.[1111] Die Veröffentlichung beabsichtigter Entscheidungen ist in § 36 TKG 2004 geregelt, während in § 37 TKG 2004 die Rechtsfolgen des Abweichens von geneh-

---

dass Wettbewerbsverzerrungen etwa durch das Auftreten von Preis-Kosten-Scheren vermieden werden. Vgl. Begründung zu § 25 Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/2316, 67.

[1110] Zum Begriff vgl. § 11 I 3 und § 3 Nr. 4 TKG 2004.

[1111] Dazu unten, Teil 3, D., II., 5., c).

migten Entgelten normiert wurde. Abschließend in § 38 TKG 2004 ist das Verfahren der nachträglichen Regulierung von Entgelten verankert.

bb) Genehmigungspflicht für Zugangsentgelte marktbeherrschender Anbieter

Entgelte für nach § 21 TKG 2004 auferlegte Zugangsleistungen marktmächtiger Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze unterliegen der Genehmigungspflicht, also einer ex-ante-Regulierung (§ 30 I 1 TKG 2004). Genehmigungsfähig sind diese Entgelte gemäß § 31 I 1 TKG 2004, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

Im Entgeltgenehmigungsverfahren kann die RegTP neben den ihr vorliegenden Kosteninformationen auf Vergleichsmarktuntersuchungen zurück greifen (§ 35 I Nr. 1 TKG 2004) oder eine von der Kostenberechnung des Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen und dafür Kostenmodelle heranziehen (§ 35 I Nr. 2 TKG 2004). Wenn die vorgelegten Kosteninformationen zur Entscheidungsfindung nicht ausreichen, kann sie sich auf die Ergebnisse der Untersuchungen nach § 35 I Nr. 1 und 2 TKG 2004 stützen.

Die Genehmigung ist nach § 35 III TKG 2004 ganz oder aber zumindest teilweise zu erteilen, wenn „die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 ... entsprechen und keine Versagungsgründe ... vorliegen“. Entsprechen die Entgelte nicht dem TKG 2004 oder stehen sie mit anderen Rechtsvorschriften nicht im Einklang, ist die Entgeltgenehmigung zu versagen. Davon kann die RegTP auch dann Gebrauch machen, wenn die in § 33 TKG 2004 genannten Unterlagen nicht vollständig vorgelegt wurden. Nach § 35 IV TKG 2004 soll (wie bisher) jede Genehmigung mit einer Befristung versehen werden.

Eine neue, mit der Problemstellung der Arbeit eng verbundene Regelung hat mit § 35 V 1 TKG 2004 Eingang in das Gesetz gefunden. Diese Norm stellt klar, dass Entgeltgenehmigungen, die ein Entgelt vollständig oder teilweise gestatten, auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zurück wirken. Diese Rückwirkung gilt jedoch nicht in allen Fällen, sondern sie ist im Interesse

der Wettbewerber verfahrensrechtlich begrenzt (vgl. § 35 V 2 und 3 TKG 2004). Nach dieser Regelung wirkt die Genehmigung eines höheren Entgeltes, die die RegTP auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung erlässt, nur dann auf den oben genannten Zeitpunkt zurück, wenn zuvor in einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (gemäß § 123 VwGO) die vorläufige Zahlung des beantragten höheren Entgeltes angeordnet wurde. Dies wird nach dem Gesetzeswortlaut nur dann der Fall sein, wenn „überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgeltes besteht“. Daraus ergibt sich, dass eine Rückwirkung nicht in Betracht kommt, wenn zuvor nicht eine gerichtliche Anordnung ergangen ist. Damit soll das Risiko der Wettbewerber begrenzt werden, die bei uneingeschränkter Rückwirkung unter Umständen Nachzahlungen über mehrere Jahre zu leisten hätten und entsprechende Rückstellungen bilden müssten, ohne die Möglichkeit zu haben, diese Mehrkosten an ihre Endkunden weiterzureichen.[1112]

Nach der Regelung in § 37 I TKG 2004 dürfen andere Entgelte als die genehmigten nicht verlangt werden. Dies gilt nach der Gesetzessystematik wieder nur für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht. Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, werden nach § 37 II TKG 2004 mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten tritt. Im Gesetzestext verankert ist nunmehr auch, dass eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung zur Erbringung der Leistung unabhängig vom Vorliegen einer Entgeltgenehmigung besteht (§ 35 III 1 TKG 2004). Geregelt wurde außerdem die Befugnis der RegTP, vor Abschluss eines Rechtsgeschäfts dieses zu untersagen, sofern es ein nicht genehmigtes Entgelt enthält (§ 35 III 2 TKG 2004).

cc) Nachträgliche Entgeltregulierung bei marktmächtigen Anbietern

Entgelte marktmächtiger Anbieter im Zusammenhang mit der Abrechnung von Forderungen (§ 30 II 1 TKG 2004) und Entgelte für Zugangsleistungen, die nicht nach § 21 TKG 2004 auferlegt worden sind, unterliegen ledig-

[1112] Scherer, NJW 2004, 3001 (3007).

lich einer nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG 2004 (vgl. § 30 III TKG 2004).

dd) Nachträgliche Entgeltregulierung bei Teilnehmernetzbetreibern

Wird einem Teilnehmernetzbetreiber[1113] eine Zugangsverpflichtung auferlegt, unterliegt das in diesem Rahmen verlangte Entgelt einer nachträglichen Regulierung gemäß § 38 II bis IV (vgl. § 30 IV TKG 2004).

c) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen (§ 39 TKG 2004)

Eine Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen ist im TKG 2004 nur noch dann vorgesehen, wenn die RegTP von der Annahme ausgehen muss, dass die bestehenden Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberaus- oder -vorauswahl[1114] zur Erreichung der Regulierungsziele nicht ausreichen (§ 39 I 1 TKG 2004). Die Entgeltregulierung soll weiterhin auf solche Märkte beschränkt bleiben, „auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist“ (§ 39 I 2 TKG 2004).

Sofern Endkundenentgelte marktmächtiger Anbieter keiner Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen sind, unterliegen sie der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 38 II bis IV TKG 2004 (vgl. § 39 III 1 TKG 2004). Weiterhin enthält § 39 IV TKG 2004 eine Rechtspflicht marktmächtiger Unternehmen zur gleichzeitigen Bereitstellung von Endkundenprodukten und von entsprechenden Vorprodukten für die Wettbewerber. Diese Regelung soll es den Wettbewerbern ermöglichen, möglichst schnell, ohne das Vorprodukt in langwierigen Anordnungs- oder Missbrauchsverfahren erstreiten zu müssen, ein eigenes Endkundenprodukt einzuführen.[1115]

[1113] Unternehmen, das den Zugang zu Endnutzern kontrolliert, ohne über beträchtliche Marktmacht zu verfügen.
[1114] Vgl. dazu § 40 TKG 2004.
[1115] Scherer, NJW 2004, 3001 (3008).

2. Änderungen der Endfassung des TKG 2004 gegenüber dem Regierungsentwurf vom 15. Oktober 2003 (TKGE)

Der Regierungsentwurf wurde im vom Bundesrat eingeleiteten Vermittlungsverfahren[1116] einer letzten Überarbeitung unterzogen (b)). Zuvor hatte der Entwurf weitere Änderungen durch die Empfehlungen des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit[1117] erfahren (a)). Im Einzelnen:

a) Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit

Bei der Überarbeitung des Gesetzesentwurfs im Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit wurde dieser in folgenden Punkten wesentlich geändert:

- Änderung der Definition des Wettbewerbs;[1118]
- Verpflichtung der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, Zugang zu gebündelten Anschlüssen zu ermöglichen;
- Zugang zur einheitlichen Rechnungsstellung;
- Verpflichtung zur gleichzeitigen Bereitstellung von Angeboten für Wettbewerber mit solchen für den Endkundenmarkt;
- Ausbau der datenschutzrechtlichen Bestimmungen.[1119]

Die Entgeltregulierungsvorschriften sind von diesen Änderungen in geringerem Umfang betroffen, Korrekturen wurden in §§ 26 II, 27 III, 28 I, II, IV, 29 I, IV, 31 III, 33 II, 36 II, 37 I und IV TKGE vorgenommen.

In § 26 II Nr. 3 TKGE (§ 28 II Nr. 3 TKG 2004), als einzig modifizierter Vorschrift aus dem ersten Unterabschnitt, wurde der Terminus „unangemessene Bündelung“ durch „sachlich ungerechtfertigte Bündelung“ ersetzt. Damit wurde der Wortlaut an die Formulierung des allgemeinen Wettbewerbsrechts angepasst und damit auch das Anliegen des Bundesrates berücksichtigt.[1120]

[1116] Vgl. oben, Teil 3, D., I.
[1117] BT-Drs. 15/2674 und 15/2679.
[1118] Vgl. § 3 Nr. 12 TKG 2004, wodurch eine Anpassung an die EU-Terminologie (Art. 12 Zugangsrichtlinie) erreicht wurde. Der Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ wird ersetzt durch „nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt“.
[1119] Vgl. BT-Drs. 15/2674, 2.
[1120] Vgl. BT-Drs. 15/2679, 14.

Durch die Ergänzung des § 27 III TKGE (§ 29 III TKG 2004) wird der Forderung Rechnung getragen, dass die Verpflichtung zum Anbieten eines Zugangs mit Bezug auf ein bestimmtes Tarifsystem vorzunehmen ist, um dem regulierten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, hierauf aufsetzend einen entsprechenden Entgeltantrag zu stellen.[1121] § 28 I TKGE (§ 30 I TKG 2004) wurde um einen weiteren Satz ergänzt, in dem aufgezählt wird, wann die von § 28 I TKGE erfassten Entgelte nicht einer Genehmigung, sondern der nachträglichen Regulierung unterworfen werden sollen. Mit dieser Änderung soll dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen und sollen die ex-ante-Genehmigungsprozeduren auf das erforderliche Maß beschränkt werden. Weiterhin stellt die Änderung klar, dass der RegTP die in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Ermessensspielräume in vollem Umfang zustehen.[1122] Durch die Ergänzung des § 28 II TKGE (§ 30 II TKG 2004) wird verdeutlicht, dass bei Vereinbarung von Entgelten nach § 19 II Nr. 7 TKGE[1123] eine Regulierung nach TKG ausgeschlossen ist, die Regelungen des GWB jedoch unberührt bleiben.[1124] Die Änderung des § 28 IV TKGE (§ 30 IV TKG 2004) dient der Klarstellung, dass die Regelungen des § 36 TKGE (§ 38 TKG 2004), der auf die Maßstäbe des § 26 TKGE (§ 28 TKG 2004) verweist, analog auch für nicht marktbeherrschende Unternehmen, die nach § 18 TKGE (§ 18 TKG 2004) verpflichtet worden sind, anwendbar sind.[1125] Zur Klarstellung wurde in § 29 I TKGE (§ 31 I TKG 2004) der Bezug auf § 28 (§ 30 TKG 2004) um „Absatz 1 Satz 1“ ergänzt. Die Änderung in § 29 IV Nr. 4 TKGE (§ 30 IV Nr. 4 TKG 2004) dient der Verdeutlichung, dass unabhängig von den konkreten Verfahren zur Ermittlung der angemessenen Verzinsung die langfristige Stabilität der Rahmenbedingungen zu berücksichtigen ist, weshalb in Nr. 3 der Bezug auf „langfristige“ Erfordernisse gestrichen werden konnte.[1126] Bei der Ersetzung des „Kalenderjahres“ durch das „Geschäftsjahr“ in § 31 III TKGE (§ 33 III TKG 2004) handelt es

[1121] Ebd.
[1122] Ebd.
[1123] „Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie zur Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen ... zu gewähren...“; vgl. § 21 II Nr. 7 TKG 2004.
[1124] Vgl. BT-Drs. 15/2679, 14.
[1125] Ebd.
[1126] Vgl. ebd.

sich um eine lediglich redaktionelle Korrektur. Mit der Änderung des § 33 II TKGE (§ 35 II TKG 2004) wird klargestellt, dass sich bei einer Preisgenehmigung auf Basis des sog. Price-Cap-Verfahrens die Vorgabe des § 29 I TKGE (§ 31 TKG 2004) auf den dem Verfahren zugrunde liegenden Korb bezieht und diese Vorgabe im Falle der Genehmigung als erfüllt gilt.[1127]

Die Vorschrift zur nachträglichen Entgeltregulierung (§ 36 TKGE; § 38 TKG 2004) wurde in ihrem Abs. 2 ergänzt. Dadurch wird klargestellt, dass auch im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung Kostenprüfungen grundsätzlich möglich sind.[1128] Mit der Ersetzung des Begriffs „funktionsfähiger Wettbewerb“ durch „nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt“ wurde der Wortlaut an die Terminologie der europarechtlichen Vorgaben angepasst.[1129] Weiterhin wurde in die Vorschrift ein neuer Abs. 4 eingefügt. Danach muss ein marktmächtiges Unternehmen, das zur Gewährung von Zugang zu einer Vorleistung – die auch wesentliche Bestandteile für eine Endkundenleistung enthält – verpflichtet ist, gleichzeitig mit der Entgeltmaßnahme im Endnutzerbereich ein Angebot für eine entsprechende Vorleistung vorlegen. Mit dieser neuen Regelung soll ein missbräuchliches Verhalten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht frühzeitig verhindert werden.[1130]

b) Vermittlungsausschuss

Auf Grund des Änderungsvorschlages des Vermittlungsausschusses[1131] wurden lediglich § 25 TKGE um einen Abs. 3 ergänzt (§ 27 III TKG 2004), in § 28 I 2 Nr. 2 TKGE (§ 30 i 2 Nr. 2 TKG 2004) das Wort „erstmals“ gestrichen und einige Änderungen in § 29 TKGE (§ 31 TKG 2004) vorgenommen. Als Ergänzung zu den in § 25 TKGE (§ 27 TKG 2004) geregelten Zielen wurde im neu geschaffenen Abs. 3 eine Informationspflicht der RegTP gegenüber den Landesmedienanstalten integriert, die eingreift, wenn durch eingeleitete Verfahren „Belange von Rundfunk und vergleich-

[1127] Ebd.
[1128] Ebd.
[1129] Vgl. ebd.
[1130] Ebd.
[1131] BT-Drs. 15/3063 vom 5. Mai 2004.

baren Telemedien ... betroffen sind“. Gleichzeitig ist die zuständige Landesmedienanstalt an diesem Verfahren zu beteiligen. Weiterhin wird dieser ein Antragsrecht eingeräumt, auf Grund dessen die RegTP die Einleitung eines Verfahrens nach dem TKG prüfen muss.

§ 29 I TKGE (§ 31 I TKG 2004) wurde dahingehend ergänzt, dass „in begründeten Einzelfällen ... die Regulierungsbehörde eine Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit nach dem Vergleichsmarktprinzip entsprechend § 33 I 1 Nr. 1[1132] vornehmen (kann)“. Weiterhin erfolgten Änderungen in Abs. 4, der sich mit den relevanten Gesichtspunkten bei der Festlegung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals beschäftigt: Nicht mehr berücksichtigt werden „die Erfordernisse hinsichtlich der Rendite für das eingesetzte Eigenkapital, wobei auch die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals gewürdigt werden können“.

3. Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf vom 30. April 2003

Bereits der Referentenentwurf hatte durch den Regierungsentwurf eine größere Überarbeitung erfahren. Dadurch kam es zu Verschiebungen der einzelnen Regelungen. Der dritte Abschnitt begann daher hier noch mit § 23. Die Anzahl der Regelungen ist im Abschnitt über die Entgeltregulierung jedoch gleich geblieben. Die zunächst noch verwendete Formulierung „marktbeherrschender Betreiber“ oder „marktbeherrschendes Unternehmen“ wurde erst im Regierungsentwurf durch das richtlinienkonforme[1133] „Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht“ ersetzt.[1134]

a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften

Im ersten Unterabschnitt, der bereits „allgemeine Vorschriften“ enthielt, wurden durch den Regierungsentwurf nur geringfügige Änderungen vorgenommen. § 26 TKGE beschränkt gegenüber § 24 Referentenentwurf den Missbrauch der beträchtlichen Marktmacht auf die „Forderung und Vereinbarung von Entgelten“. Weiterhin wird in § 26 II Nr. 3 TKGE ein Missbrauch bei einer „unangemessenen“ (im Referentenentwurf hingegen:

[1132] Jetzt § 35 I 1 Nr. 1 TKG 2004.
[1133] Vgl. Art. 14 der Rahmenrichtlinie
[1134] So auch Klotz, TKMR-Tagungsband zum Workshop „Regierungsentwurf zum TKG“, Berlin, 15. Dezember 2003, 5 (5).

ungerechtfertigten) Bündelung vermutet. In § 25 II Referentenentwurf ist der Terminus „Auflagen“ durch „Verpflichtungen“ zumindest an einer Stelle ersetzt worden, um wohl den bereits im allgemeinen Verwaltungsrecht gängigen Terminus nicht in einem anderen Sinn als dort zu verwenden (vgl. § 36 II Nr. 4 VwVfG). Neu eingefügt wurde der jetzige Abs. 3. Dieser formuliert die Berechtigung der RegTP, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verpflichten, zur Erreichung der Regulierungsziele den Zugang unter bestimmten Tarifsystemen anzubieten und bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden. Weiterhin hat die RegTP nach dieser Vorschrift bei der Auferlegung dieser Verpflichtungen sicherzustellen, „dass die wirtschaftliche Effizienz und ein nachhaltiger Wettbewerb gefördert wird und die Verpflichtungen möglichst vorteilhaft für den Endnutzer sind“.

b) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen

Im zweiten Unterabschnitt wurden durch den Regierungsentwurf ebenfalls nur wenige Änderungen im Referentenentwurf vorgenommen. Allerdings hat § 25 Referentenentwurf (§ 28 TKGE) eine Umgestaltung erfahren. Die Abs. 2 und 3 wurden eingefügt, Abs. 4 wurde ergänzt. Danach sollen nun die Entgelte eines Betreibers, der den Zugang zu Endnutzern kontrolliert und über beträchtliche Marktmacht verfügt, im Rahmen von Verpflichtungen nach § 18 nur dann einer Genehmigungspflicht unterworfen werden, wenn der Betreiber sowohl auf dem Zugangsmarkt als auch auf dem Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Nach dieser Regelung ergeben sich folgende Regulierungsschritte: Nach Abs. 1 unterliegen auferlegte Zugangsleistungen eines Betreibers grundsätzlich einer Genehmigung. Abweichend davon greift für Leistungen nach § 19 II Nr. 7 nur die nachträgliche Regulierung ein. Dies betrifft ebenso die Entgelte für Zugangsleistungen, die nicht nach § 19 auferlegt wurden. Gleiches gilt für die in Abs. 4 genannten Entgelte, mit den soeben bereits genannten Ausnahmen. Klarstellend wird im ebenfalls neu eingefügten Abs. 5 festgehalten, dass Entgelte von Betreibern, die den Zugang zu den Endnutzern kontrollieren, aber nicht über beträchtliche Marktmacht

verfügen, im Rahmen von Verpflichtungen nach § 18 nur einer nachträglichen Regulierung unterliegen.

§ 27 Referentenentwurf (§ 29 TKGE) wurde lediglich umformuliert. Änderungen ergeben sich nur insoweit, als die Frist des Abs. 6 nicht nur vier Wochen, sondern einen Monat beträgt und zwei Prüfungspunkte für die Angemessenheit der Verzinsung in Abs. 4 weggefallen sind. § 28 Referentenentwurf (§ 30 TKGE) blieb unverändert, § 29 Referentenentwurf (§ 31 TKGE) wurde ergänzt: Nunmehr waren die „zur Prüfung des Antrags erforderlichen Unterlagen vorzulegen“, wozu „insbesondere“ die aufgezählten Beispiele gehören. Keine Veränderungen erfolgten an § 30 und § 31 I bis IV Referentenentwurf (§ 32 und § 33 I bis IV TKGE).

Umgestaltet wurde der für diese Arbeit wesentliche § 31 V Referentenentwurf (§ 33 V TKGE). Erst nach dem Kabinettsbeschluss sollen nunmehr die vollständigen oder teilweisen Genehmigungen nicht mehr auf den Zeitpunkt, „zu dem das Entgelt wirksam werden sollte“, sondern auf den Zeitpunkt der „erstmaligen Leistungsbereitstellung“ zurück wirken. Eine völlig neuartige Regelung enthält der Regierungsentwurf ab Satz 2. Nach dem Referentenentwurf war vorgesehen, dass die Änderung der Entgeltentscheidung durch gerichtliches Urteil, auch soweit sie den Antrag ganz oder teilweise ablehnt, nur mit Wirkung für die Zukunft zulässig sei, die Zulässigkeit gerichtlicher Maßnahmen gemäß § 123 VwGO aber durch diese Regelung unberührt bleibe. Hingegen bestimmt § 33 V TKGE, dass das Gericht im Rahmen eines Verfahrens nach § 123 VwGO die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgeltes anordnen kann, „wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgeltes besteht“. Satz 3 regelt den Fall, dass die RegTP durch das Gericht verpflichtet wird, ein höheres Entgelt zu genehmigen. Diese Genehmigungen dürfen nur dann mit Rückwirkung ausgestattet sein, wenn eine Anordnung nach § 123 VwGO (vgl. Satz 2) ergangen ist.[1135]

Keine Änderungen gab es in § 32 Referentenentwurf (§ 34 TKGE), nur geringe in § 33 Referentenentwurf (§ 35 TKGE). § 35 III TKGE zählt nunmehr

[1135] Vgl. bereits oben, Teil 3, D., II., 1., b), bb).

als Handlung, die von der RegTP versagt werden kann, anstatt der Durchführung den Abschluss eines Rechtsgeschäfts auf. § 36 TKGE sah die nachträgliche Entgeltregulierung entgegen § 34 Referentenentwurf nicht mehr auf Antrag, sondern nur noch nach Bekanntwerden von Tatsachen, also von Amts wegen vor. Der Abs. 4 der Vorschrift ist ergänzt worden, so dass der Anbieter mit beträchtlicher Marktmacht jetzt nach einer Entgeltanordnung Entgeltvorschläge vorlegen kann, die die RegTP innerhalb eines Monats darauf prüfen muss, ob diese die festgestellten Verstöße abstellen.

c) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen

Der aus § 35 Referentenentwurf (§ 37 TKGE) bestehende Unterabschnitt 3 wurde nur umformuliert, aber nicht, auch nicht sinngemäß, geändert. Eingefügt wurde durch den Regierungsentwurf der neue Abs. 2, durch den klargestellt wird, dass (Universaldienst-) Leistungen nach § 76 II Nr. 3 und 4 der nachträglichen Regulierung unterliegen. Weitere Änderungen wurden nicht vorgenommen. Auf Änderungen im vierten Unterabschnitt soll hier nicht näher eingegangen werden.

4. Änderungen gegenüber dem Arbeitsentwurf vom Februar 2003

Die Vorschriften des Arbeitsentwurfs über die Entgeltregulierung wurden als Dritter Abschnitt in den Referentenentwurf eingefügt. Dieser ist in vier Unterabschnitte unterteilt, wobei sich keine Veränderungen im Vergleich zum Arbeitsentwurf ergeben haben. Auf die Vorschriften des vierten Unterabschnitts soll hier nicht näher eingegangen werden, da sie für vorliegende Arbeit nicht interessant sind. Die allgemeinen Vorschriften der §§ E 1 bis E 3 sind im Referentenentwurf als §§ 23 bis 25 enthalten. Die §§ E 4 bis 12 wurden als §§ 26 bis 34 in den Referentenentwurf aufgenommen. § E 13 des Arbeitsentwurfs hat als § 35 Eingang in den Referentenentwurf gefunden. Die Reihenfolge der Bestimmungen blieb also bestehen.

a) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften

Im Vergleich zur ursprünglichen Regelung (§ E 1 Arbeitsentwurf) enthält § 23 Referentenentwurf nur eine Änderung in Abs. 2, nach der die RegTP auch eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung ihrer Regulierungsmaß-

nahmen vorzunehmen hat. § 24 I Nr. 2 Referentenentwurf enthält gegenüber seiner Vorgängerregelung eine Änderung insoweit, als nur noch Entgelte, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer in **erheblicher** Weise beeinträchtigen, als Missbrauch gewertet werden. Weiterhin sieht der Referentenentwurf die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung nur noch für die Verhaltensweisen nach § 24 I Nr. 2 und 3, nicht jedoch wie der Arbeitsentwurf für alle drei vor. Die Vermutungsregel des Abs. 2 stimmt fast völlig mit der des Arbeitsentwurfs überein. In Nr. 1 wird jedoch klargestellt, dass die langfristigen zusätzlichen Kosten auch eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals umfassen. In Nr. 3 wurde die Definition „Bündelung, die eine nicht nur unerhebliche und nicht nur vorübergehende wettbewerbliche Beeinträchtigung auslöst“, gekürzt; sie wird nun als eine **ungerechtfertigte** Bündelung umschrieben. § 25 Referentenentwurf entspricht § E 3.

b) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen

§ 26 Referentenentwurf hat im Vergleich zur Vorgängerregelung (§ E 4) einige Veränderungen erfahren. Nach Abs. 1 unterliegen Entgelte marktbeherrschender Betreiber für **auferlegte** Zugangsleistungen hiernach „vorbehaltlich der nachfolgenden Absätze“ einer Genehmigung durch die RegTP. Gekürzt wurde Abs. 2, der bestimmt, dass **sonstige** Zugangsleistungen marktbeherrschender Betreiber der nachträglichen Regulierung unterliegen. Im Arbeitsentwurf war dies noch mit der Regelung verbunden, dass solche Leistungen nur dann einer Genehmigungspflicht unterworfen werden sollen, „wenn damit langfristig die Interessen der Verbraucher auf dem Endkundenmarkt gefördert würden“. Der dritte Absatz beschäftigt sich mit Entgelten, die von Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, für Zugangsleistungen verlangt werden. Dass es sich dabei um nicht marktbeherrschende Unternehmen handelt, stellt der Referentenentwurf klar, der diese der nachträglichen Regulierung unterwirft. Der Arbeitsentwurf sah – wie auch der Referentenentwurf – die Möglichkeit vor, diese einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen, wenn das Unternehmen sowohl auf dem Zugangs- als auch auf dem Endkundenmarkt über eine marktbe-

herrschende Stellung verfügt. Abs. 4 des Referentenentwurfs regelt die Entgeltregulierung bezüglich der Entgelte für Zugangsleistungen, die im Rahmen einer Verpflichtung verlangt werden, und unterwirft diese einer nachträglichen Regulierung. Die Entgelte im Rahmen einer Zugangsverpflichtung regelte zuvor § E 4 III Arbeitsentwurf. § 26 V Referentenentwurf stimmt mit § E 4 IV Arbeitsentwurf überein. Klarstellend wurde im Referentenentwurf eingefügt, dass das Entgelt dabei „mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ entsprechen muss.

§ 27 Referentenentwurf entspricht § E 5 Arbeitsentwurf und ist mit „Entgeltgenehmigung“ überschrieben. Es wurden nur geringfügige Änderungen vorgenommen. Dabei wurde Abs. 4 um Nr. 5 und Abs. 6 um Satz 4 ergänzt. Die Norm beschäftigt sich mit der Feststellung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und stellt in Abs. 1 den Grundsatz auf, dass genehmigungsbedürftige Entgelte „die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten“ dürfen. In Abs. 6 wird die Befugnis der RegTP geregelt, zur Stellung von Entgeltanträgen aufzufordern oder die Regulierung von Amts wegen einzuleiten.

§ 28 Referentenentwurf legt die Arten der Entgeltgenehmigung fest und entspricht damit § E 6. § 29 Referentenentwurf (§ E 7 Arbeitsentwurf) und § 30 Referentenentwurf (§ E 8 Arbeitsentwurf) beschäftigen sich mit den Kostenunterlagen und dem Price-Cap-Verfahren, wobei sie im Wesentlichen mit ihren Vorgänger-Regelungen überein stimmen.

Als § 31 wurde § E 9 des Arbeitsentwurfs in den Referentenentwurf übernommen, der hier wie da das Verfahren der Entgeltregulierung normiert. Abs. 1 stimmt ebenso wie Abs. 2 mit der Vorgängerregelung überein. Keine Änderungen wurden im Vergleich zum Arbeitsentwurf im Abs. 3 vorgenommen. Die kurze Regelung in Abs. 4 sieht vor, dass die Genehmigung eines Entgeltes mit einer Befristung zu versehen ist. In der Parallelregelung des Arbeitsentwurfs war weiterhin vorgesehen, dass der Genehmigung zur Sicherstellung der Regulierungsziele Nebenbestimmungen beigefügt werden können, was im Referentenentwurf ersatzlos entfallen ist.

Wortgleich aus dem Arbeitsentwurf in den Referentenwurf wurde der mit dem Thema dieser Arbeit eng verbundene § 31 V Referentenentwurf

(§ E 9 Arbeitsentwurf) übernommen. Die in Abs. 6 geregelte Veröffentlichung der genehmigten Entgelte durch die RegTP war in der Vorgängerregelung noch insoweit präziser, als diese im Amtsblatt oder auf der Homepage der RegTP erfolgen sollte.[1136]

§ 32 Referentenentwurf beschäftigt sich laut amtlicher Überschrift mit der „Veröffentlichung“ beabsichtigter Entscheidungen zur Zusammenfassung von Dienstleistungen und zur Vorgabe von Maßgrößen (Abs. 1) sowie der Veröffentlichung von beantragten oder vorgesehenen Entgeltmaßnahmen (Abs. 2). Im Vergleich zur Vorgängerregelung (§ E 10), die noch mit „Beteiligungsrechte“ überschrieben war, wurden nur wenige sprachliche Änderungen vorgenommen.

§ E 11 Arbeitsentwurf bzw. § 33 Referentenentwurf normieren die Rechtsfolgen des Abweichens vom genehmigten Entgelt entsprechend § 29 TKG 1996; wesentliche Änderungen wurden bei der Übernahme in den Referentenentwurf nicht vorgenommen.

Das Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung ist in § 34 Referentenentwurf übereinstimmend mit der Vorgängerregelung (§ E 12 Arbeitsentwurf) geregelt. Die Vorschrift wurde mit einigen klarstellenden Ergänzungen aus dem Arbeitsentwurf übernommen. Geändert wurde jedoch die Bestimmung in Abs. 4, wonach die RegTP die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam erklärt. Damit wird im Vergleich zum Arbeitsentwurf klarstellend festgehalten, dass diese Unwirksamkeitserklärung keine Rückwirkung hat.

c) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen

In den dritten Unterabschnitt des Referentenentwurfs (§ 35) fand die Regelung des Arbeitsentwurfs in wesentlichen Punkten unverändert Eingang. Klar gestellt wurde in Abs. 1, dass die RegTP die Entscheidung darüber, ob ein Entgelt unter die Entgeltregulierung fallen solle, auf Grund ihres Beur-

[1136] Gemäß § 5 TKG 2004 erfolgen Veröffentlichungen und Bekanntmachungen, zu denen die Regulierungsbehörde verpflichtet ist, in deren Amtsblatt und auf deren Internetseite, soweit keine abweichende Regelung getroffen ist.

teilungsspielraumes trifft. Im Referentenentwurf wurde eine Regelung hinzugefügt, nach welcher Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von Endnutzern übertragbar sind, der RegTP unmittelbar nach Vertragsschluss lediglich zur Kenntnis zu bringen sind. Aus dem Arbeitsentwurf nicht übernommen wurde hingegen Abs. 3, der die auf dem Endkundenmarkt marktbeherrschenden Unternehmen verpflichtete, gleichzeitig mit der geplanten Entgeltmaßnahme im Endnutzerbereich ein Angebot für die Vorleistung vorzulegen. Nach dieser Regelung war die RegTP für den Fall der unterbliebenen Vorlage berechtigt, die Forderung bezüglich des Endkundenentgeltes ohne weitere Prüfung abzulehnen.

5. Änderungen der Endfassung des TKG 2004 gegenüber den Regelungen des TKG 1996

a) Überblick

Beim Vergleich des neuen TKG mit seinem Vorgänger fällt zunächst auf, dass die Vorschriften der Entgeltregulierung in eine bestimmte Ordnung gebracht wurden. Sie sind jetzt unterteilt in allgemeine Vorschriften, solche der Entgeltregulierung für Zugangsleistungen und letztendlich für Endnutzerleistungen. Weiterhin wurden in § 27 n. F. erstmals Ziele der Entgeltregulierung formuliert. Wie bisher stellt die Neuregelung als Entgeltregulierungsinstrumente die ex-ante- (§§ 35, 31 TKG n. F.) und ex-post-Regulierung (§ 38 TKG n. F.) zur Verfügung. Allerdings ist die Genehmigungspflicht nicht mehr wie nach § 25 I TKG a. F. an bestimmte Leistungsarten, speziell das Angebot von Übertragungswegen oder Sprachtelefondiensten der Lizenzklassen 3 und 4, und an die Marktbeherrschung geknüpft.

Nach der neuen Regelung sollen Genehmigungen von Entgeltmaßnahmen eine geringere Bedeutung haben als nachträgliche Regulierungsentscheidungen. Daher ist die Genehmigung eines Entgeltes nur noch für auferlegte Zugangsleistungen (vgl. § 30 I, III TKG n. F.) vorgesehen. Von diesem Grundsatz kann unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen und diese Entgelte können lediglich einer nachträglichen Regulierung unterzogen werden (vgl. § 30 I 2, II 1, III, IV TKG 2004). Von einer Genehmigungspflicht soll zum Beispiel dann abgesehen werden, wenn der Betreiber, dessen

Zugangsleistungen nach § 30 I 1 TKG n. F. der ex-ante-Regulierung unterliegen, nicht auch auf dem Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt (§ 30 I 2 Nr. 1 TKG 2004) oder nur die nachträgliche Regulierung ausreicht, die Regulierungsziele zu erreichen (§ 30 I 2 Nr. 3 TKG 2004).

Die Entgeltgenehmigung selbst ergeht wie nach § 27 I TKG a. F. als Einzel- oder Price-Cap-Genehmigung (vgl. § 32 TKG 2004). Neu sind auch die bereits dargestellten Bestimmungen in § 35 V TKG 2004 über Rückwirkung einer Entgeltgenehmigung.[1137] Im Einzelnen:

b) Erster Unterabschnitt: Allgemeine Vorschriften

Erstmals wurden im neu geschaffenen TKG die Ziele der Entgeltregulierung normiert (vgl. § 27 I TKG 2004). Im Ergebnis sollen missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung verhindert werden. Insofern existieren Parallelen zu § 24 TKG a. F., der zumindest auch ein Diskriminierungsverbot enthielt (§ 24 II Nr. 3 TKG a. F.). Darüber hinaus wurde in das TKG 2004 (§ 27 II) ein Konsistenzgebot aufgenommen, das der seit längerem bestehenden Forderung von Unternehmen und Verbänden aus dem Bereich der Telekommunikation nach einer in sich stimmigen Entgeltregulierung nachkommt.[1138]

Von der Struktur vergleichbar sind § 28 I TKG 2004 und § 24 II TKG 1996. In der neuen Fassung werden als Missbrauchstatbestände Ausbeutung, Behinderung und Diskriminierung beschrieben, während in der alten Norm ein Verbot von Auf- und Abschlägen sowie von Diskriminierungen enthalten war. Beiden gemeinsam ist, dass sachliche Gründe ein an sich zu beanstandendes Verhalten rechtfertigen können.

Die Parallelregelung zu § 29 TKG n. F. ist § 31 TKG 1996. Die Einordnung der Norm in den allgemeinen Teil ist nur konsequent, da diese für die Regulierung beider Entgeltarten gelten soll. Identisch sind zunächst die Regelungen in § 29 I TKG 2004 bzw. § 31 I TKG 1996. § 29 TKG n. F. enthält über die Vorgängernorm hinaus allerdings noch Anordnungsmöglichkeiten

[1137] Vgl. oben, Teil 3, D., II., 1., b), bb).
[1138] Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/2316, 91.

der RegTP in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden (Abs. 2) und den Zugang unter bestimmten Tarifsystemen (Abs. 3). Der Vorgängerregelung entsprechend sind auch in der jetzigen Vorschrift die Festsetzung eines Zwangsgeldes (§ 29 IV TKG 2004 und § 31 I 2 TKG 1996) und die Form der Veröffentlichung von Entgelten (§ 29 V TKG 2004 und § 31 II TKG 1996) vorgesehen.

c) Zweiter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen

Der diesen Abschnitt einleitende § 30 TKG 2004 regelt, welche Leistungen einer Genehmigungspflicht und welche lediglich einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen. Angeknüpft wird dabei nicht wie im alten Recht an die Unterscheidung zwischen den Angeboten von Übertragungswegen und Sprachtelefonie der Lizenzklassen 3 oder 4 und sonstigen Leistungen, sondern an eine faktische Alleinstellung des Anbieters von (aus diesem Grunde) für die Nachfrager wesentlichen Leistungen.[1139] Diese Regelung übernimmt insoweit die Aufgabe des § 25 TKG a. F., orientiert sich jedoch an bestimmten Eigenschaften des Anbieters, nicht auch an solchen der Leistung.

§ 31 TKG n. F. soll der Durchsetzung effizienter Preise dienen,[1140] weshalb Abs. 1 als Preisobergrenze die bereits im alten Recht maßgeblichen „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ nennt. Im Vergleich zur Vorgängerregelung des § 24 I TKG a. F. wurde auf den Begriff der „Orientierung“ an diesen Kosten verzichtet, da sich dieser in der Regulierungspraxis als wenig nützlich erwiesen hat.[1141] Die Definition der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ in Abs. 2 entspricht weitestgehend der alten Regelung in § 3 II TEntgV. Ebenso spiegelt Abs. 3 mit geringen Modifikationen § 3 IV TEntgV wider.

§ 32 TKG n. F. normiert die Arten der Entgeltgenehmigung entsprechend § 27 I TKG 1996, sieht also wie das alte Recht Einzel- und Price-Cap-Genehmigungen vor. Die Regelung des § 33 TKG 2004 über vorzulegende

[1139] Vgl. a. a. O., 93.
[1140] Vgl. a. a. O., 94.
[1141] Ebd.

Kostenunterlagen entspricht weitgehend dem bisherigen § 2 TEntgV, ebenso wie § 34 TKG 2004 zum Price-Cap-Verfahren die Regelungen der §§ 4 und 7 II TEntgV in das neue TKG implementiert.

Das Verfahren der Entgeltregulierung, bisher in den §§ 27, 28 TKG 1996 geregelt, wird nun in § 35 TKG 2004 normiert. Diese Regelung dient der Umsetzung von Art. 13 II, III der Zugangsrichtlinie. Nach § 35 II ist jetzt nicht nur die Einhaltung der Preisobergrenze, sondern gleichzeitig die Frage, ob das Entgelt in sonstiger Weise missbräuchliches Verhalten impliziert, zu prüfen. Damit stellt sich diese Vorgabe als Erweiterung der bisherigen Offenkundigkeitsprüfung in § 27 III TKG 1996 dar.[1142] Abs. 3 enthält erstmals eine Regelung zur Erteilung einer Genehmigung und stellt klar, dass Teilgenehmigungen zulässig sind.[1143] Der für vorliegende Arbeit wesentliche Abs. 5 regelt die Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen (Satz 1) und die Möglichkeit der Rückwirkung gerichtlicher Entscheidungen über Entgeltgenehmigungen (Sätze 2 und 3); die Vorschrift hat keinerlei Pendant im TKG 1996. Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung „wirken sie (die Entgeltgenehmigungen) zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung ...“. Damit muss hier von einer Rückwirkung kraft Gesetzes ausgegangen werden. Kaum vereinbar damit ist allerdings die Erläuterung dieser Vorschrift in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG: Danach werde „in Absatz 5 ... klargestellt, dass Entgeltgenehmigungen auch rückwirkend erteilt werden **können**“,[1144] womit auch ein Ausschluss der Rückwirkung im Rahmen der Genehmigung möglich erscheint. Auf Grund des deutlichen Gesetzeswortlautes, dem kein Hinweis auf einen solchen Ausschluss entnommen werden kann, dürfte es sich bei der Formulierung in der Begründung freilich um eine redaktionelle Fehlleistung handeln.

§ 36 TKG 2004, der die Veröffentlichung von Maßgrößen, Körben und vorgesehenen oder beantragten Entgeltgenehmigungen regelt, entspricht dem bisherigen § 8 TEntgV.[1145]

[1142] A. a. O., 95.
[1143] Ebd.
[1144] Ebd.
[1145] Ebd.

Mit den Rechtsfolgen des Abweichens von genehmigten Entgelten beschäftigt sich § 37 TKG 2004, der weitgehend auf § 29 TKG a. F. aufbaut;[1146] so entsprechen sich die jeweils ersten Absätze. In Abs. 2 wurde jedoch „sind .... wirksam“ durch „werden ... wirksam“ ersetzt. Mit Blick auf den alten Gesetzeswortlaut wurde zum Teil eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigung verneint[1147], zum Teil wurde darin ein Hinweis auf die Rückwirkung der Genehmigungen gesehen[1148]. In Zusammenschau mit dem neu eingefügten § 35 V TKG 2004 kann es sich nur um die sprachliche Klarstellung handeln, dass Entgeltgenehmigungen grundsätzlich Rückwirkung haben. Neu ist auch die in Abs. 3 getroffene Regelung, nach der auch ohne Genehmigung eine Leistungsverpflichtung besteht und schon im Vorfeld vor Abschluss von Verträgen nicht genehmigte Entgelte untersagt werden können.

Die Neuregelung in § 38 TKG 2004 zur nachträglichen Entgeltregulierung entspricht mit einigen Modifikationen § 30 II bis V TKG a. F. Im Unterschied zur bisherigen Rechtslage sind genehmigte Entgelte im Nachhinein nur noch nach den Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsrechts überprüfbar; eine sektorspezifische Regelung, wie in § 30 I TKG 1996, gibt es nicht mehr.[1149] § 38 IV TKG 2004 regelt wie bisher die zu treffenden Maßnahmen. Da sich das zweistufige Verfahren nach § 30 IV, V TKG 1996 mit der zunächst ergehenden Anpassungsaufforderung nicht bewährt hat und nur zu Verzögerungen führte, wurde in der Neufassung eine Regelung gewählt, nach der die RegTP das verbotene Verhalten sofort untersagen und die beanstandeten Entgelte für unwirksam erklären kann.

d) Dritter Unterabschnitt: Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen

Zur Umsetzung von Art. 17 I der Universaldienstrichtlinie regelt § 39 TKG 2004 allein die Regulierung bei Endnutzerleistungen. Im Gegensatz zum TKG 1996 soll nach der Neuregelung die Entgeltgenehmigung in

[1146] Ebd.
[1147] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 4., a).
[1148] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 4., c), cc); OVG Münster, Beschluss vom 14. Dezember 2001, 13 B 1362/01, TMR 2002, 131 ff.
[1149] Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/2316, 96.

diesen Fällen die Ausnahme bleiben und lediglich als „letztes Mittel“ der Regulierung in Betracht kommen.[1150] Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll im Endkundenbereich in der Regel eine nachträgliche Regulierung der Entgelte entsprechend den Maßstäben des § 29 TKG 2004 ausreichen.[1151]

III. Vereinbarkeit mit europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben

Zur Klärung der mit der vorliegenden Arbeit aufgeworfenen Frage, ob die Entgeltgenehmigung mit Rückwirkung versehen ist, enthalten lediglich § 35 V TKG 2004 (§ 33 V 1 Regierungsentwurf, § 31 V 1 Referentenentwurf, § E 9 V 1 Arbeitsentwurf) und § 37 TKG 2004 (§ 35 II Regierungsentwurf, § 33 II Referentenentwurf, § E 11 II Arbeitsentwurf) Anhaltspunkte, weshalb nur diese sowie die Regelung in § 38 TKG 2004 (§ 36 IV 1 Regierungsentwurf, § 34 IV 1 Referentenentwurf, § E 12 VI 1 Arbeitsentwurf) einer Betrachtung unterzogen werden sollen. Im Einzelnen:

1. Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben

Europarechtliche Vorgaben für die neue „Rückwirkungsregelung“ lassen sich allenfalls in der Zugangsrichtlinie, der Universaldienstrichtlinie und dem EG-Vertrag entnehmen. Letzterer enthält, wie bereits gezeigt[1152], keine speziellen Vorgaben für die Umsetzung der Richtlinien, lediglich die Pflicht der Mitgliedsstaaten (nach Art. 10 EGV), alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen zu ergreifen.

Die Regelungen der Richtlinien sehen keine Vorgaben für eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigung oder gerichtlicher Entscheidungen vor. Die Zugangsrichtlinie hält in ihrem Art. 13 ein breites Spektrum von Regulierungsmöglichkeiten bereit, das auch die Verpflichtung zur Preiskontrolle enthält, liefert für den Eintritt der Wirkung der Genehmigung oder möglicher gerichtlicher Entscheidungen aber keine Anhaltspunkte. Ebenso verhält es sich mit Art. 17 II der Universaldienstrichtlinie. Aus dem Ziel der Normen

[1150] Ebd.
[1151] Ebd.
[1152] Vgl. oben, Teil 3, A., II.

kann jedoch geschlossen werden, dass – soweit die Rückwirkungsregelungen dem chancengleichen und nachhaltigen Wettbewerb dienlich sind – auch eine Vereinbarkeit mit den Vorgaben des europäischen Rechts vorhanden ist. Soweit durch Rückwirkungsregelungen aber eine Benachteiligung von Wettbewerbern stattfindet, kann dies allerdings in Widerspruch zu den europarechtlichen Vorgaben geraten.

2. Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben

Für die Prüfung der neuen Vorschriften unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist eine Unterscheidung zwischen der Regelung in § 35 V 1 und den in § 35 V 2, 3 TKG 2004 enthaltenen Bestimmungen vorzunehmen. Zunächst bestimmt diese Vorschrift die Rückwirkung der Entgeltgenehmigungen (a)); anschließend regelt sie die Möglichkeit der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen auf Grund gerichtlicher Entscheidungen (b)). Im Einzelnen:

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen

Nach Auffassung einiger Autoren zu § 33 V 1 Regierungsentwurf (§ 31 V 1 Referentenentwurf), der als § 35 V 1 in das TKG 2004 unverändert übernommen wurde, sieht dieser zu Recht eine Rückwirkung der ex ante zu genehmigenden Entgelte auf den Zeitpunkt der ersten Leistungsbereitstellung (Referentenentwurf: Vertragsschluss) vor.[1153] Damit wurde die inzwischen auch vom BVerwG[1154] behandelte Problematik, die zugleich zentrales Thema dieser Arbeit ist, explizit in den Gesetzestext aufgenommen. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Regelung bestehen nicht, insbesondere das im Vorfeld der Neuregelung angebrachte Argument aus dem Gesetzeszweck[1155] verliert durch die nunmehr eindeutige Regelung seine Grundlage. Erwägungen der fehlenden Rechtssicherheit und des mangelnden Vertrauensschutzes im Fall der Rückwirkung konnten schon vor der Neuregelung deren Möglichkeit nicht widerlegen.[1156] Mit der Neuregelung wird nun nach langwierigen Diskussionen in Rechtsprechung

[1153] Möschel/Haug, MMR 2003, 505 (507); Groebel, K&R-Beilage 1/2004, 18 (20).
[1154] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871 ff.
[1155] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3., c), aa), bbb).
[1156] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., c), bb).

und Literatur eine verfassungsrechtlich akzeptable Regelung getroffen, die das „Rückwirkungsproblem“ auf eine nach hier vertretener Auffassung korrekte Weise löst.

Dieser Lösung angepasst wurde auch die Vorschrift des § 37 II TKG 2004, der abweichend von der Vorgängerregelung in § 29 II TKG 1996 bestimmt, dass „Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten,“ mit der Maßgabe wirksam „werden“ und nicht wie in der Vorgängerregelung „sind“ und „dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt“. Damit wird eindeutig die schwebende Unwirksamkeit der Entgeltvereinbarung bis zur Genehmigungserteilung festgehalten und deren Nichtigkeit ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang ist auch auf § 37 III 1 TKG 2004 zu verweisen, der nunmehr eindeutig festhält, dass das regulierte Unternehmen „unabhängig von einer Entgeltgenehmigung“ einer vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtung zur Leistungserbringung unterliegt.

Mit Blick auf § 33 V 1 TKG-Regierungsentwurf und damit auch auf den identischen § 35 TKG 2004 wird jedoch gleichzeitig kritisiert, dass eine Rückwirkung der Unwirksamkeitserklärung von ex post regulierten Entgelten im neuen TKG nicht vorgesehen sei (vgl. § 38 IV TKG 2004 und § 36 IV Regierungsentwurf).[1157] Dass dadurch die „Früchte der verbotenen Tat“ trotz der missbräuchlichen Entgeltforderung beim regulierten Unternehmen verbleiben, lasse sich nicht rechtfertigen und solle in eine Rückwirkung mit entsprechend verhaltenssteuernder Funktion geändert werden.[1158]

Allerdings würde bei Annahme einer solchen Regelung der Unterschied zwischen ex ante und ex post regulierten Entgelten aufgehoben. Im Ergebnis würde die Regulierungsbefugnis der RegTP immer im Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung eingreifen. Vorab regulierte Entgelte werden nach dem TKG 2004 mit Genehmigungserteilung rückwirkend im Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung wirksam, auch wenn die Genehmigung erst später erteilt wird. Da das regulierte Unternehmen ge-

[1157] Möschel/Haug, MMR 2003, 505 (507).
[1158] Möschel/Haug, ebd.

mäß § 37 III TKG 2004 zur Leistungsbereitstellung verpflichtet ist, auch wenn keine Genehmigung vorliegt, können die Entgelte für bereits erbrachte Leistungen erst nach Genehmigung, aber auch für den zurückliegenden Zeitraum verlangt werden. Die Entgelte unterliegen entsprechend der gesetzlichen Regelung in vollem Umfang der Regulierung. Gleiches würde im Fall der Rückwirkung der Unwirksamkeitserklärung gelten. Da die RegTP gemäß § 38 IV 2 TKG 2004 im Zusammenhang mit der Unwirksamkeitserklärung Entgelte, die den Maßstäben des § 28 TKG 2004 genügen, anordnen kann, würden diese entsprechend §§ 37 II 1, 35 V 1 ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung verlangt werden müssen. Es würde sich dann nicht mehr um eine nachträgliche Korrektur, sondern ebenfalls um eine von Beginn der Leistungserbringung an mögliche Regulierung handeln. Dies wäre insbesondere mit Blick auf die umzusetzenden europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich der flexibleren Zuordnung der sektorspezifischen Regulierung und Anpassung an das allgemeine Wettbewerbsrecht[1159] bedenklich.

Des Weiteren ist der Neuregelung in § 38 I TKG 2004 eine Verhaltenssteuerung bereits insoweit immanent, als geplante Entgelte der RegTP vor Inkrafttreten vorgelegt werden müssen und diese ihre Einführung bis zum Abschluss der Prüfung untersagen kann, wenn ein Entgelt offensichtlich nicht mit den Maßstäben des § 28 TKG 2004 vereinbar ist.

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen auf Grund gerichtlicher Entscheidungen

Die in § 35 V 2, 3 TKG 2004 enthaltene Einschränkung der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen auf Grund gerichtlicher Entscheidungen begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 19 IV und Art. 3 I GG. Auch mit Blick auf die Regelung im Referentenentwurf sind diese Bedenken gegeben.

§ 31 V 2 Referentenentwurf war mit der Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes nicht vereinbar:[1160] Art. 19 IV GG verbürgt eine tatsächlich wirk-

[1159] Vgl. Scherer, K&R 2002, 273 (275).
[1160] Wegmann, K&R-Beilage 1/2004, 25 (30).

same gerichtliche Kontrolle. Mit der Regelung des Referentenentwurfs wäre jeglicher Rechtsschutz des regulierten Unternehmens gegen die Regulierungsentscheidungen praktisch ausgehöhlt worden. Denn den regulierten Unternehmen ist regelmäßig nur die nachträgliche Erhebung der gerichtlich festgestellten Entgelte möglich, so dass bei Ausschluss der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung ein effektiver Rechtsschutz gegen die Maßnahme der RegTP versagt würde.[1161]

Dieser kategorische Ausschluss einer Rückwirkung in Fällen gerichtlicher Entscheidung wurde im Regierungsentwurf und anschließend im TKG 2004 nicht aufrecht erhalten. Eine Rückwirkung der Entscheidungen, die zur Genehmigung eines höheren Entgeltes verpflichten, soll nach § 35 V TKG 2004 nur dann möglich sein, wenn der Kläger, also das regulierte Unternehmen, zuvor in einem Eilverfahren gemäß § 123 VwGO eine Anordnung auf vorläufige Zahlung des höheren Entgeltes erstritten hat.[1162] Auch diese Regelung stellt sich, wie gleich zu zeigen sein wird, verfassungsrechtlich als höchst problematisch dar, da eine Vereinbarkeit mit Art. 3 I GG nicht gegeben erscheint und auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG möglicherweise nicht voll gewährleistet wird.[1163]

Im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren erfolgt nur eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage; eine vollumfängliche Ermittlung und rechtliche Würdigung des Sachverhalts finden dabei nicht statt. Wird dann auf Grund dieser Prüfung der Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Genehmigung höherer Entgelte abgelehnt, findet im Extremfall überhaupt keine umfassende Überprüfung der Entgeltentscheidung mehr statt, da die Hauptsacheentscheidung in diesen Fällen keine Rückwirkung entfalten kann und damit in bestimmten Fällen[1164] keine praktische Relevanz hat.[1165]

[1161] Wegmann, ebd.
[1162] Vgl. oben, Teil 3, D., II., 1.
[1163] Wegmann, K&R-Beilage 1/2004, 25 (31).
[1164] Die Hauptsacheentscheidung, die das von der Eilentscheidung abweichend höhere Entgelt genehmigt, wird nicht umgesetzt, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung alle Verträge und Vereinbarungen die das Entgelt zum Gegenstand hatten, durch andere abgelöst sind. Mangels Rückwirkung kann das höhere Entgelt nicht nachgefordert werden.
[1165] Wegmann, a. a. O.

Besonders problematisch erscheint diese Regelung jedoch vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebotes (Art. 3 I GG). Die neue Regelung macht, wie bereits dargestellt, die Rückwirkung von Entscheidungen über Verpflichtungsklagen für die Fälle unmöglich, in denen nicht vorab eine positive Entscheidung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes herbeigeführt wurde. Dies betrifft allerdings nicht die Fälle, in denen ein Wettbewerber des regulierten Unternehmens versucht, mit einer Anfechtungsklage die Genehmigung eines Entgeltes zu beseitigen, bzw. die Genehmigung eines geringeren Entgeltes anstrebt. In diesen Konstellationen bleibt die Rückwirkung der gerichtlichen Entscheidung bestehen. Für eine derartige Ungleichbehandlung existiert nach Auffassung einiger Autoren[1166] keine Rechtfertigung. Die Begründung des Gesetzgebers zu dieser Vorschrift geht außerdem nicht auf diese beiden Möglichkeiten ein, so dass die Ungleichbehandlung offenbar nicht erkannt wurde.[1167] Insbesondere die Verunsicherung des Marktes durch die Rückwirkung von Verpflichtungsurteilen ist nicht anders zu bewerten als die durch die Rückwirkung von Anfechtungsurteilen entstehenden Abwicklungsprobleme. Gerade durch die rückwirkende Aufhebung von Entgeltgenehmigungen entstehen gewaltige Rückabwicklungsschwierigkeiten, die rechtlich und praktisch Jahre nach dem Leistungsaustausch kaum noch zu bewältigen sind. Daher wird teilweise gefordert, neben der bereits vorgesehen Beschränkung der Rückwirkung von Verpflichtungsurteilen dasselbe auch für Anfechtungsurteile vorzusehen.[1168]

Andere Autoren[1169] sind der Auffassung, dass die getroffene Regelung zum Schutz der Wettbewerber vor unkalkulierbaren Rückforderungen bereits genehmigter Entgelte wichtig ist, weil die Wettbewerber diese Nachzahlungen nicht durch die nachträgliche Erhöhung ihrer Endkundenpreise ausgleichen können. Dies würde zu einer wesentlichen Planungs- und Kalkulationsunsicherheit und damit zu einer Benachteiligung der Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt führen.[1170] Die Möglichkeit, Rückstellungen in Höhe

[1166] Zwach, TKMR-Tagungsband zum Workshop „Regierungsentwurf zum TKG“, Berlin, 15. Dezember 2003, 9 (16).
[1167] So Zwach, ebd.
[1168] Wegmann, K&R-Beilage 1/2004, 25 (31).
[1169] So z. B. Groebel, K&R-Beilage 1/2004, 18 (20).
[1170] Groebel, ebd.

der Differenz zwischen beantragtem und genehmigtem Entgelt zu bilden, hat ebenfalls benachteiligende Wirkungen und führt nach dieser Auffassung zu einem Ergebnis, das der mit der Entgeltgenehmigungspflicht intendierten Wirkung entgegensteht.[1171]

3. Eigene Auffassung und Kritik

Die Vorschrift zur Rückwirkung einer Entgeltgenehmigung auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, ist vielmehr aus verfassungsrechtlicher Sicht erforderlich. Eine Entgeltregulierung ist, wie dargestellt[1172], als Eingriff in die Berufs- und Unternehmerfreiheit des Art. 12 I GG zu werten, der nur im Rahmen des Erforderlichen und Verhältnismäßigen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Durch die Bestimmung der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung reduziert sich der Eingriff auf die sich aus § 37 III TKG 2004 ergebende Verpflichtung zur Leistungserbringung **vor** Erteilung der Entgeltgenehmigung und damit auf eine „Vorfinanzierung" der Wettbewerber, die in diesem Zeitraum vorerst ohne Gegenleistung die vertragsgegenständliche Telekommunikationsdienstleistung in Anspruch nehmen können. Dies im Gegensatz zu einer Entgeltgenehmigung ohne Rückwirkung, die in die Grundrechte des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auf weit gravierendere Weise eingreifen würde, da dieses dann verpflichtet wäre, eine Leistung ohne Gegenleistung zur Verfügung zu stellen.

Dagegen stehen der Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 35 V 2, 3 TKG 2004 durchaus Bedenken entgegen: Sie begünstigt einseitig die Wettbewerber des regulierten Unternehmens und schließt bei negativem Ausgang eines gerichtlichen Eilverfahrens die rückwirkende Korrektur einer falschen regulierungsbehördlichen Entgeltentscheidung zu Lasten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht aus. Vor diesem Hintergrund läuft ein mit einem Antrag nach § 123 VwGO auf Festsetzung höherer Entgelte befasstes Gericht Gefahr, den höheren Entgeltanspruch bereits im

[1171] Groebel, ebd.
[1172] Vgl. oben, Teil 2, C., I., 4, c).

vorläufigen Verfahren endgültig zu vereiteln.[1173] Daher ist zu erwarten, dass im Zweifel häufiger Eilentscheidungen zu Gunsten des regulierten Unternehmens als zu dessen Ungunsten ergehen werden. Zu hoch festgesetzte Entgelte würden dann (erst) nach einer abweichenden Entscheidung der Hauptsache an die Wettbewerber zu erstatten sein.[1174]

Für die Fälle jedoch, in denen eine für das regulierte Unternehmen negative Entscheidung getroffen wird, liegt ein erheblicher Eingriff in dessen Unternehmensfreiheit gemäß Art. 12 I GG vor. Insoweit müssen Leistungen im Zweifel bis zur letztinstanzlichen Entscheidung in der Hauptsache, soweit sich diese dann aus Sicht des Marktbeherrschers positiv darstellt, gegen ein zu geringes, mit der angefochtenen behördlichen Entscheidung festgelegtes Entgelt überlassen werden. Insoweit ist ein nur mit erheblichen entgegenstehenden Interessen zu rechtfertigender Grundrechtseingriff gegeben. Nun soll die Regelung vor allem dem Schutz der Wettbewerber dienen, die in eine existenzbedrohende Situation gelangen könnten, da sie nachzuzahlende Entgelte nicht an ihre Endkunden weiterreichen können und sie möglicherweise keine entsprechenden Rücklagen gebildet haben.[1175] Allerdings ist die Bildung entsprechender finanzieller Sicherheiten bei nicht rechtskräftigen Genehmigungen zwangsläufig nach den Maßstäben der kaufmännischen Vorsicht vorzunehmen. In Folge dessen müssen in der Regel mangels anderweitiger Finanzierbarkeit die dadurch zusätzlich entstehenden Kosten auch von den Wettbewerbern an ihre Endkunden weitergegeben werden. Damit kann es zur Verzögerung der Wettbewerbsentwicklung kommen. Allerdings scheinen diese Gründe kaum gewichtig genug, um einen entsprechend massiven Eingriff in die Grundrechte des marktbeherrschenden Unternehmens zu rechtfertigen.

Weiterhin ist es nicht nachvollziehbar und wohl auch mit Art. 3 GG nicht vereinbar, die Rückwirkung nur für Fälle der Verpflichtung zur Erteilung, nicht jedoch auch für Fälle der Anfechtung einer Entgeltgenehmigung auszuschließen. In dieser Konstellation hätte das regulierte Unternehmen

[1173] Vgl. Schütze, CR 2004, 493 (498).
[1174] Schütze, ebd.
[1175] So auch Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/2316, 95.

ebenso – wie im Fall der Verpflichtung der Wettbewerber – Rückstellungen für den Fall der Festsetzung niedrigerer Entgelte und damit einer Rückzahlungspflicht zu bilden. Auch diese müssten an dessen Endverbraucher weitergegeben werden oder könnten zu einer Existenzbedrohung führen.

IV. Vereinbarkeit der Entgeltregulierungsvorschriften des TKG 2004 mit allgemeinen zivilrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und telekommunikationsrechtlichen Grundsätzen sowie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen

Die nunmehr in den Entgeltregulierungsvorschriften des TKG 2004 verankerte Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen ist schließlich auf ihre Vereinbarkeit mit den für ihre Beurteilung maßgeblichen zivil- (1.), verwaltungs- (2.) und telekommunikationsrechtlichen (3.) Vorgaben zu überprüfen. Dabei ist wie schon zuvor zwischen der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen generell (jeweils a)) und der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen nach gerichtlicher Entscheidung (jeweils b)) zu unterscheiden. Weiterhin ist die Neuregelung ebenfalls an den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts[1176] zu messen (4.). Im Einzelnen:

1. Vereinbarkeit mit zivilrechtlichen Grundsätzen

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen

Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung deckt sich mit den zivilrechtlichen Grundlagen der Rückwirkung. Wie bereits festgestellt[1177], stehen einer Rückwirkung der Entgeltgenehmigung aus zivilrechtlicher Sicht keinerlei Bedenken entgegen. Vielmehr ist sie die zwingende Folge der zivilrechtlichen Regeln. Das TKG 2004 scheint zunächst davon auszugehen, dass das Rechtsgeschäft über eine Telekommunikationsdienstleistung, deren Entgelt noch nicht genehmigt ist, anfangs schwebend unwirksam ist. Sonst ergäbe die in § 37 III TKG festgeschriebene Leistungsverpflichtung vor Erteilung der Genehmigung keinen Sinn. Allerdings ist diese Regelung als bloße Klarstellung einzuordnen, da davon ausgegangen werden kann,

[1176] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871.
[1177] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 1.

dass nur die Entgeltvereinbarung, nicht jedoch auch die Leistungsvereinbarung von der schwebenden Unwirksamkeit erfasst wird.[1178]

Weiterhin ist festzustellen, dass eine Teilnichtigkeit der Entgeltvereinbarung gemäß § 134 BGB bei Genehmigungserteilung durch die gesetzliche Neuregelung ausgeschlossen ist. Wie gezeigt[1179], kommt dieses Ergebnis nur in Betracht, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Die Neuregelung hält aber eindeutig fest, dass „Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, ... wirksam (werden) ...“ (§ 37 II 1 TKG 2004) und die „Genehmigung eines vertraglich bereits vereinbarten Entgelts“ auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung zurück wirkt (§ 35 V 1 TKG 2004). Für eine Nichtigkeit bleibt damit kein Raum, es sei denn, die Erteilung einer Genehmigung wird endgültig versagt.

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen bei gerichtlicher Entscheidung

Wie soeben dargelegt, entspricht die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung zivilrechtlichen Grundsätzen. Die Regelung des § 35 V 2, 3 TKG 2004 setzt also diese Grundsätze außer Kraft. Eine schwebend unwirksame Vereinbarung würde mit der Rechtskraft der erstinstanzlichen, an sich vorläufigen Eilentscheidung durch die damit eintretende Unabänderbarkeit bzw. „Wirksamkeit“ der streitgegenständlichen Entgeltgenehmigung für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung in einen für diesen Zeitraum unveränderbaren Zustand versetzt, die schwebende Unwirksamkeit gleichsam aufgehoben. Dies gilt allerdings aber auch nur dann, wenn es sich um eine für das regulierte Unternehmen negative Entscheidung handelt. Andernfalls bleibt es bei der vorläufigen Regelung bis zur Entscheidung in der Hauptsache.

[1178] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 1., b).
[1179] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 1., a), bb).

2. Vereinbarkeit mit verwaltungsrechtlichen Grundsätzen

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen

Es wurde bereits festgestellt, dass die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung auch aus verwaltungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist.[1180] Etwas anderes wäre nach der Rechtsprechung des BVerwG[1181] nur dann der Fall, wenn dieses Resultat Sinn und Zweck der zu Grunde liegenden Regelung widerspräche. Auch nach der Neuregelung liegt diese Situation jedoch nicht vor, da auch jetzt Hauptzweck des Telekommunikationsrechts die weitere Schaffung und immer mehr die Aufrechterhaltung von Wettbewerb ist. Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung entspricht somit diesem Zweck, indem sie den Austausch im Synallagma stehender Leistungen und damit Wettbewerb zu dem frühestmöglichen Zeitpunkt gestattet.

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen bei gerichtlicher Entscheidung

Für den Fall, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung höherer Entgelte im Verfahren nach § 123 VwGO zurückgewiesen wird, ergibt sich nach der Neuregelung des § 35 V 2, 3 TKG 2004 die paradoxe Situation, dass eine im Hauptverfahren als rechtswidrig erkannte behördliche Entgeltentscheidung für die Vergangenheit wirksam bleibt und erst ab Rechtskraft der möglicherweise letztinstanzlichen gerichtlichen Entscheidung abgeändert werden kann. Dass in diesem Zeitpunkt die Korrektur schon deshalb uninteressant sein kann, weil zwischenzeitlich die Leistung, für die das streitgegenständliche Entgelt erhoben werden sollte, nicht mehr angeboten wird, offenbart ebenfalls die Schwächen dieser Regelung.

Weiterhin wird der vorläufige Charakter der gerichtlichen Entscheidung in einem Verfahren nach § 123 VwGO ausgehebelt, da deren Rechtsfolgen durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr korrigiert werden können. Damit wird hier der Grundsatz vom Verbot der Vorwegnahme der

[1180] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 2.
[1181] Vgl. BVerwGE 88, 278 ff.

Hauptsache und die dazu entwickelte Kasuistik[1182] durch die gesetzliche Regelung umgangen. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist danach nur dann zulässig, wenn dies im Hinblick auf Art. 19 IV GG zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes schlechterdings unumgänglich ist.[1183] Dies ist dann der Fall, wenn die drohenden Nachteile irreparabel sind[1184] bzw. existenzielle Belange betroffen sind[1185].

Zwar kann hier nicht von einer Vorwegnahme der Hauptsache im „klassischen Sinn“, also allein durch die gerichtliche Einscheidung, gesprochen werden, allerdings führt die gesetzliche Regelung im Ergebnis zu einer ähnlichen Situation. Daher sollten die einschlägigen Grundsätze hier zur Anwendung gelangen. Der Gesetzgeber[1186] geht davon aus, dass es bei unbeschränkter Rückwirkung zu einer existenzbedrohenden Situation bei Wettbewerbern kommen kann und zurückzuzahlende Entgelte nicht als Nachzahlungen gegenüber den Endkunden durchzusetzen sind, jenen dementsprechend irreparable finanzielle Schäden drohen. Dies gilt aber nur dann, wenn entgegen kaufmännischer Vorsicht Rückstellungen nicht gebildet werden. Solche Vorsichtsmaßnahmen wiederum führten allerdings lediglich zu einer Beschränkung der Wettbewerbsfähigkeit, erforderten jedoch keine Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache und damit im Zweifel die Bekräftigung einer rechtswidrigen und in Grundrechte des regulierten Unternehmens massiv eingreifenden behördlichen Entgeltgenehmigung. Die Regelung des § 35 V 2, 3 TKG 2004 steht damit im Widerspruch zum Gebot der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG und begegnet damit erheblich verfassungsrechtlichen Bedenken.

[1182] Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 123, Rn. 13 ff.
[1183] Ebd.
[1184] OVG Bautzen, SächsVBl. 1997, 13 ff.
[1185] VGH Kassel, NVwZ-RR 1996, 325.
[1186] Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/2316, 95.

3. Vereinbarkeit mit telekommunikationsrechtlichen Grundsätzen

a) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen

Die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung gemäß § 37 II TKG 2004 steht schließlich auch im Einklang mit Grundsätzen des Telekommunikationsrechts. Sie ist mit § 29 II TKG 1996 vergleichbar, an den nach verschiedenen Auffassungen unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft wurden. So wurde auch die vollständige Unwirksamkeit einer auf einem noch nicht genehmigten Entgelt basierenden Vereinbarung postuliert.[1187] Diese Rechtsfolge ist mit Blick auf die nun geregelte Rückwirkung auszuschließen, da ein rückwirkendes Wirksamwerden zumindest eine schwebend unwirksame Vereinbarung erfordert. Im Fall einer bereits eingetretenen vollständigen Unwirksamkeit ist ein nachträgliches Wirksamwerden durch Erteilung einer Genehmigung hingegen ausgeschlossen.

§ 37 I TKG 2004 findet weiterhin auch auf Vereinbarungen noch nicht genehmigter Entgelte Anwendung, was sich aus dem engen Zusammenhang mit der Regelung der Rückwirkung in §§ 35 V 1 und 37 II TKG 2004 ergibt. Sinnvollerweise kann auch nach der Neuregelung davon ausgegangen werden, dass nur die Entgeltvereinbarung bis zur rückwirkenden Genehmigung schwebend unwirksam ist.[1188] Ein Widerspruch der Rückwirkung gegen telekommunikationsrechtliche Vorgaben lässt sich auch nach der Neuregelung des TKG 2004 nicht feststellen.

b) Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen bei gerichtlicher Entscheidung

Ziel der Entgeltregulierung ist gemäß § 27 I TKG 2004, „eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern“. Mit der Verkürzung der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung wird der Wettbewerber nicht vor Maßnahmen des regulierten Unternehmens geschützt, da für die Überprüfung der vom Marktbeherrscher verlangten Entgelte auf ihre Ver-

[1187] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3., a), aa).
[1188] Vgl. bereits oben, Teil 2, C., IV., 2.

einbarkeit mit den Maßstäben des § 28 TKG 2004 bereits die Regulierungsbehörde im Regulierungsverfahren verantwortlich ist. Vielmehr wird der Wettbewerber vor der Falschentscheidung einer Behörde geschützt, die wohl in der Regel als allgemeines Lebensrisiko einzuordnen und nicht als missbräuchliche Behinderung durch das regulierte Unternehmen zu erachten ist. Die Regelung ist daher zur Erreichung der Regulierungsziele nicht notwendig und daher verfassungsrechtlich bedenklich.[1189]

4. Entgeltregulierungsvorschriften des TKG 2004 im Lichte der Rechtsprechung des BVerwG

Die Judikatur des BVerwG zur Frage der Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen wurde bereits dargestellt.[1190] Danach wirken Entgeltgenehmigungen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück und das regulierte Unternehmen ist verpflichtet, seine Telekommunikationsdienstleistung vor Erteilung der Genehmigung ab dem Vertragsschluss zur Verfügung zu stellen.[1191] Diesbezüglich soll zunächst die Auffassung des BVerwG mit den Ergebnissen dieser Arbeit verglichen werden (a)), anschließend wird geprüft, ob die Resultate des Gerichts und die hier gefundenen Erkenntnisse in der neuen gesetzliche Regelung entsprechend umgesetzt wurden (b)). Abschließend ist zu erörtern, ob die durch die Regelungen des TKG 1996 aufgeworfenen Fragen im Bereich der Entgeltregulierung mit der Neuregelung zur Gänze geklärt wurden (c)). Im Einzelnen:

a) Bewertung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Das BVerwG kommt zunächst zum Ergebnis, dass die Genehmigung eines Entgeltes durch die RegTP auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück wirkt[1192], was der Schlussfolgerung aus den allgemeinen Betrachtungen dieser Arbeit entspricht[1193]. Im Ergebnis der Betrachtung des Rückwirkungsproblems unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten stand unter anderem die Feststellung, dass es sich bei Leistungsbereitstellung und Zahlung um im Synallagma stehende Verpflichtungen handelt, von denen keine ohne

[1189] Vgl. schon oben, Teil 3, D., III., 3.
[1190] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 4., d).
[1191] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NJW 2004, 871 (871).
[1192] Vgl. Leitsatz 1 der Entscheidung.
[1193] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3.

die andere erbracht werden soll, auch wenn die Gegenleistung erst nach einer Genehmigungserteilung erbracht werden kann.[1194] Mit diesem Argument begründet auch das Gericht seine Entscheidung.[1195]

Auch nach Auffassung des BVerwG weisen Wortlaut der §§ 29 I, 39 1. Alt. TKG 1996 sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen auf eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigung hin.[1196] Es gelangt damit ebenso wie hier[1197] zu der Erkenntnis, dass die gesetzliche Vorschrift nicht den Zweck hat, die Wirksamkeit der Entgeltvereinbarung über das zur Gewährleistung der Kontrolltätigkeit der RegTP erforderliche Maß hinaus zu beeinträchtigen.[1198] Weiterhin läuft dieses Ergebnis[1199], auch nach Auffassung des Gerichts, nicht der Unterscheidung zwischen ex-nunc- und ex-post-Entgeltregulierung zuwider.[1200] Damit stellt auch das Gericht die entscheidenden Unterschiede zwischen beiden Regulierungsarten klar, von denen eine die lediglich nachträgliche Kontrolle, also eine spätere Überprüfung der Entgelte ermöglicht, die andere hingegen eine präventive Kontrolle einrichtet, bei der die Entgelte erst nach Abschluss der Überprüfung erhoben werden dürfen. Auch mit Rückwirkung der erteilten Entgeltgenehmigung wird dieser Unterschied nicht beseitigt.

Das BVerwG hält es ebenfalls nicht für erforderlich, die bis zur Genehmigung der Entgelte bestehende Rechtsunsicherheit für die Wettbewerber durch die Aufhebung der Rückwirkung zu beseitigen. Das Gericht geht zwar davon aus, dass diese Situation eine Marktzutrittsschranke bilden kann.[1201] Es gewichtet aber die mit der Unternehmerfreiheit verbundenen Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens stärker als die der Wettbewerber. Diese können nach Auffassung des Gerichts selbst über einen Vertragsabschluss mit dem regulierten Unternehmen entscheiden, dabei die Vertragskonditionen an den Maßstäben des § 24 TKG 1996 überprüfen und sodann die notwendigen unternehmerischen Maßnahmen treffen.

[1194] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 1.
[1195] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NJW 2004, 871 (874).
[1196] BVerwG, a. a. O., (873).
[1197] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3., c), aa), aaa).
[1198] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NJW 2004, 871 (873).
[1199] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3., c), aa), ccc).
[1200] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NJW 2004, 871 (874).
[1201] BVerwG, ebd.

Einen stärkeren Eingriff in die Unternehmensfreiheit als durch § 29 I TKG 1996, etwa durch Einschränkung oder den Ausschluss der Rückwirkung, ist nach der auch hier vertretenen Ansicht[1202] ebenso wie der des BVerwG[1203] nicht zur rechtfertigen.

Des Weiteren ist das BVerwG der Auffassung, dass das regulierte Unternehmen auch **vor** Genehmigung des beantragten Entgeltes zur Erbringung der Telekommunikationsdienstleistungen verpflichtet ist.[1204] Entsprechend der hier vertretenen Auffassung[1205] wird auch vom BVerwG das Argument angeführt, dass bis zur Genehmigung der Entgelte nicht der gesamte Austauschvertrag, sondern nur die Entgeltabrede, als das der staatlichen Regulierung unterliegende Vertragselement, schwebend unwirksam ist. Zudem zieht auch das Gericht zur weiteren Begründung dieses Ergebnisses den zentral bedeutsamen Zweck des TKG 1996, die Förderung und Sicherung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, heran.[1206]

In der Gesamtschau kann festgehalten werden, dass die Entscheidung des BVerwG und deren Begründung im Einklang mit den hier gefundenen Ergebnissen stehen. Nicht in die Entscheidungsbegründung einbezogen hat das Gericht Betrachtungen zum privatrechtsgestaltenden Charakter der Entgeltgenehmigung, wohl weil es solch weit komplexerer Überlegungen nicht mehr bedurfte.

b) Umsetzung im neuen Telekommunikationsrecht

Das vom BVerwG und auch hier gefundene Ergebnis hinsichtlich der Frage, ob eine Entgeltgenehmigung mit Rückwirkung versehen ist, wurde in § 35 V 1 TKG 2004 eindeutig umgesetzt. Die neue gesetzliche Regelung differiert von der Judikatur nur insoweit, als das Gesetz einen anderen Zeitpunkt für den Beginn der Rückwirkung gewählt hat: Das Gericht und auch die vorstehenden Ausführungen sind im Ergebnis für eine Rückwirkung der Entgeltgenehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses

[1202] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3., c), bb).
[1203] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871 (874).
[1204] BVerwG, a. a. O., 876.
[1205] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3., a), cc).
[1206] BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004, 6 C 1.03, NVwZ 2004, 871 (877).

eingetreten.[1207] Der Gesetzgeber hat den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung gewählt:

> Die Wahl dieses Zeitpunktes erscheint mit Blick auf die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung nicht geglückt. Der Wille der Vertragsparteien wird in der Regel dahin gehen, einen von Anfang an wirksamen Vertrag zu schließen. Bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Regelung ergibt sich jedoch, dass die im Austauschvertrag getroffene, bis zur Genehmigung schwebend unwirksame Entgeltvereinbarung zwar ab Leistungsbereitstellung rückwirkend wirksam wird, für den Zeitraum zwischen Vertragsschluss und erstmaliger Leistung ergibt sich nach dem Gesetzeswortlaut jedoch ein rechtliches Novum, da die Entgeltvereinbarung weder endgültig unwirksam noch weiterhin schwebend unwirksam sein kann. Ob aus diesem formalen Gesichtspunkt praxisrelevante Probleme entstehen, wird aber erst die Anwendung der Norm zeigen.

Umgesetzt wurde auch die Erkenntnis[1208], dass das regulierte Unternehmen auch vor der Entgeltgenehmigung einer Leistungsverpflichtung unterliegt (vgl. § 37 III 1 TKG 2004). Nach dem Wortlaut des Gesetzes „**bleibt** ... (die Verpflichtung zur Erbringung der Leistung) ... **bestehen**“. Fraglich ist hier, ob mit dieser Formulierung nur der Fall des nachträglichen Wegfallens einer Entgeltgenehmigung erfasst werden sollte oder auch der Zeitraum zwischen Vertragsschluss und erstmaliger Entgeltgenehmigung. Hinweise zur Klärung dieser Frage lassen sich nicht der Begründung zum Regierungsentwurf entnehmen. Allerdings kann auf Grund der auch diesen Zeitraum erfassenden Regelung in § 37 III 2 TKG 2004 davon ausgegangen werden, dass es sich in Satz 1 lediglich um eine unkorrekte Formulierung handelt. Zusammenfassend hat damit die Rechtsprechung des BVerwG, die mit den Resultaten dieser Untersuchung konform geht, weithin Eingang in die neue gesetzliche Regelung gefunden.

[1207] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 1., b) und BVerwG, a. a .O., Leitsatz 1 der Entscheidung.
[1208] Vgl. oben, Teil 2, C., IV., 3., a), bb) und BVerwG, a. a. O., 876 ff.

c) Korrektur der Entgeltregulierungsvorschriften durch das TKG 2004

Die Frage, ob eine Entgeltgenehmigung mit Rückwirkung versehen ist und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt diese eintritt, wurde mit der Neuregelung durch Klarstellung im Gesetzestext[1209] beantwortet, allerdings mit den zuvor genannten Einschränkungen. Das gleiche trifft auf das Problem der Leistungsbereitstellung durch den Marktbeherrscher zu.[1210] Wie bereits dargestellt, sind die Neuregelungen aber nicht so eindeutig ausgefallen, wie dies zu wünschen gewesen wäre, so dass auch in Zukunft Raum für verschiedene Auffassungen bleibt.

Ansatzpunkte für weitere Auseinandersetzungen bietet vor allem die Neuregelung in § 35 V 2, 3 TKG 2004. Hier wird bei der Anwendung der Norm in der gerichtlichen Praxis zu klären sein, ob die Einschränkung der Rückwirkung erforderlich ist; nur dann ist sie verfassungsgemäß. Zumindest dürften Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieses Eingriffs in die Unternehmerfreiheit des regulierten Unternehmens bestehen. Ausschlaggebend bei der Bewertung dieser Regelung sollte letztlich sein, dass auch das TKG 2004 zum Schutz des Wettbewerbs, aber nicht zum Schutz der Wettbewerber vor (mehr) Wettbewerb geschaffen wurde.

[1209] § 35 V 1 TKG 2004.
[1210] § 37 III 1 TKG 2004.

Zusammenfassung

1. Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit war ein Streit zwischen der für die Regulierung und in diesem Rahmen auch für die Erteilung von Entgeltgenehmigungen zuständigen RegTP sowie einigen Vertretern der Literatur auf der einen Seite und den für die gerichtliche Überprüfung der Entscheidungen der Behörde allein berufenen Verwaltungs- bzw. Oberverwaltungsgerichte in Köln und Münster zum anderen.

2. Ein zentrales Diskussionsthema war, ob der im Verfahren der Genehmigung eines Entgeltes gemäß § 25 I TKG 1996 erlassene Verwaltungsakt Rückwirkung auf einen vor seiner Bekanntgabe liegenden Zeitpunkt haben kann. Wesentliches Argument für die Verneinung der Rückwirkung war der Sinn und Zweck des TKG 1996, die Schaffung eines „chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs“ (§ 2 II TKG 1996) auf dem Telekommunikationssektor. Nach der Auffassung der RegTP verbot dieses Ziel die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung, da gerade das Vorab-Regulierungsverfahren der Überwachung der Preisbildung des marktbeherrschenden Unternehmens und damit der Wettbewerbsschaffung dienen sollte. In diesem Zusammenhang ergab sich als weiter gehende Frage die Klärung der Einordnung der Entgeltgenehmigung innerhalb des Normengefüges, im Verhältnis zu vergleichbaren Instrumenten der Verwaltung und weiteren der Förderung des Wettbewerbs dienenden Regulierungseingriffen.

3. Die Entgeltgenehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 wurde als Verwaltungsakt qualifiziert. In diesem Zusammenhang wurden verschiedene Kategorien der Verwaltungsakte, insbesondere die verschiedenen Formen der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte, mit dem Ziel analysiert, Entgeltgenehmigungen in diese Kategorien einzuordnen. Im Ergebnis der Untersuchung stellt sich auch die Genehmigung gemäß §§ 25 I, 27, 28 TKG 1996 als privatrechtsmitgestaltender Verwaltungsakt dar. Eine weitere Einordnung dieses Regulierungsinstruments konnte zur Kategorie der vertragsgestaltenden Verwaltungsakte erfolgen.

4. In einem weiteren Schritt der Untersuchung wurde das Verhältnis der Entgeltgenehmigung als Handlungsinstrument zum Wirtschaftsverwaltungs-

recht beleuchtet. Dazu wurden typische Handlungsinstrumentarien der Verwaltung in diesem Tätigkeitsfeld, nämlich die sogenannten Wirtschaftsverwaltungsakte, zur Einordnung der Entgeltgenehmigung herangezogen. In einem nächsten Schritt wurden bei diesen Wirtschaftsverwaltungsakten einige Maßnahmen mit privatrechtsgestaltender Wirkung lokalisiert und näher untersucht. Dabei konnten Parallelen und Unterschiede zur Entgeltgenehmigung im TKG dargestellt werden. Diese Entgeltgenehmigung zeigt danach eine starke Orientierung an den klassischen Tarifgenehmigungen des Energie- oder Beförderungsmarktes, sie dient wie diese der Preiskontrolle auf einem der staatlichen Überwachung unterliegenden Markt. Die Ursachen für die Erforderlichkeit staatlicher Intervention unterscheiden sich jedoch: Ursprünglich wurden Tarifgenehmigungen dort für erforderlich gehalten und eingesetzt, wo Leistungen der Daseinsvorsorge von wenigen Unternehmen im staatlichen Auftrag erbracht wurden. Heute erscheint ein Eingreifen des Staates auf diese Art und Weise dort erforderlich, wo in Folge der Aufhebung eines staatlichen Monopols die Etablierung und Sicherung eines leistungsfähigen und chancengleichen Wettbewerbs in den Mittelpunkt des staatlichen Interesses rückt. Schließlich konnten in diesem Teil der Arbeit weitere entgeltrelevante Maßnahmen, wie der Widerspruch gemäß § 23 TKG 1996 und die Untersagungsanordnung und Unwirksamkeitserklärung gemäß § 30 TKG 1996 als privatrechtsgestaltende Wirtschaftsverwaltungsakte qualifiziert werden.

5. Der letzte Abschnitt des Hauptteils behandelt die verschiedenen Wirkungen des Verwaltungsakts, insbesondere dessen Rückwirkung. Dabei werden zunächst die allgemeinen Wirkungen der Verwaltungsakte, anschließend die Rückwirkung verschiedener Rechtsakte und abschließend die Rückwirkung speziell der Entgeltgenehmigung untersucht. Eingegangen wird daher zunächst auf die Wirkungen der Verwaltungsakte und ihre Einwirkungen auf die Grundrechte der von ihnen Betroffenen. Als wesentlicher Punkt für die Rückwirkung eines Verwaltungsakts wird auch der Zeitpunkt des Eintritts seiner Wirkungen näher behandelt. Zu Vergleichszwecken bot sich die Untersuchung der Rückwirkung anderer Rechtsakte aus verschiedenen Rechtsgebieten, besonders die Rückwirkung von Rechtsnormen im Verfah-

rensrecht, Zivilrecht und nicht zuletzt im Verwaltungsrecht an. Das erste Ergebnis der Arbeit, nämlich die Feststellung, dass es sich bei den Entgeltgenehmigungen des TKG 1996 um privatrechtsmitgestaltende Verwaltungsakte handelt, führte dazu, dass ihre mögliche Rückwirkung nicht nur mit Blick auf das Verwaltungsrecht oder das Telekommunikationsrecht, sondern auch aus zivilrechtlicher Sicht zu beurteilen war.

6. Zivilrechtliche Normen stehen im Ergebnis der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung des TKG 1996 keinesfalls entgegen. Vielmehr sprechen diese Regelungen insgesamt für eine Wirkung der Genehmigung auf einen vor ihrer Erteilung liegenden Zeitpunkt. Auch ergibt sich aus diesen Vorschriften, dass ein Aufschub der Leistungspflicht des marktbeherrschenden Unternehmens bis zur Genehmigungserteilung nicht zwangsläufig mit einer schwebenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts verknüpft ist. Vielmehr betrifft die sich auch aus den zivilrechtlichen Regelungen ergebende, zunächst schwebende Unwirksamkeit nur die Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Entgeltes. Im Übrigen bieten auch die zivilrechtlichen Normen die Gewähr, dass keine den Wettbewerb schädigende unentgeltliche Leistung möglich wird.

7. Weiterhin konnte festgestellt werden, dass auch aus verwaltungsrechtlicher Sicht keine Einwände gegen die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung gegeben sind, dies insbesondere mit Blick auf die, eine Rückwirkung von Verwaltungsakten bejahende, Grundsatzentscheidung des BVerwG vom Januar 2004. Außerdem sprechen allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze für die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung. Diese Erkenntnis gilt insbesondere mit Blick auf die Regulierungspraxis der RegTP, zunächst nur vorläufige Entgeltgenehmigungen zu erteilen. Diese müssen entsprechend den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln später durch endgültige Genehmigungen ersetzt werden, die dann auch den Geltungszeitraum der vorläufigen Genehmigung umfassen.

8. Im Ergebnis der telekommunikationsrechtlichen Betrachtung, insbesondere der § 29 TKG 1996, § 30 TKV, und der Prüfung der Regelungen im telekommunikationsrechtlichen Normengefüge konnte festgehalten werden, dass auch diese Vorschriften der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung

nicht entgegen stehen. Insbesondere § 29 TKG 1996 verbot nicht die Rückwirkung, setzte diese vielmehr voraus. Weiterhin war festzustellen, dass die Regelung des § 30 TKV dem Zweck des TKG 1996 widerspricht und daher nicht in die Betrachtung einbezogen werden sollte. Aus dem Wortlaut der Entgeltgenehmigungsvorschriften konnten keine Anhaltspunkte für oder gegen ihre Rückwirkung entnommen werden. Sinn und Zweck der Normen lassen nach dem Ergebnis der Untersuchung jedoch die Rückwirkung zu, setzen diese sogar voraus. Aus der Systematik des TKG, insbesondere dem Unterschied zwischen ex-post- und ex-ante-Regulierung ergaben sich keine Argumente gegen die Rückwirkung der Vorab-Genehmigung. Auch die häufig gegen eine Rückwirkung vorgetragenen Gründe der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes konnten die für sie sprechenden Punkte nicht aufwiegen. Endlich musste sich aus einer Betrachtung der mit dem TKG 1996 verfolgten Regulierungsziele die Möglichkeit der Rückwirkung der Entgeltgenehmigung ergeben.

9. Abschließend wurde im Hauptteil der Arbeit die Entwicklung der Regulierungspraxis und der Rechtsprechung der zuständigen Verwaltungsgerichte in dem maßgeblichen Bereich dargestellt. Danach hat die RegTP durchgehend an ihrer Auffassung, die Entgeltgenehmigung besitze keine Rückwirkung, festgehalten. Die Gerichte bejahten diese in unterschiedlichem Maße und mit den unterschiedlichsten Begründungen. Letztendlich hat das BVerwG unlängst die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung bestätigt.

10. Im dritten Teil der Arbeit war auf die im deutschen Telekommunikationsrecht durch das Richtlinienpaket 2002 erforderlichen Änderungen einzugehen. Der neue europäische Rechtsrahmen wurde insbesondere mit Blick auf die für die Entgeltregulierung erforderlichen Normen betrachtet. Im weiteren wurden der sich daraus ergebende Umsetzungsbedarf und -spielraum sowie vor allem die Umsetzungsverpflichtung dargestellt. Im Ergebnis konnte festgehalten werden, dass dem Regelungsrahmen keine direkten Vorgaben für die hier interessierenden Normen und Fragen entnommen werden können. Im Spannungsfeld zwischen diesem Rahmen und den Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts wurde geprüft, in welchem Rahmen neue oder geänderte Regelungen erforderlich und zulässig sind. Im

Ergebnis konnte eine legislative Lösung mit administrativer Auffangregelung als sinnvollste Variante festgestellt werden. Die Umsetzung des Regelungsrahmens in nationales Recht wurde weiterhin an Hand der einzelnen Gesetzesentwürfe näher aufgezeigt. Die letztendlich in Kraft getretenen Normen wurden auf ihre Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben und verfassungsrechtlichen Normen geprüft. Die nun in § 35 V 1 TKG 2004 enthaltene Rückwirkungsregelung für Entgeltgenehmigungen steht nicht im Widerspruch zu den für diesen Bereich eher unpräzisen europarechtlichen Vorgaben. Ein Verstoß gegen verfassungsrechtliche Grundsätze konnte nicht festgestellt werden, da diese gesetzliche Regelung den tatsächlich gegebenen Rechtszustand darstellt. Die weiterhin in die Neufassung des TKG eingefügte Rückwirkungsregelung von gerichtlichen Entscheidungen über Entgeltgenehmigungen und die Ausnahmen hiervon (§ 35 V 2, 3 TKG 2004) mussten jedoch vor verfassungsrechtlichem Hintergrund als bedenklich eingestuft werden. Weiterhin wurden die Neuregelungen auf ihre Übereinstimmung mit den dargestellten zivilrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und telekommunikationsrechtlichen Regelungen sowie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen überprüft. Dabei konnte festgestellt werden, dass die Regelung zur Rückwirkung der Entgeltgenehmigung und zur Leistungsverpflichtung des regulierten Unternehmens vor Genehmigungserteilung den zuvor gefundenen Grundsätzen und Vorgaben weitestgehend entspricht. Dies konnte freilich für die neu geschaffene Regelung in § 35 V 2, 3 TKG 2004, mit der die Rückwirkung der Entgeltgenehmigung beschränkt wird, nicht festgestellt werden. Vielmehr stehen dieser Regelung die gefundenen Grundsätze und auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entgegen.

11. Als Gesamtergebnis der Arbeit kann festgehalten werden, dass die Entgeltgenehmigung des TKG 1996, insbesondere mit Blick auf ihre Eigenschaften als privatrechtsmitgestaltender Verwaltungsakt und ihr Zusammenspiel mit anderen wesentlichen Regelungen im Normengefüge, entgegen vieler Äußerungen zwangsläufig mit Rückwirkung ausgestattet ist. Die ausdrückliche Regelung im neuen Gesetzestext bestätigt dieses Ergebnis und stellt es zudem deutlicher als bisher klar.

Lebenslauf

Katja Kiebs, geb. Pohl

1976	22. Januar: Geboren in Wurzen
1982-1990	Oberschule, jetzt Mittelschule Bennewitz
1990-1994	Magnus-Gottfried-Lichtwer-Gymnasium Wurzen
1994	29. Juni: Reifeprüfung ebenda
1994 – 1999	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig
1999	5. Januar: Erste Juristische Staatsprüfung in Leipzig mit dem Prädikat „befriedigend“
1999 - 2001	Vorbereitungsdienst für Juristen im Freistaat Sachsen; Stationen beim Landgericht, der Staatsanwaltschaft und dem Regierungspräsidium Leipzig, in der Rechtsanwaltschaft sowie Bielefelder Kompaktkurs Anwalts- und Notartätigkeit
2001	7. Juni: Zweite Juristische Staatsprüfung in Dresden mit dem Prädikat „befriedigend“
2001	24. August: Zulassung zur Rechtsanwaltschaft in Leipzig
2001-2004	Angestellte Rechtsanwältin in Leipzig
2004	1. April: Selbständige Rechtsanwältin in Leipzig