

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der T... GmbH & Co. OHG,  
vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Noerr LLP,  
Charlottenstraße 57, 10117 Berlin -

gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 1. Dezember 2011 - 21  
L 335/11 -

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 TKG (VG Köln, Beschluss vom 1. Dezember 2011 - 21 L 335/11 -, 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 2

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 vor allem in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, zudem auch in Art. 12 Abs. 1 GG, verletzt. Sie ist der Ansicht, dass die rechtliche Prüfung im Eilverfahren angesichts der endgültigen Wirkung, die dieser nach § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG zukomme, unzureichend sei. Das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass es wegen § 35 Abs. 5 Satz 3 TKG die Prüfungsintensität bereits im Eilverfahren den Anforderungen eines Hauptsacheverfahrens hätte angleichen müssen. Zudem habe es überspannte Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt. Es habe außerdem zu Unrecht Beurteilungsspielräume der Bundesnetz-agentur unterstellt und es habe nicht geprüft, ob die Beurteilungsspielräume - sofern sie doch bestanden - eingehalten wurden. Schließlich verkenne das Verwaltungsgericht völlig, dass es selbst bei der Annahme eines Beurteilungsspielraums gezwungen gewesen wäre, eine eigenständige Entscheidung zu treffen.

3

## II.

Ein Annahmegrund nach § 93a Abs. 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 Verwaltungsgerichts verletze sie in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG, weil das Verwaltungsgericht im Eilverfahren lediglich eine summarische Prüfung des Streitstoffs vorgenommen habe, die Prüfungsintensität also nicht den Anforderungen eines Hauptsacheverfahrens angeglichen habe, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig. Sie genügt insbesondere dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.

5

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 Eil-

6

scheidungen die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache geboten, wenn dort nach der Art des gerügten Grundrechtsverstoßes die Gelegenheit besteht, der verfassungsrechtlichen Beschwer abzuhelfen. 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.

7

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.

8

2. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die angegriffene Entscheidung verstoße gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), weil das Verwaltungsgericht überhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anspruchs auf Genehmigung eines höheren Entgelts nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG gestellt habe, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig.

9

Zwar dürfte auch dies die nach Ansicht der Beschwerdeführerin verfassungsrechtlich gebotene spezifische Prüfungsintensität im Eilverfahren nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG betreffen, so dass der Verfassungsbeschwerde gegen die Eilentscheidung nicht der Grundsatz der Subsidiarität entgegensteht. Gleichwohl ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig, weil die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) nicht ausreichend begründet ist. Eine § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG

10

genügende Begründung der Verfassungsbeschwerde setzt voraus, dass der die Rechtsverletzung enthaltende Vorgang substantiiert und schlüssig vorgetragen wird. Bei einer gegen eine gerichtliche Entscheidung gerichteten Verfassungsbeschwerde hat sich die Beschwerdeführerin mit dieser inhaltlich auseinanderzusetzen (vgl. BVerfGE 130, 1 <21>; stRspr). Das Verwaltungsgericht hat hier zu zahlreichen konkreten Einzelaspekten der Entgeltberechnung ausgeführt, dass und warum die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Glaubhaftmachung des geltend gemachten Anspruchs auf Genehmigung eines höheren Entgelts nicht ausreichen. Die Beschwerdeführerin macht aber mit der Verfassungsbeschwerde lediglich unter pauschalem Verweis auf ihre Angaben im Entgeltregulierungsverfahren und im gerichtlichen Eilverfahren geltend, alle erforderlichen Nachweise erbracht zu haben; das Verwaltungsgericht habe sich damit an keiner Stelle befasst und damit seine Amtsermittlungspflicht völlig verkannt. Mit den - konkrete Einzelfragen betreffenden - Ausführungen des Verwaltungsgerichts setzt sich die Beschwerdeführerin hingegen nicht auseinander.

3. 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.

11

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.

12

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

13

Unternehmen durch eine Verfassungsbeschwerde gegen die Eilentscheidung doch deren rückwirkende Korrektur herbeiführen könnte. Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht in vier 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.

4. Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG darin sieht, dass das Verwaltungsgericht keine Prüfung der Ausübung des gerichtlichen - insofern von der Beschwerdeführerin hilfsweise unterstellten - Beurteilungsspielraums vorgenommen habe, ist eine Grundrechtsverletzung nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht möglich. Wie die Beschwerdeführerin selbst darlegt, hat das Verwaltungsgericht zu ihren Gunsten unterstellt, die Genehmigung enthalte die behaupteten Fehler bei der Ausübung des gerichtlichen Beurteilungsspielraums. Es hat auf der Grundlage dieser Unterstellung das Bestehen eines Anspruchs auf Genehmigung eines höheren Entgelts aus anderen Gründen nicht für überwiegend wahrscheinlich gehalten. Dass das Verwaltungsgericht die Frage von Fehlern bei der Ausübung des gerichtlichen Beurteilungsspielraums nicht abschließend geprüft hat, konnte den Rechtsschutz danach nicht beeinträchtigen.

14

5. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Entscheidung verstoße gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes, weil sich das Verwaltungsgericht auf einen - sei es auch zu Recht angenommenen - Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur zurückgezogen und keine eigene Entscheidung darüber getroffen habe, ob überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht, zeigt sie die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) letztlich ebenfalls nicht hinreichend auf (§ 23 Abs. 1 Satz 2 und § 92 BVerfGG).

15

Zwar legt sie in nachvollziehbarer Weise dar, dass es gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstößt, wenn das Verwaltungsgericht im Eilverfahren eine eigene Anordnung nach § 35 Abs. 5 Satz 2 TKG ausschließt, sobald es von einem Beurteilungsspielraum ausgeht, da so letztlich Rechtsschutz immer dann vollkommen ausscheidet, wenn ein Beurteilungsspielraum der Behörde besteht. Hiermit macht die Beschwerdeführerin einen Einwand gegen die angegriffene Entscheidung geltend, der dem Grunde nach zutrifft (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 22. November 2016 - 1 BvL 6/14 u.a. -, B III 3 Rn. 39 ff.).

16

Die von der Beschwerdeführerin beanstandete Vorgehensweise klingt - ohne dass die Beschwerdeführerin dies selbst näher dargelegt hätte - in den Ausführungen der angegriffenen Entscheidung zur Wahl des Zinssatzes an (VG Köln, Beschluss vom 1.

17

Dezember 2011 - 21 L 335/11 -, juris, Rn. 20). Ungeachtet der Zweifel, dass die Verfassungsbeschwerde insoweit hinreichend begründet ist, hat die Beschwerdeführerin aber nicht dargelegt, dass der entsprechende Fehler zur Verletzung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie geführt haben könnte. Das Verwaltungsgericht hat es nicht bei der bloßen Feststellung des behördlichen Beurteilungsspielraums und der vermeintlich fehlenden Anordnungscompetenz im Eilverfahren belassen, sondern hat - der Sache nach hilfsweise - selbst eine alternative, seiner Ansicht nach voraussichtlich vom Beurteilungsspielraum gedeckte Überlegung zur Berechnung der Entgelthöhe angestellt. Diese führte zum Ergebnis, dass ein Anspruch auf Genehmigung eines höheren Entgelts nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bestehe (VG Köln, ebenda):

„Die der Bundesnetzagentur eingeräumte Beurteilungsermächtigung dürfte es sogar erlauben, statt der nunmehr angewandten CAPM-Methode zur Bestimmung der angemessenen Kapitalverzinsung auf die (noch für die vorangegangenen Genehmigungsperioden herangezogene) Bilanzwertmethode zurückzugreifen. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass auch die Beibehaltung der "Bilanzmethode" bei gebotener Aktualisierung und erforderlicher Anpassung der Eingangsparameter für die Zinssatzermittlung unter Beibehaltung der im Vorverfahren verwendeten Methodik nach den unwidersprochenen Ausführungen der Antragsgegnerin zu einem der Höhe nach nahezu identischem Wert geführt hätte...“

Hierauf ist die Beschwerdeführerin in ihrer Verfassungsbeschwerde jedoch nicht näher eingegangen. 18

Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen. 19

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 20

Eichberger

Baer

Britz

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2016 - 1 BvR 62/12**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 2016 - 1 BvR 62/12 - Rn. (1 - 20), [http://www.bverfg.de/e/rk20161219\\_1bvr006212.html](http://www.bverfg.de/e/rk20161219_1bvr006212.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20161219.1bvr006212