

**Aktuelle materiellrechtliche und verfahrensrechtliche
Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
zum Telekommunikationsrecht¹**

Ich berichte über den aktuellen Stand der Rechtsprechung des BVerwG zum TKG. Naturgemäß kann mein Bericht nur eine Zwischenbilanz ziehen. Das sog. "neue" TKG ist zwar immerhin schon viereinhalb Jahre alt und deshalb so neu nicht mehr. Aber das BVerwG konnte sich erst seit 2007 intensiver mit dem neuen Recht befassen, sodass die Zahl der Entscheidungen noch überschaubar ist.

Auf diese Entscheidungen zum neuen Recht möchte ich mich konzentrieren. Das bietet sich an, weil das TKG 2004, wie Sie alle wissen, eine tiefgreifende Zäsur gebracht hat. Nach dem alten TKG von 1996 kam es entscheidend darauf an, ob ein Unternehmen auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung tatsächlich innehatte. Dann ergaben sich die für die Regulierung zentralen Verpflichtungen unmittelbar aus dem Gesetz. Dagegen hat die Bundesnetzagentur nach neuem Recht bekanntlich zunächst das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren durchzuführen. Soweit ein Unternehmen danach als marktmächtig identifiziert worden ist, können ihm sodann durch Regulierungsverfügung einzelne Verpflichtungen auf dem betreffenden Markt auferlegt werden.

Damit liegt auch schon die Grobeinteilung meines Referates fest. Ich möchte mich zunächst grundlegenden Rechtsfragen zuwenden, die sich für das BVerwG im Hinblick auf die Marktdefinition und die Marktanalyse ergeben haben. Sodann möchte ich auf wesentliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen eingehen. Abschließend soll von bestimmten prozessualen Problemen die Rede sein, die sich in Verwaltungsstreitverfahren ergeben. Einen Anspruch auf Vollständigkeit kann dieser Überblick naturgemäß nicht erheben. Ich

¹ Dem Aufsatz liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 8. Dezember 2008 auf dem "Workshop für Telekommunikationsrecht" im Institut für Energie- und Regulierungsrecht der FU Berlin hielt; der Vortragsstil wurde beibehalten.

beschränke mich vielmehr bewusst auf einzelne Aspekte, die mir wesentlich erscheinen.

I.

Beginnen wir also mit Rechtsfragen, die sich dem BVerwG bei der gerichtlichen Kontrolle der **Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse** gestellt haben

1. Im Vordergrund stand dabei das grundsätzliche Problem, wie intensiv die gerichtliche Kontrolldichte ist. Anders gewendet: Gibt es bei den Marktfestlegungen einen Beurteilungsspielraum, und wie weit reicht er?

Wortlauf und Systematik der §§ 10 und 11 TKG geben hier einige Rätsel auf. Bei der Marktdefinition und Marktanalyse lassen sich, grob gesagt, drei Schritte auseinanderhalten: Erstens legt die Bundesnetzagentur nach § 10 Abs. 1 TKG die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung in Betracht kommen. Zweitens prüft sie gemäß § 10 Abs. 2 TKG die potentielle Regulierungsbedürftigkeit des Marktes anhand der dort genannten drei Kriterien (beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken, fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb, Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts). Und drittens analysiert sie nach § 11 TKG, ob der betreffende Markt tatsächlich regulierungsbedürftig ist. Das ist er, wenn ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Das Gesetz erkennt nun in § 10 Abs. 2 Satz 2 einen Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur ausdrücklich an. Es scheint ihn freilich zu beschränken auf den zweiten Prüfungsschritt, den so genannten Drei-Kriterien-Test. Andererseits sind die unterschiedlichen Prüfungsschritte der Marktdefinition und Marktanalyse im Gesetz aber intensiv miteinander verzahnt. So muss schon die Marktabgrenzung mit Blick auf die mindestens potenzielle Regulierungsbedürftigkeit des Marktes erfolgen. Und die Marktanalyse nach § 11 TKG findet ausdrücklich im Rahmen der Marktdefinition nach § 10 TKG statt.

Das BVerwG hatte sich mit Fragen des Beurteilungsspielraums und seiner Reichweite im Zusammenhang mit der Regulierung der Mobilfunk-Terminierungsmärkte zu befassen².

Die Bundesnetzagentur war - übereinstimmend mit der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission - zu dem Ergebnis gelangt, dass der sachlich relevante Markt alle Terminierungen umfasst, die in *einem* Netz ausgeführt werden. Sie hatte die Märkte für Anrufzustellung in die einzelnen Mobilfunknetze anhand der drei Kriterien (Marktzutrittsschranken, fehlende Wettbewerbstendenz, Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts) als potentiell regulierungsbedürftig beurteilt. Sodann hatte die Bundesnetzagentur die vier Mobilfunknetzbetreiber (Deutsche Telekom, Vodafone, E-Plus und O₂) auf ihrem jeweiligen Einzelmarkt als marktmächtig identifiziert.

Das BVerwG hat diese Marktdefinition und -analyse als Einheit betrachtet. Es hat angenommen, dass der Bundesnetzagentur dabei ein Beurteilungsspielraum insgesamt zusteht. Deshalb hat es seine Überprüfung darauf konzentriert, ob die Bundesnetzagentur die Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, ob sie von einem richtigen Gesetzesverständnis ausgegangen ist, ob sie den erheblichen Sachverhalt vollständig ermittelt und allgemeingültige Wertungsmaßstäbe, insbesondere das Willkürverbot, nicht verletzt hat.

Begründet hat das BVerwG hat den so verstandenen Beurteilungsspielraum im Wesentlichen aus dem Gemeinschaftsrecht. Das Ergebnis von Marktdefinition und Marktanalyse hat nach der Rahmenrichtlinie deutliche transnationale Bezüge. Sie zeigen sich in einem grenzüberschreitenden Abstimmungsverfahren und in Interventionsmöglichkeiten der Europäischen Kommission: Am Anfang dieses Verfahrens steht die Märkte-Empfehlung der Kommission, von der schon die Rede war. Die nationale Regulierungsbehörde hat bei ihrer Marktdefinition die Märkte-Empfehlung sowie die Marktanalyse-Leitlinien der Kommission weitestgehend zu berücksichtigen. Ebenso sind bei der Marktanalyse die Leitlinien weitestgehend zu berücksichtigen (s. Art 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 RRL). Soweit die betreffenden Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörde Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitglied-

² Urteile vom 2. April 2008 – BVerwG 6 C 15.07 u.a. –

staaten haben, muss der Entwurf nach Art. 7 RRL der Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden zur Stellungnahme übermittelt werden. Den Stellungnahmen ist sodann von der handelnden Regulierungsbehörde weitestgehend Rechnung zu tragen. Die Kommission hat unter Umständen sogar ein Veto-Recht gegen einen Maßnahmenentwurf der nationalen Regulierungsbehörde (Art 7 Abs. 4 RRL).

Dieses besondere Verfahren dient der wechselseitigen Durchlässigkeit nationaler Entscheidungen für transnationale Interessen. Das lässt den Beurteilungsspielraum gemeinschaftsrechtlich notwendig erscheinen. Die Marktfestlegung vollzieht sich in einem Prozess, in dem gewissermaßen ein Rahmen schrittweise ausgefüllt wird. Das Ziel dieses Prozesses ist eine Harmonisierung der Telekommunikations-Binnenmärkte. Zu diesem Zweck tragen unterschiedliche Akteure in einem transnational abgestimmten Verfahren dazu bei, dass eine Gesamtwirkung erzielt wird. Würde das Ergebnis dieses Verfahrens einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterworfen, wäre der angestrebte Kooperations- und Koordinationseffekt gefährdet. Das zeigt sich bei der Pflicht der zuständigen Regulierungsbehörde, den Beiträgen der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend Rechnung zu tragen. "Weitestgehend Rechnung tragen" bedeutet mehr als schlichte Berücksichtigung, aber zugleich weniger als strikte Umsetzung. Die Aufgabe der Regulierungsbehörde, die Stellungnahmen der anderen Behörden in die eigene Erkenntnisgewinnung zu integrieren, enthält somit ein abwägendes, ein planerisches Moment. Die Befugnis zur Planung verlangt immer einen Entscheidungsspielraum, den das Gericht bei seiner späteren Kontrolle respektieren muss.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich die Frage gestellt, ob die Rechtsschutzgarantie, die ebenfalls in der Rahmenrichtlinie (nämlich in Art. 4) verbürgt ist, der Anerkennung eines umfassenden Beurteilungsspielraums entgegensteht. Das ist aber nicht der Fall. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es mit dem effektiven Rechtsschutz vereinbar, dass die Kommission bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art über Entscheidungsspielräume verfügt, wenn sie sekundäres Gemeinschaftsrecht anwendet.

Urteile vom 31. März 1998 Rs. C-68/94 und C-30/95, Frankreich u.a. / Kommission - Slg. 1998, I-1375 Rn. 223 und vom 15. Februar 2005 - Rs. C-12/03 P, Tetra Laval - Slg. 2005, I-987 Rn. 38; s. auch EuG, Urteil vom 21. September 2005 - Rs. T-87/05, EDP - Slg. 2005, II-3745 Rn. 63

Geht es um Maßnahmen nationaler Behörden, betont der EuGH, dass die Kontrolle durch die nationalen Gerichte nicht über die Kontrolle hinausgehen muss, die die Gemeinschaftsgerichte anwenden.

Urteil vom 21. Januar 1999 - Rs. C-120/97, Upjohn - Slg. 1999, I-223 Rn. 32 ff.

Der Beurteilungsspielraum bei der Marktdefinition und Marktanalyse ist nach der Überzeugung des BVerwG gemeinschaftsrechtlich ein *acte clair*. Deshalb bedurfte es keiner Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG.

Wenn das Gemeinschaftsrecht die Anerkennung eines umfassenden Beurteilungsspielraumes bei der Marktdefinition und Marktanalyse fordert, ist dieser grundsätzlich nicht mehr am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts zu überprüfen. Das gilt jedenfalls insoweit, als nicht das Gemeinschaftsrecht einen wirksamen Grundrechtsschutz generell vermissen lässt, was man wohl schwerlich annehmen kann. Dennoch hat das BVerwG auch die Vereinbarkeit des Beurteilungsspielraums mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 19 Abs. 4 GG geprüft. Die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe ist nach der Rechtsprechung des BVerfG zwar regelmäßig Sache der Gerichte. Deren Überprüfungspflicht endet aber dort, wo das materielle Recht der Verwaltungsbehörde zulässiger Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben.

Die Beschlusskammern der Bundesnetzagentur sind mit einer besonderen fachlichen Legitimation für prognostische Entscheidungen ausgestattet. Sie entscheiden als Kollegialorgane in einem Verwaltungsverfahren, das mit besonderen Verfahrensgarantien ausgestattet ist. Nach Auffassung des BVerwG rechtfertigt dies auch nach den Maßstäben des nationalen Verfassungsrechts die Zuerkennung eines umfassenden Beurteilungsspielraums. Das letzte Wort ist zu dieser Frage allerdings noch

nicht gesprochen. Die vier Urteile des BVerwG in Sachen Mobilfunkterminierung wurden mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen; der Spruch des BVerfG bleibt abzuwarten.

2. Im Zusammenhang mit dem Beurteilungsspielraum hat sich das BVerwG auch zu der umstrittenen Frage geäußert, inwieweit die Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission eine Bindungswirkung entfaltet. Als Empfehlung im Sinne von Art. 249 Abs. 5 EG besitzt die Märkte-Empfehlung zwar keine originäre Rechtsverbindlichkeit. Nach dem Grimaldi-Urteil des EuGH unterliegen Empfehlungen der Kommission aber einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht durch Behörden und Gerichte, wenn sie gemeinschaftliche Rechtsvorschriften ergänzen sollen oder Auslegungshinweise geben.

Urteil vom 13. Dezember 1989 – Rs. C-322/88 – Slg.
1989, 4407 Rn. 18

Hier fordert das sekundäre Gemeinschaftsrecht in Art. 15 RRL sogar ausdrücklich die weitestgehende Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung. Ihre Wirkungsweise lässt sich nach Ansicht des BVerwG am treffendsten mit dem Begriff der gesetzlichen Vermutung umschreiben. Art. 15 RRL - und ihm folgend § 10 Abs. 2 TKG - begründet eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die in der Märkte-Empfehlung aufgeführten Märkte auch in Deutschland potentiell, also vorbehaltlich der Marktanalyse, regulierungsbedürftig sind. Die Bundesnetzagentur muss eine nachvollziehende Bewertung anhand der Marktabgrenzungskriterien des europäischen Wettbewerbsrechts vornehmen. Dabei muss sie einerseits die Vorprägung durch die Märkte-Empfehlung berücksichtigen. Sie muss dabei andererseits aber auch etwaige vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten umfassend in den Blick nehmen. Diese Gemengelage aus Gestaltungsfreiheit und Bindung reflektiert das Spannungsverhältnis, das in dem Begriff der „weitestgehenden Berücksichtigung“ angelegt ist.

Wenden wir uns nun der eigentlichen **Regulierungsverfügung** zu. Soweit Unternehmen auf regulierungsbedürftigen Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügen, werden ihnen nach § 9 Abs. 2 TKG durch die Bundesnetzagentur Maßnahmen auferlegt. Welche Maßnahmen zur Regulierung der Vorleistungsmärkte und der Endnutzermärkte im Einzelnen in Betracht kommen, ergibt aus der in § 13 Abs. 1 und 3 TKG genannten Normenkette. Die betreffenden regulatorischen Entscheidungen werden gemäß § 13 Abs. 3 TKG zusammen mit den Ergebnissen der Marktdefinition und der Marktanalyse als einheitlicher Verwaltungsakt erlassen.

1. Unzweifelhaft verfügt die Bundesnetzagentur bei ihrem regulatorischen Tätigwerden über Ermessensspielräume. Ein Entschließungsermessen über das „Ob“ ihres Eingreifens hat sie zwar grundsätzlich nicht, wenn im Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren ein Regulierungsbedarf festgestellt worden ist. Das ergibt sich aus § 9 Abs. 1 und 2 TKG. Danach *werden* den marktmächtigen Unternehmen unter den Voraussetzungen der §§ 10 und 11 Maßnahmen auferlegt. Bei der Frage des „Wie“ steht der Bundesnetzagentur aber regelmäßig ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum im Hinblick auf die Regulierungsziele des § 2 TKG zu. Anschaulich ist das Bild vom Werkzeugkasten: Die Behörde muss handeln. Aber sie entscheidet, welches Werkzeug sie in die Hand nimmt.

Das Verwaltungsermessen und seine Grenzen wurden nach deutscher Verwaltungsrechtstradition maßgeblich im Polizeirecht entwickelt. Wenn eine Gefahr im polizeilichen Sinne besteht, entscheidet die Polizeibehörde, welches Mittel sie zur Gefahrenabwehr einsetzt. Wird die polizeiliche Verfügung angefochten, unterliegt nicht nur das Bestehen der Gefahrenlage, sondern auch die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der ergriffenen Maßnahme der vollen Überprüfung durch das Verwaltungsgericht. Erst jenseits dessen beginnt der Ermessensspielraum, der einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Taugt dieses Modell auch für die Bewältigung regulatorischer Streitigkeiten? Das ist angesichts der Komplexität der regulatorischen Normen zweifelhaft. Besonders einsichtig ist das Beispiel des § 21 Abs. 1 TKG über die Zugangsregulierung. Danach kann die Bundesnetzagentur marktmächtige Unternehmen zur Zugangsgewährung verpflichten, wenn - kurz gesagt - andernfalls die Entwicklung eines wettbewerbs-

orientierten Endnutzermarktes behindert würde. Bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung erlassen wird, beachtet die Bundesnetzagentur die neun Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG, die einander widerstreiten. Dabei hat sie nach ausdrücklicher Vorgabe in § 21 Abs. 1 TKG zusätzlich einen Sieben-Punkte-Katalog mit weiteren Abwägungsgesichtspunkten zu berücksichtigen. Eine derart komplexe Normstruktur schließt es aus, dass die durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung von der sich daran erst anschließenden Ermessensbetätigung getrennt wird. Sie schließt es insbesondere aus, die Abwägung als solche der vollen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen und erst hinsichtlich der eigentlichen Ermessenausübung die Kontrolle einzuschränken.

Angesichts der Komplexität drängt sich hier die Parallele zum Planungsermessen auf. In bewusster Anlehnung daran hat das BVerwG den Begriff des Regulierungsermessens entwickelt.

Urteile vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 -
BVerwGE 130, 39 Rn. 28 und vom 2. April 2008 –
BVerwG 6 C 15.07 u.a. – Rn. 47

Die Abwägung, ob die Auferlegung einer bestimmten Regulierungsverpflichtung zur Erreichung der Regulierungsziele geeignet und erforderlich ist, und ob sie in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Zielen steht, bildet einen untrennbaren Bestandteil dieses Regulierungsermessens. Nach der Abwägungsfehlerlehre muss das Verwaltungsgericht seine Kontrolle darauf konzentrieren, ob die regulatorischen Abwägung an einem kompletten *Ausfall* oder an erheblichen *Defiziten* leidet, ob die Bedeutung der betroffenen Belange einer *Fehleinschätzung* unterliegt oder ob der Ausgleich zwischen den Belangen zu ihrer objektiven Gewichtigkeit *außer Verhältnis* steht.

2. Bei Inhalt und Reichweite des Regulierungsermessens bestehen Konfliktlagen zwischen dem nationalen Recht und dem Gemeinschaftsrecht, die bislang allenfalls ansatzweise geklärt sind. Es geht um die Frage, inwieweit der nationale Gesetzgeber Ermessensspielräume, die das Gemeinschaftsrecht der nationalen Regulierungsbehörde vorgibt, im Wege der nationalen Gesetzgebung einschränken oder vorsteuern

darf. Die Frage lässt sich besonders anschaulich anhand der Zugangsregulierung darstellen. Nach Art. 8 Abs. 1 ZRL stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Art. 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Dabei handelt es sich um die Verpflichtungen zur Transparenz, zur Gleichbehandlung, zu getrennter Buchführung, zur Zugangsgewährung und zur Preiskontrolle. Alle diese Einzelverpflichtungen *können* danach durch die nationale Regulierungsbehörde unter näher bezeichneten Umständen auferlegt werden. In § 8 Abs. 4 ZRL ist festgelegt, dass die nationale Regulierungsbehörde dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren muss.

Im deutschen TKG finden sich nun aber an verschiedener Stelle Einschränkungen der betreffenden Ermessensspielräume. So wird im Bereich der Zugangsgewährung die Kann-Vorschrift des § 21 Abs. 2 TKG ergänzt um die Soll-Vorschrift des § 21 Abs. 3 TKG. Bestimmte Zugangsformen, etwa die Zusammenschaltung und die Kollokation, *sollen* danach marktmächtigen Betreibern auferlegt werden. Mit "soll" ist nach allgemeinem juristischem Sprachgebrauch eine strikte Bindung für den Regelfall gemeint - mit der Möglichkeit der Abweichung (nur) in atypischen Fällen.

In Bezug auf die Regulierung der Zugangsentgelte enthält das deutsche Gesetz noch weiter gehende Vorgaben. So *unterliegen* Entgelte für auferlegte Zugangsleistungen nach § 30 Abs. 1 TKG grundsätzlich der vorherigen Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Nach dem Wortsinn heißt "unterliegen", dass die Genehmigungspflicht schon unmittelbar kraft Gesetzes besteht. Nur ausnahmsweise soll die Bundesnetzagentur die Zugangsentgelte unter bestimmten weiteren Voraussetzungen der nachträglichen Regulierung *unterwerfen*, wenn dies zur Erreichung der Regulierungsziele ausreicht. Ob derartige Einschränkungen des Ermessensspielraums durch den nationalen Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich zulässig sind, ist lebhaft umstritten und wird von der Europäischen Kommission verneint.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit diesen Fragen befasst, und zwar erstmals wiederum in den Urteilen vom 2. April 2008 zur Anrufzustellung in Mobilfunknetze. Es musste sie allerdings nur teilweise beantworten. Offenbleiben konnte bislang, ob der nationale Gesetzgeber regeln darf, dass die nationale Regulierungsbe-

hörde eine bestimmte Maßnahme auferlegen "soll", wenn die europäische Rechtsrahmen von "kann" spricht.

Eindeutig ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts aber jedenfalls, dass Regulierungsmaßnahmen nicht (abweichend vom Gemeinschaftsrecht) unmittelbar kraft Gesetzes auferlegt werden dürfen. Deshalb war in Bezug auf die deutsche Vorschrift über die Regulierung der Zugangsentgelte (§ 30 Abs. 1 TKG) eine Klarstellung notwendig: Die durch den Gesetzeswortlaut nahegelegte Auslegung, wonach die eine Regulierungsform - die Genehmigungspflicht - unmittelbar kraft Gesetzes besteht, solange nicht die andere Regulierungsform - die nachträgliche Entgeltregulierung – ausdrücklich auferlegt wird, ist eindeutig gemeinschaftsrechtswidrig. Der nationale Gesetzgeber darf nicht so weit gehen, dass er eine vom Gemeinschaftsrecht der Regulierungsbehörde übertragene Regulierungsentscheidung selbst vornimmt. Bei gemeinschaftsrechtskonformer Gesetzesanwendung muss vielmehr die Bundesnetzagentur in allen Varianten eine konstitutive Entscheidung treffen.

Dieselbe Aussage hat das BVerwG jetzt auch für die Endnutzerentgeltregulierung bekräftigt.

Urteil vom 29. Oktober 2008 – BVerwG 6 C 38.07 –

In Art. 17 Universaldienstrichtlinie - URL - ist vorgesehen, dass die nationale Regulierungsbehörde den als marktmächtig auf dem Endnutzermarkt eingestuften Unternehmen geeignete Verpflichtungen auferlegt, die im Hinblick auf die Regulierungsziele dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Nach dem Wortlaut des § 39 TKG *unterliegen* die Endnutzerentgelte aber kraft Gesetzes der nachträglichen Regulierung, wenn sie nicht ausnahmsweise der Genehmigung *unterworfen* werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu entschieden, dass die deutsche Norm gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt und angewendet werden muss. Auch hier bedarf die Entgeltregulierung in beiden Formen einer Entscheidung der Regulierungsbehörde.

Diese Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht beruht darauf, dass anderenfalls das gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Konsolidierungsverfahren unterlaufen werden könnte. Die zuständige Regulierungsbehörde muss den Entwurf ihrer

Regulierungsmaßnahmen transnational abstimmen, indem sie den Stellungnahmen der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend Rechnung trägt (Art. 7 Abs. 3, 5, Art. 16 Abs. 4, 6 RRL). Diese Verpflichtung liefe aber leer, wenn und soweit der nationale Gesetzgeber die betreffenden Entscheidungen unmittelbar selbst treffen könnte.

3. Regulierungsstreitigkeiten spielen sich regelmäßig in der Situation der Anfechtungsklage ab; d.h. das marktmächtige Unternehmen wehrt sich gegen Regulierungsverpflichtungen, die die Bundesnetzagentur ihm auferlegt hat. Es gibt aber auch die umgekehrte Konstellation: Wettbewerber begehren, dass dem marktmächtigen Unternehmen Regulierungsverpflichtungen bzw. zusätzliche Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden. Auch diese Konstellation hat das BVerwG bereits beschäftigt.

Urteil vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 -
BVerwGE 130, 39

Der Rechtsstreit betraf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, also Markt 11 der Markt-Empfehlung. Die Deutsche Telekom war von der Bundesnetzagentur verpflichtet worden, anderen Unternehmen Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader zu gewähren. Verschiedene Wettbewerbsunternehmen wollten erreichen, dass der Deutschen Telekom auf diesem Markt zu Verbesserung des Zugangs zusätzliche Regulierungsverpflichtungen auferlegt wurden. Sie verlangten außerdem, die angeordneten Verpflichtungen auf die Teilnehmeranschlussleitung aus reiner Glasfaser zu erstrecken. Gibt es also einen Anspruch dritter Unternehmen auf Regulierung?

Nach Auffassung des BVerwG lässt sich diese Frage nicht allgemein mit ja oder nein beantworten. Entscheidend ist, ob die jeweils in Rede stehende Regulierungsnorm des TKG drittschützenden Charakter hat oder nicht. In Bezug auf § 21 TKG, die Grundnorm über Zugangsverpflichtung, hat das BVerwG den drittschützenden Charakter bejaht. Schon der Wortlaut des § 21 TKG liefert dafür deutliche Anhaltspunkte. So werden dort ausdrücklich „andere Unternehmen“ als Zugangsbegünstigte angesprochen und damit erkennbar in den Schutzzweck der Norm einbezogen. Ferner

wird über Zugangsverpflichtungen nicht nur von Amts wegen, sondern gemäß § 21 Abs. 1 TKG ausdrücklich auch auf Antrag entschieden. Auch dies gibt einen Hinweis auf Drittschutz zugunsten der Wettbewerbsunternehmen. Schließlich hat das BVerwG auch auf das Gemeinschaftsrecht abgestellt. So ist in der Rechtsbehelfsgarantie des Art. 4 Abs. 1 RRL vorgesehen, dass *jeder* von einer Regulierungsentscheidung *betroffene Anbieter* Rechtsschutzmöglichkeiten haben soll. Diese Norm geht ersichtlich davon aus, dass bestimmte Verpflichtungen, die marktmächtigen Unternehmen auferlegt werden, Schutzmaßnahmen im Interesse der Wettbewerber sind. Zu diesen Schutzmaßnahmen zählen insbesondere die Verpflichtungen im Bereich des Zugangs und der Gleichbehandlung. In diesem Punkt ist das BVerwG inzwischen durch das "Tele2"-Urteil des EuGH ausdrücklich bestätigt worden.

Urteil vom 21. Februar 2008 - Rs. C-426/05 –

Zurückhaltend ist die Rechtsprechung des BVerwG allerdings in einem anderen Punkt. In dem entschiedenen Fall hatten die klagenden Wettbewerbsunternehmen ja nicht nur begehrt der marktmächtigen Deutschen Telekom auf dem definierten Markt zusätzliche Verpflichtungen aufzuerlegen. Sie hatten darüber hinaus auch verlangt, die Marktdefinition als solche zu ihren Gunsten zu erweitern, nämlich über den Kupferdraht hinaus auch den Teilnehmeranschluss aus Glasfaser einzubeziehen. Auf diese Drittschutzproblematik kam es aus anderen Gründen nicht entscheidungstragend an. Das BVerwG hat aber angedeutet, dass es auf der Ebene der Marktdefinition subjektive Rechte Dritter nicht als berührt ansieht. Schon der Wortlaut des § 10 TKG über die Marktdefinition lässt jeden Hinweis auf einen individuell geschützten Personenkreis vermissen. Die drei Kriterien für eine potentielle Regulierungsbedürftigkeit - 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 übertragene quasi-gesetzliche Aufgabe, die auf den Erlass einer abstrakt-generellen Regelung zielt. Die Marktdefinition dürfte daher allein im öffentlichen Interesse erfolgen.

4. Dass regulatorische Maßnahmen eine Marktdefinition als Basis brauchen, hat das BVerwG noch an anderer Stelle bekräftigt: bei der besonderen Missbrauchsaufsicht.

Urteil vom 18. April 2007 – BVerwG 6 C 21.06 –
BVerwGE 128, 305

Ein privater Telefonauskunftsdienst hatte verlangt, dass die Deutsche Telekom es unterlässt, auf den Einbanddecken der Telefonbücher ausschließlich für den eigenen Auskunftsdienst "11 8 33" zu werben, aber nicht für konkurrierende Auskunftsdienste. Mit diesem Ziel hatte der Wettbewerber ein missbrauchsaufsichtliches Einschreiten der Bundesnetzagentur nach § 42 TKG beansprucht. Danach dürfen marktmächtige Anbieter ihre Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Sie dürfen insbesondere die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen nicht ungerechtfertigt beeinträchtigen. Wenn nötig, muss die Bundesnetzagentur eine Entscheidung treffen, um den Missbrauch zu beenden.

Als sachlich relevanter Markt kam hier der Telefonauskunftsmarkt in Betracht. Denn auf diesem Markt wirkte sich die umstrittene einseitige Werbetätigkeit der Deutschen Telekom aus. Das Problem bestand nun darin, dass der relevante Telefonauskunftsmarkt nicht zuvor nach § 10 TKG definiert worden war. Dementsprechend war auch die beträchtliche Marktmacht der Deutschen Telekom auf diesem Markt nicht im Wege einer Marktanalyse nach § 11 TKG festgestellt worden. Das BVerwG hat entschieden, dass die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG nur auf solchen Märkten stattfindet, die zuvor in einem Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren als regulierungsbedürftig festgelegt worden sind.

Das folgt zwingend aus der Gesetzessystematik des zweiten Teils des TKG, der auch die Missbrauchsaufsicht umfasst. Dieser Teil trägt die Überschrift „Marktregulierung“. Gemäß § 9 Abs. 1 TKG unterliegen der "Marktregulierung" die Märkte, auf denen eine Marktdefinition und Marktanalyse mit positivem Ergebnis stattgefunden hat. Für eine Regulierung kommen nur Märkte in Betracht, auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um einem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken. So gesehen markiert die Marktdefinition und Marktanalyse zugleich die Scheidelinie zwischen der sektorspezifischen besonderen Missbrauchsaufsicht des § 42 TKG und der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht.

Ein Einwand gegen die vom BVerwG vertretene Konzeption könnte sich aus § 13 TKG ergeben. § 13 beschreibt, wie gesagt, den „Werkzeugkasten“ der Regulierungsbehörde. Darin sind paragraphengenau aufgezählte Regulierungsmaßnahmen enthalten, insbesondere aus dem Bereich der Zugangs- und der Entgeltregulierung. Seit der TKG-Novelle von 2007 findet sich in der Aufzählung außerdem der neue § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG. Diese Norm ermächtigt die Bundesnetzagentur zu vorsorglichen missbrauchsaufsichtlichen Anordnungen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein Unternehmen seine marktmächtige Stellung auf einem Endkundenmarkt missbräuchlich auszunutzen droht. In § 13 fehlt aber jeglicher Hinweis auf nachträgliche Missbrauchsverfügungen.

Heißt das nun, dass nachträgliche Missbrauchsverfügungen gegen ein marktmächtiges Unternehmen auch unabhängig von einer vorherigen Marktdefinition und Marktanalyse zulässig sein sollen? Das BVerwG hat das nicht so gesehen. Das Fehlen der nachträglichen Missbrauchsaufsicht in der Aufzählung des § 13 TKG zeigt nur, dass die Ex-Post-Missbrauchskontrolle an eine schon *abgeschlossene* Marktdefinition und -analyse anknüpft. Das Gesetz geht von der Vorstellung aus, dass auf einem schon regulierten Markt ein Missbrauch festgestellt wird, dem mit einer entsprechenden Verfügung begegnet werden soll. § 13 TKG zeigt also nur, dass die Bundesnetzagentur die Marktdefinition und Marktanalyse nicht erst aus Anlass einer Maßnahme der nachträglichen Missbrauchsaufsicht durchzuführen hat. Anderenfalls wäre auch die Viermonatsfrist des § 42 Abs. 4 Satz 4 TKG ersichtlich nicht einzuhalten.

III.

Ich möchte mich in der verbleibenden Zeit nun noch mit einigen **prozessualen Fragen** befassen, die in der neueren Rechtsprechung des BVerwG zum TKG aufgetreten sind:

1. Zu Regulierungsstreitigkeiten kommt es, wie schon erwähnt, regelmäßig in der Form der Anfechtungsklage, also als Abwehr einer regulatorischen Belastung. In dieser Konstellation treten im Verhältnis zu sonstigen Anfechtungsklagen meist keine

besonderen prozessualen Schwierigkeiten auf. Zu beachten ist allerdings § 13 Abs. 3 TKG. Danach ergeht die Regulierungsverfügung mit den Ergebnissen der Marktdefinition und Marktanalyse als einheitlicher Verwaltungsakt. Das Ergebnis von Marktdefinition und Marktanalyse ist daher ein untrennbarer Bestandteil der Regulierungsverfügung, die allein Gegenstand der Anfechtungsklage sein kann. Die Klage kann zwar auf Teile der Regulierungsverfügung beschränkt werden. Es ist aber ausgeschlossen, allein die Feststellungen zur Marktdefinition und Marktanalyse oder gar Teile von ihnen im Klageweg anzugreifen.

Urteil vom 29. Oktober 2008 – BVerwG 6 C 38.07 -

2. Kritischer kann sich auf der Zulässigkeitsebene die umgekehrte Konstellation erweisen, in der ein Wettbewerbsunternehmen die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen zum Nachteil des marktmächtigen Unternehmens begehrt. Ich habe erwähnt, dass sich das BVerwG mit einer solchen Fallkonstellation bereits zu beschäftigen hatte, und zwar im Zusammenhang mit Markt 11, nämlich dem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Damals war es so, dass sich die Wettbewerbsunternehmen im nationalen Konsultationsverfahren zu dem veröffentlichten Regulierungsentwurf der Bundesnetzagentur geäußert hatten. Sie hatten die vorgesehenen Regulierungsmaßnahmen als unzureichend kritisiert. Die Wettbewerbsunternehmen hatten es aber versäumt, im Verwaltungsverfahren einen eigenen Sachantrag auf weitergehende Marktregulierung zu stellen. Solche Anträge hatten sie erst nach Erlass der Regulierungsverfügung erstmalig mit der Verpflichtungsklage beim Verwaltungsgericht gestellt.

Das BVerwG hat diese Verpflichtungsklagen als unzulässig angesehen. Denn für die Verpflichtungsklage ist anerkannt, dass ihre Zulässigkeit von einem vorher im Verwaltungsverfahren erfolglos gestellten Antrag auf Vornahme des eingeklagten Verwaltungsakts abhängt. Diese Sachentscheidungsvoraussetzung folgt letztlich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung. Danach ist es zunächst Sache der Verwaltung, sich mit Ansprüchen zu befassen, die an sie gerichtet werden.

Das Erfordernis der vorherigen Antragstellung bei der Verwaltungsbehörde steht zwar unter dem Vorbehalt einer abweichenden gesetzlichen Regelung. Das TKG nö-

tigt aber nicht zu einer Abweichung - im Gegenteil. Zwar ist das Regulierungsverfahren - auch ohne individuelle Sachanträge - auf eine abschließende Gesamtregelung aller Fragen angelegt, die die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes aufwirft. Hier zeigt sich wieder die Parallele zum Planungsrecht. Die Regulierungsverfügung ist – wie der Planfeststellungsbeschluss - Ausdruck einer gesetzlich ausgeformten Gestaltungsfreiheit. Ziel ist die Verwirklichung des Regulierungsauftrags und die Bewältigung aller damit zusammenhängenden Probleme.

Daraus folgt aber nicht, dass ein vorprozessualer Antrag an die Bundesnetzagentur auf Regulierung entbehrlich wäre für eine anschließende Verpflichtungsklage. Vielmehr besteht gerade im Regulierungsverfahren Anlass, auf einem solchen Antrag zu bestehen. So ist die Geltendmachung eigener subjektiver Rechte zu unterscheiden von einer bloßen Stellungnahme im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung. Allein der auf eigene subjektive Rechte gestützte Sachantrag zielt darauf, dass die Bundesnetzagentur die geltend gemachten individuellen Belange im Rahmen ihrer Sachentscheidung berücksichtigt.

Nur die Behörde kann diese Sachentscheidung vollumfänglich verantworten. Wir hatten ja bereits gesehen, dass die Bundesnetzagentur beim Griff in den Werkzeugkasten des § 13 TKG regelmäßig einen umfassenden Auswahlspielraum hat – eben das Regulierungsermessen. Wegen der Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte macht gerade hier die vorherige Antragstellung bei der Behörde besonderen Sinn. Denn nur so ist gesichert, dass die Belange des Klägers schon im Verwaltungsverfahren berücksichtigt werden konnten und dass ein etwaiger Rechtsschutz sich auf Fälle beschränkt, in denen die Bundesnetzagentur ihrer Pflicht zur Berücksichtigung nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist.

3. Schon mehrfach hat sich das BVerwG im Telekommunikationsrecht mit Fragen der **Beiladung** befasst. Das BVerwG als Revisionsgericht darf nach § 142 VwGO grundsätzlich selbst keine Beiladungen aussprechen. Eine Ausnahme gilt aber für notwendige Beiladungen. Notwendig i.S.v. § 65 Abs. 2 VwGO ist eine Beiladung dann, wenn an dem streitigen Rechtsverhältnis ein Dritter derart beteiligt ist, dass die Entscheidung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann. D.h.: die begehrte

Sachentscheidung kann nicht wirksam getroffen werden, ohne dass dadurch gleichzeitig und unmittelbar in Rechte des Dritten eingegriffen wird.

Diese Beiladungsproblematik hat das BVerwG vor allem in den Streitverfahren um die Regulierung der Mobilfunk-Terminierungsentgelte beschäftigt.

Beschluss vom 13. Juni 2007 - BVerwG 6 VR 5.07 –
NVwZ 2007, 1207 Rn. 6 und vom 31. März 2008 –
BVerwG 6 C 14.08 – NVwZ 2008, 798

Die Bundesnetzagentur hatte gegenüber den vier Mobilfunknetzbetreibern T-Mobile, Vodafone, E-Plus und O₂ u.a. verfügt, dass die Zugangsentgelte für die Terminierung netzexterner Anrufe der Genehmigung unterliegen. Die vier Netzbetreiber hatte dagegen Klage erhoben. In diesen Klageverfahren – genauer: in der Revisionsinstanz – hatten nun verschiedene Verbindungsnetzbetreiber, die mit einem oder mehreren klagenden Mobilfunknetzbetreibern zusammenschaltet waren, ihre Beiladung beantragt. Die beiladungswilligen Unternehmen machten geltend, dass im Falle der Entgeltgenehmigung das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt (§ 37 Abs. 2 TKG). An dem Eintritt und Fortbestand dieser privatrechtsgestaltenden Wirkung waren sie naturgemäß interessiert. Außerdem beriefen sich auf eine drittschützende Wirkung der Vorschriften über die Entgeltregulierung.

Das BVerwG hat die Beiladungen nicht als notwendig angesehen. Hinsichtlich der privatrechtsgestaltenden Wirkung des § 37 Abs. 1 TKG hat es darauf abgestellt, dass die *begehrte* Sachentscheidung nicht unmittelbar in Rechte des Dritten eingegriffen hat. Die klagenden Unternehmen begehrten ja die Aufhebung der angefochtenen Regelung über die Entgeltgenehmigungspflicht. Im Falle der Klagestattgabe wäre also der mit der Genehmigungspflicht einhergehende Eingriff in die Privatautonomie gerade beseitigt und die Vertragsfreiheit wiederhergestellt worden.

Ob die Vorschriften des TKG über die Entgeltregulierung eine drittschützende Wirkung zugunsten der beiladungswilligen Unternehmen entfalten, konnte offenbleiben. Auch unter dieser Prämisse wären die beiladungswilligen Unternehmen nur dann notwendig beizuladen gewesen, wenn die Bundesnetzagentur die angefochtene Re-

gulierungsverfügung nicht nur gegenüber der jeweiligen Klägerin als belastende Regelung, sondern zugleich ihnen gegenüber als eine sie begünstigende Regelung erlassen hätte.

Das entsprechende Wertungsmodell ist den Dreiecksbeziehungen im Baurecht entlehnt: Klagt ein Dritter gegen eine dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung, so ist der Bauherr im Anfechtungsprozess notwendig beizuladen. Denn er ist Adressat des angefochtenen begünstigenden Verwaltungsaktes und damit zwangsläufig auch Adressat der begehrten gerichtlichen Sachentscheidung. Anders wird aber der Fall beurteilt, dass die Baubehörde gegen den Bauherrn eine belastende Anordnung (z.B. eine Beseitigungsverfügung) erlässt, und der Bauherr diesen ihn belastenden Verwaltungsakt anfechtet. Wird ein Dritter, etwa ein Grundstücksnachbar, von der angefochtenen bauaufsichtlichen Verfügung faktisch begünstigt, muss er nicht automatisch zum Anfechtungsprozess beigelegt werden. Es kommt vielmehr jeweils darauf an, ob auch der Dritte Adressat des angefochtenen Verwaltungsaktes ist. Dies hängt wiederum davon ab, ob die Behörde auch über ein Recht des Dritten entscheiden wollte, ob sie also den Verwaltungsakt nicht nur als belastenden Verwaltungsakt an den Bauherrn sondern zugleich auch als einen begünstigenden Verwaltungsakt an den Dritten richten wollte.

An dieses Wertungsmodell knüpfen die Überlegungen des BVerwG zu der hier vorliegenden Dreiecksbeziehung an. Soweit die Bundesnetzagentur einem marktmächtigen Unternehmen regulatorische Verpflichtungen auferlegt, ist regelmäßig nur dieses Unternehmen, nicht aber ein Dritter, Adressat der Regulierungsverfügung. Die Bundesnetzagentur hat regelmäßig nur dann Anlass, auch subjektive Rechte Dritter zum Gegenstand ihrer Regulierungsentscheidung zu machen, wenn diese ihr gegenüber durch einen eigenen Sachantrag geltend gemacht werden. Das berührt sich mit den Erwägungen, die das BVerwG im Zusammenhang mit dem vorherigen Sachantrag als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verpflichtungsklage angestellt hat. Nur wenn die Bundesnetzagentur über ein von einem Drittantragsteller geltend gemachtes subjektives Recht im Rahmen der Regulierungsverfügung positiv mitentscheidet, wird der Dritte Mitadressat der Regulierungsverfügung. Nur dann kann einer Anfechtungsklage gegen diese Regulierungsverfügung nicht stattgegeben werden, ohne

dass dadurch gleichzeitig und unmittelbar in das betreffende Recht des begünstigten Unternehmens eingegriffen wird.

In den Mobilfunk-Terminierungsverfahren hatten die beiladungswilligen Unternehmen im Regulierungsverfahren zwar Stellungnahmen abgegeben, aber keine Sachanträge in Bezug auf eigene subjektive Rechte gestellt. Die Bundesnetzagentur hatte daher über solche Rechte nicht mitentscheiden, sodass die Beiladung der dritten Unternehmen im Anfechtungsprozess nicht notwendig war.

4. In Streitigkeiten nach dem TKG können **Aktenvorlage und Akteneinsicht** streitig werden. Denn die vorzulegenden Akten enthalten nicht selten Geschäftsgeheimnisse. Für die Auflösung einer solchen Konfliktlage bietet die Rechtsordnung - nimmt man das nationale Prozessrecht und das Gemeinschaftsrecht zusammen - nicht weniger als drei Lösungsmodelle an:

Nach der Grundnorm des § 99 VwGO kann die Vorlage geheimhaltungsbedürftiger Behördenakten dem Prozessgericht gegenüber verweigert werden. Auf Antrag findet dann ein so genanntes In-camera-Verfahren vor einem besonderen Fachsenat des zuständigen OVG bzw. des BVerwG statt. Dieser Spruchkörper entscheidet in einem dem Geheimschutz unterliegenden Zwischenverfahren darüber, ob die Verweigerung der Aktenvorlage rechtmäßig ist oder nicht. § 99 VwGO galt ursprünglich auch im Bereich des Telekommunikationsrechts.

Das neue TKG schuf dann in § 138 eine Spezialregelung. Darin wird die Grenze zwischen dem Zwischenverfahren und dem Hauptverfahren dadurch abgeschwächt, dass nicht ein Fachsenat, sondern das Gericht der Hauptsache über die Frage der Aktenvorlage zu entscheiden hat. Auch § 138 TKG bleibt aber seinem Wortlaut nach dem Verfahrensmodell des In-camera-Zwischenverfahrens verhaftet. Der nationale Gesetzgeber ging auch hier erkennbar davon aus, dass die Geheimhaltungsbedürftigkeit vorab geklärt werden muss und dass bejahendenfalls der Inhalt der Akten der Hauptsacheentscheidung nicht zugrunde gelegt werden darf.

Dagegen hat der EuGH im „Mobistar“-Urteil

Urteil vom 13. Juli 2006 - Rs. C-438/04 - Slg. 2006, I-6675

ein drittes Modell entwickelt, das er mit verblüffender Leichtigkeit aus der Rechtsbehelfsgarantie des Art. 4 RRL hergeleitet hat: Nach der Auslegung des EuGH muss die Stelle, die zur Entscheidung über Rechtsbehelfe gegen Regulierungsentscheidungen berufen ist, über alle Informationen verfügen, die für die Prüfung der Begründetheit des Rechtsbehelfs nötig sind. Das gilt auch für vertrauliche Informationen, die die Regulierungsbehörde beim Erlass der angegriffenen Entscheidung berücksichtigt hat. Die Rechtsbehelfsstelle muss aber die vertrauliche Behandlung geheimhaltungsbedürftiger Angaben gewährleisten. Sie muss dabei die Erfordernisse eines effektiven Rechtsschutzes beachten und die Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten sicherstellen.

Nach der dazu ergangenen Rechtsprechung des BVerwG

Beschluss vom 9. Januar 2007 - BVerwG 20 F 1.06 –
BVerwGE 127, 282

ist deshalb § 138 TKG - und soweit in Altfällen erforderlich auch § 99 VwGO - europarechtskonform auszulegen. Eine Auslegung im Sinne der Vorgaben des EuGH hat das BVerwG mit dem Gesetzeswortlaut für eben noch vereinbar gehalten. Danach darf die Bundesnetzagentur dem Gericht entscheidungserhebliche Akten nicht vorhalten, und zwar auch dann nicht, wenn sie geheimhaltungsbedürftig sind. Die Frage der Geheimhaltungsbedürftigkeit ist nur für ein etwaiges Akteneinsichtsrecht anderer Prozessbeteiligter von Belang. In Bezug darauf muss das VG das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Unternehmens abwägen gegen den Anspruch des Prozessgegners auf rechtliches Gehör. Je nach dem Ergebnis dieser Abwägung gilt die Pflicht zur Aktenvorlage uneingeschränkt oder aber eingeschränkt durch den Ausschluss des Akteneinsichtsrechts.

Pikanterweise hat sich das BVerwG mit dieser Entscheidung in Widerspruch zu den Vorgaben gesetzt, die das BVerfG zuvor in demselben Rechtsstreit formuliert hatte.

Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 u.a. – BVerfGE 115, 205 <230>

Das BVerfG hatte auf der Grundlage des nationalen Rechts eine Interessenabwägung in Bezug auf die Aktenvorlage selbst verlangt. Diese Vorgaben entfalteten Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG. Diese Bindungswirkung war aber auch die nationale Grundrechtsprüfung beschränkt. Wenn das Gemeinschaftsrecht seinerseits zwingende Vorgaben für das Handeln der nationalen Gerichte und Behörden trifft, entfallen grundsätzlich die deutschen Grundrechte als Prüfungsmaßstab. Das gilt nach ständiger Rechtsprechung nur dann nicht, wenn auf europäischer Ebene ein wirksamer Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist. Das aber war hier nicht anzunehmen.

5. Abschließend möchte ich noch kurz eingehen auf Fragen des **vorläufigen Rechtsschutzes**. Mit solchen Fragen war das BVerwG ebenfalls im Rahmen des nun schon mehrfach erwähnten Mobilfunk-Terminierungsstreits befasst.

Beschluss vom 13. Juni 2007 - BVerwG 6 VR 5.07 –
NVwZ 2007, 1207 Rn. 6

Dort hatten die klagenden Unternehmen Anträge auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klagen gestellt, soweit sich diese gegen die ihnen auferlegte Entgeltgenehmigungspflicht richteten, und diese Anträge gemäß § 80 Abs. 7 VwGO vor dem Revisionsgericht als dem Gericht der Hauptsache weiterverfolgt. Auch hier ergeben sich im Regulierungsrechtsstreit gewisse Besonderheiten gegenüber sonstigen Verfahren. Die Abwägung des Vollzugsinteresses gegen das Suspensivinteresse, die das Verwaltungsgericht in den Fällen des § 80 VwGO typischerweise durchzuführen hat, wird in der Praxis häufig von einer Vorausbeurteilung der Erfolgsaussichten der Hauptsache bestimmt. Bei regulatorischen Streitigkeiten ist das angesichts des hohen Grades an Komplexität schwierig. Deshalb wird hier häufig eine vom Ausgang des Hauptsacheverfahrens unabhängige Interessenabwägung durchzuführen sein. So war es auch hier. In Bezug auf die umstrittene Entgeltgenehmigungspflicht waren die wirtschaftlichen Folgen abzuwägen, die eintreten, wenn die aufschiebende Wirkung der Klage abgelehnt wird, die Klage aber später endgültig Erfolg hat, gegen die Folgen, die beim umgekehrten Ausgang des einstweiligen Verfahrens und des Hauptsacheverfahrens eintreten.

Bei dieser Folgenabwägung ist zu bedenken, dass vorübergehende finanzielle Nachteile, die dem einen oder dem anderen Marktteilnehmer je nach Ausgang des Verfahrens entstehen, im Prinzip reversibel sind. Nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens müssen Minderzahlungen gegebenenfalls nachentrichtet werden. Ohne Rechtsgrund geleistete Zuvielzahlungen müssen gegebenenfalls rückabgewickelt werden.

Geht es - wie im Falle der Terminierungsentgelte - um die Regulierung eines Vorleistungsmarktes, schlagen solche nachträglichen Korrekturen allerdings nicht notwendig in gleicher Weise auf die Endnutzerebene durch. So kann es sein, dass die Verbraucher vom Sofortvollzug der Regulierung der Vorleistungsentgelte unmittelbar profitieren, weil aufgrund ein Preissenkungsdruck entsteht. Wird dagegen die Regulierungsmaßnahme zunächst ausgesetzt und erst nachträglich bestätigt, ist nicht unbedingt zu erwarten, dass Rückzahlungen, die das regulierte Unternehmen dann seinen Vertragspartnern zu entrichten hat, rückwirkend an die Verbraucher weitergegeben werden. Das Verbraucherinteresse kann deshalb unter Umständen den Ausschlag für ein Überwiegen des Vollzugsinteresses geben.

Zu berücksichtigen ist dabei auch die gesetzliche Regelung in § 137 Abs. 1 TKG. Danach hat die Klage gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur abweichend von der Regel des § 80 Abs. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Daraus folgt zunächst einmal rein formal, dass die Behörde von der Pflicht entbunden ist, das öffentliche Interesse an einer im Einzelfall angeordneten sofortigen Vollziehung gemäß § 80 Abs. 3 VwGO besonders zu begründen. Die Bedeutung des § 137 Abs. 1 TKG erschöpft sich aber nicht in diesem formalen Aspekt. Vielmehr liegt darin die gesetzliche Wertung, dass das öffentliche Interesse am Sofortvollzug gerade bei offenem Prozessausgang regelmäßig erhebliches Gewicht beansprucht. Diese Überlegung kann ein anderslautendes Ergebnis der individuellen Interessenabwägung nicht konterkarieren. Sie kann aber je nach den Umständen des Falles den schon mit anderen Erwägungen begründeten Befund verstärken, dass das Vollzugsinteresse Vorrang gegenüber dem Aufschubinteresse hat. So war auch das Ergebnis des BVerwG in den Verfahren um vorläufigen Rechtsschutz gegen die Regulierung der Mobilfunk-Terminierungsentgelte.

IV.

Meine Damen und Herren, natürlich bleibt auch nach diesem Streifzug durch die neuere Rechtsprechung des BVerwG zum TKG vieles offen. Und ganz gewiss kann man über manches trefflich streiten. Ein Resümee kann man aber jedenfalls ziehen: Das Telekommunikationsrecht mit seinen nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Verästelungen, die häufig genug überquer liegen, wird die Praxis noch vor beträchtliche Herausforderungen stellen!