

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

**Konsultationsentwurf zur Erstreckung der
Marktdefinitionen und Marktanalysen (BK1-12/003 vom
27.08.2015 - 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**

öffentliche Fassung

Konsultationsentwurf 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

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.

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 benötigten 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.

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.

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 verwaltungsverfahrenrechtlichen 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 Europäische Kommission führt Folgendes aus:

„ANACOM’s SMP designation, on the contrary, is carried out in a merely general way, incorporating undertakings within the PT Group which operate in the wholesale fixed call origination market, without specifying which undertakings are

precisely referred to. Therefore, the Commission invites ANACOM to fully clarify in its final adopted measure the specific undertakings within the PT Group that have SMP”.

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 hiernach 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 hier 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.

III. Hinweis

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

Bonn, den....

Dr. Eschweiler
(Beisitzer und
Berichterstatter)

Homann
(Vorsitzender)

Franke
(Beisitzer)

BK 1-18/002