



Deutsche Telekom AG  
Friedrich-Ebert-Allee 140  
53113 Bonn



EWE TEL GmbH  
Cloppenburger Str. 310  
26133 Oldenburg

An die  
Bundesnetzagentur für  
Elektrizität, Gas, Telekommunikation,  
Post und Eisenbahnen  
Beschlusskammer 3  
Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

**Geschwärzte Fassung – enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der EWE TEL GmbH und der Telekom Deutschland GmbH**

**Feststellung der Regulierungspflichten aus den Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die EWE TEL GmbH und die Telekom Deutschland GmbH beabsichtigen, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen

in Niedersachsen, Bremen und Nordrhein-Westfalen sein wird,

Die von den Parteien unterzeichnete Absichtserklärung mit den Eckdaten insbesondere der Gesellschaftervereinbarung (sog. Term Sheet) ist als Anlage Ast. 1

beigefügt; die weiteren Einzelheiten des Projekts sind unter A.IV. im Detail beschrieben.

Für die Wirtschaftlichkeit des Projektes ist es unerlässlich und deshalb notwendige Bedingung, dass das Gemeinschaftsunternehmen mit der Übernahme des Netzbetriebs nicht den Regulierungspflichten unterworfen ist, die gegenüber der Telekom Deutschland GmbH durch die Regulierungsverfügung BK 3g 09/085 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 sowie durch die Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010 in der Fassung der Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 vom 28.10.2015 auferlegt worden sind.

Um die in diesem Punkt erforderliche Planungssicherheit gewährleisten zu können beantragen wir,

festzustellen, dass das von der EWE TEL GmbH (Antragstellerin zu 1.) und der Telekom Deutschland GmbH (Antragstellerin zu 2.) geplante Gemeinschaftsunternehmen

1. nicht den Pflichten nach Maßgabe von Ziffer 1.1 bis 1.8 sowie Ziff. 2 der Regulierungsverfügung BK 3g 09/085 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;
2. 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.

Unseren Antrag begründen wir wie folgt:

## **A. Sachverhalt**

### **I. Die Antragstellerinnen**

Die Antragstellerin EWE TEL GmbH ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der EWE AG. Sie ist Betreiberin eines Telekommunikationsnetzes und bietet Privat- und Geschäftskunden in Niedersachsen, Bremen sowie Teilen Brandenburgs und Nordrhein-Westfalens Hochgeschwindigkeits-Internet, Festnetz-Telefonie, Mobilfunk, Online-TV und hochwertige Geschäftskundenlösungen an. In ihrem Netzgebiet errichtet sie FTTB/H-Anschlüsse und setzt die VDSL-Technologie ein.

Die Telekom Deutschland GmbH ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der Deutsche Telekom AG. Sie ist Betreiberin eines bundesweiten Telekommunikationsnetzes und bietet bundesweit öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste, u.a. Telefonie und Breitbandanschlüssen an.

### **II. Die Breitbandausbauziele der Bundesregierung**

Hochleistungsfähige Breitbandnetze sind Basis und Treiber der Digitalisierung und für die digitale Zukunftsfähigkeit Deutschlands unverzichtbar. Ohne hochleistungsfähige Breitbandanschlüsse kann die immer schneller voranschreitende Digitalisierung nicht erfolgreich bewältigt werden. Das im Internet pro Minute transportierte Datenvolumen steigt auf allen Netzebenen erheblich an. Das weltweite Datenvolumen im Festnetz verdoppelt sich alle 40 Monate. Während 2014 weltweit rund 718 Milliarden Gigabyte umgesetzt wurden, wird sich dieser Wert bis 2019 auf 2 Billionen Gigabyte in etwa verdreifachen. Auch die verzögerungsfreie Übertragung (geringe Latenz) ist für viele Anwendungen unverzichtbar bzw. hat unmittelbare Auswirkung auf den Erfolg bestimmter Prozessanwendungen, z.B. für eine intensive Cloud-Nutzung, vernetzte Unternehmenssoftware und den Online-Handel.

Die Bundesregierung hat hieraus schon in ihrer Digitalen Agenda 2014-2017 Konsequenzen gezogen und sich zum Ziel gesetzt, dass 100 % der Haushalte bis Ende 2018 mit mindestens 50 Mbit/s versorgt werden.

Bundesregierung, Digitale Agenda 2014-2017, S. 9.

Die Europäische Kommission strebt eine Versorgung von 50 % der Haushalte mit mindestens 100 Mbit/s bis 2020 und von 100 % der Haushalte mit mindestens 100 Mbit/s bis 2025 an, wobei diese Anschlüsse auf Gigabit-Geschwindigkeiten aufrüstbar sein sollen.

Rede von EU-Kommissionspräsident Juncker zur „Lage der Union 2016“: Europäische Kommission ebnet den Weg für den Ausbau und die Verbesserung der Internetanbindung – zum Nutzen aller Bürgerinnen und Bürger sowie der Unternehmen, abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3008\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3008_de.htm)

Die Digitale Strategie 2025 des BMWi geht noch weiter. Ihr Ziel ist es, ein Gigabit-Glasfasernetz für Deutschland bis 2025 zu schaffen, weil Breitbandanschlüsse erforderlich sind, die Geschwindigkeiten im Bereich mehrerer Gigabit pro Sekunde symmetrisch sowohl im Downstream als auch im Upstream bieten, zuverlässige echtzeitfähige Übertragung sicherstellen und Internetdienste hoher Qualität ermöglichen. Dafür soll die aktuelle deutsche Breitbandstrategie, die im Wesentlichen auf die Bereitstellung asymmetrischer Anschlüsse für Endnutzer auf Basis eines Technologiemixes abzielt, über das Jahr 2018 hinaus um einen Glasfaseransatz ergänzt werden. Hierbei erkennt das BMWi an, dass ein flächendeckender Glasfaserausbau FTTH in Deutschland Investitionen in Höhe von bis zu 100 Milliarden Euro erfordert und Voraussetzung für solche Investitionen eine investitions- und innovationsfreundliche Ausgestaltung des Rechtsrahmens und der Regulierungspraxis ist. Die der Regulierung zugrundeliegende Wettbewerbskonzeption muss deshalb stärker als bisher auf Investitionen, Innovation und Wachstum ausgerichtet werden. Unternehmen müssen Anreize erhalten, um Investitionsrisiken einzugehen.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Digitale Strategie 2025, Stand: März 2016, S. 15.

### **III. Notwendigkeit von Kooperationen auf dem Weg zum Gigabit-Netz**

Ein wesentlicher Baustein, um dieses Ziel zu erreichen, ist, die notwendigen Anreize für privatwirtschaftliche Netzinvestitionen zu setzen. Hierzu zählt, Kooperationen unterschiedlichster Art, wie z. B. Joint Ventures, zu unterstützen.

Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur,  
Netzallianz Digitales Deutschland, Stand: März 2017, S. 9,  
13.

Kooperationen sind essentiell, um die von der Politik gesetzten Ziele zu erreichen. Sie bieten wesentliche Vorteile gegenüber dem separaten Ausbau von Glasfasernetzen durch mehrere Netzbetreiber:

- Die Kooperation zweier oder mehrerer Unternehmen ermöglicht es, mehr Gebiete und diese wiederum schneller mit FTTH auszubauen, da die Beteiligten das gemeinsam aufgebrauchte Gesamtinvestitionsvolumen für die Errichtung teilen können.
- Zugleich kann das Investitionsvolumen wirtschaftlicher eingesetzt werden, indem Synergien bei Planungs- und Baukapazitäten, Einkauf und Beschaffung gehoben werden. Derzeit stellen die knappen Tiefbauressourcen ein erhebliches Investitionshemmnis dar.
- Die Kooperation bietet den Vorteil, dass auch das Auslastungsrisiko für die gemeinsam errichtete Infrastruktur geteilt wird, so dass sich die beteiligten Unternehmen gegen Unwägbarkeiten bei der Nachfrage nach Gigabit-Anschlüssen absichern können.

#### **IV. Gemeinschaftsunternehmen der Antragstellerinnen**

Diese Aspekte waren für die Antragstellerinnen essentiell, als sie sich dazu entschlossen, ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen für den FTTB/H-Ausbau in Niedersachsen, Bremen und Nordrhein-Westfalen zu errichten.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Zweck des Gemeinschaftsunternehmens ist die Planung, der Bau und der Betrieb der passiven und aktiven Infrastruktur sowie deren Vermarktung in Form eines Layer2-Vorleistungsprodukts an die Antragstellerinnen und Dritte. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

**B. Zulässigkeit des Antrags**

Der Antrag ist zulässig.

## **I. Zuständigkeit der Bundesnetzagentur**

Für die Entscheidung über die vorstehenden Anträge zu 1. und 2. ist die Bundesnetzagentur zuständig. Der Antrag richtet sich auf die Feststellung über die personelle Reichweite der von der Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur mit der Regulierungsverfügung BK 3g 09/085 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) und der Regulierungsverfügung BK 3b-09/069 vom 17.09.2010 (in der Fassung der Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 vom 28.10.2015) zu Lasten der Telekom Deutschland GmbH auferlegten Pflichten.

Nicht Gegenstand des Antrags ist hingegen die fusionskartellrechtliche Anmeldung nach § 39 GWB und die dafür erforderliche, dem Bundeskartellamt vorbehaltene Prüfung nach § 36 Abs. 1 GWB, ob (i) ein Zusammenschluss vorliegt sowie ob (ii) durch einen solchen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet und verstärkt würde. Ebenfalls nicht Gegenstand dieses Antrags ist die Entscheidung über die Beibehaltung, Aufhebung oder anderweitige Änderung der Festlegungen der betreffenden Regulierungsverfügungen; diese Entscheidungen sind dem Verfahren nach § 14 TKG vorbehalten und nicht Gegenstand dieses Feststellungsantrags.

## **II. Beschlusskammerverfahren**

Über die beantragte Feststellung ist gemäß § 132 Abs. 1 Satz 1 TKG von der Bundesnetzagentur durch die zuständige Beschlusskammer zu entscheiden. Der mit den Anträgen zu 1. und 2. beantragte feststellende Verwaltungsakt ist eine Entscheidung nach Teil 2 des TKG.

Dem steht nicht entgegen, dass das TKG in seinem Teil 2 keine Regelung über den Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes enthält (dazu dass für die Entscheidung über den Feststellungsantrag eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht erforderlich ist näher unten B.I.). Denn insoweit besteht ein Sachzusammenhang der begehrten Feststellung mit den Rechtspflichten, die durch die im Antrag zu 1. und 2. genannten Regulierungsverfügungen der dortigen Betroffenen – der Telekom Deutschland GmbH – auferlegt worden sind. Diese Auferlegung aber erfolgte durch die Beschlusskammer 3 der Bundes-

netzagentur auf der Grundlage des § 13 TKG, also einer Regelung nach dem Teil 2.

Aufgrund dieses Sachzusammenhangs ist diejenige Beschlusskammer, die die in Rede stehenden Regulierungspflichten gemäß § 13 TKG auferlegt hat, auch zuständig für die begehrte Feststellung, welche die Anwendbarkeit dieser Pflichten für das geplante Gemeinschaftsunternehmen verbindlich festschreibt.

Naturgemäß enthalten dieser Antrag und die ihm beigefügten Unterlagen eine Vielzahl von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der beiden Antragstellerinnen. Diese geheimzuhaltenden Vorgänge könnten nicht Gegenstand einer möglichen mündlichen Verhandlung nach § 135 TKG sein. Es wird angeregt, diesen Umstand bereits bei der Ausübung des Beiladungsermessens nach § 134 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu berücksichtigen. Vorsorglich wird angekündigt, dass die beiden Antragstellerinnen bereit wären, das Einverständnis für eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 135 Abs. 3 Satz 1, Halbs. 2 TKG) zu erklären.

### **III. Kein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach §§ 12 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 3 und 4 TKG**

Demgegenüber bedarf es für den Erlass der begehrten Feststellung weder der Durchführung eines Konsultationsverfahrens (§ 12 Abs. 1 und 2 TKG) noch eines Konsolidierungsverfahrens (§ 13 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 TKG).

Dies folgt aus dem Regelungsinhalt der beantragten Entscheidung. Der Antrag richtet sich auf den Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes. Ein solcher feststellender Verwaltungsakt beschränkt sich auf das Ergebnis eines behördlichen Subsumtionsvorgangs unter die bestehende Rechtslage. Er stellt die materielle Rechtslage für einen konkreten Einzelfall verbindlich fest, ohne diese Rechtslage zu ändern.

Allgemein U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2017, § 35 Rn. 219

So liegt es auch hier: Der Antrag zielt nicht auf Änderung der bestehenden Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 (für die ein Konsultations- und Konsolidierungsverfahren durchzuführen wäre), sondern auf die verbindliche Feststellung, ob die darin auferlegten Regulierungspflichten für das

von der Telekom Deutschland GmbH und der EWE TEL GmbH beabsichtigte Gemeinschaftsunternehmen gelten.

Es liegt auch kein Fall des § 15a Abs. 3 oder Abs. 4 Satz 2 TKG vor. Die Antragsteller begehren einen feststellenden Verwaltungsakt über die nach den geltenden Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 bestehenden Pflichten des Gemeinschaftsunternehmens. Sie begehren damit weder den Erlass von Verwaltungsvorschriften (§ 15a Abs. 3 TKG) noch eine Auskunft über die künftig zu erwartenden Festlegungen über regulatorischen Rahmenbedingungen i.S.v. § 15a Abs. 4 Satz 2 TKG i.V.m. §§ 10, 11 und 13 Abs. 5 TKG.

#### **IV. Feststellungsinteresse**

Die Antragstellerinnen haben auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der in den Anträgen zu 1. und 2. bezeichneten Feststellung. Für die Entscheidung der Antragstellerinnen über das Gemeinschaftsunternehmen ist es von entscheidender Bedeutung, ob das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG den Regulierungspflichten aus den Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 unterworfen sein würde.

Dies begründet ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist insoweit anerkannt, dass derjenige, der wirtschaftlich disponieren will, ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran hat, sich über die rechtlichen Risiken seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Klarheit zu verschaffen.

VGH Kassel, Urteil vom 17.12.1985 – 9 UE 2162/85,  
NVwZ 1988, 445 (446).

Diese für die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage entwickelten Grundsätze gelten sinngemäß auch für das berechtigte Interesse an einem feststellenden Verwaltungsakt, durch den die Verwaltung dem Antragsteller über die für ihn treffenden Rechte und Pflichten und die damit verbundenen rechtlichen Risiken seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Klarheit verschafft.



## **V. Antragsbefugnis**

Die Antragstellerinnen verfügen schließlich über die erforderliche Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO. In Abgrenzung zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozess erfordert die Antragsbefugnis im Verwaltungsverfahren die Möglichkeit einer Betroffenheit der Antragsteller in eigenen bzw. rechtlich geschützten Interessen.

Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22 Rn. 69; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2017, § 22 Rn. 63.

Ein solches Recht steht nicht nur dem Gemeinschaftsunternehmen zu, sondern auch den dahinter stehenden Gesellschaftern, die in Wahrnehmung ihrer unternehmerischen Freiheit ein Gemeinschaftsunternehmen gründen wollen, das am Markt für Telekommunikationsdienstleistungen tätig werden soll.

## **C. Begründetheit des Antrags**

Der Antrag ist auch begründet.

### **I. Keine Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage**

Die begehrte Feststellung bedarf zunächst keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG bedarf der Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes nur dann einer gesetzlichen Ermächtigung, wenn die Feststellung für den Betroffenen belastend, weil erklärtermaßen inhaltlich nicht genehm ist. Soll die Meinung des Betroffenen hingegen nur bestätigt werden, wie etwa bei einem sog. Negativattest über das Nichtbestehen einer Genehmigungspflicht, kann die Feststellung auch ohne gesetzliche Ermächtigung ergehen.

BVerwGE 72, 265 (267); 119, 123 (124 f.); BVerwG NJW 1987, 969; NVwZ 1991, 267; NVwZ 1992, 656 (666); NVwZ-RR 1992, 192.

So liegen die Dinge hier. Mit dem vorliegenden Antrag wird – ähnlich wie bei einem Negativattest über das Nichtbestehen einer Genehmigungspflicht – die Feststellung begehrt, dass die in den Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 der Telekom Deutschland GmbH auferlegten Regulierungspflichten jedenfalls nicht für das von den Antragstellerinnen geplante Gemeinschaftsunternehmen gelten würden.

**II. Keine Erstreckung der Pflichten  
aus den Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114  
auf das Gemeinschaftsunternehmen**

Das derzeit geplante Gemeinschaftsunternehmen würde aufgrund der im Sachverhalt beschriebenen gesellschaftsrechtlichen Struktur nicht den regulierungsrechtlichen Pflichten aus den Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 der Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur unterliegen.

**1. Beschränkung der Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 auf die „Betroffene“, also die Telekom Deutschland GmbH**

Dies ergibt zunächst die Auslegung der beiden Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 selbst.

- (1) Für die Ermittlung des Regelungsinhalts ist insoweit analog §§ 133, 157 BGB der von der Behörde erklärte Wille maßgeblich, wie ihn der Adressat nach dem Empfängerhorizont bei verständiger Würdigung verstehen musste (sog. objektiver Erklärungswert).

St. Rspr, vgl. nur BVerwGE 148, 146 (Rn. 14).

Unklarheiten gehen hierbei zu Lasten der Behörde.

BVerwGE 41, 303 (306); 60, 223 (228); 80, 164 (166); 99, 101 (103); 135, 209 (Rn. 21). Weitere Nachw. bei U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2017, § 35 Rn. 80 (in Fn. 377).

- (2) Nach diesen Maßstäben ist der Regelungsgehalt der Auferlegungsentscheidung in den beiden Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004

und BK 3h-14/114 auf die Verpflichtung der Telekom Deutschland beschränkt.

In beiden Regulierungsverfügungen werden die im Entscheidungstenor bezeichneten Zugangs- und Entgeltregulierungspflichten jeweils nur „gegenüber der Betroffenen“ auferlegt (vgl. jeweils Ziff. 1 Halbsatz 1 der Regulierungsverfügung BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114). Als Betroffene aber wird im Rubrum allein die Telekom Deutschland GmbH bezeichnet. Damit hat die Beschlusskammer 3 zum Ausdruck gebracht, dass die Auferlegungsentscheidung auf die Telekom Deutschland GmbH beschränkt sein und nicht auf die damit i.S.v. § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen erstreckt werden soll.

Dies ergibt sich bei der gebotenen verständigen Würdigung der Erklärung aus dem Empfängerhorizont ergänzend auch daraus, dass die Bundesnetzagentur in den jeweiligen Marktdefinitionen die Festlegung nicht auf die Telekom Deutschland GmbH beschränkt, sondern auch auf die damit nach § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen erstreckt hat. Wenn sie diese Erstreckung nur im Rahmen des Entscheidungstenors der Marktdefinition verfügt, die Auferlegungsentscheidung hingegen – enger – allein an die als Betroffene ausgewiesene Telekom Deutschland adressiert hat, dann folgt daraus im Umkehrschluss, dass die Auferlegungsentscheidung bewusst enger ausgestaltet worden ist als die Marktdefinition.

Ein solches Auseinanderfallen von Marktdefinition und Regulierungspflichten entspricht der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung von Marktdefinition einerseits und Regulierungsverfügung andererseits. Während die Marktdefinition auf die Feststellung beträchtlicher Marktmacht beschränkt ist und sich insofern auf alle Gesellschaften erstreckt, die mit dem marktmächtigen Unternehmen i.S.v. § 3 Nr. 29 TKG verbunden sind, ist die Regulierungsverfügung das Ergebnis einer individuellen Betätigung des Regulierungsermessens. Bei der hierbei gebotenen planungsähnlichen Abwägungsentscheidung ist die Bundesnetzagentur nicht nur frei, bestimmte Regulierungspflichten wie etwa die nach § 21 TKG nicht aufzuerlegen, sofern sie nur eine Regulierungspflicht aus dem Katalog des § 13 Abs.

5 Satz 1 TKG auferlegt. Sie kann auch im Rahmen ihrer Abwägung in Abkehr von § 3 Nr. 29 TKG die Regulierungspflichten auf einzelne der durch § 3 Nr. 29 TKG erfassten Gesellschaften beschränken.

Dies ist im Zweifel anzunehmen, wenn – wie hier – der Entscheidungstenor der Regulierungsverfügung in Bezug auf den Adressatenkreis enger formuliert ist als die zugrunde liegende Marktdefinition und zugleich in der Begründung der Abwägungsentscheidung keine Aussagen enthalten sind, die auf eine Erstreckung der auferlegten Regulierungspflichten auf damit i.S.v. § 3 Nr. 29 TKG verbundene Unternehmen hindeuten. Denn die Ausführungen im Rahmen der Abwägung gehen auf die mit der Telekom Deutschland verbundenen Unternehmen allein in Bezug auf die Gleichbehandlungspflichten nach § 19 TKG ein (vgl. Seite 296 Regulierungsverfügung BK 3d-15/004), im Übrigen sind sie auf die Betroffene beschränkt.

## **2. Keine Erstreckung der Regulierungspflichten nach § 3 Nr. 29 TKG auf das geplante Gemeinschaftsunternehmen**

Etwas anderes folgt namentlich nicht aus § 3 Nr. 29 TKG. Diese Vorschrift ist – ungeachtet ihres offeneren Wortlauts – bei der gebotenen verfassungs- und unionsrechtskonformen Auslegung nur dann anzuwenden, wenn das regulierte Unternehmen im engeren Sinne – die Telekom Deutschland GmbH – einen bestimmenden Einfluss über die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens ausüben würde. Dies ist nach der vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Konstruktion nicht der Fall. Im Einzelnen:

### **a) Rechtliche Maßstäbe**

Nach § 3 Nr. 29 TKG ist „Unternehmen“

„das Unternehmen selbst oder mit ihm im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbundene Unternehmen“.

#### **aa) Wortlaut**

Legte man allein den Wortlaut dieser Bestimmung zugrunde, so käme es auf das Vorliegen einer Leitungsmacht des markt-

mächtigen Unternehmens i.e.S. auf die mit ihm verbundenen Gesellschaften nicht an.

Nach den in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1 und 2 GWB werden nicht nur im konzernrechtlichen Sinne abhängige Unternehmen im Sinne der §§ 17, 18 AktG in den einheitlichen Unternehmensbegriff einbezogen (vgl. § 36 Abs. 2 GWB). § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) und b) GWB erstreckt den Zusammenschluss-Begriff auch auf den Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn die Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen (a) 50 vom Hundert oder (b) 25 vom Hundert des Kapitals oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen.

Allein unter Zugrundelegung des Wortlauts würde danach schon eine Beteiligung der Antragstellerin zu 2. in Höhe von 25 % an dem Gemeinschaftsunternehmen ausreichen, um die Regulierungspflichten nach dem TKG sowie nach den auf der Grundlage des TKG ergangenen Regulierungsverfügungen auf das Gemeinschaftsunternehmen zu erstrecken.

**bb) Notwendigkeit verfassungsrechtskonformer Einschränkung**

Dieses nach dem isolierten Wortlaut abzuleitende Ergebnis stünde bereits im Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Vorgaben.

- (1) Die Erstreckung der Regulierungspflichten über das Unternehmen im engeren Sinne selbst, für das eine beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde, auch mit ihm verbundenen Unternehmen ist ein erheblicher Eingriff in die Grundrechte des Tochterunternehmens wie auch der daran beteiligten Gesellschafter.

Als Eingriff in die Grundrechte der Unternehmens- und Wettbewerbsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG bedarf die Erstre-

ckung der Regulierungspflichten einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

- (2) Als Rechtfertigung kommt insoweit alleine in Betracht, zu verhindern, dass Unternehmen, die über eine beträchtliche Marktmacht verfügen, Dienstleistungen auf verbundene, rechtlich selbstständige Unternehmen auslagern, die nicht über eine beträchtliche Marktmacht verfügen, um sich so der Regulierung zu entziehen.

Zu diesem Zweck Scheurle/Mayen, TKG, 2. Auflage 2008, § 3 Rn. 80; Säcker, TKG-Kommentar, 3. Auflage 2013, § 3 Rn. 85; dazu auch BVerwG, NVwZ 2014, 942 (Rn. 22).

Eine solche Umgehung droht indessen nur dann, wenn das Unternehmen im engeren Sinne, das die von ihm erbrachten Dienstleistungen auf selbstständige Tochterunternehmen auslagert, auf dieses Tochterunternehmen allein maßgeblichen Einfluss ausüben kann.

Insoweit gelten keine anderen Grundsätze als für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen die öffentliche Hand und Private beteiligt sind. Auch hier bedarf die Erstreckung der Grundrechtsverpflichtung auf das gemischt privat-öffentliche Unternehmen schon wegen der Grundrechte der an der Gesellschaft beteiligten privaten Gesellschafter der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Das Bundesverfassungsgericht sieht diese Rechtfertigung auch hier in dem Gesichtspunkt der Umgehungsgefahr. Die öffentliche Hand soll sich nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“ der Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG entziehen können.

BVerfGE 128, 226 (Rn. 48).

Allerdings schlägt hierbei die Grundrechtsverpflichtung der öffentlichen Hand als Anteilseigner auf das gemischtwirtschaftliche Tochterunternehmen nur dann durch, wenn die-

ses Tochterunternehmen von der öffentlichen Hand beherrscht wird.

BVerfGE 128, 226 (Rn. 49, 51, 53).

Zur Konkretisierung hat das Bundesverfassungsgericht insoweit auf die Wertungen des Gesellschaftsrechts, konkret: die §§ 16, 17 AktG sowie auf die Kriterien des Art. 2 Abs. 1 lit. f der Richtlinie 2004/109/EG (Transparenzrichtlinie) für die Annahme eines kontrollierten Unternehmens abgestellt.

BVerfGE 128, 226 (Rn. 53).

Diese Wertungen sind auch auf die Auslegung des § 3 Nr. 29 TKG zu übertragen. Auch hier ist eine Umgehung der Regulierungspflichten allein mit der Auslagerung von Dienstleistungen des regulierten Unternehmens auf eine Tochtergesellschaft noch nicht gegeben. Denn solange das regulierte Unternehmen diese Tochtergesellschaft nicht allein beherrscht, ihr gegenüber nicht über eine positive Leitungsmacht verfügt, die ihm einen alleinigen beherrschenden Einfluss einräumt, drohen von dem Netzbetrieb des Tochterunternehmens nicht die Gefahren für die Regulierungsziele des TKG, die von einem marktmächtigen Unternehmen ausgehen und die Grund für die Auferlegung von Regulierungspflichten sind. Dies ist erst dann der Fall, wenn das regulierte marktmächtige Unternehmen die Tätigkeiten der Tochtergesellschaft bei der Erbringung der ausgelagerten Leistungen steuern kann, so dass im Ergebnis kein Unterschied zu der Situation besteht, in der das regulierte Unternehmen die regulierten Leistungen weiterhin unmittelbar selbst erbringt.

- (3) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.12.2013

BVerwG 6 C 24/12, NVwZ 2014, 942,

steht dieser einschränkenden Auslegung nicht entgegen.

Zwar hat der 6. Senat in dieser Entscheidung für die Anwendung des § 3 Nr. 29 TKG nicht auf das Vorliegen einer Herr-

schaftsmacht des regulierten Unternehmens im engeren Sinne abgestellt. Seine Aussage, dass der Gesetzgeber Abweichungen vom Gesellschaftsrecht bewusst hingenommen hat, betrifft allerdings eine andere Fallkonstellation.

Im dort entschiedenen Fall ging es nicht um die Erstreckung der für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geltenden Regulierungspflichten auf damit verbundene Tochtergesellschaften, also um einen Eingriff in die Rechte der Tochtergesellschaft. Vielmehr ging es um eine Rechtskreiserweiterung, also eine Begünstigung. Konkret ging es um die Ausweitung der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) und der dafür erforderlichen subjektiven Rechte, die den – nicht regulierten – Tochtergesellschaften zustanden, auf die Muttergesellschaft im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG. Regulierungspflichten waren damit nicht verbunden.

Allein zur Rechtfertigung derartiger Begünstigungen (von nicht regulierten Unternehmen) stellt das BVerwG auf einen anderen Zweck ab als den der Umgehung von Regulierungspflichten. Das Bundesverwaltungsgericht führt insoweit wörtlich aus:

„Der Gesetzgeber hat die Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 29 TKG aber nicht in der Weise eingeschränkt, dass Unternehmen **nur dann als Einheit zu betrachten** sind, wenn es um die **Anwendbarkeit der für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geltenden Regulierungsverpflichtungen** geht.“

BVerwG, a.a.O., Rn. 22 Mitte.

Dieser Gedanke greift indessen nicht, wenn es – wie im vorliegenden Fall – um die Anwendbarkeit der für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geltenden Regulierungsverpflichtungen auf Unternehmen geht, die mit dem marktmächtigen Unternehmen verbunden sind. In einem solchen Fall bleibt es bei demjenigen Zweck, den auch das Bundesverwaltungsgericht als den „in erster Linie“ mit § 3 Nr. 29 TKG verfolgten Zweck



geht, nämlich eine Umgehung der Regulierungspflichten zu vermeiden.

BVerwG, NVwZ 2014, 942 (Rn. 22).

Das aber wiederum setzt – wie dargelegt – voraus, dass dem regulierten Unternehmen Leitungsmacht gegenüber der Tochtergesellschaft zusteht.

### **cc) Unionsrechtskonforme Auslegung**

Aus dem Unionsrecht folgt Nämliches.

§ 3 Nr. 29 TKG beruht nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben der Einzelrichtlinien im Sinn von § 3 Nr. 7b TKG. Diese Richtlinien enthalten keine Legaldefinition im Sinn von § 3 Nr. 29 TKG und auch sonst ist ihnen keine entsprechende Vorgabe zu entnehmen. Dementsprechend haben andere Mitgliedsstaaten - wie beispielsweise Frankreich - eine vergleichbare Vorschrift auch nicht in ihrem nationalen Telekommunikationsgesetz niedergelegt. Auch dies zeigt, dass ein solches enges Verständnis weder gewollt noch erwünscht ist.

Vielmehr ist dem Unionsrecht zu entnehmen, dass sich regulatorische Maßnahmen immer nur auf ein konkret benanntes Unternehmen beziehen können. So regelt Art. 8 Abs. 2 ZRL, dass die nationale Regulierungsbehörde einem Betreiber, der aufgrund einer Marktanalyse nach Art. 16 RRL als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt eingestuft ist, die in den Art. 9-13 ZRL genannten Verpflichtungen auferlegen kann. „Betreiber“ ist nach Art. 2 lit. c) ZRL ein Unternehmen, das ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellt oder zur Bereitstellung hiervon befugt ist.

**b) Konsequenzen für den vorliegenden Feststellungsantrag**

Nach diesen Maßstäben dürfen die Regulierungspflichten, welchen die Antragstellerin zu 2. durch die Regulierungsverfügungen BK 3g-15/004 und BK 3h-14/114 der Beschlusskammer 3 unterworfen ist, nicht über § 3 Nr. 29 TKG auf das geplante Gemeinschaftsunternehmen durchschlagen.

Denn nach den vorgelegten konkretisierten Planungen der Antragstellerinnen steht der Telekom Deutschland keine Leitungsmacht gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen zu, durch die sie in die Lage versetzt würde, durch Auslagerung von Dienstleistungen auf das Gemeinschaftsunternehmen die ihr durch die in den Anträgen zu 1. und 2. bezeichneten Regulierungsverfügungen auferlegten Regulierungspflichten zu umgehen. Eine solche Umgehung setzt – wie dargelegt – voraus, dass die Telekom Deutschland GmbH auch nach der Übertragung des Netzbetriebs auf das Gemeinschaftsunternehmen in der Lage ist, bestimmenden Einfluss auf den Netzbetrieb allein auszuüben mit der Folge, dass ihr weiterhin die tatsächliche Funktionsherrschaft über das Netz zusteht. Dies ist nach dem Term Sheet nicht der Fall.

**aa) Keine Mehrheitsbeteiligung der Telekom Deutschland GmbH**

Die Telekom Deutschland GmbH ist an dem Gemeinschaftsunternehmen nur zu 50 % beteiligt. Leitungsmacht i.S.v. §§ 16, 17 AktG besteht daher nicht.

**bb) Art. 2 Abs. 1 lit. f der Richtlinie 2004/109/EG**

Das Gemeinschaftsunternehmen ist auch kein „kontrolliertes Unternehmen“ i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. f der Richtlinie 2004/109/EG.

Darunter fällt nur ein solches Unternehmen,

- an dem eine natürliche oder juristische Person über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder
- bei dem eine natürliche oder juristische Person das Recht hat, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, und gleichzeitig Aktionär oder Gesellschafter des betreffenden Unternehmens ist oder
- bei dem eine natürliche oder juristische Person Aktionär oder Gesellschafter ist und aufgrund einer Vereinbarung mit anderen Aktionären oder Gesellschaftern des betreffenden Unternehmens allein über die Mehrheit der Stimmrechte der Aktionäre bzw. Gesellschafter verfügt oder
- auf das bzw. über das eine natürliche oder juristische Person beherrschenden Einfluss oder die Kontrolle ausüben kann oder tatsächlich ausübt.

Diese Anforderungen sind vorliegend ebenfalls nicht erfüllt.

(1) *Keine Mehrheitsbeteiligung*

Die Telekom Deutschland GmbH hat weder die Mehrheit der Stimmrechte an dem Gemeinschaftsunternehmen [REDACTED]

(2) *Kein [REDACTED]*

Es ist auch kein [REDACTED] zwischen ihr und der EWE TEL vorgesehen, durch den die Telekom Deutschland GmbH in die Lage versetzt würde, [REDACTED]

(3) *Keine anderweitige Möglichkeit der Telekom Deutschland GmbH, herrschenden Einfluss ausüben zu können*

Schließlich besteht auch keine anderweitige Möglichkeit für die Telekom Deutschland GmbH, beherrschenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen allein ausüben zu können.

Diese Voraussetzung ist nur dann gegeben, wenn das herrschende Unternehmen entweder in der Lage ist, dem abhängigen Unternehmen für dessen Geschäftsführung Weisungen zu erteilen und deren Befolgung zu erzwingen, oder zumindest in der Lage ist, auf längere Sicht Konsequenzen herbeizuführen, wenn seinem Willen nicht entsprochen wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beherrschung tatsächlich ausgeübt wird; maßgeblich ist vielmehr, ob die Möglichkeit dazu besteht.

BGHZ 62, 193(197); OLG Düsseldorf ZIP 1993, 1791 (1793); AG 2003, 688 (Juris Rn. 25); OLG Braunschweig ZIP 1996, 875, 877;

Voraussetzung ist allerdings, dass sich die Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens im Ganzen erstreckt und zumindest die wichtigen Geschäftsbereiche erfasst. Der beherrschende Einfluss muss zudem auf einer ausreichend gesicherten Grundlage bestehen, während nur gelegentliche oder zufällige Einflussmöglichkeiten nicht ausreichen.

BGHZ 62, 193 (199); BGHZ 80, 69 (73); OLG Düsseldorf, AG 1994, 36 (Juris Rn. 38).

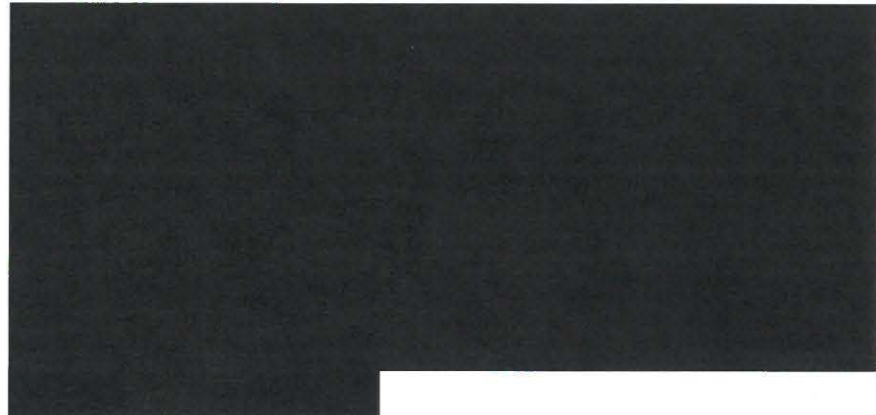
Die Einflussmöglichkeit muss schließlich gesellschaftsrechtlich bedingt oder zumindest vermittelt sein, während eine allein auf schuldrechtlicher Vertragsgrundlage begründete wirtschaftliche Abhängigkeit nicht genügt.

BGHZ 90, 381 (397); OLG Düsseldorf, AG 1994, 36 (Juris Rn. 39).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.

- (a) Keine einseitige Weisungsmöglichkeit der Telekom Deutschland GmbH

Zunächst besteht zwischen der regulierten Telekom Deutschland GmbH und dem Gemeinschaftsunternehmen [REDACTED] [REDACTED] der beherrschenden Einfluss vermitteln könnte.




Insofern liegen die Dinge anders als bei einer Ein-Personen-GmbH, bei welcher der Alleingesellschafter über das Letztentscheidungsrecht in allen Fragen der Geschäftsführung verfügt. Denn die Telekom Deutschland allein kann die Geschäftsführung [REDACTED] nicht zu einem bestimmten Verhalten veranlassen [REDACTED]

[REDACTED] Ebenso wenig kann sie die EWE TEL zu einem koordinierten Vorgehen zwingen. Sie hat es daher nicht in der Hand, allein den Netzbetrieb durch das Gemeinschaftsunternehmen zu beeinflussen und so die ihr auferlegten Regulierungspflichten zu umgehen.

- (b) [REDACTED] der Telekom Deutschland GmbH nicht ausreichend

Die der Telekom Deutschland [REDACTED] vermittelt ebenfalls noch keinen alleinigen beherrschenden Einfluss. Es wirkt nicht abhängigkeitsbegründend, [REDACTED]

. Wie dargelegt, erfordert ein beherrschender Einfluss die Möglichkeit, das beherrschte Unternehmen positiv zu einem bestimmten Handeln, einem einflusskonformen Verhalten veranlassen zu können.

Dazu etwa Hüffer, Aktiengesetz, § 17 Rn. 10; OLG Düsseldorf, AG 1994, 36 (37); AG 2003, 688 (689).

Dies ist der Fall, wenn zu erwarten ist, dass sich die Geschäftsleitung eines Unternehmens mit Rücksicht auf sonst in absehbarer Zeit wahrscheinliche persönliche Nachteile bereit finden wird, den Direktiven des beherrschenden Unternehmens zu folgen, das im Stande ist, derartige Nachteile herbeizuführen.

BGHZ 62, 193 (197); OLG Düsseldorf ZIP 1993, 1791 (1793); AG 2003, 688 (Juris Rn. 25); OLG Braunschweig ZIP 1996, 875, 877.

So verhält es sich hier nicht. 

- (c) Beherrschender Einfluss von mehreren gleichgeordneten Unternehmen nicht ausreichend im Rahmen von § 3 Nr. 29 TKG

Dem kann schließlich auch nicht entgegenghalten werden, dass nach der Rechtsprechung des BGH ein beherrschender Einfluss im Sinne des § 17 AktG auch von mehreren gleichgeordneten Unternehmen ausgehen kann.

BGHZ 62, 193 (197 f.).

Diese Rechtsprechung ist ausgerichtet am Schutzzweck des § 17 AktG zugunsten und aus Sicht des abhängigen Unternehmens.

So ausdrücklich BGHZ 62, 193 (197).

Aus dessen Perspektive kann eine Anwendung des § 17 AktG auch bei einer Mehrmüttergesellschaft bestehen, deren Anteile zu jeweils 50 % von zwei Unternehmen gehalten werden, da das andere Unternehmen der Gefahr einer ihm nachteiligen gleichgerichteten Interessenverfolgung durch eine unternehmerische Aktionärsmehrheit ausgesetzt sein kann, der das Gesetz mit den hier in Betracht kommenden Schutzvorschriften gerade begegnen will.

BGHZ 62, 193 (199).

Im hier maßgeblichen Zusammenhang des § 3 Nr. 29 TKG ist aber nicht die Perspektive des abhängigen Unternehmens entscheidend. Denn es geht darum, ob das regulierte marktmächtige Unternehmen seine Bindung an die Regulierungspflichten dadurch umgehen kann, dass es seine regulierten Leistungen durch ein Tochterunternehmen erbringen lässt, dessen Tätigkeit es aber steuern kann, so dass insoweit kein Unterschied zu der Situation besteht, in der das regulierte Unternehmen die regulierten Leistungen selbst erbringt. Von dieser Zweckrichtung ist daher allein entscheidend, ob das regulierte Unternehmen allein bestimmenden Einfluss auf das Tochterunternehmen ausüben kann. Dies aber ist bei einer 50 %-Beteiligung wegen der Blockademöglichkeit des anderen Gesellschafters, hier der EWE TEL GmbH, nicht der Fall (sofern nicht weitere, Einfluss vermittelnde Aspekte hinzukommen).

Nichts Anderes gilt für die Mehrmütterklausel nach § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB. Zwar kann diese Vorschrift dann erfüllt sein, wenn ein Nebeneinander paritätischer Beteiligungen Mehrerer, also z. B. eine 50:50-Beteiligung, besteht und weitere Umstände hinzukommen, welche eine gesicherte gemeinsame Beherr-

schungsmöglichkeit garantieren, was jedenfalls ein Einigungszwang hinsichtlich zustimmungsbedürftiger laufender Geschäfte,

so Paschke, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 36 Rn. 105,

oder eine rechtlich gesicherte einheitliche Stimmabgabe voraussetzt,

Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur deutschen Fusionskontrolle, § 23 Rn. 361 ff.,

was beides vorliegend nicht gegeben ist. Dies kann jedoch im Ergebnis dahinstehen. Selbst wenn der Tatbestand des § 36 Abs. 2 Satz 2 GWB erfüllt wäre, rechtfertigt dies nicht die Anwendung von § 3 Nr. 29 TKG, weil für dessen Zweckrichtung – wie gesagt – allein entscheiden ist, ob das regulierte Unternehmen allein bestimmenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen hat. Dies ist aus den schon dargestellten Gründen zu verneinen.

Davon abgesehen setzt die Rechtsprechung des BGH voraus, dass Anhaltspunkte für eine gleichgerichtete Interessenverfolgung bestehen. Im dort entschiedenen Fall ergaben sich diese Anhaltspunkte daraus, dass die Gesellschafter reine Familiengesellschaften waren, denen im Wesentlichen dieselben Personen angehörten.

BGHZ 62, 193 (199).

Anders liegen die Dinge hingegen auch aus der Perspektive des potenziell abhängigen Unternehmens, wenn dessen Anteile – wie hier – in der Hand mehrerer voneinander unabhängiger Gesellschaften mit verschiedenem Mitgliederbestand sind. Denn bei ihnen erzeugt die Unterschiedlichkeit der Interessen und der Willensbildung gewöhnlich ein Spannungsverhältnis, das zu einer gegenseitigen Machtbeschränkung führen und auf



diese Weise für das andere Unternehmen immerhin einen gewissen Schutz gegen die stetige Inanspruchnahme für ein fremdes Unternehmensinteresse bedeuten kann.

BGHZ 62, 193 (199 f.).

Mit freundlichen Grüßen



ppa. Matthias Büning

(EWE TEL GmbH)



i.V. Carsten Gottschalk

(Deutsche Telekom AG)



i.A. Andrea Weißenfels

(EWE TEL GmbH)



i.A. Dr. Torben Butchereit

(Deutsche Telekom AG)