



## 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 Inhaltenanbietern.*
- *Nationaler Markt für die UKW-Antennen(mit)benutzung.“*

auf die mündliche Verhandlung vom 02.10.2014

folgende

## **Regulierungsverfügung**

beschlossen:

1. Die Entgelte der Betroffenen für auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von terrestrischen Sendeanlagen für die Übertragung analoger UKW-Hörfunksignale gegenüber Inhaltenanbietern erbrachte Endnutzerleistungen 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 Endnutzermarkt 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.

## 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 Inhalteanbietern 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 Inhalteanbietern‘ 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 Inhalteanbietern 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 TKG<sup>2004</sup> enthaltenen Soll-Verpflichtung, die Frequenzzuteilungen für analoge Rundfunkübertragungen für den UKW-Hörfunk bis spätestens Ende 2015 zu widerrufen, trat mit dem § 63 Abs. 4 TKG<sup>2012</sup> ein Regelungssystem, welches nicht nur keinen Abschalttermin für UKW mehr vorsah, sondern – im Zusammenwirken mit der Neufassung von § 57 TKG<sup>2004</sup> – insgesamt den Inhalteanbietern mehr Einfluss- und Auswahlmöglichkeiten bezüglich des Sendernetzbetriebs einräumte. Das Datum des 31.12.2015 wurde als maßgeblicher Stichtag beibehalten.

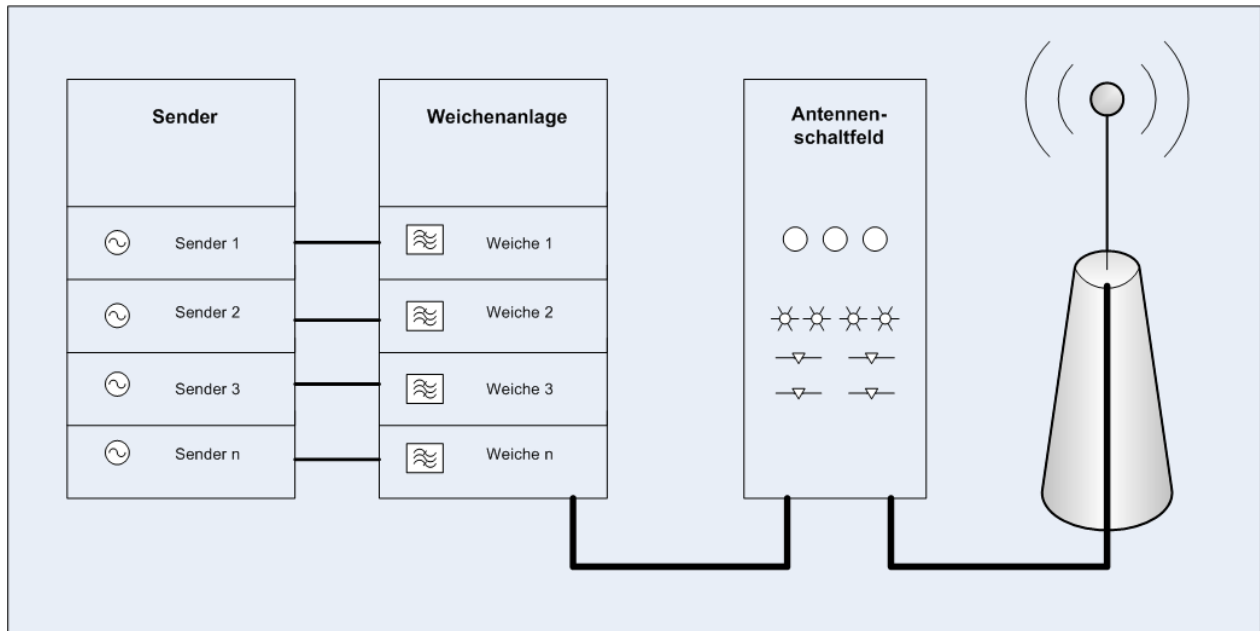
Daraufhin wandten sich im Laufe des Jahres 2013 potenzielle Wettbewerber der Betroffenen bzw. deren Verbände an die Bundesnetzagentur und regten mit Blick auf die gesetzlichen Änderungen im Frequenzbereich die Vornahme komplementärer regulatorischer Maßnahmen im Infrastrukturbereich an. Verlangt wurde namentlich eine Regulierung der DFMG Deutsche Funkturm GmbH als der führenden Betreiberin von Sendestandorten. Ergänzend hierzu sollte die Betroffene 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 können - Antennenmitbenutzung) oder, wenn eine solche nicht vorhanden ist, in ein zum Antennenanschluss führendes Kabel (wenn insgesamt nur eine Frequenz über die Antenne abgestrahlt wird - Antennenbenutzung) einspeist.

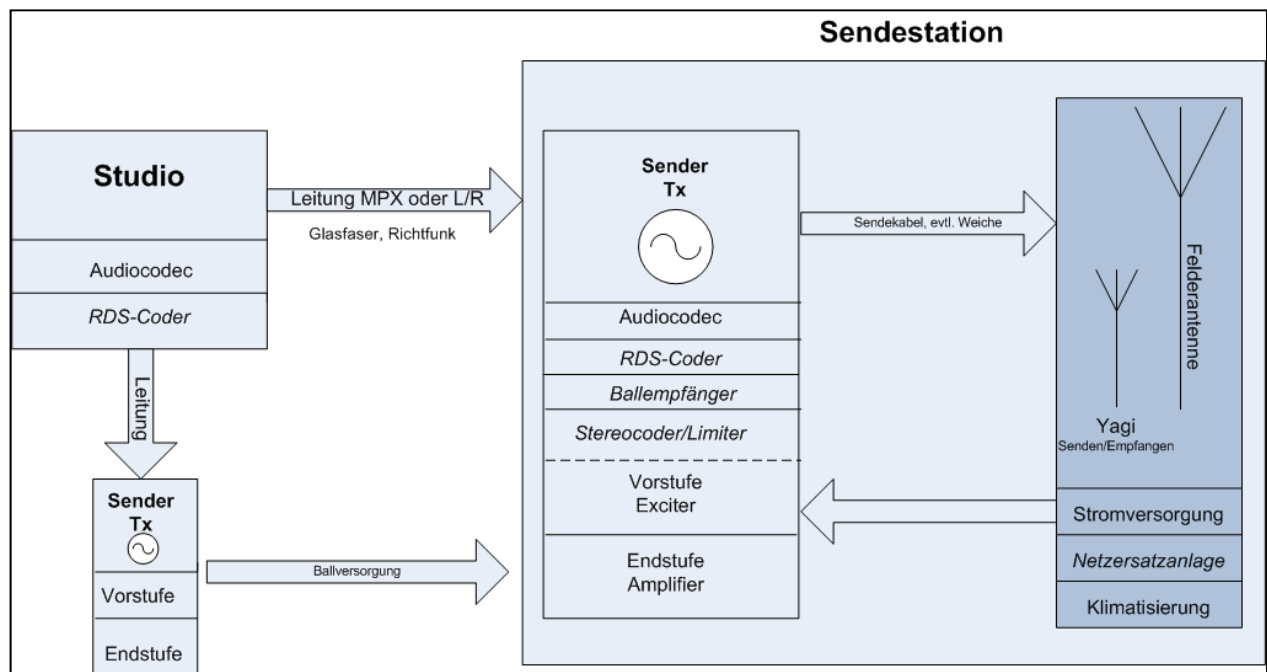
Abbildung 1: Systemische Darstellung der Antennenmitbenutzung



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 Kostenunterdeckun-

gen 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 verfügt 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. Den interessierten Parteien ist Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von vier Wochen ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

[weiterer Verfahrensgang]

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. 1 S. 1 bis 3 TKG, soweit gemäß Ziffer 1. die 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 bzw. Abs. 2 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, und

- § 9 Abs. 2 TKG i. V. m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 TKG, soweit gemäß Ziffer 2.6 die Entgelte für die Antennen(mit)benutzung der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 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:

[weiterer Verfahrensgang]

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, sondern vielmehr der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG entsprechend unterworfen werden. Die 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 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 Entste-

hung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes zu rechnen ist; im Falle einer Genehmigungspflicht gelten die §§ 31 bis 37 TKG entsprechend.

### 3.1.1 Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 S. 1 TKG liegen 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. 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, Urteil 6 C 38.07 vom 29.10.2008, 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 eingestuftem 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: BerlKommTKG, § 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 an-

derer 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 anzuzeigen 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 markt-mächtigen 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) sowie den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 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).

Diese Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der von beträchtlichen Marktzutrittsschranken 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 . .2014.

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 Marktzutrittsschranken 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 9.2.1, 9.2.3 und 9.2.4 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom . .2014.

Die vorstehend aufgezeigten Tatsachen können der Betroffenen 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 Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten oder kostenunterdeckenden Preisen, von Preis-Kosten-Scheren, von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen, 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.

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

#### **3.1.4.2 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 einer Genehmigungspflicht – geeignet, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen.

Sie ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein mildereres, 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 eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle**

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer entschieden, die Entgelte der Betroffenen für Endnutzerleistungen der Genehmigung anhand 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) zu unterwerfen.

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 Anforderungen 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.

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 prakti-

sche 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 zurückhaltenden 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.

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 wettbewerbsorientierter 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 Zeitrahmen 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 chancengleichen, 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 Relevanz des Rundfunks für den einzelnen Bürger und für die Gesamtgesellschaft. 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**

Anders als in den vorhergehenden Regulierungsverfügungen BK 3b-06-016/R vom 17.04.2007 und BK 3b-10/086 vom 12.10.2010 kommt die Beschlusskammer vorliegend zu dem Ergebnis, dass die Kontrolle von UKW-Übertragungsentgelten anhand einer KeL-Genehmigungspflicht dem vorgestellten Zweck entspricht und gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten werden. Die Auferlegung ist 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 sichergestellt.

### 3.1.5.2.1 Eignung

Die Auferlegung der tenorierten Entgeltgenehmigungspflicht ist geeignet, die 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 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. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Entgeltgenehmigungspflicht treten könnte.

Namentlich 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, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen – bei Auferlegung einer Vorlagepflicht nach § 39 Abs. 3 S. 2 TKG selbst vor Inkrafttreten neuer Tarife – sicherzustellen. Sie reichte aber aufgrund ihres milderen Prüfungsmaßstabes nicht aus, um Überschreitungen der KeL zu begegnen.

Derartige Überschreitungen sind jedoch zukünftig zu erwarten. Dies folgt zum einen aus den allgemeinen Anreizen, die die von fehlenden Ausweich- und Einwirkungsmöglichkeiten der Nachfrager gekennzeichneten Marktstrukturen für die Betroffene 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.

Diesen allgemeinen Anreizen kann zum anderen auch nicht – wie in den bisherigen Regulierungsverfügungen geschehen – entgegengehalten werden, dass die von der Betroffenen tatsächlich verlangten Entgelte den KeL-Maßstab nicht bzw. nicht wesentlich überschreiten. Die Betroffene hat nämlich 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 soll, regulatorisch auf die Einhaltung einer KeL-Obergrenze hin überprüft werden.

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.

Der Missbrauchsmaßstab ist damit nicht ausreichend zur Sicherstellung von KeL-Entgelten. Kann der Gefahr von die KeL überschreitenden Entgelten für die auferlegten Zugangsverpflichtungen schon nicht nach § 39 Abs. 3 S. 1, 2 und 4 TKG i. V. m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend TKG begegnet werden, so würde selbiges erst recht nicht bei einem Verzicht auf Vorla-



geverpflichtungen nach § 39 Abs. 3 S. 2 und 4 TKG oder gar bei einem vollständigen Absehen von Entgeltkontrollverpflichtungen gelingen.

Die Entgeltgenehmigungspflicht stellt sich damit als zur Zweckerreichung erforderliche Maßnahme dar.

### **3.1.5.2.3 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, auf dem 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. Welches 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.

### **3.1.5.2.4 Ergebnis**

Die tenorierte KeL-Regulierung der Endnutzerentgelte gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG entsprechend ist insgesamt 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).

### **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 . .2014.

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 angemessen 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 Ermessensausübung 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 Klärung der Frage, welchen Unternehmen ein Zugangsrecht nach § 21 TKG zustehen kann (Ziffer 3.2.1.1), hat sie die Eignung (Ziffer 3.2.1.1), Erforderlichkeit (Ziffer 3.2.1.2) und Angemessenheit (Ziffer 3.2.1.3) der tenorierten Zugangsverpflichtung zur Erreichung der Regulierungsziele untersucht und – im Ergebnis – bejaht.

#### **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 die Nutzung der UKW-Antennenanlage begehren, um anschließend Radioveranstalter mit UKW-Übertragungsleistungen versorgen zu können. Den Radioveranstaltern selbst steht dagegen kein Mitbenutzungsrecht an der Antennenanlage zu.

Der Umstand, dass eine beabsichtigte Eigenrealisierung von UKW-Übertragungsleistungen durch Radioveranstalter regulierungsrechtlich nicht geschützt ist, 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. Eine rein unternehmensinterne Verwendung der Vorleistungen ist hiervon nicht umfasst.

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 Rundfunkinhaltsdiensten. Unter „elektronischen Kommunikationsdiensten“ sind gemäß 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* (Hervorhebungen nicht im Original; siehe im Übrigen auch § 3 Nr. 24 TKG).

Sowohl der Hinweis auf die gewöhnlich gegebene Entgeltlichkeit des erbrachten Dienstes als auch die auf Inhaltenanbieter bezogene Ausnahme machen deutlich, dass die beabsichtigte Verwendung der Antennen(mit)benutzung zur Eigenrealisierung von Radiosendungen nicht ausreicht, um eine Zugangsberechtigung zu begründen,

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

### **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**

Die Zugangsverpflichtung ist geeignet, den Wettbewerb im Bereich der analogen UKW-Übertragungsleistungen 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 weitzunutzen 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 müs-

sen. 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.

Jedenfalls aber 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 L-Band) erfolgen, weiterverwendet werden. Es stünde vielmehr zu befürchten, 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. Deshalb erscheint eine Duplizierung passiver und technisch über Jahrzehnte nutzbarer UKW-Antennenelemente als wenig erstrebenswert.

Eine Duplizierung insbesondere aktiver Komponenten wie namentlich der Sender, die technisch grundsätzlich kürzere Nutzungsdauern aufweisen, trägt dagegen aus Sicht der Beschlusskammer 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.

#### **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 letztlich 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.

#### **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 mildereres 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 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 Sendeeinfrastruktur insofern mit Unsicherheiten behaftet, als häufig nur wenige Programme über einen Standort ausgestrahlt werden und vielfach nicht klar sein wird, ob der Wettbewerber eine ausreichende 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 keine Standort- oder Höhenänderungen mitsamt der damit 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 . .2014.

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.

Die generelle Erforderlichkeit einer Zugangsgewährungspflicht wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich im Einzelfall eine Eigenerrichtung oder Anmietung von UKW-Antennenanlagen durchaus lohnen könnte. Mögliche Kriterien, die einer individuellen Erforderlichkeitsprüfung prima facie zugrunde gelegt werden könnten, wären, ob an einem Standort die Statik die Installation einer weiteren Antenne verbietet, die Höhe der Antenne eine Neu-/Umkoordination der Frequenzen erfordert und/oder die von einer weiteren Antenne aus erzielbare Abdeckung von den Inhaltenanbietern nicht akzeptiert wird. Bei genaueren Betrachtung zeigt sich allerdings einmal, dass sich in jedem Einzelfall streiten lassen, ob die Bedingungen erfüllt sind oder nicht. Diese Unsicherheit würde den Nachfragern im Wettbewerb mit der Betroffenen auf dem Endnutzermarkt zum Nachteil gereichen. Zudem würden selbst dann,

wenn nach diesen Kriterien die Neuerrichtung einer Antennenanlage möglich erschiene, die o.g. allgemeinen Amortisationsunsicherheiten fortbestehen bleiben.

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 entsprechenden 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 Mitbenut-

zung 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, 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.

### **3.2.2 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 *so*ll 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.

### **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 Zugangsnachfragern 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 vorgeannten Gesichtspunkte streiten allesamt für die Auferlegung einer Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebots. 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 – 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 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 be-

trächtliche 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 verfahrensgenständlichen 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 9.2.1, 9.2.3 und 9.2.4 der (anliegenden) Festlegung BK 1-12/004 vom . .2014.

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 Vorteilseinräumungen 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 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 3.1.3) 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 vorgehene 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 darum, den Aufbau neuer analoger UKW-Antennenanlagen zu fördern (siehe oben, Ziffer 3.2.1.2.1). Es besteht deshalb auch kein Anlass, näher auf das ansonsten entstehende Spannungsverhältnis zwischen den Schutzbereichen einer Scheren-Prüfung einerseits und den Schutzbereichen einer KeL-Preisuntergrenze andererseits einzugehen. Aus den Regulierungszielen,

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

### **3.2.6.5.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Das Instrumentarium, mit dem der gerade festgestellte Zweck einer KeL-Obergrenze verfolgt wird, 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 Vorgehensweisen vor, die dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen.

#### **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 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.

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 angebotenen Endnutzerentgelte ist sichergestellt, dass die für die Retail-Minus-Regulierung maßgeblichen Ankerpreise – nämlich eben die Endnutzerpreise – die KeL-Obergrenze einhalten. 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. Die Einhaltung der KeL-Obergrenze ist bei einem Retail-Minus-Vorgehen – weil nur die generelle Abschlagshöhe zu berechnen ist – 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.

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 versehen 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 Vorteilseinräumung 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 Blick auf den Endnutzermarkt angestellt worden sind.

### **3.2.6.5.2 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 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 Entgeltssystematik 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.

**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 . .2014

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers

Anlage  
Festlegung der Präsidentenkammer (geschwärzte Fassung)