



3 -

BK 3b-06-016/R

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhalteanbietern

betreffend:

T-Systems Business Services GmbH, Godesberger Allee 117, 53175 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen: T-Systems Enterprise Services GmbH
Am Probsthof 49
53121 Bonn –

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA), 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 BNetzA beschlossenen Festlegung:

„Das Unternehmen

*T-Systems Business Services GmbH
Godesberger Allee 117
D-53175 Bonn*

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

Nationaler Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern.“

folgende

Regulierungsverfügung

beschlossen:

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.

Sachverhalt

Die Betroffene betreibt die ehemals von der Deutschen Bundespost aufgebauten UKW-Sendeanlagen in Deutschland. Sie bietet gegenüber Inhaltenanbietern Übertragungen von UKW-Hörfunksendungen an.

Eine vertiefende Darstellung der das wettbewerbliche Umfeld der Betroffenen prägenden Rundfunklandschaft in Deutschland enthält die als **Anlage** beigefügte Festlegung der Präsidentenkammer zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich der Rundfunk-Übertragungsdienste (S. 6 ff.), auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Mit Schreiben vom 14.09.2006 hat die Beschlusskammer der Betroffenen mitgeteilt, dass sie nach dem Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sowie des europäischen Konsolidierungsverfahrens zur entsprechenden Marktdefinition und Marktanalyse über beträchtliche Marktmacht auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern verfügt, und angekündigt, dass die Beschlusskammer beabsichtigt, eine Regulierungsverfügung zu erlassen, nach der sich die Entgeltregulierung nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 39 Abs. 3 S. 1 TKG richten werde. Die Betroffene hat am 02.10.2006 fernmündlich mitgeteilt, dass sie von einer Stellungnahme absehe.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist im Amtsblatt Nr. 21/2006 vom 25.10.2006 als Mitteilung Nr. 341/2006 und auf den Internetseiten der BNetzA veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen. Die interessierten Parteien sind in diesem Zusammenhang darum gebeten worden, sich auch dazu zu äußern, ob und wie etwaige Gesetzesänderungen (vgl. Bundestags-Drucksache 16/2581 vom 14.09.2006) zu § 42 Abs. 4 S. 3 TKG und § 23 TKG in den letztendlichen Regulierungsverfügungen berücksichtigt werden sollten.

Innerhalb der genannten Frist sind drei Stellungnahmen eingegangen.

Die Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk (APR), die vorwiegend lokale und regionale Hörfunkveranstalter vertritt, hält eine weitere ex ante-Entgeltenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1

S.1 TKG für erforderlich. Auch bei Verzicht auf eine Entgeltregulierung nach dem KeL-Maßstab würden keine neuen Wettbewerber als Sendernetzbetreiber in den Markt eintreten. Aus § 39 Abs. 1 S. 2 TKG folge, dass die Entgeltregulierung auf jeden Fall für solche Märkte auszusprechen sei, auf denen – wie etwa beim UKW-Markt – in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltigen wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen sei. Eine Ausnahme lasse sich nicht über das angebliche Wohlverhalten der Betroffenen rechtfertigen, sondern lediglich – was hier aber nicht gelinge – aus dem Markt und dem Verhältnis der Marktbeteiligten. Allein die Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht habe in den vergangenen Jahren dazu geführt, dass die Betroffene die Diskussion mit den Endkunden gesucht und weitgehend genehmigungsfähige Anträge formuliert habe. Auch der Hinweis der BNetzA auf die geplanten geringen Entgeltsteigerungen greife zu kurz, weil die Betroffene ihre Abnehmer zum Abschluss langlaufender Verträge zwingt. Andernfalls drohten den Abnehmern ab dem Jahre 2009 massive Preiserhöhungen. Dies belege die Notwendigkeit einer ex-ante-Regulierung, wobei nicht nur die Prozentsätze der Preisanhebung, sondern auch alle entgeltrelevanten Regelungen des Leistungsverzeichnisses und der AGB gemeint seien.

Hilfsweise wäre eine Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG zu normieren. Denn mit Entfall der Ex-ante-Genehmigungspflicht würde die Betroffene bereits für die Jahre 2007/2008 mit den Nachfragern keine Gespräche mehr führen, die ansatzweise einem Verhandeln gleichkämen. Damit verfügten die Nachfrager jedoch über keine Informationen mehr, welche sie an die BNetzA weitergeben könnten.

Aus Sicht der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM) ist die Begründung der Beschlusskammer für die vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen nachvollziehbar. Die DLM gehe davon aus, dass anhand der nachträglichen Entgeltregulierung, aber auch der allgemeinen Missbrauchsaufsicht den denkbaren Gefährdungslagen unter telekommunikationsrechtlichen Aspekten hinreichend begegnet werden könne. Die Zugangskonditionen, die auch rundfunkrechtlichen Maßstäben genügen müssten, spielten bei den derzeitigen Überlegungen zu einer Anpassung des Rundfunkrechts in Bezug auf die aktuellen Entwicklungen der Digitalisierung, insbesondere das Phänomen der Plattformen, eine wichtige Rolle.

Nach Auffassung des Verbandes Privater Rundfunk und Telekommunikation e.V. (VPRT) herrsche keine Preistransparenz für ausgesuchte Standorte der Betroffenen. Dies gelte auch und gerade mit Blick auf das vorgelagerte Unternehmen Deutsche Funkturm GmbH.

Die Ex-ante-Regulierung der Betroffenen habe in den vergangenen Jahren dazu geführt, dass im Vorfeld von geplanten Tarifierhöhungen Gespräche mit den Nachfragern geführt worden seien. In diesen Gesprächen hätten die Preisvorstellungen der Betroffenen über dem letztlich beantragtem gelegen. Diese Gespräche dürften nicht als Beleg für die Nichterforderlichkeit einer Vorabregulierung herhalten. Auch die geplanten Entgeltmaßnahmen der Betroffenen dürften nicht als sachliche Begründung gegen das Erfordernis einer Vorabregulierung angeführt werden.

Die vierjährigen Laufzeiten der Verträge schlosse den minimalen Restwettbewerb, um den sich die privaten Sendernetzbetreiber derzeit bemühten, vollständig aus. Darüber hinaus seien weitere geplante Maßnahmen z.B. bei der Einpreisung von RDS-Codern sowie bei der Abrechnung von Wartungsarbeiten Vertragsbestandteile, die auf die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung maßgeblich Einfluss hätten.

Der Betroffenen müsse zumindest eine Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG auferlegt werden. Die Nachfrager hätten bisher nur im Rahmen von Verhandlungen Kenntnis von geplanten Maßnahmen erlangt, weil es eine Vorabregulierung gegeben habe. Der VPRT nehme zur Kenntnis, dass die Betroffene in der mündlichen Verhandlung erklärt habe, auch in Zukunft (im Falle einer möglichen Ex-post-Kontrolle) keine überraschenden Preiserhöhungen vorzunehmen, sondern die Kunden entsprechend vorab zu informieren. Die reine Mitteilung einer geplanten Tarifierhöhung ohne Vorlage von Kostenunterlagen könne seitens der Nachfrager allerdings nicht für ausreichende Transparenz sorgen. Anders als im Entwurf vorgesehen, könnten die Hörfunkanbieter also gegenüber der BNetzA keine Kostentransparenz herbeiführen.

Im Rahmen der öffentlichen Konsultation ist der Betroffenen sowie den interessierten Parteien darüber hinaus in der am 15.11.2006 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Die Stellungnahmen der Wettbewerbsunternehmen und Verbände sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens im Amtsblatt Nr. 24/2006 vom 20.12.2006 als Mitteilung Nr. 436/2006 veröffentlicht worden. Hierauf wird bezüglich der weiteren Einzelheiten des jeweiligen Vortrags Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt (BKartA) ist unter dem 21.02.2007 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern. Das BKartA hat mit Schreiben vom 05.03.2007 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

Unter dem 06.03.2007 hat die BNetzA 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 04.04.2007 hat die EU-Kommission mitgeteilt, dass sie keine Stellungnahme abgebe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

Gründe

I. Vorbemerkung

Mit dem novellierten Gesetz ist gegenüber den Regelungen des TKG 1996 ein durch das zugrundeliegende Richtlinienpaket¹ ausgelöster neuer Regulierungsansatz im Bereich der Marktregulierung eingeführt worden. Danach ergeben sich die Verpflichtungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht mehr automatisch aus dem Gesetz, sondern diese werden ihm aufgrund des Ergebnisses eines zuvor nach §§ 10 ff TKG durchgeführten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens durch eine Regulierungsverfügung gemäß § 13 TKG auferlegt.

Voraussetzung für die Anwendung der im TKG vorgesehenen Maßnahmen nach dem 2. Teil des TKG durch eine Regulierungsverfügung ist gemäß § 9 TKG, dass die Regulierungsbehörde sachlich und räumlich relevante Telekommunikationsmärkte festlegt, die für eine Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG in Betracht kommen (Marktdefinition, § 10 Abs. 1 TKG) und im Rahmen einer Marktanalyse feststellt, ob auf den betreffenden Märkten wirksamer Wettbewerb besteht (§ 11 Abs. 1 S. 1 TKG). Erst wenn die Marktanalyse ergeben hat, dass auf einem relevanten Telekommunikationsmarkt kein wirksamer Wettbewerb besteht, weil ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 11 Abs. 1 S. 2 TKG), werden solchen Unternehmen Maßnahmen nach dem 2. Teil des TKG auferlegt, § 9 Abs. 2 TKG. Ein Entschließungsermessen hinsichtlich des „ob“ einer Regulierung von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht besteht daher nicht. Maßnahmen, die durch eine

¹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33); Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 21); Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 7); Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 51) sowie Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 201 S. 37).

Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG) auferlegt werden, sind im Rahmen der Endnutzerregulierung solche nach § 39 TKG. Welche dieser Maßnahmen einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden, steht innerhalb der durch die (ihrerseits durch die Vorgaben des o.a. Richtlinienpaketes geprägten) Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Maßnahmen, der Regulierungsziele und der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsanforderungen gezogenen Grenzen grundsätzlich im Auswahlermessen der Beschlusskammer.

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer der Betroffenen auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern die tenorierten Verpflichtungen auferlegt und von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

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

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1 und 39 ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Regulierungsbehörde im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Dies gilt im Hinblick auf die Regelung in § 132 Abs. 4 S. 2 TKG nicht für in diesem Bereich zu treffende Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG. Letztere sind von der Präsidentenkammer erfolgt (s.u. III.).

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

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 BNetzA veröffentlicht worden.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 4 TKG behördenintern abgestimmt worden. Darüber hinaus ist dem BKartA 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, weil die beabsichtigten Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben können.

III. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition kommt der nationale Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht. Auf diesen Märkten verfügt die Betroffene über beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der 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.

IV. Auswahl und Auferlegung der Verpflichtungen

Die Entgelte der Betroffenen für Leistungen 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. Die Anwendung dieser Vorschriften sowie das Absehen von einer Auferlegung weitergehender Verpflichtungen, d.h. einer Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG oder einer Anzeigepflicht gemäß § 39 Abs. 3 S. 2 TKG, beruhen auf den nachfolgend dargestellten Erwägungen. Das Ermessen ist dabei entsprechend dem Zweck der in § 39 Abs. 1 und Abs. 3 TKG enthaltenen Ermächtigungen ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens sind eingehalten worden, § 40 VwVfG.

1. Übertragungsleistungen als Endnutzerleistungen

Die Übertragungsleistungen der Betroffenen unterliegen nicht der Zugangsregulierung nach Teil 2, Abschnitt 2 des TKG, weil es sich dabei nicht um Zugangsleistungen, sondern um Endnutzerleistungen handelt. „Endnutzer“ im Sinne des TKG ist gemäß § 3 Nr. 8 TKG eine juristische oder natürliche Person, die weder öffentliche Telekommunikationsdienste betreibt noch Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt. Nachfrager nach Übertragungsleistungen der Betroffenen sind Inhalteanbieter, die ihre Hörfunkinhalte über das UKW-Sendernetz der Betroffenen verbreiten wollen, um damit letztendlich die über entsprechende UKW-Empfänger verfügbare Zuhörer erreichen und mit Inhalten versorgen zu können. Es geht den Inhalteanbietern aber nicht darum, ihren Zuhörern Telekommunikationsleistungen zu erbringen (vgl. auch die Begründung zum Telekommunikationsgesetz, BR-Drs. 755/03, S. 88). Die Nachfrager nach UKW-Übertragungsleistungen sind danach als Endnutzer, die Übertragungsleistungen als Endnutzerleistungen i.S.d. § 39 TKG einzustufen. Eine Auferlegung von Zugangsgewährungsverpflichtungen nach § 21 TKG kommt daher nicht in Betracht.

2. Entgeltregulierung nach § 39 TKG

Da es sich – wie unter Ziffer IV.1. dargelegt – bei den Übertragungsleistungen um Endnutzerleistungen handelt, sind die von der Betroffenen für diese Leistungen verlangten Entgelte nach den in § 39 TKG niedergelegten Vorgaben zur Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen zu regulieren.

a) Keine Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht, § 39 Abs. 1 S. 1 TKG

Übertragungsentgelte der Betroffenen sind keiner Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG zu unterwerfen. Dies ergibt sich jedenfalls nach Ausübung des der Beschlusskammer in dieser Vorschrift eingeräumten Auswahlermessens.

Einspeiseentgelte der Betroffenen sind keiner Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG zu unterwerfen. Dies ergibt sich jedenfalls nach Ausübung des der Beschlusskammer in dieser Vorschrift eingeräumten Auswahlermessens.

Dabei kann dahin stehen, ob die Beschlusskammer überhaupt noch zur Ausübung dieses Ermessens berechtigt ist oder ob nicht vielmehr bereits deshalb von der Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht abzusehen ist, weil keine Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach § 40 TKG nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG führen würden. Sinn und Zweck des letztgenannten Tatbestandsmerkmals ist es, die Subsidiarität der Endnutzerregulierung gegenüber der Zugangsregulierung zum Tragen zu bringen (vgl. BR-Drs. 755/03 zu § 37 des TKG-Regierungsentwurfes sowie Art. 17 Abs. 1 lit. b) Universaldienstrichtlinie). § 39 Abs. 1 S. 1 TKG erfordert deshalb eine tatsächengestützte Prognose, dass trotz Zugangsregulierung die konkrete Gefahr einer Verfehlung der Ziele des § 2 Abs. 2 TKG auf dem jeweiligen Endnutzermarkt besteht (vgl. VG Köln, Urteil vom 26.01.2006 in der Sache 1 K 266/05, S. 8 ff. des amtlichen Umdrucks). Allerdings ist fraglich, ob das Erfordernis einer Subsidiaritätsprüfung im vorliegenden Fall nicht teleologisch zu reduzieren ist. Denn der Bezug auf eine vorrangige Zugangsregulierung trifft den vorliegenden Fall nicht so recht. Beim untersuchten Markt handelt es sich um einen Endnutzermarkt ohne weitere vorgelagerte Zugangsmärkte. Mangels vorran-

giger Zugangsregulierung kann selbige keine Ausschlusswirkung gegenüber der Endnutzerregulierung erzielen.

Die Entscheidung über eine etwaige teleologische Reduktion kann letzten Endes allerdings offen bleiben, weil jedenfalls auch im Rahmen der Ermessenausübung zu berücksichtigen ist, welche konkreten Gefahren dem Wettbewerb auf dem untersuchten Markt drohen.

Das Auswahlermessen ist entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben. Ganz allgemein ist es das Ziel der Entgeltregulierung nach dem TKG, eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern, siehe § 27 Abs. 1 TKG. Im Rahmen dieser Gesamtzielsetzung fällt der Entgeltprüfung nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungserbringung (KEL) die Aufgabe zu, eine Preisobergrenze zu setzen, welche von der Betroffenen nicht überschritten werden darf. Diese Obergrenze simuliert denjenigen Preis, welcher sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde (siehe Groebel, in: Berliner Kommentar zum TKG, § 30 Rn. 19).

Allerdings kann es sich bei dem Instrument der KEL-Regulierung um ein durchaus zweischneidiges Schwert handeln. Preise, die den KEL-Maßstab übersteigen, mögen zwar dem Verbraucherinteresse und dem von Quersubventionierungen bedrohten Wettbewerb auf anderen Märkten kurzfristig nicht dienlich sein, sie signalisieren gleichzeitig aber auch tatsächlichen und möglichen Wettbewerbern, dass sich für sie eine Expansion oder ein Marktzutritt lohnen könnte. Expansion und/oder Marktzutritt werden jedoch in der Regel zu einer langfristigen Verbesserung der Marktstruktur und damit zu einer dauerhaften Verbesserung der Marktergebnisse führen (vgl. Begründung zum Telekommunikationsgesetz, BR-Drs. 755/03, S. 91). Diese Verbesserung der Marktergebnisse würde indes nicht eintreten, sollten die Expansions- und Marktzutrittsanreize durch eine KEL-Regulierung zunichte gemacht werden. Eine KEL-Regulierung nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG erscheint deshalb nur auf solchen Märkten angemessen, auf denen aufgrund hoher Expansionshemmnisse und Marktzutrittsschranken die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs nicht wirken können und zudem droht, dass die Anbieter dieses Versagen zu ihrem Vorteil ausnutzen.

Tatsächlich ist davon auszugehen, dass die skizzierten Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs auf dem UKW-Übertragungsmarkt grundsätzlich nicht wirken können. Gehandelt werden auf diesem Markt Übertragungsleistungen, welche die Betroffene einem Inhalteanbieter erbringt, damit dieser die über UKW-Empfänger verfügende Zuhörer erreichen und in der Folge auf Werbe- und Senderechtemärkten 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. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hierauf verwiesen. Überhöhte Preise hätten deshalb nicht eine stärkere wettbewerbliche Tätigkeit dritter Anbieter zur Folge.

Nach den derzeitigen Erkenntnissen der Beschlusskammer ist indes nicht ersichtlich, dass die Betroffene den ihr damit eröffneten Preissetzungsspielraum auch zu Lasten der Nachfrager ausnutzen wird. Die entsprechenden Übertragungsentgelte unterlagen seit 1999 eine Ex-ante-Entgeltregulierung anhand des KEL-Maßstabs. Dabei sind nach gewissen Anlaufschwierigkeiten bei der Aufbereitung der Kostenunterlagen in den Jahren 1999 und 2000 die von der Betroffenen bzw. ihrer Rechtsvorgängerin beantragten Entgelte im Zeitraum von Oktober 2000 bis Dezember 2005 durchgehend auf der Grundlage von Kostenunterlagen und ohne Vornahme von Korrekturen von der Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde genehmigt worden. Für das Jahr 2006 hat die Betroffene unverändert an den bisherigen Entgelten festgehalten. Darüber hinaus hat die Betroffene der Beschlusskammer am 25.08.2006 dargelegt, wie sie sich die Entwicklung der Entgelte für die Jahre 2007 und 2008 vorstellt. Danach sind [... BuGG] geplant. Aus Sicht der Beschlusskammer zeigen diese Umstände, dass von der Betroffenen während des Geltungszeitraums der vorliegenden Regulierungsverfügung keine Preismaßnahmen zu erwarten sind, die zu einer wesentlichen Überschreitung der Kosten der effizienten Leistungserbringung führen würden.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Vorbringen der APR und des VPRT im Konsultationsverfahren.

Zum einen lässt sich § 39 Abs. 1 S. 2 TKG nicht dahin gehend verstehen, dass auf jeden Fall dann eine Genehmigungspflicht auferlegt werden müsste, wenn es sich um einen Markt handelt, auf dem in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist. Es wird – wie aus § 10 Abs. 2 S. 1 TKG folgt – kaum ein regulierter Endnutzermarkt vorkommen, bei dem mit einer solchen wettbewerblichen Entwicklung zu rechnen wäre. Es müsste danach also in praktisch allen Fällen eine Entgeltgenehmigungspflicht auferlegt werden. Gegen eine solche Folgerung sprechen aber sowohl der Wortlaut („beschränken“ der Genehmigungspflicht) als auch die systematische Stellung und die Gesetzesbegründung (vgl. BR-Drs. 755/03, S. 96). § 39 Abs. 1 S. 2 TKG kann deshalb nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass er zur Auferlegung einer Genehmigungspflicht auffordert.

Zum anderen ist auch unter Berücksichtigung des Vortrags von APR und VPRT weiterhin nicht ersichtlich, weshalb es entgegen der Zusicherung der Betroffenen während des zweijährigen Geltungszeitraums der vorliegenden Regulierungsverfügung zu einer ungezügelter Preiserhöhung kommen sollte. Die interessierten Parteien haben diesbezüglich lediglich allgemeine Bedenken geäußert, aber keine belastbaren Tatsachen beigebracht. Dies gilt im Übrigen auch hinsichtlich des Vortrags zur angeblich undurchschaubaren Preispolitik der Deutschen Funkturm GmbH als Vorlieferantin der Betroffenen, zur Einpreisung von RDS-Codern und zur Abrechnung von Wartungsarbeiten.

Schließlich führen auch die Hinweise der interessierten Parteien auf eine angeblich überlange Vertragsbindungsfrist nicht weiter. Denn die Frage der Vertragsbindungsfrist ist unabhängig von der Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht nach dem in jedem Fall anwendbaren § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG zu beurteilen.

Aus den dargelegten Gründen kommt die Beschlusskammer zu dem Ergebnis, dass der Betroffenen keine Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 S. 1 TKG aufzuerlegen ist. Sollte sich allerdings abzeichnen, dass die Betroffene das ihr grundsätzlich zur Verfügung stehende Preiserhöhungspotenzial trotz ihrer Zusicherung in spürbarer Weise ausnutzen sollte, müsste diese Entscheidung einer Überprüfung unterzogen werden.

b) Nachträgliche Entgeltregulierung, § 39 Abs. 3 S. 1 TKG

Die Entgelte der Betroffenen für UKW-Übertragungsleistungen sind keiner Entgeltgenehmigungspflicht unterworfen worden. Folglich unterliegen diese Entgelte gemäß § 39 Abs. 3 S. 1 TKG der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend.

c) Keine Auferlegung einer Anzeigepflicht, § 39 Abs. 3 S. 2 TKG

Eine Anzeigepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG ist nicht aufzuerlegen. Dabei kann auch hier dahin stehen, inwieweit das von § 39 Abs. 3 S. 2 TKG in Bezug genommene Tatbestandsmerkmal des § 39 Abs. 1 S. 1 TKG, wonach die konkrete Gefahr einer Verfehlung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG nachgewiesen werden muss (vgl. dazu VG Köln, Urteil vom 26.01.2006 in der Sache 1 K 266/05, S. 6 ff. des amtlichen Umdrucks), anwendbar ist und auch vorliegt. Jedenfalls nämlich ergibt sich aus der Ermessensausübung nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG, dass die Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung im vorliegenden Fall nicht erforderlich ist, um nach § 28 TKG verbotenen Entgeltmissbräuchen entgegenzuwirken.

Die Anzeigeverpflichtung soll eine frühzeitige Information der Beschlusskammer bewirken. Es soll sichergestellt werden, dass die Beschlusskammer rechtzeitig missbräuchlichen Entgelten im Sinne des § 28 TKG entgegenzutreten 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 UKW-Übertragungsvertrages gehen nämlich regelmäßig Verhandlungen voraus, in deren Rahmen die Inhalteanbieter bereits Kenntnis von den geplanten

Preismaßnahmen (zur Klarstellung: es geht hier nicht um Kostenunterlagen) erlangen. Die Betroffene hat in der öffentlich-mündlichen Verhandlung vom 15.11.2006 zugesichert, sie werde ihre Vertragspartner weiterhin frühzeitig von etwaigen Preisänderungen in Kenntnis setzen. Auch unter Berücksichtigung des Vortrags von APR und VPRT ist nicht ersichtlich, weshalb sich die Nachfrager und die BNetzA nicht auf diese Zusicherung verlassen können sollten. Sollten die danach der Beschlusskammer vorliegenden Informationen gleichwohl 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.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

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

Bonn, den 17.04.2007

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers