BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 6 B 28.15
VG 21 K 5713/12

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 4. Februar 2016
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Möller und Hahn

beschlossen:

Die Beschwerde der Beigeladenen gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 22. April 2015 wird zurückgewiesen.

Die Beigeladene trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 500 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I

1 Mit Beschluss vom 31. August 2012 genehmigte die Bundesnetzagentur für das Rechtsverhältnis zwischen der Beigeladenen und der Klägerin - einen insoweit gerichtlich aufgehobenen Beschluss vom 30. Juni 2003 ersetzend - für die Zeit vom 1. Juli 2003 bis zum 30. Juni 2004 rückwirkend sog. Einmalentgelte (im Wesentlichen Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte) für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Für den gesamten in Rede stehenden Genehmigungszeitraum seien die am 26. Juni 2004 außer Kraft getretenen Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120) - TKG 1996 - und der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung vom 1. Oktober 1996 (BGBl. I S. 1492) - TEntgV - maßgeblich, wie sich aus der Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes vom

22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) - TKG 2004 - ergebe. Auf die Klage der Klägerin hat das Verwaltungsgericht die Genehmigung für die zwischen den Beteiligten umstrittenen Zugangsvarianten aufgehoben. Die Bundesnetzagentur habe bei der Anwendung des für den vorliegenden Fall weiterhin maßgeblichen früheren Telekommunikationsrechts zum einen verkannt, dass die von der Beigeladenen vorgelegten Kostenunterlagen im Hinblick auf die Effizienz der Kosten der Fremdvergabe von Schaltungsarbeiten und Arbeiten bei den Endkunden unvollständig gewesen seien und es einer auf der Grundlage von § 2 Abs. 3 TEntgV vorzunehmenden Ermessensentscheidung darüber bedurft hätte, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die entsprechenden Kosten hätten in Ansatz gebracht werden können oder ob die Genehmigung teilweise oder vollständig hätte versagt werden müssen. Zum anderen habe die Regulierungsbehörde den Beurteilungsspielraum, der ihr bei der Bestimmung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals im Sinne des § 3 Abs. 2 TEntgV zustehe, fehlerhaft ausgefüllt, weil sie den Einsatz der Bilanzwertmethode für die Ermittlung des von ihr berücksichtigten kalkulatorischen Zinssatzes in Höhe von 8 Prozent nicht hinreichend begründet habe. Das Verwaltungsgericht hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Die Beigeladene erstrebt mit ihrer Beschwerde die Revisionszulassung.

II

2 Die auf den Revisionszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg.

3 Eine grundsätzliche Bedeutung 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. Aus den Darlegungen der Beschwerde ergibt sich nicht, dass diese Voraussetzungen hier erfüllt sind.

4 1. Die Beigeladene möchte zunächst folgende Frage grundsätzlich geklärt wissen:

> "Ist die Entscheidung der Beigeladenen, Schaltarbeiten vorwiegend durch eigenes Personal durchführen zu lassen und nur zusätzliche Kapazitäten im Wege der Fremdvergabe zu decken, in dem Sinne an dem Gebot der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu prüfen, dass überprüft wird, ob die Entscheidung zu einer kostenminimalen Produktion führt oder ist im Ausgangspunkt die unternehmerische Bewertung und Entscheidung des zugangsgewährenden Unternehmens zugrunde zu legen, solange diese nicht offensichtlich unvertretbar ist?"

5 Dieser Frage fehlt die grundsätzliche Bedeutung, die ihr die Beigeladene beimisst. Dies gilt unabhängig von dem Umstand, dass die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts und der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31. August 2012 wegen des rückwirkenden Bezugs dieses Beschlusses auf dem ausgelaufenen Recht des Telekommunikationsgesetzes 1996 und der Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung beruhen.

6 Die aufgeworfene Frage zielt, entkleidet man sie von den auf den Einzelfall bezogenen Aspekten, auf die Klärung der Problematik, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Regulierungsbehörde bei der Überprüfung eines zur Genehmigung gestellten telekommunikationsrechtlichen Entgelts am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung an organisatorische Entscheidungen des regulierten Unternehmens gebunden ist. Diese Klärung hat der Senat jedenfalls durch sein Urteil vom 25. November 2015 in dem Verfahren zum Aktenzeichen 6 C 39.14 (UA Rn. 18 ff.), an dem auch die Beigeladene beteiligt war, herbeigeführt. Der Senat hat entschieden, dass eine Bindung an organisatorische Entscheidungen des regulierten Unternehmens, die die Zuordnung von Kosten zu der entgeltregulierten Leistung betreffen, vom Ansatz her nicht besteht. Eine derartige Bindung wäre mit dem strengen, über eine bloße Missbrauchskontrolle hinausgehenden Kosteneffizienzmaßstab der Ex-ante-Entgeltkontrolle nicht vereinbar und widerspräche dem gesetzlichen Konzept der Simulation eines Als-Ob-Wettbewerbspreises. Der Senat hat klargestellt, dass sich seine vordem getroffene Feststellung (BVerwG, Urteil vom 3. September 2014 - 6 C 19.13 - Buchholz 442.066 § 31 TKG Nr. 3 Rn. 22), bei der

modellhaften Berechnung des unter Wettbewerbsbedingungen zu erwartenden Preises seien - sofern nicht offensichtlich unvertretbar - im Ausgangspunkt die unternehmerischen Bewertungen und Entscheidungen des zugangsgewährenden Unternehmens zu Grunde zu legen, nur auf unternehmerische Entscheidungen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung einer regulierten Leistung bezieht, nicht aber auf solche Entscheidungen, die lediglich die interne Organisationsstruktur des Unternehmens betreffen und sich daher unter den zu simulierenden Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs weder auf die vertraglichen Außenbeziehungen des Unternehmens zu seinen Kunden noch auf die Preisbildung in dem relevanten Markt auswirken können.

7 Das Verwaltungsgericht hat keinen hierzu in Widerspruch stehenden Rechtssatz aufgestellt, es ist vielmehr bei seiner Prüfung auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen von einem entsprechenden Ansatz ausgegangen (UA S. 17 f.). Die Revision kann deshalb auch nicht gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO unter dem Gesichtspunkt der Divergenz zugelassen werden (vgl. zur Divergenzzulassung bei einer 'überholten' Grundsatzrevision: Pietzner/Buchheister, in: Schoch/Schneider/Bier <Hrsg.>, VwGO, Stand März 2015, § 132 Rn. 55, 59; Czybulka, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 132 Rn. 59).

8 2. Grundsätzliche Bedeutung sieht die Beigeladene mit der weiteren Frage verbunden:

> "Erstreckt sich die Verpflichtung, Kosten in den Kostenunterlagen nach § 2 TEntgV/§ 33 TKG 2004/§ 34 TKG 2012 nachzuweisen, ausschließlich auf einen detaillierten Nachweis der Ist-Kosten des Unternehmens, der eine Überprüfung auf die Effizienz ermöglicht, oder erstreckt sich die Nachweisverpflichtung darauf, dass die Effizienz selbst begründet und ggf. nachgewiesen werden müsste?"

9 Auch im Hinblick auf diese Frage ist die Annahme einer grundsätzlichen Bedeutung - wiederum ungeachtet des Außer-Kraft-Tretens der rechtlichen Grundlagen der angegriffenen Entgeltgenehmigung - jedenfalls in Anbetracht der durch das Urteil des Senats vom 25. November 2015 in dem Verfahren zum Aktenzeichen 6 C 39.14 (UA Rn. 33 ff.) erreichten Klärung nicht (mehr) gerechtfertigt.

Der Senat hat unter Verweis auf seine Rechtsprechung zum Postrecht (BVerwG, Urteil vom 29. Mai 2013 - 6 C 10.11 - BVerwGE 146, 325 Rn. 21 ff.) verdeutlicht, dass sich auch im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung die Pflicht des regulierten Unternehmens, die zur Prüfung des Entgeltantrags erforderlichen Unterlagen vorzulegen, nicht nur auf solche Unterlagen bezieht, die als Nachweis der tatsächlichen Kosten geeignet sind, sondern innerhalb der durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gezogenen Grenzen auch auf solche Unterlagen, die die Behörde in die Lage versetzen, die Effizienz der nachgewiesenen Kosten zu überprüfen. Da die verwaltungsgerichtliche Entscheidung hierzu nicht in Widerspruch steht, scheidet eine Zulassung wegen Divergenz nach § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO ebenfalls aus.

10 3. Schließlich haben nach Einschätzung der Beigeladenen die aufeinander aufbauenden Fragen Grundsatzbedeutung:

> "Hat die Beklagte bei der Bestimmung des angemessenen Zinssatzes im Rahmen des § 3 Abs. 2 TEntgV einen behördlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum, der durch eine Abwägung sämtlicher Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG 1996 zu füllen ist?"
>
> sowie
>
> "Muss die Beklagte bei der Entscheidung über den angemessenen Zinssatz - einen Entscheidungsspielraum vorausgesetzt - neben den von dem Beteiligten in das Verfahren eingeführten Berechnungsmethoden auch solche berücksichtigen, die sie aufgrund eines Methodenwechsels und zehn Jahre nach Ablaufen des Genehmigungszeitraums selbst angewandt hat?"

11 Für die Ausgangsfrage kommen - anders als für die vorhergehenden Fragestellungen - entscheidungserheblich die Maßstäbe zum Tragen, nach denen sich die grundsätzliche Bedeutung ausgelaufenen Rechts bemisst. Danach kann eine Grundsatzbedeutung dieser Frage nicht angenommen werden. Hieraus folgt zugleich, dass die auf der Ausgangsfrage aufbauende zweite Frage ebenfalls nicht grundsätzlich bedeutsam ist, sondern vielmehr ins Leere geht.

12 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Grundsatzbedeutung einer auf ausgelaufenes Recht bezogenen Frage regelmäßig zu verneinen, weil der Zulassungsgrund des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO die Revision eröffnen soll, um Fragen zur Auslegung des geltenden Rechts mit Blick auf die Zukunft richtungsweisend zu klären. Eine Revisionszulassung wegen einer Frage ausgelaufenen Rechts kommt nur ausnahmsweise und im Wesentlichen in zwei Fallkonstellationen in Betracht. Die erste Konstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass sich bei der gesetzlichen Bestimmung, die der außer Kraft getretenen Vorschrift nachgefolgt ist, die streitige Frage in gleicher Weise stellt. Trotz des Auslaufens des alten Rechts ist dann eine richtungsweisende Klärung zu erwarten, wie die neue Vorschrift anzuwenden ist. Die Voraussetzungen dieses Ausnahmegrundes sind allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass sich die als rechtsgrundsätzlich angesehene Frage im Rahmen des geltenden Rechts in gleicher Weise wie bei der früheren Gesetzeslage stellt, vielmehr muss dies offensichtlich sein. Die zweite anerkannte Ausnahmekonstellation ist gegeben, wenn das in Rede stehende Recht noch für einen nicht überschaubaren Personenkreis in nicht absehbarer Zukunft von Bedeutung ist, was mit der Beschwerde substantiiert dargelegt werden muss (BVerwG, Beschlüsse vom 30. März 2005 - 6 B 3.05 - juris Rn. 5 f., 9, vom 15. Dezember 2005 - 6 B 70.05 - juris Rn. 5 ff., vom 5. April 2011 - 6 B 41.10 - Buchholz 316 § 44 VwVfG Nr. 102 Rn. 6 und vom 4. Juni 2014 - 5 B 11.14 - juris Rn. 5 ff.; weiter differenzierend etwa: Pietzner/Buchheister, in: Schoch/Schneider/Bier <Hrsg.>, VwGO, Stand März 2015, § 132 Rn. 54; Czybulka, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 132 Rn. 60).

13 Für die von der Beigeladenen bezeichnete Problematik greift keine der Ausnahmen von der Regel ein, dass eine Frage des ausgelaufenen Rechts die Zulassung der Grundsatzrevision nicht rechtfertigt.

14 Entgegen der Ansicht der Beigeladenen stellt sich die von ihr zu § 3 Abs. 2 TEntgV aufgeworfene Frage, ob der Bundesnetzagentur bei der Bestimmung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals ein Beurteilungsspielraum zusteht, nicht in offensichtlich gleicher Weise auch bei § 31 Abs. 2 Satz 1

TKG 2004 bzw. bei § 32 Abs. 1 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes in der Fassung der Gesetzesnovelle vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958) - TKG 2012 -. Denn in diesen neueren Normierungen wird der Rechtsbegriff der angemessenen Verzinsung des angemessenen Kapitals, anders als dies im Regelungszusammenhang des § 3 Abs. 2 TEntgV der Fall war, durch einen Kriterienkatalog - enthalten in § 31 Abs. 4 TKG 2004 bzw. § 32 Abs. 3 TKG 2012 - konkretisiert. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich aus dieser gesetzlichen Konkretisierung Anhaltspunkte ergeben, die zur Folge haben, dass die Frage nach einem in dem besagten Rechtsbegriff enthaltenen regulierungsbehördlichen Beurteilungsspielraum für die Nachfolgeregelungen des § 3 Abs. 2 TEntgV anders zu beantworten ist als für diese Ursprungsvorschrift selbst (vgl. zu diesen Unterschieden in den Normstrukturen bereits: BVerwG, Beschluss vom 15. Dezember 2005 - 6 B 70.05 - juris Rn. 7).

15 Die Beschwerdebegründung der Beigeladenen bietet auch keinen Anhalt für ein Vorliegen der zweiten Ausnahmekonstellation. Ihr Vortrag, das Altrecht finde noch für eine Vielzahl wirtschaftlich bedeutender Verfahren Anwendung, ist für sich genommen unsubstantiiert. Er gewinnt die erforderliche Substanz auch nicht durch die Behauptung der Beigeladenen, sämtliche unter altem Recht ergangene Genehmigungen zu den TAL-Überlassungsentgelten seien gegenüber verschiedenen ehemaligen Klägern noch offen, weil sie aufgehoben und von der Bundesnetzagentur noch nicht erneut genehmigt worden seien. Denn diese Behauptung verhält sich nicht zu dem von der Klägerin unwidersprochen benannten und überdies gerichtsbekannten Umstand, dass die Beigeladene mit als Klägern in Betracht kommenden Zugangsnachfragern vergleichsweise Vereinbarungen getroffen und diese zur Grundlage von Anträgen zur rückwirkenden Genehmigung der in Rede stehenden Entgelte gemacht hat.

16 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Festsetzung des Streitwerts auf § 47 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG.

Neumann Dr. Möller Hahn