Verwaltungsgericht Köln, 21 K 2048/07

Datum:	21.01.2009
Gericht:	Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper:	21. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	21 K 2048/07
ECLI:	ECLI:DE:VGK:2009:0121.21K2048.07.00

Tenor:

Ziffer I. 1. 1.2 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 17. April 2007 wird aufgehoben.

Die Klage im Übrigen wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin zu 9/10 und die Beklagte zu 1/10.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar, für die Beklagte jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des beizutreibenden Betrages. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d 1

Die Klägerin, deren Geschäftsanteile vollständig von der L. E. GmbH (nachfolgend: L1.) gehalten werden, betreibt im gesamten Bundesgebiet mit Ausnahme der Länder Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen Breitbandkabelnetze. Als ein vorwiegend auf der sog. Netzebene 3 (NE 3, örtliche Verteilnetze) tätiges Unternehmen offeriert sie Anbietern von Hörfunk- und Fernsehprogrammen (Inhalteanbietern), analoge und/oder digitale Rundfunksignale gegen Entgelt über Kabelkopfstationen in ihre Breitbandkabelnetze 2

einzuspeisen und bis zu Übergabepunkten zu transportieren, an denen die Signale von Kabelnetzbetreibern der sog. Netzebene 4 (NE 4) - wiederum gegen Entgelt - übernommen und bis zu den Kabelanschlussdosen der Endkunden in den Haushalten der versorgten Grundstücke, Wohnanlagen bzw. Wohngebiete übertragen werden. Zudem beliefert die Klägerin aufgrund direkter vertraglicher Beziehungen unmittelbar Endkunden mit Rundfunksignalen. Sie unterhält ferner eine digitale technische Plattform und eine digitale Programmplattform, die es ihr ermöglichen, neben unverschlüsselt angebotenen analogen und digitalen Programmen Endkunden gegen zusätzliches Entgelt auch verschlüsselte Programme anzubieten. Darüber hinaus bietet die Klägerin über ihre Kabelnetze breitbandigen Internetzugang und Telefonie an.

Im Februar 2004 führte die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen - Bundesnetzagentur - im Hinblick auf eine beabsichtigte Abgrenzung und Analyse des Marktes „Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer" (Markt 18 der Empfehlung 2003/311/EG der EU-Kommis-sion vom 11. Februar 2003, ABl. EU L 114, 45 - Märkteempfehlung -) eine Befragung von Unternehmen durch, die Rundfunkübertragungsdienste anbieten und nachfragen. Ausgenommen hiervon waren Betreiber, die die Übertragung von Rundfunksignalen über Satellit anbieten. Auf der Grundlage der Ergebnisse dieser Befragung veröffentlichte die Bundesnetzagentur am 22. Februar 2006 (Abl. BNetzA 2006, 294) einen Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich des Marktes 18 der Märkteempfehlung und gab Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen. Die Ergebnisse dieser Konsultation, an der sich u. a. auch die Klägerin beteiligt hatte, wurden am 07. Juni 2006 (Abl. BNetzA 2006, 1564) veröffentlicht. Unter dem 17. Juli 2006 erteilte das Bundeskartellamt sein Einvernehmen zu dem aufgrund der Ergebnisse der Anhörung überarbeiteten und geänderten Entwurf der Marktdefinition und Marktanalyse und merkte hierbei hinsichtlich der nunmehr vorgesehenen Unterteilung der Signallieferungsmärkte in solche für die Belieferung von NE 4-Clustern mit bis zu 500 Wohneinheiten und in solche für die Belieferung von NE 4- Clustern mit mehr als 500 Wohneinheiten an, dass zwar die Clustergröße ein entscheidender Faktor sei, eine harte Trennlinie bei 500 Wohneinheiten die Wettbewerbsverhältnisse aber möglicherweise nur unscharf abbilde. Die Europäische Kommission teilte auf den ihr notifizierten Entwurf der Marktdefinition und Marktanalyse unter dem 31. August 2006 mit, dass sie aufgrund der sehr speziellen Situation in den deutschen Märkten keine Stellungnahme abgebe. 3

Mit Festlegung vom 20. September 2006 stellte die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur fest, dass die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen, insbesondere die Klägerin, auf ihrem netzweiten Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihre Breitbandkabelnetze und auf dem Markt für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber einer vorgelagerten Ebene im Bundesgebiet mit Ausnahme der Gebiete Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen über beträchtliche Marktmacht verfügen. 4

Zur Begründung ist ausgeführt, dass der Markt für Rundfunkübertragungsdienste im Sinne der Märkteempfehlung in Deutschland mehrere sachlich relevante Märkte umfasse. Konvergenzentwicklungen der einzelnen Übertragungswege (Breitbandkabel, Satellit, Terrestrik, Internet) seien noch nicht so weit vorangeschritten, dass von einem einheitlichen Gesamtmarkt ausgegangen werden könne. 5

Im Bereich der Einspeisemärkte bestehe kein gemeinsamer Markt für die Signaleinspeisung in Breitbandkabelnetze und in andere Übertragungswege. Diese Einschätzung entspreche der bisherigen Ansicht der EU-Kommission und stimme mit der Spruchpraxis des 6

Bundeskartellamtes und des Bundesgerichtshofes überein. Auch bei Berücksichtigung der neueren technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen stünden sich insbesondere Kabel- und Satelliteneinspeisung im Sinne des Bedarfsmarktkonzeptes nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage weiterhin nicht so nahe, dass sie aus Sicht eines verständigen Abnehmers als gegeneinander austauschbar erschienen; vielmehr würden sie von nachfragenden Inhalteanbietern als komplementär und jede für sich unverzichtbar angesehen. Dies gelte sowohl für die Einspeisung frei empfangbarer Fernsehsignale („Free-TV") als auch für die Einspeisung verschlüsselter, gegen Entgelt empfangbarer Fernsehsignale („Pay-TV"). Auch die Einspeisung von Hörfunksignalen in Breitbandkabelnetze bilde aus Nachfragersicht keinen gemeinsamen Markt mit der terrestrischen oder satellitären Übertragung solcher Signale. Wohl aber stellten die Einspeisung von Fernsehsignalen und diejenige von Hörfunksignalen in NE 3- Kabelnetze einen einheitlichen Markt dar. Der Umstand, dass die Nachfrage nach Einspeiseleistungen sich sowohl auf analoge als auch auf digitale Rundfunksignale erstrecke, begründe ebenfalls nicht zwei getrennt zu betrachtende Märkte. Denn eine solche getrennte Betrachtung würde wegen der absehbaren Entwicklung, die insbesondere durch eine Umstellung der bisher analogen Verbreitung der Free-TV- Programme auf einen digitalen Betrieb gekennzeichnet sein werde, die maßgebenden Wettbewerbsverhältnisse nicht zutreffend abbilden. Das Kabelnetz eines jeden einzelnen Anbieters von Rundfunksignal-Einspeisungen stelle angesichts der Komplementarität der einzelnen nicht gegeneinander austauschbaren Netze einen eigenen sachlich relevanten Markt dar. In räumlicher Hinsicht bestimme sich der relevante Markt nach der Reichweite der jeweiligen Einzelnetze, innerhalb derer jeweils von netzweit homogenen Wettbewerbsbedingungen ausgegangen werden könne.

Soweit es um das Angebot der entgeltlichen Lieferung von Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber der Netzebene 3 an Unternehmen der Netzebene 4, den sog. Signallieferungsmarkt, gehe, seien zwei sachlich relevante Märkte abzugrenzen, die durch die Größe der belieferten NE 4-Cluster gekennzeichnet seien. Eine Trennlinie sei bei 500 von einem Übergabepunkt aus versorgten Wohneinheiten zu ziehen. Es könne nämlich angenommen werden, dass es NE 4-Betreibern bei Clustern, die diese Anzahl von versorgten Wohneinheiten übersteigen, in der Regel wirtschaftlich möglich sei, Rundfunksignale alternativ, namentlich über selbst erstellte SMATV-Anlagen, zu beziehen. In diesem Bereich werde die Angebotsmacht der NE 3-Betreiber wirksam durch die Nachfragemacht der NE 4-Betreiber aufgewogen. Bei NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten seien die Wettbewerbsbedingungen hingegen dadurch gekennzeichnet, dass eine Möglichkeit eines Wechsels zwischen Kabel- und Satellitensignalbezug in der Regel nicht bestehe. Als räumlich relevante Signallieferungsmärkte seien die Gebiete anzusehen, auf die sich die jeweiligen Netze der drei Regionalgesellschaften erstrecken. Denn dort sei ungeachtet der innerhalb dieser Gebiete verstreut vorzufindenden „Inseln" integrierter alternativer Netzbetreiber jeweils von homogenen Wettbewerbsbedingungen auszugehen. 7

Bereits mit Schreiben vom 14. September 2006 teilte die Bundesnetzagentur der Klägerin die Absicht mit, ihr gegenüber eine Regulierungsverfügung zu erlassen, in der hinsichtlich des Einspeisemarktes eine nachträgliche Regulierung der Einspeiseentgelte nach § 39 Abs. 3 Satz 1 Telekommunikationsgesetz - TKG - und hinsichtlich des Marktes für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 19 TKG, eine Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG sowie eine nachträgliche Regulierung der Signallieferungsentgelte nach §§ 30 Abs. 3 i.V.m. 38 TKG vorgesehen seien. Nachzudenken sei ferner über die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung hinsichtlich des Einspeisebereichs und einer Standardangebotsverpflichtung hinsichtlich des Signallieferungsbereichs. 8

Im Oktober 2006 veröffentlichte die Bundesnetzagentur den Konsultationsentwurf einer an die Klägerin zu richtenden Regulierungsverfügung (Abl. BNetzA 2006, 3229). Darin sind die in der vorangegangenen schriftlichen Ankündigung erwähnten Regulierungsmaßnahmen, nicht jedoch eine Transparenzverpflichtung für den Einspeisemarkt und eine Standardangebotsverpflichtung für den Signallieferungsmarkt vorgesehen. Am 15. November 2006 fand unter Beteiligung eines Vertreters der Klägerin eine öffentliche mündliche Verhandlung über die gegenüber der Klägerin aufzuerlegenden Verpflichtungen statt. Ausweislich der hierüber gefertigten Niederschrift wies der Vorsitzende der Beschlusskammer auf mögliche Änderungen des TKG (Einfügung eines neuen Satzes 3 in § 42 Abs. 4 TKG und einer Neufassung des § 23 TKG) hin. In der Folgezeit äußerten sich innerhalb der von der Beschlusskammer gesetzten Stellungnahmefrist bis zum 27. November 2006 sowohl die Klägerin als auch verschiedene interessierte Parteien. Nach Ablauf der Frist ging der Bundesnetzagentur noch eine Stellungnahme des Verbandes Deutscher Kabelnetzbetreiber vom 27. Dezember 2006 zu. Mit elektronischer Post vom 10. Januar 2007 wies die Bundesnetzagentur die Klägerin darauf hin, dass nach der Durchführung des nationalen Konsultationsverfahrens einiges dafür spreche, hinsichtlich des Signallieferungsmarktes eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen, was als Regelfolge eine Entgeltgenehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG zur Folge habe, sofern nicht Ausnahmen nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG oder des (seinerzeit noch im Gesetzgebungsverfahren befindlichen) § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG begründbar seien. Die Klägerin nahm hierauf unter dem 02. Februar 2007 ergänzend Stellung. Unter dem 21. Februar 2007 übermittelte die Bundesnetzagentur dem Bundeskartellamt einen Beschluss-Entwurf, der sich von dem zuvor im Amtsblatt veröffentlichten Entwurf u.a. darin unterschied, dass hinsichtlich des Einspeisemarktes neben einer nachträglichen Entgeltregulierung eine Transparenzverpflichtung nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG und hinsichtlich des Signallieferungsmarktes zusätzlich eine Zugangsverpflichtung, eine Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung der Übergabepunkte sowie eine Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung und zur Vorlage der Absatzzahlen und Umsätze, nicht mehr hingegen eine Transparenzverpflichtung vorgesehen waren. Zudem war unter Ziffer II. des Beschlussentwurfs eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots für Zugangsleistungen auf dem Signallieferungsmarkt aufgenommen worden. Das Bundeskartellamt äußerte sich zu dem Entwurf unter dem 05. März 2007. Sodann notifizierte die Bundesnetzagentur den Entwurf der Europäischen Kommission, die unter dem 04. April 2007 mitteilte, keine Stellungnahme abzugeben. 9

Durch Beschluss vom 17. April 2007 traf die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der Festlegung, dass die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen auf den genannten Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügen, gegenüber der (als Betroffene bezeichneten) Klägerin folgende Entscheidungen: 10

„I. Regulierungsverfügung 1. Einspeisemarkt 1.1 Die Betroffene wird verpflichtet, Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und über die zu zahlenden Entgelte, welche die an einer Einspeisung interessierten Unternehmen für die Inanspruchnahme der Einspeiseleistungen benötigen, zu veröffentlichen. 1.2 Die Entgelte für Einspeiseleistungen unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend. 11

2. Signallieferungsmarkt 2.1 Die Betroffene wird dazu verpflichtet, 2.1.1 Betreibern nachgelagerter Kabelnetze im Bundesgebiet mit Ausnahme der Gebiete Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen den Zugang zu ihrem Breitbandkabelnetz zu ermöglichen, sofern der nachfragende Kabelnetzbetreiber von dem jeweiligen Übergabepunkt aus nicht 12

mehr als 500 Wohneinheiten versorgt, 2.1.2 über diesen Zugang Rundfunksignale zu übergeben, 2.1.3 zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffern 2.1.1 und 2.1.2 eine gemeinsame Nutzung der Übergabepunkte zu ermöglichen sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu den Übergabepunkten zu gewähren, 2.1.4 dass Vereinbarungen über Zugänge gemäß Ziffern 2.1.1 bis 2.1.3 auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen, und 2.1.5 die Preise für die extern angebotenen Zugangsleistungen gemäß Ziffern 2.1.1 bis 2.1.3 und die Verrechnungspreise für die entsprechenden intern genutzten Leistungen transparent zu gestalten und der Bundesnetzagentur auf Anforderung Informationen über die jeweiligen Absatzmengen und extern angebotenen und intern genutzten Vorleistungsprodukte und die entsprechenden Umsätze vorzulegen. 2.2 Die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der gemeinsamen Nutzung der Übergabepunkte gemäß Ziffern 2.1.1 bis 2.1.3 unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG.

II. 13

Der Betroffenen wird auferlegt, ein Standardangebot für Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie gemäß Ziffern 2.1.1 bis 2.1.3 der unter I. ergangenen Regulierungsverfügung verpflichtet ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung zu veröffentlichen. Die Angaben zu den Standorten der Übergabepunkte müssen nicht veröffentlicht, aber auf Nachfrage interessierten Unternehmen zugänglich gemacht werden." 14

Zur Begründung des der Klägerin am 24. April 2007 zugestellten Beschlusses ist im Wesentlichen ausgeführt: 15

Die hinsichtlich des Einspeisemarktes auferlegten Verpflichtungen beruhten auf § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG und §§ 39 Abs. 3 Satz 1, 38 Abs. 2 bis 4 TKG entsprechend. Die Einspeiseleistungen seien rechtlich als Endnutzerleistungen zu qualifizieren. Danach komme die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 21 TKG nicht in Betracht, jedoch sei der Klägerin in pflichtgemäßer Ausübung des durch § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG eröffneten Ermessens eine Transparenzverpflichtung aufzuerlegen. Denn es lägen Tatsachen vor, die die Annahme rechtfertigten, dass die Klägerin ihre marktmächtige Stellung auf dem Einspeisemarkt missbräuchlich in Gestalt ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen externer Nachfrager auszunutzen drohe. Die auferlegte Transparenzverpflichtung sei erforderlich, um dem gesetzlichen Diskriminierungsverbot effektiv Wirkung zu verschaffen. Von der Auferlegung einer auf § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG gestützten Verpflichtung zur Genehmigung der Einspeiseentgelte habe nach Abwägung der Umstände, die für die Einschätzung der dem Wettbewerb auf dem betroffenen Markt drohenden Gefahren maßgebend seien, mit der Folge abgesehen werden können, dass diese Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG i. V. m. der entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterliegen. 16

Hinsichtlich des Marktes für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen sei unter Berücksichtigung des Ergebnisses des nationalen Konsultationsverfahrens nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung auferlegt worden, weil eine solche Verpflichtung geeignet und erforderlich sei, um die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Auch stehe eine solche Verpflichtung bei Beachtung der Kriterien des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 7 TKG in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG. Mit 17

der auferlegten Zugangsverpflichtung werde reinen NE 4-Betreibern und integrierten NE 3/NE 4-Betrei-bern, für die sich im Einzelfall eine anderweitige Versorgung kleinerer NE 4-Cluster nicht lohnt, ein eigenständiges Angebot für Kabelendkunden ermöglicht, wodurch sowohl der intramodale Wettbewerb zwischen Kabelnetzbetreibern als auch der intermodale Wettbewerb mit anderen Übertragungsmedien um die Versorgung der Endkunden gestärkt werde. Die Maßnahme sei insbesondere deshalb erforderlich, weil bei NE 4- Clustern ? 500 Wohneinheiten der notwendige Zugriff auf einen an den Endkunden weiterzugebenden Signalstrom nicht auf andere Weise, namentlich nicht über eigene Satellitenkopfstationen der NE 4-Betreiber, wirtschaftlich möglich sei. Dieser Gesichtspunkt sei auch bei dem durch § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG vorgegebenen Angemessenheitskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen ausschlaggebend. Auch das Kriterium der verfügbaren Kapazität (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG) stehe der Zugangsverpflichtung nicht entgegen. Denn nach Einschätzung der Beschlusskammer reiche die Kapazität aus bzw. seien erforderliche Kapazitätserweiterungen vorzunehmen, deren finanzielle Aufwendungen indessen von den Nachfragern zu tragen seien und bei der Entgeltregulierung zu berücksichtigen seien. Auch das Kriterium der Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG) widerstreite der auferlegten Zugangsverpflichtung nicht, weil der überwiegende Teil der Infrastruktur der Klägerin von der Deutschen Bundespost aus öffentlichen Mitteln aufgebaut worden sei und nachfolgende eigene Investitionen der Klägerin, insbesondere erfolgte Bandbreitenerweiterungen, nicht von solchem Gewicht seien, dass sie eine Zugangsverpflichtung als unverhältnismäßig erscheinen ließen. Denn der Klägerin habe bewusst sein müssen, dass ihre Investitionen (auch) NE 4-Betreibern zugute kommen würden, und zudem habe sie den Zugang nicht unentgeltlich zu gewähren, sondern könne den Nachfragern entsprechende Entgelte in Rechnung stellen. Die auferlegte Zugangsverpflichtung diene auch der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs i. S. v. § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG, weil sie nachfragenden Netzbetreibern der NE 4, aber auch und vor allem integrierten NE 3/NE 4-Betreibern, deren Betätigung in besonderem Maße wettbewerbsbelebend sei, Rechts- und Planungssicherheit für ihren Signalbezug vermittle und sie daher einen kurzfristigen Verlust ihres Signallieferanten nicht zu gewärtigen hätten. Dies schaffe Anreize für Investitionen in effiziente Infrastruktureinrichtungen und ermögliche den sukzessiven Aufbau alternativer Infrastrukturen mit der Folge der Förderung eines sich selbst tragenden Wettbewerbs auf der Endkundenebene. Schließlich halte die Beschlusskammer die auferlegte Zugangsverpflichtung auch unter dem Gesichtspunkt des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG für angemessen. Das in der Vergangenheit offenbar stabile Verhältnis zwischen der Klägerin und den NE 4-Betreibern drohe angesichts der voranschreitenden Digitalisierung und der Ausweitung des Tätigkeitsfeldes der Klägerin auf das Angebot von Internet- und Telefondiensten unter Druck zu geraten. Unter diesen Umständen sei die Existenz eines neu entstandenen und auch nicht unerheblichen Spannungsverhältnisses zwischen der Klägerin und NE 4-Betreibern nicht zu leugnen. Dass letztere in der Vergangenheit die Angebote der Klägerin angenommen hätten, liefere keinen Beleg dafür, dass solche Angebote auch in Zukunft noch freiwillig unterbreitet und angenommen werden. Die der Klägerin auferlegte Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung von Übergabepunkten beruhe auf § 21 Abs. 3 Satz 4 TKG. Die Maßnahme sei erforderlich und angemessen, um den Zugangsgewährungsanspruch nicht ins Leere laufen zu lassen. Mit dem auf § 19 TKG beruhenden Diskriminierungsverbot werde in erforderlicher, geeigneter und angemessener Weise der Gefahr begegnet, dass die Klägerin als vertikal inte-griertes Unternehmen sich selbst oder den mit ihr verbundenen Unternehmen intern günstigere Bedingungen einräume als dies extern gegenüber anderen Unternehmen geschehe. Eine unverhältnismäßige Belastung der Klägerin sei hiermit nicht verbunden. Um dieses Diskriminierungsverbot durchzusetzen und unzulässige Quersubventionierungen zu

verhindern, seien auf der Grundlage von § 24 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 TKG eine Transparenzverpflichtung und die Verpflichtung zur Vorlage der Absatzzahlen und Umsätze als erforderliche und angemessene, aber auch ausreichende Maßnahmen verfügt worden. Die Entscheidung, dass die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zum Breitbandkabelnetz der Klägerin und der gemeinsamen Nutzung der Übergabepunkte der nachträglichen Regulierung unterliegen, beruhe auf § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG. Eine strenge Kostenkontrolle nach § 30 Abs. 1 TKG erweise sich ausnahmsweise zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG als nicht angemessen. Die angeordnete nachträgliche Entgeltregulierung beinhalte auf dem hier regulierten Zugangsmarkt auch die von § 38 Abs. 1 TKG vorgesehene Anzeigepflicht. Die auferlegte Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots beruhe auf § 23 Abs. 1 TKG. Eine solche Verpflichtung sei der einfachste und effektivste Weg, Wettbewerbern, die Interesse an der Inanspruchnahme von Signallieferungen haben, den Weg hierzu zu ebnen. Eine unangemessene Belastung der Klägerin bewirke ihre Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nicht.

Die Klägerin hat am 23. Mai 2007 Klage erhoben, zu deren Begründung sie im Wesentlichen vorträgt: Die Festlegung vom 20. September 2006 und die Regulierungsverfügung vom 17. April 2007 seien rechtswidrig. Die angegriffenen Entscheidungen seien verfahrensfehlerhaft zustandegekommen. Insbesondere sei es verabsäumt worden, im Marktanalyseverfahren den Sachverhalt vollständig zu ermitteln, weil die Bundesnetzagentur sich von vornherein darauf festgelegt habe, für die satellitäre Übertragung als der wichtig-sten Infrastruktur auf dem Markt 18 nicht zuständig zu sein. Das der Regulierungsverfügung zugrunde liegende Verfahren sei mangelhaft, weil die erlassenen Abhilfemaßnahmen nicht zur Konsultation gestellt worden seien und auch im Übrigen das rechtsstaatliche Minimum rechtlichen Gehörs nicht gewährt worden sei. In materiell-rechtlicher Hinsicht habe die Bundesnetzagentur den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht bzw. fehlerhaft wahrgenommen. Sie habe ohne eigene sektorspezifische Analyse und ohne nachvollziehbare Prüfung nichttragende Begründungsaussagen aus fusionskontrollrechtlichen Entscheidungen des Bundeskartellamtes übernommen, ohne auf die Besonderheiten der sektorspezifischen Analyse einzugehen. In mehrfacher Hinsicht sei eine eigene Beurteilung ausgefallen. Dies gelte sowohl in Bezug auf wesentliche Marktsegmente als auch im Hinblick darauf, dass die Präsidentenkammer von der Märkteempfehlung abgewichen sei, indem sie eine unternehmensbezogene sachliche Marktabgrenzung vorgenommen habe, ohne diese Abweichung erkannt oder begründet zu haben. Zudem habe sie den nach Aktenlage bekannten entscheidungserheblichen Sachverhalt vielfach ignoriert und sich aufdrängende weitere Ermittlungen unterlassen mit der Folge, dass es zu Beurteilungsdefiziten und Begründungsmängeln gekommen sei. In mehreren Elementen sei die Entscheidung auf falsche Tatsachenannahmen gestützt, und einige Beurteilungserwägungen ließen objektive Willkür bzw. sachfremde Erwägungen erkennen. Die allgemein anerkannte ökonomische und wettbewerbsrechtliche Methodik der Marktabgrenzung und Marktmachtanalyse sei bei den neu der Regulierung unterworfenen Produkten und Marktsegmenten verletzt worden. Schließlich seien auch die im Beschluss vom 17. April 2007 auferlegten Abhilfemaßnahmen nicht rechts- und ermessensfehlerfrei ausgewählt worden. 18

Die Klägerin beantragt, 19

den Beschluss der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 17. April 2007 und die ihm zugrunde liegende Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 20. September 2006 - soweit letztere sie betrifft - aufzuheben, 20

hilfsweise, 21

festzustellen, dass sie keiner Pflicht zur Vorlage ihrer Zugangsvereinbarungen mit professionellen NE 4-Betreibern in Bezug auf Netze mit weniger als 500 Wohneinheiten unterliegt und die Beklagte nicht berechtigt ist, vorgelegte Verträge zu veröffentlichen. 22

Die Beklagte tritt der Klage entgegen und beantragt, 23

die Klage abzuweisen. 24

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung Ziffer I.2.1.3 der angefochtenen Regulierungsverfügung dahin präzisiert, dass die in dieser Regelung auferlegte Pflicht, jederzeit Zutritt zu den Übergabepunkten zu gewähren, dahin zu verstehen sei, dass Zutritt nur dort zu gewähren sei, wo dies auch tatsächlich und rechtlich möglich sei. 25

Den am 23. Oktober 2007 gestellten Antrag der Klägerin, die aufschiebende Wirkung der Klage in Bezug auf Ziffern I.2 und II. des Beschlusses vom 17. April 2007 anzuordnen, hat die Kammer durch Beschluss vom 24. Juni 2008 - 21 L 1554/07 - abgelehnt. 26

Durch Beschluss vom 21. Januar 2009 hat die Kammer angeordnet, dass über die Klage, soweit sie die von der Klägerin am 15. Januar 2009 beantragte Feststellung des Nichtbestehens einer Pflicht der Klägerin zur Vorlage von Zugangsvereinbarungen und der fehlenden Befugnis der Beklagten zur Veröffentlichung vorgelegter Verträge betrifft, in einem getrennten Verfahren verhandelt und entschieden wird. 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten des vorliegenden Verfahrens und des Verfahrens 21 L 1554/07 sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen. 28

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 29

Die zulässige Klage, deren Gegenstand nach der durch Beschluss vom 21. Januar 2009 erfolgten Trennung des Verfahrens sich auf die Anfechtung des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 17. April 2007 und der ihm zugrunde liegenden Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur vom 20. September 2006 - soweit letztere die Klägerin betrifft - beschränkt, hat in Bezug auf Ziffer 1.2 der Regulierungsverfügung Erfolg; die Klage im Übrigen ist nicht begründet, § 113 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -. 30

A. Die die Klägerin betreffenden Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse in der Festlegung vom 20. September 2006, die mit dem angegriffenen Beschluss der Bundesnetzagentur vom 17. April 2007 nach § 13 Abs. 3 TKG einen einheitlichen Verwaltungsakt bilden, sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Bundesnetzagentur hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen, insbesondere die Klägerin, auf ihrem netzweiten Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihre Breitbandkabelnetze (nachfolgend Einspeisemarkt) und auf dem Markt für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber einer vorgelagerten Ebene im Bundesgebiet mit Ausnahme der Gebiete Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen (nachfolgend Signallieferungsmarkt) über eine die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen rechtfertigende beträchtliche Marktmacht verfügen. 31

32

Die gerichtliche Überprüfung einer Marktdefinition nach § 10 TKG und einer Marktanalyse nach § 11 TKG ist wegen des der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur bei diesen Entscheidungen zustehenden Beurteilungsspielraums beschränkt. Vom Gericht ist zu prüfen, ob die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sind, ob von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen worden ist, ob der erhebliche Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist und ob bei der eigentlichen Beurteilung allgemeingültige Wertungsmaßstäbe beachtet worden sind, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt worden ist,

Bundesverwaltungsgericht - BVerwG -, Urteil vom 02. April 2008 - 6 C 15.07 -, Buchholz 442.066 § 10 TKG Nr. 1, Rn. 21; Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, Juris, Rn. 18. 33

Bei Anlegung dieses Prüfungsmaßstabes ist die von der Präsidentenkammer vorgenommene Abgrenzung des Einspeisemarktes und des Signallieferungsmarktes frei von durchgreifenden rechtlichen Bedenken. 34

I. Die Festlegung vom 20. September 2006 leidet nicht an Verfahrensfehlern. Es ist nicht ersichtlich, dass die einschlägigen gesetzlichen Vorgaben der §§ 10 Abs. 3, 11 Abs. 3, 12, 123 Abs. 1 Satz 1, 132 Abs. 4 Satz 2 TKG, die in einem auf den Erlass einer Festlegung nach §§ 10, 11 TKG gerichteten Verwaltungsverfahren zu beachten sind, vorliegend nicht eingehalten worden sind. Einen Verstoß gegen diese Vorgaben zeigt auch die Klägerin nicht substantiiert auf. Ferner stellt es einen Verfahrensmangel nicht dar, dass die streitige Festlegung der Präsidentenkammer nicht aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist. Denn eine Verpflichtung, hinsichtlich des Ergebnisses des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens eine mündliche Verhandlung durchzuführen, sieht das Gesetz nicht vor. Eine solche Verpflichtung folgt insbesondere nicht aus § 135 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 TKG, weil die Festlegung keine „Entscheidung" im Sinne dieser Bestimmung ist. Auch der Vorwurf der Klägerin, die Präsidentenkammer habe in mehrfacher Hinsicht den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht bzw. nur unzureichend aufgeklärt, begründet keinen Verfahrensmangel. Die mit diesem Vorwurf sinngemäß gerügten Verstöße gegen den Untersuchungsgrundsatz des § 24 Ver- waltungsverfahrensgesetz - VwVfG -, führten, selbst wenn sie vorlägen, für sich allein nicht zur Annahme einer die Klägerin in ihren Rechten verletzenden formellen Fehlerhaftigkeit der Festlegung. Denn eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist nur beachtlich, wenn und soweit die angegriffene Entscheidung für den von ihr Betroffenen nachteilig von der Entscheidung abweicht, die ohne Verstoß gegen den Untersuchungs-grundsatz ergangen wäre oder hätte ergehen können. Insofern handelt es sich bei der Frage, ob der entscheidungserhebliche Sachverhalt nicht oder nur unvollständig aufgeklärt worden ist, um einen Gesichtspunkt, der nach den vorgenannten Maßstäben für die Prüfung einer Marktdefinition und -analyse eigenständige (materiell-rechtliche) Bedeutung entfaltet und daher bei der Prüfung der Frage Bedeutung erlangt, ob der erhebliche Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist. 35

II. Die auf § 10 TKG beruhende Abgrenzung des Einspeisemarktes und die auf § 11 TKG gestützte Analyse dieses Marktes weisen in der Sache keine Rechtsfehler auf. 36

1. Die vorgenommene Abgrenzung des Einspeisemarktes steht mit den materiell- rechtlichen Vorgaben des § 10 TKG in Einklang. 37

a) Es ist nicht feststellbar, dass dieser Abgrenzung ein unrichtiges Verständnis der anzuwendenden Gesetzesbegriffe zugrunde liegt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG, der in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art. 15 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 07. 38

März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie - RRL -) vorschreibt, dass bei der Bestimmung der für eine Regulierung in Betracht kommenden Märkte die Märkteempfehlung weitestgehend zu berücksichtigen ist. Diese Berücksichtigungspflicht schließt es auch in Ansehung des Zweckes der Rahmenrichtlinie, eine weitgehende Harmonisierung der Telekommunikations-Binnenmärkte zu erreichen, nicht aus, dass die nationalen Regulierungsbehörden unter Beachtung der in der Märkteempfehlung und in den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 11. Juli 2002 (Abl. EG Nr. C 165 S.6) - Leitlinien - dargelegten Grundsätze und Methoden die in der Märkteempfehlung bezeichneten Märkte weiter oder enger abgrenzen als empfohlen. Allerdings begründet Art. 15 Abs. 1, 3 RRL i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die in der Märkteempfehlung aufgeführten Märkte auch in Deutschland potentiell (d.h. vorbehaltlich der noch durchzuführenden Marktanalyse) regulierungsbedürftig sind. Diesem methodischen Ansatz entspricht eine nachvollziehende Bewertung anhand der Marktabgrenzungskriterien des europäischen Wettbewerbsrechts, die einerseits die von der Vermutungswirkung ausgehende Vorprägung der Entscheidung durch die Festlegung der Kommission, andererseits aber auch und insbesondere etwaige vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten angemessen berücksichtigt.

BVerwG, Urteil vom 02. April 2008 - 6 C 15.07 -, a.a.O., Rn. 25; Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, a.a.O., Rn. 24. 39

Bei Anlegung dieses Maßstabes beruht die Abgrenzung des Einspeisemarktes in der angegriffenen Festlegung nicht auf einem fehlerhaften Verständnis des Gesetzesbefehls des § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG. 40

aa) Es beruht nicht auf einem fehlerhaften Verständnis des Gebots weitestgehender Berücksichtigung der Märkteempfehlung, dass die Präsidentenkammer mit der Abgrenzung des allein den Übertragungsweg des Breitbandkabels erfassenden Einspeisemarktes eine „infrastrukturbezogene" Marktabgrenzung vorgenommen, nicht hingegen sämtliche zu Markt 18 der Märkteempfehlung gehörenden Übertragungsplattformen als einen einzigen sachlich relevanten Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen berücksichtigt hat. Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, die Festlegung sei zu einer mit der Märkteempfehlung nicht vereinbaren Marktabgrenzung gelangt, weil sie entgegen den Vorgaben der Märkteempfehlung an die jeweiligen Empfangsebenen und Übertragungswege als maßgebende Bezugspunkte angeknüpft und darüber hinaus eine Eingrenzung auf die Kabelnetze einzelner Unternehmen vorgenommen habe, ist nicht begründet. Die Präsidentenkammer hat mit der gesonderten Abgrenzung eines Einspeisemarktes (und weiterer Märkte) innerhalb des Marktes 18 der Märkteempfehlung den Inhalt und die Reichweite der Verpflichtung zur „weitestgehenden" Berücksichtigung der Märkteempfehlung, insbesondere soweit diese sich zu dem hier in Rede stehenden Markt 18 verhält, nicht verkannt. 41

(1.) Ausgangspunkt der Marktdefinition hat der in der Märkteempfehlung bezeichnete und in der Begründung der Märkteempfehlung näher beschriebene Markt zu sein. Als Gegen-stand des hier behandelten (Großkunden-)Marktes 18 sind „Rundfunk-Übertragungs-dienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer" angegeben. Dazu bemerkt die Kommission in der Begründung der Märkteempfehlung (S. 37, 38), dass es auf „den entsprechenden Großkundenmärkten ... verschiedene allgemeine Marktverbindungen geben [kann], was die Bereitstellung von Sendeinhalten über Übertragungsnetze für Endnutzer betrifft", und dass 42

der Ausbaustand und der Grad der Flächenabdeckung der drei hauptsächlichen Übertragungsplattformen (Terrestrik, Kabel und Satellit) in den Mitgliedsstaaten der EU ebenso unterschiedlich seien wie das Ausmaß, in dem die Plattformen für die digitale Rundfunksignalübertragung ausgelegt sind. Diese Feststellung verdeutlicht, dass die Kommission hinsichtlich des hier in Rede stehenden Marktes wegen der Vielgestaltigkeit nationaler Besonderheiten nicht angenommen hat, dass ein einheitlicher europäischer Standard vorhanden sei. Angesichts dieses Umstandes liegt es deshalb nahe anzunehmen, dass sie gerade für den Markt 18 die Möglichkeit in Rechnung gestellt hat, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei Anlegung der nach Art. 15 Abs. 3 Satz 1 RRL maßgebenden Marktabgrenzungskriterien und der nach dieser Vorschrift ebenfalls gebotenen Berücksichtigung nationaler Gegebenheiten zu dem Ergebnis gelangen können, den von der Märkteempfehlung als Markt 18 umschriebenen Bereich - wie vorliegend - in einzelne gesondert zu untersuchende (Teil-)Märkte aufzugliedern. Eine Festlegung auf eine von der Klägerin reklamierte „Gesamtschau" des Marktes für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer lässt sich der Begründung der Märkteempfehlung jedenfalls nicht entnehmen. Deshalb spricht bereits Überwiegendes dafür anzunehmen, dass der der Beklagten eingeräumte Beurteilungsspielraum für den Bereich des hier in Rede stehenden Marktes 18 der Märkteempfehlung es ohne Verletzung des Gebotes der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung grundsätzlich zulässt, von der Abgrenzung eines einheitlichen, umfassenden Marktes für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer abzusehen und unter Anlegung der maßgebenden Marktabgrenzungskriterien eine Differenzierung dieses Bereiches in verschiedene sachlich relevante Einzelmärkte vorzunehmen.

(2.) Selbst wenn man aber annähme, das die angegriffene Festlegung eines Einspeisemarktes (und weiterer Märkte) eine nach dem hier anzulegenden Maßstab besonders rechtfertigungsbedürftige Abweichung von der Märkteempfehlung darstellte, war die Beklagte zu einer solchen Abweichung berechtigt. In der Festlegung (S. 45 ff.) sind ausführlich die Gründe für die Einschätzung der Behörde dargelegt, dass der Bereich der Rundfunkübertragungsdienste in Deutschland mehrere jeweils gesondert zu betrachtende sachlich relevante Märkte umfasst. Diese grundsätzliche Einschätzung knüpft an die Feststellung an, dass in Deutschland die von der Märkteempfehlung angenommenen Konvergenz-entwicklungen noch nicht zu einem Punkt gelangt seien, an dem die herkömmlich nach Übertragungswegen getrennten Märkte zu einem Gesamtmarkt verschmolzen wären. Das Abheben auf diesen Gesichtspunkt belegt nicht etwa ein fehlerhaftes materiell-rechtliches Verständnis der Vorgaben für die Definition eines sachlich relevanten Marktes. Vielmehr verweist die Begründung der Märkteempfehlung (S. 4) auf die Bedeutung des „Konvergenzphänomens" insbesondere in Bereichen, in denen sich die Merkmale von Produkten und Diensten ständig weiterentwickeln. Auf diesem Hintergrund widerspricht es nicht den Vorgaben der Märkteempfehlung, wenn in der angegriffenen Festlegung auf den Stand der Konvergenzentwicklung bei den Rundfunkübertragungsdiensten abgehoben und die Einschätzung vertreten und begründet wird, dass aus dem von Markt 18 der Märkteempfehlung umfassten Bereich als gesonderter Einzelmarkt ein Einspeisemarkt abzugrenzen sei. 43

(3.) Es ist auch nicht erkennbar, dass die Präsidentenkammer bei ihrer Einschätzung einer noch nicht hinreichend fortgeschrittenen Konvergenzentwicklung dem Erfordernis, bei der Marktabgrenzung eine prognostische Sichtweise walten zu lassen, nicht genügt und dadurch ein unrichtiges Normverständnis zugrundegelegt hat. Denn es fehlt schon an hinreichend tragfähigen Anhaltspunkten für die Annahme, dass die Behörde eine Prognose des Voranschreitens dieser Entwicklung gänzlich unterlassen hätte. Jedenfalls bietet die 44

Einschätzung der Präsidentenkammer zu der nach ihrer Meinung noch nicht hinreichend fortgeschrittenen Konvergenzentwicklung auf dem Hintergrund des hier anzuwendenden Prognosezeitraums von zwei Jahren (§ 14 Abs. 2 TKG) keinen durchgreifenden Anhalt für die Annahme, dass die Bundesnetzagentur bei ihrer Bewertung der Konvergenzentwicklung der Übertragungsplattformen das Gebot einer prognostischen Sichtweise in rechtlich erheblicher Weise verkannt hätte.

bb) Auch die in der angegriffenen Festlegung vorgenommene weitere Aufgliederung des Bereiches der Signaleinspeisung nach der Art der bespeisten Infrastruktur, offenbart nicht ein fehlerhaftes Verständnis der anzuwendenden gesetzlichen Vorgaben. Ein solcher Mangel kann insbesondere nicht aus der Erwägung der Klägerin hergeleitet werden, die Präsidentenkammer habe sich zur Begründung dieser von der Märkteempfehlung abweichenden Marktabgrenzung auf eine Spruchpraxis des Bundeskartellamtes berufen, bei der andere als die hier maßgebenden Marktabgrenzungskriterien und Sichtweisen zugrundegelegt worden seien. Zwar hat sich die Bundesnetzagentur zur Begründung ihrer Festlegung auf die Spruchpraxis des Bundeskartellamtes (und der EU-Kommission sowie des Bundesgerichtshofes) bezogen; sie hat sich mit dieser Bezugnahme jedoch nicht begnügt, sondern (a.a.O. S. 48) maßgeblich auf den Gesichtspunkt abgehoben, dass die technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen der letzten Jahre es nicht rechtfertigten, von der „hergebrachten Abgrenzung für die Einspeisemärkte abzuweichen". Diese Einschätzung ist selbständig tragend mit der Erwägung begründet, dass insbesondere Kabel- und Satelliteneinspeisung (sowie Terrestrik und breitbandige Telekommunikationsnetze) sich im Sinne des Bedarfsmarktkonzeptes nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage nicht so nahe stehen, dass die Programmanbieter sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfes als gegeneinander austauschbar ansehen. Sie seien aus Sicht der jeweiligen Inhalteanbieter komplementär und jeder für sich unverzichtbar. Diese an das Bedarfsmarktkonzept und an das Kriterium der Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite anknüpfende und hinsichtlich der Einspeisung von Free- und Pay-TV-Signalen sowie Hörfunksignalen weiter differenzierenden Erwägungen stehen mit den Vorgaben in der Begründung der Märkteempfehlung (S. 6 f.) in Einklang und lassen ein Fehlverständnis ihrer nach § 10 Abs. 3 Satz 2 TKG weitestgehend zu berücksichtigenden Vorgaben nicht erkennen. 45

cc) Soweit die Klägerin beanstandet, dass die infrastrukturbezogene Abgrenzung eines Breitbandkabel-Einspeisemarktes jedenfalls deshalb gegen das Bedarfsmarktkonzept verstoße, weil methodisch fehlerhaft in diesen Markt unterschiedliche, nicht gegeneinander austauschbare Produkte (Einspeisung analoger und digitaler Hör- und Fernsehfunksignale sowie Free- und Pay-TV-Signale) einbezogen worden seien, tritt hierin ebenfalls nicht ein fehlerhaftes Verständnis des Begriffes der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung in § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG zutage. 46

(1.) Hinsichtlich der Zusammenfassung der Einspeisung analoger und digitaler Signale zu einem einheitlichen Markt ist die Präsidentenkammer in richtiger Anknüpfung an das Merkmal der Substituierbarkeit davon ausgegangen, dass die analoge Einspeisung nicht ohne weiteres durch eine digitale Einspeisung ersetzt werden könne, weil die für den Empfang digitaler Rundfunksignale erforderlichen Set-Top-Boxen derzeit bei den Endkunden nicht in ausreichender Anzahl vorhanden seien. Zugleich hat sie die Bedeutung der bereits begonnenen Entwicklung des Übergangs von der Übertragung analoger zur Übertragung digitaler Rundfunksignale gewürdigt. Dabei hat sie auf der zutreffenden Grundlage einer vorausschauenden Betrachtung den Umstand in den Blick genommen, dass der während der Umstellungsphase erfolgende, in seiner Zeitdauer noch nicht abschätzbare sog. 47

Simulcastbetrieb das Marktverhalten der Inhalteanbieter auf Nachfragerseite und der Kabelnetzbetreiber auf Anbieterseite maßgebend bestimmen werde. Daraus hat die Behörde den Schluss gezogen, dass es für eine zutreffende Abbildung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Breitbandkabel-Einspeisemarkt geboten sei, eine Trennung nach der Einspeisung von analogem und digitalem Rundfunksignal zu unterlassen. Indem diese Einschätzung maßgebend auf das Angebots- und Nachfrageverhalten der Marktteilnehmer abhebt, wird dem Gebot der weitestgehenden Berücksichtigung der Vorgaben der Märkteem-pfehlung für die Abgrenzung sachlich relevanter Märkte ausreichend Genüge getan.

(2.) Entsprechendes gilt auch in Bezug auf die Zusammenfassung der Einspeisung von Hörfunksignalen und Fernsehsignalen zu einem einheitlichen Markt. Dem steht nicht entgegen, dass - worauf die Klägerin abhebt und wovon auch die Bundesnetzagentur ausdrücklich ausgeht - Fernseh- und Hörfunksignale aus der Sicht der Verbraucher nicht gegeneinander austauschbar sind und daher keinen gemeinsamen (Endkunden-)Markt bilden. Soweit die Bundesnetzagentur für die Abgrenzung des hier in Rede stehenden Marktes nicht ausschlaggebend auf diese Endkundensicht abgestellt hat, tritt darin nicht ein fehlerhaftes Verständnis des Gebotes der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung zutage. Zwar sieht die Märkteempfehlung (S. 7 der Begründung) vor, dass die relevanten Großkundenmärkte als die Märkte für die Bereitstellung von Produkten an Unternehmen, die Endnutzer bedienen möchten, nach einer Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte festzulegen sind. Diese Vorgabe schließt indessen nicht aus, mit der von der Bundesnetzagentur gegebenen Begründung das Angebot von Einspeiseleistungen von Fernseh- und Hörfunksignalen als einen einheitlichen Markt zu begreifen. Die hierfür von der Bundesnetzagentur angeführten Gesichtspunkte - einheitliche Verhandlung der Hörfunk- und Fernseheinspeisung mit einem Teil der Inhalteanbieter, bedingte Angebotsumstellungsflexibilität der Kabelnetzbetreiber im Falle von Preiserhöhungen bei einer der beiden Einspeiseleistungen, Überlassung von Bandbreite als der den Markt kennzeichnenden eigentlichen, von der Art des übertragenen (Hörfunk- oder Fernsehfunk-)Sig-nals unabhängigen Leistung der Kabelnetzbetreiber, ausschließlich gemeinsamer Bezug von Hörfunk- und Fernsehfunksignalen durch Endnutzer - weisen jedenfalls einen hinreichend plausiblen Bezug zu den nach dem Bedarfsmarktkonzept anzulegenden Verhaltenskriterien auf Nachfrage und Angebotsseite auf und führen nicht zur Annahme eines fehlerbehafteten Normverständnisses. 48

dd) Unter dem Gesichtspunkt des richtigen Verständnisses des anzuwendenden Gesetzesbegriffes ist auch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur die Kabelnetze jedes einzelnen NE 3-Betreibers (und damit den netzweiten Markt der L1. und der mit ihr verbundenen Unternehmen) als jeweils eigenständige Märkte für Signaleinspeisungen abgegrenzt hat. Dass die Behörde - wie die Klägerin meint - unter Missachtung der Vorgaben der Märkteempfehlung als Ausgangspunkt ihrer Marktabgrenzung vom Konzept des „Ein Netz - Ein Markt" ausgegangen sei, trifft nicht zu. Die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur hat in dem insoweit beanstandeten Teil ihrer Festlegung (S. 56 f.) unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19. März 1996 - KZR 1/95 - (NJW 1996, 2656) daran angeknüpft, dass Free-TV- und Pay-TV Programmanbieter gleichermaßen auf eine möglichst große Erreichbarkeit ihrer Programmangebote durch Endnutzer und damit grundsätzlich auf die Einspeisung ihrer Programme in jedes Netz angewiesen seien. Hieraus hat sie im Hinblick auf die Komplementarität der einzelnen Netze die Folgerung gezogen, dass die Signaleinspeisung in einzelne Kabelnetze nicht gegeneinander austauschbar sei. Gegenüber dieser Betrachtungsweise bestehen unter dem Gesichtspunkt der Zugrundelegung des richtigen Normverständnisses keine durchgreifenden Bedenken, weil sie zutreffend die nach dem anzuwendenden Bedarfsmarktkonzept maßgebenden Kriterien anlegt. Der dagegen von 49

der Klägerin vorgebrachte Gesichtspunkt, dass für den wirtschaftlichen Erfolg von Pay-TV-Angeboten die von der Bundesnetzagentur angenommene größtmögliche Reichweite nicht erforderlich sei, wie ihr eigenes auf ihre Netze beschränktes Angebot von „Kabel Digital Home" beweise, überzeugt schon deshalb nicht, weil die Produktions- und Verbreitungsbedingungen und -kosten der Programminhalte eines reinen Pay-TV-Anbieters, der nicht über eigene Übertragungsplattformen verfügt, nicht mit denen eines von einem Kabelnetzbetreiber zusätzlich zu den eingespeisten Fernsehprogrammen selbst erstellten Angebots von Programminhalten vergleichbar sind.

ee) Schließlich ist unter dem Gesichtspunkt der Anwendung eines zutreffenden Normverständnisses nichts Durchgreifendes gegen die im Zusammenhang mit der räumlichen Abgrenzung des Einspeisemarktes vorgenommene Einschätzung der Bundesnetzagentur einzuwenden, dass innerhalb der Netze der jeweiligen NE 3-Kabelnetzbetreiber von homogenen Wettbewerbsbedingungen ausgegangen werden könne. Indem die Bundesnetzagentur auf den Gesichtspunkt der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen abgehoben hat, ist dem Berücksichtigungsgebot des § 10 Abs. 3 Satz 2 TKG genügt worden. Denn der Begründung der von der Bundesnetzagentur weitestgehend zu berücksichtigenden Märkteempfehlung (S. 12) ist zu entnehmen, dass sowohl die in der Märkteempfehlung selbst als auch die in den Leitlinien aufgestellten Grundsätze und Methoden beachtet werden müssen, wenn Marktdefinitionen aufgrund der nationalen Gegebenheiten enger oder breiter gefasst werden sollen als in der Auflistung der empfohlenen Märkte vorgesehen ist. Und Nr. 56 der sonach zu beachtenden Leitlinien bestimmt, dass der räumlich relevante Markt ein Gebiet umfasst, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen. An diesen Vorgaben ist die Einschätzung der Bundesnetzagentur in der angegriffenen Festlegung (S. 70) ausgerichtet, wenn dort zum einen auf die Reichweite der Einzelnetze der NE 3- Betreiber und zum anderen auf den Umstand abgehoben wird, dass nicht ersichtlich sei, dass einer der Kabelnetzbetreiber dann, wenn sich die Nachfrage einzelner Inhalteanbieter auf bestimmte regionale oder lokale Bereiche des Netzabdeckungsgebietes beschränkt, unterschiedliche Marktstrategien je nach Lage der regionalen oder lokalen Versorgungsbereiche verfolgt. Zwar hat die Klägerin geltend gemacht, dass sie nicht über ein einheitliches Gesamtnetz, sondern über eine Vielzahl von einzelnen „Netzinseln" verfüge; ihrem Vorbringen ist insoweit aber nichts dafür zu entnehmen, dass hinsichtlich der von der Bundesnetzagentur als relevanter Markt in den Blick genommenen Gesamtheit dieser Netzinseln die Heranziehung des Gesichtspunktes der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen verfehlt sein könnte. 50

b) Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Abgrenzung des Einspeisemarktes leidet auch nicht an einer unvollständigen oder unzutreffenden Ermittlung des erheblichen Sachverhaltes. 51

aa) In dieser Hinsicht macht die Klägerin vor allem geltend, dass der „stärkste Infrastrukturanbieter auf Markt 18, SES Astra, ... nicht in die Sachverhaltsermittlung einbezogen" und eine Erhebung und Berücksichtigung der Marktdaten dieses Anbieters zu Unrecht unterlassen worden sei. Mit diesem Gesichtspunkt wird indessen ein Mangel an vollständiger und zutreffender Ermittlung des erheblichen Sachverhaltes nicht aufgezeigt. 52

Es kann auf sich beruhen, ob die Entscheidung der Bundesnetzagentur, von einer Befragung derjenigen Anbieter abzusehen, die Rundfunksignale mittels Satellit übertragen, mit Recht auf 53

die Erwägung gestützt werden kann, dass es sich insoweit um Angebote auf länderübergreifenden Märkten handele, für die nach Art. 15 Abs. 4 RRL eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur nicht besteht. Denn eine nähere Ermittlung der insoweit bestehenden Markt- und Wettbewerbsbedingungen war entbehrlich, weil es hierauf für die in Rede stehende Abgrenzung des Einspeisemarktes nicht ankommt. Die Bundesnetzagentur hat nämlich, in - wie bereits oben ausgeführt - zutreffender Anwendung der maßgebenden Marktabgrenzungskriterien darauf abgehoben, ob die Einspeisung von Rundfunksignalen in die Übertragungsplattform Satellit und die Einspeisung dieser Signale in Breitbandkabelnetze sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass sie aus Sicht der Programmanbieter als Nachfrager für die Deckung ihres Bedarfes als gegeneinander austauschbar anzusehen seien. Dies hat die Bundesnetzagentur mit der Erwägung verneint, dass die beiden Übertragungswege von den jeweiligen Inhalteanbietern als komplementär und jeder für sich unverzichtbar angesehen werden. Bei dieser an das Bedarfsmarktkonzept und an das Kriterium der Austauschbarkeit auf Nachfrageseite orientierten Betrachtungsweise sind die vielfältigen Aspekte, die die Klägerin im Zusammenhang mit der Übertragung von Rundfunksignalen per Satellit aufzeigt, nicht erheblich. Dies gilt sowohl in Bezug auf die Marktanteile, die die Satellitenbetreiber, insbesondere SES Astra, an der unmittelbaren und mittelbaren Versorgung von Endkunden mit Rundfunksignalen haben, als auch hinsichtlich des Verhältnisses der Anteile der mittels Breitbandkabel und der über Satellit versorgten Wohneinheiten bzw. Haushalte. Auch brauchten die tatsächlichen Umstände, unter denen Endnutzer einen Wechsel vom Kabel-Rundfunkempfang zum Satellitenempfang vollziehen können, nicht näher untersucht und das entsprechende Migrationsverhalten nicht quantifiziert zu werden. Denn für die vorgenommene Marktabgrenzung kam es entscheidend auf die Sicht der Nachfrager der Einspeiseleistung, also der Inhalteanbieter, nicht hingegen auf die der Endnutzer an. Die hieran anknüpfende Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass es den nachfragenden Inhalteanbietern um die Erzielung einer möglichst großen „technischen Reichweite" geht und sie deshalb die Einspeisung ihrer Rundfunksignale in die Breitbandkabelnetze als komplementär zu der Einspeisung in Satellitenübertragungswege ansehen, folgt ersichtlich aus der Erkenntnis, dass die Kabelnetzbetreiber einen ganz erheblichen Anteil von Wohneinheiten bzw. Haushalten mit Rundfunksignalen versorgen. Dass diese tatsächliche Annahme im Zeitpunkt des Ergehens der angegriffenen Festlegung in Bezug auf die Klägerin unzutreffend war oder sich in dem von der Festlegung erfassten Prognosezeitraum absehbar als unzutreffend erweisen würde, ist nicht feststellbar. Die Klägerin selbst trägt vor, dass sich die Zahl der unmittelbar und mittelbar durch sie versorgten Wohneinheiten auf mehr als 9 Mio. beläuft.

bb) Als rechtserheblicher Tatsachenfehler erweist sich auch nicht die von der Klägerin beanstandete Aussage in der angegriffenen Festlegung (dort S. 15), dass das „Kabel ... im letzten Jahrzehnt zum wichtigsten Übertragungsweg für Fernsehprogramme avanciert" ist. Es ist schon zweifelhaft, ob mit dieser Aussage zur Wichtigkeit des Breitbandkabels als Übertragungsmedium für Fernsehfunksignale überhaupt ein tatsächlicher Umstand zum Ausdruck gebracht werden soll; es ist ohne weiteres möglich, diese Aussage als Wertung zu verstehen. Selbst wenn sie aber quantitativ in dem Sinne gemeint sein sollte, dass der Fernsehempfang mittels Breitbandkabel bezogen auf die Gesamtzahl der versorgten Haushalte bzw. Wohneinheiten im Verhältnis zu den übrigen verfügbaren Übertragungswegen den größten Anteil hat, entspricht dies den tatsächlichen Verhältnissen. 54

Vgl. Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten und Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang, Digitalisierungsbericht 2006, S. 56, Digitalisierungsbericht 2007, S. 51 und Digitalisierungsbericht 2008, S. 46. 55

Dazu, wie sich die Marktanteile von Satelliten- und Kabelübertragung verteilen, wenn man zwischen analoger und digitaler Übertragung unterscheidet, verhält sich die von der Klägerin beanstandete Aussage in der Festlegung nicht. Diese fehlende Differenzierung bedeutet indessen keinen Tatsachenfehler, weil die betreffende Stelle der Festlegung die Entwicklung der „deutschen Rundfunklandschaft" (Abschnitt C. II. der Festlegung) lediglich allgemein beschreibt und nicht unmittelbar zur Grundlage von tragenden Schlussfolgerungen der Bundesnetzagentur in Bezug auf die Abgrenzung des Einspeisemarktes geworden ist. 56

cc) Soweit die Klägerin beanstandet, dass die Präsidentenkammer zu Unrecht angenommen habe, dass in der Vergangenheit die Einspeisungen von Radio- und Fernsehsignalen durchaus einheitlich verhandelt worden seien, wird damit nicht eine unzutreffende Tatsachenannahme der Behörde aufgezeigt. Die Klägerin macht insoweit geltend, es habe lediglich einmalig im Jahre 2003 eine solche gemeinsame Verhandlung gegeben. Mit diesem Vorbringen stehen die Ausführungen der Bundesnetzagentur nicht in Widerspruch. In der Festlegung (S. 57) heißt es insoweit, dass „jedenfalls in der Vergangenheit die Einspeisungen von Radio- und Fernsehsignalen auch durchaus einheitlich verhandelt worden [seien], soweit - wie es bei den öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten als den wichtigsten Nachfragern nach Radioeinspeiseleistungen der Fall ist - Einspeisungen für beide Übertragungsleistungen nach[ge]fragt wurden." Diese Formulierung verdeutlicht, dass die Bundesnetzagentur gerade nicht angenommen hat, dass Einspeiseleistungen von Radio- und Fernsehsignalen von den Anbietern, die sowohl Radio- als auch Fernsehprogramme verbreiten, regelmäßig gemeinsam verhandelt worden seien. Ungeachtet dessen handelt es sich bei der beanstandeten Aussage nur um einen von mehreren nebeneinander aufgeführten Gesichtspunkten zur Begründung der Einschätzung, dass die Einspeisung von Hörfunk- und Fernsehsignalen einen gemeinsamen sachlich relevanten Markt bildet. Selbst wenn die fragliche Aussage in der Sache unzutreffend wäre, folgte daraus nicht die Fehlerhaftigkeit des Ergebnisses der Abgrenzung des Einspeisemarktes. 57

dd) Die Klägerin beanstandet in tatsächlicher Hinsicht ferner, dass die Bundesnetzagentur bei der Behandlung der Frage des Bestehens eines gemeinsamen Marktes für Einspeisungen analoger und digitaler (Fernseh-)Signale (S. 59 der Festlegung) zu Unrecht angenommen habe, dass die zeitliche Perspektive für die tatsächliche Abschaltung der analogen Einspeisung noch unklar sei. Tatsächlich habe es sich ihr aufdrängen müssen, dass es innerhalb des in den Blick genommenen zweijährigen Prognosezeitraums nicht zu einer nennenswerten Volldigitalisierung kommen werde. Denn ihr sei bekannt gewesen, dass sie - die Klägerin - allen nennenswerten Privatsendern „analoge Reichweitengarantien" bis 2009 bzw. 2010 habe geben müssen. Mit diesem Vortrag wird ein für die Abgrenzungsentscheidung erheblicher Tatsachenfehler nicht aufgezeigt. Denn die Bundesnetzagentur hat für ihre Einschätzung, dass analoge und digitale (Fernseh-)Signaleinspeisung einen gemeinsamen Markt bilden, maßgebend auf die besonderen Umstände abgehoben, die während der Dauer des sog. Simulcastbetriebes bestehen. Diese Umstände bestehen, wovon auch die Klägerin ersichtlich ausgeht, innerhalb des in den Blick zu nehmenden zweijährigen Prognosezeitraums fort. Es ist nicht ersichtlich, dass es für das Ergebnis der Einschätzung der Bundesnetzagentur von Belang gewesen ist, dass die Simulcastphase über diesen Prognosezeitraum hinaus andauert, zumal die Bundesnetzagentur diese Möglichkeit selbst in Rechnung stellt, wenn sie die zeitliche Perspektive für die Abschaltung der analogen Einspeisung für unklar hält. 58

ee) Auch die von der Präsidentenkammer im Zusammenhang mit der Frage, ob ein gemeinsamer Markt für die Einspeisung in Kabelnetze und andere Übertragungswege abgegrenzt werden könne, angestellten Erwägungen zur Einspeisung von Pay-TV- Signalen 59

(Festlegung S. 53 f.) beruhen nicht auf einem unzutreffend oder unvollständig ermittelten Sachverhalt.

(1.) Die Klägerin meint, es stimme entgegen der Annahme der Bundesnetzagentur nicht (mehr), dass nur „Premium-Pay-TV" erfolgreich sein könne. Denn ihr eigenes Angebot „Kabel Digital Home" komme weitgehend ohne Premium-Inhalte aus und sei als „Low-cost-Pay-Angebot" gleichwohl erfolgreich. Mit diesem Vorbringen wird eine fehlerhafte bzw. unzureichende Tatsachengrundlage - soweit man hier nicht ohnehin vom Vorliegen einer Wertung ausgehen muss - für die Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass Anbieter von Pay-TV in Deutschland auf die Ausstrahlung hochwertiger Programminhalte (sog. „Premium Content") angewiesen seien, nicht aufgezeigt. Denn die Ausführungen in der Festlegung verdeutlichen, dass die von der Klägerin beanstandete Aussage nicht in dem von ihr verkürzt wiedergegebenen Sinne gemeint ist. Vielmehr heißt es in der weiteren Begründung der Festlegung (S. 54, 2. Absatz) ausdrücklich, dass Pay-TV-Anbieter, um langfristig erfolgreich zu sein, „ihren Abonnenten einen spezifischen Zusatznutzen in Form von Premium-Spielfilmen, Live- Spitzensportereignissen und Erotik bieten [müssen], die Zuschauer im Free-TV entweder gar nicht oder nur in zeitlicher Verzögerung sehen können." Entscheidender Gesichtspunkt für die Bundesnetzagentur ist hiernach der „Zusatznutzen" für die Pay- TV-Abonnenten. Ob dieser durch Premium-Inhalte oder weniger hochwertige Angebote („Low-cost-Pay-Angebot") erzeugt wird, ist für die von der Netzagentur vorgenommene Einschätzung unerheblich. Zudem ist das von der Klägerin angeführte Produkt "Kabel Digital Home" schon deshalb nicht geeignet, einen Tatsachenfehler aufzuzeigen, weil die Klägerin bei diesem Produkt zugleich Nachfragerin und Anbieterin der Einspeiseleistung ist und das angeführte Beispiel nicht den von der Bundesnetzagentur erörterten Fall der Nachfrage Dritter nach Einspeiseleistungen betrifft. 60

(2.) Die Klägerin hält ferner die Annahme der Präsidentenkammer für unzutreffend, dass Pay-TV-Anbieter ebenso wie Free-TV-Anbieter stets eine Übertragung ihrer Programme zumindest über Kabel und Satellit nebeneinander benötigten, um die für einen wirtschaftlichen Betrieb erforderliche Reichweite zu erlangen. Sie macht geltend, dass es nicht (mehr) stimme, dass Premium-Inhalte nicht infrastruktursegmentiert erworben werden könnten und führt als Beispiel an, dass die Fernsehrechte an der Fußball-Bundesliga im Jahr 2005 gesondert für Kabel, Satellit und IP-TV ausgeschrieben und vergeben worden seien. Die Nichtberücksichtigung dieser Umstände stellt keinen Fehler der Abgrenzung des Einspeisemarktes dar. Für die von der Bundesnetzagentur behandelte Frage der Austauschbarkeit bzw. der Komplementarität der verschiedenen Übertragungswege ist es nicht von Belang, wenn - wie in dem von der Klägerin angeführten einzelnen Beispielsfall - vom Rechteinhaber eine Beschränkung der Übertragung seiner Veranstaltung auf einzelne Übertragungsinfrastrukturen vorgegeben wird. In diesem Falle beruht die Beschränkung auf einen bestimmten Übertragungsweg nämlich nicht auf der Erkenntnis des die Einspeiseleistung nachfragenden Unternehmens, dass die in Anspruch genommene Infrastruktur gegen eine andere austauschbar ist, sondern darauf, dass es ihm durch die Vorgabe des Rechteinhabers verwehrt ist, zusätzliche Übertragungswege in Anspruch zu nehmen. Auf diesem Hintergrund stellt es keinen Mangel der Tatsachengrundlage dar, wenn die Bundesnetzagentur das von der Klägerin angeführte Beispiel bei ihrer Einschätzung, dass Breitbandkabel und Satellit von Pay-TV-Anbietern als komplementäre Übertragungswege angesehen werden, nicht berücksichtigt hat. Dies gilt umso mehr, als für den von der Festlegung erfassten Zeitraum nicht ersichtlich ist, dass eine infrastrukturbezogene Vergabe von Senderechten in einem Maße zugenommen hat, dass eine beachtliche Änderung der Marktverhältnisse in Betracht gezogen werden müsste. 61

62

ff) Auch im Übrigen leidet die angegriffenen Marktabgrenzung nicht an einem Mangel einer unvollständigen oder unzutreffenden Ermittlung bzw. Berücksichtigung des erheblichen Sachverhalts. Soweit die Klägerin über das vorstehend Behandelte hinaus derartige Mängel beanstandet, betreffen ihre Rügen zum einen Sachverhaltsbestandteile, deren Erheblichkeit für die Marktabgrenzungsentscheidung nicht erkennbar bzw. nicht nachvollziehbar dargetan ist, und zum anderen erweisen sich die Beanstandungen der Klägerin als im Kern gegen wertende Schlussfolgerungen und Einschätzungen der Bundesnetzagentur gerichtet, die indessen angesichts des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bei der Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen hinzunehmen sind.

c) Das von der Bundesnetzagentur gefundene Ergebnis, dass als sachlich relevanter Markt (jeweils) die analoge und digitale Einspeisung von Radio- und Fernsehfunksignalen in das Breitbandkabelnetz der L1. und der mit ihr verbundenen Unternehmen (sowie in die Netze anderer Unternehmen) abzugrenzen sei, beruht auch nicht auf einer Verletzung des Gebots, allgemein gültige Wertungsmaßstäbe zu beachten, oder auf einer Verletzung des Willkürverbots. Das ausführlich begründete Ergebnis der Abgrenzung des Einspeisemarktes bietet bei Beachtung des der Behörde zustehenden Beurteilungsspielraums keinen Anlass zur Beanstandung. Die Präsidentenkammer hat nachvollziehbar die Gründe und Erwägungen dargelegt, aufgrund derer sie den hier streitbefangenen Einspeisemarkt abgegrenzt hat. Ihre Überlegungen sind in hinreichendem Maße an den Vorgaben der Märkteempfehlung und der Leitlinien ausgerichtet. Insbesondere hat die Bundesnetzagentur gestützt auf die Kriterien des Bedarfsmarktkonzeptes in vertretbarer Weise ihre Einschätzung begründet, dass das Angebot von Rundfunksignal-Einspeisungen in Breitbandkabelnetze einen eigenen Markt darstelle, dem nicht das Angebot von Einspeiseleistungen in andere Übertragungswege zuzurechnen sei. Ebensowenig ist das Ergebnis zu beanstanden, dass das Angebot der Einspeisung von analogem und digitalem Free- und Pay-TV als dem abgegrenzten Markt gleichermaßen zugehörig eingeordnet wird, wie die analoge und digitale Einspeisung von Hörfunksignalen. Die hierfür gegebene Begründung der Festlegung beruht nicht auf einer Verkennung oder Missachtung allgemeingültiger Wertungsmaßstäbe und ist nicht schlechthin sachwidrig. Zwar mag man mit der Klägerin annehmen können, dass auch ein von dem gefundenen Ergebnis abweichender Zuschnitt des in Rede stehenden Marktes - etwa eine Ausklammerung der Einspeisung von Hörfunksignalen - vertretbar oder sogar näher liegend gewesen wäre; dieser Umstand indiziert indessen weder eine Fehlerhaftigkeit der Prüfung, welche Dienstleistungen bzw. Produkte dem betreffenden Markt zuzurechnen sind, noch eine Missachtung allgemein gültiger Wertungsmaßstäbe, weil es in der Natur der Unschärfe der anzulegenden Marktabgrenzungskriterien liegt, dass sie unterschiedliche Bewertungen des zugrunde liegenden Sachverhalts und der voraussichtlichen Entwicklung der betrachteten Marktverhältnisse mit der Folge zulassen, dass ohne Rechtsverstoß eine gewisse Bandbreite unterschiedlicher Entscheidungen möglich ist. 63

Auf diesem Hintergrund liegt ein Verstoß gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe insbesondere nicht darin begründet, dass Ausgangspunkt der hier in Rede stehenden Marktabgrenzung die Annahme der Präsidentenkammer (vgl. S. 45 der Festlegung) ist, dass die von der Märkteempfehlung angenommenen Konvergenzentwicklungen in Deutschland noch nicht zu einem Punkt gelangt seien, an dem die traditionell nach Übertragungswegen getrennten Märkte zu einem Gesamtmarkt verschmolzen sind. Selbst wenn man diesen Ausgangspunkt mit der Klägerin deshalb für beanstandenswert hielte, weil die Bundesnetzagentur zutreffend habe fragen müssen, ob eine Aufteilung des als einheitlicher Markt empfohlenen Marktes 18 und damit ein Abweichen von der Märkteempfehlung gerechtfertigt sei, begründete das Vorgehen der Bundesnetzagentur keinen Verstoß gegen 64

allgemein gültige Wertungsmaßstäbe, weil - wie bereits oben ausgeführt - die in der Festlegung angeführten Gesichtspunkte es jedenfalls rechtfertigen, abweichend von der Märkteempfehlung mehrere Einspeisemärkte, u.a. denjenigen der L1. und der mit ihr verbundenen Unternehmen abzugrenzen.

Eine Verletzung allgemein gültiger Wertungsmaßstäbe bedeutet es auch nicht, dass die Präsidentenkammer bei der hier vorgenommenen Marktabgrenzung sich den Stand-punkt des Bundeskartellamtes zu eigen gemacht hat, dass das Angebot von Signaleinspeisungen in Breitbandkabelnetze keinen gemeinsamen Markt mit der Signaleinspeisung in andere Übertragungswege darstelle. Denn die Bundesnetzagentur hat die be-treffenden Ergebnisse des Bundeskartellamtes aus fusionskontrollrechtlichen Verfahren nicht ohne nähere Prüfung übernommen, sondern eigenständig anhand des zutreffenden Kriteriums der Austauschbarkeit der Leistung aus Nachfragersicht begründet, dass eine Zusammenfassung der Angebote von Signaleinspeisungen in alle verfügbaren Übertragungsmedien oder auch nur eine Zusammenfassung der Einspeisung in Breitbandkabel und satellitäre Übertragung als einheitlicher Markt nicht gerechtfertigt erscheine. Von einer bloßen Übernahme der auf fusionskontrollrechtlichen Maßstäben beruhenden Einschätzung des Bundeskartellamtes kann daher keine Rede sein, und es braucht deshalb nicht erörtert zu werden, ob diese Maßstäbe von den hier einschlägigen Marktabgrenzungskriterien so verschieden sind, dass ihre Berücksichtigung als willkürlich oder als Verstoß gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe anzusehen wäre. 65

Auch im Übrigen zeigt das Vorbringen der Klägerin keine Umstände auf, aus denen sich eine Überschreitung des der Bundesnetzagentur zustehenden Beurteilungsspielraums wegen willkürlich sachwidriger oder gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe verstoßender Annahmen ergibt. 66

Bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Einspeisemarktes hat die Bundesnetzagentur ebenfalls nicht gegen das Willkürverbot verstoßen oder allgemein gültige Wertungsmaßstäbe missachtet. Sie ist zu der Einschätzung gelangt, dass sich die räumlich relevanten Einspeisemärkte nach der Reichweite der verschiedenen Einzelnetze bestimmt. Dabei hat sie in Rechnung gestellt, dass zwar eine auf bestimmte Gebiete innerhalb dieser Netze beschränkte Nachfrage lokaler und regionaler Inhalteanbieter vorhanden sein kann; gleichwohl hat sie das Vorliegen homogener Wettbewerbsbedingungen innerhalb des gesamten jeweiligen Netzabdeckungsgebietes mit der Erwägung angenommen, dass nicht ersichtlich sei, dass einer der Kabelnetzbetreiber unterschiedliche Marktstrategien je nach Lage der regionalen oder lokalen Versorgungsbereiche verfolgt. Diese Sichtweise verstößt weder gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe noch gegen das Willkürverbot. 67

2. Die Bundesnetzagentur hat auch in nicht zu beanstandender Weise auf der Grundlage von § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG angenommen, dass der hier behandelte Einspeisemarkt für eine Regulierung in Betracht kommt. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Festlegung rechtfertigen auf der Grundlage des hier anzulegenden Prüfungsmaßstabes den Schluss, dass dieser Markt durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert und die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. 68

a) Es ist nicht ersichtlich, dass die Präsidentenkammer bei Vornahme des Drei- Kriterien-Tests nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG von einem fehlerhaften Normverständnis ausgegangen ist. 69

70

aa) Die Rüge der Klägerin, die Bundesnetzagentur habe bei der Durchführung des Drei-Kriterien-Tests rechtsfehlerhaft einen „abstrakt-typisierenden" Maßstab angelegt, greift nicht durch. Dem insoweit maßgebenden Teil der Begründung der Festlegung (S. 78 f.) lassen sich keine hinreichend tragfähigen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Bundesnetzagentur unter Verkennung der Vorgaben des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG zu der Einschätzung gelangt ist, dass der hier in Rede stehende Markt für eine Regulierung in Betracht kommt. Das gilt sowohl hinsichtlich der Feststellung der Bundesnetzagentur, dass „bei der hier angebrachten abstrakttypisierenden Betrachtungsweise ... keine Faktoren absehbar [sind]", die eine Wettbewerbsentwicklung im Sinne einer längerfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb herbeiführen könnten, als auch für die Aussage, dass die jeweils über 100%igen Marktanteile der Kabelnetzbetreiber auf den Einspeisemärkten „auf abstrakter Ebene" die fortdauernde Unangreifbarkeit ihrer Stellung bezeugten. Diese Ausführungen in der Festlegung sind hinreichend auf die konkreten Marktverhältnisse bezogen. Dass die Bundesnetzagentur hier ein fehlerhaftes Verständnis des anzulegenden Maßstabes hätte walten lassen, kann ungeachtet der Verwendung der Begriffe „abstrakt-typisierend" und „abstrakt" nicht angenommen werden. Dies gilt zumal im Hinblick auf die weiteren Ausführungen zum Drei-Kriterien-Test, die insbesondere bei der Frage der Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts die speziellen Marktverhältnisse thematisieren.

bb) Ein fehlerhaftes Normverständnis stellt es auch nicht dar, dass die Bundesnetzagentur dem vorgenommenen Drei-Kriterien-Test einen zweijährigen Prognosezeitraum zugrunde gelegt hat. Es entspricht dem in § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG verankerten Gebot der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung, maßgebend auf den genannten Zeitrahmen abzuheben. Dies ist hinsichtlich des Kriteriums, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, einem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken, in der Begründung der Märkteempfehlung (S. 10/11) ausdrücklich vorgesehen. Dort heißt es, dass der prognostisch in den Blick zu nehmende Zeitrahmen der Zeitspanne entsprechen sollte, die zwischen den Überprüfungen des jeweiligen Marktes durch die nationale Regulierungsbehörde liegt. Das ist regelmäßig ein Zeitraum von zwei Jahren, § 14 Abs. 2 TKG. Dagegen, dass hinsichtlich der übrigen beiden Kriterien des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG ein abweichender Zeithorizont maßgebend ist, spricht ungeachtet des Tatbestandsmerkmals „längerfristig" der systematische Zusammenhang zwischen § 10 TKG einerseits und § 14 TKG andererseits. 71

cc) Schließlich ist ein auf einem fehlerhaften Normverständnis beruhender Beurteilungsfehler auch nicht den Erwägungen zu entnehmen, die die Bundesnetzagentur (S. 79 f. der Festlegung) zum dritten Kriterium des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG angestellt hat. Aus der von der Klägerin gerügten allgemeinen und einzelfallunabhängigen Darstellung der Unterschiede zwischen den Regelungs- und Eingriffsinstrumentarien des allgemeinen Wettbewerbsrechts und der Marktregulierung nach dem TKG folgt ein solcher Beurteilungsfehler nicht. Im Gegenteil verdeutlichen diese Ausführungen, dass die Bundesnetzagentur ihren Erwägungen zu der Frage, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken, einen nicht zu beanstandenden Ausgangspunkt zugrunde gelegt hat. Hieran anknüpfend hat sie tragend darauf abgehoben, dass auf dem hier in Rede stehenden Einspeisemarkt „eine größere Gefahr exzessiver Preisforderungen" bestehe. Dies hat die Bundesnetzagentur mit der folgenden Erwägung begründet: „Je weniger Preissetzungsspielraum der Netzbetreiber auf dem einen Markt hat (und die Kabelnetzbetreiber behaupten, auf dem Endkundenmarkt in einem starken Wettbewerb zu stehen), desto eher ist zu befürchten, dass ein 'Rebalancing' der Entgeltforderungen weg von diesem Markt hin zum entgegengesetzten Markt (hier also zum Einspeisemarkt) erfolgt." Diese Einschätzung und die Annahmen, dass stärkerer Wettbewerb 72

auf dem Endkundenmarkt die Gefahr exzessiver Preisforderungen auf dem Einspeisemarkt hervorruft, ist unter dem hier behandelten rechtlichen Gesichtspunkt des richtigen Normverständnisses nicht zu beanstanden. Gleiches gilt für die in demselben sachlichen Zusammenhang angestellte Überlegung der Bundesnetzagentur, dass es erforderlich sei, den betroffenen Kabelnetzbetreibern mit einer Entgeltregulierung des Einspeisemarktes anhand eines Kostenmaßstabes i.S.v. § 31 TKG zumindest drohen zu können. Der hiergegen erhobene Einwand der Klägerin, es sei fehlerhaft, die Ineffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts mit dem Erfordernis der Schaffung eines „Drohpotentials" zu begründen, verfängt nicht. Denn die Bundesnetzagentur hat ausweislich der Begründung der Festlegung die Regulierungsbedürftigkeit nicht aus der abstrakten Annahme einer Notwendigkeit abgeleitet, dass eine Entgeltregulierung nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung prinzipiell möglich sein müsse. Der Gesamtzusammenhang der Ausführungen der Bundesnetzagentur (vorletzter Absatz S. 79 der Festlegung) verdeutlicht vielmehr, dass diese Notwendigkeit mit der auf dem Einspeisemarkt identifizierten Gefahr „exzessiver Preisforderungen" der Kabelnetzbetreiber begründet wird.

b) Dem vorgenommenen Drei-Kriterien-Test haftet auch nicht der Fehler an, dass die Bundesnetzagentur ihm einen nur unvollständig oder unzutreffend ermittelten entscheidungserheblichen Sachverhalt zugrunde gelegt hätte. 73

Soweit gerügt wird, die Bundesnetzagentur habe die durch ganz erhebliche Kosten der Modernisierung des Breitbandkabelnetzes gekennzeichnete Kostensituation der Klägerin nicht berücksichtigt, führt dies nicht zur Annahme eines rechtserheblichen Sachverhaltsdefizits. Denn es ist nicht ersichtlich, dass und in welcher Hinsicht die Kostensituation der Klägerin für die Beurteilung der Kriterien des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG von entscheidender Bedeutung sein könnte. Auch hinsichtlich der Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass „sich bei den Kabelnetzen der NE 3 bedeutende Skalen- und Verbundvorteile mit versunkenen Kosten und Netzexternalitäten verbinden" (S. 78 der Festlegung), sind fehlerhafte Tatsachenannahmen nicht erkennbar. 74

c) Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Marktdefinition wegen eines bei der Vornahme des Drei-Kriterien-Tests des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG erfolgten Verstoßes gegen das Willkürverbot oder eines Verstoßes gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe als rechtswidrig erwiese. 75

3. Die in der Festlegung vom 20. September 2006 vorgenommene Analyse des streitgegenständlichen Einspeisemarktes nach § 11 TKG ist auf dem Hintergrund des der Bundesnetzagentur auch hierbei zustehenden Beurteilungsspielraums rechtlich nicht zu beanstanden. Die Präsidentenkammer hat ihre Beurteilung, dass auf diesem Markt kein wirksamer Wettbewerb besteht und die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, ausführlich und nachvollziehbar begründet. Diese Ausführungen lassen nicht erkennen, dass das gefundene Ergebnis nicht von der Beurteilungsermächtigung des § 11 TKG gedeckt wäre. 76

a) Es ist nicht feststellbar, dass die Bundesnetzagentur von einem fehlerhaften Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffes ausgegangen wäre. Insbesondere liegt eine Verletzung des Gebotes zur weitestgehenden Berücksichtigung der in den Leitlinien aufgestellten Marktanalysekriterien, § 11 Abs. 1 Satz 4 TKG, nicht vor. In Einklang mit Nrn. 75, 78 und 79 der Leitlinien hat die Bundesnetzagentur angenommen, dass die Prüfung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht eine vorausschauende, auf die bestehenden Marktverhältnisse gestützte Analyse erfordere, bei der die in den Leitlinien aufgeführten Kriterien anzulegen und in einer Gesamtschau zu bewerten seien. Dagegen, dass die 77

Bundesnetzagentur die Einspeisemärkte der drei sog. Regionalgesellschaften gemeinsam analysiert hat, ist unter dem Gesichtspunkt eines unzutreffenden Normverständnisses nichts einzuwenden. Zwar hatte die Bundesnetzagentur die jeweiligen netzweiten Einspeisemärkte sämtlicher NE 3-Betreiber als für eine Regulierung in Betracht kommende gesonderte Märkte abgegrenzt, so dass an sich die gesonderte Analyse eines jeden einzelnen dieser Märkte vorzunehmen wäre. Die Zusammenfassung der Analyse der Einspeisemärkte der Regionalgesellschaften ist aus Rechtsgründen aber deshalb nicht zu beanstanden, weil die darin von der Bundesnetzagentur zugrundegelegten Wettbewerbsbedingungen den die Breitbandkabelnetze der L1. und der mit ihr verbundenen Unternehmen umfassenden Einspeisemarkt zutreffend kennzeichnen.

Zu Recht hat die Bundesnetzagentur insoweit nämlich darauf abgehoben, dass die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen (sowie die beiden anderen Regionalgesellschaften) über ein Monopol auf dem Einspeisemarkt verfügen. Damit richtet sie sich an dem für die Feststellung einer Marktbeherrschung wesentlichen Kriterium des Marktanteils aus (Nr. 75 der Leitlinien). Die daran anschließenden Überlegungen, ob die durch die Monopolstellung indizierte beträchtliche Marktmacht durch horizontalen oder potenziellen Wettbewerb, durch Vorlieferanten (namentlich SES Astra), durch gegengewichtige Marktmacht der das Einspeiseangebot nachfragenden Inhalteanbieter und durch die maßgebenden Markt- und Unternehmensstrukturen kontrolliert bzw. begrenzt werde, entsprechen ebenfalls dem von den Leitlinien vorgegebenen Konzept zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht. 78

Die dagegen gerichteten Angriffe der Klägerin greifen nicht durch. Soweit sie als beurteilungsfehlerhaft beanstandet, dass die Bundesnetzagentur als entscheidenden Gesichtspunkt der gegengewichtigen Marktmacht die Frage angesehen habe, ob der Kabelnetzbetreiber überhaupt Einspeiseentgelte erzielt, vermag ihre Rüge nicht zu überzeugen. Die Tauglichkeit des Kriteriums der Erzielung von Einspeiseentgelten für die Beurteilung des Vorliegens gegengewichtiger Marktmacht kann von der Klägerin nicht mit Erfolg durch den Hinweis darauf in Frage gestellt werden, dass auch als nicht marktmächtig eingestufte Kabelnetzbetreiber Einspeiseentgelte erzielen. Denn die Erzielung von Einspeiseentgelten (und gegebenenfalls deren Umfang) ist nur ein Gesichtspunkt, den die Bundesnetzagentur neben einer Vielzahl von anderen Umständen [vgl. die Ausführungen S. 93 bis 97 der Festlegung unter Ziff. 6 Buchst. a) bis c) und e) bis f)] bei der Beurteilung gegengewichtiger Marktmacht berücksichtigt hat und der in die von ihr vorgenommene Gesamtschau einbezogen worden ist. Dass sie diesem Gesichtspunkt „entscheidendes" Gewicht beigemessen hat, weist nicht auf ein fehlerhaftes Normverständnis hin, sondern ist angesichts des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums hinzunehmen. 79

Ein fehlerhaftes Verständnis der weitestgehend zu berücksichtigenden Leitlinien wird auch nicht durch den Vortrag der Klägerin aufgezeigt, dass es der Methodik widerspreche, wenn die Bundesnetzagentur die unentgeltliche Einspeisung in den Markt einbeziehe. Dieser offenbar ebenfalls gegen die Grundannahme der Bundesnetzagentur gerichtete Einwand, dass es für die Feststellung gegengewichtiger Marktmacht entscheidend darauf ankomme, ob ein Kabelnetzbetreiber überhaupt Einspeiseentgelte erzielt, ist nicht berechtigt. In der entsprechenden Passage der Festlegung geht es nämlich nicht darum, in den der Analyse unterzogenen und zuvor definierten Markt weitere, bisher unberücksichtigt gebliebene Leistungen einzubeziehen. Die betreffenden Ausführungen der Bundesnetzagentur zielen ersichtlich auf die Prüfung der Frage ab, ob der an sich begründeten Annahme einer beträchtlichen Marktmacht der Regionalgesellschaften auf dem Einspeisemarkt entgegensteht, dass die die Einspeiseleistung nachfragenden Inhalteanbieter in der Lage sind, das Verhalten der Regionalgesellschaften bei der Durchsetzung von Einspeiseentgelten 80

dem Grunde und der Höhe nach zu beeinflussen. Entgegen der Ansicht der Klägerin geht es nicht um einen Parameter, der erst die Existenz eines bestimmten Marktes begründet.

Zur Annahme eines Beurteilungsfehlers führt auch nicht die Beanstandung, dass es die Bundesnetzagentur unterlassen habe, die Regulierungsbedürftigkeit und die Marktmacht der Klägerin bei der Radioprogramm-Übertragung in ihren Kabelnetzen zu analysieren. Das Fehlen entsprechender Ausführungen in der Festlegung ist jedenfalls deshalb unschädlich, weil nicht ersichtlich und auch von der Klägerin nicht substantiiert vorgetragen ist, dass und auf welche Weise die Marktmacht der Klägerin auf dem Einspeisemarkt durch Umstände - etwa das Verhalten der Inhalteanbieter - begrenzt werden könnte, die die Einspeisung von Hörfunksignalen betreffen. 81

Soweit die Klägerin schließlich einen Mangel der Analyse des Einspeisemarktes darin erkennt, dass die Bundesnetzagentur die Marktmacht bei der digitalen Einspeisung von Free-TV- und Pay-TV-Signalen grundlegend verkannt habe, kann dem ebenfalls nicht beigetreten werden. Wenn hierzu aus der Festlegung die Aussage angeführt wird, das Grundproblem der Digitalisierung sei lange Zeit die Art und Weise ihrer Finanzierung gewesen (Festlegung S. 15), ist schon nicht ersichtlich, dass die Präsidentenkammer diese im Zusammenhang mit der allgemeinen Beschreibung der deutschen „Rundfunklandschaft" gemachte und von der Klägerin für das von ihr betriebene Netz für unzutreffend gehaltene Aussage als für die Beurteilung der Marktmacht der Klägerin erheblich angesehen hat. Im Übrigen hat sich die Bundesnetzagentur aber mit den Besonderheiten, die die digitale Rundfunksignaleinspeisung gegenüber der analogen Einspeisung aufweist, unter verschiedenen Aspekten (vgl. Festlegung S. 91 f. unter 5., S. 93 ff. unter 6.) in ihren Ausführungen zur Analyse des Einspeisemarktes ausführlich befasst. Im Bereich der digitalen Signaleinspeisung hat sie darüber hinaus zwischen der Einspeisung von Free-TV- und Pay-TV-Signalen differenziert und die sich daraus ergebenden Folgerungen für die Beurteilung der Marktmacht der Klägerin behandelt. Ihre diesbezüglichen Überlegungen, die auf eine Beurteilung der Auswirkungen der Digitalisierung auf die Verhaltensspielräume der Regionalgesellschaften einerseits und auf die Position der Inhalteanbieter andererseits ausgerichtet sind, stehen in Einklang mit den Vorgaben der Leitlinien. Dass die Klägerin die Ergebnisse dieser Erwägungen nicht teilt, beruht nicht auf einem Fehlverständnis der anzuwendenden Marktanalysekriterien durch die Bundesnetzagentur, sondern liegt in der Natur des der Beklagten eingeräumten Beurteilungsspielraums. 82

Dass die Bundesnetzagentur im Übrigen ein fehlerhaftes Verständnis der weitestgehend zu berücksichtigenden Leitlinien hätte walten lassen, ist nicht ersichtlich und ergibt sich auch nicht aus dem weiteren diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin. 83

b) Der Analyse des Einspeisemarktes liegt auch nicht ein unvollständig oder unzutreffend ermittelter erheblicher Sachverhalt zugrunde. 84

Die Klägerin moniert u.a., dass die Bundesnetzagentur den bereits im Konsultationsverfahren vorgetragenen Umstand unberücksichtigt gelassen habe, dass die von ihr erhobenen Einspeiseentgelte in ihrer Höhe seit 1999 unverändert geblieben seien, während die an die Sender abzuführenden Rechtevergütungen sich sehr stark erhöht hätten, so dass sich der Saldo der Zahlungsströme stark zu Lasten der Kabelnetzbetreiber verändert habe. Damit ist ein rechtserheblicher Mangel der entscheidungserheblichen Tatsachengrundlage nicht dargetan. Der Umstand, dass die Festlegung die Entwicklung der Einspeiseentgelte einerseits und der Rechtevergütungen andererseits im Zuge der Beurteilung des Verhältnisses der Marktmacht der Regionalgesellschaften als Anbieter der Einspeiseleistung und der Inhalteanbieter als Nachfrager dieser Leistung nicht ausdrücklich erwähnt, bedeutet 85

nicht, dass die Bundesnetzagentur den diesbezüglichen Tatsachenvortrag der Klägerin (Stellungnahme der L1. zum Konsultationsentwurf zu Markt 18, der Beklagten übersandt mit Schreiben vom 06. April 2006) nicht zur Kenntnis genommen oder nicht erwogen hätte. Tatsächlich hat die Bundesnetzagentur sich nämlich in der Festlegung (S. 90 unter Ziff. 4.) mit dem von der Klägerin angesprochenen Fragenkreis auseinandergesetzt und erwogen, ob gegengewichtige Marktmacht der Inhalteanbieter (u.a. auch) dadurch bestehe, dass sie imstande seien, von den Regionalgesellschaften „überhöhte" Weitersendeentgelte zu verlangen. Damit ist der Gesichtspunkt der von den Kabelnetzbetreibern zu entrichtenden Rechtevergütungen behandelt worden, und zwar auch hinsichtlich des Aspekts der erzielbaren Höhe dieser Entgelte, wobei die Bundesnetzagentur auf die durch § 87 Abs. 5 des Urheberrechtsgesetzes insoweit gezogene Grenze verwiesen hat. Dass die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang bzw. bei der Erörterung der Erzielung von Einspeiseentgelten (Festlegung S. 94/95 unter d.) die von der Klägerin angeführte Stagnation der von ihr verlangten Einspeiseentgelte unerwähnt gelassen hat, ist unschädlich. Die Höhe dieser Entgelte ist nach dem Vorbringen der L1. (Stellungnahme zum Konsultationsentwurf zu Markt 18, S. 31/32) weitestgehend einer Verhandlung entzogen, weil aufgrund des Beschlusses der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation vom 24. März 1999 - BK 3b- 99/001 - von der Klägerin eine diskriminierungsfreie Entgeltstruktur gefordert worden war. Bei dieser Sachlage ist es fernliegend anzunehmen, dass das Unterbleiben einer Erhöhung der Einspeiseentgelte Ausdruck einer gegengewichtigen Marktmacht der Inhalteanbieter ist; vielmehr drängt sich die Annahme auf, dass die Stagnation der Höhe der Einspeiseentgelte bloße Folge einer regulatorischen Vorgabe ist. Unter diesen Umständen weisen eingeschränkte oder gar fehlende Preissetzungsspielräume der Klägerin keinen ausreichenden Bezug zur Frage des Vorhandenseins ausgleichender Marktmacht der Inhalteanbieter auf, so dass es keine fehlerhafte, weil unvollständige, Tatsachengrundlage darstellt, wenn die Bundesnetzagentur das Gleichbleiben der Einspeiseentgelte der Klägerin nicht ausdrücklich erwähnt hat.

Von einem rechtsfehlerhaft unzureichend ermittelten Sachverhalt ist auch nicht insoweit auszugehen, als es die Bundesnetzagentur unterlassen hat, für den Bereich des digitalen Bezahlfernsehens aufzuklären, in welchem Umfang es namentlich dem Unternehmen Premiere gelungen ist, durch aus dem sog. „Digitalisierungsfonds" subventionierte Set-Top-Boxen bzw. SatZF-Anlagen NE 4-Betreiber und Unternehmen der Wohnungswirtschaft zu veranlassen, sich von den Regionalgesellschaften abzukoppeln und Direktverträge mit Premiere abzuschließen. Selbst wenn es, wie die Klägerin meint, zutreffen sollte, dass „zahlreiche NE 4- Betreiber Direktverträge mit Premiere haben", vermag die unterbliebene nähere Aufklärung dieser Frage nicht die Annahme zu tragen, dass die Bundesnetzagentur wegen eines unvollständig ermittelten Sachverhalts zu einer fehlerhaften Einschätzung der Marktmacht der Klägerin gelangt ist. Denn auf dem Hintergrund des von der Bundesnetzagentur (Festlegung S. 90 unter 3.) zur Kenntnis genommenen Geschehens, dass „insbesondere Premiere in der Vergangenheit versucht [hat], über subventionierte Satelliten-STB und SatZF-Anlagen sowie über einen Digitalisierungsfonds Endkunden zum Wechsel vom Kabel- hin zum Satellitenempfang zu bewegen", und der dazu vertretenen Einschätzung, dass diese Bemühungen ohne sichtbaren Erfolg geblieben sind, war es angesichts des Fehlens weiterer Anhaltspunkte für eine Fortdauer dieser Bemühungen von Premiere vertretbar, die von der Klägerin vermissten Ermittlungen zu unterlassen. Die Klägerin selbst hat auch nicht behauptet, dass die genannte Subventionspraxis von Premiere innerhalb des von der Festlegung umfassten Zeitraums absehbar fortgesetzt oder von anderen Pay-TV-Veranstaltern aufgegriffen und praktiziert werde. 86

87

c) Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass das von der Bundesnetzagentur gefundene Ergebnis, dass die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen auf ihrem netzweiten Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihre Breitbandkabelnetze über beträchtliche Marktmacht verfügen, auf Schlussfolgerungen oder Annahmen beruht, die das Willkürverbot verletzen oder gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe verstoßen.

III. Auch die Feststellung, dass die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen auf dem Markt für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber einer vorgelagerten Ebene im Bundesgebiet mit Ausnahme der Gebiete Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen über beträchtliche Marktmacht verfügen, ist materiell rechtmäßig. Die dieser Feststellung zugrunde liegende Abgrenzung und Analyse dieses Signallieferungsmarktes stehen in Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben der §§ 10 und 11 TKG. 88

1. Die Abgrenzung des Signallieferungsmarktes genügt bei Anlegung des oben aufgezeigten gerichtlichen Prüfungsmaßstabes den gesetzlichen Vorgaben des § 10 TKG. 89

a) Es ist nicht ersichtlich, dass die Präsidentenkammer bei der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes von einem fehlerhaften Verständnis des insoweit maßgebenden § 10 Abs. 2 TKG ausgegangen ist. Soweit die Abgrenzung dieses Marktes ebenso wie die des Einspeisemarktes von dem in der Märkteempfehlung beschriebenen Markt 18 abweicht, wird hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen eine solche Abweichung rechtlich zulässig ist, auf das oben (unter A. II. 1. a), S. 15 f.) Ausgeführte verwiesen. Auf diesem rechtlichen Hintergrund besteht angesichts der Besonderheit, dass in der Bundesrepublik Deutschland anders als in sämtlichen anderen EU-Mitgliedsstaaten Breitbandkabelnetze der Netzebene 4 durch Unternehmen betrieben werden, die von den NE 3-Betreibern verschieden sind, kein Anlass anzunehmen, dass die Bundesnetzagentur mit der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes das Gebot der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung verletzt hätte. Selbst wenn man davon ausginge, dass diese Marktabgrenzung eine Abweichung von dem empfohlenen Markt 18 darstellt, wäre diese Abweichung gerechtfertigt. Die Bundesnetzagentur hat nämlich in der Festlegung vom 20. September 2006 unter Würdigung der aus der Besonderheit der Existenz der Netzebene 4 folgenden Marktverhältnisse ausführlich anhand der in der Märkteempfehlung vorgegebenen Marktabgrenzungskriterien nachvollziehbar und plausibel begründet, dass der Signallieferungsmarkt als eigenständiger Markt abgegrenzt werden kann. 90

aa) Ohne Erfolg bleibt der gegen das Ergebnis der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes gerichtete Einwand, die Bundesnetzagentur habe unter Verkennung von § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG ausschließlich die Signallieferung über Breitbandkabel als dem abgegrenzten Markt zugehörig berücksichtigt, während andere für die Signallieferung gleichermaßen in Betracht kommende Infrastrukturen (Satellit, Terrestrik und auch Telekommunikationsnetze) in Abweichung von der Märkteempfehlung ohne nachvollziehbare Begründung und sachliche Rechtfertigung und unter Missachtung der in den Leitlinien vorgegebenen Grundsätze und Methoden unberücksichtigt geblieben seien. 91

Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich aus der Begründung der Märkteempfehlung nicht herleiten, dass die erfolgte Beschränkung des abgegrenzten Marktes auf die Signallieferung über Breitbandkabel unter Ausklammerung anderer Übertragungsinfrastrukturen ausgeschlossen ist. Soweit sich die Klägerin für ihren gegenteiligen Standpunkt auf die Begründung der Märkteempfehlung (dort S. 39) bezieht, vermag dies schon deshalb nicht zu überzeugen, weil die herangezogene Passage nicht die hier in Rede stehende Abgrenzung eines Marktes für die Belieferung mit eigentlichen 92

Rundfunksignalen, sondern den Zugang zu sog. zugehörigen technischen Rundfunkdiensten (einschließlich Zugangsberechtigungssystemen) betrifft. Der von der Klägerin angesprochene Teil der Begründung der Märkteempfehlung unterstreicht vielmehr die Vertretbarkeit des Vorgehens der Bundesnetzagentur, indem für die Rundfunkübertragungsmärkte die Rechtfertigung einer engeren Marktdefinition im Falle spezifischer nationaler Gegebenheiten ausdrücklich anerkannt wird. Solche Besonderheiten liegen im Bereich der Rundfunksignallieferung aufgrund des Vorhandenseins „professioneller" Kabelnetz-Betreiber auf der Netzebene 4 vor. Diese Annahme wird nicht zuletzt dadurch bestätigt, dass die EU-Kommission anlässlich ihrer Beteiligung nach Art. 7 Abs. 3 RRL von einer Stellungnahme zu dem ihr zugeleiteten Entwurf der angegriffenen Festlegung abgesehen und auf die „sehr spezielle Situation in den deutschen Märkten" hingewiesen hat.

Ungeachtet dessen ist der Begründung der Märkteempfehlung, soweit sie den hier in Rede stehenden Markt 18 betrifft, kein zwingender Hinweis darauf zu entnehmen, dass von einem einheitlichen, alle Übertragungswege umfassenden Markt als Regelfall auszugehen ist. Deshalb beruht es nicht auf einem die Fehlerhaftigkeit der streitigen Marktabgrenzung begründenden fehlerhaften Normverständnis, wenn die Bundesnetzagentur davon ausgegangen ist, dass die von der Märkteempfehlung „angenommenen Konvergenzentwicklungen noch nicht zu einem Punkt gelangt seien, an dem die traditionell nach Übertragungswegen getrennten Märkte zu einem Gesamtmarkt verschmolzen wären." Was die von der Klägerin insbesondere angegriffene Ausklammerung der Signallieferung durch Satellitenbetreiber, namentlich durch SES Astra, anbetrifft, lassen die insoweit maßgebenden Erwägungen der Bundesnetzagentur ein solches Fehlverständnis ebenfalls nicht erkennen. Denn die Gesichtspunkte, die die Bundesnetzagentur (S. 62 der Festlegung) dafür anführt, dass das Angebot von Signallieferungsleistungen durch Satellitenbetreiber nicht dem abgegrenzten Markt zugerechnet werden kann, soweit NE 4-Betreiber diese Signale über eigene Kabelkopfstationen oder über den Aufbau von Satelliten-Gemeinschaftsanlagen in ihre Netze einspeisen, tragen dem durch § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG aufgestellten Gebot der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung hinreichend Rechnung. Dies gilt namentlich für die von der Klägerin kritisierte Auffassung der Bundesnetzagentur, der alternative Signalbezug vom Satelliten sei deshalb nicht in den abgegrenzten Markt einzubeziehen, weil der NE 4-Betreiber durch den Aufbau solcher eigenen Anlagen die Signale gerade nicht mehr an einem Markt nachfrage, sondern die Dienstleistung der Signallieferung für die Einspeisung in die Netzebene 4 durch „vertikale Integration des NE 4-Betreibers unternehmensintern im Wege der Eigenrealisierung erbracht" werde und es zu einem „marktmäßigen Austausch dieser Dienstleistung gegen Entgelt" in einem solchen Falle nicht komme. Diese Sichtweise ist in Ansehung der für die Marktabgrenzung aufgestellten Kriterien der Märkteempfehlung jedenfalls vertretbar und deshalb hinzunehmen. 93

bb) Ein fehlerhaftes Normverständnis tritt auch nicht darin zu Tage, dass die Bundesnetzagentur zwei sachlich relevante Signallieferungsmärkte definiert hat, die sich voneinander durch die Anzahl der dem jeweiligen NE 4-Cluster zugehörigen versorgten Wohneinheiten unterscheiden. Die von der Klägerin vor allem beanstandete Grenzziehung zwischen diesen beiden Märkten anhand einer Clustergröße von 500 Wohneinheiten beruht indessen nicht auf einer Verkennung der anzuwendenden Marktabgrenzungskriterien. Sie ist das Ergebnis der von der Präsidentenkammer vorgenommenen Beurteilung der Substitutionsbedingungen im Bereich der Belieferung von NE 4-Betrei-bern mit Rundfunksignalen durch Netzbetreiber einer vorgelagerten Ebene. Die Anlegung dieses Maßstabes steht mit der Vorgabe der Berücksichtigung der Grundsätze des Wettbewerbsrechts in Einklang, wie sie von Art. 15 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 RRL, von der 94

durch § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG in Bezug genommenen Märkteempfehlung und von den Leitlinien gefordert wird. Danach ist es nicht fehlerhaft, darauf abzuheben, ob der Verhaltensspielraum der NE 3-Betreiber durch die Nachfragemacht von NE 4- Betreibern im Hinblick darauf einer hinreichend wirksamen Kontrolle unterliegt, dass NE 4-Betreiber auf eine Eigenrealisierung des Signalempfangs ausweichen können. Die hierzu gewonnene Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass die Möglichkeit eines alternativen Signalbezugs über Sat-ZF-Anlagen insoweit (noch) nicht als ein dem abgegrenzten Markt zuzuordnendes Angebot anzusehen ist, beruht in Ansehung der hierzu in der Festlegung (S. 62) angeführten Gründe nicht auf einer durch ein unzutreffendes Normverständnis geprägten beurteilungsfehlerhaften Einschätzung. Auch die weitere Annahme der Bundesnetzagentur, dass von einer Wirtschaftlichkeit der Umstellung des Signalbezugs durch den Aufbau einer SMATV- Anlage ab einer Clustergröße von ?500 Wohneinheiten ausgegangen werden könne, ist nicht zu beanstanden. Die im Rahmen der nationalen Konsultation zur Frage der Eigenrealisierungsmöglichkeit über SMATV-Anlagen abgegebenen Stellungnahmen verdeutlichen die - auch von der Klägerin nicht in Zweifel gezogene - Richtigkeit der Grundannahme der Bundesnetzagentur, dass für die wirtschaftliche Vertretbarkeit des Signalbezugs über SMATV-Anlagen eine bestimmte Größe der versorgten Cluster erforderlich ist. Ungeachtet der im Konsultationsverfahren deutlich gewordenen Auffassungsunterschiede zur insoweit maßgebenden Cluster-größe ist es von der Einschätzungsprärogative der Bundesnetzagentur gedeckt, diese Clustermindestgröße auf mehr als 500 Wohneinheiten zu bestimmen. Zwar wird man nicht ausschließen können, dass in Einzelfällen für NE 4-Betreiber der alternative Signalbezug über SMATV-Anlagen auch schon bei kleineren Clustern wirtschaftlich tragfähig sein kann. Denn diese wirtschaftliche Tragfähigkeit hängt nicht bloß von der Clustergröße, sondern auch von verschiedenen weiteren Faktoren ab, deren mögliche unterschiedliche Bedeutung in den jeweiligen Einzelfällen dazu führen kann, dass bei Clustern mit weniger (oder aber auch mit mehr) als 500 versorgten Wohneinheiten der Aufbau und Betrieb einer SMATV-Anlage als tragbare Alternative zur Signallieferung durch NE 3-Betreiber in Betracht kommen kann. Wenn die Bundesnetzagentur (vgl. Festlegung S. 63) in Erkenntnis dieses Umstandes gleichwohl anhand der „starren" Zahl von 500 versorgten Wohneinheiten zwei Märkte für die Belieferung von NE 4-Betreibern mit Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber einer vorgelagerten Ebene voneinander unterschieden hat, offenbart sich darin ein vertretbares Verständnis der für die Marktabgrenzung maßgebenden Vorgaben. Denn die Funktion der Marktabgrenzung als Grundlage des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens erfordert es, den zu untersuchenden Markt in hinreichend bestimmter Weise festzulegen. Wenn dies, wofür vorliegend hinreichend tragfähige Gründe sprechen, nicht anhand anderer Kriterien als der Größe der versorgten Cluster möglich ist, ist es nicht beurteilungsfehlerhaft, den betreffenden Markt anhand eines starren Grenzwertes zu bestimmen und hierbei in Kauf zu nehmen, dass in Einzelfällen eine Austauschbarkeit des Signalbezugs auch schon unterhalb der angenommenen Clustergröße gegeben sein kann. Gerade im Zusammenhang mit der hier erörterten Frage ist daran zu erinnern, dass die Festlegung der zu regulierenden Märkte im Wege der Marktdefinition eine der Bundesnetzagentur vom Gesetzgeber übertragene quasi-gesetzliche Aufgabe ist, die auf den Erlass einer abstrakt-generellen Regelung zielt,

BVerwG, Urteil vom 28. November 2007 - 6 C 42.06 -, a.a.O., Rn. 19. 95

Dabei ist der Maßstab für die gerichtliche Beurteilung einer solchen Regelung, ob die ihr naturgemäß zugrunde liegende Pauschalierung bzw. Typisierung die Bandbreite der einschlägigen Fallkonstellationen im Wesentlichen zutreffend erfasst. Vorliegend ist nicht erkennbar, dass der in der angegriffenen Festlegung bestimmte Grenzwert von 500 Wohneinheiten dieser Maßgabe nicht gerecht wird und seiner Höhe nach verfehlt wäre. 96

Insbesondere drängt es sich nicht auf anzunehmen, dass die Bundesnetzagentur angesichts der im Konsultationsverfahren aufgetretenen divergierenden Angaben zur Mindestgröße der versorgten Cluster für einen tragbaren Umstieg auf einen Signalbezug durch SMATV-Anlagen gehalten gewesen wäre, einen deutlich niedrigeren Grenzwert als die Zahl von 500 versorgten Wohneinheiten anzunehmen.

cc) Mit ihrem Einwand, die Bundesnetzagentur habe es bei der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes entgegen der Märkteempfehlung unterlassen, eine Beschreibung der nachgelagerten Endkundenmärkte vorzunehmen, zeigt die Klägerin ebenfalls keinen Verstoß gegen das Berücksichtigungsgebot des § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG bzw. ein fehlerhaftes Verständnis dieser Norm und der Märkteempfehlung auf. Die Kammer bejaht die von ihr im gerichtlichen Aussetzungsverfahren noch offen gelassene Frage, ob die Erwägungen der Präsidentenkammer den Vorgaben der Märkteempfehlung (Erwägungsgrund 7 sowie Abschnitt 3.1. = S. 6 f. der Begründung der Märkteempfehlung) genügen. Die von der Bundesnetzagentur zum Zwecke der Marktabgrenzung angestellten endnutzermarktbezogenen Erwägungen (u.a. Festlegung S. 62), können als ausreichend angesehen werden. Sie behandeln in hinreichender Weise solche Aspekte, die in dem die Märkte für Rundfunkübertragung betreffenden Abschnitt der Begründung der Märkteempfehlung (unter Ziff. 4.4, S. 36 ff.) angesprochen sind. Auf die im Aussetzungsverfahren aufgeworfene Frage, ob die Vorgabe der Märkteempfehlung, derzufolge eine Beschreibung der Endnutzermärkte Ausgangspunkt für die Festlegung und Definition von Märkten ist, im Anwendungsbereich der Empfehlungsmärkte (nur) an die EU-Kommission, nicht hingegen an die nationalen Regulierungsbehörden gerichtet ist, kommt es daher nicht an. 97

dd) Die vorgenommene Marktabgrenzung beruht auch nicht deshalb auf einem unzutreffenden Normverständnis, weil es die Bundesnetzagentur in Verkennung der Vorgaben der Märkteempfehlung und der Leitlinien verabsäumt hätte, die den Signallieferungsmarkt kennzeichnende Nachfragerseite hinreichend eindeutig zu definieren und insbesondere gegenüber solchen Leistungsabnehmern abzugrenzen, die als Endkunden anzusehen und daher nicht als Teilnehmer auf dem untersuchten Vorleistungsmarkt zu behandeln sind. In der Begründung der Festlegung (S. 61, 3. Abs.) ist eine Eingrenzung der Nachfragerseite des untersuchten Marktes dahin vorgenommen worden, dass es sich um „professionelle NE 4-Netzbetreiber" und „Rundfunkhandwerks- und Elektrobetriebe" sowie „andere kleinere Unternehmen" handele, „die als Hauptgeschäftszweck NE 4-Netze in Wohngebäuden unabhängig vom Wohnungseigentümer oder Vermieter betreiben". Zugleich werden „die klassischen Unternehmen der Wohnungswirtschaft, die zwar zum Teil als Netzbetreiber fungieren und dazu mitunter auch eigene Gesellschaften ausgegliedert haben, aber deren Hauptgeschäftszweck nicht der Netzbetrieb ist", aus dem Kreis der Nachfrager auf dem untersuchten Vorleistungsmarkt ausgenommen. Diese Umschreibung des maßgebenden Nachfragerkreises lässt weder ein die Rechtmäßigkeit der Festlegung insoweit durchgreifend in Frage stellendes Fehlverständnis der Märkteempfehlung und der Leitlinien noch einen rechtserheblichen Mangel an hinreichend eindeutiger Differenzierbarkeit zwischen diesen Nachfragern und sonstigen, dem hier abgegrenzten Vorleistungsmarkt nicht zuzurechnenden Leistungsabnehmern erkennen. 98

ee) Ein fehlerhaftes Verständnis des Gebots der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung und der darin enthaltenen Vorgaben für die Marktabgrenzung offenbart sich auch nicht in dem Umstand, dass in der angegriffenen Festlegung Erkenntnisse verwertet worden sind, die das Bundeskartellamt in fusionskontrollrechtlichen Verfahren hinsichtlich des untersuchten Marktes gewonnen hatte (insbesondere Beschlüsse des 99

Bundeskartellamtes vom 20. Juni 2005 - B 7 - 22/05 - und vom 21. Juni 2005 - B 7 - 38/05 -). Die Annahme der Klägerin, dass gegen eine Berücksichtigung solcher Erkenntnisse einzuwenden sei, dass sie das Ergebnis einer kartellrechtlich statischen Sichtweise seien, die der gebotenen prognostischen Sicht auf voraussichtliche Entwicklungen entbehre, zeigt einen solchen Fehler nicht auf. Denn die Feststellungen des Bundeskartellamtes, auf die in der angegriffenen Marktabgrenzung zurückgegriffen wird, betreffen Zusammenschlussverfahren, in denen das Bundeskartellamt gerade eine vorausschauende, die zu erwartende künftige Entwicklung der Marktverhältnisse einbeziehende Perspektive einnimmt.

b) Die Bundesnetzagentur hat der von ihr vorgenommenen Abgrenzung des Signallieferungsmarktes nicht einen unvollständig oder unzutreffend ermittelten erheblichen Sachverhalt zugrunde gelegt. 100

aa) Soweit die Klägerin u. a. beanstandet, dass die Bundesnetzagentur nicht ermittelt und daher unberücksichtigt gelassen habe, dass der Satellitenbetreiber SES Astra schon Ende 2005 direkt oder indirekt 94 % aller deutschen Haushalte versorgt habe und dabei sowohl Vorleister für sie - die Klägerin - und andere Kabelnetzbetreiber sei als auch selbst auf dem Endkundenmarkt tätig werde, ist es nach dem bereits vorstehend Gesagten nicht ersichtlich, dass dieser tatsächliche Umstand bei Anwendung der nach der Märkteempfehlung und den Leitlinien anzuwendenden Kriterien für die Abgrenzung des hier in Rede stehenden Marktes als entscheidungserheblich hätte Berücksichtigung finden müssen. Dies gilt ebenso für das Verhältnis der jeweiligen Anzahl der von dem genannten Satellitenbetreiber, der Klägerin und den von ihr versorgten NE 4-Betreibern und Unternehmen der Wohnungswirtschaft versorgten Haushalte. Ungeachtet dessen kann angesichts des Vortrages der Klägerin im Konsultationsverfahren davon ausgegangen werden, dass der hier angesprochene Sachverhalt der Bundesnetzagentur bekannt gewesen und nicht ignoriert worden ist. Wenn er in dem hier erörterten Zusammenhang der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes nicht in dem von der Klägerin für richtig erachteten Sinne Berücksichtigung gefunden hat, ist dies Folge der der Bundesnetzagentur zustehende Einschätzungsprärogative. 101

bb) Es ist in tatsächlicher Hinsicht auch nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes angenommen hat (S. 61 unter „2."), dass die Unternehmen der Netzebene 4 die Signale zum größten Teil nach wie vor von den Regionalgesellschaften beziehen. Es besteht kein Anlass, diese Annahme in Zweifel zu ziehen. Einen solchen Anlass bietet insbesondere nicht der von der Klägerin angeführte Umstand, dass die beanstandete Passage in der angegriffenen Festlegung nahezu wörtlich mit Ausführungen übereinstimmt, die das Bundeskartellamt in seinen Beschlüssen vom 20. Juni 2005 - B7 - 22/05 - und vom 21. Juni 2005 - B7 - 38/05 - gemacht hat. Zweifel an der Richtigkeit dieser Tatsachenannahme ergeben sich nicht etwa deshalb, weil diese von der Bundesnetzagentur geteilte Erkenntnis des Bundeskartellamtes den aktuellen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Bekanntgabe der Festlegung nicht mehr entsprochen hätte. Denn das Bundeskartellamt hat in einer während des hier maßgebenden Zweijahreszeitraums ergangenen Entscheidung (Beschluss vom 03. April 2008 - B7 - 200/07 -, Rn. 175) die betreffenden tatsächlichen Feststellungen wiederholt. In Anbetracht dessen und des Umstandes, dass die Klägerin keine sonstigen tragfähigen Gesichtspunkte vorgetragen hat, die auf die Unrichtigkeit der hier in Rede stehenden Tatsachenannahme der Bundesnetzagentur hinweisen, besteht für die Kammer kein Grund, von sich aus weitere diesbezügliche Ermittlungen anzustellen oder gar anzunehmen, dass die Bundesnetzagentur der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes einen unvollständigen oder unzutreffenden Sachverhalt zugrundegelegt hat. 102

103

cc) Das vorstehend Gesagte gilt entsprechend für die ferner gerügte Tatsachenannahme (S. 61 unter „2."), dass „sich ein Teil der NE 4-Betreiber von der Leistung der Regionalgesellschaften im Laufe der Jahre unabhängig gemacht [hat], indem sie eigene NE 3-Abschnitte (mittels eigener Kabelkopfstationen, sog. SMATV- Anlagen) aufgebaut haben ('integrierte Netze', ca. 2 - 3 Mio. Haushalte)". Wenn im Anschluss hieran ausgeführt wird, dass hieraus „einige größere Netzbetreiber entstanden [sind], die über ganz Deutschland verteilt integrierte Netze betreiben und nunmehr ihrerseits - wenn auch in vergleichsweise geringem Umfang - kleinere Netzbetreiber der NE 4 mit Signalen beliefern", liegt hierin keine unzutreffende Tatsachenannahme. Entgegen der Annahme der Klägerin impliziert diese Feststellung nicht die Aussage, dass es ein flächendeckendes Kabelangebot gebe, und der Umstand, dass die Geschäftstätigkeit der NE 3-Betreiber und der nachfragenden Unternehmen der Netzebene 4 nach Auffassung der Klägerin durch starke regionale Unterschiede und divergierende strategische Ansätze geprägt sei, lässt die beanstandete Passage der Festlegung ebenfalls nicht als inhaltlich unzutreffend erscheinen.

dd) Auch der in diesem Zusammenhang von der Klägerin behauptete Tatsachenfehler, der Abgrenzung des Signallieferungsmarktes liege das „falsche Bild" zugrunde, dass dem flächendeckenden Netz der Klägerin nur kleine und kleinräumige Netze abgekoppelter NE 4-Betreiber entgegenstünden, liegt nicht vor. Die Rüge zielt auf die Ausführungen, die in der Festlegung (S. 70 f.) zur räumlichen Marktabgrenzung gemacht sind. Dort ist indessen nicht von einem flächendeckenden Netz der Klägerin die Rede; es wird vielmehr ausgeführt, dass aus Sicht der nachfragenden NE 4-Betreiber die Signallieferung durch die jeweils vorgelagerten „lokalen Kabelnetze" der Netzebene 3 nicht austauschbar mit einer Signallieferung durch andernorts gelegene Netze seien. Als flächendeckend werden insoweit die Organisationsstrukturen der Netze der Regionalgesellschaften bezeichnet. Dass die Bundesnetzagentur ignoriert hätte, dass die Klägerin tatsächlich nicht über ein flächendeckendes Netz, sondern über rund 700 „Inselnetze" (so die Klagebegründung) bzw. 800 Breitbandverteilnetze (so die Antwort der Klägerin vom 26. April 2004 auf Frage 15 des Auskunftsersuchens der Bundesnetzagentur vom 04. Februar 2004) verfügt, kann nicht angenommen werden. Ungeachtet dessen wäre die Entscheidungserheblichkeit des gerügten Tatsachenfehlers, läge er vor, nicht erkennbar. Denn die Bundesnetzagentur hat in Übereinstimmung mit Nr. 56 der Leitlinien maßgeblich darauf abgehoben, ob die Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Hauptnetzgebiete der drei Regionalgesellschaften jeweils als hinreichend homogen angesehen werden können, und es spricht nichts Durchgreifendes dafür, dass die Bejahung dieser Voraussetzung durch die Bundesnetzagentur auf der unzutreffenden Tatsachenannahme beruht, die Klägerin verfüge in den Bundesländern, in denen sie tätig ist, in dem Sinne über ein flächendeckendes Netz, dass dieses keine „Lücken" aufweist. 104

ee) Soweit die Klägerin rügt, dass die Bundesnetzagentur nicht das Ausmaß der „Abkoppelungstendenzen" ermittelt habe, denen sie - die Klägerin - von Seiten der NE 4-Betreiber ausgesetzt ist, kann hierin ebenfalls keine rechtsfehlerhafte Unvollständigkeit des erheblichen Sachverhalts erblickt werden. Die Klägerin verspricht sich von der von ihr vermissten Ermittlung Aufschluss darüber, ob von den Abkoppelungen tatsächlich nur Netze mit mehr als 500 Wohneinheiten betroffen sind. Selbst wenn man unterstellte, dass eine solche Aufklärung ergäbe, dass die Klägerin und die übrigen Regionalgesellschaften in nennenswerter Zahl den Verlust der Belieferung von NE 4-Clustern mit weniger als 500 versorgten Wohneinheiten hätten hinnehmen müssen, ließe dies nicht ohne weiteres den Schluss darauf zu, dass der von der Bundesnetzagentur festgelegte Grenzwert von 500 Wohneinheiten zu beanstanden wäre. Denn es ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich und nach dem Vorbringen der Beteiligten auch nicht unüblich, dass NE 4-Betreiber 105

mehrere kleinere Cluster zu einem einheitlichen Cluster verbinden, für den sich aufgrund der durch die Verbindung erreichten größeren Zahl der versorgten Wohneinheiten eine selbst erstellte Signallieferung „rechnet". Im Übrigen führt das Unterlassen der von der Klägerin angesprochenen Ermittlungen aber auch wegen der unvermeidbaren Unschärfe, die mit der Festlegung eines Grenzwertes für die Größe der versorgten Cluster verbunden ist, nicht zur Annahme einer fehlerhaften Tatsachengrundlage der angegriffenen Marktabgrenzung.

ff) Schließlich zeigt die Klägerin keinen zur Fehlerhaftigkeit der Marktabgrenzung führenden Tatsachenfehler damit auf, dass sie behauptet, entgegen der Auffassung der Präsidentenkammer seien SMATV-Anlagen schon oberhalb von 50 Wohneinheiten in der Regel, oberhalb von 100 Wohneinheiten mit Sicherheit wirtschaftlich zu betreiben. Ungeachtet der Frage, ob den von der Klägerin zum Beleg dieser Behauptung vorgelegten vergleichenden Grafiken zur Höhe der mit dem Signalbezug über SMATV-Anlagen, SAT-ZF-Anlagen und Kabel für NE 4-Betreiber verbundenen Kosten Aussagekraft beigemessen werden kann, geht es hier nicht um die Frage, ab welcher Cluster-größe SMATV-Anlagen wirtschaftlich betrieben werden können, sondern um die Frage, bei welcher Clustergröße von der wirtschaftlichen Tragfähigkeit einer Umstellung des Signalbezugs und daran anknüpfend von einer Umstellungsbereitschaft der NE 4-Betreiber ausgegangen werden kann. Hierzu ist bereits oben dargelegt worden, dass die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Umstellung des Signalbezugs nicht bloß von der Größe der zu versorgenden Cluster, sondern von einer Vielzahl weiterer Faktoren abhängt, deren unterschiedliche Bedeutung in den jeweiligen Einzelfällen dazu führen kann, dass bei Clustern mit weniger (oder aber auch mit mehr) als 500 versorgten Wohneinheiten der Aufbau und Betrieb einer SMATV-Anlage als tragbare Alternative zur Signallieferung durch NE 3-Betreiber eingeschätzt werden kann. Angesichts der auf diesem Hintergrund anzunehmenden Spannbreite, innerhalb derer eine Grenzziehung durch Bestimmung einer Anzahl von versorgten Wohneinheiten vertretbar ist, und angesichts der der Bundesnetzagentur zur Bestimmung dieser Grenze zugegangenen unterschiedlichen Einschätzungen, ist mit der von der Klägerin aufgestellten Behauptung ein Tatsachenfehler nicht dargetan. Entsprechendes gilt auch für die weitere Behauptung der Klägerin, dass SAT-ZF-Anlagen für NE 4-Betreiber dort ein sinnvolles Netzkonzept seien, wo die versorgten Cluster zu klein sind, um ein Ausweichen auf SMATV-Anlagen zu tragen. Für die Beurteilung dieser Alternative des Signalbezugs kommt hinzu, dass über SAT-ZF-Anlagen kein „kabelkonformes" Signal eingespeist werden kann, mit der von der Präsidentenkammer in der Sache zutreffend erkannten Folge, dass die Endnutzer für den Empfang solcher Signale zusätzlich eine Set-Top-Box benötigen. Anknüpfend an diesen Umstand hat die Präsidentenkammer für den von der streitgegenständlichen Festlegung erfassten Zeitraum angenommen, dass die Signallieferung über eine Sat-ZF-Anlage aus der Sicht eines NE 4-Betreibers vorerst noch nicht gegen die Lieferung eines kabelkonformen Signals über ein NE 3-Netz austauschbar sei. Angesichts dieser nicht unplausiblen und daher hinzunehmenden Einschätzung der Umstellungsbereitschaft der NE 4-Betreiber verbietet es sich, in dem von der Klägerin vorgetragenen Sinne verlässlich auf eine bestimmte Clustergröße mit deutlich weniger als 500 versorgten Wohneinheiten zu schließen, bei der die Trennlinie zwischen den beiden Signallieferungsmärkten gezogen werden müsste. Umso weniger kann insoweit das Vorliegen eines Tatsachenfehlers angenommen werden. 106

c) Die sachliche und räumliche Abgrenzung des Signallieferungsmarktes leidet auch nicht an einer Missachtung des Gebots, allgemeingültige Wertungsmaßstäbe zu beachten, insbesondere nicht an einer offensichtlichen Verletzung des Willkürverbots. Dies gilt namentlich für die Entscheidung der Bundesnetzagentur, zwei gesonderte Märkte für die Belieferung von NE 4-Clustern mit Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber einer vorgelagerten Ebene abzugrenzen und als Unterscheidungsmerkmal die Anzahl von bis zu 107

500 bzw. mehr als 500 versorgten Wohneinheiten je Cluster festzulegen. Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Annahmen und Einschätzungen sind weder sachfremd noch willkürlich.

2. Der bei der Definition des Signallieferungsmarktes nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG von der Bundesnetzagentur vorgenommene Drei-Kriterien-Test ist nach den hier anzulegenden Maßstäben ebenfalls nicht zu beanstanden. 108

a) Die diesbezüglichen Ausführungen in der Festlegung offenbaren kein fehlerhaftes Verständnis des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG und der nach § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG weitestgehend zu berücksichtigenden Märkteempfehlung. 109

Soweit die Klägerin gegen die Durchführung des Drei-Kriterien-Tests für den Signallieferungsmarkt dieselben Rügen erhebt, die sie auch gegenüber der entsprechenden Prüfung des Einspeisemarktes erhoben hat - Anwendung eines „abstrakt-typisierenden" Beurteilungsmaßstabes, Anlegung eines zweijährigen Prognosezeitraums, Darlegung der Unterschiede zwischen den Regelungs- und Eingriffsinstrumentarien des allgemeinen Wettbewerbsrechts und der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung -, wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf das bereits oben Ausgeführte Bezug genommen, das hier auch in Ansehung des insoweit bestehenden Unterschiedes, dass der zugrundegelegte Marktanteil der L1. und der mit ihr verbundenen Unternehmen „nur" 90 % beträgt, entsprechend gilt. Die darüber hinaus gegen den Drei-Kriterien-Test hinsichtlich des Signallieferungsmarkts erhobenen Angriffe der Klägerin zeigen nicht auf, dass die Präsidentenkammer insoweit ein unzutreffendes Verständnis der anzuwendenden normativen Regelungen hat walten lassen. 110

aa) Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt stellt das von der Klägerin beanstandete Fehlen der Bestimmung eines im Sinne von § 2 Abs. 2 TKG legitimen Zieles und Konzeptes der von der Bundesnetzagentur verfolgten Regulierung einen Beurteilungsfehler nicht dar. Weder § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG noch die diesem zugrunde liegenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verlangen von der nationalen Regulierungsbehörde im Rahmen der Marktdefinition die Beschreibung eines Regulierungskonzeptes in dem von der Klägerin postulierten Sinne. Für die Rechtmäßigkeit der Marktdefinition ist es ohne Belang, dass sich die Bundesnetzagentur nicht dazu verhalten hat, ob die Konservierung der Trennung der Netzebenen 3 und 4 regulierungspolitisch vertretbar und die infolge einer Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Betreibern der Netzebenen 3 und 4 nach Meinung der Klägerin zu erwartende Vervielfachung von Anschlussinfrastrukturen wünschenswert sein kann oder nicht. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen hervorzuheben, dass der gerichtlichen Überprüfung regulierungspolitischer Zielsetzungen angesichts des der Bundesnetzagentur eingeräumten Beurteilungsspielraums sehr enge Grenzen gesetzt sind. 111

bb) Ein unrichtiges Verständnis des Merkmals der „anhaltenden" Marktzutrittsschranken in § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG wird auch nicht durch den Vortrag der Klägerin dargetan, dass die Bundesnetzagentur die Möglichkeiten zum Abbau von derzeit noch bestehenden Marktzugangshindernissen vor einem bestimmten Zeithorizont hätte identifizieren müssen. Hierzu verweist die Klägerin auf bereits bestehende, über DSL-basierte Breitbandanschlüsse realisierte IPTV-Angebote. 112

Es begegnet indessen bereits erheblichen Zweifeln, dass dieser Gesichtspunkt überhaupt für die nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG (u. a.) zu beantwortende Frage, ob auf dem abgegrenzten Markt anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken bestehen, erheblich sein kann; eher dürfte es sich um einen Aspekt handeln, der für die vorgelagerte 113

Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes von Belang ist. Abgesehen davon richtet sich der Einwand der Klägerin aber im Kern gegen die von ihr nicht geteilte Bejahung des Vorliegens anhaltender Marktzutrittsschranken. Diese Einschätzung betrifft indessen den Kernbereich des der Bundesnetzagentur zustehenden Beurteilungsspielraums, und es ist nicht ersichtlich, dass sie dessen Grenzen aus dem von der Klägerin aufgezeigten Grund überschritten hätte. Entsprechendes gilt für die - nach Bejahung anhaltender Marktzutrittsschranken naheliegende, wenn nicht zwingende - Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass der abgegrenzte Signallieferungsmarkt längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert.

cc) Soweit die Klägerin Beurteilungsdefizite in Bezug auf das Merkmal der (fehlenden) Tendenz zu wirksamem Wettbewerb beanstandet, die sie in einer ihrer Auffassung nach teilweise fehlenden, teilweise willkürlichen Berücksichtigung der Entwicklungen auf dem Endkundenmarkt erblickt, wird damit ein unzutreffendes Normverständnis nicht aufgezeigt. Die Bundesnetzagentur hat ausweislich der Begründung der Festlegung (S. 79) die in der Stellungnahme zum Konsultationsentwurf enthaltenen Ausführungen der Klägerin zu den von ihr erwarteten Entwicklungen auf den Endkundenmärkten zur Kenntnis genommen und angenommen, dass solche Entwicklungen ihre Einschätzung nicht zu ändern vermögen, dass der Signallieferungsmarkt längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiere. Zudem hat sie aus dem Umstand, dass Signallieferanten der Netzebenen 3 und 4 auf dem Endkundenmarkt miteinander im Wettbewerb stehen, gefolgert, dass auf dem Signallieferungsmarkt die Gefahr von Preis-Kosten-Scheren bestehe. Diese Ausführungen, die die Beklagte im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vertiefend erläutert hat, weisen einen hinreichenden und rechtlich zutreffenden Bezug zu der von § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG vorgegebenen Fragestellung auf, ob auf dem hier in Rede stehenden Vorleistungsmarkt eine längerfristig fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb anzunehmen ist. Der dazu von der Bundesnetzagentur in den Blick genommene Gesichtspunkt, ob die Entwicklung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt Wirkungen gegenüber NE 3-Betreibern entfaltet, die deren Verhaltensspielräume auf dem Signallieferungsmarkt zu kontrollieren vermögen, zeugt insoweit nicht von einem unzutreffenden Normverständnis. 114

b) Dem vorgenommenen Drei-Kriterien-Test hat die Bundesnetzagentur auch nicht einen nur unvollständig oder unzutreffend ermittelten erheblichen Sachverhalt zugrunde gelegt. 115

aa) Ohne Erfolg rügt die Klägerin, dass die Bundesnetzagentur bei der Prüfung des Vorhandenseins von Marktzutrittsschranken den Umstand unberücksichtigt gelassen habe, dass direkt empfangbare Rundfunksatelliten und DVB-T erfolgreich in den Markt eingetreten seien, und zwar auch in den Gebieten, in denen sie - die Klägerin - mit ihren Netzen vertreten ist. Eine Berücksichtigung dieses Sachverhaltsaspektes im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests kann im Hinblick darauf, dass dem hier in Rede stehenden Signallieferungsmarkt die von der Klägerin angesprochenen Übertragungswege nicht zuzuordnen sind, allenfalls insoweit von Belang sein, als aus dem Verhalten der Endkunden, die diese Empfangsmöglichkeiten nutzen, Rückschlüsse auf das Vorhandensein von Marktzutrittsschranken, auf das längerfristige Fehlen von Tendenzen zu wirksamem Wettbewerb oder auf die Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts gezogen werden könnten. Ob derartige Schlussfolgerungen für die im Rahmen des Drei- Kriterien-Tests vorzunehmende Beurteilung erheblich sein können, kann vorliegend auf sich beruhen. Denn der Umstand, dass die Bundesnetzagentur vorliegend den Gesichtspunkt der Entwicklung des Rundfunkempfangs unmittelbar vom Satelliten und über DVB-T nicht ausdrücklich erwähnt hat, ist jedenfalls deshalb nicht zu beanstanden, weil nicht ersichtlich ist, dass sich innerhalb des für die Bundesnetzagentur maßgebenden zweijährigen Prognosezeitraums eine nennenswerte Entwicklung bei direkt 116

empfangbaren Rundfunksatelliten und DVB-T vollzogen hat, die für die Beurteilung anhand der Kriterien des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG eine ins Gewicht fallende Bedeutung hätte. Denn tatsächlich haben sich die Anteile der Übertragungswege Breitbandkabel, Satellit und Terrestrik seit 2006 nur unwesentlich verändert, wobei der prozentuale Anteil der „Kabelhaushalte" seit 2006 sogar, wenn auch geringfügig, zugenommen hat.

Vgl. Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten und Gemeinsame Stelle Digitaler Zugang, Digitalisierungsbericht 2008, Übersicht S. 46 117

bb) Eine Fehlerhaftigkeit der Definition des Signallieferungsmarktes wegen Außerachtlassung erheblicher Tatsachen bei der Durchführung des Drei-Kriterien- Tests folgt auch nicht daraus, dass sich die Bundesnetzagentur in der Begründung der angegriffenen Festlegung nicht mit Netzauf- und -ausbauvorhaben, die von lokalen bzw. regionalen Kabelnetzbetreibern verwirklicht worden sind bzw. werden, auseinandergesetzt hat. Abgesehen davon, dass das Fehlen einer Erörterung dieser Umstände in den Gründen der Festlegung nicht zwangsläufig bedeutet, dass die Bundesnetzagentur den betreffenden Sachverhalt nicht zur Kenntnis genommen und berücksichtigt hat, folgt aus den vier von der Klägerin aufgezeigten Beispielen nicht, dass die Annahme der Bundesnetzagentur, dass auf dem abgegrenzten Markt beträchtliche Zugangshindernisse vorliegen, beurteilungsfehlerhaft ist. Es ist nämlich schon nicht ersichtlich und auch nicht von der Klägerin substantiiert vorgetragen, dass die angegebenen Referenzfälle für den hier in Rede stehenden Signallieferungsmarkt, der die Belieferung von Clustern mit einer Größe von bis zu 500 Wohneinheiten betrifft, von Belang sind. Die Klägerin hat vielmehr selbst darauf hingewiesen, dass solche alternativen Netzbetreiber lokale Netze zur Versorgung von 3000 bis 4000 Wohneinheiten errichten und betreiben können, ohne durch Marktzutrittsschranken gehindert zu sein. Dies weist eher darauf hin, dass solche Unternehmen, sofern sie überhaupt eine Signallieferung für die Netzebene 4 anbieten und nicht als integrierte Netzbetreiber Endkunden unmittelbar mit Rundfunksignalen versorgen, nicht auf dem hier streitbefangenen Markt, sondern auf dem Markt für die Belieferung von Clustern mit mehr als 500 Wohneinheiten tätig sind. Dann aber sind die von der Klägerin angeführten Netzauf- und -ausbauvorhaben anderer Unternehmen für die Beurteilung des Vorhandenseins oder Fehlens von Marktzutrittsschranken auf dem hier in Rede stehenden Markt, der die Signallieferung an Cluster mit einer Größe von bis zu 500 Wohneinheiten zum Gegenstand hat, ohne maßgebenden Aussagewert und ihre fehlende Erwähnung beim vorgenommenen Drei-Kriterien-Test deshalb nicht zu beanstanden. 118

c) Die Definition des Signallieferungsmarktes erweist sich schließlich auch nicht wegen eines bei der Vornahme des Drei-Kriterien-Tests des § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG erfolgten Verstoßes gegen das Willkürverbot oder gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe als rechtswidrig. Die diesbezüglichen Ausführungen der Präsidentenkammer in der angegriffenen Festlegung (S. 78 ff.) lassen einen derartigen Verstoß nicht erkennen. Die gegenteilige Auffassung der Klägerin ist nicht gerechtfertigt. Sie meint, die Bundesnetzagentur habe bei der Beurteilung der Frage, ob der abgegrenzte Markt wegen anhaltender Marktzutrittsschranken längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert, die Eigenrealisierungs- und Abkoppelungstendenzen der NE 4-Betreiber berücksichtigen müssen, habe dies ausweislich der Begründung der Festlegung auf einer vorgelagerten Prüfungsstufe angekündigt, diese Ankündigung aber - willkürlich - nicht eingelöst. Das trifft nicht zu. In der von der Klägerin herangezogenen Passage der Begründung der Festlegung (S. 62 unter „b.") hat die Präsidentenkammer ausgeführt: „Die Eigenrealisierung kann ... nicht unmittelbar im Rahmen der Marktabgrenzung berücksichtigt werden. Sie spielt aber eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen und der damit einhergehenden Trennung der 119

Signallieferungsmärkte nach der Größe der versorgten Cluster." Im nachfolgenden Absatz (S. 62/63 der Festlegung unter „c.") ist sodann entsprechend der vorangegangenen Ankündigung dem Gesichtspunkt der Eigenrealisierung des Signalbezugs durch Aufbau und Betrieb von SMATV-Anlagen entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung von zwei voneinander nach der Größe der belieferten Cluster unterschiedenen Signallieferungsmärkten beigelegt worden. Dass darüber hinaus bei der Prüfung, ob der abgegrenzte Markt wegen anhaltender Marktzutrittsschranken längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert, Eigenrealisierungs- und Abkoppelungstendenzen der NE 4-Betreiber hätten berücksichtigt werden müssen, ergibt sich weder aus der betreffenden Passage der Begründung der Festlegung noch folgt derartiges aus den Vorgaben des Gesetzes, der Märkteempfehlung und der Leitlinien, die bei der Durchführung des Drei-Kriterien-Tests zu beachten sind. Davon, dass die Bundesnetzagentur in widersprüchlicher und deshalb willkürlicher Weise sich von einem zuvor selbst auferlegten Prüfkonzept zu Lasten der Klägerin entfernt hätte, kann keine Rede sein.

3. Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg gegen die Feststellung in der Festlegung vom 20. September 2006 wenden, dass sie auf dem hier in Rede stehenden Markt für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen im Sinne von § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die Marktanalyse bzw. ihr Ergebnis sind nicht rechtswidrig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten. 120

a) Die vorgenommene Marktanalyse beruht nicht auf einem fehlerhaften Verständnis der anzuwendenden normativen Vorgaben. 121

Maßgebliche Grundlage der Feststellung, dass die Klägerin auf dem hier in Rede stehenden Signallieferungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist die Annahme, dass der auf den abgegrenzten Markt bezogene Marktanteil der Klägerin mengen- und wertmäßig bei über 90 % liegt (Festlegung S. 98). Die Richtigkeit dieser Aussage hat die Klägerin nicht bestritten. Besonders hohe Marktanteile, und zwar solche über 50 %, liefern nach Nr. 75 der nach § 11 Abs. 1 Satz 4 TKG weitestgehend zu berücksichtigenden Leitlinien ohne Weiteres - von außergewöhnlichen Umständen abgesehen - den Beweis für eine beherrschende Stellung. Der Einwand, die Präsidentenkammer habe das Kriterium des Marktanteils fehlerhaft überbewertet, vermag angesichts des unstreitig gegebenen Ausmaßes des Marktanteils der Klägerin weder für sich allein noch unter zusätzlicher Berücksichtigung der weiteren von der Klägerin insoweit dargelegten tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu durchgreifenden Bedenken in der Hinsicht führen, dass die Bundesnetzagentur wegen einer Verkennung der nach den Leitlinien vorgegebenen Bedeutung des Marktanteils zu Unrecht zu der Einschätzung beträchtlicher Marktmacht der Klägerin gelangt ist. Eine solche Verkennung der Bedeutung des Marktanteils offenbart es auch nicht, dass die Präsidentenkammer aus den von der Klägerin vorgetragenen Umständen nicht die Annahme hergeleitet hat, dass außergewöhnliche Umstände i.S.d. Nr. 75 der Leitlinien vorliegen, aufgrund derer die Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Klägerin ausgeschlossen wäre. 122

aa) Zu Unrecht macht die Klägerin insofern geltend, dass die Bundesnetzagentur die Nachfragemacht der NE 4-Betreiber auf der Vorleistungsebene, die anhand bereits erfolgter oder drohender Abkopplungen von den Netzen der NE 3-Betreiber deutlich werde, in ihren Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse beurteilungsfehlerhaft verkannt habe. Dieser Einwand belegt ein Fehlverständnis der für die Marktanalyse maßgebenden normativen Vorgaben - hier: des Kriteriums der außergewöhnlichen Umstände - nicht. Die Bewertung der Nachfragemacht der NE 4- Betreiber ist Gegenstand der Erwägungen der Bundesnetzagentur gewesen (Festlegung S. 99). Sie hat hierzu die Einschätzung vertreten 123

und nachvollziehbar begründet, dass Nachfrager nicht in der Lage seien, hinreichende Gegenmacht auszuüben, um den Verhaltensspielraum der Regionalgesellschaften in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet wirksam zu begrenzen. Diese Bewertung, die ausdrücklich unter Einbeziehung des Gesichtspunkts der Abkoppelungsmöglichkeiten der NE 4-Netzbetreiber, aber auch unter Berücksichtigung der von der Klägerin gegenüber NE 4-Betreibern verfolgten und von ihr nicht bestrittenen Bindungsstrategien gewonnen wurde, steht sowohl mit den maßgebenden normativen Vorgaben des § 11 Abs. 1 TKG als auch denjenigen der Leitlinien in Einklang und zeugt insbesondere nicht von einem Fehlverständnis des Kriteriums der „außergewöhnlichen Umstände", bei deren Vorliegen die Indizwirkung eines besonders hohen Marktanteils entkräftet werden kann. Ein solches Fehlverständnis offenbart auch nicht die Aussage der Bundesnetzagentur, dass die Regionalgesellschaften auf ihrem jeweiligen Markt für die Belieferung von NE 4- Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen durch Kabelnetz-Betreiber ein „faktisch flächendeckende[s] Monopol" innehaben. Dieser Einschätzung kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass ihr deshalb ein normatives Fehlverständnis zugrunde liegt, weil das Bundeskartellamt diese Annahme der Präsidentenkammer insofern nicht teilt, als nach dessen Feststellungen auch weit unterhalb von 500 Wohneinheiten eine Relativierung des Verhaltensspielraums der Regionalgesellschaften angenommen werden müsse [vgl. Stellungnahme vom 27. August 2007 gegenüber dem OLG Düsseldorf im Verfahren VI Kart 2/07 (V)]. Das Bundeskartellamt weist in der erwähnten Stellungnahme jedoch selbst darauf hin, dass die von ihm angenommene Relativierung des Verhaltensspielraums bei der Belieferung von Clustern mit deutlich weniger als 500 Wohneinheiten die marktbeherrschende Stellung insgesamt nicht beseitige. Angesichts dessen ist für die Schlussfolgerung, dass der streitigen Marktanalyse ein fehlerhaftes Verständnis der anzuwendenden normativen Vorgaben zugrunde liegt, nicht gerechtfertigt.

bb) Entsprechendes gilt, soweit die Klägerin rügt, die Bundesnetzagentur habe im Rahmen der Marktanalyse die verhaltenskontrollierende Wirkung, die ihr gegenüber durch den bestehenden Wettbewerb auf den Endkundenmärkten ausgeübt werde, nicht ausreichend erfasst, berücksichtigt und bewertet. Die Präsidentenkammer hat in der Festlegung (S. 99) den Aspekt einer durch den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten erzeugten Verhaltenskontrolle der Regionalgesellschaften angesprochen und insofern die nach den Leitlinien zu berücksichtigenden „außergewöhnlichen Umstände" in ihre Erwägungen eingestellt. Ihre Beurteilung, ob und in welchem Ausmaß Wettbewerb auf den Endkundenmärkten herrscht bzw. sich voraussichtlich entwickeln wird sowie ob und inwiefern hierdurch Preisbildungs- und Angebotsverhalten im Vorleistungsverhältnis zwischen NE 3- und NE 4-Betreibern unter den Bedingungen eines besonders hohen Marktanteils der Klägerin beeinflusst wird, betrifft im Übrigen den Kernbereich der zuzubilligenden Einschätzungsprärogative. Denn die Beantwortung der Frage nach dem Vorhandensein außergewöhnlicher Umstände erfordert notwendigerweise Wertungen und Prognosen mit der Folge, dass die diesbezügliche Beurteilung regelmäßig nicht in einem einzigen, eindeutigen Sinne ausfallen kann. Bestehende Auffassungsunterschiede zur verhaltenskontrollierenden Wirkung der Verhältnisse auf den Endnutzermärkten liegen deshalb in der Natur der Sache. Die Begründung der Festlegung enthält jedenfalls keine Hinweise darauf, dass die Annahme der Bundesnetzagentur, dass die Verhältnisse auf den Endnutzermärkten eine marktbeherrschende Stellung der Klägerin nicht ausschließen, sich deshalb als fehlerhaft erwiese, weil sie auf einem unzutreffendes Verständnis der Vorgaben der Leitlinien beruhte. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt ist es ebenfalls nicht gerechtfertigt eine Rechtswidrigkeit der angegriffenen Marktanalyse anzunehmen, weil die Bundesnetzagentur neuere technologische Entwicklungen auf den Endnutzermärkten (Aufrüstung der Telefonnetze auf den ADSL2+- und VDSL- Standard, fortschreitende Digitalisierung der

124

Programmübertragung, Ausbau der DVB-T-Netze) in ihrer verhaltenskontrollierenden Wirkung für den Vorleistungsmarkt verkannt hätte.

b) Auch die der Marktanalyse zugrunde liegenden Tatsachenannahmen der Bundesnetzagentur bieten keinen durchgreifenden Grund für Beanstandungen. 125

Soweit die Klägerin mit ihrem Einwand, es fehle an einer Analyse der tatsächlichen Marktdaten und einer prospektiven Marktanalyse, sinngemäß (auch) einen Tatsachenfehler im Sinne eines unvollständig ermittelten Sachverhaltes rügen will, bleibt dies ohne Erfolg. Denn es ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht näher aufgezeigt, welcher Art die „tatsächlichen Marktdaten" sein sollen, auf die sie sich bezieht. Zudem legt sie nicht dar, dass trotz ihres besonders hohen Marktanteils aus solchen Marktdaten bei beurteilungsfehlerfreier Bewertung der Schluss hätte gezogen werden müssen, dass es an ihrer marktmächtigen Stellung fehle. 126

c) Es ist schließlich auch nicht erkennbar, dass das Ergebnis der angegriffenen Marktanalyse auf willkürlichen Erwägungen oder allgemein gültige Wertungsmaßstäbe missachtenden Einschätzungen beruht. 127

Ein solcher Mangel wird insbesondere nicht mit der Rüge der Klägerin dargelegt, es sei im Rahmen der Marktanalyse zu Begründungsausfällen hinsichtlich der Kriterien der Gesamtgröße des Unternehmens, des Zugangs zum Kapitalmarkt und der finanziellen Ressourcen, der technologischen Vorteile, der Diversifizierung von Dienstleistungen oder Produkten, der Skalen- und Verbundvorteile sowie der Verfügbarkeit eines hoch entwickelten Vertriebs- und Verkaufsnetzes gekommen. Es beeinträchtigt die Rechtmäßigkeit der Marktanalyse nicht, dass die Bundesnetzagentur es in der Begründung der Festlegung bei der Feststellung hat bewenden lassen, dass der Befund einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin bei Berücksichtigung dieser Kriterien „verstärkt" werde, ohne dies näher zu begründen. Denn diese Einschätzung der Präsidentenkammer ist in der Sache nicht schlechterdings unvertretbar und deshalb auch nicht geeignet, ihrerseits die Vertretbarkeit des Ergebnisses der Marktanalyse insgesamt durchgreifend in Frage zu stellen. Die Klägerin zeigt in dieser Hinsicht auch keine Umstände auf - und solche sind auch nicht erkennbar -, die darauf hindeuten könnten, dass die Präsidentenkammer ihr Urteil unter Verstoß gegen das Willkürverbot oder gegen allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gebildet hätte. 128

B. Auf der Grundlage des hiernach aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Ergebnisses der Festlegung vom 20. September 2006, dass die L1. und die mit ihr verbundenen Unternehmen sowohl auf ihrem netzweiten Markt für die Einspeisung von Rundfunksignalen in ihre Breitbandkabelnetze als auch auf dem Markt für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber einer vorgelagerten Ebene im Bundesgebiet mit Ausnahme der Gebiete Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen über beträchtliche Marktmacht verfügen, sind die der Klägerin im Beschluss der Bundesnetzagentur vom 17. April 2007 auferlegten Verpflichtungen mit Ausnahme der hinsichtlich des Einspeisemarktes ausgesprochenen Verpflichtung zur nachträglichen Regulierung der Entgelte für Einspeiseleistungen rechtmäßig. 129

I. Von den beiden gegenüber der Klägerin hinsichtlich des Einspeisemarktes ergangenen Regulierungsverpflichtungen ist nur die Transparenzverpflichtung (Ziffer I. 1. 1.1 des Beschlusstenors) rechtmäßig; die ausgesprochene Verpflichtung zur nachträglichen Regulierung der Entgelte für Einspeiseleistungen (Ziffer I. 1. 1.2 des Beschlusstenors) ist rechtswidrig. 130

1. Der Beschluss vom 17. April 2007 begegnet, soweit er Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf den Einspeisemarkt trifft, in formell- rechtlicher Hinsicht keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Dies gilt namentlich im Hinblick darauf, dass die in Ziffer I. 1. 1.1 des Beschlusstenors auferlegte Transparenzverpflichtung im Konsultationsentwurf noch nicht enthalten war. Dieser Umstand begründet keinen Verfahrensfehler. 131

a) Insbesondere liegt insoweit eine Verletzung von § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG nicht vor. Allerdings wird nach der zwischenzeitlich bekannt gewordenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, 132

Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, a.a.O., Rn. 40 133

nicht mehr an der im Beschluss der Kammer vom 24. Juni 2008 - 21 L 1554/07 - insoweit vertretenen Ansicht festgehalten, dass das vor dem Erlass einer Regulierungsverfügung nach §§ 13 Abs. 1 Satz 1, 12 Abs. 1 TKG vorgeschriebene Konsultationsverfahren die Durchführung einer mündlichen Verhandlung entbehrlich mache. Die Kammer schließt sich der erwähnten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an. Dem hiernach anzunehmenden Erfordernis einer öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Bundesnetzagentur genügt. Denn sie hat am 15. November 2006 eine solche mündliche Verhandlung durchgeführt. 134

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die ihr auferlegte Transparenzverpflichtung auch i.S.v. § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG „auf Grund" öffentlicher mündlicher Verhandlung ergangen. Denn das Gebot des § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG verlangt nicht, dass den Verfahrensbeteiligten im Zeitpunkt der Durchführung der mündlichen Verhandlung die beabsichtigte Entscheidung der Beschlusskammer bekannt ist. Es verfehlte nämlich den Sinn und Zweck einer mündlichen Verhandlung, der Beschlusskammer Kenntnis von der für ihre Entscheidung maßgebenden Tatsachen- und Interessenlage sowie über die Rechtsstandpunkte der Beteiligten zu verschaffen, wenn bereits im Zeitpunkt ihrer Durchführung das Ergebnis ihrer Entscheidung feststünde. Der erwähnten Zweckbestimmung entspricht es vielmehr, dass die Beschlusskammer dem Ergebnis einer mündlichen Verhandlung durch Änderungen und Ergänzungen eines den Beteiligten bzw. der Öffentlichkeit zuvor bekannt gemachten Beschlussentwurfs Rechnung tragen kann. Eine Verpflichtung über einen solchermaßen veränderten Beschluss vor dessen Bekanntgabe erneut mündlich zu verhandeln, folgt aus § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG nicht. 135

Zu einer für die Klägerin günstigen Beurteilung führt es auch nicht, dass die Rechtsgrundlage für die ihr auferlegte Transparenzverpflichtung im Zeitpunkt der durchgeführten mündlichen Verhandlung noch nicht als Gesetz, sondern lediglich als Gesetzentwurf vorlag. Zu Unrecht meint die Klägerin insoweit, dass künftiges Recht und auf ihm basierende Eingriffe nicht Gegenstand einer mündlichen Verhandlung im Rechtssinne sein könnten. Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch die Beschlusskammer der Zeitpunkt ihrer Entscheidung über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen maßgebend ist. Sie hat dementsprechend Erkenntnisse, die sie erst nach Abschluss der öffentlichen mündlichen Verhandlung aufgrund eigener Ermittlungen oder aufgrund nachfolgenden Vorbringens der Beteiligten oder interessierter Parteien hinsichtlich des entscheidungserheblichen Sachverhalts gewinnt, ebenso bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen wie nach der mündlichen Verhandlung eintretende Änderungen der Rechtslage. Der Vorschrift des § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG lässt sich nicht entnehmen, dass die Bundesnetzagentur, will sie ihre Entscheidung (auch) auf solche nachträglichen Umstände stützen, verpflichtet ist, eine neuerliche öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Die Annahme einer solchen Verpflichtung wäre auch mit der 136

erwähnten Zweckbestimmung des § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG nur schwerlich zu vereinbaren.

b) Auch im Übrigen hat die Bundesnetzagentur das bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen nach § 13 Abs. 1 TKG anzuwendende Verfahren nach § 12 TKG beachtet. Sie hat den Entwurf einer Regulierungsverfügung zur Konsultation gestellt (Abl. BNetzA 2006, 3229, 3242), der hinsichtlich des hier in Rede stehenden Einspeisemarktes vorsah, der Klägerin eine nachträgliche Regulierung der Einspeiseentgelte aufzuerlegen. Im Rahmen dieses Konsultationsverfahrens ist am 15. November 2006 die bereits erwähnte öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt worden, an der ein Vertreter der Klägerin teilgenommen hat und in deren Verlauf ausweislich der hierüber gefertigten Niederschrift vom Vorsitzenden der Beschlusskammer auf „die mögliche Gesetzesänderung § 42 Abs. 4 S. 3 TKG" hingewiesen worden ist. Im Anschluss hieran sind der Bundesnetzagentur innerhalb der von ihr gesetzten Frist verschiedene schriftliche Stellungnahmen zugegangen, darunter auch eine der Klägerin. Alsdann sind diese Stellungnahmen von der Bundesnetzagentur mit dem Hinweis veröffentlicht worden (Abl. BNetzA 2006, 4030), dass beabsichtigt sei, den nach Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen gegebenenfalls überarbeiteten Entwurf der Regulierungsverfügung nach behördeninterner Abstimmung und Beteiligung des Bundeskartellamtes der EU- Kommission zuzuleiten, auf deren Internetseiten er sodann abrufbar sein werde. Im Rahmen des am 06. März 2007 eingeleiteten Konsolidierungsverfahrens ist der Konsolidierungsentwurf der gegenüber der Klägerin beabsichtigten Regulierungsverfügung im Internet veröffentlicht worden und die Klägerin hierauf am 15. März 2007 unter Angabe der Fundstelle hingewiesen worden. Dieser Konsolidierungsentwurf enthielt für den hier behandelten Einspeisemarkt neben der im Konsultationsentwurf vorgesehenen nachträglichen Entgeltregulierung die in Ziffer I. 1. 1.1 der angefochtenen Regulierungsverfügung vom 17. April 2007 auferlegte Transparenzverpflichtung. Die EU-Kommission hat unter dem 04. April 2007 geäußert, keine Stellungnahme abgeben zu wollen. 137

Dieser Ablauf des durchgeführten Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens weist keine entscheidungserheblichen Fehler auf. Es stellt auch nicht einen rechtserheblichen Mangel des Konsultationsverfahrens dar, dass die Beschlusskammer die gegenüber dem ursprünglichen Entwurf um eine Transparenzverpflichtung erweiterte Regulierungsverfügung nicht erneut zur Konsultation gestellt hat. Hier gilt das oben zur mündlichen Verhandlung Gesagte entsprechend. Aus der von der Klägerin in diesem Zusammenhang herangezogenen Rechtsprechung des erkennenden Gerichtes (Urteile vom 01. März 2007 - 1 K 4148/06 -, vom 08. März 2007 - 1 K 4314/06 - und vom 05. September 2007 - 21 K 3395/06 -) ergibt sich nichts Gegenteiliges. 138

c) Der den Einspeisemarkt betreffende Teil der angefochtenen Regulierungsverfügung ist auch nicht wegen einer Verletzung der Klägerin in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör, § 28 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG - , formell rechtswidrig. Die Bundesnetzagentur hat der Klägerin ausreichend Gelegenheit geboten, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 VwVfG kann insbesondere nicht in Bezug auf die Transparenzverpflichtung in Ziffer I. 1. 1.1 des Beschlusses vom 17. April 2007 festgestellt werden. Denn die Klägerin musste die Möglichkeit der Aufnahme einer solchen Verpflichtung in Betracht ziehen, nachdem der Vorsitzende der Beschlusskammer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 15. November 2006 auf die Vorschrift des § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG hingewiesen hatte, die sich zu diesem Zeitpunkt im Stadium des Gesetzesentwurfs befand und am 24. Februar 2007 in Kraft getreten ist. Sie hatte anschließend ausreichend Gelegenheit zur Frage der Auferlegung einer Transparenzverpflichtung auf der Grundlage der genannten Bestimmung vorzutragen. 139

Dazu bestand umso mehr Anlass, als von verschiedenen Seiten im Rahmen der nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung bei der Bundesnetzagentur eingegangenen Stellungnahmen die Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG gefordert wurde und die hierfür bestehenden Gründe dargelegt wurden. Im Hinblick darauf, dass diese Stellungnahmen veröffentlicht worden (Mitteilung 436/2006, Abl. BNetzA 2006, 4030) und damit der Klägerin zugänglich gewesen sind, ist der Gehörsanspruch der Klägerin auch nicht etwa deshalb beeinträchtigt gewesen, weil für sie nicht erkennbar gewesen wäre, auf welche tatsächlichen und rechtlichen Umstände es für die Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG ankommen würde. Selbst wenn man annehmen wollte, dass für die Klägerin erst ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG begründeter Anlass bestanden hat, sich zur Frage der Auferlegung von Verpflichtungen nach dieser Bestimmung zu äußern, verblieb der Klägerin bis zum Erlass der Regulierungsverfügung am 17. April 2007 ausreichend Zeit zu solchem Vortrag.

2. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist die hinsichtlich des Einspeisemarkts auferlegte Transparenzverpflichtung (Ziffer I. 1. 1.1 des Beschlusses) rechtmäßig; die ausgesprochene nachträgliche Entgeltregulierung (Ziffer I. 1. 1.2 des Beschlusses) ist hingegen rechtswidrig, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. 140

a) Die Regelung in Ziffer I. 1. 1.1 des angefochtenen Beschlusses findet ihre Rechtsgrundlage in § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG. 141

Bei einer auf der Grundlage dieser Vorschrift aufzuerlegenden Verpflichtung handelt es sich um eine Regulierungsmaßnahme, die voraussetzt, dass hinsichtlich ihres Adressaten im Verfahren nach §§ 10, 11 TKG festgestellt worden ist, dass er über beträchtliche Marktmacht verfügt, § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG. Diese Voraussetzung ist hier gegeben. 142

Die Auferlegung einer Regulierungsmaßnahme nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG setzt ferner voraus, dass Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass ein Unternehmen seine marktmächtige Stellung auf Endkundenmärkten missbräuchlich auszunutzen droht. Auch diese Voraussetzungen liegen vor. 143

aa) Zu Recht hat die Bundesnetzagentur angenommen, dass die von der Klägerin angebotene Einspeisung von Rundfunksignalen in ihre Kabelnetze zum Zwecke der Übertragung an Zuschauer bzw. Zuhörer eine Leistung darstellt, die auf einem Markt erbracht wird, der als Endkundenmarkt einzuordnen ist. Allerdings ist der Begriff des Endkundenmarkts bzw. des Endkunden weder im Telekommunikationsgesetz noch in der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 07. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie - URL -), deren Art. 17 durch § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG in nationales Recht umgesetzt worden ist, definiert. Es kann indessen kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass dem Begriff des Endkundenmarktes in § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG derselbe Bedeutungsgehalt beizumessen ist, der dem Begriff des Endnutzermarktes zukommt. Denn Art. 17 URL verwendet den Begriff des Endnutzermarkts und des Endnutzers, und es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber des § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG mit der Verwendung des Begriffes Endkundenmarkt einen hiervon abweichenden Bedeutungsgehalt zum Ausdruck bringen wollte. 144

Nach § 3 Nr. 8 TKG ist Endnutzer eine juristische oder natürliche Person, die weder öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt noch Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt. Die Merkmale dieser inhaltlich mit Art. 2 Buchst. n) RRL 145

übereinstimmenden Definition liegen hinsichtlich der Inhalteanbieter als Nachfrager der Einspeiseleistung vor. Denn sie sind nicht selbst Betreiber von Breitbandkabelnetzen, die sie für die Übertragung ihrer Rundfunksignale in Anspruch nehmen, und sie erbringen mittels der nachgefragten Einspeiseleistung nicht selbst Telekommunikationsdienste (§ 3 Nr. 24 TKG) für Dritte. Da das Angebot von Einspeiseleistungen mithin an Endnutzer gerichtet ist, handelt es sich bei dem den Gegenstand der Festlegung bildenden Einspeisemarkt um einen Endnutzermarkt, der dem Begriff des Endkundenmarkts in § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG entspricht.

bb) Es lagen im maßgebenden Zeitpunkt des Ergehens des angegriffenen Beschlusses Tatsachen vor, die die Annahme rechtfertigen, dass die Klägerin ihre marktmächtige Stellung auf dem Einspeisemarkt missbräuchlich auszunutzen droht. Für eine solche Annahme ist es ausreichend, dass konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines beabsichtigten missbräuchlichen Verhaltens begründen, 146

vgl. die Begründung zu Art. 2 Nr. 8 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, BT-DrS 16/2581 S. 24. 147

Auf der Grundlage der der Bundesnetzagentur im Zeitpunkt des Erlasses der Regulierungsverfügung vorliegenden tatsächlichen Erkenntnisse erweist sich ihre Annahme, dass ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen externer Nachfrager untereinander durch die Klägerin drohen, als hinreichend tragfähig. Die Bundsnetzagentur ist von der in der Festlegung der Präsidentenkammer getroffenen Feststellung ausgegangen, dass die Klägerin trotz ihres Monopols im Interesse eines attraktiven Endkundenangebots (gemeint ist in diesem Zusammenhang offenkundig das über Kabel bereitgestellte Rundfunkprogrammangebot für Zuhörer und Zuschauer) mit den Anbietern marktführender Programme eng zusammenarbeite und den so gebildeten Programmkern um solche Programme ergänze, die sie über die zu ihrem Konzernverbund gehörenden Kabel-Digital-Plattformen sowie die von Unity Media bezogene arena-Plattform anbietet. Dieser Teil der tatsächlichen Annahmen der Bundesnetzagentur wird von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen; hierzu besteht auch für die Kammer kein Anlass. Des weiteren hat die Bundesnetzagentur angenommen, dass sich die Anbieter von Programmen, die von Endkunden wenig nachgefragt werden, in einer anderen Lage befinden. Diese Anbieter seien für die Klägerin untereinander austauschbar und weitgehend von deren Willen abhängig. Zur Untermauerung dieser überwiegend wertenden Annahme hat die Bun- desnetzagentur in tatsächlicher Hinsicht angeführt, dass es „markante Unterschiede" zwischen den Verträgen gebe, die die großen Privatsendergruppen einerseits und kleinere Programmanbieter andererseits mit der Klägerin geschlossen haben. Hierzu verweist sie beispielhaft auf die Unterschiede in den Vereinbarungen zur Ausgestaltung der Simulcastphase. Damit ist eine ausreichende Tatsachengrundlage für die Annahme aufgezeigt, dass die Klägerin Nachfrager der Einspeiseleistung ungleich behandelt. Die Klägerin ist dieser Tatsachenannahme allein mit dem Hinweis darauf entgegengetreten, dass es sich bei den von ihr abgeschlossenen Einspeiseverträgen weitgehend um Formularverträge handele und vorhandene Unterschiede sich überwiegend auf andere Themen als die Einspeisung bezögen. Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Richtigkeit der tatsächlichen Annahmen der Bundesnetzagentur in Frage zu stellen. Wenn die Klägerin vorträgt, „weitgehend" Formularverträge abzuschließen und vorhandene Unterschiede sich „überwiegend" auf andere Themen als die Einspeisung bezögen, so wird damit zugleich eingeräumt, dass es hinsichtlich der Bedingungen für die Erbringung von Einspeiseleistungen zumindest in einigen Fällen eine unterschiedliche Behandlung von Nachfragern gibt. 148

149

Für die Begründung des von § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG vorausgesetzten Verdachts eines beabsichtigten missbräuchlichen Verhaltens bedarf es keiner Feststellung, ob diese differenzierende Behandlung der Nachfrager der Einspeiseleistung nach ihrer Art und Intensität im Zeitpunkt der Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits den Tatbestand der missbräuchlichen Ausnutzung beträchtlicher Marktmacht erfüllte oder etwa wegen des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen im Einzelfall nicht erfüllte. Ausreichend ist vielmehr, dass die festgestellten Tatsachen, insbesondere die bisherigen Verhaltensweisen der Klägerin, es in Anbetracht ihrer beträchtlichen Marktmacht nahelegen anzunehmen, dass sie ihre Stellung missbräuchlich ausnutzen wird, wenn nicht vorbeugend eingeschritten wird. Die dies bejahende Einschätzung der Bundesnetzagentur ist auf der Grundlage der im Beschluss vom 17. April 2007 (S. 15) aufgeführten tatsächlichen Umstände nachvollziehbar dargelegt, frei von sachfremden Erwägungen und nicht schlechterdings unvertretbar. Diese Beurteilung ist angesichts der der Bundesnetzagentur insoweit zustehenden Einschätzungsprärogative deshalb hinzunehmen.

cc) § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG, dessen tatbestandliche Voraussetzungen hiernach erfüllt sind, ermächtigt zur Auferlegung der in Ziffer I. 1. 1.1 der Regulierungsverfügung angeordneten Transparenzverpflichtung. Die Vorschrift sieht als Rechtsfolge vor, dass die Sätze 1 und 2 des § 42 Abs. 4 TKG entsprechend gelten. Danach ist die Bundesnetzagentur dazu ermächtigt, eine Entscheidung zu treffen, um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung zu beenden (Satz 1), und sie kann dem Unternehmen, das seine marktmächtige Stellung missbräuchlich ausnutzt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen (Satz 2). Die Entscheidung, welche Regulierungsmaßnahme gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen auferlegt werden soll, erfordert eine Abwägung, bei der gegenläufige öffentliche und private Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen sind. Die von der Bundesnetzagentur vorzunehmende Abwägung stellt dabei einen untrennbaren Bestandteil des ihr in Anlehnung an das Planungsermessen eingeräumten Regulierungsermessens dar. Ihr steht bei der Frage, welche der in Betracht kommenden Maßnahmen sie ergreift und gegebenenfalls kombiniert, ein umfassender Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum zu, bei dessen Ausübung sie sich an den in § 2 Abs. 2 TKG vorgegebenen Regulierungszielen auszurichten hat. Eine fehlerhafte Ausübung des Regulierungsermessens liegt vor, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat - Abwägungsausfall -, in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste - Abwägungsdefizit -, die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist - Abwägungsfehleinschätzung - oder der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen worden ist, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht - Abwägungsdisproportionalität -. 150

Nach diesen Maßstäben ist die der Klägerin in Ziffer I. 1. 1.1 des angefochtenen Beschlusses auferlegte Verpflichtung, Informationen zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen und über die zu zahlenden Entgelte, welche die an einer Einspeisung interessierten Unternehmen für die Inanspruchnahme der Einspeiseleistungen benötigen, zu veröffentlichen, nicht zu beanstanden. 151

Ein Abwägungsausfall liegt nicht vor. Denn die Bundesnetzagentur hat ausweislich der Begründung ihres Beschlusses (S. 16 ff.) sowohl eine Abwägung im Sinne einer Auswahl unter den in Betracht kommenden Regulierungsmaßnahmen vorgenommen als auch die durch die Entscheidung zugunsten einer Transparenzverpflichtung berührten Belange der Klägerin und die durch die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG vorgegebenen Belange gegeneinander abgewogen. In die vorgenommene Abwägung sind auch alle nach Lage der Dinge wesentlichen Belange eingestellt worden. Die Bundesnetzagentur hat nämlich die mit 152

der auferlegten Transparenzverpflichtung verfolgten Zwekke, vor allem die vorbeugende Beschränkung des auf der marktmächtigen Stellung der Klägerin beruhenden Diskriminierungspotenzials, aufgezeigt, die für die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme maßgebenden Gesichtspunkte berücksichtigt und bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme namentlich die durch die Transparenzverpflichtung betroffenen Interessen der Klägerin in Rechnung gestellt. Dass die Bundesnetzagentur die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt hat, lässt sich nicht feststellen. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass sie den mit der Transparenzverpflichtung verfolgten Zwecken ein übermäßiges Gewicht oder eine nicht vertretbare Bedeutung beigemessen hat. Die Bedeutung des mit der auferlegten Verpflichtung verfolgten Ziels, den aus der marktmächtigen Stellung eines Unternehmens folgenden Missbrauchsmöglichkeiten vorbeugend entgegenzuwirken, wird durch den Umstand hervorgehoben, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung der Regelung des § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG in der Erkenntnis gehandelt hat, dass die nach der früheren Rechtslage nur möglichen nachträglichen Verhaltensauflagen nicht ausreichen, um die Ziele der Regulierung, insbesondere diejenigen des § 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 TKG, zu erreichen bzw. zu gewährleisten. Dafür, dass der vorgenommenen Abwägung der Mangel einer zu Lasten der Klägerin gehenden Abwägungsdisproportionalität anhaftet, lassen die Ausführungen der Bundesnetzagentur ebenfalls nichts erkennen.

Der von der Klägerin erhobene Einwand, dass § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG eine „präventiv-marktgestaltende Marktinformationspflicht" nicht vorsehe und für eine analoge Anwendung des § 20 TKG kein Raum sei, kann die Rechtmäßigkeit der auferlegten Transparenzverpflichtung nicht in Frage stellen. § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG ermöglicht der Bundesnetzagentur mit den auf der Rechtsfolgenseite in Bezug genommenen Regelungen der Sätze 1 und 2 des § 42 Abs. 4 TKG, „eine Entscheidung" zu treffen, um einer drohenden missbräuchlichen Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung vorbeugend entgegenzuwirken. Diese Entscheidung kann darin bestehen, dem Unternehmen ein Verhalten aufzuerlegen oder zu untersagen. Der hierdurch eröffnete Spielraum von möglichen Entscheidungen ist durch § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG und die von ihm in Bezug genommenen Bestimmungen nicht explizit beschränkt. Er ermächtigt auch zur Auferlegung solcher Maßnahmen, die für den Bereich der Zugangsregulierung in § 20 TKG vorgesehen sind. Um den Fall einer Gesetzesanalogie handelt es sich - ungeachtet der insoweit möglicherweise missverständlichen Formulierung der Bundesnetzagentur - nicht. 153

b) Die unter Ziffer I. 1. 1.2 des angefochtenen Beschlusses ausgesprochene nachträgliche Regulierung der Einspeiseentgelte ist rechtswidrig und unterliegt daher der Aufhebung. 154

Als Rechtsgrundlage für diese Regelung kommt allein die von der Bundesnetzagentur herangezogene Bestimmung des § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG in Betracht. Danach unterliegen Entgelte für Endnutzerleistungen marktmächtiger Anbieter der nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des entsprechend geltenden § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, sofern diese Entgelte keiner Entgeltgenehmigung nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG unterworfen worden sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 155

Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, a.a.O., Rn. 56, 58 f., 156

der die Kammer unter Aufgabe ihrer früheren gegenteiligen Ansicht, 157

vgl. Urteil vom 05. September 2007 - 21 K 3395/06 -, CR 2008, 25 = Juris, Rn. 98, 158

159

folgt, ist § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG auf dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe des Art. 17 URL dahin auszulegen, dass die nachträgliche Entgeltregulierung im Rahmen des Regulierungsermessens der Auferlegung durch die Bundesnetzagentur bedarf.

aa) An einer solchen Auferlegungsentscheidung der Bundesnetzagentur fehlt es. Zwar mag die Formulierung in Ziffer I. 1. 1.2 des Beschlusstenors („Die Entgelte ... unterliegen der nachträglichen Regulierung ...") bei isolierter Betrachtung nicht als bloßer Hinweis auf die vermeintlich bestehende Gesetzeslage, sondern als Regelung im Sinne von § 35 VwVfG verstanden werden können. Unter Heranziehung der Beschlussbegründung wird indessen offenbar, dass die Bundesnetzagentur davon ausgegangen ist, dass die nachträgliche Entgeltregulierung eine kraft Gesetzes bestehende zwangsläufige Folge des Absehens von einer Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG ist. Mit dem Ausspruch der nachträglichen Regulierung der Einspeiseentgelte hat sie erkennbar keine gestaltende Regelung, wie sie in der Auferlegung einer Regulierungsverpflichtung liegt, treffen wollen. Denn die Beschlusskammer hat aus dem Absehen von der Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG gefolgert („Folglich", Beschluss S. 21), dass die Einspeiseentgelte der nachträglichen Regulierung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG unterliegen. Sie ist von einer gesetzesunmittelbaren Geltung der nachträglichen Entgeltregulierung ausgegangen und hat eine die Ausübung von Regulierungsermessen erfordernde Auferlegungsentscheidung nicht getroffen. 160

bb) Eine auf § 47 VwVfG gestützte Umdeutung der im Beschlusstenor ausgesprochenen nachträglichen Entgeltregulierung in die gebotene regulatorische Auferlegungsentscheidung kommt nicht in Betracht. Die Umdeutung eines Verwaltungsakts, der - wie hier - die regelnde Feststellung einer vermeintlich bestehenden Gesetzeslage zum Gegenstand hat, in einen anderen Verwaltungsakt, dessen Rechtmäßigkeit die Ausübung von (Regulierungs-)Ermessen voraussetzt, kann nur in Betracht kommen, wenn die Behörde schon bei der ursprünglichen Entscheidung alle auch für den anderen (neuen) Verwaltungsakt maßgeblichen Ermessensgesichtspunkte umfassend berücksichtigt hat. Dies folgt aus dem Rechtsgedanken des § 47 Abs. 3 VwVfG. An der hiernach unerlässlichen Berücksichtigung aller für die Entscheidung über die Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung maßgeblichen Belange fehlt es. 161

(1.) Aus den Ausführungen, die die Bundesnetzagentur zur Frage der Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG gemacht hat, kann für die hier erörterte Umdeutung der bloß feststellenden Entscheidung in eine Auferlegungsentscheidung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG nichts gewonnen werden. Allerdings baut die Anzeigepflicht nach der Systematik des § 39 TKG als zweite Stufe des nach dieser Vorschrift vorgesehenen Regulierungsinstrumentariums auf die „einfache" Entgeltregulierung des § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG auf. Im Hinblick darauf, dass beide Regulierungsmaßnahmen auf das gleiche Ziel gerichtet sind, ist es möglich, diejenigen Erwägungen, die zu der Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung angestellt worden sind, im Rahmen der Umdeutung auf die Entscheidung über die Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung zu beziehen. 162

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, a.a.O., Rn. 62 ff.. 163

Der Heranziehung der von der Bundesnetzagentur zu § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG angestellten Erwägungen (Beschluss S. 21) steht hier indessen entgegen, dass sie gerade nicht zu dem Ergebnis führen, dass der Klägerin eine Regulierungsmaßnahme auferlegt wird. Denn die Bundesnetzagentur hat ihr Ermessen dahin ausgeübt, der Klägerin eine Anzeigeverpflichtung nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG nicht aufzuerlegen. Dieser Umstand schließt es angesichts der identischen Zweckbestimmung der in den Sätzen 1 und 2 des § 39 Abs. 3 TKG 164

vorgesehenen Abhilfemaßnahmen aus, dass die für ein Absehen von der Auferlegung einer Anzeigeverpflichtung maßgebenden Gesichtspunkte zugleich zur Begründung der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung herangezogen werden.

(2.) Die an anderer Stelle der Beschlussbegründung vorhandenen Ermessenserwägungen reichen nicht aus, um die hier in Rede stehende Umdeutung vornehmen zu können. Denn diese Erwägungen berücksichtigen die für den anderen Verwaltungsakt maßgeblichen Ermessensgesichtspunkte nicht umfassend. Die insoweit in den Blick zu nehmenden Ausführungen der Bundesnetzagentur zur Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG (S. 19 f. der Beschlussgründe) genügen den an eine Abwägung hinsichtlich der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung zu stellenden Anforderungen nicht. Diese Erwägungen verhalten sich in erster Linie zu den Gründen, aus denen es die Bundesnetzagentur für nicht erforderlich gehalten hat, eine Entgeltgenehmigungs- pflicht nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG aufzuerlegen. Dies hat sie hinsichtlich der großen Privatsender-Gruppen als Nachfrager der Einspeiseleistungen damit begründet, dass zwischen diesen und der Klägerin erst im Winter 2005/2006 langfristige Vereinbarungen über die analoge und die digitale Signaleinspeisung und die dafür zu entrichtenden Entgelte abgeschlossen worden seien. Hierin spiegele sich ein gleichgerichtetes Verhandlungsinteresse zwischen der Klägerin und den großen Privatsender-Gruppen wider. Die Klägerin habe diesen gegenüber ihr Preissetzungspotenzial nicht ausgeschöpft und werde dies voraussichtlich während der Geltungsdauer der Regulierungsverfügung auch nicht tun. Die Belange der kleineren Inhalteanbieter sowie der ARD und des ZDF seien durch das in §§ 39 Abs. 3 Satz 1,38 Abs. 2 bis 4, 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG enthaltene Verbot einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gewahrt. 165

Diesen Ausführungen lässt sich kein hinreichender Bezug zu der für eine Auferlegungsentscheidung nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG erforderlichen Abwägung entnehmen. Der Teil der Erwägungen, der die Frage behandelt (und verneint), ob überwiegende Belange der großen Privatsendergruppen vorliegen, zu deren Wahrung die Auferlegung einer Vorabentgeltgenehmigungspflicht gerechtfertigt ist, geben für die Abwägungsentscheidung über die Auferlegung einer Abhilfemaßnahme nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG nichts her. Die weiteren Überlegungen, aus denen die Bundesnetzagentur die Entbehrlichkeit einer Vorabentgeltgenehmigungspflicht im Hinblick auf die Belange der kleineren Inhalteanbieter und der öffentlich-rechtlichen Sender annimmt, setzen die nachträgliche Entgeltgenehmigung als unmittelbare gesetzliche Folge voraus, ohne dass zugleich auch nur ansatzweise Gesichtspunkte Erwähnung finden, die für die notwendige Entscheidung über die Auferlegung einer solchen Maßnahme nach § 39 Abs. 3 Satz 1 TKG unerlässlich sind. Dies gilt namentlich hinsichtlich der Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der nachträglichen Entgeltregulierung, deren Behandlung in den Beschlussgründen keinen Niederschlag gefunden hat. Davon kann auch nicht etwa deshalb abgesehen werden, weil unter den gegebenen Umständen - Absehen von der Auferlegung einer Entgeltgenehmigungspflicht nach § 39 Abs. 1 Satz 1 TKG und einer Anzeigeverpflichtung nach § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG - eine andere regulatorische Maßnahme als eine nachträgliche Entgeltregulierung von § 39 TKG nicht vorgesehen ist. Denn die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe des Art. 17 URL erfordert es, dass den nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen des ihnen zuerkannten Regulierungsgermessens die Befugnis zusteht, auch andere Maßnahmen als die in § 39 TKG genannten aufzuerlegen. Dabei kann es auf sich beruhen, ob der nationale Gesetzgeber zur vollständigen Umsetzung des Art. 17 URL eine offene, generalklauselartige Befugnisnorm hätte schaffen müssen. 166

167

Offen gelassen von BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, a.a.O. Rn. 70, m.w.N. zum Meinungsstand.

Selbst wenn man aber annimmt, dass Art. 17 URL es dem mitgliedsstaatlichen Gesetzgeber erlaubt, das der nationalen Regulierungsbehörde einzuräumende Regulierungsermessen vorzustrukturieren, 168

so Kühling/Neumann in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, Rn. 23 zu § 39; Stamm, in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2008, Rn. 11 zu § 39, 169

führte dies nicht zur Entbehrlichkeit einer Betätigung des Regulierungsermessens. Insbesondere hinsichtlich des Merkmals der Erforderlichkeit wird eine gemeinschaftsrechtskonforme Anwendung des § 39 TKG auf dem Hintergrund, dass Art. 17 Abs. 2 Satz 2 URL auch nicht ausschließlich auf eine Entgeltregulierung bezogene Vorabverpflichtungen vorsieht, es erfordern, ungeachtet des begrenzten Maßnahmekatalogs des § 39 TKG abzuwägen, ob ausnahmsweise von der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung abgesehen werden kann, wenn unter den gegebenen Umständen eine weniger eingriffsintensive Maßnahme in Betracht kommt, um einem missbräuchlichen Verhalten des marktmächtigen Unternehmens entgegenzuwirken. An derartigen Erwägungen der Bundesnetzagentur fehlt es. Auch ist nicht ersichtlich, dass das Regulierungsermessen im vorliegenden Falle in dem Sinne auf „Null" reduziert ist, dass sich allein die Auferlegung der in Ziffer I. 1. 1.2 des angegriffenen Beschlusses vorgesehene nachträgliche Entgeltregulierung als rechtmäßig erwiese. 170

II. Die im angefochtenen Beschluss der Klägerin hinsichtlich des Signallieferungsmarktes auferlegten Abhilfemaßnahmen sind rechtmäßig. 171

1. Dem Beschluss haften insoweit keine formell-rechtlichen Mängel an. Zur Begründung wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Teil der Entscheidungsgründe (oben S. 59 ff.) verwiesen, in dem die formelle Rechtmäßigkeit der den Einspeisemarkt betreffenden Auferlegung von Abhilfemaßnahmen behandelt wird. Das dort Gesagte gilt hier entsprechend. Ergänzend hierzu ist auszuführen: 172

a) Der von der Klägerin gerügte Gehörsverstoß liegt hinsichtlich der auferlegten Zugangsverpflichtung (Ziffer I. 2. 2.1 2.1.1 bis 2.1.3 des Beschlusses) und der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots (Ziffer II. des Beschlusses), die im Konsultationsentwurf nicht vorgesehen waren, nicht vor. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 15. November 2006 ist ausweislich der hierüber gefertigten Niederschrift die Frage der Auferlegung weiter reichender Verpflichtungen für den Bereich des Signallieferungsmarktes, insbesondere einer Zugangsverpflichtung und Vorabentgeltgenehmigungspflicht, - auch vom Vertreter der Klägerin - behandelt worden. Im Anschluss hieran hat die Klägerin gegenüber der Bundesnetzagentur ihren Standpunkt, dass die Auferlegung einer Zugangsver- pflichtung und einer Vorabentgeltgenehmi-gungspflicht unangemessen bzw. unverhältnismäßig sei, ergänzend schriftlich dargelegt. Unter dem 10. Januar 2007 hat die Bundesnetzagentur die Klägerin darauf hingewiesen, dass nach dem Ergebnis des Konsultationsverfahrens einiges dafür spreche, eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen, und ihr Gelegenheit gegeben, insbesondere Umstände für ein Absehen von einer Vorabentgeltgenehmigungspflicht vorzutragen. Von dieser Möglichkeit hat die Klägerin Gebrauch gemacht. Angesichts dieses Verfahrensverlaufs kann keine Rede davon sein, dass der Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht ausreichend erfüllt worden ist. Dies gilt auch hinsichtlich der - soweit ersichtlich - nicht ausdrücklich von der 173

Bundesnetzagentur angesprochenen Auferlegung einer Standardangebotsverpflichtung. Denn die Klägerin konnte angesichts der Regelung des § 23 Abs. 1 TKG (in der früheren und der im Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen Beschlusses geltenden Fassung) ohne weiteres erkennen, dass im Falle der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung von der Bundesnetzagentur auch darüber zu entscheiden sein würde, ob eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots auferlegt wird.

Für das Vorliegen eines Gehörsverstoßes kann sich die Klägerin auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass für sie nicht erkennbar gewesen sei, welch hohe Bedeutung die Beschlusskammer Tatsachenbehauptungen beigemessen hat, die in den Schreiben des ANGA (bzw. seiner Verfahrensbevollmächtigten) vom 22. November 2006 und 27. Dezember 2006 enthalten sind. Der Inhalt des Schriftsatzes der Verfahrensbevollmächtigten des ANGA vom 22. November 2006 war für die Klägerin zugänglich, weil er (gemeinsam mit weiteren der Bundesnetzagentur zugegangenen Stellungnahmen Verfahrensbeteiligter) veröffentlicht worden war (Abl. BNetzA 2006, 4030). Die Klägerin war dementsprechend nicht gehindert, zu den darin vorgetragenen Tatsachen und deren (aus ihrer Sicht fehlender) Eignung, die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen zu rechtfertigen, Stellung zu nehmen. Hinsichtlich des Schreibens des ANGA vom 27. Dezember 2006 kann es auf sich beruhen, ob der gerügte Gehörsverstoß vorliegt oder nicht. Denn es ist jedenfalls nicht erkennbar, dass die Entscheidung der Beschlusskammer durch das Vorbringen in jenem Schreiben entscheidend beeinflusst worden ist. Der Beschlussbegründung kann kein Anhalt dafür entnommen werden, dass die Beschlusskammer im Rahmen der bei ihrer Entscheidung über die Auferlegung von Abhilfemaßnahmen vorzunehmenden Abwägung und Ermessensbetätigung Tatsachen-vorbringen oder sonstigen Vortrag aus dem Schreiben des ANGA vom 27. Dezember 2006 entscheidungstragend verwertet hat. Soweit in der Beschlussbegründung (S. 26) auf eine Studie der wik-Consult vom 24. November 2006 „Kabelinternet in Deutschland" Bezug genommen wird, auf die auch der Schriftsatz der ANGA vom 27. Dezember 2006 verweist, begründet dies schon deshalb keinen Gehörsverstoß, weil die betreffende Studie zum einen öffentlich zugänglich ist und zum anderen für den Deutschen Kabelverband e.V. als Interessenverband der NE 3-Betreiber erstellt worden ist und daher der Klägerin bekannt gewesen sein dürfte. Abgesehen davon wird die genannte Studie von der Beschlusskammer in einem anderen Zusammenhang erwähnt als demjenigen, der im Schreiben der ANGA vom 27. Dezember 2006 angesprochen ist. Die Kammer hat mit dieser Begründung bereits in ihrem im Eilverfahren 21 L 1554/07 ergangenen Beschluss vom 24. Juni 2008 das Vorliegen eines Gehörsverstoßes verneint. Die Klägerin ist dieser Bewertung und der ihr zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände nach Ergehen dieses Beschlusses nicht substantiiert entgegengetreten. 174

b) Dem hier in Rede stehenden Teil des angefochtenen Beschlusses fehlt es auch nicht an der erforderlichen inhaltlich hinreichenden Bestimmtheit. Dazu hat die Kammer in ihrem soeben erwähnten Beschluss vom 24. Juni 2008 ausgeführt: 175

„Ein Verwaltungsakt ist i.S.v. § 37 Abs. 1 VwVfG inhaltlich hinreichend bestimmt, wenn sich die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheides, insbesondere seiner Begründung sowie den weiteren, den Beteiligten bekannten oder ohne weiteres erkennbaren Umständen, unzweifelhaft erkennen lässt, 176

BVerwG, Urteil vom 25. April 2001 - 6 C 6.00 -, BVerwGE 114, 160, 164. 177

Diesen Anforderungen genügen die in dieser Hinsicht beanstandeten Regelungen des Beschlusses vom 17. April 2007. 178

179

(1.) Die Antragstellerin rügt, dass die unter Ziffer 2.1.1 auferlegte Zugangsverpflichtung auch unter Einbeziehung der Begründungen des Beschlusses vom 17. April 2007 und der Festlegung vom 20. September 2006 nicht eindeutig erkennen lasse, welche Unternehmen bzw. Personen als NE 4- Betreiber und Nachfrager auf dem Vorleistungsmarkt für Signallieferung zugangsberechtigt sein sollen bzw. wer als Nachfrager auf dem der Regulierung nicht unterliegenden Endkundenmarkt anzusehen sei. Die Antragstellerin spricht damit die Einordnung von Unternehmen der Wohnungswirtschaft an, die eigene Kabelnetze zur Versorgung der von ihnen verwalteten Wohnungen betreiben bzw. von ausgegliederten Gesellschaften betreiben lassen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist der Kreis derjenigen, denen gegenüber die in Ziffer 2.1.1 der Regulierungs-verfügung auferlegte Verpflichtung besteht, Zugang zu ihrem Breitbandkabelnetz zu ermöglichen, nach dem o.g. Maßstab inhaltlich hinreichend bestimmt. Denn der Kreis der aufgrund dieser Verpflichtung Zugangsberechtigten ist jedenfalls anhand der Begründung des Beschlusses vom 17. April 2007 und der Festlegung vom 20. September 2006, die einen einheitlichen Verwaltungsakt bilden (§ 13 Abs. 3 TKG), mit der erforderlichen Eindeutigkeit bestimmbar.

Die Verpflichtung besteht ausweislich des Tenors des Beschlusses gegenüber „Betreibern nachgelagerter Kabelnetze ..., sofern der nachfragende Kabelnetzbetreiber von dem jeweiligen Übergabepunkt aus nicht mehr als 500 Wohneinheiten versorgt." Aus dem Umstand, dass die Festlegung vom 20. September 2006 nicht einen Endkundenmarkt, sondern einen Vorleistungsmarkt betrifft, folgt zunächst, dass die Zugangsverpflichtung nur zugunsten solcher Unternehmen bzw. Personen angeordnet ist, die die Signallieferung als Vorleistung und nicht als Endkundenleistung nachfragen. Sodann verdeutlicht der weitere Umstand, dass die Antragstellerin nach dem Ergebnis der Festlegung auf dem Markt für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen durch Kabelnetzbetreiber einer vorgelagerten Ebene als marktmächtig eingestuft worden ist, dass die zugunsten von „Betreibern nachgelagerter Kabelnetze" auferlegte Zugangsverpflichtung gegenüber NE 4-Betreibern besteht. Dieses Verständnis erschließt sich zudem aus der Begründung des Beschlusses vom 17. April 2007 (S. 22), in der darauf abgehoben wird, dass der Zugang zu den vorgelagerten Kabelnetzen es reinen NE 4-Betreibern und integrierten NE 3/NE 4-Betreibern (soweit sich für sie im Einzelfall eine anderweitige Versorgung kleinerer NE 4-Cluster nicht lohnt) ermögliche, Kabelendkundenverträge anzubieten. An anderer Stelle der Beschlussbegründung (a.a.O.) wird hervorgehoben, dass ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt nur erreicht werden könne, „wenn die NE 4- Betreiber ... auf einer vorgelagerten Ebene Zugriff auf einen an den Endkunden weiterzugebenden Signalstrom erhalten." Schließlich wird in der Begründung der Festlegung (S. 61, 3. Abs.) eine Eingrenzung des begünstigten Nachfragerkreises auf „professionelle NE 4-Netzbetreiber" und „Rundfunkhandwerks- und Elek-trobetriebe" sowie „andere kleinere Unternehmen" vorgenommen, „die als Hauptgeschäftszweck NE 4-Netze in Wohngebäuden unabhängig vom Wohnungseigentümer oder Vermieter betreiben". Zugleich werden „die klassischen Unternehmen der Wohnungswirtschaft, die zwar zum Teil als Netzbetreiber fungieren und dazu mitunter auch eigene Gesellschaften ausgegliedert haben, aber deren Hauptgeschäftszweck nicht der Netzbetrieb ist", aus dem begünstigten Nachfragerkreis ausgenommen. Damit ist hinreichend deutlich, dass sie nicht „Betreiber nachgelagerter Kabelnetze" i. S. v. Ziffer 2.1.1 der angegriffenen Regulierungsverfügung sind. 180

Die Begründungen des einen einheitlichen Verwaltungsakt darstellenden Beschlusses vom 17. April 2007 und der Festlegung vom 20. September 2006 lassen hiernach in einem den Anforderungen des § 37 Abs. 1 VwVfG genügenden Maße erkennen, welchen Nachfragern gegenüber die Antragstellerin durch Ziffer 2.1.1 der Regulierungsverfügung zur Zugangsgewährung verpflichtet ist. Die daran geäußerten Zweifel der Antragstellerin (vor 181

allem Klagebegründung Rn. 163 ff. und 414 ff.) sind nicht berechtigt. Entgegen ihrer Auffassung weisen die Begründungen des Beschlusses vom 17. April 2007 und der Festlegung vom 20. September 2006 insoweit auch keine Widersprüchlichkeiten auf; insbesondere tragen die von der Antragstellerin in Bezug genommenen Passagen dieser Entscheidungen nicht die Annahme, dass die BNetzA „doch alle Wohnungswirtschaftsunternehmen dem Vorleistungsmarkt zurechnen" wollte. Auch die Zusätze „vor allem" und „aber unter Umständen auch", die in der Festlegung (S. 61, 3. Abs.) im Zusammenhang mit der Beschreibung des Kreises der Nachfrager auf dem hier regulierten Markt verwendet werden, können die Eignung dieses Teils der Begründung zur Bestimmung des Inhaltes des Begriffes der Betreiber nachgelagerter Kabelnetze i. S. v. Ziffer 2.1.1 der Regulierungsverfügung nicht in Frage stellen. Denn diese innerhalb ein und desselben Satzes gebrauchten Zusätze sind ersichtlich aufeinander bezogen und in einem ähnlichen Sinne gemeint wie die Begriffspaare „sowohl ... als auch" oder „nicht nur ..., sondern auch". Im Übrigen werden in dem betreffenden Satz der Begründung der Festlegung, die „Umstände" dargelegt, unter denen auch Rundfunkhandwerks- und Elektrobetriebe und andere kleinere Unternehmen der Nachfragerseite des regulierten Marktes zugerechnet werden: Ihr Hauptgeschäftszweck muss darin bestehen, NE 4- Netze in Wohngebäuden unabhängig vom Wohnungseigentümer oder Vermieter zu betreiben, während die „klassischen Unternehmen der Wohnungswirtschaft, die zwar ... als Netzbetreiber fungieren und dazu mitunter auch eigene Gesellschaften ausgegliedert haben, aber deren Hauptzweck nicht der Netzbetrieb ist", nicht als dem Signallieferungsmarkt zuzurechnende Nachfrager bezeichnet werden. Dass diese Kriterien, wie die Antragstellerin meint, nicht geeignet seien, eine eindeutige Abgrenzung der aufgrund der Zugangsverpflichtung berechtigten von den nicht berechtigten Unternehmen bzw. Personen zu ermöglichen, ist nicht ersichtlich.

(2.) Soweit die Antragstellerin beanstandet, dass der in Ziffern 2.1.1 und 2.1.2 der Regulierungsverfügung verwendete Begriff des „Zugang(s)" in einer Weise unklar und unbestimmt sei, dass für sie nicht eindeutig erkennbar sei, wie sie auf der Grundlage der auferlegten Verpflichtungen ihr Verhalten auszurichten habe, ist damit ein Verstoß gegen § 37 Abs. 1 VwVfG nicht dargetan. 182

Das Gebot inhaltlich hinreichender Bestimmtheit wird nicht dadurch verletzt, dass in der angegriffenen Regulierungsverfügung offen gelassen worden ist, welcher Art der Zugang sein soll, insbesondere ob er entbündelt gewährt werden muss. § 3 Nr. 32 TKG enthält eine gesetzliche Definition des Begriffes des Zuganges, der von § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG verwendet wird; auf die letztgenannte Vorschrift hat die BNetzA die hier in Rede stehende Zugangsverpflichtung gestützt. Es ist daher ohne weiteres davon auszugehen, dass der Begriff „Zugang" in Ziffern 2.1.1 und 2.1.2 der Regulierungsverfügung in dem - eindeutigen - Sinne gemeint ist, der ihm durch die Definition des § 3 Nr. 32 TKG verliehen wird. Der Umstand, dass weder diese Definition noch die auferlegte Zugangsverpflichtung unmittelbaren und vollständigen Aufschluss über die konkrete Art und die einzelnen Modalitäten des zu gewährenden Zugangs gewähren, begründet keinen Bestimmtheitsmangel. Ein solcher wäre nur anzunehmen, wenn der Inhalt der der Antragstellerin auferlegten Verpflichtung nicht eindeutig wäre. Das ist aber gerade nicht der Fall. Denn die BNetzA wollte die auferlegte Zugangsverpflichtung ausweislich der Begründung des angegriffenen Beschlusses (S. 26) in dem Sinne offen ausgestalten, dass es den Verhandlungen über Zugangsvereinbarungen und erforderlichenfalls dem Anordnungsverfahren nach § 25 TKG vorbehalten bleiben sollte, die Modalitäten des jeweiligen Zugangs und insbesondere auch die Art des Zugangs („entbündelte Signallieferung") zu bestimmen. Angesichts dessen kann es keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung sich dem Grunde nach auch auf die 183

Gewährung des entbündelten Zugangs erstreckt. ..."

Ergänzend hierzu ist darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich der Frage der Zutrittsgewährung zu den Übergabepunkten von den Vertretern der Beklagten in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden ist, dass zwischen den Parteien Einigkeit dahingehend bestehe, dass Zutritt nur dort zu gewähren sei, wo dies auch tatsächlich und rechtlich für die Klägerin möglich sei. Angesichts dieses ausdrücklich bestätigten übereinstimmenden Verständnisses der Zugangsverpflichtung besteht insoweit erst recht kein Anlass für die Annahme einer inhaltlich nicht ausreichenden Bestimmtheit. Weiter hat die Kammer im genannten Beschluss ausgeführt: 184

„(3.) Die Antragstellerin kann schließlich auch nicht mit Erfolg geltend machen, dass das Verhältnis zwischen den Regelungen in Ziffern 2.1.1 und 2.1.2 der Regulierungsverfügung unklar sei. Denn das Verhältnis zwischen den beiden Regelungen erschließt sich aus ihrem Wortlaut in unzweideutiger Weise: Ziffer 2.1.2 erlegt die Verpflichtung auf, „Rundfunksignale zu übergeben", und zwar „über diesen Zugang". Mit dem letztgenannten Satzteil wird auf die dieser Signallieferungsverpflichtung unmittelbar vorangestellte Zugangsverpflichtung aus Ziffer 2.1.1 verwiesen. Die Regelungen der Ziffern 2.1.1 und 2.1.2 sind danach in der Weise aufeinander bezogen, dass der auferlegte Zugang zum Breitbandkabelnetz der Antragstellerin mit der Verpflichtung verbunden ist, Rundfunksignale zu übergeben. Dass die Regelung in Ziffer 2.1.1 „über Ziff. 2.1.2 hinaus" gehen könnte, was die Antragstellerin offenbar im Hinblick auf andere über das Breitbandkabelnetz angebotene Dienste (Telefonie, Internet) für möglich hält, kann schon deshalb nicht ernsthaft in Betracht kommen, weil der hier in Rede stehende Teil der angegriffenen Regulierungsverfügung sich auf den Signallieferungsmarkt, d.h. auf den „Markt für die Belieferung von NE 4-Clustern ? 500 Wohneinheiten mit Rundfunksignalen" bezieht." 185

Es besteht auch nach erneuter Prüfung kein Anlass, von dieser rechtlichen Bewertung und dem Befund abzurücken, dass die Regelungen in Ziffern I. 2. 2.1 2.1.1 bis 2.1.3 des angefochtenen Beschlusses inhaltlich hinreichend bestimmt sind. 186

2. Die in Bezug auf den Signallieferungsmarkt auferlegten Abhilfemaßnahmen sind materiell-rechtmäßig. 187

a) Die unter Ziffern I. 2. 2.1 2.1.1 und 2.1.2 der Regulierungsverfügung auferlegte Zugangs- und Signalübergabeverpflichtung ist auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG gestützt. Es kann auf sich beruhen, ob die in dieser Bestimmung vorgesehene Ermächtigung zur Auferlegung der Verpflichtung, Zugang zu „bestimmten Netzkomponenten und -einrichtungen" zu gewähren, den hier angeordneten Zugang zum Breitbandkabelnetz der Klägerin zum Zwecke des Bezuges zu übergebender Rundfunksignale umfasst oder nicht. Denn im Hinblick darauf, dass der Katalog der fakultativen Zugangspflichten des § 21 Abs. 2 TKG nicht abschließend ist („... kann ... unter anderem verpflichten, ..."), stehen der Auferlegung von Zugangspflichten, die von der Aufzählung der speziellen Zugangstatbestände des § 21 Abs. 2 Nrn. 1 bis 7 TKG nicht ausdrücklich erfasst sind, keine grundsätzlichen rechtlichen Hindernisse entgegen. Vielmehr folgt aus § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG, dass die Bundesnetzagentur bei Beachtung der in dieser Vorschrift und in § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG genannten Voraussetzungen in der Auswahl der Maßnahmen, die zur Verwirklichung eines Zuganges geeignet, erforderlich und angemessen erscheinen, nicht beschränkt ist. Deshalb findet die auferlegte Zugangs- und Signalübergabeverpflichtung jedenfalls in § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG eine taugliche Rechtsgrundlage. 188

189

Die streitige Zugangsverpflichtung genügt den Vorgaben des § 21 Abs. 1 TKG. Die Bundesnetzagentur hat von dem bei Anwendung dieser Vorschrift auszuübenden Regulierungsermessen nach den oben dargelegten rechtlichen Beurteilungsmaßstäben in nicht zu beanstandender Weise Gebrauch gemacht. Die Begründung des angegriffenen Beschlusses (S. 21 bis 26) macht deutlich, dass die Beschlusskammer sich bei ihrer Abwägungsentscheidung an den Kriterien des § 21 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nrn. 1 bis 7 TKG ausgerichtet und diese sämtlich erschöpfend behandelt hat. Ihre Ausführungen weisen einen rechtserheblichen Mangel des Abwägungsvorganges nicht auf. Die Beschlusskammer hat unter Ausrichtung an den widerstreitenden Interessen der Klägerin und der Betreiber nachgelagerter Kabelnetze als Nachfrager der betreffenden Zugangsleistung einerseits sowie den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG und der Bedeutung der Maßnahme für die Interessen der Endnutzer und den Wettbewerb auf dem Endnutzermarkt andererseits alle wesentlichen Aspekte in ihre Überlegungen eingestellt, die Bedeutung und das Gewicht der betroffenen Belange nicht verkannt und diese in einer zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange nicht außer Verhältnis stehenden und deshalb vertretbaren Weise untereinander zu einem Ausgleich gebracht.

Das Vorbringen der Klägerin zeigt keine Mängel auf, die zur Annahme der Rechtswidrigkeit dieser Abwägungsentscheidung führen könnten. 190

aa) Der angegriffenen Zugangsverpflichtung fehlt es zunächst nicht an der erforderlichen Ausrichtung an den gesetzlichen Zielen der Regulierung, die in § 2 Abs. 2 TKG umschrieben sind und von denen in § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG namentlich die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endnutzermarktes und die Interessen der Endnutzer angesprochen werden. Die Begründung des angegriffenen Beschlusses erschöpft sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht bloß in einer Wiedergabe des Gesetzeswortlautes, sondern führt (S. 22, 24 und 26) sachgerechte Gesichtspunkte an, aufgrund derer die streitige Zugangsgewährung als geeignet, erforderlich und angemessen erscheinen kann, um die Regulierungsziele zu verwirklichen. Insbesondere wird mit dem in diesem Zusammenhang erhobenen Einwand der Klägerin, die Beschlusskammer sei auf die konkrete Situation auf den Endkundenmärkten, auf denen ein intensiver und wirksamer Wettbewerb herrsche, nicht eingegangen, ein die Rechtswidrigkeit der Zugangsverpflichtung begründender Abwägungsfehler nicht aufgezeigt. Ungeachtet dessen, dass in der der angegriffenen Regulierungsverfügung zugrunde liegenden Marktanalyse eine Einschätzung der wettbewerblichen Verhältnisse auf den nachgelagerten Endnutzermärkten vorgenommen worden ist, von der abzuweichen für die Beschlusskammer ersichtlich kein Anlass bestand, hat sie sich - dies verdeutlichen die Ausführungen der Beschlussbegründung (dort S. 25 unten u. S. 26) - maßgebend von der Erwägung leiten lassen, dass zwar im Zeitpunkt ihrer Entscheidung bzw. jedenfalls im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfes noch von Marktverhältnissen habe ausgegangen werden können, die einer Regulierung des hier in Rede stehenden Vorleistungsmarktes durch Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nicht bedurften. Maßgebend für ihre letztlich getroffene Entscheidung zugunsten einer Zugangsverpflichtung waren jedoch sich abzeichnende Veränderungen in Bereichen, die nach Meinung der Beschlusskammer für das künftige Wettbewerbsgeschehen bedeutsam sein werden. Nach ihrer Einschätzung werden nämlich innerhalb des Geltungszeitraums der angegriffenen Regulierungsverfügung insbesondere infolge der vor-anschreitenden Digitalisierung der Rundfunksignalübertragung der Klägerin technische Möglichkeiten, z. B. in Gestalt von Verschlüsselungssystemen, erwachsen, die sie in die Lage versetzen könnten, „NE 4-Betreiber zu umgehen und auch ohne Betrieb der jeweiligen NE 4 direkte Endkundenbeziehungen aufzubauen." Zudem verweist die Beschlusskammer auf die Möglichkeit, dass die Klägerin ihren Tätigkeitsbereich auf (Endkunden-)Angebote von 191

Internet- und Telefoniediensten mit der anzunehmenden Folge ausweite, dass dies auf dem Signallieferungsmarkt zu „größeren Spannungen zwischen der Betroffenen (= Klägerin) und den NE 4-Betreibern" führe. Es ist weder erkennbar, dass die vorgenommene Prognose auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage beruht noch besteht Anlass zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur maßgebend auf die künftige Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse abhebt, die sich nach ihrer Einschätzung innerhalb der voraussichtlichen Geltungsdauer der Regulierungsverfügung einstellen wird. Beurteilungsmängel bzw. Abwägungsfehler im oben genannten Sinne sind insoweit nicht erkennbar. Die Erwägungen der Beschlusskammer verdeutlichen, dass sie die Auswirkungen der von ihr erwarteten Entwicklung für den Wettbewerb auf den in Betracht kommenden Endkundenmärkten in ihre Überlegungen einbezogen hat. Dass sie deren Bedeutung verkannt oder unangemessen gewichtet hätte, kann nicht angenommen werden. Mit ihrem Vortrag, die auferlegte Zugangsverpflichtung bewirke eine Vertiefung der ökonomisch unerwünschten Trennung zwischen den Netzebenen 3 und 4 kann die Klägerin nicht gehört werden. Denn dieser gegenüber der von der Beschlusskammer angenommenen Stärkung des intermodalen Wettbewerbs vorgetragene Gesichtspunkt betrifft denjenigen Bereich des Regulierungsermessens, der der gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich ist. Denn der Gesichtspunkt der Stärkung des intermodalen Wettbewerbs widerspricht nicht den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG und seine Berücksichtigung ist nicht sachwidrig.

bb) Auch gegenüber der Geeignetheit der Auferlegung der Zugangsverpflichtung bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Die Einschätzung der Beschlusskammer, dass mit einer solchen Zugangsverpflichtung reine NE 4- Betreiber und integrierte NE 3/NE 4-Betreiber in Bereichen, in denen eine anderweitige Versorgung kleinerer NE 4-Cluster nicht lohnt, in die Lage versetzt werden, eigenständige Angebote von Endkundenverträgen zu erstellen, ist plausibel und nicht sachwidrig. 192

cc) Die angegriffene Zugangsverpflichtung ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil es an der Erforderlichkeit ihrer Auferlegung mangelte. Die Beschlusskammer hat die Zugangsverpflichtung für erforderlich gehalten, um die Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter nachgelagerter Endkundenmärkte zu fördern und die Interessen der Endkunden zu wahren. Damit hat sie auf die beiden zentralen Belange abgehoben, die § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG für die Notwendigkeit der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung bezeichnet. Allerdings hat sie in diesem Zusammenhang den Begriff des nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes der Definition des § 3 Nr. 12 TKG i. d. F. des Gesetzes vom 22. Juni 2004 entnommen. Im maßgebenden Zeitpunkt des Ergehens des angegriffenen Beschlusses war diese Definition durch Art. 2 Nr. 2 Buchst. e) des Gesetzes vom 18. Februar 2007 (BGBl. I, S. 106) neu gefasst worden. Dieser Umstand begründet indessen keine Mangelhaftigkeit des ausgeübten Regulierungsermessens. Denn die Umstände, die die Beschlusskammer (S. 22/23 des Beschlusses) aufzeigt, lassen sich gleichermaßen für die Erforderlichkeit der Zugangsverpflichtung sowohl im Hinblick auf die frühere Definition des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes" anführen als auch auf die jetzt geltende Bestimmung dieses Begriffes, wonach ein solcher Markt vorliegt, wenn auf ihm der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er ohne sektor- spezifische Regulierung besteht. Es spricht auch unter der Geltung des § 3 Nr. 12 TKG (n.F.) nichts Durchgreifendes gegen die Vertretbarkeit der Annahme der Beschlusskammer, dass ein nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt nur erreicht werden könne, wenn die NE 4-Betreiber als mit der Klägerin auf dem Endkundenmarkt konkurrierende Anbieter ihrerseits auf einer vorgelagerten Ebene Zugriff auf einen an den Endkunden weiterzugebenden Signalstrom erhalten, und für einen solchen Zugriff ein Zugang zum Breitbandkabelnetz der vorgelagerten Ebene notwendig sei. 193

Zu der Annahme, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung nicht erforderlich und deshalb unverhältnismäßig ist, führt auch nicht der Einwand der Klägerin, dass der in Rede stehende Markt ohne Regulierung entstanden sei und nach wie vor bestehe, sowie ihr Hinweis darauf, dass es in der Vergangenheit keinen einzigen Fall gegeben habe, in dem sie einem NE 4-Betreiber den Zugang zum Breitbandkabelnetz verweigert habe. Denn der Entscheidung zugunsten einer Zugangsverpflichtung liegt - wie bereits erwähnt - die vertretbare und deshalb vom Gericht nicht zu beanstandende Erwartung einer baldigen Verschlechterung des bisherigen „Kooperationsklimas" zwischen der marktmächtigen Klägerin und den die Signallieferung nachfragenden NE 4-Betreibern sowie die Einschätzung zugrunde, dass deswegen und wegen des Umstandes, dass die Klägerin und die NE 4- Betreiber auf dem Endnutzermarkt einander als Konkurrenten gegenüberstehen, einer Behinderung der Entwicklung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation entgegengewirkt werden solle. In Anbetracht dieser Erwägungen ist der sinngemäß erhobene Vorwurf der Klägerin, das Gewicht ihrer seit je her bestehenden freiwilligen Zugangsangebote sei unangemessen gering bewertet und die Gefahr eines Wegfalls oder einer Einschränkung ihrer Angebotsbereitschaft sei zu Unrecht angenommen und überbewertet worden, nicht gerechtfertigt. Denn bei der etwaigen Berücksichtigung freiwilliger Angebote muss verhindert werden, dass das zu regulierende Unternehmen unter Hinweis auf sein bestehendes freiwilliges Angebot eine Zugangsgewährungspflicht abwendet, dann jedoch die freiwilligen Angebote aus dem Markt zurückzieht oder etwa durch überhöhte Entgeltforderungen so verändert, dass sie zur Behebung des Wettbewerbsproblems nicht taugen. Deshalb lassen freiwillige Angebote insbesondere dann, wenn sich das marktmächtige Unternehmen in Bezug auf ein überragend wichtiges Vorleistungsprodukt nicht in ausreichendem Maße einer entgegengerichteten Nachfragemacht ausgesetzt sieht, wie dies insbesondere auf monopolisierten Vorleistungsmärkten - wie dem hier behandelten faktisch monopolisierten Signallieferungsmarkt - der Fall ist, nicht den Rückschluss zu, dass die Auferlegung abstrakter Zugangsverpflichtungen überflüssig und unverhältnismäßig ist. Die Bundesnetzagentur muss in einer solchen Konstellation auch nicht die Verpflichtung, einen bereits gewährten Zugang nicht nachträglich zu verweigern (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG), als ein gegenüber der Zugangsverpflichtung milderes Mittel vorrangig anwenden. Denn diese Alternative wäre erkennbar nicht gleich geeignet, weil sie sich nur auf bereits bestehende Zusammenschaltungsvereinbarungen bezöge, aber nicht gewährleistete, dass andere Nachfrager einen begehrten Zugang erlangten. 194

Vgl. BVerwG, Urteil vom 02. April 2008 - 6 C 15.07 -, a.a.O., Rn. 50 f. (zu Mobilfunk-Terminierungsleistungen). 195

Angesichts dessen ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Bundesnetzagentur dem von der Klägerin vorgetragenen Gesichtspunkt, dass auf dem Signallieferungsmarkt Wettbewerb ohne Regulierung entstanden sei, kein für die Abwägungsentscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung entscheidendes Gewicht beigemessen hat. 196

dd) Die Abwägungsentscheidung, die die Bundesnetzagentur veranlasst hat, gegenüber der Klägerin eine Zugangs- und Signalübergabeverpflichtung aufzuerlegen, erweist sich auch nicht im Lichte der Einwände, die die Klägerin hinsichtlich einzelner der in § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG aufgeführten Belange erhobenen hat, als rechtswidrig. 197

(1.) Dies gilt zunächst hinsichtlich des Belangs der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG), soweit die Klägerin die Annahme der Bundesnetzagentur in Zweifel zieht, dass bei der Versorgung von NE 4-Netzen ? 500 Wohneinheiten ein Umstellen auf den Empfang 198

von Satellitensignalen wirtschaftlich nicht möglich sei. Hierzu wird auf die diesen Aspekt bereits bei der Frage der Rechtmäßigkeit der Marktabgrenzung behandelnden vorstehenden Ausführungen Bezug genommen, die hier entsprechend gelten. Der Umstand, dass sich die Beschlusskammer zur Begründung ihrer betreffenden Einschätzung auf die Feststellungen in der Festlegung der Präsidentenkammer bezieht, ist unerheblich, weil diese Einschätzung nicht beurteilungsfehlerhaft ist und es sich als sachgerecht, weil folgerichtig und konsistent, erweist, wenn die Beschlusskammer bei der Ausübung ihres Regulierungsermessens von den Feststellungen ausgeht, die die Präsidentenkammer der Definition und Analyse des zu regulierenden Markts zugrunde gelegt hat. Eine Klärung der von der Klägerin verneinten Frage einer strikten rechtlichen Bindung der Beschlusskammer an die der Feststellung beträchtlicher Marktmacht zugrunde liegenden Umstände ist deshalb entbehrlich.

Auch ist es im Hinblick auf den Belang des § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG nicht zu beanstanden, wenn die Beschlusskammer ausgeführt hat (S. 23 der Beschlusses), dass ein zeitnahes und flächendeckendes Umstellen auf die Versorgung durch dritte Breitbandkabelnetze wegen des Fehlens solcher Drittnetze ausscheide. Der von der Klägerin monierte Begriff „flächendeckend" wird von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Begründung ihrer Annahme verwendet, dass für die Versorgung von NE 4-Clustern bis zu 500 Wohneinheiten für die nachfragenden Kabelnetzbetreiber allein die Möglichkeit bestehe, auf das Breitbandkabelnetz der Klägerin zurückzugreifen. Dieser Begründungszusammenhang verdeutlicht, dass „flächendeckend" nicht in dem Sinne gemeint ist, dass damit eine Gebietsabdeckung gleich der von der Klägerin zum Vergleich herangezogenen „TAL-Infrastruktur" bezeichnet werden sollte; vielmehr sollte erkennbar zum Ausdruck gebracht werden, dass es auf dem hier maßgebenden sachlich und räumlich abgegrenzten Signallieferungsmarkt keine dem Breitbandkabelnetz der Klägerin vergleichbare Breitbandkabelinfrastruktur gibt, auf die die auf diesem Markt tätigen NE 4-Betreiber zum Bezug von Rundfunksignalen zurückgreifen können. 199

Ebensowenig folgt im Hinblick auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG ein Abwägungsfehler aus der Annahme der Bundesnetzagentur, dass eine Umstellung auf eine anderweitige Versorgung mit Rundfunksignalen „zeitnah" nicht möglich sei. Die Klägerin zeigt nicht auf und es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass im Zeitpunkt des Erlasses der angegriffenen Regulierungsverfügung, deren Geltungsdauer im Hinblick auf § 14 Abs. 2 TKG begrenzt ist, diese prognostische Einschätzung unvertretbar ist. Dies gilt insbesondere für die von der Klägerin in diesem Zusammenhang beanstandete Annahme der Beschlusskammer, dass noch nicht abzusehen sei, dass „klassische Telekommunikationsunternehmen mit ihren Netzen an die Stelle der NE 3-Betreiber treten und entsprechende Signale im notwendigen Übertragungsformat liefern könnten." Der dagegen von der Klägerin erhobene Einwand der „rasanten Entwicklungen im DSL-Bereich" ist nicht geeignet, die Annahme der Bundesnetzagentur als unvertretbare Fehleinschätzung erscheinen zu lassen. Die Klägerin hat selbst nicht substantiiert aufgezeigt, dass sich im Zeitpunkt des Erlasses des angegriffenen Beschlusses ein an NE 4-Betreiber gerichtetes Angebot für die Belieferung mit Rundfunksignalen durch Telekommunikationsunternehmen über deren (breitbandige) Telekommunikationsnetze auch nur abzeichnete - geschweige denn vorhanden war -, das gegenüber der hier in Rede stehenden Signallieferung durch die Klägerin technisch und wirtschaftlich tragfähig ist. 200

(2.) Die Auferlegung der Zugangs- und Signalübergabeverpflichtung weist auch keinen Abwägungsfehler im Hinblick auf den Belang des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG auf. Die Beschlusskammer hat hierzu u.a. erwogen, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung bewirke, dass nachfragende NE 4-Betreiber nicht damit rechnen müssten, innerhalb kurzer 201

Frist ihren Lieferanten zu verlieren; dies diene der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs und dem Wettbewerb auf den Endkundenmärkten. Soweit die Klägerin dem entgegenhält, dass es in der Vergangenheit keinen einzigen Fall gegeben habe, in dem ein NE 4-Betreiber sie als Signallieferantin verloren habe, wird hierdurch ein Abwägungsfehler nicht aufgezeigt. Denn die Beschlusskammer hat, worauf bereits hingewiesen worden ist, ihre Abwägung in nicht zu beanstandender Weise an der durch wesentliche Veränderungen gekennzeichneten voraussichtlichen Marktentwicklung ausgerichtet. Das bisherige Verhalten der Klägerin lässt keinen hinreichend verlässlichen Schluss auf ihr künftiges Verhalten - zumal unter veränderten Marktbedingungen - zu. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Beschlusskammer dem Gesichtspunkt des bisherigen Verhaltens der Klägerin bei der Abwägung des hier in Rede stehenden Belangs des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG kein entscheidendes Gewicht beigemessen hat.

Einen Abwägungsfehler zeigt die Klägerin hinsichtlich dieses Belangs auch nicht dadurch auf, dass sie die nach ihrer Meinung zunehmende Nachfragemacht der NE 4-Betreiber der von der Beschlusskammer angestellten Erwägung entgegensetzt, die auferlegte Zugangsverpflichtung solle im Interesse der Förderung der Entwicklung eines sich selbst tragenden Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten dazu dienen zu vermeiden, dass NE 4-Netzbetreibern und auch integrierten NE 3/NE 4-Betreibern unwirtschaftliche Entscheidungen im Sinne eines forcierten Umstiegs auf den Satellitenempfang aufgedrängt würden. Selbst wenn es zuträfe, dass von einer zunehmenden Nachfragemacht der NE 4-Betreiber auszugehen ist, erwiese sich die Überlegung der Bundesnetzagentur nicht als abwägungsfehlerhaft. Sie hat nämlich erwogen, ob die Zugangsverpflichtung im Interesse der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs angemessen ist und entsprechend der Vorgabe von § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG untersucht, ob mit der Zugangsverpflichtung Anreize zu effizienten Infrastrukturinvestitionen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, bewirkt werden. Ihre Einschätzung, dass eine solche Wirkung von der auferlegten Zugangsverpflichtung ausgehen könne, ist jedenfalls vertretbar. Dass eine steigende Nachfragemacht der NE 4-Betreiber diese Überlegung als untragbar erscheinen ließe, etwa weil deshalb die Bedeutung des Belangs des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TKG ein ihm nicht zukommendes, unverhältnismäßig großes Gewicht beigemessen worden wäre, vermag die Kammer nicht anzunehmen. 202

(3.) Die von der Beschlusskammer angestellte Abwägung ist auch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil sie hinsichtlich des Belangs des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TKG davon ausgegangen ist, dass Fragen gewerblicher Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum in denjenigen Einzelfällen, in denen sie sich wegen einer untrennbaren Verbindung zwischen Übertragungsleistung und Inhaltsleistung stellen, im Rahmen von Zugangsvereinbarungen bzw. Zugangsanordnungen gelöst werden könnten und der Zugangsregulierung als solcher nicht im Wege stehen. Diese Sichtweise ist nicht zu beanstanden. 203

Vgl. Urteil der Kammer vom 23. April 2008 - 21 K 2701/07 -, MMR 2008, 699 = Juris, Rn. 58, zur fehlenden Anordnung einzelner Modalitäten bei auferlegter Kollokation im Kabelverzweiger. 204

Die Klägerin hat zudem nicht vorgetragen, dass die in § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TKG bezeichneten Rechte regelmäßig oder zumindest in einer beträchtlichen Anzahl von Fällen einer Zugangsgewährung entgegenstehen. Angesichts der bisher auf freiwilligen Vereinbarungen beruhenden Signallieferung, bei der gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum offenbar kein durchgreifendes Hindernis für die Signallieferung durch 205

die Klägerin gewesen sind, stellt es keinen Abwägungsmangel dar, dass solche Rechte nicht schon bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung Berücksichtigung gefunden haben, sondern ihre Beachtung den nachfolgenden Zugangsvereinbarungen bzw. - anordnungen vorbehalten werden.

(4.) Schließlich kann auch in Ansehung des Belangs des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TKG nicht angenommen werden, dass die Beschlusskammer mit der Auferlegung der angegriffenen Zugangsverpflichtung ihr Regulierungsermessen fehlerhaft ausgeübt hätte. Es ist bereits ausgeführt worden, dass es von Rechts wegen nicht zu beanstanden ist, vom Regulierungsermessen im Sinne der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung auch dann Gebrauch zu machen, wenn das regulierte Unternehmen die betreffenden Leistungen bislang freiwillig am Markt anbietet. Dass die von der Beschlusskammer (S. 25 f. der Beschlussbegründung) angeführten Umstände nach ihrer Bedeutung und ihrem Gewicht bei Berücksichtigung der bisherigen freiwilligen Angebote der Klägerin und deren weitreichender Akzeptanz am Markt in jeder Hinsicht ungeeignet wären, die auferlegte Zugangsverpflichtung zu rechtfertigen, ist - auch unter Berücksichtigung des klägerischen Vorbringens - nicht ersichtlich. Ihr Vortrag kann vielmehr die Annahme stützen, dass ihre bisherige Bereitschaft, NE 4-Betreibern freiwillige Signallieferungs-Ange-bote zu Bedingungen zu unterbreiten, die diese in die Lage versetzen, auf den Endkundenmärkten mit konkurrenzfähigen Angeboten aufzutreten, künftig abnehmen wird. In diese Richtung weist nicht nur der Umstand, dass die Klägerin selbst zunehmend als Anbieter auf den Endkundenmärkten tätig wird und damit zunehmend in direkte Konkurrenz zu den NE 4-Betreibern tritt, sondern auch ihre nachdrückliche Befürwortung von Bestrebungen, die Netzebenen 3 und 4 zu „konsolidieren", d.h. die Trennung dieser Netzebenen aufzuheben. 206

b) Die in Ziffer I. 2. 2.1 2.1.3 des angegriffenen Beschlusses auferlegte Verpflichtung zur Ermöglichung der gemeinsamen Nutzung von Übergabepunkten und zur Zutrittsgewährung zu diesen Übergabepunkten ist rechtmäßig. 207

Rechtsgrundlage dieser Verpflichtung ist § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG. Dem steht das Vorbringen der Klägerin, dass für die Herstellung des Zugangs zu ihrem Breitbandkabelnetz eine Kollokation nicht erforderlich sei, nicht entgegen. Denn die Bundesnetzagentur hat nicht eine Kollokation, sondern eine Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung der Übergabepunkte und damit eine andere Form der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen i.S.v. § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG auferlegt. Dadurch, dass diese Verpflichtung nach dem Beschlusstenor „zum Zwecke des Zugangs gemäß Ziffern 2.1.1 und 2.1.2" auferlegt worden ist, kann entgegen dem Vorbringen der Klägerin auch nicht ernsthaft Unklarheit darüber bestehen, „was die 'gemeinsame' Nutzung eines 'Übergabepunktes' sein und welchem Anliegen sie dienen soll". Dass die gemeinsame Nutzung der Übergabepunkte - wie die Klägerin meint - technisch sinnlos und die Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung deshalb offensichtlich rechtswidrig sei, ist gleichfalls nicht ersichtlich. Soweit die Klägerin ferner moniert, dass die Beschlusskammer „auf falscher Tatsachengrundlage eine tatsächlich unmögliche Mehrfachnutzung von Übergabepunkten" angeordnet habe, ist das Vorbringen nicht nachvollziehbar, um daraus tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme einer Rechtswidrigkeit der Regelung der Ziffer 2.1.3 des Beschlusstenors herleiten zu können. Durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die Verpflichtung zur Gewährung des jederzeitigen Zutritts zu den Übergabepunkten ergeben sich schließlich auch nicht, soweit sich diese Verpflichtung auf Übergabepunkte beziehen könnte, die in Räumlichkeiten untergebracht sind, hinsichtlich derer die Klägerin keine Rechtsposition innehat, vermöge derer es ihr zusteht, auch über das Zutrittsrecht Dritter zu verfügen. Denn nach den Erklärungen der Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung, denen die Klägerseite nicht entgegen getreten ist, besteht 208

zwischen den Beteiligten Übereinstimmung dahin, dass Zutritt nur dort zu gewähren sei, wo dies auch tatsächlich und rechtlich möglich ist. In diesem Sinne sei auch die Pflicht zur Zutrittsgewährung in der hier streitigen Regulierungsverfügung zu verstehen. Angesichts dieses Verständnisses der Verpflichtung zur Zutrittsgewährung erweisen sich die genannten Bedenken als gegenstandslos. Darüber hinaus ist nichts dafür ersichtlich und von der Klägerin vorgetragen, was begründete Zweifel an der Rechtmäßigkeit der von der Bundesnetzagentur (S. 27 des Beschlusses) näher begründeten und abgewogenen Verpflichtung zur gemeinsamen Nutzung der Übergabepunkte und Zutrittsgewährung hervorruft.

c) Gegenüber den Regelungen in Ziffern I. 2. 2.1 2.1.4 und 2.1.5 der angegriffenen Regulierungsverfügung, die ihre Rechtsgrundlagen in §§ 19 Abs. 1, 24 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 TKG finden, sind auch unter Berücksichtigung des Vortrages der Klägerin durchgreifende Rechtmäßigkeitsbedenken nicht zu erheben. Es ist namentlich nicht ersichtlich, dass die Beschlusskammer von dem ihr insoweit zustehenden Regulierungsermessen in rechtlich zu beanstandender Weise Gebrauch gemacht hätte. 209

d) Die unter Ziffer I. 2. 2.2 des angegriffenen Beschlusses getroffene Regelung, dass die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der gemeinsamen Nutzung der Übergabepunkte gemäß Ziffern 2.1.1 bis 2.1.3 der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterliegen, ist zwar rechtswidrig; sie ist aber gleichwohl nicht aufzuheben, weil sie nach § 47 VwVfG in eine rechtmäßige Regelung umgedeutet werden kann. 210

aa) Die Entscheidung, dass Entgelte für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterliegen, kann ihre Rechtsgrundlage in der von der Bundesnetzagentur herangezogenen Bestimmung des § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG finden. Die nachträgliche Entgeltregulierung nach dieser Vorschrift bedarf als solche jedoch einer regulatorischen Auferlegung, die die Ausübung von Regulierungsermessen voraussetzt. 211

Die Notwendigkeit der Ausübung des Regulierungsermessens folgt jedenfalls aus einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG. Die in § 30 TKG vorgesehene Entgeltregulierung setzt Art. 13 ZRL um, der seinerseits mit Art. 8 ZRL in Zusammenhang steht. Art. 8 Abs. 1 und 2 ZRL betrifft die Auferlegung bestimmter, in den Art. 9 bis 13 ZRL näher bezeichneter Verpflichtungen durch die nationale Regulierungsbehörde, die dabei nach Art. 8 Abs. 4 ZRL den Verhältnismäßigkeitsgrund-satz beachten muss. Hieraus hat das Bundesverwaltungsgericht, 212

Urteil vom 02. April 2008 - 6 C 15.07 -, a.a.O., Rn. 63, 213

gefolgert, dass § 30 Abs. 1 TKG gemeinschaftsrechtskonform dahin auszulegen sei, dass die Bundesnetzagentur in allen Fällen im Anwendungsbereich dieser Vorschrift über das Ob und das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden habe. Dass im Hinblick auf § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG Abweichendes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn man noch Raum für die Annahme sähe, dass die genannten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben es nicht schlechterdings ausschließen, den der nationalen Regulierungsbehörde zustehenden Ermessensspielraum in Bezug auf die Angemessenheit der aufzuerlegenden Zugangsentgelt-Regulierungsverpflichtungen durch einzelne Soll-Vorschriften bzw. einen Ausschluss einzelner Entscheidungsvarianten in bestimmten Fallkonstellationen vorzustrukturieren, 214

so: Kammer, Urteil vom 05. September 2007 - 21 K 4193/06 -, nrwe.de, Rn. 127 ff., 215

216

änderte dies nichts an der Einschätzung, dass die hier streitige, auf § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG gestützte Entgeltregulierung bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung einer die Ausübung von Regulierungsermessen erfordernden Auferlegungsentscheidung bedarf.

bb) Nach der für die gerichtliche Überprüfung maßgebenden Begründung des angegriffenen Beschlusses (S. 30 f.) kann nicht festgestellt werden, dass die Bundesnetzagentur ihr Ermessen im Sinne einer solchen Auferlegungsentscheidung ausgeübt hat. Zwar lassen sich ihren Ausführungen Ermessenserwägungen insoweit entnehmen, als sie, ausgehend von der Annahme, dass § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG ihr einen „Entscheidungsspielraum" eröffnet, ausführlich die Gesichtspunkte erörtert und gegeneinander abwägt, aufgrund derer sie eine Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht für nicht angemessen hält. Diese Erwägungen verdeutlichen aber nicht, dass sie sich des Umstandes bewusst gewesen ist, dass ihr Regulierungsermessen nicht auf die Beurteilung der Frage der Unangemessenheit einer Ex-ante-Genehmigungspflicht beschränkt ist, sondern sich auch auf das Ob und Wie einer Entgeltregulierung in einem solchen Falle erstreckt. Denn in der Beschlussbegründung ist weder ausdrücklich ausgeführt, dass die Bundesnetzagentur eine solche Reichweite ihres Ermessens angenommen hat, noch erschließt sich mit der nötigen Verlässlichkeit eine solche Annahme aus dem Zusammenhang der insoweit angestellten Erwägungen. Dafür, dass die Bundesnetzagentur nicht davon ausgegangen ist, dass ihr Regulierungsermessen im Falle des § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG auch das Ob und Wie einer Entgeltregulierung umfasst, spricht schließlich auch der Wortlaut dieser Vorschrift („... unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 38"), der es eher fernliegend erscheinen lässt, eine derartige Reichweite des Ermessens an- zunehmen. 217

cc) Die ohne die erforderliche Ermessensausübung hinsichtlich des Ob und Wie der Entgeltregulierung getroffene Entscheidung der Bundesnetzagentur, dass die Entgelte für die Zugangsgewährung und gemeinsame Nutzung der Übergabepunkte der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterliegen, ist nach § 47 VwVfG in eine rechtmäßige Regelung dieses Inhalts umzudeuten. 218

Den Verwaltungsgerichten steht die Befugnis zu, fehlerhafte Verwaltungsakte nach Maßgabe des § 47 VwVfG umzudeuten. Die Umdeutung ist nach § 47 Abs. 1 VwVfG nur zulässig, wenn der "andere" Verwaltungsakt, dessen formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen müssen, auf das gleiche Ziel gerichtet ist wie der fehlerhafte Verwaltungsakt. Der angestrebte Erfolg und die Wirkungen müssen im Wesentlichen gleichartig, wenn auch nicht identisch sein, d.h. die Ziele und Wirkungen des umgedeuteten Verwaltungsakts dürfen nicht weiter reichen als diejenigen des ursprünglichen Verwaltungsakts. Der umgedeutete Verwaltungsakt darf gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwVfG der erkennbaren Absicht der Behörde nicht widersprechen und in seinen Rechtsfolgen für den Betroffenen nicht ungünstiger sein als der fehlerhafte Verwaltungsakt. Schließlich verlangt der Rechtsgedanke des § 47 Abs. 3 VwVfG, der die Umdeutung einer gesetzlich gebundenen Entscheidung in eine Ermessensentscheidung ausschließt, dass die Behörde schon bei der ursprünglichen Entscheidung alle auch für den neuen Verwaltungsakt etwa maßgeblichen Ermessensgesichtspunkte umfassend berücksichtigt hat. 219

BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, a.a.O., Rn. 61. 220

Diese Voraussetzungen sind sämtlich gegeben. 221

(1.) § 47 Abs. 3 VwVfG steht einer Umdeutung nicht entgegen. Die Regelung in Ziffer I. 2. 2.2 des angegriffenen Beschlusses ist nicht als gebundene Entscheidung ergangen. Der auf § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG gestützte Ausspruch, dass die Zugangsentgelte der nachträglichen 222

Regulierung nach § 38 TKG unterliegen, beruht auf der Ausübung von Regulierungsermessen. Dies verdeutlichen die Erwägungen, die die Bundesnetzagentur zu den Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG angestellt hat und die im Lichte der Zweckbestimmung dieser Norm zu verstehen sind. Der vom Gesetzgeber mit dieser Regelung verfolgte Zweck wird in den ihr zugrunde liegenden Gesetzesmaterialien,

vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, BT-DrS 16/2581, S. 41, 223

dahin beschrieben, dass mit der Neufassung des § 30 Abs. 3 TKG, dem u.a. der Satz 2 neu angefügt worden ist, der Handlungsspielraum der Bundesnetzagentur „weitergehend flexibilisiert" werde. Der Begründungszusammenhang verdeutlicht, dass mit diesem Handlungsspielraum das von Art. 8 Abs. 1, 2 und 4, Art. 13 Abs. 1 ZRL vorausgesetzte Regulierungsermessen gemeint ist. Diesen Handlungsspielraum hat der Gesetzgeber durch die Verwendung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe in § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG geschaffen. Dies wird insbesondere an dem Kriterium, „ausnahmsweise zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 [TKG] für nicht angemessen hält" deutlich. Diese Formulierung bedient sich mehrerer Begriffe, die wegen ihrer Unschärfe ausfüllungsbedürftig sind bzw. Einschätzungsspielräume eröffnen („ausnahmsweise", „nicht angemessen" sowie das Verb „halten für"). Die Wahrnehmung dieser Entscheidungsspielräume entspricht in Anbetracht des genannten gemeinschaftsrechtlichen Hintergrundes der Bestimmung des § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG in materiell-rechtlicher Hinsicht der Ausübung von Regulierungsermessen. Dies wird zudem durch die Aufführung des für die Ausübung des Regulierungsermessens zentralen Kriteriums der Erreichung der Re- gulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG verdeutlicht, und mit dem Merkmal der (Nicht-) Angemessenheit wird darüber hinaus ein Gesichtspunkt aufgegriffen, der für die Ausübung dieses Ermessens ebenfalls von erheblicher Bedeutung ist. 224

(2.) Die in eine Auferlegungsentscheidung umgedeutete nachträgliche Entgeltregulierung nach § 38 TKG ist auf das gleiche Ziel gerichtet und in ihrem Erfolg und ihren Wirkungen gleichartig wie die gleichlautende Regelung in Ziffer I. 2. 2.2 des angegriffenen Beschlusses. Der umgedeutete Verwaltungsakt verfälscht nicht die erkennbare Absicht der Behörde zu erreichen, dass die Klägerin sämtlichen sich aus § 38 TKG ergebenden Verpflichtungen (und nicht nur den nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG) unterliegt. Auch wird die Klägerin durch die Umdeutung nicht stärker belastet als durch den fehlerhaften Verwaltungsakt. 225

(3.) Die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Auferlegung einer nachträglichen Regulierung der Zugangsentgelte nach § 38 TKG liegen vor. Dass es an den formell-rechtlichen Voraussetzungen des umgedeuteten Verwaltungsakts fehlt, ist nicht erkennbar. Auch die materiellen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des umgedeuteten Verwaltungsaktes liegen vor. Insbesondere hat die Bundesnetzagentur beim Erlass des fehlerhaften Verwaltungsaktes das Ermessen in einer Weise gebraucht, die den Anforderungen an eine ermessensgerechte Auferlegungsentscheidung zugunsten einer nachträglichen Entgeltregulierung genügt. 226

(a.) Aus der Begründung des angegriffenen Beschlusses (S. 30 f.) ergibt sich, dass die Bundesnetzagentur alle für eine Auferlegungsentscheidung bedeutsamen Gesichtspunkte berücksichtigt hat. Bei ihrer Entscheidung hat sie sich an den in § 2 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 TKG aufgeführten Regulierungszielen ausgerichtet und untersucht, ob eine Kostenkontrolle mittels einer Vorabgenehmigungspflicht unangemessen und eine nachträgliche Entgeltregulierung ausreichend ist. Durchgreifende Bedenken gegen diesen Ausgangspunkt sind im Hinblick auf 227

den umgedeuteten Verwaltungsakt nicht zu erheben. Im Rahmen dieser Prüfung hat die Bundesnetzagentur im Wesentlichen die folgenden Gesichtspunkte berücksichtigt: die relative Größe des zu regulierenden Signallieferungsmarktes, die Wachstumsperspektiven dieses Marktes, das Verhältnis des mit der Erstellung von Kostenunterlagen nach § 33 TKG für das betroffene Unternehmen verbundenen Aufwandes zu dem damit insgesamt erzielbaren Ertrag, die sachliche Nähe des zu regulierenden Marktes zum Markt für die Signalbelieferung von NE 4-Clustern mit mehr als 500 Wohneinheiten, den Umstand, dass insbesondere von größeren Betreibern die Verhandlungen über Leistungen für beide Signallieferungsmärkte miteinander verknüpft werden sowie die Nichtüberschreitung der Schwelle der Kostenüberdeckung durch die aktuellen Tarife. Es ist nicht erkennbar, dass die Bundesnetzagentur mit der Berücksichtigung dieser Umstände ihren Erwägungen etwas zugrundegelegt hat, was bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Entgeltregulierung hätte außer Betracht bleiben müssen, noch ist ersichtlich, dass das für die Ausübung des Regulierungsermessens maßgebende Abwägungsmaterial unvollständig ist. Gleiches gilt für den im weiteren (allerdings unter dem rechtlichen Aspekt des Vorliegens der Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG) berücksichtigten Aspekt der Notwendigkeit sicherzustellen, dass missbräuchlichen Entgelten rechtzeitig entgegengetreten werden kann, um Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern zu verhindern. In diesem Zusammenhang hat die Bundesnetzagentur erwogen, ob Verstöße gegen § 28 TKG fernliegend erscheinen, dies aber unter Hinweis auf die vertikale Integration der Klägerin und die unterschiedlich starke Marktposition der externen Nachfrager verneint. Insgesamt haben damit nach Auffassung der Kammer sämtliche für die Entscheidung über die Auferlegung einer Entgeltregulierungsmaßnahme auf dem in Rede stehenden Markt wesentlichen Aspekte Berücksichtigung gefunden.

(b.) Die Bedeutung, die die Bundesnetzagentur den aufgeführten Belangen beigemessen hat, erweist sich als sachgerecht und bietet eine taugliche Grundlage des umgedeuteten Verwaltungsaktes. Sie hat den zu regulierenden Markt als relativ klein angesehen und ihm nur unwesentliche Wachstumsperspektiven beigemessen. Gegen diese Einschätzung ist ebensowenig zu erinnern wie gegen die Annahme eines Missverhältnisses zwischen dem bei einer Vorabgenehmigungspflicht entstehenden Aufwand für die Erstellung von Kostenunterlagen und dem insgesamt damit erzielbaren „Ertrag". Gleiches gilt für die Einschätzung, dass wegen der Nähe des zu regulierenden Marktes zum Signallieferungsmarkt für NE 4-Cluster ?500 Wohneinheiten eine gewisse begrenzende Wirkung auf die Preise dadurch hervorgerufen werde, dass größere Nachfrager die Verhandlungen auf beiden Märkten miteinander verknüpfen und § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG zudem bewirke, dass die Verhandlungsergebnisse auf die Nachfragen kleinerer NE 4-Betreiber zu übertragen seien, soweit keine sachliche Rechtfertigung für Ungleichbehandlungen besteht. In seiner Bedeutung ist auch nicht der Belang verkannt worden zu gewährleisten, dass rechtzeitig missbräuchlichen Entgelten entgegengewirkt werden kann. Dabei hat die Bundesnetzagentur zutreffend erkannt, dass die Bedeutung dieses Belangs umso geringer ist, je ferner liegend aufgrund der konkreten Marktgegebenheiten eine Anwendung des § 28 TKG ist. Wenn die Bundesnetzagentur sodann diesem Belang gleichwohl ein beträchtliches Gewicht beigemessen hat, weil sie aufgrund der vertikalen Integration der Klägerin und der verschieden starken Marktpositionen der externen Nachfrager die Gefahr von Verstößen gegen § 28 TKG angenommen hat, kann hierin eine Fehlgewichtung dieses Belangs nicht erkannt werden. 228

(c.) Die auf der Grundlage dieser Belange vorgenommene Abwägung leidet nicht an Fehlern dergestalt, dass der Ausgleich zwischen den aufgeführten Belangen in einer Weise vorgenommen worden wäre, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer 229

Verhältnis steht. Das Ergebnis dieser Abwägung trägt die Entscheidung zugunsten der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG.

Es kann nicht festgestellt werden, dass denjenigen Belangen, die zugunsten der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung sprechen, ein unangemessen hohes Gewicht beigelegt worden ist. Insbesondere ist eine die Grenzen des Regulierungsermessens überschreitende Überbewertung der den Ausgangspunkt des Abwägungsvorgangs bildenden Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 TKG nicht festzustellen. Gleiches gilt für die von der Bundesnetzagentur erkannte Gefahr der Erhebung missbräuchlicher Entgelte und das Bestreben, solchen Entwicklungen rechtzeitig entgegenzuwirken. Die Bundesnetzagentur hat namentlich solche Umstände erwogen, die diese Gefahr relativieren oder als geringfügig erscheinen lassen können. Dass sie dabei etwa die (als relativ gering erachtete) Größe des betroffenen Marktes und die (als unwesentlich angesehenen) Wachstumsperspektiven dieses Marktes sowie die Umstände, aufgrund derer die Marktmacht der Klägerin begrenzt wird, mit nur einem unverhältnismäßig geringen Gewicht zugunsten der Klägerin berücksichtigt hätte, lässt sich nicht feststellen. Die Bundesnetzagentur hat vielmehr nachvollziehbar und vertretbar dargelegt, dass diese gegen die Auferlegung einer Entgeltregulierung sprechenden Umstände durch den gegengewichtigen Belang, rechtzeitig der (für gegeben erachteten) Gefahr missbräuchlicher Entgelte begegnen zu können, um Wettbewerbsschäden zu verhindern, aufgewogen werden. 230

Das gefundene Abwägungsergebnis trägt die Entscheidung zugunsten der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung nach § 38 TKG. Die Einschätzung der Bundesnetzagentur schließt es aus anzunehmen, dass sie unter den gegebenen Umständen von der Auferlegung einer Entgeltregulierung vollständig abgesehen hätte. Die von ihr angestellten Überlegungen zeigen ferner, dass sie eine nachträgliche Entgeltregulierung (lediglich) nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG nicht für angemessen gehalten hat. Hierzu hat sie sich in den Beschlussgründen (S. 31) ausführlich verhalten und - wenn auch eingekleidet in die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG vorliegen - begründet, dass sie ein Absehen von der Anzeigeverpflichtung des § 38 Abs. 1 TKG für nicht angemessen hält. Dabei bedarf es keiner Beurteilung, ob die Annahme der Bundesnetzagentur, dass die Anzeigepflicht im Zugangsbereich den Regelfall darstelle und deshalb nicht die Auferlegung einer Anzeigepflicht, sondern das Absehen von ihr zu begründen sei, zutreffend ist oder nicht. Denn die Bundesnetzagentur hat unabhängig von dieser Annahme im vorliegenden Fall selbständig tragend abgewogen und unter Hervorhebung des Erfordernisses, frühzeitig Informationen über beabsichtigte Entgelte zu erlangen, um Missbräuchen rechtzeitig entgegenwirken zu können, dargelegt, dass überwiegende Gründe für die Auferlegung einer Anzeigepflicht sprechen. Bei einer Gesamtwürdigung der Ausführungen der Bundesnetzagentur kann es keinem ernsthaften Zweifel unterliegen, dass sie eine selbständige Auferlegungsentscheidung im Sinne des umgedeuteten Verwaltungsaktes getroffen hätte, wenn sie sich der Notwendigkeit einer solchen Entscheidung bewusst gewesen wäre. 231

(d.) Die hier vorgenommene Umdeutung ist schließlich auch unter den Gesichtspunkten der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Abhilfemaßnahme unbedenklich. 232

Zur Geeignetheit der nachträglichen Entgeltregulierung hat die Bundesnetzagentur maßgebend auf den bereits angesprochenen Aspekt abgehoben, rechtzeitig der bestehenden Gefahr missbräuchlicher Entgeltmaßnahmen entgegentreten und so Wettbewerbsschäden verhindern zu können. Dass die eine Anzeigepflicht beinhaltende nachträgliche Entgeltregulierung zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist, bedarf keiner näheren 233

Begründung.

Vgl. dazu auch BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2008 - 6 C 38.07 -, a.a.O., Rn. 63. 234

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung nach Maßgabe des § 38 TKG kann es auf sich beruhen, ob diese mit dem von der Bundesnetzagentur hervorgehobenen Gesichtspunkt des Erreichens der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG ausreichend begründbar ist oder auf die Kriterien des Art. 13 Abs. 1 ZRL abzuheben ist. Denn in beiden Fällen erweist sich die Abhilfemaßnahme als erforderlich. Hinsichtlich der von der Bundesnetzagentur u.a. angeführten Regulierungsziele der Nrn. 1 und 2 des § 2 Abs. 2 TKG folgt dies aus der nicht zu beanstandenden Erwägung, dass ohne die Möglichkeit, Signallieferungsentgelte vor ihrem Inkrafttreten auf ihre Gesetzeskonformität hin zu untersuchen, der Eintritt von Wettbewerbsschäden und Rückabwicklungsprobleme von Nachfragern nicht verhindert werden könne. Beurteilt man die Erforderlichkeit einer Entgeltregulierung gemäß Art. 13 Abs. 1 ZRL danach, ob eine Marktanalyse darauf hinweist, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, so ergibt sich ebenfalls die Erforderlichkeit der nachträglichen Entgeltregulierung. Denn nach dem aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Ergebnis der Marktanalyse verfügt die Klägerin als Quasi-Monopo-listin auf dem hier in Rede stehenden Markt über beträchtliche Marktmacht, die trotz der von der Bundesnetzagentur anerkannten „gewisse[n] begrenzende[n] Wirkung" (S. 30 des Beschlusses) nach ihrer Auffassung nicht die Gefahr von Verstößen gegen § 28 entfallen lässt. Zur Begründung dieser Einschätzung hat die Bundesnetzagentur insbesondere den Umstand der vertikalen Integration der Klägerin angeführt, der die Gefahr eines solchen Verhaltens nicht unplausibel erscheinen lässt. Auf diesem Hintergrund sind die Erwägungen der Bundesnetzagentur auch geeignet, die Erforderlichkeit der Auferlegung einer nachträglichen Entgeltregulierung anhand des Maßstabs des Art 13. Abs. 1 ZRL zu rechtfertigen. 235

Unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit tragen die Erwägungen der Bundesnetzagentur den umgedeuteten Verwaltungsakt ebenfalls. Zwar hat sie nicht ausdrücklich die Belastungen angesprochen, die für die Klägerin mit den aus § 38 TKG folgenden Verpflichtungen verbunden sind; sie hat jedoch - im Zusammenhang mit der Erörterung der Angemessenheit einer Vorabgenehmigungspflicht - ausgeführt, dass der Aufwand, der für die Klägerin mit der Erstellung von Kostenunterlagen verbunden ist, unverhältnismäßig hoch sei. Dies macht deutlich, dass die Bundesnetzagentur die Belastungen, die der Klägerin bei der Auferlegung einer Abhilfemaßnahme erwachsen, in den Blick genommen und - vorliegend im Sinne eines Absehens von einer Ex-ante-Entgelt-genehmigungspflicht - berücksichtigt hat. Wenn die Bundesnetzagentur sodann in ihrer weiteren Abwägung das Anliegen, Entgelte rechtzeitig vor ihrem Inkrafttreten auf ihre Gesetzeskonformität hin untersuchen zu können, im Interesse der Verhinderung von Wettbewerbsschäden besonders betont, legt dies die Annahme nahe, dass sie dieses Interesse höher bewertet hat als die durch eine nachträgliche Entgeltregulierung betroffenen Interessen der Klägerin. Tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme, dass deren Interesse nicht angemessen Berücksichtigung gefunden hätten und sich die Auferlegung der nachträglichen Entgeltregulierung als unangemessen erwiese, liegen unter den gegebenen Umständen nicht vor. 236

e) Die unter Ziffer II. des angegriffenen Beschlusses auferlegte Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots ist rechtmäßig. Diese Maßnahme findet ihre Rechtsgrundlage in § 23 Abs. 1 Satz 1 TKG, dessen Voraussetzungen vorliegen. Die Bundesnetzagentur hat das 237

ihr eröffnete Ermessen, wie sich aus der diesbezüglichen Begründung des Beschlusses ergibt (S. 32 f.), entsprechend dem Zweck der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 TKG frei von Rechtsfehlern ausgeübt. Der von der Klägerin erhobene Einwand, dass die Verpflichtung zur Abgabe eines Standardangebots sich wettbewerbsschädlich auswirken könne, vermag einen rechtserheblichen Mangel der Ermessensausübung, zumal in Anbetracht der von der Beschlusskammer in Bezug genommenen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, nicht aufzuzeigen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. 238

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. §§ 709. 708 Nr. 11, 711 ZPO. 239

Die Revision war nicht zuzulassen, weil Zulassungsgründe nach § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen, § 135 VwGO i. V. m. § 137 Abs. 3 Satz 1 TKG 2004. 240

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE