

NEWSLETTER MÄRZ 2020

TK-Recht	VG-Köln hebt teilweise Entgeltgenehmigung zu O.5 und Z.19 auf.....	2
TK-Recht	Keine „Regulierungslyrik“: Die Nichtdiskriminierungsempfehlung der EU-Kommission	4
Kartellrecht	Und immer wieder Einspeiseentgelte	7
Service	Termine	9

Sie erreichen uns gerne mit Anfragen, Kritik und Anregungen unter newsletter@juconomy.de

VG-Köln hebt teilweise Entgeltgenehmigung zu O.5 und Z.19 auf

Seit vielen Jahren beschwerten sich Netzbetreiber über die zu hohen Zusammenschaltungsentgelte für die Dienste O.5. und korrespondierend Z.19. Nunmehr hat das VG Köln in mehreren Verfahren die Entgeltgenehmigung im Verhältnis zu den Klägern aufgehoben. JUCONOMY Rechtsanwälte waren Prozessbevollmächtigte der erfolgreichen Klägerinnen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Die Urteile

Fünf Klägerinnen haben vor dem VG Köln gegen den Beschluss der BNetzA BK 3c-16/110 vom 21.07.2017 geklagt und die Aufhebung der Entgeltgenehmigung verlangt, soweit es die Leistung Telekom (N.)O.5 (Zuführung zu 0180-Services aus den Mobilfunknetzen) und Telekom (N.)Z.19 (Zuführung zu Diensten mit sozialem Wert aus den Mobilfunknetzen) betrifft. Die Klägerinnen machten insbesondere geltend, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) nicht eingehalten sind und das von der BNetzA angewendete Vergleichsverfahren unzulässig sei. JUCONOMY Rechtsanwälte hat vier Klägerinnen vertreten.

Das VG Köln hat mit Urteilen vom 12.02.2020 den Beschluss teilweise aufgehoben: Im Verhältnis zwischen der jeweiligen Klägerin und der beigeladenen Telekom Deutschland GmbH (TDG) wurde der Beschluss der beklagten BNetzA vom 21.07.2017 insoweit aufgehoben, als mit ihm unter Ziff. 1.4.5 und 1.9.3 ein Entgelt i. H. v. 0,00023 €/Minute zuzüglich das Entgelt für das Mobilfunknetz der Beigeladenen genehmigt wurde.

Begründung des VG Köln

Laut den Ausführungen des VG Köln in der mündlichen Verhandlung ist der von der BNetzA angewendete Vergleichsmarkt aus mehreren Gründen untauglich. Zudem sei zu prüfen und abzuwägen gewesen, ob nach einem Kostenmodell zu regulieren ist, was seitens der BNetzA aber unterblieben sei. Die weiteren Einzelheiten ergeben sich aus den noch nicht zugegangenen Urteilen.

Das VG Köln hat die Aufhebung nur insoweit vorgenommen, als es Verbindungen aus dem eigenen Mobilfunknetz der TDG betrifft. Nach den Ausführungen des VG Köln seien die Entgelte für die Zuführung aus den anderen Mobilfunknetzen unter dem KeL-Maßstab nicht zu beanstanden, da dieser nur für die TDG gelte und diese die Entgelte der Fremdzuführung nur durchreiche. Dies entspreche dann hinsichtlich des von der TDG verlangten Entgeltes KeL. Die Kläger hatten daraufhin ihre Klagen auf die Entgelte für die Zuführung aus dem Mobilfunknetz der TDG beschränkt.

Fazit

Es war nicht nachvollziehbar, warum die Zuführung einer Mobilfunkminute im Netz der TDG rund das dreifache im Verhältnis zur Terminierung kostet, obwohl die Leistungen technisch und wirtschaftlich vergleichbar sind und beide – jedenfalls für die Leistung Telekom (N.)O.5 und (N.)Z.19 – unter dem KeL-Maßstab reguliert waren. Es ist nun abzuwarten, wie die BNetzA die Entgelte neu regulieren wird. Nach den Vorgaben des VG Köln ist schwer vorstellbar, dass die Regulierung in ursprünglicher Höhe wiederholt wird und rechtlichen Bestand haben kann. Mit Spannung ist zudem zu erwarten, wie die anderen Mobilfunkbetreiber mit ihren eigenen Preisen auf die Entscheidung reagieren.

Es sind zudem wiederum 4 Klagen gegen die entsprechenden Entgelte anhängig, wie sie für die Entgeltperiode 2019/2020 von der BNetzA im Beschluss BK 3c-18/018 vom 28.06.2018 genehmigt wurden. Auch für die aktuelle Entgeltgenehmigungsperiode ist zugunsten der Klägerinnen wiederum eine Aufhebung zu erwarten, falls die BNetzA nicht von sich aus den Beschluss insoweit aufhebt und neu bescheidet.

Weitere Informationen:
RA Dr. Peter Schmitz
Tel.: +49 (211) 90 99 16-62
E-Mail: schmitz@juconomy.de



Keine „Regulierungslyrik“: Die Nichtdiskriminierungsempfehlung der EU-Kommission

In den Klageverfahren gegen die Entgeltgenehmigung der Bundesnetzagentur („BNetzA“) zu den Überlassungsentgelten für die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung (TAL) vom 1.7.2016 bis 30.06.2019 spielte die Empfehlung der EU-Kommission 2013/466/EU („Nichtdiskriminierungsempfehlung“) eine entscheidende Rolle. Das Verwaltungsgericht Köln hob aufgrund von Klagen der von JUCONOMY Rechtsanwälte vertretenen Netzbetreiber die Entgeltgenehmigung der BNetzA wegen nicht zutreffender Anwendung der Nichtdiskriminierungsempfehlung auf. Der Newsletterbeitrag beleuchtet die tragenden Entscheidungsgründe der Urteile des Verwaltungsgerichts Köln.

Gegenstand der Klageverfahren

Sowohl die Telekom Deutschland GmbH („TDG“) als auch eine Reihe von Wettbewerbern der TDG haben gegen die Entgeltgenehmigung der BNetzA zu den Überlassungsentgelten für die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung (TAL) mit Wirkung vom 1.7.2016 bis 30.06.2019 verwaltungsgerichtliche Klageverfahren durchgeführt. Während es der TDG mit ihrer (Verpflichtungs-)Klage und mit ihrem parallel dazu geführten einstweiligen Rechtsschutzverfahren darum geht, eine höhere Entgeltgenehmigung – auch rückwirkend ab dem 1.7.2016 - durchzusetzen, geht es den Wettbewerbern und Zugangsnachfragern zur TAL darum, mit ihren (Anfechtungs-)Klagen Entgeltabsenkungen zu erreichen. Die Klageverfahren der von JUCONOMY Rechtsanwälte vertretenen Wettbewerbsunternehmen konnten nun erstinstanzlich mit Urteilen des VG Köln vom 11.12.2019 abgeschlossen werden. Die Entgeltgenehmigung der BNetzA wurde im Verhältnis zwischen der TDG und den klagenden Wettbewerbsunternehmen durch die Urteile des VG Köln aufgehoben. Das Klageverfahren und das einstweilige Rechtsschutzverfahren der TDG blieben jedoch noch anhängig.

Die Urteile des VG Köln sind abrufbar über die Entscheidungsdatenbank des Landes NRW. Beispielhaft wird auf das Urteil 21 K 6023/16 hingewiesen, das über die Entscheidungsdatenbank abrufbar ist:

https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2019/21_K_6023_16_Urteil_2019_1211.html

Die Revision zum Bundesverwaltungsgericht wurde vom VG Köln in allen am 11.12.2019 erstinstanzlich entschiedenen Verfahren zugelassen.

Wesentliche Entscheidungsgründe

Die BNetzA hatte ihre Entgeltgenehmigung auf ein Kostenmodell gestützt, das unmittelbar ein reines Kupferkabelnetz modelliert. Damit wurden die den TAL-Entgelten zugrunde gelegten Investitionskosten wie in den früheren Entgeltgenehmigungen auch auf Basis von Brutto-Wiederbeschaffungskosten ermittelt. Lediglich im Hinblick auf wieder verwendbare, vollständig abbeschriebene bauliche Anlagen (≥ 40 Jahre) wurden die Brutto-Wiederbeschaffungskosten um die erfolgten Abschreibungen vermindert. Im Hinblick auf diesen methodischen Ansatz verwies die Entgeltgenehmigung der BNetzA auf die Übergangsvorschrift der Ziff. 40 der Empfehlung der Kommission 2013/466/EU vom 11. September 2013 über „einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen“ („Nichtdiskriminierungsempfehlung“).

Der Genehmigungsansatz der BNetzA wird in den Urteilen des VG Köln jedoch als Verstoß gegen die Nichtdiskriminierungsempfehlung mit der Folge der Rechtswidrigkeit der Genehmigung beurteilt.

Zunächst müssen sich die Urteile des VG Köln rechtsgrundsätzlich damit auseinandersetzen, welche Rechtsqualität der EU-Empfehlung zukommt. Während die TDG argumentierte, dass nach Art. 288 Abs. 5 AEUV die Kommissions-Empfehlungen nicht verbindlich sind und die Stellungnahme der Kommission im Rahmen der Art. 7 Abs. 3 RahmenRL als „lex posterior“ eine Empfehlung verdrängt, weisen die Urteile des VG Köln darauf hin, dass die Empfehlungen der Kommission gem. Art. 19 Abs. 1 RahmenRL eine gewisse Bindungswirkung entfalten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss die nationale Regulierungsbehörde grundsätzlich den in der Empfehlung gegebenen Hinweisen folgen. Nur wenn sie im Rahmen ihrer Beurteilung einer konkreten Situation, insbesondere der Besonderheiten des Marktes des betreffenden Mitgliedstaates den Eindruck hat, dass die Empfehlung den Um-

ständen nach nicht angemessen ist, kann sie unter Angabe ihrer Gründe von ihr abweichen. Zudem verdrängt eine Stellungnahme der Kommission im Rahmen der Art. 7 Abs. 3 RahmenRL die Kommissionsempfehlungen nicht, weil entgegen Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 4 RahmenRL die Entscheidung ansonsten nicht mehr justiziabel wäre.

Auch dem Argument der BNetzA und der TDG, dass sich die Genehmigung zu Recht auf die Übergangsvorschrift der Ziff. 40 Nichtdiskriminierungsempfehlung stützen könne, erteilen die Urteile des VG Köln eine klare Absage. Die Voraussetzungen der Ziff. 40 der Empfehlung liegen nach den Urteilen des VG Köln nicht vor. Wie von Ziff. 40 gefordert, wird von der Genehmigung weder eine schrittweise Verlagerung von einem Kupferleitungsnetz zu einem NGA-Netz widergespiegelt (1), noch sind dokumentierte Prognosen der Kupferleitungspreise enthalten, die belegen, dass sie keinen erheblichen Schwankungen unterliegen und somit über einen langen Zeitraum stabil bleiben, und dass die alternative Methode dem Ziel der regulatorischen Transparenz und Vorhersehbarkeit sowie der notwendigen Preisstabilität gerecht wird (2). Auch die Anforderung, dass die angewandte Methode nicht nur minimale Änderungen an der in diesem Mitgliedstaat bereits angewandten Kostenrechnungsmethode , um diese Kriterien zu erfüllen (3), kann die Genehmigung nicht argumentieren.

Fazit

Die Urteile des VG enthalten eine sehr fundierte und detaillierte Analyse des europäischen Rechtsrahmens zum europäischen TK-Recht. Sie sind über den konkreten Fall hinaus rechtlich bedeutsam. Sie sind unionsrechtsfreundlich und erteilen einer zu oberflächlichen Argumentation mit „nationalen Besonderheiten“ eine Absage.

Weitere Informationen:
RA Dr. Martin Geppert
Tel.: +49 (211) 90 99 16-61
E-Mail: geppert@juconomy.de



Und immer wieder Einspeiseentgelte

Der jahrelange Streit zwischen Kabelnetzbetreibern und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wurde nach dem Vergleich zwischen ARD/ZDF und den bisherigen Regionalgesellschaften Unitymedia und Vodafone (KDG) in der Berichterstattung als praktisch erledigt dargestellt. Jedenfalls für andere Kabelnetzbetreiber ist dies mitnichten der Fall. Die Auseinandersetzung ist aktueller denn je.

Was bisher geschah

Der Prozess geht nun ins neunte Jahr. Nachdem der Kabelnetzbetreiber NetCologne als erstes Unternehmen im Jahr 2011, anwaltlich vertreten durch JUCONOMY Rechtsanwälte, Klage gegen das ZDF erhob, um kartellrechtliche Ansprüche auf Zahlung bislang verweigerter Entgelte für die Einspeisung der ZDF-Signale in das Kabelnetz der NetCologne durchzusetzen, sind mittlerweile 5 Instanzenzüge durchlaufen. Hatte zunächst noch das Landgericht Köln teilweise zugunsten von NetCologne entschieden, wies der Kartellsenat der OLG Düsseldorf die Klage von NetCologne im Jahre 2014 insgesamt ab und ließ die Revision mit der Begründung nicht zu, der Fall werfe keine grundsätzlichen Fragen auf und diene auch nicht der Fortbildung des Rechts.

Nachdem der BGH dies anders bewertete und die Revision zugelassen hatte, hob er im Jahr 2016 das Urteil des OLG Düsseldorf auf und wies die Sache dorthin zurück (BGH, Urt. v. 12.04.2016 – NetCologne). Der BGH bestätigte die Auffassung der Klägerin, dass das ZDF aufgrund des rundfunkrechtlichen must-carry-Status der ZDF-Programme als Nachfrager der Einspeiseleistung von NetCologne ein marktbeherrschendes Unternehmen und damit Adressat der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften sei. Überdies brachte der BGH zum Ausdruck, dass es sich bei der Einspeiseleistung, die ein Kabelnetzbetreiber gegenüber einem Programmveranstalter erbringt, um eine wirtschaftlich werthaltige Leistung handele, die grundsätzlich zu vergüten sei. Schwierigkeiten ergaben sich jedoch bei der Frage, wie die Höhe der Vergütung zu bestimmen ist. Der BGH entwickelte den Ansatz, dass sowohl Kabelnetzbetreiber als auch Programmveranstalter von der Einspeisung profitierten. Der Veranstalter profitiere von zusätzlicher technischer Reichweite, was „insbesondere“ für den Wert verkaufter Werbezeit von erheblicher Bedeutung sei. Aber auch der Programmveranstalter eröffne dem Netzbetreiber durch die Be-

reitestellung des Programmsignales die Möglichkeit zu dessen kommerziellen Verwertung. Der BGH fasste zusammen:

„Für die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin von der Beklagten für die Einspeisung und Übertragung des Programmsignals ein Entgelt verlangen kann, kommt es mithin maßgeblich darauf an, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Marktes oder eines Vergleichsmarktes stehen.“

Im zweiten Berufungsverfahren wies das OLG Düsseldorf die Klage von NetCologne erneut ab. Bei einer Betrachtung des wechselseitigen Nutzens, den die Parteien aus der Einspeisung zögen, sei im Saldo nicht von einer Vergütungspflicht des ZDF auszugehen. Der Überlassungsnutzen, der seitens NetCologne festzustellen sei, weil das Kabelanschlussangebot von NetCologne durch die ZDF-Programme aufgewertet werde und umgekehrt bei einer Nichtverbreitung dieser Programme durch NetCologne mit erheblichen Kundenabwanderungen und Umsatzeinbußen zu rechnen sei, übersteige den Verbreitungsnutzen nicht, der seitens des ZDF allein aus einer Heranziehung von Werbeeinnahme resultiere. Daher komme ein Einspeiseentgelt nicht in Betracht. Erneut wurde die Revision vom OLG Düsseldorf nicht zugelassen.

Das zweite Revisionsurteil vom 03.12.2019

Nachdem der BGH die Revision auf die Nichtzulassungsbeschwerde von NetCologne erneut zugelassen hatte, hob er mit Urteil vom 03.12.2020 auch die zweite Entscheidung des OLG Düsseldorf auf. Die Urteilsgründe liegen noch nicht vor, jedoch lässt sich aus dem Verlauf der mündlichen Verhandlung ableiten, welche wesentlichen Erwägungen für den BGH ausschlaggebend waren.

Der Kartellsenat des BGH äußerte Bedenken daran, dass das OLG Düsseldorf den Verbreitungsnutzen des ZDF lediglich anhand der Werbeeinnahmen berechne. Möglicherweise spielt hierbei eine Rolle, dass das ZDF als öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt auch einen Grundversorgungsauftrag zu erfüllen hat und hierbei nicht ohne eine weitgehend flächendeckende Kabelverbreitung auskommt. Zudem scheint der BGH dazu zu neigen, bei der Bestimmung einer angemessenen Vergütung auch auf Vergleichsmärkte abzustellen, was in der oben zitierten Aussage aus dem

ersten Revisionsurteil bereits angeklungen, vom OLG Düsseldorf aber in keiner Weise aufgegriffen worden ist.

Zwischenfazit

Es wird nun also – nach zwei Nichtzulassungsbeschwerden und Revisionen - zu einem dritten Berufungsverfahren kommen, was in dieser Konstellation ein möglicherweise einzigartiger, zumindest aber seltener Fall ist. Welche Bewertungskriterien der BGH dem OLG Düsseldorf als „Segelanweisung“ mitgeben wird, bleibt den schriftlichen Urteilsgründen vorbehalten. Bereits jetzt aber zeichnet sich ab, dass ein bloßes Gegenüberstellen von Überlassungsnutzen und Verbreitungsnutzen (Werbeeinnahmen), was sich nach dem zweiten Berufungsurteil etabliert zu haben schien, in dieser Form keine tragfähige Bewertungsgrundlage darstellt.

Weitere Informationen:
RA Dr. Jens Schulze zur Wiesche
Tel.: +49 (211) 90 99 16-64
E-Mail: szw@juconomy.de



Service

Termine

05.-06.03.2020	FIBERDAYS2020
Ort	Wiesbaden
Internet	https://brekoverband.de/fiberdays20-the-fiber-fair
16.03.2020	Öffentliche mündliche Verhandlungen wegen nachträglicher Regulierung des Endkundenportierungsentgelts im Mobilfunkbereich
Ort	Bonn, BNetzA
Internet	https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK2-GZ/2020/BK2-20-0002/BK2-20-0002_Verfahrenseinleitung.html?nn=366250
12.-14.05.2020	ANGACOM
Ort	Köln, Messe

Internet <https://angacom.de/startseite>

Impressum

JUCONOMY Rechtsanwälte
Geppert Schmitz Schulze zur Wiesche
Partnerschaft mbB (AG Essen PR 2918)
Mörsenbroicher Weg 200, D-40470 Düsseldorf
Tel: +49 (0)211-90 99 16-0
Fax: +49 (0)211-90 99 16-99
E-Mail: kanzlei@juconomy.de
URL: <http://www.juconomy.de>
Ust-IDNr. DE 196413754

Die anwaltlichen Berufsträger von JUCONOMY Rechtsanwälte sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u. a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung (FAO), deren Texte u. a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.