



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 34.08
VG 21 K 7580/05

Verkündet
am 25. November 2009
Jesert
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2009
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich,
Vormeier, Dr. Bier und Dr. Möller

für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 23. April
2008 wird aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen
Verhandlung und Entscheidung an das Verwaltungsgericht
zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlus-
scheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin wendet sich gegen eine Entgeltgenehmigung, die die Bundesnetz-
agentur der Beigeladenen erteilt hat.

- 2 In dem hier maßgeblichen Zeitraum betrieb die Klägerin ein eigenes Telekom-
munikations-Festnetz und war dafür auf die Mitbenutzung der Teilnehmeran-
schlussleitung im Netz der Beigeladenen angewiesen. Die Beigeladene war
durch bestandskräftige Regulierungsverfügung vom 20. April 2005 verpflichtet
worden, ihren Wettbewerbern Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie zu die-
sem Zweck Kollokation zu gewähren. Die diesbezüglichen Entgelte unterlagen

nach der Regulierungsverfügung der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur.

- 3 Mit Beschluss vom 30. November 2005 - berichtigt durch Beschluss vom 20. Dezember 2005 - genehmigte die Bundesnetzagentur der Beigeladenen u.a. Entgelte für die Angebotserstellung und für Baumaßnahmen bei der im Rahmen der Kollokation notwendigen Verkabelung zwischen den Hauptverteilern der Beigeladenen und den Übergabeverteilern im Netz der Klägerin (Nr. 1.1.1.1.1 und 1.1.1.2.2 des Beschlusstexts). Die betreffenden Entgelte errechneten sich anhand einer von der Beigeladenen aufgestellten „Preisliste Montage nach Aufwand“ in jedem Einzelfall nach einem Stundensatz je eingesetzter Arbeitskraft und aufgewandter Arbeitszeit; verbrauchtes Material wurde „nach Aufmaß“ in Rechnung gestellt. Die Bundesnetzagentur befristete die Genehmigung insoweit bis zum 30. November 2006 und führte dazu aus: Gemäß ständiger Beschlusskammerpraxis komme eine Entgeltgenehmigung nach individuellem Aufwand nur in Betracht, wenn eine standardisierte Festlegung aufgrund fehlender Erfahrungsgrundlage bzw. erheblicher Unterschiedlichkeit der Produktionsprozesse nicht möglich sei. Während diese Ausnahme auf bestimmte, zwischen den Prozessbeteiligten aber nicht umstrittene Baumaßnahmen bei der Kollokation zutrefte, sei dies hinsichtlich der hier streitigen Verkabelungsarbeiten, die die Beigeladene bereits seit mehreren Jahren durchführe, zweifelhaft. Insoweit sei im Grundsatz von einer ausreichenden Kalkulationsgrundlage für standardisierte Entgelte auszugehen. Die Beigeladene sei daher gehalten, vor Ablauf des insoweit auf ein Jahr verkürzten Genehmigungszeitraums einen entsprechenden neuen Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen und prüffähige Nachweise für eine Pauschalierung vorzulegen.
- 4 Das Verwaltungsgericht hat die Klage gegen die Genehmigung der Entgelte für die Angebotserstellung und für Baumaßnahmen bei der Übergabeverteiler-Verkabelung mit folgender Begründung abgewiesen: Eine verbindliche Aussage darüber, ob Kosten individuell auf der Grundlage der Leistung jeweils zugrunde liegenden Aufwandes oder aber pauschal zu kalkulieren seien, könne dem Gesetz nicht entnommen werden. Die Klägerin müsse sich, soweit die Beigeladene der Kalkulation aufwandsbezogener Entgelte keine generell ineffi-

zienten Prozesse zu Grunde gelegt habe, auf die Möglichkeit verweisen lassen, gegebenenfalls einzelne Rechnungen nachträglich zu beanstanden. Auch Pauschalentgelte böten aufgrund ihres nivellierenden Effekts nicht stets die Gewähr dafür, dass sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Einzelfall zutreffend abbildeten. Jedenfalls sei es im Rahmen des der Bundesnetzagentur insoweit eingeräumten Ermessens hinzunehmen, dass sie die Entgeltgenehmigung wie beantragt erteilt habe.

5 Zur Begründung der vom Senat zugelassenen Revision macht die Klägerin geltend, der Zweck der Entgeltgenehmigung verlange eine vom individuellen Aufwand des regulierten Unternehmens losgelöste Kostenkontrolle. Den Leistungsnachfrager auf einzelfallbezogene, vor den Zivilgerichten durchzusetzende Rechnungsbeanstandungen zu verweisen, sei mit dem Wesen einer Präventivkontrolle unvereinbar. Ein Ermessensspielraum stehe der Bundesnetzagentur bei der Entgeltgenehmigung nur insoweit zu, als sie trotz unvollständiger Kostenunterlagen von der Versagung der Genehmigung absehen dürfe, wenn sie die Genehmigungsfähigkeit der Entgelte auf andere Weise positiv feststellen könne; das sei hier nicht der Fall. Darüber hinaus leide das angefochtene Urteil an Verfahrensfehlern, auf denen die Entscheidung beruhe. Sie, die Klägerin, führe den Rechtsstreit für die ... GmbH und Co. OHG fort, auf die der hier maßgebliche Geschäftsbereich im Laufe des anhängigen Rechtsstreits verschmolzen worden sei.

6 Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 30. November 2005 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 20. Dezember 2005 insoweit aufzuheben, als unter Nr. 1.1.1.1.1 und Nr. 1.1.1.2.2 die Entgelte für die Angebotserstellung und für Baumaßnahmen bei der Verlegung des Verbindungskabels zwischen dem Hauptverteiler der Beigeladenen und dem Übergabeverteiler des Wettbewerbers genehmigt worden sind.

- 7 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.
- 8 Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss der Bundesnetzagentur. Ergänzend weist sie darauf hin, dass es der Behörde - nach Heranziehung aller innerhalb des zehnwöchigen Genehmigungszeitraums erreichbaren Erkenntnisquellen - nicht möglich gewesen sei, ein standardisiertes Entgelt für die Verkabelung des Übergabeverteilers zu genehmigen.
- 9 Die Beigeladene beantragt gleichfalls,
die Revision zurückzuweisen.
- 10 Sie bestreitet einen generellen Vorrang standardisierter Entgelte gegenüber aufwandsbezogenen Entgelten und bezieht sich dafür auf das Urteil des Verwaltungsgerichts.

II

- 11 Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht und erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat nicht möglich, da es an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlt. Dies führt zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).
- 12 1. Die Anfechtungsklage gegen die umstrittenen Regelungen des Genehmigungsbescheides ist zulässig.
- 13 Die Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) folgt aus der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Entgeltgenehmigung gemäß § 37 Abs. 2 TKG (s. Urteile vom 25. März 2009 - BVerwG 6 C 3.08 - N&R 2009, 205 Rn. 14 und vom 24. Juni

2009 - BVerwG 6 C 19.08 - DVBl 2009, 1310 Rn. 12). Die Prozessführungsbe-
fugnis der Klägerin ist nicht dadurch entfallen, dass der hier maßgebliche Ge-
schäftsbereich während des anhängigen Rechtsstreits ausgegliedert und - nach
Zwischenübertragung auf einen anderen Rechtsträger - auf die ... GmbH und
Co. OHG verschmolzen worden ist (s. § 123 Abs. 3 Nr. 2, § 2 Nr. 1 UmwG).
Diese Vorgänge, die keine „partielle Gesamtrechtsnachfolge“ im Sinne von
§ 239 ZPO bewirkt haben (vgl. auch BGH, Urteil vom 6. Dezember 2000
- XII ZR 219/98 - NJW 2001, 1217 <1218>; BFH, Urteil vom 7. August 2002
- I R 99/00 - BFHE 199, 489 <491>), sondern prozessual als Einzelrechtsnach-
folge zu bewerten sind, haben gemäß § 265 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 173 VwGO
keinen Einfluss auf den Prozess. Soweit infolge der Unternehmensumwandlung
die Rechte aus dem mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrag über die
Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung von der Klägerin auf die ... GmbH und
Co. OHG übertragen worden sind, wird davon auch der akzessorische, mit der
Drittanfechtungsklage geltend gemachte Anspruch auf Aufhebung der Ge-
nehmigung der hier umstrittenen Entgelte erfasst, den die Klägerin nunmehr im
Wege der Prozessstandschaft im eigenen Namen für ihre Rechtsnachfolgerin
weiterverfolgt.

- 14 Das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage ist auch nach Ablauf der
der Entgeltgenehmigung beigefügten Befristung nicht entfallen, da ein stattge-
bendes, die Genehmigung aufhebendes Urteil Rückwirkung entfaltet. Die Klä-
gerin verfolgt das Ziel, dass der Beigeladenen nach Aufhebung der angefoch-
tenen Entgeltgenehmigung aufgrund eines neuen Antrages eine neue Geneh-
migung auf der Basis standardisierter Entgelte erteilt wird. Es ist nicht ausge-
schlossen, dass diese Entgelte für die Klägerin günstiger ausfallen könnten.
- 15 2. In der Sache selbst hält die Begründung, mit der das Verwaltungsgericht die
Klage gegen die der Beigeladenen erteilte Entgeltgenehmigung abgewiesen
hat, der Überprüfung nicht stand.
- 16 a) Die Entgeltgenehmigung ist nach § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG zu erteilen, soweit
die Entgelte den Anforderungen u.a. des § 31 TKG entsprechen und keine Ver-
sagungsgründe vorliegen. Zu versagen ist die Genehmigung gemäß § 35

Abs. 3 Satz 2 TKG, soweit die Entgelte mit den Vorschriften dieses Gesetzes oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen. Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur die Genehmigung auch versagen, wenn das Unternehmen Kostenunterlagen nicht vollständig vorgelegt hat (§ 35 Abs. 3 Satz 3 TKG).

- 17 Das Genehmigungsverfahren wird grundsätzlich auf Antrag des entgeltberechtigten Unternehmens eingeleitet (vgl. § 31 Abs. 5 und 6 TKG). Der Entgeltantrag, der sich auf eine konkrete Leistung bezieht, bildet den Rahmen für die Genehmigung, die die Identität des dem Antrag zu Grunde liegenden Leistungsbegriffes zu wahren hat. Das Antragsprinzip soll dem regulierten Unternehmen soweit wie möglich Einfluss auf die Entscheidung über die Höhe der genehmigten Entgelte erhalten (s. Urteil vom 24. Juni 2009 a.a.O. Rn. 14 f.). Es trifft dagegen keine Aussage über die Frage der strukturellen Entgeltbildung. Insbesondere besagt es entgegen der Ansicht der Beigeladenen nicht, dass das betroffene Unternehmen frei darüber bestimmen kann, ob es aufwandsbezogene, also ganz oder überwiegend von den Modalitäten der konkreten Leistungserbringung abhängige Entgelte oder vorab fest kalkulierte Entgelte zur Genehmigung vorlegt. Entgelte oder Entgeltteile, die sich erst in jedem Einzelfall aus dem jeweiligen Zeit- und Materialaufwand ergeben, sind nur genehmigungsfähig, wenn und soweit eine einheitliche standardisierte Festlegung der zur Leistungserbringung erforderlichen Tätigkeiten aufgrund (noch) fehlender Erfahrungen oder von Fall zu Fall stark unterschiedlicher Produktionsprozesse nicht möglich ist (ebenso Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, TKG 2001, § 24 Rn. 13; a.A. Hölscher/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 31 Rn. 57 f.). Dies folgt zwar nicht aus dem Wortlaut des § 31 TKG, wohl aber aus seiner Systematik und insbesondere aus seinem Normzweck.
- 18 aa) Nach dem hier allein problematischen § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG ist das von der Beigeladenen beantragte Entgelt genehmigungsfähig, wenn es die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreitet. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich gemäß § 31 Abs. 2 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich

einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Im Unterschied zur nachträglichen Entgeltregulierung (§ 38 TKG) beruht die Entgeltgenehmigung auf einer präventiven Entgeltkontrolle. Die Überprüfung anhand des in § 31 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 TKG genannten Effizienzmaßstabes findet, soweit für die betreffenden Dienste - wie hier - kein Entgeltkorb (§ 32 Nr. 2 TKG) festgelegt wurde, auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung statt (§ 32 Nr. 1 TKG). In einem solchen Einzelgenehmigungsverfahren hat die Bundesnetzagentur demnach in Bezug auf das einzelne im Genehmigungsantrag bezeichnete Entgelt zu prüfen, ob dieses den materiellen Anforderungen des § 31 TKG entspricht, also im Sinne dieser Vorschrift für die Leistungsbereitstellung notwendig ist (s. Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, a.a.O. § 35 Rn. 51; Voß, in: BerlKommTKG, 2. Aufl. 2009, § 32 Rn. 5; Höffler in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 32 Rn. 2). Einer vorherigen Überprüfung, auf die die Entgeltgenehmigung nach der Gesetzessystematik angelegt ist, ist ein Entgelt nur zugänglich, soweit es für bestimmte Leistungen oder bestimmte Leistungspositionen vorab einheitlich - d.h. standardisiert - kalkuliert wurde. In dem Umfang, in dem das Entgelt von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängt, entzieht es sich dagegen einer vorherigen Überprüfung, was der Systematik des § 31 TKG tendenziell zuwiderläuft.

- 19 bb) Der Normzweck des § 31 TKG bestätigt den Vorrang standardisierter Entgelte vor aufwandsbezogenen Entgelten. Durch die mit der Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht verbundene Begrenzung des Entgelts auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung soll das marktmächtige Unternehmen daran gehindert werden, seine Marktmacht zum Nachteil von Wettbewerbern und Endkunden zur Durchsetzung überhöhter Preise auszunutzen. Diese Zwecksetzung kommt auch in der hier maßgeblichen Regulierungsverfügung vom 20. April 2005 zum Ausdruck; darin hatte die Bundesnetzagentur die Entgeltgenehmigungspflicht auf dem von der Beigeladenen beherrschten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung damit begründet, dass die betreffenden Vorleistungen für den Infrastrukturwettbewerb besonders wichtig seien und daher eine strenge Kontrolle kostenorientierter Entgelte im Interesse des

Marktzutritts von Wettbewerbern geboten sei. Verfügt ein Marktteilnehmer über beträchtliche Marktmacht, können sich die Marktkräfte nicht entfalten, die auf einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt verhindern, dass ein einzelnes Unternehmen bestimmenden Einfluss auf den Marktpreis eines Produkts nehmen kann. Daher besteht die Aufgabe der Entgeltgenehmigung am Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung darin, einen „Als-ob-Wettbewerbspreis“ zu simulieren, d.h. mit dem regulierten Entgelt den Preis vorwegzunehmen, der sich in einem wirksamen Wettbewerbsumfeld durch den Zwang zu optimaler Nutzung der vorhandenen Ressourcen aufgrund der Marktkräfte einstellen würde (s. Urteil vom 24. Juni 2009 a.a.O. Rn. 18; Groebel, in: BerlKommTKG, a.a.O. § 31 Rn. 10 f.; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, a.a.O. § 31 Rn. 8 f.).

- 20 Der so beschriebene Normzweck gebietet, genehmigungsbedürftige Entgelte so weit wie möglich in Form von Tarifen, also von Festpreisen für bestimmte Leistungen oder Leistungsbestandteile, zu kalkulieren und zur Genehmigung vorzulegen. Denn nur so können ineffiziente Arbeitsabläufe, insbesondere überzogene Zeit- oder Materialansätze, die sonst erst nach Rechnungsstellung im konkreten Einzelfall nachträglich beanstandet werden könnten, bereits im Genehmigungsverfahren vorab erkannt und eliminiert werden, wie es dem Ziel dieses Verfahrens entspricht (s. Urteil vom 24. Juni 2009 a.a.O. Rn. 15 ff.). Der Senat verkennt nicht, dass Marktpreise, die durch die Entgeltgenehmigung „simuliert“ werden sollen, je nach vertraglicher Vereinbarung nicht nur in Form von Tarifen, sondern auch aufwandsbezogen kalkuliert werden. Da allerdings die ausgleichenden Marktkräfte, die (auch) aufwandsbezogene Entgelte hin zu den bei kostenminimalem Mitteleinsatz entstehenden Grenzkosten tendieren lassen, unter den die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht gebietenden Umständen gerade nicht wirksam sind, entspricht es dem Zweck des § 31 TKG, dass genehmigungsbedürftige Entgelte typischerweise Tarifentgelte sind. Auch der Charakter der Leistungen, die der Entgeltregulierung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen, legt die Bildung von Tarifen nahe, weil sie nicht selten an mehrere Abnehmer in großer Zahl mit demselben oder ähnlichem Leistungsinhalt erbracht werden (vgl. auch § 23 TKG).

- 21 Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass standardisierte Entgelte wegen ihres nivellierenden Effekts keine Richtigkeitsgewähr im Einzelfall böten, insbesondere in Fällen geringen Aufwandes zu vergleichsweise überhöhten Kosten führten. Ein solcher Effekt wird zum einen von vornherein dadurch stark begrenzt, dass § 31 TKG nicht auf die Ist-Kosten des regulierten Unternehmens abhebt, sondern auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als normativ vorgegebene Soll-Kosten. Einer unangemessenen Preisnivellierung bei von Fall zu Fall unterschiedlichen Leistungsmodalitäten kann zum anderen durch entsprechende Tarifabstufungen vorgebeugt werden. So muss die im Regelfall erforderliche Standardisierung nicht notwendig die nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit erfassen, sondern kann sich gegebenenfalls im erforderlichen Umfang auf modulare Leistungsbestandteile beziehen, die dem Nachfrager nur dann in Rechnung gestellt werden, wenn sie bei ihm tatsächlich anfallen. Derartige Differenzierungen vermeiden eine dem Effizienzmaßstab des § 31 Abs. 1 und 2 TKG zuwiderlaufende Nivellierung der Entgelte; anders als rein aufwandsbezogene Entgelte ermöglichen sie aber eine dem Normzweck entsprechende Vorabkontrolle der einzelnen Entgeltpositionen. Nur wenn und soweit eine einheitliche standardisierte Festlegung der zur Leistungserbringung erforderlichen Tätigkeiten aufgrund (noch) fehlender Erfahrungen oder allzu unterschiedlicher Produktionsprozesse nicht möglich ist, kann und muss das marktmächtige Unternehmen aufwandsbezogene Entgelte zur Genehmigung vorlegen.
- 22 cc) Der Vorrang von standardisierten vor aufwandsbezogenen Entgelten wird aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht bestätigt durch Art. 13 der Richtlinie 2002/19/EG vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung - Zugangsrichtlinie, ZRL -, dessen Umsetzung § 31 TKG dient. Wie sich aus Art. 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Erwägungsgrund 20 Satz 2 ZRL ergibt, ist die Entgeltgenehmigungspflicht, die einem marktmächtigen Betreiber wegen des dort näher beschriebenen Mangels an wirksamem Wettbewerb auferlegt wird, auf eine Kontrolle der kostenorientierten Preise „zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe“ angelegt. Von einer umfassenden Rechtfertigung der Preishöhe kann ersichtlich nur die Rede sein, wenn nicht nur bestimmte Grundpreise

wie Stundensätze und dergleichen, sondern die betreffenden Entgelte bzw. Entgeltteile als solche der vorherigen Überprüfung durch die Regulierungsbehörde unterliegen, was eine Kalkulation nach standardisierten Leistungspositionen bedingt.

- 23 Der Einwand der Beigeladenen, dass der Grundsatz der Kostenorientierung nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 24. April 2008 - Rs. C-55/06, Arcor - Slg. 2008, I-2931) die maßgebliche Berücksichtigung der „tatsächlichen Kosten“ fordere, verfährt demgegenüber nicht. Abgesehen davon, dass das vorgenannte Urteil noch zu dem früheren Rechtsrahmen ergangen ist, mit dem sich Art. 13 ZRL nicht in jeder Hinsicht deckt (s. Beschluss vom 5. Oktober 2009 - BVerwG 6 B 17.09 - juris Rn. 11), hat der Europäische Gerichtshof in dem von der Beigeladenen zitierten Zusammenhang zu der hier umstrittenen Problematik nicht Stellung genommen. Soweit danach für die Berechnung des Investitionswerts als Kostengrundlage auf die „tatsächlichen Kosten“ abzustellen ist, sind damit zum einen die dem entgeltberechtigten Unternehmen in der Vergangenheit tatsächlich entstandenen „historischen Kosten“ und zum anderen die „aktuellen Kosten“, also der Wiederbeschaffungswert, gemeint (Urteil vom 24. April 2008 a.a.O. Rn. 85 ff., 115). Insoweit betrifft die Entscheidung ausschließlich die Frage der für die Entgelthöhe relevanten Kosten, nicht aber die davon zu unterscheidende, hier maßgebliche Frage nach der strukturellen (standardisierten oder aufwandsbezogenen) Entgeltbildung.
- 24 b) Gemessen an dem grundsätzlichen Vorrang standardisierter Entgelte hätte das Verwaltungsgericht die angegriffene Entgeltgenehmigung auf der von ihm festgestellten Tatsachengrundlage nicht als rechtmäßig beurteilen dürfen. Denn es hat - von seinem Standpunkt aus konsequent - keine Feststellungen darüber getroffen, ob eine standardisierte statt einer konkret-aufwandsbezogenen Kalkulation im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung möglich gewesen wäre. In Bezug auf die Angebotserstellung und die Baumaßnahme für die Übergabeverteiler-Verkabelung hat die Bundesnetzagentur - unbeschadet der von ihr übergangsweise noch für vertretbar angesehenen Genehmigung aufwandsbezogener Entgelte - in der Begründung ihres Beschlusses zum Ausdruck gebracht, dass sie eine unter Umständen nach verschiedenen Leistungsklassen abge-

stufte Standardisierung des Zugangsentgelts für möglich und grundsätzlich geboten hielt. Diese Einschätzung wird nicht zuletzt dadurch bestätigt, dass bereits in dem darauf folgenden Genehmigungszeitraum Entgelte auf der Grundlage (weitgehend) standardisierter Leistungspositionen für die Übergabeverteiler-Verkabelung beantragt und genehmigt worden sind, wie sich aus dem zu den Gerichtsakten gereichten Beschluss der Bundesnetzagentur vom 30. November 2006 ergibt. Das Verwaltungsgericht hat sich dazu allerdings nicht festgelegt. Ausgehend von seiner Prämisse, dass es ein rechtlich vorgegebenes Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten standardisierter Entgelte nicht gebe, hat es einerseits erwogen, dass angesichts unterschiedlicher örtlicher Gegebenheiten eine Abrechnung der Kabelverlegung im jeweils erforderlichen Aufwand naheliegend sei. Andererseits hat es aber auch Anhaltspunkte dafür gefunden, dass alternativ zu den genehmigten Entgelten auch eine pauschale Kalkulation in Betracht gekommen wäre.

- 25 3. Tragen nach alledem die getroffenen Feststellungen nicht die Annahme, der Beigeladenen sei im Jahr 2005 die Kalkulation standardisierter Entgelte für die Übergabeverteiler-Verkabelung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich gewesen, erweist sich die angefochtene Genehmigung aufwandsbasierter Entgelte auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig.
- 26 a) Entgegen der Ansicht der Beigeladenen bedarf der Vorrang standardisierter Entgelte keiner besonderen Anordnung der Bundesnetzagentur. Die Regulierungsverordnung, die dem marktmächtigen Unternehmen die Entgeltgenehmigungspflicht auferlegt (§ 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 30 Abs. 1 und 3 TKG), muss eine solche Präzisierung nicht ausdrücklich enthalten, denn der Entgeltgenehmigungspflicht ist der genannte Vorrang von Gesetzes wegen immanent.
- 27 Die Notwendigkeit der von der Beigeladenen vermissten besonderen Anordnung ergibt sich auch nicht aus § 29 Abs. 3 Satz 1 TKG. Danach kann die Bundesnetzagentur ein marktmächtiges Unternehmen durch gesonderte Entscheidung verpflichten, Zugang unter bestimmten Tarifsystemen anzubieten und bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Diese Vor-

schrift ermöglicht es der Bundesnetzagentur unter den dort genannten Voraussetzungen ausnahmsweise, ein marktmächtiges Unternehmen zum Wechsel von einem bisher angewendeten Tarifsysteem zu einem anderen Tarifsysteem zu verpflichten (vgl. das in den Gesetzesmaterialien genannte historische Beispiel eines von der Regulierungsbehörde erzwungenen Tarifwechsels von einem entfernungs-basierten zu einem elementbasierten Tarifsysteem, BTDrucks 15/2316 S. 68; s. auch Groebel, in: BerlKommTKG, a.a.O. § 29 Rn. 31 f.; Schuster/Ruhle, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 29 Rn. 45 f.). Die Regelung des § 29 Abs. 3 Satz 1 TKG betrifft daher die Frage, ob zur besseren Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ein anderes als das von dem regulierten Unternehmen vorgesehene Tarifsysteem festgelegt werden kann. Sie betrifft nicht die vorgelagerte Frage, inwieweit Entgelte überhaupt in Form von Tarifen, also Festpreisen, zu kalkulieren und zur Genehmigung vorzulegen sind. Diese hier inmitten stehende Frage ist, wie gezeigt, unmittelbar anhand des Normzwecks des § 31 TKG zu beantworten.

- 28 b) Unter der Prämisse, dass der Beigeladenen die Vorlage standardisierter Entgelte schon im Jahr 2005 möglich gewesen ist, war die Bundesnetzagentur auch nicht im Ermessensweg berechtigt, die ihr unterbreiteten aufwandsbezogenen Entgelte zu genehmigen. Die Behörde ist zwar gehalten, innerhalb von zehn Wochen nach Eingang der Entgeltvorlage zu entscheiden (§ 31 Abs. 6 Satz 3 TKG). Eine positive Bescheidung des Antrages in Form der Erteilung der Entgeltgenehmigung ist aber an die Voraussetzungen des § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG gebunden. Das bedeutet, dass die Genehmigung für aufwandsbezogene Entgelte nicht erteilt werden darf, sofern das regulierte Unternehmen nicht überzeugend dargetan hat, dass und inwieweit ihm die Kalkulation standardisierter Entgelte bzw. Entgeltteile nicht möglich ist.
- 29 Die Beklagte verweist demgegenüber auf den der Bundesnetzagentur in § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG eingeräumten Ermessensspielraum, wonach die Entgeltgenehmigung versagt werden kann, wenn das Unternehmen Kostenunterlagen nicht vollständig vorgelegt hat. Damit vermag sie nicht durchzudringen. Unter der Prämisse, dass der Beigeladenen die Vorlage weitgehend standardisierter Entgelte bereits im Jahr 2005 möglich war, hat die Entscheidung, ihr gleichwohl

aufwandsbasierte Entgelte für ein weiteres Jahr zu genehmigen, den der Bundesnetzagentur eingeräumten Ermessensspielraum überschritten. Die Ermessensvorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG bezweckt, eine Versagung der Genehmigung trotz unzureichender Kostenunterlagen dann zu vermeiden, wenn sich die Behörde die erforderlichen Informationen - etwa durch Marktdaten, durch Kostenunterlagen aus anderen Genehmigungsverfahren oder durch Kostennachweise von dritter Seite - selbst verschaffen kann (vgl. Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, a.a.O. § 35 Rn. 64 f. m.w.N.). Der Zweck des Ermessens besteht demgegenüber nicht darin, die materiellen Anforderungen an die Genehmigungserteilung, zu denen nach dem Normzweck des § 31 TKG auch der Vorrang standardisierter Entgelte gehört, im jeweiligen Fall herabzusetzen.

- 30 c) Die etwaige Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entgeltgenehmigung, die der Senat in tatsächlicher Hinsicht nicht selbst feststellen kann, verletzt die Klägerin auch in eigenen Rechten. Der erforderliche Drittschutz ergibt sich aus § 37 TKG, der die Entgeltgenehmigung mit privatrechtsgestaltender Wirkung ausstattet und die Erhebung anderer als der genehmigten Entgelte verbietet. Daraus folgt, dass ein Dritter, der von einer rechtswidrigen Entgeltgenehmigung nachteilig betroffen ist, den darin liegenden Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Privatautonomie abzuwehren berechtigt ist (s. Urteil vom 25. März 2009 a.a.O. Rn. 31).
- 31 4. Kann somit hat das angefochtene Urteil schon aus materiell-rechtlichen Gründen keinen Bestand haben, bedarf es keines Eingehens auf die von der Klägerin gleichfalls erhobenen Verfahrensrügen.
- 32 5. Die Entscheidung über die Kosten ist der Schlussentscheidung vorzubehalten.

Dr. Bardenhewer

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

Dr. Möller

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).

Dr. Bardenhewer

Dr. Bier

Dr. Möller

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG	§ 29 Abs. 3 Satz 1, § 30 Abs. 1 und 3, §§ 31, 32, § 35 Abs. 3, § 37
ZPO	§ 265 Abs. 2
Zugangsrichtlinie	Art. 13

Stichworte:

Entgelte; Entgeltgenehmigung; effiziente Leistungsbereitstellung; Kostenorientierung; aufwandsbezogenes Entgelt; standardisiertes Entgelt; Tarifentgelt; Rechtsnachfolge; Einzelrechtsnachfolge; Gesamtrechtsnachfolge.

Leitsatz:

Auf der Grundlage einer dem marktmächtigen Unternehmen für Zugangsleistungen auferlegten Entgeltgenehmigungspflicht (§ 30 Abs. 1 und 3 TKG) sind konkret-aufwandsbezogene Entgelte oder Entgeltteile, die sich nach dem Zeit- und Materialaufwand im jeweiligen Einzelfall richten, nach § 31 TKG regelmäßig nur genehmigungsfähig, wenn und soweit die Entgeltkalkulation anhand einer standardisierten Festlegung der zur Leistungserbringung erforderlichen Tätigkeiten aufgrund (noch) fehlender Erfahrungen oder von Fall zu Fall stark unterschiedlicher Produktionsprozesse nicht möglich ist.

Urteil des 6. Senats vom 25. November 2009 - BVerwG 6 C 34.08

I. VG Köln vom 23.04.2008 - Az.: VG 21 K 7580/05 -