

Gericht:	BVerwG 6. Senat
Entscheidungsdatum:	25.06.2026
Aktenzeichen:	6 B 17.25
ECLI:	ECLI:DE:BVerwG:2026:250626B6B17.25.0
Dokumenttyp:	Beschluss

Verfahrensgang

vorgehend VG Köln, 16. April 2025, Az: 21 K 3853/22, Urteil

Tenor

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 16. April 2025 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 1 000 000 € festgesetzt.

Gründe

I

- Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses, den die Bundesnetzagentur (BNetzA) im Verfahren der Entgeltkontrolle nach § 46 i. V. m. § 37 TKG gegenüber der Klägerin erlassen hat.
- Die Klägerin betreibt ein bundesweites öffentliches Telekommunikationsnetz und die dazu gehörenden technischen Einrichtungen. Sie bietet als Vorleistungsprodukt für andere Unternehmen unter anderem das Produkt Wholesale Ethernet Virtual Private Networks 2.0 (VPN 2.0) an.
- Mit Regulierungsverfügung vom 19. Dezember 2018 (BK 2a-16/002/R) verwies die zuständige Beschlusskammer der BNetzA darauf, dass die Klägerin und die mit ihr verbundenen Unternehmen nach der Festlegung der Präsidentenkammer der BNetzA vom 14. Dezember 2016 im Bereich der auf der Vorleistungsebene an festen Standorten bereitgestellten Zugänge von hoher Qualität (Markt Nr. 4) im Sinne des § 11 TKG a. F. über beträchtliche Marktmacht verfügten. Dies gelte für die regulierungsbedürftigen bundesweiten Märkte für Abschluss-Segmente von Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s bzw. einer solchen von 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s, jeweils inklusive etwaiger substitutiver hochqualitativer (Ethernet- und Bitstrom-)Zugangsprodukte. Die BNetzA verpflichtete die Klägerin unter anderem, anderen Unternehmen Zugang zu Wholesale Ethernet (Eth-VPN 2.0) mit Übertragungsraten von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s (Ziffer 1.4 des Verfügungstenors) bzw. mit Übertragungsraten auf Verbindungsstrecken von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s (Ziffer 2.4 des Verfügungstenors) zu gewähren, jeweils inklusive von dementsprechenden Produkten, die im Rahmen von Systemlösungsverträgen erbracht würden. Die Entgelte für die Gewährung dieser und anderer Zugänge unterwarf die BNetzA der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG a. F. (Ziffer 8.2 des Verfügungstenors).
- Mit Beschluss vom 31. Mai 2022 (BK2b-22/004) stellte die BNetzA im Verfahren nach § 46 TKG fest, dass die dort benannten Entgelte für bestimmte Leistungen des Produkts VPN 2.0 nicht den Maßstäben des § 37 TKG genügten (Ziffer 1 des Beschlusstexts). Ferner untersagte sie der Klä-

gerin, die beanstandeten Entgelte zu fordern oder zu vereinbaren und erklärte das von der Klägerin für diese Leistungen verlangte Entgelt für unwirksam (Ziffer 2 des Beschlusstextes).

- 5 Die von der Klägerin gegen diesen Beschluss erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht abgewiesen. Es hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Die Klägerin erstrebt mit ihrer Beschwerde die Zulassung der Revision, mit der sie sich in erster Linie gegen die Beanstandung der Entgelte für den 10G-NNI-Anschluss Customer Sited, den 10G-NNI-Anschluss Kollokation an Nicht-Performance-Standorten und den 1G-NNI-Anschluss Customer Sited durch die BNetzA wenden will. Die Beklagte tritt der Beschwerde entgegen.

II

- 6 Die auf die Revisionszulassungsgründe der Verfahrensmangelhaftigkeit (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) und der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg. Aus den Darlegungen in der Beschwerdebegründung, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO beschränkt ist, ergibt sich nicht, dass ein Verfahrensmangel vorliegt, auf dem die vorinstanzliche Entscheidung beruhen kann (1.), oder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (2.).
- 7 1. Die Rüge der Beschwerde, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei mit einem Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO behaftet, bleibt erfolglos. Die Beschwerde kann mit ihrem Vortrag nicht durchdringen, das Verwaltungsgericht habe mit seiner - aus revisionsgerichtlicher Sicht eine Tatsachenfeststellung darstellenden - Auslegung der Regulierungsverfügung vom 19. Dezember 2018 den Überzeugungsgrundsatz aus § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO verletzt, weil es eine die nachträgliche Entgeltkontrolle eröffnende Anzeigepflicht der Klägerin (auch) in Bezug auf die Entgelte für den 10G-NNI-Anschluss Customer Sited, den 10G-NNI-Anschluss Kollokation an Nicht-Performance-Standorten und den 1G-NNI-Anschluss Customer Sited auf Grund der Erwägung angenommen habe, dass sämtliche Bestandteile einer Gesamtheit aus zwei Anschlüssen und einer Verbindung der Anzeigepflicht unterlägen, sofern nur ein Bestandteil eine Bandbreite zwischen 2 Mbit/s und 155 Mbit/s aufweise.
- 8 Dieser Vortrag erfüllt die allgemeinen Maßgaben, unter denen eine Verletzung des Überzeugungsgrundsatzes angenommen werden kann (a.), weder unter dem Gesichtspunkt eines Übergehens relevanten Akteninhalts bzw. aktenwidriger Feststellungen seitens des Verwaltungsgerichts (b.) noch unter demjenigen eines Verstoßes der vorinstanzlichen Entscheidung gegen die Denkgesetze (c.).
- 9 a. In der prozessrechtlich zwischen Tatsachengericht und Revisionsinstanz vorgesehenen Kompetenzverteilung ist es Sache des Tatsachengerichts, sich im Wege der freien Beweiswürdigung die Überzeugung von dem entscheidungserheblichen Sachverhalt zu bilden. Ein vom Tatrichter gewonnenes Auslegungsergebnis verstößt unter Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung nicht bereits dann gegen den Überzeugungsgrundsatz, wenn ein Beteiligter eine andere Würdigung vornimmt oder andere Schlüsse zieht als das Tatsachengericht. Die Schwelle einer Verletzung des § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist vielmehr erst dann überschritten, wenn der Tatrichter den ihm durch diese Vorschrift eröffneten Wertungsrahmen verlassen hat, was insbesondere dann der Fall ist, wenn er nach seiner Rechtsauffassung entscheidungserheblichen Akteninhalt übergangen oder aktenwidrige Tatsachen angenommen hat oder wenn die von ihm gezogenen tatsächlichen Schlussfolgerungen gegen die Denkgesetze verstoßen (stRspr, vgl. etwa: BVerwG, Beschlüsse vom 12. Mai 2020 - 6 B 54.19 - juris Rn. 16, vom 6. November 2020 - 6 B 31.20 - juris Rn. 16 und - zuletzt - vom 19. März 2026 - 6 B 33.25 - juris Rn. 20, jeweils m. w. N.).
- 10 b. Die Beschwerde wirft dem Verwaltungsgericht ein Übergehen relevanten Akteninhalts bzw. das Treffen aktenwidriger Feststellungen vor, weil das Gericht aus der Verwendung des Begriffs der Verbindungsstrecke in Ziffer 2.4 des Tenors der Regulierungsverfügung geschlossen habe, dass eine Gesamtheit von Teilleistungen der Regulierung unterfalle, wenn eine Verbindung mit einer Bandbreite zwischen 2 Mbit/s und 155 Mbit/s in dem Gesamtpaket enthalten sei. Damit werde übergangen, dass die Regulierungsverfügung in der Einleitung der Ziffern 1 und 2 des Verfügungstenors die jeweilige Bandbreitenbegrenzung ohne einen Bezug auf Verbindungen anführe. Auch fehle der Begriff der Verbindungsstrecke in Ziffer 1.4 des Verfügungstenors und werde an anderen Stellen der Regulierungsverfügung nicht in dem von dem Verwaltungs-

gericht befürworteten Sinn gebraucht. Darüber hinaus habe das Verwaltungsgericht den Vortrag der Klägerin ignoriert, in anderen Regulierungsverfügungen als der hier in Rede stehenden vom 19. Dezember 2018 werde die Verpflichtung zur Zugangsgewährung mittels eines Übergabean schlusses in der Variante Customer Sited ausdrücklich tenoriert. Daraus sei zu schließen, dass die Klägerin im vorliegenden Fall, in dem es keine ausdrückliche derartige Tenorierung gebe, keinen NNI-Anschluss der Variante Customer Sited erbringen müsse.

- 11 Diese Rügen gehen fehl. Das Verwaltungsgericht hat die Regulierungsverfügung vom 19. Dezember 2018 entgegen dem Vorwurf der Beschwerde in Gänze, indes in Teilen anders, als von der Beschwerde geschildert, in seine Betrachtung einbezogen. Es hat ausgeführt, aus der Leistungsbeschreibung der Klägerin lasse sich entnehmen, dass das Produkt Wholesale Ethernet VPN 2.0 grundsätzlich aus mindestens zwei Wholesale Ethernet Anschlüssen und einer Wholesale Ethernet Verbindung bestehe. Soweit im Tenor der Verfügung ausdrücklich auf Zugangsprodukte abgestellt werde, sei darunter das Produkt als Gesamtheit mindestens dieser drei Einzelleistungen im umfassenden Sinn zu verstehen. Eine Bandbreitenbeschränkung gelte hingegen nach der ausdrücklichen Bestimmung in Ziffer 2.4 des Verfügungstenors nur für Übertragungsraten auf Verbindungsstrecken. Insofern fehle es an jeglichem Hinweis darauf, dass es (allein) auf die Geschwindigkeiten der Anschlüsse anstatt auf diejenigen der Verbindung ankommen könne (VG UA S. 15 ff.). Dass der Beschwerde nicht darin gefolgt werden kann, von der Ausgestaltung anderer Regulierungsverfügungen her direkte Schlüsse auf die Ausgestaltung der hier in Rede stehenden Verfügung vom 19. Dezember 2018 zu ziehen, liegt auf der Hand. Aus alledem folgt zugleich, dass Anhaltspunkte für eine Aktenwidrigkeit der verwaltungsgerichtlichen Feststellungen - das heißt für einen offensichtlichen, keiner weiteren Beweiserhebung bedürftigen zweifelsfreien Widerspruch zwischen den getroffenen Annahmen und dem insoweit unumstrittenen Akteninhalt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2024 - 6 B 7.24 - juris Rn. 27) - nicht erkennbar sind.
- 12 c. Die Beschwerde macht ferner ohne Erfolg geltend, das Verwaltungsgericht habe bei seiner Auslegung der Regulierungsverfügung vom 19. Dezember 2018 gegen Denkgesetze verstoßen. Ein solcher Verstoß liegt nur vor, wenn ein Schluss aus Gründen der Logik nicht gezogen werden kann. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn das Tatsachengericht einen nach Meinung der Beschwerde unrichtigen oder fernliegenden Schluss gezogen hat, oder der Tatrichter eine Würdigung der tatsächlichen Umstände vorgenommen hat, die nicht zwingend ist und nach den Vorstellungen des beweisbelasteten Beteiligten auch anders hätte ausfallen können (BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 2025 - 6 B 5.25 - juris Rn. 53).
- 13 Hiernach legt die Beschwerde keinen Denkfehler des Verwaltungsgerichts dar, wenn sie darauf verweist, dieses habe Anschlüsse mit einer Bandbreite von 10G dem regulierten Markt mit der Begründung zugeordnet, dass - wenn die Klägerin diese Anschlüsse außerhalb der Regulierung anbiete - die Gefahr bestünde, dass einzelne Wettbewerber bevorzugt werden könnten. Eine derartige Gefahr bestehe auf einem nicht der Regulierung unterliegenden, also wettbewerblichen Markt nicht. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts beruhen indes nachvollziehbar auf dessen Einschätzung, die Regulierungsverfügung zielen nach ihrer Systematik auf eine umfassende Erfassung des Marktes ab (VG UA S. 17).
- 14 Ferner trägt es nichts aus, wenn die Beschwerde auf die Aussage des Verwaltungsgerichts verweist, für 10G-NNI-Anschlüsse komme es nicht auf die technischen Eigenschaften einzelner Produktbestandteile sondern darauf an, mit welchen Eigenschaften das regulierte Produkt verkauft werde, und hieran die Rüge knüpft, das Verwaltungsgericht verkenne, dass der besagte Anschluss mit der Eigenschaft verkauft werde, die Bandbreitenkapazität von 10G zu nutzen. Es gehe - so die Beschwerde weiter - nicht um den Fall, dass ein Anschluss technisch mit einer Bandbreite außerhalb des regulierten Bandbreitenspektrums produziert, dann aber gegenüber dem Carrier auf eine Bandbreite innerhalb des regulierten Bandbreitenspektrums gedrosselt werde. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Verwaltungsgericht auf das Produkt, soweit dieses innerhalb der regulierten Bandbreiten verbleibe, abgestellt hat (VG UA S. 18). Dass dies von vornherein unlogisch sein soll, ist nicht nachvollziehbar.
- 15 Auch ist es entgegen der Ansicht der Beschwerde nicht denknotwendig widersprüchlich, wenn das Verwaltungsgericht ausführt, es gebe keine regulierungsrechtliche Verpflichtung, verschiedene Bandbreiten eines NNI-Anschlusses - auch nicht eines 10G-NNI-Anschlusses - zur Verfügung zu stellen, und gleichzeitig annimmt, diese Bandbreiten würden von der Regulierung er-

fasst, wenn sie zur Verfügung gestellt würden. Diese Ausführungen beruhen ersichtlich auf der Annahme des Verwaltungsgerichts, es stehe eine auf eine grundsätzlich lückenlose Erfassung des Marktes abzielende Regulierung inmitten, allerdings vorbehaltlich einer tatsächlichen Ausfüllung dieses Rahmens durch die Klägerin (VG UA S. 16 f.).

- 16 Schließlich liegt in dem - von der Klägerin nicht geteilten - verwaltungsgerichtlichen Verständnis betreffend die Einbeziehung des Anschlusses 10G-NNI-Customer Sited als Annexleistung in die Regulierungsverfügung (VG UA S. 19) kein Logikverstoß.
- 17 2. Eine Zulassung der Revision wegen einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache kommt ebenfalls nicht in Betracht. Eine Grundsatzbedeutung im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO kommt einer Rechtssache nur zu, wenn für die angefochtene Entscheidung der Vorinstanz eine konkrete, fallübergreifende und bislang höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage des revisiblen Rechts von Bedeutung war, deren Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten und zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zur Weiterentwicklung des Rechts geboten ist. Ein die Revisionszulassung rechtfertigender Klärungsbedarf besteht nicht, wenn die Rechtsfrage auf der Grundlage der bundesgerichtlichen Rechtsprechung oder des Gesetzeswortlauts mit Hilfe der üblichen Auslegungsregeln eindeutig im Sinne der Entscheidung der Vorinstanz beantwortet werden kann. Nach diesem Maßstab kann, ausgehend von den Darlegungen der Beschwerde, eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht angenommen werden.
- 18 a. Die Beschwerde verweist auf die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, § 46 Abs. 1 Satz 1 TKG finde auf die Klägerin Anwendung, ohne dass es einer gesonderten Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der Klägerin nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 (besser: Halbs. 1) TKG im Rahmen der Missbrauchsaufsicht bedürfe, weil es sich bei den in Rede stehenden Tarifen um Entgelte für Zugangsleistungen handele, für die nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 (besser: Halbs. 2) TKG i. V. m. § 38 Abs. 3 Satz 2 TKG das Anzeigeverfahren verpflichtend vorgeschrieben worden sei. Der Prüfungsschritt der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht sei - so das Verwaltungsgericht weiter - von der Regulierungsverfügung "übernommen" worden. Nach Ziffer 8.2 des Tenors der Regulierungsverfügung vom 19. Dezember 2018 seien die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1.2 bis 1.5 sowie nach Ziffern 2.2 bis 2.5 des Verfügungs-tenors der Regulierung nach § 38 TKG a. F. unterworfen worden. Das Verfahren der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG a. F. entspreche dem Verfahren nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 (besser: Halbs. 2) TKG i. V. m. § 38 Abs. 3 Satz 2 TKG, weshalb § 46 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 (besser: Halbs. 2) TKG auch auf die Fälle der Anordnung der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG a. F. anzuwenden sei (VG UA S. 14 f.).
- 19 Die Beschwerde knüpft hieran folgende als grundsätzlich bedeutsam erachtete Frage:
- "Gelten die Regelungen zur nachträglichen Entgeltregulierung nach § 46 Abs. 1 Satz 1 TKG kraft Gesetzes, sofern die beträchtliche Marktmacht des betroffenen Unternehmens festgestellt ist?"
- 20 Diese Frage vermag die Zulassung der Grundsatzrevision nicht zu rechtfertigen. Das Verwaltungsgericht hat die im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 2021 zwar teilweise missverstanden (aa.). Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage ist gleichwohl der Klärung in einem Revisionsverfahren weder bedürftig (bb.) noch - weil nicht entscheidungserheblich - überhaupt fähig (cc.).
- 21 aa. Die Schalltnorm der Entgeltregulierung nach dem Telekommunikationsgesetz 2021 ist § 38 TKG, der die bisherige Zentralnorm des § 30 TKG a. F. mit einer weiterentwickelten Entgeltregulierungssystematik fortbildet. § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG ermächtigt die BNetzA, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Rahmen einer Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 TKG zu verpflichten, Entgelte für Zugangsleistungen entweder im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes durch missbräuchliche entgeltbezogene Maßnahmen des Unternehmens behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Unabhängig davon besteht nach § 38 Abs. 1 Satz 2 TKG stets die Möglichkeit, Entgelte im weiteren Verlauf "tatsachenveranlasst" (BT-Drs. 19/26108 S. 273) einer nachträglichen Missbrauchsprüfung nach § 46 und den von dieser Vorschrift in Bezug genommenen, an § 28 TKG a. F. orientierten Maßstäben des § 37 TKG zu unterziehen. Abweichend von dem § 38 Abs. 1 TKG zu Grunde liegenden Grundsatz der asymmetrischen Regulierung bezieht sich § 38

- Abs. 3 TKG auf Entgelte für symmetrische Verpflichtungen gemäß § 21 und § 22 TKG, also für solche jener Netzbetreiber, die den Endkundenzugang bzw. technisch oder wirtschaftlich nicht replizierbare Netzelemente kontrollieren (vgl. dazu Kühling, in: Geppert/Schütz <Hrsg.>, TKG, 5. Aufl. 2023, § 38 Rn. 30 ff.). Bei Entgelten, die ein Unternehmen nach diesen Vorschriften verlangt, kann die BNetzA marktmachtunabhängig eine nachträgliche Missbrauchsprüfung nach § 46 TKG i. V. m. § 37 TKG durchführen (§ 38 Abs. 3 Satz 1 TKG) oder - sofern zur Zielerreichung nach § 2 TKG erforderlich - das Unternehmen verpflichten, die Entgelte zur Genehmigung im Verfahren nach § 40 TKG vorzulegen oder im Verfahren nach § 45 TKG zur Anzeige zu bringen (§ 38 Abs. 3 Satz 2 TKG).
- 22 Nach § 40 Abs. 3 Satz 1 TKG müssen Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, die nach § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG einer Genehmigungspflicht unterworfen worden sind, den in § 39 Abs. 1 TKG bestimmten, seinerseits (auch) auf § 37 TKG bezogenen Maßstab einhalten.
- 23 § 45 Abs. 1 TKG bildet für marktmächtige Unternehmen, die nach § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG zu einer Entgeltanzeige verpflichtet worden sind, § 38 Abs. 1 TKG a. F. fort. Sind die angezeigten Entgelte offenkundig nicht mit den Maßstäben des § 37 TKG vereinbar, untersagt die BNetzA gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 TKG innerhalb von zwei Wochen ab Zugang der Anzeige die Einführung dieser Entgelte. Nach § 45 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 TKG findet im Fall des § 38 Abs. 3 Satz 2 TKG die Vorschrift des § 37 TKG entsprechende Anwendung. Gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 TKG geht die BNetzA in jedem Fall für die weitere Prüfung nach § 46 TKG (i. V. m. § 37 TKG) vor.
- 24 In § 46 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 TKG ist - mit dem Verweis auf die Maßstäbe des § 37 TKG - die nachträgliche Missbrauchsprüfung bei Entgelten für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geregelt. Die Bestimmung stellt sich als eine Fortschreibung von § 38 Abs. 2 TKG a. F. dar. Darüber hinaus ist in Gestalt von § 46 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 TKG eine Erweiterung auf diejenigen Unternehmen vorgeschrieben, die ohne Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht zur Zugangsgewährung nach § 21 und § 22 TKG verpflichtet sind.
- 25 Hiernach kann im vorliegenden Fall entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts § 46 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht über den in § 38 Abs. 3 Satz 2 TKG enthaltenen Verweis auf das Anzeigeverfahren des § 45 TKG - und den weiteren Verweis in § 45 Abs. 2 Satz 2 TKG auf § 46 TKG - zur Anwendung gelangen, weil es nicht im Sinne von § 38 Abs. 3 TKG um Entgelte für symmetrische Verpflichtungen gemäß § 21 und § 22 TKG geht. Es handelt sich vielmehr um von § 38 Abs. 1 TKG erfasste Entgelte, die von einem Unternehmen mit einer von der BNetzA festgestellten beträchtlichen Marktmacht für Zugangsleistungen erhoben werden.
- 26 bb. Indes unterliegt es nach der Systematik der dargestellten Vorschriften keinem Zweifel, dass auf Zugangsleistungen bezogene Entgelte eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, die nicht gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG einer Genehmigung nach § 40 TKG oder einer Anzeige nach § 45 TKG unterworfen worden und auf diese Weise in den Anwendungsbereich des § 37 TKG gelangt sind, nach § 38 Abs. 1 Satz 2 TKG "tatsachenveranlasst" jederzeit ohne eine vorherige abstrakte regulierungsbehördliche Entscheidung einer nachträglichen Missbrauchsüberprüfung nach § 46 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 37 TKG unterzogen werden können (BT-Drs. 19/26108 S. 273; Jochum, in: Geppert/Schütz <Hrsg.>, TKG, 5. Aufl. 2023, § 46 Rn. 8).
- 27 cc. Unabhängig hiervon stellt sich die von der Beschwerde aufgeworfenen Frage, ob die nachträgliche Missbrauchsprüfung nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 TKG für die in Rede stehenden Entgelte eines marktmächtigen Unternehmens unabhängig von einer Auferlegung durch die BNetzA unmittelbar kraft Gesetzes eingreift, nicht. Denn die BNetzA hat in dem angefochtenen Beschluss vom 31. Mai 2022 explizit darauf abgestellt, dass die überprüften Entgelte der Klägerin in der noch unter der Geltung des Telekommunikationsgesetzes 2004 erlassenen Regulierungsverfügung vom 19. Dezember 2018 ausdrücklich der nachträglichen Missbrauchskontrolle nach § 38 i. V. m. § 28 TKG a. F. - entsprechend § 46 i. V. m. § 37 TKG - unterworfen worden seien (Beschluss vom 31. Mai 2022 Rn. 106; vgl. dazu auch Jochum, in: Geppert/Schütz <Hrsg.>, TKG, 5. Aufl. 2023, § 46 Rn. 8 mit Fn. 5).
- 28 b. Die Beschwerde bezieht sich des Weiteren auf die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, wonach für die im Rahmen der Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1

TKG vorzunehmende Ermittlung des Als-Ob-Wettbewerbspreises unterschiedliche Methoden zur Verfügung stünden (VG UA S. 20 ff.).

- 29 Nach Ansicht der Beschwerde stellt sich hierzu als Frage mit Grundsatzbedeutung:

"Stehen die Methoden zur Bestimmung des Als-Ob-Wettbewerbspreises (Vergleichsmarktbetrachtung, Kostenunterlagen, Kostenmodell) für die Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG gleichrangig nebeneinander oder ist die Vergleichsmarktbetrachtung vorrangig anwendbar?"

- 30 Diese Frage bedarf keiner grundsätzlichen Klärung in einem Revisionsverfahren. Sie ist im Sinne der von der Beschwerde an erster Stelle formulierten Alternative mit dem Verwaltungsgericht nach dem Gesetzeswortlaut und dem klar zu Tage liegenden Willen des Gesetzgebers in eindeutiger Weise zu bejahen.

- 31 Nach § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG a. F. war der BNetzA bei der Missbrauchskontrolle eine abgestufte Prüfmethode vorgegeben. Die Vergleichsmarktbetrachtung hatte Vorrang gegenüber einer Überprüfung mit Hilfe von Kostenunterlagen des betroffenen Unternehmens (vgl. im Einzelnen: BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 - juris Rn. 22). Diese Vorrangklausel hat der Gesetzgeber bewusst nicht für § 46 i. V. m. § 37 TKG übernommen. Denn, so heißt es in den Gesetzesmaterialien, die Entscheidung darüber, in welcher Form die Einhaltung der Anforderungen des § 37 TKG sichergestellt werde, obliege der BNetzA (BT-Drs. 19/26108 S. 280; entsprechend einhellig ist die Einschätzung im Schrifttum, vgl. etwa: Schütz/Neumann, in: Geppert/Schütz <Hrsg.>, TKG, 5. Aufl. 2023, § 37 Rn. 71; Groebel, in: Säcker/Körber <Hrsg.>, TKG - TTDSG, 4. Aufl. 2023, Vor § 37 Rn. 4).

- 32 c. Die Beschwerde macht ferner geltend, das Verwaltungsgericht habe ausgeführt, die BNetzA habe für die Entgelte für 10G-Anschlüsse die von der Klägerin vorgeschlagene nationale Vergleichsmarktbetrachtung nicht anstellen müssen, weil diese keinen mit dem regulierten Markt für Verbindungsleitungen bis 155 Mbit/s mit Produkten aus mindestens zwei Anschlüssen und einer Verbindung vergleichbaren Markt betreffe (VG UA S. 30).

- 33 Die Beschwerde wirft hierzu die von ihr als grundsätzlich bedeutsam erachtete Frage auf:

"Schließt das TKG eine sachliche Vergleichsmarktbetrachtung aus?"

- 34 Diese Frage ist in einem Revisionsverfahren nicht mit einer über den Einzelfall hinausgehenden Bedeutung klärungsfähig. Denn das Verwaltungsgericht hat lediglich im Zusammenhang mit der Überprüfung der regulierungsbehördlichen Ausfüllung des von ihm angenommenen Beurteilungsspielraums bei der Auswahl der Methode zur Bestimmung des Als-Ob-Wettbewerbspreises (dazu sogleich unter d.) im konkreten Fall eine Verpflichtung der BNetzA zur Anwendung der von der Klägerin ins Spiel gebrachten (sachlichen) Vergleichsmarktbetrachtung verneint.

- 35 d. Die Beschwerde hebt des Weiteren hervor, dass das Verwaltungsgericht einen Beurteilungsspielraum der BNetzA für die Wahl zwischen den in Frage kommenden Methoden zur Ermittlung des Als-Ob-Wettbewerbspreises anerkannt hat (VG UA S. 22 ff.). Sie erblickt hierin eine Inkongruenz mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das für die Ex-ante-Entgeltgenehmigung den nach § 35 Abs. 1 Satz 2 TKG a. F. bestehenden Entscheidungsspielraum der BNetzA für die zu treffende Auswahl der in § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG a. F. als Alternativen für eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Grund von Kostenunterlagen genannten Methoden der Vergleichsmarktbetrachtung und des Kostenmodells nicht als einen auf der Tatbestandsseite der Norm angesiedelten Beurteilungsspielraum, sondern als ein die Rechtsfolgen betreffendes Auswahlermessen qualifiziert hat (BVerwG, Beschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 18.13 - BVerwGE 151, 56 Rn. 28; Urteile vom 25. Februar 2015 - 6 C 37.13 - BVerwGE 151, 268 Rn. 36 und vom 29. März 2023 - 6 C 21.21 - BVerwGE 178, 126 Rn. 29).

- 36 Die Beschwerde stellt vor diesem Hintergrund als grundsätzlich bedeutsam die Frage:

"Verfügt die Bundesnetzagentur bei der Auswahl der Ermittlungsmethode (Vergleichsmarkt, Kostenunterlagen, Kostenmodell) des Als-Ob-Wettbewerbspreises im Rahmen der Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG über einen Beurteilungsspielraum?"

- 37 Diese Frage vermag die Zulassung der Grundsatzrevision jedenfalls deshalb nicht zu rechtfertigen, weil sich den Darlegungen der Beschwerde nicht entnehmen lässt, dass sie entscheidungserheblich und damit in einem Revisionsverfahren klärungsfähig wäre.
- 38 Dass der BNetzA bei der Missbrauchskontrolle in Bezug auf die Auswahl zwischen den für die Ermittlung des Als-Ob-Wettbewerbspreises in Frage kommenden Methoden ein Entscheidungsspielraum zusteht, liegt in Anbetracht der explizit auf die Einräumung eines solchen Spielraums gerichteten Intention des Gesetzgebers (dazu oben unter b.) klar zu Tage und wird auch von der Beschwerde nicht bezweifelt. Die Beschwerde greift die Überprüfung dieses Spielraums, die das Verwaltungsgericht unter der Annahme eines regulierungsbehördlichen Beurteilungsspielraums durchgeführt hat, allein mit dem Argument an, das Verwaltungsgericht hätte stattdessen prüfen müssen, ob die BNetzA das ihr zustehende Auswahlermessen rechtmäßig ausgeübt habe. Die Beschwerde legt indes nicht dar, dass eine derartige Prüfung zu einem abweichenden Ergebnis in Gestalt der Feststellung eines Fehlers bei der Ausfüllung des Entscheidungsspielraums der BNetzA hätte führen müssen. Eine solche Entscheidungserheblichkeit ist auch ungeachtet der fehlenden Darlegung der Beschwerde nicht ersichtlich. Vielmehr hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass die BNetzA den ihr zustehenden Entscheidungsspielraum betreffend die in Rede stehende Methodenwahl "unabhängig von der fehlenden Benennung als Beurteilungsspielraum" insbesondere in Anbetracht des "Vorliegen(s) der KeL (Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung) für das Basisprodukt (das heißt CFV 2.0 aus dem Beschluss der BNetzA vom 5. April 2022 - BK2a/21/008 -, vgl. VG UA S. 7, 31)" in nicht zu beanstandender Weise ausgefüllt habe (VG UA S. 29 f.). Dagegen ist nichts zu erinnern.
- 39 e. Die Beschwerde nimmt an, das Verwaltungsgericht habe den für die Missbrauchsprüfung zu ermittelnden Als-Ob-Wettbewerbspreis mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gleichgesetzt, erachtet das als unzutreffend und möchte grundsätzlich geklärt wissen:
- "Darf der Als-Ob-Wettbewerbspreis im nachträglichen Entgeltregulierungsverfahren nach § 46 Abs. 1 Satz 1 TKG bei der Prüfung des Preishöhenmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 42 Abs. 1 TKG gleichgesetzt werden?"
- 40 Mit dieser Frage trifft die Beschwerde den von dem Verwaltungsgericht zu Grunde gelegten Maßstab nur ungenau, so dass es ihr bereits an der Entscheidungserheblichkeit und damit an der Klärungsfähigkeit aus revisionsgerichtlicher Sicht fehlt. Das Verwaltungsgericht hat angenommen, der Als-Ob-Wettbewerbspreis für die Bestimmung des Preishöhenmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG könne - auch - anhand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechend § 42 TKG ermittelt werden, wobei indes Unsicherheiten mit Sicherheitszuschlägen zu begegnen und auf den dergestalt ermittelten Als-Ob-Wettbewerbspreis zur Begründung des mit dem Preishöhenmissbrauch verbundenen Unwerturteils in der Regel ein Erheblichkeitszuschlag vorzunehmen sei. Das Verwaltungsgericht hat dementsprechend das der generellen Behördenpraxis entsprechende (vgl. dazu zustimmend: Groebel, in: Säcker/Körber <Hrsg.>, TKG - TTDSG, 4. Aufl. 2023, § 37 Rn. 33) Vorgehen der BNetzA nicht beanstandet (VG UA S. 20, 24 ff.). Ein solches Vorgehen ist seitens des Gesetzgebers akzeptiert (BT-Drs. 19/26108 S. 271). Es steht - anders als die Beschwerde meint - auch nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Senats (vgl. etwa: BVerwG, Urteil vom 2. Februar 2008 - 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 68). Vor diesem Hintergrund fehlt es der von der Beschwerde aufgeworfenen Frage nicht nur an der Klärungsfähigkeit, sondern zudem an der Klärungsbedürftigkeit in einem Revisionsverfahren.
- 41 f. Die Beschwerde weist schließlich darauf hin, das Verwaltungsgericht habe den von der BNetzA festgesetzten Erheblichkeitszuschlag von 5 Prozent unabhängig davon für zutreffend erachtet, ob es sich hierbei um eine gebundene Entscheidung handle oder ob der BNetzA ein Beurteilungsspielraum zustehe. Ferner habe das Verwaltungsgericht angenommen, dass das bei der Bestimmung des Erheblichkeitszuschlags maßgebliche Kriterium der Marktmacht nach der Sachlage im Zeitpunkt der Behördenentscheidung über das Vorliegen eines Missbrauchs be-

stimmt werden müsse, so dass die Festlegungen der Präsidentenkammer der BNetzA nach §§ 10 und 11 TKG unbeachtlich seien.

42 Ausgehend hiervon sieht die Beschwerde folgende Fragen als grundsätzlich bedeutsam an:

"Verfügt die Bundesnetzagentur bei der Bestimmung des Erheblichkeitszuschlags bei der Prüfung eines Preishöhenmissbrauchs nach § 37 Abs. 1 Satz 2 TKG über einen Beurteilungsspielraum oder handelt es sich um eine gebundene Entscheidung?"

sowie

"Muss die Bundesnetzagentur das im Fall einer gebundenen Entscheidung maßgebliche Kriterium der Marktmacht bei der Bestimmung des Erheblichkeitszuschlags nach der Sachlage im Zeitpunkt der Behördenentscheidung nach § 46 TKG bestimmen oder ist die Festlegung der Präsidentenkammer nach den §§ 10, 11 TKG maßgeblich?"

43 In Bezug auf diese Fragen lässt sich den Darlegungen der Beschwerde wiederum eine Entscheidungserheblichkeit bzw. Klärungsfähigkeit in einem Revisionsverfahren nicht entnehmen.

44 Was die erste Frage anbelangt, erkennt die Beschwerde zutreffend, dass das Verwaltungsgericht dieselbe wegen der in jedem Fall korrekten Ermittlung des Erheblichkeitszuschlags als nicht entscheidungserheblich angesehen hat. Entgegen der Ansicht der Beschwerde erlangt die erste Frage eine Entscheidungserheblichkeit auch nicht in Kombination mit der zweiten Fragestellung. Dieser kommt eine Entscheidungserheblichkeit gleichfalls nicht zu. Dies gilt auch dann, wenn man mit der Beschwerde annimmt, dass das Verwaltungsgericht davon ausgegangen ist, die Klägerin habe zum Zeitpunkt der Festlegung der Präsidentenkammer der BNetzA einen Marktanteil von ca. 50 Prozent und zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung einen solchen von ca. 70 Prozent gehabt (VG UA S. 36). Denn das Verwaltungsgericht hat die Marktmacht des betroffenen Unternehmens nur als ein Kriterium (VG UA S. 34) neben anderen - etwa der Marktentwicklung, der Anzahl der Marktteilnehmer auf Anbieter- und Kundenseite und deren jeweiliger Marktmacht, der Angewiesenheit auf bestimmte Produkte bzw. der Existenz von Alternativprodukten (VG UA S. 40) - für die nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls (VG UA S. 40) vorzunehmende Festsetzung des Erheblichkeitszuschlags eingestuft. Es hat zudem den relevanten Markt bereits bezogen auf den Zeitpunkt der von der Präsidentenkammer vorgenommenen Marktanalyse als "stark vermachtet" qualifiziert und nur daneben darauf abgestellt, dass sich der Marktanteil der Klägerin zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung noch gesteigert habe (VG UA S. 38).

45 3. Von einer weiteren Begründung sieht der Senat gemäß § 133 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 VwGO ab.

46 4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 i. V. m. § 52 Abs. 1 GKG.

© Ein Service des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
sowie des Bundesamts für Justiz - <https://www.rechtsprechung-im-internet.de>