



Beschlusskammer 3

BK 3-17/071

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin zu 1.,

und der

Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin zu 2.,

vom 19.12.2017 auf Feststellung der Nicht-Geltung von Regulierungspflichten aus den Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 und BK3h-14/114 für ein von den Antragstellerinnen geplantes Gemeinschaftsunternehmen,

Antragstellerin zu 3.:

Vodafone GmbH, Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf,
vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte

der Antragstellerin zu 2.:

Deutsche Telekom AG
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn

diese vertreten durch
Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner
Mildred-Scheel-Straße 1
53175 Bonn –

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

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,
die Beisitzerin Judith Schölzel und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

auf die mündliche Verhandlung vom 28.05.2018 beschlossen:

Es wird festgestellt, dass ein Gemeinschaftsunternehmen der Antragstellerinnen zu 1. und 2., das gemäß dem diesem Beschluss als **Anlage 1** beigefügten Term Sheet gegründet und betrieben wird, nicht den Pflichten der Regulierungsverfügung BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 unterliegt.

Sachverhalt

Die Antragstellerinnen betreiben öffentliche Telekommunikationsnetze.

Die Antragstellerin zu 1. bietet in Niedersachsen, Bremen sowie in Teilen Brandenburgs und Nordrhein-Westfalens Telefonie-, Internetdienstleistungen, TV und Mobilfunk im Privatkunden- und Geschäftskundensegment an. Nach eigenen Angaben möchte sie bis 2027 in Glasfaser-Teilnehmeranschlüsse (Fiber to the Home = FTTH) über 1 Milliarde Euro investieren.

Die Antragstellerin zu 2. ist Gesamtrechtsnachfolgerin der Deutsche Telekom AG, die ihrerseits Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost bzw. der Deutschen Bundespost Telekom ist. Sie betreibt ein bundesweites Teilnehmernetz. Die Teilnehmeranschlüsse sind ganz überwiegend auf der Basis von Kupferdoppeladern realisiert. Auf Basis ihrer bundesweit flächendeckenden Telekommunikationsinfrastruktur bietet sie Endkunden u.a. ein Leistungsbündel aus breitbandigem Anschluss und breitbandigen Transportdiensten einschließlich Internetzugang an. Auch sie hat angekündigt, künftig in einen Ausbau von Glasfasernetzen bis zu den Haushalten, zunächst allerdings mit einem Fokus auf Geschäftskunden, zu investieren.

Mit der Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 vom 28.10.2015 wurde u.a. die Verpflichtung der Antragstellerin zu 2. beibehalten, anderen Unternehmen auf Nachfrage Bitstrom-Zugang dadurch zu gewähren, dass sie im Rahmen eines einheitlichen Produktes dem nachfragenden Unternehmen breitbandige Anschlüsse, die auf Grundlage von Kupferdoppeladern, rückkanalfähigen Breitbandkabeln oder massenmarktfähigen FTTH realisiert sind, überlässt und den zugehörigen Paketstrom auf Layer 2-Ebene an geeigneten Übergabepunkten der Konzentratornetze und auf Layer 3-Ebene an geeigneten Übergabepunkten der Kernnetze übergibt, und ein Standardangebot dafür zu veröffentlichen. Die Entgelte für den Layer 2-Bitstrom-Zugang (L2-BSA) wurden der Genehmigungspflicht gemäß § 31 TKG nach Maßstab des § 28 TKG unterworfen. Die Entgelte für den Layer 3-Bitstrom-Zugang (IP-BSA) wurden der Regulierung nach § 38 TKG unterworfen. Die Verpflichtungen für den IP-BSA werden dabei unter der aufschiebenden Bedingung widerrufen, dass für die in der Regulierungsverfügung benannten 20 Städte ein Layer-2-Bitstromzugangsprodukt gemäß den Bedingungen des regulierten Standardangebots verfügbar ist.

Die genannte Regulierungsverfügung ist an die Antragstellerin zu 2. adressiert. Auch die dieser Regulierungsverfügung zu Grunde liegende Festlegung der Präsidentenkammer (BK1-14/001 vom 09.07.2015) nennt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Antragstellerin zu 2.

Mit der Regulierungsverfügung BK 3g-15/004 vom 01.09.2016 wurde die bereits in den vorangegangenen Regulierungsverfügungen getroffene Verpflichtung der Antragstellerin zu 2. beibehalten, anderen Unternehmen Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu ermöglichen und zum Zwecke dieser Zugangsgewährung Kollokation zu gewährleisten und ein Standardan-

gebot dafür zu veröffentlichen. Die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der Kollokation wurden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Abweichend hiervon wurden die Entgelte für die Gewährung des Zugangs zur Glasfaser-TAL (massenmarktfähiges FTTH) einschließlich des lokalen virtuell entbündelten Zugangs zum massenmarktfähigen FTTH der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.

Auch diese Regulierungsverfügung ist an die Antragstellerin zu 2. gerichtet. Die dieser Regulierungsverfügung zu Grunde liegende Festlegung der Präsidentenkammer (BK1-12/003 vom 27.08.2015) nennt ebenso wie die Festlegung für den Markt 3b die Antragstellerin zu 2. als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und enthält – insoweit allerdings anders als die Festlegung für den Markt 3b - den Zusatz „und die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG)“.

Die Antragstellerinnen verhandeln über die Gründung eines gemeinsamen Unternehmens (Joint Venture, „JV“) zum Ausbau von hochleistungsfähigen Glasfaseranschlüssen (Gigabit-Netz) in Nordwestdeutschland.

Sie haben in einem Term Sheet den Stand der Verhandlungen niedergelegt.

[Beginn BuGG] ... [Ende BuGG].

Die Gründung der Gesellschaft steht unter dem Vorbehalt, dass die Fusionskontrollbehörden den Zusammenschluss freigeben und die Bundesnetzagentur feststellt, dass das JV nicht unter die Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 (TAL-Regulierungsverfügung) und BK3h-14/114 vom 28.10.2015 (Bitstrom-Regulierungsverfügung) fällt.

Mit einem gemeinsamen Antrag vom 19.12.2017 beantragen die Antragstellerin zu 1. und die Antragstellerin zu 2.

festzustellen, dass das von ihnen geplante Gemeinschaftsunternehmen

1. nicht den Pflichten nach Maßgabe von Ziffer 1.1 bis 1.8 sowie Ziff. 2 der Regulierungsverfügung BK3g-09/085 vom 21.03.2011 in der Fassung der Regulierungsverfügungen BK3d-12/131 vom 30.08.2013 und BK3g-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 BK3b-09/069 vom 17.09.2010 in der Fassung der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 unterliegt.

Zur Begründung führen die Antragstellerinnen im Wesentlichen aus, dass Kooperationen notwendig seien, um schneller und mehr Gebiete mit FTTH auszubauen. Für die Wirtschaftlichkeit des Projekts sei es unerlässliche und damit auch notwendige Bedingung, dass das Gemeinschaftsunternehmen mit der Übernahme des Netzbetriebs nicht den Regulierungspflichten der Antragstellerin zu 2 unterworfen sei. Aus diesem Grund hätten die Antragstellerinnen auch einen Anspruch auf die begehrte Feststellung. Die o. g. Regulierungsverfügungen verpflichteten jeweils nach dem Wortlaut des Tenors die hiesige Antragstellerin zu 2. Dagegen würde die Festlegung ausdrücklich neben der Antragstellerin zu 2. auch die mit ihr verbundenen Unternehmen i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG benennen. Daraus folge, dass sich die Verpflichtungen nicht auf verbundene Unternehmen i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG erstreckten.

Im Übrigen werde das zu gründende Unternehmen aber auch kein mit der Antragstellerin zu 2. verbundenes Unternehmen i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG sein. Denn die Norm müsse verfassungs- und unionsrechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass für die Übertragung von regulatorischen Pflichten auf ein Unternehmen, an dem das regulierte Unternehmen beteiligt sei, eine tatsächliche Beherrschung erforderlich sei. Dies sei nicht gegeben, weil die Antragstellerin zu 2. weder eine Stimmenmehrheit habe noch ansonsten unabhängig von der Antragstellerin zu 1. über die Geschäftsführung bestimmen können werde.

Unter dem 21.12.2017 hat die Beschlusskammer die Beschlusskammer 1 (Präsidentenkammer) um Auskunft ersucht, wie die Festlegungen BK 1-12/003 vom 27.08.2015 (TAL-Markt) und BK 1-14/001 vom 09.07.2015 (Bitstrom-Märkte) im Hinblick auf ein von der Antragstellerin zu 2. als

Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gegründetes Gemeinschaftsunternehmen zu verstehen und auszulegen sind.

Mit Schreiben vom 15.05.2018 hat die für die Vorbereitung von Festlegungen der Beschlusskammer 1 nach §§ 10, 11 TKG zuständige Fachabteilung (Abteilung 1) der erkennenden Beschlusskammer einen Konsultationsentwurf zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen übersandt, in dem die im Schreiben vom 21.12.2017 gestellten Fragen wie folgt beantwortet wurden:

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 (BK1-14/001) genannt, noch war es Gegenstand dieser Analysen und ist damit nicht von den beiden derzeit geltenden Marktanalysen umfasst.

Der parallel dazu vorbereitete Konsultationsentwurf für die hiesige Entscheidung ist am 16.05.2018 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, bis zum 04.06.2018 Stellungnahmen zum Konsultationsentwurf einzureichen. Ein entsprechender Hinweis auf die Veröffentlichung des Entscheidungsentwurfs zur nationalen Konsultation und zur Möglichkeit zur Stellungnahme ist zudem als Mitteilung Nr. 112 im Amtsblatt Nr. 09/2018 vom 16.05.2018 veröffentlicht worden.

In der am 28.05.2018 durchgeführten öffentlichen mündlichen Anhörung ist den interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zum hiesigen Entscheidungsentwurf gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll, das Gegenstand der Verfahrensakte ist, Bezug genommen.

Innerhalb der schriftlichen Konsultationsfrist sind Stellungnahmen von fünf interessierten Parteien eingegangen.

Die QSC AG, die 1&1 Telecom GmbH und die 1&1 Versatel GmbH und der Telecom e.V. haben im Wesentlichen wortgleich im parallelen Konsultationsverfahren BK1-18/002 vorgetragen. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

Die QSC AG fordert darüber hinaus für den Fall, dass das JV tatsächlich in die Praxis umgesetzt und die Geschäftsaufnahme vor Inkrafttreten einer neuen Marktanalyse und darauf basierender Regulierungsverfügung geplant werden, zu überprüfen, ob etwaigen Wettbewerbsverzerrungen nicht auch anderweitig begegnet werden könne. In Betracht käme für den Übergangszeitraum auch eine Zugangsverpflichtung nach § 18 TKG, bis die Marktbeherrschung festgestellt werde.

Die 1&1 Telecom GmbH und die 1&1 Versatel GmbH bemängeln zudem, dass die Vertretungsmacht der Deutschen Telekom AG für die Antragstellerin zu 2. nicht dargelegt sei.

Der Telecom e.V. führt aus, der Beschluss der Beschlusskammer 3 stelle das JV von den Regulierungsverfügungen des Marktes 3a und b frei, weise aber darauf hin, dass sich dies bis zur Betriebsfähigkeit des JV ändern könne. Ebenso wie im Parallelverfahren würden hier keine Kriterien an die Hand gegeben, unter welchen Umständen welche Regulierungsmaßnahmen in Zukunft greifen würden oder könnten.

Die Antragstellerin zu 3. trägt vor, der Gegenstand des Verfahrens habe erhebliche Auswirkungen nicht nur im konkreten Fall des geplanten Gemeinschaftsunternehmens der Antragstellerinnen, dessen Regulierung zwei zentrale Vorleistungsmärkte betreffe, sondern auch auf die künftige Durchsetzbarkeit von Regulierungsverpflichtungen auf allen regulierten Märkten. Das Ergebnis des Konsultationsentwurfs führe zu einer rechtlich wie regulatorisch unerträglichen Situation. Dies gelte zum einen wegen der damit verbundenen Freistellung eines bedeutenden Geschäftsbereichs der Antragstellerin zu 2. von der Regulierung, die dringend im Rahmen des anstehenden Marktfeststellungs- und analyseverfahrens zurückgenommen werden müsste. Zum

anderen würde ein Präzedenzfall geschaffen, welcher einer Umgehung von Regulierungsverpflichtungen durch die Verlagerung regulierter Geschäftsbereiche Tür und Tor öffne, obwohl dies weder rechtlich geboten noch regulatorisch sachgemäß sei. Für die Beantwortung der entscheidenden Frage der Erstreckung der Regulierungsverfügungen auf das geplante Gemeinschaftsunternehmen sei der Konsultationsentwurf im Parallelverfahren BK1-08/002 maßgeblich. Die Feststellung der Beschlusskammer, dass Marktanalysen und Regulierungsverfügungen grundsätzlich gemäß § 3 Nr. 29 TKG auch verbundene Unternehmen umfassten, werde begrüßt. Zutreffend sei auch die Feststellung, dass eine Regulierungsverfügung nur gegenüber Unternehmen, für die beträchtliche Marktmacht festgestellt worden sei, erlassen werden könne. Insoweit sei es konsequent, dass eine Erstreckung von Regulierungsverpflichtungen auf verbundene Unternehmen nur dann erfolgen könne, wenn diese von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht im Rahmen der Marktanalyse umfasst seien. Ein Ermessensspielraum für die Erstreckung von Regulierungsverpflichtungen auf Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht bestehe insoweit nicht. Der Entscheidungsentwurf im Parallelverfahren sei aus mehreren Gründen rechtsfehlerhaft und in der Sache nicht zu rechtfertigen. Im Übrigen mache sie die Stellungnahme im Parallelverfahren auch zum Gegenstand des hiesigen Vortrags.

Sie beantragt, wie folgt zu entscheiden:

„Es wird festgestellt, dass ein Gemeinschaftsunternehmen der Antragstellerinnen, das gemäß dem diesem Beschluss als Anlage 1 beigefügten Term Sheet gegründet und betrieben wird, den Pflichten der Regulierungsverfügung BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und der Regulierungsverfügung BK3h-14/114 vom 28.10.2015 unterliegt.“

Die im Rahmen des Konsultationsverfahrens eingegangenen schriftlichen Stellungnahmen sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens am 06.06.2018 im Internet veröffentlicht worden, worauf mit Mitteilung Nr. 155 im Amtsblatt Nr. 11/2018 vom 13.06.2018 hingewiesen wurde. Hierauf wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags Bezug genommen.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 19.06.2018 Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf gegeben worden. Das Bundeskartellamt hat mit E-Mail vom 21.06.2018 mitgeteilt, dass es mit Blick auf die Erteilung des Einvernehmens und die Stellungnahme im parallel von der Beschlusskammer 1 geführten Verfahren betreffend die Auslegung der beiden Festlegungen für die Märkte 3a und 3b von einer Stellungnahme im hiesigen Verfahren absieht.

Mit Schreiben vom 12.07.2018 hat die Fachabteilung der Beschlusskammer die endgültige Entscheidung der Präsidentenkammer zur Erstreckung der Marktdefinitionen und Marktanalysen auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen vom 10.07.2018 zur weiteren Verwendung übersandt (diesem Beschluss beigefügt als **Anlage 2**). Die darin gegebenen Antworten auf die im Schreiben der Beschlusskammer vom 21.12.2017 gestellten Fragen entsprechen denjenigen im am 15.05.2018 übermittelten Konsultationsentwurf (siehe oben).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gründe sowie auf die Akten verwiesen.

Gründe

Die von den Antragstellerinnen begehrte Feststellung der fehlenden Geltung von Verpflichtungen aus den Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und BK3h-14/114 vom 28.10.2015 für das von den Antragstellerinnen geplante Gemeinschaftsunternehmen wird antragsgemäß getroffen.

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der Entscheidung sind §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 20, 21, 23, 24 und 30 TKG.

Es kann vorliegend dahinstehen, ob die begehrte Feststellung auch ohne eine gesetzliche Ermächtigung getroffen werden könnte, wenn deren Inhalt jedenfalls für die Antragstellerinnen nicht belastend ist,

vgl. BVerwGE 72, 265, 266 ff..

Denn es ist jedenfalls ausreichend ist, wenn die Ermächtigungsgrundlage für eine Feststellung wie hier dem Gesetz im Wege der Auslegung unter Rückgriff auf den Normzweck entnommen werden kann,

vgl. stRspr BVerwG, Urteil vom 14.02.2007 – 6 C 28/05 m.w.N..

In §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 20, 21, 23, 24 und 30 TKG ist die Befugnis der Bundesnetzagentur zum Erlass von Regulierungsverfügungen geregelt. Der einheitliche Verwaltungsakt aus Regulierungsverfügung und dieser zugrunde liegenden Festlegung gemäß §§ 10, 11 TKG (s. § 13 Abs. 5 TKG) entscheidet über das Ob und die Reichweite der sektorspezifischen Regulierung. In der Befugnis zur Auferlegung, Beibehaltung oder Änderung von Verpflichtungen gegenüber bestimmten Unternehmen, ist gleichsam als Minus die Befugnis zur Feststellung über die personelle Reichweite dieser Verpflichtungen enthalten. Zwar ist in der jeweiligen Regulierungsverfügung der Adressat der auferlegten Verpflichtungen konkret benannt. Allerdings können sich während des mehrjährigen Geltungszeitraums einer Regulierungsverfügung neue Entwicklungen hinsichtlich des benannten Adressaten in Form von Rechtsnachfolgen, Ausgründungen, Neugründungen etc. ergeben, welche eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der personellen Reichweite einer Regulierungsverfügung zur Folge haben. Für die Beseitigung derartiger Rechtsunsicherheiten durch Feststellung besteht ein praktisches Bedürfnis, denn für das jeweilige Unternehmen hat die Unterwerfung unter Regulierungsverpflichtungen weitreichende Folgen. So hat es für den Fall, dass das regulierte Unternehmen aufgrund einer fehlerhaften Annahme über die personelle Reichweite einer Regulierungsverfügung seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ggf. mit Konsequenzen in Form von behördlichen Anordnungen bis hin zur Verpflichtung zur Zahlung von Bußgeldern im Fall der Abrechnung nicht genehmigter, aber genehmigungspflichtiger Entgelte zu rechnen. Die Befugnis der Bundesnetzagentur diesbezügliche Feststellungen zu erlassen, ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz erforderlich und von der Befugnis zur Auferlegung, Beibehaltung oder Änderung von Verpflichtungen mit umfasst. Ziele des TKG, welche einer solchen Feststellung entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

2. Zulässigkeit des Antrags

Die Deutsche Telekom AG ist Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin zu 2. Das entspricht jahrlanger, von den Marktakteuren nicht in Frage gestellter Praxis in den telekommunikationsrechtlichen Regulierungsverfahren. Nach Übergang des Festnetzes der Deutschen Telekom AG auf die Antragstellerin zu 2. im Jahr 2010 ist die Deutsche Telekom AG von der Antragstellerin zu 2. als Verfahrensbevollmächtigte für sämtliche Beschlusskammerverfahren benannt worden. Ein entsprechendes Schreiben liegt der Beschlusskammer vor.

Die Feststellung der fehlenden Geltung von Verpflichtungen aus den Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und BK3h-14/114 vom 28.10.2015 für das JV kann auch im Antragsverfahren erfolgen,

vgl. BK3g-15/004 vom 01.09.2016, S. 137 f..

Ein berechtigtes Interesse der Antragstellerinnen an der Feststellung, ob die in den genannten Regulierungsverfügungen auferlegten regulatorischen Verpflichtungen auch für das geplante JV Anwendung finden, ist vorliegend gegeben.

Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zum allgemeinen Feststellungsinteresse im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, § 43 Abs. 1 VwGO, ist grundsätzlich jedes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art ausreichend. Entscheidend ist, dass die (gerichtliche) Entscheidung geeignet ist, die Rechtsposition des Antragstellers (Klägers) in den genannten Bereichen zu verbessern,

vgl. Knack/Henneke, VwVfG, § 35 Rn. 139.

Zwar spricht mit Blick auf den erforderlichen Vorlauf bis zur tatsächlichen Aufnahme des Wirkbetriebes durch das JV – Gründung des JV sowie Planung, Vorbereitung und Durchführung des Netzausbaus - einiges dafür, dass die hier einschlägigen, aktuell noch geltenden Regulierungsverfügungen zum Zeitpunkt des tatsächlichen Beginns des Netzbetriebs des JV mit großer Wahrscheinlichkeit infolge neuer Marktfestlegungen für die Märkte 3a und 3b sowie darauf aufsetzender aktualisierter Regulierungsverfügungen überholt sein werden. Sicher ist das mit Blick auf künftige Marktentwicklungen, die ggf. mit zu berücksichtigen wären, aber nicht, so dass nicht völlig ausgeschlossen werden kann, dass die streitgegenständlichen Regulierungsverfügungen jedenfalls in der Anfangsphase des JV noch Geltung haben werden.

Auch die Tatsache, dass das geplante Gemeinschaftsunternehmen noch das Fusionskontrollverfahren nach § 37 GWB beim Bundeskartellamt durchlaufen muss, bevor es seine Geschäfte aufnehmen kann und es somit noch nicht hinreichend klar ist, ob das Unternehmen überhaupt in der geplanten Form jemals an den Markt gehen kann, spricht nicht gegen eine Feststellungsinteresse der Antragstellerinnen zu jetzigen Zeitpunkt. Würde man den erfolgreichen Abschluss eines solchen Verfahrens als Voraussetzung für eine Feststellung fordern, würde man verkennen, dass das Nichtbestehen von Regulierungsverpflichtungen für die beteiligten Unternehmen gerade eine wesentliche, aus Sicht der hiesigen Antragstellerinnen sogar notwendige Bedingung dafür ist, ihre Pläne weiterzuverfolgen und dazu auch eine kartellrechtliche Klärung herbeizuführen. Zudem bestünde die Gefahr einer Pattsituation, wenn nämlich beide Behörden den erfolgreichen Abschluss des Verfahrens bei der jeweils anderen Behörde als Voraussetzung für eine eigene Entscheidung ansehen würden.

Da die Antragstellerinnen als zukünftige Gesellschafterinnen bereits mit der Gründung des JV erhebliche finanzielle Dispositionen treffen müssen, haben sie ein nachvollziehbares wirtschaftliches Interesse daran zu erfahren, ob dieses, wenn auch nur für einen begrenzten Zeitraum, den für die Antragstellerin zu 2. geltenden Verpflichtungen unterliegen wird. Die Antragstellerinnen sind als künftige Gesellschafterinnen des JV von der Frage, ob dieses Regulierungsverpflichtungen unterliegen wird, deshalb auch unmittelbar selbst betroffen.

3. Begründetheit des Antrags

3.1 Zuständigkeit der Beschlusskammer

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung, Änderung oder Beibehaltung von Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 20, 21, 23, 24 und 30 TKG ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG. Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Dies gilt kraft Sachzusammenhangs auch für feststellende Entscheidungen zur Geltung von nach diesen Vorschriften auferlegten Verpflichtungen für bestimmte Unternehmen.

Gemäß § 132 Abs. 5 S. 2 TKG i. V. m. § 6 Abs. 2 S. 2 der Geschäftsordnung der Bundesnetzagentur ergeht die Festlegung nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer. Diese ist kraft Sachzusammenhangs auch für die Auslegung der Marktfestlegungen zuständig.

3.2 Verfahren

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten, § 135 Abs. 1 TKG und aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Der Entwurf der Entscheidung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind zudem jeweils gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG entsprechend im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ist die Entscheidung gemäß § 132 Abs. 5 S.1 TKG behördenintern abgestimmt worden. Darüber hinaus ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entscheidungsentwurf zu äußern, § 123 Abs. 1 S. 2 TKG.

Der Entwurf ist aus Gründen eines konsistenten Vorgehens zum Verfahren der Präsidentenkammer und weil die in diesem Fall maßgebliche materiell-inhaltliche Rechtsfrage in der Entscheidung der Präsidentenkammer behandelt wird keinem Konsolidierungsverfahren nach § 13 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 12 Abs. 2 TKG unterworfen worden. Zu den Gründen für das Absehen von der Durchführung eines Konsolidierungsverfahrens wird auf die Ausführungen in der als **Anlage 2** beigefügten Entscheidung im Verfahren BK1-18/002 (siehe dort Seite 3) verwiesen. .

3.3 Feststellung der fehlenden Unterwerfung des JV unter die Regulierungsverfügungen

Die Regulierungsverfügungen BK 3h-14/114 und BK 3d-15/004 sind jeweils an die Antragstellerin zu 2. adressiert. Dementsprechend kommt eine persönliche Erstreckung der Regulierungsverfügungen auf das JV nur in Betracht, wenn das JV die Rechtsnachfolgerin der Antragstellerin zu 2. wäre oder die Erstreckung aus § 3 Nr. 29 TKG folgen würde.

3.3.1 Keine Geltung der Regulierungspflichten aufgrund von Rechtsnachfolge

Das JV soll keine Rechtsnachfolgerin der Antragstellerin zu 2. sein. Das Term Sheet sieht nicht vor, dass das JV in Rechte und Pflichten der Antragstellerin zu 2. eintritt.

[Beginn BuGG] ... [Ende BuGG]

3.3.2 Keine Erstreckung der Regulierungsverfügungen auf das JV

Die Regulierungsverfügungen erstrecken sich nicht deshalb auf das JV, weil dieses ein mit der jeweiligen Adressatin, der Antragstellerin zu 2., verbundenes Unternehmen darstellt (§ 3 Nr. 29 TKG).

Zwar kommt die Präsidentenkammer in ihrer diesem Beschluss als **Anlage 2** beigefügten Entscheidung zur Erstreckung der Marktdefinition und Marktanalyse auf ein geplantes Gemeinschaftsunternehmen vom 10.07.2018 zu dem Ergebnis, dass das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen ein mit der Antragstellerin zu 2. i.S.d. § 3 Nr. 29 TKG verbundenes Unternehmen ist. Diese rechtliche Wertung muss gleichermaßen für die Regulierungsverfügungen gelten.

Eine Erstreckung der Regulierungsverfügungen auf das JV ist allerdings immer auf die personelle Reichweite der dieser zugrunde liegenden Festlegungen limitiert, denn die Regulierungsverfügungen verhalten sich im Hinblick auf den Adressaten zu den Festlegungen insofern akzessorisch, als eine Regulierungsverfügung nicht andere Unternehmen verpflichten kann, als die in der Festlegung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifizierten. Nur Unternehmen, die auf Märkten im Sinne des § 11 über beträchtliche Marktmacht verfügen, werden durch die Bundesnetzagentur Maßnahmen auferlegt (§ 9 Abs. 2 TKG).

Die Festlegung umfasst indessen das beabsichtigte JV nicht. Die Präsidentenkammer kommt im Rahmen der o.g. Entscheidung vom 10.07.2018 (**Anlage 2**) zu dem Ergebnis, dass das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen weder in der Marktanalyse zu Markt Nr. 3a (BK1-12/003) noch zu Markt Nr. 3b (BK1-14/001) genannt ist, noch Gegenstand dieser Analysen ist und damit nicht von den beiden derzeit geltenden Marktanalysen umfasst ist.

Daher konnten und können dem JV auf Basis der geltenden Festlegungen keine Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden. Demzufolge ist von der Beschlusskammer festzustellen, dass das JV nicht den Pflichten nach Maßgabe der Regulierungsverfügungen BK3g-15/004 vom 01.09.2016 und BK3h-14/114 vom 28.10.2015 unterliegt.

Es wird schließlich auf den Hinweis am Ende der Ausführungen der Präsidentenkammer (**Anlage 2**) verwiesen, wonach diese ausschließlich die vorliegend zu entscheidende Frage betreffen und keine künftigen Marktanalysen präjudizieren – und dementsprechend auch nicht ggf. auf Grundlage dieser künftig aufzuerlegende Abhilfemaßnahmen.

Die Beschlusskammer hält auch unter Berücksichtigung des Vorbringens im nationalen Konsultationsverfahren an ihrer Bewertung fest. Die im Rahmen der nationalen Konsultation vorgebrachten Argumente betreffen in erster Linie die geplante Entscheidung im parallel konsultierten Verfahren BK1-18/002. Sie sind daher vorliegend keiner gesonderten Bewertung zu unterziehen.

Soweit der vorliegende Beschluss betroffen ist, kommt die Nennung von Kriterien, unter welchen Umständen welche Regulierungsmaßnahmen in Zukunft greifen würden oder könnten, bereits in dieser Entscheidung, wie sie vom Telecom e.V. gefordert wird, nicht in Betracht. Die Antragstellerinnen zu 1. und 2. haben ausdrücklich 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 begehrt. Solche künftigen Regulierungsverpflichtungen können erst aufgrund einer aktualisierten Marktfestlegung auferlegt werden, in der zunächst die grundsätzliche Entscheidung getroffen werden muss, ob und welches bzw. welche Unternehmen einer telekommunikationsrechtlichen Regulierung zu unterwerfen sind. Ohne Kenntnis des Ergebnisses und Inhaltes einer solchen Festlegung fehlt einer Aussage zu Regulierungsverpflichtungen die rechtliche Grundlage. Auch die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung nach § 18 TKG für das JV für den Übergangszeitraum, bis die Marktbeherrschung festgestellt wird, wie sie die QSC AG fordert, kommt nicht in Betracht, weil § 18 TKG nur für Verbindungsleistungen nicht aber für Anschlussleistungen gilt.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Bonn, den 13.07.2018

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer

Wilmsmann

Schölzel

Dr. Geers

Anlagen

1. Term Sheet [Vollständig BuGG der Antragstellerinnen]

2. Entscheidung der Präsidentenkammer BK 1-18/002. [Enthält BuGG der Antragstellerinnen]