

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Postrecht und Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Sachgebietsergänzung:

Telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigung

Rechtsquelle/n:

GG Art. 12 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 100 Abs. 1

TKG 2004 § 12, § 28, § 31, § 33, § 35

VwGO § 113 Abs. 5, § 123 Abs. 1

Stichworte:

Vorlagebeschluss; Mobilfunkterminierungsentgelte; Entgeltgenehmigung; Rückwirkung; Verpflichtungsklage; vorläufige Zahlungsanordnung; Rechtsschutzgewährleistung; Berufsausübungsfreiheit; Verhältnismäßigkeit; isolierte Vergleichsmarktbetrachtung; Auswahl der Vergleichsmärkte; Zu- bzw. Abschläge; Beurteilungsspielraum; Begründungsanforderungen; Sachverhaltsermittlung; Gebot "symmetrischer" Entgelte; Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung; "modifizierte" Bestenbetrachtung; Vergleichsgruppenbildung; Frequenzausstattung; Markteintrittszeitpunkt; Marktanteil; UMTS-Lizenzgebühr; "indirekte" Berücksichtigung.

Leitsatz/-sätze:

1. Das Telekommunikationsgesetz räumt der Bundesnetzagentur sowohl bei der Frage, welche grundsätzlich vergleichbaren Märkte sie im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG heranzieht, als auch in Bezug darauf, ob und ggf. in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, einen Beurteilungsspielraum ein, dessen Ausfüllung vom Verwaltungsgericht auch darauf zu überprüfen ist, ob die Behörde plausibel und erschöpfend argumentiert hat.

2. § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ist mit der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) und mit der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht vereinbar (vgl. Vorlagebeschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - BVerwGE 149, 94).

Beschluss des 6. Senats vom 10. Dezember 2014 - BVerwG 6 C 18.13

- I. VG Köln vom 28. August 2013  
Az: VG 21 K 5166/06



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 6 C 18.13  
VG 21 K 5166/06

Verkündet  
am 10. Dezember 2014

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2014  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich, Dr. Möller, Hahn  
und Prof. Dr. Hecker

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Dem Bundesverfassungsgericht wird gemäß Art. 100  
Abs. 1 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 35  
Abs. 5 Satz 2 und 3 des Telekommunikationsgesetzes  
- TKG - vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) mit Art. 19  
Abs. 4 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerin betreibt ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM-Standard (Global System for Mobile Communications) und dem UMTS-Standard (Universal Mobile Telecommunications Standard). Sie verwendete zum Zeitpunkt des hier streitgegenständlichen Beschlusses im GSM-Netz überwiegend, mit Ausnahme einiger Ergänzungsbänder im Bereich von 1.800 MHz, Frequenzen aus dem Bereich von 900 MHz.
- 2 Mit Regulierungsverfügung vom 30. August 2006 wurde die Klägerin verpflichtet, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und zum Zwecke dieser Zugangsgewährung Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren. Die Entgelte für die Gewährung der Zusammenschaltungsleistungen wurden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Die gegen diese Regulierungsverfügung erhobene Anfechtungsklage

der Klägerin hat der Senat durch Revisionsurteil vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C 17.07 - unter teilweiser Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils auch insoweit abgewiesen, als das Verwaltungsgericht ihr stattgegeben hatte. Die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde der Klägerin hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21. Dezember 2011 - 1 BvR 1933/08 - nicht zur Entscheidung angenommen.

- 3 Im September 2006 beantragte die Klägerin unter Vorlage entsprechender Kostenunterlagen die Genehmigung der Entgelte für die ihr mit der Regulierungsverfügung auferlegten Zugangsleistungen. Mit Beschluss vom 16. November 2006 - BK 3 a/b-06-011/E07.09.06 - genehmigte die Bundesnetzagentur für die Terminierung im Netz der Klägerin für den Zeitraum vom 30. August 2006 bis 22. November 2006 ein Verbindungsentgelt in Höhe von 11 Cent/Minute (Ziffer 1.1) oder - bei Eintritt einer von zwei näher beschriebenen auflösenden Bedingungen - in Höhe von 9,78 Cent/Minute (Ziffer 2). Ab dem 23. November 2006 genehmigte die Bundesnetzagentur - befristet bis zum 30. November 2007 (Ziffer 3) - ein Verbindungsentgelt in Höhe von 8,78 Cent/Minute (Ziffer 1.2). Im Übrigen wurde der Antrag abgelehnt (Ziffer 4).
- 4 Die Klägerin hat am 4. Dezember 2006 Klage erhoben. Ihren Antrag, die Beklagte zu verpflichten, bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung ihrer Klage das von ihr beantragte Entgelt für die Leistung V.1 in Höhe von 11 Cent/Minute mit Wirkung ab Eintritt der Entgeltgenehmigungspflicht vorläufig zu genehmigen, hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 20. Juni 2007 abgelehnt.
- 5 Durch Urteil vom 28. August 2013 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei zulässig. Selbst wenn der mit der Klage bezweckte wirtschaftliche Erfolg nicht eintreten könne, weil in Ermangelung einer gerichtlichen Anordnung gemäß § 123 VwGO eine aufgrund eines Verpflichtungsurteils ergangene behördliche Genehmigung eines höheren Entgelts gemäß § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG keine Rückwirkung entfalten könnte, ließe dies das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen. Die Wirkung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG bestehe darin, dass sie die zivilrechtlichen Folgen der Genehmigung modifiziere. Die Rückwirkungssperre

bezwecke hingegen keine Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Entgeltgenehmigungen.

- 6 Die Klage sei nicht begründet. Es könne offen bleiben, ob der angefochtene Beschluss formell rechtswidrig sei, weil die Beklagte vor der endgültigen Genehmigung der Entgelte kein Konsolidierungsverfahren im Sinne des § 12 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG und kein nationales Konsultationsverfahren gemäß § 15 TKG i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG durchgeführt habe. Die Klägerin könnte sich nicht erfolgreich auf die Verletzung dieser Verfahrensvorschriften berufen, da diese nicht ihre subjektiven Rechte schützen sollten, sondern allein öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt seien. Materiell seien ebenfalls keine Rechtsfehler zu erkennen. Insbesondere beruhe die Höhe des genehmigten Verbindungsentgelts für die Terminierung im Netz der Klägerin für den Zeitraum vom 30. August 2006 bis zum 22. November 2006, die in Folge des Eintritts der in Ziffer 2. des Beschlusses formulierten auflösenden Bedingung 9,78 Cent/Minute betrage, auf der Durchführung einer rechtlich nicht zu beanstandenden internationalen Vergleichsmarktbeurteilung. Gleiches gelte in Bezug auf das für den Zeitraum ab dem 23. November 2006 genehmigte Verbindungsentgelt in Höhe von 8,78 Cent/Minute. Die von der Klägerin mit dem Entgeltantrag vorgelegten Kostenunterlagen hätten zur Bestimmung der für die Genehmigung maßgeblichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht ausgereicht. Die Beklagte habe ihr Ermessen fehlerfrei dahingehend ausgeübt, den Entgeltantrag der Beigeladenen nicht gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG wegen Unvollständigkeit der Kostenunterlagen gänzlich abzulehnen, sondern auf der Grundlage einer Vergleichsmarktbeurteilung gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zu genehmigen. Die wahlweise mögliche Heranziehung eines Kostenmodells nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG habe sie nachvollziehbar und ermessensfehlerfrei abgelehnt.
- 7 Die im Rahmen der Vergleichsmarktbeurteilung herangezogenen europäischen Unternehmen böten „entsprechende Leistungen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG an. Auch regulierte Märkte könnten als „dem Wettbewerb geöffnete Märkte“ als Vergleichsmärkte herangezogen werden. Die monopolistische Struktur der Mobilfunkterminierungsmärkte stehe der Vergleichsmarktbe-

trachtung nicht entgegen. Die herangezogenen Märkte seien vergleichbar. Strukturunterschiede schlossen die Vergleichbarkeit nicht grundsätzlich aus, seien jedoch als „Besonderheiten der Vergleichsmärkte“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zu berücksichtigen und könnten bei der abschließenden Festlegung des wettbewerbsanalogen Preises zur Notwendigkeit von Zubzw. Abschlägen führen. Bei der Frage, welche Märkte sie für die Preisbildung heranziehe, stehe der Beklagten ein Auswahlermessen zu. Gemessen an diesen Vorgaben sei die Auswahlentscheidung rechtlich nicht zu beanstanden. Es sei nicht ermessenshaft, dass die Beklagte keine nationale Vergleichsmarktbeurteilung durchgeführt habe und nur die EU-Länder in den Vergleich einbezogen habe, in denen nach der Liberalisierung bereits ein ausreichender Zeitraum für das Entstehen von Wettbewerbsstrukturen verstrichen sei. Dem „Länderansatz“ der Beklagten stehe auch nicht entgegen, dass relevante Kosteneinflussgrößen in den einzelnen Ländern - wie die Einwohnerzahl des Lizenzgebiets, die Bevölkerungskonzentration, das Verhältnis zwischen Ballungsräumen und gering besiedelten Gebieten, die geographische Ausdehnung eines Landes bzw. des Lizenzgebiets sowie die jeweilige Frequenzausstattung der Referenzbetreiber im Verhältnis zu den vorgenannten Faktoren - keine ausreichende Berücksichtigung fänden. Es könne ferner nicht als ermessensfehlerhaft angesehen werden, dass die Beklagte ihre Vergleichsauswahl in weiteren Schritten auf die Länder eingeschränkt habe, in denen die Entgelte originär anhand von Kostennachweisen bzw. Kostenmodellen, nicht aber anhand von Vergleichsmarktbeurteilungen bestimmt worden seien, und die Auswahl ausschließlich auf die Mobilfunknetzbetreiber verdichtet habe, die eine gemeinsame GSM-/UMTS-Netzinfrastruktur aufwiesen; denn nur so sei gewährleistet, dass bei den zum Vergleich herangezogenen Tarifen die höheren Kosten für die UMTS-Netzinfrastruktur Berücksichtigung fänden.

- 8 Ferner sei es auch nicht als ermessensfehlerhaft zu beanstanden, dass die Beklagte die Unternehmen in den 10 Ländern, die nach den angewandten Auswahlkriterien verblieben seien, in zwei unabhängige Vergleichsgruppen „geclustert“ habe, nämlich in 900 MHz-Netzbetreiber und 1800 MHz-Netzbetreiber. Dem Einwand, dass es sowohl nach den nationalen als auch nach den europäischen Vorgaben nur symmetrische Terminierungsentgelte geben dürfe, sei

nicht zu folgen. Da jedes Mobilfunkunternehmen für seine Terminierungsleistungen einen eigenen Monopolmarkt bilde, gebe es nicht nur einen einheitlichen wettbewerbsanalogen Preis. Die Kosten der Leistungsbereitstellung variierten von Unternehmen zu Unternehmen. Ansatzpunkt für ihre Ermittlung seien dementsprechend gemäß § 33 TKG (a.F.) die Kostenunterlagen des beantragenden Unternehmens. Die Erwägungen, mit denen die Beklagte die Bildung zweier unterschiedlicher Vergleichsgruppen - mit der Folge einer Genehmigung der Mobilfunkterminierungsentgelte in unterschiedlicher Höhe für D- und E-Netzbetreiber - begründet habe, hielten rechtlicher Überprüfung stand. Sie habe erkannt, dass die frequenzausstattungsbedingten Unterschiede bei den Kosten der Netzinfrastruktur zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr sehr gravierend gewesen seien. Für die Genehmigung nicht-reziproker Terminierungsentgelte seien sie nur ein Umstand unter mehreren. In den Vergleichsgruppen der „Mobilfunknetzbetreiber mit 900-MHz-Frequenzausstattung bzw. mit 1800-MHz-Frequenzausstattung“ zeigten sich neben der Frequenzausstattung überwiegend weitergehende Übereinstimmungen. Dass die sog. E-Netzbetreiber, bedingt durch ihren späteren Markteintritt, auch noch im Jahr 2006 gegenüber den D-Netzbetreibern einen geringeren Marktanteil gehabt hätten und es deshalb zu vergleichsweise ungünstigen Skaleneffekten komme, sei nachvollziehbar. Um dies auszugleichen, sei es nicht ermessensfehlerhaft, im Sinne der Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs zu Gunsten der E-Netzbetreiber eine Tarifspreizung vorzunehmen. Auch der vorgenommene europäische Tarifvergleich zeige, dass in den meisten zum Vergleich herangezogenen Ländern eine Differenzierung zwischen den 900- und 1800-MHz-Netzbetreibern erfolgt sei und die von den europäischen Regulierungsbehörden genehmigten Terminierungsentgelte für die 900-MHz-Netzbetreiber in der Mehrzahl der ausgewählten Länder niedriger lägen als die der 1800-MHz-Netzbetreiber.

- 9 Nach Durchführung der dargestellten Auswahl Schritte habe die Beklagte die Referenzgruppe weiter eingeschränkt, indem sie separat für beide Vergleichsgruppen das arithmetische Mittel als sog. „efficient frontier“ errechnet und alle Vergleichsunternehmen ausgeschieden habe, die oberhalb dieses errechneten einfachen Durchschnitts gelegen hätten. Bei den verbliebenen Unternehmen



mit genehmigten Tarifen auf oder unterhalb der „efficient frontier“ sei erneut das arithmetische Mittel gebildet worden. Auch dieses Vorgehen lasse Ermessensfehler nicht erkennen. Die Beklagte sei aus Rechtsgründen auch nicht gehalten gewesen, den höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis als wettbewerbsanalogen Preis festzusetzen.

- 10 Bei der Beantwortung der Frage, ob und ggf. in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte besondere Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, stehe der Beklagten ein Regulierungsermessen zur Verfügung. Hiervon ausgehend stelle sich die Entscheidung der Beschlusskammer, für etwaige Netzinfrastukturunterschiede in den zum Vergleich herangezogenen Ländern einen Zuschlag in Höhe von nur 5% zu gewähren, für UMTS-Lizenzgebühren und positive Netzwerkexternalitäten einen solchen aber abzulehnen, nicht als rechtsfehlerhaft dar. Die Einbeziehung der Mobilfunkunternehmen aus Finnland und Schweden in die Vergleichsmarktbetrachtung ohne weiteren Korrekturzuschlag sei nicht zu beanstanden. Unterschiedliche Infra- bzw. Marktstrukturen ständen jedenfalls bei hinreichend breiter Vergleichsgrundlage, wie sie hier gegeben sei, einer Vergleichbarkeit nicht entgegen und bedürften insoweit auch keiner Korrektur in Form eines Zuschlags. Dass die Beklagte für die von der Klägerin in der Vergangenheit gezahlten relativ hohen UMTS-Lizenzgebühren keinen weiteren Korrekturzuschlag festgesetzt habe, sei rechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Es sei zutreffend, dass durch die getroffene Auswahl der Mobilfunknetzbetreiber in den Tarifen implizit Kostenanteile für die UMTS-Lizenzgebühr gerade in den Ländern Berücksichtigung gefunden hätten, in denen vergleichsweise hohe Summen für UMTS-Lizenzen ausgegeben worden seien. Dass in Großbritannien bei der Entgeltgenehmigung der britischen Regulierungsbehörde die UMTS-Lizenzgebühren erst ab April 2007 berücksichtigt worden seien, mache die Annahme, Kostenanteile für die UMTS-Lizenzgebühr hätten grundsätzlich Berücksichtigung gefunden, nicht fehlerhaft. Bei der endgültigen Preisbildung seien aufgrund der doppelten Durchschnittsbetrachtung auch die Preise der britischen Telekommunikationsunternehmen in den Vergleichspreis eingeflossen.

- 11 Aus den genannten Erwägungen sei auch die in Ziffer 2. des Beschlusses vom 16. November 2006 festgelegte Entgelthöhe nach der dort formulierten auflösenden Bedingung bezüglich Ziffer 1.1 des Beschlusses von 9,78 Cent/Minute für den Genehmigungszeitraum vom 30. August bis 22. November 2006 nicht zu beanstanden. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag bleibe ebenfalls ohne Erfolg.
- 12 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend: Die Bildung der Vergleichsgruppen der 900 MHz- und 1800 MHz-Betreiber durch die Beklagte verletze die aus dem Effizienzbegriff des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG abgeleitete Pflicht zur Genehmigung symmetrischer Entgelte. Die Beklagte hätte das an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Vergleichsentgelt nicht getrennt in zwei Gruppen ermitteln, sondern objektive Kostenunterschiede allenfalls in Form von Zu- bzw. Abschlägen zu einem einheitlich ermittelten Vergleichsentgelt berücksichtigen dürfen. Die Differenzierung zwischen 900 MHz- und 1800 MHz-Betreibern sei nicht durch objektive Kostenunterschiede gerechtfertigt. Das Verwaltungsgericht habe festgestellt, dass zum Entscheidungszeitpunkt keine wesentlichen frequenzausstattungsbedingten Kostenunterschiede mehr vorgelegen hätten. Die Beklagte habe solche Kostenunterschiede jedoch entscheidungserheblich zugrunde gelegt. Die ebenfalls genannten Kriterien des Markteintritts und des Marktanteils seien für die Bildung der Vergleichsgruppen nicht entscheidungserheblich gewesen. Zudem führten die Kriterien Frequenzausstattung, Marktanteil und Markteintrittszeitpunkt nicht zu identischen Vergleichsgruppen. Die Trennung zwischen 900 MHz- und 1800 MHz-Betreibern könne ferner nicht durch vermeintliche Kostennachteile der 1800 MHz-Betreiber, die sich durch ihren späteren Markteintritt, einem daraus resultierenden geringeren Marktanteil und hierdurch bedingten ungünstigeren Skaleneffekten ergeben sollten, gerechtfertigt werden. Eine Korrelation zwischen Markteintrittszeitpunkt und Marktanteil sei nicht zu belegen. Zudem könne die Größe des Endkundenmarktanteils - jedenfalls über eine Übergangsphase direkt nach dem Markteintritt hinaus - nicht als Differenzierungsgrund für Vorleistungsentgelte herangezogen werden, da es sich nicht um einen objektiven Kostenunterschied handele. Die Zusammenstellung der

Vergleichsgruppen für die 900 MHz- und 1800 MHz-Betreiber hätte das Verwaltungsgericht als ermessensfehlerhaft beanstanden müssen, weil zum einen Vergleichsmärkte ohne hinreichende Prüfung und Begründung ausgeschlossen und zum anderen wesentliche Besonderheiten der Vergleichsmärkte nicht als Auswahlkriterium berücksichtigt worden seien. Eine individuelle betreiber-, markt- bzw. länderspezifische Analyse sei nicht durchgeführt worden.

- 13 Das angefochtene Urteil verstoße auch deshalb gegen Bundesrecht, weil das Verwaltungsgericht die Vornahme einer doppelten Effizienzbetrachtung innerhalb der Vergleichsgruppen und die hierdurch bedingte Ermittlung der Terminierungsentgelte auf der Basis besonders niedriger Vergleichspreise nicht als ermessensfehlerhaft beanstandet habe. Die Beklagte hätte auf einen einfachen Durchschnittspreisansatz abstellen müssen. Die doppelte Effizienzbetrachtung widerspreche der Grundannahme der Effizienz aller herangezogenen Vergleichspreise und führe nicht zum allgemeinen Ausschluss von „Ausreißern“, sondern lediglich dazu, dass besonders niedrige Vergleichswerte ein stärkeres Gewicht erhielten. Die Annahme einer vermeintlich höheren Effizienz niedrigerer Preise verkenne, dass die internationalen Vergleichswerte von unterschiedlichen regulatorischen Bewertungsansätzen und länderspezifischen Besonderheiten geprägt seien. Die Beklagte habe weder überprüft, ob die von ihr als vermeintlich besonders effizient erachteten Netzbetreiber im Vergleich zur Klägerin nicht lediglich unter günstigen operativen Rahmenbedingungen arbeiteten oder die Qualität ihrer Dienste niedriger sei, noch wie sich die Kostenstruktur der als weniger effizient erachteten Netzbetreiber zu derjenigen der Klägerin verhalte. Die Heranziehung allein der besonders niedrigen Vergleichswerte könne auch nicht durch die Annahme steigender Verkehrsmengen einschließlich einer daraus resultierenden Stückkostendegression gerechtfertigt werden; denn unabhängig davon, ob zum Entscheidungszeitpunkt hinreichende Gründe für die Annahme eines zukünftigen deutlichen Verkehrsmengenwachstums vorgelegen hätten, seien die Vergleichswerte vorausschauend am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigt worden und berücksichtigten somit bereits die zukünftige Verkehrsmengenentwicklung.

- 14 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts verfüge die Beklagte für die Frage, ob und inwiefern Zu- bzw. Abschläge wegen der Besonderheiten der Vergleichsmärkte bei der Preisfestsetzung erforderlich seien, über kein Regulierungsermessen. Wie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zeige, sei es ungeachtet des Umstands, dass die Besonderheiten der Vergleichsmärkte sich nicht mathematisch genau im Sinne bestimmter Prozentsätze ermitteln ließen, möglich und damit nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auch verfassungsrechtlich geboten, gerichtlich zu überprüfen, ob alle Besonderheiten der Vergleichsmärkte bei der Festsetzung der Höhe der Zu- bzw. Abschläge berücksichtigt worden seien, und zu bewerten, in welchem Umfang eine nicht anderweitig berücksichtigte Besonderheit Zu- und Abschläge auf das Vergleichsentgelt erforderlich mache. Anders als im Rahmen von §§ 21 und 30 TKG hätten die Regulierungsziele bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach §§ 31 ff. TKG keine zentrale Bedeutung. Der Entgeltmaßstab erlaube nur, dass die Beklagte solche Kosten, die erwiesenermaßen oberhalb des wettbewerbsanalogen Niveaus lägen, nicht anerkenne. Es handele sich um eine gebundene Entscheidung, die auf mathematisch-betriebswirtschaftlichen Berechnungen unter Heranziehung regulierungsökonomischer und finanzwissenschaftlicher Methoden basiere, für deren Ergebnisse die Regulierungsziele regelmäßig keine Anhaltspunkte lieferten.
- 15 Schließlich habe das Verwaltungsgericht die Notwendigkeit eines höheren Zuschlags verkannt. Den Besonderheiten der Vergleichsmärkte sei unabhängig von der Breite des Vergleichsmaterials Rechnung zu tragen. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass sich die strukturbezogenen Unterschiede in Bezug auf Finnland und Schweden weitgehend ausglich, sei unzutreffend, da neben den mit Deutschland vergleichbaren Ländern keine Länder mit noch höherer Bevölkerungsdichte und größeren Ballungsräumen in die Vergleichsmarktbeurteilung einbezogen worden seien. Ein Korrekturaufschlag sei zudem aufgrund der Höhe der UMTS-Lizenzkosten erforderlich; denn die Mobilfunknetzbetreiber in den meisten der von der Beklagten herangezogenen Vergleichsländern hätten nicht annähernd so hohe UMTS-Lizenzgebühren gezahlt wie die Mobilfunknetzbetreiber in Deutschland. Die lediglich indirekte Berücksichtigung dieser Kosten greife grundsätzlich zu kurz. Jedenfalls werde ihr dadurch die

Grundlage entzogen, dass die höchsten in einem anderen Land gezahlten UMTS-Lizenzgebühren gar nicht in die Vergleichspreisermittlung eingegangen, die eingegangenen UMTS-Lizenzgebühren vergleichsweise niedrig gewesen und in mehreren einbezogenen Ländern sogar gar keine UMTS-Lizenzgebühren angefallen seien. Zusätzlich zu dem aufgrund der Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu gewährenden Korrekturzuschlag sei ein Sicherheitszuschlag aufgrund verbleibender Unsicherheiten anzusetzen. Insgesamt seien Korrektur- und Sicherheitszuschläge in Höhe von mindestens 20 % erforderlich.

16 Das Urteil des Verwaltungsgerichts sei auch nicht aus anderen Gründen richtig. Die Klage sei ungeachtet der Rückwirkungssperre des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG zulässig und begründet, da diese Bestimmung das Grundrecht der Klägerin auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 GG verletze und aus diesem Grund nicht angewendet werden könne.

17 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 28. August 2013 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung der Ziffern 1.2. und 2. des Tenors ihres Beschlusses vom 16. November 2006 (BK 3a/b-06-011/E 07.09.06) zu verpflichten, für die Terminierungsleistung V.1 der Klägerin mit Wirkung ab dem 30. August 2006 ein Entgelt in Höhe von 11 €-Cent/Minute, hilfsweise in einer Höhe zwischen 8,78 €-Cent/Minute und 11 €-Cent/Minute zu genehmigen.

18 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

19 Sie verteidigt das Urteil des Verwaltungsgerichts.

## II

20 Das Verfahren wird ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht wird gemäß Art. 100 Abs. 1 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 35 Abs. 5

Satz 2 und 3 des Telekommunikationsgesetzes - TKG - vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

- 21 § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG lautet wie folgt: „Verpflichtet das Gericht die Regulierungsbehörde zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt, so entfaltet diese Genehmigung die Rückwirkung nach Satz 1 nur, wenn eine Anordnung nach Satz 2 ergangen ist.“ Der in Bezug genommene § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG bestimmt, dass Entgeltgenehmigungen zurückwirken auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn sie die vollständige oder teilweise Genehmigung eines vertraglich bereits vereinbarten Entgelts beinhalten. Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG kann das Gericht im Verfahren nach § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts anordnen, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht; der Darlegung eines Anordnungsgrundes bedarf es nicht. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO kann nur bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Klageerhebung gestellt und begründet werden (§ 35 Abs. 5 Satz 4 TKG).
- 22 1. Auf die Gültigkeit des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG kommt es für die Entscheidung des Senats über die Revision der Klägerin an (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).
- 23 a) Ist § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verfassungsgemäß, so ist die Revision zurückzuweisen. Das die Verpflichtungsklage gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16. November 2006 - BK 3a/b-06-011/E 07.09.06 - abweisende erstinstanzliche Urteil beruht in diesem Fall zwar auf einer Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO), da der Bundesnetzagentur im Rahmen der Ermittlung der genehmigungsfähigen Entgelte auf der Grundlage einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung Rechtsfehler unterlaufen sind (aa). Das angefochtene Urteil stellt sich dann aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO), weil § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG den prozessualen Anspruch

auf Verpflichtung zum Erlass einer rückwirkenden Genehmigung eines höheren Entgelts ausschließt (bb).

- 24 aa) Soweit das Verwaltungsgericht den angefochtenen Entgeltgenehmigungsbeschluss der Beklagten vom 16. November 2006 für rechtmäßig gehalten hat, beruht das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO). Bleibt § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG außer Betracht, hat die Klägerin auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958) geltenden Fassung, die für den fraglichen Genehmigungszeitraum noch maßgeblich ist, einen Anspruch auf Neubescheidung ihres Entgeltgenehmigungsantrags (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO).
- 25 (1) Zu Recht hat das Verwaltungsgericht allerdings angenommen, dass der angefochtene Beschluss nicht schon wegen formeller Rechtswidrigkeit aufzuheben ist, weil die Bundesnetzagentur vor der Erteilung der Entgeltgenehmigung kein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren gemäß §§ 12, 13 TKG durchgeführt hat. Ein solcher Verfahrensfehler könnte für sich genommen nicht zum Erfolg der Klage führen. Denn weder die Vorschriften über das nationale Konsultationsverfahren gemäß § 12 Abs. 1 TKG noch diejenigen über das unionsweite Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 Abs. 2 TKG weisen den erforderlichen individualschützenden Charakter auf. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats geht es bei der Konsultation nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie um die Rechtswahrung konkret betroffener Verfahrensbeteiligter, sondern um die Herstellung umfassender Transparenz gegenüber der interessierten Fachöffentlichkeit. Insbesondere erfolgt die Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber dem Regulierungsadressaten bereits ausreichend dadurch, das ihm nach § 135 Abs. 1, 3 TKG Gelegenheit zur schriftlichen und zur mündlichen Äußerung zu geben ist. (vgl. BVerwG, Urteile vom 2. April 2008 - 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 42, und vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2 Rn. 40; Beschluss vom 28. Januar 2010 - 6 B 50.09 - Buchholz 442.066 § 135 TKG Nr. 1 Rn. 14). Für das in § 12 Abs. 2 TKG geregelte unionsweite Konsolidierungsverfahren gilt im Ergebnis nichts anderes. Auch dieses Verfahren soll eine über den engen Kreis der Beteiligten eines Re-

gulierungsverfahrens hinausreichende Informationssammlung und Verfahrenstransparenz ermöglichen. Die Beteiligung von Kommission und übrigen nationalen Regulierungsbehörden dient vornehmlich der Wahrung der Rechtseinheit und dem Interesse des europäischen Binnenmarktziels (BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2014 - 6 C 10.13 - NVwZ 2014, 1586 Rn. 50). Dafür, dass sie daneben unmittelbar auch den rechtlichen Interessen des regulierten Unternehmens oder seiner Wettbewerber zu dienen bestimmt ist und diesen unabhängig vom materiellen Recht eine eigene, selbständig durchsetzbare verfahrensrechtliche Rechtsposition gewähren soll, lassen sich weder dem Telekommunikationsgesetz noch den relevanten Bestimmungen des Unionsrechts - insbesondere Art. 6 bis 8 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) sowie Art. 8 und 13 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) - Anhaltspunkte entnehmen.

- 26 (2) Dem Erfolg der Klage steht ferner nicht entgegen, dass die auf § 31 Abs. 1, § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG in der hier noch maßgeblichen Fassung gestützte Genehmigung der beantragten höheren Entgelte für die Anrufzustellung im Mobilfunknetz der Klägerin mit § 28 TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stände und deshalb gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 TKG zu versagen ist. Die von der Beigeladenen des Parallelverfahrens BVerwG 6 C 16.13 in diesem Zusammenhang erwähnten Unterschiede zwischen Festnetz- und Mobilfunknetzbetreibern in Bezug auf die Höhe der jeweiligen Terminierungsentgelte stellen weder eine unzulässige Diskriminierung im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG noch einen Behinderungsmissbrauch im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG durch das regulierte Unternehmen dar. Der Einwand, die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte für die Anrufzustellung in die jeweiligen Netze der Festnetzbetreiber blieben unter Verstoß gegen ein Gleichbehandlungsgebot hinter den für die Anrufzustellung in die Mobilfunknetze genehmigten Entgelte zurück, ist im vorliegenden Verfahren nicht relevant. Ihm



wäre gegebenenfalls im Rahmen einer den Festnetzbereich betreffenden Genehmigungentscheidung nachzugehen.

- 27 (3) Die Genehmigung höherer Entgelte muss auch nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG deshalb versagt werden, weil die Klägerin die in § 33 TKG in der für den fraglichen Genehmigungszeitraum noch maßgeblichen Fassung (jetzt: § 34 TKG) genannten Unterlagen nicht vollständig vorgelegt hat. Nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts haben die von der Klägerin mit ihrem Antrag vom 12. September 2006 vorgelegten Kostenunterlagen zwar nicht zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ausgereicht. Anders als bei dem Versagungsgrund nach § 35 Abs. 3 Satz 2 TKG handelt es sich bei § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG allerdings um eine Ermessensvorschrift. Dass die Bundesnetzagentur ihr Ermessen dahingehend ausgeübt hat, von der (vollständigen) Versagung der Genehmigung abzusehen, hat das Verwaltungsgericht zu Recht nicht beanstandet.
- 28 (4) Der angefochtene Entgeltgenehmigungsbeschluss ist ferner nicht bereits deshalb materiell rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur der Genehmigungsentscheidung kein Kostenmodell im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG, sondern eine isolierte Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zugrunde gelegt hat. Insbesondere war das der Behörde durch § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG eingeräumte Auswahlermessen zwischen den zur Verfügung stehenden Erkenntnisgrundlagen nicht in der Weise auf Null reduziert, dass nur die Heranziehung eines Kostenmodells in Betracht gekommen wäre. Der Gesetzgeber hat Vergleichsmarktbetrachtung und Kostenmodell als Methoden der Entgeltüberprüfung prinzipiell als im Verhältnis zueinander gleichrangig angesehen (vgl. Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 12; Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 23; Koenig/Senger, MMR 2007, 290 <291>). Auch das Unionsrecht sieht die Vergleichsmarktbetrachtung als Ermittlungsmethode ausdrücklich vor. Nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 der Zugangsrichtlinie können die nationalen Regulierungsbehörden auch Preise berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten. Im konkreten Einzelfall hat sich die Beklagte darauf gestützt, dass ein

Rückgriff auf Ergebnisse eines Kostenmodells im Rahmen des laufenden Verfahrens objektiv unmöglich gewesen wäre; denn ein solches Kostenmodell habe zum Zeitpunkt der Verfahrensvorbereitung und -eröffnung noch nicht vorgelegen. Eine umgehende Beauftragung zur Entwicklung und erstmaligen Erstellung eines Kostenmodells durch einen externen Gutachter hätte zu keinen Ergebnissen innerhalb der zehnwöchigen Verfahrensfrist geführt. Dies hätte jedoch zur Folge gehabt, dass der Genehmigungsantrag hätte abgelehnt werden müssen. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, hätte der hieraus resultierende genehmigungslose Zustand jedoch weder den Interessen der Beteiligten noch denen des Wettbewerbs insgesamt gedient.

- 29 (5) Die Vorinstanz hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung herangezogenen europäischen Unternehmen „entsprechende Leistungen“ anbieten und es sich um „dem Wettbewerb geöffnete Märkte“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG handelt. Dass die in Rede stehenden Terminierungsleistungen der Mobilfunknetzbetreiber auf den jeweiligen räumlichen Vergleichsmärkten sachlich identisch sind, wird von keinem Beteiligten in Frage gestellt. Nach der Rechtsprechung des Senats, auf die das Verwaltungsgericht Bezug genommen hat, steht der Anwendung des Vergleichsmarktprinzips nicht entgegen, dass es sich bei den in Betracht zu ziehenden Vergleichsmärkten um regulierte Märkte mit monopolistischer Struktur handelt (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 - Buchholz 442.066 § 38 TKG Nr. 2 Rn. 24 ff.).
- 30 (6) Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass das Telekommunikationsgesetz der Bundesnetzagentur sowohl bei der Frage, welche grundsätzlich vergleichbaren Märkte sie für die Preisbildung heranzieht, als auch in Bezug darauf, ob und ggf. in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfaren Entscheidungsspielraum einräumt, ist ebenfalls mit Bundesrecht vereinbar. Allerdings handelt es sich hierbei entgegen der Auffassung der Vorinstanz verwaltungsrechtsdogmatisch jeweils nicht um ein (Regulierungs-) Ermessen auf der Rechtsfolgenseite, sondern um Beurteilungsspielräume auf der Tatbestandsseite.

- 31 Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Dies schließt es jedoch nicht aus, dass durch den Gesetzgeber eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume die Durchführung der Rechtskontrolle durch die Gerichte einschränken. Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll. Sie endet deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt. Die Annahme eines behördlichen Letztentscheidungsrechts setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass sich dies - erstens - ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln ist, dass - zweitens - ein hinreichend gewichtiger, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteter Sachgrund vorliegt und dass - drittens - den Fachgerichten genügend Möglichkeiten und in diesem Rahmen auch die Pflicht zu einer substantiellen Kontrolle des behördlichen Handelns verbleiben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 - 1 BvR 857/07 - BVerfGE 129, 1 Rn. 68, 73 f.; Beschluss vom 8. Dezember 2011 - 1 BvR 1932/08 - NVwZ 2012, 694 Rn. 40). Diese Voraussetzungen sind sowohl hinsichtlich der Frage, welche grundsätzlich vergleichbaren Märkte die Regulierungsbehörde im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG für die Preisbildung heranzieht, als auch in Bezug darauf, ob und ggf. in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, erfüllt.
- 32 Die Annahme eines Entscheidungsspielraums der Bundesnetzagentur in dem genannten Umfang lässt sich auf den Gesetzeswortlaut stützen. Nach § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG kann die Entscheidung der Regulierungsbehörde u.a. auf einer Prüfung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG beruhen, soweit die der Regulierungsbehörde vorliegenden Kosteninformationen für eine Prüfung der genehmigungspflichtigen Entgelte nicht ausreichen. § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zufolge kann die Bundesnetzagentur neben den ihr vorliegenden Kosteninfor-

mationen Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten. Der durch die „Kann“-Formulierungen eröffnete Entscheidungsspielraum erstreckt sich nicht nur auf die Frage, ob die Bundesnetzagentur überhaupt eine isolierte Vergleichsmarktbetrachtung durchführt, sondern auch darauf, welche Märkte und folglich welche konkreten Preise sie in die Vergleichsgrundlage einbezieht sowie ob und ggf. inwieweit strukturelle Unterschiede der Vergleichsmärkte durch Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden. Allerdings handelt es sich nicht um den Fall eines auf den Rechtsfolgenausspruch bezogenen so genannten allgemeinen Ermessens, das vor allem der Einzelfallgerechtigkeit dient. Der durch § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG eingeräumte Entscheidungsspielraum hat nicht den Zweck, es der Bundesnetzagentur zu ermöglichen, eine dem Einzelfall angemessene und sachgerechte Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ eines Verwaltungsakts zu treffen, bei der einerseits der Gesetzeszweck und andererseits die konkreten Umstände zu berücksichtigen sind und in die insbesondere auch Zweckmäßigungs- und Billigkeitserwägungen einfließen können (vgl. zu diesem typischen Zweck von Ermessensermächtigungen: BVerwG, Beschluss vom 5. Mai 2014 - 6 B 46.13 - NVwZ 2014, 1034 Rn. 8). Vielmehr geht es bei der Auswahl der Vergleichsmärkte und der Entscheidung über Zu- oder Abschläge lediglich um unselbständige Verfahrensschritte im Rahmen der Anwendung der Vergleichsmarktmethode. Da der der Bundesnetzagentur in § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG eingeräumte Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der Vergleichsmärkte und der Entscheidung über erforderliche Zu- und Abschläge in der Sache die Beurteilung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Entgeltgenehmigung betrifft, ist er verwaltungsrechtsdogmatisch als Beurteilungsspielraum einzuordnen.

- 33 Für die im Gesetzeswortlaut angelegte Reduzierung der gerichtlichen Kontrolle in Bezug auf die Entscheidungen der Regulierungsbehörde welche Märkte bzw. Preise sie als Vergleichsbasis heranzieht und welche Zu- bzw. Abschläge sie ggf. aufgrund von Besonderheiten der Vergleichsmärkte ansetzt, bestehen tragfähige Sachgründe. § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG lassen die isolierte Vergleichsmarktbetrachtung als Alternativmethode zur Kostenprüfung zu,

ohne das Entscheidungsprogramm näher auszugestalten. Das Fehlen ausdrücklicher materiellrechtlicher Entscheidungsmaßstäbe im Gesetzestext ist verfassungsrechtlich hinnehmbar, weil die vom Verwaltungsgericht zitierte zivilrechtliche Rechtsprechung zu der Frage vergleichbarer Märkte im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht Orientierung bieten kann (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 31. Mai 1972 - KVR 2/71 - BGHZ 59, 42 - Stromtarif; vom 16. Dezember 1976 - KVR 2/76 - BGHZ 68, 23 - Valium; vom 12. Februar 1980 - KVR 3/79 - BGHZ 76, 142 - Valium II; vom 21. Oktober 1986 - KVR 7/85 - NJW-RR 1987, 554 <555> - Glockenheide; vom 22. Juli 1999 - KVR 12/98 - BGHZ 142, 239 - Flugpreisspaltung; vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04 - BGHZ 163, 282 - Stadtwerke Mainz; vom 2. Februar 2010 - KVR 66/08 - BGHZ 184, 168 - Wasserpreise Wetzlar). Dem Vergleichsmarktkonzept liegt danach die Überlegung zugrunde, den Preis, der sich auf dem für die Missbrauchsaufsicht relevanten Markt bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würde, dadurch zu ermitteln, dass die auf einem im Wesentlichen vergleichbaren Markt im Wettbewerb gebildeten Preise als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden. Die den Preis beeinflussenden Faktoren, insbesondere Unterschiede in der Marktstruktur, müssen dabei mit berücksichtigt und durch entsprechende Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden. Die Unterschiede dürfen jedoch nicht so erheblich sein, dass sich Zuschläge oder Abschläge von einem solchen Ausmaß ergeben, dass die ermittelten wettbewerbsanalogen Preise sich im Ergebnis nicht auf konkrete Vergleichszahlen stützen, sondern überwiegend auf geschätzten Zu- und Abschlägen beruhen. Den Ansatz von Zu- oder Abschlägen können nur strukturelle Gegebenheiten rechtfertigen, die jeden Anbieter treffen und von ihm bei seiner Entgeltgestaltung beachtet werden müssen. Individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung zurückgehende Umstände haben auÙer Betracht zu bleiben. Auch der Vergleich mit nur einem einzigen Unternehmen kann zulässig sein, wenn die wegen der schmalen Vergleichsbasis bestehenden Unsicherheiten - etwa durch Sicherheitszuschläge angemessen berücksichtigt werden.

- 34 Dies zugrunde gelegt handelt es sich bei der Vergleichsmarktbetrachtung um ein komplexes, mehrphasiges Verfahren, das erstens mit der bewertenden Feststellung beginnt, welche Märkte mit dem relevanten Markt im Wesentlichen

vergleichbar sind, auf dieser Grundlage zweitens eine Auswahlentscheidung hinsichtlich derjenigen Märkte erfordert, welche zur Ermittlung des Vergleichspreises heranzuziehen sind, drittens ggf. eine gestaltende Entscheidung dahingehend verlangt, in welcher Höhe der ermittelte Vergleichspreis durch Zu- oder Abschläge ggf. zu korrigieren ist, um strukturelle Marktunterschiede auszugleichen, und viertens ggf. eine ebenfalls gestaltende Entscheidung verlangt, ob und ggf. inwieweit der ermittelte Vergleichspreis um einen Sicherheitszuschlag (weiter) zu erhöhen ist. Die in § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG vorausgesetzte Vergleichsmarktmethode verlangt damit in allen Phasen des Verfahrens Entscheidungen, die in hohem Maße durch wertende und gestaltende Elemente geprägt sind und nicht durch gesetzliche Vorgaben gesteuert werden. Die hierbei zugrunde zu legenden tatsächlichen Annahmen hängen wesentlich von ökonomischen Einschätzungen in Bezug auf die als Vergleichsbasis in Betracht kommenden Märkte sowie die für die Preisbildung jeweils maßgeblichen Einflussfaktoren ab. Regelmäßig werden auch Prognosen über die voraussichtliche Entwicklung der relevanten Märkte und Preise im Genehmigungszeitraum erforderlich sein. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich diese Einschätzungen und Prognosen innerhalb eines bestimmten Rahmens nicht als eindeutig „richtig“ oder „falsch“ charakterisieren lassen.

- 35 Insbesondere die Entscheidung, ob und ggf. in welcher Höhe ein ermittelter Vergleichspreis durch Zu- oder Abschläge zu korrigieren ist, um die Besonderheiten von Vergleichsmärkten im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zu berücksichtigen, weist nicht nur wertende, sondern in hohem Maße gestaltende Elemente auf. Entgegen dem Revisionsvorbringen ergibt sich die Höhe der Zu- oder Abschläge offensichtlich nicht aus der bloßen Anwendung mathematisch-betriebswirtschaftlicher Berechnungen unter Heranziehung regulierungsökonomischer und finanzwissenschaftlicher Methoden. Wie die Klägerin selbst ausführt, können zu den strukturellen Gegebenheiten der zu vergleichenden Märkte im Zusammenhang mit den Entgelten für die Terminierung in Mobilfunknetze nicht nur bezifferbare Kostenfaktoren wie die Höhe der von den Betreibern gezahlten Lizenzgebühren gehören, sondern auch deutlich schwieriger zu erfassende Umstände wie beispielsweise die naturräumliche Gliederung, Bevölkerungsdichte und -verteilung oder Netztopografie. Handelt es sich, wie hier, zu-

dem um Märkte, die der ex-ante-Entgeltregulierung unterliegen, sind ggf. auch unterschiedliche regulierungspolitische Akzente der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden in den Blick zu nehmen. Selbst wenn alle diese Preisbildungsfaktoren mit größtmöglicher Genauigkeit analysiert und sämtliche Abweichungen lückenlos ermittelt und exakt gemessen werden könnten, setzt jedenfalls die Kompensation der festgestellten strukturellen Unterschiede durch konkret bezifferbare Zu- und Abschläge eine gestaltende Entscheidung voraus. Eine wissenschaftlich exakt bestimmbare Relation zwischen einzelnen Marktstrukturmerkmalen und hieraus resultierenden Korrekturbeträgen ist nicht vorstellbar. Selbst wenn die Zu- und Abschläge nicht auf einer bloßen Schätzung beruhen, verbleibt bei der Feststellung und Bewertung der marktstrukturellen Abweichungen und ihrer Kompensation durch konkret bezifferbare Zu- und Abschläge ein in der Natur der Sache begründeter Spielraum, innerhalb dessen verschiedene Entscheidungen gleichermaßen rechtmäßig sind.

- 36 Die innerhalb dieses - durch § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG - eröffneten Spielraums zu treffenden Entscheidungen durfte der Gesetzgeber der Bundesnetzagentur zuweisen, die insoweit gemäß § 132 Abs. 1 TKG durch ihre Beschlusskammern entscheidet. Wie der Senat bereits früher hervorgehoben hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. November 2007 - 6 C 42.06 - BVerwGE 130, 39 Rn. 30), ist die Sachkunde der Mitglieder der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur durch fortlaufende wissenschaftliche Unterstützung institutionell abgesichert (§ 125 Abs. 2 TKG). Die Beschlusskammern treffen ihre Entscheidungen zudem im Rahmen eines mit besonderen Antrags- und Beteiligungsrechten ausgestatteten, förmlichen Verwaltungsverfahrens (§§ 132 ff. TKG). Soweit sie gestaltende Aufgaben wahrnehmen, deren Ergebnis weitgehend frei ist von festen normativen Vorgaben und eine prognostische Beurteilung darüber voraussetzt, wie die unterschiedlichen Ziele der Regulierung unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange bestmöglich zu erreichen sind, ist deshalb von einer gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbaren Entscheidungsprärogative für die Beschlusskammern der Bundesnetzagentur auszugehen. Dies gilt nicht nur in Bezug auf die Entscheidung über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen, die notwendigerweise das Ergebnis einer umfassenden und komplexen Abwägung ist, bei der gegenläufi-

ge öffentliche und private Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. November 2007 - 6 C 42.06 - BVerwGE 130, 39 Rn. 28), sondern auch dann, wenn bereits im Rahmen der Beurteilung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer Regulierungsmaßnahme Abwägungsentscheidungen erforderlich sind.

- 37 Hiervon ist in Bezug auf die im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zu treffenden Entscheidungen, welche Märkte für die Preisbildung herangezogen werden und ob bzw. in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte besondere Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, auszugehen. Soweit diese Entscheidungen gestaltende Elemente enthalten, sind auch die berührten Regulierungsziele sowie sonstige öffentliche und private Belange zu gewichten und auszugleichen. Eine gerichtliche Vollkontrolle würde dazu führen, dass die Verwaltungsgerichte diesen Abwägungsvorgang, bei dem die zuständige Fachbehörde einem besonderen verfahrensrechtlichen Regime unterliegt, letztlich durch eine eigene Abwägungsentscheidung ersetzen müssten, ohne - ebenso wie die Bundesnetzagentur - auf hinreichend konkrete gesetzliche Vorgaben zurückgreifen zu können.
- 38 Durch den in § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG eingeräumten Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde bei der Entscheidung, welche Märkte im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung herangezogen werden sowie ob und ggf. in welcher Höhe Besonderheiten der Vergleichsmärkte Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, wird schließlich auch nicht die Möglichkeit einer substantiellen gerichtlichen Kontrolle des behördlichen Handelns in Frage gestellt. Nach den vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Grundsätzen, denen der Senat in seiner Rechtsprechung folgt (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 Rn. 33), ist die Ausübung eines Beurteilungsspielraums generell darauf zu überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat. Im Hinblick auf die Abwägung widerstreitender



Belange und Regulierungsziele, die die Bundesnetzagentur im Rahmen der hier in Rede stehenden Entscheidungen zumindest partiell vornehmen muss, hat das Verwaltungsgericht darüber hinaus nachzuprüfen, ob die Behörde im Hinblick auf die Kriterien, die in den relevanten Rechtsnormen ausdrücklich hervorgehoben oder doch in ihnen angelegt sind, plausibel und erschöpfend argumentiert hat. Hieraus ergeben sich erhöhte Begründungsanforderungen für die Behördenentscheidung. Denn die gerichtliche Kontrolle eines der Behörde eingeräumten Gestaltungsspielraums ist grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu erstrecken und zu beschränken, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat.

- 39 Das Erfordernis einer plausiblen und erschöpfenden Begründung bei der Ausfüllung des der Regulierungsbehörde zustehenden Spielraums hat der Senat früher bereits im Zusammenhang mit der Auswahl der Methode für die Berechnung des Anlagevermögens als Grundlage für die Ermittlung von Zinsen und Abschreibungen im Rahmen der Bestimmung des Genehmigungsmaßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 TKG angenommen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 Rn. 34 sowie zuvor bereits Urteil vom 23. November 2011 - 6 C 11.10 - Buchholz 442.066 § 24 TKG Nr. 5 Rn. 38, unter Bezugnahme auf Urteil vom 23. März 2011 - 6 C 6.10 - BVerwGE 139, 226 Rn. 38). Der Entscheidungsspielraum, welcher der Bundesnetzagentur im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG hinsichtlich der Fragen zusteht, welche Märkte sie als Vergleichsgrundlage heranzieht und welche Zu- bzw. Abschläge sie ggf. vornimmt, ist zwar nicht in gleicher Weise bereits im Unionsrecht angelegt, weist jedoch vergleichbare Strukturmerkmale auf und unterliegt daher denselben gerichtlichen Kontrollmaßstäben. Durch das Erfordernis einer plausiblen und erschöpfenden Begründung bei der Ausfüllung der der Bundesnetzagentur im Rahmen der Entgeltgenehmigungsentscheidung zustehenden Spielräume ist jedenfalls eine substantielle gerichtliche Kontrolle des regulierungsbehördlichen Handelns gewährleistet, die der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG hinreichend Rechnung trägt.

- 40 Der Einwand der Revision, die Regulierungsziele spielten bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach §§ 31 ff. TKG keine zentrale Rolle, steht der Annahme eines Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur bei der Auswahl der Vergleichsmärkte und der Entscheidung über Zu- oder Abschläge nicht entgegen. Dass die Beklagte die in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele bei der Ermittlung der einzelnen Elemente der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigen muss, folgt schon daraus, dass die Regulierungsziele als Leitprinzipien die gesamte Tätigkeit der Bundesnetzagentur steuern und dem Gesetz neben dem abstrakten Ziel der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung keine anderen Maßstäbe zu entnehmen sind, an denen sich eine Abwägungsentscheidung orientieren kann. Insbesondere bei der Feststellung und Bewertung der marktstrukturellen Abweichungen als Besonderheiten von Vergleichsmärkten im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG und ihrer Kompensation durch konkret bezifferbare Zu- und Abschläge verbleibt - wie ausgeführt - ein Spielraum, innerhalb dessen verschiedene Entscheidungen gleichermaßen rechtmäßig sind und der deshalb unter Berücksichtigung der Regulierungsziele auszufüllen ist.
- 41 Die Annahme behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse im dargelegten Umfang hat entgegen dem Revisionsvorbringen nicht zur Folge, dass das Risiko eventuell verbleibender Unsicherheiten der Entgeltermittlung in sachlich nicht gerechtfertigter Weise dem regulierten Unternehmen aufgebürdet wird. Denn das regulierte Unternehmen hat es selbst in der Hand, durch Vorlage ausreichender Kostenunterlagen nach § 33 TKG (jetzt: § 34 TKG) die ausschließliche Anwendung einer Vergleichsmarkt Betrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG und das mit dieser Methode verbundene höhere Risiko verbleibender Unsicherheiten zu vermeiden. Je vollständiger und aussagekräftiger die von dem Unternehmen vorgelegten Kosteninformationen sind, desto geringer werden die Unsicherheiten und folglich auch die Abwägungsspielräume sein, über die die Regulierungsbehörde im Rahmen einer Vergleichsmarkt Betrachtung verfügt. Dieser Zusammenhang stand ausweislich der Gesetzesmaterialien auch dem Gesetzgeber vor Augen; denn in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird zu der - damals noch als § 33 bezeichneten - Vorschrift ausgeführt, dass es mit Blick auf bestehende Informationsasymmetrien zwischen Re-

gulierer und regulierten Unternehmen und die natürlicherweise unterschiedlichen Zielsetzungen der am Verfahren Beteiligten sinnvoll und zweckmäßig sei, den Aussagegehalt der vorgelegten Kostenunterlagen durch Vergleichsmarktersuchen und gegebenenfalls auch durch Kostenmodelle einer weiteren Überprüfung zu unterziehen (vgl. BT-Drs. 15/2316 S. 69 re. Sp.). Die Vergleichsmarktbetrachtung soll also gerade Versuchen der entgeltregulierten Unternehmen entgegenwirken, sich durch das Zurückhalten von Kosteninformationen im Ergebnis einen größeren Spielraum bei der Preisgestaltung zu verschaffen.

- 42 Der Annahme, dass der Gesetzgeber der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Auswahl der Vergleichsmärkte sowie der Frage, ob und ggf. in welcher Höhe Besonderheiten der Märkte Zu- bzw. Abschläge erforderlich machen, in verfassungsrechtlich zulässiger Weise ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Letztentscheidungsrecht eingeräumt hat, kann die Revision darüber hinaus auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Kartell- und Energiewirtschaftsrecht sehe die gerichtliche Kontrolldichte nicht als beschränkt an. Diese Behauptung trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. In seiner neueren energiewirtschaftsrechtlichen Rechtsprechung hat vielmehr auch der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs Entscheidungsspielräume der Regulierungsbehörde angenommen, die in einzelnen Aspekten einem Beurteilungsspielraum, in anderen Aspekten einem Regulierungsermessen gleichkommen (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 - EnVR 12/12 - juris Rn. 10, 21 ff. - Stadtwerke Konstanz GmbH - in Bezug auf die Auswahl der einzelnen Parameter und Methoden bei der Durchführung des Effizienzvergleichs nach §§ 12 ff. der Anreizregulierungsverordnung (ARegV), Beschluss vom 22. Juli 2014 - EnVR 59/12 - juris Rn. 12 ff. - Stromnetz Berlin GmbH - in Bezug auf die Bestimmung des Qualitätselements nach §§ 19, 20 ARegV). Der Bundesgerichtshof hat insoweit auf die entsprechende telekommunikationsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts mehrfach ausdrücklich Bezug genommen (vgl. BVerwG, Urteile vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 und vom 23. November 2011 - 6 C 11.10 - Buchholz 442.066 § 24 TKG Nr. 5). Demgegenüber betrafen diejenigen - überwiegend deutlich älteren - Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, auf die sich die Klä-

gerin stützt, ausnahmslos die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Preisgestaltung des jeweils betroffenen Unternehmens einen Missbrauch darstellt, gegen den die Kartellbehörde einschreiten kann. In dem - von der Klägerin besonders hervorgehobenen - Beschluss vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04 - (BGHZ 163, 282 - Stadtwerke Mainz -) ging es um einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB (jetzt: § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) bei der Erhebung von Netznutzungsentgelten durch ein kommunales Energieversorgungsunternehmen. Die Festlegung einer Missbrauchsgrenze unterscheidet sich jedoch substantiell von dem hier vorliegenden Fall der Bestimmung des Preises, der dem in § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG genannten Genehmigungsmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht. Denn der Vorwurf einer missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung ist mit einem Unwerturteil verbunden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Dezember 1976 - KVR 2/76 - BGHZ 68, 23 = juris Rn. 51 f.; vom 22. Juli 1999 - KVR 12/98 - BGHZ 142, 239 = juris Rn. 24 und vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04 - BGHZ 163, 282 = juris Rn. 32). Ob das Wettbewerbsverhalten eines Unternehmens den Missbrauchsvorwurf rechtfertigt, muss daher rechtlich eindeutig bestimmt sein und kann nicht von einer partiell unter Abwägungsgesichtspunkten zu treffenden Behördenentscheidung abhängen. Im Zweifelsfall ist nur diejenige Entscheidung rechtmäßig, die den nach Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Preisgestaltungsspielraum des Unternehmens am geringsten begrenzt.

- 43 (7) Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen ist die Ausfüllung des der Beklagten bei der Auswahl der Vergleichsmärkte eingeräumten Beurteilungsspielraums nicht aus dem Grund rechtlich zu beanstanden, dass sie die Vergleichsmarktbetrachtung in einem ersten Schritt auf internationale Märkte und in diesem Rahmen pauschal auf die so genannten EU-15-Staaten begrenzt hat.
- 44 Die Heranziehung nationaler Vergleichsmärkte kam als Alternative nicht in Betracht, da nach den vom Verwaltungsgericht gebilligten Feststellungen der Bundesnetzagentur bis zum Entscheidungszeitpunkt für keinen deutschen Mobilfunknetzbetreiber kostenorientierte Entgelte quantifiziert werden konnten. Eine Ausweitung der Vergleichsmarktbetrachtung auf alle Mitgliedstaaten der Euro-

päischen Union war indes rechtlich nicht geboten. Obwohl der Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG nicht nach der Dauer der Öffnung der Märkte für den Wettbewerb differenziert, entspricht es jedenfalls dem Sinn und Zweck der Vergleichsmarktbetrachtung, vorzugsweise solche Märkte heranzuziehen, die bereits seit längerer Zeit dem Wettbewerb geöffnet sind und bei denen deshalb eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sich Ansätze von Wettbewerbsstrukturen entwickelt haben (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 - Buchholz 442.066 § 38 TKG Nr. 2 Rn. 30 sowie Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 20). Die Gegenauffassung, es seien alle Preise mit gleichem Gewicht zu berücksichtigen, welche von den jeweils zuständigen nationalen Regulierungsbehörden im Anwendungsbereich der europäischen Richtlinien innerhalb des rechtlichen Rahmens eines - im Wege des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens abgestimmten - Marktregulierungsverfahrens am Maßstab der Kostenorientierung festgesetzt worden seien (vgl. Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 9), vernachlässigt die Vorgabe, dass die herangezogenen Märkte hinreichend vergleichbar sein müssen und nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2 TKG zudem „Besonderheiten der Vergleichsmärkte“ zu berücksichtigen sind. Hierbei kann nicht ausgeblendet werden, inwieweit sich bereits Wettbewerbsstrukturen herausgebildet haben. Je weniger es sich bei den Vergleichspreisen um im Wettbewerb - als dem optimalen Preisfindungsmechanismus - ermittelte Preise, sondern lediglich um künstliche - und möglicherweise sogar fehlerhafte Preise anderer Regulierungsinstanzen, handelt, desto geringer ist ihre Aussagekraft (vgl. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 320 f.; Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 28; Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand: März 2007, § 35 Rn. 34). Trotz einheitlicher verfahrensrechtlicher und materiellrechtlicher Vorgaben ist davon auszugehen, dass sich der bereits erreichte Grad an Wettbewerb auf einem Vergleichsmarkt bei der Bildung der konkreten Entgelte durch die jeweilige nationale Regulierungsbehörde objektivierend auswirkt. Da eine detaillierte Untersuchung des Standes der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten in allen EU-Mitgliedstaaten im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahren und insbesondere innerhalb der zehnwöchigen Entscheidungsfrist

des § 31 Abs. 6 Satz 3 TKG jedoch kaum durchführbar ist, konnte sich die Bundesnetzagentur insoweit auf den Zeitpunkt der Marktöffnung und die Dauer der Geltung der unionsrechtlichen Vorgaben in den jeweiligen Mitgliedstaaten als Anhaltspunkt stützen.

- 45 (8) An der vorgenommenen Trennung in zwei Vergleichsgruppen - Mobilfunknetzbetreiber mit 900 MHz-Frequenzausstattung einerseits und mit 1800 MHz-Frequenzausstattung andererseits - bei der Auswahl der Vergleichsmärkte war die Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums nicht bereits wegen einer aus dem Effizienzbegriff des § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG folgenden Rechtspflicht zur Genehmigung „symmetrischer“ Entgelte gehindert.
- 46 § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG bestimmt, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur auf einer Prüfung nach der Vergleichsmarktmethode (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG) oder unter Verwendung von Kostenmodellen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TKG) erfolgen kann, soweit die der Bundesnetzagentur vorliegenden Kosteninformationen für eine Prüfung der genehmigungspflichtigen Entgelte nach § 32 Nr. 1 i.V.m. § 33, d.h. auf der Grundlage der vom regulierten Unternehmen vorgelegten Kostennachweise nicht ausreichen. Hierin kommt zum Ausdruck, dass Ausgangspunkt für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in jedem Fall die Kostenunterlagen des entgeltregulierten Unternehmens und damit dessen Ist-Kosten sind (vgl. Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 15, 17; Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 34). Diese Regelungssystematik verliere ihren Sinn, wenn die Effizienz der Kosten ausschließlich nach objektiven Maßstäben zu bestimmen wäre. Wären ohnehin nur symmetrische Entgelte genehmigungsfähig, könnte auf die in § 31 Abs. 5 und 6, § 33 und § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG detailliert ausgestaltete Pflicht des regulierten Unternehmens zur Vorlage von Kostenunterlagen vollständig verzichtet werden. Diese Möglichkeit einer Abweichung vom unternehmensspezifisch zu bestimmenden Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hat der Gesetzgeber jedoch erst mit der - hier noch nicht maßgeblichen - Neufassung des § 31 Abs. 2 Nr. 2 TKG durch das Gesetz vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958) geschaffen, der zufolge die Bundesnetzagentur die Entgelte nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen

abweichend von § 31 Abs. 1 TKG auch auf der Grundlage „anderer“ Vorgehensweisen bestimmen kann.

- 47 Dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung jedenfalls im Ausgangspunkt unternehmensspezifisch für jeden Betreiber zu ermitteln sind, hat der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung vorausgesetzt. So hat er die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht deshalb nicht im Hinblick auf eine Verkürzung unternehmensindividuell benötigter Einnahmen für abwägungsfehlerhaft gehalten, weil die Bundesnetzagentur in ihrer Regulierungspraxis davon ausgeht, dass der Kostenmaßstab nicht absolut, sondern in Relation zu den unternehmensspezifischen Gegebenheiten umzusetzen ist, und dem Effizienzkriterium kein fester Kostensatz, sondern eine Kostenfunktion, insbesondere in Abhängigkeit von der jeweiligen Produktionsmenge entspricht (BVerwG, Urteil vom 2. April 2008 - 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 75). Den beiden von der Klägerin genannten Entscheidungen (BVerwG, Urteile vom 24. Juni 2009 - 6 C 19.08 - Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 3 Rn. 18 und vom 25. November 2009 - 6 C 34.08 - Buchholz 442.066 § 31 TKG Nr. 1 Rn. 19) ist keine andere Auffassung zu entnehmen. Soweit der Senat dort ausgeführt hat, die Aufgabe der Entgeltgenehmigung am Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung bestehe 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 zu optimaler Nutzung der vorhandenen Ressourcen aufgrund der Marktkräfte einstellen würde, folgt hieraus nicht, dass der simulierte Preis notwendig unabhängig von unternehmensspezifischen Gegebenheiten ist.
- 48 Zwar dürfte die von der Klägerin angenommene Rechtspflicht zur Genehmigung „symmetrischer“ Entgelte dem Ansatz der Kommission entsprechen. Nr. 1 der Empfehlung der Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG) zufolge sollten nationale Regulierungsbehörden, die Betreiber aufgrund einer gemäß Artikel 16 der Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2002/21/EG) durchgeführten Marktanalyse als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf den Vorleistungsmärkten für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen einstufen und die-

sen Preiskontroll- und Kostenrechnungsverpflichtungen im Sinne von Art. 13 der Zugangsrichtlinie (Richtlinie 2002/19/EG) auferlegen, Zustellungsentgelte festlegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen. Im Anschluss hieran heißt es: „Damit müssen diese auch symmetrisch sein“. Nach Auffassung der Kommission folgt demnach aus dem Maßstab der Kosten eines effizienten Betreibers zwingend das Gebot symmetrischer Entgelte. Diese Verknüpfung erklärt sich daraus, dass sich der Effizienzbegriff der Kommission - wie sich aus Nr. 3 der Empfehlung ergibt - im Wesentlichen an einem „Bottom-up-Modell“ orientiert. Empfehlungen der Unionsorgane sind jedoch nach Art. 288 Abs. 5 AEUV nicht verbindlich. Soweit Empfehlungen der Kommission nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht durch nationale Behörden und Gerichte unterliegen, wenn sie Aufschluss über die Auslegung zur Durchführung von Unionsrecht erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - C-322/88, Grimaldi - Rn. 18), setzt eine solche indirekte rechtliche Wirkung voraus, dass das nationale Recht hierfür Raum lässt. Dies ist hier nicht der Fall; denn nach der Systematik des Telekommunikationsgesetzes sind - wie ausgeführt - zunächst die vom regulierten Unternehmen vorgelegten Kostennachweise und damit die Ist-Kosten zugrunde zu legen.

- 49 (9) Die Beklagte hat ihren Beurteilungsspielraum bei der Auswahl der Vergleichsmärkte entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht dadurch verletzt, dass sie bestimmte Kosteneinflussgrößen nicht hinreichend als „Besonderheiten der Vergleichsmärkte“ nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2 TKG berücksichtigt hat. Zu diesen Kostenfaktoren zählt die Klägerin Einwohnerzahl, Bevölkerungskonzentration, Verhältnis von Ballungsräumen zu gering besiedelten Gebieten, geografische Ausdehnung sowie die jeweilige Frequenzausstattung der Referenzbetreiber im Verhältnis zu den vorgenannten Faktoren.
- 50 Bei der Vergleichsgruppenbildung im Rahmen der Entscheidung über die Auswahl der Vergleichsmärkte muss die Regulierungsbehörde die in Betracht kommenden Vergleichsmärkte nicht im Einzelnen darauf untersuchen, welche



Kostenfaktoren der Preisbildung jeweils zugrunde liegen. Grundlage für das Vergleichsmarktverfahren nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG sind nicht die Kosten vergleichbarer Unternehmen, sondern ausschließlich die auf den Märkten zu beobachtenden Preise. Eine detaillierte Untersuchung der Kostenstrukturen aller potenziell in die Vergleichsgrundlage einzubeziehenden Unternehmen in anderen EU-Mitgliedstaaten ist im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens praktisch kaum durchführbar; denn dieses muss in der Regel innerhalb der zehnwöchigen Entscheidungsfrist des § 31 Abs. 6 Satz 3 TKG abgeschlossen werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2014 - BVerwG 6 C 10.13 - NVwZ 2014, 1586 Rn. 38). Zudem werden konkrete Kostenparameter der in den Vergleich einbezogenen Auslandsunternehmen vielfach schon wegen der Einstufung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht ermittelbar sein. Hinzu kommt, dass - ebenso wie der relevante Markt - auch die Vergleichsmärkte keinem wirksamen Wettbewerb, sondern der ex-ante-Entgeltregulierung unterliegen und die Preisbildung daher maßgeblich von der Regulierungspraxis der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörden bestimmt wird. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts liegen vielen Vergleichspreisen im Wesentlichen regulierungspolitische Entscheidungen wie etwa die Festlegung so genannter Gleitpfade zugrunde. Dies relativiert die Bedeutung der Kostenfaktoren. Darüber hinaus bestehen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auch im Rahmen der Bestimmung kostenorientierter Preise Entscheidungsspielräume der nationalen Regulierungsbehörden (vgl. EuGH, Urteil vom 24. April 2008 - C-55/06, Arcor - Rn. 116, 151 ff.). Eine kleinteilige Differenzierung nach einzelnen Kostenfaktoren bereits auf der Ebene der Auswahl der Vergleichsmärkte wäre vor diesem Hintergrund nicht geeignet, die real wirksamen Unterschiede bei der Preisbildung auf den regulierten Vergleichsmärkten adäquat abzubilden.

- 51 Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass sich der Bundesnetzagentur angesichts des konkreten Zahlenmaterials nicht aufdrängen musste, näher zu prüfen, ob die Unterschiede der Vergleichsmärkte in Bezug auf die von der Klägerin genannten strukturellen Kosteneinflussgrößen eine engere Vergleichsgruppenbildung nahelegen. Ein klarer Zusammenhang etwa zwischen der Einwohnerzahl oder der Bevölkerungskonzentration und der Höhe der Entgelte ist aus den von

der Beklagten in der Begründung des angefochtenen Beschlusses tabellarisch zusammengestellten Entgelten nicht erkennbar und wird von der Klägerin auch nicht substantiiert dargelegt. Insbesondere die Behauptung, Finnland und Schweden hätten wegen der strukturellen Unterschiede aus der Vergleichsmarktbetrachtung ausgeschlossen werden müssen, was zu einem höheren Vergleichsentgelt zu Gunsten der Klägerin geführt hätte, findet in dem vorliegenden Zahlenmaterial keine Grundlage. Denn sowohl in der Vergleichsgruppe der 900 MHz-Netzbetreiber als auch bei den 1800 MHz-Netzbetreibern liegen die Entgelte der finnischen und schwedischen Betreiber im Durchschnitt nur ganz geringfügig unter dem Durchschnitt der übrigen Entgelte (900 MHz-Netzbetreiber: 9,59 Cent/Minute gegenüber 9,71 Cent/Minute; 1800 MHz-Netzbetreiber: 10,00 Cent/Minute gegenüber 10,45 Cent/Minute). In der Gruppe der 1800 MHz-Netzbetreiber weist das finnische Unternehmen TeliaSonera mit 6,62 Cent/Minute zwar den niedrigsten, das schwedische Unternehmen Vodafone (Telenor Mobil) jedoch sogar den höchsten Tarif auf. Schon diese erhebliche Bandbreite lässt es ausgeschlossen erscheinen, dass sich die in Finnland wie in Schweden gleichermaßen zu verzeichnenden strukturellen Gegebenheiten wie geringe Bevölkerungsdichte und kleine Ballungsräume entscheidend auf die Kostenstruktur ausgewirkt und zu besonders niedrigen Entgelten geführt haben.

- 52 Der von der Klägerin behauptete Zusammenhang erscheint im Übrigen auch nicht plausibel. Denn mit der Einwohnerzahl und damit der Größe des Marktes wird regelmäßig das Terminierungsvolumen steigen, so dass die Stückkosten sinken. Die stärkere Bevölkerungskonzentration in Ballungsräumen im Verhältnis zu gering besiedelten Gebieten dürfte vor allem dazu führen, dass 1800 MHz-Mobilfunksysteme, die nach den Angaben der Beklagten in dem angefochtenen Beschluss eine höhere Systemkapazität haben, im Vergleich zu 900 MHz-Mobilfunksystemen ein größeres Terminierungsvolumen und damit Skalenvorteile generieren. Die Kosten in Ländern wie Finnland und Schweden müssten in diesem Bereich daher eher höher als in Deutschland sein. Die geografische Ausdehnung eines Marktes dürfte hingegen eher zu Kostenvorteilen bei den 900 MHz-Mobilfunksystemen führen, da diese eine deutlich größere Ausbreitungsreichweite aufweisen. Auch dies lässt sich an den vorliegenden

Zahlen jedoch - jedenfalls was die schwedischen Unternehmen betrifft - gerade nicht ablesen.

- 53 (10) Mit ihrem Vorgehen, für jede Vergleichsgruppe das arithmetische Mittel als so genannte „efficient frontier“ zu errechnen und anschließend unter Berücksichtigung lediglich derjenigen Unternehmen, deren Entgelte auf oder unter dem Mittelwert liegen, erneut das arithmetische Mittel zu bilden, hat die Bundesnetzagentur ebenfalls nicht die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschritten.
- 54 Der der Bundesnetzagentur bei der Auswahl der Vergleichsmärkte eingeräumte Beurteilungsspielraum erstreckt sich auch auf das Verfahren, mit dem der maßgebliche Vergleichspreis auf der Grundlage der durch die Vergleichsmarktbeurteilung ermittelten Daten ermittelt wird. Dieses Verfahren ist weder unter rechtlichen noch unter ökonomischen Gesichtspunkten zwingend vorgegeben. In diesem Zusammenhang ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Behörde davon ausgeht, dass weder der kartellrechtliche Maßstab des „höchsten unverzerrten Wettbewerbspreises“ noch der Preis eines durchschnittlichen Anbieters („average practice“) den Anforderungen des nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG geltenden Genehmigungsmaßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ausreichend Rechnung tragen. Denn bei der Vergleichsmarktbeurteilung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG handelt es sich lediglich um eine Methode zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die jedoch nicht gleichzeitig zu einer Änderung des inhaltlichen Maßstabs der Kostenprüfung führt (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 Rn. 23). Jedenfalls im Grundsatz wird die Regulierungsbehörde daher auf die günstigsten Preise der Vergleichsmärkte („best practice“) abstellen müssen (vgl. in diesem Sinne Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 22; Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand: März 2007, § 35 Rn. 39; Koenig/Senger, MMR 2007, 290 <293>; a.A. Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 22). Dieser Annahme steht nicht der Einwand der Klägerin entgegen, niedrige Kosten sprächen nicht zwangsläufig für eine effiziente Leistungsbereitstellung. Denn jedenfalls bei einer Leistung, die - wie die hier in Rede stehende

Anrufzustellung in das Mobilfunknetz eines Netzbetreibers - allenfalls eine geringe qualitative Variationsbreite aufweist, besteht insoweit eine Indizwirkung. Hiervon kann die Bundesnetzagentur auch deshalb regelmäßig ausgehen, weil ihr - wie bereits erwähnt - innerhalb der zehnwöchigen Entscheidungsfrist des § 31 Abs. 6 Satz 3 TKG eine detaillierte Untersuchung der Kostenstrukturen aller potenziell in die Vergleichsgrundlage einzubeziehenden Unternehmen in anderen EU-Mitgliedstaaten kaum möglich sein wird und konkrete Kostenparameter der in den Vergleich einbezogenen Auslandsunternehmen vielfach schon wegen des Schutzes als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht zu ermitteln sein dürften. Muss die Regulierungsbehörde im Rahmen der Vergleichsmarktmethode nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG grundsätzlich auf die günstigsten Preise der Vergleichsmärkte („best practice“) abstellen, werden die Belange des entgeltregulierten Unternehmens nicht nachteilig berührt, wenn sich die Behörde für ein Verfahren entscheidet, das im Sinne einer „modifizierten“ Bestenbetrachtung auch höhere Entgelte rechnerisch in die Vergleichsgrundlage einbezieht.

- 55 (11) Ein Fehler bei der Ausfüllung des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums ist der Beklagten jedoch dadurch unterlaufen, dass sie bei der Bildung separater Vergleichsgruppen für die 900 MHz- und 1800 MHz-Betreiber in tatsächlicher Hinsicht nicht hinreichend aufgeklärt hat, ob zum Entscheidungszeitpunkt noch wesentliche Kostenunterschiede aufgrund der Frequenzausstattung oder zumindest eine Korrelation zwischen den Kriterien Frequenzausstattung, Marktanteil und Markteintrittszeitpunkt bestanden.
- 56 Bei ihrer Entscheidung, zwei unterschiedliche Vergleichsgruppen zu bilden, „um den frequenzbedingten netzinfrastrukturspezifischen Besonderheiten der Netzbetreiber gesondert Rechnung zu tragen“, hat die Beschlusskammer - zumindest auch - auf Kostenunterschiede aufgrund der Frequenzausstattung abgestellt. Diesem Befund lässt sich nicht mit dem Verwaltungsgericht entgegenhalten, die Beklagte habe in dem angefochtenen Beschluss erkannt, dass die Unterschiede zum Zeitpunkt der Entscheidung „nicht mehr sehr gravierend“ gewesen seien. In der Beschlussbegründung werden die frequenzausstattungsbedingten Kostenunterschiede zwar relativiert, indem Vor- und Nachteile

beider Mobilfunksysteme, die auf physikalisch bedingte Unterschiede bei der maximalen Zellgröße zurückzuführen sind, gegenübergestellt werden. In diesem Zusammenhang hat die Beschlusskammer ausgeführt, dass bei 1800 MHz-Systemen in ländlichen Gebieten mit geringerer Bevölkerungsdichte eine höhere Anzahl von Mobilfunk-Basisstationen erforderlich sei. In Regionen mit höherer Bevölkerungsdichte wiesen hingegen die 1800 MHz-Systeme einen deutlichen Vorteil gegenüber den 900 MHz-Systemen auf, weil die maximale Zellgröße dort nicht von der Ausbreitungsreichweite, sondern von der Systemkapazität und daher von der Anzahl der maximal gleichzeitig möglichen Telefongespräche in einer Zelle bestimmt werde. Bei Abwägung der beiden gegenläufigen (Kosten-)Faktoren lasse sich daher ein wesentlicher Nachteil der 1800 MHz-Systeme - wie im Ergebnis einer von der ökonomischen Fachabteilung durchgeführten Modellrechnung deutlich werde - nicht erkennen. Ungeachtet dieser Feststellung hat die Bundesnetzagentur jedoch ausdrücklich an der Annahme frequenzausstattungsbedingter Kostenunterschiede festgehalten und - unter anderem - hiermit die „Tarifspreizung zugunsten der E-Netzbetreiber“ begründet. Lediglich eine im Entgeltgenehmigungsverfahren geforderte noch „deutlich höhere Tarifspreizung“ hält sie nicht aufgrund der Kostenunterschiede der Frequenzausstattung zwischen den nationalen D- und E-Netzbetreibern für sachlich gerechtfertigt.

- 57 Angesichts der erwähnten, auf eine Modellrechnung ihrer eigenen ökonomischen Fachabteilung gestützten Feststellung, dass ein wesentlicher Nachteil der 1800 MHz-Systeme letztlich nicht erkennbar sei, hätte es sich für die Beklagte aufdrängen müssen, zu ermitteln, ob zum Entscheidungszeitpunkt noch frequenzausstattungsbedingte Kostenunterschiede in einer relevanten Größenordnung zwischen den Netzbetreibern vorgelegen haben, die eine Differenzierung zwischen 900 MHz-Betreibern und 1800 MHz-Betreibern rechtfertigen konnten. Stattdessen hat sie lediglich auf den indiziellen Charakter der Ergebnisse des internationalen Tarifvergleichs verwiesen. Diese Tarifergebnisse implizierten, „dass im aktuellen internationalen Vergleich die aktuellen und in die nähere Zukunft gerichteten durchschnittlichen Kosten für die Terminierungsleistungen der 900 MHz-Netzbetreiber offensichtlich unter jenen der 1800 MHz-Netzbetreiber“ lägen. Diese Beobachtung ist jedoch nicht geeignet, die behörd-

liche Sachverhaltsermittlung zu ersetzen. Selbst die Indizwirkung der in der Tabelle aufgeführten Werte ist lediglich schwach. Zwar ist dem tabellarischen Überblick auf Seite 30 ff. der Beschlussbegründung zu entnehmen, dass die Tarife der 22 Mobilfunknetzbetreiber mit 900 MHz-Frequenzausstattung im Durchschnitt unter denjenigen der 11 Mobilfunknetzbetreiber mit 1800 MHz-Frequenzausstattung liegen und es sich bei den Betreibern mit den niedrigsten Entgelten durchgehend um Mobilfunknetzbetreiber mit 900 MHz-Frequenzausstattung handelt. Während die Spanne bei den 900 MHz-Netzbetreibern bereits bei einem Wert von 6,62 Cent/Minute (TeliaSonera aus Finnland) beginnt, liegt der niedrigste Tarif in der Gruppe der 1800 MHz-Netzbetreiber bei 9,11 Cent/Minute (T-Mobile und Orange aus Großbritannien). Insgesamt liegen die Tarife von 11 der 22 Netzbetreiber mit 900 MHz-Frequenzausstattung unterhalb dieses Werts. Andererseits finden sich aber in der Gruppe der Netzbetreiber mit 900 MHz-Frequenzausstattung auch die beiden Unternehmen mit den höchsten Entgelten (Vodafone <Telenor Mobil> aus Schweden: 14,61 Cent/Minute, sowie Meteor aus Irland: 14,12 Cent/Minute). Dass die durchschnittlichen Kosten für die Terminierungsleistungen der 900 MHz-Netzbetreiber offensichtlich unter jenen der 1800 MHz-Netzbetreiber liegen, lässt sich jedenfalls mit diesen Zahlen nicht hinreichend belegen.

- 58 Der festzustellende Mangel der behördlichen Ermittlung des Sachverhalts in Bezug auf die Frage, ob zum Entscheidungszeitpunkt überhaupt (noch) Kostenunterschiede zwischen den Netzbetreibern aufgrund der Frequenzausstattung in einer relevanten Größenordnung bestanden haben, ist auch nicht im Hinblick auf die Annahme des Verwaltungsgerichts unerheblich, dass sich in den beiden Vergleichsgruppen neben der Frequenzausstattung überwiegend weitergehende Übereinstimmungen, wie z.B. bei der Gruppe der Mobilfunknetzbetreiber mit 1800 MHz-Frequenzausstattung ein - gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern mit 900 MHz Frequenzausstattung - späterer Markteintritt und damit verbundene geringere Marktanteile zeigten. Zwar ist der Beschlussbegründung zu entnehmen, dass die Tarifspreizung zu Gunsten der E-Netzbetreiber nicht nur die „frequenzausstattungsbedingt höheren Kosten der Netzinfrastruktur“, sondern auch „den späteren Markteintritt sowie den geringeren Marktanteil“ der Klägerin im Vergleich zu den nationalen D-Netzbetreibern

berücksichtigen soll. Ob ein Zusammenhang zwischen den genannten Kriterien in der Weise besteht, dass eine 1800-MHz-Frequenzausstattung mit einem späteren Markteintritt und in der Folge mit geringeren Marktanteilen einhergeht und aus diesem Grund zu höheren Kosten führt, hätte jedoch ebenfalls Gegenstand einer vollständigen und zutreffenden Sachverhaltsermittlung sein müssen, wenn es hierauf entscheidungserheblich ankam. Dass diese erfolgt wäre, lässt sich der Begründung des angefochtenen Beschlusses nicht entnehmen.

- 59 Die Bundesnetzagentur hat sich im Rahmen der Begründung der vorgenommenen Tarifspreizung darauf beschränkt, den Zusammenhang zwischen den „frequenzausstattungsbedingt höheren Kosten der Netzinfrastruktur“, dem „späteren Markteintritt“ sowie den „geringeren Marktanteilen“ und den „daraus resultierenden ungünstigeren Skaleneffekten“ der nationalen E-Netzbetreiber im Vergleich zu den nationalen D-Netzbetreibern lediglich zu behaupten. Unproblematisch und daher nicht weiter aufklärungsbedürftig ist dies jedoch nur in Bezug auf das letzte Glied dieser Ursachenkette. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, führen geringere Marktanteile wegen der damit verbundenen geringeren Gesprächsvolumina dazu, dass sich die Netzinfrastrukturkosten auf weniger Terminierungsminuten verteilen. Dies hat höhere Stückkosten zur Folge, die letztlich in die Kostenrechnung einfließen. Die mit diesen ungünstigeren Skaleneffekten verbundenen Kostennachteile können als ökonomisches Basiswissen unterstellt werden, ohne dass es hierzu weiterer Ermittlungen bedarf. Dass die nationalen E-Netzbetreiber (E-Plus und Telefónica) zum Entscheidungszeitpunkt über geringere Marktanteile als die nationalen D-Netzbetreiber (Deutsche Telekom und die Klägerin) verfügt haben, kann ebenfalls als allgemein bekannt unterstellt werden. Anders verhält es sich jedoch mit dem von der Bundesnetzagentur angenommenen Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Markteintrittszeitpunkten sowie zwischen Markteintrittszeitpunkten und Frequenzausstattung. In der Begründung des angefochtenen Beschlusses wird dieser Zusammenhang ohne weitere Erläuterung vorausgesetzt. Soweit das Verwaltungsgericht es für „nachvollziehbar“ hält, dass der geringere Marktanteil, den die sog. E-Netzbetreiber noch im Jahre 2006 gegenüber den D-Netzbetreibern zu verzeichnen hatten, „durch ihren späteren Markteintritt“ bedingt sei, ist daher nicht erkennbar, worauf es diese Bewertung stützt.

- 60 Auf die im gerichtlichen Verfahren nachgeschobenen Erläuterungen der Beklagten kann nicht abgestellt werden, da - wie oben ausgeführt - für die gerichtliche Kontrolle des der Regulierungsbehörde eingeräumten Entscheidungsspielraums allein die Begründung der Behördenentscheidung maßgeblich ist. Unabhängig davon wird die Feststellung einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung durch das Vorbringen der Beklagten in der Revisionserwiderung eher noch bestätigt. In äußerst allgemeiner Weise wird dort ausgeführt, dass bedingt u.a. durch die unterschiedlichen Frequenzgrundausstattungen zwischen den D- und E-Netzbetreibern auch unterschiedliche technische Realisierungsmöglichkeiten für den erstmaligen Netzausbau mit ebenfalls daraus resultierenden unterschiedlichen Kostenstrukturen einhergegangen seien, welche zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung im Kalenderjahr 2006 noch nicht vollständig angeglichen gewesen seien. Bei einer Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse auf den Mobilfunkmärkten habe sich gezeigt, dass neben den Frequenzausstattungen auch die unterschiedlichen Markteintrittszeitpunkte und die daraus resultierenden Entwicklungen der Marktvolumina (im Sinne von Marktanteilen) von Belang gewesen seien. Eine nähere Beschreibung der betrachteten „tatsächlichen Verhältnisse auf den Mobilfunkmärkten“ unterbleibt indes ebenso wie eine Erläuterung, in welcher Weise sich etwa die unterschiedlichen technischen Realisierungsmöglichkeiten für den erstmaligen Netzausbau auf die Kostenstrukturen konkret auswirken.
- 61 Dass ein späterer Markteintritt zwingend zu strukturellen Wettbewerbsnachteilen führt, ist im Übrigen auch nicht ohne Weiteres plausibel. Die Beklagte hat in ihrer Revisionserwiderung in dem parallel terminierten, durch Rücknahme der Klage in der mündlichen Verhandlung erledigten Verfahren BVerwG 6 C 27.13 selbst ausgeführt, dass die dortige Klägerin aufgrund ihres späteren Markteintritts im Vergleich zu ihren nationalen Mitkonkurrenten von der rechtlichen und faktischen Verpflichtung einer umfassenden Netzabdeckung und damit des umgehenden kompletten Ausbaus ihres Mobilfunknetzes befreit gewesen sei und durch die Möglichkeit von National Roaming mit T-Mobile die bei ihren Konkurrenten anfallenden hohen Kosten des „Vollausbaus“ deutlich habe absenken können. Zudem dürften die enormen Risiken, die die Pionieranbieter trügen,



nicht vernachlässigt werden. Gerade in Massenmärkten wie der Telekommunikation seien Pionieranbieter gezwungen, mit niedrigen Preisen den Markt zu durchdringen. Ein spät eintretender Anbieter könne auch im Hinblick auf seine u. U. besser ausgereiften Angebote höhere Preise verlangen als ein Pionier. Zudem habe bereits praktisch erprobte Technik zur Verfügung gestanden.

- 62 (12) Mangels hinreichender Ermittlung des erheblichen Sachverhalts hat die Beklagte darüber hinaus auch bei der Entscheidung über Zu- und Abschläge ihren Beurteilungsspielraum nicht fehlerfrei ausgefüllt.
- 63 Zwar hat die Beschlusskammer nicht verkannt, dass Zuschläge im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung sowohl zum Ausgleich von den Preis beeinflussenden Faktoren, insbesondere Unterschieden in der Marktstruktur, als auch zum Ausgleich von Unsicherheiten der Vergleichsbasis in Betracht kommen. Auch hält sich die Entscheidung der Bundesnetzagentur, den strukturellen Unterschieden zwischen den Vergleichsmärkten, insbesondere in Bezug auf die geographische Ausdehnung, die Netztopografie, die Bevölkerungsdichte oder die Ballungsräume, nicht durch einen Korrekturzuschlag Rechnung zu tragen, im Rahmen des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums. Denn wie bereits ausgeführt, findet die Behauptung der Klägerin, die von ihr genannten Faktoren würden die Kostenstruktur und damit die Höhe der Terminierungsentgelte auf den Vergleichsmärkten erheblich beeinflussen, in dem vorliegenden Zahlenmaterial keine ausreichende Grundlage. Die von der Klägerin unter Hinweis darauf, Sachverhaltungewissheiten dürften nicht zu ihren Lasten gehen, geforderte Erhöhung des Sicherheitszuschlags musste die Beklagte ebenfalls nicht in Betracht ziehen. Hierfür bestand schon deshalb kein Anlass, weil das regulierte Unternehmen - wie ausgeführt - durch Vorlage hinreichend aussagekräftiger Kostenunterlagen verhindern kann, dass die Bundesnetzagentur überhaupt berechtigt ist, eine isolierte Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG durchzuführen.
- 64 Auf einer fehlerhaften Ausfüllung des Beurteilungsspielraums beruht jedoch die Entscheidung, von einem (weiteren) Zuschlag zur Berücksichtigung der UMTS-Lizenzgebühr abzusehen. Die Beschlusskammer hat dies damit begründet,

dass durch die getroffene Auswahl der Mobilfunknetzbetreiber in den Tarifen implizit ein Kostenanteil für die UMTS-Lizenzgebühr berücksichtigt werde. Dem Ergebnis einer von ihr durchgeführten internationalen Abfrage zufolge seien UMTS-spezifische Kosten vornehmlich in den Ländern berücksichtigt worden, in denen vergleichsweise hohe Summen für UMTS-Lizenzen gezahlt worden seien. Die fraglichen Länder - Großbritannien, Frankreich und Italien - seien in den internationalen Tarifvergleich einbezogen worden. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass die im Vereinigten Königreich von den dortigen UMTS-Lizenznehmern bezahlten Lizenzgebühren, die ebenso wie in Deutschland im Rahmen einer Auktion ermittelt worden seien, umgerechnet pro Kopf der Bevölkerung sogar noch ein geringfügig höheres Niveau als in Deutschland aufwiesen, die britischen Tarife allerdings noch deutlich unter den im Rahmen der streitgegenständlichen Genehmigung festgesetzten Tarife lägen. In den Tarifvergleich seien zudem ausschließlich Mobilfunknetzbetreiber mit gemeinsamer GSM-/UMTS-Netzinfrastruktur einbezogen worden. Dadurch werde eine angemessene Berücksichtigung der Kosten für die UMTS-Netzinfrastruktur in den Tarifen gewährleistet.

- 65 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz lässt sich die Entscheidung, keinen weiteren Zuschlag wegen der in Deutschland gezahlten UMTS-Lizenzgebühren zu gewähren, mit diesen Ausführungen nicht ausreichend begründen. Die Revision macht zu Recht geltend, die indirekte Berücksichtigung der UMTS-Lizenzgebühren sei hier jedenfalls deshalb nicht vertretbar, weil die in Großbritannien angefallenen UMTS-Lizenzkosten in der von der Beklagten berücksichtigten Entscheidung der britischen Regulierungsbehörde Ofcom noch gar nicht eingegangen gewesen seien. Dies entspricht den Feststellungen des Verwaltungsgerichts, denen zufolge in Großbritannien bei der Entgeltgenehmigung der britischen Regulierungsbehörde die UMTS-Lizenzgebühren erst ab April 2007 in mehr oder weniger großem Umfang Berücksichtigung gefunden haben. Angesichts dieser Tatsache hätte die Beklagte die Ablehnung eines Korrekturzuschlags für UMTS-Lizenzkosten nicht maßgeblich mit dem Hinweis auf die im Vereinigten Königreich von den dortigen UMTS-Lizenznehmern bezahlten hohen Lizenzgebühren begründen dürfen. Sind diese UMTS-Lizenzkosten nachweislich bei der Festlegung der Terminierungsentgelte durch die britische Regu-

lierungsbehörde gar nicht berücksichtigt worden, beruht die Entscheidung der Bundesnetzagentur insoweit auf einer fehlerhaften Ermittlung des erheblichen Sachverhalts.

- 66 Dieser Feststellung lässt sich nicht mit dem Verwaltungsgericht entgegenhalten, dass in dem angefochtenen Beschluss Aussagen über die genaue Höhe der berücksichtigten UMTS-Lizenzgebühren gerade nicht getroffen würden. Dies trifft zwar zu, ändert jedoch nichts daran, dass der Ansatz der Beklagten, die UMTS-Lizenzgebühren „indirekt“ zu berücksichtigen, auf der Prämisse beruht, dass in den in die Vergleichsmarktbetrachtung einbezogenen Ländern vergleichsweise hohe UMTS-Lizenzgebühren nicht nur gezahlt, sondern auch tatsächlich in die Bildung der Vergleichspreise eingegangen seien. Dies ist jedoch hinsichtlich der britischen Netzbetreiber nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts jedenfalls zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung der Bundesnetzagentur noch nicht der Fall gewesen. Auf die britischen Netzbetreiber kam es aber in besonderem Maße an, da nur sie mit ähnlich hohen UMTS-Lizenzgebühren wie die deutschen Netzbetreiber belastet waren. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass die Mobilfunknetzbetreiber in den anderen EU-Mitgliedstaaten sowohl absolut wie auch relativ nicht annähernd so hohe UMTS-Lizenzgebühren gezahlt haben wie die Mobilfunknetzbetreiber in Deutschland. Aus allgemein zugänglichen Quellen (vgl. etwa Gerpott, MMR 2007, 83) ergibt sich, dass die absolute Höhe der von UMTS-Lizenznehmern zwischen 1999 und 2002 gezahlten Lizenzgebühren zwischen 0,- Euro in Finnland, Luxemburg und Schweden (abgesehen von Gebühren zur Deckung von Verwaltungskosten) bis zu 50,8 Mrd. Euro in Deutschland und 38,3 Mrd. Euro in Großbritannien variierte. Unabhängig davon, ob auf die absoluten Lizenzpreise oder auf die Preise pro Einwohner abgestellt wird, ist im Ergebnis eindeutig festzustellen, dass der Unterschied zwischen den in Deutschland und Großbritannien einerseits sowie den übrigen EU-15-Staaten andererseits gezahlten UMTS-Lizenzpreisen erheblich ist (vgl. Gerpott, MMR 2007, 83). Da die UMTS-Lizenzgebühren gerade bei den Entgeltgenehmigungen der britischen Regulierungsbehörde erst ab April 2007 und damit jedenfalls deutlich nach dem Zeitpunkt der angefochtenen Entgeltgenehmigungsentscheidung Berücksichtigung gefunden haben, ist die entscheidungstragende Annahme der Beklagten, die

vergleichsweise hohen UMTS-Lizenzgebühren in Großbritannien könnten durch die Einbeziehung der britischen Netzbetreiber in die Vergleichsmarktbetrachtung „indirekt“ berücksichtigt werden, unzutreffend.

- 67 (13) Ob die Bundesnetzagentur bei der Auswahl der Vergleichsmärkte ihren Beurteilungsspielraum schließlich auch deshalb fehlerhaft ausgefüllt hat, weil sie die gültigen Verfahrensbestimmungen nicht eingehalten hat, kann im Ergebnis offen bleiben.
- 68 Dies könnte hier aus dem bereits genannten Grund fraglich sein, dass vor Erteilung der Entgeltgenehmigung kein unionsweites Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 Abs. 2 TKG durchgeführt worden ist. Zwar kann sich die Klägerin - wie oben ausgeführt - nicht unmittelbar auf die Verletzung dieser Verfahrensvorschrift berufen, da diese nicht drittschützend ist. Das Gericht ist insoweit jedoch nicht an der Feststellung eines auf der Nichtbeachtung der Verfahrensbestimmungen beruhenden Fehlers der Regulierungsbehörde bei der Ausfüllung ihres Beurteilungsspielraums gehindert. Da die Regulierungsbehörde nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 TKG den im Rahmen dieses Verfahrens abgegebenen Stellungnahmen der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden weitestgehend Rechnung zu tragen hat, hätte sich die Durchführung des Konsolidierungsverfahrens auf die Entscheidung über die Auswahl der Vergleichsmärkte auswirken können. Aufgrund der in § 12 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 TKG enthaltenen Wertungsvorgabe können die von der Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden geltend gemachten Belange in der Abwägung grundsätzlich nur dann überwunden werden, wenn vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten vorliegen oder wenn gegenläufige öffentliche oder private Belange zu berücksichtigen sind, denen nach der besonders zu begründenden Einschätzung der Bundesnetzagentur im konkreten Einzelfall ein so hohes Gewicht zukommt, dass ihr Zurücktreten nicht gerechtfertigt erscheint (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2014 - 6 C 10.13 - NVwZ 2014, 1586 Rn. 32 m.w.N.).
- 69 Letztlich kommt es hierauf aber deshalb nicht entscheidungserheblich an, weil die Bundesnetzagentur den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum bereits aus

anderen Gründen fehlerhaft ausgefüllt hat. Es bedarf daher hier auch keiner Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union zur Klärung der Frage, ob Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie dahin auszulegen ist, dass eine nationale Regulierungsbehörde, die einen Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet hat, Mobilfunkterminierungsleistungen zu erbringen, und die hierfür verlangten Entgelte unter Einhaltung des in der genannten Richtlinienbestimmung vorgesehenen Verfahrens der Genehmigungspflicht unterworfen hat, verpflichtet ist, das Verfahren nach Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie vor jeder Genehmigung konkret beantragter Entgelte erneut durchzuführen (vgl. hierzu BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2014 - 6 C 10.13 - NVwZ 2014, 1586).

- 70 (14) Im Ergebnis hat die Bundesnetzagentur den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung über die Auswahl der Vergleichsmärkte und der Entscheidung über Zu- bzw. Abschläge jedenfalls deshalb nicht fehlerfrei ausgefüllt, weil sie - erstens - nicht ermittelt hat, ob im Zeitpunkt ihrer Entscheidung überhaupt (noch) in einer relevanten Größenordnung Kostenunterschiede zwischen den Netzbetreibern aufgrund ihrer jeweiligen Frequenzausstattung oder des hiermit möglicherweise zusammenhängenden Zeitpunkts ihres Markteintritts bestanden haben, und - zweitens - ihre Entscheidung, von einem (weiteren) Zuschlag zur Berücksichtigung der UMTS-Lizenzgebühr abzusehen, auf der unzutreffenden Sachverhaltsannahme beruht, die hohen UMTS-Lizenzkosten im Vereinigten Königreich seien in die Festlegung der Terminierungsentgelte durch die britische Regulierungsbehörde eingegangen und daher bei der Vergleichsmarktbetrachtung indirekt berücksichtigt worden. Die teilweise Ablehnung des weitergehenden Entgeltgenehmigungsantrags (Ziff. 4. des angegriffenen Beschlusses) ist daher rechtswidrig und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Da die Bundesnetzagentur bei ihren im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung zu treffenden Entscheidungen über die Auswahl der Vergleichsmärkte sowie über Zu- und Abschläge über einen Beurteilungsspielraum verfügt, dessen Ausübung das Gericht nicht vorgeifen darf, steht dem begehrten Verpflichtungsausspruch zwar die fehlende Spruchreife der Sache entgegen (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Das Verwaltungsgericht hätte die Beklagte jedoch gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO zur

Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verpflichten müssen. Soweit es die Verpflichtungsklage gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 16. November 2006 - BK 3a/b-06-011/E 07.09.06 - abgewiesen hat, verletzt das erstinstanzliche Urteil daher Bundesrecht.

- 71 bb) Ist § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verfassungsgemäß, stellt sich das angefochtene Urteil jedoch aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Die Gültigkeit des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG vorausgesetzt, ist die auf die Verpflichtung der rückwirkenden Genehmigung eines höheren Entgelts für die Terminierungsleistung V.1 der Klägerin gerichtete Klage jedenfalls deshalb unbegründet, weil eine Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG nicht ergangen ist und das Gericht die Bundesnetzagentur daher nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG nicht zur Erteilung der begehrten Genehmigung eines höheren Entgelts für die Terminierungsleistung V.1 der Klägerin für den bereits abgelaufenen Zeitraum vom 30. August 2006 bis zum 30. November 2007 verpflichten darf.
- 72 Wegen des Ablaufs des Genehmigungszeitraums setzt der Erfolg der Verpflichtungsklage voraus, dass die begehrte Genehmigung höherer Entgelte Rückwirkung entfaltet. Die in § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG grundsätzlich vorgesehene Rückwirkung der Genehmigung auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung und damit auf den streitgegenständlichen Genehmigungszeitraum ist jedoch durch § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG ausgeschlossen, wenn die Genehmigung höherer Entgelte auf ein Verpflichtungsurteil hin ergeht und eine einstweilige Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG i.V.m. § 123 Abs. 1 VwGO nicht ergangen ist. So verhält es sich hier. Den Antrag der Klägerin, die Beklagte zu verpflichten, bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung ihrer Klage das von ihr beantragte Entgelt für die Leistung V.1 in Höhe von 11 Cent/Minute mit Wirkung ab Eintritt der Entgeltgenehmigungspflicht vorläufig zu genehmigen, hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 20. Juni 2007 abgelehnt. Nach der Senatsrechtsprechung führt § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG insoweit zwar nicht zum Erlöschen des materiellen Genehmigungsanspruchs, schränkt jedoch den prozessualen Anspruch auf Verpflichtung zum Erlass des begehrten Verwaltungsakts und damit die Befugnis der Gerichte ein, die Bundesnetzagentur rückwir-

kend zur Genehmigung höherer als der ursprünglich genehmigten Entgelte zu verpflichten (BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - BVerwGE 149, 94 Rn. 19).

- 73 Zwar ist der hier vorliegende Fall, dass das Gericht in der Hauptsache die Regulierungsbehörde nur zu einer Neubescheidung unter Berücksichtigung der Auffassung des Gerichts verpflichten kann, in § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG nicht ausdrücklich geregelt. Eine entsprechende Anwendung der Rückwirkungssperre auch in diesen Fällen ist jedoch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift geboten. Dieser besteht darin, die Wettbewerber des regulierten Unternehmens, die mit diesem Zugangsverträge geschlossen und auf der Basis genehmigter Entgelte Leistungen bezogen haben, vor hohen Nachzahlungen und dem Erfordernis entsprechender Rückstellungen zu schützen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - BVerwGE 149, 94 Rn. 35). Das bei einer uneingeschränkten Rückwirkung bestehende Risiko der Wettbewerber, hohe Nachzahlungen leisten zu müssen, und der hieraus folgende Zwang zu entsprechenden Rückstellungen, wird im Fall von Bescheidungsurteilen im Vergleich zu Verpflichtungsurteilen eher noch verschärft, weil bis zur endgültigen Entscheidung regelmäßig noch weitere Zeit verstreicht. Gemessen an dem Schutzzweck des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG macht es daher keinen Unterschied, ob das Gericht die Behörde zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet, die höheren Entgelte selbst festlegt oder die Behörde zur Neubescheidung verpflichtet (vgl. auch Schuster/Ruhle, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 35 Rn. 74).
- 74 b) Ist § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG hingegen verfassungswidrig und nichtig, hat die Revision der Klägerin zumindest teilweise Erfolg. Die Regelung stünde dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Erteilung einer gemäß § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG rückwirkenden Genehmigung eines höheren Entgelts nicht entgegen. Sie könnte daher auch nicht dem hier nur in Betracht kommenden Anspruch der Klägerin auf Neubescheidung ihres weitergehenden Entgeltgenehmigungsantrags entgegengehalten werden.

- 75 2. Der Senat ist aus den bereits im Vorlagebeschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - (BVerwGE 149, 94) dargelegten Erwägungen weiterhin davon überzeugt, dass § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG (a) und Art. 12 Abs. 1 GG (b) unvereinbar ist.
- 76 a) § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verletzt die Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Die durch § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG im Ergebnis bewirkte Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung durch den Ausgang des in § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG geregelten Eilverfahrens, das aus strukturellen Gründen keinen gleichwertigen Rechtsschutz gewährleisten kann, führt zu einer erheblichen Einschränkung des Rechtsschutzes (aa), die durch Sachgründe nicht gerechtfertigt und deshalb für das entgeltregulierte Unternehmen unzumutbar ist (bb).
- 77 aa) Die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG führt zu einer Einschränkung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, da sie den Rechtsschutz des regulierten Unternehmens gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur über seine Entgeltgenehmigungsanträge wesentlich erschwert.
- 78 Gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG steht demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen. Diese Vorschrift gewährleistet neben dem Zugang zu den Gerichten auch eine tatsächliche wirksame - effektive - gerichtliche Kontrolle (BVerfG, Beschlüsse vom 8. Juli 1982 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 61, 82 <110 f.> und vom 3. März 2004 - 1 BvR 461/03 - BVerfGE 110, 77 <85>; stRspr). Zur Effektivität des Rechtsschutzes gehört es, dass das Gericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen kann und genügend Entscheidungsbefugnisse besitzt, um drohende Rechtsverletzungen abzuwenden oder erfolgte Rechtsverletzungen zu beheben (BVerfG, Beschlüsse vom 8. Juli 1982 a.a.O. und vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 <123>). Der Rechtsweg, den Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dem Einzelnen gewährleistet, bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung. Hierbei verfügt der Gesetzgeber zwar über einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum, darf jedoch die Notwendigkeit einer umfassenden Nachprüfung des Verwaltungshandelns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht



und einer dem Rechtsschutzbegehren angemessenen Entscheidungsart und -wirkung nicht verfehlen (BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 a.a.O. S. 123 f.).

- 79 Da § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG - wie bereits ausgeführt - den prozessualen Anspruch auf Verpflichtung zum Erlass des begehrten Verwaltungsakts und damit die Befugnis der Gerichte einschränkt, die Bundesnetzagentur rückwirkend zur Genehmigung höherer als der ursprünglich genehmigten Entgelte zu verpflichten, handelt es sich in der Sache um eine Regelung, die in ihrem Anwendungsbereich - zumindest auch - den Rechtsweg ausgestaltet. Abweichend von den nach allgemeinem Verwaltungsprozessrecht (§ 113 Abs. 5 VwGO) geltenden Regelungen zum Umfang des Verpflichtungsausspruchs darf das Gericht bei Nichtvorliegen der in § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG genannten Voraussetzungen die Bundesnetzagentur selbst dann nicht zur Erteilung der begehrten Entgeltgenehmigung verpflichten, wenn deren Ablehnung rechtswidrig ist, das regulierte Unternehmen hierdurch in seinen Rechten verletzt wird und die Sache spruchreif ist. Soweit der Genehmigungszeitraum in der Vergangenheit liegt, macht § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG die Erlangung von Rechtsschutz durch ein stattgebendes Verpflichtungsurteil davon abhängig, dass das Gericht zuvor im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG i.V.m. § 123 Abs. 1 VwGO vorläufig die Zahlung eines höheren Entgelts angeordnet hat. Fehlt eine solche einstweilige gerichtliche Zahlungsanordnung, muss die Verpflichtungsklage allein schon aus diesem Grund abgewiesen werden, selbst wenn das regulierte Unternehmen durch die vollständige oder teilweise Ablehnung seines Entgeltgenehmigungsantrags in seinem subjektiven Recht auf Genehmigungserteilung verletzt worden ist.
- 80 Die durch die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG im Ergebnis bewirkte Vorverlagerung des Rechtsschutzes in das Verfahren der einstweiligen Anordnung beeinträchtigt die effektive gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Entgeltgenehmigungsbescheids. Das Rechtsschutzdefizit folgt insoweit zwar nicht zwingend bereits aus der allgemein üblichen und anerkannten Praxis der Gerichte, sich in Eilverfahren an den Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren zu orientieren und dann die Sach- und Rechtslage im Rahmen der Prüfung des

Anordnungsanspruchs lediglich summarisch zu prüfen; denn in solchen Fällen, in denen das einstweilige Rechtsschutzverfahren vollständig die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt sowie eine endgültige Verletzung der Rechte eines Beteiligten droht und insoweit auch Grundrechtspositionen von Gewicht in Rede stehen, kann eine umfassendere rechtliche Prüfung des im Hauptsacheverfahren in Rede stehenden materiellen Anspruchs bereits im Eilverfahren von Verfassungs wegen geboten sein (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1985 - 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81 - BVerfGE 69, 315 <363 f.>; Kammerbeschluss vom 28. September 2009 - 1 BvR 1702/09 - NVwZ-RR 2009, 945 f.).

- 81 Eine derartige Steigerung der gerichtlichen Prüfungsintensität im Eilverfahren zur Vermeidung eines mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbaren Rechtsschutzdefizits ist grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG denkbar (vgl. Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand März 2007, § 35 Rn. 59; Gramlich, N&R 2013, 102 <106 f.>). Die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 TKG steht dem nicht entgegen. Danach kann das Gericht im Verfahren nach § 123 VwGO die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts anordnen, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht. Mit der Forderung einer „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ verweist die Vorschrift auf das gegenüber einem Vollbeweis verminderte Beweismaß bei der bloßen Glaubhaftmachung von Tatsachen (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 9. Februar 1998 - II ZB 15/97 - NJW 1998, 1870 und vom 21. Oktober 2010 - V ZB 210/09 - NJW-RR 2011, 136). Dieser geringere Grad der richterlichen Überzeugungsbildung bei der Ermittlung des Sachverhalts im Eilverfahren, der der Verfahrensbeschleunigung dient und sich bereits aus dem allgemeinen Prozessrecht (§ 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2, § 294 ZPO) ergibt, wird jedoch durch die aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgende Pflicht des Gerichts überlagert, die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927 <928>). Diese Voraussetzungen dürften im Anwendungsbe-

reich des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG regelmäßig vorliegen; denn ohne die vorherige Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG i.V.m. § 123 Abs. 1 VwGO wäre eine umfassende Prüfung des Genehmigungsbescheides der Bundesnetzagentur in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach Ablauf des Genehmigungszeitraums nur noch im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage möglich, mit der das regulierte Unternehmen zwar die Rechtswidrigkeit des Bescheids feststellen lassen, jedoch nicht die Beseitigung der darin liegenden Rechtsverletzung erreichen könnte.

- 82 Der effektive Rechtsschutz des regulierten Unternehmens gegen teilweise ablehnende Entgeltgenehmigungsbescheide der Bundesnetzagentur ist durch das Verfahren der einstweiligen Anordnung allerdings aus anderen Gründen im Ergebnis nicht gewährleistet. Zum einen modifiziert die Vorgabe des § 35 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 TKG die allgemein im Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO geltenden Grundsätze in der Weise, dass eine auf die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts gerichtete Anordnung nicht auch als Ergebnis einer Folgenabwägung ergehen kann, falls sich die Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht klären lässt. Gelingt dem antragstellenden Unternehmen die Glaubhaftmachung nicht, so besteht kein Anordnungsanspruch und ist der Antrag abzulehnen, auch wenn die Frage, ob der materielle Anspruch auf das höhere Entgelt besteht oder nicht, „offen“ ist (vgl. Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 124). Dies wird den besonderen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht gerecht, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Ist dem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, verlangt die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in solchen Fällen, anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden, wobei insbesondere grundrechtliche Belange umfassend in die Abwägung einzustellen sind (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927 <928>). Dass die Entgeltgenehmigungsentscheidung der Regulierungsbehörde grundrechtliche Belange des regulierten Unternehmens in erheblichem Maße berührt, steht außer Frage. Die Pflicht zur Genehmigung von Entgelten

und das damit einhergehende Verbot, ungenehmigte Entgelte zu verlangen, greift in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ein; denn das Grundrecht auf freie Berufsausübung schließt die Freiheit ein, das Entgelt für berufliche Leistungen mit dem Interessenten auszuhandeln (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 8. Dezember 2011 - 1 BvR 1932/08 - NVwZ 2012, 694 <697 f.>; BVerwG, Urteile vom 21. Januar 2004 - BVerwG 6 C 1.03 - BVerwGE 120, 54 <68>, vom 9. Mai 2012 - BVerwG 6 C 3.11 - BVerwGE 143, 87 Rn. 34 und vom 25. September 2013 - BVerwG 6 C 13.12 - juris Rn. 39). Die durch § 35 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 TKG im Rahmen des Anordnungsverfahrens ausgeschlossene Folgenabwägung könnte dem antragstellenden Unternehmen zumindest in solchen Fällen, in denen seiner grundrechtsgeschützten Position keine vergleichbar gewichtigen Belange der Wettbewerber gegenüberstehen, die Chance erhalten, seinen Anspruch auf kostendeckende Entgelte gerichtlich durchzusetzen.

- 83 Die durch die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG im Ergebnis bewirkte Vorverlagerung des Rechtsschutzes auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung führt darüber hinaus - und vor allem - deshalb zu einer Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, weil das Verfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG i.V.m. § 123 Abs. 1 VwGO immer dann nicht zum Erfolg führen kann, wenn die Sache wegen eines Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur nicht spruchreif ist (vgl. Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 127). Über solche Beurteilungsspielräume verfügt die Regulierungsbehörde - wie oben ausgeführt - nicht nur im Rahmen der Vergleichsmarkt Betrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG, sondern beispielsweise auch bei der Auswahl der Methode für die Berechnung des Anlagevermögens als Grundlage für die Ermittlung von Zinsen und Abschreibungen im Rahmen der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, welche für die telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigung nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG in der hier noch anwendbaren Fassung (jetzt: § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG) in der Regel maßgeblich sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 Rn. 18 ff.). In diesen Fällen kann das Gericht die für die vorläufige Zahlungsanordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG erforderliche überwiegende Wahrschein-

lichkeit, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht, regelmäßig schon deshalb nicht feststellen, weil es einem der Regulierungsbehörde zustehenden Letztentscheidungsrecht nicht vorgreifen darf und deshalb in der Hauptsache lediglich ein Bescheidungsurteil in Betracht kommt. Dies gilt jedenfalls insoweit, als sich der der Regulierungsbehörde im Rahmen der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung partiell eingeräumte Beurteilungsspielraum aus den unionsrechtlichen Vorgaben zur Preiskontrolle ergibt (vgl. hierzu BVerwG, Urteile vom 23. November 2011 - 6 C 11.10 - Buchholz 442.066 § 24 TKG Nr. 5 und vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48, jeweils unter Bezug auf EuGH, Urteil vom 24. April 2008 -C-55/06, Arcor -).

- 84 bb) Die durch die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG bewirkte Einschränkung des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG für das regulierte Unternehmen ist in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht durch hinreichend gewichtige Sachgründe gerechtfertigt und deshalb unverhältnismäßig.
- 85 (1) Obwohl Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vorbehaltlos formuliert ist, sind gesetzliche Einschränkungen dieses Grundrechts nicht von vornherein ausgeschlossen, soweit bei der Ausgestaltung der Rechtsschutzgarantie Belange, die dem Gebot umfassenden Rechtsschutzes entgegenstehen, Beachtung verlangen. Derartige Einschränkungen unterliegen aber den Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben. Sie müssen mit den Prinzipien einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar sein und dürfen den Rechtsschutz nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 - 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 <124 f.>). Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist im vorliegenden Zusammenhang dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im Zuge der Entgeltgenehmigung eine Konfliktlage in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis zu bewältigen ist (BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087, 2111/03 - BVerfGE 115, 205 <232 f.>). An diesem Rechtsverhältnis sind neben der Genehmigungsbehörde und dem regulierten Unternehmen, in dessen Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) die Entgeltgenehmigungspflicht eingreift, auch die Wettbewerber als potenziell zur Entgeltzahlung Ver-

pflichtete beteiligt, die insoweit ebenfalls in ihrer Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG betroffen sind. Der Gesetzgeber ist auch bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes dazu berufen, die miteinander kollidierenden und verflochtenen Interessen in einen Ausgleich zu bringen, der allen in verhältnismäßiger Weise gerecht wird. Dabei kommt ihm ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, der sich auf die Beurteilung der Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Güter sowie auf die Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen bezieht (BVerfG, Beschlüsse vom 14. März 2006 a.a.O. S. 233 f. und vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 - BVerfGE 116, 135 <155>).

- 86 Ob besondere Maßgaben aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch für den Gesetzgeber folgen, wenn er den Rechtsschutz in einer Situation ausgestaltet, durch die unterschiedliche Interessen betroffen sind, lässt sich nur mit Rücksicht auf die Eigenart gerade der konkret betroffenen Interessenlage beurteilen. Der Gesetzgeber hat insbesondere grundrechtliche Schutzaussagen zugunsten des Rechtsuchenden, aber auch zugunsten Dritter, deren Belange durch den begehrten Rechtsschutz berührt werden, zu beachten und hierbei bereichsspezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen (BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 a.a.O.). Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt dabei ebenso in seiner politischen Verantwortung wie die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung (BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 1 BvR 1842/11, 1843/11 - BVerwGE 134, 204 ff.). Eine Grundrechtsverletzung kann nur festgestellt werden, wenn eine betroffene Grundrechtsposition gegenläufigen Interessen in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2013 a.a.O.).
- 87 (2) Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG nicht.

- 88 (a) Mit der Beschränkung der Rückwirkung solcher Genehmigungen höherer Entgelte, die aufgrund eines Verpflichtungsurteils ergehen, verfolgt der Gesetzgeber einen legitimen Zweck. Die Wettbewerber des regulierten Unternehmens, die mit diesem Zugangsverträge geschlossen und auf der Basis genehmigter Entgelte Leistungen bezogen haben, sollen vor hohen Nachzahlungen und dem Erfordernis entsprechender Rückstellungen geschützt werden. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BT-Drs. 15/2316, S. 69 f.) wird zur Erläuterung darauf hingewiesen, dass sich die Wettbewerber bei einer uneingeschränkten Rückwirkung dem Risiko ausgesetzt sähen, Nachzahlungen für mehrere Jahre, die regelmäßig bis zum rechtskräftigen Abschluss entsprechender Gerichtsverfahren vergingen, leisten zu müssen. Für diesen Fall wären Rückstellungen erforderlich in Höhe der Differenz zwischen den beantragten und den genehmigten Entgelten, die sich aufgrund der Vielzahl der Vertragsbeziehungen und des Umfangs der bezogenen Leistungen zu ganz erheblichen Beträgen summieren könnten. Ferner hätten die Wettbewerber - rechtlich oder tatsächlich - keine Möglichkeit, gegenüber ihren Endkunden Nachzahlungen durchzusetzen, so dass die Wettbewerber in eine existenzbedrohende Situation gelangen könnten. Wie die Entgeltregulierung insgesamt (vgl. BVerwG, Urteile vom 21. Januar 2004 - 6 C 1.03 - BVerwGE 120, 54 <62> und vom 25. Februar 2009 - 6 C 25.08 - Buchholz 442.066 § 37 TKG Nr. 2 Rn. 19) dient damit auch die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG dem öffentlichen Interesse an der Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs.
- 89 (b) Die Beschränkung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf rückwirkende Genehmigung eines höheren Entgelts ist zur Förderung dieses legitimen Zwecks geeignet. Bei uneingeschränkter Rückwirkung einer von dem regulierten Unternehmen mit der Verpflichtungsklage erstrittenen Genehmigung eines höheren Entgelts wären die entgeltspflichtigen Wettbewerber dem in der Begründung des Gesetzentwurfs beschriebenen Nachzahlungsrisiko ausgesetzt. Im Hinblick auf dieses Risiko notwendige Rückstellungen würden die Wettbewerber auch dann finanziell belasten, wenn sich die von der Bundesnetzagentur erteilte Genehmigung im Klageverfahren letztlich als rechtmäßig erweisen sollte (vgl. Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand März 2007, § 35 Rn. 61; Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl.

2013, § 35 Rn. 81). Die Berücksichtigung der Rückstellungskosten im Rahmen der Preiskalkulation würde sich zudem zu Lasten der Wettbewerbsfähigkeit der Angebote der Wettbewerber auswirken. Die Ungewissheit über das zu zahlende Entgelt würde den vom Gesetz bezweckten Marktzutritt von Wettbewerbern spürbar behindern (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004 - 6 C 1.03 - BVerwGE 120, 54 <65>). Diesen Nachteilen für das Regulierungsziel der Wettbewerbsförderung wirkt § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG entgegen, indem die Regelung die rückwirkende Durchsetzbarkeit höherer Entgelte von der erfolgreichen Durchführung des Eilverfahrens nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG i.V.m. § 123 Abs. 1 VwGO abhängig macht. Aufgrund dieser Verknüpfung erlangen die Wettbewerber bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens ein hohes Maß an Planungssicherheit, da sie sich nur in dem Fall einer vorläufigen Zahlungsanordnung auf die Möglichkeit höherer Entgelte einstellen müssen.

- 90 (c) Die Beschränkung der Rückwirkung solcher Genehmigungen höherer Entgelte, die aufgrund eines Verpflichtungsurteils ergehen, ist auch erforderlich. Ein gleich geeignetes milderes Mittel zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele ist nicht ersichtlich.
- 91 Säre das Gesetz abweichend von § 35 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 TKG eine vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung der Entgeltgenehmigung im Anordnungsverfahren vor, könnte dies zwar die Beeinträchtigung des Grundrechts des regulierten Unternehmens auf effektiven Rechtsschutz in den Fällen abschwächen, in denen die Bundesnetzagentur nicht über einen Beurteilungsspielraum verfügt. Da die Kontrolle von Entgeltgenehmigungsentscheidungen regelmäßig schwierige tatsächliche und rechtlichen Fragen aufwirft, hätte dies jedoch zwangsläufig eine erhebliche Verlängerung des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens zur Folge und liefe deshalb dem gesetzgeberischen Anliegen, im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs schnell Rechtsklarheit über die zu leistenden Entgelte zu schaffen, zuwider (vgl. auch Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 126; Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 109).



- 92 Auch eine Befugnis des Gerichts, die einstweilige Zahlungsanordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG auf der Grundlage einer Folgenabwägung zu erlassen, wenn eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich oder die Sache wegen eines Beurteilungsspielraums der Reguli-  
rungsbehörde nicht spruchreif ist, wäre kein gleich geeignetes Mittel zur Errei-  
chung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele. Wegen der erwähnten Komplexi-  
tät der Entgeltgenehmigungsentscheidungen, des in zentralen Punkten unions-  
rechtlich vorgegebenen Beurteilungsspielraums und der - im Rahmen einer  
Folgenabwägung zu berücksichtigenden - gewichtigen grundrechtsgeschützten  
Position des entgeltberechtigten Unternehmens würde dies in einer Vielzahl von  
Fällen im Ergebnis dazu führen, dass eine einstweilige Zahlungsanordnung er-  
gehen müsste. Dies würde das Ziel des Gesetzgebers, die Wettbewerber des  
regulierten Unternehmens vor hohen Nachzahlungen und dem Erfordernis ent-  
sprechender Rückstellungen zu schützen, konterkarieren.
- 93 Die im Schrifttum erwogene Möglichkeit, dem regulierten Unternehmen für den  
Fall der Erfolglosigkeit seiner Klage die Verpflichtung aufzuerlegen, den Wett-  
bewerbern durch das Rechtsschutzverfahren erforderlich gewordene Rückstel-  
lungskosten zu ersetzen (Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG,  
Stand: März 2007, § 35 Rn. 61), stellt ebenfalls keine gleich geeignete Alterna-  
tive zum Ausschluss der Rückwirkung der gerichtlich erstrittenen Genehmigung  
eines höheren Entgelts dar; denn im Unterschied zu der in § 35 Abs. 5 Satz 2  
und 3 TKG getroffenen Regelung wären die Wettbewerber nicht von der Not-  
wendigkeit befreit, bis zur Rechtskraft eines gerichtlichen Hauptsacheverfah-  
rens zunächst Rückstellungen zu bilden. Bereits diese gegebenenfalls nur vor-  
läufige Belastung beschränkt sie in ihrer Wettbewerbsfähigkeit und kann  
- proportional zur Verfahrensdauer - zu den existenzbedrohenden Gefahren  
führen, denen der Gesetzgeber gerade entgegenwirken will (vgl. Groebel, in:  
Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 81).
- 94 Die Annahme, dass die in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG geregelte Rückwir-  
kungsbeschränkung zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele er-  
forderlich ist, steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Senats. So-  
weit der Senat in seinem Urteil vom 21. Januar 2004 - 6 C 1.03 - (BVerwGE

120, 54 <69>) ausgeführt hat, dass sich eine ausschließlich in die Zukunft gerichtete Entgeltgenehmigung zur Zweckerreichung als nicht erforderlich und damit als unverhältnismäßig erweise, bezog sich dies auf die Rechtslage nach dem TKG 1996 und die - vom Senat bejahte - Frage, ob die auf der Grundlage des § 39 Alt. 1 TKG 1996 erteilte Genehmigung der Entgelte für die vertraglich vereinbarte Gewährung eines besonderen Netzzugangs auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages zurückwirkt, in dem diese Entgelte vereinbart worden waren. Diese Erwägungen lassen sich nicht auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG übertragen. Denn durch § 35 Abs. 5 TKG hat der Gesetzgeber die zum alten Recht ergangene Rechtsprechung, nach der die Entgeltgenehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses zurückwirkt, einerseits bestätigt, andererseits aber auch begrenzt. Mit der neu eingeführten Verknüpfung zwischen einer vorläufigen Zahlungsanordnung des Gerichts, die nicht von der Darlegung eines Anordnungsgrundes abhängt, und einer möglichen Rückwirkung der im Hauptsacheverfahren erstrittenen (höheren) Entgeltgenehmigung bezweckt das Gesetz eine zwischen dem Entgeltgläubiger und seinen Wettbewerbern ausgewogene Verteilung des Risikos unrichtiger, später korrigierter Entgeltgenehmigungen (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. März 2009 - 6 C 3.08 - Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 2 Rn. 30). Ob es der Gesetzgeber zum Schutz der Wettbewerber vor erheblichen Nachzahlungen für erforderlich halten durfte, die Rückwirkung solcher Genehmigungen höherer Entgelte zu beschränken, die aufgrund eines Verpflichtungsurteils ergehen, hatte der Senat in dem Urteil vom 21. Januar 2004 nicht zu prüfen.

- 95 (d) Die durch § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG bewirkte Einschränkung des Rechtsschutzes des regulierten Unternehmens gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur über seine Entgeltgenehmigungsanträge steht jedoch nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Zielen (so auch Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 110; Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 119 ff.; in der Tendenz ferner Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 35 Rn. 48 und Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand März 2007, § 35 Rn. 58, die jedoch die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung bejahen; ebenso Gramlich,

in: Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007, Teil 2 I, Rn. 92; ders., N&R 2013, 102 <106>; anderer Auffassung: Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 81 ff.; Scherer, NJW 2004, 3001 <3007>; Schuster/Ruhle, in: Piepenbrock/Attendorn, Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 35 Rn. 75 ff.).

- 96 Der durch die Regelung bewirkte Eingriff in die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) hat hohes Gewicht. § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG errichtet bei Verpflichtungsklagen, mit denen ein entgeltreguliertes Unternehmen die Genehmigung höherer Entgelte erstrebt, in zahlreichen Fällen eine praktisch unüberwindbare Hürde für die gerichtliche Prüfung des Rechtsschutzbegehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und nimmt dem Gericht die zur Abwendung bzw. Behebung von Rechtsverletzungen erforderlichen Entscheidungsbefugnisse. Denn die gerichtliche Durchsetzbarkeit des Entgeltgenehmigungsanspruchs des regulierten Unternehmens ist - wie ausgeführt - nach Ablauf des jeweiligen Genehmigungszeitraums vom Ausgang des einstweiligen Rechtschutzverfahrens abhängig. Dieses ist aufgrund seines summarischen Charakters nur beschränkt geeignet, eine Klärung der Rechtmäßigkeit einer (Teil-)Ablehnung eines Entgeltgenehmigungsantrags herbeizuführen, und wird vielfach schon deshalb nicht zum Erfolg führen können, weil die Regulierungsbehörde im Rahmen der Bestimmung der für die Entgeltgenehmigung maßgeblichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 1 TKG in der hier noch maßgeblichen Fassung; jetzt: § 32 Abs. 1 Satz 1 TKG) über unionsrechtlich vorgegebene Beurteilungsspielräume verfügt. Entgeltnachforderungen des regulierten Unternehmens sind damit in zahlreichen Fällen auch dann nicht gerichtlich durchsetzbar, wenn sich im Hauptsacheverfahren herausstellt, dass das von der Bundesnetzagentur genehmigte Entgelt den gesetzlich geregelten Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterschreitet. Im Ergebnis muss selbst ein effizient wirtschaftendes Unternehmen Leistungen, die es aufgrund der ihm auferlegten Zugangsverpflichtung nicht verweigern darf, zu nicht kostendeckenden Preisen erbringen, soweit der Genehmigungszeitraum bis zum rechtskräftigen Abschluss eines verwaltungsgewärtlichen Verfahrens bereits abgelaufen ist, was bei der in der Praxis der Bundesnetzagentur üblichen Befristung auf ein bis zwei Jahre regelmäßig der Fall

sein wird. Auf der anderen Seite sieht sich das regulierte Unternehmen jedoch immer dann einem Rückzahlungsanspruch ausgesetzt, wenn das Hauptsacheverfahren zu niedrigeren als den zunächst vereinnahmten Entgelten führt. Hierzu kann es nicht nur in den Fällen kommen, in denen eine Verpflichtungsklage des regulierten Unternehmens nach vorheriger Zahlungsanordnung gemäß § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG letztlich doch erfolglos bleibt, sondern auch dann, wenn ein von der Bundesnetzagentur genehmigtes Entgelt auf eine erfolgreiche Anfechtungsklage eines Wettbewerbers abgesenkt wird. In der praktischen Auswirkung legt § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG damit das Kostenrisiko, das sich aus klagebedingten Verzögerungen der Feststellung des rechtmäßigen Entgelts ergibt, einseitig und ausnahmslos dem entgeltberechtigten regulierten Unternehmen auf.

- 97 Diesen erheblichen Belastungen des regulierten Unternehmens aufgrund der Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG stehen keine gleichermaßen gewichtigen Belange gegenüber. Auch unter Berücksichtigung des Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers bei der Güterabwägung ist die durch die Regelung bewirkte Einschränkung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Entgeltgenehmigungsanspruchs für das regulierte Unternehmen unzumutbar. Das vom Gesetzgeber mit der Regelung verfolgte Ziel des Schutzes der Wettbewerber vor hohen Nachzahlungen und dem Erfordernis entsprechender Rückstellungen kann im Hinblick auf die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine derart weitreichende Beeinträchtigung des Rechtsschutzes des regulierten Unternehmens nicht rechtfertigen. Es fehlt an einem angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen.
- 98 Zwar ist das Vertrauen der Wettbewerber in den Bestand der von der Bundesnetzagentur in dem dafür nach §§ 132 ff. TKG vorgesehenen, besonders formalisierten Verfahren genehmigten Entgelte grundsätzlich schutzwürdig (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2012 - 6 C 3.11 - BVerwGE 143, 87 Rn. 61). Hinzu kommt, dass die Wettbewerber im Entgeltgenehmigungsverfahren in der Regel nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten zur Überprüfung der von dem regulierten Unternehmen vorgelegten Kostenunterlagen haben, da ihnen diese zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur mit umfangreichen

Schwärzungen zugänglich gemacht werden müssen. Auch ist ohne weiteres davon auszugehen, dass es den Wettbewerbern durch das Erfordernis, Rückstellungen für den Fall einer Nachzahlung zu bilden und die hierfür entstehenden Kosten bei der Kalkulation der eigenen Endkundenpreise zu berücksichtigen, erschwert wird, wettbewerbsfähige Angebote zu erstellen.

- 99 Auf der anderen Seite darf jedoch nicht übersehen werden, dass den finanziellen Belastungen, denen die Wettbewerber durch die Entgeltnachforderungen des regulierten Unternehmens ausgesetzt sind, zunächst der wirtschaftliche Vorteil einer teilweisen Vorfinanzierung der gewährten Leistungen durch das marktbeherrschende Unternehmen gegenübersteht (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Januar 2004 - 6 C 1.03 - BVerwGE 120, 54 <66>). Da die Bundesnetzagentur nicht nur die genehmigten Entgelte (vgl. § 35 Abs. 6 TKG in der hier noch anwendbaren Fassung; jetzt: § 35 Abs. 7 TKG), sondern auch die beantragten Entgelte veröffentlichen muss (vgl. § 36 Abs. 2 TKG), werden die Wettbewerber zudem bei der Inanspruchnahme der Leistungen in der Regel Kenntnis davon haben, dass die von dem marktbeherrschenden Unternehmen beantragten Entgelte nur teilweise genehmigt worden sind, so dass sie bei ihren Planungen mit der Möglichkeit einer Erhöhung in Folge eines Klageverfahrens rechnen müssen (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Mai 2012 - 6 C 3.11 - BVerwGE 143, 87 Rn. 61). Bei dem Erfordernis, Rückstellungen für den Fall einer durch das marktbeherrschende Unternehmen im Klagewege erstrittenen Genehmigung höherer Entgelte zu bilden, handelt es sich nicht um einen einseitigen Nachteil der Wettbewerber; denn auch das regulierte Unternehmen muss gegebenenfalls Rückstellungen für den Fall bilden, dass seine Verpflichtungsklage nach vorheriger Zahlungsanordnung gemäß § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG erfolglos bleibt oder das von der Bundesnetzagentur genehmigte Entgelt auf eine erfolgreiche Anfechtungsklage eines Wettbewerbers abgesenkt wird.
- 100 Dem öffentlichen Interesse an der Förderung und Sicherung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs wird in erster Linie durch die Pflicht des marktbeherrschenden Unternehmens Rechnung getragen, die Entgelte für die mit der Zugangsgewährung verbundenen Leistungen genehmigen zu lassen. Eine faktische Freistellung der Wettbewerber von der Pflicht zur Zahlung kos-

tendeckender Entgelte durch eine den Rechtsschutz des entgeltberechtigten Unternehmens pauschal verkürzende Regelung wie § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG wird den Anforderungen an einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen hingegen nicht mehr gerecht und führt zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG).

- 101 In diesem Zusammenhang kann offen bleiben, ob und gegebenenfalls inwieweit der Gesetzgeber den Rechtsschutz des entgeltregulierten Unternehmens ohne Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzen dürfte, um dem in der Gesetzesbegründung genannten Fall Rechnung zu tragen, dass entgeltverpflichtete Wettbewerber aufgrund von Nachzahlungen, die bei einer Verpflichtung der Beklagten zur rückwirkenden Genehmigung höherer Entgelte fällig werden, „in eine existenzbedrohende Situation gelangen“ (BT-Drs. 15/2316, S. 70). Beschränkungen der gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines dem regulierten Unternehmen zustehenden Entgeltgenehmigungsanspruchs zur Förderung des chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs sind jedenfalls dann unangemessen, wenn nicht nur besonders schutzbedürftige Unternehmen, etwa solche, die neu in den Markt eintreten, begünstigt werden, sondern auch solche, die durch die Nachzahlungspflichten bzw. die erforderlichen Rückstellungskosten nicht empfindlicher getroffen werden als das regulierte Unternehmen durch eine ihm auferlegte Pflicht zur Leistungserbringung zu nicht kostendeckenden Konditionen (vgl. Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 136; Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 35 Rn. 48). Dass etwa die Klägerin auf dem bundesweiten Markt für Anrufzustellung in ihr Mobiltelefonnetz über beträchtliche Marktmacht verfügt, schließt nicht aus, dass sich unter ihren Abnehmern vergleichbar finanzstarke Unternehmen befinden, die durch die asymmetrische Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ebenfalls begünstigt werden (vgl. Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 35 Rn. 48). Mit der Befugnis des Gesetzgebers zum Erlass generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen lässt sich dieser Mangel an Differenzierung nicht rechtfertigen. Der Gesetzgeber darf sich im Rahmen der Typisierung zwar grundsätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen. Die gesetzlichen Verallgemeinerungen

müssen allerdings von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung ausgehen (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010 - 2 BvL 13/09 - BVerfGE 126, 268 <278 f.>). Auf welche Erkenntnisse sich die der Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG möglicherweise zugrunde liegende Annahme des Gesetzgebers stützt, die Wettbewerber eines marktbeherrschenden Unternehmens seien auch beim inzwischen erreichten Stand der Entwicklung der Märkte im Telekommunikationssektor zumindest typischerweise so finanzschwach, dass sie vor Nachzahlungen geschützt werden müssten, die bei einer gerichtlichen Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur rückwirkenden Genehmigung höherer Entgelte fällig würden, ist nicht erkennbar.

- 102 Die Angemessenheit des durch § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG bewirkten Interessenausgleichs lässt sich auch nicht damit begründen, dass die Regelung den entgeltverpflichteten Wettbewerbern das Risiko auferlegt, im Falle einer stattgebenden Eilentscheidung aufgrund nur summarischer Prüfung vorläufig ein Entgelt entrichten zu müssen, das sich nachträglich im Hauptsacheverfahren als zu hoch erweist (so z.B. Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 83). Dieses Risiko fällt gemessen an den dem regulierten Unternehmen auferlegten Belastungen nicht erheblich ins Gewicht. Wie bereits ausgeführt, können die Wettbewerber aufgrund einer stattgebenden Eilentscheidung geleistete Überzahlungen nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens zurückfordern, während das regulierte Unternehmen bei ablehnender Eilentscheidung einen (höheren) Entgeltanspruch nicht mehr durchsetzen kann.
- 103 Die in § 35 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 TKG vorgesehene Freistellung des regulierten Unternehmens von der nach allgemeinen Grundsätzen für den Erfolg eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung an sich erforderlichen Darlegung eines Anordnungsgrundes rechtfertigt ebenfalls keine andere Beurteilung. Eine Vereinfachung der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes ist hiermit nicht verbunden. Denn der Anordnungsgrund, d.h. die Unzumutbarkeit eines Abwartens der Hauptsacheentscheidung, folgt bereits aus der in § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG vorgesehenen Verknüpfung von Genehmigungsrückwirkung und Ausgang des Eilverfahrens (vgl. Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz,

Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 116; Gramlich, in: Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007, Teil 2 I, Rn. 92). Soweit eine vorläufige gerichtliche Zahlungsanordnung nicht ergeht, kann die Klage in der Hauptsache trotz materiellen Anspruchs auf Genehmigung eines höheren Entgelts keinen Erfolg mehr haben. In einer solchen Situation, in der bei einer Nichtgewährung von Eilrechtsschutz eine endgültige Vereitelung des materiellen Anspruchs droht, ist der Anordnungsgrund durch die Bejahung des Anordnungsanspruchs indiziert (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. September 2009 - 1 BvR 1702/09 - NVwZ-RR 2009, 945 <947>). § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG hat demnach nur klarstellende Bedeutung, soweit er die Darlegung eines Anordnungsgrundes für entbehrlich erklärt.

- 104 b) Die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verletzt zugleich die Berufsfreiheit des regulierten Unternehmens gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.
- 105 Ebenso wie die Entgeltgenehmigungspflicht greift auch der Ausschluss der Rückwirkung einer auf ein Verpflichtungsurteil hin erteilten Genehmigung eines höheren Entgelts in das von der Berufsausübungsfreiheit umfasste Recht des regulierten Unternehmens ein, das Entgelt für berufliche Leistungen mit dem Interessenten auszuhandeln (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 8. Dezember 2011 - 1 BvR 1932/08 - NVwZ 2012, 694 <697 f.>, Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 1 BvR 1842/11, 1843/11 - BVerwGE 134, 204 ff.; BVerwG, Urteile vom 21. Januar 2004 - 6 C 1.03 - BVerwGE 120, 54 <68>, vom 9. Mai 2012 - 6 C 3.11 - BVerwGE 143, 87 Rn. 34 und vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 Rn. 39).
- 106 Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Zwar verfolgt die Regulierung der Telekommunikationsmärkte nach dem 2. Teil des Telekommunikationsgesetzes insbesondere mit dem Schutz der Verbraucherinteressen und der Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs (vgl. §§ 1 und 2 Abs. 2 TKG) gewichtige Gemeinwohlziele. Wird einem marktbeherrschenden Unternehmen eine Entgeltgenehmigungspflicht auferlegt, ist dies daher im Hinblick auf das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass dem regulierten Unternehmen angesichts des Maßstabs der



Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG in der hier noch anwendbaren Fassung (jetzt: § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG) kein finanzielles Sonderopfer zu Gunsten der Allgemeinheit auferlegt wird (BVerfG, Kammerbeschluss vom 8. Dezember 2011 - 1 BvR 1932/08 - NVwZ 2012, 694 <698>). Der in § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG geregelte Ausschluss der Rückwirkung der Genehmigung eines höheren Entgelts, die auf ein Verpflichtungsurteil hin erteilt wird, schränkt das regulierte Unternehmen jedoch unverhältnismäßig in seiner Berufsausübungsfreiheit ein. Er führt - wie ausgeführt - dazu, dass das entgeltberechtigte Unternehmen seinen Anspruch auf rückwirkende Genehmigung eines höheren Entgelts ohne eine - praktisch kaum erreichbare - stattgebende Eilentscheidung gerichtlich nicht durchsetzen kann. Im Ergebnis wird das regulierte Unternehmen durch die Beschränkung der Rückwirkung daran gehindert, die dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungserbringung entsprechenden Entgelte zu erheben. Es muss damit über die Entgeltgenehmigungspflicht hinaus ein finanzielles Sonderopfer zu Gunsten derjenigen Wettbewerber erbringen, die die regulierte Leistung in Anspruch nehmen. Dies ist aus den bereits dargelegten Gründen unverhältnismäßig.

Neumann

Dr. Graulich

Dr. Möller

Hahn

Prof. Dr. Hecker