

Wettbewerber während der Geltungsdauer einer befristeten Entgeltgenehmigung auf deren Bestand vertrauen können.⁴⁵ Diese Erwägungen galten gerade auch mit Blick auf eine noch nicht bestandskräftige Entgeltgenehmigung,⁶ und sie gelten für den fragilen Postmarkt umso stärker. Eine Rückwirkung zulasten der Wettbewerber ist damit unvereinbar, erst recht da hier zwischen Erlass der Entgeltgenehmigung im Jahr 2002 und dem diese abändernden Urteil des BVerwG mehr als zehn Jahre liegen.

Mit der Bemerkung, die DPAG könne einen finanziellen Ausgleich mit den Wettbewerbern herbeiführen, setzt sich die Entscheidung ferner in Widerspruch zu § 35 Abs. 5 TKG. Die Norm ist aufgrund der Regelungslücke im PostG und wegen der vergleichbaren Sach- und Interessenlage analogiefähig. § 35 Abs. 5 S. 3 TKG knüpft die Rückwirkung einer aufgrund gerichtlicher Entscheidung geänderten Entgeltgenehmigung daran, dass zuvor eine einstweilige gerichtliche Zahlungsanordnung ergangen ist.⁷ Im vorliegenden Fall gab es keine vergleichbare Zahlungsanordnung, so dass die Schutzwürdigkeit der Wettbewerber nach den Wertungen des § 35 Abs. 5 TKG nicht entfallen ist. Die vom BVerwG für die Rückwirkung hier angeführten Urteile rechtfertigen kein anderes Ergebnis: Im dem – auch für eine andere vom Gericht angeführte Entscheidung⁸ maßgeblichen – Urteil vom 21. Januar 2004⁹ zugrundeliegenden Fall hatten die Parteien das Entgelt vorab vereinbart und anschließend zur Genehmigung gestellt. Insofern bestand für den Vertragspartner keine Gefahr, dass das zu entrichtende Entgelt nachträglich über die bei Inanspruchnahme der Leistung bekannte Entgeltforderung hinaus erhöht wird. Beim hier in Rede stehenden AGB-mäßig gewährten Postfachzugang liegt es anders: § 29 Abs. 1 S. 2, § 28 Abs. 2 S. 1 PostG ordnen eine Ex-ante-Genehmigung an. Vor Erlass der Entgeltgenehmigung – an dem die Wettbewerber nicht beteiligt sind – wäre ein Vertrag nichtig (§ 23 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 29 Abs. 1 S. 2, § 28 Abs. 2 S. 1 PostG). Das Vertrauen der Wettbewerber darauf, dass das zu entrichtende Entgelt nicht dasjenige Entgelt übersteigt, welches bei Inanspruchnahme der Leistung gemäß der behördlichen Genehmigung

zugrunde liegt, ist schutzwürdig. Im Übrigen hätte nach dem Urteil vom 21. Januar 2004 ohne Rückwirkung das regulierte Unternehmen keinerlei Entgelt vom Nutzer verlangen können; diese Gestaltung ist von der hier fraglichen, bloß quantitativen Beschränkung zu unterscheiden.¹⁰ Im Urteil vom 23. Juni 2010¹¹ ging es – anders als vorliegend – um Entgelte, die der nachträglichen Überprüfung unterfallen; im Übrigen wird dort (wie hier) die Rückwirkung im Rahmen der Zulässigkeit erwähnt und nicht näher erläutert. Das ferner vom Gericht genannte Urteil vom 9. Mai 2012 stützt eine Rückwirkung hier ebenso wenig, weil dort die Rückwirkung nachträglich geänderter Genehmigungen nicht zur Entscheidung stand.¹²

Als Fazit bleibt: Der vom BVerwG hier teils befürwortete Gleichlauf zwischen Telekommunikationsrecht und Postrecht ist konsequent umzusetzen. Im Telekommunikationsrecht zeigt sich, dass eine Marktliberalisierung mittels Regulierung erfolgreich durchgeführt werden kann. Von einem funktionierenden Markt ist der Postsektor – nicht zuletzt aufgrund postrechtlicher Defizite – noch weit entfernt. Die Rechtsprechung ist daher gefordert, ein Auseinanderfallen des Kunden- und Wettbewerberschutzes im Post- und Telekommunikationsrecht zulasten des Marktes zu verhindern, insbesondere mit Blick auf eine angemessene Kostentragung der Sonderlasten. Das Urteil vom 29. Mai 2013 verpasst die Chance, einen wichtigen Schritt in diese Richtung zu machen.

5 BVerwG, Urt. v. 9.5.2012 – Az. 6 C 3.11, Rn. 58.

6 BVerwG, Urt. v. 9.5.2012 – Az. 6 C 3.11, Rn. 3, 56.

7 § 35 Abs. 5 S. 3 TKG bezieht sich gerade auf solche Entgelte, die der vorherigen Entgeltgenehmigung unterliegen, BVerwG, Urt. v. 23.6.2010 – Az. 6 C 36.08, Rn. 16 (= N&R 2010, 233).

8 BVerwG, Urt. v. 25.3.2009 – Az. 6 C 3.08, Rn. 25 (= N&R 2009, 205, 208).

9 BVerwG, Urt. v. 21.1.2004 – Az. 6 C 1.03.

10 BVerwG, Urt. v. 9.5.2012 – Az. 6 C 3.11, Rn. 60.

11 BVerwG, Urt. v. 23.6.2010 – Az. 6 C 36.08 (= N&R 2010, 233)

12 Vgl. BVerwG, Urt. v. 9.5.2012 – Az. 6 C 3.11, Rn. 60.

Zu guter Letzt ...

... stößt ein übernahmebedingtes unternehmensexternes horizontales Netzwachstum auf den Breitbandkabelmärkten auf fusionskontrollrechtlichen Widerstand!

Neben den rechtlichen Auseinandersetzungen der Breitbandkabelnetzbetreiber Unitymedia Kabel BW und Kabel Deutschland mit den ARD-Rundfunkanstalten und dem ZDF um die Fortzahlung der Einspeiseentgelte hat sich um den Breitbandkabelnetzbetreiber Kabel Deutschland eine aufsehenerregende Übernahmeschlacht entwickelt. Sowohl das englische Telekommunikationsunternehmen Vodafone als auch der Mutterkonzern der Unitymedia Kabel BW, die Liberty Global Europe

Holding B.V., haben im Juni 2013 ein Übernahmeangebot für Kabel Deutschland abgegeben. Jedoch hat Liberty zwischenzeitlich bekundet, sich aus dem Bieterwettbewerb zurückziehen. Eine Wiederaufnahme des Bieterwettbewerbs ist von Seiten der Liberty indes möglich. Allerdings erscheint die Möglichkeit einer erneuten Konzentration der Breitbandkabelmärkte im Lichte des § 36 Abs. 1 GWB bzw. des Art. 2 Abs. 3 der Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004 un-

wahrscheinlich, selbst ungeachtet des Urteils des OLG Düsseldorf vom 14. August 2013 (Az. VI-Kart 1/12 [V]), das die Rechtswidrigkeit des Erwerbs von Kabel BW durch Liberty im Rahmen des BKartA-Freigabebeschlusses vom 15. Dezember 2011 (Az. B7-66/11) feststellte. Denn zum einen würde – die Rechtmäßigkeit des BKartA-Freigabebeschlusses vom 15. Dezember 2011 (Az. B7-66/11) unterstellt – im Zuge eines Erwerbs von Kabel Deutschland durch Liberty die marktbeherrschende Stellung der Unitymedia Kabel BW auf dem Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandnetz der Unitymedia Kabel BW verstärkt. Und zum anderen würde die Unitymedia Kabel BW, die von Liberty kontrolliert wird, auf dem bundesweiten Markt für Mehrnutzerverträge (sog. Gestattungsmarkt) durch die Übernahme von Kabel Deutschland vom marktbeherrschenden Duopolisten – auf den gegenwärtig wettbewerbliche Kontrollpotentiale einwirken – zum unabhängigen, einzelmarktbeherrschenden Monopolisten.

Der Zusammenschluss zwischen Liberty und Kabel Deutschland führte zum Wegfall des letzten – neben Unitymedia Kabel BW noch existierenden – größeren Kabelnetzbetreibers. Dieser Umstand allein würde im Zuge des Erwerbs von Kabel Deutschland durch Liberty bereits die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Unitymedia Kabel BW auf dem Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandnetz der Unitymedia Kabel BW nach sich ziehen.

Nach Feststellung durch das BKartA mit Beschluss vom 22. Februar 2013 (Az. B7-70/12, Rn. 81 ff. – *KDG/TC Berlin*) bilden Unitymedia Kabel BW und Kabel Deutschland gegenwärtig auf dem bundesweiten Gestattungsmarkt ein marktbeherrschendes Duopol. Beide Unternehmen verfügen auf diesem Markt über einen kumulierten Marktanteil von rund 65 bis 75%. Während der Erwerb der Kabel BW durch die Unitymedia GmbH im Beschluss vom 15. Dezember 2011 (Az. B7-66/11) eine Koordinierung zwischen Unitymedia Kabel BW und Kabel Deutschland auf diesem Markt lediglich erleichtert hat, würde bei einem Erwerb von Kabel Deutschland durch Liberty die Notwendigkeit eines Koordinierungsverhaltens sogar in Gänze entfallen. Unitymedia Kabel BW könnte ihr Marktverhalten auf dem bundesweiten Markt für Mehrnutzerverträge nach dem Wegfall von Kabel Deutschland somit vollständig autonom bestimmen. Einen solchen Zusammenschluss hypothetisch unterstellt, würde die gegenwärtige kollektive marktbeherrschende Stellung der Duopolisten in einer einzelmarktbeherrschenden Stellung der Unitymedia Kabel BW aufgehen.

Insbesondere wäre ein Freigabebeschluss unter Auferlegung von Auflagen und Bedingungen unzulässig, da hierdurch die kritische Verschlechterung der Marktstruktur nicht wirksam verhindert werden könnte. Während die Übernahme von Kabel BW durch die Unitymedia GmbH lediglich eine Marktkonzentration von drei marktbeherrschenden Unternehmen (Kabel BW, Unitymedia GmbH und Kabel Deutschland) auf zwei Marktbeherrscher (Unitymedia Kabel BW und Kabel Deutschland) und somit eine bloße „Verringerung des Binnenwettbewerbes“ zur Folge hatte (BKartA, Beschl. v. 15.12.2011 – Az. B7-66/11, Rn. 306 – *Liberty/Kabel BW*), würde der Binnenwettbewerb im Zuge des Erwerbs von Kabel Deutschland durch Liberty vollständig entfallen. Trotz des Wegfalls von Kabel BW – bei der es sich seinerzeit zudem um dasjenige Triopolmitglied mit dem kleinsten Breitbandnetz handelte – aus dem ursprünglichen Triopol verblieb auf dem bundesweiten Markt für Mehrnutzerverträge grundsätzlich weiterhin die Möglichkeit eines wettbewerblichen Vorstoßes, entweder von Seiten der Unitymedia Kabel BW oder von Kabel Deutschland ausgehend. Allein diese Möglichkeit hätte die Stabilität der impliziten Kollusion gefährden können. Ferner wurde im Beschluss vom 15. Dezember 2011 (Az. B7-66/11) die Freigabe dahingehend auflösend bedingt, dass die Unitymedia GmbH nach dem 3. Januar 2013 in ihrem Netz verschlüsselte digitale Programme des frei empfangbaren Fernsehens („Free TV“) im hochauflösenden (HighDensity-, HD-) Format verbreitet. Das BKartA hat in diesem Beschluss eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Unitymedia GmbH im Wesentlichen darauf zurückgeführt, dass die Unitymedia GmbH ihr digitales „Free TV“ verschlüsselt übertrug, während das digitale „Free TV“ im Netz von Kabel BW unverschlüsselt zu empfangen war. Eine derartige Nebenbestimmung würde bei einem Erwerb von Kabel Deutschland durch Liberty die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Unitymedia Kabel BW auf dem Markt für die analoge und digitale Einspeisung von Rundfunksignalen in das Breitbandnetz der Unitymedia Kabel BW nicht kompensieren, da diese den Wegfall des letzten – neben Unitymedia Kabel BW noch existierenden – größeren Kabelnetzbetreibers nicht verhindern könnte.

In Anbetracht der verhältnismäßig moderaten Börsenbewertungen europäischer Telekommunikationsunternehmen und der damit einhergehenden Übernahmephantasien könnte nur ein Schelm daran denken, dass sich entsprechende fusionskontrollrechtliche Hürden eines Tages auch möglichen Übernahmeschlachten auf den Telekommunikationsmärkten entgegenstellen könnten.

Christian Koenig und Matti Meyer