

Beschlusskammer 2

Az.: BK 2f 02/007

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Antrags auf Genehmigung von Entgelten für die Ausstrahlung von digitalen Hörfunk- und Datensignalen nach dem DAB Standard in Hessen vom 05.02.2002

vom 05.02.2002

der Hessen Digital Radio GmbH (HDR), vertreten durch ihre Geschäftsführung, Baumweg 45
60316 Frankfurt am Main

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter: Geschäftsführer Dipl.-Ing. Dirk Risse

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Bernhard Kuhrmeyer,

den Beisitzer Rainer Busch und

den Beisitzer Jörg Lindhorst

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 09.04.2002

am 15.04.2002 entschieden:

Der Antrag wird aufgrund fehlender Sachentscheidungsvoraussetzung abgelehnt.

Gründe

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Hessen Digital Radio GmbH stellt Übertragungskapazitäten für die DAB-Versorgung im VHF- und im L-Band in Hessen zur Verfügung. Dazu hat sie am 25.10.2000 mit der Deutschen Telekom AG sowohl einen Rahmenvertrag „Dienstleistungen“ als auch einen Rahmenvertrag „Standorte“ geschlossen, deren Gegenstand die Bereitstellung von rundfunktechnischen Leistungen für den DAB-Sendernetzbetrieb in Hessen ist. Die HDR ist dazu mit einem Personalkörper von drei Mitarbeitern ausgestattet.

Im vorliegenden Entgeltantrag vom 05.02.2002 (Eingang bei der Beschlusskammer am 06.02.2002) beantragt die HDR für die DAB-Versorgung unter Zugrundelegung des Produktes:

Entgelt * Größe der Versorgungsfläche / 100qkm * Anzahl der vom Kunden gewünschten Anzahl der Capacity Unit (CU)

die Genehmigung eines Entgeltes in Höhe von:

2,05 € für 1 CU pro 100qkm und Monat.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen sind nach § 8 Abs. 2 TEntgV im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post Nr. 04 vom 06.03.2002, Mitteilung Nr. 134/2002, veröffentlicht worden.

Die **Prüfung des Antrages** ist auf der Grundlage der von der Antragstellerin beigefügten sowie auf Nachfrage zur Verfügung gestellten Unterlagen erfolgt. Dazu hat die Beschlusskammer der Antragstellerin am 12.03.2002 und am 19.03.2002 Zusammenstellungen klärungsbedürftiger Punkte zugeleitet, die sich im Rahmen der Prüfprozesse ergaben. Zu den Fragenkatalogen hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.03.2002 und 25.03.2002 Stellung genommen und sowohl ergänzende Unterlagen und Erklärungen zum Antrag als auch Kostenbelege eingereicht.

Vorgelegt wurden dabei unter anderem die beiden Rahmenverträge „Dienstleistungen“ und „Standorte“ über die Leistungsbeziehungen der Hessen Digital Radio einerseits und Deutsche Telekom AG (Telekom) andererseits.

Laut Rahmenvertrag „Dienstleistungen“ ist unter anderem in §



Im Rahmen der Kostennachweise wurden verschiedene an die Antragstellerin gerichtete Rechnungen vorgelegt. Dabei wurden u.a. Rechnungen der T-Systems eingereicht, in denen monatlich Beträge für sogenannte „Pakete Digital Radio“, für die Lieferung von DAB-Handelsware“ sowie für Planungs- und Aufbaudienstleistungen und insbesondere Wartungs- und Entstörungsdienstleistungen erhoben werden.

Aus diesem Anlass sowie im Hinblick auf ein vorangegangenes themengleiches Genehmigungsverfahren [Aktz.: BK2f 02/004] hat die Beschlusskammer darauf hin der HDR gegenüber mit Schreiben vom 03.04.2002 Zweifel an der Funktionsherrschaft im Sinne des § 3 Nr. 1 TKG geäußert. Dabei ist der HDR Gelegenheit gegeben worden, die genannten Bedenken auszuräumen. Im Falle des Nichtausräumens der Zweifel wurde angeregt, den Antrag auf Entgeltgenehmigung zurückzuziehen. Es wurde hingewiesen, dass eine abschlägige Entscheidung der Beschlusskammer aufgrund mangelnder Sachentscheidungs-voraussetzungen zu erwarten stünde.

Am 05.04.2002 hat die HDR von der Beschlusskammer eine Fristverlängerung von einem Monat erbeten, um das Schreiben der Kammer vom 03.04.2002 zu beantworten. Unter Hinweis auf die gesetzliche Verfahrensfrist von maximal 10 Wochen nach Antragseingang musste die Beschlusskammer mit Antwortschreiben vom 05.04.2002 eine Fristverlängerung ablehnen.

Im Rahmen der **öffentlichen mündlichen Verhandlung** hat sich die Antragstellerin am 09.04.2002 wie folgt geäußert:

Die HDR habe die rechtliche und tatsächliche Funktionsherrschaft über die Sendernetze inne. Sie beauftrage dazu Erfüllungsgehilfen und gebe z. B. Planungen vor. Die Deutsche Telekom AG mache die Feinplanung und arbeite Angebote aus, worüber die HDR dann entscheide. So entscheide zum Beispiel die HDR, was wo aufgebaut werde und welche Multiplexer, Antennen, Sender eingekauft würden. Die HDR schreibe z.B. an die DTAG an welchem Standort sie welchen Sender von welchem Hersteller haben möchte. Die DTAG plane im Auftrag der HDR, die HDR aber entscheide. Der Rahmenvertrag mit der DTAG biete hierfür Preisvorteile.

Die Sender könne die HDR auch ohne Zutun der DTAG jederzeit derart ein- und ausschalten, dass diese nicht mehr sendeten. Fünf VHF-Sender seien derzeit in Betrieb, die Sender im L-Band seien abgeschaltet aber betriebsbereit. (*Sender = 16 Zoll-Schrank mit Einschüben*) Die Entstörung sei „*outsourct*“, d.h. ausgelagert. Die DTAG erkenne als Erfüllungsgehilfe selbst, wann eine Störung auftritt und tausche dann Einschübe aus. Ersatzgeräte habe die HDR, es sei jedoch noch kein Störfall aufgetreten. Aus logistischen Gründen sei es für die HDR nicht sinnvoll, z.B. in Kassel einen Einschub selbst zu tauschen. Zum Austauschen des Einschubs sei außerdem kein technisches Know-how nötig.

Zu der Frage des Zugangs zu den leitergebundenen Übertragungswegen des DAB-Netzes hat die Antragstellerin vorgetragen, dass sie bei ihrer Rahmenvertragspartnerin diese Übertragungswege einkaufe, die Rahmenvertragspartnerin dabei über eine Lizenz der Klasse 3 verfüge und die Übertragungswege betreibe.

Die HDR besitze keine Schlüssel zu den Senderstandorten, da es logistisch und organisatorisch keinen Sinn machen würde, die Schlüssel im Büro bzw. zentral aufzubewahren. Die Schlüssel seien an dezentraler Stelle für die HDR erreichbar, die jederzeit die Sender aufsuchen könne. Die Schlüssel befänden sich mithin nicht in den Räumen der HDR sondern seien bei der jeweiligen Standortverwaltung hinterlegt.

Auf die Frage, warum die HDR reguliert werden möchte bzw. welche Vorteile sie sich davon verspreche und den Hinweise, dass normalerweise die Unternehmen es begrüßten, wenn ihnen angekündigt würde, dass ihre Tarife nicht der Genehmigungspflicht unterfallen würden, hat die Antragstellerin ausgeführt, dass die Kunden der HDR, besonders die privaten Programmanbieter auf eine Preisüberprüfung der RegTP beständen. Die HDR – GmbH wolle so dem Wunsch der Kunden auf Regulierung nachkommen.

Die gesetzlich vorgeschriebene Entscheidungsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 TKG von sechs Wochen ist von der Beschlusskammer am 12.03.2002 gemäß § 28 Abs. 2 Satz 2 TKG bis längstens zum 17.04.2002 verlängert worden.

Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 82 S. 3 TKG mit Schreiben vom 12.04.2002 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Es sieht von einer Stellungnahme ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung der Beschlusskammer beruht auf §§ 25 Abs. 1, 6 Abs. 1 Nr. 1, 3 Nr.1 TKG.

1. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus §§ 66 und 73 Abs. 1 TKG, denn es handelt sich um eine Entscheidung nach den Regelungen des Dritten Teils, d.h. den §§ 24 bis 32 TKG.

2. Nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Übertragungswegen im Rahmen der Lizenzklasse 3 und 4 nach § 6 TKG der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde, sofern der Lizenznehmer auf dem jeweiligen Markt über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügt. Neben dem Erfüllen des Tatbestandsmerkmals Übertragungsweg ist insofern maßgebliche Sachentscheidungsvoraussetzung für eine positive Bescheidung gemäß §§ 25 Abs. 1; 6 Abs. 1 Nr.1; 3 Nr. 1 TKG das Betreiben des Übertragungsweges.

Im Zuge der Prüfungen ist die Beschlusskammer nunmehr zu der Überzeugung gekommen, dass die Funktionsherrschaft im vorliegenden Fall nicht gegeben ist.

Die Sichtung einzelner eingereichter Rechnungsunterlagen machte offenkundig, dass im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen der Antragstellerin und der Deutschen Telekom AG, die Antragstellerin umfassend, sogenannte „Digital Radio Pakete“ bezieht. Beinhaltet sind dabei neben Planungs- und Aufbaudienstleistungen und der Lieferung von DAB-Handelsware insbesondere Wartungs- und Entstörungsdienstleistungen durch die Deutsche Telekom AG. Gegenstand der Vertragsleistung ist insofern die Durchführung des tatsächlichen Betriebs durch die Deutsche Telekom AG.

Gemäß der Legaldefinition des § 3 TKG Nr.1 ist „Betreiben von Übertragungswegen“ im Sinne des TKG das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle (Funktionsherrschaft) über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen.

Das Betreiben eines Übertragungsweges liegt nur dann vor, wenn die rechtliche und tatsächliche Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen zur Informationsübertragung vorliegt. Nur derjenige betreibt, der zwar einerseits rechtlich bestimmen kann, wie der Übertragungsweg benutzt wird, der andererseits aber auch diese Bestimmungsmöglichkeit tatsächlich ausübt. *[vgl. Manssen TKG-Kommentar, C § 3 RZ 2]* Die Funktionsherrschaft ist insofern ein Doppeltatbestand bestehend aus rechtlicher und tatsächlicher Kontrolle. Wegen der Elastizität der rechtlichen Kontrolle kann der tatsächlichen Kontrolle im Einzelfall sogar entscheidende Bedeutung zukommen. *[Spoerr, TKG-Kommentar, erster Teil, § 3, RZ 13ff]*

Im vorliegenden Fall kämen als Übertragungswege insbesondere die Sendeanlagen (vgl. Urteil des VG Köln vom 18.11.1999, Aktz.: 1 K 4699/97) sowie leitergebundene Übertragungswege wie Mietleitungen in Betracht. Die Zusammenschaltung dieser einzelnen Übertragungswege zuzüglich weiterer Funktionen ermöglicht die flächendeckende Versorgung mit DAB.

Über die genannten Übertragungswege übt die Antragstellerin vorliegend weder die rechtliche noch die tatsächliche Kontrolle aus.

2.1. Offenkundig ist dies hinsichtlich der Funktionsherrschaft über die leitergebundenen Übertragungswege. Diese werden von der Antragstellerin als Mietleitungen vollständig inklusive Betrieb von ihrer Rahmenvertragspartnerin bezogen. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung bezüglich der leitergebundenen Übertragungswege selbst vorgetragen, dass sie bei ihrer Rahmenvertragspartnerin diese Übertragungswege einkaufe, die Rahmenvertragspartnerin dabei über eine Lizenz der Klasse 3 verfüge und die Übertragungswege betreibe.

Belegt wird diese Aussage auch dadurch, dass aus den Antragsunterlagen u.a. kein vertraglich zugesichertes uneingeschränktes Zutrittsrecht zu den Mietleitungen ersichtlich ist.

2.2. Die Antragstellerin übt auch nicht die rechtliche und tatsächliche Funktionsherrschaft an den Sendeanlagen aus.

a) Bereits die physische Innehabung dieser Übertragungswege, die eine jederzeitige Einwirkung ermöglicht, ist fraglich. Dies mag jedoch dahinstehen im Hinblick auf die von der Antragstellerin geschilderten Gesamtumstände, das der Tätigkeit der HDR zugrundeliegende Geschäftsmodell sowie die am 25.10.2000 geschlossenen Rahmenverträge.

b) Die HDR übt die Funktionsherrschaft nicht aus, weil sie aufgrund schuldrechtlicher Beziehungen Dritte ausschließlich mit den Betriebstätigkeiten beauftragt und diese für sich arbeiten lässt.

aa) Die HDR ist nicht berechtigt, jederzeit und uneingeschränkt Handlungen im Sinne der §§ 25 Abs. 1, 6, 3 Nr. 1 TKG, die eigentlich den Mitarbeitern der Rahmenvertragspartnerin obliegen, durch eigene Mitarbeiter durchführen zu lassen.

[REDACTED]

Die Beschlusskammer geht insofern von einem vertragskonformen Verhalten der Vertragspartnerin aus.

Selbst wenn die HDR [REDACTED]

[REDACTED], so besteht bei der Antragstellerin aufgrund ihrer technischen und personellen Ausstattung – drei Mitarbeiter - gar nicht die Möglichkeit, den Betrieb selbst auszuüben. Die dem Selbsteintrittsrecht korrespondierende Selbsteintrittsmöglichkeit ist bei der HDR nicht vorhanden.

bb) Wenn die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vorträgt, dass sie sich der Deutschen Telekom AG als Erfüllungsgehilfin bediene, so ist zunächst dieser schuldrechtliche Terminus Technicus nur eine zutreffende Charakterisierung des Haftungsverhältnisses der HDR gegenüber ihren Kunden, den Programmanbietern.

cc) Wenn die Antragstellerin weiter vorträgt, dass ihr Aufgabenbereich in der Auswahl und Kontrolle der Leistung des Dritten liegt, der seinerseits umfassend die Betriebstätigkeiten wahrnimmt, so wird verkannt, dass die Kontrolle des Dritten nicht gleichbedeutend

auch mit der tatsächlichen Kontrolle der Übertragungswege ist. Die Kontrolle im Sinne des § 3 Nr.1 TKG muss über die Gesamtheit der Funktionen zur Informationsübertragung, d.h. alle Funktionen des Übertragungsweges vorliegen. Sie ist insofern weitergehend zu verstehen als das bloße, korrekt ausgeübte Auswahlmessen bei der Wahl des Rahmenvertragspartners und die Kontrolle der vertragsgemäßen Leistung des Rahmenvertragspartners. Die Kontrolle muss vielmehr insbesondere verstanden werden als dauerhafte und jederzeitige Möglichkeit der HDR, uneingeschränkt einen gestaltenden oder modifizierenden Eingriff in den jeweiligen Übertragungsweg selbst durchführen zu können.

Die Antragstellerin konnte in der mündlichen Verhandlung nicht glaubhaft machen, dass sie eine derartige Kontrolle und mithin die für den Begriff des Betreibens notwendige tatsächliche Funktionsherrschaft ausübt. Die Antragstellerin übt auch derartige Betriebstätigkeiten nicht aus. So sind von ihr bislang Störungen noch nicht beseitigt worden. Sie hat auch keinen eigenständigen Zugang zu den Sendeanlagen, da sie keine eigenen Schlüssel zu den Anlagen – auch nicht zu nahegelegenen Standorten - besitzt. Auch der noch anstehende restliche Netzausbau wird nicht von der Antragstellerin selbst vorgenommen; sie ist selbst dazu technisch und personell nicht in der Lage.

Auch die mehrfach betonte Auswahlmöglichkeit qualifiziert die HDR keinesfalls als Betreiberin eines Übertragungsweges, sondern lediglich als Nachfragerin von fremd betriebenen Übertragungswegen.

dd) Auch das Geschäftsmodell der Antragstellerin weist darauf hin, dass eine tatsächliche Ausübung der Funktionsherrschaft durch die HDR überhaupt nicht bezweckt ist. Die Antragstellerin bezieht sogenannte „Digital Radio Pakete“, die neben Planungs- und Aufbaudienstleistungen und der Lieferung von DAB-Handelsware insbesondere Wartungs- und Entstörungsdienstleistungen beinhalten. Die Betriebstätigkeiten werden „outgesourct“, die Betriebsaufgaben der HDR - abgesehen von der abstrakten Möglichkeit des bloßen Ein- und Ausschalten des Senders – bleibt auf die Auswahl des Vertragspartners und Kontrolle der vertragsgemäßen Leistung sowie einer allgemeinen Netzplanung beschränkt.

ee) Die Gesamtzusammenhänge belegen dabei ebenfalls, dass es sich bei den von der Antragstellerin genannten Planungsfunktionen allenfalls um eine sich aus dem Kapazitätsmanagement ergebende übergeordnete Planung der Versorgungssituation zum Zwecke der geordneten Abrufung von Leistungen des Vertragspartners, nicht jedoch um tatsächlichen Betrieb im Zusammenhang mit den Übertragungswegen handelt. Dies zeigt auch die den Antragsunterlagen beispielhaft beigefügte Rechnung der T-Systems für den Monat Dezember 2001 in der Rechnungsposition für die Planung enthalten sind.

Der Antrag war mithin aufgrund nicht gegebener Sachentscheidungsvoraussetzungen abzulehnen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 2 TKG.

Kuhrmeyer

Busch

Lindhorst

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer