

Rechtsquellen:

GG Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 87 f  
TKG § 33 Abs. 1 und Abs. 2  
VwVfG § 37 Abs. 1

Stichworte:

Telekommunikation; "Resale" von Telekommunikationsdienstleistungen; Verpflichtung zur Abgabe eines nachfragegerechten Vertragsangebots; Bestimmtheit der Verpflichtung; Voraussetzungen des Zugangsanspruchs nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG; "wesentliche" Leistung; Berufsausübungsfreiheit; Eigentumsfreiheit.

Leitsatz:

Der Zugangsanspruch nach § 33 Abs. 1 TKG umfasst auch solche Leistungen des marktbeherrschenden Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, die sein Wettbewerber lediglich zum Zwecke des Wiederverkaufs an seine Endkunden in Anspruch nimmt (sog. "Resale", hier von Teilnehmeranschlüssen sowie von Orts- und Cityverbindungen).

Urteil des 6. Senats vom 3. Dezember 2003 - BVerwG 6 C 20.02

I. VG Köln vom 20.06.2002 - Az.: VG 1 K 3225/01 -

## **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

### **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 6 C 20.02  
VG 1 K 3225/01

Verkündet  
am 3. Dezember 2003  
Thiele  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2003  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. B a r d e n h e w e r und die Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. H a h n , B ü g e , Dr. G r a u l i c h und V o r m e i e r

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungs-  
gerichts Köln vom 20. Juni 2002 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

## G r ü n d e :

### I.

Die Klägerin ist Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen und Betreiberin eines bundesweiten Telekommunikationsfestnetzes. Die Beigeladene bietet Sprachtelefondienst und Internetdienste an. Sie begehrt von der Klägerin die Überlassung von Endkundenanschlüssen und Verbindungsminuten für Orts- und Cityverbindungen im Teilnehmernetz der Klägerin. Die Beigeladene beabsichtigt, auf der Grundlage dieser Leistungen eigene Produkte zu entwickeln und diese in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ihren Endkunden anzubieten. Die zwischen ihr und der Klägerin geführten Verhandlungen führten nicht zu dem von der Beigeladenen angestrebten Erfolg. Daraufhin beanstandete die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Regulierungsbehörde) der Beklagten mit Bescheid vom 30. März 2001, dass die Klägerin der Beigeladenen das Angebot von Leistungen im Teilnehmernetzbereich (Anschlüsse, Orts- und Cityverbindungen), die diese zum Zwecke des Wiederverkaufs nachgefragt habe, verweigere. Die Regulierungsbehörde forderte die Klägerin auf, dieses missbräuchliche Verhalten innerhalb einer bestimmten Frist durch ein nachfragegerechtes Angebot abzustellen. Nachdem die Klägerin erklärt hatte, dass sie der Aufforderung nicht Rechnung tragen werde, gab die Regulierungsbehörde der Klägerin mit Bescheid vom 11. Mai 2001 auf, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen und der Beigeladenen ein Angebot über die von ihr zu Wiederverkaufszwecken nachgefragten Leistungen im Teilnehmernetzbereich (Anschlüsse, Orts- und Cityverbindungen) zu unterbreiten, welches der Beigeladenen die Möglichkeit eröffne, auf der Basis von Produkten der Klägerin selbst gestaltete Produkte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung anzubieten.

Die auf Aufhebung des Beanstandungsbescheids vom 30. März 2001 und des Auf lagenbescheids vom 11. Mai 2001 gerichtete Klage hat das Verwaltungsgericht abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht im Wesentlichen ausgeführt: Die Be-

scheide seien formell rechtmäßig. Insbesondere genügten sie dem Bestimmtheitsgebot. Aus dem Tenor der Bescheide im Zusammenhang mit der Begründung des Bescheids vom 30. März 2001 ergebe sich hinreichend deutlich, welchen Anforderungen das von der Klägerin abzugebende Angebot entsprechen müsse. Die Bescheide seien auch materiell rechtmäßig. Die Klägerin habe gegen die Pflicht des § 33 Abs. 1 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) verstoßen, der Beigeladenen diskriminierungsfrei Zugang zu ihren, der Klägerin, wesentlichen Leistungen zu den Bedingungen zu ermöglichen, die sie sich selbst einräume. Der Verstoß liege darin, dass die Klägerin kein der Nachfrage der Beigeladenen entsprechendes Angebot unterbreite. Die Klägerin verfüge auf dem relevanten Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung. Insoweit sei nur auf den einschlägigen Endkundenmarkt abzustellen, nicht auf einen etwa bestehenden Vorleistungsmarkt für so genannte Resale-Produkte. Die Klägerin habe auf dem Endkundenmarkt für Sprachkommunikation und Datendienste im Teilnehmernetz eine marktbeherrschende Stellung inne. Die von der Beigeladenen begehrten Leistungen seien "wesentlich" im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG. Das Wesentlichkeitskriterium sei erfüllt, wenn der Wettbewerber ohne die begehrte Leistung faktisch an der Erbringung der von ihm beabsichtigten Telekommunikationsdienstleistungen gehindert sei. Dies beurteile sich nicht nach dem konkreten Bedarf des jeweiligen Wettbewerbers, sondern danach, ob es sich bei den nachgefragten Leistungen um solche handele, die objektiv für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen erforderlich seien. So liege es hier. Es könne dahinstehen, ob § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG erfordere, dass die begehrte Leistung der Erbringung einer anderen, einer höheren Wertschöpfungsebene zuzuordnenden Telekommunikationsdienstleistung durch den Nachfrager diene. Dies sei hier der Fall. Die Beklagte verlange von der Klägerin die Unterbreitung eines Angebots, welches es der Beigeladenen ermögliche, auf der Basis der nachgefragten Endkundenanschlüsse und Verbindungsleistungen selbst gestaltete Produkte anzubieten. Der Klägerin sei nicht darin zu folgen, die nachgefragten Endkundenanschlüsse seien deshalb nicht "wesentlich", weil der Beigeladenen die Anmietung entsprechender Teile der Teilnehmeranschlussleitung offen stehe. Im Rahmen des § 33 TKG komme es auf Alternativleistungen und sonstige Ersatzlösungen nicht an. Durch die generelle Weigerung der Beigeladenen, ein nachfragegerechtes Angebot zu unterbreiten, habe die Klägerin ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt. Ein

missbräuchliches Verhalten sei darin zu sehen, dass die Klägerin ein Marktergebnis durchsetzen wolle, welches sie bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht hätte erreichen können. Der Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung rechtfertige sich aus der Nichterfüllung eines Zugangsanspruchs nach § 33 Abs. 1 TKG und dem langen Zeitablauf, der zwischen der erstmaligen, hinreichend konkreten Nachfrage der Beigeladenen und dem Erlass des Bescheids vom 30. März 2001 liege. Die angefochtenen Bescheide seien nicht ermessensfehlerhaft. Sie seien auch von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

Die Klägerin begründet ihre vom Verwaltungsgericht zugelassene Sprungrevision im Wesentlichen wie folgt: Die angefochtenen Bescheide genügten nicht den Anforderungen des verwaltungsverfahrenrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Sie seien auch materiell rechtswidrig. Die Voraussetzungen von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG lägen nicht vor. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei hinsichtlich ihrer, der Klägerin, marktbeherrschenden Stellung nicht auf den Endkundenmarkt abzustellen, sondern darauf, ob sie auf einem Zugangs- oder Vorleistungsmarkt für Resale-Produkte marktbeherrschend sei. Da zum hier maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt ein Resale-Angebot am Markt noch nicht vorhanden gewesen sei, müsse die Frage der marktbeherrschenden Stellung im Wege einer Prognose beurteilt werden. Dabei seien auch die zum gegenwärtigen Zeitpunkt vorhandenen Resale-Angebote im Teilnehmernetzbereich und die nunmehr bestehende Möglichkeit der Betreiber Auswahl im Ortsnetz in die Betrachtung einzubeziehen. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, "wesentlich" im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG seien solche Leistungen, die objektiv für die Erbringung der Telekommunikationsdienstleistungen erforderlich seien, stehe mit Bundesrecht nicht in Einklang. Der Zugangsanspruch sei zu verneinen, wenn der nachfragende Wettbewerber die von ihm geplante Telekommunikationsdienstleistung auch ohne die von ihm nachgefragte Vorleistung des marktbeherrschenden Unternehmens anbieten könne. Dabei seien auch Alternativlösungen beachtlich, die geringfügig von dem von dem Wettbewerber angestrebten Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen auf dem Endkundenmarkt abweichen. Daran gemessen seien die von der Beigeladenen nachgefragten Leistungen deshalb nicht "wesentlich", weil sie auf die Annahme des von ihr, der Klägerin, angebotenen Produkts "BusinessCall 700" und auf die Möglichkeit des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung verwiesen werden könne. Die Zulässigkeit

der Verweisung auf solche Alternativen folge aus der hier zu beachtenden Essential-Facilities-Doctrine. Ein Zugangsanspruch nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG bestehe nur dann, wenn von dem Wettbewerber mit Hilfe der nachgefragten Leistung eine andere, einer höheren Wertschöpfungsebene zuzuordnende Telekommunikationsdienstleistung geschaffen werde. Daran fehle es hier. Sie, die Klägerin, habe eine marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich ausgenutzt. Dass einem Nachfrager kein zeitnahes Angebot über die Erbringung der nachgefragten Leistung gemacht werde, genüge nicht für die Annahme eines Missbrauchs. Die Verpflichtung zur Abgabe eines Resale-Angebots verletze ihre, der Klägerin, verfassungsrechtlich gewährleistete Berufsausübungsfreiheit und die Eigentumsgewährleistung.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 13. Juni 2002 die Bescheide der Beklagten vom 30. März 2001 und 11. Mai 2001 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Die Beklagte tritt der Revision entgegen und führt im Wesentlichen aus: Die streitigen Bescheide seien hinreichend bestimmt. Sie seien auch materiell nicht zu beanstanden. Die Klägerin habe eine marktbeherrschende Stellung inne. Das gelte sowohl für den Endkundenmarkt, als auch für den Markt für Resale-Produkte im Teilnehmernetzbereich. Die nachgefragten Leistungen seien "wesentlich" im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG. Für die Anwendung der Essential-Facilities-Doctrine sei kein Raum. Das Verwaltungsgericht habe zu Recht angenommen, dass die Beigeladene mit den von ihr beabsichtigten Konvergenzprodukten einen "Mehrwert" schaffen wolle und dass die Klägerin ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutze.

Die Beigeladene verteidigt das angefochtene Urteil.

Die zulässige Sprungrevision ist unbegründet, so dass sie zurückzuweisen ist (§ 144 Abs. 2 VwGO). Das angefochtene Urteil ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Klagen sind zulässig (A.), aber unbegründet (B.).

A. Die Klagen gegen den am 11. Mai 2001 ergangenen Auflagenbescheid im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 25. Juli 1996 (BGBl I S. 1120), zum hier maßgeblichen Zeitpunkt des Ergehens dieses Bescheids (vgl. Urteil vom 25. April 2001 - BVerwG 6 C 6.00 - BVerwGE 114, 160 <166 ff.>), zuletzt geändert am 31. Januar 2001 (BGBl I S. 170), und gegen den Beanstandungsbescheid im Sinne des § 33 Abs. 2 Satz 2 TKG vom 30. März 2001 sind zulässig.

Durch den Erlass des Auflagenbescheids hat sich der Beanstandungsbescheid nicht erledigt, und eine Erledigung der Bescheide ist auch nicht dadurch eingetreten, dass die Klägerin der Beigeladenen nach dem Ergehen der Bescheide ein unter dem Vorhalt des Ausgangs dieses Rechtsstreits stehendes Vertragsangebot unterbreitet hat (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 162 f.).

Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin ist auch nicht etwa dadurch entfallen, dass die Beigeladene verbindlich erklärt hätte, sie habe an einem Vertragsangebot der Klägerin kein Interesse mehr. Eine solche Erklärung wurde nicht abgegeben, auch nicht in dem Schreiben des Vorstandsvorsitzenden der Beigeladenen an die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Regulierungsbehörde) vom 13. November 2002. Diesem Schreiben kann allenfalls entnommen werden, dass die Beigeladene nicht die Durchführung eines weiteren Missbrauchsverfahrens oder die zwangsweise Durchsetzung des Bescheids vom 11. Mai 2001 anstrebt. Das ergibt aber nicht, dass sie kein Interesse mehr an einem nachfragegerechten Angebot hat. Die Beigeladene hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, dass sie im Fall der rechtskräftigen Abweisung der Klagen die Verhandlungen mit der Klägerin fortzusetzen beabsichtige.

B. Die Klagen sind unbegründet.

Die angefochtenen Bescheide sind nicht zu beanstanden.

1. Die Bescheide genügen dem verfahrensrechtlichen Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs. 1 VwVfG.

Inhaltlich hinreichende Bestimmtheit setzt voraus, dass insbesondere für den Adressaten des Verwaltungsakts die von der Behörde getroffene Regelung so vollständig, klar und unzweideutig erkennbar ist, dass er sein Verhalten danach richten kann (vgl. Urteil vom 29. September 1992 - BVerwG 1 C 36.89 - Buchholz 451.45 § 16 HwO Nr. 8 S. 5). Es reicht aus, wenn sich die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheids, insbesondere seiner Begründung, sowie den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne weiteres erkennbaren Umständen unzweifelhaft erkennen lässt (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 164). Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts (vgl. Urteil vom 15. Februar 1990 - BVerwG 4 C 41.87 - BVerwGE 84, 335 <338>). Daran gemessen sind die angefochtenen Bescheide nicht zu beanstanden.

Die in dem Auflagenbescheid ausgesprochene und an den Beanstandungsbescheid anknüpfende Verpflichtung der Klägerin, ein näher beschriebenes Angebot über die von der Beigeladenen nachgefragten Leistungen zu unterbreiten, ist hinreichend konkret. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Beklagte, die den marktbeherrschenden Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit durch Bescheid nach § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG zur Abgabe eines Vertragsangebots verpflichtet, nicht gehalten, ergänzend die Einzelheiten des abzugebenden Angebots auszuarbeiten und in den Bescheid aufzunehmen. Es genügt vielmehr, wenn das Angebot der Nachfrage entsprechend qualifiziert wird und wenn des weiteren Inhalt und Grenzen der Verpflichtung mit hinreichender Deutlichkeit aufgezeigt werden (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 164). Dem Tenor des Auflagenbescheids ist deutlich zu entnehmen, dass die Klägerin ein Angebot über die von der Beigeladenen nachgefragten Anschlüsse sowie Orts- und Cityverbindungen zu unterbreiten hat und dass dieses Angebot die Beigeladene in die Lage versetzen muss, auf der Grundlage der nachgefragten Leistungen selbst gestaltete Produkte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung anzubieten. Damit sind Inhalt und Grenzen der Verpflichtung hinreichend konkretisiert. Entgegen der Auffassung der Klägerin verlangt

das Bestimmtheitsgebot nicht über die dargelegten Anforderungen hinaus, dass in einem Bescheid im Sinne von § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG das Mindestmaß dessen festgelegt wird, was das marktbeherrschende Unternehmen bei der Gestaltung des Vertragsangebots hinzunehmen hat, und umgekehrt das Höchstmaß dessen bezeichnet wird, was es von dem Begünstigten verlangen kann. Ist das von dem marktbeherrschenden Unternehmen abzugebende Vertragsangebot in der aufgezeigten Weise hinreichend bestimmt, sind die Einzelheiten der Vertragsgestaltung der Verhandlung und Einigung der Vertragsparteien überlassen. Eine Festlegung von Mindest- und Maximalbedingungen in dem Bescheid ist nicht geboten (vgl. zu einer kartellrechtlichen Untersagungsverfügung: BGH, Beschluss vom 24. September 2002 - KVR 15/01 - NJW 2003, 748 <751>). Der Klägerin ist auch nicht darin zu folgen, dass die Beklagte gehalten gewesen wäre, in dem Bescheid festzulegen, ob und inwieweit das Vertragsangebot auch den Interessen der Anbieter von "Call-by-call" und "Pre-selection" Rechnung tragen müsse. Damit sind Details des abzugebenden Angebots angesprochen, die nicht in die angefochtenen Bescheide aufgenommen werden mussten.

Die streitigen Bescheide sind auch hinsichtlich des in ihnen ausgesprochenen Gebots hinreichend bestimmt, dass den besonderen Rechten und Pflichten, die sich aus dem Verhältnis der Klägerin zur Beigeladenen als Wettbewerberin ergäben, bei der Gestaltung des Angebots Rechnung zu tragen sei. Inhalt und Grenzen dieser Verpflichtung sind der Begründung des Bescheids vom 30. März 2001 deutlich zu entnehmen. Dort wird unter Bezugnahme auf das in Rede stehende Gebot dargelegt (S. 19 f.), dass das zu unterbreitende Angebot die Beigeladene in die Lage versetzen müsse, mit selbst gestalteten Produkten eine eigene Leistungsbeziehung zum Endkunden aufzubauen.

2. Die angefochtenen Bescheide erweisen sich auch als materiell rechtmäßig.

Die Beklagte war berechtigt, mit Bescheid vom 30. März 2001 das Verhalten der Klägerin zu beanstanden und dieser mit Bescheid vom 11. Mai 2001 aufzugeben, der Beigeladenen ein nachfragerechtes Angebot zu unterbreiten.

Nach § 33 Abs. 2 Satz 2 TKG fordert die Regulierungsbehörde den Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, der gegen § 33 Abs. 1 TKG verstößt und dadurch seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, auf, das beanstandete Verhalten abzustellen. Trägt der Anbieter der Beanstandung nicht Rechnung, kann die Regulierungsbehörde nach § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG den betroffenen Anbieter u.a. ein Verhalten auferlegen, soweit dieser Anbieter seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt. Die Klägerin war nach § 33 Abs. 1 TKG verpflichtet, der Beigeladenen die von dieser nachgefragten Leistungen zu gewähren. Dadurch wird die Beigeladene im Sinne der angefochtenen Bescheide in die Lage versetzt, unter Verwendung dieser Leistungen das von ihr angestrebte Geschäftsmodell des "Resale" zu verwirklichen. Dies bedeutet, dass sie mit Hilfe der von der Klägerin erlangten Leistungen eigene Telekommunikationsdienstleistungen gestaltet und diese in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ihren Endkunden anbietet, ohne selbst die Verfügungsgewalt über eine für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen notwendige Netzinfrastruktur zu haben (vgl. zum Begriff "Resale": Kurth, MMR 2001, 653 <659>; Orthwein, Resale von Telekommunikationsdienstleistungen, 2003, S. 1 und S. 75 ff.). Die Verweigerung eines der Nachfrage der Beigeladenen entsprechenden Angebots durch die Klägerin war sachlich nicht gerechtfertigt und stellte eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung der Klägerin dar.

a) Die Klägerin war nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG verpflichtet, der Beigeladenen ein nachfragegerechtes Angebot zu unterbreiten.

Nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG hat ein Anbieter, der auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung vom 26. August 1998 (BGBl I S. 2521), zum hier maßgeblichen Zeitpunkt zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Dezember 2000 (BGBl I S. 1765), verfügt, Wettbewerbern auf diesem Markt diskriminierungsfrei den Zugang zu seinen intern genutzten und zu seinen am Markt angebotenen Leistungen, soweit sie wesentlich sind, zu den Bedingungen zu ermöglichen, die er sich selbst bei der Nutzung dieser Leistungen für die Erbringung anderer Kommunikationsdienstleistungen ein-

räumt, es sei denn, dass die Einräumung ungünstigerer Bedingungen, insbesondere die Auferlegung von Beschränkungen, sachlich gerechtfertigt ist.

aa) Die Klägerin verfügte über eine marktbeherrschende Stellung.

Ein Unternehmen ist nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG i.V.m. § 19 Abs. 2 GWB marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Die Feststellung einer Marktbeherrschung setzt die Abgrenzung insbesondere des räumlich und sachlich relevanten Marktes voraus.

Räumlich relevant ist hier der gesamte nationale Markt. Die Beigeladene will die von ihr begehrten Leistungen im gesamten Bundesgebiet in Anspruch nehmen und mit ihrer Hilfe im gesamten nationalen Markt Telekommunikationsdienstleistungen erbringen.

Der sachlich relevante Markt wird bestimmt durch sämtliche Produkte oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaft, Preislage und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 171). Als sachlich relevanter Markt kommen hier der Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse sowie Orts- und Cityverbindungen und ein Markt für den Zugang zu Einrichtungen und Leistungen, die zur Erbringung von Diensten für Endkunden erforderlich sind, in Betracht. Es spricht Überwiegendes dafür, dass auf den Endkundenmarkt abzustellen ist. Nach dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG kommt es auf denjenigen Markt an, auf dem das wegen missbräuchlichen Verhaltens in Anspruch genommene Unternehmen Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet. Da § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG "Wettbewerber auf diesem Markt" begünstigt, weist die grammatikalische Fassung der Bestimmung in die Richtung, dass für die Marktbeherrschung auf den Endkundenmarkt abzustellen ist, den das verpflichtete Unternehmen bedient und auf dem der Wettbewerber mit Hilfe der von ihm nachgefragten Leistungen tätig zu werden beabsichtigt (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 172). Der Senat hat in seinem Urteil vom 25. April 2001 (a.a.O., 172 f.) erwogen, ob es eine schutzzweckbezogene

Auslegung des § 33 TKG nahe legt, auch oder gar allein den entsprechenden Vorleistungsmarkt als sachlich relevant anzusehen. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, dass es die vom Telekommunikationsgesetz angestrebte Sicherung und Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) auf dem ehemals staatsmonopolistisch geprägten Markt der Telekommunikationsdienstleistungen mit dem Instrument der asymmetrischen, also vorrangig die Auflösung des Monopols in den Blick nehmenden Regulierung auch gebietet zu verhindern, dass das den Vorleistungsmarkt beherrschende Unternehmen seine dortige Marktmacht ungeschmälert auf den nachgelagerten Markt überträgt und auf diese Weise den Zutritt des auf die Vorleistungen angewiesenen Wettbewerbers auf den Endkundenmarkt zumindest erschwert. § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG geht ersichtlich von der Vorstellung aus, dass das den Endkundenmarkt beherrschende Unternehmen in der Regel eine vertikal integrierte Unternehmensstruktur aufweist, es also eine überlegene Verfügungsmacht über Leistungen und Einrichtungen innehat, die für die Erbringung von Leistungen auf dem Endkundenmarkt erforderlich sind und die dem Wettbewerber jedenfalls nicht in gleicher Weise zur Verfügung stehen. Dieser enge Zusammenhang zwischen der Marktbeherrschung auf dem Endkunden- und derjenigen auf dem Vorleistungsmarkt könnte darauf hindeuten, dass beide Märkte sachlich relevant sind. Ausgeschlossen ist jedoch, allein auf den Vorleistungsmarkt abzustellen, wie es der Senat noch in seinem Urteil vom 25. April 2001 (a.a.O., 173) erwogen hat.

Hier kann dahinstehen, ob es nur auf den Endkundenmarkt oder sowohl auf diesen als auch auf einen Vorleistungsmarkt ankommt. Die Klägerin verfügte in beiden Bereichen über eine dominierende Stellung. Von einer marktbeherrschenden Stellung ist auszugehen, wenn ein Unternehmen auf dem relevanten Markt einen vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierten, überragenden Verhaltensspielraum besitzt (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 173 m.w.N.). Dies war auf beiden in Betracht kommenden Märkten der Fall.

Auf dem Endkundenmarkt für Ortsverbindungen und Teilnehmeranschlüsse lagen die Marktanteile der Klägerin in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt bundesweit bei etwa 98 % (vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33 gemäß § 81

Abs. 3 TKG und § 44 PostG, 2002, S. 43 und S. 47 f.). Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Marktanteile der Klägerin bei den Cityverbindungen davon grundlegend unterscheiden. Die Beteiligten gehen auch insoweit übereinstimmend von einer den Markt beherrschenden Stellung der Klägerin aus.

Eine die angefochtenen Bescheide rechtfertigende marktbeherrschende Stellung der Klägerin lag auch mit Blick auf die Verhältnisse im Vorleistungsbereich vor. Eine Beherrschung des Vorleistungsmarktes kann nicht schon mit der Erwägung verneint werden, zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt habe noch kein auf Resale-Produkte gerichteter Vorleistungsmarkt bestanden. Der Wortlaut des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG scheint allerdings davon auszugehen, dass ein relevanter Markt tatsächlich bestehen muss. Dies könnte hier zweifelhaft sein, weil das Bestehen eines Marktes voraussetzt, dass ein solcher für Dritte offen steht, was nach der Bekundung der Klägerin Mitte des Jahres 2001 hinsichtlich der hier in Rede stehenden Vorleistungsprodukte nicht der Fall war. Eine an dem Schutzzweck des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG ausgerichtete Auslegung zwingt hingegen zu der Annahme, dass das Bestehen eines eigenständigen Vorleistungsmarktes nicht deshalb in Frage gestellt werden kann, weil die einen solchen Markt ausmachenden Leistungen oder Einrichtungen Dritten bisher nicht zugänglich waren. § 33 Abs. 1 TKG will - wie dargelegt - im Interesse der Sicherstellung und Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs verhindern, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine (auch) im Bereich der Vorprodukte bestehende beherrschende Stellung auf den nachgelagerten Endkundenmarkt überträgt. Mit Blick auf diesen Zweck ist es ohne Bedeutung, ob im Bereich der Vorprodukte tatsächlich Marktverhältnisse herrschen. Es liegt im Ergebnis nicht anders als in den Fällen eines kartellrechtlichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Verweigerung des Zugangs zu eigenen Infrastruktureinrichtungen im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Die Voraussetzungen eines Missbrauchs können auch dann erfüllt sein, wenn die nachgefragten Einrichtungen bisher nicht für Dritte offen stehen (vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 19 Rn. 192; siehe auch Begründung des Entwurfs eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BTDrucks 13/9720 S. 51). Mithin reicht es für das Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung im Vorleistungsbereich aus, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt ein fiktiv beste-

hender Markt von dem in Anspruch genommenen Unternehmen beherrscht worden wäre.

Für die Feststellung einer beherrschenden Stellung auf einem fiktiven Vorleistungsmarkt sind allein die Verhältnisse in dem für die Überprüfung von Bescheiden nach § 33 Abs. 2 TKG maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich. Der Klägerin ist nicht darin zu folgen, dass es insoweit einer auch den nachfolgenden Zeitraum berücksichtigenden Prognose bedarf. Hinsichtlich des Vorliegens der tatsächlichen Voraussetzungen der Tatbestandsmerkmale des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG kommt es ausnahmslos auf die Sachlage zum genannten Zeitpunkt an. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass für die Beurteilung der Verhältnisse auf einen fiktiven Vorleistungsmarkt ausnahmsweise ein anderer Zeitpunkt maßgeblich sein könnte.

Die mögliche Relevanz eines Vorleistungsmarktes setzt nicht voraus, dass dieser die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 18 TKG zum Gegenstand hat. Dies folgt daraus, dass es sich bei den nachgefragten Vorleistungsprodukten um "Leistungen" im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG handelt, zu denen dem Wettbewerber bei Vorliegen der Voraussetzungen der Bestimmung Zugang zu gewähren ist. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 180 f.) muss es sich bei diesen Leistungen nicht um "Telekommunikationsdienstleistungen" handeln. Es genügt, wenn die nachgefragten Leistungen im Zusammenhang mit der von dem Wettbewerber beabsichtigten Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit gegenüber Endkunden stehen. Das ist hier der Fall. Soweit dem Urteil des Senats vom 25. April 2001 (a.a.O.) entnommen werden kann, dass ein im Rahmen von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG möglicherweise auch bedeutsamer Vorleistungsmarkt Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 18 TKG betreffen muss, hält der Senat daran nicht fest.

Die Klägerin verfügte Mitte des Jahres 2001 auf dem (fiktiven) Vorleistungsmarkt von Teilnehmeranschlüssen sowie Orts- und Cityverbindungen über eine beherrschende Stellung. Soweit die Beigeladene zum Zwecke des Wiederverkaufs Orts- und Cityverbindungen nachfragt, gilt nichts anderes als mit Blick auf den Endkundenmarkt für

solche Verbindungen. Aus demselben Grund bestand eine marktbeherrschende Stellung der Klägerin auch hinsichtlich der nachgefragten und für die Endkunden der Beigeladenen einzurichtenden Teilnehmeranschlüsse.

bb) Bei den von der Beigeladenen begehrten Endkundenanschlüssen und Verbindungen handelt es sich um "wesentliche" Leistungen im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG.

(a) Unerheblich für das Verständnis von dem Inhalt des Begriffs "wesentlich" ist die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) vom 11. Dezember 1997 (BGBl I S. 2910), zum hier maßgeblichen Zeitpunkt geändert durch Verordnung vom 14. April 1999 (BGBl I S. 705), bestehende Verpflichtung der Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, ihre Leistungsangebote so zu gestalten, dass andere Anbieter diese Leistung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben und ihren Endkunden anbieten können. Daraus kann für die hier in Rede stehende Frage schon deshalb nichts hergeleitet werden, weil aus einer untergesetzlichen Norm nicht auf den Inhalt eines formellen Gesetzes geschlossen werden kann.

(b) "Wesentlich" im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG sind solche Leistungen des marktbeherrschenden Anbieters, ohne die die Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, für welche die Leistungen von dem Wettbewerber nachgefragt werden, von diesem objektiv nicht erbracht werden können (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 9. Februar 2000 - 13 A 180/99 - CR 2000, 369 <372>; Holznagel/Koenig, Der Begriff der wesentlichen Leistung nach § 33 TKG, 2001, S. 65; Orthwein, a.a.O., S. 233; Manssen in: derselbe (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, C § 33 Rn. 7; Neitzel, CR 2002, 740; Tschentscher/Neumann, BB 1997, 2437 <2444>; Holzhäuser, MMR 2000, 466 <468 f.>; a.A. Glahs in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2002, § 33 Rn. 35).

(aa) Der Wortlaut der Bestimmung weist in die Richtung, dass es hinsichtlich der Wesentlichkeit der nachgefragten Leistungen auf deren objektive Notwendigkeit für die Telekommunikationsdienstleistungen ankommt, die der Wettbewerber mit Hilfe der erstrebten Leistungen zu erbringen beabsichtigt.

§ 33 Abs. 1 Satz 1 TKG geht ausweislich seines Wortlauts von einem grundsätzlich weiten Anspruch auf Zugang zu Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens aus. Dieser Anspruch erfährt durch das Merkmal der Wesentlichkeit eine Einschränkung. Aus dem Kreis der grundsätzlich von dem Zugangsanspruch erfassten Leistungen werden diejenigen ausgegrenzt, die nicht "wesentlich" sind. Der Begriff "wesentlich" kann nicht aus sich heraus erklärt werden. Er ist nur in Verbindung mit seinem Bezugspunkt verständlich. Im allgemeinen Sprachgebrauch, der auch hier zugrunde zu legen ist, bedeutet "wesentlich", dass aus der Gesamtheit der den Bezugsbegriff ausmachenden Fälle diejenigen hervorgehoben werden, die den Kern oder die Hauptsache des Bezugsbegriffs ausmachen. Eine Konkretisierung des in Rede stehenden Begriffs setzt mithin die Bestimmung seines Bezugspunktes voraus. Die nachgefragte Leistung scheidet insoweit aus, weil die Feststellung, dass eine Leistung für sich selbst wesentlich ist, keinen weiterführenden Aussagegehalt hätte. Bei der gebotenen Würdigung der Bestimmung als sprachliche Einheit ergibt sich, dass auf den Zweck abzustellen ist, zu dem die Leistung von dem Wettbewerber in Anspruch genommen wird, also auf das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit. Hierfür muss die Leistung "wesentlich" sein. Es kommt demnach nicht darauf an, ob die Leistung für den Normadressaten oder für den Wettbewerber wesentlich ist. Unerheblich ist also, "für wen" die Leistung wesentlich ist. Entscheidend ist vielmehr die nach objektiven Maßstäben zu ermittelnde Wesentlichkeit mit Blick auf die Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, die der Wettbewerber unter Nutzung der nachgefragten Leistungen erbringen will. Die grammatikalische Auslegung spricht also dafür, dass es jedenfalls in erster Linie darauf ankommt, ob die nachgefragte Leistung für das von dem Wettbewerber angestrebte Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen objektiv erforderlich ist.

(bb) Die systematische Auslegung unterstützt das Ergebnis der am Wortlaut ausgerichteten Interpretation.

Im Zusammenhang der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG kommt dem "Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit" zentrale Bedeutung zu. Über dieses Tatbestandsmerkmal wird der Adressat der

Norm bestimmt, nämlich der diesen Markt beherrschende Anbieter. Es konkretisiert darüber hinaus den Normbegünstigten, also den Wettbewerber, der mit Hilfe der nachgefragten Leistungen in den von dem Normadressaten beherrschten Markt eintreten will. Schließlich bestimmt das Merkmal in Verbindung mit demjenigen der Marktbeherrschung den Anlass des regulatorischen Eingriffs. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Wesentlichkeit der Leistung an der im Regelungszusammenhang zentralen Kategorie des "Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit" zu messen und insoweit grundsätzlich darauf abzustellen, ob die nachgefragte Leistung objektiv notwendig ist, damit der Wettbewerber die von ihm beabsichtigten Telekommunikationsdienstleistungen erbringen kann.

In dieselbe Richtung weist auch das Verhältnis des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG zum allgemeinen Kartellrecht. Insoweit ist insbesondere § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in den Blick zu nehmen. Diese Bestimmung nimmt sich einer Problematik an, die mit derjenigen vergleichbar ist, der sich § 33 TKG widmet. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegt ein kartellrechtlicher Missbrauch vor, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen weigert, einem anderen Unternehmen Zugang zu den eigenen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und wenn es dem anderen Unternehmen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden. Da diese Bestimmung auf die mangelnde Fähigkeit des Wettbewerbers zum Markteintritt abstellt und diesem Mangel abhelfen will, setzt eine missbräuchliche Zugangsverweigerung voraus, dass der Wettbewerber nicht auf Alternativen zu der nachgefragten Einrichtung oder darauf verwiesen werden kann, dass er diese aus eigener Kraft herstellen kann (vgl. Möschel, a.a.O., § 19 Rn. 199; Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 19 Rn. 84). Die Bestimmung lässt es also für eine missbräuchliche Zugangsverweigerung nicht genügen, dass der Zugang zu der begehrten Einrichtung objektiv notwendig ist, damit der nachfragende Wettbewerber in der von ihm angestrebten Weise auf dem Markt tätig werden kann. Sie subjektiviert den Zugangsanspruch insoweit, als dieser nur dann gegeben ist, wenn das den Zugang begehrende Unternehmen nicht in der Lage ist, die nachgefragte Einrichtung in zumutbarer Weise zu substituieren oder zu duplizieren. Dies kommt in dem Wortlaut des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB deutlich zum Ausdruck ("dem anderen Unternehmen ... nicht möglich ist"). Demgegenüber enthält § 33 TKG keinen vergleichbaren Hinweis auf einen solchen subjektiven Einschlag des Zugangsanspruchs. Da beiden

Bestimmungen eine weitgehend identische Problematik zugrunde liegt, spricht dies dafür, dass sich die Wesentlichkeit einer Leistung im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG hauptsächlich nach ihrer objektiven Notwendigkeit für die vom Wettbewerber angestrebte Telekommunikationsdienstleistung bemisst. Hätte der Gesetzgeber die Wesentlichkeit (auch) danach bemessen wollen, ob der Wettbewerber auf die nachgefragte Leistung angewiesen ist, hätte es nahe gelegen, dies in der Bestimmung in ähnlicher Weise wie in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zum Ausdruck zu bringen.

(cc) Sinn und Zweck des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG bestätigen, dass es für die Wesentlichkeit primär darauf ankommt, ob die Leistung für die angestrebte Telekommunikationsdienstleistung objektiv notwendig ist.

Der von § 33 TKG ermöglichten Missbrauchsaufsicht kommt mit Blick auf das von dem Telekommunikationsgesetz verfolgte Anliegen zentrale Bedeutung zu. Das Telekommunikationsgesetz erstrebt - wie aufgezeigt - in Erfüllung des verfassungsrechtlichen Auftrages des Art. 87 f GG die Förderung und Sicherung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs. Der Gesetzgeber hat die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht für ausreichend angesehen, um auf dem ehemals staatsmonopolistisch organisierten Telekommunikationsmarkt funktionierenden Wettbewerb herzustellen. Die allgemeine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ist auf ein prinzipiell funktionierendes Wettbewerbsumfeld zugeschnitten. Demgegenüber war im Bereich des ehemaligen Staatsmonopols Wettbewerb erst herzustellen (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 180). Vor diesem Hintergrund gebietet der von § 33 TKG verfolgte Zweck, mit den Mitteln der Missbrauchsaufsicht chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb herzustellen, eine weite Auslegung des Wesentlichkeitsmerkmals. Dem wird Rechnung getragen, wenn jedenfalls für den Regelfall die Wesentlichkeit von der objektiven Notwendigkeit der nachgefragten Leistung für die von dem Wettbewerber angestrebte Telekommunikationsdienstleistung abhängig gemacht und nicht weitergehend geprüft wird, ob dem Wettbewerber ohne die Leistung der Markteintritt schlechterdings, d.h. auch in Anbetracht denkbarer und zumutbarer Alternativen, unmöglich ist. Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass eine nachgefragte Leistung nicht schon dann stets die Qualität einer wesentlichen Leistung im Sinne von § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG verliert, wenn dem Wettbewerber realisierbare Alternativen zur Verfü-

gung stehen, die es ihm erlauben, Endkunden auf dem nachgelagerten Markt mit Telekommunikationsdienstleistungen zu versorgen (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 181 f.). Dies gilt gleichermaßen für die Möglichkeit, die nachgefragten Leistungen zu duplizieren.

Sinn und Zweck des weit auszulegenden Zugangsanspruchs lassen es auch nicht zu, die Wesentlichkeit einer Leistung mit der Erwägung anzuzweifeln, dass der nachfragende Wettbewerber über kein eigenes Telekommunikationsnetz verfügt, wie das bei dem so genannten Reseller der Fall ist. § 33 TKG unterscheidet nicht zwischen Anbietern, die über eine eigene Netzstruktur verfügen, und solchen, die ohne eigenes Telekommunikationsnetz Dienstleistungen anbieten. Die Bestimmung soll Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens den Zutritt zu dem Markt für "Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit" ermöglichen. Dieser Markt erfasst nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 19 TKG auch die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen durch Anbieter, die nicht im Besitz eines eigenen Telekommunikationsnetzes sind. Dementsprechend erstreckt sich der aufgezeigte Zweck des § 33 TKG auch auf die Marktaktivitäten solcher Unternehmen. Das Geschäftsmodell "Resale" verdeutlicht, dass auch das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen ohne eigene Netzstruktur den vom Telekommunikationsgesetz angestrebten Wettbewerb fördern kann. "Resale" kann dadurch wettbewerbsfördernde Wirkung auf dem Telekommunikationsmarkt entfalten, dass die entsprechenden Anbieter unter Nutzung der nachgefragten Leistungen mit vergleichsweise geringen Kosten neue Produkte herstellen und auf den Markt bringen. Wettbewerbsförderung wird auch dadurch bewirkt, dass bei niedrigen Investitionskosten kurzfristig und flächendeckend Telekommunikationsdienstleistungen zu günstigen Preisen angeboten werden können. Die dadurch eintretende Erhöhung der Anzahl der Wettbewerber führt zu einer den Wettbewerb intensivierenden Verbreiterung der Angebotspalette. Dies ist vom Telekommunikationsgesetz erwünscht. Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Förderung der Reseller durch ihnen gewährte Zugangsansprüche auf der Grundlage des § 33 TKG mindere die Neigung zur Errichtung und zum Ausbau von Telekommunikationsnetzen und widerstreite deshalb einem wesentlichen Anliegen des Telekommunikationsgesetzes. Anbieter ohne eigenes Netz sind auf das Bestehen einer Netzstruktur angewiesen, und die Aufwendungen für die Errichtung, den Ausbau und die Unterhaltung der Netze können Bestandteil der Kos-

ten für die effiziente Leistungsbereitstellung sein, an denen sich die Entgelte zu orientieren haben, die der Marktbeherrscher von dem Wettbewerber für die von ihm erstrebten Leistungen verlangen kann (§ 24 Abs. 1 TKG). Durch die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Aufwendungen bei der Entgeltgestaltung wird sowohl den privaten Interessen der Anbieter mit eigener Netzstruktur als auch dem öffentlichen Bedürfnis nach Ausbau und Unterhaltung der Telekommunikationsnetze hinreichend Rechnung getragen.

(dd) Die Entstehungsgeschichte steht dem bisherigen Auslegungsergebnis nicht entgegen.

Die Begründung des Entwurfs von § 33 TKG versteht die Bestimmung als spezialgesetzliche Ergänzung zu dem allgemeinen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot und betont die Notwendigkeit der Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens, im Interesse der Ermöglichung von Wettbewerb Zugang zu seinen Leistungen zu gewähren (vgl. BTDrucks 13/3609 S. 45 f.). Damit steht es im Einklang, für die Wesentlichkeit einer nachgefragten Leistung jedenfalls in der Regel darauf abzustellen, ob sie für die vom Wettbewerber angestrebten Telekommunikationsdienstleistungen objektiv notwendig ist.

Entgegen der Auffassung der Klägerin kann aus der Entwicklung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach In-Kraft-Treten des Telekommunikationsgesetzes für den Inhalt des Begriffs "wesentlich" nichts abgeleitet werden. Die Klägerin meint, aus der Begründung zu dem im Rahmen des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in das Gesetz eingefügten § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ergebe sich, dass es im Zusammenhang mit dem Wesentlichkeitserfordernis auf Alternativen zu der nachgefragten Leistung und auf die Möglichkeit ihrer Duplizierbarkeit ankomme. Dem ist schon deshalb nicht zu folgen, weil in der Begründung des Entwurfs zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass spezialgesetzliche Regelungen, soweit diese bestehen, unberührt bleiben und Vorrang genießen (BTDrucks 13/9720 S. 35). Bei § 33 TKG handelt es sich um eine solche speziellere Bestimmung, die sich zwar - wie dargelegt - einer vergleichbaren Problematik annimmt, aber anders formuliert ist und ein anderes Umfeld betrifft.

(ee) Nach dem Gesagten lässt sich der aufgezeigte Inhalt des Merkmals "wesentlich" aus der konkreten gesetzlichen Ausformung des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG und der Auslegung dieser Bestimmung nach den klassischen Kriterien gewinnen. Es kann deshalb dahinstehen, ob der Gesetzgeber angenommen hat, bei der Missbrauchsaufsicht des § 33 TKG handele es sich um eine spezielle Ausformung der im amerikanischen Kartellrecht entwickelten so genannten Essential-Facilities-Doctrine, an die sich der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 82 EGV der Sache nach anlehnt (vgl. Urteil vom 26. November 1998 - C-7/97 <Bronner> - EuGHE I 1998, 7791). Auf die dem Gesetz allgemein zugrunde liegende Grundsätze könnte allenfalls dann zugegriffen werden, wenn anders die Auslegung nicht zu eindeutigen Ergebnissen führen würde (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 180). Dies ist hier nicht der Fall.

(c) Die Voraussetzungen des Wesentlichkeitsmerkmals sind hier erfüllt.

Die angefochtenen Bescheide beziehen sich auf Leistungen der Klägerin, die die Beigeladene in die Lage versetzen soll, auf der Grundlage dieser Leistungen eigene Produkte zu gestalten. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts sind die nachgefragten Leistungen objektiv erforderlich, damit die Beigeladene in der von ihr beabsichtigten Art und Weise auf dem Endkundenmarkt Telekommunikationsdienstleistungen anbieten kann. Bei einer solchen Sachlage ist es - wie dargestellt - jedenfalls in Regelfällen wie dem vorliegenden geboten, die nachgefragten Leistungen als "wesentlich" anzusehen. Ohne Bedeutung ist deshalb, dass die Klägerin der Beigeladenen das Produkt "BusinessCall 700" angeboten hat, das dieser nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts nicht den Aufbau einer eigenen Beziehung zu ihren Endkunden gestattet, und dass der Beigeladenen außerdem grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet ist, den entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen der Klägerin und damit eine von ihr nicht gewünschte Tätigkeit als Netzbetreiberin zu beanspruchen. Die Aufgabe des Geschäftsmodells "Resale" kann der Beigeladenen auch deshalb nicht angesonnen werden, weil sie selbst darüber zu entscheiden hat, in welcher Weise sie in den Wettbewerb mit der Klägerin eintreten möchte, und weil dieses Geschäftsmodell aus den dargelegten Gründen anderen Möglichkeiten des Markteintritts nicht nachsteht.

cc) Die weiteren Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 TKG liegen vor.

Bei den nachgefragten Anschlüssen und Verbindungen handelt es sich offenkundig um von der Klägerin "intern" genutzte Leistungen.

Es kann dahinstehen, ob der Zugangsanspruch nach § 33 Abs. 1 TKG wegen des in Satz 1 verwendeten Begriffs der "anderen Telekommunikationsdienstleistungen" oder auch nur mit Blick auf seinen Sinn und Zweck außerdem voraussetzt, dass der nachfragende Wettbewerber die Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens nicht lediglich unter Nutzung eines Großkundenrabatts im eigenen Namen zu geringeren Preisen an seine Endkunden weiterzureichen beabsichtigt, sondern die Schaffung eines "Mehrerts" durch Umgestaltung der in Anspruch genommenen Vorleistungsprodukte zu inhaltlich anderen Dienstleistungsangeboten plant (vgl. OVG NW, Beschluss vom 1. Oktober 2001 - 13 B 1156/01 - CR 2002, 29 = TMR 2002, 50). Denn der Auflagebescheid vom 11. Mai 2001 bezieht sich ausdrücklich nur auf solche Leistungen, mit deren Hilfe die Beigeladene Produkte selbst gestalten kann. Damit ist Regelungsbestandteil des Bescheids, dass die Klägerin nur solche Anschlüsse und Verbindungen zu gewähren hat, die von der Beigeladenen zur Grundlage eigener Produkte (z.B. differenzierter Produkte für bestimmte Kundengruppen oder Marktsegmente, neue Preismodelle) und damit des erwähnten "Mehrerts" gemacht werden. Der Wettbewerb kann auch auf der Vertriebssebene durch neue Produktideen und besseren Service gefördert werden; der Teilnahme am Produktionsprozess bedarf es dazu nicht.

Die Klägerin hat den Zugang zu den begehrten Leistungen ohne sachliche Rechtfertigung verweigert. Sie hat der Beigeladenen kein Angebot über die nachgefragten Leistungen unterbreitet, obwohl sie dazu gesetzlich verpflichtet war. In einem solchen Verhalten liegt stets ein Verstoß gegen den Anspruch des Wettbewerbers auf Leistungszugang nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG.

Die Verweigerung der nachgefragten Leistungen war nicht sachlich gerechtfertigt im Sinne von § 33 Abs. 1 Sätze 1 und 2 TKG. Insbesondere ergibt sich eine sachliche Rechtfertigung nicht aus einer Abwägung der Interessen der Klägerin und der Beige-

ladenen unter Berücksichtigung der Ziele des Telekommunikationsgesetzes, nämlich der Herstellung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 186). Das Interesse der Klägerin ist darauf gerichtet, ihre Anschlüsse sowie Orts- und Cityverbindungen im Festnetz selbst zu vertreiben und die entsprechenden Preise zu gestalten. Dem steht das Interesse der Beigeladenen entgegen, ohne Investitionen in ein Telekommunikationsnetz Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen, die sie auf der Grundlage der nachgefragten Leistungen selbst gestaltet hat. Sie erstrebt also den Zugang zum Endkundenmarkt auf der Vertriebssebene. Diese widerstreitenden Interessenslagen sind jeweils für sich verständlich und nicht zu beanstanden. Deshalb kommt dem Regelungsziel des Telekommunikationsgesetzes ausschlaggebende Bedeutung zu. Nicht entscheidend ist insoweit, dass die Beigeladene anders als die Klägerin über kein eigenes Telekommunikationsnetz verfügt. Das von § 33 TKG verfolgte Ziel der Sicherung und Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs erstreckt sich - wie aufgezeigt - auch auf das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen durch Anbieter, die nicht im Besitz einer eigenen Netzstruktur sind. Deshalb will die Bestimmung auch dem Reseller die Möglichkeit eröffnen, mit seinen Produkten in den Endkundenmarkt einzutreten. Unter diesen Umständen muss die Interessenabwägung zu Gunsten der Beigeladenen ausfallen, die mit Hilfe der nachgefragten Leistungen vom Telekommunikationsgesetz erwünschte Marktaktivitäten entfalten will.

b) Durch die Verweigerung des Zugangs zu den nachgefragten Leistungen hat die Klägerin ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG missbräuchlich ausgenutzt.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Erfordernis des Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung nicht schon dann erfüllt, wenn die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 TKG gegeben sind. Ergänzend kommt es darauf an, dass der Marktbeherrscher ein Marktergebnis durchsetzen will, welches er bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht erreichen könnte (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 189). Dies war hier der Fall. Zweifelhaft ist allerdings, ob dem Verwaltungsgericht darin beizupflichten ist, dass sich das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung aus der Verweigerung des Zugangs und dem langen Zeitraum zwischen der erstmaligen konkreten Nachfrage der Beigeladenen und dem Bescheid

vom 30. März 2001 ergibt. Dem Verwaltungsgericht ist jedenfalls im Ergebnis zu folgen. Durch die Zugangsverweigerung versagt die Klägerin der Beigeladenen Leistungen, die diese für den von ihr angestrebten Zutritt auf den Markt für Teilnehmeranschlüsse sowie für Orts- und Cityverbindungen objektiv benötigt. Damit verhindert sie das Entstehen einer von der Beigeladenen erstrebten Wettbewerbssituation. Die Klägerin kann dieses Ergebnis nur durch Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung herbeiführen, die sowohl den von der Beigeladenen ins Auge gefassten Endkundenmarkt als auch die dafür benötigten Vorleistungen betrifft. Ohne diese Stellung könnte die Klägerin die Beigeladene nicht von dem Endkundenmarkt fern halten. Wenn es eine Mehrzahl von Anbietern wie die Klägerin und damit einen funktionierenden Wettbewerb gäbe, wäre zu erwarten, dass sich das aus dem Bereich des Mobilfunks bekannte Geschäftsmodell des "Resale" auch im Bereich des Festnetzes durchsetzen würde.

c) Die angefochtenen Bescheide verletzen die Klägerin nicht in ihren Grundrechten.

aa) Die verfassungsrechtlich gewährleistete Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ist gewahrt.

(1) In der Verpflichtung der Klägerin zur Abgabe eines nachfragegerechten Angebots liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Das Grundrecht ist auf möglichst unreglementierte berufliche Betätigung gerichtet. Deshalb stellt jede Regelung, die bewirkt, dass eine berufliche Tätigkeit nicht in der gewünschten Weise ausgenutzt werden kann, einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar. Daraus folgt auch, dass die Aufbürdung von Belastungen mit dem Ziel, den Adressaten zum Abschluss bestimmter ökonomisch relevanter Verträge zu bewegen, als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit anzusehen ist (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 189 f. m.w.N.). Dies ist auch hinsichtlich der in dem Auflagenbescheid vom 11. Mai 2001 ausgesprochenen Verpflichtung zur Abgabe eines nachfragegerechten Angebots anzunehmen. Durch dieses Handlungsgebot wird das unternehmerische Interesse der Klägerin berührt, ihre Anschlüsse sowie Orts- und Cityverbindungen selbst ihren Endkunden anzubieten.

(2) Der Eingriff in den Schutzbereich ist gerechtfertigt.

Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung bedürfen gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage, die auch materiell verfassungsgemäß ist. Beschränkungen der Berufsausübung sind mit der Verfassung materiell vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen. Eingriffe der Berufsausübungsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern, und Eingriffszweck sowie Eingriffsintensität müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen (stRspr, vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 22. Mai 1996 - 1 BvR 744/88 u.a. - BVerfGE 94, 372 <390>; Beschluss vom 10. November 1998 - 1 BvR 2296/96, 1081/97 - BVerfGE 99, 202 <211>). Dem Gesetzgeber steht bei der Auswahl und technischen Gestaltung wirtschaftsordnender und -lenkender Maßnahmen ein weiter Gestaltungsraum zu (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. März 1975 - 1 BvL 20/73 - u.a., BVerfGE 39, 211 <231>). Daran gemessen erweist sich die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit als verfassungsgemäß.

Der Anspruch auf Zugang zu wesentlichen Leistungen ist durch ausreichende Gebote des Gemeinwohls legitimiert. Bei § 33 TKG handelt es sich um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Regelung der Berufsausübung (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 191). Durch die Verfassung selbst ist das Ziel vorgegeben, nach der Privatisierung des Unternehmens Telekom auch für die Zukunft im Bereich der Telekommunikation flächendeckend für angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu sorgen (Art. 87 f Abs. 1 GG). Diese Dienstleistungen sollen, so sieht es Art. 87 f Abs. 2 GG ausdrücklich vor, neben dem früheren Staatsunternehmen auch durch andere Anbieter erbracht werden. Die Verfassung postuliert mithin das Ziel der Privatwirtschaftlichkeit im Bereich der Telekommunikation (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 191; Urteil vom 16. Juli 2003 - BVerwG 6 C 19.02 - Umdruck S. 7). Dem entsprechen die auch in § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG zum Ausdruck kommenden Zielsetzungen des Gesetzes, im Wege asymmetrischer Regulierung in einem monopolistisch strukturierten Markt chancengleichen Wettbewerb herzustellen und eine missbräuchliche Ausübung wirtschaftlicher Machtstellung zu verhindern. Diese Zielsetzungen gehören damit ohne weiteres zu den Gemeinwohlbelangen, die geeignet sind, Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen. Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt dies auch für den hier gegebenen Fall aus Art. 87 f

Abs. 2 Satz 1 GG. Die Klägerin meint insoweit, das verfassungsrechtliche Ziel der Privatwirtschaftlichkeit beziehe sich nur auf vorgefundene Telekommunikationsdienstleistungen, nicht aber auf die "künstlich geschaffene" Vertriebsform des Resale. Dies ist unzutreffend. Gegenstand des Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG sind sämtliche Post- und Telekommunikationsdienstleistungen. Erfasst werden nicht nur die zum Zeitpunkt der Privatisierung am Markt bereits angebotenen Dienstleistungen. Durch die Gewährung des Zugangs zu Vorleistungen sollen Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens auch in die Lage versetzt werden, neue Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten und mit diesen in den monopolistisch geprägten Markt einzutreten. Dies entspricht dem verfassungsrechtlichen Ziel der Privatisierung, wie es in Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG zum Ausdruck kommt.

Die Zugangsgewährungspflicht erweist sich als ein geeignetes Mittel zur Herstellung von Wettbewerb im Bereich der City- und Ortsverbindungen. Eine Regelung ist geeignet, wenn mit ihr der erstrebte Erfolg gefördert werden kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. März 1971 - 1 BvR 52/66 - BVerfGE 30, 292 <316>). Durch den Zugriff auf Vorleistungen wird das begünstigte Unternehmen in die Lage versetzt, selbst Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen, wodurch auf dem monopolistisch ausgerichteten Markt die von Verfassungen wegen angestrebte Wettbewerbssituation hergestellt wird. Soweit die Klägerin die Geeignetheit mit der Erwägung in Zweifel zieht, durch die mit der Zugangsgewährung geschaffene Möglichkeit, die von ihr hergestellten Vorleistungen zu vermarkten, würden die Initiativen anderer am Markt bereits tätiger Unternehmen entwertet, ist dem nicht zu folgen. Dass durch den Marktzutritt des die Vorleistung nachfragenden Unternehmens die wirtschaftlichen Interessen der bereits am Markt tätigen Unternehmen beeinträchtigt werden können, ist zwangsläufige Folge eines bestehenden und von der Verfassung erwünschten Wettbewerbs. Der Anspruch auf Zugriff auf Vorleistungen ermöglicht auch den Innovationswettbewerb auf dem relevanten Markt. Er versetzt das begünstigte Unternehmen in die Lage, unter Verwendung der Vorprodukte am Markt noch nicht vorhandene Telekommunikationsdienstleistungen zu gestalten und anzubieten.

Der Zugangsanspruch erweist sich auch als erforderlich und zumutbar. Im Hinblick auf die von der Verfassung vorgesehenen Ziele der Herstellung und Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs und der Verhütung des Miss-

brauchs wirtschaftlicher Macht liegt es nahe und hält sich im Rahmen des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsraums, mit § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG die Grundlage für eine umfassende Befriedigung der Nachfrage nach Vorleistungen durch neue Marktteilnehmer zu schaffen. Die Klägerin wird vor übermäßigen Belastungen auch dadurch geschützt, dass sie den Zugang zu ihren Leistungen aus sachlich gerechtfertigten Gründen beschränken oder verweigern kann (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 192). Auch deshalb erweist sich der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit als angemessen. Gegen die Angemessenheit spricht nicht, dass die Beigeladene nicht verpflichtet ist, sich an den Kosten des Netzes der Klägerin zu beteiligen. Diese Kosten können - wie bereits erwähnt - bei der Festlegung des von der Beigeladenen für die nachgefragten Leistungen verlangten Entgelts angemessen Berücksichtigung finden.

bb) Die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) ist nicht verletzt.

Ein Eingriff in den von Art. 14 Abs. 1 GG möglicherweise geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt nicht in Betracht, weil die streitige Verpflichtung zur Abgabe eines nachfragegerechten Angebots kein Eingriff in die Substanz der Sach- und Rechtsgesamtheit des Gewerbebetriebs darstellt (vgl. Urteil vom 25. Juni 2003 - BVerwG 6 C 17.02 - Umdruck S. 17 m.w.N.). Eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG scheidet auch unter der Voraussetzung aus, dass in der streitigen Verpflichtung eine Beschränkung der eigentumsrechtlichen Verfügungsfreiheit der Klägerin enthalten sein sollte. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die Netzinfrastruktur der Klägerin unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung von öffentlichen Mitteln entstanden ist und daher einen intensiven sozialen Bezug aufweist (Art. 14 Abs. 2 GG), dem der Gesetzgeber auch mit der Regelung über den Zugang zu wesentlichen Leistungen nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG Rechnung getragen hat. Grundrechtlich geschützte vermögenswerte Positionen, die sich aus der nachwirkenden früheren Stellung der Klägerin als staatsmonopolistisches Unternehmen ableiten lassen, hat sie daher von vornherein nur mit den der Herkunft ihres Eigentums entsprechenden gesetzlichen Pflichten belastet erworben. Zu diesen Pflichten gehört auch die Gewährung des Zugangs zu wesentlichen Leistungen nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 192 f.). Überdies lassen sich die - hier unterstellten - Beschränkungen

der Eigentümerrechte der Klägerin mit denselben Erwägungen sachlich rechtfertigen, die auch für den Eingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit gelten.

d) Die Beklagte hat das ihr bei dem Erlass der angefochtenen Bescheide zustehende Ermessen ausgeübt. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

Zwar räumt § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG der Behörde ein Entschließungs- und Auswahlermessen ein. Der Verstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen § 33 Abs. 1 TKG stellt sich mit Blick auf den Schutzzweck des Gesetzes jedoch als so gravierend dar, dass er entsprechend den Grundsätzen zu den intendierten Entscheidungen von der Behörde nach dem Willen des Gesetzgebers regelmäßig mit einer Maßnahme nach § 33 Abs. 2 TKG zu beantworten ist (vgl. Urteil vom 25. April 2001, a.a.O., 193).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 und § 162 Abs. 3 VwGO.

Bardenhewer

Hahn

Büge

Graulich

Vormeier

## B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 1 000 000 € festgesetzt.

Bardenhewer

Hahn

Vormeier

