



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 13.09
VG 1 K 5114/07

Verkündet
am 1. September 2010
Bech
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 1. September 2010
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge, Dr. Graulich, Dr. Bier und
Dr. Möller

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 26. März 2009 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin ist als Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost Eigentümerin der von dieser aufgebauten Telekommunikationsnetze und zugehörigen technischen Einrichtungen. Sie streitet mit der Beklagten über die Regulierung der Vorleistungsmärkte für Mietleitungen (Märkte 13 und 14 der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors - Märkte-Empfehlung - vom 11. Februar 2003, ABI EU Nr. L 114 S. 45).
- 2 Mietleitungen sind permanent festgeschaltete leitungsgebundene bzw. funkgestützte Übertragungswege mit einer bestimmten Übertragungskapazität, die an Nachfrager vermietet werden und mehrere Standorte desselben Nachfragers oder verschiedener Nachfrager miteinander verbinden. Hierzu notifizierte die Bundesnetzagentur der Kommission am 29. August 2006 den Entwurf einer Marktdefinition und -analyse. Darin schlug sie übereinstimmend mit der Märkte-

Empfehlung getrennte Vorleistungsmärkte für Fernübertragungssegmente sowie für Abschlusssegmente von Mietleitungen vor. Sie beabsichtigte, diese Märkte nach Bandbreiten aufzuteilen und definierte dementsprechend Märkte für Abschluss- und Fernübertragungssegmente bis einschließlich 2 Mbit/s und über 2 Mbit/s, wobei nur die Teilmärkte von Mietleitungen bis zu 2 Mbit/s ihrer Auffassung nach die Voraussetzungen für eine Vorabregulierung erfüllten.

- 3 Gegen diesen Entwurf äußerte die Kommission mit Schreiben vom 29. September 2006 ernsthafte Zweifel: Ausgehend von den Eigenschaften eines Mietleistungsmarktes, der a priori aus einer kontinuierlichen Substitutionskette von Angeboten mit unterschiedlicher Bandbreite bestehe, müsse eine Unterbrechung dieser Kette ausreichend durch verlässliche Daten belegt sein. Die von der Bundesnetzagentur erhobenen Daten reichten für die Annahme einer Unterbrechung, zumal gerade bei 2 Mbit/s, nicht aus. Das Prinzip der Technologieutralität der Regulierung verlange darüber hinaus eine Überprüfung, inwieweit Mietleitungen mit herkömmlichen Schnittstellen durch Mietleitungen mit alternativen Schnittstellen ersetzbar seien.

- 4 Nach Durchführung eines erneuten Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens nahm die Bundesnetzagentur unter dem 8. Oktober 2007 folgende Markt- abgrenzung vor: Mietleitungen mit klassischen Übertragungsverfahren und Mietleitungen mit alternativen Schnittstellen (in sog. Ethernet-Technologie) seien unter Berücksichtigung der jüngsten technologischen Entwicklung aus Nachfrager- wie aus Anbietersicht identischen Märkten zuzuordnen. Zu differenzieren sei allerdings zwischen Fernübertragungssegmenten (Mietleitungen zwischen Fernübertragungs-Übergabepunkten in zwei der 76 an das Kernnetz „Backbone“ der Klägerin angeschlossenen deutschen Städte) und den Abschlusssegmenten, zu denen alle anderen Verbindungen zählten. An der Bandbreitendifferenzierung zwischen Abschluss- bzw. Fernübertragungssegmenten bis einschließlich 2 Mbit/s und über 2 Mbit/s werde abweichend von dem Konsolidierungsentwurf vom 29. August 2006 nicht festgehalten; diese Segmentierung sei zwischenzeitlich überholt. Sie verliere mit der Einführung von ethernet-basierten Mietleitungen, die eine flexible Staffelung der Bandbreite ermöglichen, an Bedeutung. Auch unabhängig davon besitze sie kein derartiges

Gewicht mehr, dass damit die von der Kommission für eine Markttrennung als erforderlich angesehene Unterbrechung der Substitutionskette begründet werden könnte. Von den beiden als sachlich relevant abzugrenzenden Vorleistungsmärkten für Fernübertragungssegmente von Mietleitungen und für Abschlusssegmente von Mietleitungen bestehe auf dem ersteren wirksamer Wettbewerb, während der letztere durch beträchtliche Marktzutrittsschranken, die fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb sowie eine Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts gekennzeichnet sei und von der Klägerin beherrscht werde.

- 5 Durch Beschluss vom 31. Oktober 2007 erlegte die Bundesnetzagentur der Klägerin Regulierungsverpflichtungen auf dem Vorleistungsmarkt für Abschlusssegmente von Mietleitungen auf. Sie verpflichtete die Klägerin - mit einer Modifikation für den Fall der Aufhebung einer anderweitig angeordneten Mindestangebotspflicht für Mietleitungen mit einer kleineren Bandbreite als 2 Mbit/s -, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, Kollokation zu ermöglichen sowie das Gebot der Nichtdiskriminierung zu beachten und unterwarf die Zugangsentgelte der Genehmigungspflicht (Nr. I der Verfügung). Zudem verfügte sie die Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebots (Nr. II der Verfügung).
- 6 Mit der Klage hat die Klägerin geltend gemacht, schon die der Regulierungsverfügung zugrunde liegende Marktabgrenzung sei fehlerhaft. Die Festlegung eines einheitlichen, nicht nach Bandbreiten differenzierten Marktes für Mietleitungen beruhe ebenso wenig auf einer hinreichenden Sachverhaltsermittlung wie die Einbeziehung von Ethernet-Mietleitungen in diesen Markt. In dem Marktsegment über 2 Mbit/s verfüge sie nicht über beträchtliche Marktmacht.
- 7 Das Verwaltungsgericht hat den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31. Oktober 2007 aufgehoben, soweit er andere Mietleitungen als klassische Mietleitungen mit Bandbreiten bis 2 Mbit/s betrifft. Die angefochtene Verfügung sei in diesem Umfang rechtswidrig und verletze die Klägerin in ihren Rechten. Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Marktabgrenzung, die das Gericht unter Beachtung des der Behörde insoweit zustehenden Beurteilungsspiel-

raums inzident zu überprüfen habe, sei fehlerhaft. Denn die Behörde sei von einem unrichtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen. Die die Marktabgrenzung tragende Erwägung, für eine etwaige Unterbrechung der bandbreitenübergreifenden Substitutionskette habe sich kein Nachweis ergeben, stehe mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben nicht in Einklang. So könne für die Marktabgrenzung zwar auf die Figur der Substitutionskette abgestellt werden, die aber ihrerseits an eindeutige Nachweise hinsichtlich der gegenseitigen Preisabhängigkeit an den Endpunkten der Kette gebunden sei. Derartige Nachweise, die durch allgemeine Plausibilitäts-erwägungen nicht ersetzt werden könnten, fänden sich in der Marktfestlegung der Bundesnetzagentur nicht. Deren Vorgehen, vom Vorhandensein einer Substitutionskette auszugehen und nur bei nachgewiesener Unterbrechung eine Segmentierung der Märkte anzuerkennen, werde der Marktabgrenzungsmethodik nicht gerecht.

- 8 Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Zur Begründung macht sie geltend: Die Vorinstanz habe die zutreffend vorgenommene Abgrenzung der Mietleistungsmärkte zu Unrecht als rechtswidrig beanstandet. Ausgehend von der Märkte-Empfehlung, die allein eine Unterteilung nach Abschluss- und Fernübertragungssegmenten vorsehe, habe die Bundesnetzagentur anhand der Kriterien der Nachfragesubstituierbarkeit, der Angebotsumstellungsflexibilität sowie der Wettbewerbsbedingungen überprüft, ob aufgrund bestehender nationaler Besonderheiten eine Unterteilung der Märkte nach Bandbreiten erforderlich sei. Dies sei nach den Ergebnissen einer nochmaligen Marktdatenabfrage nicht der Fall. Die Austauschbarkeit von Mietleitungen unterschiedlicher Bandbreite beruhe nicht allein auf der Einführung alternativer, ethernet-basierter Mietleitungsprodukte, sondern auch auf der technischen Fortentwicklung im Bereich der Datenkomprimierung, die eine Bandbreitensegmentierung nach Nutzungsfunktion generell obsolet werden lasse. Indem das Verwaltungsgericht allein auf den Sonderfall einer Substitutionskette abgestellt habe, anstatt vorrangig eine unmittelbare Substituierbarkeit zu überprüfen, habe es seinerseits einen methodisch fehlerhaften Prüfungsansatz angewandt und zudem unter Verletzung von § 108 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG wesentliche Teile des Beklagtenvorbringens unbe-

rücksichtigt gelassen. Unbeschadet dessen sei das angefochtene Urteil insoweit fehlerhaft, als es die Regulierungsverfügung auch für den als rechtmäßig erkannten Teilmarkt von Mietleitungs-Abschlusssegmenten mit einer Übertragungsrate von unter 2 Mbit/s nur in Bezug auf klassische Mietleitungen aufrechterhalten, sie für ethernet-basierte Mietleitungen aber ohne nähere Prüfung aufgehoben habe.

9 Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Verwaltungsgerichts die Klage insgesamt abzuweisen.

10 Die Klägerin beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

11 Sie verteidigt das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts.

II

12 Die Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg. Das angefochtene Urteil ist zwar nicht frei von Rechtsfehlern, erweist sich aber im Ergebnis als zutreffend (§ 144 Abs. 4 VwGO).

13 Die zulässige Klage ist in dem Umfang, in dem sie Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, begründet. Der angegriffene Beschluss der Bundesnetzagentur vom 31. Oktober 2007 ist, soweit die der Klägerin auferlegten Verpflichtungen andere Mietleitungen als klassische Mietleitungen mit Bandbreiten bis 2 Mbit/s betreffen, rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

14 1. Die angefochtene Regulierungsverfügung (Nr. I des Beschlusses der Bundesnetzagentur) ist vom Gericht auf die Rechtmäßigkeit der ihr zugrunde liegenden Marktdefinition und -analyse (§§ 10, 11 TKG) zu überprüfen. Denn nach § 9 Abs. 1 TKG unterliegen der Marktregulierung nur solche Märkte, auf denen

die Voraussetzungen des § 10 TKG vorliegen und für die eine Marktanalyse nach § 11 TKG das Fehlen wirksamen Wettbewerbs ergeben hat; gemäß § 13 Abs. 3 TKG ergehen regulatorische Entscheidungen mit den Ergebnissen der Marktdefinition und -analyse als einheitlicher Verwaltungsakt. Die Ergebnisse des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens sind ein untrennbarer Bestandteil der Regulierungsverfügung. Allein diese Verfügung, nicht aber die auf der Vorfragenebene getroffenen Marktfestlegungen, haben im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG Regelungscharakter mit Außenwirkung. Die Festlegungen zur Marktdefinition und Marktanalyse können daher nur inzident, nicht aber isoliert, zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden (vgl. Urteil vom 29. Oktober 2008 - BVerwG 6 C 38.07 - Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 2 Rn. 12 m.w.N.).

- 15 Die Feststellung der Bundesnetzagentur, dass die Klägerin auf dem bundesweiten Markt für Abschlusssegmente von Mietleitungen auf der Vorleistungsebene über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Gemäß § 10 Abs. 1 TKG legt die Behörde die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung in Betracht kommen. Schon bei dieser Marktabgrenzung verfügt sie bei gemeinschaftsrechtskonformer Gesetzesauslegung im Hinblick auf Art. 7, 15, 16 der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste in der auf den Streitfall anwendbaren Fassung vom 7. März 2002 - Rahmenrichtlinie, RRL - über einen Beurteilungsspielraum im Sinne von § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG (Urteil vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41 Rn. 14 ff. und vom 29. Oktober 2008, a.a.O. Rn. 16 f.). Demgemäß hat das Gericht die Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur darauf zu überprüfen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (Urteile vom 2. April 2008, a.a.O. Rn. 21, und vom 29. Oktober 2008, a.a.O. Rn. 18).

- 16 Wie vom Verwaltungsgericht zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis zutreffend entschieden, hat die Bundesnetzagentur hier die Grenzen des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums überschritten, indem sie ein unzutreffendes Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs zugrunde gelegt und den bei einem zutreffenden Rechtsverständnis erheblichen Sachverhalt nicht vollständig ermittelt hat.
- 17 a) Das Verwaltungsgericht stützt sich bei seiner Argumentation auf Nr. 62 der nach Art. 15 Abs. 3 Satz 1 RRL von der Bundesnetzagentur bei der Marktabgrenzung weitestgehend zu berücksichtigenden Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht - Marktanalyse-Leitlinien - vom 11. Juli 2002 (ABI EG Nr. C 165 S. 6), die eine einheitliche Anwendung des Europäischen Rechtsrahmens gewährleisten und allen interessierten Kreisen Transparenz und Rechtssicherheit bieten sollen (s. Nr. 11 f. der Leitlinien). Die vom Verwaltungsgericht herangezogene Bestimmung betrifft - unter ergänzendem Hinweis auf Nr. 57 f. der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes vom 9. Dezember 1997 (ABI EG Nr. C 372 S. 5) - den Sonderfall einer Substitutionskette, in dem „nachgewiesen werden kann, dass zwar die Produkte A und C nicht unmittelbar austauschbar sind, das Produkt B aber ein Substitut sowohl für das Produkt A als auch für das Produkt C ist, und folglich die Produkte A und C demselben Produktmarkt zugeordnet werden können, da der Preis dieser Produkte durch die Substitutionsmöglichkeit aufgrund des Produktes B beeinflusst werden könnte“. Bei seiner Argumentation, dass es im Streitfall an dem insoweit erforderlichen Nachweis einer klaren gegenseitigen Preisabhängigkeit an den beiden Endpunkten der Kette fehle, übersieht das Verwaltungsgericht, dass die Bundesnetzagentur von einer Substitutionskette in diesem (engen) Sinne - ungeachtet der missverständlichen Verwendung des Begriffs - ersichtlich nicht ausgegangen ist. Denn sie hat nicht darauf abgestellt, dass klassische Mietleitungen mit unterschiedlichen Bandbreiten (bildlich gesprochen: die Produkte A und C) *nur* durch Mietleitungen in alternativer Ethernet-Technologie (Produkt B) austauschbar seien. Vielmehr hat die Behörde ausdrücklich auch „unabhängig davon“, nämlich von ethernet-basierten Mietleitungen, eine unmittelbare Austauschbarkeit klassischer Mietleitungen unterschiedlicher Bandbreiten angenommen (s. S. 30 der

Marktfestlegung). Daher kann es nicht überzeugen, dass das Verwaltungsgericht die Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur ausschließlich an den in Nr. 62 der Marktanalyse-Leitlinien aufgeführten spezifischen Nachweiskriterien misst und sie allein wegen deren Nichterfüllung beanstandet.

- 18 b) Unbeschadet dessen hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis zu Recht erkannt (§ 144 Abs. 4 VwGO), dass die Bundesnetzagentur von einem unzutreffenden Verständnis der Marktabgrenzungskriterien ausgegangen ist, indem sie ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten eines sämtliche Bandbreiten umfassenden Vorleistungsmarktes für Abschlusssegmente von Mietleitungen unterstellt und eine Bandbreitensegmentierung bei dem - nach dem Vorbringen der Beteiligten allein in Betracht zu ziehenden Grenzwert von 2 Mbit/s - nur für den Fall eines schlüssigen Nachweises in Betracht gezogen hat.
- 19 aa) Dieses Vorverständnis kann sich, wie vom Verwaltungsgericht insoweit zu Recht bemerkt, zunächst nicht auf die Märkte-Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 stützen. Diese entfaltet zwar eine Vermutung dafür, dass die in ihr aufgeführten Märkte auch in Deutschland - vorbehaltlich der Marktanalyse (§ 11 TKG) - regulierungsbedürftig sind; soweit die Vermutungswirkung reicht, obliegt der Bundesnetzagentur eine (nur) nachvollziehende Bewertung, die einerseits die von der Vermutung ausgehende Vorprägung, andererseits auch und insbesondere vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten angemessen berücksichtigt (s. Urteile vom 2. April 2008, a.a.O. Rn. 24 f. und vom 29. Oktober 2008, a.a.O. Rn. 24). Der in Nr. 13 des Anhangs der Märkte-Empfehlung getroffenen Regelung lässt sich aber eine Vermutungswirkung dahin, dass regelmäßig nur *ein* Vorleistungsmarkt für Abschlusssegmente von Mietleitungen abzugrenzen sei, nicht entnehmen.
- 20 Wie in Erwägungsgrund 19 Satz 1 der Märkte-Empfehlung ausdrücklich angesprochen, muss die Bundesnetzagentur, bevor sich die Frage nach einer etwaigen Abweichung von der Märkte-Empfehlung überhaupt stellt (a.a.O. Satz 2), „gelegentlich die exakten Grenzen zwischen bestimmten in der Empfehlung aufgeführten Märkten oder deren Bestandteile festlegen“. Dabei hatte sie in dem hier gegebenen Zusammenhang zu beachten, dass der zu der Emp-

fehlung verfasste amtliche Erläuterungsbericht („explanatory memorandum“) der Kommission ergänzend vermerkt, dass sich die Märkte für Abschlussegmente (wie auch für Fernübertragungssegmente) „weiter in Mietleitungen hoher und solche niedriger Kapazität aufgliedern“ lassen (a.a.O. S. 28), und daraus - ohne weitergehende Vorfestlegung - die Schlussfolgerung zieht, „Großkundenmärkte“ für Abschlussegmente (sowie für Übertragungssegmente) von Mietleitungen in die Empfehlung aufzunehmen (a.a.O. S. 29). Diese amtliche Erläuterung, die den Regelungsgehalt der Märkte-Empfehlung verdeutlicht und daher bei deren Auslegung nicht unberücksichtigt bleiben kann, lässt nur den Schluss zu, dass die Empfehlung in Bezug auf eine etwaige, nach den nationalen Marktgegebenheiten zu beurteilende Bandbreitensegmentierung von vornherein offen ist, also weder für noch gegen derart segmentierte Märkte eine Vermutung begründet, die nur im Wege einer besonders rechtfertigungsbedürftigen Abweichung überwunden werden könnte.

- 21 Einen Hinweis auf eine etwa zu erwägende Unterteilung des Vorleistungsmarktes für Abschlussegmente bei dem Grenzwert von 2 Mbit/s gibt Nr. 7 des Anhangs zur Märkte-Empfehlung, die als Endkundenmarkt das „Mindestangebot an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s ...)“ bezeichnet. Insoweit stützt sich die Empfehlung auf Art. 18 i.V.m. Anhang VII der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten - Universaldienst-richtlinie -, umgesetzt in § 41 Abs. 1 TKG. Danach können Unternehmen, die auf dem Endkundenmarkt für das Angebot von Mietleitungen über beträchtliche Marktmacht verfügen, zur Bereitstellung des Mindestangebots entsprechend einem von der Kommission erstellten Verzeichnis verpflichtet werden. Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s waren durch eine Entscheidung der Kommission vom 24. Juli 2003 (ABI EU Nr. L 186 S. 43), die diese erst nach dem für den vorliegenden Rechtsstreit maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt durch eine weitere Entscheidung vom 21. Dezember 2007 (ABI EU Nr. L 15 S. 32) geändert hat, zum Mindestangebot bestimmt worden. Dies ist für die umstrittene Abgrenzung des Vorleistungsmarktes 13 insofern von Belang, als Endkundenmärkte regelmäßig den Ausgangspunkt für die Bestimmung der Vorleistungsmärkte bilden, welche ihrerseits durch die Nachfrage nach und das Angebot

von Produkten für Dritte entstehen, die Angebote an Endkunden beabsichtigen (s. Erwägungsgrund 7 der Märkte-Empfehlung); dies schließt freilich je nach den gegebenen Umständen die Möglichkeit nicht aus, dass für mehrere Endkundenmärkte Vorleistungsprodukte nur eines Marktes nachgefragt werden (s. auch VG Köln, Urteil vom 5. September 2007 - 21 K 4193/06 - juris Rn. 76).

- 22 bb) Die Beklagte kann ihre Prämisse eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten eines einheitlichen, nicht nach Bandbreiten segmentierten Vorleistungsmarktes für Abschlusssegmente von Mietleitungen auch nicht unmittelbar auf das Schreiben der Europäischen Kommission vom 29. September 2006 stützen, in dem diese ernsthafte Zweifel gegen den Notifizierungsentwurf der Bundesnetzagentur vom 29. August 2006 erhoben hatte. Die darin geäußerte Auffassung, der Mietleitungsmarkt bestehe „a priori“ aus einer kontinuierlichen Substitutionskette von Angeboten mit unterschiedlicher Bandbreite, konnte die Bundesnetzagentur von einer eigenverantwortlichen Prüfung nicht freistellen. Zwar hat sie bei der Marktdefinition und -analyse eine Stellungnahme, die die Kommission im Rahmen des europäischen Konsolidierungsverfahrens abgibt, ebenso wie etwaigen Stellungnahmen anderer nationaler Regulierungsbehörden, nach Art. 7 Abs. 5 RRL, § 12 Abs. 2 Nr. 2 TKG „weitestgehend Rechnung zu tragen“. Eine Bindung folgt daraus aber nicht, wie sich im Umkehrschluss aus der besonderen Ausgestaltung des Vetorechts der Kommission ergibt. Diese kann, nachdem sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Entwurfs mit dem Gemeinschaftsrecht geäußert hat, innerhalb einer Frist von weiteren zwei Monaten beschließen, dass die betreffende nationale Regulierungsbehörde ihren Entwurf zurückzuziehen hat (Art. 7 Abs. 4 RRL, § 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Erst an diesem Beschluss, eine förmliche Entscheidung im Sinne von Art. 288 Abs. 4 AEUV (= Art. 249 Abs. 4 EG a.F.), ist die Bundesnetzagentur in dem Sinne gebunden, dass sie ihren Entwurf entweder im Einklang mit den Änderungsvorschlägen der Kommission abzuändern oder ihn zu verwerfen hat. Zu einem derartigen Veto, das einerseits verbindlich, andererseits einer gesonderten rechtlichen Überprüfung durch eine vor dem Europäischen Gerichtshof zu erhebende Nichtigkeitsklage zugänglich gewesen wäre (Art. 263 AEUV = Art. 230 EG a.F.; s. auch Kirchner/Käseberg, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 12 Rn. 37), ist es hier nicht gekommen, nachdem die Bundesnetzagen-

tur ihren Notifizierungsentwurf vom 29. August 2006 von sich aus zurückgezogen hatte.

- 23 c) Aus den vorstehenden Überlegungen folgt, dass sich die hier umstrittene Marktdefinition der Bundesnetzagentur, ohne hinsichtlich einer etwaigen Bandbreitenunterteilung durch die Märkte-Empfehlung einerseits und durch die im Schreiben der Kommission vom 29. September 2006 geäußerte Rechtsauffassung andererseits präjudiziert zu sein, an den allgemein geltenden Marktabgrenzungskriterien messen lassen muss, also einer vorausschauenden Bewertung anhand aller verfügbaren abgrenzungsrelevanten Daten bedurfte. Den sich daraus ergebenden Anforderungen ist sie nicht in vollem Umfang gerecht geworden.
- 24 aa) Was zunächst die Frage einer bandbreitenübergreifenden Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite (Nr. 38 ff., 49 ff. der Marktanalyse-Leitlinien) betrifft, hat die Bundesnetzagentur im Ausgangspunkt auf der Grundlage der von ihr erhobenen Daten selbst festgestellt, dass im Bereich der klassischen Mietleitungsprodukte feste Abstufungen der bereitgestellten Bandbreiten - u.a. bei 2 Mbit/s - üblich sind, die nicht nur den technischen Erfordernissen, sondern „ insbesondere auch dem jeweils unterschiedlichen Bandbreitenbedarf auf der Abnehmerseite“ entsprechen (s. S. 29 f. der Marktfestlegung). Ausgehend davon hätte sie untersuchen müssen, ob und inwieweit es gleichwohl ausreichende Belege für eine bandbreitenübergreifende Austauschbarkeit gibt, zumal sie eine Markttrennung nach Übertragungsraten von über bzw. unter 2 Mbit/s erst wenige Monate zuvor in ihrem schon mehrfach erwähnten Notifizierungsentwurf selbst befürwortet hatte. Ihre Erwägung, diese Bandbreitenunterteilung sei durch die jüngste technische Entwicklung überholt, ist nicht in genügendem Umfang durch Marktdaten abgesichert und daher nicht hinreichend plausibel.
- 25 Dies gilt zunächst für das Argument der Bundesnetzagentur, der vermehrte Einsatz von ethernet-basierten Mietleitungen „erodiere“ die klassischen Abstufungen zwischen unterschiedlichen Bandbreitenstufen. Ohne Weiteres nachvollziehbar ist zwar, dass derartige Produkte, soweit sie - wie von der Behörde festgestellt - keine konkreten Bandbreiten vorgeben, sondern vielmehr Band-

breitenspannen bieten, Substitutionsbeziehungen zwischen „Nachbarprodukten“ mit geringerer bzw. höherer Kapazität fördern können. Die Bundesnetzagentur weist auch zu Recht darauf hin, dass sie sich mit der Frage der Markteinbeziehung von Ethernet-Mietleitungen in einem eigenen Abschnitt der Marktdefinition (S. 16 ff.) auseinandergesetzt und eine Substituierbarkeit bejaht hat. Gleichwohl bleibt ihre Argumentation zur "Erosion" der Bandbreitenabstufungen deshalb defizitär, weil sie nicht zu erkennen gibt, in welchem Umfang sich ethernet-basierte Produkte im Zeitpunkt der Marktdefinition bereits durchgesetzt hatten bzw. ihre Durchsetzung innerhalb des für die Marktdefinition und -analyse maßgeblichen Zeitraums (§ 14 Abs. 2 TKG) zu erwarten stand. So wird eine Substitutionsbeziehung in Gestalt der bereits oben erwähnten Ketten-substitution, bei der zwar die Produkte A und C nicht unmittelbar austauschbar sind, das Produkt B aber ein Substitut sowohl für das Produkt A als auch für das Produkt C ist, grundsätzlich nur für solche Fallgestaltungen in Betracht gezogen, in denen die verklammerten Produkte (A und C) - nicht aber umgekehrt das verklammernde Produkt (B) - „in den Randzonen des Marktes gelegen sind“ (vgl. Nr. 62 der Marktanalyse-Leitlinien i.V.m. Nr. 57 der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes). Derartige konkrete Feststellungen bzw. belastbare Prognosen zu den tatsächlichen Marktverhältnissen fehlen aber; sie wären umso mehr angezeigt gewesen, als im Rahmen der Marktdatenabfrage zur Austauschbarkeit von Ethernet-Produkten mit klassischen Mietleitungsprodukten nur zwei von acht Auskunft gebenden Unternehmen eine solche Austauschbarkeit generell bejaht hatten (s. S. 17 der Marktfestlegung).

- 26 Soweit die Bundesnetzagentur ergänzend argumentiert, eine Abgrenzung der Mietleitungsprodukte nach Bandbreitenstufen erscheine auch unabhängig vom Hinzutreten alternativer Übertragungstechnologien „in grundsätzlicher Hinsicht nicht mehr gerechtfertigt“, erschöpfen sich ihre Ausführungen weitgehend in einer funktional-technischen Betrachtung. Sie hat in diesem Zusammenhang insbesondere festgestellt, dass neue Technologien eine Bewegtbildübertragung bereits bei einer Bandbreite von 2 Mbit/s ermöglichen, dass Mietleitungen mit hoher Bandbreite prinzipiell durch eine Mehrzahl von Mietleitungen mit niedriger Bandbreite ersetzt werden könnten, ferner, dass eine hochbitratige Leitung erforderlichenfalls durch technische Verfahren auf die Bandbreite einer nieder-

bitratigen Leitung „heruntergesetzt“ werden könne. Wie die Klägerin dazu allerdings zu Recht bemerkt, ist die technische Machbarkeit zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Substituierbarkeit, die vielmehr neben den objektiven Merkmalen insbesondere auch die unterschiedlichen Preise und Verwendungszwecke in den Blick zu nehmen hat (s. Nr. 44 der Marktanalyse-Leitlinien). In dieser Hinsicht führt die Marktdefinition der Bundesnetzagentur aber keine konkreten Belege für eine Austauschbarkeit der klassischen Mietleitungsprodukte über Bandbreitenstufen hinweg an, obwohl diese - ihrer eigenen Feststellung nach - einem unterschiedlichen Bandbreitenbedarf auf der Abnehmerseite entsprechen. In Bezug auf eine etwaige Grenze bei dem Wert von 2 Mbit/s hätte sich die Behörde auch eingehender damit auseinandersetzen müssen, inwieweit die von der Märkte-Empfehlung (Anh. Nr. 7) für den Endkundenbereich vorgegebene Zäsur Auswirkungen auf die Bestimmung des Vorleistungsmarktes hat, der, wie schon erwähnt, namentlich durch die Nachfrage nach und das Angebot von Produkten zur Herstellung von Endkundenprodukten entsteht. Soweit die Beklagte dem entgegenhält, das Vorleistungsangebot an Mietleitungen sei nur zum Teil auf Endkundenbedürfnisse zugeschnitten und richte sich im Übrigen an Netzbetreiber zum Zweck der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen (s. auch S. 13 der Marktfestlegung), fehlt es auch insoweit an einer aussagekräftigen, die Relationen verdeutlichenden Quantifizierung.

- 27 bb) Ähnlich beschränken sich die Ausführungen der Bundesnetzagentur zu einer bandbreitenübergreifenden Angebotsumstellungsflexibilität im Wesentlichen auf die nicht durch konkrete Marktdaten abgesicherte These, potenzielle Markteinsteiger würden auf eine Preiserhöhung eines hypothetischen Monopolisten von hochbitratigen oder von niederbitratigen Mietleitungen durch einen Markteintritt über alle Bandbreiten reagieren.
- 28 cc) Was die Wettbewerbsbedingungen für die Bereitstellung von Mietleistungsangeboten anlangt, räumt die Bundesnetzagentur ein, dass die Festlegung der Linientechnik (Kupferkabel, über die allein die Klägerin flächendeckend verfügt, bzw. Glasfaser) unter der Prämisse einer Begrenzung der mittels Kupferkabels erzielten Bandbreite die Abgrenzung unterschiedlicher Märkte nahelegen könn-

te, zumal Mietleitungen über Kupferkabel bislang zumeist bis 2 Mbit/s angeboten worden seien. Sie meint jedoch, eine solche Grenze sei jedenfalls technisch und - wegen der Komplexität des jeweiligen unternehmerischen Abwägungsvorgangs - auch ökonomisch nicht eindeutig zu bestimmen. Dagegen hatte sie in ihrem Notifizierungsentwurf noch angenommen, dass die Wettbewerbsbedingungen auf der Vorleistungsebene für eine Differenzierung der Mietleitungen nach Übertragungsraten entsprechend der Aufteilung auf der Endkundenebene (also bei 2 Mbit/s) sprächen, zumal davon auszugehen sei, dass die Wettbewerber auch auf der Vorleistungsebene eine andere Strategie als die Klägerin verfolgten und sich eher auf die Nachfrager im hochbitratigen als im niederbitratigen Bereich konzentrierten. Soweit die Kommission auch mit Blick auf die Wettbewerbsbedingungen die Unzulänglichkeit der von der Bundesnetzagentur seinerzeit vorgelegten Marktdaten, insbesondere hinsichtlich der in Umsätzen wie in der Anzahl der Leitungen ausgedrückten Gesamtvolumina, moniert hat (S. 8 des Schreibens vom 29. September 2006), bedarf es derartiger Daten nicht erst, um die Unterbrechung eines als gegeben unterstellten Substitutionszusammenhangs zu rechtfertigen, sondern vielmehr umgekehrt schon, um diesen Zusammenhang überhaupt zu begründen.

- 29 d) Auch unter der Prämisse, dass die Marktdefinition der Bundesnetzagentur in Ermangelung einer auf ausreichendem Datenmaterial gegründeten Marktabgrenzung keine ausreichende Basis für die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen in Bezug auf Abschlusssegmente von Mietleitungen mit einer Übertragungskapazität von mehr als 2 Mbit/s ist, moniert die Beklagte die Aufhebung der Regulierungsverfügung hinsichtlich ethernet-basierter Mietleitungen, deren Einbeziehung in den relevanten Markt das Verwaltungsgericht nicht als rechtswidrig beanstandet habe. Dieser Kritik ist nicht zu folgen. Unabhängig davon, ob der Bundesnetzagentur Beurteilungsfehler (auch) in Bezug auf die generelle Austauschbarkeit klassischer Mietleitungen mit ethernet-basierten Mietleitungen als solche unterlaufen sind oder nicht, sind die bei der Frage einer Bandbreitendifferenzierung festzustellenden Defizite in dem hier fraglichen Zusammenhang entscheidungserheblich. Das erschließt sich daraus, dass ethernet-basierte Mietleitungen nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur eine flexible Staffelung der Bandbreite an Mietleitungskapazität ermöglichen,

also anders als klassische Mietleitungen keine konkrete Bandbreite, sondern vielmehr Bandbreitenspannen bzw. -obergrenzen bieten. Bei einer Markt-trennung für klassische Mietleitungsprodukte hätte die Flexibilität der alternati-ven Mietleitungsprodukte zwingend eine weitere Überprüfung bedingt, welche dieser alternativen Produkte welchen Teilmärkten zuzuordnen sind. Ohne eine solche Überprüfung, die in den Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur fällt, fehlt der angefochtenen Regulierungsverfügung für die Gruppe der ether-net-basierten Mietleitungsprodukte insgesamt eine tragfähige Grundlage.

- 30 e) Leidet nach alledem die Regulierungsverfügung, soweit sie andere Mietlei-tungen als klassische Mietleitungen mit Bandbreiten bis 2 Mbit/s betrifft, schon im Hinblick auf die Vorfrage einer beurteilungsfehlerfreien Abgrenzung des re-gulierungsbedürftigen Marktes an einem durchgreifenden Rechtsfehler, durfte sich das Verwaltungsgericht, wie von der Klägerin beantragt, auf deren Teilauf-hebung beschränken. Ein Verwaltungsakt ist teilbar, wenn der rechtlich unbe-denkbliche 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 (s. Urteile vom 19. März 1996 - BVerwG 1 C 34.93 - BVerwGE 100, 335 <338>, vom 13. November 1997 - BVerwG 3 C 33.96 - BVerwGE 105, 354 <358> und vom 27. Januar 2010 - BVerwG 6 C 22.08 - CR 2010, 440 Rn. 53).
- 31 Danach ist eine Teilbarkeit - auch unter Berücksichtigung des der Bundesnetz-agentur bei der Marktabgrenzung eröffneten Beurteilungsspielraums und des ihr darüber hinaus bei der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen einge-räumten Regulierungsermessens - unter den hier gegebenen Umständen zu bejahen. Die Auferlegung der umstrittenen Regulierungsverpflichtungen, die unmittelbar den Gegenstand der vorliegenden Anfechtungsklage bildet, kann in Bezug auf die Teilmenge der klassischen Mietleitungen mit Bandbreiten bis 2 Mbit/s nach dem Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur für sich ge-nommen Bestand haben, zumal die Behörde in ihrem ursprünglichen Notifizie-rungsentwurf selbst eine dementsprechende Bandbreitendifferenzierung unter Ausschluss der Mietleitungen mit alternativen Schnittstellen vorgesehen hatte.

- 32 2. Im Ergebnis zutreffend ist das angefochtene Urteil auch insofern, als es über die Regulierungsverfügung (Nr. I des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 31. Oktober 2007) hinaus die der Klägerin auferlegte Verpflichtung zur Abgabe eines Standardangebots (Nr. II des vorgenannten Beschlusses der Bundesnetzagentur) aufgehoben hat, soweit diese andere Mietleitungen als klassische Mietleitungen mit Bandbreiten bis 2 Mbit/s betrifft. Dabei handelt es sich um eine zwingende Folgeentscheidung zu der Teilaufhebung der Regulierungsverfügung, da auch die Standardangebotsverpflichtung gemäß § 23 Abs. 1 TKG die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht voraussetzt, an der es in dem Umfang der als rechtswidrig beanstandeten Marktabgrenzung fehlt.
- 33 3. An der Bestätigung des angefochtenen Urteils als im Ergebnis richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO) ist der Senat schließlich nicht durch die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen gehindert. Diese wirft dem Verwaltungsgericht eine Verletzung des Überzeugungsgrundsatzes (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO) sowie des Anspruchs auf die Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 108 Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG) vor, weil es seine Argumentation fälschlich auf den Sonderfall einer Kettensubstitution nach Nr. 62 der Marktanalyse-Leitlinien verengt und dadurch wesentliche Teile des Beklagtenvorbringens zur Abgrenzung eines bandbreitenübergreifenden Mietleitungsmarktes und zur Einbeziehung ethernetbasierter Mietleitungen unberücksichtigt gelassen habe. Diese Verfahrensrügen greifen nicht durch. Abgesehen davon, dass die betreffenden Teile des Beklagtenvorbringens aus der insoweit maßgeblichen materiell-rechtlichen Sicht des Verwaltungsgerichts nicht entscheidungserheblich waren, erweist sich das angefochtene Urteil, wie oben im Einzelnen dargelegt, unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Argumente der Beklagten aus solchen materiell-rechtlichen Gründen als im Ergebnis zutreffend, auf die sich die gerügten Verfahrensmängel nicht ausgewirkt haben.

34 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Neumann

Büge

Graulich

Bier

Möller

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 400 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG).

Neumann

Büge

Graulich

Bier

Möller

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Telekommunikationsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

TKG § 10 Abs. 1, §§ 11, 12, 13

Stichworte:

Marktdefinition; Marktabgrenzung; Marktanalyse; Beurteilungsspielraum; Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs; Sachverhaltsermittlung; Mietleitungen; Abschlusssegmente; Fernübertragungssegmente; Märkte-Empfehlung; Marktanalyse-Leitlinien; Vermutung.

Leitsätze:

1. Bei der Marktabgrenzung nach § 10 Abs. 1 TKG verfügt die Bundesnetzagentur über einen Beurteilungsspielraum, der vom Gericht u.a. darauf zu überprüfen ist, ob die Behörde von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist und den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat (im Anschluss an BVerwGE 131, 41).

2. Die Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission entfaltet eine Vermutung dafür, dass die in ihr aufgeführten Märkte - vorbehaltlich der Marktanalyse (§ 11 TKG) - regulierungsbedürftig sind. Eine Fehleinschätzung der Bundesnetzagentur in Bezug auf den Regelungsgehalt der Empfehlung, soweit er für die Abgrenzung des relevanten Marktes erheblich ist, kann zu einer Überschreitung der Grenzen des Beurteilungsspielraums führen.

Urteil des 6. Senats vom 1. September 2010 - BVerwG 6 C 13.09

I. VG Köln vom 26.03.2009 - Az.: VG 1 K 5114/07 -