

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 B 66.04
VG 1 K 1882/99

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 1. Februar 2005
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 Beklagten und der Beigeladenen gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 8. Juli 2004 werden zurückgewiesen.

Die Beklagte und die Beigeladene tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte mit Ausnahme ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten, die sie jeweils selbst tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 13 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

Die Beschwerden bleiben ohne Erfolg.

I.

Nach § 137 Abs. 3 Satz 2 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) - TKG 2004 - i.V.m. § 135, § 132 Abs. 2 VwGO kann die Revision nur zugelassen werden, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder das verwaltungsgerichtliche Urteil von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die verwaltungsgerichtliche Entscheidung beruhen kann. Wird - wie hier - die Nichtzulassung der Revision mit der Beschwerde angefochten, muss in der Beschwerdebegründung die

grundsätzliche Bedeutung dargelegt oder die Entscheidung, von der das verwaltungsgerichtliche Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO). Die Prüfung des beschließenden Senats ist demgemäß auf fristgerecht geltend gemachte Beschwerdegründe im Sinne des § 132 Abs. 2 VwGO beschränkt. Die vorgebrachten Gründe führen nicht zur Revisionszulassung.

1. Die allein auf den Revisionszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) gestützte Beschwerde der Beklagten rechtfertigt die Zulassung der Revision nicht.

Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn sie eine für die erstrebte Revisionsentscheidung erhebliche Frage des revisiblen Rechts aufwirft, die im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts revisionsgerichtlicher Klärung bedarf. Das Darlegungserfordernis des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO verlangt die Bezeichnung einer konkreten Rechtsfrage, die für die Revisionsentscheidung erheblich sein wird, und einen Hinweis auf den Grund, der ihre Anerkennung als grundsätzlich bedeutsam rechtfertigen soll. Die Beschwerde muss daher erläutern, dass und inwiefern die Revisionsentscheidung zur Klärung einer bisher revisionsgerichtlich nicht beantworteten fallübergreifenden Rechtsfrage des revisiblen Rechts führen kann (Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 = NJW 1997, 3328). Dem trägt die Beklagte nicht ausreichend Rechnung.

Das Verwaltungsgericht hat angenommen, dass als Rechtsgrundlage für den von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post mit Bescheid vom 3. Februar 1999 mit Wirkung ex nunc ausgesprochenen Widerruf ihres Bescheides vom 22. Oktober 1998, mit dem der Beigeladenen auf der Grundlage des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl I S. 1120) - TKG a.F. -, zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 73 des Gesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl I S. 718), eine bis zum 31. März 1999 befristete Entgeltgenehmigung für die Leistung DTAG-0.5 (Zuführung von Telefonverbindungen aus dem nationalen Netz der Beigeladenen für den Zugang zum Freephone-Service von Interconnectionpartnern unter der Dienstekennzahl 0800 oder 0130) erteilt worden war, allein § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG in Betracht kommt. Es hat ausgeführt, die Entgeltgenehmigung stelle nicht nur für die Beigeladene, sondern

auch für die Klägerin einen zumindest teilweise begünstigenden Verwaltungsakt dar, so dass ein Widerruf nicht nach § 49 Abs. 1 VwVfG, sondern nach den strengeren Regeln des § 49 Abs. 2 VwVfG zu erfolgen habe. Die Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG seien indes nicht erfüllt. Es sei nicht erkennbar, dass ohne den Widerrufsanspruch das öffentliche Interesse gefährdet gewesen wäre (UA S. 12 ff.).

Die von der Beklagten aufgeworfene Frage, "ob der Bestand einer - auf Grund nicht (mehr) den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechenden - unrichtig gewordenen Entgeltgenehmigung nach § 39 TKG a.F. primär im öffentlichen Interesse ist oder ob hierdurch vorrangig Privatinteressen betroffen sind", verleiht der Sache keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung.

Nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, wenn die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass es im Rahmen von § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG nicht genügt, dass der Widerruf im öffentlichen Interesse liegt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Widerruf zur Abwehr einer Gefährdung des öffentlichen Interesses, das heißt zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten ist (Urteil vom 24. Januar 1992 - BVerwG 7 C 38.90 - Buchholz 316 § 49 VwVfG Nr. 25 <S. 8> = NVwZ 1992, 565 m.w.N.; Beschluss vom 17. August 1993 - BVerwG 1 B 112.93 - Buchholz 451.20 § 34 c GewO Nr. 7 <S. 7>). Von diesen Maßgaben ist das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung ausgegangen und unter Würdigung der Gegebenheiten des konkreten Falles zu dem Ergebnis gelangt, dass der streitige Widerruf nicht zur Abwehr einer konkreten Gefährdung öffentlicher Interessen erforderlich gewesen sei. Zur Begründung hat es ausgeführt, die von der Regulierungsbehörde im Falle des Unterbleibens des Widerrufs erwarteten Mindereinnahmen der Beigeladenen stellten allenfalls eine Gefährdung der Privatinteressen der Beigeladenen, nicht jedoch einen drohenden Schaden für wichtige Gemeinschaftsgüter dar. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass eine Fortgeltung der Entgeltgenehmigung für weitere zwei Monate bis zu ihrem Ablauf die im öffentlichen Interesse liegenden Regulierungsziele der

Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG a.F.) gefährdet hätte, da nur für die marktbeherrschende, selbst der Regulierung unterliegende Beigeladene, nicht dagegen für deren Wettbewerber konkrete Nachteile zu erwarten gewesen wären (UA S. 13/14). Vor diesem Hintergrund ergibt sich kein zu einer Revisionszulassung führender Klärungsbedarf. Die Beschwerde rügt mit ihrem Vorbringen der Sache nach die Tatsachenwürdigung durch das Verwaltungsgericht und stellt einen konkreten Einzelfall zur Überprüfung, womit eine rechtsgrundsätzliche Bedeutung nicht dargetan werden kann. Zugleich fehlt es damit an der Darlegung der erforderlichen fallübergreifenden Relevanz. Da die Beantwortung der von der Beschwerde aufgeworfenen Frage von den Einzelfallumständen abhängt, entzieht sie sich einer ausreichend verallgemeinerungsfähigen, rechtlichen Klärung.

2. Die auf sämtliche Revisionszulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO gestützte Beschwerde der Beigeladenen ist ebenfalls unbegründet.

a) Der Rechtssache kommt die von der Beigeladenen geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung nicht zu.

Die Beigeladene wirft die Frage auf, "ob der Widerruf von Entgeltgenehmigungen für Zusammenschaltungsentgelte nach dem TKG, die eine vorausgegangene Entgeltgenehmigung durch eine für den Genehmigungsinhaber günstigere Entgeltgenehmigung ersetzt, nach § 49 Abs. 1 VwVfG oder nach den strengeren Regelungen des § 49 Abs. 2 VwVfG zu erfolgen hat". Mit dieser Frage möchte die Beigeladene vor dem Hintergrund des dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts sinngemäß geklärt wissen, ob der Widerruf einer Entgeltgenehmigung für Zusammenschaltungsentgelte im Rahmen der Gewährung eines "besonderen Netzzugangs" im Sinne von § 39 1. Alternative i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Alternative, § 25 Abs. 1 und § 27 TKG a.F. nach § 49 Abs. 1 VwVfG oder nach § 49 Abs. 2 VwVfG erfolgt, wenn die von dem Widerruf betroffene Genehmigung durch eine für den Genehmigungsinhaber günstigere Genehmigung ersetzt wird. Diese Frage verleiht der Sache bereits deswegen keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, weil sie sich in dem angestrebten Revisionsverfahren voraussichtlich nicht stellen würde. Denn das Verwaltungsgericht hat die Vorschrift

des § 49 Abs. 2 VwVfG nicht mit Blick auf die Beigeladene als Inhaberin der Entgeltgenehmigung, sondern mit Blick auf die Klägerin als durch die Entscheidungen der Beklagten weitere materiell Betroffene für anwendbar gehalten. Es hat ausgeführt (UA S. 12 f.), dass die durch die Genehmigung vom 3. Februar 1999 ersetzte Genehmigung vom 22. Oktober 1998 für die Klägerin sowohl belastende (Pflicht zur Zahlung des Entgelts) als auch begünstigende Wirkungen (Recht auf die Leistung DTAG-0.5) gehabt habe. Es sei anerkannt, dass in Fällen eines teils begünstigenden, teils belastenden Verwaltungsakts, bei dem Begünstigung und Belastung - wie im Streitfall - nicht trennbar seien, ein Widerruf nicht nach § 49 Abs. 1 VwVfG, sondern nach den strengeren Regeln des § 49 Abs. 2 VwVfG zu erfolgen habe. Das Verwaltungsgericht hat mithin die Auswirkungen der Genehmigungsentscheidungen der Beklagten für die Beigeladene, an die die von der Beigeladenen formulierte Grundsatzfrage anknüpft, ersichtlich für entscheidungsunerheblich gehalten und stattdessen allein auf die Rechtsfolgen der Genehmigung vom 22. Oktober 1998 für die Klägerin abgestellt. Mit dieser Rechtsauffassung hat es dem Umstand Rechnung getragen, dass die mit der Klage beantragte Aufhebung der Genehmigung vom 3. Februar 1999 nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht allein die objektive Rechtswidrigkeit der Genehmigung, sondern darüber hinaus auch eine Verletzung von eigenen Rechten der Klägerin voraussetzte. Aus diesem Grunde durfte das Verwaltungsgericht der Klage nur dann wegen Missachtung der dem Vertrauensschutz dienenden Vorschrift des § 49 Abs. 2 VwVfG teilweise stattgeben, wenn es die Überzeugung gewann, dass beim Erlass der Genehmigung vom 3. Februar 1999 die Klägerin selbst nach Maßgabe dieser Vorschrift Vertrauensschutz genoss und daher durch ihre rechtsfehlerhafte Anwendung in ihren Rechten verletzt wurde.

Auf die für das Verwaltungsgericht entscheidungserheblichen Auswirkungen der Genehmigung vom 22. Oktober 1998 auf die Klägerin ist die Beigeladene nicht in ihrer Beschwerdebegründung vom 24. September 2004, sondern erst in ihrem ergänzenden Schriftsatz vom 17. Dezember 2004 - und damit nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist - eingegangen. Auch in diesem Schriftsatz hat sie hierzu keine Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht, dass sie die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, die Klägerin sei durch die Genehmigung vom 22. Oktober 1998 nicht nur belastet, sondern auch begünstigt worden, für unzutreffend hält.

b) Die Beschwerde der Beigeladenen führt auch nicht auf den Zulassungsgrund der Divergenz im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO.

Eine die Revision gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO eröffnende Divergenz ist nur dann im Sinne des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO hinreichend bezeichnet, wenn die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten ebensolchen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat (stRspr, z.B. Beschlüsse vom 21. Juni 1995 - BVerwG 8 B 61.95 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 18 und 17. Januar 2000 - BVerwG 6 BN 2.99 - Buchholz 11 Art. 14 GG Nr. 334 = NVwZ-RR 2000, 339). Entsprechendes gilt für eine geltend gemachte Abweichung von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Das Aufzeigen einer fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung von Rechtssätzen, die eines der in § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO genannten Gerichte in seiner Rechtsprechung aufgestellt hat, genügt den Zulässigkeitsanforderungen einer Divergenz nicht (Beschlüsse vom 19. August 1997 und 17. Januar 2000, a.a.O.).

Die Beigeladene macht geltend, das Verwaltungsgericht sei im Hinblick auf die Abgrenzung von § 49 Abs. 1 und Abs. 2 VwVfG entscheidungstragend davon ausgegangen, dass die Entgeltgenehmigung nicht nur die Grundlage der Entgeltzahlungspflicht des Zusammenschaltungspartners sei, sondern zugleich des Rechts, die mit dem Entgelt abgebotene Leistung DTAG-0.5 verlangen zu können. Damit liege eine Abweichung von dem Urteil des Senats vom 21. Januar 2004 (a.a.O.) vor, in dem ausgeführt sei, dass das Telekommunikationsgesetz es nicht zulasse, den vertraglich vereinbarten Zugang erst ab Erteilung der Entgeltgenehmigung zu gewähren; vielmehr hätten die Wettbewerber der Beigeladenen einen Anspruch auf sofortige Realisierung des vertraglich vereinbarten Netzzuganges.

Damit zeigt die Beschwerde keine Divergenz im Sinne der gesetzlichen Anforderungen auf. Sie benennt zwar den in dem Urteil des Senats aufgestellten abstrakten Rechtssatz, nach dem es das Telekommunikationsgesetz nicht zulässt, den vertrag-

lich vereinbarten Netzzugang erst ab Erteilung der Entgeltgenehmigung zu gewähren (Urteil vom 21. Januar 2004, a.a.O., 74). Das angefochtene Urteil enthält jedoch keinen davon abweichenden Rechtssatz. Soweit das Verwaltungsgericht ausgeführt hat, die Entgeltgenehmigung bewirke auch das Recht der Klägerin, "die Leistung DTAG-O.5 verlangen zu können" (UA S. 12), handelt es sich um eine Erwägung im Rahmen der Prüfung, ob die Entgeltgenehmigung als begünstigender Verwaltungsakt im Sinne von § 49 Abs. 2 VwVfG anzusehen ist. Die Erwägung ist Teil einer im Einzelfall vorgenommenen Subsumtion und beinhaltet deshalb keinen abstrakten Rechtssatz. Den Ausführungen des Verwaltungsgerichts ist nicht mit der nötigen Gewissheit zu entnehmen, dass es die Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Vorleistungspflicht des den Netzzugang gewährenden Unternehmens nicht teilt; vielmehr kann seinen Ausführungen - worauf die Klägerin zutreffend hinweist - ohne Widerspruch zu dem genannten Senatsurteil auch der Sinn beigemessen werden, die Entgeltgenehmigung habe die Klägerin berechtigt, die Leistung DTAG-0.5 zu dem genehmigten Entgelt verlangen zu können und kein höheres Entgelt entrichten zu müssen.

c) Ebenso bleibt die Verfahrensrüge ungenügender Sachaufklärung (§ 132 Abs. 2 Nr. 3, § 86 Abs. 1 VwGO) ohne Erfolg.

Hinsichtlich eines behaupteten Verstoßes gegen den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO) muss substantiiert dargelegt werden, bezüglich welcher tatsächlichen Umstände Aufklärungsbedarf bestanden hat, welche für geeignet und erforderlich gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen hierfür in Betracht gekommen wären und welche tatsächlichen Feststellungen bei Durchführung der unterbliebenen Sachverhaltsaufklärung voraussichtlich getroffen worden wären; weiterhin muss dargelegt werden, dass bereits im Verfahren vor dem Tatsachengericht, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, auf die Vornahme der Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr gerügt wird, hingewirkt worden ist oder dass sich dem Gericht die bezeichneten Ermittlungen auch ohne ein solches Hinwirken von sich aus hätten aufdrängen müssen (stRspr, z.B. Beschlüsse vom 6. März 1995 - BVerwG 6 B 81.94 - Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 265 <S. 9> und 19. August 1997, a.a.O.). Diesen Anforderungen genügt das Beschwerdevorbringen der Beigeladenen nicht.

Sie führt aus, das Verwaltungsgericht habe hinsichtlich seiner Annahme, bei einer weiteren Geltung des Mischkalkulationssystems wären konkrete Nachteile nur für die Beigeladene, nicht hingegen für deren Wettbewerber zu erwarten gewesen, keine entsprechend tragfähigen tatsächlichen Feststellungen getroffen. Es hätte Feststellungen dazu treffen müssen, in welcher Höhe speziell die Klägerin von der Fortgeltung des Mischkalkulationssystems bis zum Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Befristung profitiert hätte. Es liege auf der Hand, dass eine Begünstigung der Klägerin, wie sie die Beigeladene im Hinblick auf ein anderes Unternehmen beziffert habe, nicht nur mit erheblichen Nachteilen für die Beigeladene verbunden gewesen wäre, sondern ebenso auch für andere Wettbewerbsunternehmen, die derartige Beträge nicht hätten einsparen können. Damit sind die für erforderlich gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen bereits nicht in einer den Darlegungsanforderungen genügenden Weise bezeichnet. Abgesehen davon, dass es an der Benennung eines für geeignet gehaltenen Beweismittels fehlt, erschließt sich aus dem Beschwerdevorbringen nicht, inwieweit die Ermittlung etwaiger Einsparungen der Klägerin verlässliche Rückschlüsse auf Nachteile für andere Wettbewerber zugelassen hätte.

Darüber hinaus legt die Beschwerde nicht dar, auf die als unterblieben gerügte Sachverhaltsaufklärung durch entsprechende Beweisanträge hingewirkt zu haben. Auch der Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 8. Juli 2004 lässt sich dafür nichts entnehmen. Ferner wäre zu erwarten gewesen, dass die Beigeladene, wenn sie diesem Punkt eine solche Bedeutung beimisst, dazu selbst weiter vorge tragen hätte. In ihrem Schriftsatz vom 12. November 1999 zum gleichfalls vor dem Verwaltungsgericht Köln geführten Rechtsstreit 1 K 4381/99 hat sie bezüglich des von ihr benannten anderen Unternehmens auf eigene Rechnungsunterlagen verwiesen, aus denen sich die auf dem neuen Abrechnungssystem basierenden Mehrkosten entnehmen lassen würden. Vor diesem Hintergrund zeigt die Beschwerdebegründung nicht in der erforderlichen Weise auf, weshalb sich dem Verwaltungsgericht die von der Beigeladenen vermisste Sachverhaltsermittlung von sich aus hätte aufdrängen müssen.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 154 Abs. 2, § 159 Satz 1 VwGO, § 100 Abs. 1 ZPO, § 162 Abs. 3 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG.

Bardenhewer

Hahn

Vormeier