

Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 288 Abs. 3 AEUV; §§ 12, 13, 130, 132 TKG

Analoge Anwendung einer nationalen Vorschrift aufgrund richtlinienkonformer Auslegung

BVerwG, Urt. v. 31.01.2017 – BVerwG 6 C 2.16, BeckRS 2017, 103948

Fall

M betreibt Mobilfunknetze. Die von ihr erhobenen Verbindungsentgelte unterliegen nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur B. Im September 2010 beantragte M bei B die Genehmigung von Entgelten für den Zeitraum ab dem 01.12.2010. Wegen der von ihr beabsichtigten Durchführung eines europaweiten Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens genehmigte B das Verbindungsentgelt mit Beschluss vom 30.11.2010 nach §§ 130, 132 TKG zunächst nur vorläufig. Hiergegen hat M form- und fristgerecht vor dem Verwaltungsgericht Anfechtungsklage erhoben. Nach Durchführung des Konsolidierungsverfahrens erteilte B der M mit Beschluss vom 24.02.2011 eine endgültige Entgeltgenehmigung rückwirkend ab dem 01.12.2010. M ist der Ansicht, die vorläufige Genehmigung sei rechtswidrig gewesen. Sie müsse damit rechnen, dass B auch bei künftigen Genehmigungsanträgen das im Gesetz nicht vorgesehene Verfahren durchführen werde, was zu einer unzumutbaren Verzögerung der endgültigen Genehmigung führen könne. B ist demgegenüber der Auffassung, dass die Durchführung des Konsolidierungsverfahrens ein sachlicher Grund dafür sei, den Genehmigungsantrag der M zunächst nur vorläufig zu bescheiden. Das Verfahren diene dazu, Erkenntnisse über die für die Genehmigungsentscheidung maßgebenden Umstände zu gewinnen. Zwar sehe das TKG dieses Verfahren nur für andere Entscheidungen, nicht aber für Entgeltgenehmigungen vor, aus den einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts ergebe sich jedoch eine Pflicht der B zur Durchführung des Konsolidierungsverfahrens auch vor Erteilung der Entgeltgenehmigung. Die vorläufige Regelung sei erforderlich gewesen, um einen entgeltlosen Zustand zu vermeiden, der zu erheblichen Verwerfungen auf dem Telekommunikationsmarkt hätte führen können. Hat die Klage der M Aussicht auf Erfolg?

Hinweise: Der Gerichtshof der EU hat mit Urteil vom 14.01.2016 (C-395/14) festgestellt, dass nach der Richtlinie 2002/21/EG das dort vorgesehene Konsolidierungsverfahren auch im Fall der Entgeltgenehmigung durchzuführen ist. § 12 TKG sieht ein solches Verfahren bei der Entgeltgenehmigung dagegen nicht vor. Auch eine entsprechende Anwendung des § 12 TKG ist in § 13 TKG für diesen Fall nicht vorgesehen. Die Regelungen dienen der Umsetzung der v.g. Richtlinie und sind nach der Gesetzesbegründung abschließend. Nicht genannte Vorschriften des TKG sind nicht zu prüfen.

Lösung

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage vor dem Verwaltungsgericht

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist mangels aufdrängender Spezialzuweisung gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidend sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des TKG, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, die auch keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

II. Die statthafte **Klageart** richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). M ist der Auffassung, dass die vorläufige Genehmigung rechtswidrig gewesen ist.

Leitsätze

1. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten über eine Gesetzesauslegung im engeren Sinne entsprechend dem Verständnis in der nationalen Methodenlehre hinaus auch, das nationale Recht, wo dies nötig und nach der nationalen Methodenlehre möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden.

2. Eine – für eine Analogie erforderliche – planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes liegt auch dann vor, wenn das ausdrücklich angestrebte Ziel einer richtlinienkonformen Umsetzung durch die Regelung nicht erreicht worden ist und ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber die Regelung in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass sie nicht richtlinienkonform ist.

§ 132 TKG

(1) Die Bundesnetzagentur entscheidet durch Beschlusskammern ... Die Entscheidung ergeht durch Verwaltungsakt. ...

§ 137 TKG

(1) Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur haben keine aufschiebende Wirkung.

(2) Im Falle des § 132 findet ein Vorverfahren nicht statt.

Umstritten ist nur, ob die Erledigung zur Unstatthaftigkeit der Klage oder zum Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses führt (vgl. AS-Skript VwGO [2017], Rn. 337). Jedenfalls ist die Anfechtungsklage nach Erledigung unzulässig.

Zur analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bei vorprozessualer Erledigung vgl. AS-Skript VwGO [2017], Rn. 370 ff.

Zur Zulässigkeit einer isolierten Anfechtungsklage bei berechtigtem Interesse trotz möglicher Verpflichtungsklage vgl. AS-Skript VwGO [2017], Rn. 219 f.

1. Eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) gegen die vorläufige Genehmigung als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG (§ 132 Abs. 1 S. 2 TKG) scheidet aus, wenn sich dieser erledigt hat.

„[14] ... Mit der gegenüber der Klägerin erfolgten Bekanntgabe des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 24. Februar 2011 über die endgültige Genehmigung ... hat sich die vorläufige Entgeltgenehmigung im Sinne des § 43 Abs. 2 VwVfG auf andere Weise erledigt ...“

2. Statthaft ist vielmehr eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, da sich der angefochtene VA nach Klageerhebung erledigt hat.

III. Für die Fortsetzungsfeststellungsklage gelten die **Sachurteilsvoraussetzungen der Ausgangsklage** analog. Denn allein die Erledigung kann aus einer unzulässigen Anfechtungsklage keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage machen.

1. Die analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche **Klagebefugnis** folgt daraus, dass M geltend machen kann, nach den Vorschriften des TKG möglicherweise von vornherein einen Anspruch auf endgültige Genehmigung gehabt zu haben.

2. Ein **Vorverfahren** war nach § 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO i.V.m. § 137 Abs. 2 TKG nicht erforderlich.

3. Die **Klagefrist** des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO (ein Monat nach Bekanntgabe des Bescheides vom 30.11.2010) ist gewahrt.

4. Die (isolierte) Anfechtungsklage könnte jedoch mangels **Rechtsschutzbedürfnisses** unzulässig gewesen sein, weil M die von ihm letztlich begehrte endgültige Entgeltgenehmigung mittels Verpflichtungsklage hätte durchsetzen müssen.

„[14] ... Im Zeitpunkt der Erledigung haben die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage ... vorgelegen. Insbesondere fehlte der Klägerin ... nicht das Rechtsschutzinteresse für die begehrte Aufhebung der vorläufigen Entgeltgenehmigung. Die belastenden Wirkungen, die aus Sicht der Klägerin mit diesem Verwaltungsakt gerade im Hinblick auf seine Vorläufigkeit verbunden waren, wären mit dem Erfolg der auf die Erteilung einer endgültigen Entgeltgenehmigung gerichteten Verpflichtungsklage ... nicht vollständig entfallen ...“

IV. Als **besondere Sachurteilsvoraussetzung** der Fortsetzungsfeststellungsklage ist gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ein berechtigtes Interesse des Klägers an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts erforderlich. Ein solches **Fortsetzungsfeststellungsinteresse** kann sich insbesondere aus dem Bestehen einer **Wiederholungsgefahr** ergeben.

„[14] ... Die Klägerin hat ... auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 30. November 2010 rechtswidrig gewesen ist. Denn diese Feststellung setzt unter anderem die Klärung der Rechtmäßigkeit der Durchführung des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens ... voraus. Diese Vorfragen werden voraussichtlich auch für spätere Anträge der Klägerin auf Genehmigung von Mobilfunkterminierungsentgelten relevant sein.“

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist damit zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO begründet, soweit der (erledigte) Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

I. Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der vorläufigen Genehmigung war § 130 TKG.

§ 130 TKG

Die Bundesnetzagentur kann bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen.

Danach kann die Bundesnetzagentur bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen. Die Vorschrift enthält eine spezialgesetzliche Ermächtigung zum Erlass **vorläufiger Verwaltungsakte**.

II. Da § 130 TKG die **Voraussetzungen** für den Erlass einer vorläufigen Anordnung nicht regelt, muss insoweit auf allgemeine Regeln und Rechtsgrundsätze für vorläufige Entscheidungen zurückgegriffen werden. Das BVerwG stellt auf die im Rahmen des § 123 VwGO entwickelten Grundsätze ab.

„[17] ...Neben der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass eine entsprechende Hauptsacheentscheidung ergehen wird (Anordnungsanspruch), ist ein Anordnungsgrund erforderlich, der darin liegt, dass der Erlass der vorläufigen Regelung im besonderen öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse Privater zur Abwendung schwerer Nachteile geboten ist ...“

1. Der **Anordnungsanspruch** ergibt sich daraus, dass der Entgeltanspruch der M jedenfalls in der vorläufig genehmigten Höhe berechtigt war.

2. Ein **Anordnungsgrund** besteht, wenn der Erlass der vorläufigen Regelung aus sachlichen Gründen geboten, d.h. **erforderlich** ist.

a) Daran bestehen insoweit keine Zweifel, als sonst ab dem 01.12.2010 ein **entgeltloser Zustand** eingetreten wäre, der zu erheblichen Verwerfungen auf dem Telekommunikationsmarkt hätte führen können.

b) Der Anordnungsgrund könnte jedoch fehlen, wenn B ohne Konsolidierungsverfahren eine **endgültige Entscheidung** hätte treffen müssen.

aa) Eine Rechtsgrundlage für die Durchführung des unionsweiten Konsolidierungsverfahrens existiert im **nationalen Recht** nicht. Die §§ 12, 13 TKG sehen ein solches Verfahren nur bei anderen Entscheidungen, nicht dagegen bei der Entgeltgenehmigung vor.

bb) Die Verpflichtung zur Durchführung des Konsolidierungsverfahrens vor der endgültigen Entscheidung über die Genehmigung könnte sich jedoch aus dem **Unionsrecht** ergeben.

(1) Wie der Gerichtshof der Europäischen Union festgestellt hat, ist das Konsolidierungsverfahren nach der Richtlinie 2002/21/EG auch im Verfahren zur Entgeltgenehmigung durchzuführen. Da die **Richtlinie** jedoch grds. **keine unmittelbare Wirkung** entfaltet, sondern lediglich die Mitgliedstaaten zur Umsetzung verpflichtet (Art. 288 Abs. 3 AEUV), sind die Auswirkungen auf das (entgegenstehende) nationale Recht fraglich.

(2) Aus der Richtlinie ergibt sich für die Mitgliedstaaten eine Pflicht zur Herstellung eines **richtlinienkonformen Rechtszustandes**. Kommt ein Mitgliedstaat dieser Pflicht innerhalb der Umsetzungsfrist nicht oder nicht vollständig nach, ist nach Art. 288 Abs. 3 AEUV, Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV eine **richtlinienkonforme Auslegung** des nationalen Rechts erforderlich.

„[27] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die nationalen Gerichte aufgrund des Umsetzungsgebots gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts, insbesondere einer speziell zur Umsetzung der Vorgaben einer Richtlinie erlassenen Regelung, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks dieser Richtlinie auszulegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen ...“

(a) Vorliegend lässt sich das Gebot richtlinienkonformer Auslegung im Wege einer **einfachen Gesetzesauslegung** indes nicht umsetzen. Denn in §§ 12, 13 TKG sind die Entscheidungen der Bundesnetzagentur, bei denen das Konsolidierungsverfahren durchzuführen ist, im Einzelnen und abschließend aufgeführt. Dazu gehört das Entgeltgenehmigungsverfahren nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht.

Zur Zulässigkeit vorläufiger Verwaltungsakte (auch Verwaltungsakte mit vorläufiger Regelung) vgl. AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 [2016], Rn. 213 ff.

Zur ausnahmsweise unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist, wenn die Richtlinie hinreichend bestimmt und unbedingt ist, AS-Skript Europarecht [2017], Rn. 282 ff.

Zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. EuGH NJW 2004, 3547 und AS-Skript Europarecht [2017], Rn. 410.

(b) Der richtlinienkonformen Auslegung könnte jedoch durch eine **analoge Anwendung** der §§ 12, 13 TKG Rechnung getragen werden.

„[27] ... Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten **mehr als bloße Auslegung** im engeren Sinne entsprechend dem Verständnis in der nationalen Methodenlehre. Er erfordert auch, das nationale Recht, wo dies nötig und nach der nationalen Methodenlehre möglich ist, **richtlinienkonform fortzubilden**, denn der Gerichtshof unterscheidet terminologisch nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung. Die sich aus dem Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung sind erst dann überschritten, wenn der **erkennbare Wille des Gesetzgebers** beiseite geschoben und durch eine autark getroffene richterliche Abwägung der Interessen ersetzt wird. ...“

(aa) Eine analoge Anwendung kommt grds. nur in Betracht, wenn eine **planwidrige Regelungslücke** besteht.

„[29] ... Von einer derartigen Regelungslücke ist auszugehen, wenn der Anwendungsbereich der Norm wegen eines versehentlichen, mit dem Normzweck unvereinbaren Regelungsversäumnisses des Normgebers unvollständig ist und sich aufgrund der gesamten Umstände feststellen lässt, dass der Normgeber die von ihm angeordnete Rechtsfolge auch auf den nicht erfassten Sachverhalt erstreckt hätte, wenn er diesen bedacht hätte ...“

Daran fehlt es an sich, da der nationale Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung des Konsolidierungsverfahrens nach § 12 TKG nur in den in § 13 TKG abschließend aufgeführten Fällen vorgesehen hat.

(bb) Ist eine richtlinienkonforme Auslegung erforderlich, kann sich das Vorliegen einer Regelungslücke jedoch abweichend vom nationalen Recht auch aus dem **Unionsrecht** ergeben.

Vgl. BGHZ 192, 148 Rn. 34; BGHZ 201, 101 Rn. 23; BGH NVwZ 2014, 1111 Rn. 11.

„[29] ... Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der der Senat in dieser rechtsmethodischen Frage folgt, liegt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes in diesem Sinne auch dann vor, wenn das ausdrücklich angestrebte Ziel einer richtlinienkonformen Umsetzung durch die Regelung nicht erreicht worden ist und ausgeschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber die Regelung in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass sie nicht richtlinienkonform ist. Außer in dem Fall einer **ausdrücklichen Umsetzungsverweigerung** ist der Normzweck unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens zu bestimmen, **eine Richtlinie korrekt umzusetzen**. Denn dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er sehenden Auges einen Richtlinienverstoß in Kauf nehmen wollte. Die einschlägige Richtlinie dient folglich gleichzeitig als Maßstab der **Lückenfeststellung** und der **Lückenschließung**.“

Das Unionsrecht dient sowohl der Feststellung einer Regelungslücke als auch der Feststellung einer vergleichbaren Interessenlage.

Anhaltspunkte für einen bewussten Richtlinienverstoß des nationalen Gesetzgebers bestehen nicht. Aufgrund der nach der Richtlinie **vergleichbaren Interessenlage** ist daher das Konsolidierungsverfahren bei richtlinienkonformer Auslegung analog § 13 TKG auch im Entgeltgenehmigungsverfahren durchzuführen. Eine endgültige Genehmigung konnte daher Ende November 2010 noch nicht erteilt werden. Die **Voraussetzungen** für eine vorläufige Anordnung nach § 130 TKG lagen damit vor.

III. Rechtsfolge: Nach § 130 TKG „kann“ die Bundesnetzagentur eine vorläufige Anordnung treffen, hat also grundsätzlich Ermessen.

„[35] ... In Bezug auf die Entscheidung, den Entgeltantrag der Klägerin vor dem Abschluss des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens nicht endgültig zu bescheiden, war das Ermessen der Bundesnetzagentur **aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben auf Null reduziert** ...“

Die vorläufige Entgeltgenehmigung war damit rechtmäßig.

Ergebnis: Die Fortsetzungsfeststellungsklage der M ist unbegründet.

RA Horst Wüstenbecker