

Sachgebiet:

Postrecht und Telekommunikationsrecht

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Rechtsquelle/n:

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

TKG 2004 §§ 12, 15, 31, 33, 35

VwGO § 113 Abs. 5, § 123

Titelzeile:

Vergleichsmarktbetrachtung im telekommunikationsrechtlichen
Entgeltgenehmigungsverfahren

Stichworte:

Bestandskraft des regulierten Vergleichsentgelts; Berufsausübungsfreiheit;
Beurteilungsspielraum; effektiver Rechtsschutz; Inzidentkontrolle des
Vergleichsentgelts; Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung; Kostenmodell;
Mobilfunkterminierungsentgelt; schmale Vergleichsbasis;
Vergleichsmarktbetrachtung; Vorlagebeschluss.

Leitsatz/-sätze:

1. Bei einer Vergleichsmarktbetrachtung im telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigungsverfahren sind Vergleichsobjekt die auf den jeweiligen Märkten zu beobachtenden Preise und nicht die Kosten, die den dort tätigen Unternehmen entstehen.
2. Wird lediglich ein seinerseits regulierter Markt mit nur einem noch nicht bestandskräftig festgesetzten Entgelt, das gewichtige, unternehmensübergreifende Kostenpositionen nicht berücksichtigt, zum Vergleich herangezogen, ist die Basis für den Vergleich zu schmal.
3. § 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. Vorlagebeschlüsse vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - BVerwGE 149, 94 und vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - und - 6 C 18.13 - jeweils juris).

Beschluss des 6. Senats vom 25. Februar 2015 - BVerwG 6 C 33.13

- I. VG Köln vom 25. September 2013
Az: VG 21 K 5903/07



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 C 33.13
VG 21 K 5903/07

Verkündet
am 25. Februar 2015

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 25. Februar 2015
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, 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) in der Fas-
sung des Gesetzes vom 18. Februar 2007 (BGBl. I S. 106)
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 Mobilfunknetz nach GSM- und UMTS-Standard, das mit den öffentlichen Telefonnetzen anderer Betreiber zusammengeschaltet ist. Die Entgelte für die Zugangsgewährung bedürfen auf Grund bestandskräftiger Regulierungsverfügung vom 30. August 2006 einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG. Die Klägerin begehrt, die Beklagte zu verpflichten, ihr für den Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis zum 31. März 2009 ein höheres Mobilfunk-Terminierungsentgelt zu genehmigen, als ihr die Bundesnetzagentur bewilligt hat.
- 2 Am 16. November 2006 genehmigte die Bundesnetzagentur der Klägerin erstmals ein Mobilfunk-Terminierungsentgelt, dessen Höhe sich in dem Genehmigungszeitraum vom 30. August 2006 bis 30. November 2007 auf zuletzt 8,78 Cent/Minute belief. Die Bundesnetzagentur erteilte diese Genehmigung auf der Grundlage einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung. In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, das die Klägerin hiergegen mit dem Ziel

der Erlangung eines höheren Entgelts anhängig gemacht hat, hat der Senat das Verfahren über die Revision der Klägerin gegen das klageabweisende Urteil der Vorinstanz mit Beschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 18.13 - (juris) ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 BVerfGG die Frage vorgelegt, ob der in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG vorgesehene Ausschluss der Rückwirkung von auf gerichtlicher Verpflichtung beruhenden Genehmigungen höherer Entgelte mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

- 3 Unter dem 21. September 2007 beantragte die Klägerin die Genehmigung eines Mobilfunk-Terminierungsentgelts in Höhe von 9,58 Cent/Minute für die Zeit vom 1. Dezember 2007 bis zum 31. März 2008 und in Höhe von 8,97 Cent/Minute für die Zeit vom 1. April 2008 bis zum 31. März 2009 (Leistung V.1).

- 4 Mit Beschluss vom 30. November 2007 genehmigte die Bundesnetzagentur ein einheitliches Terminierungsentgelt in Höhe von lediglich 7,92 Cent/Minute mit einer Befristung zum 31. März 2009 und lehnte den Genehmigungsantrag der Klägerin im Übrigen ab: Das beantragte Entgelt habe auf der Grundlage des § 35 Abs. 3 TKG nur teilweise genehmigt werden können. Die vorgelegten Kostenunterlagen hätten für eine Prüfung anhand des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht ausgereicht. Gleichwohl sei von einer Versagung der Entgeltgenehmigung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG wegen der damit für die Klägerin und ihre Zusammenschaltungspartner verbundenen finanziellen Unsicherheiten abgesehen worden. Zwar habe ein Kostenmodell, das § 35 Abs. 1 TKG als alternative Methode zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vorsehe, nicht zur Verfügung gestanden. Jedoch habe eine Vergleichsmarktbetrachtung, bei der es sich ebenfalls um eine alternative Kostenermittlungsmethode im Sinne des § 35 Abs. 1 TKG handele, durchgeführt werden können, und zwar eine solche im nationalen Rahmen, die einem internationalen Vergleich vorzuziehen sei. Als nationaler Vergleichsmarkt sei derjenige für Terminierungen im Mobilfunknetz der Betreiberin O₂ herangezogen worden. Den auf diesem Markt maßgeblichen Preis stelle das Terminierungsentgelt dar, das O₂ mit Beschluss vom gleichen Tag auf der Grundlage prüffähiger Kostenunterlagen für die Zeit vom 1. Dezember 2007 bis zum

31. März 2009 in Höhe von 8,80 Cent/Minute genehmigt worden sei. Von diesem Entgelt sei ein Abschlag in Höhe von 10 Prozent zu Lasten der Klägerin vorzunehmen, da O₂ als E-Netz-Betreiberin im Vergleich mit der Klägerin als D-Netz-Betreiberin infolge unterschiedlicher Markteintrittsdaten (1998 und 1992) mit unterschiedlichen Frequenzerstausstattungen (1 800 MHz und 900 MHz) ein geringeres Terminierungsvolumen aufweise und deshalb mit höheren Stückkosten belastet sei.

- 5 Ebenfalls mit Beschlüssen vom 30. November 2007 genehmigte die Bundesnetzagentur auch die Entgelte der weiteren deutschen Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile und E-Plus für den hier in Rede stehenden Genehmigungszeitraum auf Grund eines Tarifvergleichs mit dem Entgelt von O₂.

- 6 Einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG i.V.m. § 123 Abs. 1 VwGO hat die Klägerin nicht gestellt. Die Verpflichtungsklage, mit der die Klägerin ihr Entgeltgenehmigungsbegehren weiterverfolgt, hat das Verwaltungsgericht zwar trotz des insoweit eingreifenden Rückwirkungsausschlusses nach § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG für zulässig, jedoch aus folgenden Gründen für unbegründet erachtet: Die Bundesnetzagentur habe in dem angegriffenen Beschluss ausführlich und plausibel begründet, dass die von der Klägerin vorgelegten Kostenunterlagen für die Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht ausgereicht hätten. Die Behörde habe indes in ermessensfehlerfreier Entscheidung den Entgeltgenehmigungsantrag der Klägerin nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG abgelehnt, sondern über diesen gestützt auf die Ermächtigung des § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG entschieden. Dabei habe sie in fehlerfreier Ausübung des ihr nach § 35 Abs. 1 TKG zustehenden Auswahlermessens als alternative Methoden zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine nationale Vergleichsmarktbeurteilung, eine internationale Vergleichsmarktbeurteilung und die Anwendung eines Kostenmodells in Betracht gezogen, einleuchtende Gründe für das Fehlen eines Kostenmodells benannt und sich in nachvollziehbarer Weise für die erstgenannte Methode entschieden. Der Bundesnetzagentur seien bei der Anwendung der nationalen Vergleichsmarktbeurteilung keine Rechtsfehler unterlaufen. Eine Vergleichsmarktbeurteilung sei auch dann zulässig, wenn es sich

bei dem Vergleichsmarkt - wie hier - um einen Monopolmarkt handele, dessen Preise nicht im freien Wettbewerb gebildet, sondern ex ante reguliert würden. Die Bundesnetzagentur habe das Entgelt für die Terminierungsleistung im Mobilfunknetz von O₂ auf der Grundlage hinreichender Kostenunterlagen ermittelt. Dieses Entgelt sei für die entsprechende Leistung der Anrufzustellung auf einem Terminierungsmarkt mit weithin deckungsgleichen und im Übrigen in ihrer Unterschiedlichkeit erkannten, die Heranziehung als Vergleichsmarkt jedoch nicht ausschließenden Bedingungen tatsächlich erhoben worden. Selbst wenn die Bundesnetzagentur der Mobilfunknetzbetreiberin O₂, wie von der Klägerin geltend gemacht, wegen eines zu niedrigen Kostenansatzes für den Erwerb der UMTS-Lizenz oder wegen eines zu niedrigen Kapitalkostenansatzes ein zu geringes Terminierungsentgelt genehmigt haben sollte, bedeute dies nicht, dass dieses Entgelt als untaugliche, weil zu schmale Basis für einen Preisvergleich angesehen werden müsse. Für die Vergleichsmarkt Betrachtung komme es auf den im Genehmigungszeitraum tatsächlich geltenden Preis in Form des genehmigten Entgelts an und nicht auf die Kosten des Vergleichsunternehmens bzw. deren Berücksichtigungsfähigkeit im Rahmen der Entgeltgenehmigung. Ließe man für regulierte Vergleichsentgelte den Einwand der zu niedrigen Festsetzung zu, wäre die Vergleichsmarkt Betrachtung keine praktisch taugliche Grundlage für eine Entgeltgenehmigung. Eine nachträgliche Veränderung des Vergleichsentgelts durch gerichtliche Entscheidung könne den Wettbewerb in dem zurückliegenden Genehmigungszeitraum nicht mehr beeinflussen. In dem Umstand, dass ein Unternehmen als Adressat einer Entgeltgenehmigung, die wegen nicht hinreichender Kostenunterlagen auf der Grundlage einer Vergleichsmarkt Betrachtung ergangen sei, nicht mit Einwänden gegen die Höhe des herangezogenen Vergleichsentgelts gehört werde, liege keine unverhältnismäßige Einschränkung des in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantierten effektiven Rechtsschutzes. Denn das betroffene Unternehmen könne eine Präklusion seiner Einwendungen dadurch vermeiden, dass es sich im Entgeltgenehmigungsverfahren entsprechend seiner Verpflichtung aus § 33 TKG verhalte und der Bundesnetzagentur die Überprüfung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf der Grundlage hinreichender Kostenunterlagen ermögliche. Die Frage, ob die Heranziehung des Vergleichsentgelts als eine dann zu schmale Basis ausnahmsweise ausscheiden müsse, wenn dessen Genehmi-

gung offensichtlich rechtswidrig sei, könne auf sich beruhen, da hier ein solcher Fall nicht gegeben sei.

- 7 Durch den Abschlag in Höhe von 10 Prozent, den die Bundesnetzagentur zu Lasten der Klägerin auf das herangezogene Vergleichsentgelt angebracht habe, habe die Behörde im Rahmen ihres insoweit bestehenden Regulierungsermessens als Besonderheit des Vergleichsmarkts das im Vergleich mit der Klägerin als D-Netz(900 MHz)-Betreiberin geringere Terminierungsvolumen von O₂ als E-Netz(1800 MHz)-Betreiberin berücksichtigt. Die in dieser Hinsicht bestehende Differenz sei auf die unterschiedlichen Marktanteile der betroffenen Unternehmen zurückzuführen und habe Auswirkungen auf die Höhe der Stückkosten. Die Bundesnetzagentur sei mit plausibler Begründung von einem insoweit bestehenden Zusammenhang zwischen Markteintrittszeitpunkt mit bestimmter Frequenzerstausstattung, Marktanteil und Kostenstruktur ausgegangen. Auf frequenzausstattungsbedingte Kostenunterschiede zwischen O₂ als E-Netz-Betreiberin und der Klägerin als D-Netz-Betreiberin habe die Behörde im Ergebnis nicht abgestellt. Eine rechtliche Vorgabe zur Genehmigung nur symmetrischer Entgelte sei nicht anzuerkennen.
- 8 Die Klägerin macht zur Begründung ihrer von dem Verwaltungsgericht zugelassenen Revision geltend, das verwaltungsgerichtliche Urteil stehe wegen der Verletzung wesentlicher Vorschriften über die telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigung - insbesondere § 31 Abs. 1 Satz 1 und § 35 Abs. 1 TKG - sowie der grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG nicht im Einklang mit Bundesrecht: Das Verwaltungsgericht habe eine Inzidentkontrolle des seinerseits regulierten Vergleichsentgelts der Mobilfunknetzbetreiberin O₂ jedenfalls deshalb nicht verweigern dürfen, weil dieses Entgelt die alleinige Basis für den von der Bundesnetzagentur durchgeführten Tarifvergleich gebildet habe, weil es von der Behörde gleichzeitig mit dem hier angegriffenen Entgelt ohne Aussicht auf die Erlangung von Bestandskraft im Zeitraum seiner Geltung festgesetzt worden sei und weil es deshalb - mit einem entsprechenden Potenzial für eine Verzerrung des Wettbewerbs - in seiner Höhe ungewiss gewesen sei. Für die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass sie, die Klägerin, mit ihren Einwendungen gegen das O₂

genehmigte Vergleichsentgelt - der Erforderlichkeit eines Ansatzes der historischen Kosten anstatt nur eines Wiederbeschaffungswerts für die UMTS-Lizenz sowie eines höheren Kapitalkostenansatzes - präkludiert sei, weil sie ihrerseits im Entgeltgenehmigungsverfahren keine ausreichenden Kostenunterlagen vorgelegt habe, gebe es keine tragfähige rechtliche Grundlage. Das Verwaltungsgericht habe der Bundesnetzagentur zu Unrecht ein Regulierungsermessen im Hinblick auf die Frage zuerkannt, ob und inwieweit Besonderheiten von Vergleichsmärkten Abschläge oder Zuschläge auf den Vergleichspreis erforderten. Den von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Abschlag in Höhe von 10 Prozent auf das Vergleichsentgelt von O₂ habe das Verwaltungsgericht nicht unbeanstandet lassen dürfen. Denn dem in dem Begriff der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung enthaltenen betreiberübergreifenden Effizienzansatz werde allein die Genehmigung symmetrischer Entgelte gerecht. Unabhängig hiervon sei der Abschlag jedenfalls nicht durch objektive Kostenunterschiede gerechtfertigt. Die Klägerin meint, bei einer Berücksichtigung ihrer Einwendungen gegen das Vergleichsentgelt habe sie Anspruch auf die Genehmigung eines Mobilfunk- Terminierungsentgelts von 9,58 Cent/Minute, hilfsweise in einer Höhe zwischen 7,92 Cent/Minute und 9,58 Cent/Minute. Bei einer Ablehnung der gerichtlichen Kontrolle des Vergleichsentgelts könne sie jedenfalls die Genehmigung des durch einen Abschlag nicht verminderten Entgelts in Höhe von 8,80 Cent/Minute beanspruchen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts sei auch nicht aus anderen Gründen richtig. Sofern die nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG ausgeschlossene Rückwirkung eingeklagter Entgeltgenehmigungen überhaupt für entscheidungserheblich erachtet werde, unterfalle sie dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit und könne deshalb nicht angewendet werden. Dies werde eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ergeben.

9 Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

II

10 Das Verfahren wird ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht wird gemäß Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 BVerfGG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni

2004 (BGBl. I S. 1190) in seiner hier anwendbaren Fassung vom 18. Februar 2007 (BGBl. I S. 106) mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

- 11 Gemäß § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG wirken Entgeltgenehmigungen, die die vollständige oder teilweise Genehmigung eines vertraglich bereits vereinbarten Entgelts beinhalten, auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zurück. Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG 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; der Darlegung eines Anordnungsgrundes bedarf es nicht. Unter Bezugnahme auf diese Regelungen bestimmt § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG, dass dann, wenn das Gericht die Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt verpflichtet, diese Genehmigung die Rückwirkung nach § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG nur entfaltet, wenn eine Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG ergangen ist.
- 12 Auf die Gültigkeit des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG kommt es im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG für die Entscheidung des Senats über die Revision der Klägerin an (1.). Der Senat ist aus den bereits in den Vorlagebeschlüssen vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - (BVerwGE 149, 94 Rn. 21 ff.) und vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - (juris Rn. 81 ff.) und - 6 C 18.13 - (juris Rn. 75 ff.) dargelegten Erwägungen weiterhin davon überzeugt, dass § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar ist (2.).
- 13 1. Ist § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verfassungsgemäß, ist die Revision der Klägerin vollständig zurückzuweisen (a)). Ist § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verfassungswidrig und nichtig, hat die Revision dagegen teilweise Erfolg (b)).
- 14 a) Im Fall der Verfassungsmäßigkeit des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG beruht das angefochtene Urteil, mit dem das Verwaltungsgericht die Verpflichtungsklage auf Genehmigung eines höheren Mobilfunk-Terminierungsentgelts abgewie-

sen hat, zwar auf einer Verletzung von Bundesrecht im Sinne des § 137 Abs. 1 VwGO (aa)), stellt sich aber gemäß § 144 Abs. 4 VwGO aus anderen Gründen vollständig als richtig dar, weil § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG den prozessualen Anspruch auf Verpflichtung zum Erlass einer rückwirkenden Genehmigung eines höheren Entgelts bzw. auf Neubescheidung des weitergehenden Entgeltantrags ausschließt (bb).

- 15 aa) Das Verwaltungsgericht hat die Verpflichtungsklage zum ganz überwiegenden Teil zu Recht als zulässig angesehen (aaa)). Jedoch hat das Verwaltungsgericht, indem es die Klage für unbegründet erachtet hat, verkannt, dass der Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des genehmigungsfähigen Entgelts für die Leistung V. 1 der Klägerin auf der Grundlage von § 35 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 31 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 sowie § 35 Abs. 1 TKG (in der hier insgesamt maßgeblichen, oben genannten Fassung des Gesetzes) Rechtsfehler unterlaufen sind, die die Klägerin im Sinne von § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO in ihren Rechten verletzen. Das Verwaltungsgericht hätte, bleibt § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG außer Betracht, nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO ein Bescheidungsurteil zu Gunsten der Klägerin erlassen müssen (bbb)).
- 16 aaa) Die Verpflichtungsklage erfüllt, auch was den wesentlichen Teil der Höhe des zur Genehmigung gestellten Mobilfunk-Terminierungsentgelts anbelangt, die bundesprozessrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Insbesondere fehlt es trotz des in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG vorgesehenen Ausschlusses der Rückwirkung von eingeklagten Genehmigungen höherer Entgelte nicht an dem erforderlichen allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis (vgl. dazu näher: BVerwG, Beschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - BVerwGE 149, 94 Rn. 16).
- 17 Unzulässig ist die Klage nur insoweit, als die Klägerin mit ihrem Hauptantrag (9,58 Cent/Minute für den gesamten Genehmigungszeitraum) und teilweise auch mit ihrem Hilfsantrag (7,92 Cent/Minute bis 9,58 Cent/Minute für den gesamten Genehmigungszeitraum) der Höhe nach über ihren bei der Bundesnetzagentur gestellten Entgeltantrag (9,58 Cent/Minute vom 1. Dezember 2007 bis zum 31. März 2008 und 8,97 Cent/Minute vom 1. April 2008 bis zum

31. März 2009) hinausgeht. Die Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage hängt grundsätzlich davon ab, dass die Vornahme des eingeklagten Verwaltungsakts vor Klageerhebung im Verwaltungsverfahren erfolglos beantragt worden ist (vgl. dazu näher: BVerwG, Urteile vom 28. November 2007 - 6 C 42.06 - BVerwGE 130, 39 Rn. 23, vom 16. Dezember 2009 - 6 C 40.07 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 409 Rn. 17 und vom 12. Juni 2013 - 6 C 10.12 - Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 3 Rn. 17). Es besteht kein Grund dafür, von diesem prozessrechtlichen Grundsatz für das telekommunikationsrechtliche Entgeltgenehmigungsverfahren abzuweichen. Denn dieses Verfahren beruht, wie sich aus § 31 Abs. 5 und 6 TKG ergibt, ganz wesentlich auf dem Antragsprinzip. Hierdurch soll das regulierte Unternehmen so weit wie möglich Einfluss auf die Entscheidung über die Höhe des genehmigten Entgelts erhalten (BVerwG, Urteile vom 24. Juni 2009 - 6 C 19.08 - Buchholz 442.066 § 35 TKG Nr. 3 Rn. 14 und vom 25. November 2009 - 6 C 34.08 - Buchholz 442.066 § 31 TKG Nr. 1 Rn. 17). Hinzu kommt, dass die in § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG enthaltene Regelung über die Anordnung der vorläufigen Zahlung eines beantragten höheren Entgelts eine Kongruenz des verwaltungsverfahrensrechtlichen mit dem verwaltungsprozessualen Antrag voraussetzt.

- 18 bbb) In der Sache hat das Verwaltungsgericht zwar nicht dadurch gegen die revisiblen Vorschriften aus § 35 Abs. 3 i.V.m. § 31 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 und § 35 Abs. 1 TKG sowie gegen die von der Klägerin in Anspruch genommenen grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen, dass es die Entscheidung der Bundesnetzagentur, für die Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung seitens der Klägerin überhaupt eine Vergleichsmarktbetrachtung anzustellen, nicht beanstandet ((1) bis (2)) und eine Inzidentkontrolle des als Vergleichsentgelt herangezogenen regulierten Entgelts der Mobilfunknetzbetreiberin O₂ abgelehnt hat ((3)). Das Verwaltungsgericht hat jedoch unter Verletzung der bezeichneten telekommunikationsrechtlichen Vorschriften verkannt, dass die Bundesnetzagentur nicht allein auf den Markt für Anrufzustellungen im Mobilfunknetz von O₂ als Vergleichsmarkt bzw. auf das dort genehmigte Entgelt als Vergleichsentgelt abstellen durfte und jedenfalls aus den von der Behörde angeführten Gründen ein Abschlag auf das Vergleichsentgelt nicht gerechtfertigt war ((4)). Die Kläge-

rin wird durch die rechtswidrige Ablehnung ihres weitergehenden Entgeltantrags im Sinne von § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO in ihren Rechten verletzt und hat Anspruch auf die Verpflichtung der Beklagten zur Neubescheidung ihres Entgeltantrags gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO ((5)).

- 19 (1) Die Bundesnetzagentur musste die beantragte Entgeltgenehmigung nicht nach § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG versagen, obwohl die Kostenunterlagen im Sinne des § 33 TKG, die die Klägerin mit ihrem Entgeltantrag vorgelegt hatte, nach der mit Revisionsrügen nicht angegriffenen Feststellung des Verwaltungsgerichts zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht ausreichten. Das Verwaltungsgericht hat es zu Recht nicht als ermessensfehlerhaft bewertet, dass die Regulierungsbehörde wegen der im Fall der Genehmigungsversagung drohenden finanziellen Unsicherheiten für die Klägerin und ihre Wettbewerber auf der Grundlage des § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG auf eine alternative Methode zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG zurückgegriffen hat.
- 20 (2) Das Verwaltungsgericht hat ferner zu Recht erkannt, dass die Bundesnetzagentur das Auswahlermessen nicht verletzt hat, das ihr bei einer auf § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG gestützten Entgeltregulierung im Hinblick auf die in § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG genannten Methoden der Vergleichsmarktbetrachtung (Nr. 1) und des Kostenmodells (Nr. 2) als Alternativen für eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Grund von Kostenunterlagen zusteht. Das behördliche Ermessen war nicht in der Weise reduziert, dass nur die Anwendung eines Kostenmodells in Betracht gekommen wäre. Dies ergibt sich schon in tatsächlicher Hinsicht daraus, dass der Regulierungsbehörde nach Feststellung des Verwaltungsgerichts innerhalb der von ihr nach § 31 Abs. 6 Satz 3 TKG einzuhaltenden Entscheidungsfrist von zehn Wochen kein solches Modell zur Verfügung stand. Darüber hinaus sind in rechtlicher Hinsicht die Vergleichsmarktbetrachtung und die Anwendung eines Kostenmodells nach § 35 Abs. 1 TKG prinzipiell gleichrangig. Auch Art. 13 Abs. 2 Satz 2 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 (ABl. L 108 S. 7)

- Zugangsrichtlinie - sieht die Vergleichsmarktbetrachtung ausdrücklich vor (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - juris Rn. 33 und - 6 C 18.13 - juris Rn. 28).

- 21 (3) Das Verwaltungsgericht hat es schließlich zu Recht abgelehnt, im Rahmen der Klage gegen die auf Basis einer Vergleichsmarktbetrachtung erteilte Entgeltgenehmigung der Klägerin in eine inzidente Überprüfung des für die Mobilfunknetzbetreiberin O₂ auf der Grundlage von Kostenunterlagen festgesetzten Vergleichsentgelts am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung einzutreten. Für das Bestreben der Klägerin, das Vergleichsentgelt im Wege einer solchen inzidenten Kostenkontrolle als Berechnungsgrundlage für das eigene Entgelt durch einen höheren Ansatz für die Kosten der von O₂ erworbenen UMTS-Lizenz und für die Kapitalkosten dieser Netzbetreiberin rechnerisch zu erhöhen, gibt es keine rechtliche Grundlage.
- 22 Die Vergleichsmarktbetrachtung hat ihren Ursprung im allgemeinen Wettbewerbsrecht (vgl. etwa: BGH, Beschlüsse vom 16. Dezember 1976 - KVR 2/76 - BGHZ 68, 23 <33>, vom 12. Februar 1980 - KVR 3/79 - BGHZ 76, 142 <150 ff.> und vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04 - BGHZ 163, 282 <291 ff.>). In Anlehnung hieran (BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 - Buchholz 442.066 § 38 TKG Nr. 2 Rn. 22) wird sie in § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG als Vergleich von Preisen solcher Unternehmen beschrieben, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten, wobei die Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu berücksichtigen sind. Vergleichsobjekt sind demnach die auf den jeweiligen Märkten zu beobachtenden Preise und nicht die Kosten, die den dort tätigen Unternehmen entstehen. Diese Kosten spielen bei einer Vergleichsmarktbetrachtung nur dann eine Rolle, wenn sie Ausdruck struktureller Marktunterschiede sind, denen durch Abschläge oder Zuschläge auf das Vergleichsentgelt Rechnung getragen werden kann und muss. Dies leuchtet unmittelbar ein, wenn die Vergleichsmarktbetrachtung gemäß § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung der Prüfung einer etwaigen Missbräuchlichkeit der Entgelte anhand der Maßstäbe des § 28 TKG dient. Nichts anderes gilt indes, wenn im Verfahren der Ex-ante-Entgeltgenehmigung die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf

der Grundlage von § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG durch eine Vergleichsmarktbetrachtung ermittelt werden. Hier wird durch die Vergleichsmarktbetrachtung nicht lediglich ein Preis gefunden, der dann noch - quasi in einem weiteren Schritt - auf seine Übereinstimmung mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hin zu überprüfen wäre. Vielmehr entspricht der ermittelte Vergleichspreis nach der Vorstellung des Gesetzgebers ohne weiteres dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (in diesem Sinne: BVerwG, Beschlüsse vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - juris Rn. 55, 59 und - 6 C 18.13 - juris Rn. 50, 54 sowie zuvor bereits: BVerwG, Urteil vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 Rn. 23; zu den Zusammenhängen insgesamt: Groebel, in: Säcker, <Hrsg.>, TKG, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 3, 19 ff.).

- 23 Die inzidente Kostenkontrolle des Vergleichsentgelts liefere hier darauf hinaus, ein Strukturelement der Vergleichsmarktbetrachtung als Methode zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, nämlich die Übernahme eines gegebenenfalls um Abschläge oder Zuschläge korrigierten Vergleichsentgelts als Abbild der effizienten Kosten, jedenfalls zum Teil durch eine Kosteneffizienzprüfung auf der Grundlage von Kostenunterlagen - und zwar der Unterlagen eines Wettbewerbers - zu ersetzen und auf diese Weise eine spezifische Mischform der beiden Methoden zu etablieren, deren Anwendung auf das gerichtliche Verfahren beschränkt wäre. Eine solche in ihrem Anwendungsbereich beschränkte Mischform der Kostenermittlungsmethoden ist im Telekommunikationsgesetz nicht vorgesehen und wäre schon deshalb im Hinblick auf ihre Voraussetzungen und Bedingungen gänzlich unbestimmt.
- 24 Vor diesem Hintergrund geht es bereits im Ansatz fehl, wenn die Klägerin geltend macht, bei einer Ablehnung der von ihr befürworteten gerichtlichen Inzidentkontrolle des Vergleichsentgelts würden die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Einwendungspräkklusion nicht berücksichtigt. Ebenso wenig rechtfertigt es die Inzidentkontrolle des Vergleichsentgelts, sondern betrifft die Rechtmäßigkeit der durchgeführten Vergleichsmarktbetrachtung als solche, wenn die Klägerin auf den eingeschränkten Charakter des hier in Rede stehenden Tarifvergleichs und die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Kontrolle von Entgeltgenehmigungen verweist.

- 25 (4) Das Verwaltungsgericht hätte jedoch darauf erkennen müssen, dass die Bundesnetzagentur die Beurteilungsspielräume, die ihr im Rahmen einer auf einer Vergleichsmarktbetrachtung beruhenden Entgeltgenehmigung zustehen (α), bei der Genehmigung des Mobilfunk-Terminierungsentgelts der Klägerin fehlerhaft ausgefüllt hat, weil sie ausschließlich auf den Markt für Anrufzustellungen im Mobilfunknetz der Betreiberin O₂ als Vergleichsmarkt und auf das dort genehmigte Entgelt als Vergleichsentgelt abgestellt (β) und einen Abschlag auf das Vergleichsentgelt unter Berufung auf marktstrukturelle Kostenunterschiede zwischen der Klägerin als D-Netz-Betreiberin und O₂ als E-Netz-Betreiberin vorgenommen (γ) hat.
- 26 (α) Der Bundesnetzagentur steht, wenn sie auf der Grundlage von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 TKG eine Vergleichsmarktbetrachtung zum Zweck der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anstellt, sowohl für die Entscheidung, welche Märkte sie als Vergleichsbasis heranzieht, als auch für die Entscheidung, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Vergleichsmärkte Abschläge bzw. Zuschläge auf das Vergleichsentgelt anzusetzen sind, ein Beurteilungsspielraum zu. Diese regulierungsbehördlichen Beurteilungsspielräume knüpfen an den Umstand an, dass die Vergleichsmarktbetrachtung als Methode zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ein komplexes, mehrphasiges Verfahren darstellt, das erstens mit der bewertenden Feststellung beginnt, welche Märkte mit dem relevanten Markt im Wesentlichen vergleichbar sind, das auf dieser Grundlage zweitens eine Auswahlentscheidung hinsichtlich derjenigen Märkte erfordert, welche zur Ermittlung des Vergleichspreises heranzuziehen sind, das drittens gegebenenfalls eine gestaltende Entscheidung dahingehend verlangt, in welcher Höhe das ermittelte Vergleichsentgelt etwa durch Zu- oder Abschläge zu korrigieren ist, um strukturelle Marktunterschiede auszugleichen, und in dem es viertens unter Umständen einer ebenfalls gestaltenden Entscheidung darüber bedarf, ob bzw. inwieweit das ermittelte Vergleichsentgelt um einen Sicherheitszuschlag (weiter) zu erhöhen ist (vgl. die ausführliche Begründung in: BVerwG, Beschlüsse vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 -, juris Rn. 35 ff. und - 6 C 18.13 - juris Rn. 30 ff.).

- 27 (β) Das Verwaltungsgericht hätte es als Überschreitung des regulierungsbehördlichen Beurteilungsspielraums für die Vergleichsmarktidentifizierung und Vergleichsmarktauswahl beanstanden müssen, dass die Bundesnetzagentur den Markt für Anrufzustellungen im Mobilfunknetz von O₂ als alleinigen Vergleichsmarkt herangezogen und dementsprechend das Mobilfunk-Terminierungsentgelt von O₂ als Vergleichsentgelt - abgesehen von der Anbringung eines Abschlags - ohne Weiteres auf die Klägerin übertragen hat.
- 28 Eine der Maßgaben, auf deren Einhaltung die behördliche Ausfüllung eines Beurteilungsspielraums im Verwaltungsprozess zu überprüfen ist, besteht darin, dass die Behörde von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen sein muss. Den gesetzlichen Begriff des Vergleichsmarkts, der sich aus der bereits genannten Umschreibung der Vergleichsmarktbetrachtung in § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG ergibt, hat die Bundesnetzagentur durch ihr alleiniges Abstellen auf den Markt für Anrufzustellungen im Mobilfunknetz von O₂ verkannt.
- 29 Zwar ist zwischen den Beteiligten nicht umstritten, dass die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt insoweit erfüllt waren, als die Mobilfunk-Terminierungsmärkte von O₂ und der Klägerin in einem Großteil ihrer Rahmenbedingungen übereinstimmten und auf ihnen entsprechende Leistungen erbracht wurden.
- 30 Im Ausgangspunkt zutreffend und insoweit von dem Verwaltungsgericht zu Recht unbeanstandet ist die Bundesnetzagentur ferner davon ausgegangen, dass - wie im Fall des Mobilfunk-Terminierungsmarkts von O₂ gegeben - auch monopolistisch strukturierte und darüber hinaus ihrerseits regulierte Märkte vergleichbare Märkte im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG sein können. Ersteres rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass Marktkräfte nicht nur auf der Anbieterseite, sondern auch auf der Nachfragerseite wirken (BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 - Buchholz 442.066 § 38 TKG Nr. 2 Rn. 26; vgl. auch: BVerwG, Urteil vom 2. April 2008 - 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 32 ff.) und ist bereits nach allgemeinem Wettbewerbsrecht nicht ausge-

schlossen (BGH, Beschlüsse vom 21. Oktober 1986 - KVR 7/85 - NJW-RR 1987, 554 <555> und vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04 - BGHZ 163, 282 <292>; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker <Hrsg.>, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 19 Rn. 269). Letzteres wollte der Gesetzgeber über den Rechtsstand des allgemeinen Wettbewerbsrechts hinaus durch die Formulierung der dem Wettbewerb geöffneten Märkte gezielt zulassen (BT-Drs. 15/2316 S. 69). Voraussetzung für das eine wie für das andere ist jedoch, dass wenigstens eine schmale Basis für die Vergleichbarkeit der Entgelte besteht (BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 - Buchholz 442.066 § 38 TKG Nr. 2 Rn. 27).

- 31 Dass eine solche auch nur schmale Basis im vorliegenden Fall nicht bestand, haben sowohl die Bundesnetzagentur als auch das Verwaltungsgericht verkannt: Infolge der Betrachtung nur eines Markts - des Mobilfunk-Terminierungsmarkts von O₂ - mit nur einem Vergleichsentgelt fehlte es an einem Korrektiv in Form weiterer in die Vergleichsanalyse eingehender Werte. Es handelte sich bei dem Vergleichsentgelt von O₂ seinerseits um ein reguliertes Entgelt, dass die Behörde nach vorheriger Kostenprüfung gleichzeitig mit den darauf bezogenen Entgelten der Klägerin und weiterer Wettbewerber festgesetzt hatte. Wegen der fehlenden Bestandskraft der Genehmigung des Vergleichsentgelts stand dieses von Anfang an unter dem Vorbehalt einer von O₂ im Klageweg erreichten Anhebung, die in Anbetracht des Umstands, dass bei der Entgeltfestsetzung gewichtige Kostenpositionen in Gestalt der historischen Kosten der UMTS-Lizenz und eines höheren Kapitalkostenansatzes nicht berücksichtigt worden waren, ein erhebliches Ausmaß erreichen konnte. Dieser Vorbehalt barg, da eine spätere Anhebung des Vergleichsentgelts von O₂ nicht mehr auf die Entgelte der Klägerin und weiterer Wettbewerber mit einer Belastung durch vergleichbare, unternehmensübergreifende Kostenpositionen würde übertragen werden können, zugleich die Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung in sich.
- 32 Der Bundesnetzagentur hat ausweislich der Begründung der angegriffenen Entgeltgenehmigung nicht vor Augen gestanden, dass der eingeschränkte Charakter der hier durchgeführten Vergleichsmarktbetrachtung deren Funktionsfä-

higkeit zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung außer Kraft setzen musste. Die Regulierungsbehörde hat nicht erkannt, dass sie zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung, das heißt, nachdem sie sich gegen eine Ablehnung des Entgeltantrags der Klägerin wegen nicht hinreichender Kostenunterlagen und für eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Wege der Vergleichsmarktbetrachtung entschieden hatte, eine breitere Basis für den Tarifvergleich hätte schaffen müssen. Je breiter diese Basis angelegt gewesen wäre, umso weniger Relevanz wäre im Fall regulierter Entgelte der Problematik der möglicherweise fehlenden Bestandskraft der jeweiligen Entgeltgenehmigungen zugekommen. Nach Lage der Dinge konnte eine solche breitere Basis nur durch eine - jedenfalls zusätzliche - Betrachtung internationaler Vergleichsmärkte hergestellt werden (zu den insoweit im Rahmen des regulierungsbehördlichen Beurteilungsspielraums zu beachtenden Vorgaben: BVerwG, Beschlüsse vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - juris Rn. 48 ff. und - 6 C 18.13 - juris Rn. 43 ff.).

- 33 Ein exekutiver Beurteilungsspielraum ist im Verwaltungsprozess weiterhin daraufhin zu überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat. Dies hat hier die Bundesnetzagentur jedenfalls insoweit versäumt, als sie vor dem Erlass der Entgeltgenehmigung für die Klägerin kein nationales Konsultationsverfahren durchgeführt hat, wozu sie nach § 15 TKG i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG verpflichtet gewesen wäre (BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2014 - 6 C 10.13 - N&R 2014, 305 Rn. 25 f., dort - Rn. 39 ff. - auch zu der offenen Frage der unionsrechtlichen Erforderlichkeit eines Konsolidierungsverfahrens).
- 34 (γ) Das Verwaltungsgericht hätte ferner den Abschlag in Höhe von 10 Prozent, den die Bundesnetzagentur zu Lasten der Klägerin auf das Vergleichsentgelt von O₂ vorgenommen hat, nicht als rechtmäßig bestätigen dürfen. Durch diese Entscheidung hat die Regulierungsbehörde den Beurteilungsspielraum, der ihr, wie dargelegt, im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung in Bezug auf die Korrekturbedürftigkeit eines Vergleichsentgelts wegen Besonderheiten der Vergleichsmärkte auf Grund struktureller Marktunterschiede zusteht, nicht fehlerfrei wahrgenommen.

- 35 Zwar besteht entgegen der Ansicht der Klägerin nach dem im vorliegenden Fall anwendbaren Stand des Telekommunikationsgesetzes keine regulierungsbehördliche Rechtspflicht zur Genehmigung nur symmetrischer Entgelte (BVerwG, Beschlüsse vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - juris Rn. 50 ff. und - 6 C 18.13 - juris Rn. 45 ff.). Die Bundesnetzagentur ist jedoch bei der Ausfüllung ihres Beurteilungsspielraums den gerichtlich überprüfbaren Maßgaben der hinreichenden Ermittlung des erheblichen Sachverhalts sowie der Einhaltung der gültigen Verfahrensbestimmungen nicht gerecht geworden.
- 36 Was die erstgenannte Maßgabe anbelangt, hat der Senat für die von der Bundesnetzagentur für entgeltrelevant erachtete Differenzierung zwischen D-Netz-Betreibern mit einer 900-MHz-Frequenzerstausstattung einerseits und E-Netz-Betreibern mit einer 1 800-MHz-Frequenzerstausstattung andererseits bereits im Hinblick auf die Entgeltgenehmigung, die der Klägerin für die Vorgängerentgeltperiode vom 30. August 2006 bis 30. November 2007 erteilt worden war, eine hinreichend ermittelte sachliche Grundlage vermisst (BVerwG, Beschlüsse vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - juris Rn. 60 ff. und - 6 C 18.13 - juris Rn. 55 ff.). Auch aus der Begründung des angegriffenen Beschlusses, mit der die Regulierungsbehörde ausdrücklich an ihre Unterscheidung aus der Vorgängerentgeltperiode anknüpft, wird nicht plausibel, worin nunmehr die marktstrukturell begründeten Kostenunterschiede zwischen der Klägerin als D-Netz-Betreiberin und O₂ als E-Netz-Betreiberin bestehen sollten, die als Besonderheiten der Vergleichsmärkte einen Abschlag rechtfertigen könnten. Die Behörde hat zwar einerseits Kostenunterschieden auf Grund einer unterschiedlichen Frequenzausstattung als solcher zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung keine wesentliche Bedeutung mehr zugemessen, andererseits aber solche Unterschiede in geringem Umfang oder als Restgröße immer noch für möglich gehalten, ohne dies indes mit tatsächlichen Feststellungen zu belegen. Sofern die Bundesnetzagentur des Weiteren auf eine geringere Kostenbelastung der Klägerin als D-Netz-Betreiberin im Vergleich mit O₂ als E-Netz-Betreiberin auf Grund von niedrigeren Stückkosten geschlossen hat, für die ein größerer Marktanteil ursächlich sei, der wiederum auf einen früheren Eintritt in den Markt zurückgeführt werden müsse, hat sie den Gesichtspunkt des Markteintrittszeitpunkts als

"Markteintritts(datum) mit unterschiedlicher Frequenzerstausstattung" von vornherein mit dem Aspekt der Frequenzausstattung verknüpft. Sie hat dabei unberücksichtigt gelassen, dass auch die E-Netz(1 800 MHz)-Betreiber zu unterschiedlichen Zeiten (E-Plus im Jahr 1994 und O₂ im Jahr 1998) und in einem Fall (E-Plus) nicht wesentlich später als die D-Netz(900 MHz)-Betreiber und damit auch die Klägerin (1992) in den Markt eingetreten sind. Eine Darstellung der strukturellen Vor- und Nachteile, die unabhängig von der Frequenzerstausstattung mit einem früheren bzw. späteren Markteintritt verbunden gewesen wären, findet sich in der Begründung des angegriffenen Beschlusses nicht. Die dort enthaltene Übersicht über die Marktanteile europäischer Mobilfunknetzbetreiber belegt nicht, dass zum Zeitpunkt der Behördenentscheidung ein Unternehmen stets umso größeren Erfolg hatte, je früher es in den Markt eingetreten war. Erst recht kann der Beschlussbegründung nicht entnommen werden, weshalb der im Vergleich mit O₂ größere Marktanteil der Klägerin auch noch neun Jahre nach dem Markteintritt von O₂ allein auf die sechs Jahre frühere Geschäftsaufnahme der Klägerin zurückzuführen gewesen sein sollte. Es findet sich stattdessen die Einschätzung, dass die für die Kostenstruktur von D-Netz-Betreibern einerseits und E-Netz-Betreibern andererseits maßgeblichen Kausalbeziehungen letztlich nicht zu entwirren seien.

- 37 Wie bereits in Bezug auf den regulierungsbehördlichen Beurteilungsspielraum für die Vergleichsmarktidentifizierung und Vergleichsmarktauswahl festgestellt, liegt in der fehlenden Durchführung eines nationalen Konsultationsverfahrens nach § 15 TKG i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG auch hinsichtlich des Beurteilungsspielraums für die Berücksichtigung von Besonderheiten der Vergleichsmärkte in Gestalt von Abschlägen oder Zuschlägen eine Verfehlung der gerichtlich überprüfbaren Anforderung, die gültigen Verfahrensbestimmungen einzuhalten.
- 38 (5) Weil die Bundesnetzagentur die Beurteilungsspielräume, die ihr bei einer Entgeltgenehmigung auf Grund einer Vergleichsmarktbetrachtung zustehen, in der dargestellten Weise fehlerhaft wahrgenommen hat, ist die in dem angegriffene Beschluss enthaltene Ablehnung des weitergehenden Entgeltgenehmigungsantrags der Klägerin rechtswidrig und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Zwar steht im Sinne dieser Vorschrift

dem von der Klägerin begehrten Verpflichtungsausspruch die fehlende Spruchreife der Sache entgegen. Die Klägerin hätte jedoch nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO Anspruch darauf, dass die Beklagte zur Neubescheidung ihres Entgeltantrags unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts verpflichtet würde.

- 39 bb) Das angefochtene Urteil stellt sich jedoch, wenn § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verfassungsgemäß ist, im Sinne des § 144 Abs. 4 VwGO aus anderen Gründen als richtig dar. In diesem Fall ist die Klage jedenfalls deshalb unbegründet, weil eine Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG i.V.m. § 123 VwGO nicht ergangen ist und deshalb nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG ein prozessualer Anspruch der Klägerin auf eine Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der begehrten Genehmigung eines höheren Terminierungsentgelts mit Rückwirkung für den bereits abgelaufenen Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis zum 31. März 2009 und damit auch zu einer Neubescheidung des dahin gehenden Entgeltantrags nicht besteht (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - BVerwGE 149, 94 Rn. 19 und vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - juris Rn. 77, 79 und - 6 C 18.13 - juris Rn. 72 f.).
- 40 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 dann dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung einer gemäß § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG rückwirkenden Genehmigung eines höheren Entgelts bzw. auf Neubescheidung des weitergehenden Entgeltantrags nicht entgegen.
- 41 2. Der Senat hält aus den in den Vorlagebeschlüssen vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 - (BVerwGE 149, 94 Rn. 21 ff.) und vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 - (juris Rn. 81 ff.) und - 6 C 18.13 - (juris Rn. 75 ff.) dargelegten Erwägungen an seiner Überzeugung fest, 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.
- 42 a) Die Bestimmung des § 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 2 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)).

- 43 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.
- 44 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 tatsächlich wirksame - effektive - gerichtliche Kontrolle (stRspr, vgl. 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>). 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 - 2 BvR 1187/80 - BVerfGE 61, 82 <110 f.> 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 - 1 BvR 385/90 - BVerfGE 101, 106 <123 f.>).
- 45 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.

- 46 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 Rn. 15).

- 47 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 <Hrsg.>, 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 Rn. 7). 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 i.V.m. § 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 Anwendungsbereich 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 fest-

stellen lassen, jedoch nicht die Beseitigung der darin liegenden Rechtsverletzung erreichen könnte.

- 48 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 <Hrsg.>, 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 Regulatorbehörde 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 Rn. 45; 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). 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.

- 49 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 <Hrsg.>, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 127). Über solche Beurteilungsspielräume verfügt die Regulierungsbehörde - wie oben ausgeführt - nicht nur im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung 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 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 Wahrscheinlichkeit, 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 Vorga-

ben 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 -).

- 50 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.
- 51 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 Verpflichtete 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 ver-

schiedenen rechtlich geschützten Interessen bezieht (BVerfG, Beschlüsse vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087, 2111/03 - BVerfGE 115, 205 <233 f.> und vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 - BVerfGE 116, 135 <155>).

- 52 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 - 1 BvR 1160/03 - BVerfGE 116, 135 <155>). 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. 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 (BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 1 BvR 1842, 1843/11 - NJW 2014, 46 Rn. 70).
- 53 Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG nicht (aaa bis ddd)).
- 54 aaa) 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 un-

eingeschränkter 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 dem 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.

- 55 bbb) 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 <Hrsg.>, 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 erfolgrei-

chen 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.

- 56 ccc) 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.
- 57 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 rechtliche 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 <Hrsg.>, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 126; Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen <Hrsg.>, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 109).
- 58 Auch eine Befugnis des Gerichts, die einstweiligen 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 Regulierungsbehörde nicht spruchreif ist, wäre kein gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele. Wegen der erwähnten Komplexität 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 ergehen müsste. Dies würde das Ziel des Gesetzgebers, die Wettbewerber des regulierten Unternehmens vor hohen Nachzahlungen und dem Erfordernis entsprechender Rückstellungen zu schützen, konterkarieren.

- 59 Die im Schrifttum erwogene Möglichkeit, dem regulierten Unternehmen für den Fall der Erfolglosigkeit seiner Klage die Verpflichtung aufzuerlegen, den Wettbewerbern durch das Rechtsschutzverfahren erforderlich gewordene Rückstellungskosten zu ersetzen (Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum <Hrsg.>, TKG, Stand: März 2007, § 35 Rn. 61), stellt ebenfalls keine gleich geeignete Alternative 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 Notwendigkeit befreit, bis zur Rechtskraft eines gerichtlichen Hauptsacheverfahrens zunächst Rückstellungen zu bilden. Bereits diese gegebenenfalls nur vorläufige 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).
- 60 Die Annahme, dass die in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG geregelte Rückwirkungsbeschränkung zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele erforderlich ist, steht nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Senats. Soweit 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 erwiese, bezog sich dies auf die Rechtslage nach dem Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120), - 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 Abschlus-

ses 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 Vertragsschlusses 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.

- 61 ddd) 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 <Hrsg.>, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 110; Berger-Kögler/Cornils, in: Geppert/Schütz <Hrsg.>, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 119 ff.; in der Tendenz ferner Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer <Hrsg.>, TKG, 2008, § 35 Rn. 48 und Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum <Hrsg.>, 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 3 I, Rn. 92; ders., N&R 2013, 102 <106>; anderer Auffassung: Groebel, in: Säcker <Hrsg.>, TKG, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 81 ff.; Scherer, NJW 2004, 3001 <3007>; Schuster/Ruhle, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster, Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 35 Rn. 75 ff.).

62 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 im Sinne des § 31 Abs. 2 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 verwaltungsgerichtlichen 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.

- 63 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.
- 64 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.

- 65 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 (§ 35 Abs. 6 TKG), sondern auch die beantragten Entgelte veröffentlichen muss (§ 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.
- 66 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 kostendeckender 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 des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

67 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 <Hrsg.>, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 136; Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer <Hrsg.>, 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 <Hrsg.>, 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.

- 68 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, 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.
- 69 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, das heißt 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 <Hrsg.>, Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 116; Gramlich, in: Heun <Hrsg.>, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007, Teil 3 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 Situa-

tion, in der bei einer Nichtgewährung von Eilrechtsschutz eine endgültige Verteilung 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.

- 70 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.
- 71 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 Rn. 45, Beschluss vom 23. Oktober 2013 - 1 BvR 1842/11, 1843/11 - NJW 2014, 46 Rn. 66; 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).
- 72 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 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. Heitz

Dr. Möller

Hahn

Prof. Dr. Hecker