



Beschlusskammer 3

BK 3b-06-014

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem netzweiten Markt der Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihr Breitbandkabelnetz

betreffend die

Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG, Betastraße 6-8, 85774 Unterföhring, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 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

*Kabel Deutschland GmbH (KDG)
Betastraße 6-8
85774 Unterföhring*

und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere das Unternehmen Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG, verfügen auf

den nachfolgend genannten und den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG genügenden Märkten im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht:

- a) Netzweiter Markt der KDG und der mit ihr verbundenen Unternehmen für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihre Breitbandkabelnetze.
- b) [...].“

auf die mündliche Verhandlung vom 21.04.2009

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

Die Regulierungsverfügung BK 3b-06-014 vom 17.04.2007 wird rückwirkend ab dem 25.04.2007 insoweit ergänzt, als die Entgelte für Einspeiseleistungen der Betroffenen der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend unterworfen werden.

Sachverhalt

Die Betroffene betreibt bundesweit mit Ausnahme der Gebiete Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen die ehemals von der Deutschen Bundespost aufgebauten und vorwiegend der Netzebene 3 (örtliche Verteilnetze) zugehörigen Breitbandkabelnetze. Darüber hinaus betreibt und nutzt sie eine digitale technische Plattform sowie eine digitale Programmplattform. Die Betroffene bietet die analoge und digitale Übermittlung von Rundfunksignalen über Breitbandkabelnetze, die damit in Verbindung stehenden Dienstleistungen sowie in steigendem Umfang auch Telefonie und breitbandigen Internetzugang an.

Der Betroffenen sind mit Regulierungsverfügung BK 3b-06-014 vom 17.04.2007, zugestellt am 25.04.2007, verschiedene Regulierungsverpflichtungen auferlegt worden. Mit Urteil 21 K 2048/07 vom 21.01.2009 hat das Verwaltungsgericht Köln die Regulierungsverfügung hinsichtlich der darin auferlegten nachträglichen Entgeltregulierungspflicht für die Einspeiseleistungen (Ziffer I.1.2 des Tenors) aufgehoben, weil die Behörde nicht abgewogen habe, ob stattdessen ein die Betroffene weniger belastender vollständiger Verzicht auf eine Entgeltregulierung ausgereicht hätte. Die Marktdefinition und Marktanalyse sowie die ebenfalls auferlegte Transparenzverpflichtung sind hingegen vollumfänglich bestätigt worden.

Die Beschlusskammer hat daraufhin die Betroffene mit Schreiben vom 06.02.2009 informiert, dass sie beabsichtige, die Ermessensbestätigung unverzüglich nachzuholen und die nachträgliche Entgeltregulierungspflicht mit einer Ermessenbegründung der Betroffenen rückwirkend erneut aufzuerlegen.

In ihrer Stellungnahme vom 20.02.2009 hat die Betroffene gebeten, jedenfalls vor Ausfertigung des Urteils des VG Köln von der Einleitung eines neuen Verfahrens abzusehen. Denn die Beschlusskammer müsse den schriftlichen Urteilsgründen Rechnung tragen, und auch die Betroffene könne erst nach Vorliegen dieser Gründe fundiert Stellung nehmen. Für ein neues Verfahren und eine etwaige rückwirkende Auferlegung der Entgeltkontrolle bestehe zudem derzeit keine Notwendigkeit. Soweit es ein derzeit ruhendes Beschwerdeverfahren gebe, sei die Betroffene bereit, dieses Thema einvernehmlich auf Basis der Kriterien des § 28 TKG zu klären. Darüber hinaus habe eine erneute Verfügung auf der Grundlage eines neuen Verfahrens und einer

neuen – unbefangenen – Entscheidung zu erfolgen. Die Marktdefinition und die Marktanalyse aus dem Jahr 2006 seien zeitlich und auch inhaltlich im Hinblick auf die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse überholt und keine zulässige Grundlage einer Entgeltregulierung nach § 39 TKG. Ohnehin sei davon auszugehen, dass die Bundesnetzagentur gemäß § 14 Abs. 2 TKG sehr bald eine erneute Überprüfung der Marktanalyse vornehme. Schließlich sei eine rückwirkende Auferlegung von Entgeltkontrollrechten auf Grundlage einer zeitlich überholten Marktanalyse unzulässig. Aus § 13 TKG ergebe sich keine Befugnis zur rückwirkenden Einführung von Verpflichtungen.

Der Entwurf der Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 6/2009 vom 01.04.2009 als Mitteilung Nr. 201/2009 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind drei schriftliche Stellungnahmen von Unternehmen und Verbänden eingegangen.

Die Betroffene hält die vorgeschlagene Maßnahme für nicht erforderlich und bittet die Beschlusskammer um sorgfältige Prüfung im Rahmen ihres Entschließungsermessens, ob zum jetzigen Zeitpunkt an der beabsichtigten Auferlegung festgehalten werden müsse.

Zum einen sei die neue Marktuntersuchung für die Rundfunkübertragung soeben begonnen worden; ihr Abschluss sei in absehbarer Zeit zu erwarten. Zum anderen unterlägen die Rundfunkübertragungsmärkte einem rapiden Wandel, weswegen bisherige, auf der Annahme eines natürlichen Monopols des Kabels basierende Einschätzungen nicht mehr trügen. Die frühere Leitfunktion der analogen Verbreitung sei vollumfänglich der Simulcast-Phase gewichen; die Simulcast-Phase beginne der Volldigitalisierung zu weichen. Endkunden und Programmveranstalter hätten reale und effektive Wahlmöglichkeiten bis hin zur Mehrfachversorgung. Des Weiteren sei die zu Grunde liegende Festlegung nicht bestandskräftig, sondern beim Bundesverwaltungsgericht rechthängig. Schließlich habe es reale Marktprobleme, die zu einer Korrektur durch behördliches Einschreiten führen könnten, nicht gegeben, und sie seien für den engen Zeitraum bis zum Abschluss der neuen Marktanalyse auch nicht zu erwarten. Denn mit den nach Auffassung der Beschlusskammer besonders schützenswerten öffentlich-rechtlichen Sendeunternehmen sei ein langfristiger Einspeisevertrag geschlossen worden, und bezüglich der kleineren und lokalen Rundfunkanbieter ließen sich angesichts der involvierten Kleinstbeträge gerade außerhalb einer förmlichen Regulierung einvernehmliche Lösungen finden.

Darüber hinaus stelle die bisherige Begründung des Entwurfs mit falschen Annahmen auch die Rechtmäßigkeit einer etwaigen Verfügung in Frage.

Der Konsultationsentwurf scheine davon auszugehen, dass Grundlage einer Auferlegung der Sachstand sei, wie er sich als Ergebnis der Marktuntersuchung zu Markt 18 der Märkteempfehlung in den Jahren 2004 bis 2006 ergeben habe. Hingegen setze nach Auffassung der Betroffenen ein ergänzendes Verfahren auch eine Aktualisierung des Sachverhalts voraus. Denn maßgeblich sei die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der (neuen) Entscheidung. Der hiernach erforderlichen aktualisierenden Sachverhaltsfeststellung und –bewertung würden die im Folgenden genannten Erwägungen nicht gerecht. Sie entsprächen nicht oder jedenfalls nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten. Dies gelte für Ausführungen der Beschlusskammer, wonach Marktkräfte auch auf längere Sicht die Marktmacht der Betroffenen nicht erodieren lassen könnten, aber auch für zumindest missverständliche Aussagen zu angeblichen Missbrauchspraktiken der Betroffenen. Die Beschlusskammer übersehe zudem, dass es kein Diskriminierungspotenzial bei den Einspeiseverträgen gebe. Schließlich gebe es kein gleichgerichtetes Verhandlungsinteresse zwischen der Betroffenen und reichweitenstarken Sendeunternehmen. Vielmehr führten diese Unternehmen urheberrechtliche Rechtsstreitigkeiten gegen die Betroffene.

Es blieben auch rechtliche Bedenken gegen die beabsichtigte rückwirkende Auferlegung einer nachträglichen Entgeltkontrolle für Einspeiseleistungen. Eine rückwirkende Anordnung würde den in den §§ 10ff. TKG vorgegebenen, zeitlich gestuften Ablauf durchbrechen. Auch „allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts“ könnten keine entsprechende Möglichkeit eröffnen. Bei den von der Beschlusskammer zitierten Entscheidungen handele es sich um Sonderfälle. Man-

gels gesetzlicher Befugnis sei ein rückwirkender Erlass unzulässig. Auf Vertrauensgesichtspunkte könne es damit nicht ankommen. Darüber hinaus wäre eine rückwirkende Auferlegung von Entgeltkontrollrechten auch nicht zweckmäßig. Eine rückwirkende Regulierungsverfügung könne keine Steuerungsfunktion entfalten.

Korrekturbedürftig erscheine auch die Annahme, die Aufhebung der Regelungen zum Entgelt für Einspeiseleistungen beruhe nicht auf der materiellen Rechtswidrigkeit der Maßnahme. Bei einem Ermessensausfall handele es sich um einen materiellen Fehler und nicht um einen Fall des bloßen Fehlens einer Begründung. § 39 Abs. 3 TKG verlange eine unbefangene Ermessensausübung – im Bewusstsein des bestehenden Ermessens und unter Berücksichtigung der Vorgaben des Verwaltungsgerichts zur Ermessensbetätigung – vor einer etwaigen Entscheidung zur Entgeltkontrolle.

Schließlich sei es missverständlich, dass im Entwurf die KeL als allgemeingültige Obergrenze für die geforderten Preise herausgestellt würden. Bei der Prüfung nach § 39 Abs. 3 TKG erfolge keine Prüfung am KeL-Maßstab.

Der VPRT (Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.) verweist bezüglich des inhaltlichen Vortrags vollumfänglich auf die im Laufe des ersten Teils der Konsultationen abgegebenen Stellungnahmen, zuletzt vom 27.11.2006. Am entscheidungserheblichen Sachverhalt habe sich insoweit nichts verändert. Es sei zu begrüßen, dass die Bundesnetzagentur auf die zu Beginn des Verfahrens getroffenen Feststellungen zur Marktdefinition und –analyse zurückgreife. Im Übrigen habe der aktuelle Digitalisierungsbericht der GSDZ nach wie vor das Kabel als mit Abstand bedeutendsten Übertragungsweg ermittelt. Nach wie vor treffe die Feststellung zu, dass die Betroffene auf dem Markt keiner Konkurrenz ausgesetzt sei. Nicht unterstützen könne der VPRT allerdings die Feststellungen der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Nichtausschöpfung des Preissetzungspotenzials. Schließlich sei dem VPRT nicht bekannt, dass die Betroffene ihrer Veröffentlichungspflicht für Musterverträge nachgekommen sei. Die Bundesnetzagentur sollte die Betroffene anhalten, dieser Pflicht zu entsprechen.

Die Premiere AG trägt vor, sie sei als Pay TV Vermarkter auf die Verbreitung im Netz der Betroffenen angewiesen, da der Verbreitungsweg nicht durch andere Verbreitungswege austauschbar sei und Premiere eigene Abonnenten über die Kabelwege versorge. Gegenüber dem Marktanalyseverfahren habe sich insofern nichts geändert. Dies gelte auch mit Blick auf die Marktmacht der Betroffenen. Gegenüber kleineren und Pay TV Sendern sei diese medienrechtlich weder in der Verbreitung noch in der Höhe des Entgelts reguliert. Nur die Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur schütze die genannten Nachfrager.

Nach den Erfahrungen der Premiere AG träfen die Feststellungen der Beschlusskammer zur Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Anordnung zu. So hätten die Verhandlungen in der Vergangenheit gezeigt, dass die Betroffene versuche, entweder überhöhte Zugangsentgelte zu verlangen oder die Einspeisung nur zusammen mit anderen Leistungen der Verschlüsselung oder dem Multiplexing der Premiere-Programme anzubieten, wobei die überhöhten Preise dann in den Kosten für die Dienstleistungen „versteckt“ würden. Die Wirksamkeit der Regulierungsverfügung zeige sich schon darin, dass die reine Möglichkeit der Überprüfung während der Verhandlungen moderierend gewirkt habe. Die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts reiche demgegenüber nicht aus. Denn die Bundesnetzagentur könne auf andere Ressourcen und – etwa mit § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG – auf einen anderen Rechtsrahmen zurückgreifen. Zudem müsse die Bundesnetzagentur im Unterschied zum Bundeskartellamt innerhalb bestimmter Fristen entscheiden.

Der Betroffenen sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in der am 21.04.2009 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 im Amtsblatt Nr. 9/2009 vom 20.05.2009 als Mitteilung Nr. 291/2009 sowie im Amtsblatt Nr. 11/2009 vom 17.06.2009 als Mitteilung Nr. 327/2009 veröffentlicht worden. Hierauf wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Vortrags Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt ist unter dem 10.06.2009 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Mit Schreiben vom 19.06.2009 hat das Bundeskartellamt mitgeteilt, es halte die rückwirkende Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung bezüglich der Einspeiseentgelte auf der Grundlage der geltenden Festlegung der Präsidentenkammer für eine verhältnismäßige Regulierungsmaßnahme und stimme dem Verfügungsentwurf zu.

Unter dem 24.06.2009 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der Regulierungsverfügung der EU-Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet. Mit Schreiben vom 23.07.2009 hat die EU-Kommission mitgeteilt, dass sie zum übersandten Entwurf keine Bemerkungen hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

Rechtliche Grundlage für die der Betroffenen auferlegte Maßnahme ist § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. den §§ 13 Abs. 1 und 39 Abs. 3 S. 1 TKG.

1. Zuständigkeit und Verfahren für die Auferlegung von Maßnahmen nach dem 2. Teil des Telekommunikationsgesetzes

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtung gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. den §§ 13 Abs. 1 S. 1 und 39 Abs. 3 S. 1 TKG 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 erfolgen die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

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

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind jeweils gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

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).

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

2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse verfügt die Betroffene auf dem den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG genügenden netzweiten Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihre Breitbandkabelnetze im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der dem Beschluss BK 3b-06-014 vom 17.04.2007 als Anlage beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 3 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

Entgegen der Auffassung der Betroffenen kann diese Festlegung, solange sie weder durch eine erneute Definition und Analyse ersetzt noch rechtskräftig aufgehoben worden ist, für die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen herangezogen werden. Die Tatsache, dass die dieser Ergänzung zu Grunde liegende Festlegung der Präsidentenkammer mit der Regulierungsverfügung vom 17.04.2007 wirksam wurde, ändert an der Möglichkeit der rückwirkenden Auferlegung von Verpflichtungen nichts. Es spricht nach Ansicht der Beschlusskammer viel dafür, dass eine Überschreitung der in der Ordnungsvorschrift des § 14 Abs. 2 TKG vorgesehenen Überprüfungsfrist von zwei Jahren allgemein weder zur Unwirksamkeit noch zur Rechtswidrigkeit der Festlegungen nach §§ 10 und 11 TKG oder der auf dieser Basis im Rahmen einer Regulierungsverfügung auferlegten Abhilfemaßnahmen führt. Jedenfalls in der vorliegenden Konstellation, in der lediglich der Status quo ante durch eine nachträgliche Vornahme der erforderlichen Ermessensentscheidung wiederhergestellt wird, ist der Ablauf der in § 14 Abs. 2 TKG geregelten Frist unschädlich. Ansonsten würde der vom Bundesverwaltungsgericht in dem einen vergleichbaren Sachverhalt betreffenden Urteil 6 C 39.07 vom 28.01.2009 auf Rz. 44 gegebene Hinweis, dass die Regulierungsverfügung gegebenenfalls noch um eine rechtmäßige Maßnahme der Entgeltregulierung ergänzt werden kann, ins Leere laufen.

3. Regulierung des Einspeiseentgeltes, § 39 Abs. 3 S. 1 TKG

Die Entgelte für Einspeiseleistungen der Betroffenen werden rückwirkend ab Bekanntgabe der Regulierungsverfügung BK 3b-06-014 am 25.04.2007 der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend unterworfen. Diese Entscheidung folgt aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 39 Abs. 3 S. 1 TKG eingeräumten Ermessens.

a. Maßgeblich für die Frage, ob der Betroffenen eine Verpflichtung nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG nachträglich aufzuerlegen ist, ist die zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der zu ergänzenden Entscheidung – hier mithin der am 25.04.2007 bekannt gegebenen Regulierungsverfügung – bestehende Sach- und Rechtslage. Denn Sinn und Zweck der vorliegenden Regulierungsverfügung ist es, die gegenüber der Betroffenen geltenden Regulierungsverpflichtungen (rückwirkend) so zu fassen, wie die Beschlusskammer sie im April 2007 gefasst hätte, hätte sie Kenntnis von der Notwendigkeit einer Ermessensausübung auch bei Verpflichtungen nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG gehabt.

In der Auferlegung bestimmter Vorabverpflichtungen findet letztendlich das von der nationalen Regulierungsbehörde verfolgte Regulierungskonzept seinen Ausdruck,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 42.06 vom 28.11.2007, Rz. 25, und Urteil 6 C 39.07 vom 28.01.2009, Rz. 44.

Dieses Regulierungskonzept muss sowohl die Behandlung der Leistungs- als auch der Entgeltseite von marktangehörigen Produkten im Blick haben. Bei Erlass der Regulierungsverfügung 2007 war, wie sich mit Urteil 21 K 2048/07 des VG Köln vom 21.01.2009 herausgestellt hat, die Beschlusskammer indes zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Entgeltseite der Einspeiseleistungen bereits gesetzesunmittelbar einer (Mindest-)Regulierung unterworfen sei. Zur Behebung dieses Mangels und um sicherzustellen, dass die Beschlusskammer bei der Regulierung des Einspeisemarktes ein insgesamt stimmiges Konzept im Sinne von § 9 Abs. 2 TKG verfolgt und darüber auch Rechenschaft ablegt, wird die erforderliche Ermessensausübung vorliegend nachgeholt. Ob § 9 Abs. 2 TKG die Beschlusskammer zur Vornahme dieser nachträglichen Ermessensausübung sogar rechtlich verpflichtet – worüber durchaus gestritten werden kann –, kann vorliegend dahin stehen. Jedenfalls sieht es die Beschlusskammer auch angesichts des absehbar beschränkten zukünftigen Geltungszeitraums der vorliegenden Ergänzung als sinnvoll an, die nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts Köln verbleibende Regulierungsverfügung auf ihre Adäquanz gegenüber etwaigen entgeltseitigen Wettbewerbsproblemen hin zu überprüfen.

Die Ermessensausübung konzentriert sich auf die Frage, ob die Einspeiseentgelte einer Missbrauchsaufsicht nach § 39 Abs. 3 S. 1 TKG (rückwirkend) zu unterwerfen sind oder nicht. Die Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 TKG bzw. einer Anzeigeverpflichtung nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG wurden von der Beschlusskammer hingegen bereits im Bescheid von 2007 abgelehnt. Im vorliegenden Fall, in welchem es lediglich um die rückwirkende Ausbesserung der Entscheidung von 2007 und nicht um eine Verbesserung derselben im Sinne einer Anpassung an eine etwaig veränderte Tatsachenlage geht (letzteres wird mit derjenigen Regulierungsverfügung erfolgen, welche die Beschlusskammer aufsetzend auf die derzeit in Vorbereitung befindlichen Festlegung der Präsidentenkammer erlassen wird), sind diese Entscheidungen als gegeben anzusehen. Allein zur besseren Verständlichkeit der nachfolgenden Ausführungen und zur Einpassung der Ermessensentscheidung in den Gesamtrahmen der Entgeltregulierung werden die maßgeblichen Gesichtspunkte, welche die Beschlusskammer zur Ablehnung einer Entgeltgenehmigungspflicht bzw. einer Anzeigeverpflichtung bewogen hatten, im Folgenden nochmals – nachrichtlich – aufgeführt.

Mit der beschränkten Zielrichtung der vorliegenden Regulierungsverfügung beschränkt sich allerdings auch das Tatsachenmaterial, welches die Beschlusskammer bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen hat. Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist nicht die aktuelle, sondern nur diejenige Sachlage zu würdigen, welche die Beschlusskammer im April 2007 bei Erlass der Regulierungsverfügung vorgefunden hat und einer damaligen Ermessensausübung zugrunde gelegt hätte. Alle in der Folgezeit gewonnenen Erkenntnisse kann die Beschlusskammer bei der hier zu treffenden Entscheidung dagegen ausblenden.

b. Der grundsätzliche Umfang des der Bundesnetzagentur eingeräumten Ermessensspielraums hinsichtlich der Entgeltkontrolle ergibt sich aus einer Zusammenschau nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften.

aa. Der nationale Gesetzgeber hat, was die vorliegende Fallkonstellation betrifft, im TKG die drei nachfolgend dargestellten und zueinander im Stufenverhältnis stehenden Entgeltkontrollsysteme geregelt. Als vierte Variante wäre an ein Absehen von jedweder Kontrolle zu denken.

Die schärfste Form der Entgeltkontrolle ist in § 39 Abs. 1 S. 1 TKG vorgesehen. Diese Norm bestimmt, dass die Bundesnetzagentur Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bezüglich des Angebots von Telekommunikationsdiensten für Endnutzer einer Entgeltgenehmigung unterwerfen kann, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberwahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. Die Bundesnetzagentur soll gemäß § 39 Abs. 1 S. 2 TKG die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen sei.

Besteht derart eine Genehmigungspflicht, so ist eine solche Genehmigung gemäß § 39 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine weiteren Versagungsgründe 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 TKG die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich im Grundsatz nach § 31 Abs. 2 S. 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. Die danach ermittelte Preisobergrenze simuliert denjenigen Preis, welcher sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde,

siehe Groebel, in: Säcker, Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 30 Rn. 19.

Als zweitschärfste Form der Entgeltkontrolle sieht § 39 Abs. 3 S. 2f. i.V.m. S. 1 und § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend vor, dass die Bundesnetzagentur unter Beachtung von § 39 Abs. 1 S. 1 TKG Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten kann, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige der Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 TKG vereinbar wäre. Unabhängig davon gilt, dass, wenn der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von marktmächtigen Unternehmen nicht den Maßstäben des § 28 genügen, die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung der Entgelte einleitet.

Im Entgeltmaßstab stimmt damit die Regulierung nach § 39 Abs. 3 S. 2f. TKG mit derjenigen nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG insofern überein, als in beiden Fällen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG zu beachten ist. Anders als im Fall der Entgeltgenehmigung wird allerdings im Fall des § 39 Abs. 3 TKG an angeblich überhöhte Entgelte allein der Missbrauchsmaßstab, nicht aber zusätzlich der KeL-Maßstab nach § 31 TKG angelegt.

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.

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.

Schließlich unterliegen gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG Entgelte für Endnutzerleistungen von Anbietern von Telekommunikationsdiensten, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, der nachträglichen Regulierung, sofern die entsprechenden Entgelte keiner Entgeltgenehmigung unterworfen worden sind; § 38 Abs. 2 bis 4 TKG gilt entsprechend. Bei Anwendung allein dieser Vorschrift entfällt sowohl die nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG vorgesehene doppelte Vorab-Entgeltprüfung am Missbrauchs- und am KeL-Maßstab als auch die alternativ aus § 39 Abs. 3 S. 2f. i.V.m. S. 1 und § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend folgende einfache Vorab-Entgeltprüfung allein am Missbrauchsmaßstab. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

bb. Mit den drei aufgezeigten Kontrollsystemen (Entgeltgenehmigung / Vorabmissbrauchskontrolle / Missbrauchskontrolle) hat der Gesetzgeber Art. 17 Abs. 1 und 2 Universaldienst-RL umgesetzt.

Nach der letztgenannten Vorschrift tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass bei fehlendem wirksamem Wettbewerb und der Schlussfolgerung, dass die Verpflichtungen nach der Zugangs-RL oder nach Art. 19 Universaldienst-RL nicht zur Erreichung der in Art. 8 Rahmen-RL vorgegebenen Ziele führen würden, die nationale Regulierungsbehörde den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Endnutzermarkt geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt. Diese Verpflichtungen sollen der Art des festgestellten Problems entsprechen und

angesichts der Ziele nach Art. 8 Rahmen-RL verhältnismäßig und gerechtfertigt sein. Zu den auferlegten Verpflichtungen können auch die Anforderungen gehören, dass die Unternehmen keine überhöhten Preise berechnen, den Markteintritt nicht behindern, keine Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anwenden, bestimmte Endnutzer nicht unangemessen bevorzugen oder Dienste nicht ungerechtfertigt bündeln. Die nationalen Regulierungsbehörden können diesen Unternehmen geeignete Maßnahmen zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen, Maßnahmen zur Kontrolle von Einzeltarifen oder Maßnahmen im Hinblick auf kostenorientierte Tarife oder Preise von vergleichbaren Märkten auferlegen, um die Interessen der Endnutzer zu schützen und einen wirksamen Wettbewerb zu fördern.

cc. Der Blick sowohl auf die zitierten nationalen Vorschriften als auch auf die diesen zugrunde liegenden europäischen Vorschriften zeigt, dass letztendlich die Bundesnetzagentur über das Ob und Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden hat. Denn jedenfalls unter der Bedingung, dass die jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind, lässt sich für keine der oben genannten Entscheidungsvarianten ein genereller Normenvorrang entdecken. Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen. Der Bundesnetzagentur stehen dabei Ermessensspielräume in vollem Umfang zu,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 59; vgl. für den Zugangsbereich – noch ohne Berücksichtigung der nachträglich eingefügten weiteren Kontrollvariante des § 30 Abs. 3 S. 2 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).

Die tatbestandlichen Merkmale, deren Erfüllung nach dem nationalen Gesetz Voraussetzung für die Eröffnung des aufgezeigten Ermessensspielraums ist, liegen mit Blick auf § 39 vor. Denn vorliegend stehen Entgelte für Endnutzerleistungen eines Anbieters von Telekommunikationsdiensten, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, in Rede. Die darüber hinaus in § 39 Abs. 1 TKG genannte und auch bei Verpflichtungen nach § 39 Abs. 3 TKG beachtliche,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, Rz. 59,

Voraussetzung, dass anderweitige Maßnahmen im Zugangsbereich und bezüglich der Betreiber(vor)auswahl nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führen würden, sind namentlich bei der näheren Zweckbestimmung der Entgeltkontrolle zu berücksichtigen.

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

c. Der Zweck der Entgeltkontrolle auf dem verfahrensgegenständlichen Markt ist ein zweifacher: Einmal ist sicherzustellen, dass die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen eingehalten werden, darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass die Entgelte für die Einspeiseleistungen die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten.

Diese Zwecke folgen 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 wird diese Zielsetzung, wie es sich auch aus dem Verweis in § 39 Abs. 1 S. 1 TKG ergibt, von den allgemeinen Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG. Danach hat die Regulierung u.a. die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (Nr. 1), einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern (Nr. 2) sowie effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen (Nr. 3).

Diese Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der – wie in der Festlegung der Präsidentenkammer gezeigt worden ist – von besonders hohen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist. Letztlich ist die Betroffene keiner Konkurrenz ausgesetzt. Jedenfalls aus der Perspektive der derzeit gültigen Festlegung zur Marktdefinition und –analyse ist nicht erkennbar, dass Marktkräfte diese Marktmacht auf längere Sicht erodieren lassen könnten.

aa. Die genannten Umstände können der Betroffenen einmal Anreize zu wettbewerbsschädigendem 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 preisliche Maßnahmen etwa in Form sachlich ungerechtfertigter Bündelungen bei der Verknüpfung von Einspeise- mit Multiplexing- und Verschlüsselungsleistungen, aber auch durch Vorteilseinräumungen zugunsten dritter Unternehmen, namentlich reichweitenstarker Veranstalter, die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und ggf. mit ihr auf den Werbe-, Senderrechte- und Zuschauermärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden damit insbesondere dem Regulierungsziel der Wahrung der Nutzerinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) widersprechen.

Erster 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.

bb. Die festgestellten Marktstrukturen bieten darüber hinaus aber auch Anreize, von den Nachfragern Preise zu verlangen, die nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen.

Für das allgemeine Wettbewerbsrecht spielen in diesem Sinne „überhöhte“ Entgelte allerdings regelmäßig keine Rolle. Es wird gleichwohl keine Preiskontrolle anhand der KeL vorgenommen. Denn Preise signalisieren Knappheitsbedingungen. Signifikant über den Kosten der effizienten Leistungserbringung liegende Preise werden in der Regel Mengenausweitungen nach sich ziehen. Dies wiederum hat Preissenkungen zur Folge. Ein solcher Effekt ist zum einen auf wettbewerblichen Märkten zu erwarten. Zum anderen können „überhöhte“ Preise aber auch auf vermachteten Märkten aktuelle und potenzielle Marktteilnehmer zu Expansionen und Marktzutritten bewegen und so zumindest auf mittlere bis längere Sicht zu Preisreaktionen führen, vorausgesetzt allerdings, dass die Marktzutrittsschranken tatsächlich in absehbarer Zeit überwunden werden können. Wettbewerbliche Selbstheilungskräfte untergraben so bestehende Marktmacht. Lediglich bei einer erheblichen Überschreitung des „Als-ob-Wettbewerbspreises“ kann überhaupt ein Missbrauchsvorwurf erhoben werden. Mit Rücksicht hierauf, aber auch auf die praktischen Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle finden derartige Missbrauchsverfahren in der Praxis kaum statt,

vgl. zur dargestellten Argumentation Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 19 Rz. 150, ders., in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht EG / Teil 1*, 4. Aufl. 2007, Art. 82 Rz. 133f., 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., jeweils m.w.N. In diesem Sinne auch BR-Drs. 755/03, S. 91 („Zum Abschnitt 3“).

Der vorstehend skizzierte Wirkungsmechanismus und damit die Ratio einer zurückhaltenden Preishöhenkontrolle sind indes auf dem verfahrensgegenständlichen Markt nicht anzutreffen. Zwar kann gerade bei Endnutzermärkten der Umstand eintreten, dass infolge von Maßnahmen im Zugangsbereich und/oder bei der Betreiber(vor)auswahl (vgl. § 39 Abs. 1 S. 1 TKG) die Marktzutrittshürden soweit gesenkt sind, dass der vorgenannte Wirkungsmechanismus greifen und damit eine eher verhaltene Preiskontrolle angezeigt sein kann. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um einen Endnutzermarkt, dem keine Zugangsmärkte vorgelagert sind. Außerdem sind auf diesem Markt keine Maßnahmen der Betreiber(vor)auswahl möglich. In der Folge können derartige Maßnahmen auch nicht die Zutrittshürden senken.

Am Ende würden selbst bei über den KeL liegenden Entgelten keine Markteintritte erfolgen, die die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen könnten. Gehandelt werden auf diesem Markt Übertragungsleistungen, welche die Betroffene einem Inhalteanbieter erbringt, damit dieser die an sein Netz angeschlossenen Zuschauer (oder Zuhörer) erreichen und in der Folge auf Werbe-, Senderechte- und/oder Zuschauermärkten tätig werden kann. Diese Leistungen können nicht durch andere Wettbewerber – seien es Betreiber von Kabelnetzen oder sonstiger Übertragungsmedien – erbracht werden. Dies ist ausführlich im Rahmen der Marktabgrenzung dargelegt worden.

Aus der Praxis des allgemeinen Wettbewerbsrechts kann deshalb kein Argument gewonnen werden, welches für einen allein nach der Missbrauchsschwelle begrenzten Preissetzungsspielraum und gegen eine Beschränkung desselben auf ein KeL-Niveau spricht,

vgl. zur ehemals analogen Situation in den sog. „Ausnahmebereichen“ des GWB Baur/Henk-Merten, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, 2002, S. 44; vgl. ferner die Beschlüsse des BGH vom 21.02.1995 in der Sache KVR 4/94, BGHZ 129, 37, S. 49ff., vom 06.05.1997 in der Sache KVR 9/96, BGHZ 135, 323, S. 328, und vom 22.07.1999 in der Sache KVR 12/98, BGHZ 142, 239, S. 252; siehe außerdem Möschel, a.a.O., Rz. 151 (GWB) und Rz. 135 (Wettbewerbsrecht EG) sowie Furse, a.a.O., S. 60.

Die Beschlusskammer ist vielmehr zurückgeworfen auf eine Betrachtung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG. Diese Ziele verlangen im vorliegenden Fall, dass der tatsächliche Preissetzungsspielraum nicht bis zur Missbrauchsgrenze nach oben ausgereizt werden darf, sondern dass vielmehr bereits die KeL die Obergrenze für die geforderten Preise darstellen müssen.

Entgelte, die nicht die KeL überschreiten, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannten Interessen zumindest der unmittelbaren Nachfrager besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle oder gar überhaupt nicht beschränkt werden.

Die Entgelte der Betroffenen haben Auswirkungen auf die unmittelbaren Nachfrager, nämlich auf die Rundfunkveranstalter. Diese müssen bei der Kalkulation ihrer Gesamtkosten namentlich auch die Entgelte für Übertragungsleistungen berücksichtigen. Es ist deshalb in ihrem Interesse, würden die von ihnen zu zahlenden Entgelte durch eine KeL-Obergrenze begrenzt werden.

Hinsichtlich der Verbraucher selbst sind die Auswirkungen KeL-überschreitender Entgelte dagegen nicht sicher zu prognostizieren. Zwar müssen über die öffentlich-rechtlichen Rundfunkgebühren und im Falle von Pay-TV-Abonnements Zahlungen an Rundfunkveranstalter geleistet werden, mit denen diese wiederum die Kosten der Übertragung decken können. Auf der anderen Seite könnten jedoch überhöhte Einspeiseentgelte von der Betroffenen zur Quersubventionierung von Kabelanschlussgebühren benutzt werden. Dies käme den Nachfragern nach Kabelanschlüssen unmittelbar zugute. Demgegenüber in Rechnung zu stellen ist allerdings wiederum, dass per Überwälzung letztendlich immer Verbraucher für die Deckung der den Rundfunkveranstaltern entstehenden Kosten zahlen müssen.

Entgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, stellen auch das Regulierungsziel eines chancengleichen Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle oder gar noch darüber hinaus getrieben werden.

Überhöhte Entgelte würden der Betroffenen ein wettbewerbsverfälschendes Quersubventionierungspotenzial erschließen. Auf dem verfahrensgegenständlichen Markt erhobene Monopolrenten könnten auf anderen Märkten, insbesondere den Märkten für das Angebot von Endkundenanschlüssen oder von Pay-TV-Abonnements, eingesetzt werden, ohne dass die eigenen Kosten auf diesen Märkten zurückverdient werden müssten. Die Betroffene würde sich mithin einen von Mitwettbewerbern nicht erreichbaren Vorteil verschaffen. Dieser Vorteil vergrößerte sich noch in den Fällen, in denen Rundfunkveranstalter als Wettbewerber auf Zuschauermärkten selbst Vorleistungen von der Betroffenen zu KeL-überschreitenden Preisen einkaufen (müssten) und derart einerseits die Finanzkraft der Betroffenen erhöhten und andererseits eigener Kapitalmittel verlustig gingen,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) Möschel, a.a.O. (Wettbewerbsrecht EG), Art. 82 Rn. 102f.; ferner 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.

Das Regulierungsziel der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG ist dagegen im vorliegenden Fall weder in die eine noch die andere Richtung sonderlich betroffen.

Zweiter Zweck der Entgeltkontrolle muss unter Hinblick auf die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG die Gewährleistung sein, dass die Einspeiseentgelte die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten.

d. Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG analog entspricht in diesem Fall den vorgestellten Zwecken. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um sowohl die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen als auch zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte die Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten.

aa. Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend ist hier geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. In ihrem Rahmen werden sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch Überschreitungen der KeL im Sinne von § 31 TKG – soweit sie im Verhältnis zu anderen Nachfragern als den reichweitenstarken Rundfunkveranstaltern drohen – wirksam abgestellt.

Was mögliche Verstöße gegen § 28 TKG anlangt, so ist es gerade Sinn und Zweck von § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, hiergegen eine Handhabe zu bieten.

Überschreitungen der KeL werden dagegen nach Einschätzung der Beschlusskammer,

vgl. Regulierungsverfügung BK 3b-06/014 vom 17.04.2007, S. 20 des amtlichen Umdrucks, an welche sich die Beschlusskammer vorliegend gebunden sieht (vgl. oben),

im Verhältnis zu den reichweitenstarken Rundfunkveranstaltern bereits dadurch vermieden, dass die Betroffene in den auf mehrere Jahre hinaus abgeschlossenen Vereinbarungen aus dem Winter 2005/2006 mit den großen Privatsendergruppen hinsichtlich [... BuGG]. In diesem Verhalten spiegelt sich das bereits im Marktanalyseverfahren festgestellte gleichgerichtete Verhandlungsinteresse zwischen der Betroffenen und zumindest den großen Sendergruppen wider.

Aus Sicht der Beschlusskammer deuten insbesondere [... BuGG] darauf hin, dass die Betroffene ihr Preissetzungspotenzial bisher nicht ausgeschöpft hat und – aufgrund der langen Geltungsfrist der oben vorgestellten Verträge – dieses zumindest gegenüber den größeren Sendergruppen auch während des Geltungszeitraums der vorliegenden Regulierungsverfügung nicht tun wird. Eine Entgeltgenehmigungspflicht ist deshalb jedenfalls nicht zum Schutz des von diesen größeren Sendergruppen repräsentierten Marktsegments erforderlich.

Der Schutz des Marktsegments der sonstigen Inhaltenanbieter, zu dem nicht nur öffentlich-rechtliche Sendeanstalten und lokale Kleinstsender, sondern auch mittelgroße Free TV-Anbieter oder Pay TV-Anbieter wie etwa eine Premiere AG gehören, und deren Verträge im Geltungszeitraum dieser Regulierungsverfügung ab 2007 erneuert bzw. erstmals abgeschlossen worden sind bzw. werden müssen, ist damit allein indes noch nicht gesichert. Deren Belange können jedoch durch das in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG enthaltene Verbot einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gewahrt werden. Dieses Verbot stellt sicher, dass sich die Betroffene gegenüber sonstigen Inhaltenanbietern nicht eine KeL-Überschreitung herausnimmt, welche sie sich gegenüber größeren Inhaltenanbietern versagt,

vgl. zur Bedeutung des Diskriminierungsverbots in einem solchen Zusammenhang Möschel, JZ 1975, 393, S. 395.

Dabei kann, wie namentlich die Premiere AG im Konsultationsverfahren hervorgehoben hat, bereits die bloße Existenz einer regulatorischen Eingriffsbefugnis der missbräuchlichen Ausübung beträchtlicher Marktmacht vorbeugen.

Aus dem vorgenannten Grund ist die Missbrauchsaufsicht geeignet, drohenden Überschreitungen von KeL-Entgelten entgegenzuwirken.

Die genannte Kontrollmöglichkeit bedarf schließlich keiner Ergänzung durch eine vorgängige Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2ff. TKG,

vgl. die auch insoweit bindenden Ausführungen in der Regulierungsverfügung BK 3b-06/014 vom 17.04.2007, S. 21 des amtlichen Umdrucks.

Diese Anzeigepflicht soll zu einer frühzeitigen Information der Beschlusskammer beitragen und damit sicherstellen, dass die Beschlusskammer rechtzeitig missbräuchlichen Entgelten im Sinne des § 28 TKG entgegentreten und so Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern verhindern kann.

Das beschriebene Ziel lässt sich im vorliegenden Fall indes mit einem gleich wirksamen, jedoch milderem Mittel als der Anzeigeverpflichtung erreichen. Denn die Beschlusskammer wird aller Erfahrung und Voraussicht nach von Maßnahmen, die möglicherweise gegen die Maßstäbe des § 28 TKG verstoßen, bereits frühzeitig durch die betroffenen Inhalteanbieter selbst unterrichtet werden. Dem Abschluss eines Einspeisevertrages gehen nämlich regelmäßig Verhandlungen voraus, in deren Rahmen die Inhalteanbieter Kenntnis von den geplanten Maßnahmen erlangen. Sollten die danach der Beschlusskammer vorliegenden Informationen nicht für eine sachgerechte Beurteilung der Tatsachenlage ausreichen, könnte die Beschlusskammer ergänzend auf Grundlage von § 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder 2 TKG entsprechende Auskünfte von der Betroffenen verlangen.

Die Missbrauchskontrolle nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend ist damit nach derzeitiger Einschätzung der Beschlusskammer geeignet, sowohl Verstöße gegen die allgemeinen Wettbewerbsregeln als auch Überschreitungen der KeL zu vermeiden.

bb. Die Missbrauchskontrolle ist auch erforderlich, um die genannten Ziele zu erreichen. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Missbrauchskontrolle treten könnte. Namentlich weniger wirksam wäre ein vollständiges Absehen von der Entgeltregulierung. Denn damit ließe sich nicht dem dargestellten Diskriminierungspotenzial der Betroffenen wirksam entgegentreten.

cc. Die Missbrauchskontrolle ist schließlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der nachträglichen Entgeltregulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen. Einerseits unterliegt die Betroffene ohnehin nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht einem gesetzlichen Missbrauchsverbot (§ 19 und 20 GWB), und andererseits ist dem Missbrauchsverbot 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).

e. Die Möglichkeit, die Regulierungsverfügung vom 17.04.2007 mit Wirkung ex tunc um die Unterwerfung der Einspeiseentgelte unter die nachträgliche Entgeltregulierung zu ergänzen, ergibt sich aus § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 39 TKG in Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts.

Zwar ist die Zulässigkeit der rückwirkenden Auferlegung einer Verpflichtung im TKG nicht ausdrücklich vorgesehen. Nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen wird die Rückwirkung eines belastenden Verwaltungsaktes jedoch trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für zulässig erachtet, wenn eine rechtswidrige Regelung aufgehoben und rückwirkend durch eine rechtmäßige Neuregelung ersetzt wird, ohne dass die Behörde dabei von der ausdrücklichen Korrekturmöglichkeit des § 48 VwVfG Gebrauch macht,

VGH München, Beschluss 24 ZB 00.2564 vom 27.11.2000, Rn. 7 (Juris).

Diese Konstellation ist mit dem hier vorliegenden Fall der gerichtlichen Aufhebung zwar nicht identisch. Der Grundgedanke ist jedoch insbesondere dann übertragbar, wenn man in der Rückwirkung von Verwaltungsakten eine Parallele zur Rückwirkung von Rechtsquellen sieht,

so ausdrücklich Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, § 48 Rn. 46 (S. 550); vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil 9 A 146/86 vom 23.03.1988, NVwZ 1988, 752, 753, dem zufolge auch bei rückwirkenden Verwaltungsakten „der Vertrauensschutz der ... Betroffenen ... ebenso wie bei anderen Rückwirkungsproblemen ... eine flexible und sachgerechte Grenze für die Rückwirkung“ bilde.

Die Rückwirkung von Rechtsquellen wird nämlich durch den rechtsstaatlich gebotenen Vertrauensschutz des Adressaten der behördlichen Maßnahme begrenzt,

BVerfG, Urteil 2 BvL 6/59 vom 19.12.1961, BVerfGE 13, 261, 271.

Ein schutzwürdiges Vertrauen, das einer Rückwirkung entgegensteht, fehlt aber u. a. in den Fällen, in denen der Adressat der behördlichen Maßnahme nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge zurückbezogen wird, mit dieser Regelung rechnen musste,

BVerfG, Urteil 2 BvL 6/59 vom 19.12.1961, BVerfGE 13, 261, 272,

sowie in den Fällen, in denen er sich nicht auf die Ungültigkeit einer Regelung verlassen kann, die dann rückwirkend durch eine gültige Regelung gleichen Inhalts ersetzt wird,

BVerfG, Urteil 2 BvL 7/64 u. a. vom 15.11.1967, BVerfGE 22, 330; Urteil 2 BvL 6/59 vom 19.12.1961, BVerfGE 13, 261, 272.

Die hier in Rede stehenden Verpflichtungen waren der Betroffenen bereits vor der förmlichen Einleitung des Verfahrens mit Schreiben vom 15.09.2006 angekündigt worden. Zudem sah der öffentlich konsultierte Entscheidungsentwurf ebenfalls die nachträgliche Regulierung der Einspeiseentgelte vor. Schließlich enthielt die Regulierungsverfügung vom 17.04.2007 die Verpflichtung, dass die Entgelte der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, so dass sie nicht nur mit entsprechenden Regelungen rechnen musste, sondern sogar ihr tatsächliches Verhalten hieran ausgerichtet hat. Hinzu kommt, dass nach dem damals vorherrschenden Verständnis der gesetzlichen Vorgaben die Geltung der nachträglichen Entgeltregulierung als Regelmaßnahme erachtet wurde. Jedenfalls vor diesem Hintergrund musste die Betroffene im April 2007 damit rechnen, als marktmächtiges Unternehmen auf einem als regulierungsbedürftig identifizierten Endnutzermarkt entsprechenden Verpflichtungen zu unterliegen.

Darüber hinaus ist die Regelung über die Regulierung der Entgelte im Rahmen einer Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 39 TKG ein wesentliches Kernelement des Abschlusses des Regulierungsverfahrens nach §§ 9 ff. TKG, das auch die Marktanalyse und die Feststellung der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem betrachteten Markt umfasst und darauf angelegt ist, sämtliche wettbewerbliche Probleme zu regeln, die der von der Bundesnetzagentur definierte und analysierte Markt aufwirft. Dies zeigt sich auch darin, dass die Regulierungsverfügung zusammen mit Marktanalyse und Feststellung der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gemäß § 13 Abs. 3 TKG als einheitlicher Verwaltungsakt ergeht.

Wird eine der in diesem einheitlichen Regulierungsverfahren auferlegten Verpflichtungen in der Folge durch eine Gerichtsentscheidung aufgehoben, und beruht die Aufhebung – wie hier – nicht auf der materiellen Rechtswidrigkeit der Maßnahme als solcher, so entsteht hierdurch eine Lücke in dem Gefüge der ursprünglich vorgesehenen und aufeinander abgestimmten Verpflichtungen, mit denen dem festgestellten Marktversagen abgeholfen werden sollte.

Es entstünde so ein Widerspruch zu der gesetzlichen Konzeption des Regulierungsverfahrens, wenn die an sich materiell rechtmäßige Maßnahme, die bei Ausübung des erforderlichen Ermessens hätte erlassen werden können, nicht rückwirkend auferlegt werden könnte. Das Gesetz nähme in diesem Falle eine unvollständige und unzureichende Reaktion auf das Marktversagen hin, was nicht nur Auswirkungen auf das betroffene Unternehmen, sondern auch auf dessen Wettbewerber und die Endnutzer der jeweiligen Leistungen hätte.

Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung zur Aufhebung der in der IP-Bitstrom-Regulierungsverordnung BK 4a-06/039 vom 13.09.2006 auferlegten Entgeltgenehmigungspflicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die danach verbliebenen Regulierungsverpflichtungen gegebenenfalls noch um eine rechtmäßige Maßnahme der Entgeltregulierung ergänzt werden könnten,

so BVerwG, Urteil 6 C 39.07 vom 28.01.2009, Rz. 44.

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 01.09.2009

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers