

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Postrecht und Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Sachgebietsergänzung:

Telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigung

Rechtsquelle/n:

GG Art. 19 Abs. 4

TKG (Fassung bis 9.5.2012) § 21; § 28; § 30 Abs. 1; § 31; § 33;

§ 35 Abs. 3; § 37

BGB §§ 307 ff.; § 546 Abs. 1

Titelzeile:

Genehmigungsfähigkeit von Kündigungsentgelten bei
Gewährung des TAL-Zugangs

Entscheidungsart:

Standardfall Urteil

Stichwort/e:

Telekommunikation; Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung;
Entgeltgenehmigung; Kündigungsentgelte; grundsätzliche
Genehmigungsfähigkeit; Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung;
Aufhebung der Schaltung; Notwendigkeit; Diskriminierungsverbot; Verbot des
Behinderungsmisbrauchs; Preis-Kosten-Schere; Allgemeine
Geschäftsbedingungen; Inhaltskontrolle

Leitsatz/-sätze:

1. Die Erhebung von Kündigungsentgelten führt nicht schon als solche, d.h. ohne Rücksicht auf die konkrete Höhe der Entgelte, zu einer Überschreitung der nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 / § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG 2012 für die Genehmigungsfähigkeit maßgeblichen Grenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

2. Die Überprüfung von Entgelten am Maßstab „anderer Rechtsvorschriften“ gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 TKG erstreckt sich nicht auf die Vorschriften der §§ 307 ff. BGB über die Inhaltskontrolle von Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Urteil des 6. Senats vom 3. September 2014 - BVerwG 6 C 19.13

I. VG Köln vom 28. August 2013
Az: VG 21 K 4884/10



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 19.13
VG 21 K 4884/10

Verkündet
am 3. September 2014

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 3. September 2014
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich, Dr. Möller, Hahn
und Prof. Dr. Hecker

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 28. August 2013 wird zurückgewiesen.

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

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin betreibt ein lokales Teilnehmernetz, über das sie Endkunden mit Telekommunikationsdienstleistungen versorgt. Die Beigeladene ist Eigentümerin der von ihrer Rechtsvorgängerin, der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom, errichteten Telekommunikationsnetze und der hierzu gehörenden technischen Einrichtungen. Sie ist aufgrund einer Regulierungsverfügung verpflichtet, ihren Wettbewerbern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu gewähren. Die Entgelte hierfür sind der Genehmigungspflicht unterworfen worden. Die Bereitstellung und die Kündigung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung sowie die hierfür zu entrichtenden Ent-

gelte sind in Standardverträgen zwischen der Klägerin und der Beigeladenen geregelt.

- 2 Auf Antrag der Beigeladenen genehmigte die Beklagte mit Beschluss vom 30. Juni 2010 für den Zeitraum vom 1. Juli 2010 bis zum 30. Juni 2012 unter anderem einmalige Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in verschiedenen Varianten. Für die Zugangsvarianten „CuDA 2 DR“ und „CuDA 2 DR hochbitratig“ wurden unter Ziffer 1.2 jeweils Kündigungsentgelte in Höhe von 16,05 Euro „ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden“ sowie in Höhe von 4,48 Euro „mit gleichzeitiger Umschaltung des Endkunden“ genehmigt.
- 3 Die Klägerin hat Klage gegen den Beschluss der Beklagten vom 30. Juni 2010 erhoben, soweit darin unter Ziffer 1.2 Kündigungsentgelte für die Produkte „CuDA 2 DR“ und „CuDA 2 DR hochbitratig“ genehmigt werden. Mit Urteil vom 28. August 2013 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt:
- 4 Die Beigeladene könne einen Ausgleich für alle notwendigen Aufwendungen geltend machen, die ihr dadurch entstünden, dass sie den Wettbewerbern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu ermöglichen habe. Hätte sie den Wettbewerbern die von diesen angemietete Teilnehmeranschlussleitung nicht zur Verfügung stellen müssen, so wäre ihr auch nicht der Aufwand entstanden, der mit der Beendigung dieses Verhältnisses naturgemäß verbunden sei. Im Einzelnen seien dies administrative Tätigkeiten und Schaltarbeiten nebst den dazu notwendigen Fahrten zu den jeweiligen Einrichtungen wie z.B. dem Hauptverteiler, da die Leitung physisch zurückgeschaltet werden müsse. Die Kündigungsentgelte, mit denen dieser Aufwand abgegolten werde, wiesen einen unmittelbaren Leistungszusammenhang mit der Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung auf. Die zugrunde liegenden Abläufe und Schaltmaßnahmen seien notwendig, um die Teilnehmeranschlussleitung der Beigeladenen wieder in den Zustand zu versetzen, den sie vor der Schaltung zur Nutzung durch die jeweiligen Vertragspartner der Beigeladenen gehabt habe. Die Abrechnung des Kündigungsaufwandes sei nicht deshalb unzulässig, weil der

Kündigungsprozess im Interesse der Beigeladenen erfolge und keine Leistung gegenüber den Wettbewerbern darstelle. Die in der zivilrechtlichen Rechtsprechung zur sog. „Deaktivierungsgebühr“ im Mobilfunk und den „Wechselgebühren“ im Energiebereich entwickelten Grundsätze seien auf den hier in Rede stehenden Vorleistungsbereich nicht übertragbar. Eine Überprüfung am Maßstab des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen finde im Rahmen des Entgeltenehmigungsverfahrens nach dem Telekommunikationsgesetz nicht statt, da die Beigeladene die Zugangsbedingungen hier nicht einseitig unter Inanspruchnahme eines autonomen Entscheidungsspielraums vorgebe, sondern insoweit der behördlichen Regulierung unterliege. Durch die Differenzierung zwischen einem höheren Kündigungsentgelt ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden und einem niedrigeren Kündigungsentgelt mit gleichzeitiger Umschaltung des Endkunden verhindere die Beklagte eine Doppelverrechnung von Kostenansätzen zu Gunsten der Beigeladenen. Da bei der Kündigung ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden eine Abschaltung am Hauptverteiler erfolge, um die weitere Nutzung der Verbindung durch den Wettbewerber zu verhindern, würden die Kosten für die Schaltung am Hauptverteiler beim Kündigungsentgelt berücksichtigt. Bei der Kündigung mit gleichzeitiger Umschaltung des Endkunden würden die Schaltungskosten demgegenüber im Rahmen der Bereitstellung veranschlagt. Dass sich die Beigeladene bei der internen Kostenkalkulation weder ein Kündigungsentgelt in Rechnung stelle noch ein solches Entgelt von ihren Endkunden erhebe, führe nicht zu einer rechtswidrigen Preis-Kosten-Schere. Die Klägerin führe nicht aus, dass sie aufgrund der Summe angeblich überhöhter Vorleistungsentgelte die Endkundenprodukte der Beigeladenen nicht nachbilden könne. Zudem könne eine Preis-Kosten-Schere nur im Hinblick auf die zur Genehmigung gestellte Leistung in ihrer Gesamtheit - hier dem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung - vorliegen.

- 5 Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Entgegen der Annahme der Vorinstanz folge aus dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht, dass die Beigeladene alle notwendigen Aufwendungen bzw. Kosten geltend machen könne, die ihr dadurch entstünden, dass sie den Wettbewerbern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu ermöglichen habe. Das kostenbasierte Entgelt sei

so festzulegen, wie es in einem funktionierenden Wettbewerbsumfeld durch den Markt bestimmt würde. Den Kündigungsentgelten liege insbesondere bei der Kündigung „ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden“ keine Leistung zugunsten der Zugangsnachfrager zugrunde. Die Beklagte habe nicht ausreichend geprüft, ob die geltend gemachten Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Kündigung überhaupt durchgeführt würden. Die der Beigeladenen im Rahmen einer Kündigung entstehenden Kosten seien für die effiziente Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung nicht notwendig. Während bei der Kündigung durch einen Zugangsnachfrager der Schaltdraht entfernt werde, gehe die Beigeladene bei Kündigungen eigener Endkunden anders vor und belasse die Schaltung. Dies sei eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und zeige die Ineffizienz des Kündigungsprozesses. Die Aufhebung der Schaltung sei nicht notwendig, um einen eventuellen Missbrauch der Zugangsnachfrager zu verhindern. Eine missbräuchliche Weiternutzung der Teilnehmeranschlussleitung nach der Kündigung sei schon deshalb ausgeschlossen, weil der betreffende Zugangsnachfrager eine Kündigung des Vertrages und damit die Zerstörung seines Geschäftsmodells riskieren würde. Zudem könnte sich die Beigeladene durch Vertragsstrafenregelungen absichern. Die Genehmigung von Kündigungsentgelten verstoße ferner gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; denn die Beigeladene versuche insoweit Aufwendungen für die Erfüllung eigener Zwecke abzuwälzen. Die Beklagte sei zur Überprüfung der Entgelte am Maßstab der entsprechenden Vorschriften verpflichtet. Dass die Beigeladene bei den regulierten Verträgen die Vertragsbedingungen nicht einseitig und privatautonom festlegen könne, habe lediglich eine Vorverlagerung der Prüfung auf den Zeitpunkt der Entgeltgenehmigung zur Folge.

6 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 28. August 2013 zu ändern und den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 30. Juni 2010 (BK 3c-10-087) aufzuheben, soweit damit unter Nr. 1.2 Kündigungsentgelte für die Produkte CuDA 2 DR und CuDA 2 DR hochbitratig genehmigt werden.

7 Die Beklagte und die Beigeladene beantragen jeweils,
die Revision zurückzuweisen.

8 Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

II

9 Die Revision der Klägerin ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 144 Abs. 2 VwGO). Das vorinstanzliche Urteil beruht nicht auf der Verletzung revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 VwGO). Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 30. Juni 2010 ist - soweit angefochten - nicht rechtswidrig und verletzt die Klägerin daher nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

10 Rechtsgrundlage für die angefochtene Genehmigung der fraglichen Kündigungsentgelte ist § 35 Abs. 3 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (TKG), das in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 30. Juni 2010 zuletzt durch Gesetz vom 17. Februar 2010 (BGBl I S. 78) geändert worden war. Danach ist die Genehmigung ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der § 28 und 31 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 Satz 2 oder 3 TKG vorliegen.

11 1. Die Anforderungen des § 31 TKG in der hier noch maßgeblichen Fassung sind erfüllt. § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG zufolge sind Entgelte, die nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 3 Satz 1 TKG genehmigungsbedürftig sind, genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

12 a) Die in dem angefochtenen Beschluss der Bundesnetzagentur genehmigten Kündigungsentgelte sind nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG genehmigungsbedürftig. Die Vorschrift bestimmt, dass Entgelte des Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen vorbehaltlich der nach-

folgenden Absätze einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts hat die Beklagte der Beigeladenen als Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eine Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG durch Regulierungsverfügung vom 27. Juni 2007 (BK 4a-07-002/R) auferlegt. Den Angaben in dem angefochtenen Beschluss der Bundesnetzagentur vom 30. Juni 2010 (S. 10, 16) zufolge sind in der genannten Regulierungsverfügung zugleich die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung der Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen worden. Der Berücksichtigung dieser vom Verwaltungsgericht nicht ausdrücklich festgestellten Tatsache im Revisionsverfahren steht § 137 Abs. 2 VwGO nicht entgegen, da sie sich aus den Akten ergibt und zwischen den Beteiligten nicht streitig ist.

- 13 b) Die Erhebung von Kündigungsentgelten führt entgegen der Auffassung der Klägerin nicht schon als solche, d.h. ohne Rücksicht auf die konkrete Höhe der Entgelte, zu einer Überschreitung der nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG (vgl. jetzt § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG 2012) für die Genehmigungsfähigkeit maßgeblichen Grenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.
- 14 Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 TKG (vgl. jetzt § 32 Abs. 1 Satz 1 TKG 2012) aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Die den streitgegenständlichen Kündigungsentgelten zugrunde liegenden Kosten sind den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung zuzuordnen. Die Formulierung „Kosten der Leistungsbereitstellung“ verdeutlicht, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der bereitgestellten Leistung und den Kosten bestehen muss (vgl. Winzer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 18; Hölscher/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 31 Rn. 18). Zusatzkosten sind Kosten, die nicht anfallen, wenn die Erstellung des Dienstes bzw. einer entsprechenden Menge dieses Dienstes nicht erfolgt,

d.h. es handelt sich gewissermaßen um „Einzelkosten“, die der zusätzlichen Leistung bzw. dem Dienst direkt zugeordnet werden können. Diese setzen sich zusammen aus den Kapitalkosten, welche die Abschreibungen und Zinsen beinhalten, sowie u.a. Mieten, Betriebs- und Prozesskosten (vgl. Winzer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 19; Groebel, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 32 Rn. 26). Indem die Norm auf die „langfristigen“ Zusatzkosten abstellt, wird zum Ausdruck gebracht, dass sämtliche Produktionsfaktoren einschließlich der Kapitalkosten der Infrastruktur als variabel anzusehen sind (vgl. Groebel, a.a.O. Rn. 27; Hölscher/Lünenbürger, a.a.O. Rn. 22; Winzer, a.a.O. Rn. 21; Busse von Colbe, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vor § 27 Rn. 17). Im vorliegenden Zusammenhang ist ferner die Verfahrensnorm des § 33 TKG (vgl. jetzt § 34 TKG 2012) zu berücksichtigen. Danach hat das beantragende Unternehmen mit einem Entgeltantrag nach § 31 Abs. 5 und 6 TKG die zur Prüfung des Antrages erforderlichen Unterlagen vorzulegen, die insbesondere aktuelle Kostennachweise (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 TKG) und eine detaillierte Leistungsbeschreibung (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 TKG) umfassen. Der Inhalt der nach § 33 Abs. 1 TKG vorzulegenden Kostennachweise wird in § 33 Abs. 2 TKG näher umschrieben. Diese Kostenunterlagen dienen dem Nachweis der tatsächlichen Kosten des regulierten Unternehmens und bilden den Ausgangspunkt für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab für die Genehmigungsfähigkeit der beantragten Entgelte (vgl. Groebel, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 34 Rn. 2, 20 ff., § 35 Rn. 17).

- 15 Aus dem gesetzlichen Entgeltmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in Verbindung mit den verfahrensrechtlichen Vorgaben zu den vorzulegenden Kostennachweisen lassen sich demnach drei Voraussetzungen für die Berücksichtigung geltend gemachter Einzelkosten des regulierten Unternehmens bei der Entgeltfestsetzung ableiten: Es muss sich um Kosten handeln, die dem regulierten Unternehmen tatsächlich entstehen (aa), für deren Entstehung die Bereitstellung der auferlegten Zugangsleistung ursächlich ist (bb) und die auch unter den Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs entstehen würden (cc). Die Kosten, die den von der Beigeladenen beantragten und von der Beklagten mit dem angefochtenen Beschluss genehmigten Kündigungsentgel-

ten zugrunde liegen, erfüllen diese Voraussetzungen jedenfalls dem Grunde nach.

- 16 (aa) Den Kündigungsentgelten liegen Kosten zugrunde, die dem regulierten Unternehmen tatsächlich entstehen. Sie ergeben sich nicht etwa nur aus einer von den betrieblichen Kostenrechnungssystemen losgelösten Modellrechnung (vgl. Groebel, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 34 Rn. 20; Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 33 Rn. 7), sondern bilden reale Aufwendungen im Zusammenhang mit der Kündigung der Teilnehmeranschlussleitung ab. Dies ergibt sich aus den tatsächlichen Feststellungen, die das Verwaltungsgericht in dem angefochtenen Urteil getroffen hat. Danach entsteht der Beigeladenen in Folge der Kündigung der Teilnehmeranschlussleitung ein Aufwand, der zum einen administrative Tätigkeiten und zum anderen Schaltarbeiten nebst den dazu notwendigen Fahrten zu den jeweiligen Einrichtungen, wie z.B. dem Hauptverteiler, umfasst. Diese trichterförmigen Feststellungen hat die Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen. Der Senat ist daher gemäß § 137 Abs. 2 VwGO an sie gebunden.
- 17 bb) Die Kündigungsentgelte stehen in ursächlichem Zusammenhang mit der bereitgestellten Leistung.
- 18 Entgegen der Auffassung der Klägerin umfasst der Begriff der „bereitgestellten Leistung“ im Sinne des Entgeltmaßstabs des § 31 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 TKG nicht nur solche Einzelleistungen, die jeweils für sich genommen unmittelbar im Interesse der Zugangsnachfrager liegen. Vielmehr ist schon aus systematischen Gründen auf die dem regulierten Unternehmen durch Regulierungsverfügung auferlegte Zugangsleistung abzustellen, auf die sich auch die Entgeltgenehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG bezieht. Aufgrund der Regulierungsverfügung der Beklagten vom 27. Juni 2007 ist die Beigeladene verpflichtet, vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt, insbesondere am Kabelverzweiger, also zur Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren. Bei der Gewährung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss gemäß § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG handelt es sich um

einen komplexen Vorgang, der unterschiedliche Aktivitäten umfasst und eine rechtliche Ausgestaltung voraussetzt. Nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 32 TKG ist unter „Zugang“ die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdiensten zu verstehen. Die Bereitstellung von Einrichtungen kann insbesondere durch die Überlassung von Mietleitungen erfolgen, d.h. von permanent festgeschalteten Übertragungswegen, die im Eigentum des bereitstellenden Unternehmens verbleiben und auf Zeit gegen Entgelt überlassen werden (vgl. Stamm/Roth, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 41 Rn. 1). Im Zusammenhang mit der Gewährung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss durch die mietweise Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung an die zugangsnachfragenden Netzbetreiber beschränkt sich daher der Begriff der bereitgestellten „Leistung“, an den der Entgeltmaßstab des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG anknüpft, nicht etwa nur auf die Schaffung und Aufrechterhaltung der technischen Voraussetzungen für die Nutzung der Leitung, sondern umfasst auch den durch die Beendigung des Mietverhältnisses hervorgerufenen Aufwand, der etwa in administrativen Tätigkeiten wie Dokumentation und Fakturierung (Rechnungsstellung) oder technischen Maßnahmen wie der Entfernung oder Änderung von Schaltungen besteht. Wäre dieser Aufwand nicht der dem regulierten Unternehmen durch Regulierungsverfügung auferlegten Zugangsleistung zuzuordnen, entfielen insoweit im Übrigen bereits die Genehmigungsbedürftigkeit der Entgelte.

- 19 Geht man davon aus, dass die streitgegenständlichen Kündigungsentgelte den Aufwand abbilden, der der Beigeladenen durch die Abwicklung der die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung regelnden Mietverhältnisse entsteht, besteht mithin zwischen den Kosten, die diesen Entgelten zugrunde liegen, und der bereitgestellten Leistung der Gewährung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss der erforderliche ursächliche Zusammenhang, der ihre Berücksichtigung im Rahmen des Entgeltmaßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung grundsätzlich rechtfertigt. Maßgeblich ist insoweit, ob die Kosten nicht anfallen würden, wenn die Leistung nicht bzw. nicht in dem entsprechenden Umfang bereitgestellt wird. Dies ist hier, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, zweifellos der Fall: Müsste die Beigeladene anderen Un-

ternehmen wie der Klägerin nicht den vollständig entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung gewähren, so würde ihr auch nicht der Aufwand entstehen, der mit der Beendigung des die Zugangsgewährung regelnden Mietverhältnisses verbunden ist.

- 20 cc) Die den streitgegenständlichen Kündigungsentgelten zugrunde liegenden Kosten genügen schließlich auch den maßgeblichen Effizianzorderungen.
- 21 Nach der Rechtsprechung des Senats besteht der Sinn des Effizienzmaßstabs darin, einen Als-Ob-Wettbewerbspreis zu simulieren, d.h. mit dem regulierten Entgelt den Preis vorwegzunehmen, der sich in einem wirksamen Wettbewerbsumfeld durch den Zwang zur optimalen Nutzung der vorhandenen Ressourcen aufgrund der Marktkräfte einstellen würde (Urteile vom 24. Juni 2009 - BVerwG 6 C 19.08 - Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 3 Rn. 18 und vom 25. November 2009 - BVerwG 6 C 34.08 - Buchholz 442.066 § 31 TKG Nr. 1 Rn. 19; sowie zuletzt für das Postregulierungsrecht: Urteil vom 29. Mai 2013 - BVerwG 6 C 10.11 - BVerwGE 146, 325 <338> Rn. 41). Als effizient können daher grundsätzlich nur diejenigen Kosten anerkannt werden, die für die Bereitstellung der Leistung bei kostenminimaler Produktion mit optimalem Faktoreinsatz notwendig sind (vgl. Winzer, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 16; Groebel, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 32 Rn. 22 f.). Hierauf weist die Klägerin der Sache nach zutreffend hin. Entgegen dem Revisionsvorbringen hat auch die Vorinstanz keinen anderen Maßstab zugrunde gelegt. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, die Beigeladene könne einen Ausgleich für alle diejenigen notwendigen Aufwendungen geltend machen, die ihr dadurch entstünden, dass sie den Wettbewerbern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu ermöglichen habe, hat gerade nicht zur Folge, dass „faktisch alle geltend gemachten Kosten und Kostenpositionen der Beigeladenen genehmigungsfähig“ wären und „bei der Entgeltgenehmigung eingerechnet“ werden müssten. Kosten, die für die Leistungsbereitstellung nicht notwendig sind, dürfen vielmehr auch nach Ansicht des Verwaltungsgerichts bei der Entgeltberechnung nicht berücksichtigt werden. Können nur die für die Bereitstellung der Leistung (unter Wettbewerbsbedingungen) notwendigen Kosten als effizient anerkannt werden, müsste der

in den streitgegenständlichen Kündigungsentgelten abgebildete Aufwand, der der Beigeladenen nach den tatrichterlichen Feststellungen im Zusammenhang mit der Abwicklung der die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung regelnden Mietverhältnisse tatsächlich entsteht, bei der Preisbildung außer Betracht bleiben, wenn die Beigeladene unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs auf die Vornahme der fraglichen Tätigkeiten verzichten würde.

- 22 Entgegen der Auffassung der Revision ist die Aufhebung der Schaltung in den Fällen der Kündigung einer Teilnehmeranschlussleitung ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden keine dem Effizienzkriterium widersprechende Vorgehensweise. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang geltend macht, eine Aufhebung der Schaltung sei nicht zur Verhinderung einer missbräuchlichen Weiternutzung der Teilnehmeranschlussleitung geboten, weil der betreffende Zugangsnachfrager eine Kündigung des Vertragsverhältnisses und damit die Zerstörung seines Geschäftsmodells riskieren würde und sich die Beigeladene zudem durch die Regelung einer Vertragsstrafe absichern könnte, überdehnt sie den Effizienzmaßstab. Die Beurteilung der Effizienzfrage hängt davon ab, wie sich das regulierte Unternehmen mutmaßlich verhielte, wenn ein funktionierender Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bestände (Urteil vom 24. Juni 2009 - BVerwG 6 C 19.08 - Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 3). Auch bei der modellhaften Berechnung des unter Wettbewerbsbedingungen zu erwartenden Preises sind im Ausgangspunkt die unternehmerischen Bewertungen und Entscheidungen des zugangsgewährenden Unternehmens zugrunde zu legen, solange diese nicht offensichtlich unvertretbar sind (vgl. Hölischer/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 31 Rn. 15). Maßnahmen, die das regulierte Unternehmen für erforderlich hält, um die unbeeinträchtigte Weiternutzung seiner Teilnehmeranschlussleitungen durch einen Zugangsnachfrager nach Beendigung des Mietverhältnisses technisch auszuschließen, sind von der Regulierungsbehörde und den Verwaltungsgerichten bei der Entgeltprüfung hinzunehmen, solange die damit verbundenen Kosten nicht offensichtlich außer Verhältnis zu diesem Zweck stehen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die mit der Aufhebung der Schaltung nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts verbundenen Arbeiten am Hauptverteiler einschließ-

lich der hierzu notwendigen Fahrten nicht in diesem Rahmen halten, liegen nicht vor.

- 23 Die Annahme, dass sich auch ein Unternehmen, welches Teilnehmeranschlussleitungen als Vorleistung in einem wettbewerblich geprägten Markt vermietet, weder auf die Vertrauenswürdigkeit der Zugangsnachfrager noch auf die Möglichkeit straf- oder zivilrechtlicher Sanktionen im Fall von Missbräuchen verweisen lasse, sondern sich gegen die unberechtigte Nutzung seines Eigentums durch angemessene technische Vorkehrungen schützen würde, kann sich im Übrigen auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) typisierten Wertungen stützen. Nach § 546 Abs. 1 BGB ist der Mieter verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Die „Rückgabe“ der Mietsache erfordert grundsätzlich eine vollständige und unzweideutige Besitzaufgabe des Mieters (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2003 - XII ZR 68/00 - NZM 2004, 98 f.). Im Fall der Überlassung einer Mietleitung setzt dies voraus, dass der betreffende Netzbetreiber nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht nur rechtlich, sondern auch technisch an der Weiternutzung der Leitung gehindert ist. Die Annahme der Klägerin, bei einer Kündigung der Teilnehmeranschlussleitung sei die Mietsache bereits durch die entsprechende Erklärung und die dann folgende Kennzeichnung einer zurückgegebenen Leitung in den Systemen der Beigeladenen ordnungsgemäß zurückgegeben, trifft daher nicht zu. Erst mit der Aufhebung der Schaltung ist das Erfordernis einer vollständigen und unzweideutigen Besitzaufgabe des Mieters einer Teilnehmeranschlussleitung erfüllt und eine unberechtigte Weiternutzung des Eigentums des zugangsgewährenden Unternehmens technisch ausgeschlossen.
- 24 Neben dem Gesichtspunkt der Vermeidung einer missbräuchlichen Weiternutzung der Teilnehmeranschlussleitung ist bei der Frage, ob die Aufhebung der Schaltung im Kündigungsfall dem Effizienzkriterium widerspricht, zu berücksichtigen, dass die Rückgabe einer Mietsache typischerweise in dem Zustand zu erfolgen hat, in dem sich die Mietsache bei der Überlassung befunden hatte (BGH, Urteil vom 10. Juli 2002 - XII ZR 107/99 - NJW 2002, 3234 f.). Das zugangsgewährende Unternehmen hat deshalb regelmäßig einen Anspruch darauf, dass die einem zugangsnachfragenden Unternehmen überlassene Mietlei-

tung nach Beendigung des Mietverhältnisses in den Zustand versetzt wird, in dem sie sich vor der Überlassung befunden hat. Dies umfasst die Entfernung derjenigen Schaltungen, die die Fremdnutzung der Teilnehmeranschlussleitung jeweils ermöglicht haben. Werden diese Schaltarbeiten aus technischen Gründen durch das zugangsgewährende Unternehmen selbst ausgeführt, sind sie doch normativ dem Pflichtenkreis des zugangsnachfragenden Unternehmens zuzurechnen.

- 25 Zwar hätte ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen theoretisch die Möglichkeit, die Kosten der Leistungsbereitstellung dadurch weiter zu reduzieren, dass es im Rahmen seiner vertraglichen Gestaltungsfreiheit darauf verzichtet, bei Beendigung des Nutzungsverhältnisses die vollständige Rückgabe der Mietleitung in ihrem ursprünglichen Zustand, d.h. unter Aufhebung der für die Zugangsgewährung jeweils hergestellten Schaltung zu verlangen. Solche hypothetischen Abweichungen von dem gesetzlich typisierten Modell der Rechtsstellung eines Vermieters müssen im Rahmen der Simulation eines Als-Ob-Wettbewerbspreises indes nicht berücksichtigt werden. Angesichts der Variationsbreite privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten würde anderenfalls ein Prüfungsaufwand entstehen, der mit dem qualifizierten Zügigkeitsgebot, dem die Entscheidung der Bundesnetzagentur unterliegt, nicht vereinbar wäre. Die das Entgeltgenehmigungsverfahren wesentlich prägende Bedeutung der in § 31 Abs. 6 Satz 3 TKG geregelten zehnwöchigen Entscheidungsfrist hat der Senat zuletzt in seinem Vorlagebeschluss vom 25. Juni 2014 - BVerwG 6 C 10.13 - (insbes. Rn. 33 ff.) hervorgehoben. Danach kann sowohl dem Sinn und Zweck - der möglichst frühzeitigen Schaffung von Rechtssicherheit für alle Marktbeteiligten - als auch der inhaltlichen Ausgestaltung der Frist sowie ihrem systematischen Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Entgeltgenehmigungsverfahrens entnommen werden, dass das Telekommunikationsgesetz von der grundsätzlichen Möglichkeit einer abschließenden Entscheidung über Entgeltgenehmigungsanträge des regulierten Unternehmens innerhalb der Zehn-Wochen-Frist ausgeht, die allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen hinausgezögert werden darf (vgl. Beschluss vom 25. Juni 2014 - BVerwG 6 C 10.13 - juris Rn. 38). Wäre die Bundesnetzagentur verpflichtet, die ohnehin komplexe Kostenprüfung in der bezeichneten Weise inhaltlich auszudehnen,

dürfte die Einhaltung der in § 31 Abs. 6 Satz 3 TKG geregelten Entscheidungsfrist in der Praxis kaum zu gewährleisten sein. Das dem § 546 Abs. 1 BGB zugrunde liegende Leitbild rechtfertigt daher ohne weitere Prüfung alternativer Gestaltungsmöglichkeiten die Annahme, dass auch in einem wirksamen Wettbewerbsumfeld ein seriös wirtschaftendes Unternehmen nicht im Interesse der Kostenersparnis auf sein Recht verzichten würde, von seinem Vertragspartner nach Beendigung des Mietverhältnisses die Aufgabe aller Nutzungsmöglichkeiten an einer Mietleitung und die Wiederherstellung des vor der Bereitstellung bestehenden Zustands zu verlangen.

- 26 Soweit die Klägerin darauf hinweist, dass die Beigeladene im Fall der Kündigung durch ihre Endkunden die Schaltung belasse und abwarte, ob ggf. eine spätere Nutzung erfolge, lässt sich hieraus nicht der Schluss ziehen, dass nur dieser Ablauf einem „effizienten und kostenvermeidenden Vorgehen“ entspricht. Denn anders als in den Fällen der Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung als Vorleistung an einen Wettbewerber kann die Weiternutzung des Teilnehmeranschlusses durch einen eigenen Endkunden der Beigeladenen nach Vertragsbeendigung bereits durch Deaktivierung des Anschlusses in der Vermittlungseinrichtung der Beigeladenen und ohne die Aufhebung der Schaltung sicher ausgeschlossen werden. Die Beigeladene hat hierzu in tatsächlicher Hinsicht unwidersprochen und plausibel vorgetragen, dass eine Teilnehmeranschlussleitung nur bei der Überlassung als Vorleistungsprodukt durch physische Umschaltung aus dem Netz der Beigeladenen herausgenommen und in das Netz eines der Wettbewerber integriert wird. Hinzu kommt, dass die Überlassung einer Mietleitung an einen Wettbewerber durch das zugangsverpflichtete Unternehmen von vornherein eine andere rechtliche Qualität als die vertragliche Beziehung eines Anbieters von Telekommunikationsdiensten zu seinen Endkunden hat. In dem zuletzt genannten Fall ist Vertragsgegenstand nicht die Überlassung einer Mietleitung auf der Vorleistungsebene, sondern ein Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten, der zwar die Nutzung des Teilnehmeranschlusses mit umfasst, aber nicht als Mietvertrag zu qualifizieren ist. Vielmehr handelt es sich um einen Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB, durch den sich der Teilnehmernetzbetreiber verpflichtet, dem Kunden den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen und zu ermögli-

chen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit anderen Teilnehmern eines Telefonfest- oder Mobilfunknetzes Sprache oder sonstige Daten auszutauschen (vgl. BGH, Urteile vom 4. März 2004 - III ZR 96/03 - BGHZ 158, 201 = juris Rn. 17 und vom 16. November 2006 - III ZR 58/06 - NJW 2007, 438 <Rn. 8>; KG, Urteil vom 28. Juni 2012 - 22 U 207/11 - NJW-RR 2012, 1400). Die aus der Rückgabepflicht des Mieters gemäß § 546 Abs. 1 BGB folgende Verpflichtung zur vollständigen und unzweideutigen Besitzaufgabe sowie Wiederherstellung des Zustands, in dem sich die Mietsache bei der Überlassung befunden hatte, findet daher bei der Beendigung des Telefondienstvertrages von vornherein keine Anwendung.

- 27 Die den streitgegenständlichen Kündigungsentgelten zugrunde liegenden Kosten verfehlen die maßgeblichen Effizianzorderungen schließlich auch nicht aus anderen Gründen. Das Verwaltungsgericht hat angenommen, dass eine Doppelverrechnung von Kostenansätzen verhindert werde, indem die Beklagte zwischen einem höheren Kündigungsentgelt in Fällen ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden und einem niedrigeren Kündigungsentgelt in Fällen mit gleichzeitiger Umschaltung des Endkunden differenziere. Selbst wenn es bei den Bereitstellungsentgelten wegen der aus Praktikabilitätsabwägungen gewählten Mischkalkulation zu Doppelverrechnungen von Kosten für die Aufhebung der Schaltung kommen sollte, würde dies nicht die angefochtenen Kündigungsentgelte berühren. Soweit die Klägerin geltend macht, die zusätzliche Erhebung eines Kündigungsentgelts von dem „abgebenden Netzbetreiber“ laufe auf eine Doppelbezahlung von Schaltarbeiten hinaus, setzt sie sich nicht mit diesen überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz auseinander.
- 28 2. Die genehmigten Kündigungsentgelte entsprechen ferner den Anforderungen des § 28 TKG.
- 29 Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 TKG darf ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Netzbetreiber, der - wie die Beigeladene auf dem Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung - über beträchtliche Marktmacht verfügt, diese Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht miss-

bräuchlich ausnutzen. Diese Generalklausel wird in § 28 Abs. 1 Satz 2 TKG regelbeispielhaft durch die Tatbestände des Preishöhenmissbrauchs (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1), des Behinderungsmisbrauchs (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2) und des Diskriminierungsmisbrauchs (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3) konkretisiert; zudem wird der Tatbestand des Behinderungsmisbrauchs ergänzt durch die gesetzlichen Vermutungen des § 28 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 TKG. Der Vorwurf des Behinderungs- bzw. des Diskriminierungsmisbrauchs entfällt, sofern für die jeweilige Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen ist (§ 28 Abs. 1 Satz 2 a.E.). Entgegen der sinngemäß geltend gemachten Auffassung der Revision verstoßen die von der Beklagten genehmigten Kündigungsentgelte weder gegen das Diskriminierungsverbot (a) noch gegen das Verbot des Behinderungsmisbrauchs (b).

- 30 a) Nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG liegt ein missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumen, es sei denn, dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird. Die bereits erwähnten Unterschiede in der jeweiligen Vorgehensweise der Beigeladenen im Kündigungsfall stellen keine unzulässige Diskriminierung zwischen ihren Wettbewerbern und Endkunden dar; denn es handelt sich aus den bereits genannten Gründen um unterschiedliche Sachverhalte, die sowohl in technischer als auch rechtlicher Hinsicht nicht miteinander vergleichbar sind.
- 31 Für die von der Klägerin ebenfalls beanstandete Differenzierung bei der Höhe des Kündigungsentgelts in den Fällen „ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden“ und „mit gleichzeitiger Umschaltung des Endkunden“ besteht eine sachliche Rechtfertigung; denn nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts wird durch die Differenzierung zwischen einem höheren Kündigungsentgelt ohne gleichzeitige Umschaltung des Endkunden und einem niedrigeren Kündigungsentgelt mit gleichzeitiger Umschaltung des Endkunden die Doppelverrechnung von Kostenansätzen im Kündigungsentgelt verhindert. Gegen die sachliche Rechtfertigung der Differenzierung zwischen Fällen „mit“

bzw. „ohne“ gleichzeitige(r) Umschaltung des Endkunden lässt sich auch nicht mit Erfolg einwenden, dass es an einer Definition des Begriffs der „gleichzeitigen Umschaltung“ fehle und deshalb für die Klägerin nicht hinreichend deutlich werde, welche Tätigkeiten die Beigeladene hierbei vornehme. Das Verwaltungsgericht hat insoweit in nicht zu beanstandender Weise auf die Ausführungen der Beklagten insbesondere unter Ziffer 4.2.3.1 (S. 21 ff.) des angefochtenen Beschlusses verwiesen, aus denen sich für die in diesem Zusammenhang sachverständige Klägerin hinreichend deutlich ergebe, wann ein Fall der Kündigung „mit“ und „ohne“ Umschaltung beim Endkunden vorliege und welche Aktivitäten seitens der Beigeladenen grundsätzlich für die Kündigung einer Teilnehmeranschlussleitung erforderlich seien. Hierdurch ist klargestellt, dass für die Annahme einer „gleichzeitigen Umschaltung“ ein vereinfachter technischer Ablauf maßgeblich ist, nämlich das Lösen des Schaltdrahtes an der waagerechten Seite des Hauptverteilers und seine Führung („Umschwenkung“) zum neuen Schaltpunkt, während der Schaltpunkt an der senkrechten Seite des Hauptverteilers beibehalten wird. Dieses Verfahren kommt nur in Betracht, wenn der Beigeladenen bereits im Zeitpunkt der Kündigung ein neuer Bereitstellungsauftrag vorliegt. Der Einwand der Klägerin, der Vorgang der „gleichzeitigen Umschaltung“ unterliege der „Definitionshoheit“ der Beigeladenen, ist daher nicht begründet.

- 32 Die diskriminierende Wirkung der Kündigungsentgelte lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin schließlich auch nicht mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen (2013/466/EU) (ABl Nr. L 251 vom 21. September 2013 S. 13) begründen. Zwar unterliegen Empfehlungen der Kommission ungeachtet ihrer fehlenden Verbindlichkeit (vgl. Art. 288 Abs. 5 AEUV) einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht durch nationale Behörden und Gerichte, wenn sie Aufschluss über die Auslegung zur Durchführung von Unionsrecht erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - Rs. C-322/88, Grimaldi - Slg. 1989, 4416 <Rn. 18>). Auch eine solche indirekte rechtliche Wir-

kung kommt hier jedoch nicht in Betracht, da die Kommissionsempfehlung vom 11. September 2013 bei Erlass des angefochtenen Beschlusses der Bundesnetzagentur im Jahr 2010 offensichtlich noch nicht berücksichtigt werden konnte. Darüber hinaus lässt sich diesem Dokument auch inhaltlich nicht entnehmen, dass in Bezug auf die Kündigung einer Teilnehmeranschlussleitung „nur der gleiche Prozess und das gleiche Entgelt“ zur Anwendung kommen können, welche die Beigeladene gegenüber ihren eigenen Endkunden praktiziert. Der von der Klägerin erwähnte Grundsatz der „Gleichwertigkeit des Inputs (Eol)“ ist schon deshalb nicht maßgeblich, weil es an der - nach Nr. 7 Satz 2 der Empfehlung erforderlichen - ausdrücklichen Auferlegung dieser Form von Nichtdiskriminierung in einer Regulierungsverfügung fehlt und eine Verpflichtung des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht, Vorleistungen mit herkömmlicher Kupferleitungstechnik über die bereits vorhandenen Systeme auf Eol-Grundlage zur Verfügung zu stellen, nach der in Erwägungsgrund 15 Satz 1 der Empfehlung geäußerten Auffassung der Kommission zudem auch nicht verhältnismäßig wäre.

- 33 b) Ohne Erfolg bleibt die Revision auch, soweit die Klägerin einen Verstoß gegen das Verbot des Behinderungsmissbrauchs gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG geltend macht.
- 34 aa) Nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG wird ein Missbrauch im Sinne von Absatz 1 Nr. 2 vermutet, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere).
- 35 Der Klägerin zufolge soll eine rechtswidrige Preis-Kosten-Schere deshalb vorliegen, weil die Beigeladene im Endkundenmarkt kein Kündigungsentgelt erhebe, ein solches aber im Vorleistungsmarkt verlange. Das Verwaltungsgericht ist dem mit der zutreffenden Begründung entgegengetreten, dass das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere nur im Hinblick auf die zur Genehmigung gestellte

Leistung in ihrer Gesamtheit - hier der Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung -, nicht jedoch in Bezug auf jeden einzelnen Bestandteil dieser Leistung zu untersuchen ist. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Anknüpfungspunkt für die Prüfung einer möglichen Preis-Kosten-Schere ist danach das „für eine Zugangsleistung“ in Rechnung gestellte Entgelt. Wie bereits ausgeführt, wird hierdurch grundsätzlich die Gesamtheit derjenigen technischen und administrativen Tätigkeiten des regulierten Unternehmens erfasst, die der Gewährung des Zugangs zu einer bestimmten Einrichtung - hier der Teilnehmeranschlussleitung - zuzurechnen sind. Die mit der Kündigung des Mietverhältnisses, das die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung regelt, im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten der Beigeladenen können daher auch im Rahmen der Prüfung einer Preis-Kosten-Schere nicht isoliert von der Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung als Gesamtleistung betrachtet werden. Dass bei der Prüfung einer Preis-Kosten-Schere eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist, wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt; denn in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird zu der - damals noch als § 26 bezeichneten - Vorschrift ausgeführt, dass zur Vermeidung sog. „Preis-Kosten-Scheren“ bei gegebenem Vorleistungspreis die Endnutzerpreise des Dienstebereichs des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht so hoch sein müssten, dass effizienten Unternehmen im Endnutzerbereich eine angemessene Verzinsung möglich sei. Dabei sei es nicht notwendig, dass dies für jeden einzelnen Tarif gelte, sofern nur sichergestellt sei, dass effiziente Konkurrenten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht diese Tarife in Kombination nachvollziehen könnten, ohne Verluste zu machen (vgl. BT-Drucks 15/2316 S. 67).

- 36 Dafür, dass die durch den angefochtenen Beschluss der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in ihrer Gesamtheit, d.h. in der Summe aus monatlichen Überlassungsentgelten und einmaligen Bereitstellungsentgelten so hoch sind, dass sie die Wettbewerber der Beigeladenen dazu zwingen, ihren Endkunden für die unter Verwendung der Teilnehmeranschlussleitung gebildeten Produkte höhere Entgelte zu berechnen, als die Beigeladene ihren eigenen Endkunden für entsprechende Dienstleistungen in Rechnung stellt, bestehen keine Anhaltspunkte. Wie bereits

die Vorinstanz festgestellt hat, fehlt es insoweit an nachprüfbaren Angaben der Klägerin. Erst recht ist nicht anzunehmen, dass sich eine unzulässige Preis-Kosten-Schere betragsmäßig gerade aus der Erhebung der streitgegenständlichen Kündigungsentgelte ergibt.

- 37 bb) Die Genehmigung von Kündigungsentgelten beeinträchtigt den Wettbewerb auch nicht aus anderen Gründen. Die von der Klägerin geforderte Differenzierung danach, ob die Klägerin oder die Beigeladene die Kündigung erklärt, wäre nicht systemgerecht. Die Kosten der Vertragsabwicklung sind unabhängig von den konkreten Umständen der Kündigung der bereitgestellten Leistung der Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung zuzurechnen und deshalb nach dem gesetzlichen Entgeltmaßstab vom Zugangsnachfrager zu tragen. Soweit die Klägerin eine Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsmöglichkeiten ferner darin sieht, dass die Beigeladene für bisherige Zugangsnachfrager besondere Nachlässe biete, um diese als Nachfrager ihrer IP-Bitstrom-Angebote zu gewinnen, könnte dieses Vorbringen, zu dem das Verwaltungsgericht im Übrigen keine Feststellungen getroffen hat, allenfalls die - nicht streitgegenständliche - Höhe der Kündigungsentgelte, nicht jedoch ihre grundsätzliche Rechtfertigung in Frage stellen.
- 38 3. Der Genehmigung der streitgegenständlichen Kündigungsentgelte steht auch § 35 Abs. 3 Satz 2 TKG nicht entgegen.
- 39 Die Genehmigung ist danach zu versagen, soweit die Entgelte mit diesem Gesetz, insbesondere mit § 28, oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen. Ohne Erfolg macht die Revision in diesem Zusammenhang einen Verstoß gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geltend. Dabei kann dahinstehen, ob sich die Überprüfung am Maßstab „anderer Rechtsvorschriften“ gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 TKG auf offensichtliche Verstöße beschränkt (so etwa Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 59; Groebel, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 47; Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand: März 2007, § 35 Rn. 27) oder aber ohne eine solche Einschränkung durchzuführen ist (so etwa Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar,

4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 59). Denn die Überprüfung von Entgelten am Maßstab „anderer Rechtsvorschriften“ gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 TKG erstreckt sich jedenfalls nicht auf die von der Klägerin angeführten Vorschriften der §§ 307 ff. BGB über die Inhaltskontrolle von Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies folgt aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung, die der Senat sich insoweit zu eigen macht.

- 40 In seinem Urteil vom 24. Mai 2007 (- III ZR 467/04 - NJW 2007, 3344 <3345>) hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Kündigungsentgeltklauseln der Beigeladenen nicht der Inhaltskontrolle nach § 9 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) (jetzt § 307 BGB) unterlägen, weil es sich bei dem Zugang zum Telefonfestnetz um einen preisregulierten Markt handele. Nach § 8 AGBG (jetzt § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB) gälten §§ 9 bis 11 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 und 2, § 308, § 309 BGB) nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart würden. Dies sei hier nicht der Fall, da die Kündigungsentgelte von der - damals noch so bezeichneten - Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) im Rahmen der Entgeltregulierung genehmigt worden seien, so dass sie für das regulierte Unternehmen verbindlich seien. Zu den Rechtsvorschriften im Sinne von § 8 AGBG (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB) gehörten nicht nur Gesetze im materiellen Sinn; vielmehr könne die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch dann ausgeschlossen sein, wenn die betreffenden Bestimmungen in Umsetzung materieller Gesetze behördlich genehmigt seien. Die Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG (§ 307 Abs. 1 und 2, § 308, § 309 BGB) diene dazu, die einseitige Ausnutzung privatautonomer Gestaltungsmacht zu verhindern. Soweit der Verwender infolge bindender behördlicher Entscheidung über seine Geschäftsbedingungen keinen Spielraum für privatautonome Gestaltung mehr habe, sei für eine solche Kontrolle kein Raum. So verhalte es sich bei der Genehmigung von Leistungsentgelten gemäß §§ 35, 39 in Verbindung mit § 25 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (TKG 1996). Gemäß § 39 in Verbindung mit § 29 Abs. 1 TKG 1996 dürfe das marktbeherrschende Unternehmen ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte verlangen, solange die Genehmigung nicht aufgehoben

sei, auch wenn sie mit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht angefochten worden sei. Abweichungen nach oben wie nach unten seien unzulässig. Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Tarife enthielten, seien nur mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten trete. Überdies könne die Regulierungsbehörde die Durchführung eines Rechtsgeschäfts untersagen, das ein anderes als das genehmigte Entgelt enthalte (§ 39 in Verbindung mit § 29 Abs. 2 Satz 2 TKG 1996). Aus diesen Vorschriften ergebe sich, dass Entgeltvereinbarungen mit von den genehmigten Tarifen abweichenden Preisvereinbarungen nach § 134 BGB mit der Maßgabe nichtig seien, dass an die Stelle der Preisvereinbarung das genehmigte Entgelt trete. Ein privatautonomer Spielraum des regulierten Unternehmens hinsichtlich der von den Wettbewerbern zu erhebenden Entgelte sei daher nicht mehr vorhanden.

- 41 Diesen überzeugenden Erwägungen schließt sich der erkennende Senat an. Sie sind auf die nunmehr geltende Rechtslage nach dem Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 ohne weiteres übertragbar. Dass die Entgeltgenehmigungspflicht nicht mehr unmittelbar aus §§ 35, 39 in Verbindung mit § 25 Abs. 1 TKG 1996 folgt, sondern erst mit der Auferlegung einer entsprechenden Regulierungsverpflichtung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG 2004 entsteht, berührt die für die Genehmigung geltenden Maßstäbe nicht. Die aus § 39 in Verbindung mit § 29 Abs. 1 TKG 1996 folgende Pflicht des marktbeherrschenden Unternehmens, ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte zu verlangen, ist nunmehr in § 37 Abs. 1 TKG 2004 geregelt. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer Klage vor dem Verwaltungsgericht ergibt sich nicht mehr aus § 80 Abs. 2 TKG 1996, sondern aus § 137 Abs. 1 TKG 2004. Dass Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Tarife enthalten, nur mit der Maßgabe wirksam sind, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten tritt, wird jetzt in § 37 Abs. 2 TKG 2004 inhaltlich übereinstimmend mit § 39 in Verbindung mit § 29 Abs. 2 Satz 1 TKG 1996 geregelt. Zwar kann die Regulierungsbehörde nicht mehr wie früher nach § 39 in Verbindung mit § 29 Abs. 2 Satz 2 TKG 1996 die Durchführung eines Rechtsgeschäfts untersagen, das ein anderes als das genehmigte Entgelt enthält; dafür ist sie gemäß § 37 Abs. 3 Satz 2 TKG 2004 - eher noch weiter ge-

hend - sogar befugt, die Werbung für ein solches Rechtsgeschäft sowie den Abschluss, die Vorbereitung und die Anbahnung eines solchen Rechtsgeschäfts zu untersagen. Auch im Anwendungsbereich des TKG 2004 ist daher davon auszugehen, dass Entgeltvereinbarungen mit von den genehmigten Tarifen abweichenden Preisvereinbarungen nach § 134 BGB mit der Maßgabe nichtig sind, dass an die Stelle der Preisvereinbarung das genehmigte Entgelt tritt und ein privatautonomer Spielraum des regulierten Unternehmens hinsichtlich der von seinen Wettbewerbern zu erhebenden Entgelte nicht mehr vorhanden ist.

- 42 Der Einwand der Klägerin, es führe lediglich zu einer „Vorverlagerung“ der Prüfpflichten auf den Zeitpunkt der Entgeltgenehmigung, wenn die Beigeladene bei regulierten Verträgen die Vertragsbedingungen nicht einseitig und privatautonom festlegen könne, vermag nicht zu überzeugen. Zwar hat der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung ausgeführt, bei der geschilderten Sachlage bestehe keine Rechtfertigung dafür, dass die „ordentlichen Gerichte“ die genehmigten Tarife nach den Maßstäben des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen überprüften. Eine Prüfung durch die Regulierungsbehörde und die Verwaltungsgerichte hat er nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Im Zusammenhang mit der Frage der Wahrung der Rechtswegegarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG hat der Bundesgerichtshof ferner auf die Beteiligung des Zugangsnachfragenden Unternehmers an dem Genehmigungsverfahren für die Kündigungsentgelte als Beigeladene (§ 74 Abs. 2 Nr. 3 TKG 1996) und die Möglichkeit hingewiesen, eine etwaige Verletzung ihrer Rechte durch die erteilte Genehmigung vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lediglich den „Weg zu den Zivilgerichten versperrt“ und die Prüfungskompetenz für die Einhaltung der Maßstäbe des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Bundesnetzagentur verlagert habe. Vielmehr geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass diese Vorschriften materiellrechtlich keine Anwendung finden. Dies ergibt sich aus dem gesamten Begründungszusammenhang des Urteils vom 24. Mai 2007. Im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Zugangsnachfrager, eine etwaige Verletzung ihrer Rechte durch die erteilte Genehmigung vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen, weist

der Bundesgerichtshof zudem in einem Klammerzusatz allein auf § 39 in Verbindung mit § 24 TKG 1996, d.h. auf die telekommunikationsrechtlichen Maßstäbe der Entgeltgenehmigung hin. Da die im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Inhaltskontrolle nach dem überzeugenden Ansatz des Bundesgerichtshofs auf telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigungen materiellrechtlich nicht anwendbar ist, kann es auch nicht aufgrund der Rechtsschutzgewährleistung (Art. 19 Abs. 4 GG) geboten sein, dass die Bundesnetzagentur und anschließend die Verwaltungsgerichte die beantragten Entgelte unter diesem Gesichtspunkt überprüfen.

- 43 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Da die Beigeladene mit ihrer Antragstellung ein Kostenrisiko eingegangen ist (§ 154 Abs. 3 VwGO), entspricht es der Billigkeit, ihre außergerichtlichen Kosten für erstattungsfähig zu erklären.

Neumann

Dr. Graulich

Dr. Möller

Hahn

Prof. Dr. Hecker

B e s c h l u s s

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

Neumann

Dr. Graulich

Dr. Möller

Hahn

Prof. Dr. Hecker