

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER  
vom 9. Dezember 2004<sup>1</sup>

1. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht begehrt mit seinen verbundenen Vorabentscheidungsersuchen eine Auslegung des Artikels 11 Absatz 2 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste<sup>2</sup> (im Folgenden: Richtlinie).

**I — Einschlägige Rechtsvorschriften**

**A — Gemeinschaftsrecht: Richtlinie 97/13**

**1. Einführung**

2. Das vorliegende Gericht möchte wissen, ob die nationale Regulierungsbehörde<sup>3</sup> von neuen Marktteilnehmern für die Zuteilung von Telefonnummern eine deren wirtschaftlichen Wert berücksichtigende Gebühr erheben darf, wenn das den Markt beherrschende Unternehmen als Rechtsnachfolger des ehemaligen staatlichen Monopolunternehmens den vorhandenen Nummernbestand kostenlos übernommen hat.

3. In den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurde die Telekommunikation zu einem der Motoren der Wirtschaft mit einem beträchtlichen Wachstumspotenzial. Die technologische Entwicklung ermöglichte die Einführung neuer Dienstleistungen vor allem im Bereich der Mobil- und Satellitentelefone mit Digitaltechnik, in dem die Fortschritte der Multimediakommunikation den Weg für eine Vielzahl von Leistungen ebneten<sup>4</sup>.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — ABl. L 117, S. 15.

3 — Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie ist dies eine rechtlich und organisatorisch unabhängige Stelle, die mit der Ausfertigung und der Überwachung der Einhaltung von Genehmigungen beauftragt ist.

4 — Eine knappe, nützliche Übersicht über diese Entwicklung bietet die Einleitung der „Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament — Konsultation zum Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur und der Kabelfernsehtetze“, Brüssel, 3. Mai 1995, KOM(95) 158 endg.

4. Da die Europäische Gemeinschaft über die Voraussetzungen für diese Fortentwicklung verfügte, beschlossen die Gemeinschaftsorgane, die Liberalisierung dieses Bereiches voranzutreiben; so formulierte die Kommission das Ziel eines künftigen Binnenmarktes in einem 1987 veröffentlichten Grünbuch, in dem sie alle Beteiligten zu einem Meinungsaustausch über das Thema aufrief und eine allmähliche Öffnung des Sektors befürwortete, in deren Rahmen das Recht der Bürger auf Nutzung der modernen Kommunikationssysteme zu gewährleisten war<sup>5</sup>.

5. Mit der gewünschten Flexibilität sollten jedoch den Mitgliedstaaten nicht ihre Kontrollbefugnisse mittels der einschlägigen Genehmigungsverfahren genommen werden. In einem weiteren Grünbuch<sup>6</sup> vertrat die Kommission gerade die Auffassung, dass diese Verfahren ein wesentliches Mittel zur Schaffung gerechter Voraussetzungen für die Entwicklung des Wettbewerbs bilden, indem darin die Genehmigungen nach gleichen Grundsätzen erteilt werden.

6. Die Richtlinie wird diesem Erfordernis dadurch gerecht, -dass sie, gestützt auf die

Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung — wie ich in den Rechtssachen Albacom und Infostrada ausgeführt habe<sup>7</sup> —, als einzige Alternative die Schaffung eines Umfeldes vorsieht, das mit der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist (erste, zweite, vierte und elfte Begründungserwägung; Artikel 3 Absatz 2).

7. In Übereinstimmung mit diesen Voraussetzungen sind die freie Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten und die Liberalisierung des Betriebes der Telekommunikationsnetze für die Richtlinie von vorrangiger Bedeutung. Der Gemeinschaftsgesetzgeber verlangt, dass diese Dienste frei von Hindernissen geleistet und genutzt werden können, gegebenenfalls aufgrund einer Allgemeingenehmigung<sup>8</sup>, und dass Einzelgenehmigungen<sup>9</sup> nur noch als Ausnahme oder in Ergänzung von Allgemeingenehmigungen erteilt werden (siebte und dreizehnte Begründungserwägung; Artikel 3 Absatz 3 und Artikel 7).

5 — „Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte“, Brüssel, 16. Dezember 1987, KOM(87) 290 endg., S. 6, 16 ff. der Zusammenfassung.

6 — „Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastruktur und der Kabelfernsehtetze“, Teil II, Brüssel, 25. Januar 1995, KOM(94) 682 endg., S. 61 ff. Vgl. auch die Mitteilung der Kommission „Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste — Kommunikationsbericht 1999“, Brüssel, 10. November 1999, KOM(1999) 539 endg., S. 25.

7 — Schlussanträge vom 12. Dezember 2002 in den verbundenen Rechtssachen C-292/01 und C-203/01 (Albacom und Infostrada, Urteil vom 18. September 2003, Slg. 2003, I-9449), deren Nrn. 2 bis 7 nahezu wörtlich mit den obigen Nrn. 6 bis 11 übereinstimmen.

8 — Gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a erster Gedankenstrich der Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Allgemeingenehmigung“ ... ungeachtet einer Registrierungspflicht jede Genehmigung, die aufgrund einer ‚Gruppengenehmigung‘ oder aufgrund allgemeiner Rechtsvorschriften ein Unternehmen davon entbindet, vor der Ausübung der aus der Genehmigung herrührenden Rechte die ausdrückliche Zustimmung der nationalen Regulierungsbehörde einzuholen“.

9 — Die Einzelgenehmigung ist gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a zweiter Gedankenstrich der Richtlinie „eine durch eine nationale Regulierungsbehörde erteilte Genehmigung, die einem Unternehmen bestimmte Rechte verleiht oder die Tätigkeit des Unternehmens bestimmten Verpflichtungen, gegebenenfalls in Ergänzung der Allgemeingenehmigung, unterwirft, sofern das Unternehmen die entsprechenden Rechte ohne Zustimmung der nationalen Regulierungsbehörde nicht ausüben kann“.

8. Die Richtlinie sieht im Sinne dieser Liberalisierungsregel als Leitkriterium auch vor, dass die Mitgliedstaaten die Anzahl der Einzelgenehmigungen, die sie erteilen können, nicht begrenzen dürfen, außer wenn dies zur effizienten Nutzung von Funkfrequenzen oder für die ausreichende Bereitstellung von Nummern notwendig ist. Jedes Unternehmen, dass die in den nationalen Rechtsordnungen festgelegten und bekannt gemachten Voraussetzungen erfüllt, hat daher von vornherein Anspruch auf Erteilung einer Einzelgenehmigung (Artikel 10 Absatz 1 und Artikel 9 Absatz 3).

## 2. Die Abgabenbestimmungen der Richtlinien

9. Die Artikel 6 und 11 der Richtlinie fördern dieser Ausrichtung gemäß den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt und erlegen den Unternehmen nicht mehr Beschränkungen oder Belastungen auf, als unerlässlich ist<sup>10</sup>, sie berücksichtigen also den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die beiden Artikel tragen die Überschriften „Gebühren bei den Verfahren für Allgemeine Genehmigungen“ und „Gebühren und Abgaben für Einzelgenehmigungen“.

## 10. „Artikel 6

...

10 — Zu den Genehmigungsvoraussetzungen vgl. den Anhang der Richtlinie.

Unbeschadet der finanziellen Beiträge zur Erbringung des Universaldienstes gemäß dem Anhang stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass von den Unternehmen im Rahmen der Genehmigungsverfahren nur die Gebühren erhoben werden, die die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Allgemeine Genehmigung anfallenden Verwaltungskosten abdecken. Die Gebühren sind mit ausreichenden Einzelheiten in geeigneter Form zu veröffentlichen, damit die Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist.“

## 11. „Artikel 11

...

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass von dem Unternehmen im Rahmen der Genehmigungsverfahren nur die Gebühren erhoben werden, die die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen anfallenden Verwaltungskosten abdecken. Die Gebühren für eine Einzelgenehmigung müssen in Relation zu dem damit verbundenen Aufwand stehen und sind mit ausreichenden Einzelheiten in geeigneter Form zu veröffentlichen, damit die Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist.

(2) Ungeachtet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten ihren nationalen Regulierungsbehörden für den Fall, dass auf knappe Ressourcen zurückgegriffen werden soll, gestatten, Abgaben zu erheben, die die Notwendigkeit widerspiegeln, die optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherzustellen. Diese Abgaben müssen nichtdiskriminierend sein und insbesondere der Notwendigkeit Rechnung tragen, die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb zu fördern.“

14. Nach einer Anlage zur TNGebV wird für die Zuteilung eines Blocks von 1 000 zehnstelligen Rufnummern in den Ortsnetzbereichen eine Gebühr in Höhe von 1 000 DM (nunmehr 500 Euro) erhoben, während für die Ablehnung des Antrags eine Gebühr in Höhe von 250 DM (nunmehr 125 Euro) anfällt.

## II — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

### B — Deutsches Recht

12. Die deutschen Rechtsvorschriften, nach denen sich die Erhebung von Abgaben für die Zuteilung von Telefonnummern bestimmt, sind das Telekommunikationsgesetz (TKG)<sup>11</sup> und die Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung (TNGebV)<sup>12</sup>.

13. Nach § 43 TKG ist die Behörde, die die Aufgaben der Nummerierung wahrnimmt, berechtigt, für die Zuteilung von Nummern eine Gebühr zu erheben, wobei die Tatbestände und die Höhe der Gebühr durch Rechtsverordnung geregelt werden.

15. Die ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG und die Firma O2 (Germany) GmbH & Co. OHG (im Folgenden: ISIS und Firma O2) beantragten bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (im Folgenden: Regulierungsbehörde) die Zuteilung einer Anzahl von Rufnummernblöcken für Ortsnetze. ISIS wurden 37 der 43 beantragten Blöcke zugeteilt, und die Firma O2 erhielt 2 303 Blöcke der beantragten 2 324 Blöcke.

16. Mit Bescheiden vom 25. Oktober 1999 und 21. Juni 2000 erlegte die Regulierungsbehörde nach der TNGebV der Firma O2 eine Gebühr in Höhe von 2 308 250 DM und ISIS eine Gebühr in Höhe von 38 500 DM auf.

11 — BGBl. 1996 I, 1120.

12 — BGBl. 1999 I, 1887.

17. Die Deutsche Telekom AG (im Folgenden: Deutsche Telekom) erlangte als Rechtsnachfolgerin des ehemals auf dem deutschen Markt tätigen staatlichen Monopolunternehmens vor Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes kostenlos eine Reserve von 400 Millionen Nummern, über die sie auch heute noch verfügt, ohne nach dem nationalen Recht hierfür eine Gebühr entrichten zu müssen oder einer Rückgabepflicht zu unterliegen.

18. Die beiden Unternehmen erhoben gegen die Gebührenbescheide Klagen, denen nach erstinstanzlicher Klageabweisung das Oberverwaltungsgericht stattgab; es verurteilte die Regulierungsbehörde zur Rückzahlung der eingezogenen Gebühren zuzüglich Zinsen.

19. Auf die hiergegen in beiden Fällen eingelegte Revision hat das Bundesverwaltungsgericht das Revisionsverfahren ausgesetzt und folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist die Richtlinie 97/13/EG dahin zu verstehen, dass für die Zuteilung von Rufnummern durch die nationale Regulierungsbehörde eine den wirtschaftlichen Wert der zugeteilten Nummern berücksichtigende Gebühr erhoben werden darf, obwohl ein auf demselben Markt tätiges und dort eine marktbeherrschende Stellung innehabendes Telekommunikationsunternehmen von seinem Rechtsvorgänger, dem ehemaligen staatlichen Monopolunternehmen, kostenlos Rufnummern in sehr großem

Umfang übernommen hat und eine nachträgliche Heranziehung zu Gebühren für diesen Altbestand aus Gründen des nationalen Rechts ausscheidet?

20. Für den Fall der Bejahung dieser Vorlagefrage möchte das vorliegende Gericht weiter wissen:

Dürfen bei einer solchen Fallgestaltung die in den Markt neu eintretenden Unternehmen unabhängig von der Höhe ihrer sonstigen Markteintrittskosten und ohne eine hieran anknüpfende Analyse ihrer Wettbewerbschancen gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen für die Zuteilung einer Rufnummer mit einer einmaligen Gebühr in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes (hier 0,1 %) des geschätzten Jahresumsatzes belastet werden, der im Fall der Weitergabe der Rufnummer an einen Endkunden erzielt werden kann?

### III — Verfahren vor dem Gerichtshof

21. Mit Beschluss vom 16. September 2003 hat der Präsident des Gerichtshofes die beiden Rechtssachen wegen ihres objektiven Zusammenhangs miteinander verbunden.

22. Gemäß Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes haben die Kommission, die deutsche Regierung, die britische Regierung und die in den Ausgangsverfahren klagenden Unternehmen fristgerecht Erklärungen eingereicht.

23. Die Beteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, haben, ausgenommen die britische Regierung, an der mündlichen Verhandlung am 11. November 2004 teilgenommen und sich dort mündlich zur Sache geäußert.

25. Wie ausgeführt, wäre die Schaffung eines europäischen Binnenmarktes für diesen Sektor nicht möglich gewesen, wenn nicht auf Gemeinschaftsebene bestimmte Grundregeln festgelegt worden wären, die die Chancengleichheit der verschiedenen Wettbewerber zu gewährleisten vermögen. Dabei handelt es sich um die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit, die Artikel 11 der Richtlinie für die Ausgestaltung der Genehmigungsverfahren ausdrücklich festschreibt; diese bilden nämlich eine besonders sensible und bedeutsame Phase, denn die Einzelgenehmigungen sind die Bewilligungen von Rechten, die den Wirtschaftsteilnehmern die Tür zum geschäftlichen Tätigwerden öffnen. Jedes Hindernis in dieser Phase verfestigt den Status quo und schränkt den Wettbewerb ein<sup>13</sup>.

#### IV — Prüfung der Vorlagefragen

##### *A — Auslegung der Abgabenregelung in der Richtlinie*

24. Die Fragen des Bundesverwaltungsgerichts bieten dem Gerichtshof Gelegenheit, die Grenzen zu präzisieren, die den Mitgliedstaaten bei der Abgabenerhebung für die Erteilung von Einzelgenehmigungen im Bereich der Telekommunikation durch die Wettbewerbsfreiheit gezogen sind. Die Vorlagefragen können zugleich dazu beitragen, die Stellung der Rechtsnachfolger der ehemaligen staatlichen Monopolunternehmen und ihr Verhältnis zu neuen Wettbewerbern näher zu definieren, nachdem die Liberalisierung des Telekommunikationssektors 1998 einen Höhepunkt erreichte.

26. Artikel 11 enthält nun (ebenso wie Artikel 6) im Rahmen einer verfahrensrechtlichen Regelung Gebührenvorschriften, die diese Öffnung durch die Beseitigung von Marktzutrittsschranken für neue Wettbewerber unterstützen sollen. Wie ich in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen Albacom und Infostrada (Nr. 28) ausgeführt habe, sind diese Vorschriften in Einklang mit dem genannten Ziel auszulegen: Die den Unternehmen auferlegten Zahlungen dürfen sie nicht davon abschrecken, auf dem Markt aufzutreten.

27. Artikel 11 der Richtlinie behandelt zwei Arten von Geldleistungen, nämlich eine

13 — So weist die Kommission in der oben in Fußnote 4 genannten Mitteilung darauf hin, dass die Genehmigungen im Telekommunikationssektor implizit die Dienstleistungsfreiheit beschränken und die Marktstrukturen verändern könnten.

„Gebühr“ für Einzelgenehmigungen in Absatz 1 und, soweit sich diese Genehmigungen auf knappe Ressourcen beziehen, eine „Abgabe“ in Absatz 2. Die erstgenannte Gebühr soll die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen anfallenden Verwaltungskosten abdecken. Die Abgabe nach Absatz 2, die ebenfalls von den Inhabern der Einzelgenehmigungen erhoben wird, soll eine optimale Nutzung der knappen Ressourcen sicherstellen. Beide Arten von Geldleistungen sind nach den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz einzuziehen, ohne dass im Fall der Abgabe nach Absatz 2 die Art der Belastung und ihre Höhe ein Ausmaß erreichen dürfen, das Antragsteller abschreckt oder der Einführung neuer Telekommunikationsdienste entgegensteht. Im gleichen Sinne habe ich dies bereits in den Nummern 36 bis 43 meiner Schlussanträge in den Rechtssachen Albacom und Infostrada ausgeführt.

28. Die in den Ausgangsverfahren streitigen Gebührenbescheide und die ihnen zugrunde liegenden deutschen Rechtsvorschriften können, da die verlangten Abgaben die anfallenden Verwaltungskosten überschreiten, nur durch den Tatbestand des Artikels 11 Absatz 2 der Richtlinie gedeckt sein, womit als Erstes die Frage zu klären ist, ob Telephonnummern knappe Ressourcen im Sinne dieser Bestimmung sind.

## B — Der Nummernbestand als „knappe Ressource“

29. Die einheitliche Anwendung der Richtlinie setzt voraus, dass für den Begriff „knappe Ressourcen“ eine einheitliche Definition gefunden wird, eine Aufgabe, für die sich dem Gerichtshof bisher noch keine Gelegenheit geboten hat. Meiner Auffassung nach muss dieser Begriff alle Güter einschließen, die zu schonen sind, weil sie aus technischen, wirtschaftlichen oder praktischen Gründen nicht unbegrenzt vermehrbar sind<sup>14</sup>. Das exponentielle Wachstum der Zahl der Nutzer und entsprechend der Dienstleister hat seine Wirkungen auf die Zahl der verfügbaren Nummern, die damit zu einem knappen Gut werden, für dessen Zuteilung angemessene Verfahren und Kriterien erforderlich sind<sup>15</sup>, um allen Wettbewerbern die gleiche Ausgangsposition im Zeitpunkt ihres Marktzutritts zu sichern, dem entscheidenden Moment für die Gewährleistung der Gleichbehandlung auf einem Markt mit freiem Wettbewerb<sup>16</sup>.

30. Diese Erwägungen entsprechen dem Willen der Gemeinschaftsbehörden, die, teils ausdrücklich, teils stillschweigend, ihrer Besorgnis über eine künftige Verknappung und ihrem Wunsch, eine Neustrukturierung des Nummernbestands zu vermeiden, Ausdruck

14 — Vgl. in diesem Sinne Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 15. Dezember 2000, *Multimedia und Recht* 5/2001, S. 327.

15 — Ähnlich haben dies L. Gramlich in „Rechtsfragen der Nummerierung nach § 43 Telekommunikationsgesetz“, *Archiv für Post und Telekommunikation* 1998, S. 16, und J. Scherer in „Entwicklungslinien des Telekommunikationsrechts“, *Computer und Recht* 2000, S. 42, formuliert.

16 — Vgl. Polster, S., *Das Telekommunikationsrecht der Europäischen Gemeinschaften*, Wien 1999, S. 78.

gegeben haben. So hat die Kommission im „Grünbuch über ein Nummerierungskonzept für Telekommunikationsdienste in Europa“ darauf hingewiesen, dass in der Übergangszeit bis zur vollständigen Liberalisierung Nummern eine ähnlich bedeutsame Ressource würden wie Frequenzen und Wegerechte, da sie im Gegensatz zu diesen zwar nicht physisch begrenzt seien, aber für sie eine vergleichbare Sachlage deshalb entstehe, weil Nummernänderungen kostenintensiv seien und in der Bevölkerung auf Ablehnung stießen<sup>17</sup>. Drei Jahre später hat die Kommission in der oben in Fußnote 6 angeführten Mitteilung ohne Umschweife klargestellt, dass es sich bei diesem Gut um eine knappe Ressource handelt.

31. Die gleiche Auffassung wurde implizit auch in der Richtlinie übernommen, die, wie bereits ausgeführt, unterscheidet zwischen Allgemeingenehmigungen als im Voraus erteilten Erlaubnissen allgemeiner Art, die es den Unternehmen ermöglichen, auf dem Telekommunikationsmarkt ohne ausdrückliche Entscheidung der zuständigen Stelle, aber unter möglicher weiterer Kontrolle tätig zu werden, und Einzelgenehmigungen als speziellen Genehmigungen für ein Tätigwerden ihrer Inhaber auf der Grundlage einer Einzelfallentscheidung der Verwaltung<sup>18</sup>. Aus der dreizehnten Begründungserwägung der Richtlinie in Verbindung mit ihren Artikeln 7 Absatz 1 Buchstabe a und 10 Absatz 1 und mit den Abschnitten 4.1 und

4.2 ihres Anhangs ergibt sich nun, dass der objektive Anwendungsbereich dieser zweiten Kategorie von Erlaubnissen die Nutzung der knappen Ressourcen umfasst, zu denen außer den Funkfrequenzen auch die Nummern gehören — ein Gedanke, der sich bereits in der Richtlinie 2002/20/EG<sup>19</sup> findet, die für ihre Nutzung die Erhebung eines Entgelts zulässt (Artikel 13).

32. Wird die Nummerierung jedoch ebenso behandelt wie die ohne Zweifel physisch begrenzten Funkfrequenzen, so ist ihr der Charakter der „Schonungsbedürftigkeit“ zuzuerkennen, die ein Merkmal des Begriffs der „knappen Ressourcen“ im Sinne von Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie bildet.

#### *C — Die Voraussetzungen nach Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie*

33. Diese Bestimmung macht die Befugnis der Mitgliedstaaten, für die Nutzung solcher knappen Güter Abgaben zu erheben, von drei Voraussetzungen abhängig: 1. Die Abgaben müssen die Notwendigkeit widerspiegeln, die optimale Nutzung dieser Güter sicherzustellen, 2. sie dürfen nicht diskriminierend sein, und 3. sie müssen die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb fördern.

17 — „Grünbuch über ein Nummerierungskonzept für Telekommunikationsdienste in Europa“, Brüssel, 20. November 1996, KOM(96) 590 endg., S. 1 und Fußnote 3.

18 — In ähnlicher Weise habe ich dies bereits in den Nrn. 30 und 31 meiner Schlussanträge in den Rechtssachen Albacom und Infostrada zur Auslegung der Artikel 2, 5 und 9 der Richtlinie ausgeführt.

19 — Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. L 108, S. 21).

1. Die optimale Nutzung der knappen Ressourcen

34. Wie ich in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen Infostrada und Albacom (Nr. 42) ausgeführt habe, unterscheidet sich diese Abgabe ihrem Wesen nach von der „Gebühr“ im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie dadurch, dass sie nicht die Aufwendungen decken soll, die für die Verwaltung mit der Ausstellung und Führung dieser Genehmigungen verbunden sind, sondern darauf abzielt, den besten Weg für die Nutzung der knappen Ressourcen zu finden. Es handelt sich damit um eine Abgabe, die mit keiner Gegenleistung verbunden ist. Sie hat Steuercharakter, auch wenn sie sich auf Einzelfälle bezieht (Nr. 35 der genannten Schlussanträge).

35. Insoweit wird das spezielle Ziel verfolgt, die Versorgung mit Gütern, deren Begrenztheit die Abgabe rechtfertigt, zu verbessern, denn es entspricht dem Normzweck, die eingenommenen Mittel für den Ausbau der Infrastrukturen und Investitionen in die neuen Technologien zu verwenden. Freilich hat der Gemeinschaftsgesetzgeber die Befugnis, über die Verwendung der Mittel zu entscheiden, den Mitgliedstaaten belassen<sup>20</sup>, wenngleich nicht unbeschränkt, da der Charakter der Abgabe die Verpflichtung begründet, ihren Ertrag dieser besonderen Zweckbestimmung zu widmen. Die angestrebte Harmonisierung verlangt dies.

20 — Die „Genehmigungsrichtlinie“ lässt in ihrer 32. Begründungserwägung erkennen, dass sie nicht die Zwecke festlegen soll, für die die Abgaben für Nutzungsrechte zu verwenden sind.

36. Nach dieser Eingrenzung des Gebührenstatbestands und der Ausgabenart, für die die Einnahmen zu verwenden sind, ist weiter nach der Art der Abgabe selbst zu fragen. So bemisst sich beispielsweise die in Deutschland für die Genehmigung zu entrichtende Abgabe auf nicht weniger als den fünfzehnfachen Betrag der Verwaltungskosten, und trotz dieser Entgelthöhe ist hiergegen gemeinschaftsrechtlich nichts einzuwenden, sofern die dadurch erlangten Mittel in die Verbesserung der Nutzung von knappen Ressourcen investiert werden. Indessen wird niemand entgehen, dass die beträchtlichen Unterschiede in der Abgabenbelastung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat über Wettbewerbsverzerrungen zu ersten Hindernissen für die Wirksamkeit der Grundfreiheiten werden können<sup>21</sup>, während doch Artikel 11 Absatz 2 den Wettbewerb mittels der darin geregelten Abgabe gerade stärken will<sup>22</sup>.

37. Daher kann eine unverhältnismäßige und überhöhte Abgabe, abgesehen von der

21 — In Nummer 51 a. E. meiner Schlussanträge in den Rechtssachen Albacom und Infostrada habe ich darauf hingewiesen, dass die „Ungleichbehandlung gleicher Besteuerungstatbestände durch die Mitgliedstaaten ... zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen [kann], indem sie den freien Personen-, Kapital-, Waren- und Dienstleistungsverkehr beeinträchtigt“. J. Scherer (a. a. O., S. 42) kritisiert das den Mitgliedstaaten in der Richtlinie eingeräumte Ermessen, das ihnen eine unterschiedliche Abgabenbelastung für die Zuteilung von knappen Ressourcen ermögliche, wodurch echte Marktzutrittsbarrieren errichtet werden könnten. S. Polster (a. a. O., S. 78), der sich dieser Auffassung anschließt, hebt die mangelnde Genauigkeit hervor, die hinsichtlich der zulässigen Höchstgrenze der Abgaben bestehe. Das Europäische Amt für Telekommunikation unterstreicht seinerseits in einem Bericht an die Kommission (*Annexes to the second interim report — Fees for licensing telecommunications services and networks*, Juli 1999, S. 5), dass die unterschiedliche Abgabenbelastung der Marktteilnehmer den Sektor negativ beeinflussen und bestimmte nationale Märkte im Verhältnis zu anderen beeinträchtigen könne.

22 — In der 31. Begründungserwägung der Genehmigungsrichtlinie wird in Erinnerung gebracht, dass die von den Mitgliedstaaten erhobenen Verwaltungsgebühren weder den Wettbewerb verfälschen noch Marktzutrittschranken errichten dürfen.

Verletzung weiterer fundamentaler Rechtsgrundsätze, gegen die Richtlinie verstoßen, wenn sie eine Marktzutrittsbarriere für neue Telekommunikationsbetreiber errichtet.

## 2. Das Verbot einer diskriminierenden Behandlung

38. Der Begriff der Diskriminierung ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofes umfassend behandelt worden. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn vergleichbare Sachverhalte ohne objektive Rechtfertigung unterschiedlich behandelt werden und dadurch bestimmte Personen gegenüber anderen benachteiligt werden<sup>23</sup>. Erlegen somit die Mitgliedstaaten nach Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie den Inhabern von Einzelgenehmigungen Abgaben auf, um die Nutzung der knappen Ressourcen zu optimieren, so müssen sie diese Abgaben so regeln, dass zwischen den Wirtschaftsteilnehmern des Sektors keine willkürlichen Unterschiede gemacht werden.

39. Dieses Gebot zeigt die Relevanz der Vorlagefragen auf, die eine in der Mehrheit der Mitgliedstaaten — wenngleich mit Nu-

ancierungen — entstandene Sachlage widerspiegeln, nachdem der Liberalisierungsprozess des Telekommunikationssektors zum Abschluss gelangt ist und die staatlichen Monopole abgeschafft sind: die Situation eines Wettbewerbs zu ungleichen Bedingungen zwischen den Nachfolgeunternehmen der ehemaligen Netzbetreiber, die die nationalen Märkte beherrschten, und den neuen Betreibern, die auf dem vergrößerten europäischen Binnenmarkt Fuß fassen wollen.

40. Die Richtlinie verlangt, dass die Deutsche Telekom, ISIS und die Firma O2 auf der Grundlage der Gleichheit miteinander konkurrieren. Während jedoch die Deutsche Telekom eine beträchtliche Menge von Telefonnummern völlig abgabefrei erlangte, wurden ISIS und die Firma O2 zu einer Abgabe nach § 43 Absatz 3 TKG herangezogen, obgleich die jeweiligen Sachverhalte vergleichbar erscheinen: Alle drei Unternehmen sind im selben Sektor tätig, üben die gleiche Geschäftstätigkeit aus und sind daher aus wirtschaftlicher Sicht in gleicher Weise von dem Besitz von Telefonnummern abhängig.

41. Innerhalb dieses Rahmens ist zu klären, ob die Richtlinie eine Situation zulässt, wie sie den Ausgangsverfahren zugrunde liegt.

23 — Zu den frühesten einschlägigen Entscheidungen gehört das Urteil vom 13. Juli 1962 in den verbundenen Rechtssachen 17/61 und 20/61 (Klöckner-Werke u. a./Hohe Behörde, Slg. 1962, 653, 692 I.). Zu den jüngeren einschlägigen Entscheidungen gehören etwa die Urteile vom 26. September 2002 in der Rechtssache C-351/98 (Spanien/Kommission, Slg. 2002, I-8031, Randnr. 57) und vom 22. Mai 2003 in der Rechtssache C-462/99 (Connect Austria, Slg. 2003, I-5197, Randnr. 115), auf die ich unten zurückkommen werde.

42. Bei erster Betrachtung dieser Fragestellung liegt eine verneinende Antwort nahe; unter gleichen Umständen ist eine unter-

schiedliche rechtliche Behandlung nicht statthaft. Jedoch darf der hinzutretende Zeitfaktor nicht außer Betracht gelassen werden, ist doch die Deutsche Telekom an die Stelle des früheren ausschließlichen Telefonnetzbetreibers zu einem Zeitpunkt getreten, als das Telekommunikationsgesetz noch nicht in Kraft war, womit der Erwerb ihrer Nummernreserve der Vergangenheit und damit einer rechtlich anders gelagerten Situation angehört, so dass die Auffassung nicht unvertretbar ist, wonach dieser Zeitpunkt für die vergleichende Prüfung anhand des Gleichheitssatzes nicht herangezogen werden darf.

43. Ein derartiger Automatismus in der rechtlichen Prüfung muss jedoch ausscheiden, da der Tatsachenhorizont insgesamt unter Würdigung aller seiner Aspekte, so irrelevant sie scheinen mögen, zu beurteilen ist. Nach dem Urteil *Connect Austria* (Randnr. 94) ist für die Prüfung, ob die kostenfreie Lizenzvergabe an ein öffentliches Unternehmen vor der Liberalisierung dem rechtlichen Gebot der Gleichheit zwischen den beteiligten Betreibern genügt, darauf abzustellen, wann die Lizenz erteilt wurde, welche Regelung damals galt, ob etwa eine Betriebspflicht bestand und gegebenenfalls welchen wirtschaftlichen Wert die Lizenz hatte<sup>24</sup>.

24 — Auf der Grundlage dieser Kriterien stehen nach dem Urteil *Connect Austria* (Randnr. 118) die Artikel 9 Absatz 2 und 11 Absatz 2 der Richtlinie einer nationalen Regelung nicht entgegen, die die Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich an Betreiber, die bereits eine GSM-900-Lizenz besitzen, ohne gesonderte Gebühr gestattet, während vom Betreiber, dem eine DCS-1800-Lizenz erteilt wurde, eine Gebühr erhoben wurde, wenn die Gebühr, die von den bestehenden Betreibern für ihre GSM-900-Lizenz einschließlich der später ohne Aufzahlung erfolgenden Zuteilung zusätzlicher Frequenzen aus dem für DCS 1800 reservierten Frequenzbereich erhoben wurde, unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit der Gebühr, die von dem Betreiber im Besitz der DCS-1800-Lizenz erhoben wurde, gleichwertig ist.

44. Die Unternehmen, die an die Stelle der ehemaligen staatlichen Monopolbetreiber getreten sind, besitzen im Allgemeinen auf den nationalen Märkten eine beherrschende Stellung, und zwar trotz der bei der Marktöffnung der Telekommunikation erzielten Fortschritte<sup>25</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht erkennt die beherrschende Stellung der Deutschen Telekom auf dem relevanten Markt an, ohne dass diese Stellung, anders als die deutsche Regierung meint, durch die Übernahme der Verpflichtungen des früheren Monopolbetreibers geschwächt wird, denn die kostenlose Erlangung von 400 Millionen Nummern<sup>26</sup> stärkt bekanntermaßen die Kontrollposition des Unternehmens im Spiel des freien Wettbewerbs, wobei das Unternehmen dank dieser erheblichen Reserve und einer gleichzeitigen entsprechenden Verpflichtung seiner Konkurrenten zur Entrichtung hoher Gebühren auch künftig von einer Konsolidierung seiner Vorzugstellung unter Beeinträchtigung eines gerechten geschäftlichen Wettstreits ausgehen kann<sup>27</sup>.

45. Auf der anderen Seite sieht die deutsche Regelung keinen Mechanismus für den Aus-

25 — Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte besitzt ein Unternehmen eine beherrschende Stellung, wenn es einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt verhindern kann, weil es sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber unabhängig verhalten kann (Urteile vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461, Randnr. 38, vom 11. Dezember 1980 in der Rechtssache 31/80, L'Oreal, Slg. 1980, 3775, Randnr. 26, und vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, Michelin, Slg. 1983, 3461, Randnr. 30).

26 — Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Firma O2 für die Zuteilung einer wesentlich geringeren Nummernmenge (230 300) und die Vergabung von 21 000 Nummern zu einer Abgabe von 2 308 250 DM (nunmehr 1 154 125 Euro) herangezogen wurde. Die entsprechende Gebühr für die 400 Millionen Nummern, die der Deutschen Telekom zugeteilt wurden, belief sich auf 400 000 000 DM (200 000 000 Euro).

27 — Im Urteil *Connect Austria* (Randnrn. 85 und 86) wurde festgestellt, dass die einem neu tätig werdenden Unternehmen obliegende Verpflichtung, für eine Lizenzerteilung eine Gebühr zu entrichten, für ein öffentliches Unternehmen mit beherrschender Stellung, das keinerlei entsprechende Gebühr zu zahlen hat, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten darstellt, der ihm eine Ausweitung seiner beherrschenden Stellung durch niedrigere Tarifangebote ermöglicht.

gleich dieser Vorteile vor. Wie die deutsche Regierung ausgeführt hat, kann von der Deutschen Telekom nicht nachträglich eine Gebühr für die vor Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes erlangten Nummern erhoben werden; der nationale Gesetzgeber habe diese Möglichkeit zwar erwogen<sup>28</sup>, aber letztlich als rechtlich unzulässig verworfen<sup>29</sup>.

46. Somit ist eine ungleiche Lage gegeben, die die Bedingungen und das Funktionieren des Marktes verfälschen kann und für die offenbar im deutschen Recht keine Lösung besteht.

47. Damit stellt sich die Frage, ob es für diese Ungleichbehandlung eine Rechtfertigung gibt. Insoweit lässt sich als Rechtfertigung nicht die Vergangenheit mit dem Argument geltend machen, dass sich an der kostenfreien Übernahme dieses immensen Nummernbestands im Einklang mit dem

damals geltenden Recht nichts mehr ändern lasse, denn die Folgen dieser Übernahme wirken in der Gegenwart fort, womit die dem ehemaligen Monopolunternehmen zustehenden und an dessen Rechtsnachfolgerin weitergegebenen Vorteile Konsequenzen in der Gegenwart zum Nachteil Dritter haben. Bei der Regelung einer neuen Sachlage muss der nationale Gesetzgeber das geltende Gemeinschaftsrecht beachten, das als eines seiner Grundprinzipien wettbewerbswidrige Diskriminierungen verbietet. Eben dieses Kriterium liegt, wie bereits erwähnt, auch dem Prozess der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte zugrunde, der bereits vor dem Erlass des Telekommunikationsgesetzes eingeleitet wurde<sup>30</sup>.

48. Die deutsche Regierung versucht die gegebene Sachlage damit zu erklären, dass die der Deutschen Telekom übergebenen Nummernbestände einem Stamm von Altkunden entsprochen hätten, weshalb sie sich

28 — So heißt es im Vorlagebeschluss in der Rechtssache C-327/03 (S. 3 f.): „Zwar sei der Verordnungsgeber davon ausgegangen, die Deutsche Telekom AG müsse für den von ihr übernommenen Rufnummernbestand Gebühren in Höhe von etwa 386 Millionen DM entrichten. Eine Gebührenpflicht sei indes nicht in Betracht gekommen, weil die Deutsche Telekom AG zu keinem Zeitpunkt einen Antrag auf Zuteilung der in Rede stehenden Rufnummern gestellt habe und nur die Entscheidung über einen solchen Antrag die Gebührenpflicht auslöse.“

29 — M. Wissmann weist in dem von ihm herausgegebenen Werk *Telekommunikationsrecht* (Heidelberg 2003, S. 351 und 1219) auf die in Deutschland bestehende Unsicherheit hinsichtlich der wirtschaftlichen Bewertung der Reserve im Besitz der Deutschen Telekom hin. So wird in Rechtsprechung und Literatur die Möglichkeit erörtert, von der Deutschen Telekom eine Abgabe für die Zuteilung vor dem 1. August 1996 zu erheben, eben weil das Telekommunikationsgesetz gerade die Herstellung der Gleichheit im Wettbewerb bezweckt habe. Es wird auch die Auffassung vertreten, dass die Deutsche Telekom aus der früheren Schaffung eines Monopols in einem abgeschotteten Markt keinen Vorteil ziehen dürfe. Die Gegenauffassung hebt hervor, dass die fragliche Überlassung des Nummernbestands im Licht der damaligen Rechtslage und Kompetenzverteilung zwischen dem Bundesministerium für Post und Telekommunikation, der Deutschen Telekom und ihrer Rechtsvorgängerin zu sehen sei.

30 — Ausgangspunkt hierbei war die Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (ABl. L 192, S. 10). Ihre erste Änderung wurde vorgenommen mit der Richtlinie 94/46/EG der Kommission vom 13. Oktober 1994 insbesondere im Hinblick auf die Satellitenkommunikation (ABl. L 268, S. 15). Mit der Richtlinie 95/51/EG der Kommission vom 18. Oktober 1995 (ABl. L 256, S. 49) wurden die Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehnetzen für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste aufgehoben. Im gleichen Jahr legte die Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 (ABl. L 321, S. 6) die Voraussetzungen für die Öffnung des Netzzugangs beim Sprachtelefondienst fest. Die Richtlinie 90/388 wurde erneut geändert durch die Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 (ABl. L 20, S. 59), um die mobile Kommunikation und Personal Communications in ihren Geltungsbereich einzubeziehen. Eine weitere Änderung der Regelung von 1990 erfolgte mit der Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 (ABl. L 74, S. 13), um den unbeschränkten Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten zu fördern. Die letzte Änderung wurde vorgenommen mit der Richtlinie 1999/64/EG der Kommission vom 23. Juni 1999 (ABl. L 175, S. 39) im Hinblick auf die Organisation ein und desselben Betreibers gehörender Telekommunikations- und Kabelfernsehnetze in rechtlich getrennten Einheiten. Ein Teil der vorgenannten Rechtsakte ist zwischenzeitlich außer Kraft getreten und ersetzt worden durch die Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl. L 249, S. 21).

nicht im Verkehr befänden, es sei denn, eine Nummer werde frei, womit sie an die Regulierungsbehörde zurückfalle, die sie dann im neuen Regelungsrahmen des Wettbewerbs einem Betreiber einschließlich der Deutschen Telekom gegen Zahlung der entsprechenden Gebühr überlassen könne. Diese Erklärung ändert aber nichts an der Realität, da die Deutsche Telekom keineswegs der gleichen Regelung unterstellt ist wie die übrigen Betreiber, sondern über Nummern verfügt, für die ihre Wettbewerber bezahlen müssen.

gung das Bundesverwaltungsgericht nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls zu prüfen haben wird, wobei als Rechtfertigung weder akzeptiert werden kann, 1. dass die Abgabe für die Zuteilung des Nummernbestandes nicht erhoben wurde, als das jetzt beherrschende Unternehmen das frühere staatliche Monopolunternehmen ablöste, noch dass 2. dieses Unternehmen seit Inkrafttreten der neuen Regelung für die Zuteilung zusätzlicher Nummern ebenso eine Abgabe zu zahlen hat wie die übrigen Unternehmen.

49. Als weitere Rechtfertigung verweist die deutsche Regierung darauf, dass die Deutsche Telekom neben dem Nummernbestand auch eine große Menge von finanziellen Verpflichtungen „geerbt“ habe, die die erlangten Vorteile ausgleichen, so etwa bestehende Universaldienstverpflichtungen zum Zeitpunkt der Marktöffnung oder die Übernahme von etwa 80 000 Beamten<sup>31</sup>. Dieses Vorbringen wird indessen nicht durch Beweismittel gestützt, und jedenfalls obliegt es dem nationalen Gericht, es zu würdigen und zu entscheiden, ob die Ungleichbehandlung der konkurrierenden Unternehmen gerechtfertigt ist.

3. Die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz des freien Wettbewerbs

51. Die letzte in Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie normierte Voraussetzung macht die Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung zulasten der Inhaber von Einzelgenehmigungen für knappe Ressourcen davon abhängig, dass sie der Entwicklung innovativer Dienste und Förderung des Wettbewerbs dient.

50. Im Ergebnis handelt es sich damit um eine ungleiche Regelung, deren Rechtferti-

52. Die Liberalisierung der Telekommunikation verlangt die Öffnung des Marktes, deren Verwirklichung nicht vereitelt werden darf durch Abgaben, die den Wettbewerb einschränken, indem sie Betreibern in vergleichbarer Lage unterschiedliche Belastungen auferlegen und dadurch bestimmte von ihnen gegenüber anderen bevorzugen, denn freier Wettbewerb setzt, wie im Urteil

31 — Die Übernahme von 80 000 Beamten kann schwerlich als Last angesehen werden, es sei denn, man ginge von der antiquierten Vorstellung aus, es handle sich dabei um verwöhnte, unbedarfte und ineffiziente Mitarbeiter — jene in der Literatur des 19. Jahrhunderts oft zu findende Vorstellung, für die als eines von vielen Beispielen etwa die Erzählung „Krankenzimmer Nr. 6“ von Anton Tschechow (Meisternovellen, hrsg. von I. Schmeljow, aus dem Russischen übersetzt von R. Candrea, Manesse Verlag, Zürich 1946) dienen mag, in der der Arzt Andrej Jefimytch klagt: „Ich diene einer schädlichen Sache und erhalte dafür Gehalt von Menschen, die ich betrüge; ich bin nicht ehrlich. Doch an sich bin ich ja nichts, ich bin nur ein Teilchen des notwendigen sozialen Übels: alle Beamten des Bezirks sind schädlich und erhalten ihren Lohn umsonst...“.

Connect Austria (Randnr. 83) hervorgehoben wurde, Chancengleichheit unter den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern voraus. Zum anderen verbieten es, wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in den Rechts-sachen Albacom und Infostrada (Nr. 43) ausgeführt habe, der Zweck dieser Gemeinschaftsregelung und der Ausnahmecharakter des — nach den allgemeinen Auslegungs-regeln restriktiv auszulegenden<sup>32</sup> — Artikels 11 Absatz 2, dass neuen Wettbewerbern andere als die unbedingt notwendigen Beschränkungen und Belastungen auferlegt werden.

53. Überdies müssen Unternehmen, die in diesem Wirtschaftssektor tätig werden wollen, erhebliche Investitionen aufbringen, weshalb die Anfangsphase ihrer Strategie besondere Bedeutung für die Entwicklung des Wettbewerbs hat, da die einschlägigen Verwaltungsverfahren und die damit einhergehenden Kosten<sup>33</sup> den unerwünschten Effekt einer Abschirmung und Stärkung der bereits etablierten Unternehmen mit sich bringen können<sup>34</sup>.

32 — Im Urteil Albacom und Infostrada (Randnr. 34) hat der Gerichtshof festgestellt, dass Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie restriktiv auszulegen ist.

33 — In der oben in Fußnote 6 angeführten Mitteilung hat die Kommission darauf hingewiesen, dass das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung durch langwierige und unnötig aufwendige Verwaltungsverfahren zu einem ungerechtfertigten Hemmnis werden kann. Sie hat auch die Notwendigkeit unterstrichen, die Abgabenbelastung zu senken (S. 25 und 26). Eine genaue Betrachtung der vorliegenden Ausgangs-sachverhalte zeigt, dass die streitige Abgabe, wie bereits erwähnt, die Kosten des erbrachten Aufwands um das Fünfzehnfache übersteigt.

34 — A. Heffermann weist in *Telekommunikationsrecht, Liberalisierung und Wettbewerb* (Wien 2002, S. 91) darauf hin, dass die Wettbewerbsregeln mit der Stärkung der Marktkräfte infolge der Liberalisierung des Sektors eine große Bedeutung erlangt haben. Dieser Umstand gewinnt nach seiner Auffassung, wie auch die vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen illustrieren, wegen der gegenwärtigen beherrschenden Stellung der früheren staatlichen Monopolunternehmen erhebliches Interesse.

54. Wettbewerbsverzerrungen können aber nicht nur wirtschaftliche Gründe haben, sondern auch auf technischen Faktoren beruhen, und beide Aspekte beschränken das Ermessen der staatlichen Stellen, und zwar sowohl der Stellen mit Rechtssetzungsbefugnissen als auch der Behörden mit bloßen Exekutivbefugnissen<sup>35</sup>. Einer dieser technischen Faktoren ist eben der Nummernbestand als eine knappe Ressource mit inzwischen erheblicher Bedeutung, da das freie Spiel der Marktkräfte die Bereitstellung einer genügenden Anzahl von Nummern und ihre gerechte Verteilung unter den Wettbewerbern voraussetzt<sup>36</sup>.

55. Wenn dem Rechtsnachfolger des früheren Monopolunternehmens ein sehr großer Teil dieses nur begrenzt vorhandenen Gutes kostenlos zugeteilt wird und überdies die neuen Wirtschaftsteilnehmer ihrerseits für die Zuteilung von Nummern Geldleistungen erbringen müssen, die die Kosten des Verwaltungsaufwands erheblich übersteigen, so trägt dies unbestreitbar zur weiteren Stärkung einer schon vorhandenen beherrschenden Stellung bei und behindert damit den Markteintritt anderer Unternehmen zum Nachteil des offenen Wettbewerbs, den die Richtlinie im Allgemeinen und ihr Artikel 11 Absatz 2 im Besonderen anstreben. Die Deutsche Telekom hat gleichsam nicht nur einen großen Teil vom „Kuchen“ bekommen, sondern auch völlig kostenlos, während die übrigen Marktteilnehmer hierfür einen hohen Preis zu zahlen haben, womit die gebotene Chancengleichheit im geschäftlichen Tätigwerden verfälscht wird.

35 — Vgl. Möstl, M., „Lizenzgebühren im Bereich von Post und Telekommunikation“, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2001, S. 738.

36 — Vgl. dazu Wissmann, M. (Hrsg.), a. a. O., S. 326 und 1196.

56. Die Richtlinie und ihr Artikel 11 Absatz 2 sind somit dahin auszulegen, dass sie einer für die Zuteilung von Telefonnummern erhobenen Abgabe, deren Höhe den wirtschaftlichen Wert der Zuteilung berücksichtigt und die dafür aufgewendeten Verwaltungskosten übersteigt, entgegenstehen, wenn einem Unternehmen, das als Rechtsnachfolger des ehemaligen staatlichen Monopolunternehmens den Sektor beherrscht, die Nummernblöcke kostenlos von seinem Rechtsvorgänger übertragen wurden und es nach dem nationalen Recht für diese Übertragung, die keinen Ausgleich für „ererbte“ Belastungen bildet, nicht nachträglich zu Gebühren herangezogen werden kann.

57. Die von mir vorgeschlagene Verneinung der ersten Vorlagefrage erübrigt die Erörterung der zweiten Vorlagefrage, denn aus den vorstehenden Darlegungen folgt, dass die Erhebung einer einmaligen Gebühr für neue Unternehmen in Höhe eines nach bestimmten Regeln berechneten Prozentsatzes des wirtschaftlichen Wertes der zugeteilten Nummern (0,1 % des daraus voraussichtlich resultierenden Umsatzes gegenüber dem Endkunden) ohne eine vorherige, ihre sonstigen Marktzutrittskosten zugrunde legende Analyse ihrer Wettbewerbschancen gegenüber dem auf dem Markt bereits etablierten, beherrschenden Unternehmen unzulässig ist.

## V — Ergebnis

58. Nach alledem schlage ich vor, auf die erste der beiden Vorlagefragen des Bundesverwaltungsgerichts in den vorliegenden verbundenen Rechtssachen zu antworten, dass die Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, insbesondere ihr Artikel 11 Absatz 2, dahin auszulegen ist, dass sie einer für die Zuteilung von Telefonnummern erhobenen Abgabe, deren Höhe den wirtschaftlichen Wert der Zuteilung berücksichtigt und die dafür aufgewendeten Verwaltungskosten erheblich übersteigt, entgegensteht, wenn einem Unternehmen, das als Rechtsnachfolger des ehemaligen staatlichen Monopolunternehmens den Sektor beherrscht, die Nummernblöcke kostenlos von seinem Rechtsvorgänger übertragen wurden und es nach dem nationalen Recht für diese Übertragung, die keinen Ausgleich für „ererbte“ Belastungen bildet, nicht nachträglich zu Gebühren herangezogen werden kann.