



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 B 37.12
VG 21 K 6642/10

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 19. Februar 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich und Hahn

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 23. Mai 2012 wird zurückgewiesen.

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

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

G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde, die sich auf die Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (1.) und des Verfahrensmangels (2.) stützt, bleibt ohne Erfolg.
- 2 1. Die Revision ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen. Grundsätzlich bedeutsam im Sinne dieser Vorschrift ist eine Rechtssache nur, wenn für die angefochtene Entscheidung der Vorinstanz eine konkrete, fallübergreifende und bislang ungeklärte Rechtsfrage des revisiblen Rechts von Bedeutung war, deren Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten ist und zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zur Weiterentwicklung des Rechts geboten erscheint. Den Darlegungen der Beschwerde lässt sich nicht entnehmen, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

- 3 a) Im Hinblick auf den Klageantrag zu 1., mit dem die Klägerin begehrt, dass die Bundesnetzagentur der Beigeladenen untersagt, gegenüber Endkunden, mit denen sie nur einen Vertrag über einen Telefonanschlusstarif abgeschlossen hat, bei Beendigung des Tarifs andere Tarife zu bewerben als einen Telefonanschlusstarif, will die Beschwerde geklärt wissen, „ob der Wettbewerbsvorteil auf einem Markt - hier: Markt für Telefonverbindungen - als Folge der beträchtlichen Marktmacht auf einem anderen Markt - hier: Markt für Telefonanschlüsse - normativ betrachtet äußerst gering ist“. Hiermit wird keine grundsätzlich klärungsfähige Rechtsfrage aufgeworfen. Die Feststellung, ob ein Wettbewerbsvorteil erheblich oder nur gering ist, kann nicht unmittelbar dem Gesetz entnommen werden, sondern setzt eine tatrichterliche Bewertung voraus, die zum einen von dem jeweiligen Regelungszusammenhang und zum anderen von einer Würdigung und Abwägung der besonderen Umstände des konkreten Falles abhängt.
- 4 Die Revision ist auch dann nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen, wenn die aufgeworfene Frage unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts der Beschwerdebegründung allgemeiner dahingehend formuliert wird, ob ein Unternehmen, das auf einem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, auf einem benachbarten Markt besonderen Rücksichtnahmepflichten unterliegt, die es ausschließen, einen Wettbewerbsvorteil dieses Unternehmens im Rahmen der zur Feststellung einer missbräuchlichen Ausnutzung der beträchtlichen Marktmacht im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG erforderlichen Interessenabwägung als normativ betrachtet äußerst gering anzusehen. Auch mit diesem Inhalt zielt die aufgeworfene Frage in der Sache lediglich auf die Überprüfung der tatrichterlichen Würdigung des Verwaltungsgerichts. Das Verwaltungsgericht ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene nicht missbräuchlich im Sinne des § 42 Abs. 1 TKG handele, wenn sie in Kundenanschreiben, die sie im Zusammenhang mit der Beendigung von Altтарifen versende, auch für neue Tarife werbe, bei denen mit dem Telefonanschluss zugleich ein bestimmtes Kontingent an Verbindungsleistungen erworben werde (UA S. 18 ff.). Eine denkbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin, deren Vorliegen das Verwaltungsgericht offen gelassen hat, sei jedenfalls sachlich gerechtfertigt und nicht als unbil-

lige Behinderung der Klägerin anzusehen. Im Rahmen der Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Ziele des Telekommunikationsgesetzes hat das Verwaltungsgericht angenommen (UA S. 21 ff.), das Interesse der Klägerin an der Untersagung der beanstandeten Werbehinweise falle nicht ins Gewicht. Ein berechtigtes Interesse der Klägerin sei nur insoweit anzuerkennen, als sie sich dagegen wende, dass die Beigeladene ohne besonderen Aufwand besonders wirkungsvoll für ihre Produkte werben könne, weil sie auch in großem Umfang auf dem Telefonanschlussmarkt tätig sei, auf dem das - von der Klägerin u.a. betriebene - Geschäftsmodell der Preselection aufbaue. Dieser Wettbewerbsvorteil sei aber „normativ betrachtet äußerst gering“, so dass auch bei der vorzunehmenden Abwägung das hinter den Interessen der Klägerin stehende Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) weniger zum Tragen komme als das ungleich stärker betroffene Ziel der Wahrung der Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

- 5 Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass der Wettbewerbsvorteil der Beigeladenen „normativ betrachtet äußerst gering“ sei (UA S. 22), ist erkennbar nicht im Sinne einer sich aus dem Gesetz ergebenden Gewichtungsvorgabe gemeint, deren Bestehen oder Nichtbestehen Gegenstand einer grundsätzlichen Klärung im Revisionsverfahren sein könnte. Anders als die Beschwerde darzulegen versucht, stellt die erstinstanzliche Entscheidung insbesondere keinen Rechtssatz mit dem Inhalt auf, dass die zu § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 1 GWB ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der zufolge der Verhaltensspielraum des Normadressaten je stärker eingeschränkt ist, umso stärker seine Stellung auf dem beherrschten Markt und umso größer die Gefahr ist, dass sich diese Marktmacht mit Hilfe des fraglichen Verhaltens im Drittmarkt ausdehnen lässt, und diese Gefahr wiederum in der Regel je größer sein wird, umso stärker schon die bisherige Marktposition des Normadressaten oder seines Konzernunternehmens auf dem Drittmarkt ist (BGH, vgl. Urteil vom 30. März 2004 - KZR 1/03 - NJW 2004, 2375 <2377>), auf § 42 Abs. 1 TKG nicht übertragbar sei. Vielmehr bringt das Verwaltungsgericht mit der Formulierung „normativ betrachtet“ lediglich das Erfordernis einer wertenden Gewichtung zum Ausdruck, als deren Ergebnis sich der Wettbewerbsvorteil der Beigeladenen, der darin liege,

dass sie aufgrund ihrer Tätigkeit auf dem Telefonanschlussmarkt ohne besonderen Aufwand besonders wirkungsvoll für ihre Produkte auf dem Markt für Telefonverbindungen werben könne, als geringfügig erweise. Ob die vom Verwaltungsgericht auf der Grundlage dieser Annahme im Rahmen der nach § 42 Abs. 1 TKG erforderlichen Interessenabwägung vorgenommene Gewichtung des Interesses der Klägerin an der Untersagung der beanstandeten Werbehinweise zutrifft, ist einer verallgemeinerungsfähigen, rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich.

- 6 b) Hinsichtlich des Klageantrags zu 3., der darauf gerichtet ist, dass die Bundesnetzagentur der Beigeladenen aufgibt, die Klägerin drei Monate vor Versendung von Schreiben an Endkunden zur Kündigung eines Tarifs oder zur Ankündigung der Kündigungserklärung über diese Tarifbeendigung schriftlich in Kenntnis zu setzen und ihr sämtliche Endkunden zu bezeichnen, die von der Tarifbeendigung betroffen sind und über eine Preselection auf die Klägerin verfügen, hält die Beschwerde für klärungsbedürftig, „ob der Vermutungstatbestand in § 42 Abs. 2 TKG für ein missbräuchliches Ausnutzen beträchtlicher Marktmacht im Sinne von § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG auf solche Leistungen beschränkt ist, welche der Wettbewerber benötigt, um auf Basis der bezogenen Leistung eigene Dienste anbieten zu können“ bzw. „ob § 42 Abs. 2 TKG eine Anspruchsgrundlage dafür bietet, bestimmte, von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht intern genutzte Informationen zu erhalten, um erfolgreicher für eigene Produkte werben zu können, solange die Dienstleistung selbst in gleicher Weise auch ohne die begehrte Information erbracht werden kann“. Beide Teilfragen führen im Kern auf dieselbe Rechtsfrage. Sinngemäß will die Klägerin demnach geklärt wissen, ob das der Missbrauchsvermutung des § 42 Abs. 2 TKG zugrunde liegende Diskriminierungsverbot auch solche Leistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erfasst, die der nachfragende Wettbewerber nicht zur Erbringung eigener Dienstleistungen, sondern lediglich zur erfolgreicherer Werbung für seine Produkte nutzen möchte.
- 7 Mit diesem Inhalt ist die aufgeworfene Rechtsfrage zwar entscheidungserheblich; denn das Verwaltungsgericht hat tragend darauf abgestellt (UA S. 30), dass die begehrte Information über bevorstehende Tarifbeendigungen keine

Leistung im Sinne des § 42 Abs. 2 TKG darstelle, weil die Klägerin diese Vorabinformation nicht als Vorleistung für die Erbringung eigener Telekommunikationsdienste zu nutzen beabsichtige, sondern nur, um für eigene Telefonverbindungen zu werben. Dieses Verständnis der Entscheidungsgründe ergibt sich aus dem Hinweis des Verwaltungsgerichts, die Klägerin habe selbst vorgetragen, die beantragte Vorabinformation dafür nutzen zu wollen, um für eigene Telefonverbindungen zu werben, insbesondere für das neue Angebot einer Preselection-Flatrate, sowie der sich hieran anschließenden Erwägung des Gerichts, die Werbung für eine Dienstleistung sei nicht mit der Erbringung der Dienstleistung gleichzusetzen. Soweit das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang weiter ausgeführt hat, dass die Klägerin die begehrte Vorabinformation nicht „benötige“, um den Telefonanschlusskunden weiter Verbindungsleistungen anbieten zu können, ist dies erkennbar nicht so zu verstehen, dass der Gesichtspunkt der fehlenden objektiven Notwendigkeit der begehrten Vorabinformation für die von der Klägerin angebotenen Verbindungsleistungen maßgeblich sein sollte. Eine Leistung wird schon dann nicht zu einem bestimmten Zweck „benötigt“, wenn sie diesem Zweck nicht dienen kann. Nur in diesem Sinne hat das Verwaltungsgericht den Begriff „benötigen“ hier verwandt. Bei richtigem Verständnis der Entscheidungsgründe entfällt die Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Rechtsfrage auch nicht etwa - wie die Beigeladene geltend macht - deshalb, weil das Verwaltungsgericht unabhängig von den Voraussetzungen des Vermutungstatbestands des § 42 Abs. 2 TKG ein missbräuchliches Handeln der Beigeladenen im Sinne des § 42 Abs. 1 TKG bindend verneint hätte; denn das Verwaltungsgericht hat sich zu einer Prüfung der Voraussetzungen des allgemeinen Missbrauchstatbestands nach § 42 Abs. 1 TKG (UA S. 30 ff.) erkennbar nur deshalb veranlasst gesehen, weil die gesetzliche Vermutung des § 42 Abs. 2 TKG nach seiner Rechtsauffassung hier nicht zum Tragen kommt.

- 8 Der von der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfrage fehlt jedoch die für eine Zulassung der Revision erforderliche Klärungsbedürftigkeit in einem Revisionsverfahren, weil sie sich auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung und mit Hilfe der üblichen Regeln sachgerechter Gesetzesinterpretation ohne Weiteres verneinen lässt. § 42 Abs. 2 TKG zufolge wird ein Missbrauch im Sin-

ne des Absatzes 1 vermutet, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen oder zu einer besseren Qualität ermöglicht, als es sie anderen Unternehmen bei der Nutzung der Leistung für deren Telekommunikationsdienste oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten einräumt, es sei denn, das Unternehmen weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen sachlich rechtfertigen. Schon bei wörtlicher Auslegung umfasst der Zugang zu den intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistungen des verpflichteten Unternehmens, an dessen unterschiedliche Gewährung die Diskriminierungsvermutung anknüpft, nur solche Leistungen, welche der Wettbewerber zu nutzen beabsichtigt, um auf der Grundlage der bezogenen Leistung eigene Dienste anbieten zu können. Diesen finalen Bezug zwischen der nachgefragten Vorleistung und den von den berechtigten Unternehmen selbst erbrachten „Endprodukten“ bringt das Gesetz mit der Formulierung, dass die betreffenden Leistungen „für deren Telekommunikationsdienste oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten“ genutzt werden sollen, klar zum Ausdruck (vgl. Roth, in: Scheuerle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 42 Rn. 43; Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 42 Rn. 118; Heun, in: Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007, Teil 3 H Rn. 660).

- 9 Die Eindeutigkeit des Gesetzeswortlauts wird nicht durch den Hinweis der Klägerin in Frage gestellt, der Wortlaut des § 42 Abs. 2 TKG enthalte im Gegensatz zu § 33 Abs. 1 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl I S. 1120) - TKG 1996 - keinen Hinweis auf die Voraussetzung, dass die vom Wettbewerber nachgefragte, intern genutzte Leistung für die Erbringung von Dienstleistungen durch den Wettbewerber wesentlich sein muss. Nach der Rechtsprechung des Senats sind Leistungen des marktbeherrschenden Anbieters nur dann wesentlich im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996, wenn ein Wettbewerber seine Telekommunikationsdienstleistung ohne sie objektiv nicht erbringen kann (Urteil vom 3. Dezember 2003 - BVerwG 6 C 20.02 - BVerwGE 119, 282 <292 ff.>; Urteil vom 18. April 2007 - BVerwG 6 C 21.06 - BVerwGE 128, 305 <318>). Durch den Wegfall der einschränkenden Voraussetzung der „Wesentlichkeit“ ist der Begriff der Leistung im Sinne des neu gefassten Vermu-

tungstatbestands in § 42 Abs. 2 TKG zwar weiter als derjenige des Missbrauchsverbots nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG 1996; insbesondere sind nicht die Maßstäbe der im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten so genannten essential facilities-Doktrin anzuwenden (vgl. Schütz, a.a.O. § 42 Rn. 102; Gersdorf, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 42 Rn. 41). Hiervon zu unterscheiden ist jedoch die Voraussetzung eines finalen Bezugs zwischen der nachgefragten Vorleistung und den von den berechtigten Unternehmen selbst erbrachten „Endprodukten“, auf deren Fehlen das Verwaltungsgericht hier - wie ausgeführt - abgestellt hat. Zwar hat der Gesetzgeber eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Diskriminierungsvermutung insoweit vorgenommen, als die nachgefragten Leistungen nicht nur für Telekommunikationsdienste, sondern auch für „mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten“ eingesetzt werden können; an dem Erfordernis eines funktionalen Bezugs zwischen der Vorleistung des verpflichteten Unternehmens und dem von dem Wettbewerber auf der Grundlage dieser Leistung gestalteten Endprodukt hat er jedoch nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut festgehalten.

- 10 Der sich aus dem Wortlaut des § 42 Abs. 2 TKG ergebenden Auslegung, dass die nachgefragte Leistung für die Erbringung der Dienstleistungen, die der Wettbewerber zu erbringen beabsichtigt, zwar nicht „objektiv notwendig“, jedenfalls aber im Sinne eines „Vorprodukts“ in die konkrete Wertschöpfungskette eingebunden sein muss, stehen auch keine unionsrechtlichen Bedenken entgegen. Die Beschwerde weist zu Recht darauf hin, dass das in § 42 Abs. 2 TKG enthaltene Diskriminierungsverbot nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks 15/2316 S. 71) den Zweck erfüllt, Art. 10 der Zugangsrichtlinie (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) umzusetzen (Urteil vom 18. April 2007 a.a.O. S. 308), und sich im Wortlaut dieser Richtlinienbestimmung kein Anhaltspunkt dafür findet, dass das dort geregelte Gleichbehandlungsgebot „auf wesentliche oder auf sonstige Weise für die Dienstleistungen des Wettbewerbers erforderliche Leistungen beschränkt“ wäre. Auch Art. 10 der Zugangsrichtlinie setzt jedoch einen finalen Bezug zwischen den von dem verpflichteten Unternehmen bereitzustellenden „Diensten und Informationen“ und

den Endprodukten des Wettbewerbers voraus. Dies ergibt sich bereits aus der allgemeinen Regelung in Art. 10 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie. Nach ihr kann eine nationale Regulierungsbehörde gemäß Artikel 8 Gleichbehandlungsverpflichtungen „in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang“ auferlegen. Der im vorliegenden Fall nur einschlägige „Zugang“ umfasst die Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen „zur Erbringung“ elektronischer Kommunikationsdienste, wie sich aus der Begriffsbestimmung des Art. 2 Satz 2 Buchst. a) der Zugangsrichtlinie in deren ursprünglicher Fassung ebenso wie in der inzwischen in Kraft getretenen Fassung des Art. 2 der Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (ABl L 337 S. 37) ergibt. Dass die von dem verpflichteten Unternehmen diskriminierungsfrei bereitzustellenden Vorleistungen auf die eigenen Produkte des berechtigten Unternehmens final bezogen sind, wird durch Art. 10 Abs. 2 Halbs. 2 der Zugangsrichtlinie bestätigt, wonach die Gleichbehandlungsverpflichtungen unter anderem insbesondere sicherstellen, dass der betreffende Betreiber Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie „für seine eigenen Produkte“ oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen.

- 11 Leistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, die der nachfragende Wettbewerber nicht zur Erbringung eigener Dienstleistungen, sondern lediglich zur erfolgreicherer Werbung für seine Produkte nutzen möchte, werden nach alledem von dem der Missbrauchsvermutung des § 42 Abs. 2 TKG zugrunde liegenden Diskriminierungsverbot nicht erfasst.
- 12 2. Die Revision ist schließlich nicht deshalb zuzulassen, weil ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

- 13 a) Eine Verletzung des Überzeugungsgrundsatzes (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO) wird durch das Beschwerdevorbringen nicht aufgezeigt. Ob das Tatsachengericht auf einer ausreichend breiten oder einer zu schmalen tatsächlichen Grundlage entschieden hat, ist grundsätzlich eine dem materiellen Recht zuzuordnende Frage der Tatsachen- und Beweiswürdigung, auf die eine Verfahrensrüge nicht gestützt werden kann. Soweit hiervon Ausnahmen zuzulassen sind, verlangt die Rüge eines Verstoßes gegen den Überzeugungsgrundsatz die Darlegung, dass das Gericht einen Schluss gezogen hat, den es ohne Willkür, insbesondere ohne Verletzung von Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen, schlechterdings nicht ziehen konnte (Beschluss vom 15. August 2011 - BVerwG 6 B 9.11 - Buchholz 442.066 § 150 TKG Nr. 4 Rn. 10 m.w.N.).
- 14 Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Die Klägerin wendet sich gegen die Annahme des Verwaltungsgerichts, der darin bestehende Wettbewerbsvorteil, dass die Beigeladene ohne besonderen Aufwand besonders wirkungsvoll für ihre Produkte werben könne, weil sie auch in großem Umfang auf dem Telefonanschlussmarkt tätig sei, auf dem das Geschäftsmodell der Preselection aufbaue, sei normativ betrachtet äußerst gering. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang geltend macht, das Verwaltungsgericht habe zwar auf die beträchtliche Marktmacht der Beigeladenen auf dem Markt für Telefonanschlüsse Bezug genommen, bei seinen tatsächlichen Feststellungen jedoch nicht berücksichtigt, dass die Beigeladene auch auf dem Markt für Telefonverbindungen als beeinträchtigtem Drittmarkt über einen Marktanteil von ca. 50% verfüge habe, führt dies schon deshalb nicht zur Zulassung der Revision, weil die Frage des Marktanteils der Beigeladenen auf dem Markt für Telefonverbindungen für das angefochtene Urteil nicht entscheidungserheblich war und dieses auf dem geltend gemachten Verfahrensmangel folglich nicht im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO beruhen könnte. Das Verwaltungsgericht hat im Rahmen der Interessenabwägung, die zur Feststellung einer missbräuchlichen Ausnutzung der beträchtlichen Marktmacht im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG erforderlich ist, maßgeblich darauf abgestellt (UA S. 22 f.), dass der Wettbewerbsvorteil der Beigeladenen jedenfalls sachlich gerechtfertigt sei, weil nicht nur die Beigeladene ein legitimes Interesse daran habe, mit der Kündigung der Altverträge zu-

gleich auf ihr neues Produktangebot hinzuweisen, sondern auch die betroffenen Endkunden davon profitierten, nicht nur über die bevorstehende Kündigung, sondern zugleich über mögliche Folgeprodukte informiert zu werden. Es liege im Interesse der Nutzer, eine weitgehend freie Entscheidung des Kunden Wettbewerb um Produkte und Anbieter zu ermöglichen. Diese Entscheidungsfreiheit der Endkunden würde beeinträchtigt, wenn der Beigeladenen die Bewerbung bestimmter Produkte untersagt würde. Angesichts des aus diesen Gründen nach der Auffassung des Verwaltungsgerichts „ungleich stärker betroffenen Ziels der Wahrung der Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG)“ konnte der Frage des Marktanteils der Beigeladenen auf dem Markt für Telefonverbindungen bei der Interessenabwägung offensichtlich keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen.

- 15 b) Der geltend gemachten Verfahrensfehler einer mangelhaften Sachverhaltsaufklärung (§ 86 Abs. 1 VwGO) rechtfertigt ebenfalls nicht die Zulassung der Revision. Die Aufklärungsrüge setzt nicht nur die substantiierte Darlegung voraus, hinsichtlich welcher tatsächlichen Umstände Aufklärungsbedarf bestanden hat, welche Beweismittel hierfür in Betracht kamen und welche tatsächlichen Feststellungen voraussichtlich getroffen worden wären, sondern auch, dass die Nichterhebung der Beweise vor dem Tatsachengericht rechtzeitig gerügt worden ist bzw. die unterbliebene Beweisaufnahme sich ihm hätte aufdrängen müssen (vgl. Beschluss vom 15. August 2011 a.a.O. Rn. 9 m.w.N.). Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang geltend macht, das Verwaltungsgericht habe trotz ihres Hinweises auf die Angaben in den Jahresberichten der Bundesnetzagentur den Marktanteil der Beigeladenen auf dem Markt für Telefonverbindungen nicht hinreichend aufgeklärt, führt dies schon deshalb nicht zur Zulassung der Revision, weil diese Umstände für das Verwaltungsgericht - wie ausgeführt - nicht entscheidungserheblich waren.
- 16 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen im Beschwerdeverfahren sind der Klägerin aufzuerlegen, weil die Beigeladene einen Antrag gestellt und sich damit gemäß § 154 Abs. 3 VwGO einem Kostenrisiko ausgesetzt hat. Die Streit-

wertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG.

Neumann

Dr. Graulich

Hahn

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquelle:

TKG § 42 Abs. 1 und 2

Stichworte:

Telekommunikation; beträchtliche Marktmacht; missbräuchliches Ausnutzen; Markt für Telefonanschlüsse; Vermutungstatbestand; Diskriminierungsverbot; Information über bevorstehende Tarifbeendigung; Leistung; Vorleistung; Endprodukt; finaler Bezug; Verbindungsleistungen; Werbung.

Leitsatz:

Leistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, die der nachfragende Wettbewerber nicht zur Erbringung eigener Dienstleistungen, sondern lediglich zur erfolgreicherer Werbung für seine Produkte nutzen möchte, werden von dem der Missbrauchsvermutung des § 42 Abs. 2 TKG zugrunde liegenden Diskriminierungsverbot nicht erfasst.

Beschluss des 6. Senats vom 19. Februar 2013 - BVerwG 6 B 37.12

I. VG Köln vom 23.05.2012 - Az.: VG 21 K 6642/10 -