

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der V... GmbH,  
vertreten durch die Geschäftsführer,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer LLP,  
Bockenheimer Anlage 44, 60322 Frankfurt -

1. unmittelbar gegen

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 1. Dezember 2011 - 21 L  
478/11 -,

2. mittelbar gegen

§ 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 TKG

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Richter Eichberger  
und die Richterinnen Baer,  
Britz

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der  
Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 19. Dezember 2016  
einstimmig beschlossen:

**Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenom-  
men.**

**G r ü n d e :**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft den Rechtsschutz im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Regulierung der Entgelte für Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. 1

**I.**

Die Beschwerdeführerin ist ein reguliertes Telekommunikationsunternehmen, das die Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Zugangsentgelt begehrt. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wendet sie sich gegen die ablehnende Entscheidung des Verwaltungsgerichts im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 2

TKG (VG Köln, Beschluss vom 1. Dezember 2011 - 21 L 478/11 -, juris). Gemäß § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG kann das Gericht im Verfahren nach § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts anordnen, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht. Die Ablehnung einer solchen Anordnung hat nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG zur Folge, dass im Hauptsacheverfahren ein zu niedriges Entgelt nicht mehr rückwirkend korrigiert werden kann, selbst wenn sich herausstellt, dass das regulierte Unternehmen einen Anspruch auf Genehmigung des höheren Entgelts hatte. Das Bundesverfassungsgericht hat zwischenzeitlich festgestellt, dass diese Regelung ursprünglich mit dem Grundgesetz vereinbar war, dass sie aber verfassungswidrig geworden ist. Es hat jedoch die Weitergeltung der Regelung bis zum 31. Juli 2018 angeordnet (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 22. November 2016 - 1 BvL 6/14 u.a. -).

Die Beschwerdeführerin sieht sich durch die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG vor allem in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG, in Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG sowie in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt. Die Beschwerdeführerin hält die Rückwirkungssperre des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG für verfassungswidrig. Sollte sie nicht verfassungswidrig sein, müsse § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG zur Wahrung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass bereits im Eilverfahren eine selbständige und vollständige Prüfung aller maßgeblichen Tatsachen- und Rechtsfragen geboten sei. Dies habe das Verwaltungsgericht verkannt. Ein verfassungswidriges Rechtsschutzdefizit resultiere auch aus der unzutreffenden Anerkennung behördlicher Beurteilungsspielräume. Der angegriffene Beschluss des Verwaltungsgerichts verletze ihr Recht auf effektiven Rechtsschutz selbst bei Anerkennung einer reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte, weil das Gericht die auch dann noch verbleibenden Rechtmäßigkeitsanforderungen in Bezug auf die Höhe der UMTS-Frequenzkosten, die Abschreibungsmethodik, den zu verwendenden Kapitalzinssatz und die heranzuziehenden Verkehrsmengen unzureichend geprüft habe. Das Verwaltungsgericht habe zudem gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen, weil es entscheidungserhebliche Fragen des Unionsrechts nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Klärung dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorgelegt habe. Schließlich macht die Beschwerdeführerin einen Gehörsverstoß geltend.

3

## II.

Ein Annahmegrund nach § 93a Absatz 2 BVerfGG liegt nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig aber unbegründet, soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, dass das Verwaltungsgericht im Eilverfahren lediglich eine summarische Prüfung vorgenommen hat (1). Im Übrigen ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig (2 bis 5).

4

1. a) Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Entscheidung des Verwaltungsge-

5

richts verletze sie in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG, weil das Verwaltungsgericht im Eilverfahren lediglich eine summarische Prüfung des Streitstoffs vorgenommen habe, obwohl bereits hier eine selbständige und vollständige Prüfung aller maßgeblichen Tatsachen- und Rechtsfragen geboten sei, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig. Sie genügt insbesondere dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.

Die angegriffene Entscheidung ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergangen. Der in diesem Verfahren zulässige Rechtsweg ist erschöpft, da die Eilentscheidung unanfechtbar ist (§ 137 Abs. 3 TKG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert der Grundsatz der Subsidiarität allerdings zusätzlich, dass die Beschwerdeführerin über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus die ihr zur Verfügung stehenden weiteren Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erreichen oder diese gar zu verhindern. Daher ist auch bei Verfassungsbeschwerden gegen Eilentscheidungen die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache geboten, wenn dort nach der Art des gerügten Grundrechtsverstoßes die Gelegenheit besteht, der verfassungsrechtlichen Beschwer abzuhelpfen. Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn mit der Verfassungsbeschwerde Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die sich auf die Hauptsache beziehen (vgl. BVerfGE 104, 65 <70 f.>; stRspr).

Danach musste die Beschwerdeführerin hier zur Wahrung des Subsidiaritätserfordernisses nicht zunächst das Hauptsacheverfahren abschließen. Soweit die Beschwerdeführerin mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG die geringe Prüfungs- und Schutzintensität des Eilverfahrens (§ 35 Abs. 5 Satz 2 TKG) beanstandet, würde der von ihr behauptete Verfassungsverstoß aus dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren selbst resultieren. Geltend gemacht wird ein Rechtsschutzdefizit gerade des Eilverfahrens, weil das Gericht die wegen der Vorwirkung der Eilentscheidung (§ 35 Abs. 5 Satz 3 TKG) bereits hier verfassungsrechtlich gebotene Prüfungsintensität nicht beachtet habe.

b) Diese Rüge hat jedoch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Die angegriffene Entscheidung verletzt die Beschwerdeführerin nicht in ihren Grundrechten. Das Verwaltungsgericht hat mit der Beschränkung auf eine summarische Prüfung § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angewendet. Nach dem auf frühzeitige Gewissheit der Wettbewerber zielenden Regelungszweck von § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG war es nicht möglich, die Prüfungsintensität im Eilverfahren den Anforderungen eines Hauptsacheverfahrens anzugleichen. Dies hätte die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG weitgehend um ihren Sinn gebracht (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 22. November 2016 - 1 BvL 6/14 u.a. -, B III 2 Rn. 36 ff.). Dass die Prüfungsintensität im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG hinter der eines Hauptsacheverfahrens zurückgeblieben ist, war trotz der Vorwirkung des Eilverfahrens für die Möglichkeiten effektiven Rechtsschutzes in der Hauptsache mit dem Grundgesetz vereinbar. Zwar ist die Regelung inzwischen verfassungswidrig, die Weitergeltung jedoch bis zum 31. Juli 2018 angeordnet (BVerfG,

a.a.O.). Aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben sich hier keine weitergehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen.

2. Soweit die Beschwerdeführerin dadurch in Grundrechten verletzt zu sein behauptet, dass das Verwaltungsgericht bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Entgeltgenehmigung davon ausgegangen ist, dass nach § 31 TKG Beurteilungsspielräume der Bundesnetzagentur bestehen, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig. Ihr steht der aus § 90 Abs. 2 BVerfGG folgende Grundsatz der Subsidiarität verfassungsgerichtlicher Rechtsbehelfe entgegen.

9

a) Die Beschwerdeführerin ist gehalten, die im Verfahren der einstweiligen Verfügung geltend gemachte Rüge zunächst im Verwaltungsrechtsweg mit einer Hauptsacheklage zu verfolgen (vgl. BVerfGE 104, 65 <70 f.>; stRspr). Allein mit der Behauptung der verfassungswidrigen Anerkennung von Beurteilungsspielräumen macht die Beschwerdeführerin keine spezifischen Verfassungsverstöße der Eilentscheidung geltend, sondern rügt angebliche Fehler, die eine gerichtliche Entscheidung über die Genehmigung in der Hauptsache betreffen.

10

b) Die Beschreitung und Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache war für die Beschwerdeführerin zumutbar; eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens allein über die Eilentscheidung des Verwaltungsgerichts kommt insoweit nicht in Betracht. Zwar könnte eine im Vergleich zur Eilentscheidung engere Bemessung der Beurteilungsspielräume durch das Gericht in der Hauptsache nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG nicht rückwirkend zur Korrektur eines zu niedrig genehmigten Entgelts führen. Sofern sich aber die Rechtsschutzregelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG nicht als verfassungswidrig und ungültig erweist, muss die Beschwerdeführerin dies hinnehmen. Gerade dies wird dem klagenden Unternehmen durch die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG abverlangt. Es ist der Zweck der Regelung, dass die Rechtslage mit der Eilentscheidung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG für die Vergangenheit dahingehend endgültig geklärt wird, dass die Hauptsacheentscheidung nicht mehr zur nachträglichen Korrektur der Genehmigung zulasten der Wettbewerber führen kann. Dies würde unterlaufen, wenn das regulierte Unternehmen durch eine Verfassungsbeschwerde gegen die Eilentscheidung doch deren rückwirkende Korrektur herbeiführen könnte. Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren festgestellt, dass die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG verfassungsgemäß war (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 22. November 2016 - 1 BvL 6/14 u.a. -). Hätte sich § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG als verfassungswidrig erwiesen, wäre die auf die angeblich fehlerhafte Zuerkennung administrativer Beurteilungsspielräume gestützte Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG ebenfalls unzulässig, weil der Beschwerdeführerin dann mangels Vorwirkung der Eilentscheidung erst recht zuzumuten wäre, zunächst das Hauptsacheverfahren zu durchlaufen.

11

3. Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, der angegriffene Beschluss des Verwaltungsgerichts verletze ihr Recht auf effektiven Rechtsschutz selbst dann, wenn ei-

12

ne reduzierte gerichtliche Kontrolldichte verfassungsrechtlich ausreichend sei, weil das Gericht die auch dann noch verbleibenden Rechtmäßigkeitsanforderungen in Bezug auf die Höhe der UMTS-Frequenzkosten, die Abschreibungsmethodik, den zu verwendenden Kapitalzinssatz und die heranzuziehenden Verkehrsmengen unzureichend geprüft habe, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig, weil die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung nicht hinreichend dargetan ist.

a) Hinsichtlich der Kosten der Frequenzausstattung und des Kapitalzinssatzes hat die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar aufgezeigt, dass die angegriffene Entscheidung auf der angeblich unzureichenden Prüfung beruht. Insoweit hat das Gericht es selbst dann für nicht überwiegend wahrscheinlich gehalten, dass ein Anspruch auf Genehmigung eines höheren Entgelts bestehe, wenn unterstellt werde, dass die von der Beschwerdeführerin behaupteten Fehler vorliegen. Warum die Entscheidung insoweit gleichwohl auf einer unzureichenden Rechtmäßigkeitsprüfung beruhen soll, hat die Beschwerdeführerin nicht dargelegt. 13

b) Zur Abschreibungsmethodik hat das Gericht festgestellt, die Beschwerdeführerin habe schon nicht glaubhaft gemacht, dass die Anwendung der von ihr für richtig erachteten Methode zu dem von ihr angestrebten Entgelt führen würde. Auch damit setzt sich die Beschwerdeführerin in ihrer Verfassungsbeschwerde nicht auseinander. 14

c) Hinsichtlich der für die Kostenkalkulation relevanten „Verkehrsmengenprognose“ macht die Beschwerdeführerin eine unzureichende Tatsachenbasis geltend. Das Verwaltungsgericht hat jedoch festgestellt, die Bundesnetzagentur habe im Gerichtsverfahren vorgetragen, die behördlichen Tatsachenannahmen seien von den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin im Genehmigungsverfahren gedeckt, ohne dass die Beschwerdeführerin dem entgegengetreten sei; die Rüge fehlerhaft überhöht angenommener Datenverkehrsmengen sei daher wenig überzeugend und nicht geeignet, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür zu begründen, dass ein Anspruch auf Genehmigung eines höheren Entgelts bestehe. Es kann dahinstehen, ob die Verfassungsbeschwerde insoweit bereits aus Subsidiaritätsgründen unzulässig ist. Jedenfalls legt die Beschwerdeführerin in der Verfassungsbeschwerde nicht näher dar, dass und warum die Annahme des Gerichts unzutreffend ist, die eigenen Angaben der Beschwerdeführerin im Genehmigungsverfahren sprächen gegen die Fehlerhaftigkeit der behördlichen Tatsachenannahmen. 15

4. Auch die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge, das Verwaltungsgericht habe gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen, weil es entscheidungserhebliche Fragen des Unionsrechts nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Klärung dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorgelegt habe, ist unzulässig. Insoweit ist die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ausgeschlossen. Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG kommt nur durch ein zur Vorlage verpflichtetes Gericht (Art. 267 Abs. 3 AEUV) in Betracht. Entscheidet ein Gericht im Eilrechtsschutz, ist es aber nicht letztinstanzliches Gericht im Sinne des Art. 267 Abs. 3 AEUV 16

(vgl. BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 29. November 1991 - 2 BvR 1642/91 -, juris, Rn. 2; 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 19. Oktober 2006 - 2 BvR 2023/06 -, juris, Rn. 13). Dass nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG die Rückwirkung der Entscheidung über die Entgeltgenehmigung in der Hauptsache beschränkt ist, führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Rückwirkungsbeschränkung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG steht der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens an sich nicht entgegen. Sollte das letztinstanzlich entscheidende Gericht in der Hauptsache Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der nationalen Regeln zur Entgeltregulierung mit dem Unionsrecht haben, könnte und müsste es nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ein Vorabentscheidungsverfahren einleiten. Die Rückwirkungsbeschränkung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG schließt nicht etwa die Entscheidungserheblichkeit aus, denn das Gericht hat trotz § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG im Hauptsacheverfahren über die Rechtmäßigkeit der Entgeltgenehmigung zu entscheiden.

5. Die Möglichkeit eines Gehörsverstoßes ist nicht hinreichend begründet (§ 23 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, § 92 BVerfGG). Das Verwaltungsgericht hat die Anhörungsrüge - nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde - mangels Begründetheit zurückgewiesen. Es hat seine Entscheidung ausführlich und unter Würdigung der von der Beschwerdeführerin in der Anhörungsrüge wie auch in der Verfassungsbeschwerde vorgetragene Argumente begründet. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts sind nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin ist hierauf nicht eingegangen. Sie hatte die Verfassungsbeschwerde bereits erhoben und begründet, bevor das Verwaltungsgericht über die Anhörungsrüge entschieden hatte. Zum Zeitpunkt der Erhebung der Verfassungsbeschwerde lag ihr der Beschluss noch nicht vor. Sie hätte sich jedoch - nachdem der Beschluss ergangen war - mit der Begründung des Verwaltungsgerichts auseinandersetzen können und müssen.

17

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

18

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

19

Eichberger

Baer

Britz

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2016 - 1 BvR 1221/12**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2016 - 1 BvR 1221/12 - Rn. (1 - 19), [http://www.bverfg.de/e/rk20161219\\_1bvr122112.html](http://www.bverfg.de/e/rk20161219_1bvr122112.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20161219.1bvr122112