



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

BVerwG 6 C 42.06  
VG 1 K 2979/05

Verkündet  
am 28. November 2007  
Thiele  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 2007  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hahn,  
Dr. Graulich, Vormeier und Dr. Bier

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 19. Oktober 2006 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Die beigeladene Deutsche Telekom AG bietet Telekommunikationsdienstleistungen an und betreibt ein bundesweites Telekommunikationsnetz. Die Klägerin ist eine alternative Teilnehmernetzbetreiberin (sog. City Carrier).
- 2 Mit Beschluss vom 20. April 2005 traf die Bundesnetzagentur (noch unter ihrer damaligen Bezeichnung Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post)

erstmalig Regelungen in Bezug auf den Markt 11 der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 (ABl Nr. L 114 S. 45). Der definierte Markt umfasst im Wesentlichen den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader sowie bestimmter hybrider Varianten, aber nicht zur Teilnehmeranschlussleitung aus reiner Glasfaser. Die Beigeladene als das diesen Markt beherrschende Unternehmen wurde verpflichtet, anderen Unternehmen vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader, im erforderlichen Umfang gebündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader einschließlich hybrider Varianten sowie zu diesem Zweck Kollokation und näher bezeichnete Kooperationsmöglichkeiten zu gewähren. Der Beigeladenen wurden Gleichbehandlungsverpflichtungen sowie eine Entgeltgenehmigungspflicht auferlegt. Ihr wurde zudem aufgegeben, ein einheitliches Standardangebot für näher bezeichnete Zugangsleistungen zu veröffentlichen. Die Verpflichtung der Beigeladenen, Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der reinen Glasfaserleitung zu gewähren, sowie die diesbezügliche Entgeltgenehmigungspflicht wurden dagegen widerrufen.

- 3 Mit der Klage hat die Klägerin begehrt, der Beigeladenen auf dem von der Bundesnetzagentur festgelegten Markt zusätzliche Regulierungsverpflichtungen aufzuerlegen (Kapazitätsausbau, Zulassung von Kooperationsmöglichkeiten zwischen zugangsberechtigten Unternehmen, Transparenzverpflichtung, getrennte Rechnungsführung). Sie hat zudem verlangt, die bereits angeordneten Zugangsverpflichtungen auf Teilnehmeranschlussleitungen aus reiner Glasfaser zu erstrecken.
- 4 Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Verpflichtungsanträge seien zwar zulässig, obwohl die Klägerin es unterlassen habe, entsprechende Sachanträge bereits im Verwaltungsverfahren zu stellen. Diese Voraussetzung sei ausnahmsweise entbehrlich, denn die Behörde habe in den Gründen der Regulierungsverfügung eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass und aus welchen Gründen sie die nunmehr zusätzlich eingeklagten Regelungen nicht für gerechtfertigt halte. Die Klage sei aber insgesamt unbegründet, weil die Auferlegung der begehrten zusätzlichen Verpflichtungen, soweit sie im Telekommunikationsgesetz überhaupt

eine Grundlage fänden, jedenfalls neben den bereits getroffenen Regelungen nicht erforderlich sei. Darüber hinaus dienten die insoweit einschlägigen Rechtsnormen nicht dem Schutz der Klägerin. In Bezug auf die Teilnehmeranschlussleitung aus reiner Glasfaser sei die bisherige Zugangsverpflichtung ohne Rechtsfehler widerrufen worden, sodass kein Anspruch auf Feststellung einer entsprechenden Zugangsverpflichtung bestehe.

5 Die Klägerin hat ihre vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Klage sei insgesamt zulässig und begründet, insbesondere hätten die hier einschlägigen Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen Drittschutzcharakter. Für einen zweckentsprechenden Zugang zum Teilnehmeranschluss sei sie, die Klägerin, auf einen begrenzten Kapazitätsausbau ebenso angewiesen wie auf verbesserte Nutzungs- und Kooperationsmöglichkeiten im Rahmen der Kollokation. Durch die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung sei sicherzustellen, dass alle Nachfrager sich über vom Standardangebot abweichende Angebote der Beigeladenen umgehend informieren könnten. Nur eine getrennte Rechnungsführung könne das bei der Beigeladenen vorhandene Quersubventionierungs- und Diskriminierungspotenzial verringern. Durch die Ausgrenzung der reinen Glasfaser aus dem regulierten Markt habe die Beklagte gegen die Pflicht zur Berücksichtigung nationaler Besonderheiten ebenso verstoßen wie gegen das Gebot technologieutraler Regulierung und zudem getätigten Infrastrukturinvestitionen den notwendigen Schutz versagt.

6 Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verpflichten,

1. der Beigeladenen die Verpflichtung aufzuerlegen, den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss nach Nr. 1.1 der Regulierungsverfügung vom 20. April 2005 auch dann anzubieten, wenn dafür ein Kapazitätsausbau erforderlich sein sollte und die Klägerin sich auf ein Angebot der Beigeladenen verpflichtet, die Investitionsrisiken für den nachfragegerechten Kapazitätsausbau zu übernehmen,

2. unter Abänderung von Nr. 1.4 der Regulierungsverfügung vom 20. April 2005 der Beigeladenen die Verpflichtung aufzuerlegen, gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 6 TKG im Rahmen der Erfüllung der Verpflichtung zur Kollokationsgewährung nach Nr. 1.3 Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen,

3. der Beigeladenen die Transparenz-Verpflichtung aufzuerlegen, für die zum Zugang berechtigten Unternehmen alle für die Inanspruchnahme der entsprechenden Zugangsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie über die zu zahlenden Entgelte,

4. der Beigeladenen die Verpflichtung aufzuerlegen, für ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss eine getrennte Rechnungsführung durchzuführen,

5. festzustellen, dass der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss auch in Form der reinen Glasfaserleitung am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt zu gewähren ist und dass die Entgelte für die Gewährung dieses Zugangs der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

7 Die Beklagte und die Beigeladene beantragen,

die Revision zurückzuweisen.

8 Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

## II

9 Die Revision ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen, denn sie ist bereits unzulässig.

- 10 Zwar ist die Klägerin - jedenfalls überwiegend - klagebefugt (1), doch steht der Zulässigkeit sämtlicher Klageanträge der Umstand entgegen, dass die Klägerin entsprechende Sachanträge nicht vorab im Verwaltungsverfahren gegenüber der Bundesnetzagentur gestellt hat (2).
- 11 1. Die Klagebefugnis für die Verpflichtungsklage setzt voraus, dass die Klägerin geltend macht, durch die Ablehnung oder Unterlassung des begehrten Verwaltungsakts in ihren Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO). Da die Klägerin unter den hier vorliegenden Umständen nicht Adressatin des von ihr erstrebten Verwaltungsakts ist, ist ihre Klagebefugnis davon abhängig, dass sie sich auf eine öffentlich-rechtliche Norm stützen kann, die nach dem in ihr enthaltenen Entscheidungsprogramm (zumindest auch) sie als Dritte schützt. Insoweit ist entscheidend, dass sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich hinreichend von der Allgemeinheit unterscheidet (s. nur Urteile vom 16. September 1993 - BVerwG 4 C 28.91 - BVerwGE 94, 151 <158> = Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 118 S. 100 und vom 10. Oktober 2002 - BVerwG 6 C 8.01 - BVerwGE 117, 93 <95 f.> = Buchholz 442.066 § 30 TKG Nr. 1 S. 3; stRspr). Die Verletzung eigener Rechte muss auf der Grundlage des Klagevorbringens möglich sein; diese Möglichkeit ist nur auszuschließen, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte der Klägerin verletzt sein können.
- 12 Nach diesen Grundsätzen ist für die hier erhobenen Klageanträge zu 1 bis 4 die Klagebefugnis anzuerkennen; für den Klageantrag zu 5 dürfte sie dagegen fehlen.
- 13 a) Die Klageanträge zu 1 und 2, die die Auferlegung besonderer Zugangspflichten betreffen, werden auf § 21 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 6 TKG gestützt. Insoweit ist die Klägerin klagebefugt, denn § 21 TKG ist zu ihren Gunsten drittschützend, und es ist nach ihrem Vorbringen nicht von vornherein ausgeschlossen, dass er verletzt sein könnte.
- 14 Schon dem Wortlaut des § 21 TKG sind deutliche Hinweise auf den Schutznormcharakter zu entnehmen, der auch der überwiegenden Meinung im Schrift-

tum entspricht (Piepenbrock/Attendorn, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 21 Rn. 349; Korehnke, a.a.O. § 13 Rn. 24; Thomaschki, in: BerlKommTKG, 2006, § 21 Rn. 12; Schütz, in: Kommunikationsrecht, 2005, Rn. 336; Jochum, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, § 21 Rn. 19; Heun, in: ders., Handbuch TKR, 2. Aufl. 2007, Rn. G 241 ff., H 252). Indem § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG ausdrücklich „andere Unternehmen“ als Zugangsbegünstigte anspricht, bezieht er sie erkennbar in seinen Schutzzweck ein (s. auch Urteil vom 18. April 2007 - BVerwG 6 C 21.06 - NVwZ 2007, 1321 Rn. 10 zu § 42 Abs. 1 TKG). In Anbetracht der zusätzlichen Eingrenzung auf Unternehmen, die Telekommunikationsdienste erbringen (s. die gesetzliche Definition des Zugangs in § 3 Nr. 32 TKG) wird ein Personenkreis konkretisiert, der sich hinreichend deutlich von der Allgemeinheit unterscheidet. Der Umstand, dass über Zugangsverpflichtungen nicht nur von Amts wegen, sondern gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG auch auf Antrag entschieden wird, liefert einen zusätzlichen Anhaltspunkt für den Drittschutz zugunsten der Wettbewerbsunternehmen. Zwar muss ein formales Antragsrecht nicht stets deckungsgleich sein mit der materiellen Rechtsposition, auf die sich die Klagebefugnis gründet (Urteil vom 18. April 2007 a.a.O. Rn. 11; s. auch Urteil vom 10. Oktober 2002 a.a.O. S. 104 bzw. S. 10), im Sinne eines Indizes deutet es zusammen mit der Nennung „anderer Unternehmen“ aber doch auf den Schutznormcharakter des § 21 TKG hin.

- 15 Die Gesetzessystematik und die Entstehungsgeschichte bestätigen dieses Auslegungsergebnis. So ist in § 20 Abs. 1 TKG, der die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung regelt, von den „zum Zugang berechtigten Unternehmen“ die Rede. Darin kommt zum Ausdruck, dass das Zugangsrecht nicht erst durch die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung konstituiert, sondern bereits im Gesetz vorausgesetzt wird. Denn rechtssystematisch ist die Transparenzverpflichtung nicht akzessorisch gegenüber der Zugangsverpflichtung, sondern steht als Regulierungsinstrument selbständig neben ihr, wie sich aus § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 TKG und gemeinschaftsrechtlich aus Art. 8 Abs. 2, Art. 9, Art. 12 der Richtlinie 2002/19/EG vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung - Zugangsrichtlinie, ZRL - erschließt. Auch die Motive zu § 21 TKG gehen erkennbar von einem subjektiven Zugangsrecht aus, das in dieser

Norm vorausgesetzt und durch sie näher ausgestaltet wird. So werden in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 21 TKG (entspr. § 19 TKG-E) Unternehmen, die Zugangsleistungen zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten nachfragen, als „Berechtigte“ bezeichnet (BTDrucks 15/2316 vom 9. Januar 2004 S. 64), und die Entwurfsbegründung zu § 13 TKG zählt zu den betroffenen Unternehmen neben den Verpflichteten auch die Anspruchsberechtigten und vermerkt, dass den Betroffenen im Falle unterbliebener Verpflichtungen nach Teil 2 des Gesetzes der Verwaltungsrechtsweg offensteht, soweit sie dadurch im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO in eigenen Rechten verletzt sein können (a.a.O. S. 63).

- 16 Überlegungen zum Europäischen Rechtsrahmen, dessen Umsetzung § 21 TKG dient, runden das Auslegungsergebnis ab. So ist in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste - Rahmenrichtlinie, RRL - vorgesehen, dass jeder von einer Regulierungsentscheidung betroffene Anbieter Rechtsschutzmöglichkeiten haben soll. Diese Norm geht ersichtlich davon aus, dass bestimmte spezifische Verpflichtungen, die marktmächtigen Unternehmen gemäß Art. 16 Abs. 2, 4 RRL und der dort angeführten Zugangsrichtlinie auferlegt werden, als Schutzmaßnahmen im Interesse der Wettbewerber anzusehen sind. Zu diesen Schutzmaßnahmen zählen schon dem Wortlaut nach die in Art. 12 ZRL geregelten Zugangsverpflichtungen; denn dessen Abs. 1 Satz 1 spricht insoweit von „berechtigten Anträgen auf Zugang“ (zum Schutznormcharakter des Art. 12 ZRL s. auch Schlussanträge des Generalanwalts vom 15. Februar 2007 in der Rechtssache C-426/05 Rn. 29, juris).
- 17 b) Die Klagebefugnis besteht auch für die Klageanträge zu 3 und 4. Das Begehren, der Beigeladenen zusätzlich eine Transparenzverpflichtung aufzuerlegen, stützt sich auf § 20 Abs. 1 TKG. Nach dem oben dargestellten Maßstab ist auch diese Norm, die schon ihrem Wortlaut nach die „zum Zugang berechtigten Unternehmen“ hervorhebt, zu deren Gunsten drittschützend (ebenso Piepenbrock/Attendorn, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 20 Rn. 31; Nolte, in: BerlKommTKG, 2006, § 20 Rn. 25). Demgegenüber gibt zwar § 24 Abs. 1 TKG, der die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung behandelt, seinem



Wortlaut nach unmittelbar keinen Hinweis auf einen individuell geschützten Personenkreis. Doch benennt § 24 Abs. 1 Satz 3 TKG als Normzweck u.a. die Verhinderung von Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot, das seinerseits in § 19 TKG geregelt ist. Dessen Absatz 2 individualisiert als Begünstigte der dort genannten Gleichbehandlungsverpflichtungen die „anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen“ und hat insoweit drittschützende Wirkung (s. Piepenbrock/Attendorn, a.a.O. § 19 Rn. 110). Diese erstreckt sich auf § 24 TKG und schließt die Klägerin ein, soweit sie als alternative Teilnehmer-netzbetreiberin gleichartige Dienste erbringt wie das vertikal integrierte Unternehmen der Beigeladenen. Auch hinsichtlich der Klageanträge zu 3 und 4 ist schließlich nach dem Vorbringen der Klägerin nicht von vornherein auszuschließen, dass die Abweisung sie in eigenen Rechten verletzen könnte.

- 18 c) Etwas anderes gilt allerdings für den Klageantrag zu 5, der auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der reinen Glasfaser zielt. Zwar stützt sich auch dieser Klageantrag unmittelbar auf die drittschützende Regelung des § 21 TKG, denn die Klägerin will die in der Regulierungsverfügung vom 20. April 2005 angeordnete Zugangsverpflichtung auf den Zugang zur Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung ausgedehnt wissen. Doch dürfte in Bezug auf das mit dem Klageantrag zu 5 verfolgte Verpflichtungsbegehren eine Verletzung eigener Rechte der Klägerin ausscheiden. Diese wäre nur möglich, wenn die durch die Bundesnetzagentur vorgenommene Definition des sachlich relevanten Marktes, die die Teilnehmeranschlussleitung aus reiner Glasfaser ausdrücklich nicht einbezieht, ihrerseits subjektive Rechte der Klägerin berühren würde. Das ist aber - jedenfalls nach Maßgabe des nationalen Rechts - nicht der Fall.
- 19 Schon der Wortlaut des § 10 TKG über die Marktdefinition lässt jeden Hinweis auf einen individuell geschützten Personenkreis vermissen. Die drei in § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG für eine Regulierungsbedürftigkeit genannten Kriterien - beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken, fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb, Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts - sind rein objektiver Natur. Die Festlegung der zu regulierenden Märkte im Wege der Marktdefinition ist eine der Bundesnetzagentur vom Gesetzgeber übertragene quasi-gesetzliche Aufgabe, die auf den Erlass einer abstrakt-generellen

Regelung zielt (Pape, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, vor § 9 Rn. 5). Demzufolge ist auch im Schrifttum überwiegend anerkannt, dass die Marktdefinition grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegt und kein subjektives Recht auf die Definition eines bestimmten Marktes besteht (Korehnke, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 13 Rn. 24; Gurlit, in: BerlKommTKG, 2006, § 13 Rn. 49; differenzierend Heun, in: ders., Handbuch TKR, 2. Aufl. 2007, Rn. G 239, 245 ff.).

- 20 Die Entstehungsgeschichte bestätigt diesen Befund. Vor Erlass des Telekommunikationsgesetzes 2004 verschiedentlich erhobenen Forderungen, die §§ 10, 11 ausdrücklich drittschützend auszugestalten (Schütz, MMR Beilage 12/2002, 18 <22 f.>; Schütz/Attendorn, MMR Beilage 4/2002, 1 <32 f.>; s. auch Scherer, MMR Beilage 12/2002, 23 <26 f.>), ist schon der Regierungsentwurf nicht gefolgt. Dabei ist es auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren geblieben, wie sich insbesondere an dem Ergebnis der Auseinandersetzung um § 14 TKG zeigt, der die turnusmäßige Überprüfung der Marktdefinition und -analyse regelt. So hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung angeregt, in § 14 Abs. 1 ein Antragsrecht der betroffenen Unternehmen vorzusehen (BTDrucks 15/2316 S. 111). Dem ist die Bundesregierung aber unter Hinweis darauf entgegengetreten, dass die Regulierungsbehörde im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 TKG „nach pflichtgemäßem Ermessen von Amts wegen“ zur Einleitung des Verfahrens verpflichtet sei (BTDrucks 15/2345 vom 14. Januar 2004 S. 2). Anders als etwa bei § 42 Abs. 4 TKG konnte sich der Bundesrat mit der Aufnahme eines zusätzlichen Antragsrechts im Zusammenhang mit der Marktdefinition und ihrer Überprüfung endgültig nicht durchsetzen.
- 21 Rechtsschutzmöglichkeiten der Wettbewerber auf dieser Ebene wären zudem kaum vereinbar mit dem europäischen Rechtsrahmen, nach dem die Kommission eine von den nationalen Regulierungsbehörden „weitestgehend“ zu berücksichtigende Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte ausspricht (Art. 15 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 RRL), deren Beachtung sie erforderlichenfalls mit einem Veto gegen abweichende nationale Festlegungen durchsetzen kann (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 RRL). Mit diesem Durchgriffsrecht der Kommission könnte ein individueller gerichtlicher Rechtsschutz in Konflikt geraten.

- 22 2. Die Klage ist - auch soweit eine Klagebefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO besteht - deshalb unzulässig, weil die Klägerin versäumt hat, im Verwaltungsverfahren gegenüber der Bundesnetzagentur den Erlass derjenigen Regelungen zu beantragen, die im gerichtlichen Verfahren Gegenstand ihrer Verpflichtungsanträge sind.
- 23 a) Für die Verpflichtungsklage ist anerkannt, dass ihre Zulässigkeit grundsätzlich von einem vorher im Verwaltungsverfahren erfolglos gestellten Antrag auf Vornahme des eingeklagten Verwaltungsakts abhängt (Urteile vom 30. August 1973 - BVerwG 2 C 10.73 - Buchholz 232 § 181 BBG Nr. 6 S. 12, vom 17. April 1975 - BVerwG 2 C 30.73 - Buchholz 235 § 1 BBesG Nr. 1 S. 7 f., vom 14. Dezember 1978 - BVerwG 5 C 1.78 - BVerwGE 57, 204 <209 f.> und vom 24. Februar 1982 - BVerwG 6 C 8.77 - Buchholz 238.4 § 30 SG Nr. 5; Beschluss vom 6. Mai 1993 - BVerwG 1 B 201.92 - juris; Urteil vom 31. August 1995 - BVerwG 5 C 11.94 - BVerwGE 99, 158 <160> = Buchholz 436.0 § 119 BSHG Nr. 2 S. 2 f.; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 42 Rn. 37 m.w.N.). Diese Zulässigkeitsvoraussetzung folgt aus § 68 Abs. 2, § 75 Satz 1 VwGO („Antrag auf Vornahme“) und zusätzlich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, nach dem es zunächst Sache der Verwaltung ist, sich mit Ansprüchen zu befassen, die an sie gerichtet werden. Sie gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der erstrebte Verwaltungsakt auf Antrag oder von Amts wegen zu erlassen ist (Urteil vom 31. August 1995 a.a.O.).
- 24 b) Die Zulässigkeitsvoraussetzung der vorherigen Antragstellung bei der Verwaltungsbehörde steht unter dem Vorbehalt, dass das einschlägige - bundesrechtlich geordnete - Verwaltungsverfahren keine abweichende Regelung trifft (Urteil vom 2. Mai 1984 - BVerwG 8 C 94.82 - BVerwGE 69, 198 <200>; Beschluss vom 6. Mai 1993 a.a.O.). Indes nötigen die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes nicht dazu, in Bezug auf den erstrebten Erlass telekommunikationsrechtlicher Regulierungsverpflichtungen von dem genannten, in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Grundsatz des Prozessrechts abzuweichen, sondern sprechen für das Gegenteil.

- 25 Das Regulierungsverfahren ist allerdings dadurch gekennzeichnet, dass es - auch ohne individuelle Sachanträge - auf eine abschließende Gesamtregelung aller Fragen angelegt ist, die die Regulierungsbedürftigkeit des von der Bundesnetzagentur nach §§ 10, 11 TKG definierten und analysierten Marktes aufwirft. Die Regulierungsverfügung ist - insoweit dem Planfeststellungsbeschluss vergleichbar - Ausdruck einer gesetzlich ausgeformten Gestaltungsfreiheit, die sich auf die Verwirklichung des gesetzlichen Regulierungsauftrags und die prospektive Bewältigung der damit zusammenhängenden Probleme erstreckt. Daraus folgt aber nicht, dass ein auf die Auferlegung bestimmter Regulierungsmaßnahmen gerichteter Antrag an die Bundesnetzagentur als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Verpflichtungsklage, mit der dieses Ziel (weiter) verfolgt wird, entbehrlich wäre. Vielmehr geben gerade die Besonderheiten des Regulierungsverfahrens Anlass, auf einem solchen Antrag zu bestehen.
- 26 Wie schon erwähnt, gilt die Regel, dass die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage einen erfolglos gestellten Antrag bei der Behörde auf Vornahme des begehrten Verwaltungsakts voraussetzt, sogar dann, wenn die Behörde nach dem einschlägigen Fachgesetz über den Erlass des betreffenden Verwaltungsakts ohne Antrag von Amts wegen entscheidet. Von ihr abzuweichen, besteht umso weniger Anlass, wenn die mit der Klage geltend gemachten subjektiven Rechte wegen der Besonderheiten des anzuwendenden Fachrechts vollumfänglich nur von der Behörde berücksichtigt werden können. Dies ist im Bereich der hier umstrittenen telekommunikationsrechtlichen Regulierungsmaßnahmen aus folgenden Gründen der Fall:
- 27 Die Normen, auf die die Klägerin die Auferlegung der von ihr zusätzlich begehrten Regulierungsverpflichtungen gegenüber der Beigeladenen gestützt wissen will, sind, wie oben bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt, (zumindest auch) ihren rechtlich geschützten Interessen zu dienen bestimmt. Für die Geltendmachung eigener subjektiver Rechte gebietet der Zweck der jeweiligen Anspruchsnorm die - die von einer bloßen Stellungnahme im Rahmen einer Konsultation (§ 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG) zu unterscheidende - Stellung eines Sachantrages, wie ihn im Übrigen das Gesetz im Bereich der Zugangsrechte ausdrücklich hervorhebt (§ 21 Abs. 1 Satz 1 TKG). Denn er zielt darauf,

dass die Bundesnetzagentur die mit ihm geltend gemachten individuellen Belange im Rahmen der von ihr zu verantwortenden Entscheidung berücksichtigt.

- 28 Die Entscheidung über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen ist das Ergebnis einer umfassenden und komplexen Abwägung, bei der gegenläufige öffentliche und private Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen sind (in diesem Sinne bereits Urteil vom 31. März 2004 - BVerwG 6 C 11.03 - BVerwGE 120, 263 <271> = Buchholz 442.066 § 37 TKG Nr. 1 S. 7 zur Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG 1996). Die Bundesnetzagentur hat zwar kein Entschließungsermessen in Bezug auf ihr regulatorisches Tätigwerden auf einem gemäß §§ 10, 11 TKG als regulierungsbedürftig festgestellten Markt, denn in § 9 Abs. 2 TKG ist im Einklang mit Art. 16 Abs. 4 RRL das Gebot angelegt, einem marktmächtigen Unternehmen Maßnahmen nach Teil 2 des Gesetzes aufzuerlegen. Ihr steht aber bei der Frage, welche der in § 13 Abs. 1 und 3 TKG vorgesehenen Maßnahmen sie ergreift und gegebenenfalls kombiniert, ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum zu, bei dessen Ausübung sie sich an den in § 2 Abs. 2 TKG vorgegebenen Regulierungszielen auszurichten hat. Die Kriterien für die von der Bundesnetzagentur vorzunehmende Abwägung sind dabei im Bereich der Zugangsverpflichtungen noch weiter ausdifferenziert. Denn nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG hat sie bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht, einen sieben Punkte umfassenden Katalog mit weiteren Abwägungsgesichtspunkten zu berücksichtigen.
- 29 Diese Normstruktur schließt es aus, die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung von einer sich etwa daran erst anschließenden Ermessensbetätigung zu trennen und erstere der vollen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Vielmehr ist die Abwägung ein untrennbarer Bestandteil des Regulierungsermessens selbst, das der Bundesnetzagentur bei zweckentsprechender Auslegung des Gesetzes insoweit eingeräumt ist. Der Senat übersieht dabei nicht, dass die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich Sache der Gerichte ist, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt zu überprüfen haben. Doch kann ein gesetzlich vorgegebenes

Entscheidungsprogramm wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und seine Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt (BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81 u.a. - BVerfGE 84, 34 <49 f.>). Die Pflicht zur gerichtlichen Überprüfung reicht nicht weiter als die materiell-rechtliche Bindung der Exekutive. Sie endet dort, wo das materielle Recht der Verwaltungsbehörde in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben (BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 1992 - 1 BvR 167/87 - BVerfGE 88, 40 <56, 61>; Urteil vom 20. Februar 2001 - 2 BvR 1444/00 - BVerfGE 103, 142 <156 f.>). Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverwaltungsgericht dem Gesetz unter anderem dann eine Entscheidungsprärogative für die Exekutive entnommen, wenn der von ihr zu treffenden Entscheidung in hohem Maße wertende Elemente anhaften und das Gesetz für sie deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt, das mit besonderer fachlicher Legitimation in einem besonderen Verfahren entscheidet, zumal wenn es sich um ein Kollegialorgan handelt, das mögliche Auffassungsunterschiede bereits in sich zum Ausgleich bringt und die zu treffende Entscheidung damit zugleich versachlicht (zuletzt Urteil vom 16. Mai 2007 - BVerwG 3 C 8.06 - NJW 2007, 2790 Rn. 27 m.w.N.). Das ist hier der Fall.

- 30 Die Mitglieder der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur, deren Sachkunde durch fortlaufende wissenschaftliche Unterstützung institutionell abgesichert ist (§ 125 Abs. 2 TKG), nehmen im Rahmen eines mit besonderen Antrags- und Beteiligungsrechten ausgestatteten, förmlichen Verwaltungsverfahrens (§§ 132 ff. TKG) eine gestaltende Aufgabe wahr, deren Ergebnis weitgehend frei ist von festen normativen Vorgaben und eine prognostische Beurteilung darüber voraussetzt, wie die unterschiedlichen Ziele der Regulierung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange bestmöglich zu erreichen sind. Der damit notwendigerweise verbundene Entscheidungsspielraum ist aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts Ausdruck dessen, dass nach dem Normzweck des Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 ZRL die nationale Regulierungsbehörde über den vollen Ermessensspielraum verfü-

gen soll, wenn es um die Entscheidung geht, welche Verpflichtungen angemessen sind und im Einklang mit dem gemeinschaftlichen Rechtsrahmen stehen (so die Europäische Kommission in einer gemäß Art. 226 EG abgegebenen Stellungnahme gegenüber der Bundesrepublik Deutschland vom 12. April 2005).

- 31 Ist somit das Verwaltungsgericht in einem auf die Auferlegung von (zusätzlichen) Regulierungsverpflichtungen gerichteten Verwaltungsprozess auf die Überprüfung beschränkt, ob die Bundesnetzagentur die Interessen der Beteiligten ermittelt, alle erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen, die für die Abwägung wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt und keine sachfremden Erwägungen angestellt hat, so kann von dem allgemein geltenden prozessualen Erfordernis der vorherigen Antragstellung im Verwaltungsverfahren gerade hier nicht abgesehen werden. Denn nur auf diese Weise ist hinreichend gesichert, dass die Belange des Klägers, die die Grundlage der Klage bilden, bereits im Verfahren vor der Bundesnetzagentur berücksichtigt werden konnten und mithin die Gewährung von Rechtsschutz im Einklang mit der Prozessordnung auf solche Fälle beschränkt ist, in denen die Bundesnetzagentur ihrer Pflicht zur Berücksichtigung nicht oder nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist.
- 32 c) Die Klägerin hat nach der Veröffentlichung des Entwurfs der hier umstrittenen Regulierungsverfügung im Amtsblatt der Behörde (s. § 12 Abs. 1 Satz 1, § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG) keinen Sachantrag auf Auferlegung der jetzt eingeklagten zusätzlichen Regulierungsverpflichtungen gestellt, sondern lediglich einen Antrag auf Beiladung zum Verwaltungsverfahren. Dieser Beiladungsantrag, den die Bundesnetzagentur durch Bescheid vom 1. Februar 2005 abgelehnt hat, reicht für die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage nicht aus. Denn er bezog sich nur auf die Einräumung einer verfahrensrechtlichen Position, ohne das sachliche Anliegen der Klägerin zu konkretisieren. Diese hat den erforderlichen Sachantrag auch später nicht gegenüber der Bundesnetzagentur gestellt. Ob das materielle Recht die Stellung eines solchen Antrages noch nach Erlass der Regulierungsverfügung mit dem Ziel ihrer Ergänzung ermöglicht (so wohl Piepenbrock/Attendorn, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 21 Rn. 23), kann dabei

ebenso offenbleiben wie die prozessrechtliche Frage, ob die beim Verwaltungsgericht eingereichte Klagebegründung grundsätzlich geeignet sein kann, einen fehlenden Verwaltungsantrag mit heilender Wirkung für die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage zu ersetzen (in diesem Sinne Urteil vom 4. August 1993 - BVerwG 11 C 15.92 - Buchholz 436.36 § 46 BAFöG Nr. 16 S. 14 f.). Selbst wenn es sich bei dem Antragserfordernis nicht um eine Klagevoraussetzung handeln sollte (so aber Urteil vom 31. August 1995 a.a.O.), sondern um eine bloße Sachentscheidungs voraussetzung, die erst im Zeitpunkt der abschließenden gerichtlichen Entscheidung vorliegen muss (so Urteil vom 14. Dezember 1978 und Beschluss vom 6. Mai 1993, jeweils a.a.O.), scheidet jedenfalls angesichts der Besonderheiten des telekommunikationsrechtlichen Beschlusskammerverfahrens eine Nachholung des Antrages durch die Klagebegründung aus. Denn dem auf eine Kollegialentscheidung im förmlichen Verwaltungsverfahren (§§ 132 ff. TKG) gerichteten Antrag kann die Klagebegründung ebenso wenig gleichstehen, wie die (ablehnende) Ausübung des Regulierungsermessens der Beschlusskammer durch die Klageerwiderung des Prozessvertreters der Behörde ersetzt werden kann.

- 33 d) Die Klägerin war entgegen ihrer Ansicht durch die Ablehnung des Beiladungsgesuchs auch nicht daran gehindert, einen eigenen Sachantrag in das Regulierungsverfahren einzubringen, denn die Beteiligtenstellung als Antragsteller (§ 134 Abs. 2 Nr. 1 TKG) ist unabhängig von der Beiladung (§ 134 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Durch den Hinweis der Beklagten auf die aus ihrer Sicht ausreichende Interessenwahrnehmung durch den Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften (Breko) und den Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) mag die Klägerin dazu veranlasst worden sein, die eigene Antragstellung zu unterlassen. Das rechtfertigt es aber nicht, den erforderlichen Sachantrag der Klägerin als durch die gemeinsame Stellungnahme beider Verbände vom 24. Januar 2005, die diese im Rahmen der Konsultation nach § 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG abgegeben haben, ersetzt anzusehen. Wie schon das Verwaltungsgericht insoweit zu Recht ausgeführt hat, handelt es sich bei dieser Stellungnahme um eine „konsolidierte“, also mit sämtlichen Verbandsmitgliedern abgestimmte Meinungsäußerung, aber nicht um das individuelle Begehren nach



einer bestimmten Sachentscheidung, wie es den Antrag kennzeichnet. Davon abgesehen ist die abgestimmte Stellungnahme der Interessenverbände mangels der für Willenserklärungen erforderlichen Bevollmächtigung (§ 14 Abs. 1 VwVfG) nicht gerade der Klägerin rechtlich zurechenbar. Diese war zwar nicht gehindert, ihre Interessen in der geschehenen Weise durch die beiden Verbände wahrnehmen zu lassen. Um Vorsorge für eine aus ihrer Sicht etwa gebotene Klageerhebung zu treffen, wäre sie allerdings gehalten gewesen, zusätzlich einen eigenständigen Antrag bei der Bundesnetzagentur zu stellen, was unterblieben ist. Der Umstand, dass die Bundesnetzagentur sich mit den von den Verbänden vorgebrachten Argumenten in der Regulierungsverfügung auseinandergesetzt, sich in den vorliegenden Klageverfahren zur Sache eingelassen und dabei zusätzliche Individualanträge neben der Anhörung im Konsultationsverfahren für entbehrlich gehalten hat, vermag unter diesen Umständen an der Unzulässigkeit der Verpflichtungsklage nichts zu ändern. Denn die Einhaltung zwingender Klage- bzw. Sachentscheidungsvoraussetzungen steht nicht zur Disposition der Beteiligten.

- 34 Die Regel, dass die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage von einem im Verwaltungsverfahren erfolglos gestellten Antrag auf Vornahme des eingeklagten Verwaltungsakts abhängt, ist nach der bisherigen Rechtsprechung eindeutig, so dass auch das bei der Auslegung und Anwendung des Prozessrechts zu beachtende Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) sowie das darin eingeschlossene Verbot, die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs in unzumutbarer, aus Rechtsgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren, nicht zu einem für die Klägerin günstigeren Ergebnis führen. Dabei berücksichtigt der Senat auch, dass die hier umstrittene Regulierungsverfügung vom 20. April 2005, auf deren Ergänzung die Verpflichtungsklage zielt, mittlerweile durch die denselben Markt betreffende neue Regulierungsverfügung vom 27. Juni 2007 (ABI BNetzA S. 2620) ersetzt worden ist, was nur deshalb (noch) nicht zur Erledigung des vorliegenden Rechtsstreits geführt hat, weil diese Regulierungsverfügung ihrerseits noch keine Bestandskraft erlangt hat. In dem der neuen Regulierungsverfügung vorangegangenen Verwaltungsverfahren hat die Klägerin einen Sachantrag auf Ergänzung der

Regulierungsverpflichtungen gestellt, den sie mit der Verpflichtungsklage weiterverfolgt.

- 35 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, da diese einen eigenen Antrag gestellt hat und damit selbst ein Kostenrisiko eingegangen ist.

Dr. Bardenhewer

Dr. Hahn

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 250 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG).

Dr. Bardenhewer

Dr. Hahn

Dr. Bier

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG 2004 §§ 9, 10, 11, 13 Abs. 1 und 3, §§ 20, 21 Abs. 1 und 2,  
§§ 24, 132, 134

VwGO § 42 Abs. 2, § 68 Abs. 2, § 75 Satz 1

Stichworte:

Marktdefinition, Marktregulierung, Regulierungsverpflichtung, Zugang, Zugangsverpflichtung, Transparenzverpflichtung, getrennte Rechnungsführung, Klagebefugnis, Antrag, Verwaltungsantrag, Ermessen, Regulierungsermessen, Beurteilungsspielraum.

Leitsätze:

1. Erlegt die Bundesnetzagentur einem Unternehmen, das auf einem nach §§ 10, 11 TKG regulierungsbedürftigen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, Regulierungsverpflichtungen nach § 9 Abs. 2, § 13 Abs. 1 und 3 TKG auf, so kann ein Wettbewerbsunternehmen klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO) sein mit dem Ziel, die Auferlegung weitergehender Regulierungsverpflichtungen zu erstreiten. Verpflichtungen zur Zugangsgewährung (§ 21 TKG), zur Herstellung von Transparenz (§ 20 TKG) und zur getrennten Rechnungsführung (§ 24 TKG) sind auch dem Schutz von Wettbewerbern zu dienen bestimmt.

2. Die Verpflichtungsklage mit dem Ziel der Auferlegung von (weitergehenden) Regulierungsverpflichtungen ist nur zulässig, wenn das klagende Unternehmen schon im Verwaltungsverfahren gegenüber der Bundesnetzagentur entsprechende Sachanträge gestellt hat.

Urteil des 6. Senats vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06

I. VG Köln vom 19.10.2006 - Az.: VG 1 K 2979/05 -