

## Leitsatz

zum Beschluss des Ersten Senats vom 22. November 2016

- 1 BvL 6/14 -
- 1 BvL 3/15 -
- 1 BvL 4/15 -
- 1 BvL 6/15 -

Eine Beschränkung des Rechtsschutzes, den ein reguliertes Telekommunikationsunternehmen mit Wirkung für die Vergangenheit gegen Entgeltentscheidungen der Bundesnetzagentur erhalten kann, auf den im Eilverfahren erlangten Rechtsschutz, ist mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur vereinbar, solange und soweit sie erforderlich ist, um den Wettbewerb zu fördern.

## **BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**

- 1 BvL 6/14 -
- 1 BvL 3/15 -
- 1 BvL 4/15 -
- 1 BvL 6/15 -



## **IM NAMEN DES VOLKES**

In den Verfahren  
zur verfassungsrechtlichen Prüfung,

- I. ob § 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) in der Fassung des Artikel 2 Nummer 35 des Gesetzes vom 18. Februar 2007 (BGBl I S. 106) mit Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 und Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes vereinbar ist

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Februar 2014 (BVerwG 6 C 3.13) -

**- 1 BvL 6/14 -,**

- II. ob § 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 in Verbindung mit § 25 Absatz 5 Satz 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) mit Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 und Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes vereinbar ist

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2014 (BVerwG 6 C 16.13) -

**- 1 BvL 3/15 -,**

III. ob § 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) mit Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 und Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes vereinbar ist

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2014 (BVerwG 6 C 18.13) -

**- 1 BvL 4/15 -,**

IV. ob § 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) in der Fassung des Gesetzes vom 18. Februar 2007 (BGBl I S. 106) mit Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 und Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes vereinbar ist

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Februar 2015 (BVerwG 6 C 33.13) -

**- 1 BvL 6/15 -**

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat -  
unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter  
Vizepräsident Kirchhof,  
Eichberger,  
Schluckebier,  
Masing,  
Paulus,  
Baer,  
Britz

am 22. November 2016 beschlossen:

§ 35 Absatz 5 Satz 2 und 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 22. Juni 2004 (Bundesgesetzblatt I Seite 1190) und in der Fassung späterer Gesetze ist mit Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes nicht mehr vereinbar. Das bisherige Recht ist bis zu einer Neuregelung weiter anwendbar. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Juli 2018 zu treffen.

Gründe:

A.

Die vier Vorlagen des Bundesverwaltungsgerichts betreffen den Rechtsschutz 1  
im Rahmen der telekommunikationsrechtlichen Regulierung der Entgelte für Zu-  
gangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über  
beträchtliche Marktmacht verfügen. Im Zentrum aller Verfahren steht die Frage der  
Vereinbarkeit des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

I.

1. Die zur Überprüfung gestellte Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG 2  
schränkt den Rechtsschutz regulierter marktmächtiger Telekommunikationsunter-  
nehmen gegen vermeintlich zu niedrig genehmigte Entgelte für Zugangsleistungen  
ein. § 35 Abs. 5 TKG hat in der aktuellen Fassung folgenden, gegenüber der ur-  
sprünglichen Fassung von 2004 um Satz 4 ergänzten Wortlaut:

- (5) <sup>1</sup>Beinhalten Entgeltgenehmigungen die vollständige oder teilwei-  
se Genehmigung eines vertraglich bereits vereinbarten Entgelts,  
so wirken sie zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Lei-  
stungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher  
Marktmacht. <sup>2</sup>Das Gericht kann im Verfahren nach § 123 der  
Verwaltungsgerichtsordnung die vorläufige Zahlung eines bean-  
tragten höheren Entgelts anordnen, wenn überwiegend wahr-  
scheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des hö-  
heren Entgelts besteht; der Darlegung eines Anordnungsgrundes  
bedarf es nicht. <sup>3</sup>Verpflichtet das Gericht die Bundesnetzagentur  
zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt, so ent-  
faltet diese Genehmigung die Rückwirkung nach Satz 1 nur,  
wenn eine Anordnung nach Satz 2 ergangen ist. <sup>4</sup>Der Antrag auf  
Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 der  
Verwaltungsgerichtsordnung kann nur bis zum Ablauf von zwei  
Monaten nach Klageerhebung gestellt und begründet werden.

2. Die Telekommunikationsregulierung dient unter anderem der Sicherstellung 3  
eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbs-  
orientierter Märkte der Telekommunikation (§ 1, § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Verfügt ein  
Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so  
kann die Regulierungsbehörde - die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Tele-  
kommunikation, Post und Eisenbahnen - diesem Unternehmen durch eine Regu-

lierungsverfügung bestimmte Verpflichtungen auferlegen. Hierzu zählt insbesondere die Verpflichtung, Wettbewerbern den Zugang zu bestimmten Einrichtungen oder Diensten nach Maßgabe des § 21 TKG zu gewähren. Die Wettbewerber müssen hierfür Entgelte entrichten. Die Höhe dieser an das regulierte Unternehmen zu zahlenden Entgelte unterliegt nach § 30 Abs. 1 TKG grundsätzlich der Genehmigungspflicht durch die Regulierungsbehörde. Andere als die genehmigten Entgelte darf das regulierte Unternehmen gemäß § 37 Abs. 1 TKG nicht verlangen.

3. Die vorliegenden Verfahren betreffen die Rechtsschutzmöglichkeiten des entgeltregulierten Unternehmens. Wenn die Bundesnetzagentur die Entgelte in niedrigerer Höhe genehmigt als vom regulierten Unternehmen beantragt, kann das Unternehmen Verpflichtungsklage auf Genehmigung eines höheren Entgelts erheben. Hinsichtlich der bereits erbrachten Zugangsleistungen nutzt ein Klageerfolg dem regulierten Unternehmen allerdings nur dann, wenn das Verwaltungsgericht die Bundesnetzagentur zur rückwirkenden Genehmigung höherer Entgelte, bezogen auf den Beginn der Leistungsbereitstellung, verpflichtet. Hat die Genehmigung keine Rückwirkung, kann das regulierte Unternehmen von den zugangsberechtigten Wettbewerbern die höheren Entgelte für bereits erbrachte Zugangsleistungen nicht nachfordern. Die Möglichkeit des Gerichts, zur rückwirkenden Genehmigung zu verpflichten, hat der Gesetzgeber im Jahr 2004 durch § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG erheblich eingeschränkt. Eine rückwirkende Korrektur zu niedriger Entgelte ist danach nur möglich, wenn bereits ein Eilantrag des regulierten Unternehmens auf vorläufige Anordnung eines höheren Entgelts nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG erfolgreich war. 4

## II.

Den Vorlagen des Bundesverwaltungsgerichts liegen Klagen regulierter Telekommunikationsunternehmen zugrunde, die darauf gerichtet sind, die Bundesnetzagentur zur rückwirkenden Genehmigung höherer Zugangsentgelte zu verpflichten. Einstweilige Anordnungen im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG sind nicht ergangen. Die Hauptsacheverfahren vor dem Verwaltungsgericht blieben erfolglos. Die Klägerinnen legten Revision ein. Das Bundesverwaltungsgericht hält die Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur in allen vier Verfahren für rechtswidrig, sieht sich jedoch an der Aufhebung der verwaltungsgerichtlichen Urteile gehindert, weil § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG einer Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Erteilung einer gemäß § 35 Abs. 5 Satz 1 TKG rückwirkenden 5

Genehmigung eines höheren Entgelts entgegenstehe. Das Bundesverwaltungsgericht ist 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.

§ 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verletze die Gewährleistung wirkungsvollen 6  
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 könne, führe zu einer erheblichen Einschränkung des Rechtsschutzes, die durch Sachgründe nicht gerechtfertigt und deshalb für das entgeltregulierte Unternehmen unzumutbar sei. Die durch die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG bewirkte Vorverlagerung des Rechtsschutzes in das Verfahren der einstweiligen Anordnung beeinträchtige vor allem deshalb das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, weil das Verfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG in Verbindung mit § 123 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) immer dann nicht zum Erfolg führen könne, wenn die Sache wegen eines Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur nicht spruchreif sei. In diesen Fällen könne 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 dürfe und deshalb in der Hauptsache lediglich ein Bescheidungsurteil in Betracht komme. Das gelte jedenfalls insoweit, als sich der der Regulierungsbehörde im Rahmen der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung partiell eingeräumte Beurteilungsspielraum aus den unionsrechtlichen Vorgaben zur Preiskontrolle ergebe.

Die Einschränkung des Rechtsschutzes stehe nicht in einem angemessenen 7  
Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Zielen. Es könne offen bleiben, ob und gegebenenfalls inwieweit der Gesetzgeber den Rechtsschutz des entgeltregulierten Unternehmens ohne Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzen dürfe, um dem in der Gesetzesbegründung genannten Fall Rechnung zu tragen, dass entgeltverpflichtete Wettbewerber aufgrund von Nachzahlungen, die bei einer Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur rückwirkenden Genehmigung höherer Entgelte fällig würden, in eine existenzbedrohende Situation gerieten. Beschränkungen der gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines dem regulierten Unternehmen zustehenden Entgeltgenehmigungsan-

spruchs zur Förderung des chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs seien jedenfalls dann unangemessen, wenn nicht nur besonders schutzbedürftige Unternehmen, etwa solche, die neu in den Markt einträten, begünstigt würden, sondern auch solche, die durch die Nachzahlungspflichten beziehungsweise die erforderlichen Rückstellungskosten nicht empfindlicher getroffen würden als das regulierte Unternehmen durch eine ihm auferlegte Pflicht zur Leistungserbringung zu nicht kostendeckenden Konditionen. Dass etwa Klägerinnen in Ausgangsverfahren auf dem bundesweiten Markt für Anrufzustellung in ihr Mobiltelefonnetz über beträchtliche Marktmacht verfügten, schließe nicht aus, dass sich unter ihren Abnehmern vergleichbar finanzstarke Unternehmen befänden, die durch die asymmetrische Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ebenso begünstigt würden. Mit der Befugnis des Gesetzgebers zum Erlass generalisierender und typisierender Regelungen lasse sich dieser Mangel an Differenzierung nicht rechtfertigen. Der Gesetzgeber dürfe sich im Rahmen der Typisierung zwar grundsätzlich am Regelfall orientieren und sei nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen. Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssten allerdings von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung ausgehen. Nicht erkennbar sei, auf welche Erkenntnisse sich die Annahme des Gesetzgebers stütze, die Wettbewerber 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.

### III.

Zu den Vorlagen haben die Bundesregierung, die Monopolkommission, der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM), die ... AG als Klägerin des - dem Verfahren 1 BvL 6/14 zugrunde liegenden - Ausgangsverfahrens sowie die Wettbewerberin ... GmbH als am - dem Verfahren 1 BvL 3/15 zugrunde liegenden - Ausgangsverfahren beteiligte Nachfragerin von Zugangsleistungen Stellung genommen. 8

1. Die Bundesregierung ist der Auffassung, § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG sei verfassungsgemäß; jedenfalls bestehe die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung. 9

Es handele sich bei § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG nicht um eine Ausgestaltung des telekommunikationsrechtlichen Rechtsschutzes, sondern um eine Regelung des materiellen Rechts. Da die Vorschrift dem Ausgleich materieller Rechtspositionen diene, sei Maßstab für ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit Art. 12 Abs. 1 GG. Sie schaffe einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Beteiligten. 10

Selbst wenn man der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts folge, dass es sich hier um prozessrechtliche Regelungen handele, verkürze § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG den effektiven Rechtsschutz nicht unzulässig, sondern gestalte ihn in verfassungsgemäßer Weise aus. Dem Gesetzgeber stehe dabei ein weiterer Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu. Er könne das Interesse an möglichst effektivem Rechtsschutz bei Überwiegen anderer Gesichtspunkte zurücktreten lassen. Es genüge, dass § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG sicherstelle, dass offenkundig rechtswidrige Entgeltgenehmigungen auch rückwirkend korrigiert werden könnten. Hinzu komme, dass über Entgeltgenehmigungen in einem besonderen Verfahren durch Beschlusskammern gemäß § 132 Abs. 1 TKG entschieden werde. Diese seien mit einem derart hohen Maß an Sachkunde ausgestattet, dass die Gefahr rechtswidriger Entscheidungen reduziert sei. 11

Die Vorschrift sei jedenfalls einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Es sei in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebieten könne, im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes über eine lediglich summarische Rechtmäßigkeitsprüfung hinauszugehen, sofern die Ablehnung vorläufigen Rechtsschutzes zu schwerwiegenden, im Hauptsacheverfahren nicht mehr korrigierbaren Folgen führen könnte. Dass nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in Hauptsacheverfahren regelmäßig lediglich ein Bescheidungsurteil in Betracht komme, stehe dem Rechtsschutz ebenfalls nicht entgegen. Ansonsten hätte der Gesetzgeber mit § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG eine Regelung praktisch ohne Anwendungsbereich geschaffen. Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren könne das Verwaltungsgericht ein höheres Entgelt auch dann anordnen, wenn im Hauptsacheverfahren eine entsprechende endgültige Verpflichtung der Regulierungsbehörde nicht erfolgen könnte. 12

Der Regelung lasse sich auch nicht entgegenhalten, dass keine Differenzierung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit der Zugangspetenten vorgenommen werde. Es handele sich vielmehr um eine zulässige Typisierung. 13

2. Die Monopolkommission beschreibt die tatsächlichen Folgen eines Wegfalls der Vorschrift des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG, die sie für die verschiedenen Teilmärkte unterschiedlich einschätzt. 14

3. Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) ist der Auffassung, § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG sei nicht mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG - gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG - vereinbar. Die Regelung habe zu einem praktisch vollständigen Ausschluss gerichtlichen Rechtsschutzes der regulierten Unternehmen geführt. Eine die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG stärker ins Auge fassende Praxis des im Eilverfahren allein entscheidenden Verwaltungsgerichts Köln könne das Rechtsschutzdefizit zwar abmildern, aber nicht beseitigen. Das Rechtsschutzdefizit sei durch die Interessen der Nachfrager von Zugangsleistungen nicht gerechtfertigt. 15

4. Die ... AG hält § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG für mit Art. 19 Abs. 4 und Art. 12 GG unvereinbar. Die Regelung führe zu einem praktisch vollständigen Ausschluss des Rechtsschutzes des regulierten Unternehmens, indem der Rechtsschutz in das Eilverfahren vorverlagert werde, wo er faktisch nicht geleistet werde und auch nicht geleistet werden könne. 16

5. Die ... GmbH, ein Telekommunikationsunternehmen, das Leistungen der regulierten Telekommunikationsunternehmen in Anspruch nimmt, hält § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG für verfassungsgemäß. 17

## B.

Die zulässigen Vorlagen des Bundesverwaltungsgerichts führen zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG. Die Vorschrift war in einer am Verfassungsrecht orientierten Auslegung ursprünglich verfassungsgemäß. Inzwischen ist die Regelung jedoch insofern nicht mehr mit dem Grundgesetz vereinbar, als § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG die Möglichkeit der Rückwirkung einer aufgrund gerichtlicher Entscheidung in der Hauptsache erteilten Genehmigung für ein höheres Entgelt pauschal ausschließt, wenn keine Anordnung nach Satz 2 ergangen ist. Diese differenzierungslose Rechtsschutzbeschränkung verstößt gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben sich keine weitergehenden Anforderungen. 18

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert effektiven Rechtsschutz (I). Die in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG getroffene Regelung betrifft die verfassungsrechtliche Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (II). Die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle durch § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG war in einer der Verfassung entsprechenden Auslegung ursprünglich mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar (III). § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ist jedoch verfassungswidrig geworden, weil das Ziel der Regelung, Wettbewerb zu fördern und Wettbewerber zu schützen, die pauschale Rechtsschutzbeschränkung mittlerweile nicht mehr trägt (IV).

I.

1. Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert jedem den Rechtsweg, der geltend macht, durch die öffentliche Gewalt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Damit wird sowohl der Zugang zu den Gerichten als auch die Wirksamkeit des Rechtsschutzes gewährleistet. Die Bürgerinnen und Bürger haben einen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in allen von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl. BVerfGE 129, 1 <20> m.w.N.; stRspr). Dazu gehört vor allem, dass das Gericht - bezogen auf das als verletzt behauptete Recht - eine hinreichende Prüfungsbefugnis über die tatsächliche und rechtliche Seite des Rechtsschutzbegehrens hat sowie über eine zureichende Entscheidungsmacht verfügt, um einer erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung abzuhelpen (vgl. BVerfGE 61, 82 <111>; auch BVerfGE 101, 106 <123>). Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen (BVerfGE 129, 1 <20> m.w.N.; stRspr).

2. Der Rechtsweg, den Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG den Rechtsuchenden gewährleistet, bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung. Rechtsschutz ist eine staatliche Leistung, deren Voraussetzungen erst geschaffen, deren Art näher bestimmt und deren Umfang im Einzelnen festgelegt werden müssen. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gibt dem Gesetzgeber dabei nur die Zielrichtung und die Grundzüge der Regelung vor, lässt ihm im Übrigen aber einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum. Doch darf er die Notwendigkeit einer umfassenden Nachprüfung des Verwaltungshandelns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und eine dem Rechtsschutzbegehren angemessene Entscheidungsart und Entscheidungswirkung nicht verfehlen. Damit sind Begrenzungen des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz nicht ausgeschlossen. Die Ausgestaltung muss aber dem Schutzzweck des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG Genüge tun (BVerfGE 133, 1 <23 Rn. 69> m.w.N.;

stRspr). Will der Gesetzgeber gegenüber von ihm anerkannten subjektiven Rechten die gerichtliche Kontrolle zurücknehmen, hat er zu berücksichtigen, dass im gewaltenteiligen Staat des Grundgesetzes die letztverbindliche Normauslegung und auch die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten ist. Die Freistellung der Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle bedarf stets eines gegenüber dem Grundsatz wirksamen Rechtsschutzes hinreichend gewichtigen Sachgrunds (vgl. BVerfGE 129, 1 <23>).

## II.

Die in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG getroffene Regelung betrifft die verfassungsrechtliche Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG regelt die gerichtliche Durchsetzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des regulierten Unternehmens (1) und schränkt dessen Möglichkeiten ein, gerichtlichen Rechtsschutz gegen eine Verletzung seines subjektiven Rechts zu erlangen (2). 22

1. Die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG setzt voraus, dass die Verletzung eines subjektiven Rechts in Rede steht (vgl. BVerfGE 116, 1 <11>). Dies ist hier der Fall. Die regulierten Unternehmen haben einen gesetzlichen Anspruch auf Genehmigung eines angemessenen Entgelts (vgl. § 35 Abs. 3 Satz 1 TKG) und verfügen damit über ein subjektives Recht, dessen gerichtliche Durchsetzbarkeit durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiert ist. Für die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes ist es unerheblich, dass es bei der Durchsetzung eines höheren Entgeltgenehmigungsanspruchs nicht um die Abwehr eines Eingriffs in geschützte Rechtspositionen geht, sondern dass sich ein reguliertes Unternehmen gegen die Versagung einer Genehmigung zur Wehr setzt (vgl. BVerfGE 129, 1 <20>; stRspr). 23

2. Die beanstandeten Regelungen schränken die Möglichkeit des regulierten Unternehmens ein, effektiven Rechtsschutz dagegen zu erlangen, dass die Bundesnetzagentur das genehmigte Entgelt rechtswidrig zu niedrig bemisst und damit ein subjektives Recht des regulierten Unternehmens verletzt. Weitgehend eingeschränkt wird effektiver Rechtsschutz in der Hauptsache (a). In der Auslegung der Regelung durch das Bundesverwaltungsgericht geht die Rechtsschutzbeschränkung sogar noch weiter, weil danach auch der hier faktisch allein maßgebliche vorläufige Rechtsschutz spezifisch beschränkt ist (b). 24

a) Eingeschränkt wird die Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz in der Hauptsache zu erlangen, weil die Korrekturmöglichkeiten im Hauptsacheverfahren nicht über den bereits im Eilverfahren gewährten Rechtsschutz hinausgehen (aa). Dieser im Eilverfahren erlangbare Rechtsschutz bleibt aber hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Prüfungsintensität hinter dem Rechtsschutz durch ein Hauptsacheverfahren zurück (bb). 25

aa) Dass der Rechtsschutz in der Hauptsache hier nicht effektiv über den Eilrechtsschutz hinausgehen kann, ergibt sich aus der in § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG angeordneten Begrenzung der Rückwirkung einer aufgrund gerichtlicher Hauptsacheentscheidung von der Bundesnetzagentur zu erteilenden Genehmigung für ein höheres Entgelt. Die Rückwirkung ist auf jene Fälle begrenzt, in denen die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts bereits im gerichtlichen Eilverfahren angeordnet war. Damit ist der Rechtsschutz im Ergebnis praktisch auf jene gerichtliche Korrektur beschränkt, die bereits im Eilrechtsschutz erreicht wurde. 26

Zwar kann das Gericht die Bundesnetzagentur im Hauptsacheverfahren zur Erteilung der Genehmigung eines höheren Entgelts verpflichten. Rückwirkung auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung entfaltet die Genehmigung nach Satz 3 aber nur, wenn es dem regulierten Unternehmen zuvor gelungen war, nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG im Wege der einstweiligen Anordnung die Zahlung eines höheren Entgelts zu erwirken. Anderenfalls entfaltet die Genehmigung des höheren Entgelts Wirkung lediglich ex nunc; die höheren Entgelte können dann nur für die Zukunft verlangt werden. Ist eine entsprechende einstweilige Anordnung nicht ergangen, reicht die Entscheidungsbefugnis des Gerichts im Hauptsacheverfahren mithin nicht aus, um die festgestellte Rechtsverletzung für abgelaufene Zeiträume zu beseitigen oder auf andere Weise auszugleichen. Aus tatsächlichen Gründen der Regulierungspraxis ist die Durchsetzung eines Anspruchs auf das höhere Entgelt damit in aller Regel vollständig ausgeschlossen. Selbst für die Zukunft kann die aufgrund der Hauptsacheentscheidung zu erteilende Genehmigung kaum noch Wirkung entfalten, weil der Genehmigungszeitraum, über den üblicherweise entschieden wird, regelmäßig abgelaufen ist, bevor das Gericht die Bundesnetzagentur in der Hauptsache zur Genehmigung eines höheren Entgelts verpflichtet. 27

Dem regulierten Unternehmen wird damit allerdings nicht jeglicher Rechtsschutz in der Hauptsache verwehrt. Ist keine einstweilige Anordnung (§ 35 Abs. 5 Satz 2 TKG) ergangen, kann das Gericht gleichwohl in der Hauptsache angerufen 28

werden. Das Gericht stellt dann - die rechtlichen Anforderungen klärend - gegebenenfalls die Rechtswidrigkeit einer zu niedrig bemessenen Entgeltgenehmigung fest und verpflichtet die Behörde zur Erteilung der Genehmigung eines höheren Entgelts. Weil diese Genehmigung keine Rückwirkung entfaltet, kann das Gericht die rechtswidrige Genehmigung damit allerdings nicht mehr wirkungsvoll korrigieren.

bb) Indem die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG wirkungsvollen Rechtsschutz auf das Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG begrenzt, ist die Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Genehmigungsentscheidung der Bundesnetzagentur im Vergleich zur Kontrollintensität eines Hauptsacheverfahrens reduziert. Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG ordnet das Gericht im Verfahren nach § 123 VwGO die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts nur an, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht. Eine vollständige Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, wie sie in anderen Fällen der Vorwegnahme der Hauptsache als verfassungsrechtlich geboten angesehen wird (vgl. BVerfGE 67, 43 <61 f.>; 69, 315 <363 f.>; 79, 69 <74 f.>), scheidet hier aus (unten III 2). Kann das Gericht aufgrund summarischer Prüfung nicht feststellen, dass das Bestehen eines Anspruchs überwiegend wahrscheinlich ist, geht dies wegen § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG endgültig zu Lasten des regulierten Unternehmens. 29

b) Die in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG bereits in der Begrenzung wirkungsvollen Rechtsschutzes auf das Eilrechtsschutzverfahren angelegte Beschränkung wird durch die Auslegung, die § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG durch das Bundesverwaltungsgericht erfährt, weiter verschärft. Danach ist auch der wegen § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG allein über das Eilverfahren wirkungsvoll erlangbare Rechtsschutz spezifisch beschränkt, weil das Verfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG in Verbindung mit § 123 Abs. 1 VwGO immer dann von vornherein nicht zum Erfolg führen kann, wenn in der Sache ein Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur besteht. So könnte das regulierte Unternehmen in bestimmten Konstellationen nicht einmal eine summarische Inhaltsprüfung der aus seiner Sicht fehlerhaften Genehmigung erreichen. 30

Dies beruht auf einer spezifischen Sicht des Zusammenhangs zwischen dem Regelungsmechanismus des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG und den Beurteilungsspielräumen der Bundesnetzagentur. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kann das Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG in Verbindung 31

mit § 123 Abs. 1 VwGO immer dann nicht zum Erfolg führen, wenn die Sache wegen eines der Bundesnetzagentur bei ihrer Entscheidung über die Entgeltgenehmigung zustehenden Beurteilungsspielraums auch in der Hauptsache nicht spruchreif sein wird. In diesen Fällen könne 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 Reguliierungsbehörde zustehenden Letztentscheidungsrecht nicht vorgreifen dürfe und deshalb in der Hauptsache lediglich ein Bescheidungsurteil in Betracht komme. Nach diesem Ansatz ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes selbst eine auf die Einhaltung der Grenzen dieses Beurteilungsspielraums beschränkte Rechtskontrolle ausgeschlossen. Dies gilt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls insoweit, als sich ein der Reguliierungsbehörde im Rahmen der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung partiell eingeräumter Beurteilungsspielraum aus den unionsrechtlichen Vorgaben zur Preiskontrolle ergibt (vgl. im Verfahren 1 BvL 6/14: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 -, juris, Rn. 29; im Verfahren 1 BvL 3/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 -, juris, Rn. 89; im Verfahren 1 BvL 4/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 18.13 -, juris, Rn. 83; im Verfahren 1 BvL 6/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25. Februar 2015 - 6 C 33.13 -, juris, Rn. 49; vgl. auch Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 47; Berger-Kögler/Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 127).

### III.

Die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle durch § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG war in der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung ursprünglich mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar. Die durch § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten genügten zunächst den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes. 32

Die Regelung hat ein legitimes Ziel (1). Sie war erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen (2). Nähme man mit dem Bundesverwaltungsgericht an, dass eine Anordnung im Eilverfahren (§ 35 Abs. 5 Satz 2 TKG) im Falle behördlicher Beurteilungsspielräume von vornherein ausscheidet, würde der Rechtsschutz des regulierten Unternehmens allerdings in nicht mehr hinnehmbarer Weise vereitelt und die Regelung wäre verfassungswidrig. Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend 33

und ihr ist auch von Verfassungen wegen nicht zu folgen (3). Die bei verfassungsgebotener Interpretation von § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG noch eintretende Einschränkung des Rechtsschutzes war hingegen ursprünglich durch einen hinreichend gewichtigen Sachgrund gerechtfertigt (4).

1. Die Regelung dient im Interesse der Allgemeinheit und der Wettbewerber dem legitimen Ziel, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation zu fördern. Dies entspricht dem Zweck des Gesetzes (§ 1 TKG) und ist insbesondere ein Ziel der Regulierung der Telekommunikation (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Die Entgeltregulierung zielt darauf, eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern (§ 27 Abs. 1 TKG). Hierzu soll § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG einen Beitrag leisten. Die Regelung fördert den Wettbewerb, indem sie das Risiko der Wettbewerber reduziert, aufgrund einer erfolgreichen Klage des regulierten Unternehmens nachträglich ein höheres als das ursprünglich von der Bundesnetzagentur genehmigte Entgelt zahlen zu müssen (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BTDrucks 15/2316, S. 69 f.). Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass Entgeltklagen der regulierten Unternehmen schon während der noch anhängigen Verfahren auf die Wettbewerbssituation einwirken und für die Wettbewerber belastende Folgen haben, die auch durch eine ihnen günstige abschließende Entscheidung nicht vollständig beseitigt oder anderweitig ausgeglichen werden könnten. Ohne die Regelung müssten Wettbewerber - sofern das regulierte Unternehmen wegen des nach seiner Auffassung in unzureichender Höhe genehmigten Entgelts klagt - entweder vorsorglich höhere Endkundenpreise veranschlagen, die ihnen im Fall des Klageerfolgs die Nachzahlung an das regulierte Unternehmen erlaubten, am Markt aber kaum durchzusetzen wären. Oder sie könnten mit niedrigeren Endkundenpreisen arbeiten, müssten dann aber die gegebenenfalls erforderliche Nachzahlung an das regulierte Unternehmen aus eigenen Mitteln leisten. Hierfür müssten sie entsprechende Rückstellungen bilden. § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG schränkt das Risiko der Wettbewerber ein, Nachzahlungen leisten zu müssen, indem spätere Nachforderungen des regulierten Unternehmens an den Wettbewerber ausgeschlossen sind, sofern keine einstweilige Anordnung gemäß § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG ergangen ist. Wettbewerber haben so mit der erfolglosen Beendigung eines Anordnungsverfahrens Gewissheit, dass sie keine über die Genehmigung oder die Anordnung hinausgehende Nachzahlung leisten müssen. Dies trägt dazu bei, die Wettbewerbschancen von Marktteilnehmern gegenüber regulierten Unternehmen zu wahren, die ansonsten aufgrund ihrer Verfügungs-

34

macht über die für den Marktzutritt erforderliche Infrastruktur allein durch Klageerhebung Wettbewerbshindernisse errichten könnten.

Die Monopolkommission teilt in ihrer Stellungnahme grundsätzlich die Auffassung, dass die Einschränkung der Rückwirkung erfolgreicher Klagen auf höhere Entgelte für Vorleistungen den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten fördern kann. Insbesondere in der Phase des Marktzutritts, in der ein neuer Wettbewerber sein Geschäft aufbaut, seien seine Risiken besonders hoch. Müsse ein markteintretendes Unternehmen hohe Nachzahlungen für den Zugang zu Vorleistungen fürchten, wirke dies wie eine Marktzutrittschürde und stehe dem Ziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze entgegen. 35

2. Dieses mit § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verfolgte Ziel lässt sich insbesondere nicht ebenso wirksam durch eine Verlagerung der umfassenden Überprüfung der Entgeltgenehmigung in das gerichtliche Eilverfahren erreichen. 36

Zwar können und müssen Rechtsschutzdefizite des Hauptsacheverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen durch besondere Gestaltung des Eilverfahrens kompensiert werden. So muss grundsätzlich bereits im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren von Verfassungs wegen eine umfassendere rechtliche Prüfung des im Hauptsacheverfahren in Rede stehenden materiellen Anspruchs erfolgen, die über eine lediglich summarische Prüfung hinausgeht, wenn eine durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr abwendbare endgültige Verletzung gewichtiger Rechte eines Beteiligten droht, so dass das einstweilige Rechtsschutzverfahren praktisch die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt (vgl. BVerfGE 67, 43 <61 f.>; 69, 315 <363 f.>; 79, 69 <74 f.>). Auch in der vorliegend zu beurteilenden Konstellation wird erwogen, den faktischen Leerlauf des Rechtsschutzes in der Hauptsache dadurch auszugleichen, dass bereits im Eilverfahren eine vollständige gerichtliche Kontrolle durchgeführt wird (vgl. Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 108; beispielsweise BVerwG, Vorlagebeschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 -, juris, Rn. 86 ff.). 37

Der Steigerung der Prüfungsdichte im Eilverfahren steht jedoch im Fall der Überprüfung von telekommunikationsrechtlichen Entgeltgenehmigungen entgegen, dass sich die hier rechtlich und tatsächlich komplexen Fragen wegen der Eilbedürftigkeit des Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes häufig nicht umfassend 38

beantworten lassen. Angesichts der regelmäßig schwierig zu beurteilenden Sach- und Rechtslage würde eine Pflicht zur vollständigen Prüfung zu einer deutlichen Verlängerung des Eilverfahrens führen. Zweck des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ist aber gerade, den Wettbewerbern - aufgrund eines bloßen Wahrscheinlichkeitsurteils und unter Inkaufnahme eines gewissen Risikos letztlich unzutreffender Entscheidungen - so schnell wie möglich Gewissheit über die endgültige Entgelthöhe zu verschaffen und Entgeltzahlungen auf einen möglichst kurzen Zeitraum zu beschränken. Gerade um dieser Beschleunigung willen hat der Gesetzgeber die mit der Regelung verbundene Rechtsschutzbeschränkung als hinnehmbar erachtet. Würde das Gericht verpflichtet, die Sach- und Rechtslage im Eilverfahren abschließend zu prüfen, wäre die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG weitgehend um ihren Sinn gebracht. Deshalb ist dies kein gangbarer Weg, das Fehlen effektiven Rechtsschutzes in der Hauptsache auszugleichen (vgl. Berger-Kögler/Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 126).

3. Nimmt man mit dem Bundesverwaltungsgericht an, dass eine Anordnung im Eilverfahren (§ 35 Abs. 5 Satz 2 TKG) im Fall behördlicher Beurteilungsspielräume generell ausscheidet, wird der Rechtsschutz des regulierten Unternehmens in nicht mehr hinnehmbarer Weise vereitelt. Die Rechtsschutzeinschränkung ist gravierend (a), ohne dass die vom Gesetzgeber getroffene Regelung zu dieser Auslegung zwingt (b). Die Auslegung ist auch weder aus Sachgründen (c) noch mit Blick auf den Vorrang des Unionsrechts (d) zu rechtfertigen. Eine solche Rechtsschutzeinschränkung wäre den regulierten Unternehmen nicht zuzumuten (e). 39

a) Scheidet eine Anordnung im Eilverfahren (§ 35 Abs. 5 Satz 2 TKG) im Fall behördlicher Beurteilungsspielräume generell aus, ist die Rechtsschutzeinschränkung gravierend. 40

Grundsätzlich unterliegt auch ein Verwaltungsakt, den die Behörde in Ausübung eines Beurteilungsspielraums erlässt, gerichtlicher Kontrolle. Möglich bleibt die gerichtliche Überprüfung der konkreten Ausübung des Beurteilungsspielraums. Generell ist sie insbesondere darauf zu überprüfen, ob die Behörde die Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (vgl. beispielsweise im Verfahren 1 BvL 3/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 -, juris, Rn. 43; stRspr). Stellt das Gericht fest, 41

dass die Behörde ihren Beurteilungsspielraum fehlerhaft ausgeübt hat, fehlt es wegen des Beurteilungsspielraums der Behörde zwar an der Spruchreife. Das Gericht kann die Behörde aber zur Neubescheidung verpflichten.

Nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG entfaltet allerdings auch eine solche Verpflichtung zur Neubescheidung im Bereich der Entgeltregulierung nur dann Rückwirkung, wenn zuvor eine entsprechende Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG ergangen ist. Dies setzt voraus, dass das Gericht im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG zur Einschätzung gelangt, dass die Behörde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums überschritten hat und dass ein Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts bei Wahrung der rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht. Letzteres ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht möglich. Wenn trotz rechtswidriger Ausübung des Beurteilungsspielraums in der Hauptsache nur ein Bescheidungsausspruch erfolgen könnte, sei das Bestehen eines Anspruchs nicht überwiegend wahrscheinlich und könne keine vorläufige Anordnung eines höheren Entgelts erfolgen (oben II 2 b). Von diesem Standpunkt ausgehend ließe § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG in allen Fällen, in denen die Behörde über einen Beurteilungsspielraum verfügt, nicht einmal eine summarische Prüfung und gegebenenfalls die Fehlerkorrektur im Eilverfahren zu. Da der Bundesnetzagentur bei der telekommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung umfangreiche Beurteilungsspielräume zugestanden werden, führt dies hier zu einer weitreichenden Rechtsschutzvereitelung. 42

b) § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG zwingt nicht zu der restriktiven Deutung, die das Bundesverwaltungsgericht der Regelung gibt. 43

aa) Entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts greift eine gerichtliche Anordnung im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG nicht in das der Regulierungsbehörde zustehende Letztentscheidungsrecht ein. In der Hauptsache kann auch hier im Fall eines Beurteilungsspielraums - trotz vorläufiger Anordnung eines höheren Entgelts im Eilverfahren - lediglich ein Bescheidungsurteil ergehen, mit dem das Gericht das behördliche Letztentscheidungsrecht wahrt. An die zwischenzeitlich ergangene vorläufige Anordnung eines Entgelts konkreter Höhe besteht keine Bindung. Die Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG schafft weder für das Gericht noch für die Behörde eine endgültige Rechtslage, sondern hat neben der vorläufigen Entgeltregelung in prozessrechtlicher Hinsicht allein den Effekt, dass rückwirkender Rechtsschutz in der Hauptsache nach § 35 Abs. 5 44

Satz 3 TKG überhaupt möglich bleibt. In der Hauptsache bleibt das Gericht im Fall eines Beurteilungsspielraums auf ein Bescheidungsurteil beschränkt, auch wenn im Eilverfahren bereits ein konkretes Entgelt angeordnet war.

bb) In der vorläufigen Anordnung eines höheren Entgelts liegt demgemäß auch keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache, da die Anordnung nur vorläufig erfolgt, so dass sie zu einem späteren Zeitpunkt bei einer anderslautenden Hauptsacheentscheidung rückgängig gemacht werden kann. Das Gericht hat so zwar nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG im Eilverfahren weitergehende Entscheidungsbefugnisse als im Hauptsacheverfahren. Dies mag prozessrechtlich unüblich sein, ist hier jedoch durch die prozessuale Spezialregelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG bestimmt und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Darin liegt auch keine verfassungsrechtlich bedenkliche Anmaßung exekutiver Kompetenzen durch das Gericht. Das Gericht der Eilentscheidung prognostiziert in einem solchen Fall grundsätzlich nur die bei Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums überwiegend wahrscheinliche Behördenentscheidung, füllt den Beurteilungsspielraum aber nicht selbst aus. Die Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG bleibt im Übrigen nur vorläufig und kann im Hauptsacheverfahren korrigiert werden. 45

cc) Der Annahme, eine Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG komme auch in Betracht, wenn ein behördliches Letztentscheidungsrecht besteht, steht der Wortlaut der Regelung nicht entgegen. Nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG kann das Gericht die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts anordnen, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht. Die Regelung verlangt nicht etwa, dass überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts durch das Gericht in der Hauptsache ausgesprochen wird; dies wäre im Falle behördlicher Beurteilungsspielräume mangels Spruchreife tatsächlich ausgeschlossen. Der Wortlaut lässt aber die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen, dass die Bundesnetzagentur aufgrund eines im Hauptsacheverfahren ergehenden Bescheidungsurteils in Ausfüllung ihres Beurteilungsspielraums einen Anspruch auf Genehmigung eines höheren Entgelts feststellen wird. 46

c) Dass das Verwaltungsgericht unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG auch im Fall eines behördlichen Beurteilungsspielraums selbst vorläufig ein höheres Entgelt anordnen soll, stößt nicht auf unüberwindbare sachliche Hindernisse. 47

Allerdings kann es das Gericht im Fall eines behördlichen Beurteilungsspielraums praktisch vor eine schwierige Aufgabe stellen, wenn es entscheiden soll, ob das Bestehen des höheren Entgeltanspruchs überwiegend wahrscheinlich ist. Mit der Einräumung des Beurteilungsspielraums hat der Gesetzgeber dem Gericht die abschließende Entscheidung einer Sachfrage gerade deshalb entzogen, weil die gerichtliche Kontrolle insoweit an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. Um eine Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG treffen zu können, müsste das Gericht aber doch immerhin über die Wahrscheinlichkeit entscheiden, dass ein Anspruch auf Genehmigung eines höheren Entgelts besteht. 48

Das Verwaltungsgericht ist indessen auch durch eine Pflicht zur eigenen, ohnehin nur vorläufigen Entgeltanordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG nicht in der Weise funktionell überfordert, dass die Regelung im Fall behördlicher Beurteilungsspielräume unanwendbar wäre. Insbesondere muss das Gericht die tatsächlichen Grundlagen seiner Einschätzungen auch im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG nicht etwa selbst vollständig neu ermitteln, weil der Antragsteller die die überwiegende Wahrscheinlichkeit begründenden Tatsachen wenigstens glaubhaft zu machen hat (vgl. BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25. Februar 2015 - 6 C 33.13 -, juris, Rn. 47). Vor allem aber ist in Rechnung zu stellen, dass § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG dem Verwaltungsgericht nicht mehr als eine Wahrscheinlichkeitsprognose abverlangt. Dass sich die Prognose des Verwaltungsgerichts später als unzutreffend erweisen kann, dass das Gericht insbesondere die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Anspruchs auf die Genehmigung des höheren Entgelts verneinen, sich das höhere Entgelt im Hauptsacheverfahren aber doch als berechtigt erweisen kann, liegt in der Logik der Regelung, die darauf zielt, den Wettbewerbern rasch Gewissheit zu verschaffen. Die Möglichkeit einer Fehlprognose hat der Gesetzgeber um der Wettbewerbsförderung willen in Kauf genommen. 49

d) Dass das Verwaltungsgericht unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG trotz behördlichen Beurteilungsspielraums eine vorläufige Anordnung trifft, ist auch nicht mit Blick auf das Recht der Europäischen Union ausgeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt zwar an, eine Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG sei jedenfalls insoweit ausgeschlossen, als „sich der der Regulatorischenbehörde im Rahmen der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung partiell eingeräumte Beurteilungsspielraum aus den unionsrechtlichen Vorgaben zur Preiskontrolle ergibt“ (vgl. im Verfahren 1 BvL 6/14: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 26. Februar 2014 - 6 C 3.13 -, juris, Rn. 30; im 50

Verfahren 1 BvL 3/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 -, juris, Rn. 89; im Verfahren 1 BvL 4/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 18.13 -, juris, Rn. 83; im Verfahren 1 BvL 6/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 25. Februar 2015 - 6 C 33.13 -, juris, Rn. 49). Dem ist jedoch nicht zu folgen. Unabhängig von der Frage, ob das Unionsrecht und insbesondere die hierfür in Anspruch genommene Arcor-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 24. April 2008 - C-55/06 -, juris) die Einräumung eines behördlichen Letztentscheidungsrechts in den hier fraglichen Fällen gebietet, wäre auch bei dieser Annahme der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht ausgeschlossen, weil ein Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur durch die weitergehende vorläufige Anordnungsbefugnis des Gerichts im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG weder rechtlich noch faktisch in Frage gestellt wird (oben b und c).

e) Ist die vom Bundesverwaltungsgericht gewählte Auslegung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG demnach weder durch zwingende sachliche Gründe noch durch Unionsrecht geboten, ist die gravierende Rechtsschutzeinschränkung, die mit dieser Auslegung einhergeht, den regulierten Unternehmen nicht zumutbar und verstößt gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG muss so ausgelegt werden, dass dies vermieden wird. 51

4. In der verfassungsgebotenen Auslegung genügte die Ausgestaltung des Rechtsschutzes in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ursprünglich dem Gebot effektiven Rechtsschutzes. Der sachliche Grund der Regelung, den Wettbewerbern den Markteintritt und den Marktverbleib zu erleichtern und damit den Wettbewerb zu stärken, war ursprünglich von hinreichendem Gewicht, um die mit § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG verbundene Rechtsschutzbeschränkung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. 52

Zwar wird das Ziel der Rechtsschutzeinschränkung dadurch erreicht, dass das wirtschaftliche Risiko einer rechtswidrigen Genehmigung einseitig auf die regulierten Unternehmen verlagert wird („asymmetrische Risikoverteilung“; vgl. Berger-Kögler/Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 111 ff.). Diese Schwächung des Primärrechtsschutzes für die regulierten Unternehmen wird auch nicht nennenswert durch Sekundäransprüche kompensiert; in Betracht kommt ein Amtshaftungsanspruch, der allerdings Verschulden der Bundesnetzagentur voraussetzt und damit selten gegeben sein dürfte (vgl. Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 111). 53

Die Belastungen werden jedoch dadurch in Grenzen gehalten, dass die Regelung durchgehend Eilrechtsschutz gewährt und dass im Hauptsacheverfahren immerhin eine „feststellende“ Rechtskontrolle erfolgen kann, auch wenn diese nicht mehr zur Korrektur eines Fehlers im konkreten Verfahren führt. Zudem werden die hier relevanten Genehmigungsentscheidungen von der Bundesnetzagentur unter besonderen verfahrens- und organisationsrechtlichen Vorkehrungen getroffen (vgl. Christiansen, Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht, 2013, S. 185 ff. m.w.N.). Das relativiert die festgestellten Rechtsschutzdefizite in gewissem Umfang (so in Zusammenhang mit der Anerkennung von Beurteilungsspielräumen BVerwG, Urteil vom 28. November 2007 - 6 C 42.06 -, juris, Rn. 30; kritisch etwa Gärditz, NVwZ 2009, S. 1005 <1007>). Die Bundesnetzagentur entscheidet über Netznutzungsentgelte im Beschlusskammerverfahren nach § 132 TKG. Die Beschlusskammern und das Beschlusskammerverfahren sind gezielt gerichts- und gerichtsverfahrensähnlich ausgestaltet (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung BRDrucks 80/96, S. 51). Nach § 132 Abs. 3 Satz 3 TKG muss mindestens ein Mitglied der Beschlusskammer die Befähigung zum Richteramt haben. Darüber hinaus ist die Bundesnetzagentur durch institutionelle Vorkehrungen mit besonderem Sachverstand ausgestattet (näher Eifert, ZHR 174 [2010], S. 449 <467 ff.>). 54

Vor diesem Hintergrund genügte § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG - angesichts der Bedeutung, die dem Ziel der Wettbewerbsförderung im historisch monopolistischen Telekommunikationssektor beizumessen ist, und der Schutzbedürftigkeit neu in den Markt tretender finanzschwacher Wettbewerber - in der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung anfangs den Anforderungen, die Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes stellt. 55

#### IV.

§ 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ist jedoch verfassungswidrig geworden; die anfänglich verfassungsgemäße Regelung ist nicht mehr mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar. Es ist nicht erkennbar, dass die Regelung zur Förderung des Wettbewerbs noch immer in allen Teilen des Telekommunikationsmarkts zugunsten sämtlicher Wettbewerber erforderlich ist. Ungeachtet der hier zur Prüfung stehenden Rechtsschutzregelung ist die Telekommunikation nach wie vor intensiv zum Zwecke der Wettbewerbsförderung reguliert; insbesondere unterliegen die Zugangsentgelte der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, nach wie vor der Regulierung (§ 30 TKG). Die 56

ursprünglich tragfähige Annahme, in allen Marktbereichen bedürfe es zusätzlich - unterschiedslos für alle Wettbewerber - der in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG vorgesehenen Beschränkung des Rechtsschutzes regulierter Unternehmen, ist indessen nicht mehr hinreichend gesichert, um die erhebliche Rechtsschutzbeeinträchtigung verfassungsrechtlich weiterhin tragen zu können. Die Regelung leidet an einem Differenzierungsmangel.

1. Es ist nicht erkennbar, dass die Regelung zur Förderung des Wettbewerbs noch immer in allen Teilen des Telekommunikationsmarkts unterschiedslos zugunsten sämtlicher Wettbewerber erforderlich ist. 57

a) Das Bundesverwaltungsgericht hat Letzteres in den Vorlagebeschlüssen in Zweifel gezogen. Die Annahme, die Wettbewerber seien beim inzwischen erreichten Stand der Entwicklung der Märkte im Telekommunikationssektor noch immer typischerweise so finanzschwach, dass sie vor Nachzahlungen geschützt werden müssten, die bei einer gerichtlichen Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur rückwirkenden Genehmigung höherer Entgelte fällig würden, sei ohne erkennbare Grundlage (vgl. etwa im Vorlageverfahren 1 BvL 3/15: BVerwG, Vorlagebeschluss vom 10. Dezember 2014 - 6 C 16.13 -, juris, Rn. 107). 58

b) Den Ausführungen der Monopolkommission lässt sich ein einheitlicher Bedarf nach dem Schutz durch § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG in der jetzigen Wettbewerbssituation nicht entnehmen. 59

aa) Für den Festnetzmarkt gelangt die Monopolkommission zu einer differenzierenden Einschätzung der Schutz- und Förderungsbedürftigkeit der einzelnen Wettbewerber: 60

„Anzunehmen ist [...], dass die aus dem Wegfall der § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG resultierenden Risiken für unterschiedlich große am Markt tätige Unternehmen in unterschiedlicher Weise tragbar sind. Zu vermuten ist, dass etablierte Unternehmen einer bestimmten Größenordnung, etwa auf dem inländischen Markt tätige ausländische Incumbents, entsprechende Rückstellungen für rückwirkende Entgelterhöhungen eher bilden können als kleine und mittlere Wettbewerber. Da der Wettbewerb auf den Festnetzmärkten der Telekommunikation im Jahr 2015 deutlich stärker von etablierten Unternehmen getragen wird als im Jahr 2004, ist davon auszugehen, dass der Wegfall der in Rede stehenden Vorschriften des TKG den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten heute weniger stark beeinflussen würde als noch

vor wenigen Jahren. Zu bedenken ist allerdings, dass gerade auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt das Zusammenspiel von vielen kleinen und einigen großen Anbietern für einen in weiten Teilen intensiven Wettbewerb sorgt. Würden die wirtschaftlichen Risiken der im Markt bereits aktiven und potenziell zutretenden kleinen und mittleren Wettbewerber durch eine Änderung der Rückwirkungsregelungen erhöht, gerieten dieser Unternehmensmix auf den Telekommunikationsmärkten und die sich daraus ergebende Wettbewerbsintensität in Gefahr.“

bb) Für den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt ist der Schutz- und Fördermechanismus des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG nach Einschätzung der Monopolkommission aufgrund der heutigen Wettbewerbs- und Regulierungssituation überwiegend ohne erheblichen Einfluss. Dabei unterscheidet die Monopolkommission zwischen drei Gruppen von Nachfragern der im Mobilfunksektor regulierten Terminierungsleistungen: den drei Mobilfunknetzbetreibern, den Betreibern virtueller Mobilfunknetze sowie Festnetzbetreibern, die Gespräche in Mobilfunknetze und virtuelle Mobilfunknetze vermitteln. 61

Die Monopolkommission führt zur Relevanz für die Mobilfunknetzbetreiber aus: 62

„Vergleichsweise gering sollten die Auswirkungen eines Wegfalls von § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG auf den Wettbewerb der drei Mobilfunknetzbetreiber untereinander haben [sein], da diese nach dem Zusammenschluss von E-Plus und Telefónica über annähernd gleiche Marktanteile, eine vergleichbare Ressourcenausstattung und ähnliche Finanzkraft verfügen. [...] Da alle drei Mobilfunknetzbetreiber der Regulierung unterliegen, müssten sie unter der Voraussetzung gleicher oder ähnlicher Terminierungsentgelte pro Netz jeweils Rückstellungen in vergleichbaren Größenordnungen vornehmen. Der Wettbewerb der Netzbetreiber untereinander wäre kaum berührt.“

Stärker betroffen von einem Wegfall der eingeschränkten Rückwirkung bei einer Erhöhung der Terminierungsentgelte seien zwar virtuelle Mobilfunknetzbetreiber, soweit diese Terminierungsleistungen in einem nennenswert höheren Umfang nachfragten als sie selbst anböten. Auch insoweit bleibe der Wegfall des Rückwirkungsausschlusses jedoch ohne maßgebliche Bedeutung für den Wettbewerb: 63

„Der Wettbewerb im Mobilfunk wird bisher und absehbar nahezu ausschließlich von den Mobilfunknetzbetreibern sowie den Diensteanbietern ohne eigenes Netz getragen. Virtuelle Netzbe-

treiber spielen aufgrund ihrer geringen Marktanteile für den Wettbewerb auf den Mobilfunkmärkten in Deutschland bisher nur eine untergeordnete Rolle. Selbst wenn die Marktbedeutung virtueller Netzbetreiber zukünftig [...] zunehmen sollte, wird dies ihre Bedeutung für den Wettbewerb im Mobilfunk aller Voraussicht nach nicht maßgeblich verändern.“

Daraus folge,

64

„[...] dass § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG für die Förderung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs im Mobilfunk keine maßgebliche Bedeutung zukommt.“

Von stärkeren Auswirkungen geht die Monopolkommission hingegen für kleinere Anbieter auf dem Festnetzmarkt aus, deren Kunden in die Mobilfunknetze telefonieren:

65

„Stärker betroffen von der Möglichkeit einer rückwirkenden Erhöhung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk wären die kleineren Festnetzbetreiber, deren Kunden aus dem Festnetz in Mobilfunknetze telefonieren. Die negativen Auswirkungen würden damit den Wettbewerb auf den Festnetzmärkten betreffen.“

c) Auch im Schrifttum findet sich die Einschätzung, dass die Regelung an einem Differenzierungsmangel leidet, weil sie nicht nur den Fall der asymmetrischen Markteintrittsphase oder den Fall besonderer wirtschaftlicher Schwäche erfasse, sondern pauschal sämtliche Vertragspartner, auch wenn sie wirtschaftlich die sich aus der nachträglichen Änderung noch nicht bestandskräftiger Genehmigungsentscheidungen ergebenden Folgen genauso gut oder sogar besser bewältigen könnten als das regulierte Unternehmen. Dies gelte auch nach Ende der Markteintrittsphase (vgl. Berger-Kögler/Cornils, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 136).

66

d) Die Bundesregierung teilt keine durchgreifenden gegenläufigen Erkenntnisse zur tatsächlichen Lage mit. Sie zeigt nicht konkret auf, dass im Interesse des Wettbewerbs gegenwärtig noch ein einheitlicher Schutz aller Wettbewerber erforderlich sein könnte. Die Annahme, die Wettbewerber seien den regulierten Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Potenz „mitunter“ deutlich unterlegen, genügt dafür nicht. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass und inwiefern das finanzielle Ungleichgewicht zwischen den Marktakteuren tatsächlich entgegen der Einschätzung

67

des Bundesverwaltungsgerichts und der Monopolkommission unverändert allgemein fortbestehen könnte, fehlen.

2. Der generelle Schutz der Wettbewerber durch die pauschale Rechtsschutzbeschränkung der regulierten Unternehmen ist entgegen der Auffassung der Bundesregierung nicht als zulässige Typisierung zu rechtfertigen. Eine Typisierungsbefugnis kann hier schon deshalb nicht in Anspruch genommen werden, weil - wie sich insbesondere aus den Ausführungen der Monopolkommission ergibt - nicht erkennbar ist, dass der durch § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG dem Gesetzeszweck nach zu schützende finanzschwache Wettbewerber noch in allen Teilen des Telekommunikationssektors den typischen Fall bildet. 68

Soweit die Bundesregierung eine zulässige Typisierung erkennen will, weil sichergestellt sei, dass die Regelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG an die wirtschaftliche Stärke des netzzugangspflichteten Unternehmens anknüpfe, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar verfügen die regulierten Unternehmen in der Tat zwingend über beträchtliche Marktmacht (§ 21 Abs. 1 TKG). Die Frage der Differenzierungsnotwendigkeit stellt sich indessen auf Seiten der Wettbewerber. Die Mächtigkeit des regulierten Unternehmens auf dem jeweiligen Teilmarkt ist bereits Grund dafür, dass ein Unternehmen im Einzelfall überhaupt der Regulierung unterworfen wird. Sie rechtfertigt für sich genommen nicht die Rechtsschutzbeschränkung. Deren Rechtfertigung ist vielmehr im Förderbedarf der Wettbewerber angesichts des Risikos klageweiser Durchsetzung eines höheren als ursprünglich genehmigten Entgelts zu suchen. Für die Frage, ob ein solch pauschaler Schutz zulässig ist oder nicht, kommt es nicht auf die - zweifellos bestehende - Marktmacht des regulierten Unternehmens, sondern auf die Finanzschwäche oder -stärke der Wettbewerber an. 69

Am Rande führt die Bundesregierung aus, eine Einzelfallbetrachtung der wirtschaftlichen Gesamtsituation eines Wettbewerbers wäre mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden und kaum praktikabel. Auch dies rechtfertigt die pauschale Rechtsschutzbeschränkung in § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG nicht. Dass die Anwendung einer differenzierenden Regelung aufwendiger ist als die pauschale Rechtsschutzlösung, ist offenkundig. Ausgeschlossen ist eine - auch praktikable - Differenzierung indessen nicht (vgl. Höffler, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl. 2015, § 35 Rn. 48). Die Regulierung des Telekommunikationsmarkts ist durch eine Vielzahl aufwendiger Markt- und konkreter Unternehmensbetrachtungen gekennzeichnet, in die die Ermittlung des hier relevanten Förderbedarfs 70

der Wettbewerber einzufügen wäre. Dies wäre vom Gesetzgeber auszugestalten. Dass dadurch zusätzlicher Aufwand für Gesetzgeber, Regulierungsbehörde und Gerichte entsteht, ist hinzunehmen. Er beruht letztlich darauf, dass mit der Beschränkung des Rechtsschutzes erheblich in Grundrechte eingegriffen wird, der die Beschränkung rechtfertigende Schutz- und Förderbedarf von Wettbewerb und Wettbewerbern aber nicht mehr pauschal unterstellt werden kann, weil sich die eigene Finanzstärke von Wettbewerbern heute nicht nur als atypische Ausnahmererscheinung darstellt, über die typisierend hinweggegangen werden könnte.

3. Die auf allen Telekommunikationsmärkten unterschiedslos zugunsten sämtlicher Wettbewerber greifende Rechtsschutzregelung des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG ist nicht mehr von der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt. Der Gesetzgeber muss ein Gesetz nachbessern, sofern die Änderung einer zunächst verfassungskonform getroffenen Regelung erforderlich ist, um diese unter veränderten tatsächlichen Bedingungen oder angesichts veränderter Erkenntnislage mit der Verfassung in Einklang zu halten. Eine zunächst verfassungskonforme Regelung kann danach verfassungswidrig werden, sofern der Gesetzgeber dem nicht durch Nachbesserung entgegenwirkt (vgl. BVerfGE 132, 334 <358 Rn. 67> m.w.N.; stRspr). Dies ist hier der Fall. Die Marktsituation im Telekommunikationssektor hat sich seit Einführung der in Rede stehenden Regelung verändert und dieser die umfassende Berechtigung genommen. Auch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers trägt nicht mehr. Die Regelung knüpft an die im Zeitpunkt der Gesetzgebung vorgefundene Marktstellung der regulierten Unternehmen und die Finanzschwäche von Wettbewerbern an. Weil es ein zentraler Zweck der Telekommunikationsregulierung ist, diese Marktsituation zu überwinden, darf der Gesetzgeber nicht kraft gesetzgeberischer Einschätzungsprärogative an seiner ursprünglichen Einschätzung der Marktsituation festhalten. 71

### C.

§ 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG war in der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung ursprünglich verfassungsgemäß, verstößt jedoch mittlerweile gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Der Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG führt nicht gemäß § 82 Abs. 1 in Verbindung mit § 78 Satz 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der angegriffenen Rechtslage, weil der verfassungswidrige Teil der Norm nicht so klar abgrenzbar ist, dass das Bundesverfassungsgericht diesen isoliert für nichtig erklären könnte (vgl. BVerfGE 90, 263 <276>; 92, 158 <186>). Die beanstandete Norm ist nicht in jeder Hinsicht verfassungswidrig. Sie leidet an einem Differenzierungs- 72

mangel und ist nur insoweit verfassungswidrig, als sie auch Konstellationen erfasst, bei denen nicht erkennbar ist, dass der Schutz des § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG zur Sicherung des Wettbewerbs noch erforderlich ist. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, teilmarktbezogen oder wettbewerberbezogen zu ermitteln und festzulegen, inwiefern eine entsprechende Wettbewerbsförderung weiterhin erforderlich ist. Die Fortgeltung der beanstandeten Norm bis zu einer Neuregelung wird angeordnet, um zu verhindern, dass in der Zwischenzeit der Wettbewerb, soweit er noch des Schutzes durch § 35 Abs. 5 Satz 2 und 3 TKG bedarf, Schaden erleidet. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Rechtslage spätestens bis zum 31. Juli 2018 mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen. Einer rückwirkenden Umgestaltung der Rechtslage bedarf es nicht.

Kirchhof

Eichberger

Schluckebier

Masing

Paulus

Baer

Britz