

**Entscheidung der
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**

**zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen
(BK1-12/003 vom 27.08.2015 und BK1-14/001 vom 09.07.2015)
auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen**

-öffentliche Fassung-

Mit Schreiben vom 19.12.2017 beantragen die Unternehmen EWE Tel GmbH (EWE) und die Telekom Deutschland GmbH (TDG) festzustellen, dass das von der EWE und der TDG geplante Gemeinschaftsunternehmen nicht den Pflichten nach Maßgabe von Ziff. 1.1 bis 1.8 sowie Ziff. 2 der Regulierungsverfügungen BK 3g 09/0845 vom 21.03.2011 in der Fassung der Regulierungsverfügungen BK 3d-12/131 vom 30.08.2013 und BK 3g-15/004 vom 01.09.2016 unterliegt und nicht den Pflichten nach Maßgabe von Ziffer 1.1 bis 1.8 sowie Ziff. 2 und 3 der Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010 in der Fassung der Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 vom 28.10.2015 unterliegt.

Mit Schreiben vom 21.12.2017 hat die Beschlusskammer 3 die Beschlusskammer 1 im Anschluss an den Eingang des Feststellungsantrags um Auskunft ersucht und um die Klärung der folgenden Fragen gebeten:

Ist das zu gründende Unternehmen ein mit der Telekom Deutschland GmbH i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG verbundenes Unternehmen?

Soweit dies der Fall ist: Erstreckt sich die Feststellung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in der Festlegung BK 1-14/001 auch auf mit ihm verbundene Unternehmen i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG?

Hiermit erklärt die Beschlusskammer 1 Folgendes:

1. Das zu gründende Unternehmen ist ein mit der TDG i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG verbundenes Unternehmen.
2. Die Feststellung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in der Festlegung BK 1-14/001 erstreckt sich auch auf mit ihm verbundene Unternehmen i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG.
3. Das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen ist jedoch weder in der Marktanalyse zu Markt Nr. 3a (BK1-12/003) noch zu Markt Nr. 3b (BK 1-14/001) genannt, noch war es Gegenstand dieser Analysen und ist damit nicht von den beiden derzeit geltenden Marktanalysen umfasst.

I. Sachverhalt

Gemäß dem Feststellungsantrag vom 19.12.2017 (Feststellungsantrag) **[BuG]**. Das JV soll paritätisch ausgelegt sein, **[BuG]** Die Gründung der Gesellschaft steht unter dem Vorbehalt, dass **[BuG]** und die Bundesnetzagentur feststellt, dass das Unternehmen nicht unter die Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und BK 3h-14/114 vom 28.10.2015 fällt. Dem Feststellungsantrag liegen die beiden oben aufgeführten Fragen betreffend die Marktanalysen BK 1-14/001 und BK 1 12/003 zugrunde.

Notifizierung nach §12 Abs. 2 TKG

Ein Notifizierungsverfahren nach § 12 Abs. 2 TKG ist nicht erforderlich. Ursprünglich beabsichtigte die Beschlusskammer 1 sowohl Konsultations- als auch Konsolidierungsverfahren

nach § 12 Abs. 1 und 2 TKG durchzuführen. Deshalb wurde auf Basis des § 12 Abs. 1 TKG auch die nationale Konsultation vollzogen und das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt, wie nachfolgend dargelegt, eingeholt. Eine erneute Überprüfung der Sach- und Rechtslage unter Rücksprache mit der Europäischen Kommission hat ergeben, dass die Durchführung eines Notifizierungsverfahrens nach § 12 Abs. 2 TKG nicht erforderlich ist.

Im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens wird lediglich geprüft, ob das geplante Gemeinschaftsunternehmen den Feststellungen BK1-12/003 vom 27.08.2015 und BK1-14/001 vom 09.07.2015 unterliegt. Dabei geht es ausschließlich um die Erstreckung der genannten früheren Entscheidungen auf das Gemeinschaftsunternehmen.

Zu beachten ist, dass die Entscheidung grundsätzlich nicht die in den Marktanalysen BK1-12/003 vom 27.08.2015 und BK1-14/001 vom 09.07.2015 festgestellte marktmächtige Stellung der Telekom Deutschland GmbH berührt, sondern vielmehr eine Auslegung der aktuellen Rechtslage darstellt. Auf Basis des Vorgenannten wird sodann die Feststellung getroffen, ob die in den o.g. Regulierungsverfügungen auferlegten Pflichten für das beabsichtigte Gemeinschaftsunternehmen gelten. Es werden keine neuen Regulierungsmaßnahmen auferlegt, noch abgeändert oder zurückgezogen, sodass insgesamt von weiteren Schritten nach § 12 Abs. 2 TKG abgesehen werden kann.

Nationale Konsultation

Zum Zweck der Durchführung einer nationalen Konsultation im Sinne des § 12 Abs. 1 TKG hat die Bundesnetzagentur am 16.05.2018 einen Entwurf zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen (BK1-12/003 vom 27.08.2015 und BK1-14/001 vom 09.07.2015) auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Damit wurde interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 04.06.2018 gegeben. Insgesamt sind fünf Stellungnahmen eingegangen.

Gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 TKG sind sodann die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens am 13.06.2018 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Bei beiden Veröffentlichungen sind Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse nach § 12 Abs. 1 S. 3 TKG geschwärzt worden.

Im Anhang werden die Stellungnahmen der interessierten Parteien zu dieser Konsultation wiedergegeben.

Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Abs. 1 TKG

Mit Schreiben vom 18.06.2018 wurde das Bundeskartellamt um die Herstellung des Einvernehmens nach § 123 Abs. 1 TKG gebeten. Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat das Einvernehmen zu der Entscheidung über die Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen (BK1-12/003 vom 27.08.2015 und BK1-14/001 vom 09.07.2015) auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen mit Schreiben vom 21.07.2018 erteilt.

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen des Einvernehmens Folgendes ausgeführt:

„(...) haben Sie vielen Dank für die Übersendung des o.g. Entwurfs der Präsidentenkammer. Gegenstand des Entwurfs ist die Auslegung der beiden Festlegungen BK1-12/003 vom 27.08.2015 betreffend den Markt 3a (Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang) sowie BK1-14/001 vom 09.07.2015 betreffend den Markt 3b (Markt für Massenmarktprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugang).

Der Entwurf kommt im Ausgangspunkt zu dem klaren Ergebnis, dass es sich bei dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen um ein im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG mit der TDG verbundenes Unternehmen handeln würde. Er stellt weiter klar, dass sich die Feststellung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in der Festlegung BK1-14/001 grundsätzlich auch auf die mit ihm im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen erstreckt.

Bei der Auslegung der beiden o.g. Festlegungen kommt der Entwurf in dem hier konkret zu beurteilenden Einzelfall zu dem Ergebnis, dass das geplante Gemeinschaftsunternehmen materiell zwar als im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG mit der TDG verbunden anzusehen sein würde, aber aus formalen Gründen ausnahmsweise nicht von den Festlegungen umfasst sei, da es im Zeitpunkt der Festlegungen noch gar nicht gegründet gewesen sei. Es sei in den beiden Festlegungen weder genannt noch Gegenstand der Marktanalyse gewesen. Begründet wird dieses Ergebnis mit dem in der verwaltungsverfahrensrechtlichen Praxis anzuwendenden Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. § 37 VwVfG). Darüber hinaus würde das weitere an dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen beteiligte dritte Unternehmen (im vorliegenden Fall: EWE) seiner Verfahrensrechte beraubt, da es in dem Marktanalyseverfahren keine Möglichkeit gehabt hätte, zu der Frage der beträchtlichen Marktmacht des zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht existenten Gemeinschaftsunternehmens Stellung zu nehmen.

Die Beschlussabteilung sieht in dem Entwurf einen großen Gleichlauf bei der Auslegung von § 3 Nr. 29 TKG durch die Präsidentenkammer und der Auslegung insbesondere von § 36 Abs. 2 GWB durch das Bundeskartellamt. Beide Vorschriften sind insoweit miteinander verknüpft, als § 3 Nr. 29 TKG neben den Zusammenschlusstatbeständen des § 37 Abs. 1 und 2 GWB als weiterer Zurechnungsnorm unmittelbar auf die so genannte Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB Bezug nimmt.

Die Beschlussabteilung stimmt dem überzeugend dargelegten Ergebnis zu, dass es sich bei dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen um im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG mit der TDG verbundene Unternehmen handeln würde. Eine unmittelbare Anwendung von § 36 Abs. 2 GWB durch die Kartellbehörden würde hier zu einem gleichen Ergebnis gelangen.

Überzeugend ist auch die Klarstellung, dass sich die Feststellung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auch auf die mit ihm im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen erstreckt. Auch insoweit besteht ein Gleichlauf insbesondere mit der unmittelbaren Anwendung von § 36 Abs. 2 GWB durch die Kartellbehörden.

Das den vorliegenden Fall betreffende konkrete Ergebnis ist unter Zugrundelegung der Sichtweise der BNetzA folgerichtig. Ob es sich dabei mit Blick auf die Besonderheiten des TKG um eine rechtlich zwingende Auslegung handelt, vermag die Beschlussabteilung für den

Anwendungsbereich des stark auch durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben geprägten TKG nicht zu beurteilen.

Bei der unmittelbaren Anwendung insb. des § 36 Abs. 2 GWB im Anwendungsbereich des GWB würde das Bundeskartellamt die Frage der Bindung an eine kartellbehördliche Verfügung aus einem anderen Blickwinkel beurteilen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes kann ein Adressat einer kartellbehördlichen Verfügung dafür verantwortlich gemacht werden, dass ein von ihm erst nach Erlass der Verfügung neu gegründetes, mit ihm aber gemäß § 36 Abs. 2 GWB verbunden bleibendes Gemeinschaftsunternehmen gegen die Verfügung verstößt. Denn Verfügungsadressat und das mit ihm verbundene Gemeinschaftsunternehmen gelten gemäß § 36 Abs. 2 GWB als ein einheitliches Unternehmen. Der Verfügungsadressat muss sich das Handeln des mit ihm verbundenen Gemeinschaftsunternehmens voll zurechnen lassen. Umgekehrt ist das verbundene Gemeinschaftsunternehmen — auch ohne explizit als Verfügungsadressat genannt zu sein — zumindest mittelbar an die kartellbehördliche Verfügung gebunden.

Verfahrensrechte eines weiteren an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Dritten werden aus Sicht des Bundeskartellamtes durch diese Zurechnung nicht verletzt, da sich der Dritte sehenden Auges an dem mit dem Verfügungsadressaten verbundenen Gemeinschaftsunternehmen beteiligen würde.

Abgesehen von dem vorliegenden Fall, in dem die von dem Entwurf der Präsidentenkammer gewählte Auslegung möglich erscheint, wäre es wünschenswert, wenn die Bundesnetzagentur zur Vermeidung der im vorliegenden Fall entstandenen Zweifel in künftigen Marktanalysen ausdrücklich klarstellt, dass sich die Festlegung auch dann auf Gemeinschaftsunternehmen, die mit dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG verbunden sind, erstreckt, wenn es sich um nach der Festlegung neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen handelt.

Vor diesem Hintergrund erklärt die Beschlussabteilung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 TKG ihr Einvernehmen mit dem o.g. Entwurf der Präsidentenkammer betreffend die Auslegung der beiden Festlegungen BK1-12/003 vom 27.08.2015 sowie BK1-14/001 vom 09.07.2015. (...)“

II. Begründung

Zu 1): Das zu gründende Unternehmen ist ein mit der TDG i. S. d. § 3 Nr. 29 TKG verbundenes Unternehmen.

Gemäß § 3 Nr. 29 TKG ist oder sind im Sinne des TKG „Unternehmen“ das Unternehmen selbst oder mit ihm im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verbundene Unternehmen.

Eine Auslegung nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt, dass das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen ein mit der TDG nach § 3 Nr. 29 TKG verbundenes Unternehmen ist.

1. Wortlaut § 3 Nr. 29 TKG

Nach dem Wortlaut des § 3 Nr. 29 TKG ist das Gemeinschaftsunternehmen ein mit der TDG verbundenes Unternehmen.

§ 3 Nr. 29 TKG verweist auf §§ 36 Abs. 2 und 37 Abs. 1 und 2 GWB. Die Vorschriften des GWB beziehen sich auf die Fusionskontrolle, in deren Rahmen ein sehr weiter Begriff von Unternehmenszusammenschlüssen Anwendung findet. Nach dem Wortlaut reicht auch eine Verbindung aus, die nach aktienrechtlichen Bestimmungen noch keinen Verbund begründen würde. So liegt u. a. auch dann ein einheitliches Unternehmen vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen 25 Prozent des Kapitals oder der Stimmrechte eines anderen Unternehmens hält (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB). § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfasst sogar Zusammenschlüsse, in denen der Anteilserwerb unter 25 Prozent liegt, wenn hierdurch ein wettbewerblich erheblicher Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausgeübt werden kann.

Wie dargelegt soll das Gemeinschaftsunternehmen paritätisch ausgelegt sein, **[BuG]**

[BuG] Danach wäre dem Wortlaut nach - sowohl nach **[BuG]** - das Kriterium des § 3 Nr. 29 TKG erfüllt.

Dass die Voraussetzungen dem Wortlaut nach erfüllt sind, erkennen auch TDG und die EWE in ihrem Antrag an (vgl. S. 21 des Feststellungsantrags).

2. Teleologische Reduktion des § 3 Nr. 29 TKG

Auch die Auslegung nach Sinn und Zweck des § 3 Nr. 29 TKG ergibt, dass das durch die EWE und TDG zu gründende JV ein mit der TDG verbundenes Unternehmen ist.

Laut Vortrag der Parteien ist § 3 Nr. 29 TKG teleologisch zu reduzieren, und zwar verfassungskonform und in Einklang mit dem Unionsrecht. Sinn und Zweck des § 3 Nr. 29 TKG sei es, zu verhindern, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich der Regulierung durch gesellschaftliche Umstrukturierungen und Verlagerungen von Tätigkeiten auf verbundene, selbstständige Unternehmen entziehen. Von einer solchen Umgehung könne bei einem paritätisch ausgestalteten Unternehmen nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

Verfassungsrechtlich sei deshalb eine einschränkende Auslegung dahingehend geboten, dass nur juristische Personen, über die ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch „Leitungsmacht“ hat, auch als verbundene Unternehmen gelten. Nur dann bestehe die Gefahr der Umgehung nach Sinn und Zweck des § 3 Nr. 29 TKG. Dies wird hergeleitet aus dem Fraport-Urteil des BVerfG (Urteil vom 22.02.2011, BVerfGE 128, 226, Rn. 53, 54), welches die Grundrechtsbindung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens betrifft. Auch das BVerwG-Urteil vom 11.12.2013 (BVerwG 6C 24/12, NVwZ 2014, 942) sei nicht abschließend. Dieses erlaube jedenfalls in dem Fall, dass eine Grundrechtsverletzung vorliege bzw. geltend gemacht werde, eine erneute Beurteilung.

Dieser Vortrag überzeugt nicht. Zum einen hat bereits das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entschieden, dass § 3 Nr. 29 TKG nicht einschränkend auszulegen ist (siehe a.). Zum anderen ist auch keine verfassungskonforme teleologische Reduktion geboten (siehe b.). Schließlich stellt das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen selbst bei einer unionsrechtskonformen teleologischen Reduktion ein mit der TDG verbundenes Unternehmen dar (siehe c.).

a. Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits in einem Urteil vom 11.12.2013 mit der Auslegung des § 3 Nr. 29 TKG befasst (BVerwG 6C 24/12, NVwZ 2014, 942) und eine teleologische Reduktion im Ergebnis verneint. Der im TKG anwendbare weite Unternehmensbegriff habe v.a. den Zweck zu verhindern, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich der Regulierung durch gesellschaftliche Umstrukturierungen und Verlagerungen von Tätigkeiten auf verbundene, selbstständige Unternehmen entziehen. Auch sei es aus Gründen der Rechtssicherheit problematisch, die Anwendbarkeit des Unternehmensbegriffes nach § 3 Nr. 29 TKG davon abhängig zu machen, ob dies im Einzelfall zu sachgerechten Ergebnissen führt.

b. Verfassungskonforme teleologische Reduktion

Auch eine verfassungskonforme teleologische Reduktion des § 3 Nr. 29 TKG ist nicht geboten.

Im Hinblick auf die verfassungskonforme Ausgestaltung ist festzustellen, dass dieses Argument bereits aus dem Aspekt der Rechtssicherheit nicht greifen kann, jedenfalls aber die Anwendung des § 3 Nr. 29 TKG einen gerechtfertigten Eingriff in die verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechte auf Berufs- und Eigentumsfreiheit darstellt. Das BVerwG (BVerwG 6C 24/12, NVwZ 2014, 942) stellt insoweit klar, dass es – unabhängig davon, dass es von der Beigeladenen nicht dargelegt wurde – nicht erkennbar sei, dass die auf den Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes begrenzte Ausweitung des Unternehmensbegriffs zu rechtsstaatlich nicht hinnehmbaren Einbußen an Rechtssicherheit oder Grundrechtsverletzungen führt oder in sonstiger Weise die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen überschreitet.

c. Unionsrechtskonforme teleologische Reduktion

Selbst bei einer möglichen unionsrechtskonformen Auslegung unter Anwendung des wirtschaftlich funktionalen Unternehmensbegriffs stellt das zu gründenden Unternehmen ein mit der TDG verbundenes Unternehmen gem. § 3 Nr. 29 TKG dar.

Nicht abschließend geklärt werden muss, ob § 3 Nr. 29 TKG unionsrechtskonform teleologisch zu reduzieren ist. § 3 Nr. 29 TKG könnte dergestalt auszulegen sein, dass allein der Verweis auf den Tatbestand des 25%igen Anteilserwerb (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB) im TK-Recht über das durch die unionsrechtliche Vollharmonisierung vorgesehene Maß hinausgeht. Da das TKG richtlinienkonform auszulegen ist und das europäische TK-Sekundärrecht keine sektorspezifischen Regelungen bezüglich der Definition des „verbundenen Unternehmens“ vorsieht, könnte auf den allgemeinen unionskartellrechtlichen wirtschaftlich-funktionalen

Unternehmensbegriff zurückzugreifen sein (vgl. etwa Säcker, in: Säcker, TKG, 3. Aufl., 2013, § 3 Rn. 86).

Europarechtlich ist der Begriff des Unternehmens entsprechend dem Begriff des Unternehmens in Art. 101, 102 AEUV sowie der EU-Fusionskontrollverordnung (FKVO) zu interpretieren: Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art ihrer Finanzierung. Im Rahmen von Art. 101 AEUV kann ein kartellrechtlich relevantes Verhalten der Tochtergesellschaft nicht der Muttergesellschaft zugerechnet werden, wenn das Tochterunternehmen marktautonom handelt. Der gleiche Unternehmensbegriff liegt auch Art. 102 AEUV zugrunde. Hierbei ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen, der sich v.a. an dem Maß der Kontrolle bzw. Beherrschung der Muttergesellschaft über strategische Geschäftsentscheidungen des Tochterunternehmens bemisst. So hat etwa der EuGH in einem Urteil vom 24.06.2015 entschieden, dass das Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft insbesondere dann zugerechnet werden kann, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt, und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen, die die beiden Rechtssubjekte verbinden. Bei der Prüfung, ob die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf ihre Tochtergesellschaft ausüben kann, müssen daher sämtliche im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen der Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft relevanten Gesichtspunkte und damit die wirtschaftliche Realität berücksichtigt werden.

Die Ausübung einer gemeinsamen Kontrolle über ihre Tochtergesellschaft durch zwei voneinander unabhängige Muttergesellschaften hindert grundsätzlich nicht die Feststellung, dass zwischen einer dieser beiden Muttergesellschaften und der fraglichen Tochtergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit besteht (EuGH, Urteil vom 24. Juni 2015-C-293/13 P und C-294/13 P, C-293/13 P, C -294/13 P). Danach kann auch bei einer gemeinsamen Kontrolle kartellrechtliches Verhalten zugerechnet werden.

Auch im Rahmen der Fusionskontrolle führt die Europäische Kommission im Hinblick auf eine gemeinsame Kontrolle aus, dass diese dann gegeben ist, wenn zwei oder mehr Unternehmen die Möglichkeit haben, über ein anderes Unternehmen bestimmenden Einfluss auszuüben. Eine gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn die Gesellschafter bei allen wichtigen Entscheidungen, die das beherrschte Unternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Am deutlichsten sei eine gemeinsame Kontrolle, wenn es nur zwei Muttergesellschaften mit gleichen Stimmrechten in dem Gemeinschaftsunternehmen gibt. In diesem Fall benötigen die beiden Unternehmen keine formelle Vereinbarung (vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 16. April 2008, 2009/c 43/09, S. 17ff.) Gemeinsame Kontrolle kann jedoch auch vorliegen, wenn dem Minderheitsgesellschafter Vetorechte zustehen bspw. bei der Besetzung der Unternehmensleitung und Finanzplanung, für den Geschäftsplan oder Investitionen (vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 16. April 2008, 2009/c 43/09, S. 18).

Grundsätzlich spricht **[BuG]** auch bei einer unionsrechtskonformen Auslegung die Vermutung dafür, dass ein verbundenes Unternehmen vorliegt, es sei denn, es kann keine „Beherrschung“ bzw. eine „Entherrschung“ festgestellt werden.

Die in Anhang 1 „Term Sheet“ des Feststellungsantrags vom 19.12.2017 aufgeführten Rechte sprechen jedoch für einen Einfluss der TDG auf das strategische Wirtschaftsverhalten des zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens. Dies sind v. a. die Rechte bzgl. der folgenden Themen:

[BuG]

Mithin liegt auch bei einer unionsrechtskonformen Auslegung unter Anwendung des wirtschaftlich funktionalen Unternehmensbegriffs eine Beherrschung des zu gründenden Unternehmens durch die TDG und damit ein mit der TDG verbundenes Unternehmen gem. § 3 Nr. 29 TKG vor.

3. Sonstige Auslegungsmethoden

Die systematische und historische Auslegung des § 3 Nr. 29 TKG sind ohne Befund zur Frage des verbundenen Unternehmens bei einem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen und führen entsprechend zu keinem anderen Ergebnis.

Nationale Konsultation

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens haben alle Unternehmen, bis auf die TDG und die Deutsche Telekom AG (DTAG) in einer gemeinsamen Stellungnahme, der grundsätzlichen Feststellung, dass das Gemeinschaftsunternehmen ein mit der TDG i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG verbundenes Unternehmen ist, zugestimmt. Die TDG/DTAG hingegen begrüßen zwar die in dem Konsultationsentwurf avisierte Entscheidung, sind aber der Auffassung, dass das Gemeinschaftsunternehmen bereits aus den in der Antragsschrift genannten Gründen nicht mit der TDG nach § 3 Nr. 29 TKG verbunden ist. Die Bundesnetzagentur bleibt auch unter Berücksichtigung des Vorbringens im nationalen Konsultationsverfahren bei dem Ergebnis, dass es sich grundsätzlich um ein mit der TDG verbundenes Unternehmen nach § 3 Nr. 29 TKG handelt. Sowohl der Wortlaut als auch eine teleologische Reduktion des § 3 Nr. 29 TKG führen, wie dargelegt, zu diesem Ergebnis. Die weitergehenden Forderungen der TDG/DTAG nach einer Deregulierung von Glasfasernetzen, dies sowohl im eigenständigen als auch kooperativen Ausbau, ist hingegen nicht Gegenstand des hiesigen Antrags, sondern des laufenden Marktanalyseverfahrens zu den Märkten Nr. 3 a/b. Zudem finden sich auch in dem Entwurf des European Electronic Communication Code (EECC) neue Regelungsansätze zu Kooperationen (vgl. Art. 74 Entwurf des EECC).

Zu 2): Die Feststellung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht in der Festlegung BK 1-14/001 erstreckt sich grundsätzlich auch auf mit ihm verbundene Unternehmen i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG.

Die Festlegung zu Markt 3b (Bitstrom), BK1-14/001, erstreckt sich grundsätzlich auch auf mit der TDG verbundene Unternehmen. Schließlich betrifft die Festlegung Unternehmen im Sinne des TKG und damit Unternehmen i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG.

Nationale Konsultation

Die 1&1 Telecom GmbH und die 1&1 Versatel GmbH geben in ihrer Stellungnahme an, dass in dem Konsultationsentwurf richtig festgestellt werde, dass bei Nennung eines „Unternehmen“ damit der Unternehmensbegriff nach § 3 Nr. 29 TKG gemeint sei. Insofern bleibt die Bundesnetzagentur bei der zuvor dargestellten Auffassung.

Zu 3): Das zu gründende paritätische Gemeinschaftsunternehmen ist jedoch weder in der Marktanalyse zu Markt Nr. 3a noch zu Markt Nr. 3b genannt, noch war es Gegenstand dieser Analysen und ist damit nicht von den beiden derzeit geltenden Marktanalysen umfasst.

Notwendigkeit der konkreten Bezeichnung in den Marktanalysen

Sowohl die Marktanalyse Markt Nr. 3a als auch die Marktanalyse Markt Nr. 3b nennen das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen nicht. Mithin können sich beide Marktuntersuchungen auch nicht auf das neue Gemeinschaftsunternehmen erstrecken. Es bedarf vielmehr einer konkreten, sich auf dieses Gemeinschaftsunternehmen, für das beträchtliche Marktmacht und damit eine Regulierungsbedürftigkeit nach § 10 Abs. 2 TKG festgestellt werden soll, beziehenden Marktanalyse. Eine Marktanalyse, die nur die Muttergesellschaft zum Gegenstand hat, kann sich jedenfalls in diesem Fall nicht automatisch auf ihre mit einem konzernexternen Dritten gemeinschaftlich neu gegründete Tochtergesellschaft erstrecken.

Dies entspricht zum einen dem in der verwaltungsverfahrensrechtlichen Praxis anzuwendenden Bestimmtheitsgrundsatz, vgl. § 37 VwVfG. Danach muss ein Verwaltungsakt grundsätzlich hinreichend bestimmt sein. Mit Blick auf ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen mit einem konzernexternen Dritten ist dieser Grundsatz nur dann gewahrt, wenn dieses Gemeinschaftsunternehmen explizit Grundlage einer Marktanalyse geworden ist. Andernfalls würde darüber hinaus die Muttergesellschaft, die das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam mit dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht **[BuG]**, seiner Verfahrensrechte (hierunter v.a. seines Anhörungsrechts) beraubt. Denn diese – bisher nicht regulierte – Muttergesellschaft hatte in dem zuvor liegenden Marktanalyseverfahren keine Möglichkeit, zu der Frage der beträchtlichen Marktmacht des Gemeinschaftsunternehmens Stellung zu nehmen. Die Beachtung von Anhörungsrechten ist insbesondere in Verfahren nach dem 2. Teil des TKG aufgrund der dort möglichen, einschneidenden Rechtsfolgen von wesentlicher Bedeutung.

Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der Entscheidung der EU-Kommission vom 04.08.2014 zu einer Notifizierung der portugiesischen Regulierungsbehörde (C (2014) 5698 final).

Die Kommission legt in dieser Entscheidung dar, dass sich eine Marktanalyse nach Artikel 14 und 16 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 nur auf konkrete Unternehmen beziehen kann.

Eine Erstreckung einer Marktanalyse setzt die explizite Nennung des konkreten Unternehmens voraus. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt des Erlasses der Marktanalyse noch nicht gegründet war und es sich dabei um ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen, wie das im Feststellungsantrag vom 19.12.2017 dargestellte „JV“ handelt.

In diesem Fall kann das Gemeinschaftsunternehmen notwendigerweise nicht Gegenstand der Marktanalyse gewesen sein - weder direkt noch indirekt - da es erstens noch gar nicht bestand und zweitens von zwei unabhängigen Unternehmen gegründet wird.

Die zuvor ausgeführten Erwägungen kommen jedenfalls dann zum Tragen, wenn es sich um ein nach der Marktanalyse gegründetes Gemeinschaftsunternehmen handelt. Ob etwas anderes gilt, wenn es sich entweder 1) um eine rein konzerninterne Umstrukturierung innerhalb des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht oder 2) um ein zum Zeitpunkt der Marktanalyse bestehendes Gemeinschaftsunternehmen zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und einem konzernexternen Dritten handelt, kann dahinstehen. In diesen Situationen besteht – anders als in der hier zu entscheidenden Konstellation – die Möglichkeit für die beteiligten Unternehmen, ihre Verfahrens- und insbesondere Anhörungsrechte im Rahmen des Marktanalyseverfahrens geltend zu machen.

Nationale Konsultation

Die Bundesnetzagentur bleibt auch unter Berücksichtigung des Vorbringens im nationalen Konsultationsverfahren bei dem Ergebnis, dass das zu gründende paritätische Gemeinschaftsunternehmen weder in der Marktanalyse zu Markt Nr. 3a noch zu Markt Nr. 3b genannt, noch Gegenstand dieser Analysen gewesen ist und es damit nicht von den beiden derzeit geltenden Marktanalysen umfasst ist.

Im Rahmen der nationalen Konsultation kritisieren insbesondere die Unternehmen Vodafone Deutschland GmbH und 1&1 Telecom GmbH sowie die 1&1 Versatel GmbH die unter zu 3) dargelegte Feststellung der Beschlusskammer. Die Vodafone GmbH führt hierzu unter anderem aus, dass es keinen Ausnahmetatbestand für später gegründete verbundene Unternehmen geben dürfe. Der Zweck des § 3 Nr. 29 TKG gebiete eine Erstreckung gerade auf neu gegründete und gemeinschaftliche Unternehmen. Der Entscheidungsentwurf verhindere entgegen der gesetzlichen Vorgaben des § 3 Nr. 29 TKG nicht die Umgehung von Regulierungsmaßnahmen. Darüber hinaus sei ein neu geschaffener Ausnahmetatbestand nicht durch Verfahrensrechte zu rechtfertigen. Mit der Gründung des JV habe sich die EWE bewusst für die Übernahme bestehender transparenter Regulierungsverpflichtungen entschieden; dies sei vergleichbar mit dem Erwerb von Anteilen an einem regulierten Unternehmen. Die Anhörungsrechte EWE seien im streitgegenständlichen Verfahren gewahrt und in dem ursprünglichen Marktanalyseverfahren aus öffentlichen Gründen entsprechend des Gedanken des § 28 Abs. 3 VwVfG verzichtbar; insoweit sei dem § 3 Nr. 29 TKG die nicht zwangsläufige Verfahrensbeteiligung immanent. Auch sei nicht ersichtlich und sachlich auch nicht begründbar, warum nur im Fall paritätischer Gemeinschaftsunternehmen ein Anhörungsdefizit bestehen soll (und nicht auch bei anderen verbundenen Unternehmen). Auch die unionsrechtlichen Vorgaben rechtfertigen aus ihrer Sicht keinen Ausnahmetatbestand.

Ähnlich argumentieren auch die 1&1 Telecom GmbH und die 1&1 Versatel GmbH in einer gemeinsamen Stellungnahme. Der Zweck des weiten Unternehmensbegriffs liege darin, dass ein Unternehmen nicht durch Neu- oder Ausgründung durch Einbeziehung eines Dritten der Regulierung entfliehen könne. Auch die QSC AG führt selbiges in ihrer Stellungnahme aus. Ihrer Ansicht nach dürften Kooperationen nicht automatisch dazu führen, dass ein Gemeinschaftsunternehmen nicht den Regulierungsverpflichtungen unterfalle. Nachfrager, denen der Zugang aufgrund der aktuellen Regulierungsverfügungen zu Markt Nr. 3a und 3b auch zu Glasfaser gewährt wird, würden behindert. Um Rechtssicherheit für Marktteilnehmer zu schaffen, fordern die vorgenannten Unternehmen darzulegen, ob die Beschlusskammer bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen die Durchführung einer neuen Marktanalyse in Betracht ziehe. Dass das Ziel, Rechtssicherheit für geplante Kooperation zu schaffen, nicht durch den Konsultationsentwurf erreicht werde, wird ebenfalls von der Telecom e.V. angeführt.

Diese Argumente ändern nichts an dem im Konsultationsentwurf veröffentlichten Ergebnis.

Sofern die Unternehmen ausführen, dass die vorliegende Entscheidung einen Präzedenzfall schaffe, der einer Umgehung von Regulierungsverpflichtungen durch die Verlagerung regulierter Geschäftsbereiche Tür und Tor öffne, ist dem entgegenzuhalten, dass es sich bei solchen Unternehmen um nach § 3 Nr. 29 TKG verbundene Unternehmen handelt. Grundsätzlich ist es also möglich, dass sich Festlegungen auch auf Gemeinschaftsunternehmen erstrecken. Die vorliegende Entscheidung hat auch in keinem Fall zur Folge, dass ein Gemeinschaftsunternehmen automatisch und auf Dauer nicht den Regulierungsverpflichtungen unterfällt. Hier bedarf es vielmehr einer erneuten Überprüfung im Einzelfall (vgl. unten).

Außerdem befürchten einige Parteien, dass sich Unternehmen dauerhaft der Regulierung durch Neugründungen entziehen könnten, wenn nachträglich gegründete, gemeinschaftliche Unternehmen bis zur nächsten Festlegung nicht reguliert werden könnten. Insofern fordern diese Unternehmen einen Hinweis zum weiteren Vorgehen bei zukünftigen Gemeinschaftsunternehmen und damit eine Begründung hinsichtlich des rechtzeitigen „Nachziehen“ bei den Marktanalysen. Ziel und Zweck des § 3 Nr. 29 TKG sei es gerade, sich nicht durch Ausgründungen der Regulierung entziehen zu können. Die Bundesnetzagentur würde in ihrer Steuerungsmöglichkeit beschränkt. Sie könnte nicht mehr für einen Zeitraum von drei Jahren die Regulierung festlegen, sondern müsste laufend neue Marktanalysen nach § 14 Abs. 1 TKG durchführen, um Regulierungsverfügungen und die in ihr enthaltenen Verpflichtungen auf dem aktuellen Stand zu halten.

Richtig ist, dass die Bundesnetzagentur gem. § 14 Abs. 1 TKG – unabhängig von dem üblichen drei- Jahre-Überprüfungsturnus einer Marktanalyse, § 14 Abs. 2 TKG – die Möglichkeit hat, die Ergebnisse nach §§ 10 bis 12 TKG einer erneuten, frühzeitigen Überprüfung zu unterziehen. Werden der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt, die eine Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse der Marktanalyse nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen, so wird sie selbst ein erneutes Marktanalyseverfahren nach den §§ 10 bis 12 TKG einleiten. Des Weiteren besteht die Möglichkeit zu prüfen, ob nach einer Marktanalyse gegründete Gemeinschaftsunternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anzusehen sind und so eine Einzelfallprüfung durchzuführen. Hierdurch bleibt grundsätzlich eine die aktuellen Umstände berücksichtigende Prüfung möglich.

Darüber hinaus wird im Rahmen der Konsultation ausgeführt, dass es sich bei der Entscheidung nicht um einen Einzelfall handle. Die Entscheidung habe Vorbildfunktion für ähnliche Kooperationen der TDG oder andere regulierte Unternehmen.

Wie bereits im Konsultationsentwurf erwähnt, präjudiziert die vorliegende Entscheidung andere Entscheidungen gerade nicht (s. hierzu III.). Außerdem bedarf jede weitere Entscheidung jedenfalls schon mit Blick auf das verwaltungsverfahrensrechtliche Vorgehen einer erneuten Überprüfung im Einzelfall, vgl. § 35 VwVfG.

Schließlich ist auch das Argument, die Verfahrensrechte der bisher nicht regulierten Muttergesellschaft seien nicht verletzt, nicht durchschlagend. Es kommt insoweit auf die Möglichkeit an, die Verfahrensrechte im Verfahren der ursprünglichen Marktanalyse oder zumindest im Hinblick auf die eigenen Marktdaten geltend zu machen. In dem ursprünglichen Marktanalyseverfahren wurden Fragen der Marktdefinition, Marktanalyse und daraus resultierenden Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung entschieden. Insoweit sind nachträglich gegründete paritätische JV anders zu behandeln als konzerninterne Umstrukturierungen, da im letzteren Fall jedenfalls eine Konzerngesellschaft im ursprünglichen Marktanalyseverfahren zu diesen Fragen Stellung nehmen konnte. Auch im Verhältnis zu bereits bestehenden paritätischen JV ist die Situation bei nachträglich gegründeten paritätischen JV eine andere. Bei bereits bestehenden paritätischen JV hat der nicht regulierte Mitgesellschafter - oder das JV selbst - die Möglichkeit, während des ursprünglichen Marktanalyseverfahrens Stellung zu nehmen. Im Falle eines nachträglich gegründeten JV muss hingegen entweder ein erneutes (reguläres oder frühzeitiges) Marktanalyseverfahren oder ein Sammeltermin zum Einbezug von neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmen unter die Marktfestlegung durchgeführt werden, damit dem JV bzw. dem bisher nicht regulierten Mitgesellschafter ein vollumfängliches Anhörungsrecht gewährt werden kann. In beiden Fällen hätte das JV Gelegenheit, nicht nur zu der Frage Stellung zu nehmen, ob es ein verbundenes Unternehmen nach § 3 Nr. 29 TKG darstellt. Vielmehr könnte es im Falle von Marktanalyseverfahren auch zum Thema Marktdefinition und -analyse (einschließlich eigener Marktdaten) im Falle von Einzelprüfungen auch zu den sie betreffenden Marktdaten Stellung nehmen. Das Anhörungsrecht wäre also in beiden Fällen weitergehend als in dem hiesigen Verfahren, in welchem der Verfahrensgegenstand durch den Antrag der Parteien beschränkt war.

Ob diese Bewertung auch im Falle von nicht-paritätischen JV gilt, kann offen bleiben. Eine solche Konstellation ist nicht Gegenstand des Antrags.

Ergänzend ist im Hinblick auf das derzeit laufende Marktanalyseverfahren anzumerken, dass die Anhörungsrechte des JV gewahrt werden, wenn es vor dessen Abschluss gegründet würde. Denn in diesem Fall hätte die EWE – anders als bei dem letzten Marktanalyseverfahren - die Möglichkeit, gerade auch im Hinblick auf das gemeinsam mit der TDG gegründete JV in dem laufenden Marktanalyseverfahren Stellung zu nehmen. Gleiches gilt für frühzeitige Überprüfungen der Marktanalyseverfahren nach § 14 Abs. 1 TKG.

Darüber hinaus wird vorgetragen, dass die Entscheidung der EU-Kommission vom 04.08.2014 die vorliegende Entscheidung nicht trage. Die EU-Kommission habe nicht den Fall verbundener Unternehmen, sondern einen materiellen Mangel bei der Marktfestlegung, die zu vage und ohne konkreten Unternehmensbezug gewesen sei, gerügt.

Auch dieses Argument überzeugt nicht. Schließlich deckt die Kommissions-Entscheidung den hiesigen Sachverhalt ab und trägt die hier getroffene Feststellung. Jedenfalls ist die vorliegende Konstellation auf das verfolgte Ziel, das konkret von der Marktanalyse betroffene Unternehmen zu nennen und identifizieren zu können, übertragbar.

Zuletzt fordern einige Unternehmen, Aussagen zur zukünftigen Regulierung von Gemeinschaftsunternehmen, nur so könne Rechtssicherheit gewährleistet werden.

Diesen Forderungen kann nicht nachgekommen werden; auch sind sie nicht für die Herstellung von Rechtssicherheit geboten. Mit Blick auf das vorliegende Verfahren hat die Bundesnetzagentur den Sachverhalt umfassend ermittelt. Sofern weitere Anträge gestellt werden, bedürfen diese einer erneuten Überprüfung im Einzelfall (s. o.). Hierbei kommt es schließlich auf die Ausgestaltung des zukünftigen Gemeinschaftsunternehmens im Konkreten an.

III. Hinweis

Die vorliegenden Ausführungen betreffen ausschließlich den am 19.12.2017 gestellten Feststellungsantrag und präjudizieren keine künftigen Marktanalysen.

Bonn, den 10.07.2018

Dr. Eschweiler
(Beisitzer und
Berichterstatter)

Homann
(Vorsitzender)

Franke
(Beisitzer)

BK 1-18/002

Anhang 1: Stellungnahme der Unternehmen

Stellungnahmen der Unternehmen zum Konsultationsentwurf

zur Erstreckung der Marktdefinitionen und
Marktanalysen (BK 1-12/003 vom 27.08.2015 und
BK 1-14/001 vom 09.07.2015) auf ein geplantes
Gemeinschaftsunternehmen

öffentliche Fassung

QSC AG – Mathias-Brüggen-Straße 55 – 50829 Köln

Per Mail: 116-postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur
Dienststelle 116c
Postfach 8001

53105 Bonn

QSC AG
Mathias-Brüggen-Straße 55
50829 Köln

29.05.2018

**Veröffentlichung eines Konsultationsentwurfes nach § 12 Absatz 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen (BK 1-12/003 vom 27.08.2015 und BK 1-14/001 vom 09.07.2015) auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen. (Az.: BK1-18-002)
Stellungnahme der QSC AG**

Sehr geehrter Herr Homann,
sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit möchten wir zum vorliegenden Konsultationsentwurf Stellung nehmen.

Die Telekom Deutschland und die EWE planen ein Joint Venture, zu dem beide Unternehmen zu jeweils 50% beteiligt sind. Ziel ist es, in drei Bundesländern mehr als eine Million Haushalte direkt mit Glasfaseranschlüssen (FTTB/H) zu versorgen.

Nach Vorstellung dieser beiden Unternehmen sollen die die Telekom treffenden Regulierungsverpflichtungen auf Markt 3a und 3b nicht für dieses Gemeinschaftsunternehmen gelten, auch wenn Glasfaseranschlüsse von diesen Verpflichtungen grundsätzlich erfasst sind.

Auch wenn es begrüßenswert ist, dass die Telekom endlich auch mit anderen Unternehmen kooperiert und den Glasfaserausbau in Deutschland vorantreiben will, so darf umgekehrt eine solche Kooperation nicht automatisch dazu führen, dass etwaige Gemeinschaftsunternehmen nicht den Regulierungsverpflichtungen unterfallen. Denn damit wäre es ein leichtes, sich durch Kooperationen gleich welcher Art, der Regulierung zu entziehen.

Es muss sichergestellt werden, dass die Nachfrager, denen der Zugang zu Glasfaseranschlüssen im Netz der Telekom durch die Marktdefinitionen BK 1-12/003 und BK 1-14/001 und die darauf basierenden Regulierungsverfügungen eingeräumt wird, nicht dadurch im Wettbewerb behindert werden, dass die Telekom diese Glasfaseranschlüsse nun unter Einbeziehung eines Dritten bereitstellt. Der sich im Endkundenmarkt aufgrund der Regulierung des Kupfernetzes etablierte Wettbewerb muss auch bei der Migration zur Glasfaser gewährleistet werden.

Wir begrüßen daher die Feststellung der Kammer, dass es sich bei dem vorliegenden Joint Venture auch bei einer dominierenden Stellung von zwei Muttergesellschaften unstreitig um ein verbundenes Unternehmen im

Sinne des §3 Nr.29 TKG handelt, auf dass sich die Marktmachfeststellung im Hinblick auf die Telekom grundsätzlich erstreckt.

Kritisch bewerten wir allerdings die Feststellung, dass die derzeit gültige Marktanalyse und -definition dieses Unternehmen nicht zum Gegenstand hatte und daher hiervon nicht erfasst ist. Dies führt dazu, dass laut dem Konsultationsentwurf des parallel laufenden Verfahrens BK3-17-071 zur Frage der Erstreckung der Regulierungsverpflichtungen aus den Regulierungsverfügungen dies eben zu verneinen ist.

Auch wenn die Erwägungen im Hinblick auf das rechtliche Gehör bis zu einem gewissen Punkt nachzuvollziehen sind, so führt das gefundene Ergebnis zu zweifelhaften Konsequenzen, wenn nicht zeitnah vor bzw. spätestens mit Aufnahme der Geschäftstätigkeit eine auf das verbundene Unternehmen bezogene zusätzliche Marktanalyse erfolgt.

Ein Abwarten der turnusmäßigen regulären Überprüfung der Marktanalyse würde dazu führen, dass verbundene Unternehmen kurz nach endgültigem Erlass einer Marktanalyse und -definition gegründet würden, um sich so mindestens drei Jahre der Regulierung zu entziehen.

Somit ist es erforderlich, ein (verbundenes) Unternehmen kurz vor ernsthafter Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer ergänzenden Marktanalyse zuzuführen, um so eine zeitnahe Regulierung im Sinne des Wettbewerbs und damit auch der Endkunden sicherzustellen.

Entsprechende Beispiele finden sich bei Markt 2 (2014), wo die Marktmacht der Telco Village GmbH mit Marktdefinition BK1-16-002 aufbauend auf der Marktdefinition BK1-14-002 festgestellt wurde. Auch wenn die zugrunde Situation insoweit abweicht, als auf Markt 2 jedes Unternehmen nach dem Grundsatz „Ein Netz-ein Markt“ marktmächtig ist, so zeigt dies doch, dass auch zwischen den Intervallen Marktanalysen möglich sind, die Erkenntnisse vorangegangener Marktanalysen heranziehen.

Auch wenn Markt 3a und 3b gerade einer neuen Marktanalyse zugeführt werden, so ist mit einer komplett neuen Marktanalyse der gesamten zwei Märkte nicht vor 2019 zu rechnen.

Sollte das Joint Venture tatsächlich in die Praxis umgesetzt und die Geschäftsaufnahme geplant werden, so muss die potentielle Marktmacht zügig recherchiert und festgestellt werden, um das Unternehmen zeitnah einer Regulierung zuzuführen.

Mit freundlichen Grüßen

QSC AG



TELECOM e.V. • Niddastraße 49 • D-61440 Oberursel

per E-Mail an:

BK3-Konsultation@bnetza.de

116-postfach@bnetza.de

Datum

28.05.2018

Stellungnahme zu den in Amtsblatt 9/2018 Mtlgen. 111 und 112 veröffentlichten Konsultationsentwürfen zur Erstreckung von Regulierungsmaßnahmen aufgrund der Marktregulierung auf ein geplantes Joint Venture der Unternehmen EWE TEL und Deutsche Telekom GmbH (TDG):

Der TELECOM e.V. vertritt die Interessen der großen geschäftlichen Anwender von Telekommunikation und nimmt gerne die Gelegenheit wahr, oben bezogene Konsultationsentwürfe zu kommentieren.

Wesentliches Interesse unserer Mitglieder ist die baldmögliche Bereitstellung von Glasfasernetzen für einen symmetrischen Telekommunikationsverkehr hoher Qualität an allen Standorten in Deutschland. Damit dies nicht durch den Missbrauch von regionaler oder gar nationaler Marktmacht zum Nachteil der Anwender geschieht gehen wir davon aus, dass ein derartiger Ausbau mit dem Angebot von Wholesale Diensten einhergeht, die Open Access Angebote der Märkte 3a und 3b umfassen, zudem solche des Marktes 4. Dies schließt die physische Entbündelung der Glasfaseranschlüsse ein. Nur diese erlaubt Wettbewerbern ein ausreichendes Maß an Produktgestaltungsspielräumen, die über ein bloßes „Me-Too“ Angebot zu dem Angebot des örtlich marktbeherrschenden Anbieters hinausgeht. Eine angemessene Entgeltsicherung sollte garantieren, dass für die Mitnutzung der Infrastrukturen ein angemessenes Entgelt einschließlich einer angemessenen Verzinsung des Kapitals gezahlt werden muss, wie dies bereits in der KeL Regulierung der Fall ist. Auch eine ex-post Entgeltüberprüfung über einen Preis-Kostenscheren-Test kann dies erfüllen, birgt aber das Risiko für den Wholesale-Anbieter, unter Kosten verkaufen zu müssen, sofern seine Retailentgelte zu niedrig angelegt sind.

TELECOM e.V.
Niddastraße 49
D-61440 Oberursel
Registergericht Köln

Präsident:
Helmut Kohl
USt-IdNr.: DE121948301
Registernr.: VR 7683

Telefon: +49(0) 6171 279 88 07
Fax: +49(0) 6171 279 8675
telecom-ev@telecom-ev.de
www.telecom-ev.de

Bankverbindung:
Nassauische Sparkasse
BLZ: 510 500 15
Konto: 273 007 765
IBAN:
DE74510500150273007765
BIC: NASS DE 55

Die Feststellung, die die Joint-Venture (JV) Partner anstreben, soll der Rechtssicherheit für die geplanten Investitionen dienen. Dieses Ziel erreichen die beiden Konsultationsentwürfe nicht. Das ist nachteilig für die Entwicklung des angestrebten Glasfaserausbaus und führt zu weiteren Verzögerungen, die nicht im Sinne der geschäftlichen Anwender von Telekommunikation sein können.

Die Feststellung der BK-1, dass das JV ein mit der TDG verbundenes Unternehmen ist und dass sich die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht auch auf mit ihr verbundene Unternehmen erstreckt ist zwangsläufig und eine Binsenwahrheit. Auch dass die vergangene Marktanalyse der betroffenen Märkte das JV noch nicht im Focus haben konnte und es so explizit mit einbeziehen konnte, bringt keinen Erkenntnisgewinn. Den Partnern des JV wäre nur geholfen, wenn klar gesagt würde, dass das JV auch bei den kommenden Marktanalysen nicht mit einbezogen würde, oder unter welchen Voraussetzungen dieses vermieden werden könnte. Nur das würde für die Situation der JV-Partner derzeit Handlungs- und Gestaltungsoptionen eröffnen. So wird alles gelähmt.

Der infolge dessen zur Kommentierung gestellte Beschluss der BK-3 stellt das JV von den Regulierungsverfügungen des Marktes 3a und b frei, weist aber darauf hin, dass sich dies bis zur Betriebsfähigkeit des JV (und der Nutzung der dann ausgebauten Glasfasernetze) ändern kann. Auch hier werden keine Kriterien an die Hand gegeben, unter welchen Umständen welche Regulierungsmaßnahmen in Zukunft greifen werden oder könnten. Im Ergebnis bleibt die Investitionsunsicherheit in einem größeren Ausmaß bestehen. Die weitere Entscheidung das Fusionskontrollverfahren nach § 37 GWB auf das Bundeskartellamt zu verlagern erweckt den Anschein, dass die BNetzA einen eigenen Gestaltungswillen nicht aufbringen will.

Wir erwarten, dass die BNetzA ihre Entwürfe um konkrete Aussagen zur zukünftigen Regulierung von JVs mit der TDG erweitert und diese zunächst wieder zur Konsultation stellt, bevor dann wirkliche Eckpfeiler der zukünftigen Marktentwicklung fixiert werden - eine Maßnahme, die aus unserer Sicht längst überfällig ist.

Mit freundlichen Grüßen





Stellungnahme der Vodafone GmbH

BK 1-18-002 – Konsultationsentwurf nach § 12 Absatz 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen (BK 1-12/003 vom 27.08.2015 und BK 1-14/001 vom 09.07.2015) auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen

Der Entscheidungsentwurf betrifft eine überaus wichtige Rechtsfrage mit großer Bedeutung nicht nur für den konkreten Fall, sondern für die künftige Regulierung der beiden betroffenen zentralen Vorleistungsmärkte und aller weiteren regulierten Märkte.

Eine Entscheidung dahingehend, die bestehenden Marktanalysen – und in der Konsequenz auch die Regulierungsverfügungen – nicht auf das geplante Gemeinschaftsunternehmen der Telekom Deutschland GmbH („Telekom“) und der EWE TEL GmbH („EWE“) zu erstrecken, weil dieses zum Zeitpunkt der Marktanalyse noch nicht bestand, würde einen Präzedenzfall schaffen, der einer Umgehung von Regulierungsverpflichtungen durch die Verlagerung regulierter Geschäftsbereiche Tür und Tor öffnet. Dies ist eine nicht hinzunehmende Konsequenz des Konsultationsentwurfes, die aus Rechtsgründen weder geboten noch gerechtfertigt ist.

Im Einzelnen:

I. Grundsatz der Erstreckung von Marktanalysen auf verbundene Unternehmen

Vodafone begrüßt den Entscheidungsentwurf insoweit, als sich Marktfestlegungen gemäß §§ 10, 11 TKG und insbesondere die Feststellung beträchtlicher Marktmacht gemäß § 11 Abs. 1 und 2 TKG grundsätzlich auf verbundene Unternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG erstrecken (Konsultationsentwurf, S. 5). Dies entspricht der gesetzlichen Vorgabe des § 3 Nr. 29 TKG.

Weiter begrüßt Vodafone die Feststellung der Präsidentenkammer, dass es sich bei dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen um ein verbundenes Unternehmen im Sinne von § 3 Nr. 29 TKG handelt (Konsultationsentwurf, S. 2 ff.). Eine andere Bewertung wäre in der Tat mit Wortlaut und Sinn und Zweck der Vorschrift unvereinbar.

Damit ist das Gemeinschaftsunternehmen von Telekom und EWE im Grundsatz von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Telekom für die Märkte Nr. 3a bzw. Nr. 3b (BK 1-12/003 bzw. BK 1-14/001) umfasst. Die Konsequenz hieraus wäre, dass sich auch die Verpflichtungen der maßgeblichen Regulierungsverfügungen (BK 3g-15/004 bzw. BK 3h-14/114) auf das Gemeinschaftsunternehmen erstrecken, was Gegenstand des parallel konsultierten Entscheidungsentwurfs im Verfahren BK 3-17/071 ist. Dieser Grundsatz steht mit den rechtlichen Vorgaben zur personellen Reichweite von Marktanalyse und Regulierungsverfügung in Einklang (dazu Geers, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 2. Aufl. 2015, § 11 Rn. 4 und § 13 Rn. 17).



II. Kein Ausnahmetatbestand für später gegründete verbundene Unternehmen

Der Entscheidungsentwurf schafft nun jedoch einen Ausnahmetatbestand, der rechtlich wie regulatorisch unhaltbar ist. Die Tatsache, dass das Gemeinschaftsunternehmen von der Telekom mit der EWE als einem konzernexternen Dritten nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens gegründet wird und daher nicht explizit Gegenstand der Marktanalyse war (Konsultationsentwurf, S. 5), rechtfertigt nicht, vom Grundsatz des § 3 Nr. 29 TKG abzuweichen.

1. Der Zweck des § 3 Nr. 29 TKG gebietet eine Erstreckung gerade auch auf neu gegründete und gemeinschaftliche Unternehmen

Die Vorschrift des § 3 Nr. 29 TKG bezweckt, eine Umgehung der Regulierung durch Verlagerung regulierter Tätigkeiten auf verbundene Unternehmen zu verhindern (siehe BVerwG, Urteil vom 11. Dezember 2013, 6 C 24.12, juris, Rn. 22 f.; BVerwG, Beschluss vom 7. Juli 2008, 6 B 14.08, juris, Rn. 5; Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 80; Schütz, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 3 Rn. 89 ff.; Ricke, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, § 3 Rn. 48; Fetzer in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 2. Aufl. 2015, § 3 Rn. 111). Hierauf weist auch der Konsultationsentwurf (S. 3) hin und lehnt eine einschränkende Auslegung des Begriffs des verbundenen Unternehmens daher zutreffend ab.

Die Erstreckung von Marktanalysen und Regulierungsverpflichtungen auf verbundene Unternehmen, soweit diese auf dem betreffenden Markt tätig sind, ist eine essentielle Voraussetzung für eine effektive Regulierung. Ohne diese Erstreckung könnte ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, das Adressat einer Regulierungsverfügung ist, regulierte Geschäftsbereiche auf ein rechtlich selbständiges Unternehmen verlagern und sich so der Regulierung entziehen (vgl. Geers, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 2. Aufl. 2015, § 13 Rn. 17; BVerwG, Beschluss vom 7. Juli 2008, 6 B 14.08, juris, Rn. 5).

Genau diese Umgehung von Regulierungsverpflichtungen lässt der Entscheidungsentwurf jedoch im Ergebnis zu. Wenn ein nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens gegründetes und verbundenes Unternehmen bis zur nächsten Marktfestlegung nicht reguliert werden kann, könnte sich jedes regulierte Unternehmen durch Auslagerung von Geschäftsbereichen auf immer wieder neu gegründete Unternehmen der Regulierung dauerhaft entziehen. Dem Zweck des § 3 Nr. 29 TKG steht dies diametral entgegen.

Dieses Problem wird auch nicht durch eine Beschränkung des Ausnahmetatbestands auf Gemeinschaftsunternehmen mit einem konzernexternen Dritten gelöst. Der Entscheidungsentwurf stellt fest, dass die Erstreckung auf verbundene Unternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG jedenfalls dann entfallen soll, wenn es sich um ein neu gegründetes paritätisches Gemeinschaftsunternehmen handelt und nicht um eine rein konzerninterne Umstrukturierung (Konsultationsentwurf, S. 6). Die Umgehung von Regulierungsverpflichtungen kann jedoch auch durch die Auslagerung von Geschäftsbereichen auf ein solches Gemeinschaftsunternehmen erfolgen, wie der vorliegende Fall zeigt. In Bezug auf den Zweck der Vorschrift des § 3 Nr. 9 TKG besteht insoweit kein Unterschied: eine Regulierung wird umgangen, und zwar unabhängig davon, um welche Art des verbundenen Unternehmens es sich handelt.



Der Entscheidungsentwurf widerspricht damit auch den eigenen Feststellungen zum Zweck des § 3 Nr. 29 TKG, wonach eine Umgehung von Regulierungsverpflichtungen zu vermeiden und keine teleologische Reduktion der Definition eines verbundenen Unternehmens gerechtfertigt sei (Konsultationsentwurf, S. 3). Die Anwendung der Vorschrift soll zudem gerade nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Entscheidung im Einzelfall sachgerecht ist (a.a.O.). Sind Gemeinschaftsunternehmen – wie das vorliegend von Telekom und EWE geplante – zwar von der Definition des § 3 Nr. 29 TKG umfasst, wird die Vorschrift aber dennoch nicht angewendet, weil es sich um ein neu gegründetes paritätisches Gemeinschaftsunternehmen handelt, steht dies in Widerspruch zu den zuvor getroffenen Feststellungen. Der gesetzlichen Vorgabe würde ein weiterer Anwendungsbereich entzogen und ihr Zweck in den betroffenen Fällen gerade nicht gewahrt.

Es handelt sich dabei auch nicht um einen Einzelfall. Ein neu geschaffener Ausnahmetatbestand, der eine Umgehung von Regulierungsverpflichtungen durch die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen ermöglicht, hätte Vorbildwirkung für künftige ähnliche Kooperationsprojekte der Telekom oder anderer regulierter Unternehmen. Die Entscheidung hat folglich eine immense Tragweite für die künftige Durchsetzbarkeit von Regulierungsmaßnahmen auf allen regulierten Märkten.

Darüber hinaus lässt der Entscheidungsentwurf offen, in welchen weiteren Konstellationen eine Ausnahme von der Erstreckung von Marktanalysen und Regulierungsverpflichtungen auf verbundene Unternehmen gelten soll. Dies schafft nicht nur Rechtsunsicherheiten, sondern motiviert regulierte Unternehmen auch zu dem Versuch, einen Ausnahmetatbestand auf weitere Konstellationen zu übertragen. So ist völlig offen, wie die Rechtslage etwa für ein Gemeinschaftsunternehmen ist, das nicht paritätisch gehalten wird, an dem aber ein konzernexternes Unternehmen Anteile hält. Hinsichtlich des Zwecks des § 3 Nr. 29 TKG besteht insoweit dieselbe Ausgangssituation, und auch die von der Präsidentenkammer angeführten Gründe für den Ausnahmetatbestand führen hier zwingend zu einer identischen Bewertung (dazu sogleich 2. und 3.). Aus Rechtsgründen dürfte daher für diese Konstellation keine andere Entscheidung getroffen werden. Daher droht eine künftige weitere Ausweitung der Ausnahmen zum Grundsatz der Erstreckung von Marktanalysen auf verbundene Unternehmen und damit der Umgehung von Regulierungsverpflichtungen.

Es ist somit festzuhalten, dass der Entscheidungsentwurf eine Umgehung von Regulierungsmaßnahmen entgegen der gesetzlichen Vorgabe des § 3 Nr. 29 TKG nicht verhindert, sondern einen Präzedenzfall mit einem sehr weiten Anwendungsbereich schafft. Dieser stellt ein Einfallstor dafür dar, es jeglichen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu ermöglichen, sich der Regulierung durch die Neugründung verbundener Unternehmen – ggf. als Gemeinschaftsunternehmen mit Dritten – dauerhaft zu entziehen.

2. Der neu geschaffene Ausnahmetatbestand ist nicht durch Verfahrensrechte gerechtfertigt

Der dem Zweck des § 3 Nr. 29 TKG widersprechende Ausnahmetatbestand ist auch nicht rechtlich geboten. Insbesondere ist er nicht aufgrund von Verfahrens- und Anhörungsrechten zu rechtfertigen. Vielmehr wäre die Entscheidung, dass sich Marktanalysen auch auf neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht – hier Telekom – und konzernexternen Dritten – hier EWE – erstrecken, rechtlich zulässig und sachgemäß.



Die Wahrung von Anhörungsrechten eines bisher auf dem betroffenen Markt nicht regulierten Unternehmens – hier EWE – erfordert nicht, dass ein solches Gemeinschaftsunternehmen bereits Gegenstand des Marktanalyseverfahrens war:

a) Bewusste Übernahme bestehender, transparenter Regulierungsverpflichtungen

Dies ergibt sich bereits daraus, dass zum Zeitpunkt der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens die regulatorische Situation umfassend transparent und den Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens bekannt ist. Im konkreten Fall kennt EWE sowohl die Tatsache, dass die Telekom auf den beiden betroffenen Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, als auch die bestehenden Regulierungsverfügungen. Ebenso ist EWE der Grundsatz des § 3 Nr. 29 TKG bekannt, wonach sich Marktanalysen und Regulierungsverfügungen auf verbundene Unternehmen erstrecken und daher das geplante Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich hiervon umfasst sein wird. Dies belegt nicht zuletzt der Feststellungsantrag von EWE und Telekom, in dem sie selbst zugrunde legen, dass das Gemeinschaftsunternehmen vom Wortlaut der Vorschrift umfasst ist.

Gründet EWE in dieser transparenten Ausgangssituation gemeinsam mit der Telekom ein Gemeinschaftsunternehmen, das regulierte Geschäftsbereiche übernehmen soll, so übernimmt EWE bewusst in Kauf, dass die bestehende Regulierung auch hierauf das Gemeinschaftsunternehmen Anwendung finden wird. Es erfolgt also in keiner Weise eine überraschende oder gar rückwirkende Regulierung, mit der Regulierung war vielmehr aufgrund der rechtlichen Vorgaben fest zu rechnen.

Die Situation ist daher vergleichbar mit dem Erwerb (von Anteilen) eines regulierten Unternehmens durch ein zuvor nicht reguliertes Unternehmen. Auch hier übernimmt die neue Muttergesellschaft zwangsläufig die bestehende Regulierung und es erfolgt ggf. eine Erstreckung auf weitere verbundene Unternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG, obwohl diese Muttergesellschaft nicht am Verfahren beteiligt war und nicht angehört wurde. In beiden Fällen – Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens und Anteilserwerb – ist für die jeweilige zuvor nicht regulierte Muttergesellschaft ersichtlich, dass beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde und Regulierungsverpflichtungen auferlegt wurden. Die bereits bestehenden Feststellungen und Verpflichtungen werden somit in Kenntnis der Rechtslage bewusst übernommen. Ein Unterschied besteht lediglich darin, dass im Fall des Anteilserwerbs ein gesamtes reguliertes Unternehmen übernommen wird und sich damit der Eintritt in bestehende Verpflichtungen bereits aufgrund der Rechtsnachfolge ergibt, wohingegen im Fall eines Gemeinschaftsunternehmens keine Rechtsnachfolge eintritt, weil nur ein regulierter Geschäftsbereich (mit) übernommen wird. Beide Konstellationen haben aber gemeinsam, dass die neue Muttergesellschaft in den vorherigen Regulierungsverfahren keine Verfahrens- und Anhörungsrechte wahrnehmen konnten – dies entspricht der Natur der Sache, weil die neue Muttergesellschaft von diesen Verfahren zunächst nicht betroffen war. Verfahrensrechtlich sind die beiden Fälle somit voll vergleichbar, und in keinem Fall rechtfertigt die fehlende Anhörung in früheren Verfahren eine gesetzlich nicht vorgesehene Ausnahme von der Anwendung des § 3 Nr. 29 TKG.



b) Keine Verletzung von Anhörungsrechten

Auch bei formeller Betrachtung liegt keine unzulässige Verletzung von Anhörungsrechten der EWE vor. EWE sind die bestehenden Regulierungsverpflichtungen der Telekom wie dargelegt bekannt. Vor deren Übernahme durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens konnte sich EWE hierzu auch äußern, wie das vorliegende Verfahren und das Parallelverfahren BK 3-17/071 zeigen. Die Anhörungsrechte der EWE sind folglich gewahrt.

Eine weitergehende Anhörung bereits im Ausgangsverfahren ist nicht erforderlich. Aus zwingenden öffentlichen Interessen kann auf eine Anhörung verzichtet werden, was generell gemäß § 28 Abs. 3 VwVfG gilt (dazu Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Auflage 2018, § 28 Rn. 65). Die Vorschrift ist zwar restriktiv auszulegen und kann daher nicht ohne Weiteres im Bereich des TKG angewandt werden. Sie zeigt jedoch, dass aus wichtigen Gründen von Anhörungen abgesehen werden kann. Ein solcher, spezialgesetzlich geregelter Fall kann durchaus in § 3 Nr. 29 TKG gesehen werden. Denn die Vorschrift verfolgt bedeutende öffentliche Interessen und erstreckt Regulierungsbeschlüsse auf verbundene Unternehmen, ohne dies von einer Verfahrensbeteiligung der betroffenen Unternehmen abhängig zu machen. Danach ist eine Anhörung der betroffenen verbundenen Unternehmen nicht erforderlich. § 3 Nr. 29 TKG ist nämlich immanent, dass verbundene Unternehmen nicht zwangsläufig am Verfahren beteiligt waren, wenn sie zuvor nicht reguliert waren. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um bereits bestehende oder neu gegründete Unternehmen bzw. um konzerninterne Unternehmen oder Gemeinschaftsunternehmen handelt. Wären von der Vorschrift nur konkret verfahrensbeteiligte Unternehmen erfasst, wäre sie überflüssig, weil diese Unternehmen dann auch explizit genannt und als Adressat der Entscheidung aufgenommen werden könnten. Folglich wurde vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, dass eine Erstreckung auf zuvor nicht angehörte verbundene Unternehmen erfolgt, weil andernfalls der Zweck der Vorschrift nicht gewahrt würde.

Doch selbst wenn man von einem Anhörungsdefizit ausginge, würde hieraus nicht folgen, dass die gegenüber der Telekom ergangenen Marktanalysen und Regulierungsverfügungen nicht für das Gemeinschaftsunternehmen gelten. Eine fehlende Anhörung stellt keinen Nichtigkeitsgrund für einen Verwaltungsakt dar, sondern führt allenfalls zu dessen Rechtswidrigkeit (siehe etwa Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Auflage 2018, § 45 Rn. 119 m.w.N). Ein Anhörungsdefizit ist zudem unbeachtlich, wenn eine erforderliche Anhörung nachgeholt wird (§ 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG) oder wenn offensichtlich ist, dass der nicht geheilte Anhörungsfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat (§ 46 VwVfG) (siehe Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Auflage 2018, § 28 Rn. 67 ff.). Inwieweit dies auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, bedürfte genauerer Prüfung und kann vorliegend dahinstehen. Denn allein die Tatsache, dass Anhörungsdefizite unbeachtlich sein können, belegt sehr eindeutig, dass unterbliebene Anhörungen verfahrensrechtlich keinen absoluten Stellenwert haben und die Geltung eines Verwaltungsaktes nicht grundsätzlich in Frage stellen, sondern vielmehr auf eine Heilung abzielen ist. Anhörungsdefizite können daher nicht dazu herangezogen werden, Ausnahmen von einer gesetzlichen Vorgabe, den Adressatenkreis von Regulierungsbeschlüssen zu erweitern, zu rechtfertigen.



c) Keine Rechtfertigung für Ungleichbehandlung verschiedener Arten verbundener Unternehmen

Schließlich verkennt der Entscheidungsentwurf, dass er in Bezug auf die möglichen Ausnahmetatbestände zu § 3 Nr. 29 TKG inkonsistent ist. Die – wie dargelegt aus Sicht von Vodafone unzutreffende – Annahme, die Erstreckung einer Marktanalyse auf ein verbundenes Unternehmen setze voraus, dass dieses im Marktanalyseverfahren angehört wurde, kann nur einheitlich gelten. Ein verbundenes Unternehmen müsste daher entweder immer angehört werden oder die Anhörung ist stets verzichtbar. Warum nur im Fall paritätischer Gemeinschaftsunternehmen ein Anhörungsdefizit bestehen soll, ist nicht ersichtlich und sachlich nicht begründbar.

Insbesondere besteht kein Grund für eine unterschiedliche Behandlung von paritätischen und sonstigen Gemeinschaftsunternehmen. In beiden Fällen war die bisher nicht regulierte Muttergesellschaft nicht am Marktfeststellungs- und -analyseverfahren beteiligt und wurde nicht angehört. Dass dies im einen Fall ein Anhörungsdefizit darstellt, der zu einer Ausnahme von § 3 Nr. 29 TKG führt, im anderen Fall jedoch nicht, ist nicht zu rechtfertigen. Eine Unterscheidung erscheint jedoch auch in anderen Fällen unsachgemäß:

- Eine rein konzerninterne Tochter eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, die zuvor keine regulierten Tätigkeiten ausübte, wird regelmäßig im Marktanalyseverfahren nicht angehört, weil hierfür kein Anlass besteht. Werden dann regulierte Geschäftsbereiche auf diese Tochter verlagert, so muss § 3 Nr. 29 TKG Anwendung finden. Dies gilt offenbar auch nach Ansicht der Präsidentenkammer, obwohl auch hier das verbundene Unternehmen als rechtlich selbstständige Rechtsperson nicht angehört wurde.
- Dasselbe gilt, wenn ein konzerninternes Tochterunternehmen neu gegründet wird und dann im regulierten Bereich tätig wird. Auch hier erfolgte keine Anhörung.
- Wenn ein (paritätisches oder sonstiges) Gemeinschaftsunternehmen bereits besteht, aber nicht auf dem regulierten Markt tätig ist, erfolgt ebenfalls keine Anhörung. Übernimmt ein solches Unternehmen später regulierte Geschäftsbereiche, erfolgt eine Erstreckung gemäß § 3 Nr. 29 TKG ebenfalls ohne vorherige Anhörung, und zwar auch hinsichtlich des konzernexternen Mutterunternehmens – genau wie vorliegend in Bezug auf EWE.

In Bezug auf die unterbliebene Verfahrensbeteiligung und Anhörung unterscheiden sich all diese Konstellationen folglich nicht. Es ist daher auch keine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf die Anwendung von § 3 Nr. 29 TKG zulässig, weil erstens verfahrensrechtlich dieselbe Situation vorliegt und zweitens der Zweck des § 3 Nr. 29 TKG in allen Fällen gleichermaßen zu wahren ist und bei Nichtanwendung der Vorschrift verfehlt wird. Daraus folgt, dass eine einheitliche Handhabung der Anwendung von § 3 Nr. 29 TKG auf alle verbundenen Unternehmen erforderlich ist. Diese kann zwingend nur so aussehen, dass sich Marktanalysen und Regulierungsverpflichtungen immer auf verbundene Unternehmen erstrecken, denn andernfalls würde der Anwendungsbereich der Vorschrift ausgehöhlt und ihr Zweck verfehlt.



3. Unionsrechtliche Vorgaben rechtfertigen keinen Ausnahmetatbestand

Auch das von der Präsidentenkammer herangezogene Unionsrecht rechtfertigt keine Ausnahme zur Anwendung des § 3 Nr. 29 TKG.

Dies gilt zunächst deswegen, weil die zitierte Kommissionsentscheidung die Schlussfolgerung des Entscheidungsentwurfs nicht stützt. Die Kommission fordert die portugiesische Regulierungsbehörde darin auf, in ihrer Marktanalyse nicht darauf abstellen, dass die genannten Unternehmensgruppen in ihrer Gesamtheit über beträchtliche Marktmacht verfügen, sondern dies für die jeweiligen Unternehmen des Konzerns konkret zu prüfen und zu benennen (Beschluss vom 4. August 2014, C(2014)5698 final, Sachen PT/2014/ 1638 und 1639, S. 5). Die Kritik der Kommission bezieht sich folglich auf einen materiellen Mangel der Marktanalyse, die vage und ohne konkreten Unternehmensbezug durchgeführt wurde und somit auch in der unkonkreten Benennung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht mündet. Zur Einbeziehung verbundener Unternehmen äußert sich die Kommission hingegen nicht.

Vorliegend bestehen die von der Kommission genannten Mängel nicht. Es wurde spezifisch analysiert und festgestellt, dass die Telekom auf den relevanten Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügt. In Frage steht nun lediglich, auf welche der verbundenen Unternehmen der Telekom sich diese Feststellung erstreckt, wenn ein solches – wie das geplante Gemeinschaftsunternehmen – einen Teil der regulierten Aktivitäten, die konkreter Gegenstand der Marktanalysen waren, übernimmt. Es geht also um die Erstreckung der Regulierung auf ein verbundenes Unternehmen des ursprünglichen, konkret benannten Adressaten für die in der Marktanalyse konkret untersuchten Tätigkeitsbereiche. Im Fall der Kommission war hingegen von Anfang an kein konkretes Unternehmen benannt, und es ging auch nicht um die Erstreckung der Regulierung auf verbundene Unternehmen, sondern um die erstmalige Feststellung beträchtlicher Marktmacht für mehrere Unternehmen eines Konzerns, bei der letztlich in der Sache offen blieb, inwieweit diese einzeln oder gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Aus der genannten Kommissionsentscheidung folgt daher gerade nicht, dass die Erstreckung der Regulierung auf ein verbundenes Unternehmen dessen explizite Nennung voraussetzt. Es muss vielmehr im Ausgangspunkt die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht für konkrete Unternehmen erfolgen, was vorliegend der Fall ist. Anzunehmen, dass die Kommission ungeachtet ihrer konkreten Kritik zugleich ausdrücken wollte, dass die Verlagerung regulierter Tätigkeiten auf verbundene Unternehmen, die in der Marktanalyse nicht benannt sind, generell nicht zu einer Erstreckung der Regulierung auf diese verbundenen Unternehmen führen darf, wird durch nichts gestützt. Insbesondere hat die Kommission in keinem Fall an den von der Bundesnetzagentur notifizierte Marktanalysen kritisiert, dass danach die dort konkret genannten Unternehmen sowie mit ihnen verbundene Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. In der vorliegend relevanten Marktanalyse zu Markt Nr. 3a (BK 1-12/003) wird die beträchtliche Marktmacht explizit für die Telekom und die mit ihr verbundenen Unternehmen festgestellt. Wäre nach Ansicht der Kommission eine konkrete Nennung der jeweiligen Unternehmen zu fordern, hätte sie dies in ihrer Stellungnahme angemerkt, was jedoch nicht der Fall war.

Eine solche Annahme der Kommission ist zudem auch fernliegend, weil sie dem Zweck des Unionsrechts und seiner Durchsetzbarkeit widersprechen würde. Art. 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sieht



vor, dass einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht regulatorische Verpflichtungen auferlegt werden. Dies setzt nach dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*; siehe etwa Potacs, EuR 2009, S. 465) voraus, dass im nationalen Recht sicherzustellen ist, dass sich marktmächtige Betreiber den Regulierungsmaßnahmen nicht einfach entziehen können, eine Regulierung also auch nicht durch die Verlagerung von Geschäftsbereichen auf verbundene Unternehmen umgangen werden kann. § 3 Nr. 29 TKG findet somit zwar keine Entsprechung im europäischen Rechtsrahmen, dient aber ersichtlich der Umsetzung der maßgeblichen Richtlinienbestimmungen und ist erforderlich, um die Wirksamkeit der Regulierung und damit den Zweck des Rechtsrahmens zu gewährleisten.

Die Annahme der Präsidentenkammer, die Erstreckung einer Marktanalyse setze die explizite Nennung des konkreten verbundenen Unternehmens voraus, steht hierzu in Widerspruch. Wäre die Kommission so zu verstehen, dass nur explizit genannte Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen können, müsste dies stets gelten und nicht nur für neu gegründete paritätische Gemeinschaftsunternehmen. Erneut ist nicht ersichtlich, wie eine diesbezügliche Unterscheidung zu rechtfertigen sein sollte. Dann wäre jedoch die Anwendung von § 3 Nr. 29 TKG für Marktanalysen und in der Konsequenz auch für Regulierungsverfügungen ausgeschlossen. Der Zweck der Norm würde somit in diesem zentralen Regulierungsbereich verfehlt und sie würde letztlich leerlaufen.

III. Die Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens ist erforderlich

In der mündlichen Verhandlung am 28. Mai 2017 im Verfahren BK 3-17/071 wurde angekündigt, dass für den dort verfahrensgegenständlichen wie auch den vorliegend maßgeblichen Konsultationsentwurf ein Konsolidierungsverfahren durchgeführt werden soll. Vodafone begrüßt dies und erachtet dies auch als erforderlich.

Gemäß § 11 Abs. 4 TKG sind die Ergebnisse der Marktanalyse – d.h. insbesondere die Nennung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – der Kommission im Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 TKG zu notifizieren. Dies ist in Bezug auf die beiden hier relevanten Marktanalyseverfahren zwar bereits erfolgt, allerdings stellt die hier fragliche Feststellung, ob sich die beträchtliche Marktmacht der Telekom auch auf das neue Gemeinschaftsunternehmen als verbundenes Unternehmen der Telekom erstreckt, ebenfalls ein Ergebnis der Marktanalyse dar, mit dem die personale Reichweite der beträchtlichen Marktmacht und damit der Regulierung bestimmt wird.

Zugleich stellt der Entscheidungsentwurf eine Abänderung der bestehenden Marktanalysen dar und ist auch als solcher notifizierungspflichtig. Die beiden Marktanalysen umfassen sowohl die Telekom als auch alle mit ihr verbundenen Unternehmen. Eine Entscheidung, dass dies für das geplante Gemeinschaftsunternehmen nicht der Fall sein soll, würde eine Änderung dieses Ergebnisses der Marktanalysen bedeuten. Dies gilt jedenfalls für die Marktanalyse zu Markt Nr. 3a, die ausdrücklich auch die verbundenen Unternehmen der Telekom erwähnt. Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein solches und damit bereits unabhängig von einer Erstreckungswirkung von der Marktanalyse umfasst. Für die Marktanalyse zu Markt Nr. 3b hat die Präsidentenkammer zutreffend festgestellt, dass verbundene Unternehmen der TDG hiervon gemäß § 3 Nr. 29 TKG grundsätzlich umfasst sind, so dass auch insoweit



eine Abänderung vorliegen würde. Hieraus folgt zugleich, dass die Kommission in Bezug auf den Entscheidungsentwurf über ein Vetorecht gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG verfügt, weil es sich um die Modifikation der Festlegung beträchtlicher Marktmacht handelt.

Der Entscheidungsentwurf hat sowohl beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt als auch auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Es sind zwei zentrale Vorleistungsmärkte betroffen, die durch die Regulierung ganz wesentlich geprägt sind. Die Entscheidung, das geplante Gemeinschaftsunternehmen nicht den der Telekom auferlegten Verpflichtungen zu unterwerfen, sondern den Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens bis zur Durchführung eines neuen Marktanalyse- und Regulierungsverfahrens von der Regulierung auszuklammern und somit auf diesen wichtigen Vorleistungsmärkten einen regulierungsfreien Raum für bisher regulierte Geschäftsfelder der Telekom zu schaffen, hat klar marktprägende Bedeutung. Dies gilt umso mehr, weil nach den Verlautbarungen der BNetzA die Überprüfungen der Marktanalyse- und Regulierungsverfahren der Märkte 3a und 3b erst im Jahr 2019 erfolgt sein sollen. Obwohl der Konsultationsentwurf ausdrücklich festhält, die Entscheidung treffe kein Präjudiz für zukünftige Marktanalyseverfahren, bedingt jedoch die Freistellung des Gemeinschaftsunternehmens für einen Zeitraum von voraussichtlich 12-18 Monaten jedenfalls eine faktische Vorwirkung auch auf diese kommenden Marktfestlegungen. Wenn das Gemeinschaftsunternehmen in der Zwischenzeit den Ausbau vorantreibt wird es für die BNetzA immer schwieriger, das Gemeinschaftsunternehmen dann nachträglich einer Regulierung zu unterwerfen. Der Entscheidung käme wie dargelegt zudem eine Vorbildwirkung für die Verlagerung regulierter Tätigkeiten auf neu gegründete Unternehmen zu, so dass die Entscheidung eine erhebliche Tragweite für alle Regulierungsmaßnahmen auf allen regulierten Märkten hat.

Auch mit Blick auf die Regulierungsziele kommt der Entscheidung eine gravierende Bedeutung zu, insbesondere in Bezug auf die Verbraucherinteressen sowie die Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 TKG und die Grundsätze von § 2 Abs. 3 Nr. 3 und 4 TKG, wonach gerade auch im Zusammenhang mit Infrastrukturinvestitionen der Wettbewerb und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden müssen. Ein Konsolidierungsverfahren ist daher nicht ausnahmsweise aufgrund der geringen Bedeutung der Entscheidung entbehrlich, sondern im Gegenteil zwingend.

Abschließend ist festzuhalten, dass die beiden Gründe, aus denen der Entscheidungsentwurf einen Ausnahmetatbestand zum Grundsatz des § 3 Nr. 29 TKG schaffen will, diesen nicht tragen. Weder vermeintliche Anhörungsrechte noch Unionsrecht gebieten, die Anwendung von § 3 Nr. 29 TKG in Fällen wie dem vorliegenden auszuschließen. Im Gegenteil würde mit einer solchen Entscheidung der Zweck dieser Vorschrift sowie des europäischen Rechtsrahmens beschädigt und letztlich verfehlt. Es würde ein Einfallstor zur dauerhaften Umgehung von Regulierungsverpflichtungen durch die Verlagerung regulierter Geschäftsbereiche auf verbundene Unternehmen geschaffen. Dessen Auswirkungen ließen sich nicht auf den vorliegenden Fall oder wenige gleichgelagerte Fälle begrenzen, sondern es würde ein Präzedenzfall auch für andere Konstellation verbundener Unternehmen und beliebige Märkte geschaffen und damit der Effektivität der Regulierung schweren Schaden zugefügt. Vodafone appelliert daher eindringlich an die Präsidentenkammer, ihre Entscheidung insoweit nochmals zu überdenken.



Vodafone beantragt daher, Ziffer 3. des Konsultationsentwurfs abzuändern und wie folgt zu entscheiden:

„3. Das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen ist von den Marktanalysen zu Markt Nr. 3a (BK 1-12/003) und zu Markt Nr. 3b (BK 1-14/001) umfasst.“

Vodafone GmbH
1. Juni 2018



Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Vorab per E-Mail: 116-postfach@bnetza.de

4. Juni 2018

Schreiben enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

**Stellungnahme der 1&1 Telecom GmbH und der 1&1 Versatel GmbH zum
Konsultationsentwurf der Beschlusskammer 1 im Verfahren BK1-18/002**

Sehr geehrter Herr Präsident Homann,

sehr geehrte Damen und Herren,

namens und in Vollmacht der 1&1 Telecom GmbH und der 1&1 Versatel GmbH nehmen wir für diese zu dem Konsultationsentwurf im o.g. Verfahren wie folgt Stellung. Ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert.

Die Telekom Deutschland GmbH (*Telekom*) und die EWE Tel GmbH (*EWE*) haben mit Schreiben vom 21.12.2017 einen Antrag auf Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts bei der BK 3 gestellt. Es wird beantragt, dass die BK 3 feststellt, dass ein von den Antragstellerinnen geplantes Gemeinschaftsunternehmen (*JV*) bestimmten Verpflichtungen aus näher bezeichneten Regulierungsverfügungen nicht unterworfen ist. Am 16.5.2018 veröffentliche die BK 3 einen Konsultationsentwurf des beabsichtigten Beschlusses. Zeitgleich wurde der Konsultationsentwurf der Präsidentenkammer zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen (BK1-12/003 vom 27.08.2016 – Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang – und BK1-14/001 vom 09.07.2015 – Markt für Massenmarktprodukte auf der Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellten Zugang) auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen veröffentlicht. Zu diesem Konsultationsentwurf nehmen wir wie folgt Stellung:

Unseres Erachtens

- handelt es sich bei dem geplanten JV um ein mit der Telekom verbundenes Unternehmen iSd § 3 Nr. 29 TKG (dazu I.),

Düsseldorf

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf
T +49 211 49 79 0 (Zentrale)

F +49 211 49 79 103

E [REDACTED]

www.freshfields.com

Dok. Nr.
DAC27378717/4

Unser Zeichen
162147-0019

- unterfallen die mit dem marktmächtigen Unternehmen verbundenen Unternehmen grundsätzlich der Festlegung und der Regulierungsverfügung (dazu II.),
- unterfällt auch das JV der Festlegung und den Regulierungsverfügungen (dazu III.).

Sollte die Beschlusskammer an ihrer Auffassung festhalten, dass das geplante JV nicht von der Marktanalyse umfasst ist, hat sie im Interesse der Rechtssicherheit jedenfalls Aussagen zur weiteren Vorgehensweise in dieser Sache und zur grundsätzlichen Vorgehensweise in solchen Konstellationen zu treffen (dazu IV.).

I. **JV ist verbundenes Unternehmen iSd § 3 Nr. 29 TKG**

Der Ansicht der Präsidentenkammer, dass es sich bei dem geplanten JV ein mit der Telekom verbundenes Unternehmen handele, ist zuzustimmen.

Der Unternehmensbegriff des § 3 Nr. 29 TKG ist nach der Literatur und der Rechtsprechung weit gefasst. Zweck dieser Regelung ist, dass das marktmächtige Unternehmen sich ihm auferlegten Regulierungsverpflichtungen nicht durch Gründung einer Tochtergesellschaft entziehen kann. Die in dieser Norm enthaltene Konzernklausel ist unentbehrlich für eine effektive Regulierung. Die Rechtsprechung geht noch einen Schritt weiter und sieht die mit marktmächtigen Unternehmen verbundenen Unternehmen nicht nur als wirtschaftliche, sondern auch als rechtliche Einheit an (BVerwG NVwZ 2014, 942, 945 Rn. 23).

Eine teleologische Reduktion, wie von den Antragstellerinnen angedacht, ist nicht zulässig (so auch die Beschlusskammer).

Das BVerwG hat entschieden, dass schon bei einer Beteiligung an dem Kapital oder an den Stimmrechte in Höhe von 25 % nach den Vorschriften des GWB ein Unternehmen als Teil eines einheitlichen Unternehmens gesehen wird. Es komme daher nicht darauf an, ob an dem Tochterunternehmen Herrschaftsmacht bestehe. Der Gesetzgeber habe vielmehr

„den telekommunikationsrechtlichen Unternehmensbegriff zur Vermeidung einer Umgehung der Regelungen des Telekommunikationsgesetzes bewusst weit gefasst und hiermit verbundene Abweichungen vom Gesellschaftsrecht offenbar hingenommen“. BVerwG NVwZ 2014, 942, 945, Rn. 23.

Der Ansicht, man könne den Umfang der Anwendbarkeit des Unternehmensbegriffs davon abhängig machen, ob er im Einzelfall passe, hat das BVerwG eine Absage erteilt (BVerwG NVwZ 2014, 942, 945, Rn. 23).

Wenn allerdings das Gesellschaftsrecht und mit ihm das Kartellrecht bereits bei einer Schwelle von 25 % eine Einflussnahmemöglichkeit annimmt, ist nicht ersichtlich, weshalb im Regulierungsrecht selbst eine Beteiligung von 50 % nicht zu einer Einflussnahme führen soll, die den Zielen der Regulierung potentiell entgegensteht.



Die Telekom wird als reguliertes Unternehmen 50 % der Anteile des JV halten und damit die Schwelle von 25 % jedenfalls deutlich überschreiten.

Eine teleologische Reduktion lässt sich auch nicht mit Hinweis auf das Fraport-Urteil des Bundesverfassungsgerichts begründen. Diesem Urteil lag eine andere Konstellation zugrunde. Vorliegend geht es nicht um die Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen (so aber in diesem Urteil), sondern um die Frage, ob es sich bei dem geplanten JV um ein verbundenes Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG handelt. Dem Urteil ist nicht zu entnehmen, dass die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts sich auf alle Rechtsgebiete und unabhängig von der konkreten Zielsetzung einzelner Regelungen erstrecken solle (siehe BVerfGE 128, 226, Rn. 53).

Da sich im Rahmen der Reichweite von Grundrechtsbindungen andere Fragen stellen als bei der Reichweite von Regulierungsverpflichtungen zugunsten des Wettbewerbs, ist die Rechtsprechung nicht übertragbar.

Bei dem geplanten JV handelt es sich daher um ein verbundenes Unternehmen.

II. JV unterfällt Regulierungsverfügungen und Festlegung

Die BK 1 hat in ihrem Konsultationsentwurf auch richtig festgestellt, dass sowohl Festlegung als auch Regulierungsverfügungen das geplante JV (grundsätzlich) erfassen.

Die Nennung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auf dem jeweiligem Markt umfasst auch die jeweiligen mit dem marktmächtigen Unternehmen verbundenen Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG. Bei Nennung eines „Unternehmens“ ist damit der Unternehmensbegriff des § 3 Nr. 29 TKG gemeint. Da diese Definition die verbundenen Unternehmen in den Unternehmensbegriff einbezieht, werden die mit dem regulierten Unternehmen verbundenen Unternehmen auch ohne explizite Nennung der Festlegung und den ihm auferlegten Regulierungsverpflichtungen unterworfen.

Vor dem Hintergrund des weiten Unternehmensbegriffs ist der Anwendungsbereich für die Regulierung bereits dann eröffnet, wenn das Unternehmen als Ganzes oder ein Unternehmen des gesamten Unternehmens über beträchtliche Marktmacht verfügt. Das ist hier der Fall.

III. JV unterfällt ebenfalls Festlegung und Regulierungsverfügung

Dem Konsultationsentwurf ist allerdings nicht darin zu folgen, dass das geplante JV nicht von Marktanalysen erfasst sei, weil es weder in den Marktanalysen zu den Märkten 3a und 3b genannt werde noch Gegenstand dieser Marktanalysen sei (Konsultationsentwurf BK 1-18/002, S. 5 f.; so auch Konsultationsentwurf BK 3-17/071, S. 6). Zudem würde eine Einbeziehung des JV in bestehende Regulierungsverfügungen das Anhörungsrecht des nicht marktmächtigen Gesellschafters des JV, hier EWE, umgehen.

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die fehlende Anhörungsmöglichkeit der EWE nicht dazu führen kann, dass das JV nicht den Regulierungsverpflichtungen unterfällt. EWE beabsichtigt in Kenntnis dessen, dass es sich bei der Telekom um ein reguliertes Unternehmen handelt, ein JV mit dieser zu gründen. Da sich EWE freiwillig dem Risiko unterwirft, dass das JV der Regulierung unterfallen wird, ist sie nicht schutzwürdig.

Der Zweck des weiten Unternehmensbegriffs liegt darin, dass sich ein Unternehmen nicht durch Neu- oder Ausgründungen der Regulierung entziehen darf (siehe dazu bereits oben). Dieser Zweck kann nur dann erreicht werden, wenn auch solche Unternehmen erfasst sind, an denen ein externer Dritter Anteile hält. Denn anderenfalls könnte das marktmächtige Unternehmen durch Einbeziehung eines Dritten der Regulierung (zumindest vorübergehend) entfliehen.

Um das mit § 3 Nr. 29 TKG verfolgte Ziel zu erreichen, müssen auch solche Unternehmen von der Regulierungsverfügung erfasst sein, die nach Durchführung des Marktanalyseverfahrens und dem Erlass der Regulierungsverfügung gegründet worden sind. Denn nur so kann verhindert werden, dass kurz nach Abschluss des Marktanalyseverfahrens das marktmächtige Unternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen gründet und sich damit der Regulierung zu entziehen versucht. Die Beschlusskammer hat bereits angedeutet, dass eine konzerninterne Umstrukturierung anders als der vorliegende Fall behandelt würde; ebenso die Konstellation, dass ein Gemeinschaftsunternehmen im Zeitpunkt der Marktanalyse bereits existierte (siehe BNetzA, KonsE BK 1-18/002, S. 6). Die hier vorliegende Konstellation darf jedoch im Sinne einer effektiven Regulierung nicht anders behandelt werden.

Ein Erfassen von auch nachträglich gegründeten verbundenen Unternehmen verstieße auch nicht gegen verwaltungsrechtliche Grundsätze und stünde auch mit der (sonstigen) Bewertung der Beschlusskammern in Einklang.

Wenn nämlich, so die BK 1 und mit ihr die BK 3, verbundene Unternehmen von den Regulierungsverpflichtungen grundsätzlich erfasst seien, kann dies ohne Weiteres auch für nachträglich gegründete Unternehmen gelten. Denn im Zeitpunkt ihrer Existenz handelt es sich um verbundene Unternehmen, die dem weiten Unternehmensbegriff unterfallen. Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen, die eine Regulierung bedingen, liegt allein in der Hand des marktmächtigen Unternehmens.

Die Beschlusskammern sind zudem der Ansicht, dass verbundene Unternehmen auch ohne explizite Nennung grundsätzlich von Feststellung und Regulierungsverfügung erfasst seien. Einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz sehen sie nicht. Bei konsequenter Anwendung dieser Ansicht müsste dies auch für nachträgliche gegründete Gemeinschaftsunternehmen gelten. Erstreckt sich damit die Festlegung auch auf das geplante JV, muss dies ebenfalls für die Regulierungsverpflichtungen gelten.



Es ist auch offensichtlich, dass das JV als verbundenes Unternehmen der Regulierung unterfallen wird. Das ergibt sich zum einen daraus, dass verbundene Unternehmen nach Ansicht der Beschlusskammer grundsätzlich von der Festlegung der beträchtlichen Marktmacht umfasst sind, zum anderen daraus, dass sich die Beschlusskammer ausdrücklich eine andere Bewertung für zukünftige Marktanalysen vorbehalten hat. Ist aber offensichtlich, dass ein Unternehmen der Regulierung unterfallen wird, ist es im Sinne einer effektiven Regulierung zweckmäßig, dieses bereits von der derzeit gültigen Verfügungsverfügung als umfasst anzusehen.

Gegen die hier vertretene Ansicht spricht auch nicht, dass nicht erkennbar sein könnte, ob das neu gegründete Unternehmen der Regulierung unterfällt. Die BK 3 selbst hat bei Bejahung des Feststellungsinteresses darauf hingewiesen, dass es eine Vielzahl von Konstellationen gebe, bei denen Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Reichweite der Verfügungsverfügung bestehen kann (BNetzA, KonsE BK 3-17/071, S. 4).

Es ist daher für die betreffenden Unternehmen zumutbar, vor Geschäftsaufnahme eine Klärung dieser Frage bei der zuständigen Beschlusskammer – wie vorliegend geschehen – zu beantragen.

IV. Anforderungen an die Begründung des Beschlusses im Hinblick auf zukünftige Regulierungspraxis

Sollte die Beschlusskammer an ihrer Auffassung festhalten, dass das geplante JV nicht von der Marktanalyse umfasst ist, hat sie – um Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu schaffen – jedenfalls Aussagen zur weiteren Vorgehensweise in dieser Sache und zur grundsätzlichen Vorgehensweise in solchen Konstellationen zu treffen.

Anhand der beabsichtigten Festlegung ist für Marktteilnehmer nicht zu erkennen, ob das JV in der derzeit laufenden Marktanalyse noch berücksichtigt wird. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre eine Berücksichtigung erst in drei Jahren möglich. Folge wäre, dass das JV unangemessen lang nicht der Regulierung unterfiele und damit im Bereich der Breitbandversorgung im Westen und Nordwesten der Bundesrepublik der Wettbewerb für mindestens drei Jahre erheblich beeinträchtigt würde.

Die BNetzA hat jedoch die Möglichkeit, gemäß § 14 Abs. 1 TKG eine erneute Marktanalyse durchzuführen, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse der Marktanalyse nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen. Hier sollte die Beschlusskammer darlegen, ob sie bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen (wie dem hier in Rede stehenden JV) die Durchführung einer neuen Marktanalyse in Betracht zieht.

Unklar ist zudem, wie zukünftig kurz nach Durchführung der Marktanalyse gegründete Gemeinschaftsunternehmen regulatorisch behandelt werden. Sind solche Kooperationen für die Errichtung eines Gigabitnetzes erwünscht, hat die Beschlusskammer, um Rechtssicherheit zu schaffen, grundsätzlich ihre zukünftige Regulierungspraxis zu erläutern.

Andernfalls besteht die Gefahr, dass das marktmächtige Unternehmen zukünftig Gemeinschaftsunternehmen gründet (die Telekom hat bereits weitere Kooperationen angekündigt) kurz nachdem die Marktanalyse abgeschlossen ist. Die von der Beschlusskammer hier vorgenommene formaljuristische Betrachtung führt dann nicht nur dazu, dass das marktmächtige Unternehmen sich zumindest vorübergehend der Regulierung entziehen kann, sie führt auch dazu, dass die Effektivität der Regulierung leidet. Denn sollte ein Gemeinschaftsunternehmen, welches noch nicht in der Marktanalyse berücksichtigt sein sollte, durchweg nicht der geltenden Regulierungsverfügung unterfallen, liefe die von der BNetzA durchgeführte Marktanalyse und die darauf aufbauende Regulierungsverfügung zum Teil ins Leere. Die BNetzA als Regulierungsbehörde würde in ihrer Steuerungsmöglichkeit beschränkt. Die BNetzA könnte – sollte sie an ihrer Auffassung festhalten – nicht mehr für einen Zeitraum von drei Jahren (wie es das Gesetz vorsieht, § 14 Abs. 2 TKG) die Regulierung festlegen, sondern müsste laufend neue Marktanalysen nach § 14 Abs. 1 TKG durchführen, um Regulierungsverfügungen und die in ihr enthaltenen Verpflichtungen einigermaßen auf dem aktuellen Stand zu halten. Die BNetzA liefe dann dem marktmächtigen Unternehmen hinterher.

Der damit einhergehenden Entwicklung, dass das marktmächtige Unternehmen seine Marktmacht zementiert, kann jedoch entgegengetreten werden, wenn die Beschlusskammer zumindest darlegt, wie Gemeinschaftsunternehmen, wie das streitgegenständliche JV, zukünftig der Regulierung unterfallen.

Die beabsichtigte Vorgehensweise der Beschlusskammer schafft jedenfalls keine Rechtssicherheit, die allerdings für die Entwicklung eines Gigabitnetzes erforderlich ist. Die Beschlusskammer sollte daher bereits in ihrem Beschluss in diesem Verfahren die Leitlinien der künftigen Regulierung darlegen.

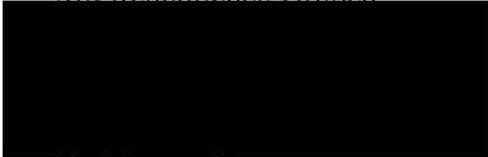
V. Fazit

Das JV ist ein mit dem marktmächtigen Unternehmen, der Telekom, verbundenes Unternehmen, das als solches auch von der Festlegung der BK 1 erfasst ist.

Die BNetzA hat darzulegen, wann bzw. in welcher Form mit dem Marktbeherrscher gegründete Gemeinschaftsunternehmen in Marktanalyseverfahren einbezogen und der Regulierung unterworfen werden. Nur in dieser kann Rechtssicherheit geschaffen werden, die für einen zügigen Ausbau des Gigabitnetzes unerlässlich ist.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


Rechtsanwalt

VORAB PER TELEFAX

An die
Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Beschlusskammer 1
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Büro Bonn
Rheinauen Carré
Mildred-Scheel-Straße 1
D-53175 Bonn
Fon (0228) 323 002-0
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen
Dr. Frank Hölcher
Dr. Markus Deutsch
Dr. Barbara Stamm
Dr. Christian Stelter
Dr. Clemens Hageböling

Büro Stuttgart
GENO Haus
Heilbronner Straße 41
D-70191 Stuttgart
Fon (0711) 601 701-0
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde
Dr. Rainard Menke
Dr. Andrea Vetter
Dr. Winfried Porsch
Dr. Tina Bergmann
Dr. Bernd Schieferdecker
Dr. Moritz Lange
Dr. Matthias Hangst

Kontaktdaten:

Unser Zeichen:

Datum:

4. Juni 2018

**Konsultationsentwurf zur Erstreckung der Marktdefinitionen
und Marktanalysen BK 1-12/003 vom 27.08.2015 und BK 1-
14/001 vom 09.07.2015 auf ein geplantes Gemeinschaftsunter-
nehmen – BK 1-18/002**

Sehr geehrte Damen und Herren,

in o.g. Verfahren zeigen wir an, die Interessen der Deutschen Tele-
kom AG und der Telekom Deutschland GmbH (im Folgenden: Tele-
kom) zu vertreten. Ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird anwalt-
lich versichert.

Nach dem Konsultationsentwurf BK 1-18/002 wird das Joint Venture
der EWE TEL GmbH und der Telekom Deutschland GmbH nicht von
den Marktanalysen BK 1-12/003 und 1-14/001 erfasst. Wir begrü-

ßen dies im Ergebnis, auch wenn wir nicht die rechtliche Begründung der Beschlusskammer teilen, wonach die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht nach § 3 Nr. 29 TKG auch für das Joint Venture gilt. Wir verweisen insoweit auf die Antragsschrift vom 19.12.2017, Seite 21 ff.

Im Übrigen nehmen wir Bezug auf unseren ergänzenden Vortrag in der öffentlich-mündlichen Verhandlung vom 28.05.2018 im Verfahren BK 3-17/071 und das diesbezügliche Protokoll. Auch wenn der vorliegende Konsultationsentwurf im Ergebnis in die richtige Richtung weist, handelt es sich nur um einen allerersten Schritt. Aufgrund der erheblichen Investitionsrisiken benötigen Kooperationen wie das vorliegenden Joint Venture langfristige Rechts- und Planungssicherheit, indem sie Zugang und Entgelte am Markt frei aushandeln können. Wie der Präsident der Bundesnetzagentur in seiner Rede aus Anlass des 20-jährigen Jubiläums der Bundesnetzagentur betont hat, bedarf es für neue Technologien neuer Konzepte, die es erlauben, auf die bisherige Zugangs- und Entgeltregulierung zugunsten kommerzieller Vereinbarungen zwischen den Unternehmen weitestgehend zu verzichten. Um in diesem Sinn Rechtssicherheit zu schaffen, muss die Beschlusskammer nun voranschreiten und die überarbeiteten Marktdefinitionen und Marktanalysen für die Märkte Nr. 3a und Nr. 3b rasch und nicht erst 2019 vorlegen. Diese Ansicht haben auch die Teilnehmer der öffentlich-mündlichen Verhandlung im Verfahren BK 3-17/071 geteilt.

Notwendig ist eine konsequente Deregulierung von Glasfasernetzen auf der Ebene der Marktdefinition und Marktanalyse – und zwar nicht nur im Bereich von Kooperationsprojekten, sondern auch in Bezug auf sämtliche Glasfasernetzausbauten allein durch die Telekom. Die aktuelle umfassende Regulierung der Telekom hemmt sowohl eigenständigen als auch kooperativen Glasfaserausbau und hat ihn bereits nachhaltig verzögert. Auch die EU-Kommission fordert in den neuen SMP-Guidelines dazu auf, Deregulierungspotentiale konsequent zu nutzen. Dies gilt insbesondere auf der Ebene der Marktanalyse. Schon auf dieser muss die Beschlusskammer das Regulierungsziel der Förderung von Investitionen und Innovationen berücksichtigen (Ziffer 20 der SMP-Guidelines).

Erst Recht muss dies dann auf der Ebene der Remedies gelten, wenn Unternehmen neue Wege gehen und Kooperationen abschließen wollen.

Mit freundlichen Grüßen

