



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 6 C 10.12  
VG 21 K 1142/10

Verkündet  
am 12. Juni 2013  
Ott  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 2013  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge, Dr. Graulich, Hahn  
und Prof. Dr. Hecker

für Recht erkannt:

Die Revision der Beigeladenen gegen das Urteil des Ver-  
waltungsgerichts Köln vom 25. April 2012 wird zurückge-  
wiesen.

Die Beigeladene trägt die Kosten des Revisionsverfah-  
rens.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin erbringt Telekommunikationsdienstleistungen für Großunterneh-  
men und andere Telekommunikationsunternehmen. Zur Realisierung so ge-  
nannter Corporate Networks bezieht sie Telefonanschlüsse von der Beigelade-  
nen. Zudem überlässt sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Tele-  
fonanschlüsse an andere Telekommunikationsunternehmen.

- 2 Nach Durchführung eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens traf die Bundesnetzagentur im Jahr 2009 die Festlegung, dass die Beigeladene und die mit ihr verbundenen Unternehmen „auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden“ (Markt 1), über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf dieser Grundlage veröffentlichte die Bundesnetzagentur im März 2009 den Entwurf für eine Regulierungsverordnung. Diese sah unter anderem die Verpflichtung der Beigeladenen vor, anderen Unternehmen Anschlüsse, die dem Markt 1 zugerechnet werden, wie sie Endnutzern angeboten werden, zur Verfügung zu stellen; die Entgelte für diese Zugangsleistung sollten der nachträglichen Entgeltregulierung nach Maßgabe des § 38 TKG unterliegen. Im Rahmen ihrer Stellungnahme beantragte die Klägerin unter 3.a), die Regulierungsverordnung um die Verpflichtung der Betroffenen zu ergänzen, anderen Unternehmen zum Zwecke des Weitervertriebs an Dritte gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG einen entbündelten Zugang zu öffentlichen Festnetzanschlüssen zu Großhandelsbedingungen zu gewähren. Unter 3.b) beantragte sie, dass die Entgelte für die Zugangsleistung in einem angemessenen Abstand, der eine Nachbildung der Anschlussprodukte der Betroffenen zu wirtschaftlichen Bedingungen ermöglicht, zu den entsprechenden AGB-Preisen der Betroffenen liegen; die Entgelte sollten der Genehmigung nach § 31 TKG unterworfen werden.
- 3 Im September 2009 verpflichtete sich die Beigeladene gegenüber der Bundesnetzagentur, Telekommunikationsdiensteanbietern AGB-Endkundenanschlüsse in den PSTN Stand Alone Varianten des Call Plus gemäß ihrem jeweiligen aktuellen Portfolio zum Zwecke der Überlassung an Endnutzer sowohl im Wege der Neubereitstellung als auch im Wege der Übernahme anzubieten. Für die Übernahme wurde die Anzeige eines Entgelts in Höhe von 30 € in Aussicht gestellt. Die Selbstverpflichtung sollte binnen eines Jahres nach einer entsprechenden Anzeige wesentlicher Änderungen rechtlicher oder tatsächlicher Umstände enden.

- 4 Durch Regulierungsverfügung vom 25. Januar 2010 erlegte die Bundesnetzagentur der Beigeladenen die Verpflichtung zur Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl (Ziffer 1) sowie die nachträgliche Entgeltregulierung für Endnutzerleistungen (Ziffer 2) auf. Die „Anordnung eines Anschluss-Resale“ behielt sie sich vor, „sofern die Entwicklung im Anschlussmarkt dies erforderlich macht“ (Ziffer 3). Im Übrigen lehnte sie die Anträge der Klägerin und der weiteren Beteiligten ab (Ziffer 4).
  
- 5 Dass abweichend vom Konsultationsentwurf keine Verpflichtung zum Anschluss-Resale auferlegt wurde, begründete die Bundesnetzagentur im Wesentlichen unter Hinweis darauf, dass mit der Selbstverpflichtung der Beigeladenen den Regulierungszielen der Wahrung der Nutzer- und insbesondere der Verbraucherinteressen, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche, und der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen Rechnung getragen werde. Wettbewerber, die bereits in Infrastruktur investierten, müssten keine Entwertung ihrer Investitionen durch das vergleichsweise risikolosere, auf Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen basierende Geschäftsmodell von Resellern bzw. Diensteanbietern befürchten. Der Forderung nach Einräumung eines Rabatts auf die Endkundenpreise sei entgegenzuhalten, dass Geschäftsmodelle, die allein auf dem Einzelwiederverkauf von Telefonanschlüssen der Betroffenen basierten, nach dem Stand der erreichten Marktentwicklung nicht tragende Säulen einer weiteren Verfestigung wettbewerblicher Strukturen auf dem Telekommunikationsmarkt seien. Der Wiederverkauf von Telefonanschlüssen solle Anbietern vielmehr die Abdeckung auch derjenigen Gebiete ermöglichen, in denen noch kein eigener Infrastrukturausbau stattgefunden habe, und das Angebot von Bündeln ermöglichen.
  
- 6 Auf die hiergegen erhobene Klage der Klägerin hat das Verwaltungsgericht die Beklagte durch Urteil vom 25. April 2012 unter entsprechender Aufhebung von Ziffern 3 und 4 der Regulierungsverfügung vom 25. Januar 2010 verpflichtet, über den von der Klägerin im Verwaltungsverfahren mit Schriftsatz vom

16. April 2009 gestellten Antrag zu 3.a) erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

- 7 Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei mit dem Hauptantrag unbegründet. Soweit die Klägerin die Auferlegung von Verpflichtungen zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen einschließlich der mit dem Klageantrag zugleich formulierten weiteren Modalitäten begehre, sei dieser Anspruch zwar nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil der in Rede stehende bundesweite Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten ein Endkundenmarkt sei und die Klägerin der Sache nach eine Verpflichtung auf einem Vorleistungsmarkt begehre, für den eine beträchtliche Marktmacht der Beigeladenen bislang nicht festgestellt sei. Die Festlegung einer bestimmten Regulierungsverpflichtung erfordere keine auf sie bezogene spezifische Marktdefinition und -analyse; vielmehr genüge eine ausreichende Begründung dafür, dass die betreffende Verpflichtung im Verhältnis zum festgestellten Marktversagen sinnvoll und angemessen sei. Der erforderliche enge funktionale Zusammenhang zwischen der Überlassung von Teilnehmeranschlüssen zum Zwecke des Weiterverkaufs und dem in Rede stehenden Endkundenmarkt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten liege vor. Das folge schon daraus, dass die für Zwecke des Resales begehrten Anschlüsse in technischer Hinsicht keine anderen seien als die auf dem Endkundenmarkt angebotenen AGB-Anschlüsse der Beigeladenen und deswegen von der Marktdefinition für den Markt 1 und der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der Beigeladenen erfasst würden.
- 8 Unter Beachtung des der Bundesnetzagentur bei der Entscheidung über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen zustehenden weiten Ermessensspielraums sei der Rechtsstreit allerdings selbst bei Annahme von Ermessens- bzw. Abwägungsfehlern nicht spruchreif im Sinne von § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Dass als Reaktion auf das von der Bundesnetzagentur angenommene Marktversagen allein die Anordnung einer Verpflichtung zum Resale zu Großhandelsbedingungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG in Betracht komme, könne angesichts der Breite des der Regulierungsbehörde bei festgestelltem Markt-

versagen zur Verfügung stehenden Abhilfeinstrumentariums nicht angenommen werden. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf die Verpflichtung der Beklagten, die Entgelte für die Gewährung der begehrten Zugangsleistungen einem Genehmigungsverfahren zu unterziehen, sowie auf die Anordnung eines bestimmten Entgeltmaßstabs. Insoweit sei auch der hilfsweise erhobene Neubescheidungsantrag unbegründet.

- 9 Die Klage habe jedoch Erfolg, soweit sich der Hilfsantrag auf die Verpflichtung zur Neubescheidung des von der Klägerin im Verwaltungsverfahren gestellten Antrags auf Anordnung einer Verpflichtung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG beziehe. Die Entscheidung, der Beigeladenen nicht die Verpflichtung zur Gewährung eines Anschluss-Resales zu Großhandelsbedingungen aufzuerlegen, sei ermessensfehlerhaft. Ausgehend von ihrer Prämisse, dass die Möglichkeit des Anschluss-Resales für das Funktionieren des Marktes 1 erforderlich sei, hätte die Bundesnetzagentur in ihre Prüfung einstellen müssen, dass ein solches Anschluss-Resale eine Zugangsleistung darstelle, die grundsätzlich gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG „zu Großhandelsbedingungen“ zu gewähren sei. Aus § 150 Abs. 5, § 21 Abs. 2 Nr. 3 und § 30 Abs. 5 TKG lasse sich nicht die Wertung entnehmen, dass ein Infrastrukturwettbewerb generell Vorrang vor einem Dienstewettbewerb genieße. Bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG seien alle Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG sowie alle Ziele und Belange nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG grundsätzlich gleichrangig umfassend abzuwägen, wobei es für den Fall, dass der Förderung und dem Schutz von infrastrukturbasiertem Wettbewerb und Innovation allgemein und pauschal der Vorrang gegeben werde, zusätzlich einer Rechtfertigung dafür bedürfte, warum dieses auch nach Ablauf der Frist des § 150 Abs. 5 TKG noch geboten erscheine. An einer diesen Anforderungen genügenden Abwägung fehle es in dem angegriffenen Beschluss. Mit ihren allgemein gehaltenen Erwägungen gehe die Bundesnetzagentur nicht wesentlich über das hinaus, was den Gesetzgeber bewogen habe, die Möglichkeit der Auferlegung einer Verpflichtung zu entbündeltem Anschluss-Resale gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG bis zum 30. Juni 2008 auszusetzen. Jedenfalls nach Ablauf dieser Frist hätte es einer vertieften und konkreten Begründung dahingehend bedurft, weshalb gleichwohl die Notwendigkeit gesehen werde, vom Re-

gelfall des Anschluss-Resales zu Großhandelsbedingungen zu Gunsten eines unrabattierten Anschluss-Resales abzusehen. Für die Annahme der Bundesnetzagentur, dass die Gefahren für den Wettbewerb auch zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Regulierungsverfügung noch fortbeständen und ihnen deshalb nach wie vor durch den Verzicht auf eine Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen entgegenzuwirken sei, fehle es an hinreichend tragfähigen tatsächlichen Feststellungen. Denn die Bundesnetzagentur zeige selbst Entwicklungen auf, die dieser Annahme entgegen stünden.

- 10 Gegen dieses Urteil hat die Beigeladene die vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass die Auferlegung der Verpflichtung zum Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG auf die Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes 1 gestützt werden könne, verstoße gegen § 13 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit §§ 10 und 11 TKG. An dem für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung erforderlichen engen funktionalen Zusammenhang zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren sei, und dem Markt, für den Regulierungsbedarf festgestellt worden sei, fehle es, wenn es um eine Zugangsverpflichtung auf der Vorleistungsebene gehe, der in der Marktanalyse festgestellte Regulierungsbedarf hingegen für einen Markt für Endkundenleistungen bestehe. Würde in Bezug auf die Auferlegung der Verpflichtung nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG ausschließlich auf den Endkundenmarkt abgestellt, bliebe unberücksichtigt, dass bereits ein Markt für rabattiertes Resale von Festnetzanschlüssen bestehe.
- 11 Soweit das Verwaltungsgericht mit der Annahme, die Beklagte habe in ihre Prüfung einstellen müssen, dass ein Anschluss-Resale eine Zugangsleistung darstellt, die grundsätzlich gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG „zu Großhandelsbedingungen“ zu gewähren sei, eine Abwägungsregel aufstelle, nach der jede andere Form des Anschluss-Resale die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme darstelle, verstoße es gegen das in § 21 Abs. 1 TKG verankerte und aus den Vorgaben des Unionsrechts folgende Gebot freien Regulierungsermessens bei der Auferlegung von Zugangsleistungen, welches gesetzlich nicht vorgesteuert werden dürfe. Aus § 150 Abs. 5 TKG a.F. lasse sich nicht schließen, dass es nach Ab-

lauf der in der Vorschrift genannten Frist einer vertieften und konkreten Begründung dafür bedürfe, warum die Förderung und der Schutz von infrastrukturbauiertem Wettbewerb und Innovationen auch nach Ablauf dieser Frist noch geboten erscheine und vom Regelfall des Anschluss-Resales zu Großhandelsbedingungen gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu Gunsten eines unrabattierten Anschluss-Resales abgesehen worden sei. Soweit das Verwaltungsgericht ein Abwägungsdefizit wegen unzureichender Ermittlungen der Beklagten annehme, überspanne es die Anforderungen an das Abwägungsgebot und berücksichtige die der Abwägungsentscheidung der Beklagten zugrunde liegenden Erwägungen nur unzureichend.

12 Die Beigeladene beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 25. April 2012 (21 K 1142/10) aufzuheben und die Klage der Klägerin abzuweisen.

13 Die Beklagte unterstützt den Revisionsantrag der Beigeladenen, folgt jedoch dem Verwaltungsgericht in der Annahme, dass die Auferlegung der Verpflichtung zu Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG auf die Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten gestützt werden könne.

14 Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

15 Sie verteidigt das angefochtene Urteil und führt ergänzend aus: Das Anschluss-Resale hätte zu Großhandelsbedingungen angeordnet werden müssen. Für eine Maßnahme nach § 21 Abs. 1 TKG bleibe im Fall eines Regelbeispiels nach § 21 Abs. 2 TKG kein Raum. Die Gewährung von Anschluss-Resale ohne Großhandelsbedingungen stelle einen Missbrauch im Sinne des Wettbewerbsrechts dar. Das Endkundenentgelt sei im Großhandelsbezug unangemessen. Anders als gegenüber typischen Endkunden vergrößere sich die Marge der



Beigeladenen bei dem Vertrieb der Produkte an alternative Teilnehmernetzbetreiber erheblich, da bestimmte Leistungselemente wie Marketings-, Vertriebs-, Abrechnungs-, Inkasso- und Bonitätsprüfungskosten für das jeweilige Produkt nicht mehr erbracht werden müssten.

## II

- 16 Die Revision der Beigeladenen ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 144 Abs. 2 VwGO). Das angefochtene Urteil erweist sich, auch soweit es mit Bundesrecht nicht in vollem Umfang in Einklang steht, jedenfalls im Ergebnis als zutreffend (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 17 1. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht für insgesamt zulässig gehalten. Insbesondere ist die Klägerin klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO); denn sie kann sich auf eine öffentlich-rechtliche Norm stützen, die nach dem in ihr enthaltenen Entscheidungsprogramm (zumindest auch) sie als Dritte schützt. Die mit dem Hilfsantrag - soweit noch anhängig - begehrte Verpflichtung der Beigeladenen zur Gewährung von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen wird auf § 21 des Telekommunikationsgesetzes - TKG - gestützt. Nach der Rechtsprechung des Senats ist diese Vorschrift zu Gunsten der Wettbewerber drittschützend (Urteil vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 - BVerwGE 130, 39 Rn. 13). Die Klägerin hat ferner - wie nach der Rechtsprechung des Senats bei Verpflichtungsklagen mit dem Ziel der Auferlegung von weitergehenden Regulierungsverpflichtungen erforderlich (Urteil vom 28. November 2007 a.a.O. Rn. 22) - bereits im Verwaltungsverfahren gegenüber der Bundesnetzagentur den Erlass derjenigen Regelungen beantragt, die im gerichtlichen Verfahren Gegenstand ihrer Verpflichtungsanträge sind.
- 18 2. Rechtsgrundlage für die von der Klägerin noch begehrte Verpflichtung der Beigeladenen zur Gewährung von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ist § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 in Verbindung mit § 21 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 des Telekommunikationsgesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) - TKG -, das in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt des Beschlusses der Bundes-

netzagentur vom 25. Januar 2010 zuletzt durch Gesetz vom 14. August 2009 (BGBl I S. 2821) geändert worden war.

- 19 Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist bei der gerichtlichen Beurteilung des vorliegenden Klagebegehrens nicht auf die inzwischen in Kraft getretene Fassung des Änderungsgesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl I S. 958) - TKG 2012 - abzustellen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage aus dem materiellen Recht (vgl. Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 2 C 45.03 - BVerwGE 121, 140 <143>). Für die Begründetheit einer auf § 13 TKG in Verbindung mit den in der Vorschrift genannten speziellen Rechtsgrundlagen gestützten Klage eines Wettbewerbers auf Ergänzung einer Regulierungsverfügung zu Lasten des marktbeherrschenden Unternehmens kann grundsätzlich nur die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung maßgeblich sein; denn die Entscheidung über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen ist das Ergebnis einer umfassenden und komplexen Abwägung, bei der gegenläufige öffentliche und private Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen sind (Urteil vom 28. November 2007 a.a.O. Rn. 28). In einem auf die Auferlegung von (zusätzlichen) Regulierungsverpflichtungen gerichteten Verwaltungsprozess ist das Verwaltungsgericht auf die Überprüfung beschränkt, ob die Bundesnetzagentur die Interessen der Beteiligten ermittelt, alle erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen, die für die Abwägung wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt und keine sachfremden Erwägungen angestellt hat (Urteil vom 28. November 2007 a.a.O. Rn. 31). Bei der Überprüfung der Behördenentscheidung kann daher nur diejenige Sach- und Rechtslage maßgeblich sein, die bereits im Verfahren vor der Bundesnetzagentur berücksichtigt werden konnte. Dass sich die Rechtmäßigkeit einer telekommunikationsrechtlichen Regulierungsverfügung ungeachtet einer etwaigen Dauerwirkung nach der Sachlage im Zeitpunkt ihres Erlasses beurteilt, hat der Senat bereits entschieden (vgl. Urteil vom 14. Dezember 2011 - BVerwG 6 C 36.10 - Buchholz 442.066 § 30 TKG Nr. 5 Rn. 26). Hinsichtlich der maßgeblichen Rechtslage gilt nichts anderes.

- 20 Dafür, dass die durch das Gesetz vom 3. Mai 2012 erfolgten Änderungen des Telekommunikationsgesetzes ausnahmsweise auf vor ihrem Inkrafttreten erlassene Regulierungsverfügungen der Bundesnetzagentur zurückwirken, sind keine Anhaltspunkte erkennbar. Auch die Beigeladene macht lediglich geltend, dass das TKG 2012 in „nochmals stärkerer Weise als das TKG 2004 den Vorrang des Infrastrukturausbaus in § 2 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 3 Nr. 3 und Nr. 4 sowie in § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG“ betone, darüber hinaus § 30 Abs. 5 TKG 2004 jetzt in § 31 Abs. 2 Nr. 1 TKG 2012 verortet und § 150 Abs. 5 TKG 2004 gestrichen worden sei. Diese Rechtsänderungen können sich auch nach dem Standpunkt der Revision allenfalls auf den gesetzlichen Rahmen der Ausübung des der Bundesnetzagentur eingeräumten Regulierungsermessens ausgewirkt, nicht aber zur Folge haben, dass die Auferlegung der beantragten (zusätzlichen) Regulierungsverpflichtungen zu Lasten der Beigeladenen nicht mehr in Betracht kommt. Das fortbestehende Erfordernis einer Ermessensentscheidung schließt die Annahme einer Rückwirkung aus. Soweit die Beigeladene ferner darauf verweist, dass auferlegte Verpflichtungen nach § 13 Abs. 1 Satz 1, § 14 Abs. 1 und 2 TKG geändert oder widerrufen werden müssten, wenn sich die Sach- oder Rechtslage geändert habe, vermengt sie die maßgeblichen normativen Ebenen. Die gesetzliche Pflicht der Bundesnetzagentur zu einer (Anlass- oder Regel-) Überprüfung von Marktdefinition, Marktanalyse und - nach neuer Rechtslage - Regulierungsverfügung ist von der Frage zu unterscheiden, auf welche Sach- und Rechtslage bei der *gerichtlichen* Überprüfung der Entscheidung der Bundesnetzagentur in einem auf die Auferlegung von (zusätzlichen) Regulierungsverpflichtungen gerichteten Verwaltungsprozess abzustellen ist.
- 21 3. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Auferlegung der von der Klägerin begehrten Verpflichtung der Beigeladenen zur Gewährung von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen liegen vor.
- 22 Nach der Grundnorm des § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG in der nach den oben stehenden Ausführungen maßgeblichen Fassung kann die Bundesnetzagentur unter den dort näher genannten Voraussetzungen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren einschließlich einer nachfragege-

rechten Entbündelung. Die Zugangsverpflichtung kann sich gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG unter anderem auf den Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen beziehen, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen.

- 23 Etwaige Verstöße gegen die nach § 13 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2, § 135 TKG maßgeblichen Verfahrensbestimmungen sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.
- 24 In materieller Hinsicht setzt die Auferlegung der von der Klägerin begehrten Verpflichtung der Beigeladenen zur Gewährung von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen eine rechtmäßige Marktdefinition und -analyse im Sinne von §§ 10 und 11 TKG voraus, die die Feststellung enthält, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dies folgt nicht nur aus § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG, wonach die dort genannten Verpflichtungen „auf Grund einer Marktanalyse nach § 11“ aufzuerlegen sind, sondern bereits aus dem Grundsatz des § 9 Abs. 1 TKG, dem zufolge der Marktregulierung nur solche Märkte unterliegen, auf denen die Voraussetzungen des § 10 TKG vorliegen und für die eine Marktanalyse nach § 11 TKG das Fehlen wirksamen Wettbewerbs ergeben hat.
- 25 Gemäß § 10 Abs. 1 TKG legt die Bundesnetzagentur die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung nach den Vorschriften des Teils 2 in Betracht kommen. Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG kommen für eine Regulierung Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. An die Marktdefinition schließt sich die in § 11 TKG geregelte Marktanalyse an, d.h. die Prüfung der Regulierungsbehörde, ob auf dem untersuchten Markt ein wirksamer Wettbewerb besteht. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen der angefochtenen Regulierungsverfügung festgestellt, dass auf dem regulierungsbedürftigen

relevanten bundesweiten Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, das Unternehmen Deutsche Telekom AG und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere die Unternehmen Congstar GmbH und die Unternehmen der T-Systems Gruppe, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügen. Dass die Bundesnetzagentur den sachlich und räumlich relevanten Markt gemäß § 10 Abs. 1 TKG fehlerhaft abgegrenzt hätte, die Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit des abgegrenzten Marktes anhand der in § 10 Abs. 2 TKG genannten drei Kriterien (beträchtliche und anhaltende Marktzutrittschranke, längerfristig fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb, Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts) fehlerhaft durchgeführt hätte oder im Rahmen der nach Maßgabe des § 11 TKG durchgeführten Marktanalyse das Nichtbestehen wirksamen Wettbewerbs bzw. das Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht der Beigeladenen fehlerhaft festgestellt hätte, wird von der Revision nicht geltend gemacht. Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit der Marktdefinition und -analyse im Sinne von §§ 10 und 11 TKG sind im Übrigen auch nicht ersichtlich.

- 26 Das Revisionsvorbringen beschränkt sich an dieser Stelle auf den Einwand, dass der bundesweite Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, auf dem sie nach dem Ergebnis der Marktanalyse gemäß § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht der für die Auferlegung der Verpflichtung zur Gewährung von Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen relevante Markt sei. Dem ist nicht zu folgen. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass die Auferlegung dieser Zugangsverpflichtung gemäß § 21 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 TKG auf die Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes 1 gestützt werden könne, verstößt nicht gegen § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG. Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 27. Januar 2010 - BVerwG 6 C 22.08 - Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 1 Rn. 30) erfordert die Festlegung einer bestimmten Regulierungsverpflichtung keine auf sie bezogene spezifische Marktdefinition und -analyse; vielmehr

genügt eine ausreichende Begründung dafür, dass die betreffende Verpflichtung im Verhältnis zum festgestellten Marktversagen sinnvoll und angemessen ist. Erforderlich, aber auch ausreichend für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist daher ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren ist, und dem Markt, für den ein Regelungsbedarf festgestellt worden ist.

- 27 Entgegen der Auffassung der Beigeladenen ist ein enger funktionaler Zusammenhang im Sinne der Rechtsprechung des Senats nicht nur bei „Annexleistungen“ gegeben, „die selbst keine Telekommunikationsdienstleistungen sind, aber mit dem Zugang in einem so engen funktionalen Zusammenhang stehen, dass sie schon rechtlich dem Zugang zugeordnet sind“. Zwar hat der Senat in dem erwähnten Urteil vom 27. Januar 2010 (a.a.O.) ausgeführt, dass in Bezug auf den dort in Rede stehenden Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der Zusammenhang, wie Art. 2 Satz 2 Buchst. a der Zugangsrichtlinie klarstelle, bei einer Einrichtung gegeben sei, die - wie im konkreten Fall der Zugang zu den Kabelkanälen zwischen den Kabelverzweigern und dem Hauptverteiler - erforderlich sei, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen. Hierdurch hat der Senat jedoch nicht zum Ausdruck gebracht, dass der geforderte enge funktionale Zusammenhang ausschließlich dann zu bejahen sei, wenn die Zugangsverpflichtung als Annex zu einer Zugangsleistung oder zu einer im Übrigen auferlegten Endkundenverpflichtung angesehen werden kann.
- 28 Der erforderliche enge funktionale Zusammenhang wird bei einer Zugangsverpflichtung auf der Vorleistungsebene nicht schon dadurch in Frage gestellt, dass der in der Marktanalyse festgestellte Regelungsbedarf für einen Markt für Endkundenleistungen besteht. § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der dort aufgeführten Regulierungsmaßnahmen unterscheidet nicht zwischen Vorleistungs- und Endkundenmärkten. Dem Gesetzeswortlaut kann folglich nicht entnommen werden, dass Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG nur auf der Grundlage eines nach § 11 TKG analysierten Vorleistungsmarktes aufzuerlegen wären. § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG lässt ebenfalls offen, ob sich die beträchtliche Marktmacht auf den jeweiligen Zugangsmarkt oder einen nachgelagerten, damit korrespondierenden Endnutzermarkt bezie-

hen muss (vgl. Neitzel, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, TKG § 21 Rn. 5). Eine Differenzierung zwischen Endkunden- und Vorleistungsmärkten lässt sich auch nicht den entsprechenden unionsrechtlichen Vorschriften entnehmen. Stellt eine nationale Regulierungsbehörde fest, dass „auf einem relevanten Markt“ kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so ermittelt sie nach Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste <ABI L Nr. 108 S. 33>, geändert durch Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 <ABI L Nr. 337 S. 37>), welche Unternehmen allein oder gemeinsam über beträchtliche Macht „auf diesem Markt“ verfügen, und erlegt diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen auf bzw. ändert diese oder behält diese bei, wenn sie bereits bestehen. Wird ein Betreiber aufgrund einer Marktanalyse nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht „auf einem bestimmten Markt“ eingestuft, so erlegt die nationale Regulierungsbehörde diesem gemäß Art. 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie (Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung <ABI L Nr. 108 S. 7>, geändert durch Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009) im erforderlichen Umfang die in den Art. 9 bis 13 dieser Richtlinie genannten Verpflichtungen auf. Dass Maßnahmen auf der Vorleistungsebene eine den betreffenden Vorleistungsmarkt betreffende Marktanalyse voraussetzen, ergibt sich hieraus nicht.

- 29 Die von der Beigeladenen befürwortete Beschränkung der Befugnis der Bundesnetzagentur zur Auferlegung von Zugangsverpflichtungen im Sinne des § 21 TKG auf solche Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die gemäß einer im Rahmen der Marktanalyse nach § 11 TKG getroffenen Feststellung auf dem jeweiligen Zugangsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügen, findet nicht nur in Gesetzeswortlaut und -systematik keine Grundlage, sondern widerspricht auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung dient die Norm der Umsetzung von

Art. 12 der bereits erwähnten Zugangsrichtlinie (vgl. BTDrucks 15/2316 S. 64 re. Sp.). Nach Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie können die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 8 der Richtlinie Betreiber dazu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben, unter anderem wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder die Gewährung zu unangemessenen Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden. Aus der Benennung dieser Beispielsfälle, die § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG aufgreift („insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde“), ergibt sich, dass die Zugangsregulierung kein Selbstzweck, sondern dem Wettbewerb auf den Endnutzermärkten zu dienen bestimmt ist (vgl. Thomaschki/Neumann, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 21 Rn. 43; Mayen, in: Scheu-erle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 21 Rn. 7). Dies beruht auf der Einsicht, dass Monopole auf Endkundenmärkten nur dann angreifbar sind, wenn Zugang zu den Vorleistungsmärkten gewährt wird (vgl. Piepenbrock/Attendor, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 21 Rn. 11). Die effektive Förderung des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten wäre jedoch erheblich erschwert, wenn die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG stets von der zusätzlichen Feststellung fehlenden wirksamen Wettbewerbs auf dem betreffenden Vorleistungsmarkt abhinge, obwohl aufgrund der Marktanalyse nach § 11 TKG feststeht, dass der betreffende Betreiber auf dem korrespondierenden Endnutzermarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt.

- 30 Der Annahme, dass Zugangsverpflichtungen auch auf die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht auf einem Endkundenmarkt gestützt werden können, steht § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG systematisch nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift kann die Bundesnetzagentur Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bezüglich des Angebots von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer einer Entgeltgenehmigung unterwerfen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen unter anderem im Zugangsbe-



reich nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führen würden. Aus § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG ergibt sich - ebenso wie aus Art. 17 Abs. 1 Buchst. b der Universaldienstrichtlinie (Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten <ABI L Nr. 108 S. 51>, geändert durch Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 <ABI L Nr. 337 S. 11>) - ein Nachrang der Regulierung der Endnutzermärkte (Urteil vom 29. Oktober 2008 - BVerwG 6 C 38.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2 Rn. 51). Aus der Vorgabe, dass einer beträchtlichen Marktmacht auf einem Endkundenmarkt vorrangig durch Auferlegung von Verpflichtungen im Zugangsbereich zu begegnen ist, folgt entgegen dem Revisionsvorbringen nicht, dass die betreffenden Zugangsverpflichtungen aufgrund einer eigenen Marktanalyse für diese Vorleistungsmärkte auferlegt werden. Für die Annahme einer solchen ungeschriebenen Voraussetzung ist weder dem Gesetzeswortlaut noch der Gesetzessystematik ein Anhaltspunkt zu entnehmen.

- 31 Die Auferlegung einer Verpflichtung zur Gewährung von Anschluss-Resale gemäß § 21 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 TKG auf der Grundlage der Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes 1 wäre schließlich auch dann nicht ausgeschlossen, wenn sich, wie die Revision geltend macht, ein eigener Vorleistungsmarkt für rabattiertes Anschluss-Resale abgrenzen ließe. Wie der Senat bereits entschieden hat (Urteil vom 28. Januar 2009 - BVerwG 6 C 39.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 3 Rn. 19), kann für eine entsprechende Marktdefinition sogar ein lediglich „fiktiver“ Markt ausreichen, auf dem ein Marktgeschehen tatsächlich nicht stattfindet. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf einem in dieser Weise abgrenzbaren Vorleistungsmarkt zwingende Voraussetzung für die Auferlegung von Zugangspflichten ist, mit denen dem Marktversagen auf dem regulierungsbedürftigen (Endkunden-) Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten begegnet werden soll.
- 32 Unberechtigt ist die Befürchtung der Beigeladenen, ohne die Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf dem betreffenden Vorleistungsmarkt bliebe der

Umstand unberücksichtigt, dass die Wettbewerber des auf dem regulierungsbedürftigen Endkundenmarkt marktbeherrschenden Unternehmens möglicherweise auf Alternativen im Zugangsbereich zurückgreifen könnten. Dieser Befürchtung wird ausreichend Rechnung getragen durch das in der Rechtsprechung des Senats anerkannte Erfordernis eines engen funktionalen Zusammenhangs zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren ist, und dem Markt, für den ein Regulierungsbedarf festgestellt worden ist. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist von einem engen funktionalen Zusammenhang allerdings dann auszugehen, wenn die Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren ist, unmittelbar Bestandteil desjenigen Marktes ist, für den ein Regulierungsbedarf festgestellt worden ist. Denn in diesem Fall ist die im Rahmen der Marktabgrenzung des regulierungsbedürftigen Marktes grundsätzlich bereits erfolgte Prüfung der Austauschbarkeit der maßgeblichen Produkte oder Dienstleistungen auf den entsprechenden - realen oder fiktiven - Vorleistungsmarkt übertragbar. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt; denn nach den tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts, denen die Beigeladene nicht mit Verfahrensrügen entgegengetreten ist, sind die für Zwecke des Resales begehrten Anschlüsse in technischer Hinsicht identisch mit den auf dem Endkundenmarkt angebotenen AGB-Anschlüssen der Beigeladenen. Sie werden deshalb von der Marktdefinition für den Markt 1 für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten sowie der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der Beigeladenen auf diesem Markt mit umfasst.

- 33 4. Der Anspruch der Klägerin als Wettbewerberin auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ihren im Verwaltungsverfahren gestellten Antrag, der Beigeladenen die Verpflichtung zur Gewährung eines Anschluss-Resales zu Großhandelsbedingungen aufzuerlegen, ist noch nicht erfüllt; der diesen ablehnende Beschluss der Bundesnetzagentur beruht auf Abwägungsdefiziten.
- 34 Im Rahmen ihrer Entscheidung über die Auferlegung der in § 13 TKG vorgesehenen Verpflichtungen verfügt die Bundesnetzagentur nach ständiger Rechtsprechung des Senats über ein Regulierungsermessen, das fehlerhaft ausgeübt wird, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat - Abwägungs-

ausfall -, in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste - Abwägungsdefizit -, die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist - Abwägungsfehlerschätzung - oder der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen worden ist, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht - Abwägungsdisproportionalität - (Urteile vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 47, vom 29. Oktober 2008 - BVerwG 6 C 38.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2 Rn. 49, vom 28. Januar 2009 a.a.O. Rn. 33, vom 27. Januar 2010 - BVerwG 6 C 22.08 - Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 1 Rn. 16, und vom 14. Dezember 2011 - BVerwG 6 C 36.10 - Buchholz 442.066 § 30 TKG Nr. 5 Rn. 25). Die gerichtliche Kontrolle der Ausübung des Regulierungsermessens hat sich dabei grundsätzlich auf diejenigen Erwägungen zu beschränken, die die Behörde zur Begründung ihrer Entscheidung dargelegt hat (Urteil vom 23. November 2011 - BVerwG 6 C 11.10 - Buchholz 442.066 § 24 TKG Nr. 5 Rn. 40).

- 35 Hiervon ausgehend hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der Beklagten bei ihrer Entscheidung, der Beigeladenen nicht die Verpflichtung zur Gewährung eines Anschluss-Resales zu Großhandelsbedingungen gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG aufzuerlegen, Abwägungsfehler unterlaufen sind. Die Annahme eines Abwägungsdefizits verstößt zwar gegen Bundesrecht, soweit das Verwaltungsgericht hierzu auf eine besondere Begründungspflicht nach Ablauf der Frist in § 150 Abs. 5 TKG verweist, der die Bundesnetzagentur nicht nachgekommen sei (a). Ohne Verstoß gegen revisibles Recht hat das Verwaltungsgericht die Annahme eines Abwägungsdefizits jedoch darüber hinaus mit der unterbliebenen Berücksichtigung einer Abwägungsregel, wonach Anschluss-Resale in der Regel zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist (b), sowie mit dem Fehlen ausreichender tatsächlicher Feststellungen (c) begründet.
- 36 a) Ein der angefochtenen Regulierungsverfügung zugrunde liegendes Abwägungsdefizit kann entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts nicht in dem Fehlen einer (vertieften und konkreten) Begründung gesehen werden, warum es auch nach Ablauf der Frist des § 150 Abs. 5 TKG in der bis zum Inkrafttreten

des Gesetzes vom 3. Mai 2012 geltenden Fassung noch geboten erscheine, den Zielen und Belangen nach § 2 Abs. 2 Nr. 3, § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 TKG (Förderung und Schutz von infrastrukturbasiertem Wettbewerb und Innovationen) allgemein und pauschal den Vorrang zu geben bzw. vom Regelfall des Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu Gunsten eines unrabattierten Anschluss-Resale abzusehen.

- 37 Aus dem Umstand des Ablaufs der in § 150 Abs. 5 TKG in der hier maßgeblichen Fassung genannten Frist können keine besonderen Begründungspflichten der Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr eingeräumten Regulierungsermessens hergeleitet werden. Nach dieser - auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses eingefügten (vgl. Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 150 Rn. 16; Müller, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 150 Rn. 44) - Bestimmung wurde § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG bis zum 30. Juni 2008 mit der Maßgabe angewendet, dass Anschlüsse nur in Verbindung mit Verbindungsleistungen zur Verfügung gestellt werden müssen. Selbst wenn Hintergrund dieser befristeten Aussetzung der Pflicht zum entbündelten Anschluss-Resale - wie das Verwaltungsgericht ausführt - die Erkenntnis des Gesetzgebers gewesen sein sollte, dass von bestimmten, auf Anschluss-Resale beruhenden Geschäftsmodellen Gefahren für den infrastrukturbasierten Wettbewerb ausgehen können (vgl. hierzu sowie zu den intensiven Auseinandersetzungen um die Resale-Verpflichtung im Gesetzgebungsverfahren: Piepenbrock/Attendorn, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 21 Rn. 145; H. Jochum, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand März 2007, § 21 Rn. 54; Müller, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 150 Rn. 44), enthält die Vorschrift weder eine positive noch eine negative Aussage zu der Frage, ob ein Anschluss-Resale in der Regel zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist. Da sich ihr Regelungsgehalt vielmehr darauf beschränkt, den sachlichen Anwendungsbereich des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG vorübergehend auf das (mit Verbindungsleistungen) *gebündelte* Anschluss-Resale zu beschränken, kann der Vorschrift nach ihrem Außerkrafttreten erst recht keine die Abwägung steuernde Wirkung in Bezug auf die Frage zukommen, ob *entbündeltes* Anschluss-Resale gegebenenfalls zu Großhandelsbedingungen oder zu Endkundenbedingungen zu gewähren ist.

- 38 b) Das Verwaltungsgericht hat ein Abwägungsdefizit jedoch zu Recht darin erkannt, dass die Bundesnetzagentur eine - ihr Ermessen einschränkende - gesetzliche Abwägungsregel nicht berücksichtigt hat, der zufolge die Zugangsleistung des Anschluss-Resale grundsätzlich gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist. Weder die Annahme einer solchen Abwägungsregel (aa) noch die Würdigung, dass die Beklagte diese Abwägungsregel fehlerhaft nicht berücksichtigt habe (bb), sind aus revisionsgerichtlicher Sicht zu beanstanden.
- 39 aa) Der Ausgangspunkt des Verwaltungsgerichts, dass die Zugangsleistung des Anschluss-Resale grundsätzlich gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist, verstößt nicht gegen revisibles Recht.
- 40 Die Regelbeispiele des § 21 Abs. 2 TKG sind zwar weder abschließend noch enthalten sie einen Typenzwang in dem Sinne, dass von der geregelten Ausgestaltung der Zugangsverpflichtungen nicht abgewichen werden dürfte. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, dem systematischen Zusammenhang und der Entstehungsgeschichte der Norm: Nach § 21 Abs. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, *unter anderem* die im Folgenden aufgezählten Zugangsverpflichtungen auferlegen. Hiervon unberührt bleibt die Grundnorm des § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG, die auch andere oder in der Ausgestaltung von dem Katalog des § 21 Abs. 2 TKG abweichende Zugangsverpflichtungen zulässt. In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung wird dem entsprechend zu der damals noch als § 19 in der Entwurfsfassung enthaltenen Vorschrift ausgeführt, dass Absatz 2 eine „nicht abschließende“ Reihe von Verpflichtungen enthalte, die die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht auferlegen könne; ferner werden „potentielle weitere Verpflichtungen“ nach Absatz 1 Satz 1 erwähnt (vgl. BTDrucks 15/2316 S. 65, li. Sp.).
- 41 Das Verwaltungsgericht hat jedoch zu Recht angenommen, dass in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG eine Zielvorstellung des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt, die das der Bundesnetzagentur eingeräumte Regulierungsermessen dahingehend

einschränkt, dass Resale als Gegenstand einer Zugangsverpflichtung grundsätzlich zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist. Diese Annahme verstößt entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht gegen die Grundsätze des Regulierungsermessens. Daraus, dass der Bundesnetzagentur bei der Frage, welche der in § 13 Abs. 1 und 3 TKG (bzw. § 13 Abs. 1 und 5 TKG 2012) vorgesehenen Maßnahmen sie ergreift und gegebenenfalls kombiniert, im Regelfall ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum zusteht, folgt nicht, dass eine gesetzliche Einschränkung des Regulierungsermessens grundsätzlich ausgeschlossen ist. So hat der Senat etwa bereits entschieden, dass der Bundesnetzagentur bei der Auferlegung der Pflicht zur Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl nach § 40 Abs. 1 TKG a.F. kein Auswahlermessen zusteht, sondern es sich hierbei um eine gebundene Entscheidung handelt (Urteil vom 29. Oktober 2008 a.a.O. Rn. 59 f.).

- 42 Dass eine normative Vorsteuerung des Regulierungsermessens zwingend ausgeschlossen ist, ergibt sich entgegen der Auffassung der Beigeladenen insbesondere auch nicht aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 3. Dezember 2009 - Rs. C-424/07 - (Slg. 2009, I-11431). Darin hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch den Erlass von § 9a TKG gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie, aus den Art. 6 bis 8 Abs. 1 und 2, Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 der Rahmenrichtlinie sowie aus Art. 17 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie verstoßen hat. Zur Begründung hat der Gerichtshof unter anderem ausgeführt, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer hoheitlichen Funktionen über eine weitreichende Befugnis verfügen, um die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes in jedem Einzelfall beurteilen zu können (Rn. 61). In diese weiten Befugnisse dürfe der nationale Gesetzgeber nicht dadurch eingreifen, dass er - wie durch § 9a TKG geschehen - die Regulierung neuer Märkte für den Regelfall ausschließt (Rn. 78). Da die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet seien, bei der Wahrnehmung der im gemeinsamen Rechtsrahmen genannten regulatorischen Aufgaben die in Art. 8 der Rahmenrichtlinie genannten Regulierungsziele zu fördern, stehe auch die Abwägung zwischen diesen Zielen bei der Definition und der Analyse eines für die Regulierung in Betracht kommenden relevanten Marktes den nationalen Regulierungsbehörden und

nicht den nationalen Gesetzgebern zu (Rn. 91). Eine nationale Rechtsvorschrift wie § 9a Abs. 2 TKG, die für die Untersuchung der Regulierungsbedürftigkeit eines neuen Marktes durch die nationale Regulierungsbehörde die vorrangige Berücksichtigung eines der in der Rahmenrichtlinie anerkannten Ziele vorschreibe, nehme eine Abwägung dieser Ziele vor, obwohl diese Abwägung bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen regulatorischen Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörde zufalle (Rn. 93). Folglich verstoße § 9a Abs. 2 TKG, der einem bestimmten Regulierungsziel den Vorrang gebe, gegen Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie, Art. 8 Abs. 1 und 2 der Rahmenrichtlinie sowie Art. 17 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie und schränke das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde in einer mit diesen Richtlinien nicht vereinbaren Weise ein (Rn. 94). Zu der diesen Erwägungen zugrunde liegenden Annahme des Gerichtshofs, dass eine normative Vorsteuerung des unionsrechtlich vorgesehenen Regulierungsermessens durch den nationalen Gesetzgeber grundsätzlich ausgeschlossen ist, steht es indes nicht in Widerspruch, wenn das nationale Recht lediglich eine Einschränkung des Regulierungsermessens nachvollzieht, die bereits im Unionsrecht selbst angelegt ist. So verhält es sich aber mit der vom Verwaltungsgericht angenommenen Abwägungsregel. Die vom Verwaltungsgericht angenommene Einschränkung des Regulierungsermessens dahingehend, dass ein Anschluss-Resale in der Regel zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist, lässt sich nicht nur dem maßgeblichen nationalen Recht (1), sondern auch dem zugrunde liegenden Unionsrecht (2) durch Auslegung entnehmen.

- 43 (1) Die Annahme, dass nach nationalem Recht ein Anschluss-Resale in der Regel zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist, kann sich auf den Gesetzeswortlaut stützen. Die Formulierung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG verknüpft die Verpflichtung, „Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern angeboten werden“, zu gewähren, mit der weiter gehenden Verpflichtung, diesen Zugang „zu Großhandelsbedingungen“ zu gewähren. Beide Verpflichtungen beziehen sich auf das in der Vorschrift genannte Ziel, Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen. Diese Verknüpfung schließt es zwar - wie oben ausgeführt - nicht zwingend aus, dass nach der Grundnorm des § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG auch eine

Verpflichtung zum Anschluss-Resale ohne gleichzeitige Gewährung von Großhandelsbedingungen auferlegt werden könnte, lässt jedoch den Ausnahmecharakter einer Resale-Verpflichtung zu Endkundenbedingungen erkennen.

- 44 Der im Gesetzeswortlaut angelegte Ausnahmecharakter des Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen wird durch die innere Systematik des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG bestätigt. Denn die Einschränkung der Zugangspflicht auf solche vom Betreiber angebotenen Dienste, die auch „Endnutzern angeboten werden“, korrespondiert mit der Gewährung des Zugangs „zu Großhandelsbedingungen“. Das marktmächtige Unternehmen soll einerseits nicht verpflichtet werden können, zum Zweck des Resale neue Produkte zu kreieren, sondern lediglich den Weitervertrieb von ihm selbst aktuell angebotener Endnutzerdienste ermöglichen müssen (vgl. Mayen, in: Scheuerle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 21 Rn. 98; Piepenbrock/Attendorn, a.a.O. § 21 Rn. 151; Börnsen/Coppik, MMR 2004, 143 <146>). Diesem Schutz der Produkthoheit des zugangsverpflichteten Unternehmens steht andererseits nach der Gesetzessystematik dessen Pflicht gegenüber, das Recht zum Weitervertrieb zu denjenigen (kommerziellen) Bedingungen zu gewähren, zu denen sich gewerbliche Anbieter von Telekommunikationsdiensten üblicherweise ihre Vorleistungen auf der vorgelagerten Wirtschaftsstufe beschaffen (vgl. Mayen, a.a.O. § 21 Rn. 104; Piepenbrock/Attendorn, a.a.O. § 21 Rn. 153), wobei sich Großhandelsbedingungen im Wesentlichen auf die Entgeltgestaltung beziehen, die in § 30 Abs. 5 TKG (bzw. § 31 Abs. 2 Nr. 1 TKG 2012) einer speziellen Regelung unterworfen worden ist (vgl. Thomaschki/Neumann, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 21 Rn. 145). Der für den Bereich des Resale in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG angelegte differenzierte Ausgleich zwischen der Gewährung von Endkundenbedingungen bei der Produktgestaltung einerseits und von Großhandelsbedingungen bei der Entgeltgestaltung andererseits lässt erkennen, dass der Gesetzgeber Abweichungen hiervon nur in atypischen Fällen zulassen will.
- 45 Gegen die Annahme, dass ein Anschluss-Resale in der Regel zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist, lässt sich aus systematischer Sicht nicht einwenden, dass die Auferlegung der in § 21 Abs. 2 TKG aufgeführten möglichen Zugangspflichten nicht - wie in den Fällen des § 21 Abs. 3 TKG - aufgrund einer



Soll-Bestimmung erfolgt. Denn dass § 21 Abs. 2 TKG als Kann-Bestimmung ausgestaltet ist, hat lediglich zur Folge, dass ein Verzicht auf die Auferlegung der dort genannten Zugangspflichten nicht nur in atypischen Fällen möglich ist. Hinsichtlich der Frage, ob die Regulierungsbehörde dann, wenn sie sich für die Auferlegung einer Resale-Verpflichtung entscheidet, ohne weiteres von der Festlegung der Gewährung von Großhandelsbedingungen absehen kann, oder ob sie dies als Abweichung von dem gesetzlichen Regelfall besonders begründen muss, ist der Ausgestaltung als „Kann-“ oder „Soll-Bestimmung“ keine Aussage zu entnehmen.

- 46 Auch der Sinn und Zweck der in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG geregelten Zugangsverpflichtung spricht dafür, dass ein Anschluss-Resale in der Regel zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist. Dieser Zweck besteht darin, es den Zugangsberechtigten zu ermöglichen, in einen unabhängigen chancengleichen Wettbewerb mit dem marktbeherrschenden Zugangsverpflichteten zu treten (vgl. Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 21 Rn. 27). Die wettbewerbsfördernde Wirkung des Resale beruht nach der Rechtsprechung des Senats im Wesentlichen darauf, dass die entsprechenden Anbieter unter Nutzung der nachgefragten Leistungen mit vergleichsweise geringen Kosten neue Produkte herstellen und auf den Markt bringen und bei niedrigen Investitionskosten kurzfristig und flächendeckend Telekommunikationsdienstleistungen zu günstigen Preisen anbieten können (Urteil vom 3. Dezember 2003 - BVerwG 6 C 20.02 - BVerwGE 119, 282 <296>). Da sich niedrige Endkundenpreise in erster Linie über niedrige Vorleistungspreise erzielen lassen (vgl. Börnsen/Coppik, a.a.O. S. 144), setzt dies voraus, dass der Zugangsberechtigte die Leistung zu einem günstigeren Preis beziehen kann als die Endkunden des marktbeherrschenden Unternehmens. Dass gerade die Entgeltgestaltung für die wettbewerbsfördernde Wirkung des Resale entscheidend ist, geht auch daraus hervor, dass der Gesetzgeber die Entgelte für Zugangsleistungen zu bestimmten vom marktbeherrschenden Netzbetreiber angebotenen Diensten zu Großhandelsbedingungen, die Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglichen sollen, in § 30 Abs. 5 TKG (jetzt: § 31 Abs. 2 Nr. 1 TKG 2012) einem besonderen materiellen Maßstab unterworfen hat. Der üblichen Vorgehensweise in der kaufmännischen Praxis bei der Preisbestimmung von

Wiederverkaufsleistungen entsprechend (vgl. Groebel/Seifert, in: Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 30 Rn. 45) ergibt sich danach das Entgelt aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht.

- 47 Dass durch ein Anschluss-Resale ohne Großhandelsbedingungen das mit der Auferlegung einer entsprechenden Regulierungsverpflichtung angestrebte Ziel der Chancengleichheit des Wettbewerbs in der Regel verfehlt werden dürfte, wird insbesondere auch an dem vom Verwaltungsgericht festgestellten und von der Beigeladenen nicht bestrittenen Umstand deutlich, dass sich auf Seiten des marktmächtigen Unternehmens bei der Bereitstellung von Leistungen zum Zwecke des Resale gegenüber der Bereitstellung für die eigenen Endkunden durch Verbundvorteile und Einsparungen beim Vertrieb und bei der Kundenbetreuung Kostenvorteile ergeben. Werden diese Kostenvorteile nicht im Wege der Einräumung eines Großhandelsrabatts an die Reseller weitergegeben, erhöht dies die Gewinnmarge des marktbeherrschenden Unternehmens, wodurch das Marktgleichgewicht, dem entgegengewirkt werden soll, im Ergebnis weiter vertieft wird.
- 48 (2) Die Einschränkung des Regulierungsermessens der Bundesnetzagentur dahingehend, dass ein Anschluss-Resale in der Regel zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist, ergibt sich in vergleichbarer Weise auch aus Art. 12 der Zugangsrichtlinie, dessen Umsetzung § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG - wie bereits ausgeführt - dient.
- 49 Gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 der Zugangsrichtlinie können die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 8 dieser Richtlinie Betreiber dazu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben, unter anderem wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen

würden. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d der Zugangsrichtlinie darf Betreibern unter anderem die Verpflichtung auferlegt werden, „bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten“. Wie § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG enthält zwar auch die zugrunde liegende Richtlinienbestimmung - wie die einleitenden Worte „unter anderem“ anzeigen - keine abschließende Regelung, lässt jedoch ebenfalls erkennen, dass Dienste zum Zweck des Vertriebs durch Dritte in der Regel „zu Großhandelsbedingungen“ anzubieten sind. Ihren Grund findet diese Verknüpfung ersichtlich in der Annahme des Richtliniengebers, dass das in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 der Zugangsrichtlinie hervorgehobene Ziel der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene durch die Auferlegung der Verpflichtung zur Gewährung eines Weitervertriebs von Diensten ohne Großhandelsbedingungen regelmäßig nicht zu erreichen wäre, weil ein solches Angebot aus den oben dargelegten Gründen unter gewöhnlichen Umständen wirtschaftlich nicht rentabel wäre und für Wettbewerber des marktbeherrschenden Betreibers auf dieser Grundlage allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen ein Anreiz zu einem Markteintritt bestünde. Im Hinblick auf die von der nationalen Regulierungsbehörde nach Art. 8 Abs. 1 und 2 der Rahmenrichtlinie vorzunehmende Abwägung der Regulierungsziele bedeutet dies, dass die Regulierungsbehörde es - wie nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG - besonders zu begründen hat, wenn sie einem marktbeherrschenden Unternehmen die nicht mit der Gewährung von Großhandelsbedingungen verbundene Verpflichtung auferlegt, Dritten bestimmte Dienste zum Weitervertrieb zu Endkundenbedingungen anzubieten.

- 50 bb) Ist das Verwaltungsgericht mithin ohne Verstoß gegen revisibles Recht von dem Bestehen der genannten Abwägungsregel ausgegangen, ist auch die sich hieran knüpfende weitere Annahme, dass die Bundesnetzagentur diese Abwägungsregel nicht berücksichtigt habe, nicht zu beanstanden.
- 51 Dass die Bundesnetzagentur nicht etwa von einem Ausnahmecharakter des Anschluss-Resale zu Endkundenbedingungen, sondern von dessen grundsätzlicher Gleichrangigkeit mit einem Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ausgegangen ist, ergibt sich aus dem Inhalt der Begründung der angefoch-

tenen Regulierungsverfügung. So hat die Regulierungsbehörde darauf abgestellt, dass die Möglichkeit der unrabattierten Form des Wiederverkaufs von Telefonanschlüssen „ausreichend“ sei, „um die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren“ (S. 28 des Beschlusses). Die Gewährung eines Rabattes sei „zur Erreichung dieses Ziels nicht erforderlich“ (a.a.O.). Es sei „im Rahmen einer Abwägung von der Auferlegung eines rabattierten Anschluss-Resale abgesehen“ worden (S. 28 f. des Beschlusses). Die Einführung eines Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen wäre nach Auffassung der Bundesnetzagentur „nicht das richtige Regulierungsinstrument“ (S. 29 des Beschlusses).

- 52 In diesem Zusammenhang geht die Beklagte zwar auf den in den Stellungnahmen der Wettbewerber geäußerten Einwand ein, dass ohne rabattiertes Anschluss-Resale eine Nachbildbarkeit von Bündelprodukten nicht möglich sei; ihre diesbezüglichen Erwägungen bleiben jedoch im Wesentlichen allgemeiner Natur. So wird etwa ausgeführt, dass mit TAL und IP-Bitstrom zwei Vorleistungsprodukte existierten, auf denen unmittelbar aufbauend Unternehmen unter Verwendung eigener Infrastruktur langfristig und nachhaltig in Wettbewerb zur Betroffenen treten könnten. Im Gegensatz dazu sei derzeit davon auszugehen, dass ein rein auf dem Weiterverkauf rabattierter Telefonanschlüsse der Betroffenen aufbauendes Geschäftsmodell den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG in geringerem Maße Rechnung tragen würde. Insbesondere bestehe bei derartigen Geschäftsmodellen keine zwingende Notwendigkeit und kaum ein Anreiz, in weitreichendem Umfang in den Ausbau von Infrastruktur zu investieren. Diesem Aspekt trage dagegen der reine Wiederverkauf von Telefonanschlüssen zu Endkundenbedingungen Rechnung, da allein darauf aufbauend kein tragfähiges Geschäftsmodell betrieben werden könne. Es bestehe somit ein Anreiz, weitergehende Investitionen in Gebieten zu tätigen, in denen zuvor unter Verwendung von Telefonanschlüssen der Betroffenen Kunden gewonnen werden konnten. Die Überprüfbarkeit der Nachbildbarkeit des entbündelten Anschlusses sei dadurch gewährleistet, dass die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes, insbesondere § 28 TKG, möglichem Missbrauch durch die Betroffene in Form von Dumping und Preis-Kosten-Scheren bezogen auf den

Anschluss vorbeugen. Ihre Einschätzung, dass die Einführung eines Anschluss-Resale zu Großkundenbedingungen „nicht zuletzt vor dem Hintergrund der bisherigen zu erwartenden Marktentwicklung nicht das richtige Regulierungsinstrument“ wäre, begründet die Regulierungsbehörde mit der Erwägung, dass die Entwicklung zeige, dass mit zunehmender Wettbewerbsintensität die Abhängigkeit von Vorleistungen der Betroffenen abnehme, da Wettbewerber jeweils bei Erreichen einer kritischen Masse auf einer Stufe der Investitionsleiter Investitionen auf der nächst höheren Infrastrukturstufe vornähmen.

- 53 An keiner Stelle ihrer Begründung lässt die Behörde jedoch eine Auseinandersetzung mit dem Umstand erkennen, dass sowohl der nationale Gesetzgeber als auch der Richtlinienggeber auf Unionsebene ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen dem Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen und dem unrabattierten Anschluss-Resale vorgegeben haben. Mit ihren allgemein gehaltenen regulierungspolitischen Erwägungen zu dem aus ihrer Sicht erforderlichen Schutz des infrastrukturbasierten Wettbewerbs vor Geschäftsmodellen, die auf dem Wiederverkauf von Telefonanschlüssen der Beigeladenen basieren, überschreitet die Bundesnetzagentur die ihrem Regulierungsermessen gezogenen Grenzen, indem sie im Ergebnis die vom Gesetzgeber durch die Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG - in Kenntnis der aufgezeigten Gefahren (vgl. oben zu a) - getroffene Grundentscheidung für ein rabattiertes Anschluss-Resale revidiert. Unter Beachtung dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung hätte die Bundesnetzagentur ihre in dem angefochtenen Beschluss getroffene Entscheidung, von der Verpflichtung der Beigeladenen zur Gewährung eines Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ausnahmsweise zu Gunsten eines unrabattierten Anschluss-Resale abzusehen, in rechtlich zulässiger Weise nur mit einer atypischen Sachverhaltskonstellation oder etwa dem Eintritt einer vom Gesetzgeber nicht vorhergesehenen Marktentwicklung begründen können, die wegen unerwartet aufgetretener Beeinträchtigungen oder Risiken zu einer besonderen Schutzbedürftigkeit des infrastrukturbasierten Wettbewerbs führt. Für eine derartige Marktentwicklung sind der Beschlussbegründung indes keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte zu entnehmen.

- 54 c) In engem Zusammenhang mit dem Abwägungsfehler der mangelnden Berücksichtigung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen dem Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen und dem unrabattierten Anschluss-Resale steht das vom Verwaltungsgericht im Ergebnis ebenfalls zu Recht festgestellte weitere Abwägungsdefizit einer unzureichenden Sachverhaltsermittlung.
- 55 Tatsächliche Feststellungen hätte die Bundesnetzagentur nach Auffassung des Verwaltungsgerichts zum einen zu der Frage treffen müssen, ob „die skizzierten Gefahren für den Wettbewerb auch zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Regulierungsverfügung im vierten Quartal 2010 noch fortbestehen und ihnen deswegen nach wie vor durch den Verzicht auf eine Verpflichtung zum Anschlussresale zu Großhandelsbedingungen entgegenzuwirken ist“. Für unvollständig ermittelt hält das Verwaltungsgericht den Sachverhalt darüber hinaus in Bezug auf die Frage, „ob die Entstehung eines maßgeblich auf Anschlussresale zu Großhandelsbedingungen basierenden Geschäftsmodells, von dem die gesehenen Wettbewerbsgefahren ausgehen könnten, bei der zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Regulierungsverfügung bestehenden Marktentwicklung und bei einer darüber hinausgehenden prognostischen Betrachtung überhaupt noch zu befürchten ist und ob ein solches Geschäftsmodell in der Breite Erfolg haben könnte“.
- 56 Diese eng zusammenhängenden Fragen knüpfen an die das Abwägungsergebnis wesentlich tragenden Erwägungen der Bundesnetzagentur an, dass die Wettbewerber der Beigeladenen, die schon jetzt in Infrastruktur investierten, keine Entwertung ihrer Investitionen durch das vergleichsweise risikolosere, auf Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen basierende Geschäftsmodell von Resellern bzw. Diensteanbietern befürchten müssten (S. 28 des Beschlusses), dass ein Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen tendenziell die Rahmenbedingungen beeinträchtigen würde, unter denen Netzbetreiber in alternative Infrastruktur investiert hätten, und die Tragfähigkeit von infrastruktur-basierten Geschäftsmodellen belasten würden (a.a.O.), sowie dass durch den Verzicht auf die Anordnung eines Rabattes sichergestellt werden könne, dass der weitere Ausbau von Breitbandinfrastruktur nicht durch eine Bevorzugung von Anbietern mit schwächerem eigenen Infrastrukturausbau behindert werde

(S. 27 des Beschlusses). Mit diesen Erwägungen bringt die Bundesnetzagentur ihre - das Abwägungsergebnis maßgeblich determinierende - Auffassung zum Ausdruck, dass von einer Verpflichtung zur Gewährung eines Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen Gefahren für den weiteren Infrastrukturausbau ausgehen würden, weil Wettbewerber der Beigeladenen die hierdurch geschaffene Möglichkeit „vergleichsweise risikoloserer“ Geschäftsmodelle ergreifen und auf diese Weise zugleich die Rentabilität der Investitionen derjenigen Wettbewerber, deren Geschäftsmodell auf Infrastrukturausbau beruht, in erheblichem Umfang schmälern würden. Es gelte den „erreichten Erfolg“ zu bewahren, der darin bestehe, dass sich „aufgrund der Entscheidungen der Bundesnetzagentur (...) durch den Wettbewerb auf TAL-Basis ein infrastrukturbasierter Wettbewerb entwickelt“ habe, mit der Folge, dass eine Vielzahl von Unternehmen sich durch einen Ausbau von Infrastruktur in Richtung Endkunde unabhängiger von den Vorleistungen der Betroffenen machen könne, „soweit sie nicht durch Preissenkungen von stärker diensteorientierten Wettbewerbern unter Druck gesetzt“ werde (S. 29 des Beschlusses).

- 57 Die wiedergegebenen Erwägungen in der Begründung der angefochtenen Regulierungsverfügung lassen erkennen, dass sich die Bundesnetzagentur im Rahmen der Abwägung maßgeblich auf eine Prognose der (nachteiligen) Auswirkungen einer Regulierungsverpflichtung zur Gewährung eines Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen auf die Investitionstätigkeit der Telekommunikationsunternehmen im Bereich des Infrastrukturausbaus stützt. Selbst wenn Prognosen der Behörde nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegen, hat das Gericht jedenfalls zu prüfen, ob die Prognose nach einer geeigneten Methode durchgeführt wurde, ob der zugrunde gelegte Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde und ob das Ergebnis einleuchtend begründet ist (vgl. nur Urteil vom 13. Oktober 2011 - BVerwG 4 A 4001.10 - BVerwGE 141, 1 Rn. 59, m.w.N.). Das damit vorausgesetzte Mindestmaß an tatsächlichen Feststellungen ist bei der streitgegenständlichen Beschlusskammerentscheidung nicht erfüllt.

58 Die grundsätzlich erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen waren nicht etwa deshalb ausnahmsweise entbehrlich, weil es sich bei der Annahme, dass ein Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen die Investitionstätigkeit der Telekommunikationsunternehmen im Bereich des Infrastrukturausbaus in relevantem Umfang beeinträchtigt, um eine allgemeinkundige Tatsache handeln würde. Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass die Bundesnetzagentur selbst Entwicklungen aufgezeigt hat, die einer solchen Annahme entgegenstehen könnten. So hat die Bundesnetzagentur festgestellt, dass sich auf dem Telekommunikationsmarkt kein Wettbewerber der Beigeladenen betätige, der ein Geschäftsmodell verfolgt, welches ausschließlich den Vertrieb von Telefonanschlüssen zum Gegenstand habe, und dass in dem hier besonders betroffenen Marktsegment der Betreiber(vor)auswahl wegen der Bevorzugung von Bündelprodukten ein rückläufiger Trend zu beobachten sei. Sie hat weiter festgestellt, dass „nach dem Stand der erreichten Marktentwicklung“ allein auf den Wiederverkauf von Anschlüssen basierende Geschäftsmodelle „nicht tragende Säulen einer weiteren Verfestigung wettbewerblicher Strukturen auf dem Telekommunikationsmarkt“ seien und sich inzwischen ein infrastrukturbasierter Wettbewerb entwickelt habe mit der Folge, dass eine Vielzahl von Unternehmen in den Ausbau eigener Infrastruktur investiert habe. Diese von der Beschlusskammer selbst getroffenen Feststellungen lassen es zumindest als zweifelhaft erscheinen, ob eine Zugangsverpflichtung in Form des Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen ohne weiteres - d.h. insbesondere ohne Rücksicht auf die konkrete Entgeltgestaltung - zu dem von der Beschlusskammer befürchteten Rückgang der Investitionstätigkeit im Bereich des Infrastrukturausbaus führen würde. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Aufwendungen für die Errichtung, den Ausbau und die Unterhaltung der Netze Bestandteil der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung sein können, an denen sich die Entgelte zu orientieren haben, die der Marktbeherrscher von den Wettbewerbern für die von ihm erstrebten Leistungen verlangen kann, und durch die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Aufwendungen bei der Entgeltgestaltung den privaten Interessen der Anbieter mit eigener Netzstruktur Rechnung getragen wird (vgl. Urteil vom 3. Dezember 2003 - BVerwG 6 C 20.02 - BVerwGE 119, 282 <296>). Zur Stützung ihrer Prognose hätte die Bundesnetzagentur deshalb die Sachverhalts-



feststellungen treffen müssen, deren Fehlen das Verwaltungsgericht beanstandet hat.

- 59 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, der auch zu Lasten des Drittbeteiligten Rechtsmittelführers gilt. Da die Beklagte als unterlegene Hauptbeteiligte keine eigene Revision eingelegt hat, kommt § 159 VwGO - anders als im erstinstanzlichen Verfahren - nicht zur Anwendung und erstreckt sich die Kostentragungspflicht der Beigeladenen auch auf die außergerichtlichen Kosten der Beklagten im Revisionsverfahren (Urteil vom 9. Mai 2012 - BVerwG 6 C 3.11 - Rn. 66).

Neumann

Büge

Dr. Graulich

Hahn

Prof. Dr. Hecker

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 50 000 € festgesetzt.

Neumann

Büge

Dr. Graulich

Hahn

Prof. Dr. Hecker

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG 2004

§ 2 Abs. 2, § 9 Abs. 1, §§ 10, 11, 13, 21  
Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3, § 30 Abs. 5, § 39  
Abs. 1 Satz 1, § 150 Abs. 5

Richtlinie 2002/19/EG

Art. 8 Abs. 2, Art. 12

Richtlinie 2002/21/EG

Art. 8, Art. 16 Abs. 4

Richtlinie 2002/22/EG

Art. 17 Abs. 1

Stichworte:

Telekommunikation; Regulierungsverfügung; Verpflichtungsklage eines Wettbewerbers; maßgebliche Rechtslage; Zugangsverpflichtung; Anschluss-Resale; Großhandelsbedingungen; Marktdefinition; Marktanalyse; bundesweiter Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten; relevanter Markt; enger funktionaler Zusammenhang; Vorleistungsmarkt; Endkundenmarkt; Regulierungsermessen; Abwägungsdefizit; Nichtberücksichtigung einer Abwägungsregel; unzureichende Sachverhaltsermittlung.

Leitsätze:

1. Für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist keine auf sie bezogene spezifische Marktdefinition und -analyse erforderlich, sondern lediglich ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen der Einrichtung, zu der Zugang zu gewähren ist, und dem Markt, für den ein Regulierungsbedarf festgestellt worden ist. Besteht der in der Marktanalyse festgestellte Regulierungsbedarf für einen Markt für Endkundenleistungen, ist von einem derartigen Zusammenhang auszugehen, wenn die Einrichtung, zu der auf der Vorleistungsebene Zugang zu gewähren ist, unmittelbar Bestandteil des regulierungsbedürftigen Marktes ist (Fortentwicklung der Senatsrechtsprechung, vgl. Urteil vom 27. Januar 2010 - BVerwG 6 C 22.08 - Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 1 Rn. 30).

2. Das der Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Entscheidung über die Auferlegung der in § 13 TKG vorgesehenen Verpflichtungen eingeräumte Regulierungsermessen ist dahingehend einschränkt, dass Resale als Gegenstand einer Zugangsverpflichtung grundsätzlich zu Großhandelsbedingungen zu gewähren ist.

Urteil des 6. Senats vom 12. Juni 2013 - BVerwG 6 C 10.12

I. VG Köln vom 25.04.2012 - Az.: VG 21 K 1142/10 -