

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Postrecht und Telekommunikationsrecht

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 2 Abs. 1
VwGO	§ 114 Satz 1
TKG	§§ 25, 30, 31, 35, 37

Titelzeile:

Entgeltabrede als Voraussetzung der privatrechtsgestaltenden Wirkung einer telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigung

Stichworte:

Anordnung der Bundesnetzagentur; Abrechnungs- und Erstattungsregelungen; regulierte Zugangsleistung; Intra-Building-Abschnitte; Zentrale Zeichengabekanäle; wechselseitige Nutzung; Zusammenschaltungsvereinbarung; fehlende Entgeltabrede; Entgeltgenehmigung; privatrechtsgestaltende Wirkung; Auswahlermessen; Ermessensfehler; Rechtsirrtum bei Ermessensausübung.

Leitsatz:

Die in § 37 Abs. 2 TKG angeordnete privatrechtsgestaltende Wirkung einer telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigung modifiziert die zwischen den Zusammenschaltungspartnern vereinbarte Höhe der Entgelte. Sie begründet aber nicht die Entgeltlichkeit der Dienstleistungen, sondern setzt vielmehr eine entsprechende Entgeltabrede oder ersatzweise eine Anordnung der Bundesnetzagentur nach § 25 TKG voraus (wie BGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - III ZR 299/13 - NVwZ 2015, 310).

Urteil des 6. Senats vom 17. August 2016 - BVerwG 6 C 24.15

- I. VG Köln vom 27. November 2014  
Az: VG 1 K 8240/09







# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

BVerwG 6 C 24.15  
VG 1 K 8240/09

Verkündet  
am 17. August 2016

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 17. August 2016  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kraft  
sowie die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, Dr. Möller, Hahn und  
Dr. Tegethoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 27. November 2014 - 1 K 8240/09 - geändert. Ziffer 1. und 2. des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 23. November 2009 werden aufgehoben.

Die Beklagte und die Beigeladene tragen die Gerichtskosten des Verfahrens beider Rechtszüge sowie die außergerichtlichen Kosten der Klägerin jeweils zur Hälfte und ihre eigenen außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beigeladene betreibt ein Mobilfunknetz, das mit dem Telekommunikationsnetz der Klägerin zusammengeschaltet ist. Rechtliche Grundlage hierfür ist eine mehrfach ergänzte und abgeänderte Vereinbarung aus dem Jahr 2002. In der Vereinbarung ist geregelt, dass die Zusammenschaltung der Netze der Klägerin und der Beigeladenen am jeweiligen Vermittlungsstellenstandort der Beigela-

denen erfolgt. Zur technischen Realisierung hat die Beigeladene in ihren Räumen sogenannte Intra-Building-Abschnitte installiert und Zentrale Zeichengabekanäle geschaltet. Diese technischen Einrichtungen werden wechselseitig genutzt. Die Zahlung eines Entgelts für die Bereitstellung und Überlassung der Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle durch die Beigeladene ist in dem Vertrag nicht geregelt.

- 2 Mit Beschluss vom 30. August 2006 verpflichtete die Bundesnetzagentur die Beigeladene erstmals, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen unter anderem die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Beigeladenen zu ermöglichen. Die Entgelte für die erfassten Leistungen unterwarf sie der Genehmigungspflicht. Diese Verpflichtungen erhielt sie mit Beschluss vom 5. Dezember 2008 aufrecht. Die erste Entgeltgenehmigung erteilte die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 16. November 2006 rückwirkend ab dem 30. August 2006. Sie umfasste unter anderem Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und Zentralen Zeichengabekanälen. Mit Beschlüssen vom 6. Juni 2007 und 26. November 2008 folgten weitere Entgeltgenehmigungen für die fraglichen Leistungen.
- 3 Die Klägerin weigerte sich, die genehmigten Entgelte zu zahlen, weil in der Vereinbarung mit der Beigeladenen nicht vorgesehen sei, dass diese Leistungen entgeltlich erbracht werden sollten. Ferner lehnte sie es ab, eine entsprechende Vereinbarung mit der Beigeladenen abzuschließen. In einer Änderungsvereinbarung vom 27. Dezember 2006 wurde die "Berücksichtigung der Kosten für den Intra-Building-Abschnitt" auf Seiten der Beigeladenen als "offener Verhandlungspunkt" bezeichnet und hierzu ausgeführt: "Beide Vertragsparteien sind verpflichtet, sich ernsthaft um eine Verhandlungslösung zu bemühen. Bis zu einer Einigung gelten, soweit diese Zusammenschaltungsvereinbarung Regelungen über die vorgenannten Verhandlungspunkte enthält, diese Regelungen als vereinbart."
- 4 Unter dem 21. Juli 2009 beantragte die Beigeladene bei der Bundesnetzagentur, die mit Beschluss vom 26. November 2008 genehmigten Entgelte für

Intra-Building-Abschnitte, Zentrale Zeichengabekanäle und Kollokationsleistungen im Zusammenhang mit der Terminierung im Mobilfunknetz der Beigeladenen im Verhältnis zwischen der Beigeladenen und der Klägerin anzuordnen (Antrag zu 1.), für die Zeit vom 30. August 2006 bis zum Erlass der Zugangsanordnung die mit Beschlüssen vom 16. November 2006, 6. Juni 2007 und 26. November 2008 jeweils genehmigten Entgelte für Intra-Building-Abschnitte und Zentrale Zeichengabekanäle rückwirkend anzuordnen (Antrag zu 2.) und zur Regelung der Einzelheiten der Entgeltzahlungspflicht eine als Anlage beigefügte Ergänzungsvereinbarung zur Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen der Beigeladenen und der Klägerin nebst Preisliste mit Wirkung ab 30. August 2006, hilfsweise ab Erlass der Zugangsanordnung anzuordnen (Antrag zu 3.).

- 5 Mit Beschluss vom 23. November 2009 ordnete die Bundesnetzagentur unter Ziffer 1. im Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der Beigeladenen und der Klägerin rückwirkend ab dem 16. November 2006 die Geltung der in Anlage 1 des Anordnungsantrages beigefügten Ergänzungsvereinbarung mit verschiedenen Änderungen an. Neben Abrechnungsmodalitäten wurde die Verpflichtung der Beigeladenen geregelt, einen Anteil des Bereitstellungspreises und einen Anteil des Überlassungspreises der Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle entsprechend dem nach einem besonderen Verfahren gebildeten Minutenverhältnis zu erstatten. Die Anordnung stand gemäß Ziffer 2. des Beschlusses unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Parteien sich über die Bedingungen der Entgelterstattung oder über Einflussmöglichkeiten der Antragsgegnerin auf den Umfang der genutzten verfahrensgegenständlichen Leistungen einigen. Ziffer 3. des Beschlusstextes zufolge wurden die übrigen in der Hauptsache gestellten Anträge abgelehnt.
- 6 Zur Begründung führte die Bundesnetzagentur im Wesentlichen aus: Die Anträge zu 1. und 2. seien unzulässig. Ihnen stünden vertragliche Regelungen entgegen. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG seien die genehmigten Entgelte bereits an die Stelle der vereinbarten Entgeltregelungen getreten, ohne dass es noch einer gesonderten Anordnung bedürfe. Die Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle seien Leistungen der Beigeladenen im Rahmen der Zu-

sammenschaltung am Standort ihrer Vermittlungsstelle, deren Erbringung ihr nach § 21 TKG auferlegt worden sei. Sie würden von der Beigeladenen bereitgestellt, um von der Klägerin zugeführte Verbindungen im eigenen Netz zu terminieren. Dies ermögliche der Klägerin, diese Verbindung ihrem Endkunden als Leistung zu erbringen und abzurechnen. Dass sie die Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle nicht bestellt habe, sei unbeachtlich, da die Zusammenschaltungsanschlüsse für beide Verkehrsrichtungen und damit für Verbindungsleistungen beider Unternehmen genutzt würden. Die vertragliche Vereinbarung, dass für diese Leistungen keine gesonderten Geldzahlungen zu entrichten seien, stelle ein anderes als das genehmigte Entgelt dar und verstoße deshalb gegen § 37 Abs. 1 TKG. Dies führe nach § 37 Abs. 2 TKG dazu, dass die genehmigten Entgelte an die Stelle der vereinbarten Entgelte träten. Die Regelung der Entgeltrückerstattung für gemeinsam genutzte Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle sei nach § 25 Abs. 1 TKG anzuordnen, weil anderenfalls die gemeinsame Nutzung dieser Einrichtungen nicht berücksichtigt werden könnte und die Klägerin die Entgelte ohne entsprechende Abzüge zu entrichten hätte.

- 7 Die Klägerin hat mit der Klage die Aufhebung der Ziffern 1. und 2. des Beschlusses der Beklagten vom 23. November 2009 begehrt. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Die zwischen der Klägerin und der Beigeladenen getroffenen Vereinbarungen seien nach § 37 Abs. 2 TKG um genehmigte Entgelte ergänzt worden. Die beantragte Anordnung dieser Entgelte sei daher nach § 25 Abs. 2 TKG nicht mehr zulässig gewesen. Für diese Leistungen der Beigeladenen sei keine Gegenleistung der Klägerin vereinbart gewesen. Die Unentgeltlichkeit habe im Widerspruch zu den bestandskräftigen Entgeltgenehmigungen für entsprechende Leistungen der Beigeladenen gestanden. Bei der Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten und von Zentralen Zeichengabekanälen durch die Beigeladene handele es sich nicht um Leistungen, die von den beteiligten Vertragspartnern nur als unselbständige und unentgeltliche Mitwirkungspflicht der Beigeladenen vereinbart worden seien. Sie seien für die Erbringung der Terminierungsleistung in das Netz der Beigeladenen zwingend erforderlich. Die technische Ausgestaltung der Zusammenschaltung sei in der Zusammenschaltungsvereinbarung nebst den dort in Bezug genommenen An-

lagen geregelt. Es fehle lediglich eine Vereinbarung über die dafür zu entrichtenden Entgelte. Die Beteiligten hätten die Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten und von Zentralen Zeichengabekanälen nicht als unentgeltlich vereinbart, sondern über diese Frage keine Einigung erzielt. Die fehlende Vereinbarung eines Entgelts führe - wie die Vereinbarung, dass für die Leistungen keine gesonderten Entgelte zu entrichten seien - zur Geltung der genehmigten Entgelte nach § 37 Abs. 2 TKG, ohne dass es einer Anordnung nach § 25 TKG bedürfe. Die in dem angegriffenen Beschluss getroffenen Regelungen zur Änderung der angeordneten Ergänzungsvereinbarung seien rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Beklagte habe sich davon leiten lassen dürfen, dass die nach dem Scheitern der Verhandlungen über eine Entgelterstattungsregelung gemäß § 37 Abs. 2 TKG bestehende Pflicht zur Zahlung der genehmigten Entgelte für die Leistungen der Beigeladenen ohne eine Anordnung zu ungerechtfertigten Nachteilen führen könnte und eine reziproke Erstattungsregelung mangels einer gleichgewichtigen gemeinsamen Nutzung der betroffenen Einrichtungen die Klägerin benachteilige.

- 8 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die vom Senat zugelassene Revision eingelegt, mit der sie geltend macht: § 37 Abs. 2 TKG könne die Vereinbarung eines Entgelts nicht ersetzen, sondern setze sie voraus. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Regelung sowie dem systematischen Zusammenhang. Ziel der Entgeltgenehmigungspflicht sei, überhöhte Preise zu verhindern. Die Durchsetzung der Genehmigungspflicht als Regelungsziel werde nicht beeinträchtigt, wenn aufgrund vertraglicher Regelungen Entgelte überhaupt nicht erhoben werden könnten. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts stelle sich auch nicht aus anderem Grund als rechtmäßig dar. Die Beklagte sei bei der nach § 25 Abs. 1 TKG zu treffenden Ermessensentscheidung von einer falschen Rechtslage ausgegangen. Die Auslegung des Vertrages zwischen der Klägerin und der Beigeladenen ergebe, dass die Bereitstellung der technischen Einrichtungen im Verantwortungsbereich der Beigeladenen als bloße Mitwirkungspflicht bzw. Obliegenheit ohne Vergütungsanspruch ausgestaltet worden sei. Eine andere Bewertung folge nicht daraus, dass die technischen Leistungen der Beigeladenen mit korrelierenden Infrastruktureinrichtungen der Klägerin vergleichbar und zur Herstellung einer bidirektional nutzbaren Zusammenschal-



tung unerlässlich seien. Dies werde durch die Klausel zu den "offenen Verhandlungspunkten" bestätigt, nach der bis zu einer Einigung über diese Punkte die Regelungen der Zusammenschaltungsvereinbarung als vereinbart gälten.

9 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 27. November 2014 - 1 K 8240/09 - abzuändern und den Bescheid der Beklagten vom 23. November 2009 (BK 3b-09/047) hinsichtlich der Ziffern 1. und 2. seines Tenors aufzuheben.

10 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

11 Sie verteidigt das Urteil der Vorinstanz und trägt ergänzend vor: Das Verwaltungsgericht habe bindend festgestellt, dass die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und von Zentralen Zeichengabekanaln nicht nur als unselbständige und unentgeltliche Mitwirkungspflicht der Beigeladenen vereinbart worden seien. Hieraus folge, dass die Zusammenschaltungsvereinbarung eine Anspruchsgrundlage für Entgelte der Beigeladenen beinhalte. Die Frage, ob die privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung nach § 37 Abs. 2 TKG eine vertragliche Anspruchsgrundlage für die Entgeltzahlung voraussetze, stelle sich daher nicht. Abgesehen davon sei der Anwendungsbereich des § 37 Abs. 2 TKG auch eröffnet, wenn zwar eine Leistungspflicht bestehe, die Beteiligten sich aber nicht auf ein Entgelt hätten einigen können. Das Urteil des Verwaltungsgerichts sei auch deshalb im Ergebnis richtig, weil es der Klägerin sowohl an der Klagebefugnis als auch am Rechtsschutzbedürfnis fehle.

12 Die Beigeladene beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

- 13 Sie verteidigt ebenfalls das vorinstanzliche Urteil und führt weiter aus: Genehmigte Entgelte hätten Fixpreischarakter, so dass sowohl Auf- als auch Abschläge durch das regulierte Unternehmen verboten seien. Diese gesetzliche Ausgestaltung diene der Sicherstellung eines chancengleichen und diskriminierungsfreien Wettbewerbs. Dies komme gerade auch in einem Fall wie dem vorliegenden zum Tragen; denn die Vereinbarung einer unentgeltlichen Leistungserbringung durch die Beigeladene zu Gunsten der Klägerin würde sich als Diskriminierung gegenüber allen anderen Marktteilnehmern darstellen, die die genehmigten Entgelte zu zahlen hätten, und die Beigeladene gegenüber der Klägerin wesentlich benachteiligen. Da der Festpreischarakter der Entgeltgenehmigung anderenfalls ausgehebelt werden könnte, seien alle Fälle einer unentgeltlichen Leistungserbringung gleich zu behandeln, unabhängig davon, ob diese vertraglich explizit vereinbart oder nur implizit angelegt sei. § 37 Abs. 2 TKG müsse deshalb in allen Fällen angewendet werden, in denen eine regulierte Leistung erbracht werde, für die ein genehmigtes Entgelt existiere. Selbst wenn die Vorschrift eine vertragliche Verpflichtung zur Erbringung der regulierten Leistung voraussetzen würde, läge eine solche hier vor. Im Hinblick auf die bidirektionale Nutzung der Zusammenschaltung könne es sich bei den entsprechenden vertraglichen Verpflichtungen beider Parteien zur Herstellung der Zusammenschaltung nicht um bloße Obliegenheiten oder unselbständige Nebenpflichten handeln.

## II

- 14 Die Revision der Klägerin ist begründet.
- 15 Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO). Das Verwaltungsgericht hat den Rechtssatz aufgestellt, die Anordnung einer vertraglich nicht geregelten Pflicht des zugangsberechtigten Unternehmens zur Zahlung von Entgelten für regulierte Leistungen, für die dem zugangsverpflichteten Unternehmen eine Entgeltgenehmigung erteilt worden ist, sei wegen der privatrechtsgestaltenden Wirkung dieser Genehmigung nicht zulässig. Diese Rechtsauffassung verstößt gegen § 37 Abs. 2 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (TKG), das in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt des Beschlusses

der Bundesnetzagentur vom 23. November 2009 zuletzt durch Gesetz vom 14. August 2009 (BGBl I S. 2814, 2821) geändert worden war (1.). Das angegriffene Urteil beruht auf diesem Rechtsverstoß (2.). Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts stellt sich auch nicht gemäß § 144 Abs. 4 VwGO aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (3.). Der Senat kann gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO in der Sache selbst entscheiden und den angefochtenen Teil des Beschlusses der Bundesnetzagentur aufheben (4.).

- 16 1. Das Verwaltungsgericht ist - wie bereits die Beklagte in dem angefochtenen Beschluss - von der Annahme ausgegangen, dass die Klägerin unabhängig von einer vertraglichen Entgeltabrede wegen der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Entgeltgenehmigung nach § 37 Abs. 2 TKG verpflichtet sei, die der Beigeladenen genehmigten Entgelte für die Bereitstellung der Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle zu zahlen mit der Folge, dass die Anordnung der Entgelte nach § 25 Abs. 2 TKG unzulässig sei. Diese Rechtsauffassung ist mit § 37 Abs. 2 TKG nicht vereinbar.
- 17 Nach § 37 Abs. 1 TKG darf ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, keine anderen als die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte verlangen. Im Anschluss hieran bestimmt § 37 Abs. 2 TKG, dass Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, mit der Maßgabe wirksam werden, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt. Das Verwaltungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die Entgeltgenehmigung privatrechtsgestaltende Wirkung hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. November 2009 - 6 C 34.08 - Buchholz 442.066 § 31 TKG Nr. 1 Rn. 13). Die Rechtswirkungen der Vorschrift erfassen jedoch nur die Höhe der Entgelte. Die durch § 37 Abs. 2 TKG bewirkte privatrechtsgestaltende Wirkung einer telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigung reicht nicht so weit, dass sie das Fehlen einer vertraglichen Anspruchsgrundlage für die Entgeltzahlung in der Zusammenschaltungsvereinbarung (§ 22 TKG) oder einer vertragsersetzenden Anordnung nach § 25 TKG kompensieren könnte. Diese Auslegung ergibt sich im Wesentlichen aus dem Wortlaut der Norm (a) sowie der gesetzlichen Systematik (b); die Entstehungsgeschichte (c) oder teleologische Erwä-

gungen führen zu keinem anderen Ergebnis (d). Die Auslegung wird zudem durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt (e).

- 18 a) Gegen die Annahme der Bundesnetzagentur und des Verwaltungsgerichts, eine Entgeltgenehmigung sei bereits für sich genommen eine ausreichende rechtliche Grundlage für die Entgeltzahlungspflicht, spricht bereits der Wortlaut des § 37 Abs. 2 TKG. Die Regelung bezieht sich auf "Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten". Durch den Relativsatz wird zum Ausdruck gebracht, dass die vertragliche Einigung über die Erbringung bestimmter "Dienstleistungen" nicht ausreicht, sondern der Anwendungsbereich der Vorschrift nur eröffnet ist, wenn der Vertrag auch eine Regelung der - gegebenenfalls von einer Genehmigung abweichenden - "Entgelte" enthält. Dies wird durch den letzten Satzteil bestätigt, wonach das genehmigte Entgelt an die Stelle des "vereinbarten Entgelts" tritt. An einem vereinbarten Entgelt fehlt es offensichtlich, wenn schon über die Entgeltzahlungspflicht keine Einigung erzielt werden kann. Der Wortlaut des § 37 Abs. 2 TKG setzt folglich das Bestehen eines Vertrags über (Telekommunikations-)Dienstleistungen mit einer Entgeltabrede voraus (ebenso BGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - III ZR 299/13 - NVwZ 2015, 310 <312>, Rn. 16).
- 19 b) Dass die durch § 37 Abs. 2 TKG bewirkte privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung eine vertragliche Entgeltabrede oder eine vertragsersetzende Entgeltanordnung als Anspruchsgrundlage für die Entgeltzahlung nicht entbehrlich macht, folgt darüber hinaus aus dem systematischen Zusammenhang zwischen dem Entgeltgenehmigungsverfahren nach den §§ 31 ff. TKG und dem Anordnungsverfahren nach § 25 TKG.
- 20 Die telekommunikationsrechtliche Regulierung ist auch für die Entgelte mehrstufig ausgestaltet. Ebenso wie die nach § 21 TKG auferlegten abstrakten Zugangspflichten auf eine Konkretisierung durch Zugangsvereinbarungen (§ 22 TKG) und erforderlichenfalls auch durch Zugangsanordnungen der Bundesnetzagentur (§ 25 TKG), unter Umständen auch durch Festlegung einer Standardangebotsverpflichtung (§ 23 Abs. 3 TKG) angelegt sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2013 - 6 C 23.12 - Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 4 Rn. 76

m.w.N.), sieht das Telekommunikationsgesetz auch im Bereich der Regulierung der Entgelte für Zugangsleistungen ein differenziert abgestuftes Regelungsinstrumentarium vor. Hat die Bundesnetzagentur Entgelte für Zugangsleistungen, die dem im Rahmen einer Marktanalyse als marktbeherrschend eingestuftem Unternehmen nach § 21 TKG auferlegt worden sind, in einer Regulierungsverfügung gemäß § 9 Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG einer Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen, schließt sich - auf Antrag oder ausnahmsweise auch von Amts wegen (vgl. § 31 Abs. 4 Satz 2 TKG) - das in den §§ 31 ff. TKG geregelte Entgeltgenehmigungsverfahren an. Unabhängig davon können gemäß § 25 Abs. 5 Satz 1 und Abs. 6 Satz 1 TKG die Entgelte für nachgefragte Leistungen - gegebenenfalls auch isoliert - Gegenstand einer Anordnung der Bundesnetzagentur sein. Die Anordnungsbefugnis der Bundesnetzagentur stellt eine zusätzliche Konkretisierungsstufe innerhalb des Regulierungsverfahrens dar. Sie bezieht sich mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Normtext grundsätzlich auch auf ex-ante regulierte Entgelte, die in dem Verfahren gemäß §§ 31 ff. TKG genehmigt worden sind. Für Entgeltanordnungen in Bezug auf Zugangsleistungen, für die bereits eine Entgeltgenehmigung erteilt worden ist, bestehen allerdings insoweit Besonderheiten, als § 25 Abs. 5 Satz 3 TKG hinsichtlich der festzulegenden Entgelte auf die §§ 27 bis 38 TKG verweist. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung auf die allgemeinen Vorschriften der Entgeltregulierung und die Vorschriften über die Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen (BVerwG, Beschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13

[ECLI:DE:BVerwG:2014:101214B6C16.13.0] - Buchholz 442.066 § 25 TKG Nr. 3 Rn. 28). Liegt bei genehmigungspflichtigen Zugangsleistungen bereits eine Entgeltgenehmigung vor, folgt aus dieser Verweisung lediglich, dass die Bundesnetzagentur die genehmigten Entgelte auch in der Zugangsanordnung festzusetzen hat (Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 25 Rn. 53). Ein Anhaltspunkt dafür, dass die Anordnung der Entgelte bei Vorliegen einer Entgeltgenehmigung nicht nur hinsichtlich der Entgelthöhe an die Genehmigung gebunden, sondern rechtlich entbehrlich oder sogar unzulässig sein könnte, ist § 25 Abs. 5 Satz 3 TKG nicht zu entnehmen.

- 21 Die Frage der rechtlichen Grundlage für die Erhebung der Entgelte gehört nicht zum Prüfprogramm des Entgeltgenehmigungsverfahrens. Nach § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG in der zum hier maßgeblichen Zeitpunkt des Beschlusses der Bundesnetzagentur geltenden Fassung ist die Genehmigung ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der § 28 und § 31 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 Satz 2 oder 3 TKG vorliegen. In § 28 und § 31 TKG werden die inhaltlichen Maßstäbe bestimmt, an denen die Entgelte zu messen sind. Diese Maßstäbe beziehen sich lediglich auf die Höhe der Entgelte, nicht auf ihren Leistungsgrund. Auch die von der Bundesnetzagentur weiter zu prüfenden Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 Satz 2 oder 3 TKG, d.h. insbesondere die Unvereinbarkeit der Entgelte mit anderen Rechtsvorschriften (§ 35 Abs. 3 Satz 2 TKG) sowie die nicht vollständige Vorlage der in § 33 TKG genannten Unterlagen (§ 35 Abs. 3 Satz 1 TKG), beinhalten nicht die Prüfung, ob sich das marktbeherrschende Unternehmen bei der Forderung der Entgelte für die regulierten Zugangsleistungen auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage stützen kann. Entgeltgenehmigungen sind für eine Vielzahl von Zugangsverhältnissen bestimmt und enthalten daher unvermeidlich Typisierungen, die nicht auf alle Vertragsgestaltungen für die betreffenden regulierten Zugangsleistungen passen. Hinzu kommt, dass es sich bei der Erteilung einer telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigung im Wesentlichen um eine gebundene Entscheidung handelt, die lediglich im Rahmen der Bestimmung des Entgeltmaßstabes der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung "punktuelle" Beurteilungsspielräume in Bezug auf abgrenzbare Teilaspekte aufweist (vgl. hierzu zuletzt BVerwG, Urteil vom 25. November 2015 - 6 C 39.14 [ECLI:DE:BVerwG:2015:251115U6C39.14.0] - BVerwGE 153, 265 Rn. 15 m.w.N.). Ist die Frage der rechtlichen Grundlage für die Erhebung der Entgelte im jeweiligen Zusammenschungsverhältnis aber nicht Bestandteil des in § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG geregelten Prüfprogramms des Entgeltgenehmigungsverfahrens und fehlt der Bundesnetzagentur in diesem Verfahren überdies das rechtliche Instrumentarium zur Berücksichtigung vertraglicher Besonderheiten, kann der Entgeltgenehmigung nicht die Funktion zukommen, die Entgeltzahlungspflicht eines zugangsberechtigten Unternehmens in einem konkreten Rechts-

verhältnis mit dem zugangspflichtigen Unternehmen rechtsgestaltend zu begründen.

- 22 Die dargelegten Beschränkungen des regulierungsbehördlichen Prüfprogramms im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens, das für eine wertende Gesamtbetrachtung der gegenseitigen Leistungsbeziehungen in konkreten Einzelfällen keinen Raum lässt und deshalb zur Begründung einer nicht bereits vertraglich geregelten Entgeltzahlungspflicht strukturell nicht geeignet ist, werden durch das Instrument der Anordnung nach § 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1, Abs. 6 Satz 1 TKG kompensiert. Die Anordnung ist nur hinsichtlich des "Ob" bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eine gebundene Entscheidung. Im Übrigen steht der Bundesnetzagentur ein Auswahlermessen dahingehend zu, welche Maßnahme ergriffen wird (BVerwG, Beschluss vom 5. Mai 2014 - 6 B 46.13 - Buchholz 442.066 § 25 TKG Nr. 2 Rn. 8 ff.). Die Ermessensentscheidung hat sich - wie sich aus § 25 Abs. 5 Satz 2 TKG ergibt - an den Maßstäben der Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit auszurichten. Insbesondere das Kriterium der Billigkeit gibt der Bundesnetzagentur die Möglichkeit, bei der Entscheidung, ob ein nicht bereits vertraglich geregelter Entgeltanspruch des regulierten Unternehmens angeordnet wird, dem Gesamtgefüge der Leistungen und Gegenleistungen in der konkreten Zusammenschaltungsvereinbarung Rechnung zu tragen, soweit sie nicht hinsichtlich der Entgelthöhe an eine bereits erteilte Entgeltgenehmigung gebunden ist.
- 23 Dass das Entstehen der Entgeltzahlungspflicht des zugangsberechtigten Unternehmens keine automatische Rechtsfolge der Erteilung einer Entgeltgenehmigung sein kann, sondern einer gesonderten, die Rechtslage gestaltenden Entscheidung der Regulierungsbehörde bedarf, machen gerade die Besonderheiten des vorliegenden Falles anschaulich. Die gegenseitigen Leistungsbeziehungen zwischen der Klägerin als dem zugangsberechtigten und der Beigeladenen als dem zugangspflichtigen Unternehmen weisen hier eine besondere Komplexität auf. Aus den maßgeblichen tatsächlichen Feststellungen des angegriffenen Urteils ergibt sich, dass es sich bei der Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten und Zentralen Zeichengabekanälen um Zugangsleistungen handelt, die nicht nur für die Terminierung von Verbindungen aus dem Netz

der Klägerin in das Netz der Beigeladenen, sondern auch - in umgekehrter Richtung - für die von der Beigeladenen selbst nachgefragte Terminierung von Verbindungen aus ihrem Netz in dasjenige der Klägerin erforderlich sind. Ferner hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass die Klägerin auf den Umfang der von der Beigeladenen mit den Intra-Building-Abschnitten und Zentralen Zeichengabekanälen in Anspruch genommenen Leistungen nur eingeschränkten Einfluss hat und wegen der hierdurch entstandenen Überkapazitäten die verfahrensgegenständlichen Leistungen in einem viel größeren Umfang abnehmen muss, als für den Bezug der sie allein interessierenden Leistung ... erforderlich ist. Anders als andere Zusammenschaltungspartner der Beigeladenen hat die Klägerin nicht die Möglichkeit, die zu entgeltenden Zusammenschaltungsanschlüsse zu bestellen und so eine Kontrolle auszuüben. Die Anschlüsse zwischen dem Mobilfunknetz der Beigeladenen und dem Festnetz der Klägerin sind nicht ausgelastet, weil die Beigeladene ihren Verkehr in das Netz der Klägerin über das Netz ihrer Festnetztochter führt. Aufgrund dieser besonderen Umstände des Einzelfalles hat auch die Bundesnetzagentur eine uneingeschränkte Anwendung der Entgeltgenehmigung selbst nicht für sachgerecht gehalten und deshalb in den Ziffern 2. und 3. des § 2 der Ergänzungsvereinbarung in der durch den angefochtenen Beschluss angeordneten Fassung eine komplexe Erstattungsregelung auf der Grundlage der jeweils generierten Verbindungsminuten für die Nutzung der Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle vorgesehen.

- 24 Die Auslegung, dass die durch § 37 Abs. 2 TKG bewirkte privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung für regulierte Zugangsleistungen eine vertragliche Anspruchsgrundlage oder eine vertragsersetzende Anordnung für die Entgeltzahlung nicht ersetzt, sondern voraussetzt, fügt sich in die Systematik des Rechtsschutzes bei Drittanfechtungsklagen gegen Entgeltgenehmigungen ein. Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats kann ein zugangsnachfragendes Unternehmen nur solange und soweit im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, durch die einem regulierten Unternehmen erteilte Entgeltgenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein, als das - bestehende - privatrechtliche Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem zugangsverpflichteten Unternehmen durch die Entgeltgenehmigung gemäß § 37 Abs. 1 und 2 TKG



unmittelbar gestaltet wird, so dass ein Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Privatautonomie vorliegt (vgl. zuletzt BVerwG, Urteile vom 16. Dezember 2015 - 6 C 27.14

[ECLI:DE:BVerwG:2015:161215U6C27.14.0] - juris Rn. 19, vom 25. Februar 2015 - 6 C 37.13 [ECLI:DE:BVerwG:2015:250215U6C37.13.0] - BVerwGE 151, 268 Rn. 18, 34 ff., 53 und vom 1. April 2015 - 6 C 38.13

[ECLI:DE:BVerwG:2015:010415U6C38.13.0] - Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 10 Rn. 18, 34 ff., 52, jeweils m.w.N.; vgl. auch Urteil vom 5. August 2015 - 6 C 8.14 [ECLI:DE:BVerwG:2015:050815U6C8.14.0] - BVerwGE 152, 355 Rn. 22 für die im Wesentlichen vergleichbare Rechtslage nach § 23 PostG). Die gerichtliche Überprüfung der Entgelthöhe setzt danach bei Drittanfechtungsklagen von Wettbewerbern grundsätzlich eine vertragliche Grundlage der Entgeltzahlungspflicht voraus, die durch die Entgeltgenehmigung nicht geschaffen, sondern nur inhaltlich ausgestaltet wird.

- 25 c) Die historische Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird zu der damals noch als § 35 in der Entwurfsfassung enthaltenen Vorschrift lediglich ausgeführt, dass die Regelung weitgehend auf § 29 TKG-alt aufbaut (BT-Drs. 15/2316 S. 70). Kaum aufschlussreicher ist die Begründung des Entwurfs der später als § 29 Abs. 2 Satz 1 TKG 1996 in Kraft getretenen, mit § 37 Abs. 2 TKG weitgehend inhaltsgleichen Vorgängervorschrift ("Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, sind mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt"). Dort wird ausgeführt (BT-Drs. 13/3609 S. 45): "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. Anderenfalls wird durch das Unternehmen ein ungenehmigter Tarif berechnet, der aber hätte genehmigt werden müssen; die Folge ist dann, dass der Vertrag unwirksam ist." Diese Erläuterung dürfte jedenfalls eher dafür als dagegen sprechen, dass auch der Gesetzgeber von dem Erfordernis einer vertraglichen Grundlage für die Entgelterhebung ausgegangen ist, die durch die Entgeltgenehmigung lediglich modifiziert, nicht jedoch ersetzt wird.

- 26 d) Das auf den Wortlaut des § 37 Abs. 2 TKG sowie die dargestellten systematischen Erwägungen gestützte Auslegungsergebnis, dass die privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung eine Anspruchsgrundlage für die Entgeltzahlung in einer Zusammenschaltungsvereinbarung oder einer vertragsersetzenden Entgeltanordnung der Bundesnetzagentur voraussetzt, wird auch durch die teleologische Auslegung nicht in Frage gestellt.
- 27 Da sich die unionsrechtlichen Richtlinien zu den Wirkungen einer Entgeltgenehmigung nicht verhalten (vgl. Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 37 Rn. 4), sind Sinn und Zweck der Vorschrift ausschließlich auf der Grundlage der Regelungen des Telekommunikationsgesetzes zu bestimmen. § 37 TKG soll zum einen sicherstellen, dass die regulierten Unternehmen ihrer Pflicht nachkommen, für genehmigungsbedürftige Entgelte rechtzeitig Genehmigungsanträge zu stellen und der Bundesnetzagentur damit die Möglichkeit zur Überprüfung der Entgelthöhe zu geben; darüber hinaus besteht der Normzweck darin, der erteilten Genehmigung auch zivilrechtlich Geltung zu verschaffen (vgl. Heinicke/Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 2. Aufl. 2015, § 37 Rn. 2; Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 37 Rn. 1; Stamm, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 37 Rn. 1; Peters/Mielke, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 37 Rn. 2). Beide Normzwecke werden nicht dadurch berührt, dass die privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung nach § 37 Abs. 2 TKG eine vertragliche Anspruchsgrundlage für die Entgeltzahlung voraussetzt. Zu einem anderen Ergebnis käme man nur dann, wenn die Behauptung der Beigeladenen zuträfe, Zweck des § 37 Abs. 2 TKG sei es - zumindest auch - zu verhindern, dass die Anwendung bereits genehmigter Entgelte erst mittels einer gesonderten Anordnung nach § 25 Abs. 1 und 5 TKG sichergestellt werden muss. Hierfür finden sich jedoch weder im Gesetzestext noch in den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte. Vielmehr kommen der Entgeltgenehmigung und der Entgeltanordnung in dem dargelegten System des gesetzlichen Regelungsinstrumentariums jeweils unterschiedliche Funktionen zu.

28 Der Hinweis der Beklagten und der Beigeladenen auf die Gefahr einer Umgehung des in § 37 Abs. 1 TKG geregelten Fixpreischarakters des genehmigten Entgelts rechtfertigt ebenfalls keine andere Beurteilung. Aus der Regelung, dass ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, keine anderen als die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte verlangen darf, folgt zwar, dass jegliche Abweichung vom genehmigten Entgelt nach oben wie nach unten verboten ist, unabhängig davon, ob von ihr im Einzelfall wettbewerbsschädigende Effekte ausgehen oder nicht. Daher ist z.B. der Verzicht auf die Rechte aus einer Entgeltgenehmigung nicht nur mit der verfügenden, sondern auch mit der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Entgeltgenehmigung unvereinbar (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Februar 2009 - 6 C 25.08 - Buchholz 442.066 § 37 TKG Nr. 2 Rn. 20 zu der Vorgängervorschrift des § 29 Abs. 1 TKG 1996). Auch ist es theoretisch denkbar, dass die Zahlung der Entgelte in der genehmigten Höhe dadurch unterlaufen wird, dass die Vertragsparteien die Frage der Entgeltzahlungspflicht für eine regulierte Zugangsleistung weder positiv noch negativ regeln und die privatrechtsgestaltende Wirkung der Entgeltgenehmigung damit ins Leere geht. Hierdurch entsteht jedoch keine Regelungslücke. Denn gerade auch für den Fall, dass sich die Parteien nicht über die Entgeltzahlungspflicht einigen, stellt das Gesetz der Bundesnetzagentur - wie ausgeführt - die Möglichkeit zur Verfügung, nach Maßgabe des § 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 und 6 TKG Entgelte anzuordnen. Ein solches Verfahren kann die Bundesnetzagentur zur Erreichung der Regulierungsziele auch von Amts wegen einleiten (§ 25 Abs. 4 TKG).

29 e) Das Ergebnis der vorstehenden Auslegung des § 37 Abs. 2 TKG steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Dieser hat in dem bereits erwähnten Urteil vom 26. Juni 2014 - III ZR 299/13 - (NVwZ 2015, 310) entschieden, dass § 37 Abs. 2 TKG das Bestehen eines Vertrags über (Telekommunikations-)Dienstleistungen mit einer Entgeltabrede voraussetze. Die Vorschrift bestimme in zivilrechtlicher Hinsicht nur die privatrechtsgestaltenden Wirkungen der Entgeltgenehmigung auf die - bestehenden - Vereinbarungen der Betroffenen über die Preise für die Dienstleistungen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - III ZR 299/13 - a.a.O. S. 312 Rn. 16). Soweit die Beklagte und die Beigeladene auf ihrer Ansicht nach wesentliche Unterschiede zwischen dem

der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Grunde liegenden Fall und dem vorliegenden Sachverhalt hingewiesen haben, kommt es hierauf nicht an. Der Bundesgerichtshof hat in der genannten Entscheidung unabhängig von der konkret zu beurteilenden Zusammenschaltungsvereinbarung einen abstrakten Rechtssatz aufgestellt.

- 30 2. Das angefochtene Urteil beruht auf dem dargelegten Verstoß gegen revisibles Recht. Die fehlerhafte Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, die privatrechtsgestaltende Wirkung einer Entgeltgenehmigung nach § 37 Abs. 2 TKG setze keine Entgeltabrede voraus, ist für das angegriffene Urteil ursächlich.
- 31 a) Entgegen dem Vorbringen der Beklagten fehlt dem dargestellten Rechtsverstoß nicht deshalb die Entscheidungserheblichkeit, weil das Verwaltungsgericht davon ausgegangen wäre, dass bereits die zwischen der Klägerin und der Beigeladenen geschlossene Zusammenschaltungsvereinbarung eine Anspruchsgrundlage für Entgelte der Beigeladenen enthalte und § 37 Abs. 2 TKG daher "ohne Weiteres" durchgreife. Diese Annahme findet in den Feststellungen des Verwaltungsgerichts zum Inhalt der zwischen der Klägerin und der Beigeladenen geschlossenen Zusammenschaltungsvereinbarung keine Grundlage. Das Verwaltungsgericht hat unmissverständlich ausgeführt, dass "für Leistungen der Beigeladenen keine Gegenleistung vereinbart" gewesen sei, die die Klägerin zu erbringen gehabt hätte. Ferner findet sich die im Wesentlichen inhaltsgleiche Aussage, dass "in der Zusammenschaltungsvereinbarung der Klägerin und der Beigeladenen (...) für die Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten und von Zentralen Zeichengabekanälen durch die Beigeladene, wie sie für die Erbringung der Terminierungsleistung ... erforderlich sind, keine Entgeltzahlung vorgesehen" sei. Kurz darauf folgt der Hinweis, es fehle (lediglich) eine Vereinbarung über die für die fraglichen Leistungen zu entrichtenden Entgelte. Diese tatrichterliche Feststellung des Vertragsinhalts wird nicht durch die weitere Feststellung des Verwaltungsgerichts in Frage gestellt, dass die Bereitstellung von Intra-Building-Abschnitten und von Zentralen Zeichengabekanälen durch die Beigeladene von den Vertragspartnern "nicht nur als unselbständige und unentgeltliche Mitwirkungspflicht der Beigeladenen vereinbart worden" sei. Das Verwaltungsgericht hat die Zusammenschaltungsvereinbarung ersichtlich da-

hingehend ausgelegt, dass sie eine Entgeltzahlungspflicht der Klägerin für die Leistungen der Beigeladenen weder positiv noch negativ regelt, also insoweit eine Regelungslücke vorliegt. Dies steht der Annahme einer bereits unabhängig von der Entgeltgenehmigung bestehenden vertraglichen Anspruchsgrundlage eindeutig entgegen.

- 32 b) Wäre das Verwaltungsgericht nicht der fehlerhaften Rechtsauffassung der Beklagten gefolgt, die der Beigeladenen erteilten Entgeltgenehmigungen seien bereits für sich genommen eine ausreichende rechtliche Grundlage für die Entgeltzahlungspflicht der Klägerin, hätte es die Ziffern 1. und 2. der angefochtenen Anordnung der Bundesnetzagentur wegen eines Ermessensfehlers - wie von der Klägerin beantragt - aufheben müssen.
- 33 Das Verwaltungsgericht ist unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Senats zutreffend davon ausgegangen, dass die Vorschrift des § 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 TKG, auf die auch die angefochtene Anordnung gestützt ist, eine Ermessensermächtigung enthält. Der Bundesnetzagentur steht zwar kein Entschließungsermessen, aber ein Auswahlermessen dahingehend zu, welche Maßnahme sie ergreift. Für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Ausübung dieses Ermessens, bei dem es sich nicht um einen Anwendungsfall des der Bundesnetzagentur nach der Rechtsprechung des Senats für bestimmte Entscheidungen eingeräumten Regulierungsermessens handelt, gelten die Maßstäbe für allgemeine Ermessensentscheidungen nach § 114 Satz 1 VwGO (BVerwG, Beschluss vom 5. Mai 2014 - 6 B 46.13 - Buchholz 442.066 § 25 TKG Nr. 2 Rn. 8 ff.). Danach liegt ein Ermessensfehler vor, wenn die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Ermessensfehlerhaft sind demnach insbesondere auch solche Verwaltungsakte, bei deren Erlass die Behörde von in Wahrheit nicht vorliegenden Tatsachen oder rechtlichen Voraussetzungen ausgeht. Denn für den Ermessensfehlergebrauch macht es keinen Unterschied, ob ein Irrtum der Behörde sich auf die tatsächlichen Grundlagen oder den rechtlichen Rahmen der von ihr zu treffenden Entscheidung bezieht (BVerwG, Urteil vom 24. September 1992 - 3 C 64.89 - BVerwGE 91, 77 <80>).

- 34 Ein solcher Ermessensfehler liegt hier vor. Auf ihre unzutreffende Rechtsauffassung, die Entgeltgenehmigung sei bereits für sich genommen eine ausreichende rechtliche Grundlage für die in der Zusammenschaltungsvereinbarung nicht geregelte Entgeltzahlungspflicht der Klägerin, hat die Bundesnetzagentur nicht nur die in Ziffer 3. des Tenors des angefochtenen Beschlusses ausgesprochene - im vorliegenden Verfahren nicht streitgegenständliche - Ablehnung der von der Beigeladenen begehrten rückwirkenden Anordnung der genehmigten Entgelte gestützt. Vielmehr bildet der Rechtsirrtum der Behörde auch die Grundlage für die Ermessensausübung in Bezug auf die in den Ziffern 1. und 2. der angefochtenen Anordnung in Verbindung mit der modifizierten Fassung der Ergänzungsvereinbarung getroffenen Abrechnungs- und Erstattungsregelungen für die gemeinsam genutzten Intra-Building-Abschnitte und Zentralen Zeichengabekanäle.
- 35 3. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts stellt sich nicht gemäß § 144 Abs. 4 VwGO aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar. Entgegen der Auffassung der Beklagten und der Beigeladenen ist die Klage nicht mangels Klagebefugnis (a) oder Rechtsschutzbedürfnisses (b) bereits unzulässig.
- 36 a) Die Klägerin kann im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, durch die angegriffene Zugangsanordnung möglicherweise in ihrem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein. Der Schutzbereich dieses Grundrechts umfasst die Vertragsfreiheit und damit das Recht, den Inhalt vertraglicher Vereinbarungen mit der Gegenseite frei von staatlicher Bindung auszuhandeln. Ebenso wie Entgeltgenehmigungen (vgl. § 37 Abs. 2 TKG) haben auch auf § 25 TKG gestützte Anordnungen der Bundesnetzagentur privatrechtsgestaltende Wirkung. In der Rechtsprechung des Senats zu § 37 TKG 1996, der Vorgängernorm des § 25 TKG, ist geklärt, dass das durch die Zusammenschaltungsanordnung zwischen den beteiligten Netzbetreibern entstehende Rechtsverhältnis ein durch Verwaltungsakt angeordneter privatrechtlicher Vertrag ist (BVerwG, Urteil vom 31. März 2004 - 6 C 11.03 - BVerwGE 120, 263 Rn. 22 ff.). Diese rechtliche Einordnung ist auf Anordnungen nach § 25 TKG übertragbar. Die hoheitlich angeordneten Bedingungen er-

setzen oder ergänzen im Zusammenschaltungsverhältnis die vereinbarten Regelungen und greifen aufgrund ihrer privatrechtsgestaltenden Wirkung in die Privatautonomie der Vertragspartner ein.

- 37 Die Auffassung der Beklagten, der angefochtene Beschluss gestalte die Rechtslage nicht um, weil die Anwendung der genehmigten Entgelte zugunsten der Beigeladenen nicht aus diesem Beschluss folge, sondern unmittelbar aus § 37 TKG, dem Zusammenschaltungsvertrag und den bestandskräftigen Entgeltgenehmigungen, beruht auf ihrer rechtlichen Prämisse, die - wie ausgeführt - mit dem revisiblen Recht nicht in Einklang steht. Unabhängig davon greift auch schon die in dem angefochtenen Beschluss getroffene Erstattungsregelung - trotz ihrer die Klägerin begünstigenden Wirkung - hoheitlich in das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beigeladenen ein. Sie ergänzt die Zusammenschaltungsvereinbarung und gestaltet hierdurch unmittelbar das privatrechtliche Rechtsverhältnis zwischen diesen beiden Netzbetreibern. Ist die Genehmigung rechtswidrig, muss die Klägerin daher diesen Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Privatautonomie mit der Anfechtungsklage abwehren können. Für die Anordnung von Entgelten gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 und 6 TKG gilt insoweit nichts anderes als für Entgeltgenehmigungen (vgl. hierzu Urteil des Senats vom 1. April 2015 - 6 C 38.13 - Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 10 Rn. 18 m.w.N.).
- 38 b) Der Klägerin fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Dass die Klage für sie offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann (vgl. zu diesem Maßstab: BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - BVerwGE 149, 94 Rn. 15 m.w.N.), lässt sich nicht mit der Erwägung begründen, der angefochtene Beschluss enthalte keine eigenständige, über die nach § 37 Abs. 2 TKG privatrechtsgestaltend wirkenden Entgeltgenehmigungen hinausgehende Beschwer, und bei einem Erfolg der Anfechtungsklage entfielen lediglich die Erstattungsregelung, nicht aber die Zahlungspflicht der Klägerin. Denn mit der Rechtskraft eines stattgebenden, auf die vorstehenden Gründe gestützten Urteils stünde fest, dass der Entgeltanspruch der Beigeladenen gerade nicht auf die Entgeltgenehmigungen gestützt werden kann. Nach zutreffender Ansicht kommt der Begründung der Entscheidung bei Anordnungen

nach § 25 TKG besondere Bedeutung zu. Denn die Zivilgerichte müssen bei der Auslegung eines Vertragsverhältnisses, das nicht nur durch übereinstimmende Willenserklärungen, sondern auch durch Hoheitsakt der Bundesnetzagentur gestaltet worden ist, auch dasjenige berücksichtigen, was die vertragsanordnende Behörde aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers mit der Anordnung dieser privaten Rechtsbeziehung und ihrer Ausgestaltung erkennbar erreichen wollte (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. Januar 2012 - VI-U (Kart) 17/11, U (Kart) 17/11 - juris Rn. 23; Geppert/Attendorn, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 25 Rn. 65).

- 39 4. Der Senat kann gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO in der Sache selbst entscheiden. Die tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts, gegen die keine zulässigen und begründeten Revisionsgründe vorgebracht worden sind, reichen für eine der Anfechtungsklage stattgebende Entscheidung aus. Die Ziffern 1. und 2. des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 23. November 2009 sind aus den unter 2. dargelegten Gründen rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die teilweise Aufhebung des angefochtenen Beschlusses scheidet auch nicht mangels Teilbarkeit des Verwaltungsakts aus. Die bestandskräftig gewordene Ablehnung der von der Beigeladenen beantragten Anordnung der Entgelte in Ziffer 3. des Beschlusses kann ohne die in den Ziffern 1. und 2. unter Widerrufsvorbehalt getroffenen Regelungen zu den Abrechnungsmodalitäten und der Entgeltrückerstattung selbständig bestehen bleiben.
- 40 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 3, § 159 Satz 1 VwGO, § 100 Abs. 1 ZPO.

Prof. Dr. Kraft

Dr. Heitz

Dr. Möller

Hahn

Dr. Tegethoff



B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 50 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG).

Prof. Dr. Kraft

Dr. Möller

Hahn