

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 B 10.06
VG 21 K 4418/05

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 16. März 2006
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. B a r d e n h e w e r und die Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. H a h n und V o r m e i e r

beschlossen:

Die Beschwerden der Klägerin, der Beklagten und der Beigeladenen gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. Oktober 2005 werden zurückgewiesen.

Die Beteiligten tragen die Kosten des Verfahrens zu je 1/3.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 50 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

<rd nr="1"/>Die Beschwerden haben keinen Erfolg.

<rd nr="2"/>1. Die von der Klägerin allein auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) gestützte Beschwerde führt nicht zur Zulassung der Revision.

<rd nr="3"/>Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache zu, wenn sie eine für die erstrebte Revisionszulassung erhebliche Rechtsfrage des revisiblen Rechts aufwirft, die im Interesse der Einheit und der Fortbildung des Rechts revisionsgerichtlicher Klärung bedarf. Das Darlegungserfordernis des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO setzt insoweit die Formulierung einer bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten und für die Revisionsentscheidung erheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts und außerdem die Angabe voraus, worin die allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung bestehen soll (vgl. Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG

7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14 m.w.N.). Danach kommt eine Zulassung der Revision nicht in Betracht.

<rd nr="4"/>a) Die Klägerin möchte geklärt wissen, ob "die Beklagte dem betroffenen Unternehmen durch eine Missbrauchsverfügung auch Anordnungen auferlegen (darf), die selbst nicht Gegenstand der Einleitungsverfügung i.S.d. § 134 Abs. 1 TKG waren, sondern die lediglich in einem 'engen Zusammenhang' mit dem Verfahrensgegenstand stehen". Diese Frage führt deshalb nicht zur Zulassung der Revision, weil sie sich dem Verwaltungsgericht so nicht gestellt hat.

<rd nr="5"/>Sie bezieht sich auf die Erwägungen des Verwaltungsgerichts zu dem erforderlichen Maß der Übereinstimmung zwischen dem Gegenstand der das Verfahren einleitenden Verfügung der Beschlusskammer nach § 134 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) - TKG 2004 -, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1970), und dem Gegenstand der das Verfahren beendenden Verfügung der Beschlusskammer. Das Verwaltungsgericht hat insoweit angenommen (UA S. 12), es sei unschädlich, wenn sich der Verfahrensgegenstand im Laufe des Verfahrens verändere, solange er nicht den inhaltlichen Rahmen des ursprünglichen Verfahrensgegenstandes sprengt und solange das Recht der Beteiligten auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör nicht beeinträchtigt werde. Wie sich aus den nachfolgenden Darlegungen in den Gründen des angefochtenen Urteils ergibt, hält sich ein veränderter Verfahrensgegenstand aus Sicht des Verwaltungsgerichts dann noch im Rahmen des ursprünglichen Gegenstandes der Einleitungsverfügung, wenn ein enger Zusammenhang zwischen beiden Gegenständen besteht. Dies allein genügt nach Auffassung des Verwaltungsgerichts hingegen nicht, um eine Änderung des Gegenstandes als unschädlich zu erachten. Hinzukommen muss, wie das Verwaltungsgericht zuvor dargelegt hat, dass das Recht der Beteiligten auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör gewahrt wird. Die von der Klägerin aufgeworfene Frage zielt demgegenüber darauf ab, ob allein ("lediglich") der Zusammenhang zwischen dem Gegenstand der Einleitungsverfügung und der späteren Anordnung ausreiche. Diese Frage hat sich dem Verwaltungsgericht nicht gestellt. Eine für die Entscheidung der Vorinstanz nicht maßgebliche Rechtsfrage vermag die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung regelmäßig - und so auch hier - nicht zu rechtfertigen (vgl. Beschluss vom

7. November 2001 - BVerwG 6 B 55.01 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 23 S. 6).

<rd nr="6"/>b) Die Klägerin stellt die Frage: "Ist die Verwendung von Preselection-Auftragsdaten durch zum Angebot von Preselectionverpflichtete auf den Märkten für Verbindungsleistungen und für die Bereitstellung von Anschlüssen marktbeherrschender Unternehmen zum Zwecke der Rückgewinnung von Verbindungskunden 'unbillig' i.S.d. § 42 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. TKG bzw. erfolgt sie ohne 'sachlich rechtfertigenden Grund' i.S.d. § 42 Abs. 1 Satz 2 2. Alt.?" Diese Frage verhilft der Beschwerde ebenfalls nicht zum Erfolg. Sie genügt nicht den Begründungsanforderungen.

<rd nr="7"/>Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 darf u.a. ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, seine Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt werden (§ 42 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004). Das Verwaltungsgericht hat angenommen (UA S. 15), dass eine Unbilligkeit bzw. eine fehlende Rechtfertigung im Sinne von § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004 dann vorliege, wenn sich aus einer Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Ziele des Telekommunikationsgesetzes ergebe, dass die Maßnahme unbillig bzw. nicht gerechtfertigt sei. Dieser Ansatz wird von der Klägerin ebenso wenig in Frage gestellt wie die daran anknüpfende Erwägung des Verwaltungsgerichts, dass Maßnahmen zur Abwerbung von Kunden durch marktmächtige Unternehmen grundsätzlich nicht zu beanstanden seien, solche Maßnahmen aber dann unbillig seien bzw. ohne sachlichen Grund erfolgten, wenn besondere Umstände vorlägen, die das Abwerben als unbillig bzw. sachlich nicht gerechtfertigt erscheinen ließen. Die Klägerin setzt sich auch nicht mit den Erwägungen des Verwaltungsgerichts auseinander, nach denen hier besondere Umstände gegeben sind, die die Voraussetzungen von § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004 erfüllen. Im Kern beschränkt sich die Klägerin darauf, die Erwägungen des Verwaltungsgerichts zu referieren und dessen Rechtsauffassung in Frageform zu kleiden. Soweit sich die Vorinstanz mit der Frage von angeblich grundsätzlicher Bedeutung beschäftigt hat, muss sich die Beschwerdebegründung mit der in der angefochtenen

Entscheidung vertretenen Auffassung auseinander setzen (vgl. Beschluss vom 4. März 2004 - BVerwG 6 B 14.04 - Umdruck S. 3; Beschluss vom 9. März 1993 - BVerwG 3 B 105.92 - NJW 1993, 2825 <2826>). Dies hat die Klägerin versäumt. Die zwei sich an die aufgeworfene Frage anschließenden und diese präzisierenden Fragen rechtfertigen keine andere Beurteilung.

2. Die Revision ist auch nicht wegen der von der Beklagten aufgeworfenen Frage von angeblich grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen.

Die Beklagte möchte die Frage beantwortet wissen, "ob und inwieweit allein die Übereinstimmung des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens mit den Vorschriften über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften ein missbräuchliches Verhalten gemäß § 42 TKG rechtfertigen kann". Diese Frage hat sich dem Verwaltungsgericht nicht gestellt.

Anders als von der Beklagten angenommen beruht das angefochtene Urteil nicht auf der Erwägung, dass die Forderung der Klägerin nach einer schriftlichen Willenserklärung der Kunden schon deshalb ("allein") nicht missbräuchlich sei, weil sich die Klägerin insoweit auf Bestimmungen über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften berufen könne. In dem Urteil wird dargelegt, dass die im Zusammenhang mit der Frage nach der Unbilligkeit und der fehlenden sachlichen Rechtfertigung im Sinne von § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG 2004 vorzunehmende Abwägung durch gesetzliche Wertungen in anderen rechtlichen Regelungsregimen beeinflusst werde (UA S. 18). Im Anschluss daran wird aufgezeigt, dass das Verlangen nach einer schriftlichen Willenserklärung durch eine jedenfalls entsprechende Anwendung von § 174 Satz 1 BGB gedeckt sei (UA S. 19 ff.). Dies allein reicht aus der Sicht des Verwaltungsgerichts aber nicht aus, um einen Missbrauch auszuschließen. Das Gericht prüft vielmehr zusätzlich, ob die Berufung der Klägerin auf § 174 Satz 1 BGB missbräuchlich ist, weil der Ausübung ihres Rechtes kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt oder weil sie dieses Recht nur ausübt, um unlautere oder dem Recht nach § 174 Satz 1 BGB nicht inhärente Zwecke zu verfolgen (UA S. 21 ff.), und verneint diese Fragen. Darüber hinaus ist in dem angefochtenen Urteil ausdrücklich festgestellt, dass der Ausübung des Rechts der Klägerin aus § 174 Satz 1 BGB auch besondere telekommunikationsrechtliche Erwägungen nicht entgegenstehen.

<rd nr="11"/>3. Schließlich erweist sich auch die Beschwerde der Beigeladenen als erfolglos.

<rd nr="12"/>a) Die von der Beigeladenen als rechtsgrundsätzlich gestellten Fragen rechtfertigen nicht die Revisionszulassung.

<rd nr="13"/>aa) Die Beigeladene wirft die Frage auf, "ob in einer veröffentlichten allgemeinen Leistungsbeschreibung eines Unternehmens bereits ein rechtlich bindendes Vertragsangebot zu sehen ist und damit die Veröffentlichung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Vertragsangebot zusammenfällt oder ob in dieser Leistungsbeschreibung lediglich eine rechtlich unverbindliche Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots (invitatio ad offerendum) zu sehen ist". Diese Frage verhilft der Beschwerde schon deshalb nicht zum Erfolg, weil die Einordnung einer Erklärung als Vertragsangebot oder als Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots vom Inhalt und den Begleitumständen der jeweiligen Erklärung abhängt, zu denen das Verwaltungsgericht u.a. die Verpflichtung der Klägerin nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG zählt, und deshalb die Frage einer über den Einzelfall hinausgehenden grundsätzlichen Beantwortung nicht zugänglich ist.

<rd nr="14"/>bb) Die Beigeladene wirft sinngemäß die Frage auf, ob § 174 BGB "auf Fälle der Vertragsannahme" analog angewendet werden könne. Auch diese Frage führt nicht zur Zulassung der Revision. Sie bezieht sich auf die Erwägung in dem angefochtenen Urteil, dass anerkannt sei, dass § 174 BGB auch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften Anwendung finde, bei denen die überbrachte Erklärung in der Annahme eines Vertragsangebots bestehe (UA S. 19). Die Frage genügt deshalb nicht den Begründungsanforderungen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO, weil sich die Beigeladene nicht in der gebotenen Weise mit den von ihr in der Sache beanstandeten Ausführungen des Verwaltungsgerichts auseinander setzt. Sie hat nicht dargelegt, warum die Auffassung des Verwaltungsgerichts zweifelhaft sein könnte, sondern beschränkt sich darauf, die Rechtsauffassung der Vorinstanz unter Bezugnahme auf eine abweichende Literaturmeinung in Frageform zu kleiden.

<rd nr="15"/>cc) Die Revision ist auch nicht zur Klärung der Frage zuzulassen, "ob die Kündigung eines Vertragsverhältnisses, das die Formfreiheit von durch den Vertragspartner eingeholten Aufträgen Dritter vorsieht, durch ein Telekommunikationsunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht wegen Verstoßes gegen das Missbrauchsverbot des § 42 TKG unwirksam ist, wenn die Kündigung darauf abzielt, künftig nur die Einholung schriftlicher Aufträge zuzulassen". Diese Frage bezieht sich auf die Erwägung in dem angefochtenen Urteil, dass ein Missbrauch im Sinne von § 42 Abs. 2 TKG nicht deshalb vermutet werden könne, weil die Klägerin sich gegenüber dem Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen TELE2 zunächst möglicherweise nicht auf das Schriftformerfordernis berufen habe, da die insoweit maßgebliche Vereinbarung zum hier maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlusskammerentscheidung gekündigt gewesen sei (UA S. 22). Die Beigeladene meint, das Verwaltungsgericht habe vernachlässigt, dass das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 4. Mai 2005 (VI-U (Kart) 8/05) die Unwirksamkeit der Kündigung des Vertrages zwischen der Klägerin und TELE 2 festgestellt habe. Die hier in Rede stehende Frage führt schon deshalb nicht zur Revisionszulassung, weil sich dem Verwaltungsgericht die Frage der Wirksamkeit der Kündigung des Vertrages nicht gestellt hat.

<rd nr="16"/>dd) Die Beigeladene wirft die Frage auf, "ob ein Verstoß gegen § 42 TKG vorliegt, wenn ein Telekommunikationsunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Übermittlung von Preselection-Aufträgen von Endkunden durch die Wettbewerber die Einholung und auf Nachfrage die Vorlage schriftlicher Willenserklärungen der Kunden verlangt, für die Rückumstellung eines auf Preselection umgestellten Telefonanschlusses jedoch eine mündliche Beauftragung genügen lässt". Diese Frage trägt den Begründungsanforderungen nicht ausreichend Rechnung. Sie bezieht sich auf die Erwägung des Verwaltungsgerichts (UA S. 22), dass die Aufhebung des Preselection-Auftrages deshalb ohne schriftliche Willenserklärung bewirkt werden könne, weil die Klägerin mit ihrem eigenen Kunden kontrahiere, so dass eine Anwendung von § 174 Satz 1 BGB ausscheide. Die Beigeladene hat es entgegen § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO versäumt, sich mit dieser Begründung auseinander zu setzen.

<rd nr="17"/>ee) Die Beigeladene hält es für eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, "ob ein Verstoß gegen § 42 TKG vorliegt, wenn ein Telekommunikationsunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Übermittlung von Preselection-Aufträgen von Endkunden durch die Wettbewerber von diesen die Einholung und auf Nachfrage die Vorlage schriftlicher Willenserklärungen der Endkunden verlangt, bei einem der Wettbewerber jedoch auf die Vorlage schriftlicher Willenserklärungen verzichtet". Diese Frage bezieht sich auf die Darlegungen des Verwaltungsgerichts zu der Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Anbieter TELE2. Sie rechtfertigt deshalb nicht die Zulassung der Revision, weil sie sich dem Verwaltungsgericht nicht gestellt hat. Das Verwaltungsgericht ist nicht vom Bestehen einer Vereinbarung im Sinne der Frage ausgegangen, sondern davon, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und TELE2 gekündigt ist. Das schließt ein, dass das Verwaltungsgericht eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung insoweit verneint, wenn das marktmächtige Unternehmen von der Wirksamkeit einer derartigen Kündigung ausgehen konnte.

<rd nr="18"/>ff) Schließlich ist die Revision nicht zur Beantwortung der Frage zuzulassen, "ob ein Verstoß gegen § 42 TKG vorliegt, wenn ein Telekommunikationsunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Übermittlung von Preselection-Aufträgen der Endkunden durch einen Wettbewerber die Einholung und auf Nachfrage die Vorlage einer schriftlichen Willenserklärung der Endkunden durch den Wettbewerber verlangt". Die Frage genügt nicht den Begründungsanforderungen, weil sich die Beigeladene nicht ansatzweise mit den Gründen auseinandersetzt, die aus Sicht des Verwaltungsgerichts dagegen sprechen, dass das Verlangen der Klägerin nach einer schriftlichen Willenserklärung missbräuchlich ist. Die Beigeladene beschränkt sich in diesem Zusammenhang im Wesentlichen auf den Hinweis, dass das Urteil des Verwaltungsgerichts nicht im Einklang mit dem erwähnten Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Mai 2005 stehe.

<rd nr="19"/>b) Die Revision ist auch nicht wegen eines Verfahrensmangels zuzulassen.

<rd nr="20"/>Nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 ist die Revision zuzulassen, wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen

kann. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen verstößt das Urteil nicht gegen deren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 108 Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG).

<rd nr="21"/>Die Beigeladene ist der Auffassung, das Verwaltungsgericht habe dadurch gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßen, dass es sich nicht mit dem erwähnten Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Mai 2005, auf das sie in dem gerichtlichen Verfahren hingewiesen habe, auseinander gesetzt habe. Dies vermag einen Verstoß gegen § 108 Abs. 2 VwGO und Art. 103 Abs. 1 GG nicht zu begründen. Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gebietet, dass das Gericht das entscheidungserhebliche Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis nimmt und in Erwägung zieht. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gericht das von ihm entgegengenommene Vorbringen der Beteiligten auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Die Gerichte brauchen nicht jedes Vorbringen in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden. Nur wenn sich aus den besonderen Umständen des Falles deutlich ergibt, dass ein Gericht seine Pflicht zur Kenntnisnahme und Erwägung entscheidungserheblichen Vorbringens verletzt hat, kann ein Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Einzelfall festgestellt werden (stRspr, vgl. z.B. Beschluss vom 5. Februar 1999 - BVerwG 9 B 797.98 - Buchholz 310 § 108 Abs. 2 VwGO Nr. 4 S. 3 m.w.N.). Daran gemessen liegt kein Verfahrensmangel vor. Aus dem Umstand, dass das Verwaltungsgericht das von der Beigeladenen in Bezug genommene Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf in den Entscheidungsgründen nicht erwähnt hat, lässt sich nicht schließen, dass das Gericht das entscheidungserhebliche Vorbringen der Beigeladenen im Zusammenhang mit der Frage, ob das Verlangen der Klägerin nach Vorlage von schriftlichen Willenserklärungen missbräuchlich ist, nicht zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Dass das Verwaltungsgericht nicht der auch unter Hinweis auf das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vertretenen Rechtsauffassung der Beigeladenen gefolgt ist, begründet keinen Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs.

<rd nr="22"/>4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 159 Satz 1 VwGO und § 100 Abs. 1 ZPO. Die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes findet seine Grundlage in §§ 47 und 52 Abs. 1 GKG.

Bardenhewer

Hahn

Vormeier