

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 B 81.05
VG 21 K 6681/03

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 8. Dezember 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 Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 10. August 2005 wird zurückgewiesen.

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

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 40 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

<rd nr="1"/>Die allein auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg.

<rd nr="2"/>Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache nur zu, wenn sie eine für die erstrebte Revisionsentscheidung 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. Die angebliche Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung vermag als solche die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht zu begründen (vgl. Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 VwGO <n.F.> Nr. 26 S. 14 m.w.N.). Daran gemessen kommt die Zulassung der Revision nicht in Betracht.

3 1. Die Klägerin hält es für eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, "wann im Breitbandkabelmarkt mit seiner Unterteilung in die Netzebene 4 (Endkundenmarkt) und Netzebene 3 (Signallieferungsmarkt) ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einem in 13 Bundesländern marktbeherrschenden Netzebene 3-Betreiber und in der maßgeblichen Region marktstarken Netzebene 4-Betreiber - nämlich der Beigeladenen - und einem mittelständischen Kabelnetzbetreiber - nämlich der Beschwerdeführerin - ein aktuelles oder auch potentiell Konkurrenzverhältnis besteht". Diese Frage rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision.

4 Das Verwaltungsgericht hat über den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf nachträgliche Regulierung eines von der Beigeladenen für die Leistung von Programmsignalen beanspruchten Entgelts nach § 30 Abs. 4 i.V.m. § 24 Abs. 2 Nr. 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl I S. 1120) - TKG 1996 - entschieden. Es hat angenommen, die Klägerin sei durch die Ablehnung ihres Begehrens auf nachträgliche Regulierung nicht in ihren Rechten verletzt, weil sie selbst für den Fall, dass § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 Wettbewerbern des das Entgelt fordernden Unternehmens subjektive Rechte verleihe, sich darauf nicht berufen könne; denn sie und die Beigeladene seien nicht auf demselben räumlich relevanten Markt tätig und deshalb keine Wettbewerber. Die auf die von dem Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang vorgenommene Festlegung des räumlich relevanten Marktes zielende Frage führt schon deshalb nicht zur Revisionszulassung, weil sie sich dem Verwaltungsgericht mit Blick auf das Telekommunikationsgesetz 1996 gestellt hat. Das Telekommunikationsgesetz 1996 ist am 26. Juni 2004 außer Kraft getreten (§ 152 Abs. 2 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 <BGBl I S. 1190> - TKG 2004 -, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. Juli 2005 <BGBl I S. 1970>). Deshalb sind die Grundsätze anzuwenden, die für die grundsätzliche Bedeutung von Rechtsfragen aufgrund ausgelaufenen Rechts gelten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts haben solche Rechtsfragen trotz anhängiger Fälle regelmäßig keine grundsätzliche Bedeutung, da die Zulassungsvorschrift des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO nur eine für die Zukunft geltende Klärung herbeiführen soll (vgl. Beschluss vom 20. Dezember 1995 - BVerwG 6 B 35.95 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 9 S. 11 m.w.N.; Beschluss vom 17. Mai 2004 - BVerwG 1 B 176.03 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO

Nr. 29 S. 11 m.w.N.). Gründe für eine Ausnahme von dieser Regel liegen hier nicht vor.

<rd nr="5"/> Ausnahmsweise kann eine Frage, die sich auf ausgelaufenes Recht bezieht, grundsätzliche Bedeutung haben, wenn sich bei den gesetzlichen Bestimmungen, die den außer Kraft getretenen Vorschriften nachgefolgt sind, die als rechtsgrundsätzlich aufgeworfene Frage in gleicher Weise stellt. In einem solchen Fall ist trotz des Außerkrafttretens des alten Rechts eine richtungweisende Klärung zu erwarten, wie die neue Vorschrift anzuwenden ist (vgl. Beschluss vom 20. Dezember 1995, a.a.O. S. 12 f. m.w.N.). Die Voraussetzungen dieses Ausnahmegrundes sind nicht schon dann anzunehmen, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass sich die als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage im Rahmen des geltenden Rechts in gleicher Weise wie bei der früheren Gesetzeslage stellt. Dies muss vielmehr offensichtlich sein (vgl. Beschluss vom 30. März 2005 - BVerwG 6 B 3.05 - Umdruck S. 4 f.). Unterscheidet sich die neue Rechtslage von der früheren nicht nur in Randbereichen, setzt die Prüfung, ob sich die aufgeworfene Frage in gleicher Weise stellt, voraus, ob die Unterschiede zwischen der neuen und der früheren Rechtslage mit Blick auf die aufgeworfene Frage zu vernachlässigen sind. Ist dies nicht offensichtlich, bedarf es der Klärung mehr oder weniger komplexer Fragen des geltenden Rechts und eines Vergleichs der früheren mit der geltenden Gesetzeslage. Es ist indes nicht Aufgabe des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, im Rahmen der Prüfung, ob sich die als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage des ausgelaufenen Rechts auf der Grundlage des geltenden Rechts in gleicher Weise stellt, eine solche ins Einzelne gehende Bewertung des geltenden Rechts und einen daran anschließenden Vergleich vorzunehmen. Das wäre hier erforderlich, weil nicht offensichtlich ist, dass sich die aufgeworfene Frage des früheren Rechts auf der Grundlage des Telekommunikationsgesetzes 2004 in gleicher Weise stellt. Derartiges legt die Klägerin auch nicht dar.

<rd nr="6"/> Die hier in Rede stehende Frage bezieht sich - wie aufgezeigt - auf den vom Verwaltungsgericht geprüften Anspruch auf nachträgliche Regulierung eines von einem marktbeherrschenden Unternehmen erhobenen Entgelts für eine Telekommunikationsdienstleistung nach § 30 Abs. 4 TKG 1996 wegen angeblicher Verletzung des Aufschlagverbots im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996. § 30 Abs. 4 Satz 1 TKG 1996 verlieh der Regulierungsbehörde u.a. die Befugnis, für den Fall,

dass der Regulierung unterliegende Entgelte nicht den Maßstäben des § 24 Abs. 2 TKG 1996 genügten, das betroffene Unternehmen aufzufordern, die Entgelte unverzüglich entsprechend den Maßstäben anzupassen. Nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 durften Entgelte keine Aufschläge enthalten, die nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung eines Anbieters auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Der Senat hat offen gelassen, ob § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 einem Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens das subjektive Recht verlieh, einen Anspruch auf eine Anpassungsanordnung im Sinne von § 30 Abs. 4 TKG 1996 geltend zu machen. Ein in § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 möglicherweise enthalten gewesener Schutz eines Wettbewerbers vor Aufschlägen setzte voraus, dass das den Aufschlag fordernde und das von dem Aufschlag betroffene Unternehmen mit ihren jeweiligen konkurrierenden Produkten oder Dienstleistungen auf demselben Markt der Telekommunikation tätig waren (vgl. Urteil vom 10. Oktober 2002 - BVerwG 6 C 8.01 - BVerwGE 117, 93 <107 ff.>). Dem nunmehr geltenden Telekommunikationsgesetz 2004 liegt eine grundlegend andere Konzeption der Entgeltregulierung einschließlich der nachträglichen Regulierung von Entgelten zugrunde. Soweit hier von Interesse unterliegen der nachträglichen Regulierung Entgelte von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht für Zugangsleistungen, die nicht nach § 21 TKG 2004 auferlegt worden sind (§ 30 Abs. 3 TKG 2004). Die Einzelheiten der nachträglichen Regulierung von Entgelten sind in § 38 TKG 2004 geregelt. Die Bestimmung modifiziert den § 30 TKG 1996 in mehrfacher Hinsicht. Nach § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG 2004 leitet die Regulierungsbehörde eine Überprüfung der Entgelte ein, wenn Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG 2004 genügen. Sofern die Regulierungsbehörde feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG 2004 genügen, untersagt sie das nach dem Telekommunikationsgesetz 2004 verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte für unwirksam (§ 30 Abs. 4 Satz 1 TKG 2004). Eine Anpassungsanordnung entsprechend § 30 Abs. 4 TKG 1996, über die das Verwaltungsgericht entschieden hat, ist nicht mehr vorgesehen (vgl. dazu Begründung des Gesetzesentwurfes BTDrucks 15/2316 S. 70 zu § 36 des Entwurfs). Es kann dahinstehen, ob bereits deshalb die Annahme ausscheidet, es sei offensichtlich, dass die sich auf einen Anspruch auf Erlass einer Anpassungsanordnung gerichtete Frage von angeblich

grundsätzlicher Bedeutung nach neuem Recht genauso wie nach früherem stelle. Dies ist jedenfalls aus einem anderen Grund der Fall.

<rd nr="7"/> Eine Maßnahme nach § 38 Abs. 2 Satz 1 oder Abs. 4 Satz 1 TKG 2004 setzt den Verdacht eines Verstoßes gegen die Maßstäbe des § 28 TKG 2004 bzw. die Feststellung eines solchen Verstoßes voraus. Nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG 2004, der zu § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 Parallelen aufweist, liegt eine missbräuchliche Ausnutzung der beträchtlichen Marktmacht vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur aufgrund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Wird unterstellt, dass die Bestimmung auch dem Wettbewerber des das Entgelt fordernden Unternehmens subjektive Rechte verleiht, die einen Anspruch auf Maßnahmen nach § 38 Abs. 2 Satz 1 oder Abs. 4 Satz 1 TKG 2004 begründen könnten, käme es - wie bei § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 - darauf an, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerber auf demselben sachlichen und räumlichen Markt der Telekommunikation sind. Diese Prüfung wird weitgehend beeinflusst von der von der Regulierungsbehörde außerhalb des Verfahrens nach § 38 Abs. 2 und Abs. 4 TKG 2004 vorgenommenen Marktdefinition im Sinne von § 10 TKG 2004, die im Rahmen des Telekommunikationsgesetzes 1996 nicht vorgesehen war. Jedenfalls mit Blick darauf ist nicht zweifelhaft, dass nicht angenommen werden kann, dass sich die von der Klägerin aufgeworfene Frage nach dem Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses im Zusammenhang mit einer Anpassungsanordnung nach § 30 Abs. 4 i.V.m. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 nach nunmehr geltendem Recht offensichtlich in gleicher Weise stellt und zu beantworten ist.

<rd nr="8"/> Die von der Klägerin als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage des ausgelaufenen Rechts kann auch nicht deshalb ausnahmsweise als rechtsgrundsätzlich im Sinne des Zulassungsgrundes von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO angesehen werden, weil ihre Klärung noch für einen nicht überschaubaren Personenkreis in nicht absehbarer Zukunft von Bedeutung ist, was im Rahmen der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde substantiiert darzulegen ist (vgl. Beschluss vom 20. Dezember 1995, a.a.O., S. 11 f. m.w.N.; Beschluss vom 17. Mai 2004, a.a.O., S. 11). Die Klägerin hat das Vorliegen einer solchen Sachlage nicht substantiiert behauptet.

<rd nr="9"/>Soweit die Klägerin im Zusammenhang mit der hier interessierenden Frage auch auf Bestimmungen des geltenden Telekommunikationsgesetzes 2004 abstellt, kann damit die rechtsgrundsätzliche Bedeutung nicht begründet werden, weil sich das Verwaltungsgericht die Frage der Anwendung des geltenden Telekommunikationsgesetzes nicht gestellt hat. Soweit die Klägerin anzweifelt, dass auf der Grundlage des Telekommunikationsgesetzes 1996 zu entscheiden war, formuliert sie insoweit keine Frage von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung.

<rd nr="10"/>2. Die Revision ist auch nicht zur Beantwortung der Frage zuzulassen, ob die vom Verwaltungsgericht vorgenommene "enge räumliche Marktabgrenzung geeignet ist, zu sachgerechten und praktikablen Ergebnissen zu gelangen, die dem Zweck des TKG entsprechen, den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu fördern". Diese Frage steht im Zusammenhang mit der Erwägung des Verwaltungsgerichts, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Erlass einer Anpassungsanordnung im Sinne von § 30 Abs. 4 i.V.m. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996, weil sie mit der Beigeladenen nicht auf demselben räumlich relevanten Markt tätig sei. Sie ist mit Blick auf die Revisionszulassung nicht anders zu beurteilen als die zuvor behandelte.

<rd nr="11"/>3. Die Revision ist auch nicht zur Beantwortung der Frage zuzulassen, "ob das Aufschlagsverbot des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG a.F. beziehungsweise § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 1 TKG n.F. auch 'potentielle Wettbewerber' im Hinblick auf ihre Positionierung für einen zukünftigen Wettbewerb schützt und damit auch 'vorsorgliche' Abwehrrechte verleiht".

<rd nr="12"/>Soweit sich diese Frage auf das Telekommunikationsgesetz 1996 bezieht, rechtfertigt sie schon deshalb nicht die Zulassung der Revision, weil sie ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Senats entschieden werden kann. Der Senat hat - wie bereits dargelegt - in seinem Urteil vom 10. Oktober 2002 (a.a.O., S. 108) ausgeführt, dass ein in § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 etwa enthaltener Drittschutz voraussetze, dass das den Aufschlag fordernde und das von dem Aufschlag betroffene Unternehmen mit ihren konkurrierenden Produkten oder Dienstleistungen auf demselben Markt der Telekommunikation tätig "sind". Dem liegt erkennbar die Vorstellung zugrunde, dass es

auf ein aktuelles Wettbewerbsverhältnis auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt ankommt.

<rd nr="13"/>Soweit sich die Frage auf das Telekommunikationsgesetz 2004 bezieht, kommt eine Zulassung der Revision deshalb nicht in Betracht, weil das Verwaltungsgericht Bestimmungen dieses Gesetzes nicht angewendet hat.

<rd nr="14"/>4. Die Klägerin hält es für eine Frage von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung, "ob § 30 Abs. 2, 4 i.V.m. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG a.F. bzw. § 38 Abs. 2, 4 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 1 TKG n.F. Wettbewerbern eines marktbeherrschenden Unternehmens ein subjektives Recht zur Abwehr von Aufschlägen auf Entgelte, die sie für das Erbringen von Telekommunikationsleistungen entrichten, verleiht". Diese Frage führt ebenfalls nicht zur Zulassung der Revision.

<rd nr="15"/>Soweit sie sich auf die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 1996 bezieht, hat sie bereits deshalb keinen Erfolg, weil sich dem Verwaltungsgericht die Frage, ob § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG 1996 drittschützende Wirkung zugunsten von Wettbewerbern entfalte, nicht entscheidungserheblich gestellt hat. Das Verwaltungsgericht hat diese Frage - wie dargestellt - offen gelassen, weil die Klägerin nicht Wettbewerberin der Beigeladenen auf demselben räumlich relevanten Markt sei. Soweit die Klägerin in der Frage auf Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 2004 Bezug nimmt, vermag dies die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache deshalb nicht zu rechtfertigen, weil das Verwaltungsgericht nicht das Telekommunikationsgesetz 2004, sondern das Telekommunikationsgesetz 1996 angewendet hat.

<rd nr="16"/>5. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 152 Abs. 2 und § 162 Abs. 3 VwGO. Die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes beruht auf § 47 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG.