



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 22.08
VG 21 K 2701/07

Verkündet
am 27. Januar 2010
Bech
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 2010
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich,
Vormeier, Dr. Bier und Dr. Möller

für Recht erkannt:

Unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts
Köln vom 23. April 2008 wird die Regulierungsverfügung
der Bundesnetzagentur vom 27. Juni 2007 auch aufgehoben
in Bezug auf Nr. I 2.2 des Verfügungstenors, ferner in
Bezug auf Nr. I 2.3, 2.4 und 2.5 des Verfügungstenors,
soweit darin der Zugang zu zwei unbeschalteten Glasfasern
zwischen dem Hauptverteiler und dem Kabelverzweiger
angesprochen ist. Die weitergehende Revision der Klägerin
wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin 3/4
und die Beklagte 1/4.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten über die Regulierung des Vorleistungsmarktes für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung („Entbündelter Großkundenzugang ... zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten“, Markt 11 der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. Februar 2003, ABI EU Nr. L 114 S. 45).
- 2 Das zum Festnetz der Klägerin gehörende Teilnehmeranschlussnetz verbindet etwa 8 000 Hauptverteiler über rund 300 000 Kabelverzweiger mit ca. 39 Millionen Endkundenanschlüssen. Aufgrund einer Marktdefinition und

-analyse, die die Klägerin als das den bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung beherrschende Unternehmen identifizierte, erließ die Bundesnetzagentur erstmals durch Beschluss vom 20. April 2005 eine Regulierungsverfügung, mit der sie der Klägerin näher bezeichnete Zugangsverpflichtungen auferlegte. Seit dem Jahr 2006 baut die Klägerin ihr Anschlussnetz zur Erzielung besonders hoher Datenübertragungsraten nach dem VDSL-Standard aus. Dies bedingt die Unterbringung der bisher am Hauptverteiler installierten DSL-Übertragungstechnik (DSL Access Multiplexer - DSLAM) in den Kabelverzweigern, für die größere und mit Stromanschluss ausgestattete Multifunktionsgehäuse errichtet werden. Ferner werden Hauptverteiler und Kabelverzweiger mit Glasfaserleitungen verbunden.

- 3 Im Jahr 2007 schloss die Bundesnetzagentur eine neue Marktdefinition und -analyse ab. Darin kam sie zu dem Ergebnis, dass die Klägerin den bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung weiterhin beherrscht. Der sachlich relevante Markt umfasst nach ihren Feststellungen den entbündelten bzw. gebündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler oder einem anderen näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt, wobei bestimmte hybride, aus Kupferdraht und Glasfaser zusammengesetzte Anschlussvarianten („OPAL/ISIS“) dem Kupferanschluss gleichgestellt sind. Zu dem abgegrenzten Markt gehören weder der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form reiner Glasfaser noch der Zugang zu einer hybriden breitbandigen Infrastruktur am Hauptverteiler. Aufgrund dieser Marktfestlegung erließ die Bundesnetzagentur am 27. Juni 2007 eine Regulierungsverfügung (ABI BNetzA 2007, 2620) folgenden Inhalts:

„I. ...

1. Die der Betroffenen mit der Regulierungsverfügung ... vom 20.04.2005 auferlegten Verpflichtungen,

1.1 anderen Unternehmen

1.1.1 vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt (Kabel- bzw. Endverzweiger - APL) sowie des gemeinsamen Zuganges zu diesen Teil-

nehmeranschlüssen durch Aufteilung des nutzbaren Frequenzspektrums,

1.1.2 im erforderlichen Umfang gebündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Form der Kupferdoppelader einschließlich der Varianten OPAL/ISIS am Hauptverteiler,

1.1.3 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffern 1.1.1 und 1.1.2 Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen

zu gewähren sowie ...

1.3 dass die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der Kollokation gemäß Ziffer 1.1 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen,

werden beibehalten.

2. Die Betroffene wird darüber hinaus dazu verpflichtet,

2.1 zum Zwecke des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler zu gewähren, soweit hierfür die erforderlichen Leerkapazitäten vorhanden sind,

2.2 für den Fall, dass aus technischen Gründen oder aus Kapazitätsgründen die Gewährung des Zuganges zu Kabelkanälen nicht möglich ist, den Zugang zu unbeschalteter Glasfaser zu gewähren,

2.3 Nachfragern im Rahmen der Verpflichtung zur Zugangsgewährung zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger zum Zwecke der dafür erforderlichen Kabelverzweigerkollokation auf konkrete Anfrage über die Möglichkeit des Zugangs zum Kabelkanal bzw. zu zwei unbeschalteten Glasfasern zwischen dem Hauptverteiler und dem Kabelverzweiger zu informieren und offen zu legen, zu welchem Zeitpunkt sie den Kabelverzweiger zur Aufnahme von eigenen DSLAM ausbauen wird,

2.4 dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 2.1 und 2.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,

2.5 dass die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen und unbeschalteter Glasfaser gemäß Ziffern 2.1 und 2.2 sowie Informationen nach Ziffer 2.3 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen. ...

II. ...“

- 4 Zur Begründung führte die Bundesnetzagentur u.a. aus, die der Klägerin auferlegte Kollokationsverpflichtung umfasse auch die Kollokation im Kabelverzweiger in der Weise, dass Wettbewerber ihre technischen Einrichtungen zur Nutzung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung im Kabelverzweigergehäuse der Klägerin unterbringen könnten. Erforderlich und angemessen sei ferner die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu Kabelkanälen zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler. Dadurch werde die Marktzutrittschwelle für Wettbewerber abgesenkt, weil diese ihr Netz lediglich bis zum jeweiligen Übergabepunkt ausbauen müssten und auf aufwendige Tiefbaumaßnahmen zur Erschließung der Kabelverzweiger verzichten könnten. Die gleichen Gründe rechtfertigten es auch, die Klägerin zur Zugangsgewährung zu unbeschalteter Glasfaser zwischen dem Kabelverzweiger und dem Hauptverteiler zu verpflichten, falls Zugang zu Kabelkanälen ausnahmsweise nicht möglich sei.
- 5 Die Klage hatte nur insofern Erfolg, als die der Klägerin unter Nr. I 2.3 der Regulierungsverfügung u.a. auferlegte Pflicht zur Offenlegung der eigenen Ausbauplanungen aufgehoben worden ist. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen, da die Regulierungsverfügung, von der erwähnten Ausnahme abgesehen, rechtmäßig sei. Die Verpflichtung zur Gewährung der Kollokation im Kabelverzweiger und des Zugangs zu Kabelkanälen, hilfsweise zur unbeschalteten Glasfaser, beruhten auf einer erschöpfenden und im Hinblick auf die Regulierungsziele nicht zu beanstandenden Abwägung der gegenläufigen Belange.
- 6 Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Revision macht die Klägerin geltend, das angefochtene Urteil gehe von einem unzutreffenden Begriff der Kollokation aus, indem es neben den Hauptverteilern auch die Kabelverzweiger einbeziehe. Die Bundesnetzagentur habe verkannt, dass die Errichtung eigener Gehäuse zur Aufnahme der DSLAM für die Wettbewerber wirtschaftlich tragbar sei. Sie, die Klägerin, dürfe nicht zu einer Kapazitätserweiterung verpflichtet werden, zumal diese bislang ungelöste technische Probleme aufwerfe. Die Verpflichtung, Zugang zu Kabelkanalanlagen zu gewähren, überschreite den

durch die Marktabgrenzung gezogenen Rahmen, denn für Kabelkanalanlagen bestehe ein eigener Markt. In diesem Zusammenhang habe die Behörde auch verkannt, dass sie, die Klägerin, im Zusammenhang mit dem VDSL-Ausbau erhebliche und schutzwürdige Neuinvestitionen in Kabelkanalanlagen vorgenommen habe. Das Gleiche gelte erst recht für die in den Kabelkanälen verlegten neuen Glasfaserleitungen selbst. Die Verpflichtung, Wettbewerbern Zugang zu Netzkomponenten des von ihr aufgebauten VDSL-Netzes zu gewähren, sprengt den Rahmen des von der Bundesnetzagentur abgegrenzten Marktes und sei unvereinbar mit der Eigentumsgarantie.

7 Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

die unter Nummer I 2.1 bis 2.5 des Beschlusstextes der Regulierungsverordnung der Bundesnetzagentur vom 27. Juni 2007 auferlegten Verpflichtungen aufzuheben,

die unter Nummer I 1.1.3 des Beschlusstextes der Regulierungsverordnung enthaltene Verpflichtung, Kollokation im Kabelverzweiger zu gewähren, aufzuheben,

die unter Nummer I 1.3 des Beschlusstextes der Regulierungsverordnung auferlegte Verpflichtung aufzuheben, dass die Entgelte für die Gewährung der Kollokation im Kabelverzweiger der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

8 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

9 Sie verteidigt ihre Regulierungsverordnung sowie die Klageabweisung im Urteil des Verwaltungsgerichts.

II

10 Die zulässige Revision ist teilweise begründet. Das Verwaltungsgericht hätte der Klage, soweit über sie nicht bereits in erster Instanz rechtskräftig zu Lasten

der Beklagten entschieden worden ist, (auch) hinsichtlich der der Klägerin unter Nr. I 2.2 der Regulierungsverfügung auferlegten Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu unbeschalteter Glasfaser sowie hinsichtlich der dazu in Nr. I 2.3, 2.4 und 2.5 ausgesprochenen Annexverpflichtungen stattgeben müssen. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht die Klage zu Recht abgewiesen.

- 11 1. Das unter Nr. I 1.1.3 der Regulierungsverfügung ausgesprochene Gebot, anderen Unternehmen zum Zwecke des Zugangs gemäß Nr. I 1.1.1 und 1.1.2 Kollokation zu gewähren, ist entgegen der Auffassung der Klägerin auch insoweit rechtmäßig, als es sich auf die hier umstrittene Kollokation im Kabelverzweiger bezieht.
- 12 a) Der Regelungsgehalt der der Klägerin auferlegten Kollokationsverpflichtung, die die Bundesnetzagentur aus der vorangegangenen Regulierungsverfügung „beibehalten“ hat (s. § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG) und die damit als erneute materielle Entscheidung, d.h. als „Zweitbescheid“, einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung unterliegt (vgl. Mayen, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 13 Rn. 17), schließt die Kollokation im Kabelverzweiger ein. Das ergibt sich nicht nur aus der Begründung der Regulierungsverfügung, die dies ausdrücklich klarstellt, sondern auch bereits aus dem Verfügungsausspruch. Denn die Kollokationsverpflichtung zu Nr. I 1.1.3 des Tenors bezieht sich ihrem klaren Wortlaut nach u.a. auf die unter Nr. I 1.1.1 ausgesprochene Pflicht, Zugang zum Teilnehmeranschluss am Hauptverteiler „oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt“, insbesondere dem Kabelverzweiger, zu gewähren.
- 13 b) Rechtsgrundlage für die so verstandene, die Kabelverzweiger-Standorte mitumfassende Kollokationsverpflichtung ist § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG, wonach marktmächtigen Netzbetreibern u.a. die Verpflichtung auferlegt werden soll, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen und Masten zu ermöglichen sowie Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren. Soweit die Klägerin beanstandet, dass der im Gesetz verwendete Begriff der Kollokation sich auf die Mitbenutzung von betretbaren Räumen beschränke und

daher auf Kabelverzweigergehäuse nicht anwendbar sei, ist dem nicht zu folgen. Unter Kollokation ist die Unterbringung der für die Nutzung der Zugangsleistung erforderlichen Einrichtungen in den Räumen des marktmächtigen Netzbetreibers („physische Kollokation“), hilfsweise die Möglichkeit der Nutzung der Zugangsleistung unter gleichwertigen wirtschaftlichen, technischen und betrieblichen Bedingungen („virtuelle Kollokation“), zu verstehen. Diese beiden früher in § 3 Abs. 2 der Netzzugangsverordnung - NZV - vom 23. Oktober 1996 (BGBl I S. 1568) genannten Kollokationsformen sollten von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG ebenfalls erfasst werden (vgl. BTDrucks 15/2316 S. 66; s. auch Urteil vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 53 = Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 1).

- 14 Ausgehend davon ist die Kollokation im Kabelverzweiger ein Anwendungsfall der „physischen Kollokation“. Denn schon nach § 3 Abs. 1 NZV war die Nutzung der Leistung „räumlich an der Übertragungs-, Vermittlungs- oder betriebstechnischen Schnittstelle“ zu ermöglichen. Waren die betreffenden Schnittstellen nicht in betretbaren Gebäuden, sondern in Schaltkästen, Gehäusen, Behältern oder dergleichen untergebracht, handelte es sich auch insoweit nach Wortlaut und Zweck des § 3 NZV um Kollokationsorte, auf die sich die Kollokationsverpflichtung des marktmächtigen Unternehmens ebenfalls bezog. Dieser Rechtszustand ist durch § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG, der die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe aus Art. 12 Abs. 1 Buchst. f der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung - Zugangsrichtlinie, ZRL - umsetzt, nicht eingeschränkt worden. Vielmehr ist umgekehrt neben die Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation noch die Verpflichtung getreten, andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen zu ermöglichen, wobei das Gesetz beispielhaft auch Leitungen und Masten aufzählt, die ebenso wenig betreten werden können wie Schaltkästen. Selbst wenn die gemeinsame Nutzung des Kabelverzweigers eine „andere Form der gemeinsamen Nutzung“ darstellte und nicht dem Begriff der Kollokation unterfiele, wäre die hier umstrittene Verpflichtung von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG gedeckt, da es sich unter dieser - vom Senat nicht geteilten - Prämisse bei der Begriffswahl der Bundesnetzagentur

lediglich um eine offensichtliche und unschädliche Falschbezeichnung handeln würde.

- 15 c) Soweit die Verpflichtung zur Kollokationsgewährung marktmächtigen Netzbetreibern nach § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG auferlegt werden *soll*, wäre allerdings die Annahme einer strikten Bindung für den Regelfall mit der Möglichkeit der Abweichung (nur) in atypischen Fällen, mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar. Denn nach Art. 8 Abs. 2 und 4 i.V.m. Art. 9 bis 13 ZRL steht der nationalen Regulierungsbehörde in jedem Einzelfall ein Ermessen darüber zu, ob und inwieweit sie die betreffende Verpflichtung, hier die Kollokationsverpflichtung nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. f ZRL, ausspricht (vgl. Urteil vom 28. Januar 2009 - BVerwG 6 C 39.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 3 Rn. 34, 42 f.; s. auch EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009 - Rs. C-424/07 - CR 2010, 24 Rn. 89 ff.). Für die Rechtmäßigkeit einer auf die betreffende Soll-Vorschrift gestützten Regulierungsverfügung ist dies allerdings, wie der Senat ebenfalls schon ausgesprochen hat und woran er nach erneuter Prüfung festhält, im Ergebnis dann unschädlich, wenn die Bundesnetzagentur ihr Regulierungsermessen vorsorglich umfassend ausgeübt hat (s. Urteil vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 48). Dies ist, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, hier der Fall.
- 16 d) Bei der Prüfung, ob die Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht, hat die Bundesnetzagentur einen Katalog von Abwägungsgesichtspunkten zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 TKG). Diese durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte komplexe Abwägung kann von der Ermessensbetätigung der Bundesnetzagentur nicht getrennt werden, sondern ist Bestandteil des der Behörde in Anlehnung an das Planungsermessen eingeräumten Regulierungsermessens. Dessen Gebrauch ist vom Gericht auf Abwägungsfehler zu überprüfen. Fehlerhaft wird das Regulierungsermessen ausgeübt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat - Abwägungsausfall -, 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 - Abwägungsfehleinschätzung - oder der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen

worden ist, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht - Abwägungsdisproportionalität - (Urteile vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 - BVerwGE 130, 39 Rn. 28 ff. = Buchholz 442.066 § 132 TKG Nr. 1 und vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 47).

- 17 Im vorliegenden Fall begegnet die Ausübung des Regulierungsermessens in Bezug auf die hier umstrittene Verpflichtung, den Wettbewerbern Kollokation (auch) im Kabelverzweiger zu gewähren, keinen durchgreifenden Bedenken. Denn in der Gesamtschau der aus der ursprünglichen Regulierungsverfügung vom 20. April 2005 übernommenen Begründung, die auch und gerade im Hinblick auf die Kabelverzweiger-Kollokation aufrechterhalten wurde, mit den in die angefochtene Regulierungsverfügung neu aufgenommenen Begründungselementen wird deutlich, dass sich die Bundesnetzagentur mit den abwägungsrelevanten Gesichtspunkten hinreichend und im Ergebnis vertretbar auseinandergesetzt hat.
- 18 aa) Die Klägerin beanstandet einen Abwägungsausfall in Bezug auf die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit einer Nutzung konkurrierender Einrichtungen durch die Wettbewerber (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG). Sie rügt, die Bundesnetzagentur habe verkannt, dass den Wettbewerbern die Errichtung eigener Gehäuse zur Aufnahme ihrer DSLAM möglich sei.
- 19 Soweit sie der zu Art. 82 EG (jetzt Art. 102 AEUV) ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (s. insbesondere Urteil vom 26. November 1998 - Rs. C-7/97, Bronner - Slg. 1998, I-7791 Rn. 31 ff.) entnehmen will, dass ein Zugangsrecht schon dann ausscheidet, wenn den Wettbewerbern die Substitution der Zugangsleistung durch eigenrealisierte Einrichtungen überhaupt möglich ist (so auch Mayen a.a.O., § 21 Rn. 41), trifft dies nicht zu. Die genannte Rechtsprechung betrifft die nach allgemeinem Wettbewerbsrecht zu beantwortende Frage, inwieweit ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die Verweigerung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt seine Marktmacht missbraucht; auf die besonderen Verhältnisse eines der Marktregulierung unterliegenden Telekommunikationsunternehmens, dem nach Art. 8 ff. ZRL weitergehende Verpflichtungen auferlegt werden können, lässt sich diese Recht-

sprechung nicht in vollem Umfang übertragen (s. auch Urteil vom 28. Januar 2009 a.a.O. Rn. 20).

- 20 Mit dem in § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 angesprochenen Gesichtspunkt, bei dem es sich nicht um eine strikte Abwägungsgrenze handelt (so aber Mayen a.a.O. Rn. 42), sondern gemäß der nach Wortlaut und Systematik eindeutigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe in Art. 12 Abs. 2 ZRL um einen abwägungserheblichen Belang, hat sich die Bundesnetzagentur hinreichend auseinandergesetzt. Von dem aus § 68 Abs. 1 i.V.m. § 69 Abs. 1 TKG folgenden Recht der Wettbewerber, Verkehrswege für eigene Telekommunikationslinien einschließlich zugehöriger Schalt- und Verzweigungseinrichtungen (s. § 3 Nr. 26 TKG) zu nutzen, ist die Behörde im Grundsatz selbst ausgegangen. Unter dieser Prämisse hat sie aber die mangelnde Tragfähigkeit derartiger Lösungen damit begründet, dass eine Außenkollokation am Kabelverzweiger typischerweise wirtschaftlich ungünstiger sei als eine Binnenkollokation im Kabelverzweiger der Klägerin. Denn die Unterbringung von DSLAM-Technik in einem eigenen Gehäuse außerhalb des Kabelverzweigers der Klägerin erhöhe die Fixkosten je Kunde, weil der relative Auslastungsgrad sinke und jeder weitere Wettbewerber Kabelverzweiger-Investitionen mit einem kleineren Kundenpotenzial refinanzieren müsse. Dieser Zusammenhang ist - auch ohne eine von der Klägerin vermisste Kostenermittlung im Detail - unter dem Gesichtspunkt der von der Behörde zu wahrenen Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) ökonomisch nachvollziehbar und erhält besonderes Gewicht durch den Engpass-Charakter des von den Wettbewerbern mit vertretbarem Aufwand nicht zu duplizierenden Teilnehmeranschlussnetzes der Klägerin. Die Folgerung der Bundesnetzagentur, dass vor diesem Hintergrund eine generelle Beschränkung der Wettbewerber auf die Möglichkeit einer (Außen-)Kollokation am Kabelverzweiger wirtschaftlich nicht zumutbar wäre, liegt innerhalb des Ermessensspielraums.
- 21 bb) Auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Zugangsgewährung angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) ist der Bundesnetzagentur ein Abwägungsfehler nicht unterlaufen. Nach der Systematik des Gesetzes und in Einklang mit Art. 12 Abs. 2 ZRL handelt es sich auch bei der verfügbaren

Kapazität nicht um eine strikte Abwägungsgrenze, sondern um einen von mehreren zu berücksichtigenden Abwägungsgesichtspunkten (ebenso Thomaschki/Neumann, in: BerlKommTKG, 2. Aufl. 2009, § 21 Rn. 74 ff.; Piepenbrock/Attendorn, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 21 Rn. 86; Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 21 Rn. 17, jeweils unter Hinweis auf BTDrucks 15/2316 S. 64 f.; a.A. Mayen a.a.O. Rn. 43). Die Frage, in welchem Umfang eine etwaige Netzausbauverpflichtung mit den Grundrechten des Netzbetreibers vereinbar ist, bedarf aus Anlass des vorliegenden Falles keiner grundsätzlichen Klärung. Denn der hier in Rede stehende Ausbau betrifft nicht das Netz der Klägerin als solches, sondern seine Schnittstellen mit den Netzen der Wettbewerber. Dass der marktmächtige Netzbetreiber die dafür in Betracht kommenden Netzpunkte, die er ohne Marktregulierung nur auf seine eigenen Bedürfnisse ausrichten müsste, zum Zweck der Zugangsgewährung und der mit ihr verbundenen gemeinsamen Nutzung erforderlichenfalls anzupassen hat, kann vom rechtlichen Ansatz her nicht zweifelhaft sein und wird in § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG, Art. 12 Abs. 1 Buchst. f ZRL vorausgesetzt. Dem Interesse der Klägerin daran, einen etwaigen zusätzlichen Platzbedarf der Wettbewerber in den Kabelverzweigern nicht nach einem bereits erfolgten Ausbau noch nachträglich erfüllen zu müssen, ist hier dadurch Rechnung getragen, dass die Klägerin eine Kollokation im Kabelverzweiger nur bei *neu*, das heißt nach Erlass der Regulierungsverfügung, auszubauenden Kabelverzweigern zu ermöglichen hat (s. S. 27 der Regulierungsverfügung). Für die Bestellung der Kollokation kann die Klägerin zudem ihren Wettbewerbern die Einhaltung bestimmter Fristen vorgeben (s. S. 28, 41 der Regulierungsverfügung).

- 22 cc) In Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG) leidet die Regulierungsverfügung entgegen der Auffassung der Klägerin ebenfalls weder an einem Abwägungsausfall noch an einem Abwägungsdefizit. Unter Anfangsinvestitionen des Eigentümers, die das Gesetz im Hinblick auf die in Art. 14 GG ebenso wie im Gemeinschaftsrecht verankerte Eigentumsgarantie besonders hervorhebt, sind Investitionen zu verstehen, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sind. Solche Investitionen sind im Gegensatz zu Ersatz- oder Erneuerungsaufwendungen mit einem erhöhten Risiko behaftet, welches nach

der Wertung des Gesetzes den Eigentümerbelangen besonderes Gewicht verleiht. Die Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen und der mit ihnen verbundenen Risiken soll namentlich ermöglichen, dass auch ein zugangspflichtiges Unternehmen in den Genuss des mit einer Produktinnovation einhergehenden sog. Vorreitervorteils kommen kann. Allerdings handelt es sich im marktregulierten Bereich auch insoweit lediglich um ein Abwägungskriterium, das bei der Frage mit zu berücksichtigen ist, ob sich die Auferlegung einer Zugangspflicht in den gesetzlichen Grenzen der Ermessensausübung hält. Hinsichtlich seines Gewichtes ist zu differenzieren anhand der verschiedenartigen Bedingungen, unter denen die Infrastrukturinvestitionen getätigt wurden, wobei auch die Gefahr einer etwaigen Marktmachtübertragung Bedeutung erlangen kann (s. zum Vorstehenden Thomaschki/Neumann, a.a.O. § 21 Rn. 83 ff.). Mit diesem Inhalt ist das Kriterium des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG Ausdruck der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe, dass die nationale Regulierungsbehörde die Rechte eines Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums für eigene Zwecke und die Zugangsrechte konkurrierender Diensteanbieter gegeneinander abzuwägen hat (s. Erwägungsgrund 19 ZRL).

- 23 Vor diesem Hintergrund hat sich die Bundesnetzagentur mit den Aufwendungen der Klägerin für die Multifunktionsgehäuse an Kabelverzweiger-Standorten auch unter der Prämisse, dass es sich dabei um Anfangsinvestitionen in dem vorgenannten Sinne handelt, hinreichend und mit einem jedenfalls vertretbaren Ergebnis auseinandergesetzt. Sie hat nicht nur auf die Entgeltlichkeit der Zugangsgewährung abgehoben, die für sich allein dem Abwägungsbelang nicht ausreichend Rechnung trägt (so zutreffend Mayen, a.a.O. § 21 Rn. 47), sondern auch darauf, dass eine Koordination mit den Belangen der Wettbewerber zu einer besseren Auslastung der Räumlichkeiten führen kann und damit deren relativen Auslastungsgrad erhöht (S. 26, 27 der Regulierungsverfügung). Dabei durfte sie berücksichtigen, dass die mit der (physischen) Kollokation zwangsläufig verbundene gemeinsame Nutzung von Gebäuden, denen andere Räumlichkeiten insoweit gleichstehen, als ein Mittel der Zugangsgewährung im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben ist (§ 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 Buchst. f. ZRL).

- 24 Die Behörde hat dem Eigentümerinteresse der Klägerin bei der Ausgestaltung der umstrittenen Kollokationsverpflichtung in ausreichendem Umfang Rechnung getragen. So wurde diese Verpflichtung, wie im anderen Zusammenhang bereits erwähnt, auf neu, d.h. nach Wirksamwerden der Regulierungsverfügung auszubauende Kabelverzweiger beschränkt. Die Klägerin erhält von den Zugangsberechtigten Entgelte, die die Gewährung der Kollokationsmöglichkeit sowie die Überlassung der Kollokationsflächen und der erforderlichen technischen Einrichtungen einschließlich einer angemessenen Kapitalverzinsung abdecken (vgl. S. 26 der Regulierungsverfügung). Zudem ist die Kabelverzweigerkollokation dem Umfang nach im Wesentlichen auf die Installation von DSLAM der Wettbewerber begrenzt, während ihnen die Unterbringung zusätzlicher Vermittlungstechnik in den Kollokationsräumen bzw. -flächen nicht gestattet wurde (a.a.O. S. 28 f.). Vor allem aber ist den Wettbewerbern der von manchen zusätzlich begehrte „Linecard-Zugang“ zu den DSLAM der Klägerin, mithin zu deren eigener aktiver Übertragungstechnik, nach Maßgabe der Interessenabwägung verwehrt geblieben, weil die Bundesnetzagentur diesen Eingriff, anders als die bloße Mitbenutzung der Kabelverzweigergehäuse, als für die Klägerin zu belastend einstufte (a.a.O. S. 39).
- 25 dd) Ferner wurde der Belang der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, insbesondere durch Anreize zu effizienten Infrastruktur-Investitionen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG), in der Regulierungsverfügung angemessen berücksichtigt. Hierzu hat die Bundesnetzagentur abgrenzend erwogen, dass weder die Unterbringung eigener Vermittlungstechnik der Wettbewerber - von den DSLAM abgesehen - in den Kollokationsräumen bzw. -flächen noch gar der unmittelbare Zugriff auf die DSLAM der Klägerin im Wege des sog. Linecard-Zugangs geboten ist, um gemäß den Regulierungszielen in § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und Innovationen zu unterstützen. In diesem Zusammenhang hat die Behörde vielmehr auf den Vorteil selbst betriebener Infrastruktur abgehoben, die die Wettbewerber aus der Abhängigkeit von der Klägerin löst. Dass bei der Installation von DSLAM der Wettbewerber in den Kabelverzweigern demgegenüber der Gesichtspunkt der kostensparenden Koordinierung von Investitionen in den Vordergrund gerückt wurde, ist

innerhalb des Regulierungskonzepts der Bundesnetzagentur nicht zu beanstanden.

- 26 ee) Schließlich ist die Abwägung entgegen der Ansicht der Klägerin nicht deshalb rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur Konfliktpotential in zu beanstandender Weise in nachfolgende Verfahren verlagert hätte. Dass die von der Klägerin genannten technischen Detailprobleme einer Mitbenutzung der Kabelverzweigergehäuse - wie Stromversorgung, Wärmelast und Vorkehrungen zur Verhinderung unkontrollierten Zutritts unternehmensfremden Personals - in der Regulierungsverfügung angesprochen, aber nicht gelöst wurden, hält der Überprüfung stand. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die auferlegten Abhilfemaßnahmen auf eine Konkretisierung durch Zugangsvereinbarungen (§ 22 TKG) und nötigenfalls durch Zugangsanordnungen der Bundesnetzagentur (§ 25 TKG) angelegt sind (s. Urteile vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 54 und vom 24. Juni 2009 - BVerwG 6 C 19.08 - NVwZ-RR 2009, 918 Rn. 15; Kühling/ Neumann, in: BerlKommTKG, § 25 Rn. 24; Hölscher, in: Scheurle/Mayen, § 25 Rn. 17). Im Hinblick auf die Regulierungsverfügung ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass sie einen klaren Maßstab dafür vorgibt, ob eine später konkret nachgefragte Zugangsleistung von der regulatorisch auferlegten Verpflichtung abgedeckt ist. Dies ist hier der Fall. Die angefochtene Regulierungsverfügung klärt die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob und inwieweit die Wettbewerber eine Kollokation im Kabelverzweiger überhaupt beanspruchen können, dem Grunde nach abschließend. In ihr sind die widerstreitenden Interessen fehlerfrei dahin abgewogen, dass das Interesse der Klägerin daran, ihre Multifunktionsgehäuse ausschließlich für den eigenen Bedarf zu dimensionieren, bei neu auszubauenden Kabelverzweigern grundsätzlich zurückzutreten hat hinter das Interesse der Wettbewerber an einem Ausbaustandard, der ihren absehbaren Bedarf gegen ein kostendeckendes Entgelt von vornherein mitberücksichtigt. Die Lösung der von der Klägerin aufgeworfenen technischen Detailfragen durfte den nachfolgenden Verhandlungen über eine Zugangsvereinbarung bzw. dem Verfahren auf Erlass einer Zugangsanordnung vorbehalten werden.

- 27 2. Rechtmäßig ist ferner die der Klägerin auferlegte Verpflichtung, Wettbewerbern zum Zweck des Zugangs zum Teilnehmeranschluss am Kabelverzweiger den Zugang zu ihren Kabelkanälen zwischen den Kabelverzweigern und dem Hauptverteiler zu gewähren, soweit hierfür die erforderlichen Leerkapazitäten vorhanden sind (Nr. I 2.1 der Regulierungsverfügung).
- 28 a) Rechtsgrundlage für diese Verpflichtung ist § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG, wonach die Bundesnetzagentur marktmächtige Netzbetreiber dazu verpflichten kann, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder -einrichtungen zu gewähren. Während „Netzkomponenten“ alle Elemente eines Telekommunikationsnetzes, nämlich der Gesamtheit von Übertragungssystemen, sind, die die Übertragung von Signalen ermöglichen (§ 3 Nr. 27 TKG), handelt es sich bei den „Netzeinrichtungen“ um zugehörige Einrichtungen, die die Signalübertragung nicht unmittelbar ermöglichen, ihr aber mittelbar dienen. Dies folgt gemeinschaftsrechtlich aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 12 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a ZRL, der durch § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG umgesetzt wird, mit der Grundnorm des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 ZRL, der das Zugangsrecht - sprachlich präziser als § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG - auf den Zugang „zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung“ bezieht (so überzeugend Thomaschki/Neumann, a.a.O. § 21 Rn. 126 f.).
- 29 aa) Daran gemessen sind Kabelkanäle, unter denen die Bundesnetzagentur sowohl Betonkanäle als auch starre oder flexible Leerrohre versteht (S. 30 der Regulierungsverfügung), nicht den Netzkomponenten, sondern den zugehörigen Netzeinrichtungen zuzuordnen. Dieselbe Unterscheidung liegt der gemeinschaftsrechtlichen Zugangsdefinition in Art. 2 Satz 2 Buchst. a ZRL zugrunde, der „Leitungen“ (genauer: „Leitungsrohre“, so jetzt die Neufassung durch Art. 2 der Richtlinie 2009/140/EG vom 25. November 2009) ebenso zu den netzzugehörigen physischen Infrastrukturen rechnet wie Gebäude und Masten.
- 30 bb) Dem Einwand der Klägerin, Kabelkanäle zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger seien nicht Teil des von der Bundesnetzagentur abgegrenzten sachlich relevanten Marktes für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, soweit der Zugang am Kabelverzweiger als einem „näher an der Teilnehmeran-

schlussseinheit gelegenen Punkt“ im Sinne der Marktdefinition erfolge, ist nicht beizutreten. Die Festlegung einer bestimmten Regulierungsverpflichtung erfordert 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 (s. Erwägungsgrund 15 ZRL). Ebenso ergibt sich aus der amtlichen Begründung zu der - von der Bundesnetzagentur gemäß § 10 Abs. 2 TKG weitestgehend zu berücksichtigenden - Märkteempfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 (S. 12), dass die Definition eines Marktes von der Festlegung und Anwendung von Abhilfemaßnahmen zu trennen ist, so dass es sich „erübrigt (...), jeden technischen Bereich als relevanten Markt auszuweisen, um Verpflichtungen aufzuerlegen“. 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 Regulierungsbedarf festgestellt worden ist. In Bezug auf den hier in Rede stehenden Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist dieser Zusammenhang, wie Art. 2 Satz 2 Buchst. a ZRL klarstellt, bei einer Einrichtung gegeben, die erforderlich ist, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen.

- 31 Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Denn der Gegenstand der umstrittenen, der Klägerin in Nr. 2.1 der Regulierungsverfügung auferlegten Zugangsverpflichtung ist auf Kabelkanäle zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweigern begrenzt, die ausschließlich zum Zweck des Zugangs zum Teilnehmeranschluss an den Kabelverzweigern genutzt werden dürfen. Dadurch erhalten die Wettbewerber, die die Hauptverteiler üblicherweise bereits mit eigener Technik erschlossen haben, die Möglichkeit der Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung (§ 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG) am Kabelverzweiger in der Weise, wie ihn sich die Klägerin selbst im Zuge ihres eigenen Netzausbaus gewährt. Dies entspricht dem Zweck der Zugangsverpflichtung, den Wettbewerbern eine vergleichbare unternehmerische Dispositionsfreiheit bei der Ausgestaltung ihrer Telekommunikationsdienstleistungen wie dem marktbeherrschenden Unternehmen zu eröffnen.

- 32 cc) Die Anwendung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG auf Kabelkanäle wird auch nicht durch § 70 TKG ausgeschlossen. Diese Vorschrift, die sich im Abschnitt über „Wegerechte“ befindet, regelt den Anspruch auf Duldung der Mitbenutzung von Einrichtungen anderer Netzbetreiber. Der Anspruch setzt voraus, dass die Ausübung des in § 68 TKG geregelten Telekommunikationswegerechts für die Verlegung weiterer Telekommunikationslinien nicht oder nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand möglich ist. Er besteht nur, wenn die Mitbenutzung wirtschaftlich zumutbar ist und keine zusätzlichen größeren Baumaßnahmen erforderlich macht; ferner hat der Mitbenutzungsberechtigte an den Verpflichteten einen angemessenen geldwerten Ausgleich zu leisten. Die Klägerin will darin eine sie im Verhältnis zu § 21 TKG begünstigende Spezialregelung sehen. Dem ist nicht zu folgen. § 70 TKG entfaltet keine Sperrwirkung gegenüber § 21 TKG (ebenso: Thomaschki/Neumann, a.a.O. § 21 Rn. 128; a.A. Mayen, in: Scheurle/Mayen, § 21 Rn. 94), wie sich aus der Systematik und dem Zweck des Gesetzes ergibt. Dieses sieht für die Erreichung der Regulierungsziele des § 2 TKG nicht das Instrumentarium des Wegerechts nach §§ 68 ff. TKG vor; daher fehlen diese Vorschriften in der für den Inhalt einer Regulierungsverfügung maßgeblichen Normenkette des § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 TKG. Umgekehrt behandelt das Telekommunikationswegerecht die Ressourcenknappheit nicht als Anwendungsfall der Marktregulierung. Demgemäß ist die Anwendung des § 70 TKG weder davon abhängig, dass das verpflichtete Unternehmen über besondere Marktmacht verfügt, noch davon, dass die Mitbenutzung im Hinblick auf die Regulierungsziele geeignet, erforderlich und angemessen ist. § 21 TKG einerseits und § 70 TKG andererseits verfolgen unterschiedliche Regelungszwecke, die der Annahme einer Spezialität der einen im Verhältnis zur anderen Vorschrift entgegenstehen.
- 33 b) Bei der Ausübung des Regulierungsermessens in Bezug auf den Zugang zu Kabelkanälen ist der Bundesnetzagentur ein durchgreifender Abwägungsfehler nicht unterlaufen.
- 34 aa) Mit der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung konkurrierender Einrichtungen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) hat sich die Behörde unter Berücksichtigung des im Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen „Tempos

der Marktentwicklung“ umfassend auseinandergesetzt. Sie hat erwogen, dass sich der Engpasscharakter des Anschlussnetzes mit dem Netzausbau für besonders breitbandige Dienste beträchtlich verstärke, weil die Wettbewerber zu diesem Zweck über die Hauptverteiler hinaus die Kabelverzweiger erschließen müssten, was umfangreiche flächendeckende Tiefbaumaßnahmen bedingen und den Wettbewerb verzögern würde.

- 35 Was die von der Klägerin erwähnte Nutzung von Leitungssystemen anderer Unternehmen, insbesondere von Abwasserleitungen sowie von Leerrohren an Straßen, Bahntrassen und dergleichen anlangt, hat die Behörde ergänzend darauf abgehoben, dass es kein transparentes Angebot für die Anmietung derartiger Ressourcen gebe, die Strukturen dieser Netze nicht auf die Erfordernisse der Telekommunikation ausgerichtet und deren Inhaber nicht zur Zugangsgewährung verpflichtet seien. Soweit die Klägerin der Bundesnetzagentur insoweit Ermittlungs- bzw. Abwägungsdefizite vorhält, kann sie damit nicht durchdringen. Die von ihr bezeichneten „Anknüpfungstatsachen“ für das Bestehen effizienter konkurrierender Angebote beziehen sich erklärtermaßen auf wenige großstädtische Bereiche in Düsseldorf bzw. Berlin. Anhaltspunkte dafür, dass es im bundesweiten Maßstab alternativ nutzbare Leerrohrsysteme geben könnten, die die Wettbewerber in die Lage versetzten, die Kabelverzweiger ohne Zugriff auf die Kabelkanäle der Klägerin im erforderlichen Umfang zeitnah und effizient zu erschließen, hat die Klägerin nicht aufgezeigt.
- 36 Soweit die Klägerin im Hinblick auf die Möglichkeit der Wettbewerber zum Eigenbau auf ein einzelnes Unternehmen verweist, das in Köln eigene Glasfaserleitungen bis zum Endkunden verlegt, ist dieser Umstand im vorliegenden Zusammenhang nicht abwägungsrelevant. Die Klägerin übersieht, dass ein Unternehmen, dessen Geschäftsmodell auf die Erschließung einer - begrenzten - Anzahl von Endkunden mit einer vollständig eigenen Netzinfrastruktur abzielt, überhaupt keine Leistungen auf dem hier relevanten Vorleistungsmarkt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nachfragt. Der von der Klägerin herangezogene Vergleichsfall widerlegt daher nicht die insgesamt plausible Annahme der Bundesnetzagentur, dass die Nutzung konkurrierender Einrichtungen wirtschaftlich nicht hinreichend tragfähig ist für solche Unternehmen, die von

den durch sie bereits erschlossenen Hauptverteilern aus die Kabelverzweiger mit eigener Glasfasertechnik anbinden wollen, um dort auf die Teilnehmeranschlussleitungen der Klägerin zuzugreifen.

- 37 bb) Zum Kriterium der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) hat sich die Bundesnetzagentur von der Überlegung leiten lassen, dass die erforderlichen Leerkapazitäten angesichts des geringen Platzbedarfs der Lichtwellenleiterkabel innerhalb der ursprünglich für Kupferkabel ausgelegten Kabelkanäle der Klägerin in der Regel vorhanden seien. Die Belange der Klägerin sind dadurch gewahrt, dass sie zur Schaffung neuer Leerrohrkapazitäten ausdrücklich nicht verpflichtet ist. Vielmehr bleibt ihr in jedem Einzelfall der Nachweis vorbehalten, dass die Zugangsgewährung aus Kapazitätsgründen nicht möglich ist (S. 33 der Regulierungsverfügung).
- 38 cc) An einem Abwägungsausfall leidet die Zugangsverpflichtung zu Kabelkanälen entgegen der Kritik der Klägerin auch weder unter dem Gesichtspunkt der Anfangsinvestitionen des Eigentümers unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG) noch allgemein im Hinblick auf das ihr verbürgte Eigentumsrecht. Zwar greift das Argument, es gebe keine schützenswerten Investitionen in die Kabelkanäle, da diese ganz überwiegend noch zu Monopolzeiten errichtet worden seien und überdies den Wettbewerbern nur gegen Entgelt überlassen werden müssten (S. 34 der Regulierungsverfügung), für sich genommen zu kurz. Denn unbeschadet der bereits oben angesprochenen unterschiedlichen Wertung, die sich dem § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG für Anfangsinvestitionen einerseits und Ersatz- oder Erneuerungsinvestitionen andererseits entnehmen lässt, kann die Schutzwürdigkeit der von der Klägerin übernommenen, noch unter dem Monopol geschaffenen Sachwerte nicht allein mit dem Hinweis auf eine besondere, in der Art der Entstehung des Eigentums angelegte Sozialpflichtigkeit pauschal verneint werden. Das genügt schon deshalb nicht, weil die Marktverhältnisse laufender Veränderung unterliegen, die Netzstruktur der Klägerin zunehmend auf eigenen, selbst erwirtschafteten Investitionen beruht und der Vorteil der übernommenen Infrastruktur tendenziell an Gewicht verliert, je mehr die Wettbewerber auf eine eigene Netzinfrastruktur zurückgreifen können oder durch Inanspruchnahme alternativer Technologien

nicht mehr auf die Leistungen der Klägerin angewiesen sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 u.a. - BVerfGE 115, 205 <242>).

- 39 Auch unter dieser Prämisse wird aber aus einer Gesamtschau der Begründungserwägungen der Bundesnetzagentur plausibel, warum das Interesse der Klägerin an einer exklusiven Nutzung ihrer Kabelkanäle hinter den widerstrebenden Belang effektiver Wettbewerbsförderung zurückgesetzt werden durfte. Entscheidend ist insoweit die Überlegung, dass der von der Klägerin übernommene Altbestand an Leitungsrohren für die Zwecke der innovativen VDSL-Technologie weitergenutzt werden kann und ihr gegenüber den Wettbewerbern, die über eine vergleichbare eigene Infrastruktur nicht verfügen, einen erheblichen fortwirkenden Wettbewerbsvorteil gewährt, der sich nur dadurch ausgleichen lässt, dass die Wettbewerber einen gleichwertigen Zugriff auf die Kabelkanäle erhalten, wie ihn sich die Klägerin selbst gewährt. Der Einwand der Klägerin, sie habe nach Auslaufen des Monopols erhebliche neue Investitionen in ihre Kabelkanäle getätigt, greift demgegenüber nicht durch. Abgesehen davon, dass sie auch bei Ausbaumaßnahmen auf die schon vorhandenen Kabelkanaltrassen zurückgreifen konnte, hat sie nicht zu substantiieren vermocht, inwieweit die erwähnten Investitionen die hier allein relevanten Kanalstrecken zwischen Hauptverteilern und Kabelverzweigern betreffen und welchen Anteil die erneuerten Abschnitte an diesem Teil des Netzes haben. Vor diesem Hintergrund ist die der Regulierungsverfügung zugrunde liegende Annahme der Bundesnetzagentur, bei den fraglichen Kabelkanälen handele es sich ganz überwiegend noch um Altbestand, nicht erschüttert worden.
- 40 dd) Schließlich hat sich die Bundesnetzagentur auch mit dem Kriterium der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs durch Anreize zu effizienten Infrastrukturinvestitionen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG) hinreichend auseinandergesetzt. Ihre Erwägung, dass die Verpflichtung der Klägerin zur Zugangsgewährung zu den umstrittenen Kabelkanälen den Wettbewerbern im Sinne einer vollständigen Entbündelung den Aufbau eigener Übertragungswege und die Erschließung der Endkunden auf der Basis eigener Glasfaserleiter und vollständig eigenständiger aktiver Technik ermöglicht, ohne sie von der durch die Klägerin verwendeten Technologie abhängig zu machen, ist in sich schlüssig

und kann sich auf den in Erwägungsgrund 19 ZRL niedergelegten Rechtsgedanken stützen.

- 41 3. Rechtmäßig ist ferner die auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG gestützte Annexverpflichtung, Nachfrager zum Zwecke der Kabelverzweigerkollokation über die Möglichkeit des Zugangs zum Kabelkanal zu informieren (Nr. I 2.3 der Regulierungsverfügung); das Gleiche gilt für das der Klägerin diesbezüglich auferlegte Diskriminierungsverbot (Nr. I 2.4 der Regulierungsverfügung), das seine Rechtsgrundlage in § 19 TKG findet. Den diesbezüglichen Ausführungen des Verwaltungsgerichts ist nichts hinzuzufügen, nachdem ihnen die Revision nicht mehr entgegengetreten ist.
- 42 4. Auch die Genehmigungspflicht hinsichtlich der Entgelte für die Kollokation im Kabelverzweiger, für den Zugang zu Kabelkanälen und für die Erteilung von Informationen über diesbezügliche Zugangsmöglichkeiten (Nr. I 1.3 und I 2.5 der Regulierungsverfügung) hält der Überprüfung stand. Dieser Ausspruch beruht auf § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG, der im Hinblick auf Art. 8, 13 ZRL gemeinschaftsrechtskonform dahin auszulegen ist, dass er keine gesetzesunmittelbare Entgeltgenehmigungspflicht begründet, sondern vielmehr die Rechtsgrundlage für eine Entscheidung der Bundesnetzagentur bildet, in der diese im Rahmen des ihr zustehenden Regulierungsermessens über das Ob und das Wie der Entgeltregulierung zu befinden hat (vgl. Urteile vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 61 ff. und vom 28. Januar 2009 a.a.O. Rn. 38). Eine derartige regulatorische Entscheidung wurde hier von der Behörde getroffen. So sind die Regelungen zu Nr. I 1.3 und I 2.5 des Verfügungstenors schon systematisch unter die der Klägerin auferlegten Verpflichtungen eingerückt; zudem findet sich in den Gründen der Verfügung die zusammenfassende Aussage, der Klägerin sei die Genehmigung der Entgelte aufzuerlegen (s. S. 44 der Regulierungsverfügung).
- 43 Was den Entscheidungsmaßstab anlangt, hat die Bundesnetzagentur aus § 30 Abs. 1 i.V.m. § 30 Abs. 3 TKG die im Hinblick auf Art. 13 ZRL zutreffende Folgerung gezogen, dass ihr ein umfassender Auswahlspielraum zusteht. Sie hat insbesondere erkannt, dass die unterschiedlichen Maßstäbe der vorherigen

bzw. der nachträglichen Entgeltregulierung (s. einerseits § 30 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 31 Abs. 1 TKG, andererseits § 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 38 Abs. 2, § 28 TKG) nicht erst Folge der schon getroffenen Regulierungsentscheidung sind, sondern im Rahmen des Regulierungsermessens die Wahl des richtigen Mittels beeinflussen. Denn aus Art. 13 Abs. 1 Satz 1 sowie Erwägungsgrund 20 ZRL folgt, dass die Regulierungsbehörde einem marktmächtigen Unternehmen „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise“ dann auferlegen kann, wenn eine Marktanalyse darauf hinweist, dass das Unternehmen aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren kann, der Wettbewerb also nicht intensiv genug ist, um überhöhte Preise zu verhindern (vgl. auch Urteil vom 2. April 2008 a.a.O. Rn. 69, 72).

- 44 Von diesem Ausgangspunkt aus hat die Bundesnetzagentur erwogen, dass es sich bei der Zugangsverpflichtung um eine für den Infrastrukturwettbewerb wichtige Vorleistung handelt, bei der die Regulierungsziele der Wahrung der Verbraucherinteressen, der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs sowie der Förderung von Infrastrukturinvestitionen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 TKG) angesichts der überragenden Marktstellung der Klägerin und der geringen Nachfragemacht ihrer Wettbewerber (s. auch S. 47 ff. der Marktdefinition und -analyse) eine antizipierte, kostenorientierte Entgeltregulierung verlangen. Dabei war die Behörde entgegen der Auffassung der Klägerin nicht gehalten, eine differenzierte Bewertung hinsichtlich der einzelnen von der Entgeltgenehmigungspflicht betroffenen Zugangsleistungen vorzunehmen. Da das festgestellte Marktversagen den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung insgesamt kennzeichnet, ist nach ihrer rechtlich nicht zu beanstandenden Schlussfolgerung auch das Abhilfemittel der Entgeltgenehmigungspflicht durchgängig geboten, um die genannten Regulierungsziele zu erreichen.
- 45 5. Als rechtswidrig erweist sich demgegenüber die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die Klägerin für den Fall, dass aus technischen Gründen oder aus Kapazitätsgründen der Zugang der Wettbewerber zu Kabelkanälen nicht mög-

lich ist, zur Gewährung des Zugangs zu unbeschalteter Glasfaser zu verpflichten.

- 46 a) Die Klägerin meint, die umstrittene Verpflichtung könne schon deshalb nicht auf den insoweit allein in Betracht zu ziehenden § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG gestützt werden, weil der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, soweit sie aus Glasfaser besteht, nicht Teil des von der Bundesnetzagentur als regulierungsbedürftig identifizierten Marktes sei. Dabei übersieht sie allerdings den bereits oben in anderem Zusammenhang erwähnten Umstand, dass die Zugangsverpflichtung zum Teilnehmeranschluss auf Einrichtungen erstreckt werden kann, die erforderlich sind, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen (vgl. Art. 2 Satz 2 Buchst. a ZRL). Manches spricht dafür, dass dies - auch in Anbetracht der hier vorliegenden Marktabgrenzung - den Zugang zu unbeschalteten Glasfaserleitungen einschließen kann, der den Wettbewerbern die Anbindung des Kabelverzweigers an den Hauptverteilerstandort unter Verwendung eigener Leitungsendausrüstung ermöglicht (vgl. auch Scherer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG 2008, § 21 Rn. 24). Dies kann aber auf sich beruhen, da der Bundesnetzagentur hinsichtlich des Glasfaserzugangs jedenfalls ein Ermessensfehler unterlaufen ist.
- 47 b) Die Ausübung des Regulierungsermessens erweist sich in dem hier vorliegenden Zusammenhang deswegen als fehlerhaft, weil nicht alle gegenläufigen Belange mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt und zum Ausgleich gebracht worden sind.
- 48 aa) In Bezug auf die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung konkurrierender Einrichtungen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG) hat die Bundesnetzagentur lediglich erwogen, dass die Verlegung eigener Leerrohre oder Erdkabel als Voraussetzung für die Einbringung eigener Glasfaserleitungen für die Wettbewerber wirtschaftlich nicht tragbar wäre. Sie hat dabei nicht berücksichtigt, dass nach ihrer Prämisse die erforderlichen Leerkapazitäten in den Kabelkanälen der Klägerin im Regelfall vorhanden sind, so dass sich der Zugang zur unbeschalteten Glasfaser auf Ausnahmefälle beschränken kann (s. S. 35 der Regulierungsverfügung). Auch wenn nachvollziehbar ist, dass „umfangreiche

flächendeckende Tiefbaumaßnahmen“ die Wettbewerber überfordern und die Aufnahme des Wettbewerbs wesentlich verzögern würden (a.a.O. S. 32), bleibt vor diesem Hintergrund begründungsbedürftig, warum ihnen solche Baumaßnahmen auch dann nicht zugemutet werden können, wenn sie nur ausnahmsweise anfallen. Bei einer nur selten auftretenden Problematik ist zudem der Nutzen für die Erreichung der Regulierungsziele, der mit einer regulatorischen Abhilfemaßnahme verbunden ist, eher gering. Erwägungen zu diesen Gesichtspunkten finden sich in der Regulierungsverfügung nicht. Soweit die Bundesnetzagentur angedeutet hat, ohne einen Zugang zur unbeschalteten Glasfaser bestünde die Gefahr, dass die Klägerin ihre Kabelkanäle komplett befüllen und so den Zugang der Wettbewerber zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung am Kabelverzweiger verhindern könnte (a.a.O. S. 37), bleibt offen, ob sie insoweit von einem Marktmachtmissbrauch ausgeht, den sie gegebenenfalls durch geeignete Maßnahmen unterbinden könnte und müsste.

- 49 bb) Was die Anfangsinvestitionen der Klägerin unter Berücksichtigung ihrer Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG) anlangt, hat die Bundesnetzagentur zwar nicht verkannt, dass „zu berücksichtigende schützenswerte Anfangsinvestitionen in Glasfaserkabel (...) zumindest teilweise vorhanden sein“ könnten, weil diese überwiegend erst in den letzten Jahren verlegt wurden bzw. mit dem fortschreitenden Ausbau für besonders hochbitratige Dienste noch verlegt werden. Die wenigen Erwägungen, mit denen sie die Eigentümerbelange der Klägerin hinter das gegenläufige Interesse an Wettbewerbsförderung hat zurücktreten lassen, sind zur Bewältigung des Konflikts aber nicht ausreichend. So übergeht das Argument der Behörde, die Klägerin habe auch schon unter der Geltung des früheren Monopols im Zuge des OPAL/ISIS-Ausbaues Kabelverzweiger mit Glasfaser erschlossen, deren Vorbringen, dass die bereits erschlossenen sowie die absehbaren VDSL-Ausbaugebiete weitgehend nicht mit den OPAL/ISIS-Ausbaugebieten übereinstimmten. Soweit die Bundesnetzagentur auf den Vorteil verweist, den die Klägerin aus der Nutzung der vorhandenen Kabelkanäle für den Ausbau ihres Glasfasernetzes zieht, hat sie sich nicht damit auseinandergesetzt, dass dieser Umstand zwar die Gewährung des Zugriffs der Wettbewerber auf die Kabelkanäle, nicht aber ohne Weiteres auch die Inanspruchnahme der von der Klägerin darin neu verlegten Glasfaserleitungen

rechtfertigt. Soweit diese Netzinfrastruktur auf eigenen, mittlerweile selbst erwirtschafteten Investitionen beruht, ist sie vor Art. 14 Abs. 1 GG in höherem Maße schutzwürdig als der übernommene Altbestand an Kabelkanälen.

- 50 Vor diesem Hintergrund leidet die Abwägung unter dem hier in Rede stehenden Gesichtspunkt vor allem daran, dass die Bundesnetzagentur das Ausmaß der der Klägerin zugemuteten Eigentumsbeeinträchtigung nicht hinreichend konkret in den Blick genommen hat. Sie mag vergleichsweise gering sein, wenn die Grundannahme zutrifft, dass regelmäßig eine ausreichende Leerkapazität in den Kabelkanälen vorhanden ist, der Zugang der Wettbewerber zur unbeschalteten Glasfaser also den Ausnahmefall bildet. Unter dieser Prämisse reichen allerdings, wie schon dargelegt, die Erwägungen der Behörde nicht aus, um überhaupt die Erforderlichkeit des Zugriffs auf die unbeschaltete Glasfaser zu belegen. Sollte allerdings, wie von der Beklagten in der mündliche Verhandlung angedeutet, in einer Vielzahl oder gar der Mehrzahl der Fälle mangels ausreichender Leerkapazität in den Kabelkanälen auf die Glasfaser der Klägerin zurückzugreifen sein, wöge der Eingriff in deren Anfangsinvestitionen und damit in deren Eigentumsrecht wesentlich schwerer, als es die Bundesnetzagentur zugrunde gelegt und in ihre Abwägung eingestellt hat.
- 51 cc) Zu dem Kriterium der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG) schließlich hat die Bundesnetzagentur erwogen, der Zugang zur unbeschalteten Glasfaser eröffne den Wettbewerbern die Möglichkeit zum Ausbau eigener Übertragungswege zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger zumindest insofern, als sie eigene Leitungsendausrüstungen verwenden könnten. Dies bleibt allerdings hinter dem, was die Behörde selbst an anderer Stelle in ihrer Regulierungsverfügung als zur langfristigen Wettbewerbssicherung geboten erachtet, deutlich zurück.
- 52 So ist im Zusammenhang mit der schon erörterten Verpflichtung zum Zugang zu Kabelkanälen die Überlegung tragend, dass die Zugangsgewährung die Wettbewerber in die Lage versetzt, nicht nur die Qualität der eigenen Leitungsendausrüstung, sondern auch die Beschaffenheit der von ihnen verwendeten Glasfaserkabel und damit die Kapazität und Qualität des von ihnen genutzten

Übertragungsweges zu bestimmen, um dadurch die Möglichkeit für qualitativ eigenständige Angebote zu schaffen und Effizienzsteigerungen zu erreichen, die letztlich dem Endkunden zugute kommen (S. 32, 34 der Regulierungsverfügung). Auch im Übrigen legt die Behörde Wert darauf, dass die Zugangsverpflichtungen den Wettbewerbern den Ausbau eigener Netze für besonders hochbitratige Dienste ermöglichen sollen, nicht jedoch den Zugang zum entsprechenden Netz der Klägerin (a.a.O. S. 37). Den Zugang zur unbeschalteten Glasfaser nach Wahl des Wettbewerbers hat die Bundesnetzagentur abgelehnt mit der Erwägung, der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs sei eher gedient, wenn eine eigene Infrastruktur der Wettbewerber neben diejenige der Klägerin trete (a.a.O. S. 38). Auch den von manchen Wettbewerbern begehrten „Linecard- Zugang“ zu den DSLAM der Klägerin an Stelle der Installation eigener DSLAM in den Kabelverzweigern der Klägerin hat sie deshalb verworfen, weil die langfristige Wettbewerbssicherung nicht allein auf die Verwendung innovativer Technik ziele, sondern auf selbst betriebene Infrastruktur, die die Wettbewerber aus der Abhängigkeit von der Klägerin löse (a.a.O. S. 39). Die Bundesnetzagentur hat das hinter diesen Erwägungen sichtbare Regulierungskonzept, das die Gewährung des Zugangs zu den Kabelverzweigern ebenso abdeckt wie diejenige zu den Kabelkanälen, in Bezug auf den Glasfaserzugang verlassen, ohne die innere Rechtfertigung und das Ausmaß dieser Abweichung hinreichend plausibel zu machen.

- 53 6. Die Rechtswidrigkeit der zu Nr. I 2.2 getroffenen Regelung führt zur Teilaufhebung der angefochtenen Regulierungsverfügung. Ein Verwaltungsakt ist teilbar, wenn der rechtlich unbedenkliche Teil nicht in einem untrennbaren inneren Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Teil steht. Der rechtswidrige Teil muss in der Weise abtrennbar sein, dass der Verwaltungsakt im Übrigen ohne Änderung seines Inhalts in sinnvoller und rechtmäßiger Weise bestehen kann. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Behörde beim Erlass des Verwaltungsakts ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zukommt (s. Urteile vom 19. März 1996 - BVerwG 1 C 34.93 - BVerwGE 100, 335 <338> = Buchholz 402.240 § 12 AuslG 1990 Nr. 9 S. 36, vom 13. November 1997 - BVerwG 3 C 33.96 - BVerwGE 105, 354 <358> = Buchholz 451.513 Sonst. Marktordnungsrecht Nr. 4 S. 30 und vom 28. Januar 2009 a.a.O. Rn. 44).

- 54 Nach diesem Maßstab ist die Regulierungsverfügung zwar insoweit unteilbar, als sie in Nr. I 2.3, 2.4 und 2.5 (auch) auf die rechtswidrige Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu unbeschalteter Glasfaser Bezug nimmt, da sie insofern auf einer einheitlichen Ausübung des Regulierungsermessens beruht. Davon abgesehen ist aber die Teilbarkeit zu bejahen. Mit den anderen, oben für rechtmäßig befundenen Regulierungsverpflichtungen, insbesondere auf Gewährung von Kollokation im Kabelverzweiger, auf Zugang zu den Kabelkanälen und auf eine antizipierte Kontrolle der diesbezüglichen Entgelte, bleibt eine nach dem Konzept der Bundesnetzagentur rechtmäßige und sinnvolle Regelung bestehen.
- 55 7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Dr. Bardenhewer

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

Dr. Möller

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 500 000 € festgesetzt (§§ 47, 52 Abs. 1 GKG).

Dr. Bardenhewer

Dr. Bier

Dr. Möller

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG §§ 9, 10, 11, 13, 21, 30

Stichworte:

Zugang; Teilnehmeranschluss; Teilnehmeranschlussleitung; Kollokation; Hauptverteiler; Kabelverzweiger; Kabelkanal; Glasfaser; Regulierungsermessens; Abwägung; Nutzung konkurrierender Einrichtungen; verfügbare Kapazität; Eigentum; Anfangsinvestitionen des Eigentümers; Investitionsrisiken; Entgeltgenehmigung; Teilbarkeit.

Leitsätze:

1. Die Ausübung des der Bundesnetzagentur nach §§ 9, 13, 21 Abs. 1 TKG zustehenden Regulierungsermessens ist vom Verwaltungsgericht darauf zu überprüfen, ob alle wesentlichen Belange mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt und zu einem angemessenen Ausgleich gebracht worden sind (im Anschluss an BVerwGE 131, 41).

2. Soweit die Deutsche Telekom AG Netzeinrichtungen, die noch unter dem früheren Monopol geschaffen wurden, für die Zwecke ihres modernen Netzbetriebes mit innovativer Leitungstechnik ausstattet, lässt sich die Schutzwürdigkeit ihres Eigentums nicht pauschal unter Hinweis auf eine besondere Sozialpflichtigkeit verneinen.

Urteil des 6. Senats vom 27. Januar 2010 - BVerwG 6 C 22.08

I. VG Köln vom 23.04.2008 - Az.: VG 21 K 2701/07 -