



Beschlusskammer 3

BK 3b-14/010

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Änderung und Auferlegung von Verpflichtungen auf den nationalen Märkten für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale und für die UKW-Antennen(mit)benutzung

betreffend

Media Broadcast GmbH, Erna-Scheffler-Straße 1, 51103 Köln,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur), Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,
den Beisitzer Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung:

„Das Unternehmen

MEDIA BROADCAST GmbH, Erna-Scheffler-Straße 1, 51103 Köln,

und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG) verfügen auf den nachfolgend genannten und den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG genügenden Märkten im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht:

- *Nationaler Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern.*
- *Nationaler Markt für die UKW-Antennen(mit)benutzung.“*

auf die mündliche Verhandlung vom 02.10.2014

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

1. Hinsichtlich der Entgelte der Betroffenen für auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern erbrachte Endnutzerleistungen gilt Folgendes:
 - 1.1 Soweit Entgeltforderungen der Betroffenen keine der in der Preisliste „Analoge Hörfunk-Sendeanlagen“ vom 01.04.2013 ausgewiesenen Preispositionen überschreiten oder um mehr als 25% unterschreiten, werden die entsprechenden Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend unterworfen. Entgeltmaßnahmen sind zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten der Bundesnetzagentur zur Kenntnis zu geben. Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, sind der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben.
 - 1.2 Entgelte, die nicht nach Ziffer 1.1 der nachträglichen Regulierung unterworfen sind, werden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG entsprechend unterworfen. Die Entgelte werden auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG entsprechend genehmigt
2. Die Betroffene wird verpflichtet,
 - 2.1 anderen Unternehmen den Zugang zu ihren analogen UKW-Antennenanlagen dadurch zu gewähren, dass sie diesen Unternehmen die Einspeisung von Hörfunksignalen in eine dem Antennenanschluss vorgelagerte Weiche (Antennenmitbenutzung) oder, wenn eine solche nicht vorhanden ist, in ein zum Antennenanschluss führendes Kabel (Antennenbenutzung) ermöglicht,
 - 2.2 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffer 2.1 Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
 - 2.3 dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 2.1 und 2.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
 - 2.4 der Bundesnetzagentur gültige Verträge über Zugangsleistungen nach Ziffern 2.1 und 2.2 ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor,
 - 2.5 ein Standardangebot für Zugänge nach Ziffern 2.1 und 2.2, für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von einem Monat nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen, und
 - 2.6 dass die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 2.1 und 2.2 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen werden. Die laufenden Entgelte für die Gewährung des Zugangs nach Ziffer 2.1 werden genehmigt durch Gewährung eines Abschlags auf den Endnutzerpreis, der es einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten ermöglicht, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnut-

zermarkt zu erzielen. Die einmaligen Entgelte für die Gewährung des Zugangs nach Ziffer 2.1 sowie die Entgelte für die Gewährung des Zugangs nach Ziffer 2.2 werden auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt.

- 2.7 Die Regelungen in Ziffer 2.6 treten am 31.03.2015 in Kraft. Bis zu diesem Zeitpunkt werden die in Ziffer 2.6 in Bezug genommenen Entgelte der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen.

Sachverhalt

Die Betroffene gehörte ursprünglich als „T-Systems Media & Broadcast GmbH“ dem Konzern der Deutsche Telekom AG an. 2008 wurde sie von der französischen TDF-Gruppe erworben und umfirmiert. Sie betreibt u. a. die ehemals von der Deutschen Bundespost aufgebauten UKW-Sendeanlagen in Deutschland und bietet Inhaltenanbietern Übertragungen von UKW-Hörfunksendungen an.

Mit Beschlüssen BK 3b-06-016/R vom 17.04.2007 und BK 3b-10/086 vom 12.10.2010 erlegte die Beschlusskammer der Rechtsvorgängerin der Betroffenen bzw. der Betroffenen selbst jeweils folgende Regulierungsverpflichtung auf:

„Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen auf dem ‚Nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern‘ unterliegen gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend.“

Diese Verpflichtungen beruhten jeweils auf einer Festlegung der Präsidentenkammer, wonach die Rechtsvorgängerin der Betroffenen bzw. die Betroffene selbst auf dem den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG genügenden nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern über beträchtliche Marktmacht verfügte.

Nach Erlass der letzten Regulierungsverfügung im Jahr 2010 änderten sich die (prospektiven) Rahmenbedingungen für die Erbringung von UKW-Leistungen insofern, als im Zuge der TKG-Novelle 2012 u. a. auch das UKW-Frequenzregime umgestaltet wurde. An die Stelle der noch in § 63 Abs. 5 S. 1 TKG²⁰⁰⁴ enthaltenen Soll-Verpflichtung, die Frequenzuteilungen für analoge Rundfunkübertragungen für den UKW-Hörfunk bis spätestens Ende 2015 zu widerrufen, trat mit dem § 63 Abs. 4 TKG²⁰¹² ein Regelungssystem, welches nicht nur keinen Abschalttermin für UKW mehr vorsah, sondern – im Zusammenwirken mit der Neufassung von § 57 TKG²⁰⁰⁴ – insgesamt den Inhaltenanbietern mehr Einfluss- und Auswahlmöglichkeiten bezüglich des Sendernetzbetriebs einräumte. Das Datum des 31.12.2015 wurde als maßgeblicher Stichtag beibehalten.

Daraufhin wandten sich im Laufe des Jahres 2013 potenzielle Wettbewerber der Betroffenen bzw. deren Verbände an die Bundesnetzagentur und regten mit Blick auf die gesetzlichen Änderungen im Frequenzbereich die Vornahme komplementärer regulatorischer Maßnahmen im Infrastrukturbereich an. Verlangt wurde namentlich eine Regulierung der DFMG Deutsche Funkturm GmbH als der führenden Betreiberin von Sendestandorten. Ergänzend hierzu sollte die Betroffene – die ebenfalls ganz vorwiegend die Sendestandorte von der DFMG anmietet – zur Gewährung einer Antennen(mit)benutzung verpflichtet werden.

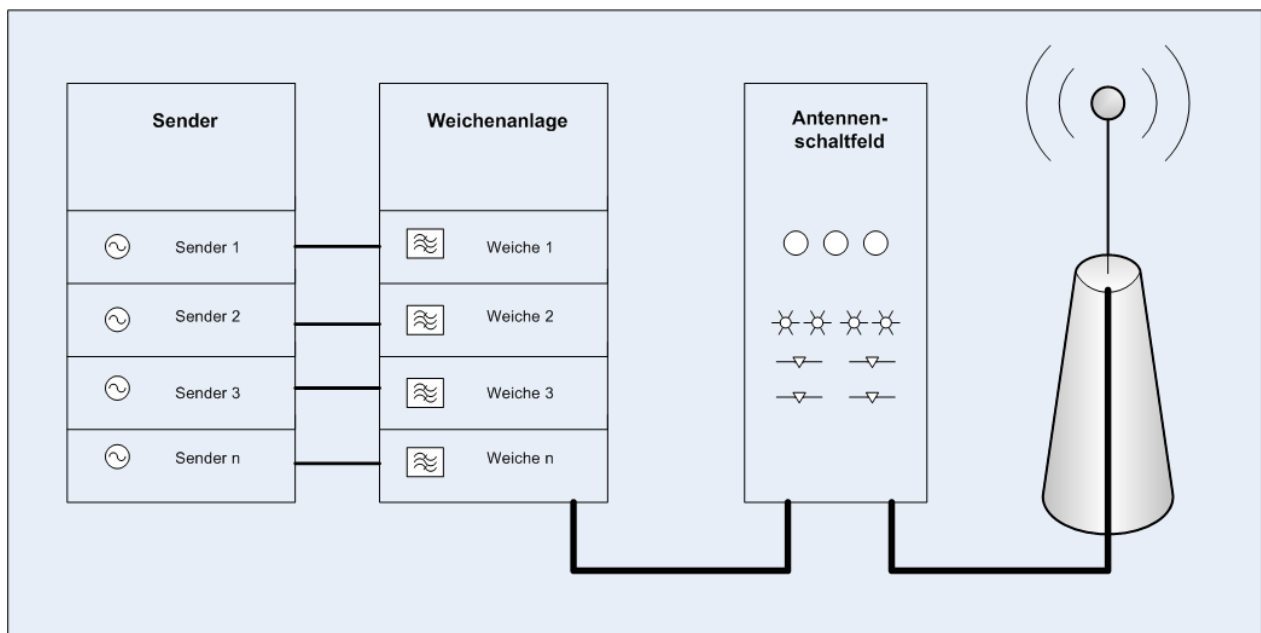
Im Zeitraum vom 19.03. bis 22.04.2014 konsultierte die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens nach § 14 Abs. 2 TKG den Entwurf einer Festlegung zum Endnutzermarkt für UKW-Übertragungsleistungen. Der Entwurf gelangte zu dem Ergebnis, dass die Betroffene auf dem entsprechenden Markt weiterhin über beträchtliche

Marktmacht verfügt. Von einer zusätzlichen Untersuchung eines Marktes für Senderstandorte sah die Präsidentenkammer allerdings ab. Grund dafür war, dass die §§ 19ff. TKG eine Regulierung der mutmaßlichen Marktführerin, nämlich eben der DFMG Deutsche Funkturm GmbH, mangels Netzbetreibereigenschaft voraussichtlich nicht zugelassen hätten.

Anfang April 2014 gelangte der Bundesnetzagentur zur Kenntnis, dass potenzielle Wettbewerber der Betroffenen Interesse an einer Mitbenutzung von deren Antennenanlagen unabhängig von einer parallelen Zugangsregulierung der DFMG Deutsche Funkturm GmbH zeigten.

Unter einer Antennen(mit)benutzung ist zu verstehen, dass der Zugangsnachfrager die Hörfunksignale in eine dem Antennenanschluss vorgelagerte Weiche (wenn insgesamt mehrere Frequenzen abgestrahlt werden sollen – Antennenmitbenutzung) oder, wenn eine solche nicht vorhanden ist, in ein zum Antennenanschluss führendes Kabel (wenn insgesamt nur eine Frequenz über die Antenne abgestrahlt werden soll – Antennenbenutzung) einspeist.

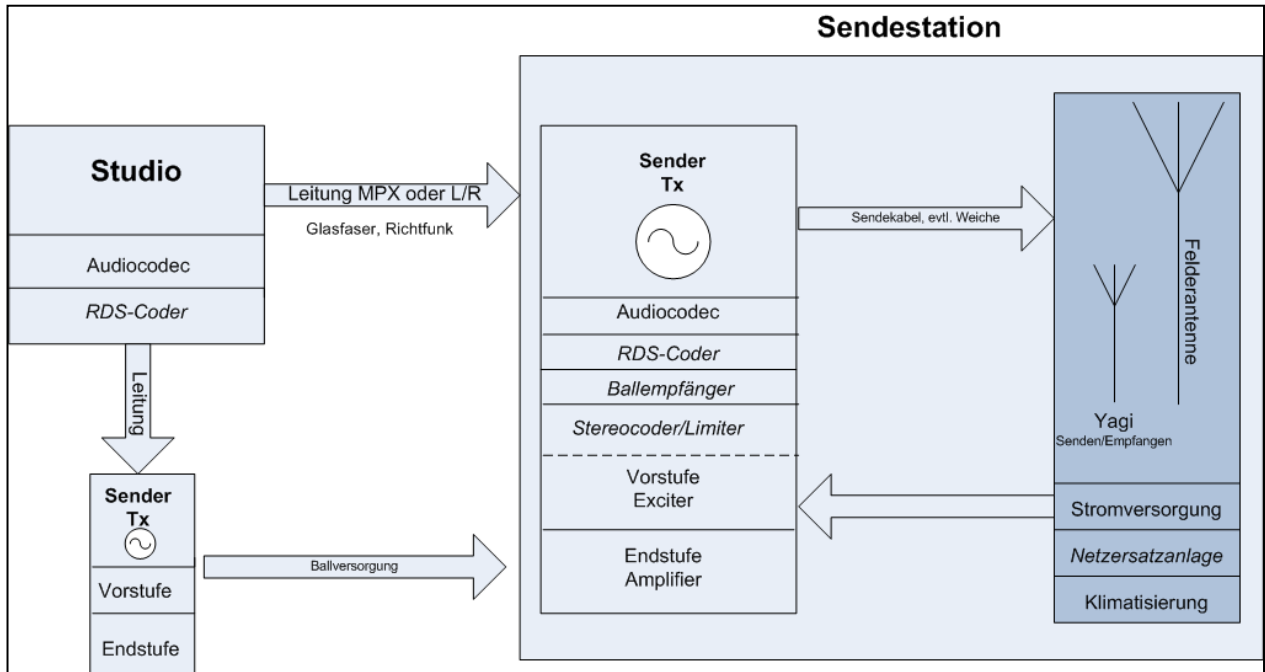
Abbildung 1: Systemische Darstellung der Antennenmitbenutzung



Quelle: ANTENNE RADIO GMBH & CO. KG/ b.i.g. TxTech GmbH

Eine solche Antennen(mit)benutzung ermöglicht dem Mitbenutzer insbesondere die Installation und Nutzung eines eigenen Senders.

Abbildung 2: Erzeugung und Verarbeitung des Hörfunksignals



Quelle: ANTENNE RADIO GMBH & CO. KG / b.i.g. TxTech GmbH

In einer Besprechung, die die Beschlusskammer zur Vorbereitung des hiesigen Verfahrens am 08.04.2014 mit der Betroffenen führte, teilte letztere mit, sie befände sich bezüglich der Gewährung einer Antennen(mit)benutzung in Verhandlungen mit verschiedenen Interessenten. Aus Sicht der Interessenten müssten, weil der Versorgungswechsel eines Radioveranstalters zu einem neuen Wettbewerber einen erheblichen zeitlichen Vorlauf benötige, die Bedingungen einer solchen Mitbenutzung in absehbarer Zeit festgelegt werden. In diesem Zusammenhang werde die Betroffene den bisher von ihr versorgten und vertraglich entsprechend gebundenen Radioveranstaltern ein bis zum 30.06.2015 ausübbares und zum 31.12.2015 wirkendes Sonderkündigungsrecht einräumen.

Mit Schreiben vom 11.04.2014 hat die Beschlusskammer der Betroffenen sowie verschiedenen Marktbeteiligten und deren Verbänden mitgeteilt, dass sie in Hinblick auf das laufende Festlegungsverfahren der Präsidentenkammer die geltende Regulierungsverfügung überprüfen wolle. Bei dieser Überprüfung müssten insbesondere die zwischenzeitlichen Gesetzesänderungen hinsichtlich des UKW-Frequenzregimes berücksichtigt werden. So erscheine es nicht ausgeschlossen, auf Grundlage des analysierten Endnutzermarktes und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Regulierung funktional eng zusammenhängender Leistungen die Betroffene zur Gewährung des Zugangs zu ihren Antennenanlagen mitsamt flankierender Maßnahmen wie Diskriminierungsverbot, Vorlageverpflichtung für Verträge, Standardangebotsvorlage und Entgeltregulierung zu verpflichten. Darüber hinaus werde auch die bislang praktizierte Regulierung der Endnutzerleistungen und –entgelte selbst zu überdenken sein. Der Beschlusskammer stellten sich in diesem Zusammenhang verschiedene Fragen, um deren Beantwortung gebeten werde.

Bei der Beschlusskammer sind daraufhin Stellungnahmen von elf interessierten Parteien eingegangen. In diesen Stellungnahmen hat die ganz überwiegende Mehrheit (ams Produktionsgesellschaft mbH & Co. KG, Antenne Radio GmbH & Co. KG, APR, Divicon Media GmbH, die Medienanstalten, Radio 7 Hörfunk GmbH & Co. KG, Uplink Network GmbH und VPRT) eine regulatorische Auferlegung von (unbeschränkten) Zugangsgewährungspflichten zur Antennen(mit)benutzung befürwortet. Unentschieden geäußert haben sich die ARD-Landesrundfunkanstalten und die DFMG Deutsche Funkturm GmbH, differenzierend die Betroffene.

In Gesprächen, die die Beschlusskammer im Anschluss hieran mit verschiedenen Unternehmen geführt hat, hat sich gezeigt, dass sich aufgrund der Absicht der Betroffenen, vertraglich gebundenen Radioveranstaltern im Juni 2015 ein Sonderkündigungsrecht einzuräumen, der ursprünglich angenommene Zeitdruck hinsichtlich einer Regulierung der Antennen(mit)benutzung verringert hat. Damit erschien es der Beschlusskammer aber auch nicht mehr notwendig, die rechtlichen Unsicherheiten, die mit der Heranziehung allein des Endnutzermarktes zur Begründung einer Vorleistungsregulierung verbunden sein würden, in Kauf zu nehmen. Mit Schreiben vom 02.06.2014 hat die Beschlusskammer gegenüber der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur angeregt, eine eigenständige Untersuchung des Marktes für Antennen(mit)benutzung vorzunehmen und den bisherigen Festlegungsentwurf entsprechend zu ergänzen.

Nach hausinterner Abstimmung und Durchführung einer Prä-Notifizierungsbesprechung mit der EU-Kommission hat die Beschlusskammer die Betroffene und die interessierten Parteien mit elektronischer Mail vom 26.06.2014 darüber unterrichtet, dass die Bundesnetzagentur nunmehr beabsichtige, den Markt für die UKW-Antennen(mit)benutzung eigenständig zu untersuchen und die bisherige Marktanalyse entsprechend zu ergänzen.

Darüber hinaus hat die Beschlusskammer der Betroffenen mit Schreiben vom 09.07.2014 mitgeteilt, welche Abhilfemaßnahmen sie – vorbehaltlich der tatsächlichen Feststellung beträchtlicher Marktmacht durch die Präsidentenkammer – ins Auge fassen. Gedacht sei an die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht auf dem Endnutzermarkt einerseits sowie an die Auferlegung von Zugangsverpflichtung, Kollokationsverpflichtung, Diskriminierungsverbot, Vertragsvorlageverpflichtung, Standardangebotsverpflichtung und einer Entgeltgenehmigungspflicht auf dem Vorleistungsmarkt für die Antennen(mit)benutzung andererseits. Der Betroffenen werde Gelegenheit eingeräumt, zu den vorgesehenen Maßnahmen Stellung zu nehmen. Die Stellungnahmemöglichkeiten der Betroffenen im Rahmen der nach Veröffentlichung des Entscheidungsentwurfs beginnenden allgemeinen Konsultationsfrist würden hiervon nicht berührt.

Mit Schreiben vom 04.08.2014 hat die Betroffene mitgeteilt, sie sehe sich nach derzeitigem Verfahrensstand nicht in der Lage, die vorgenannten Maßnahmen substantiiert zu kommentieren. Es seien lediglich allgemeine Anmerkungen möglich. So überrasche die Ankündigung einer Entgeltgenehmigungspflicht auf dem Endnutzermarkt. Bislang sei die Beschlusskammer davon ausgegangen, dass es bei den von der Betroffenen verlangten Preisen zu Kostenunterdeckungen kommen könne. Auf den – regional abzugrenzenden – Vorleistungsmärkten für die Antennen(mit)benutzung lasse sich dagegen bereits keine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen feststellen. Darüber hinaus stünden einer Auferlegung von Zugangsverpflichtungen u. a. die ohnehin beträchtlichen Auswahlmöglichkeiten der Nachfrager, aber auch die drohende Beseitigung von Investitionsanreizen sowie die freiwilligen Zugangsangebote der Betroffenen entgegen. Einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes bedürfe es nicht, weil die Betroffene die Antennen(mit)benutzung unter einheitlichen Rahmenbedingungen verhandeln werde. Schließlich sei weder nachvollziehbar, weshalb nicht eine nachträgliche Entgeltregulierung ausreichen solle, noch ersichtlich, auf welcher Rechtsgrundlage der vorgesehene Retail-Minus-Ansatz verfolgt werden könne.

Die Präsidentenkammer hat am 17.09.2014 einen überarbeiteten Festlegungsentwurf zur Konsultation gestellt. Dieser Entwurf kam zu dem Ergebnis, dass die Betroffene auf den nationalen Märkten für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale und für die UKW-Antennen(mit)benutzung über beträchtliche Marktmacht verfüge.

Ebenfalls am 17.09.2014 ist der Entwurf einer Regulierungsverfügung auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Gleichzeitig ist im Amtsblatt Nr. 17/2014 vom selben Tage per Mitteilung Nr. 941/2014 auf diese Veröffentlichung hingewiesen worden. Im Unterschied zum vorliegenden Beschluss sah dieser Entwurf noch eine durchgängige Genehmigungspflicht für alle marktzugehörigen Endnutzerentgelte der Betroffenen vor. Den interessierten Parteien ist Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von vier Wochen ab der Veröffentlichung zum Entwurf Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind Stellungnahmen von sieben interessierten Parteien bei der Bundesnetzagentur eingegangen.

Die Betroffene trägt vor, die ihr eingeräumten Stellungnahmefristen seien zu kurz bemessen worden. Außerdem sei sie im April und Juli 2014 über beabsichtigte Regulierungsmaßnahmen unterrichtet worden, ohne dass zu diesem Zeitpunkt bereits ein Vorleistungsmarkt für die Antennenmitbenutzung definiert gewesen sei.

Für eine Verschärfung der bisherigen ex-post-Regulierung der Endkundenentgelte bestehe keine Grundlage. Die Betroffene habe sich unter dieser Regulierung stets wettbewerbskonform sowie gegenüber der Bundesnetzagentur kooperativ und transparent verhalten. Dies sei im Konsultationsentwurf vollkommen ausgeblendet worden.

Darüber hinaus habe die Beschlusskammer die gesetzliche Vermutung zugunsten einer ex-post Kontrolle nicht entkräften können. So sei im vergangenen Regulierungszeitraum kein missbräuchliches Verhalten der Betroffenen festgestellt worden. Zudem seien künftige kurzfristige reaktive Änderungen der Preisgestaltung der Betroffenen ausgeschlossen. Der Konsultationsentwurf setze allerdings erhebliche Anreize für ein „Rosinenpicken“ seitens der Wettbewerber. Die Belastung des Betriebs kostenineffizienter Standorte würde ausschließlich bei der Betroffenen verbleiben. Der Vorwurf eines angeblich eröffneten Quersubventionierungspotenzials bleibe völlig unsubstanziert. Die Betroffene stelle bisher als de facto Universaldienstleister eine UKW-Grundversorgung sicher, die der grundrechtlich gesicherten individuellen und gesellschaftlichen Relevanz des Rundfunks Rechnung trage.

Der Erwägungen der Beschlusskammer zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Einführung einer Genehmigungspflicht erwiesen sich ebenfalls als fehlerhaft. Notwendige unternehmerische Erwägungen der Betroffenen zur Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit bildeten keine Grundlage für eine antizipierte – unter der bisherigen ex-post-Kontrolle gerade nicht festzustellende – missbräuchliche Preisgestaltung der Betroffenen.

Die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil bei richtigem Vorgehen der Bundesnetzagentur bereits keine beträchtliche Marktmacht der Betroffenen auf den – regional abzugrenzenden – Vorleistungsmärkten für die „UKW-Antennen(mit)benutzung“ festgestellt werden könne.

Darüber hinaus sei die Abwägung der Beschlusskammer zur Zugangsverpflichtung in tragenden Punkten fehlerhaft. So treffe insbesondere die Annahme nicht zu, die analoge UKW-Infrastruktur werde in absehbarer Zeit von einer digitalen Übertragungsinfrastruktur abgelöst, so dass eine Verdoppelung der analogen UKW-Infrastruktur nur bedingt sinnvoll sei. Vielmehr werde bis zum Jahr 2030 nicht mit einer Ablösung der UKW-Hörfunkübertragung zu rechnen sein. Ferner stehe die auferlegte Zugangsverpflichtung nicht mit dem Ziel der §§ 57 und 63 TKG²⁰¹² in Einklang, den Markt für die UKW-Hörfunkübertragung für den Wettbewerb zu öffnen. Dem danach angestrebten Neuaufbau alternativer Sendernetze stehe die vorgesehene Zugangsverpflichtung gerade entgegen. Die Technologieentwicklung der Antennen sei in demselben Maß zu fördern wie die Entwicklung auf der Ebene der aktiven Komponenten. Außerdem zielten die Vorschriften der §§ 57 und 63 TKG²⁰¹² nicht – wie die Beschlusskammer fälschlicherweise annehme – auf eine Förderung des Wettbewerbs im digitalen Bereich ab. Es sei auch nicht zu befürchten, dass eine Belegung von Antennenträgern mit weiteren neuen analogen UKW-Antennenanlagen zu einer Verknappung von Antennenplätzen für digitale Übertragungsinfrastrukturen führen würde. Eine bundesweite DAB+ - Vollversorgung sei mit wesentlich weniger Senderstandorten zu realisieren als eine UKW-Vollversorgung.

Soweit die Beschlusskammer damit argumentiere, mit der auferlegten Zugangsverpflichtung werde die bisher bestehende Abhängigkeit von der Komplettleistung der Betroffenen gelöst, treffe dies ebenfalls nicht zu. Die Antennenanlage bestimme wesentlich die gesamte Senderstruktur. Eine Antennenmitbenutzung verhindere insoweit gerade die im Falle der Eigenrealisierung einer Antenne mögliche Individualisierung und Ausdifferenzierung eines Wettbewerberangebots. Außerdem sei nicht zu erwarten, dass die – auf wirtschaftlich lukrative Standorte fixierten – potentiellen Wettbewerber kleineren Programmveranstaltern wirtschaftlich tragbare Alternativen anbieten würden, wie dies die Betroffene als de facto Universaldienstleister tue. Insoweit laufe die Antennenmitbenutzung den Nutzer- und Verbraucherinteressen zuwider.

Nicht einmal im Ansatz habe die Beschlusskammer erörtert, welche Differenzierungen bei der Zugangsverpflichtung unter dem Aspekt der Erforderlichkeit geboten seien. Eine unbeschränkte

Zugangspflicht trage den Möglichkeiten einer Eigenrealisierung nicht genügend Rechnung. Wegen der bis mindestens zum Jahr 2030 bestehenden Nutzungsmöglichkeiten für UKW-Antennenanlagen bestünden keine besonderen Amortisationsrisiken. Ferner stehe auch die Betroffene vor dem wirtschaftlichen Problem, ob sie ihre Antennenanlage hinreichend auslasten könne. Planungs- und Koordinierungsverfahren gehörten zu den unternehmerischen Risiken eines alternativen Sendernetzbetreibers. Die Vorschriften der §§ 55, 57 und 63 TKG²⁰¹² setzten voraus, dass der alternative Frequenzzuteilungsnehmer seine technische Frequenzplanung – zu der Planungs- und Koordinierungsverfahren gehörten – darlegen könne.

Darüber hinaus würden Programmveranstalter, die zu einem alternativen Sendernetzbetreiber wechseln wollten, mit diesem die gewünschte Abdeckung verhandeln und etwaige Veränderungen des Versorgungsgebiets bei einem Wechsel des Sendernetzbetreibers in ihre Erwägungen einbeziehen. Dies sei Teil des wettbewerblichen Prozesses, der durch die Marktöffnung im UKW-Bereich erreicht werden solle. Etwaige geringe Reichweitenänderungen, die ein Inhalteanbieter bei Vertragsabschluss ggf. hinzunehmen hätte, seien – wie der Vortrag der DFMG klar gestellt habe – auch medienrechtlich akzeptiert.

Fehlerhaft sei zudem die Erwägung, potenzielle Wettbewerber könnten nicht auf die Mitbenutzung von Antennenanlagen der Landesrundfunkanstalten verwiesen werden. Vielmehr hätten die Landesrundfunkanstalten ausdrücklich auf ihre Angebote zur Mitbenutzung bestehender Antennenanlagen hingewiesen. Ohnehin seien, wie die DFMG in einem Gutachten nachgewiesen habe, eine Eigenrealisierung und/oder Anmietung von Senderstandorten in vielen Fällen möglich.

Ebenfalls fehlerhaft sei die Erwägung der Beschlusskammer, es könne in jedem Einzelfall darüber gestritten werden, ob eine Eigenerichtung möglich oder eine Zugangsalternative verfügbar sei. Hier fehle jegliche Prüfung, in welchem Umfang nach den bisherigen Erkenntnissen potenzielle Wettbewerber tatsächlich entweder auf verfügbare Kapazitätsreserven auf Standorten der DFMG und/oder auf Standorten der Landesrundfunkanstalten zurückgreifen könnten. Die DFMG gehe davon aus, dass dies in deutlich mehr als 50% möglicher Nachfragen der Fall sein werde.

Etwaigen Streitigkeiten über Fragen der Duplizierbarkeit könne aus Sicht der Betroffenen mit der Festlegung transparenter und objektiver Kriterien für die Beurteilung der Duplizierbarkeit begegnet werden. Hierzu schlage die Betroffene folgendes Vorgehen vor:

Zu allen analogen UKW-Hörfunk-Antennenanlagen mit größer 5 kW ERP werde ab dem von der Bundesnetzagentur festgelegten Termin der Wirksamkeit der Frequenzzuteilung Zugang gewährt, so dass im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten ein unterbrechungsfreier Sendebetrieb sichergestellt sei. Zu allen analogen UKW-Hörfunk-Antennenanlagen mit kleiner/gleich 5 kW ERP gewähre die Betroffene Zugangsberechtigten im Sinne der Regulierungsverfügung den Zugang zum Zwecke der Antennen(mit)benutzung, wenn mindestens eines von insgesamt fünf Eignungskriterien – hinreichende Kapazitätsreserven, statische Unbedenklichkeit, Frequenzkoordinierbarkeit, kein wesentlicher Reichweitenverlust, ökonomische Gleichwertigkeit von Eigenrealisierung und Antennen(mit)benutzung – nicht erfüllt sei. Die Betroffene werde eine Liste mit den entsprechenden Standorten und Angaben zur Erfüllung der Eignungskriterien nach den Vorgaben und unter Aufsicht der Bundesnetzagentur führen. Die Liste werde jährlich aktualisiert. Die Angaben zur Frequenzkoordinierbarkeit könnten von der Bundesnetzagentur jederzeit überprüft und ggf. korrigiert werden. Eine Kündigung der Antennenmitbenutzung erfolge nur aus zwingenden betrieblichen, operativen oder kommerziellen Gründen. Auf schriftliche Aufforderung eines alternativen Standortbetreibers könnten die in der Liste erfassten Eignungskriterien durch einen von der Bundesnetzagentur benannten unabhängigen Sachverständigen standortbezogen überprüft und verifiziert werden. Die Kosten übernehme die Betroffene in den Fällen, in denen die standortbezogenen Angaben in der Liste nicht bestätigt würden.

Schließlich sei nicht bekannt, dass und ggf. aus welchen Gründen die Beschlusskammer das Vertragsangebot der Betroffenen als unzureichend zur Erfüllung der Regulierungsziele ansehe. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur abstrakten Gefahr eines Zurückziehens – die von der Beschlusskammer nicht dargetan worden sei – sei schon deshalb nicht einschlägig, weil vorliegend die Infrastruktur gerade dupliziert werden könne.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei außerdem der Fall unberücksichtigt geblieben, dass Kapazitäten auf den Antennenanlagen der Betroffenen fehlen könnten; eine Zugangsverpflichtung sei hier nicht möglich.

Nicht in Einklang mit den Anforderungen des § 21 TKG stehe auch die Auferlegung einer Kollokationsverpflichtung. Es bestünden keine Zugangs- oder Knappheitsprobleme im Bereich der Technikräume. Auch als Verpflichtung mit „Auffangcharakter“ sei die Kollokationsverpflichtung nicht geeignet. Der Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach eine Kollokationsverpflichtung im Sinne einer „geeigneten Einwirkung“ des regulierten Unternehmens auf einen Dritten zur Sicherstellung einer Zugangsmöglichkeit auferlegt werden könne, führe nicht weiter. Dem Konsultationsentwurf sei auch im Ansatz nicht zu entnehmen, wie der Betroffenen eine solche sicherstellende Einwirkung möglich sein solle. Die Verpflichtung sei deshalb nicht nur als rechtswidrig, sondern als nichtig zu werten.

Mit Blick auf das vorgesehene Diskriminierungsverbot sei auf den von der Betroffenen vorgelegten Mustervertrag zu verweisen, der diesen Anforderungen entspreche. Die Betroffene werde gültige Verträge über Zugangsleistungen unter Kennzeichnung vertraulicher Inhalte vorlegen.

Für die Auflegung einer Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots sehe die Betroffene keine Grundlage. Die bisherigen Zugangsnachfragen würden von der Betroffenen auf der Grundlage einheitlicher Rahmenbedingungen mit den jeweiligen Nachfragern verhandelt, die der Bundesnetzagentur bereits seit Juli 2014 bekannt seien. Im Interesse der Nachfrager sollte allerdings ausreichend Zeit dafür eingeräumt werden, den bisherigen Vertragsinhalt weiter zu konkretisieren. Eine Verkürzung der Vorlagepflicht sei daher nicht gerechtfertigt.

Die vorgesehene Genehmigung von Zugangsentgelten auf Basis eines „Retail-Minus“-Ansatzes sei für die Betroffene unter zwei Aspekten nicht nachvollziehbar. Zum einen sei nicht klar, dass und aus welchen Gründen eine nachträgliche Regulierung von Zugangsentgelten nicht ausreichen sollte, um die Regulierungsziele zu erreichen. Bisher habe die Bundesnetzagentur keine tatsächlichen Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der Betroffenen auf dem Endnutzermarkt feststellen können. Zum anderen stehe das Fehlen einer KeL-Preisuntergrenze im Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2. Halbsatz TKG. Die Bundesnetzagentur sei an diese Vorgaben gebunden. Darüber hinaus habe die Behörde die „bessere Eignung“ der anderen Vorgehensweise sowohl abstrakt als auch konkret im Einzelnen zu begründen. Der Umstand, dass eine Retail-Minus-Vorgehensweise ressourcenschonender als ein Vorgehen nach § 31 Abs. 1 TKG sei, entspreche zwar § 10 VwVfG, könne aber nicht zur Begründung einer besseren Eignung herangezogen werden.

Die Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk (APR) merkt an, die einzelnen Teilverpflichtungen griffen ineinander und stellten insgesamt ein erforderliches und geeignetes Instrumentarium dar, um dem Ziel der TKG-Novelle 2012 gerecht zu werden. Mit dem bisherigen regulatorischen Ansatz habe sich auch in all den Jahren der Wettbewerbsorientierung des TK-Rechts ein Markt noch nicht gebildet.

Die ex-ante-Regulierung im Endnutzermarkt müsse sicherstellen, dass es einerseits nicht zur Überschreitung eines wettbewerbsanalogen Preises komme, andererseits aber auch das marktbeherrschende Unternehmen keine Dumping-Angebote mache. Dabei zeige schon die Ankündigung der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung, die von ihr verwandte Preisstruktur könne als Folge des Wettbewerbs geändert werden, die Wichtigkeit einer ex-ante-Regulierung.

Ebenso folgerichtig sei die Auferlegung des Zugangs anderer Unternehmen zu den UKW-Antennenanlagen. Hiervon seien auch die Zuleitung und die Signalaufbereitung umfasst. Hinsichtlich der Zugangsberechtigung von Radioanbietern, die eine Frequenzzuteilung der Bundesnetzagentur für die jeweilige Frequenz hätten, werde auf ein Gutachten des Instituts für Europäisches Medienrecht verwiesen. § 57 Abs. 1 S. 7 TKG räume einem Rundfunkveranstalter den Vorrang auch für die TK-Funktion ein. Dieser Umstand müsse bei der Auslegung des Zugangsbegriffs berücksichtigt werden.

Bezüglich der Frage, ob der Zugang nur im Falle der „Nicht-Duplizierbarkeit“ der Antenne eingeräumt werden sollte, sei zum einen zu berücksichtigen, dass die Antennen der Betroffenen auf frequenzökonomisch optimalen Standorten angebracht worden seien. Zum anderen sei zu be-

achten, dass der Frequenzzuteilung eine medienrechtliche Bedarfsanmeldung zugrunde liege, die wiederum auf die tatsächlich vorhandene Infrastruktur abgestimmt sei. Inwiefern alternative Standorte gefunden werden könnten, hänge davon ab, was als hinzunehmender Aufwand betrachtet werde. Statt des Aufbaus von Infrastruktur würde Zeit mit einer streitigen Diskussion für jede einzelne Anlage verbracht werden, was insgesamt als Marktzutrittschürde ganz erheblicher Art wirken würde.

Die Kollokationsverpflichtung sei erforderlich, auch wenn in vielen Fällen Zugangsmöglichkeiten beim Eigentümer des Standorts bestünden. An einzelnen Standorten sei die Betroffene alleinige Mieterin, so dass die Standorteigentümerin keinen weiteren Zugang gewähren könne. Außerdem sei ein Übergabepunkt des Signals an einer Antennenweiche oder am Zugangspunkt zur Leitung in jedem Fall erforderlich.

Die dreifache Entgeltregulierung auf dem Vorleistungsmarkt sei ebenfalls folgerichtig. Gerade die Regulierung der laufenden Entgelte durch die Gewährung eines Abschlags auf den Endnutzerpreis zeige, dass die ex-ante-Regulierung der Endnutzerleistung als integraler Bestandteil der gesamten Regulierungsverfügung notwendig sei und die Regulierung nicht in verschiedene Bausteine aufgebrochen werden könne.

Der Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT) begrüßt ganz überwiegend die Ausführungen der Bundesnetzagentur. Die beabsichtigte ex-ante-Regulierung der Endnutzerentgelte werde die bislang regelmäßigen Preiserhöhungen jedenfalls minimieren, eine gesteigerte Marktpreistransparenz herstellen und damit letztlich auch den Preiswettbewerb fördern.

Hinsichtlich der technischen Realisierung der Antennen(mit)benutzung finde die maßgebliche Einspeisung über eine Weiche oder über ein zum Antennenanschluss führendes Kabel als physische Heranführungsweise bereits Berücksichtigung. Zur vollständigen Abbildung der praktischen Bedürfnisse potenzieller Wettbewerber werde aber angeregt, auch den sog. Ballempegang, d.h. die letztlich zeitgleiche Wiederausstrahlung eines terrestrisch empfangenen Hörfunksignals auf einer anderen Frequenz und somit ohne kabelgebundene Heranführung, mit zu adressieren.

Ausdrücklich zu begrüßen sei die beabsichtigte Frist von einem Monat zur Veröffentlichung eines Standardangebots sowie die Vorabkontrolle der zur Gewährung des Antennenzugangs aufgerufenen Entgelte. Mit Blick auf die Zugangsberechtigung sei zu berücksichtigen, dass ein Rundfunkanbieter, der eine Frequenz zugeteilt bekommen habe, zwar kein Diensteanbieter im Sinne des § 3 Nr. 6 TKG sei, wohl aber (auch) einen Telekommunikationsdienst im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG erbringe.

Die Antenne Radio GmbH & Co. KG sieht den Entwurf als sehr hilfreich an. Der Begründung für die Notwendigkeit einer ex-ante-Regulierung werde uneingeschränkt zugestimmt. Allerdings sei aus Transparenzgründen eine Preisregulierung auf Modulebene (Antenne, Mast/Antennenträger, Sendergeräte, Service und Überwachung) zwingend erforderlich. Zudem werde ein den KeL-Kriterien genügender Preis für die Antennenbenutzung gefordert, der nicht durch einen prozentualen Abschlag aus dem regulierten Pauschalpreis gebildet werden könne.

Die Zugangsverpflichtung werde begrüßt. Die Schnittstelle am Weicheneingang der jeweiligen Sendefrequenz bzw. am Kabelstecker des zum Antennenanschluss führenden Kabels innerhalb des Betriebsgebäudes werde für ausreichend gehalten. Nicht nachvollziehbar sei allerdings die Nichtzulassung von Programmanbietern mit TKG-rechtlicher Frequenzzuteilung. Insofern schließe sich Antenne Radio der Argumentation des APR an.

Eine Nachweispflicht seitens der Wettbewerber zur Duplizierbarkeit von UKW-Antennenanlagen an bestehenden Standorten würde zu aufwändigen und kostenintensiven Streitfällen führen, die als künstliche Markteintrittschürde wirkten. Im Festlegungsentwurf der Präsidentenkammer werde die Notwendigkeit eines uneingeschränkten Antennenzugangs ebenfalls begründet. Ein Zwang, den Wettbewerber aus Gleichheitsgründen zu Investitionen vergleichbar zu derjenigen der Betroffenen zu zwingen, sei nicht haltbar, weil die Anlagen der Betroffenen mittlerweile abgeschrieben seien. Außerdem bildeten die Bedarfsanmeldungen der Landesmedienanstalten eine auf den jeweiligen Standort und Antennenanlage zugeschnittene Versorgungssituation ab. Die Bedarfsanmeldungen wären bei Veränderung in dem von der Betroffenen geforderten Umfang

i.d.R. hinfällig und böten für Programmanbieter damit keine planerische Verlässlichkeit der technischen Reichweite, welche die wirtschaftliche Grundlage des privaten Rundfunks darstelle.

Das bisherige Standardangebot der Betroffenen sei unzureichend. Insbesondere die Möglichkeit der Differenzierung nach Leistungsmodulen sei unabdingbar. Auch die Service Level Agreements müssten angepasst werden. Die Beschlusskammer sollte die Terminierung eng fassen, da erst nach Vorliegen der endgültigen Fassung am Markt bestellt werden könne und Bestelllaufzeiten einzuhalten seien. Gegen das von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene Retail-Minus-Verfahren gebe es keine Einwände. Es müsse allerdings ein besonderes Augenmerk auf die zu Grunde liegende Kalkulation gerichtet werden. Aus heutiger Sicht mache es wirtschaftlich keinen Sinn, die bestehenden Antennenanlagen bis zum Ende der Laufzeit von UKW zu erneuern. Ein kalkulatorischer Ansatz auf Wiederbeschaffungsbasis für UKW-Antennenanlagen verbiete sich daher.

Die Broadcast Distribution Services B.V. (Broadcast Partners) begrüßt die im Konsultationsentwurf vorgesehenen Maßnahmen. Die Verpflichtungen sollten allerdings weiter konkretisiert werden. Zudem sei größte Eile geboten. Der Markt für die terrestrische Übertragung von UKW-Hörfunksignalen werde für bestehende Lizenzinhaber immerhin zum 01.01.2016 geöffnet. Die Erfahrungen in den Niederlanden zeigten, dass für Betreiber wie Broadcast Partners, aber auch für Programmanbieter der Zeitpunkt der Marköffnung als One-Shot-Game gelte. Damit Newcomer auch tatsächlich ein konkurrierendes Angebot an die Programmanbieter richten könnten, müsse bereits lange vor dem 01.01.2016 Klarheit über den neuen Regulierungsrahmen herrschen. Die weiteren Regulierungsverfahren müssten deshalb zügig geführt werden.

Die Zugangsverpflichtung sollte weiter spezifiziert werden, um Verzögerungstaktiken der Betroffenen entgegenwirken zu können. So sei etwa an Verhandlungspflichten, Transparenzverpflichtungen und Begründungspflichten bei Zugangsverweigerungen zu denken. In diesem Rahmen helfe insbesondere das Referenzangebot. Ohne eine detaillierte und umfassende Regulierung werde ein Wettbewerb nicht oder nur marginal entstehen können und werde der Markt auf Wahlfreiheit, niedrigere Entgelte und eine technische Optimierung der vorhandenen Übertragung verzichten. Eine individuelle Duplizierbarkeitsprüfung, wie sie die Betroffene in der mündlichen Verhandlung vorgeschlagen habe, würde ausschließlich zu Verzögerungen und langwierigen Prozeduren führen. Broadcast Partners stimme insofern der Marktanalyse zu und füge hinzu, dass in der Praxis an hohen Antennenaufstellorten selten eine Duplizierung möglich sei. Denn selbst wenn eine Eigenrealisierung im Einzelfall technisch möglich sein sollte, wären die Investitionskosten der Konkurrenten bereits aufgrund der Rabatte, die die Betroffene von der DFMG eingeräumt erhalte, viele Male höher als diejenigen der Betroffenen.

Ebenfalls im Konsultationsentwurf nicht weiter ausgearbeitet sei die Verpflichtung zur Kollokation. Die Kollokationsverpflichtung sollte zumindest beinhalten, dass die Betroffene die von ihr gemieteten Räume (in Untervermietung oder anders) den Nachfragern zur Mitbenutzung zur Verfügung stellen müsse. Im Übrigen räche sich hier, dass dem Mast Eigentümer keine Pflichten auferlegt würden. Die „make or buy“-Entscheidung müsse primär den Unternehmen, die selbständig Antennen platzieren möchten, vorbehalten bleiben.

Die angesichts der Marktumstände gerechtfertigte Auferlegung der Entgeltregulierung im Endnutzerbereich bedürfe noch einer weiteren Gestaltung und Ausarbeitung, in welche die Marktteilnehmer einbezogen werden müssten. Gleiches gelte für die Feststellung des Vorleistungstarifs. Auf Endnutzerniveau müsse sichergestellt werden, dass die Betroffene die genehmigten Entgelte auch anwende und nicht durch Rabatte unterlaufe.

Das Diskriminierungsverbot gelte nur auf der Vorleistungsebene. Es müsse insbesondere bei der Gewährung von Rabatten strikt beachtet werden.

Die Divicon Media Holding GmbH begrüßt den Konsultationsentwurf. Eine verpflichtende UKW-Antennen(mit)benutzung sei ein wesentlicher Schritt für eine transparente Angebotserstellung und Grundlage für möglichen Wettbewerb im UKW-Senderbereich.

Im Rahmen der Zugangsverpflichtung sollte allerdings noch der Zugang zu den Ballempfangsanlagen mit aufgenommen werden. Eine Ballempfangsanlage sei grundsätzlich mit einer UKW-Empfangsanlage im Heimbereich vergleichbar, nur höherwertiger. Auf Grund des geringen Auf-

wands sei der Ballempfang die erste Wahl der Modulationszuführung. Erst wenn der Ballempfang von einem Sender des gleichen Programms qualitativ nicht möglich sei, werde ein Sender über eine Leitung mit Programm versorgt. Nach den der Divicon vorliegenden Mietpreisen der DFMG sei es wirtschaftlich unmöglich, eigene Ballempfangsanlagen aufzubauen und zu betreiben. Nur bei synergetischer Mehrfachnutzung der Antennenanlage und den zahlbaren Antennenmieten der Betroffenen sei ein marktkonformer wirtschaftlicher Endnutzerpreis erzielbar.

Allerdings benötige es eines größeren zeitlichen Vorlaufs, um einen Senderkomplettbetrieb glaubhaft und qualitativ hochwertig planen zu können. Verfahrensverschleppungen durch die Betroffene sollte daher entgegengewirkt werden. Im 4 Quartal 2014 müsse eine Preisübersicht seitens der Betroffenen zur Verfügung gestellt werden. Zudem müsse das von der Betroffenen in Aussicht gestellte Sonderkündigungsrecht zum 31.12.2015 unbedingt über das Jahr 2016 ausgeweitet werden. Alternativ wäre gegenüber der Betroffenen mindestens ein Versagen von Laufzeit- und/oder Mengenrabattierung bei Nutzerverträgen angemessen. Denn auch bei bester Vorbereitung sei das verbleibende Zeitfenster für Vertrieb/Vertragsabschluss, Planung, Beschaffung und betriebsfähige Realisierung bei Weitem nicht ausreichend, um wechselfähige Kunden in nennenswerter Anzahl bis zum 31.12.2015 zu bedienen.

Auch wenn sich die Betroffene mit ihrem Vertragsangebot zur Antennen(mit)benutzung zwischenzeitlich deutlich in Richtung einer praktikablen Vertragsgestaltung bewegt habe, gebe es nach wie vor einige Punkte – etwa zu Verantwortlichkeiten für technische Ausführungen und Kündigungsrechte –, für die noch keine Einigung erzielt worden sei.

Die Mietpreise des Standorteigentümers sollten in der Entgeltgenehmigung gesondert ausgewiesen werden. Ein möglicher Vertrag zwischen der ARD und der Betroffenen sollte in die Prüfung mit einbezogen werden. Des Weiteren sei es notwendig, im Falle nicht genutzter Frequenzen seitens der Bundesnetzagentur die Nutzung durchzusetzen bzw. andernfalls die Frequenzen dem Markt wieder zur Verfügung zu stellen.

Die Uplink Network GmbH betont, eine weitreichende ex-ante-Regulierung und konsequente Kontrolle seien der einzige erfolgversprechende Weg für eine Öffnung des Wettbewerbs im Markt für UKW-Sendernetzbetrieb. Die Betroffene werde ohne eine solche Regulierung voraussichtlich alle zur Verfügung stehenden Mittel ausschöpfen, offenen Wettbewerb zu verhindern.

Die Betroffene bestehe auf eine Nutzung alternativer Infrastruktur durch Wettbewerber, obwohl dies gleichzeitig bedeuten würde, dass sie ersatzlos Umsatz verlieren würde, statt zumindest einen adäquaten Umsatz über die Vorleistungsgewährung zu realisieren. Die Behinderungsstrategie der Betroffenen zeige sich auch darin, dass die Prüfung und der Nachweis einer fehlenden Alternative zur Antennen(mit)benutzung auf den Wettbewerber verlagert werden solle, um dessen Markt- und Kundenzugang zu erschweren bzw. sogar ganz zu verhindern. Eine Alternativenprüfung müsse die sog. „kennzeichnenden Merkmale“ einer Antenne und das daraus resultierende exakte Versorgungsgebiet sowie weiterhin die wirtschaftlichen Aspekte berücksichtigen. Dabei sei allerdings zu beachten, dass, wie auch der Vertreter der Landesmedienanstalten in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben habe, die jetzigen Antennenstandorte das Ergebnis frequenzökonomischer Optimierungen seien und eine Neukoordinierung auf einen anderen Antennenplatz bei der absoluten Mehrheit der bundesweiten UKW-Antennen mit einer Verschlechterung der Gesamtversorgung und enormen Kosten einherginge.

Im Rahmen der Zusammenarbeit mit der Bundesnetzagentur haben zudem die Landesmedienanstalten (die medienanstalten) eine Stellungnahme abgegeben. Die Anstalten unterstützen ebenfalls den Konsultationsentwurf, bedauern allerdings, dass sich dieser nicht auch auf die Übertragung digitaler Hörfunksignale und den Markt für Senderstandorte erstrecke. An verschiedenen Stellen des Entwurfs könnten sowohl das Zusammenarbeitsverhältnis im Sinne von § 123 Abs. 2 S. 1 TKG zwischen Bundesnetzagentur und Landesmedienanstalten als auch die nach § 2 Abs. 6 S. 1 TKG zu berücksichtigenden Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien noch stärker betont werden. Nicht hinreichend berücksichtigt sei im Abschnitt zur Zugangsberechtigung der Umstand, dass auch private Radioveranstalter nach dem TKG ggf. die Rolle des TK-rechtlichen Übertragungs-Dienstleisters übernehmen könnten.

Der Betroffenen und den sonstigen interessierten Parteien ist in der am 02.10.2014 durchgeführten öffentlichen Verhandlung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung Bezug genommen.

Die schriftlichen Stellungnahmen sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens am 17.10.2014 bzw. – nach weitergehender Entschwärzung – am 30.10.2014 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Im Amtsblatt Nr. 20/2014 vom 29.10.2014 hat die Beschlusskammer per Mitteilung Nr. 1149/2014 auf die Veröffentlichung hingewiesen.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 11.11.2014 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entwurf der Regulierungsverfügung zu äußern.

Mit Schreiben vom 12.11.2014 hat die Betroffene gegenüber dem VPRT bekräftigt, dass sie eine Beendigung von UKW-Verträgen zum 31.12.2015 ermöglichen werde. Allerdings gelte dies nicht für Kunden, die nach dem Inkrafttreten des TKG am 10.05.2012 einen Vertrag mit der Betroffenen geschlossen oder ihren bestehenden Vertrag verlängert hätten.

Mit Schreiben vom 17.11.2014 hat das Bundeskartellamt wie folgt Stellung zum übersandten Entwurf genommen:

„Das Bundeskartellamt begrüßt mit Blick auf die absehbare Festlegung der Präsidentenkammer im Verfahren BK 1-12/004, wonach die Media Broadcast GmbH auf den regulierungsbedürftigen Märkten für UKW-Übertragungsleistungen (Endnutzerebene) und für UKW-Antennen(mit)benutzung (Vorleistungsebene) über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügt, den übermittelten Entwurf einer Regulierungsverfügung betreffend Media Broadcast GmbH (nachfolgend: die Betroffene). Die TKG-Novelle 2012 sieht vor, dass Rundfunkinhalteanbieter einen Vertrag mit einem Sendernetzbetreiber ihrer Wahl abschließen können, und zwar ab 1. Januar 2016. Alternative Sendernetzbetreiber verfügen jedoch regelmäßig nicht über eigene Infrastruktur und sind deshalb darauf angewiesen, bei der Betroffenen Vorleistungen einzukaufen. Der Markteintritt alternativer Sendernetzbetreiber hängt somit maßgeblich von der Mitwirkung der Betroffenen ab. Dem Bundeskartellamt lagen Eingaben insbesondere von potentiellen Anbietern vor, die den Schluss zuließen, dass die Betroffene nicht an einer konstruktiven Mitwirkung auf dem Verhandlungsweg interessiert war, sondern Verhandlungen gezielt verzögert hat. Hierdurch versucht die Betroffene offenbar zu verhindern, dass potentielle Mitbewerber in den Markt eintreten. Da der Zeitfaktor für den Markteintritt eine entscheidende Rolle spielt, kann die Verzögerungstaktik im Ergebnis dazu führen, dass Rundfunkinhalteanbieter allein wegen der von der Betroffenen erzeugten Unsicherheit erneut längerfristige Verträge mit der Betroffenen statt mit einem alternativen Sendernetzbetreiber abschließen. Das gesetzgeberisch ab 2016 gewollte Fenster für Wettbewerb würde sich deshalb schon jetzt wieder schließen, wenn die Betroffene ihre Verzögerungstaktik fortführen könnte.“

Das Bundeskartellamt begrüßt insoweit die im Entwurf einer Regulierungsverfügung auf Vorleistungsebene für die Betroffene vorgesehenen Zugangs-, Kollokations-, Gleichbehandlungs-, Transparenz- und Entgeltgenehmigungspflichten. Dadurch wird ein Umfeld geschaffen, dass es alternativen potentiellen Sendernetzbetreibern und Programminhalteanbietern ermöglicht, an dem nun eröffneten Wettbewerb auf den Märkten für UKW-Übertragungsleistungen teilzunehmen.“

Unter dem 18.11.2014 hat die Bundesnetzagentur die Entwürfe der Festlegung und der Regulierungsverfügung der EU-Kommission, dem GEREK und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Mit Schreiben vom 18.12.2014 hat die Kommission folgende Stellungnahme abgegeben:

„Potenzieller Infrastrukturwettbewerb auf dem deutschen Markt für die terrestrische Hörfunkübertragung

Der Markt für Rundfunkübertragungsdienste ist in der Empfehlung über relevante Märkte nicht mehr aufgeführt, weil in den meisten Mitgliedstaaten ein stärkerer Wettbewerb der Plattformen und geringere Kapazitätszwänge zu verzeichnen sind, was hauptsächlich dem Übergang von der analogen zur digitalen Übertragung geschuldet ist. Diese Änderungen

haben dazu geführt, dass trotz möglicher Marktzutrittsbarrieren die Marktdynamik derart beschaffen ist, dass das zweite Kriterium des Drei-Kriterien-Tests regelmäßig nicht erfüllt ist.

In Anbetracht der dargelegten Ergebnisse des Drei-Kriterien-Tests akzeptiert die Kommission die Schlussfolgerung der Bundesnetzagentur, dass der Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale und der Markt für die Antennen(mit)benutzung aufgrund besonderer Marktgegebenheiten in Deutschland noch immer eine Vorabregulierung erfordern.

In diesem Zusammenhang stellt die Kommission fest, dass ein Grund für die Regulierung der beiden Märkte darin besteht, dass das neue deutsche Telekommunikationsgesetz (TKG-Novelle) erst am 1. Januar 2016 in Kraft tritt und die angestrebte wettbewerbsfördernde Wirkung der Liberalisierung der Frequenzzuteilung erst danach spürbar werden wird. Bis zu diesem Zeitpunkt haben die Inhalteanbieter für den UKW-Hörfunk nur wenig Einfluss auf die Wahl ihres Übertragungsdienstleisters, und es kann bis dahin nicht mit einem wirksamen Wettbewerb gerechnet werden.

Die Kommission erkennt ferner an, dass angesichts der ungewissen künftigen Nutzungsdauer der analogen UKW-Übertragungstechnik möglicherweise nur begrenzt in Übertragungskapazitäten investiert werden dürfte und das daher dieser Markt in vorhersehbarer Zukunft hohe Marktzutrittsbarrieren aufweisen wird.

Die Kommission stellt ferner fest, dass alternative Betreiber, wenn sie unter dem neuen Frequenzzuteilungsverfahren mit dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf den Rundfunkmärkten konkurrieren wollen, über Zugang zu Antennen verfügen müssen, wenn der Bau eigener Infrastrukturen sich als nicht rentabel erweist.

Die Kommission weist jedoch darauf hin, dass in Zukunft Unternehmen durch (selektive) Duplizierung von Sendeanlagen in den Markt für die Antennen(mit)benutzung – der nach dem Verständnis der Kommission die Bereitstellung von Sendeanlagen für analoge und digitale Rundfunksignale umfassen könnte – eintreten könnten, oder dass dieser Markt für öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter interessant werden könnte, die derzeit diese Leistungen selbst erbringen. Der Eintritt in den Markt für die Antennen(mit)benutzung könnte durch eine steigende Nachfrage nach entsprechenden Diensten im Anschluss an die Liberalisierung der Frequenzzuteilungsregelung attraktiver werden.

Angesichts dieser Entwicklungen und der erwarteten Auswirkungen der TKG-Novelle fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, die Märkte aufmerksam zu beobachten – insbesondere den Markt für die Antennen(mit)benutzung – und zu prüfen, ob vor dem Ablauf der normalen Marktprüfungsperiode von drei Jahren eine erneute Marktprüfung erforderlich wird.

In diesem Zusammenhang weist die Kommission die Bundesnetzagentur ferner darauf hin, dass es sinnvoll sein könnte, zwischen duplizierbaren Anlagen/Antennen und solchen zu unterscheiden, die für die Aufnahme von Übertragungsanlagen und die Erbringung von Rundfunkübertragungsdiensten unerlässlich sind. Dort, wo die Bundesnetzagentur Infrastrukturwettbewerb im Rundfunkbereich sowie die Antennen(mit)benutzung fördern möchte, könnte sie eine Regulierung nur für Standorte vorschreiben, bei denen eine Duplizierung technisch und/oder wirtschaftlich nicht durchführbar ist. Sollte die Bundesnetzagentur dies als sinnvoll erachten, fordert die Kommission sie zur Festlegung eindeutiger Kriterien zur Ermittlung der Standorte auf, die als Netzengpässe angesehen werden können, damit eine Liste dieser Anlagen erstellt werden kann.“

Mit Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag hat die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur befunden, dass die Betroffene auf den regulierungsbedürftigen nationalen Märkten für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale und für die UKW-Antennen(mit)benutzung über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

Die der Betroffenen zuletzt mit der Regulierungsverfügung BK 3b-10/086 vom 12.10.2010 auferlegte Verpflichtung zur nachträglichen Regulierung der Entgelte für UKW-Übertragungsleistungen wird vorliegend geändert. Zudem werden der Betroffenen Maßnahmen der Zugangsregulierung auf dem erstmals definierten und analysierten nationalen Markt für die Gewährung der Antennen(mit)benutzung auferlegt.

Rechtliche Grundlagen für die getroffenen Maßnahmen sind:

- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 3 S. 1, 2 und 4 TKG, soweit gemäß Ziffer 1.1 Endnutzerentgelte der nachträglichen Regulierung mit Kenntnissgabeverpflichtung unterworfen werden,
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 39 Abs. 1 S. 1 bis 3 TKG, soweit gemäß Ziffer 1.2 Endnutzerentgelte der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG entsprechend unterworfen werden,
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG, soweit die Betroffene in Ziffer 2.1 zur Gewährung der Antennen(mit)benutzung verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG, soweit die Betroffene in Ziffer 2.2 zur Gewährung von Kollokation verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie in Ziffer 2.3 dazu verpflichtet wird, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 2.1 und 2.2 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 3 TKG, soweit sie gemäß Ziffer 2.4 zur Vorlage von Zugangsverträgen verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 23 Abs. 1 TKG, soweit sie gemäß Ziffer 2.5 zur Vorlage eines Standardangebotes verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 TKG, soweit gemäß Ziffern 2.6 und 2.7 Satz 1 die Entgelte für die Antennen(mit)benutzung der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen werden, und
- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 TKG, soweit gemäß Ziffer 2.7 Satz 2 die Entgelte für die Antennen(mit)benutzung übergangsweise der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen werden

1. Zuständigkeit, Verfahren und Form

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Änderung und Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen ergibt sich aus § 116 TKG i. V. m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG ergeht die Festlegung nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Regulierungsverfügung sind eingehalten worden:

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Gleichzeitig ist im Amtsblatt auf diese Veröffentlichung aufmerksam gemacht worden.

Die Beschlusskammer hat das ihr in § 13 Abs. 1 S. 4 TKG eingeräumte Ermessen dahingehend ausgeübt, die Verfahren zur Festlegung von Marktdefinition und Marktanalyse einerseits und zur Regulierungsverfügung andererseits zusammen durchzuführen. Die Kammer hat derart dem aus

dem Stichtag des 01.01.2016 resultierenden Interesse der Wettbewerber an einer zügigen Entscheidung Rechnung getragen. Legitime Interessen der Betroffenen, die von diesem Vorgehen übermäßig betroffen sein könnten, sind dagegen nicht ersichtlich.

Die Anhörungsrechte der Betroffenen gemäß § 135 Abs. 1 TKG sind gewahrt worden. Seit Einleitung des Verfahrens im April 2014 hat die Betroffene hinreichend Gelegenheit gehabt, sich zu den von der Beschlusskammer beabsichtigten Maßnahmen zu äußern. Tatsächlich hat die Betroffene von ihren Anhörungsrechten auch mehrfach und umfangreich Gebrauch gemacht.

Die Beschlusskammer hat ferner eine öffentliche mündliche Verhandlung im Sinne von § 135 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 TKG durchgeführt.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden. Darüber hinaus ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern, § 123 Abs. 1 S. 2 TKG. Zudem hat die Bundesnetzagentur mit den Landesmedienanstalten gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 TKG zusammengearbeitet.

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist der EU-Kommission, den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten sowie dem GEREK gemäß § 13 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG zur Verfügung gestellt worden.

Schließlich ist die Vornahme einer Regulierung nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 TKG besonders begründet worden (siehe unten, Ziffer 3.2.6.5.2.1).

2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition kommen der nationale Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern und der nationale Markt für die UKW-Antennen(mit)benutzung für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene jeweils über eine beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als Anlage beigefügten und gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 5 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

3. Auswahl und Auferlegung der Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer die der Betroffenen auf dem Endnutzermarkt mit Beschluss BK 3b-10/086 vom 12.10.2010 auferlegten Verpflichtungen geändert (Ziffer 3.1) und ihr zudem Verpflichtungen auf dem erstmals regulierten Vorleistungsmarkt für die UKW-Antennen(mit)benutzung auferlegt (Ziffer 3.2).

3.1 Regulierung der Endnutzerentgelte, § 39 Abs. 1 TKG

Die bisherige Regulierung der Entgelte der Betroffenen für Leistungen auf dem UKW-Endnutzermarkt wird dahin gehend geändert, dass diese Entgelte nicht mehr der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend ohne Kenntnissgabeverpflichtung, sondern vielmehr der nachträglichen Regulierung mit Kenntnissgabeverpflichtung unterworfen werden, soweit Entgeltforderungen der Betroffenen keine der in der Preisliste „Analoge Hörfunk-Sendeanlagen“ vom 01.04.2013 ausgewiesenen Preispositionen überschreiten oder um mehr als 25% unterschreiten. Entgelte, bei denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, werden dagegen der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG entsprechend unterworfen. Die letztgenannten Entgelte werden auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG entsprechend genehmigt.

Die Änderung der Regulierung beruht auf der pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 39 Abs. 1 und Abs. 3 TKG eingeräumten Ermessens.

Gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 führen würden, Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bezüglich des Angebots von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer einer Entgeltgenehmigung unterwerfen. Nach § 39 Abs. 1 S. 2 und 3 TKG soll die Bundesnetzagentur die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist; im Falle einer Genehmigungspflicht gelten die §§ 31 bis 37 TKG entsprechend.

Nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG unterliegen Entgelte für Endnutzerleistungen von Anbietern von Telekommunikationsdiensten, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, sofern sie keiner Entgeltgenehmigung unterworfen worden sind, der nachträglichen Regulierung; § 38 Abs. 2 bis 4 TKG gilt entsprechend. Darüber hinaus kann die Bundesnetzagentur gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG unter Beachtung von Abs. 1 S. 1 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Die Bundesnetzagentur kann Anbieter von Telekommunikationsdiensten, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben, § 39 Abs. 3 S. 4 TKG.

3.1.1 Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 S. 1, 2 und 4 TKG sind gegeben. Soweit die verfahrensgegenständlichen Entgelte einer Genehmigungspflicht unterworfen werden, liegen darüber hinaus auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 S. 1 TKG vor.

Bei den auf dem verfahrensgegenständlichen Markt gehandelten Telekommunikationsleistungen geht es um Endnutzerleistungen. „Endnutzer“ ist gemäß § 3 Nr. 8 TKG ein Nutzer, der weder öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt noch öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt. „Nutzer“ ist gemäß § 3 Nr. 14 TKG jede natürliche oder juristische Person, die einen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke in Anspruch nimmt oder beantragt, ohne notwendigerweise Teilnehmer zu sein. „Telekommunikationsdienste“ sind in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdiensten in Rundfunknetzen, § 3 Nr. 24 TKG. „Öffentlich zugänglich“ sind diese Dienste schließlich, wenn sie der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, § 3 Nr. 17a TKG. Die Inhalteanbieter, die ihre Hörfunkinhalte über ein von Dritten betriebenes UKW-Sendernetz verbreitet wissen wollen und derart als Nachfrager auf dem vorliegenden Markt tätig sind, sind damit Endnutzer im o.g. Sinne,

vgl. auch die Begründung zum Telekommunikationsgesetz, BR-Drs. 755/03, S. 88.

Zudem handelt es sich bei der Betroffenen um eine Anbieterin von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer. Sie verfügt auf dem hier relevanten nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern über beträchtliche Marktmacht, siehe oben Ziffer 2.

Schließlich rechtfertigen auch Tatsachen die Annahme, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG führen würden,

vgl. dazu, dass diese Tatbestandsvoraussetzungen auch im Rahmen von § 39 Abs. 3 S. 2 TKG vorliegen müssen, BVerwG, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 56.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus den Erörterungen unter Ziffern 3.1.4.1 und 3.1.5.1.1, auf die Bezug genommen wird.

3.1.2 Bestehen eines Ermessensspielraums

Sind – wie vorliegend – die tatbestandlichen Merkmale erfüllt, stehen der Bundesnetzagentur Ermessensspielräume in vollem Umfang zu. Die Agentur hat sowohl über das Ob als auch das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rz. 58f.

Zwar lässt sich aufgrund von Wortlaut und Systematik des § 39 TKG durchaus die Auffassung vertreten, dass – jedenfalls für Märkte, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist – die Entgeltgenehmigungspflicht als Regelfall und die nachträgliche Entgeltregulierung als Ausnahmefall zu verstehen sind. Hierauf lassen sowohl die Normierung des Genehmigungsfalls in § 39 Abs. 1 TKG als auch die Ausgestaltung von § 39 Abs. 3 TKG als Auffangtatbestand bei fehlender Unterwerfung der Entgelte unter eine Genehmigungspflicht schließen.

Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis stünde indes nicht in Übereinklang mit dem Gemeinschaftsrecht.

Mit der Norm des § 39 TKG wollte der Gesetzgeber Art. 17 Universaldienst-RL umsetzen. In dieser Vorschrift ist vorgesehen, dass die nationale Regulierungsbehörde unter den dort genannten Voraussetzungen den als marktmächtig auf dem Endnutzermarkt eingestuften Unternehmen geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt, die im Hinblick auf die Regulierungsziele des Art. 8 Rahmen-RL dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Dabei hängt jegliche Maßnahme der Endnutzermarktregulierung, also auch die nachträgliche Entgeltregulierung als solche, davon ab, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nach der Einschätzung der nationalen Regulierungsbehörde zur Erreichung der Regulierungsziele nicht ausreichen.

In Ansehung dieser gemeinschaftlichen Vorgaben und unter der Bedingung, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der nationalen Vorschrift – wie hier – gegeben sind, lässt sich für keine der möglichen Entscheidungsvarianten ein genereller Normenvorrang entdecken. Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen,

vgl. BVerwG, a. a. O.; siehe auch – für die Regulierung von Zugangsentgelten – die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 56 und 59), 6 C 15.07 (Rz. 63 und 66), 6 C 16.07 (Rz. 53 und 56) und 6 C 17.07 (Rz. 56 und 59) sowie vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38).

Damit liegt es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sie der Betroffenen Regulierungsverpflichtungen bezüglich ihrer Endnutzerentgelte auferlegt.

3.1.3 Gesetzlich normierte Entgeltkontrollsysteme

Zur Vorbereitung ihrer Ermessensentscheidung hat die Bundesnetzagentur zunächst die verschiedenen gesetzlich normierten Entgeltkontrollsysteme in den Blick zu nehmen.

Der nationale Gesetzgeber hat, was die vorliegende Fallkonstellation betrifft, in § 39 Abs. 1 und 3 TKG (größtenteils per Verweis) die drei nachfolgend dargestellten und zueinander im Stufenverhältnis stehenden Entgeltkontrollsysteme geregelt. Im Fall des Kontrollsystems „Genehmigung“ hat der Gesetzgeber zusätzliche Binnendifferenzierungen vorgenommen.

Die schärfste Form der Entgeltkontrolle ist in § 39 Abs. 1 S. 1 TKG normiert. Diese Vorschrift erlaubt die Unterwerfung von Entgelten für Endnutzerleistungen unter eine Genehmigungspflicht. Es gelten dann die §§ 31 bis 37 TKG entsprechend. Innerhalb des Genehmigungsrahmens selbst eröffnen sich der Bundesnetzagentur verschiedene – und auch verschieden weit in die Kostendeckung des Betreibers eingreifende – Vorgehensweisen.

Erlegt die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 TKG i. V. m. § 31 Abs. 1 S. 1 TKG entsprechend auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG entsprechend ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und

31 Abs. 1 S. 2 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen.

In Anlehnung an das allgemeine Wettbewerbsrecht schreibt § 28 Abs. 1 S. 1 TKG vor, dass ein marktmächtiger Diensteanbieter oder Netzbetreiber seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen darf. In S. 2 sind dazu verschiedene und in Abs. 2 weiter ausdifferenzierte Regelbeispiele genannt, die sich auf Preishöhenmissbräuche sowie ungerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Vorteilseinräumungen beziehen.

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG die Summe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich nach § 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Alternativ ist die Durchführung eines Price-Cap-Verfahrens nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG möglich. Bei der KeL-Regulierung wird eine Als-Ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert,

BVerwG, Urteil 6 C 19.08 vom 24.06.2009, Rz. 18, unter Verweis auf Groebel, in: Berl-KommTKG, § 31 Rz. 10f., 22; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 19.

Erlegt die Bundesnetzagentur dagegen eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG („andere Vorgehensweise“) auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG analog ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen. Gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG können die Entgelte auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen genehmigt werden, sofern sie besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Die Norm ist ausdrücklich als Auffangvorschrift konzipiert worden,

siehe Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 104.

Sofern Entgelte für Endnutzerleistungen keiner Entgeltgenehmigung unterworfen worden sind, kann die Bundesnetzagentur die Entgelte gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 bis 4 TKG – als kategorial zweitschärfster Form – einer nachträglichen Entgeltregulierung mit Vorlageverpflichtung unterwerfen. In diesem Fall sind Entgelte zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten bzw. – bei Individualleistungen – unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben. Die Bundesnetzagentur untersagt im erstgenannten Fall innerhalb von zwei Wochen nach Anzeigenzugang die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 TKG vereinbar wäre. Unabhängig davon gilt gemäß § 38 Abs. 2 und 4 TKG entsprechend, dass, wenn der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von marktmächtigen Unternehmen nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung der Entgelte einleitet. Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen, stehen ihr nach § 38 Abs. 4 TKG entsprechend ex-nunc wirkende Untersagungs- und Anordnungsbefugnisse zu.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur auf Grund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Dabei wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs in Anlehnung an § 19 Abs. 4 S. 2 GWB ein „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ zugrunde gelegt, d. h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergäbe. Missbräuchlich überhöht gegenüber einem solchen hypothetischen Preis sind die Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens wegen des mit dem Missbrauchsvorwurfs verbundenen Unrechtsurteils allerdings erst dann, wenn sie diese erheblich überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann,

s. die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 61), 6 C 15.07 (Rz. 68), 6 C 16.07 (Rz. 58) und 6 C 17.07 (Rz. 61), jeweils unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 28.06.2005 in der Sache KVR 17/04, BGHZ 163, 282, S. 295 f., und Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 159.

Werden die Entgelte dagegen gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG nur dem (dritten) Kontrollsystem nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend unterworfen, entfällt eine Vorab-Entgeltprüfung. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Endnutzerleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

Wie aus der vorstehenden Darstellung erhellt, besteht die telekommunikationsrechtliche Entgeltkontrolle letzten Endes in einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG, die je nach Fall eingebettet wird in die verfahrensrechtlichen und ggf. auch materiellrechtlichen Bestimmungen des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i. V. m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend, des § 39 Abs. 3 S. 1 bis 4 TKG i. V. m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend oder des § 39 Abs. 1 TKG i. V. m. den §§ 31 bis 37 TKG entsprechend.

Für die Ermessensausübung der Beschlusskammer bedeutet dies, dass sie in einem ersten Schritt eine Entscheidung darüber treffen kann, ob sie überhaupt eine Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG – zunächst im nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG vorgesehenen Verfahren – vornimmt. In weiteren Schritten kann dann über eine etwaige materielle Ergänzung der Entgeltmaßstäbe sowie über eine etwaige Verschärfung der Verfahrensvorschriften entschieden werden.

3.1.4 Ermessensausübung hinsichtlich einer Missbrauchskontrolle

In pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer entschieden, die Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Endnutzerleistungen einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG zu unterwerfen.

Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen gemäß § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

3.1.4.1 Missbrauchskontrolle als Zweck der Entgeltregulierung auf dem verfahrensgegenständlichen Markt

Im vorliegenden Fall ist es jedenfalls ein Zweck der Entgeltkontrolle sicherzustellen, dass die Betroffene die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen einhält. Dieser Zweck folgt aus einer Gesamtschau gesetzlicher Zielbestimmungen und tatsächlicher Marktgegebenheiten.

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG soll die Entgeltregulierung eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verhindern. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus dem Verweis in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG (entsprechend) ergibt, von den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 und den – bei der Verfolgung dieser Ziele anzuwendenden – Regulierungsgrundsätzen des § 2 Abs. 3 TKG,

vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 101.

Die Regulierung hat danach u. a. die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 TKG), einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern und einen unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu gewährleisten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 TKG), die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG), den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG) sowie eine effiziente und störungsfreie Nutzung von Frequenzen, auch unter Berücksichtigung der Belange des Rundfunks, sicherzu-

stellen (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG). Bei der Verfolgung der vorgenannten Ziele wendet die Bundesnetzagentur objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an, u. a. indem sie gewährleistet, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG), und indem sie den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher schützt und, soweit sachgerecht, den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG). Darüber hinaus sind die Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien nach § 2 Abs. 6 S. 1 TKG zu berücksichtigen.

Die vorgenannten Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der von beträchtlichen Marktzutrittschranken und einer auch längerfristig mangelnden Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gekennzeichnet ist. Die Verhältnisse auf dem verfahrensgegenständlichen Endnutzermarkt werden von größenbedingten Skalen- und Verbundvorteilen, vertraglich determinierten Sonderkonditionen bei der Standortmiete, einem umfassenden Bestand an Sendernetzinfrastruktur und einer starken Kundenbindung auf Seiten der Betroffenen geprägt. Die Betroffene realisiert über ihr Sendernetz die mit Abstand meisten UKW-Übertragungsleistungen eines privaten Anbieters,

vgl. wegen der Einzelheiten Ziffern 9.1.1, 9.1.3 und 9.1.4 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag.

Es ist – wie Art. 17 Abs. 1 lit. b) Universaldienst-RL voraussetzt – auch nicht anzunehmen, dass die – hier erstmals auferlegten – Verpflichtungen im Zugangsbereich innerhalb des Geltungszeitraums dieser Regulierungsverfügung zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG auf dem verfahrensgegenständlichen Markt führen werden,

vgl. zum entsprechenden unionsrechtskonformen Verständnis des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG BVerwG, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 66.

So soll zwar die von der Bundesnetzagentur eingeführte Regulierung des Zugangs zur Antennen(mit)benutzung die Marktzutrittschranken für den verfahrensgegenständlichen Endnutzermarkt senken. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist aber noch nicht absehbar, welcher Erfolg – insbesondere in der Breite – dieser Maßnahme beschieden sein wird. Die finanziellen, kapazitären und zeitlichen Schwierigkeiten, denen sich potenzielle Wettbewerber beim Aufbau einer alternativen Infrastruktur ausgesetzt sehen, sprechen jedenfalls eher dafür, in den kommenden Jahren weniger einen flächendeckenden als vielmehr einen punktuellen – wenn auch mitunter regional massierten – Aufbau alternativer Sendernetzinfrastrukturen zu erwarten. Insgesamt ist jedoch nicht abzusehen, dass die Marktmacht der Betroffenen im Geltungszeitraum dieser Regulierungsverfügung erodieren und damit namentlich die Verpflichtungen im Zugangsbereich zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG führen werden. Vielmehr ist auch längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb festzustellen,

vgl. wegen der Einzelheiten Ziffern 9.1.5, 9.1.7 und 9.1.8 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag.

Die vorstehend aufgezeigten Tatsachen können der Betroffenen Anreize zu wettbewerbschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten oder – wo sie künftigen Wettbewerb antizipiert – kostenunterdeckenden Preisen, von Preis-Kosten-Scheren, von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen – deren Vorliegen insbesondere die Antenne Radio GmbH & Co. KG rügt –, von missbräuchlich ungleichen Preisen oder von missbräuchlichen Mindest- oder Festüberlassungsdauern die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Maßnahmen in der genannten Form würden indes insbesondere den Regulierungszielen des Nutzer- und Verbraucherschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 TKG) und des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 TKG) widersprechen und den Belangen des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien entgegenstehen (§ 2 Abs. 6 S. 1 TKG).

Ein Zweck der Entgeltkontrolle muss es deshalb sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnah-

men marktmächtiger Unternehmen auch auf dem vorliegenden Markt Beachtung finden.

3.1.4.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Die Auferlegung einer Missbrauchsaufsicht anhand des § 28 TKG – jedenfalls zunächst in Form des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG i. V. m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend – entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

Die Auferlegung der Missbrauchskontrolle ist grundsätzlich – vorbehaltlich der Untersuchungen unter Ziffer 3.1.5 zur Einführung von Kenntnispflichten bzw. einer Genehmigungspflicht – geeignet, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen.

Sie ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Vorgehen zu entdecken, welches an die Stelle einer solchen Missbrauchskontrolle treten könnte. So lässt namentlich die Vornahme einer Retail-Minus-Regulierung im Bereich der Antennen(mit)benutzung eine eigenständige Missbrauchskontrolle der Endnutzerentgelte nicht überflüssig werden. Die Retail-Minus-Regulierung kann weder überhöhten noch diskriminierenden Endnutzerpreisen begegnen. Letzteres gilt auch, soweit es etwa um die Überprüfung bestimmter individuell geschnürter Bündelprodukte geht. Die Entgeltregulierung im Vorleistungsbereich kann deshalb nicht bzw. allenfalls zu geringen Teilen eine eigenständige Missbrauchsaufsicht über die verfahrensgegenständlichen Endnutzerentgelte ersetzen.

Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Entscheidung belastet die Betroffene nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin einem gesetzlichen Missbrauchsverbot nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (§§ 19 und 20 GWB und Art. 102 AEUV), und andererseits ist jedenfalls dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Behinderung oder Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Beschlusskammer unterwirft deshalb die Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Endnutzerleistungen der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.

3.1.5 Ermessensausübung hinsichtlich zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle und Verfahrensgestaltung

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer entschieden, die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend mit Kenntnispflicht (§ 39 Abs. 3 S. 1, 2 und 4 TKG) zu unterwerfen, soweit Entgeltforderungen der Betroffenen keine der in der Preisliste „Analoge Hörfunk-Sendeanlagen“ vom 01.04.2013 ausgewiesenen Preispositionen überschreiten oder um mehr als 25% unterschreiten. Entgelte, bei denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, werden dagegen der Genehmigung sowohl anhand der Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch einer über die Missbrauchsaufsicht hinausgehenden Preisobergrenzenkontrolle nach dem KeL-Maßstab (§ 39 Abs. 1 S. 1 bis 3 i. V. m. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG entsprechend) unterworfen. Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ebenfalls ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

3.1.5.1 KeL-Preisobergrenzenkontrolle als zusätzlicher Zweck der Entgeltregulierung

Aus einer Betrachtung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich, dass die Beschlusskammer im vorliegenden Fall nicht nur sicherstellen soll, dass die von der Betroffenen vorgenommenen Preismaßnahmen den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Anforder-

rungen entsprechen (vgl. Ziffer 3.1.4), sondern zusätzlich auch, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne von § 32 TKG die Obergrenze für die Endnutzerentgelte darstellen. Die Beschlusskammer hält damit im Ergebnis an ihrer diesbezüglichen Einschätzung aus der vorherigen Regulierungsverfügung BK 3b-10/086 vom 12.10.2010, S. 8ff., fest.

3.1.5.1.1 Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation

Endnutzerentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, stellen das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden. Sie berücksichtigen zudem besser die Belange des Rundfunks und vergleichbarer Telemedien bei einem an der Förderung von Vielfalt ausgerichteten Verständnis dieser Belange.

Wettbewerb im vorgenannten Sinne wird auf dem vorliegenden UKW-Übertragungsmarkt angestrebt, weil ein derartiger Wettbewerb in der Regel verschiedene als vorteilhaft angesehene Funktionen erfüllt. So können namentlich in jeweils akzeptabler Weise Freiheit gewährt, Marktmacht kontrolliert, Preise gesetzt, Einkommen verteilt, Ressourcen alloziert, Anpassungen ermöglicht und technischer Fortschritt induziert werden,

vgl. zu den Wettbewerbsfunktionen Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten: zum Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ im deutschen Wettbewerbsrecht, 2002, S. 44.

Die Entgeltregulierung wendet sich in diesem Zusammenhang dem marktlichen Preismechanismus zu. Dieser Mechanismus trägt wesentlich zur Erreichung der aufgeführten Wettbewerbsfunktionen bei. Gebildet im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage, zeigen Preise u. a. Knappheitsverhältnisse an, lenken die Produktionsfaktoren in die jeweils rentabelste Verwendungsrichtung und stimmen die Pläne auf den verschiedenen Märkten ab,

vgl. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 91ff.

In der Regel sollte der Staat den Preismechanismus auf einem Markt möglichst ungestört bzw. allenfalls begrenzt durch die Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts arbeiten lassen. Dies gilt grundsätzlich auch für Märkte, auf denen ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf solchen Märkten können relativ hohe Preise des oder der marktmächtigen Unternehmen zu Marktexpansionen und Marktzutritten Dritter und damit nicht nur zu Mengenausweitungen und Preissenkungen, sondern insgesamt zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, können die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs die bei einem oder mehreren Unternehmen vorhandene Marktmacht untergraben. Mit Rücksicht hierauf – und auch auf praktische Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle – ist etwa das allgemeine Kartellrecht zurückhaltend, was die Kontrolle absoluter Entgelthöhen anbelangt,

vgl. Furse, „Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition,“ in: European Competition Journal Vol. 4, Nr. 1 (2008) 59, S. 60 und 76ff., Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, Berlin 2008, S. 182, jeweils m.w.N. In diesem Sinne auch BR-Drs. 755/03, S. 91 („Zum Abschnitt 3“).

Die vorstehend skizzierte Funktionsweise von Preisen und damit die Ratio einer zurückhaltenen Preisobergrenzenkontrolle sind dagegen auf einem von einem deutlichen Marktversagen gekennzeichneten Markt – wie dem verfahrensgegenständlichen analogen UKW-Übertragungsmarkt, vgl. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG i. V. m. der Festlegung der Präsidentenkammer – nicht anzutreffen. Aufgrund der bestehenden Markteintrittshürden kann der (freie) Preismechanismus seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden. Ein solcher Preismechanismus erlaubt am Ende lediglich der Betroffenen die Einvernahmung überhöhter

Entgelte und damit die Erschließung eines wettbewerbsverfälschenden Quersubventionierungspotenzials. Auf dem verfahrensgegenständlichen Markt erhobene Monopolrenten könnten auf anderen Märkten eingesetzt werden, ohne dass die eigenen Kosten auf den Märkten zurückverdient werden müssten. Die Betroffene würde sich mithin einen von Mitwettbewerbern nicht erreichbaren Vorteil verschaffen,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) EuG, Urteil Rs. T-219/99 vom 17.12.2003, Rz. 127 – British Airways, mit Verweis auf EuGH, Urteil verb. Rs. 6/73 und 7/73 vom 06.03.1974, Rz. 22 – Commercial Solvents, und Urteil Rs. 311/84 vom 03.10.1985, Rz. 26 – CBEM.

Wie auch die Landesmedienanstalten hervorgehoben haben, sind Gründe, die aus Rundfunkperspektive ein solches Quersubventionierungspotenzial z.B. zur Beförderung der Digitalisierung der Hörfunkübertragung zwingend gebieten würden, nicht ersichtlich. Die vorgenannten Umstände sprechen dafür, auf dem Endnutzermarkt ein solches Preisniveau anzustreben, wie es sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt einstellen würde, d.h. also ein KeL-Niveau (siehe dazu oben, Ziffer 3.1.3).

An der vorgenannten Einschätzung ändert sich auch nichts, wenn die künftige Zugangsregulierung im Vorleistungsbereich und die davon im Endnutzerbereich voraussichtlich angestoßenen marktstrukturellen Änderungen mit in die Betrachtung einbezogen werden.

So rechtfertigen zum einen Tatsachen die Annahme im Sinne des § 39 Abs. 1 S. 1 TKG, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 TKG führen werden. Denn auch wenn mit der nunmehr erstmals vorgenommenen Regulierung der Antennen(mit)benutzung die Marktzutrittschranken für den hiesigen Endnutzermarkt gesenkt werden, ist doch nicht damit zu rechnen, dass die daraufhin erfolgenden Markteintritte alsbald die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen werden,

vgl. oben, Ziffer 3.1.4.1

Zum anderen besteht aber auch nicht die Erwartung, dass auf dem Endnutzermarkt in absehbarer Zeit ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt im Sinne von § 39 Abs. 1 S. 2 TKG entsteht. Ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt ist gemäß § 3 Nr. 12 TKG ein Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er ohne sektorspezifische Regulierung besteht. Um das Tatbestandsmerkmal der „absehbaren Zeit“ nicht ins Leere laufen zu lassen, darf sich die Absehbarkeit nicht allein auf die vorliegende Regulierungsperiode beziehen. Denn für diese ist bereits im Rahmen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG festgestellt worden, dass hohe Marktzutrittschranken fortbestehen werden. Vielmehr muss es ausreichen, wenn die Entstehung des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes in nicht zu weitem zeitlichen Abstand zum Ablauf der vorliegenden Regulierungsperiode zu erwarten ist,

vgl. Beschluss BK 2c-13/005 vom 07.07.2014, S. 19 des amtlichen Umdrucks.

Im vorliegenden Fall zeichnet sich allerdings auch nicht ab, dass am Ende dieses erweiterten zeitlichen Horizonts ein solcher abgesicherter wettbewerblicher Markt entstanden sein wird. Die Beschlusskammer beabsichtigt zwar und rechnet auch damit, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung Wettbewerber zum Eintritt in den verfahrensgegenständlichen Markt bewegen und damit die Auswahlmöglichkeiten der Radioveranstalter erweitern wird. Sie sieht derzeit aber noch nicht, dass mit dieser Maßnahme die seit Jahrzehnten bestehende überragende Marktstellung der Betroffenen derart tiefgehend erschüttert wird, dass der Markt bereits im hier maßgeblichen Zeitraum aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden kann. Die Beschlusskammer würde aber, sofern es – wie hier angenommen – auch zu Beginn der nächsten Regulierungsperiode noch zu einer Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Betroffenen kommen sollte, bei einer abermaligen Prüfung der Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 S. 2 TKG die dann gewonnenen Erfahrungen mit der Vorleistungsregulierung auswerten und – mutmaßlich – zugunsten der Betroffenen berücksichtigen können.

Die im Endnutzerbereich vorherrschenden Marktbedingungen eröffnen aus heutiger Perspektive auch auf längere Sicht der Betroffenen ein Quersubventionierungspotenzial, ohne dass dieser Umstand von gegenläufigen positiven Effekten, die ansonsten mit KeL-überschreitenden Preisen verbunden sein können, überwogen würde. Der Gesichtspunkt der Gewährleistung chan-

cengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs streitet deshalb dafür, keine die KeL überschreitenden Endnutzerentgelte zuzulassen.

3.1.5.1.2 Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen

Entgelte für analoge UKW-Übertragungen, die nicht die KeL überschreiten, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 TKG genannten Interessen der Nachfrager, namentlich der Nutzer, besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle beschränkt werden.

Die Veranstalter von Radioprogrammen haben ein Interesse daran, dass die verlangten Übertragungsentgelte nicht die Kosten überschreiten, die bei einer wettbewerbsanalogen Leistungserbringung anfallen würden. Denn die Kosten der technischen Verbreitung sind Teil ihrer Gesamtkosten. Nicht nur bei öffentlich-rechtlichen und kommerziellen Inhalteanbietern, sondern auch bei kleineren Bürgerfunk-Veranstaltern, deren Tätigkeit auf ehrenamtlichem Engagement beruht, können die Verbreitungsentgelte einen erheblichen Posten des – u. U. aus Rundfunkbeiträgen finanzierten – Gesamtbudgets ausmachen. Die Interessen der Radioveranstalter wiegen umso schwerer, als bei der vorliegenden Entscheidung nach § 2 Abs. 6 S. 1 TKG die Belange des Rundfunks zu berücksichtigen sind. Dahinter steht letztlich die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG anerkannte grundlegende Bedeutung des Rundfunks für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung in unserem demokratischen Gemeinwesen. Diese Umstände sprechen dafür, dass die UKW-Übertragungsentgelte nicht die Kosten der effizienten Leistungserbringung übersteigen sollten.

3.1.5.1.3 Sonstige Regulierungsziele

Sonstige Regulierungsziele, namentlich diejenigen der Binnenmarktförderung und der Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation, werden durch die vorliegende Entscheidung allenfalls mittelbar berührt.

3.1.5.1.4 Ergebnis

Zweiter Zweck der Entgeltkontrolle auf dem verfahrensgegenständlichen Markt ist es somit zu gewährleisten, dass die Übertragungsentgelte die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten.

3.1.5.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Die Beschlusskammer kommt vorliegend zu dem Ergebnis, dass, soweit Entgeltforderungen der Betroffenen keine der in der Preisliste „Analoge Hörfunk-Sendeanlagen“ vom 01.04.2013 ausgewiesenen Preispositionen überschreiten oder um mehr als 25% unterschreiten, die Kontrolle von UKW-Übertragungsentgelten anhand einer nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend mit Kenntnispflichtungen (§ 39 Abs. 3 S. 1, 2 und 4 TKG) dem vorgestellten Zweck entspricht und gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten werden (Ziffer 3.1.5.2.1). Entgelte, bei denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, werden dagegen der KeL-Genehmigungspflicht unterworfen (Ziffer 3.1.5.2.2).

Die Auferlegung der vorgenannten Maßnahmen ist jeweils geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um zu gewährleisten, dass die Endnutzerentgelte die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten. Gleichzeitig ist eine angemessene Verfahrensausgestaltung für die Missbrauchs- und Preisobergrenzenkontrolle sichergestellt.

3.1.5.2.1 Keine Überschreitung oder deutliche Unterschreitung der hergebrachten Preise

Im Fall konstanter oder in überschaubarem Umfang sinkender Endnutzerpreise ergänzt die Beschlusskammer die in den vorhergehenden Regulierungsverfügungen BK 3b-06-016/R vom 17.04.2007 und BK 3b-10/086 vom 12.10.2010 vorgenommene nachträgliche Entgeltregulierung (lediglich) um zusätzliche Kenntnissgabeverpflichtungen.

3.1.5.2.1.1 Eignung

Soweit die Entgeltforderungen der Betroffenen keine der in der Preisliste „Analoge Hörfunk-Sendeanlagen“ vom 01.04.2013 ausgewiesenen Preispositionen überschreiten oder um mehr als 25% unterschreiten, ist die Auferlegung der tenorierten nachträglichen Entgeltregulierung mit Kenntnissgabeverpflichtung geeignet, die unter Ziffer 3.1.4.1 und 3.1.5.1 dargestellten Zwecke der Entgeltregulierung zu erreichen.

Eine nachträgliche Entgeltregulierung mit Kenntnissgabeverpflichtungen gilt auf der einen Seite nur für die Fallgestaltungen, in denen die bisher von der Betroffenen verlangten Entgelte nicht überschritten werden. Hiermit ist sichergestellt, dass spürbare Überschreitungen der KeL einem anderen Kontrollregime als einer alleinigen Missbrauchsaufsicht unterliegen können. Die Beschlusskammer geht dabei davon aus, dass die seit dem 01.04.2013 geltende Preisliste der Betroffenen für den vorliegend zu betrachtenden Zeitraum von ca. drei Jahren (vgl. § 14 Abs. 2 TKG) *grosso modo* – trotz variierender Kostendeckungsgraden in den verschiedenen Tarifstufen – noch die KeL-Obergrenze widerspiegelt. Diese Einschätzung beruht auf der Untersuchung der Kostendeckungsgrade der Endnutzerentgelte anhand von Tagesneuwerten, welche die Bundesnetzagentur im Jahr 2013 hinsichtlich der Vorgängerpreisliste vom 01.04.2012 vorgenommen hat. Wegen der Einzelheiten wird auf den entsprechenden – zum vorliegenden Verfahren beigezogenen – Prüfvermerk 113c-3632-7 vom 10.07.2013 verwiesen (Blatt 0050-0063 der Verfahrensakte).

Die Beschlusskammer hat allerdings davon abgesehen, von der Betroffenen eventuell erwogene künftige Preissteigerungen zur Weitergabe von Miet- und Stromkostensteigerungen als im Regelfall kostengerecht zu antizipieren und diese folglich ebenfalls (allein) der vorliegend begründeten Missbrauchskontrolle zu unterwerfen. Diese Entscheidung berücksichtigt einmal die insgesamt eher disinflationäre Entwicklung der Verbraucherpreise bzw. die seitwärts gerichtete Entwicklung der Erzeugerpreise im Telekommunikationssektor seit April 2013,

https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/Verbraucherpreisindizes/Tabellen_/Telekommunikationspreise.html (Verbraucherpreise),
und https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/ErzeugerpreisindizesDienstleistungen/Tabellen_/TelekommunikationPostKurier.html (Erzeugerpreise),

und die damit einhergehende Möglichkeit, dass künftige Kostensteigerungen bei Miete und Strom durch anderweitige Kosteneinsparungen zumindest kompensiert werden könnten. Darüber hinaus nimmt die Beschlusskammer darauf Rücksicht, dass die in der o.g. Prüfung festgestellten Kostendeckungsgrade der Betroffenen in mehreren Tarifstufen noch gewisse Spielräume für preisneutrale (Netto-)Kostensteigerungen belassen.

Auf der anderen Seite findet eine nachträgliche Entgeltregulierung dann keine Anwendung mehr, wenn die bisherigen Preise um mehr als 25% unterschritten werden. Zwar kann – wiederum aufgrund der variierenden Kostendeckungsgraden – nicht unmittelbar von der Einhaltung oder Nichteinhaltung dieses Schwellenwerts auf das Fehlen oder Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens etwa in Form eines Dumping-Angebots (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG) geschlossen werden. Gleichwohl sieht die Beschlusskammer den Schwellenwert von 25% als geeignet an, den Übergang zwischen den verschiedenen verfahrensrechtlichen „Einbettungen“ der Prüfung des § 28 TKG zu markieren. Mit Überschreitung dieser Schwelle liegt die Dringlichkeit insbesondere einer Prüfung, ob der Abschlag auf die bisherigen Preise mehr als die leistungsmengenneutralen Gemeinkosten eines KeL-Preises aufzehrt, so nahe, dass hier die Anwendbarkeit eines schärferen Kontrollsystems als desjenigen der nachträglichen Regulierung ermöglicht werden sollte,

zur Zulässigkeit typisierter Grenzwerte aus Gründen der Bestimmtheit siehe auch VG Köln, Urteil 21 K 2048/07 vom 21.01.2009, S. 43 des Urteilsumdrucks.

Die mit Blick auf die o.g. Zwecke einer Entgeltregulierung besonders problematischen Fälle sind derart in dem unter Ziffer 3.1.5.2.2 begründeten Kontrollsystem zu prüfen. Für den verbleibenden „Korridor“ von Preismaßnahmen erachtet die Beschlusskammer dagegen die hier auferlegte nachträgliche Regulierung mit Kenntnissgabeverpflichtungen als geeignet zur Erreichung der o.g. Zwecke. In diesem Rahmen kann etwaigen Verstößen gegen das – hier dann noch allein einschlägige – Missbrauchsverbot wirksam begegnet werden. Die Beschlusskammer sähe es in diesem Zusammenhang als hilfreich an, wenn bei der Kenntnissgabe auch eine Leistungsbeschreibung für die jeweils betroffenen Entgelte vorgelegt würde.

3.1.5.2.1.2 Erforderlichkeit

Dass eine Missbrauchsaufsicht gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend überhaupt erforderlich ist, ist bereits unter Ziffer 3.1.4.2 gezeigt worden. Darüber hinaus sind aber auch die tenorierten Kenntnissgabeverpflichtungen nach § 39 Abs. 3 S. 2 und 4 TKG erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein mildereres, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle dieser Verpflichtung treten könnte.

So versetzen die Kenntnissgabeverpflichtungen die Beschlusskammer in die Lage, missbräuchlichen Entgelten im Sinne des § 28 TKG rechtzeitig, also vor deren Wirksamwerden oder jedenfalls unmittelbar nach deren Vereinbarung, entgegenzutreten und so Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern verhindern zu können. Darüber hinaus ermöglicht erst die Kenntnissgabe der Beschlusskammer die Beurteilung, ob und inwieweit bestimmte Entgelte, die aus Sicht der Betroffenen der hier verfügbaren nachträglichen Regulierung unterfallen, von ihr tatsächlich dem richtigen Kontrollsystem zugeordnet worden sind. Zudem hat sich in Kontrast zu den vorhergehenden Regulierungsverfügungen das regulatorische Umfeld gewandelt. Angestrebt wird nunmehr die aktive Etablierung von Wettbewerbsstrukturen auf dem vorliegenden Markt. In dieser Marktöffnungsphase könnte sich indes die Betroffene u.a. gedrängt sehen, auch innerhalb des hier maßgeblichen Preiskorridors Inhalteanbieter etwa über Laufzeit- und Mengenrabatte an sich zu binden und/oder ungleich zu behandeln. Ferner muss die Beschlusskammer die Möglichkeit haben, dem Entstehen von Preis-Kosten-Scheren entgegenzutreten zu können. Letzteres gilt namentlich für den – sorgfältig zu prüfenden – Fall, dass die Betroffene nachträglich von den Entgelten abweichen wollte, die der Genehmigung der laufenden Vorleistungsentgelte anhand des Retail-Minus-Ansatzes nach Ziffer 2.6 des Tenors als maßgebliche Endnutzerpreise zugrunde gelegt worden sind. Da auch nicht ersichtlich ist, dass die Beschlusskammer von den beschriebenen Entgeltgestaltungen anderweitig, also namentlich durch Wettbewerber oder die Presse, mit dem notwendigen zeitlichen Vorlauf Kenntnis erlangen würde, ist die Auferlegung von Kenntnissgabeverpflichtung erforderlich, um eine effektive Wahrnehmung der Missbrauchsaufsicht durch die Beschlusskammer zu gewährleisten.

3.1.5.2.1.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Auferlegung der nachträglichen Regulierung mit Kenntnissgabeverpflichtungen ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen dieser Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen. Dies gilt insbesondere für die Kenntnissgabeverpflichtungen (zur nachträglichen Regulierung als solcher siehe dagegen bereits die Ausführungen unter Ziffer 3.1.4.2). Die mit dem zweimonatigen Moratorium (§ 39 Abs. 3 S. 2 TKG) und den Übersendungsverpflichtungen einhergehenden geschäftlichen und administrativen Belastungen der Betroffenen stehen angesichts ihrer Stellung als Betreiberin mit beträchtlicher Marktmacht in einem angemessenen Verhältnis zu dem hier verfolgten Zweck, den Endnutzermarkt für analoge UKW-Übertragungen erstmals für den Wettbewerb zu öffnen. Zudem belassen diese Maßnahmen der Betroffenen noch immer größere Spielräume, um etwa bei Ausschreibungen von Übertragungsleistungen durch Inhalteanbieter ihre eigenen Angebote ohne sofortige Sichtbarkeit für die Wettbewerber zu platzieren, als dies im Rahmen einer ansonsten denkbaren Genehmigungspflicht aufgrund der

Vorschrift des § 39 Abs. 1 S. 3 TKG i. V. m. § 35 Abs. 7 TKG entsprechend der Fall wäre. Sollte die Betroffene insbesondere in Ausschreibungssituationen von ihrer vorher zur Kenntnis gegebenen bzw. im Rahmen der Vorleistungsentgeltregulierung vorgelegten und berücksichtigten Preisliste abweichen wollen, kann sie dem Moratoriumsgebot nach Ziffer § 39 Abs. 3 S. 2 TKG durch einen entsprechenden Vorbehalt bei der Angebotsabgabe Rechnung tragen.

3.1.5.2.2 Überschreitung oder deutliche Unterschreitung der hergebrachten Preise

Im Fall steigender oder deutlich, d.h. um mehr als 25% gegenüber der hergebrachten Preisliste sinkender Preise ändert die Beschlusskammer die bisherige Regulierung der Endnutzerentgelte dahingehend, dass diese der Genehmigungspflicht unterworfen werden. Hierbei gilt auch der Fall, dass die Betroffene Entgelte für Leistungen fordern sollte, die bislang nicht von der Preisliste „Analoge Hörfunk-Sendeanlagen“ vom 01.04.2013 erfasst worden waren, als ein Überschreiten der in dieser Liste ausgewiesenen Preispositionen; derartige Entgelte unterfallen deshalb ebenfalls der Genehmigungspflicht.

3.1.5.2.2.1 Eignung

Die im dargestellten Rahmen auferlegte Entgeltgenehmigungspflicht ist geeignet, die unter Ziffern 3.1.4.1 und 3.1.5.1 genannten Zwecke zu erreichen. Im Rahmen einer solchen Genehmigungspflicht werden sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch drohende Überschreitungen der KeL wirksam abgestellt.

3.1.5.2.2.2 Erforderlichkeit

Die Genehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 bis 3 TKG i. V. m. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG entsprechend ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Der Beschlusskammer ist kein milderes, aber gleich wirksames Kontrollregime im hier maßgeblichen Fall einer Überschreitung oder deutlichen Unterschreitung der hergebrachten Preisliste ersichtlich.

Insbesondere weniger wirksam als die Entgeltgenehmigungspflicht wäre die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 39 Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend. Zwar wäre eine solche Missbrauchskontrolle in der Lage, in einem gewissen Rahmen – siehe die Ausführungen unter Ziffer 3.1.5.2.1.1 – die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen – bei Auferlegung einer Kenntnispflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG selbst vor Inkrafttreten neuer Tarife – sicherzustellen. Sie reichte aber auf der einen Seite aufgrund ihres milderen Prüfungsmaßstabes nicht aus, um Überschreitungen der KeL zu begegnen, und könnte auf der anderen Seite nicht mit der erforderlichen Rechtssicherheit etwaige Dumping-Angebote der Betroffenen unterbinden.

Die Beschlusskammer hält das gleichzeitige Verlangen der Betroffenen von KeL-überschreitenden Entgelten für bestimmte Übertragungsleistungen einerseits und von Dumping-Entgelten für andere Übertragungsleistungen andererseits für durchaus wahrscheinlich. So hat die Betroffene angekündigt, die bisherigen Preislisten in wesentlichen Teilen in absehbarer Zeit überarbeiten zu wollen. Gerade in der gegenwärtigen Phase der erstmaligen Öffnung des analogen UKW-Übertragungsmarktes für Wettbewerber erscheint es notwendig, dass diese neuen Preislisten und insbesondere etwaig damit verbundene strategischen Preissetzungen, mit denen auf (vermutete) künftige Unterschiede in der Wettbewerbsintensität bei einzelnen Übertragungsclustern oder –standorten Rücksicht genommen werden könnte, regulatorisch genauer überprüft werden.

Bei Entgelten für Übertragungsleistungen, bezüglich derer die Betroffene nach eigener sachlicher oder regionaler Analyse keinen Wettbewerb antizipiert – so hat sie etwa im Konsultationsverfahren vorgetragen, kleinere Inhaltenanbieter dürften von den Wettbewerbern keine wirtschaftlich tragfähigen Angebote erhalten (siehe dazu auch Ziffer 3.2.1.2.2) –, dürften Entgelterhöhungen zu erwarten sein. Dies folgt aus den allgemeinen Anreizen, die die von fehlenden Ausweich- und Einwirkungsmöglichkeiten der Nachfrager gekennzeichneten Marktstrukturen für die Be-

troffene mit sich bringen. Nachfrager können sich gegen KeL-überschreitende Preise nicht aus eigener Kraft wehren. Es entspräche daher allgemeiner Theorie und Praxis, wenn die Preise zur Gewinnmaximierung über das genannte Niveau gehoben würden,

vgl. zur Preissetzung im (natürlichen) Monopol Wied-Nebbeling, Grundlagen der Mikroökonomik, 2. Aufl. 2001, S. 214ff., insbes. S. 235f.; Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 236ff.; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 2005, S. 194ff.

Darüber hinaus eröffnet eine Entgeltgenehmigungspflicht anhand einer KeL-Obergrenze der Bundesnetzagentur auch die Möglichkeit, die Kostenvorteile einer parallelen Nutzung von Netzelementen durch die Betroffene und durch Antennenmitbenutzer bei der Bemessung auch der Endnutzerpreise mit zu berücksichtigen. Eine derart kostenbasierte Vorgehensweise ist bei einer Missbrauchsaufsicht im Regelfall (vgl. § 38 Abs. 2 S. 3 TKG) nicht möglich.

Übertragungsleistungen, hinsichtlich derer die Betroffene mit Wettbewerb rechnet, könnten dagegen Gegenstand von Dumping-Angeboten werden. Die Beschlusskammer sieht bei Entgeltforderungen, mit denen die bisherigen Preise um mehr als 25% unterschritten werden, die Gefahr eines Dumping-Angebots als so groß an, dass eine Genehmigungspflicht erforderlich wird. Das Genehmigungsverfahren erlaubt zum einen eine Kostenprüfung, die im Fall einer nachträglichen Regulierung nur im Ausnahmefall möglich ist (siehe bereits oben). Zum anderen bindet sie die Betroffene für einen (befristeten) Zeitraum an die Genehmigungsentscheidung. Kurzfristige und/oder wiederholte Senkungen der Preise um mehr als 25%, die jeweils nur in einem Missbrauchsverfahren und ggf., sofern die Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 S. 4 TKG vorliegen, sogar erst nach Abschluss eines Vertrages der Betroffenen mit einem Inhaltenanbieter geprüft werden und so ihrerseits zu einer erheblichen Verunsicherung der Wettbewerber führen können, werden so ausgeschlossen. Die Entgeltgenehmigungspflicht stellt sich damit als zur Zweckerreichung erforderliche Maßnahme dar.

3.1.5.2.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Auferlegung der Genehmigungspflicht ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

In diesem Zusammenhang ist zwar durchaus zuzugestehen, dass nicht jedwede vorhersehbare Überschreitung der KeL-Obergrenze die Genehmigungspflichtigkeit von Entgelten auslösen kann. Eine auf eine KeL-Obergrenze zielende Entgeltregulierung stellt einen massiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar. Ein derartiger Eingriff darf deshalb nur vorgenommen werden, wenn es sich im Lichte der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 und 3 TKG nicht um einen Bagatellfall handelt.

Ob ein solcher Bagatellfall vorliegt, ist anhand des betroffenen absoluten Entgeltvolumens, der marktstrukturellen Bedeutung des Preises und der möglich erscheinenden Spanne zwischen den bei alleiniger Missbrauchs- und bei zusätzlicher KeL-Regulierung geltenden Preisen zu beurteilen. Je niedriger das Entgeltvolumen, die Bedeutung des Preises für die Entwicklung dieses und anderer Märkte sowie das Änderungspotenzial einer KeL-Regulierung sind, desto geringer sind die zu erwartenden positiven Auswirkungen einer KeL-Regulierung und desto eher können in Abwägung mit der Eingriffstiefe einer solchen Regulierung gewisse künftige Überschreitungen der KeL hingenommen werden. Sollte nach dieser Maßgabe eine KeL-Regulierung unverhältnismäßig sein, müsste notgedrungen auf ein schwächeres Kontrollregime zurückgegriffen werden.

Im vorliegenden Fall handelt es sich allerdings um einen Markt, der nicht nur als medienrelevanter Markt von Bedeutung für den Prozess freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung ist, sondern auf dem auch jährlich zweistellige Millionenbeträge umgesetzt werden. Zudem soll der Markt überhaupt erst für den Wettbewerb geöffnet werden. Die Betroffene plant mit Blick hierauf eine tiefgreifende Umstrukturierung ihrer Preisliste. Den neuen Preisen wird eine marktprägende Bedeutung zukommen, weil sie wesentlichen Einfluss sowohl auf die Wettbewerbsmöglichkeiten dritter Unternehmen als auch auf die Endnutzerinteressen nehmen werden. Wel-

ches Änderungspotenzial dagegen die KeL-Regulierung aufweist, wird sich erst nach Vorlage der neuen Preisliste und abhängig von den noch zu treffenden Entscheidungen etwa hinsichtlich der anzuwendenden Kalkulationsbasis zeigen. Die Toleranzgrenze für „unwesentliche“ Überschreitungen der Kosten der effizienten Leistungserbringung, die als Bagatellfall noch keine KeL-Regulierung rechtfertigen würden, ist vor diesem Gesamthintergrund jedenfalls sehr niedrig anzusetzen. Der Beschlusskammer ist nicht ersichtlich, dass eine derart definierte Toleranzgrenze im vorliegenden Fall bei einer bloßen Missbrauchsaufsicht noch eingehalten werden würde.

3.1.5.2.3 Ergebnis

Die tenorierte Regulierung der Endnutzerentgelte gemäß § 39 Abs. 3 S. 1, 2 und 4 TKG bzw. gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG entsprechend ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um die dargestellten Zwecke zu erreichen.

3.2 Verpflichtungen zur Antennen(mit)benutzung

In Hinblick auf die von der Präsidentenkammer (erstmalig) festgestellte beträchtliche Marktmacht der Betroffenen auf dem nationalen Markt für die UKW-Antennen(mit)benutzung werden der Betroffenen verschiedene Verpflichtungen zur Ermöglichung einer Antennen(mit)benutzung auferlegt.

Namentlich handelt es sich hierbei um eine Zugangs- und Kollokationsverpflichtung (Ziffer 3.2.1 und 3.2.2), ein Diskriminierungsverbot (Ziffer 3.2.3), eine Vorlageverpflichtung für Zugangsverträge (Ziffer 3.2.4), eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots (Ziffer 3.2.5) und Maßnahmen der Entgeltregulierung (Ziffer 3.2.6).

Entgegen der Anregung der Landesmedienanstalten nimmt die Beschlusskammer allerdings keine Zugangsregulierung auf den Märkten für Senderstandorte oder für digitale Hörfunkübertragungen vor. Für diese Märkte liegt keine Feststellung beträchtlicher Marktmacht im Sinne von § 11 TKG vor,

siehe näher zum Markt für Senderstandorte die Ausführungen unter Ziffer 9.1.1.10 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag.

3.2.1 Zugangsverpflichtung, § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG

Die Betroffene wird verpflichtet, anderen Unternehmen den Zugang zu ihren analogen UKW-Antennenanlagen dadurch zu gewähren, dass sie diesen Unternehmen die Einspeisung von Hörfunksignalen in eine dem Antennenanschluss vorgelagerte Weiche (Antennenmitbenutzung) oder, wenn eine solche nicht vorhanden ist, in ein zum Antennenanschluss führendes Kabel (Antennenbenutzung) ermöglicht.

Die Rechtsgrundlage für diese Verpflichtung findet sich in § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG. Nach dieser Norm soll die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die – wie die Betroffene – über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Zugang zu nicht aktiven Netzkomponenten gewähren. Bei der UKW-Antennenanlage handelt es sich um eine derartige nicht aktive Netzkomponente. Denn die Anlage besteht aus der – auf einem Antennenträger angebrachten – Antenne einschließlich Halterung, Verteiler und Kabel sowie – falls vorhanden – einer Weiche und einem Antennenumschaltfeld,

vgl. auch Ziffer 8.1.2 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag.

Sinn und Zweck der Bestimmungen des § 21 TKG ist es, anderen Unternehmen im Wege des Zugangs eine Mitnutzung der aufgebauten Infrastruktur eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen, um auf diese Weise die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Dabei hat der TKG-Gesetzgeber die in Absatz 3 der Vorschrift aufgeführten Zugangsformen als so essentiell betrachtet, dass ihre Auferlegung in der Regel geeignet, erforderlich und ange-

messen ist, um den Zweck der Vorschrift zu erreichen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift durch die Bezugnahme auf § 21 Abs. 1 TKG geregelt, dass die in jenem Absatz genannten Vorgaben auch bei der Auferlegung von „Soll-Zugängen“ nicht außer Acht bleiben dürfen. Erforderlich ist damit auch im Rahmen des § 21 Abs. 3 TKG eine vollständige Ermessenausübung nach § 21 Abs. 1 TKG,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 15.

Dieses Ermessen hat die Beschlusskammer pflichtgemäß ausgeübt. Nach Befassung mit der Frage, welchen Unternehmen ein Zugangsrecht nach § 21 TKG zustehen kann (Ziffer 3.2.1.1), hat sie die Eignung (Ziffer 3.2.1.2), Erforderlichkeit (Ziffer 3.2.1.3) und Angemessenheit (Ziffer 3.2.1.4) der tenorierten Zugangsverpflichtung zur Erreichung der Regulierungsziele untersucht und – im Ergebnis – bejaht. Eine darüber hinaus gehende Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zur Signalzuleitung und -aufbereitung wird der Betroffenen hingegen nicht auferlegt (Ziffer 3.2.1.5).

3.2.1.1 Zugangsberechtigte Unternehmen

Die Zugangsgewährungspflicht nach § 21 TKG begünstigt Unternehmen, die die jeweilige Vorleistung nachfragen, um ihrerseits auf einem nachgelagerten Markt eine eigene Leistung anbieten zu können. Im vorliegenden Fall begünstigt sind also namentlich Unternehmen, die – als Frequenzzuteilungsnehmer oder als technische Dienstleister für einen Zuteilungsnehmer – die Nutzung der UKW-Antennenanlage begehren, um anschließend Radioveranstalter mit UKW-Übertragungsleistungen versorgen zu können. Ob darüber hinaus auch Radioveranstalter selbst zugangsberechtigt sind, erscheint dagegen zweifelhaft. Eine endgültige Klärung ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht notwendig. Letztlich ergibt sich der Kreis der Zugangsberechtigten aus der zutreffenden Auslegung des Gesetzes, nicht aus einer Ermessensentscheidung der Beschlusskammer. Festzuhalten ist lediglich, dass die vorliegende Auferlegung einer Zugangsverpflichtung unabhängig davon zweck- und rechtmäßig ist, ob der Kreis der Zugangsberechtigten auch die Radioveranstalter selbst mitumfasst.

Der Umstand, dass eine beabsichtigte Eigenrealisierung von UKW-Übertragungsleistungen durch Radioveranstalter im vorliegenden Zusammenhang nicht geschützt sein dürfte, folgt aus allgemeinen regulierungsrechtlichen Grundsätzen. Unter einem „Zugang“ ist gemäß § 3 Nr. 32 S. 1 TKG die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen *zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen*, auch bei deren Verwendung zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft oder Rundfunkinhalten, zu verstehen (Hervorhebung nicht im Original). Die Leistungsbereitstellung soll also das nachfragende Unternehmen in die Lage versetzen, Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen. Telekommunikationsdienste wiederum sind gemäß § 3 Nr. 24 TKG in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die *ganz oder überwiegend* in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdiensten in Rundfunknetzen (Hervorhebung nicht im Original). Ein Radioveranstalter verlangt allerdings regelmäßig keine Entgelte von seinen Hörern. Vor allen Dingen dürfte er jedoch gegenüber den Hörern auch nicht ganz oder überwiegend Übertragungsdienste erbringen. Der hier maßgebliche Schwerpunkt seiner Tätigkeit und seiner Leistung liegt wohl vielmehr im Inhaltebereich. Der parallel erbrachten Übertragungsleistung dürfte insoweit nur eine untergeordnete – dienende – Funktion zukommen. Dies allerdings dürfte nicht ausreichen, um den vom Radioveranstalter erbrachten Dienst insgesamt als Telekommunikationsdienst qualifizieren zu können. Damit jedoch dürfte es einem Radioveranstalter auch an der Absicht fehlen, die Antennen(mit)benutzung zum Zwecke der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistung in Anspruch nehmen zu wollen.

Gestützt wird dieses Verständnis des Zugangsbegriffs von den zugrunde liegenden Richtlinien-texten. Gemäß Art. 2 UAbs. 2 lit. a) S. 1 der Zugangs-RL ist der Zugang die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zur Erbringung von elektronischen Kommunikationsdiensten, auch bei deren Verwendung zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft oder Rundfunkinhalten. Unter „elektronischen Kommunikationsdiensten“ sind ge-

mäß Art. 2 UAbs. 1 Zugangs-RL i. V. m. Art. 2 lit. c) 1. Hs. Rahmen-RL, gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste zu verstehen, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, *jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und –dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben* (Hervorhebung nicht im Original).

Die im Richtlinientext explizit auf Inhalteanbieter bezogene Ausnahme bekräftigt das hier vertretene Verständnis, dass die beabsichtigte Verwendung der Antennen(mit)benutzung zur Eigenrealisierung von Radiosendungen wohl nicht ausreichen dürfte, um eine Zugangsberechtigung zu begründen,

siehe auch Säcker, in: Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Auflage 2013, § 3 Rz. 97 m. w. N., und Müller-Terpitz, K&R 2012, 476, S. 481f.

Durchgreifende Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht ergeben sich namentlich auch nicht aus den novellierten Regelungen zum Frequenzregime. Zwar ist danach nicht ausgeschlossen, dass der Inhalteanbieter zugleich Sendernetzbetreiber und Frequenzzuteilungsnehmer im Sinne von § 57 Abs. 1 S. 8 TKG sein kann. Den Umstand, dass ein Unternehmen mehrere Funktionen wahrnehmen und damit auch unterschiedliche Dienste erbringen kann, berücksichtigt der Zugangsbegriff allerdings durchaus. Der entscheidende Punkt ist dabei nur, dass gemäß § 3 Nr. 24 TKG die erbrachten Dienste im Schwerpunkt im Übertragungs- und nicht im Inhaltebereich angesiedelt sein müssen.

Im Übrigen ist es der Betroffenen nicht verwehrt, Programmveranstaltern eine Antennen(mit)benutzung auf freiwilliger Basis anzubieten. Soweit eine solche Benutzung gewährt wird, wäre im Einzelfall zu prüfen, ob sich hieraus namentlich anhand der §§ 19, 23, 25, 28 und/oder 42 TKG rechtliche Vorgaben für die Gestaltung von (regulierten) Zugangsangeboten ergeben könnten.

3.2.1.2 Eignung einer Zugangsverpflichtung betreffend die UKW-Antennen(mit)benutzung zur Erreichung der Regulierungsziele

Die auferlegte Zugangsverpflichtung ist geeignet, die verschiedenen Regulierungsziele zu erreichen. Das im vorliegenden Zusammenhang relevante Zielbündel besteht aus drei Grundzielen – nämlich denjenigen der Wettbewerbsförderung, des Nutzer- und Verbraucherschutzes und der Binnenmarktförderung –, die teilweise verschiedene weitere Nuancierungen aufweisen.

3.2.1.2.1 Förderung des Wettbewerbs

Im Anschluss an die frequenzseitige Öffnung des Marktes ist die Zugangsverpflichtung geeignet, den Wettbewerb im Bereich der analogen UKW-Übertragungsleistungen durch eine komplementäre Öffnung auch der Infrastrukturseite zu fördern.

Im Rahmen der Wettbewerbsförderung ist insbesondere der Wettbewerb auf dem Endnutzermarkt von Interesse (§ 21 Abs. 1 S. 1 a. E. TKG). Gefördert werden sollen nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation und die damit verbundenen Infrastrukturinvestitionen und Innovationen (§ 21 Abs. 1 S. 1 a. E.; § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4; § 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 4 TKG). Der Wettbewerb soll zudem chancengleich sein (§ 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 und Abs. 3 Nr. 2 TKG). Bei der Wettbewerbsförderung sind sowohl die Belange in der Fläche (§ 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 a. E. TKG) als auch die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerb, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 1 TKG), gebührend zu berücksichtigen.

Die Eignung der Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG, den Wettbewerb im vorgenannten Sinne zu fördern, beruht auf dem Umstand, dass damit anderen Unternehmen die Möglichkeit geboten wird, unter Nutzung von Einrichtungen und in Konkurrenz zu der Betroffenen auf dem Endnutzermarkt tätig zu werden. Dabei ermöglicht die vorgesehene Zugangsverpflichtung

den Wettbewerbern nicht nur die Unterbreitung ausdifferenzierter Leistungspakete. Sie vermeidet zudem auch eine Benachteiligung der Wettbewerber hinsichtlich der Möglichkeiten, einerseits die hergebrachte Frequenz weiterrnutzen und andererseits die hergebrachten UKW-Versorgungsgebiete ausleuchten und abdecken zu können. Aufgrund medienrechtlicher Vorgaben und der Anforderungen der Werbewirtschaft verlangen Radioveranstalter von ihrem Übertragungsdienstleistern, dass bestimmte Gebiete mit ihren Programmen versorgt werden müssen. Zudem können Radioveranstalter u. U. auch Wert darauf legen, dass bestimmte Frequenzen weitergenutzt werden. Dies betrifft insbesondere Radioveranstalter, die die Frequenz im Namen führen („89,0 RTL“ etc.). Unter Nutzung der hergebrachten Antennenstandorte kann die Betroffene den vorstehenden Anforderungen nachkommen. Derart wird insbesondere dem Ziel eines chancengleichen Wettbewerbs Rechnung getragen.

Darüber hinaus kommt dem Ziel, Infrastrukturinvestitionen zu fördern, im vorliegenden Zusammenhang nicht unerhebliche Bedeutung zu. Die Förderung bezieht sich allerdings weniger auf den Aufbau einer zweiten analogen Antenneninfrastruktur als vielmehr darauf, einerseits eine Neuinstallation von Sendern zu unterstützen und andererseits – in längerfristiger Perspektive – die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass auch im Bereich der digitalen Hörfunkübertragung wettbewerbliche Strukturen entstehen können.

Eine Verdoppelung der analogen UKW-Antenneninfrastruktur erscheint der Beschlusskammer nur bedingt sinnvoll. Es dürfte sachgerechter sein, wenn die existierende Antenneninfrastruktur weiter – wozu sich die vorliegend auferlegte Zugangsgewährungspflicht ebenfalls eignet – die Basis für die UKW-Versorgung darstellen würde.

Hierfür spricht, dass die doch überschaubare und aufgrund der Frequenzrestriktionen im UKW-Bereich im Wesentlichen auch statische Gesamtnachfrage nach Übertragungsleistungen pro Versorgungsgebiet problemlos mit der bestehenden Antenneninfrastruktur bedient werden kann. Den mit einer Verdoppelung der UKW-Antenneninfrastruktur verbundenen volkswirtschaftlichen Kosten würde jedenfalls keine höhere Nachfrage nach Übertragungsleistungen gegenüberstehen. Sonstige dynamische Wettbewerbseffekte, die statische Ineffizienzen kompensieren könnten, sind ebenfalls nicht zu erwarten. Die UKW-Antenneninfrastruktur weist als passive Infrastruktur eine nur geringe Innovationsdynamik auf.

Zudem ist mit der DAB+ (Digital Audio Broadcasting+) –Übertragungsinfrastruktur bereits eine digitale Parallelinfrastruktur installiert worden, die längerfristig die analoge UKW-Infrastruktur ablösen wird. Der Ausbaustand der DAB+ -Infrastruktur und deren Nutzung sind allerdings zum jetzigen Zeitpunkt – trotz positiver Entwicklungstendenzen – noch zu gering, als dass ein konkretes Abschaltdatum für die analoge terrestrische Hörfunkübertragung absehbar wäre,

siehe hierzu auch die medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2014, S. 46ff.

Des Weiteren sind UKW-Antennen für die Übertragung analoger Hörfunksignale im hierfür vorgegebenen UKW-Frequenzbereich (VHF-Band II) optimiert und können deshalb nicht für DAB+-Übertragungen, die in einem höheren Frequenzband (VHF-Band III und – jedenfalls derzeit noch – L-Band) erfolgen, weiterverwendet werden. Ferner ist nicht auszuschließen, dass die Belegung von Antennenträgern mit weiteren – neuen – analogen UKW-Antennenanlagen dazu führen könnte, dass das Angebot geeigneter Antennenplätze für einen weiterreichenden und flächendeckenden Ausbau von digitalen Übertragungsinfrastrukturen unnötig verknappt werden würde. Allerdings verkennt die Beschlusskammer in diesem Zusammenhang auch nicht, dass der Vollausbau der digitalen Übertragung weniger Antennenplätze als im analogen Bereich benötigt.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen sind schließlich auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Liberalisierung des Frequenzregimes die Erwartung verbunden haben sollte, dass die neu in den Markt eintretenden Sendernetzbetreiber ausschließlich auf Basis eigenerstellter Infrastruktur tätig werden würden. Eine solche Erwartung würde dem ansonsten im Telekommunikationsbereich geltenden Grundsatz, dass der Wettbewerber im Rahmen der Investitionsleiter selbst über den Grad des Ausbaus eigenerstellter Infrastrukturen entscheiden können muss, deutlich widersprechen.

Erscheint damit eine regulatorisch forcierte Duplizierung passiver und technisch über Jahrzehnte nutzbarer UKW-Antennenelemente als wenig erstrebenswert, soll damit gleichwohl nicht der – etwa von Broadcast Partners im Konsultationsverfahren betonte – Spielraum der Zugangsnachfrager bezüglich einer make-or-buy-Entscheidung betreffend Antennenanlagen regulatorisch von vornherein auf die buy-Option begrenzt werden. Auch das von verschiedenen interessierten Parteien vorgetragene – wenn auch aus rechtlichen Gründen von der Bundesnetzagentur nicht mitgetragene – Verlangen nach einer Regulierung des mutmaßlich marktführenden Senderstandortbetreibers, der Deutschen Funkturm GmbH, zeigt, dass ein Interesse auf Nachfragerseite daran besteht, die Option einer Eigenrealisierung von Antenneninfrastruktur in das Entscheidungskalkül mit einbeziehen zu können. Die Beschlusskammer wird deshalb etwa bei der im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren zu treffenden Abwägungsentscheidung zur Kalkulationsbasis auch berücksichtigen, dass die genehmigten Entgelte einer von den Nachfragern im Einzelfall erwogenen Duplizierung von Antennen nach Möglichkeit nicht im Wege stehen sollten.

Eine Duplizierung aktiver Komponenten wie namentlich der Sender, die technisch grundsätzlich kürzere Nutzungsdauern aufweisen, trägt dagegen aus Sicht der Beschlusskammer stärker zur Belebung des Wettbewerbs auf dem Endnutzermarkt bei und sollte deshalb auch regulatorisch – eben durch die hier tenorierte Zugangsverpflichtung – gefördert werden. Sowohl beim Energieverbrauch als auch hinsichtlich ihrer technischen Merkmale und Möglichkeiten sind neue Sender althergebrachten Sendern, die teilweise noch mit Röhrentechnik ausgestattet sein können, überlegen. Mit der hiesigen Zugangsverpflichtung wird es Wettbewerbern derart ermöglicht, im Endnutzerbereich Angebote auf einer modernen Technikbasis zu erstellen.

Darüber hinaus ist es aber auch mit Blick auf die allgemeine Entwicklung der digitalen terrestrischen Rundfunkinfrastrukturen von Vorteil, wenn sich – aufgrund der vorliegend auferlegten Zugangsverpflichtung – weitere Unternehmen im terrestrischen Übertragungsbereich etablieren können. Der Abschluss von Nutzungsvereinbarungen insbesondere mit der Deutschen Funkturm GmbH hinsichtlich Technikraum und ggf. Antennenträger, aber auch der Aufbau und/oder die Mitnutzung von Zuführungswegen erleichtern es den vorliegend begünstigten Unternehmen, perspektivisch auch Angebote auf den digitalen terrestrischen Rundfunkübertragungsmärkten entwickeln und unterbreiten zu können. Dies würde wiederum die dortigen Wettbewerbsverhältnisse beleben können.

Den vorgenannten Erwägungen kann schließlich auch nicht entgegengehalten werden, die Betroffene erbringe de facto Universaldienste und dürfe deshalb nicht einem dazu widersprüchlichen Wettbewerb ausgesetzt werden. Mit der Liberalisierung des Frequenzregimes hat der Gesetzgeber die Entscheidung zugunsten von Wettbewerb im Endnutzermarkt getroffen. Die daraus resultierenden Auswirkungen auf die wettbewerbliche Stellung der Betroffenen hat er dabei in Kauf genommen.

3.2.1.2.2 Nutzer- und Verbraucherinteressen

Die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG ist ebenfalls geeignet, die Nutzer- und Verbraucherinteressen zu wahren.

Der Bundesnetzagentur ist als weiteres Regulierungsziel aufgegeben, die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 21 Abs. 1 S. 1 a. E.; § 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 1. Hs. und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 1 TKG). Die Agentur berücksichtigt die Bedürfnisse bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, insbesondere von behinderten Nutzern, älteren Personen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen (§ 2 Nr. 1 S. 3 TKG). Anzustreben ist ein größtmöglicher Nutzen für die Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität (§ 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 TKG; zum Nutzerbegriff siehe oben, Ziffer 3.1.1). Außerdem sind wiederum die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit den Verbrauchern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland herrschen, gebührend zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 Nr. 5 Alt. 2 TKG).

Die Auferlegung der hiesigen Zugangsverpflichtung und das damit ermöglichte Angebot von UKW-Übertragungsleistungen auf dem Endnutzermarkt durch Drittunternehmen begünstigt letzt-

lich die Rundfunkveranstalter als Nutzer der entsprechenden Übertragungsleistungen (vgl. auch oben, Ziffer 3.1.1). Der Hauptvorteil besteht darin, dass die bisher bestehende Abhängigkeit von der Komplettleistung der Betroffenen gelöst wird. Aufbauend auf die Antennen(mit)benutzung können Drittunternehmen – erstmals – den Umfang, die Qualität und den Preis der verschiedenen sonstigen Leistungsbestandteile an den Anforderungen und Wünschen der Radioveranstalter ausrichten. Die von diesen Unternehmen angebotenen Leistungspakete können dementsprechend unterschiedliche Ausprägungen u. a. hinsichtlich der genutzten Senderhardware und der Signalzuführung, des Betriebs, der Verfügbarkeit, des Servicelevels und der Überwachung aufweisen. Die derart ermöglichte Ausdifferenzierung und Individualisierung dient den Interessen der Radioveranstalter als Nutzer und berücksichtigt zugleich im besonderen Maße die Belange des Rundfunks im Sinne von § 2 Abs. 6 S. 1 TKG.

Entgegen dem Vortrag der Betroffenen ist auch nicht ersichtlich, dass die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung den Interessen kleinerer Inhaltsanbieter zuwiderlaufen sollte. Es ist bereits nicht klar, woraus die Betroffene ableitet, dass Wettbewerber kleineren Inhalteanbietern keine nachfragegerechten Angebote unterbreiten würden. Im Übrigen betont die Betroffene selbst, dass sie weiterhin solchen Inhalteanbietern Übertragungsleistungen anbieten wird. Damit ist allerdings auch nicht zu besorgen, dass bestimmte Marktsegmente künftig ohne Versorgung dastehen würden.

Schließlich ist der Betroffenen auch nicht darin zu folgen, dass erst die vollständige Duplizierung der Übertragungsleistung (einschließlich der Eigenerstellung einer Antennenanlage) das Nutzerinteresse befriedigen könnte. Die Antennenanlagen der Betroffenen sind regelmäßig an frequenzökonomisch optimierten Standorten angebracht. Im Gegensatz zu sonstigen Leistungskomponenten (Sender, Überwachung usw.) ist es Wettbewerbern deshalb in der Regel gerade nicht möglich, auch bezüglich dieser Komponente bessere, weil nachfragegerechtere Leistungen als die Betroffene zu erbringen. Davon abgesehen ist die Antennenanlage eben auch weit schwieriger duplizierbar als sonstige Komponenten, d.h. ohne Zugangsgewährung wäre insgesamt weit weniger Wettbewerb zu erwarten, als dies mit der Antennen(mit)benutzung zugunsten der Nutzer und Verbraucher der Fall sein wird.

3.2.1.2.3 Entwicklung des Binnenmarktes der EU

Ferner ist nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union und die Bereitstellung europaweiter Dienste zu fördern. Dieses Regulierungsziel wird vorliegend dadurch gefördert, dass die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG gerade auch Sendernetzbetreibern aus dem europäischen Ausland, die bislang noch nicht über eigene Infrastrukturen in Deutschland verfügen, den Einstieg in den deutschen Markt erleichtert.

3.2.1.2.4 Ergebnis

Die auferlegte Zugangsverpflichtung ist geeignet, die hier relevanten – weil betroffenen – Regulierungsziele zu erreichen.

3.2.1.3 Erforderlichkeit

Die Verpflichtung ist darüber hinaus erforderlich, um die dargelegten Regulierungsziele zu erreichen.

Es ist kein milderes Mittel ersichtlich, welches die Regulierungsziele mit gleicher Wirksamkeit erreichen würde. Dies gilt namentlich auch unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) sowie unter Würdigung der Frage, ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG oder freiwillige Angebote am Markt, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 TKG genannten Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG).

Das Kriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 64.

Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder einer Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte. In den Blick zu nehmen ist auch – wie nunmehr am Ende des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG besonders hervorgehoben – die Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa der Zugang zu Leitungsrohren.

Vorliegend können Nachfrager indes nicht auf eine – regelmäßige – Eigenrealisierung der Antennenanlage verwiesen werden. Die Präsidentenkammer hat in der Marktanalyse ausführlich dargelegt, welche Hindernisse einer solchen Eigenrealisierung entgegenstehen.

So sieht sich ein Unternehmen, welches eine Antennenanlage neu errichtet, betriebswirtschaftlich (zur volkswirtschaftlichen Einschätzung siehe bereits oben, Ziffer 3.2.1.2.1) erheblichen Amortisationsrisiken ausgesetzt. Die eigentlich Jahrzehnte überspannende Nutzungsdauer einer solchen Anlage dürfte sich nämlich erheblich verkürzen, sobald die analoge UKW-Hörfunkübertragung gegenüber der Digitalübertragung an Bedeutung verliert. Darüber hinaus ist eine Doppelung von Sendeinfrastruktur insofern mit Unsicherheiten behaftet, als häufig nur wenige Programme über einen Standort ausgestrahlt werden und vielfach nicht klar sein wird, ob der Wettbewerber eine für die Amortisation erforderliche Anzahl von Radioveranstaltern zu einem Wechsel auf seine neu aufgebaute Antennenanlage bewegen kann. Die Betroffene verfügt zudem über Kostenvorteile und – angesichts des Stichtags 31.12.2015 bedeutsame – Zeitvorteile gegenüber Wettbewerbern insofern, als sie einerseits für die Standortnutzung Sonderkonditionen mit der Deutschen Funkturm GmbH vereinbart hat und andererseits keine Standort- oder Höhenänderungen mitsamt der damit regelmäßig einhergehenden kosten- und zeitintensiven Planungs- und Koordinierungsverfahren zu tragen hat. Schließlich ist auch keineswegs gesichert, dass sich die Radioveranstalter mit einem Wettbewerberangebot begnügen würden, das nicht mindestens das bisherige Versorgungsgebiet ausleuchten könnte,

vgl. hierzu näher Ziffer 9.1.2 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag.

Ebenso wenig ist es allerdings auch möglich, potenzielle Wettbewerber auf die Mitbenutzung von Antennenanlagen der Landesrundfunkanstalten zu verweisen. Denn abgesehen davon, dass die Versorgungsgebiete dieser Antennenanlagen von denjenigen der Betroffenen abweichen, sind die Kapazitäten der Landesrundfunkanstalten äußerst beschränkt. Die Sendernetze der Landesrundfunkanstalten sind bereits in erheblichem Maße durch Eigenbelegungen ausgelastet,

siehe das Schreiben des mdr vom 29.08.2014, S. 1f.; vgl. im Übrigen zur Stellung der Landesrundfunkanstalten die Ziffern 4.1.1 und 9.1.2 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag.

Dass die Beschlusskammer bei der Auferlegung der Zugangsgewährungspflicht nicht weiter nach sachlichen oder räumlichen Kriterien differenziert, folgt im Grundsatz bereits daraus, dass die Präsidentenkammer ihrerseits einen einheitlichen, nicht weiter ausdifferenzierten Vorleistungsmarkt definiert hat.

Allerdings ist die Steuerungswirkung einer Marktuntersuchung nicht unbegrenzt,

siehe BVerwG, Urteil 6 C 36.10 vom 14.12.2011, Rz. 35.

Im Ausnahmefall – der allerdings in der Marktuntersuchung zumindest angelegt sein sollte – können deshalb auch auf der Ebene der Regulierungsverfügung differenzierte Abhilfemaßnahmen getroffen werden,

vgl. dazu etwa Beschluss BK 3b-09/069 vom 17.09.2010, S. 30, und Beschluss BK 3g-09/085 vom 31.03.2011, S. 63ff.; siehe ferner Erwägungsgrund 9 der NGA-Empfehlung 2010/572/EU.

Im vorliegenden Fall fehlt es indes an einer solchen Anlage in der Marktuntersuchung. Davon unabhängig erweist sich jedoch auch die von der Betroffenen geforderte Differenzierung bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen aus Sicht der Beschlusskammer als nicht so wirksam für der Zielerfüllung wie eine umfassende Zugangsverpflichtung. So wird die generelle Erforderlichkeit einer Zugangsgewährungspflicht insbesondere nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich im Einzelfall eine Errichtung eigener oder Anmietung dritter UKW-Antennenanlagen durchaus lohnen könnte.

Mögliche Kriterien, die diesbezüglich von der Betroffenen in das Verfahren eingebracht worden sind, wären, ob – jedenfalls bis zu einer Schwelle von 5 kW Leistungsabstrahlung – hinreichende Kapazitätsreserven am Antennenträger bestünden, eine Erweiterung statisch unbedenklich wäre, die Frequenz neu- bzw. umkoordiniert werden könnte, es keinen wesentlichen Reichweitenverlust gebe und Eigenrealisierung und Antennen(mit)benutzung ökonomisch gleichwertig wären. Bei genaueren Betrachtung zeigt sich allerdings, dass sich in jedem Einzelfall streiten lassen, ob die Bedingungen erfüllt sind oder nicht. Letzteres gilt insbesondere für das entscheidende Kriterium, ob Eigenrealisierung und Antennen(mit)benutzung ökonomisch gleichwertig sind. Der für die Begutachtung durch einen Sachverständigen – der auch erst einmal gefunden werden müsste – nötige Zeit- und Finanzaufwand und die damit einhergehenden Unsicherheiten würden den Nachfragern im Wettbewerb mit der Betroffenen auf dem Endnutzermarkt zum erheblichen Nachteil gereichen. Dass die Betroffene dies letztlich ebenso sieht, zeigt sich etwa daran, dass sie desto größere Umgestaltungen des Tarifsystems auf dem Endnutzermarkt in Erwägung zieht, desto leichter und voraussetzungsloser der Zugang von Wettbewerbern zu ihren Antennenanlagen ist. Bei ökonomischer Gleichwertigkeit von Eigenrealisierung und Mitbenutzung der Antennenanlage – die nach dem Vortrag der Betroffenen beim ganz überwiegenden Teil ihrer Antennenanlagen gegeben sein soll – dürfte die Erweiterung von Mitbenutzungsrechten über den von der Betroffenen genannten Bereich > 5 kW Leistungsabstrahlung hinaus eigentlich keinen Einfluss auf die künftige Wettbewerbsposition der Antragstellerin auf dem Endnutzermarkt und damit auf die von ihr vorgenommene Endnutzertarifierung haben.

Die Beschlusskammer hält deshalb jedenfalls für die Zwecke der erstmaligen Marktöffnung eine umfassende Zugangsverpflichtung für erforderlich. Sie betont allerdings – auch mit Blick auf die entsprechende Stellungnahme der EU-Kommission –, bei der nächsten Überprüfung der Regulierungsverfügung ein besonderes Augenmerk auf die Frage richten zu wollen, ob gewisse Cluster von Antennenanlagen derart häufig dupliziert worden sind, dass dies Zweifel an der fortdauernden Erforderlichkeit einer umfassenden Zugangsverpflichtung aufkommen lässt.

Was dagegen das von der Betroffenen avisierte freiwillige Angebot einer Antennen(mit)benutzung anbelangt, ist daran zu erinnern, dass das Vorliegen eines solches Angebots nicht dazu führt, dass eine Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht mehr auferlegt werden könnte,

vgl. hierzu die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 47f.), 6 C 15.07 (Rz. 50f.), 6 C 16.07 (Rz. 44f.) und 6 C 17.07 (Rz. 47f.).

Dem Kriterium des freiwilligen Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Marktteilnehmer sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um überhaupt – erstmals – auf dem Endnutzermarkt auftreten zu können. In diesem Fall genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn – wie hier – auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzuziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern der Antennen(mit)benutzung zu provozieren.

Die konkrete Belastung für die Betroffene ist begrenzt. Im Falle des Scheiterns der Verhandlungen ist sie dem Risiko ausgesetzt, dass seitens der Bundesnetzagentur eine Zugangsgewährung zu Konditionen angeordnet wird, zu deren Gewährung die Betroffene in den entsprechen-

den Verhandlungen nicht bereit gewesen war. Dieses Risiko hat sie aber in Anbetracht ihrer festgestellten Marktmacht zu tragen.

3.2.1.4 Verhältnismäßigkeit

Die Zugangsverpflichtung nach § 21 Abs. 3 Nr. 1 TKG ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind einmal die Grundrechte zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und auf Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) im Blick zu behalten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gewährung des Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) sowie mit Bezug auf die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3) sowie allgemein mit Blick auf Investitionsrisiken (§ 21 Abs. 1 S. 1 a. E.; § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4; § 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Alt. 2 und Nr. 4 TKG). Ferner von Relevanz können die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sein. So soll etwa die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch gefördert werden, dass die Bundesnetzagentur über angemessene Zeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehält (§ 21 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG). Schließlich können auch die Einwirkungen auf weitere Rechtsgüter wie gewerbliche Schutzrechte und Rechte an geistigem Eigentum (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG) sowie das Interesse an der Aufrechterhaltung der Netzintegrität und der Sicherheit des Netzbetriebs (§ 21 Abs. 4 und 5 TKG) im Einzelfall von Belang sein.

Nach diesen Maßgaben erscheint die auferlegte Zugangsverpflichtung angemessen.

Mit Blick auf das Kriterium der Verfügbarkeit von Kapazitäten hat der Gesetzgeber ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll. Denn andernfalls bestehe die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere laufe. Zu beachten sei aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbauverpflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürften. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher diese Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 64f.

Nach diesen Grundsätzen bestehen keine Bedenken gegen die Auferlegung einer Zugangsgewährungspflicht. Die bei der Betroffenen verfügbare Antennenkapazität reicht für eine Mitbenutzung durch Dritte im Regelfall aus. Denn an der Belegung einer Antenne mit bestimmten Frequenzen dürfte sich auch im Falle einer Zugangsgewährung grundsätzlich nichts ändern. Sinn und Zweck der Zugangsgewährung ist es u. a. gerade, dass der Wettbewerber die bisher benutzte Frequenz und das bisher abgedeckte Versorgungsgebiet unverändert weiterführen kann. Kapazitätsfragen werden sich deshalb allenfalls in dem Ausnahmefall einer neu hinzukommenden Sendefrequenz stellen. Die hierfür maßgeblichen Grundsätze werden sich jedoch im Rahmen nachgelagerter Verfahren nach den §§ 23 und/oder 25 TKG klären lassen (siehe dazu auch unten, Ziffer 3.2.5). Der Auferlegung einer Zugangsgewährungspflicht an sich steht dies nicht entgegen.

Darüber hinaus insbesondere in den Blick zu nehmen sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken. Unter Anfangsinvestitionen des Eigentümers, die das Gesetz im Hinblick auf die in Art. 14 GG ebenso wie im Gemeinschaftsrecht verankerte Eigentumsgarantie besonders hervorhebt, sind Investitionen zu verstehen, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sind. Solche Investitionen sind im Gegensatz zu Ersatz- oder Erneuerungsaufwendungen mit einem erhöhten Risiko behaftet, welches nach der Wertung des Gesetzes den Eigentümerbelangen besonderes Gewicht verleiht. Die Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen und der mit ihnen verbundenen Risiken soll namentlich ermöglichen, dass auch ein zugangsverpflichtetes Unternehmen in den Genuss des mit einer Produktinnovation einhergehenden sog. Vorreitervorteils kommen kann. Hinsichtlich des Gewichts dieses Abwägungskriteriums ist zu differenzieren anhand der verschiedenartigen Bedingungen, unter denen die Infrastrukturinvestitionen getätigt wurden, wobei auch die Gefahr einer etwaigen Marktmachtübertragung Bedeutung erlangen kann,

so BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 22, unter Verweis auf Thomaschki/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar, 2. Auflage 2009, § 21 Rz. 83ff.

Die hier auferlegte Zugangsgewährungspflicht gefährdet nicht in diesem Sinne verstandene Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Die derzeit installierte Basis an UKW-Antennenanlagen ist seit beträchtlicher Zeit in Gebrauch. In diesem Bereich tätigt die Betroffene im Wesentlichen nur noch Ersatz- und Erneuerungsinvestitionen. Eine schützenswerte Vorreiterrolle der Betroffenen, die der Auferlegung einer Zugangsgewährungspflicht entgegenstehen könnte, ist derart vorliegend nicht zu entdecken. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich des Ausbaus des DAB+ - Netzes in Deutschland, auf den die Betroffene hingewiesen hat. Denn die Betroffene wird eben nicht dazu verpflichtet, Zugang zu den – von den UKW-Antennenanlagen getrennt installierten – DAB+ - Antennenanlagen zu gewähren.

Es ist schließlich kein anderes Rechtsgut ersichtlich, dass von der vorliegend getroffenen Entscheidung maßgeblich berührt würde. Die auferlegte Zugangsverpflichtung erscheint damit als verhältnismäßig im engeren Sinne. Ein Absehen von der Verpflichtung würde dagegen die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarktes im Bereich der UKW-Übertragungsleistungen behindern und den Interessen der Endnutzer im Sinne von § 21 Abs. 1 S. 1 a. E. zuwiderlaufen.

3.2.1.5 Keine Zugangsgewährungspflichten bezüglich Signalzuleitung und -aufbereitung

Entgegen den Forderungen des APR, der Divicon Media Holding GmbH und des VPRT erlegt die Beschlusskammer der Betroffenen keine Zugangsgewährungspflichten bezüglich der der Antennen(mit)benutzung vorgelagerten Signalzuleitung und -aufbereitung auf.

Zwar ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, im Rahmen der Zugangsregulierung auch Abhilfemaßnahmen hinsichtlich solcher Einrichtungen vorzusehen, die nicht von der Marktdefinition erfasst sind, gleichwohl aber in einem engen funktionalen Zusammenhang mit dem regulierungsbedürftigen Markt stehen,

vgl. Regulierungsverfügung BK 3g-09/085 vom 21.03.2011, Ziffer 3.5 m.w.N.

Vorliegend ist allerdings nicht ersichtlich, dass bezüglich der Signalzuleitung und/oder der Signalaufbereitung gravierende Engpässe bestehen, denen mit Hilfe der Zugangsregulierung nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG begegnet werden müsste.

Die Signalzuleitung zum Sendestandort erfolgt typischerweise per Kupferleitung, Glasfaserleitung, Richtfunk oder Ballempfang. Bei letzterem wird ein von einem anderen Standort ausgesendetes Programm am jeweils betroffenen Standort per UKW-Antenne empfangen und – nach Umsetzung auf eine andere Frequenz – erneut ausgestrahlt. Soweit nicht von der APR pauschal eine Regulierung aller dieser Leistungen angeregt wird, konzentrieren sich die Forderungen der Divicon Media Holding GmbH und des VPRT auf die Regulierung des Ballempfangs. Von keiner der interessierten Parteien ist allerdings weitergehend dargelegt worden, wo und in welchem Umfang tatsächlich Probleme bei der Signalführung bestehen und weshalb nicht jeweils die Nutzung alternativer Zuführungsformen möglich sein sollte, sollte sich eine bestimmte Art der Signalführung – etwa per Ballempfang – an einem Standort schwierig gestalten.

Ebenfalls nicht näher dargelegt worden ist, weshalb ein Zugangsverpflichtung zur Signalaufbereitung notwendig sein sollte. Die Signalaufbereitung ist eines der Felder, auf denen sich der die Antenne mitbenutzende Wettbewerber von der Leistung der Betroffenen durch den Einsatz eigener Geräte differenzieren kann. Es ist nicht ersichtlich, weshalb er diese Leistung von der Betroffenen beziehen müsste.

3.2.2 Kollokation, § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG

Die in Ziffer 2.2 tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG. Danach *soll* die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden,

Leitungen und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, den Wettbewerbern den Zugang zu den Netzelementen des zugangsverpflichteten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen, um auf diese Weise die Verwirklichung des eigentlichen Zugangsanspruchs überhaupt erst zu ermöglichen.

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG geeignet, erforderlich und auch angemessen.

Um die auferlegte Verpflichtung zur Gewährung der Antennen(mit)benutzung in Anspruch nehmen zu können, ist es erforderlich, dass die Nachfrager das UKW-Signal heranzuführen, die dafür und auch für die weitere Signalverarbeitung notwendige Technik (also Richtfunk-Spiegel, Modulationseinrichtung, Senderhardware, Monitoringeinrichtung, Modem, Kabel u.ä.) installieren und schließlich ihre Sendekabel mit der Weichenanlage der Betroffenen oder aber den Ausgang des Senders (bzw. ein davon abgehendes Sendekabel) mit dem zum Antennenanschluss führenden Kabel der Betroffenen verbinden können. Um den Zugangsgewährungsanspruch nicht ins Leere laufen zu lassen, ist es deshalb notwendig, dass die Nachfrager die baulichen Einrichtungen gemeinsam mit der Betroffenen nutzen können, d. h. dass sie einen Standort für einen Richtfunk-Spiegel und eine Fläche im Technikraum – bei Platzmangel gegebenenfalls, was in einem nachgelagerten Verfahren nach § 23 oder § 25 TKG zu klären wäre, auch eine sonstige inner- oder außerhäusig verfügbare und für die verfolgten Zwecke geeignete Fläche – anmieten, erforderliche Kabelwege benutzen oder anfertigen sowie Zutritt zu den entsprechenden Räumlichkeiten haben können.

Neben der eigentlichen Verpflichtung zur Ermöglichung gemeinsamer Nutzung umfasst die Zugangsverpflichtung auch sämtliche zusätzliche Leistungen, welche die Inanspruchnahme dieser Verpflichtung erst ermöglichen oder hierzu zwingend erforderlich sind. Dies betrifft insbesondere das Angebot von Raumluftechnik und einer Energieversorgung, soweit sie eben notwendig sind und vom Anspruchsberechtigten selbst nicht realisiert werden können. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen.

Selbstverständlich bleibt es den Nachfragern unbenommen, diesbezüglich auch unmittelbare Verträge mit dem jeweiligen Standortbetreiber abzuschließen. Tatsächlich dürfte in den Fällen – und dies werden die weitaus meisten sein –, in denen die Betroffene nicht selbst den Standort betreibt, sondern ihrerseits Leistungen Dritter in Anspruch nimmt, ein derartiges Vorgehen den Bedürfnissen der Praxis durchaus entsprechen. Gleichwohl wird mit der Auferlegung der Kollokationsverpflichtung festgeschrieben, dass, sofern sich die Betroffene bezüglich der Kollokation auf die Dienste eines Dritten verlässt, sie durch geeignete Einwirkung auf diesen Partner eine zweckentsprechende Zugangsmöglichkeit zu Gunsten der Nachfrager sicherzustellen hat,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 15.07 vom 02.04.2008, Rz. 54.

Die vorliegend auferlegte Verpflichtung hat demzufolge Auffangcharakter für die Fälle, in denen – aus welchen Gründen auch immer – die unmittelbare Kooperation zwischen drittem Standortbetreiber und Nachfrager gewisse Unwuchten aufweist, in denen Leistungen des dritten Standortbetreibers einer Ergänzung durch Leistungen der Betroffenen bedürfen oder in denen ausnahmsweise die Betroffene selbst den Standort betreibt. Die Konkretisierung dieser Verpflichtungen hat durch Zugangsvereinbarungen (§ 22 TKG), durch Zugangsanordnungen (§ 25 TKG) oder durch ein auf eine entsprechende allgemeine Nachfrage hin ausgestaltetes Standardangebot zu erfolgen,

siehe BVerwG, a.a.O.

Im Rahmen dieser Konkretisierung wird auch die von Broadcast Partners aufgeworfene Frage nach Untermietverpflichtungen geklärt werden können. Im Übrigen wird die Beschlusskammer darauf achten, dass, worauf die Betroffene zu Recht im Konsultationsverfahren hingewiesen hat, ihr nichts Unmögliches abverlangt wird. Die Verpflichtung zur Sicherstellung von Zugangsmög-

lichkeiten im Sinne der BVerwG-Rechtsprechung kann nur so weit reichen, wie auch die Einflussosphäre der Betroffenen reicht.

3.2.3 Diskriminierungsverbot, § 19 TKG

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer 2.3 tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind § 9 Abs. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 und § 19 TKG.

Gemäß § 19 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.

Die Entscheidung der Beschlusskammer, der Betroffenen ein Diskriminierungsverbot aufzuerlegen, beruht auf einer pflichtgemäßen Ermessensausübung. Das ausgeübte Ermessen orientiert sich am Zweck der Ermächtigung und überschreitet die gesetzlichen Grenzen, die für die Ausübung des Ermessens gelten, nicht.

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen, vgl. § 19 Abs. 2 TKG. Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und anderen Unternehmen als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

Zur Erreichung dieses Zwecks hat sich die Beschlusskammer aus den folgenden Erwägungen für die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes entschieden:

Die Gewährleistung von Rahmenbedingungen im Telekommunikationssektor, die dafür Sorge tragen, dass in möglichst weiten Bereichen Wettbewerb entstehen kann, stellt ein zentrales Ziel des TKG dar,

BT-Drs. 15/2316, S. 56.

Um dieses Ziel auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt zu verwirklichen, ist es grundsätzlich sinnvoll, dem dominierenden Unternehmen ein Gebot zur Gleichbehandlung aufzuerlegen. Das gilt insbesondere dann, wenn das beherrschende Unternehmen vertikal integriert ist und für andere Unternehmen, mit denen es konkurriert, Dienste erbringt. Denn dann besteht grundsätzlich immer ein Anreiz für das dominante Unternehmen, dass es sich intern günstigere Konditionen einräumt als es bereit ist, anderen Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, einzuräumen. Kommt wie vorliegend hinzu, dass das beherrschende Unternehmen auf seinem Markt faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, d. h. über eine tatsächlich unangreifbare Marktstellung verfügt, ist diese Intention stets anzunehmen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für eine Ausnahme sprechen. Derartige Ausnahmegründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

Behindert wird der Wettbewerb nicht durch die Auferlegung der Verpflichtung nach § 19 TKG, sondern durch die defizitäre Entwicklung des gegenständlichen Marktes. In einem beschränkten Wettbewerbsmarkt wie dem vorliegenden verzerren unterschiedliche Vertragskonditionen für gleiche Leistungsinhalte die Ausgangsbedingungen für chancengleichen Wettbewerb. Entscheidend ist, dass bei Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr besteht, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z. B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Leistungskonditionen entwickeln. In seiner Konsequenz würden sich damit für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen ergeben. Um dies zu verhindern, ist es daher erforderlich, dass die Betroffene das von ihr angebotene Leistungsmodell allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

Andere Mittel reichen hierfür nicht aus. Zwar werden durch die Zugangsverpflichtung sowie durch Kontrolle des Zugangsentgeltes grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine Reihe anderer Instrumente (außer dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb zu verzerren. Ist (u. a.) eine Missbrauchskontrolle des Zugangspreises festgelegt und steht der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung, so kann es beispielsweise die Bereitstellung verzögern. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung und Überlassung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Eine Beschränkung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen ist nicht angezeigt. Insbesondere ist nicht entscheidend, wie sich die Betroffene gerade auf dem Markt verhält oder wie sie sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von den Möglichkeiten auszugehen, die ihr offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervorteilen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen und betrieblichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde Diskriminierungslücken schaffen und damit Ausweichstrategien Vorschub leisten.

Die Entscheidung belastet die Betroffene auch nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht einem gesetzlichen Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB), und andererseits ist dem Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Pflicht zur Nichtdiskriminierung ist neben der Pflicht zur Zugangsgewährung eine zweite Quelle für die Pflicht zur Leistungserbringung nach definierten Qualitäten, die Absicherung dieser Qualitäten durch Vertragsstrafen und pauschalierten Schadensersatz sowie die Erhebung von Leistungskennwerten über die tatsächlich erbrachte Qualität der Leistungsbereitstellung, insofern diese dazu dienen, die Gleichbehandlung des einzelnen Nachfragers gegenüber anderen Nachfragern und der Leistungsbereitstellung der Betroffenen für die selbst vertriebenen Endnutzerleistungen sicherzustellen. Eine ausdrückliche Auferlegung und Ausgestaltung dieser Verpflichtungen erfolgt jedoch nicht in der Regulierungsverfügung, sondern in den Verträgen über die Leistungsbeziehung sowie in ggf. darauf bezogenen Zusammenschaltungsanordnungen nach § 25 TKG.

3.2.4 Vorlage von Zugangsverträgen, § 20 Abs. 3 TKG

Die Vorlageverpflichtung nach Ziffer 2.4 des Beschlusstextes stützt sich auf § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. § 13 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, insbesondere verpflichten, ihr Vereinbarungen über von ihm gewährte Zugangsleistungen ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht, wann und wo Nachfrager nach Zugangsleistungen eine öffentliche Vereinbarung einsehen können.

Diese mit der TKG-Novelle 2012 in das Gesetz eingeführte Vorschrift konkretisiert das in § 20 Abs. 1 TKG enthaltene allgemeine Transparenzgebot mit Blick auf die Vorlage von Zugangsvereinbarungen. Mit der vorliegend auferlegten Vorlageverpflichtung verfolgt die Beschlusskammer die in Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL genannten Zwecke einer Transparenzverpflichtung, d.h. sie will damit Verhandlungsprozesse beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und Zu-

gangsnachfragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden. Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um diese Zwecke zu erreichen.

Dies gilt einmal mit Blick auf die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen sollen einen Abgleich zwischen den ihnen angeboten bzw. mit ihnen vereinbarten Klauseln einerseits und den andernorts abgeschlossenen Klauseln andererseits vornehmen können. Für diesen Zweck ist es ohne Belang, ob der entsprechende Drittvertrag vom Zugangsanbieter vor oder nach Feststellung beträchtlicher Marktmacht bzw. vor, nach oder ohne Erlass einer Zugangsverpflichtung abgeschlossen worden ist. Entscheidend ist allein, dass der Drittvertrag momentan in Kraft ist und Grundlage diskriminierendes Handelns sein kann.

Des Weiteren sind die Verträge in einer öffentlichen Fassung vorzulegen. Die Beschlusskammer versteht hierunter eine Vertragsfassung, in der alle Bestimmungen zu regulierten Leistungen und Entgelten offen gelegt sind. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Zugangsnachfrager den o.g. Abgleich in vollständiger Weise vornehmen. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne von § 30 VwVfG und Art. 15 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie kann die Betroffene allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsorten) schwärzen.

Die Verträge sind ferner ohne gesonderte Aufforderung vorzulegen. Diese Verpflichtung ist erforderlich, um den Zugangsnachfragern die erwünschte Übersicht über die abgeschlossenen Verträge in vollständiger Form und ohne Zeitverzug gewähren zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in den letzten Jahren eine durchaus nicht zu vernachlässigende Zahl von Einsichtnahmegesuchen in aufgrund von Zugangsverpflichtungen abgeschlossenen Verträgen gegeben hat.

Die Veröffentlichung erfolgt schließlich in der Form, dass den Zugangsnachfragern Einsichtnahmemöglichkeiten in den Geschäftsräumen der Bundesnetzagentur gewährt werden. Derart ist zum einen sichergestellt, dass nur die in § 20 Abs. 1 TKG genannten zugangsberechtigten Unternehmen Kenntnis von den Verträgen erlangen können. Zum anderen wird es damit der Beschlusskammer ermöglicht, etwaige Schwärzungen vor Veröffentlichung des Vertrages auf ihre Berechtigung hin überprüfen zu können. Zu letzterem Zweck wird die Betroffene verpflichtet, der Beschlusskammer eine vertrauliche Fassung, d.h. eine vollständig ungeschwärzte Fassung der Verträge vorzulegen.

Unter den vorgenannten Maßgaben ist die auferlegte Vorlagepflicht auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Vorlagepflicht zieht keine unangemessenen Folgen für sonstige Rechtsgüter der Betroffenen oder Dritter nach sich. Der von der Betroffenen zu betreibende wirtschaftliche Aufwand beschränkt sich letztendlich auf das Anfertigen und Übersenden von Vertragsablichtungen und der Durchsicht derselben auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im o. g. Sinne. Dabei ist zu beachten, dass die Betroffene, sofern die Verträge der Beschlusskammer bereits in öffentlicher und vertraulicher Fassung vorliegen sollten, von einer nochmaligen Übersendung absehen kann. Die möglicherweise entstehende Einschränkung wettbewerblicher Flexibilität ist hingegen in erster Linie Folge des Diskriminierungsverbots und jedenfalls mit Blick auf die herausragende Marktstellung der Betroffenen und die daraus resultierenden Verhaltensmöglichkeiten gerechtfertigt. Die Interessen dritter Vertragspartner wiederum werden durch die Ermöglichung von Schwärzungen hinsichtlich deren Identität gewahrt.

Aus den vorgenannten Erwägungen heraus wird die Betroffene zur Vorlage gültiger Zugangsverträge verpflichtet.

3.2.5 Veröffentlichung eines Standardangebots, § 23 Abs. 1 TKG

Rechtliche Grundlage für die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist § 9 Abs. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 TKG.

Nach der letztgenannten Vorschrift kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten, in der Regel innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht.

Sinn und Zweck der Vorlage eines Standardangebotes ist es, den Wettbewerbern dadurch einen schnellen Zugang zu Vorleistungen der Betroffenen zu ermöglichen, dass die Betroffene zum Abschluss eines Vertrages über diese Leistungen verpflichtet ist, der von der Bundesnetzagentur bereits auf seine Vollständigkeit und die Erfüllung der Kriterien der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit hin überprüft worden ist. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass ein gewünschter Zugang durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichem Scheitern durch die Durchführung eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG verzögert wird.

Die vorliegend auferlegte Verpflichtung ist geeignet und erforderlich, um die dargestellten Zwecke zu erreichen. Im Fall der Antennen(mit)benutzung gibt es mehrere Unternehmen, die Interesse an einer Inanspruchnahme dieser Leistung zeigen. Weil die Antennen(mit)benutzung erstmals zur Verfügung stehen wird, dürfte die Ausgestaltung des zugehörigen Zugangsvertrags darüber hinaus besonders Streitig sein. Schließlich ist davon auszugehen, dass ein zügiger Zugang zur Antennen(mit)benutzung Voraussetzung dafür ist, dass überhaupt Wettbewerbsansätze auf dem Endnutzermarkt für UKW-Übertragungsleistungen entstehen können. Die vorgenannten Gesichtspunkte streiten allesamt für die Auferlegung einer Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes. Den Nachfragern wird es so ermöglicht, zügig und zu gleichen Bedingungen die neu angebotene Vorleistung nutzen zu können. Insbesondere im Verhältnis zwischen den Nachfragern wird für einen chancengleichen Markteintritt mit auf dieser Vorleistung aufsetzenden Produkten gesorgt.

Die Verpflichtung ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Schutzwürdige Belange der Betroffenen, die es geboten erscheinen lassen könnten, von der Auferlegung der Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes abzusehen, sind nicht ersichtlich. Denn die Betroffene muss ohnehin Bedingungen und betriebliche Abläufe für den Zugang zur Antennen(mit)benutzung definieren, so dass sie dies auch im Rahmen eines vorzulegenden Standardangebotes tun kann. Die Vorlage eines Standardangebotes schließt zudem nicht die Berücksichtigung von Besonderheiten einzelner Nachfrager aus. Die Betroffene wird daher nicht in ihrer Möglichkeit beschränkt, aus sachlichen Gründen individuelle Lösungen zu vereinbaren, zumal ihr der Abschluss von Ergänzungsvereinbarungen zum Standardangebot und die einverständliche Abänderung des Standardangebotes unbenommen sind. Der Betroffenen ist es auch möglich, vor Abschluss des Standardangebotsverfahrens bereits Verträge mit Nachfragern abzuschließen, so dass die auferlegte Pflicht auch nicht das Angebot der Vorleistung am Markt verzögert.

Um eine zügige Inanspruchnahme der regulierten Vorleistung zu ermöglichen, hat die Beschlusskammer eine Vorlagefrist von einem Monat aufgenommen. Der Beschlusskammer erscheint die entsprechende Verkürzung der in § 23 Abs. 1 TKG genannten Regelfrist von drei Monaten insofern sinnvoll und zweckmäßig, als die Betroffene bereits ein – teilweise mit Nachfragern sogar schon verhandeltes, allerdings nicht durchweg akzeptiertes – Musterangebot vorliegen hat, auf das sie hier zurückgreifen kann. Darüber hinaus ist dem allgemein herrschenden Zeitdruck in diesem Markt, der von dem Stichtag des 31.12.2015 ausgeht, Rechnung zu tragen.

3.2.6 Regulierung der Entgelte, § 30 TKG

Die Zugangsentgelte der Betroffenen werden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Während dabei die laufenden Entgelte für die Gewährung der Antennen(mit)benutzung genehmigt werden durch die Gewährung eines Abschlags auf den Endnutzerpreis, der es einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten ermöglicht, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu erzielen (Retail-Minus), werden die einmaligen Entgelte für die Antennen(mit)benutzung sowie die Entgelte für die Kollokationsgewährung auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt.

Die Genehmigungspflicht tritt zum 31.03.2014 in Kraft. Bis zu diesem Zeitpunkt werden Zugangsentgelte der Betroffenen der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen.

Die vorgenannten Entscheidungen folgen aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens. Danach unterliegen Entgelte für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG. Abweichend hiervon kann die Bundesnetzagentur die vorgenannten Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

3.2.6.1 Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 TKG liegen vor. Es handelt sich bei der Betroffenen um eine Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ihr sind auch nach § 21 TKG Zugangsleistungen auferlegt worden.

3.2.6.2 Bestehen eines Ermessensspielraums

Sind – wie vorliegend – die tatbestandlichen Merkmale erfüllt, stehen der Bundesnetzagentur Ermessensspielräume in vollem Umfang zu. Die Agentur hat sowohl über das Ob als auch das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden,

vgl. – noch zur alten Fassung des § 30 TKG – BT-Drs. 15/2674, S. 31 f., und BT-Drs. 15/2679, S. 14, sowie die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 56 und 59), 6 C 15.07 (Rz. 63 und 66), 6 C 16.07 (Rz. 53 und 56) und 6 C 17.07 (Rz. 56 und 59), vom 29.10.2008 in der Sache 6 C 38.07 (Rz. 58f.) und vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38).

Zwar lässt sich aufgrund des Wortlauts des im Jahr 2012 neugefassten § 30 Abs. 1 TKG durchaus die Auffassung vertreten, dass die Entgeltgenehmigung als Regelfall und eine nachträgliche Regulierung als Ausnahmefall zu verstehen ist. Hierauf lassen jedenfalls die Ausgestaltung des S. 1 als offenbar gebundener Entscheidung und die Worte „abweichend von Satz 1“ in S. 2 schließen. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis stünde indes nicht in Übereinklang mit dem Gemeinschaftsrecht.

Mit der Norm des § 30 TKG wollte der Gesetzgeber Art. 13 Zugangs-RL umsetzen. Nach Abs. 1 S. 1 der letztgenannten Vorschrift kann, weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Art. 8 Zugangs-RL hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen u.a. betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen.

Der in Bezug genommene Art. 8 Zugangs-RL bestimmt in seinem Abs. 4, dass die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmen-RL angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL merkt weiter an, dass der rechtliche Eingriff relativ zurückhaltend sein und beispielsweise der Verpflichtung entsprechen kann, dass die Preise angemessen sein müssen. Er kann aber auch sehr viel weiter gehen und etwa die Auflage beinhalten, dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen.

In Ansehung dieser gemeinschaftlichen Vorgaben und unter der Bedingung, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der nationalen Vorschrift – wie hier – gegeben sind, lässt sich für keine der möglichen Entscheidungsvarianten ein genereller Normenvorrang entdecken. Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen,

vgl. die Urteile des BVerwG, a.a.O.; ferner BR-Drs. 129/11, S. 100.

Damit liegt es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sie der Betroffenen Regulierungsverpflichtungen bezüglich ihrer Antennen(mit)benutzungsentgelte auferlegt. Gemäß § 40 VwVfG hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

3.2.6.3 Gesetzlich normierte Entgeltkontrollsysteme

Zur Vorbereitung ihrer Ermessensentscheidung hat die Bundesnetzagentur zunächst die verschiedenen gesetzlich normierten Entgeltkontrollsysteme in den Blick zu nehmen. Dabei stimmen die Grundstrukturen allerdings überein mit denjenigen im Fall der Entgeltregulierung der Endnutzerleistungen. Grundsätzlich kann deshalb auf die Ausführungen unter Ziffer 3.1.3 verwiesen werden.

Ergänzend ist im vorliegenden Zusammenhang nur hervorzuheben, dass die schärfste Form der Entgeltkontrolle in § 30 Abs. 1 S. 1 TKG normiert ist. Diese Vorschrift erlaubt die Unterwerfung von Zugangsentgelten unter eine Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG. Von den in § 31 TKG enthaltenen Maßstäben und Vorgehensweisen – auf die bereits unter Ziffer 3.1.3 eingegangen worden ist – ist hier insbesondere die „andere Vorgehensweise“ nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG in den Blick zu nehmen. Als eine solche „andere Vorgehensweise“ kommt auch die Vornahme einer sog. Retail-Minus-Regulierung in Betracht.

Für den Sonderfall einer Resale-Regulierung regelt § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG, dass die Bundesnetzagentur Entgelte für Zugangsleistungen zu bestimmten, von einem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, angebotenen Diensten zu Großhandelsbedingungen, die Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglichen sollen, durch Gewährung eines Abschlags auf den Endnutzerpreis genehmigt, der es einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten ermöglicht, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu erzielen; das Entgelt entspricht dabei mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Eventuell bereinigt um das Gebot, dass das Entgelt mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen muss, kann dieser Maßstab grundsätzlich bei allen Vorleistungsentgelten Anwendung finden.

Abweichend von der Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Entgelte allerdings auch gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG – wie im Fall der Endnutzerentgelte – einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

Auch im vorliegenden Fall besteht die telekommunikationsrechtliche Entgeltkontrolle letztlich in einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG, die je nach Fall eingebettet wird in die verfahrensrechtlichen und ggf. auch materiellrechtlichen Bestimmungen des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, des § 38 Abs. 1 bis 4 TKG oder des § 30 i. V. m. § 31 TKG.

Für die Ermessensausübung der Beschlusskammer bedeutet dies, dass sie zunächst eine Entscheidung darüber treffen kann, ob sie überhaupt eine Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG vornimmt (Ziffer 3.2.6.4). In einem weiteren Schritt ist dann über eine etwaige materielle Ergänzung der Entgeltmaßstäbe sowie über die formelle Ausgestaltung der Gesamtkontrolle zu entscheiden (Ziffer 3.2.6.5).

3.2.6.4 Ermessensausübung hinsichtlich einer Missbrauchskontrolle

In pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer zunächst entschieden, die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 2.1 und 2.2 des Tenors einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG zu unterwerfen. Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

3.2.6.4.1 Missbrauchskontrolle als Zweck der Entgeltregulierung auf dem verfahrensgegenständlichen Markt

Im vorliegenden Fall ist es jedenfalls ein Zweck der Entgeltkontrolle sicherzustellen, dass die Betroffene die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen einhält. Dieser Zweck folgt aus einer Gesamtschau gesetzlicher Zielbestimmungen (siehe dazu oben, Ziffer 3.1.4.1) und tatsächlicher Marktgegebenheiten.

Ebenso wie der Endnutzermarkt ist auch der vorliegende Markt von beträchtlichen Marktzutrittschranken und einer auch längerfristig mangelnden Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gekennzeichnet. Größenbedingte Skalen- und Verbundvorteile, vertraglich festgelegte Sonderkonditionen bei der Standortmiete und umfangreiche versunkene Kosten begründen die herausgehobene Marktstellung der Betroffenen,

vgl. wegen der Einzelheiten Ziffern 9.1.2, 9.1.4, 9.1.6 und 9.1.8 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom heutigen Tag.

Diese Umstände können der Betroffenen auch hier Anreize zu einem wettbewerbsschädigenden Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten Preisen, Dumping-Angeboten, Preis-Kosten-Scheren oder von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen, aber auch durch Vorteileinräumungen zugunsten des eigenen Endkundenarms bzw. konzernverbundener oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und mit ihr auf dem Endnutzermarkt konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden daher insbesondere den Regulierungszielen des Nutzer- und Verbraucherschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 TKG) und des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 TKG) widersprechen.

Ein Zweck der Entgeltkontrolle muss es damit sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen auch auf dem vorliegenden Markt Beachtung finden.

3.2.6.4.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Die Auferlegung einer Missbrauchsaufsicht anhand des § 28 TKG entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

Die Auferlegung der Missbrauchskontrolle ist geeignet, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen. Sie ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderer, aber gleich wirksamer Entgeltmaßstab zu entdecken, welcher an die Stelle des Missbrauchsmaßstabs nach § 28 TKG treten könnte. Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Wie bereits ähnlich im Zusammenhang mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG ausgeführt (siehe Ziffer 3.2.3), belastet die Entscheidung die Betroffene nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin einem gesetzlichen Missbrauchsverbot nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (§§ 19 und 20 GWB und Art. 102 AEUV), und andererseits ist jedenfalls dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Behinderung oder Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Beschlusskammer unterwirft deshalb die im Zusammenhang mit der Gewährung der Antennen(mit)benutzung und der Kollokation erhobenen Vorleistungsentgelte der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.

3.2.6.5 Ermessensausübung hinsichtlich eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer darüber hinaus entschieden, die Entgelte für die Gewährung der Antennen(mit)benutzung zum 31.03.2015 der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG zu unterwerfen. Innerhalb des § 31 TKG teilt sich allerdings die Vorgehensweise.

Bezüglich der Überlassungsentgelte bei der Antennen(mit)benutzung im Sinne von Ziffer 2.1 der Tenors richtet sich das Vorgehen nach der Norm des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Danach genehmigt die Bundesnetzagentur Entgelte abweichend von Absatz 1 auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen, sofern die Vorgehensweise besser als die in Absatz 1 genannten Vorgehensweisen geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. In Anwendung dieser Norm und in Anlehnung an die Vorschrift des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG werden die Überlassungsentgelte genehmigt durch Gewährung eines Abschlags auf den Endnutzerpreis, der es einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten ermöglicht, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu erzielen.

Die Einmalentgelte für die Antennen(mit)benutzung gemäß Ziffer 2.1 des Tenors sowie die Entgelte für die Kollokation nach Ziffer 2.2 des Tenors werden dagegen auf Grundlage von § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt.

Mit ihrer Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt (vgl. Ziffer 3.2.6.5.1) und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten (vgl. Ziffer 3.2.6.5.2).

3.2.6.5.1 KeL-Preiskontrolle als zusätzlicher Zweck der Entgeltregulierung

Aus einer Betrachtung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich, dass die Beschlusskammer (auch) im Fall der Antennen(mit)benutzung und der Kollokation nicht nur sicherstellen soll, dass die von der Betroffenen vorgenommenen Preismaßnahmen den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Anforderungen entsprechen (vgl. Ziffer 3.2.6.4), sondern zusätzlich auch, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne von § 32 TKG die Obergrenze für die Vorleistungsentgelte darstellen (Ziffer 3.2.6.5.1.1). Die Regulierung sollte aber nicht zusätzlich anstreben, dass die KeL-Preise zugleich eine Untergrenze bilden (Ziffer 3.2.6.5.1.2)

3.2.6.5.1.1 KeL-Preisobergrenzenkontrolle

Die Erwägungen zur KeL-Preisobergrenzenkontrolle stimmen weitgehend mit denjenigen im Endnutzerbereich überein. Auch hier wahren und fördern Entgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, die verschiedenen Regulierungsziele letztlich besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden.

Mit Blick auf die Wettbewerbsziele (siehe dazu genauer oben, Ziffer 3.1.5.1.1) ist festzuhalten, dass der Preismechanismus angesichts der langfristig vermachteten Marktverhältnisse seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden kann. Um hier chancengleichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt zu gewährleisten und Quersubventionierungspotenziale auszuschließen, ist es erforderlich, dass die wettbewerbsanaloge Preise (also KeL-Preise, siehe dazu oben, Ziffer 3.1.5.1.3) nicht überschritten werden.

Wettbewerbsanaloge Preise, wie sie mit dem KeL-Maßstab emuliert werden, sind als Preisobergrenze zudem im Interesse der Nutzer (zu diesem Kriterium siehe genauer oben, Ziffer 3.1.5.1.2), also namentlich der Radioveranstalter. Denn die Entgelte, welche die Vorleistungsnachfrager für die Antennen(mit)benutzung und die Kollokation zu zahlen haben, fließen in die Preiskalkulation für das Endnutzerprodukt mit ein und treffen insofern dann auch den Radioveranstalter.

Schließlich wird auch dem Binnenmarktziel (dazu oben, Ziffer 3.1.5.1.3) mit einer Obergrenze anhand der KeL-Preise gedient. Nachfrager aus anderen EU-Mitgliedstaaten können sicher sein, nicht mehr zahlen müssen, als dies bei Bestehen wirksamen Wettbewerbs der Fall wäre.

Es ist somit ein (zweiter) Zweck der Entgeltregulierung, dass die von der Betroffenen verlangten Vorleistungspreise nicht die wettbewerbsanaloge Preise überschreiten.

3.2.6.5.1.2 Keine KeL-Preisuntergrenzenkontrolle

Kein weiterer Zweck der hiesigen Entgeltregulierung ist es, die in § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG vorgeordnete Preisuntergrenze (Dumping) durch eine KeL-Preisuntergrenze – wie etwa in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG a. E. enthalten – zu ergänzen bzw. faktisch zu ersetzen.

Zwar ist die Vorgabe einer solchen KeL-Preisuntergrenze namentlich dann vorstellbar, wenn die Vorleistungspreise auf jeden Fall ein KeL-Niveau erreichen sollten, etwa, weil dritten Unternehmen Planungs- und Investitionssicherheit beim Aufbau neuer Infrastrukturen geboten werden soll. In diesen Fällen könnte es aus Konsistenzgründen erwägenswert sein, eine KeL-Preisuntergrenze zu normieren,

vgl. auch BT-Drs. 15/2316, S. 68, wo in Hinblick auf die nunmehr in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG a.E. enthaltene KeL-Preisuntergrenze auf das Konsistenzgebot hingewiesen wird.

Vorliegend geht es jedoch gerade nicht vorrangig darum, den Aufbau neuer analoger UKW-Antennenanlagen zu fördern (siehe oben, Ziffer 3.2.1.2.1). Im Vordergrund der hiesigen Entgeltregulierung steht vielmehr der Ansatz, das Entstehen von Wettbewerb auf dem Endnutzermarkt durch eine Inanspruchnahme der von der Betroffenen gewährten Antennen(mit)benutzung zu ermöglichen. Dafür jedoch ist zunächst einmal maßgeblich, dass die Abstände zwischen Endnutzer- und Vorleistungspreisen einen chancengleichen Wettbewerb zwischen Betroffener und Vorleistungsnachfragern gestatten. Das mit der vorliegenden Entgeltregulierung ebenfalls verfolgte Ziel, dem Aufbau alternativer Antenneninfrastrukturen nach Möglichkeit nicht im Wege zu stehen, tritt bei einem Konflikt zwischen den beiden vorgenannten Zielen zurück. Dies entspricht im Übrigen auch dem sonst im TKG vorfindlichen Regelmodell bei der Entgeltregulierung. Bei der in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG a.E. enthaltenen KeL-Untergrenze im Resalefall handelt es sich um eine Ausnahme, die so in keiner anderen Entgeltregulierungsvorschrift des TKG zu finden ist. Diese Ausnahme beruht letztlich auf der Erwägung, dass der auf der Inanspruchnahme von Resaleleistungen beruhende Dienstewettbewerb in preislicher Hinsicht nicht so attraktiv gestaltet sein darf, dass er einem auf Basis anderer Vorleistungen geführten Infrastrukturwettbewerb entgegenstehen könnte,

vgl. Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG-Kommentar, § 30 Rz. 58.

Diese Erwägungen lassen sich auf den vorliegenden Fall, in dem der Nachfrager zusätzlich zur Vorleistung der Betroffenen weitere Netzleistungen selbst erbringt und derart in einen Infrastrukturwettbewerb mit der Betroffenen tritt, gerade nicht übertragen.

Aus den Regulierungszielen,

zur Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe dagegen unten, Ziffer 3.2.6.5.2.1 a.E., ergibt sich deshalb kein Ansatzpunkt, eine KeL-Preisuntergrenze vorzusehen.

3.2.6.5.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne

Das Instrumentarium zur Ausübung der Missbrauchsaufsicht mit zusätzlicher KeL-Obergrenzenkontrolle unterscheidet sich in den Fällen der Überlassungsentgelte für die Antennen(mit)benutzung einerseits (Ziffer 3.2.6.5.2.1) und die hierfür verlangten Einmalentgelte sowie die Kollokationsentgelte andererseits (Ziffer 3.2.6.5.2.2). In beiden Fällen sieht die Beschlusskammer ab dem 31.03.2015 Formen der ex-ante-Regulierung vor, die dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen. Für einen Übergangszeitraum bis zum 30.03.2015 reicht allerdings eine nachträgliche Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG zur Erreichung der Zielerreichung noch aus (Ziffer 3.2.6.5.2.3).

3.2.6.5.2.1 Überlassungsentgelte für die Antennen(mit)benutzung: Retail-Minus

Im Fall der Überlassungsentgelte für die Antennen(mit)benutzung sieht die Beschlusskammer ab dem 31.03.2015 (zur Begründung dieses Datums siehe die Ausführungen unter Ziffer 3.2.6.5.2.3) ein Vorgehen nach dem Retail-Minus-Grundsatz vor. Bei diesem Vorgehen werden die laufenden Entgelte – in Anlehnung an die Norm des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG – genehmigt durch Gewährung eines Abschlags auf den Endnutzerpreis, der es einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten ermöglicht, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu erzielen. In der Entgeltgenehmigung tenoriert wird dabei der sich ergebende absolute Vorleistungspreis.

Die Auferlegung der Retail-Minus-Regulierung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um zu gewährleisten, dass die Überlassungsentgelte die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten. Gleichzeitig ist eine angemessene Verfahrensgestaltung sichergestellt. Schließlich eignet sich die vorgesehene Vorgehensweise auch besser (im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG) als die in § 31 Abs. 1 TKG genannten Vorgehensweisen, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

Der Retail-Minus-Ansatz ist geeignet, die angestrebte KeL-Obergrenze zu wahren. Aufgrund der in Ziffer 1. des Tenors verfügten Regulierung der von der Betroffenen verlangten Endnutzerentgelte ist sichergestellt, dass die für die Retail-Minus-Regulierung maßgeblichen Ankerpreise – nämlich eben die Endnutzerpreise – die KeL-Obergrenze einhalten. Im Fall der Ziffer 1.1 des Tenors folgt dies aus der Nicht-Überschreitung der zum 01.04.2013 eingeführten Preisliste (vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziffer 3.1.5.2.1.1 der Begründung), im Fall von Ziffer 1.2 des Tenors aus der Genehmigungsentscheidung. Die Vornahme eines kostenorientierten Abschlags auf diese Preise führt dazu, dass die Überlassungsentgelte für die Antennen(mit)benutzung dann ebenfalls die KeL-Obergrenze einhalten.

Gleichzeitig ist die hier vorgesehene Vorgehensweise besser als die in § 31 Abs. 1 TKG genannten Vorgehensweisen geeignet, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

Denn zum einen ist bei einem Retail-Minus-Vorgehen – weil nur die jeweilige Abschlagshöhe zu berechnen ist – die Überprüfung der KeL-Obergrenze grundsätzlich mit weitaus weniger Ressourcenaufwand auf Seiten der Betroffenen und der Bundesnetzagentur verbunden, als wenn die Überlassungsentgelte ebenfalls einer vollumfänglichen Einzeldienst- bzw. Warenkorb-Regulierung nach § 31 Abs. 1 TKG unterworfen werden würden. Lediglich in den Fällen, in denen die Betroffene keiner Genehmigungspflicht auf Endnutzerebene unterliegt, wird die Beschlusskammer auf Grundlage der von der Betroffenen auf Vorleistungsebene vorzulegenden Kostennachweise eine nicht bereits auf Endnutzerebene vorgenommene eigenständige Bottom-Up-Kalkulation der Entgelte zur Ermittlung des zutreffenden prozentualen Abschlags auf den – im Rahmen des § 34 TKG mitzuteilenden – Endnutzerpreis durchführen müssen. Ansonsten jedoch kann sie für die Ermittlung des Vorleistungspreises auf die Erkenntnisse aus den im Endnutzerbereich geführten Entgeltgenehmigungsverfahren aufsetzen. Soweit dabei die Betroffene für bestimmte Übertragungsleistungen keine Endnutzerpreise (mehr) benennt – was etwa im Rahmen einer einzelfrequenzbasierten Entgeltgestaltung passieren könnte, sollte die entsprechende Frequenz bereits von einem Wettbewerber unter Mitbenutzung der Antennenanlage der Betroffenen bedient werden oder es sich um eine neue Sendefrequenz handeln –, würde die Kalkulation der Beschlusskammer auf Hilfsgrößen, so etwa auf eine Fortschreibung vorher genehmigter Entgelte oder auf eine Kostenprüfung vergleichbarer Leistungen, zurückgreifen können.

Zum anderen gewährleistet der Retail-Minus-Ansatz, dass etwaige KeL-Unterschreitungen der Betroffenen auf der Endnutzerseite derart an den Vorleistungsnachfrager weitergegeben werden, dass sich das kostenseitig festgestellte Verhältnis der laufenden Antennenkosten zu den laufenden Gesamtkosten der Endnutzerleistung entgeltseitig im Verhältnis von laufenden Vorleistungspreisen zu laufenden Endnutzerpreisen widerspiegelt. Die Wettbewerbsposition des Vorleistungsnachfragers verschlechtert sich damit auch im Fall strategischer Preissetzungen im Endnutzerbereich nicht,

siehe zur Entbehrlichkeit einer KeL-Preisuntergrenzenkontrolle Ziffer 3.2.6.5.1.2.

Bei einer expliziten KeL-Preisobergrenzenkontrolle im Sinne von § 31 Abs. 1 TKG bedürfte es dagegen einer positiv festgestellten Preis-Kosten-Schere, um bei auf oder über KeL-Niveau beantragten Vorleistungsentgelten überhaupt KeL-Unterschreitungen auf Endnutzerebene nachvollziehen zu können. Die aus Gründen der Chancengleichheit für den Vorleistungsnachfrager wünschenswerte Parallelität von Endnutzer- und Vorleistungspreis wäre damit schwieriger herzustellen als im Falle einer Retail-Minus-Regulierung.

Der verfügte Ansatz ist auch erforderlich, um die Einhaltung der KeL-Obergrenze sicherzustellen. Ein milderer, aber gleich wirksames Mittel stellt insbesondere nicht ein Vorgehen nach § 38 TKG (oder gar § 38 Abs. 2 bis 4 TKG) dar.

Ein solches Vorgehen wäre zwar in der Lage, über die Prüfung des Vorliegens von Preis-Kosten-Scheren nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu materiellen Ergebnissen vergleichbar mit denjenigen zu gelangen, die sich vorliegend mit Hilfe des Retail-Minus-Ansatzes erzielen lassen,

vgl. zur Vornahme von Scheren-Prüfungen auch Beschluss BK 3b-09/069 vom 17.09.2010, Seite 41f. des amtlichen Umdrucks, zur Regulierung von Bitstromentgelten, und Beschluss BK 3g-09/085 vom 21.03.2011, S. 64f. des amtlichen Umdrucks der öffentlichen Fassung (NB: bei Erlass dieser Regulierungsverfügungen hatte sich die Beschlusskammer noch nicht – weil die gesetzlichen Grundlagen dafür noch nicht geschaffen waren – mit den Vor- und Nachteilen einer Retail-Minus-Regulierung auseinandersetzen können).

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der § 38 TKG hat allerdings nicht die Effektivität, die für die vorliegenden Zwecke erforderlich ist und durch die Auferlegung eines Genehmigungsvorbehalts erreicht wird. Im Gegensatz zu den oben genannten Beispielen der Bitstrom- und der Glasfaser-TAL-Entgeltregulierung geht es hier weder um ein standardisiertes Produkt für einen nachgelagerten Massenmarkt noch um eine wettbewerbliche Randleistung. Die Antennen(mit)benutzung ist vielmehr das zentrale Vorleistungsprodukt, um Wettbewerbern auf dem Endnutzermarkt für UKW-Übertragungsleistungen das Angebot individualisierter Leistungen zu ermöglichen. Damit Wettbewerber solche Angebote zeitgleich in Konkurrenz sowohl zur Betroffenen als auch zu anderen Vorleistungsnachfragern abgeben können, müssen sie jedoch einerseits mit hinreichendem zeitlichen Vorlauf Kenntnis von den Vorleistungskonditionen haben und sich andererseits auch auf den Fortbestand dieser Konditionen innerhalb eines gewissen Zeitraums verlassen können. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Wettbewerber sich selbst in einer Markteintrittsphase befinden, die als solche bereits mit vielfachen Unsicherheiten behaftet ist. Zusätzliche Unsicherheiten sollten deshalb vermieden werden.

Mit Blick auf diese Anforderungen weist das Verfahren nach § 38 TKG den – gravierenden – Nachteil auf, dass es gemäß § 38 Abs. 1 S. 3 TKG nicht zu einer Vorabprüfung käme, sollte die Betroffene Leistungen individuell vereinbaren, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind. Gerade auf dem vorliegend betrachteten Vorleistungsmarkt, der relativ wenige Nachfrager und pro nachgefragtem Versorgungsgebiet nur relativ wenige Grundleistungen umfassen wird, ist eine solche Individualisierung durchaus naheliegend. Individualisierungen bergen indes immer die Gefahr einer sachlich ungerechtfertigten Vorteilsseinräumung zugunsten bestimmter Wettbewerber in sich.

Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, dass eine Prüfung nach § 38 die Planungssicherheit gewähren könnte, die mit Hilfe eines Genehmigungsvorbehalts erzielbar ist. Denn anders als im Genehmigungsfall, bei dem gemäß § 35 Abs. 4 TKG die Genehmigung mit einer Befristung versehen werden soll, ist ein Unternehmen im Fall des § 38 TKG nicht daran gehindert, seine Preisliste wiederholt zu ändern, um so – nach Ablauf der in § 38 Abs. 1 TKG enthaltenen Zweimonatsfrist und bei Wahrung der Voraussetzungen des § 28 TKG – möglicherweise engen Kalkulationen der Wettbewerber den Boden zu entziehen.

Die Missbrauchsaufsicht mit Vorabkontrolle nach § 38 TKG stellt sich damit nicht als gleich geeignetes Mittel dar. Selbiges gilt erst recht für eine (einfache) Missbrauchsaufsicht nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG oder für ein vollständiges Absehen von einer Entgeltregulierung.

Schließlich ist die Auferlegung der Genehmigungspflicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter ersichtlich, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

Dies gilt namentlich auch mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber für den Resale-Bereich in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TKG a. E. die Retail-Minus-Regulierung mit einer KeL-Preisuntergrenzenprüfung verknüpft hat.

Diese Normierung ist vorliegend jedenfalls insofern ohne Belang, als das dort vorgesehene Regelmodell mangels unionsrechtlichen Ursprungs keine ermessenslenkende Funktion entfaltet,

vgl. zur Bedeutung des Unionsrechts bei derartigen Regelmodellen BVerwG, Urteil 6 C 23.12 vom 11.12.2013, Rz. 26ff.

Was dagegen die KeL-Preisuntergrenze selbst angeht, so ist bereits unter Ziffer 3.2.6.5.1 aufgrund einer Untersuchung der Regulierungsziele dargelegt worden, dass vorliegend nur eine Überschreitung, nicht aber eine Unterschreitung des KeL-Preisniveaus vermieden werden sollte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine solche Unterschreitung allein zum Schutz der Betroffenen ausgeschlossen werden sollte. Vielmehr liegt es in der Hand der Betroffenen selbst, durch entsprechende Antragstellungen im Endnutzer- und Vorleistungsbereich ihre Interessen zu wahren.

Ansonsten gelten hinsichtlich der Angemessenheit im Ergebnis die gleichen Erwägungen, die unter Ziffer 3.1.5.2.3 mit Bezug auf den Endnutzermarkt angestellt worden sind.

Soweit schließlich die Divicon Media Holding GmbH anregt, die Standortmieten im Entgeltgenehmigungsbescheid gesondert auszuweisen, wird auf die entsprechenden Genehmigungsverfahren und die in diesem Rahmen zu beachtenden Vorschriften zum Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verwiesen.

3.2.6.5.2.2 Einmalentgelte für die Antennen(mit)benutzung und Entgelte für die Kollokation: Prüfung nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 TKG

Die einmaligen Entgelte für die Gewährung der Antennen(mit)benutzung sowie die Entgelte für die Gewährung des Kollokationszugangs werden ebenfalls ab dem 31.03.2015 auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigt.

Die Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 TKG anhand des KeL-Maßstabs ist geeignet, sowohl Überschreitungen der KeL-Obergrenze zu vermeiden als auch die Einhaltung der in § 28 TKG enthaltenen Vorgaben zu sichern.

Die Pflicht ist auch erforderlich. Weder ein Retail-Minus-Ansatz noch eine Missbrauchsaufsicht nach § 38 TKG (oder § 38 Abs. 2 bis 4 TKG) könnten die Einhaltung der KeL-Obergrenze gewährleisten. In beiden Fällen fehlt es bereits an einem Endnutzerpreis, der – sofern er wettbewerblicher oder wettbewerbsanaloger Natur wäre – als Ankerpunkt für die Durchführung von Abstandstests zwischen Endnutzer- und Vorleistungspreis dienen könnte. Darüber hinaus ist auch hier zu bedenken, dass sich das Antennen(mit)benutzungsprodukt in der Markteinführungsphase befindet. Der „richtigen,“ d.h. einer den Regulierungszielen genügenden Preissetzung kommt deshalb vorliegend eine herausgehobene Bedeutung zu.

Die Auferlegung einer Genehmigungspflicht anhand des KeL-Maßstabs ist schließlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Jedenfalls in der Markteinführungsphase, in der sich die Entgeltsystematik und die Entgelthöhen noch herausbilden müssen und deshalb besondere Sensibilität geboten ist, ist eine Entgeltgenehmigungspflicht auch unter Berücksichtigung der ansonsten betroffenen Rechtsgüter, so namentlich der Grundrechte nach Art. 12 und 14 GG, angemessen und verhältnismäßig.

3.2.6.5.2.3 Übergangszeitraum bis zum 30.03.2015

Die Zugangsentgelte der Betroffenen werden bis zum 30.03.2015 der nachträglichen Regulierung gemäß § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen.

Bis zu diesem Zeitpunkt entspricht diese Form der Entgeltregulierung noch dem Verhältnismäßigkeitsgebot (siehe dazu auch die Ausführungen unter Ziffer 3.2.6.4.2). Sie resultiert letztlich aus der Erwägung, dass es der Beschlusskammer aufgrund der von der Betroffenen benötigten

Vorbereitungszeiten einerseits und der für die Entgeltprüfung durch die Kammer geltenden Fristen (vgl. § 31 Abs. 4 S. 3 TKG) andererseits nicht möglich sein wird, vor dem 31.03.2015 belastbare Aussagen zur Genehmigungsfähigkeit von Zugangsentgelten zu treffen. Die Beschlusskammer und die Betroffene teilen dabei allerdings das Verständnis, dass der Entgeltgenehmigungsantrag bis zum 20.01.2015 bei der Beschlusskammer eingehen wird.

Dritte Unternehmen werden durch diese Vorgehensweise nicht übermäßig negativ betroffen. Ein bei früherer Geltung der Genehmigungspflicht eventuell erlassener Eilbescheid würde nur einen geringen Erkenntniswert für die Vorleistungsnachfrager haben, weil ein solcher Bescheid nicht auf einer umfassenden Prüfung der Kostenunterlagen beruhen würde und daher voraussichtlich nach Abschluss der Prüfungen durch einen rückwirkenden Bescheid mit anderen Entgelten zu ersetzen wäre. Ein frühzeitig erlassener Eilbescheid würde darum keine Basis darstellen, auf dessen Grundlage Wettbewerber Endnutzangebote für Zeiträume nach dem 01.01.2016 verlässlich kalkulieren könnten. Darüber hinaus ist auch nicht anzunehmen, dass die Betroffene vor dem 31.03.2015 die hier fraglichen Zugangsleistungen in nennenswertem Umfang erbringen wird. Hierfür sprechen sowohl die in § 22 Abs. 1 TKG enthaltene Angebotsfrist als auch der Umstand, dass in den ersten Monaten nach Erlass der Regulierungsverfügung noch kein geprüftes Standardangebot vorliegen wird. Für die Übergangszeit bis zum – ersten – Abschluss der Kostenprüfungen genügt deshalb für die hier gegenständlichen Zugangsentgelte eine nachträgliche Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

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 beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Bonn, den 19.12.2014

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers

Anlage
Festlegung der Präsidentenkammer (geschwärzte Fassung)