

# Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung

in Kooperation mit: Bitkom  $\cdot$  davit im DAV  $\cdot$  eco  $\cdot$  game  $\cdot$  Legal Tech Verband  $\cdot$  VAUNET

#### RAIMUND SCHÜTZ

## TELEKOMMUNIKATIONSRECHTLICHE MARKTREGULIERUNG

SUBJEKTIVE WETTBEWERBERRECHTE UND IHRE DURCHSETZUNG

www.mmr.de



Beilage zu MMR **10/2024** 

Seiten 907-918 27. Jahrgang · 15. Oktober 2024 Verlag C.H.BECK München





### Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung

## TK · IT-Security · Medien · Robotik · KI · Datenschutz · Games

In Kooperation mit: Bitkom – Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. · davit im DAV – Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im Deutschen Anwaltverein · eco – Verband der Internetwirtschaft e.V. · game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. · Legal Tech Verband Deutschland e.V. · VAUNET – Verband Privater Medien

## Beilage zu MMR 10/2024

#### HERAUSGEBER

RAin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, FA IT-Recht, Berlin/Lissabon – **Prof. Dr. Nikolaus Forgó**, Professor für Technologie- und Immateria<mark>l</mark>güterrecht und Vorstand des Instituts für Innovation und Digitalisierung im Recht, Universität Wien – RAin **Prof. Dr. Sibylle** versität Wien Gierschmann, LL.M. (Duke University), FA Urheber- und Medienrecht, Hamburg - RA Prof. Dr. Christian-Henner Hentsch, M.A., LL.M., Leiter Recht und Regulierung beim game -Verband der deutschen Games-Branche e.V., in Berlin/Professor für Urheber- und Medienrecht an der Kölner Forschungsstelle für Medi-enrecht der TH Köln – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abtei-lung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznagel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – RAin **Dr. Andrea Huber**, LL.M. (USA), Berlin – Prof. Dr. Dennis-Kenji Kipker, Legal Advisor, Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik (VDE) e.V., Kompetenzzentrum Informationssicherheit + CERT@ VDE, Frankfurt/M. – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter Zentralbereich Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – Prof. Dr. Marc Liesching, Professor für Medienrecht und Medientheorie, HTWK Leipzig/München Dr. Reto Mantz, Richter am LG, Frankfurt/M. - Prof. Dr. Alexander Roßnagel, Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit. Wiesbaden/Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, - Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider, Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Bonn - RA Dr. Axel Spies, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler** (†), Universität Göttingen

#### BEIRAT DER KOOPERATIONSPARTNER

Alisha Andert, Vorstandsvorsitzende des Legal Tech Verband Deutschland e.V., Berlin – Karsten U. Bartels, LL.M., Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht (davit) im Deutschen Anwaltverein e.V. – Daniela Beaujean, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Medien (VAUNET), Berlin – RAin Susanne Dehmel, Mitglied der Geschäftsleitung Bitkom e.V., Berlin

#### REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin – Ruth Schrödl, Redakteurin – Christine Völker-Albert, Redakteurin – Eva Wanderer, Redaktionsassistentin – Wilhelmstr. 9, 80801 München

#### Liebe Leserinnen und Leser,

wie kann es sein, dass bald 30 Jahre nach Abschaffung der Telekommunikations(TK)-Monopole, nach Erlass des ersten TKG, das Wettbewerb auf den TK-Märkten schaffen und fördern wollte, Unternehmensjuristen, Anwälte und Richter sich immer noch mit der Frage beschäftigen müssen, ob die Unternehmen, die im Wettbewerb, insbesondere mit der Deutschen Telekom AG (Telekom), stehen, bei der Ausgestaltung des Regulierungsrahmens für die TK-Märkte, beim Setzen der wettbewerblichen Rahmenbedingungen für ihre Unternehmen, überhaupt eigene Rechte haben, sie solche Rechte in Regulierungsverfahren bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) einbringen können, die BNetzA diese Rechte berücksichtigen muss und schließlich die Wettbewerber ihre Rechte auch in gerichtlichen Verfahren geltend machen können?

Auch bald 30 Jahre nach Erlass des ersten TKG ist nicht geklärt, ob ein Wettbewerber von der BNetzA verlangen kann, dass sie die Telekom verpflichtet, ihm bestimmte Kupfer- oder Glasfaserleitungen zu vermieten, ohne die der Wettbewerber attraktiven Geschäftskunden kein Angebot zur flächendeckenden Versorgung mit TK-Dienstleistungen machen kann. Nirgendwo steht geschrieben, dass ein Wettbewerber von der BNetzA beanspruchen kann, dass diese über seine Beschwerde, die von der Telekom geforderten Mietleitungsentgelte seien missbräuchlich überhöht, auch tatsächlich entscheidet. Man kann nur ungläubig darüber staunen, dass TK-Unternehmen mit der BNetzA darüber streiten müssen, ob sie im Verfahren über Regulierungsverfügungen, in denen die wesentlichen wettbewerblichen Rahmenbedingungen für ihre Markttätigkeit festgelegt werden, förmlich als Beigeladene beteiligt werden. Es bleibt schlichtweg nicht nachvollziehbar, wenn Wettbewerber in Klageverfahren der Telekom gegen Regulierungsentscheidungen, die zu ihren Gunsten wirken, ihre Position als Beigeladene nicht sicher geltend machen können.



RA Dr. Raimund Schütz

Ziel des TKG ist es doch, nachhaltigen Wettbewerb auf den TK-Märkten zu fordern. Kann der Gesetzgeber aber unternehmerisches Engagement auf den TK-Märkten erwarten, wenn ein Unternehmen noch nicht einmal die Möglichkeit hat, sicher und gerichtlich unangefochten seine eigenen Forderungen und Nöte in rechtlich relevanter Weise in den Regulierungsprozess einzubringen?

Der nachfolgende Beitrag ist der Versuch einer Bestandsaufnahme des materiellen und prozeduralen Drittschutzes in den Kernbereichen der Regulierung der TK-Märkte. Er zeigt die erheblichen Defizite dieses Drittschutzes auf, die letztlich wettbewerbsbehindernd wirken. Die Lösung kann

nicht in mühsamster Kleinstarbeit der juristischen Fallbearbeitung liegen, subjektive Rechte vor der BNetzA und den Gerichten zu erstreiten. Das ist pure Ressourcenverschwendung. Die Lösung muss der Gesetzgeber liefern, mit klaren Regelungen, die den Drittschutz anerkennen und es so dem Telekom-Wettbewerber ermöglichen, seine Position in diesen Verfahren belastbar zur Geltung zu bringen. Dann könnten sich alle Beteiligten auf die Sachfragen konzentrieren, dies wäre ein wirklich effektiver Beitrag zur Wettbewerbsförderung auf den TK-Märkten.

Köln, im Oktober 2024

#### RA Dr. Raimund Schütz

ist Partner der Sozietät LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE Partnerschaftsgesellschaft mbB in Köln und Mitherausgeber der MMR.

Beilage zu MMR 10/2024 Editorial 907

## Telekommunikationsrechtliche Marktregulierung

Subjektive Wettbewerberrechte und ihre Durchsetzung

TK-Wettbewerbsrecht

Der Aufsatz zeigt zentrale Defizite in der telekommunikations(tk-)rechtlichen Marktregulierung auf. Es wird zunächst (l.) dargelegt, warum die Zuweisung subjektiver Wettbewerberrechte geboten ist, wenn das gesetzliche Wettbewerbsziel sicher erreicht werden soll. Es folgt die Prüfung, ob die der Wettbewerbssicherung dienenden Regulierungstatbestände hin-

reichend belastbar zugunsten der Wettbewerber des regulierten Unternehmens drittschützend ausgestaltet sind (II.). Auf der Grundlage dieser materiell-rechtlichen Prüfung werden anschließend die Möglichkeiten der Wettbewerber untersucht, ihre Regulierungsansprüche in Behörden- und Gerichtsverfahren geltend zu machen (III.).

## I. Soll: Erfordernis subjektiver Wettbewerberrechte

Mit dem Telekommunikationsgesetz (TKG) will der Gesetzgeber einen chancengleichen Wettbewerb sicherstellen und nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte fördern. Hierzu gehört ein effizienter infrastrukturbasierter Wettbewerb auch in der Fläche (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Dieser Wettbewerb ist nicht Selbstzweck. Der Gesetzgeber hat auch die Nutzer- und Verbraucherinteressen im Blick. Ein wirksamer Wettbewerb soll größtmögliche Vorteile für die Nutzer bei Auswahl, Preisen und Qualität der TK-Produkte bewirken (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 lit. b TKG) und damit letztlich für günstige Preise, qualitativ hochwertige Produkte und innovative Dienstleistungen sorgen.

Erreicht werden soll all dies durch die Marktregulierung. Diejenigen TK-Märkte, die durch beträchtliche strukturelle Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind und deren Strukturen angesichts des Stands des Wettbewerbs innerhalb eines absehbaren Zeitraums nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren, werden durch die Bundesnetzagentur (BNetzA) reguliert, wenn die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um dem Marktversagen entgegen zu wirken. 1 Um wirksamen Wettbewerb zu schaffen, kann die BNetzA einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (significant market power – daher üblich SMP-Unternehmen) insbesondere auf den Vorleistungsmärkten diejenigen Verpflichtungen auferlegen, die erforderlich sind, um nachhaltigen Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu ermöglichen und abzusichern. Hierzu zählen etwa die Verpflichtungen des SMP-Unternehmens, Zugang zu seinem Netz zu gewähren und sich die Entgelte für einen solchen Zugang nach dem Maßstab wettbewerbsanaloger Entgelte genehmigen zu lassen.<sup>2</sup>

Beispiel: Ein Wettbewerber der Telekom Deutschland GmbH (Telekom), die häufig als SMP-Unternehmen qualifiziert ist, kann einem anspruchsvollen Geschäftskunden, der mit seinen Filialen bundesweit tätig ist, keine TK-Dienstleistungen anbieten, wenn er nicht dort, wo er über keine eigene Infrastruktur verfügt, auf Mietleitungen der Telekom zurückgreifen kann. Die Verpflichtung der Telekom, einem Wettbewerber auf Nachfrage Mietleitungen zu überlassen, muss das "Ob" des Zugangs ebenso regeln wie die technischen und operativen Details des "Wie" der Zugangsgewährung. Insbesondere dürfen die Entgelte nicht überhöht sein. Bei überhöhten Kosten für die Vorleistung der Mietleitungen wäre es dem Wettbewerber unmöglich, auf dem Endkundenmarkt in wirksamen Wettbewerb zur Telekom zu treten.

Neben diese Ex ante-Regulierung, bei der die BNetzA dem SMP-Unternehmen Regulierungsverpflichtungen vorab, unabhängig von einem Marktproblem im Einzelfall, auferlegt, tritt die nicht minder bedeutsame Missbrauchsaufsicht des Regulierers, mit der er missbräuchliche Verhaltensweisen des SMP-Unternehmens in eben solchen Einzelfällen unterbinden soll (Ex-post-Regulierung).

Der Gesetzgeber hat damit der BNetzA vielfältige Instrumente an die Hand gegeben, um auf den TK-Märkten, die unter strukturellen Wettbewerbsdefiziten leiden, Wettbewerb zu schaffen. Allerdings gilt: Kein Wettbewerb ohne Wettbewerber! Die Regulierung kann ihr Wettbewerbsziel nur erreichen, wenn es tatsächlich Unternehmen gibt, die in einer Tätigkeit auf einem TK-Endkundenmarkt Geschäftschancen sehen und die hierfür auf die von ihnen benötigten Vorleistungen des SMP-Unternehmens zurückgreifen können.

Sind die Geschäftschancen eines Wettbewerbers von behördlich auferlegten Regulierungsverpflichtungen des SMP-Unternehmens abhängig, wird man von einem Wettbewerber nur dann eine Markttätigkeit erwarten können, wenn er Art und Umfang der Regulierungsverpflichtungen auch beeinflussen kann. Ein Wettbewerber muss insbesondere die Möglichkeit haben, beim Regulierer eine bestimmte Regulierungsverpflichtung des SMP-Unternehmens zu beantragen; er muss die Möglichkeit haben, bei einer unberechtigten Weigerung des Regulierers, dem SMP-Unternehmen die begehrte Zugangsverpflichtung aufzuerlegen, eine gerichtliche Kontrolle der Regulierungsentscheidungen zu veranlassen. Dies gilt insbesondere im Blick darauf, dass das SMP-Unternehmen selbst als Beteiligte im Regulierungsverfahren das "Ob" und "Wie" seiner Regulierungsverpflichtungen beeinflussen kann. Auferlegte Regulierungsverpflichtungen kann es iRe verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklageverfahrens überprüfen lassen. Vor diesem Hintergrund liefe die gesetzlich gewünschte Chancengleichheit leer, wenn nur das SMP-Unternehmen den regulatorischen Ordnungsrahmen im Markt beeinflussen könnte, nicht aber sein Wettbewerber, von dem unternehmerisches Engagement erwartet wird, dessen Risiken über die Marktregulierung in hohem Maße marktfremd gesteuert werden. Subjektive Rechte der Wettbewerber in der Marktregulierung sind insoweit notwendige Bedingung, soll das gesetzliche Ziel der Wettbewerbssicherung zugunsten der Nutzer und Verbraucher erreicht werden.

<sup>1</sup> Drei-Kriterien-Test, § 11 Abs. 2 TKG.

<sup>2 § 13</sup> Abs. 1 TKG enthält die sog. Shopping List des Regulierers.

Diese notwendigen subjektiven Rechte der Wettbewerber haben eine materiellrechtliche und eine verfahrensrechtliche Dimension:

- Materiellrechtlich ist notwendige Bedingung, dass die Ermächtigungsgrundlagen, die der BNetzA erlauben, einem SMP-Unternehmen Regulierungsverpflichtungen aufzuerlegen, auch den Interessen der Wettbewerber zu dienen bestimmt sind. Sie müssen also drittschützend sein (hierzu s. unter II.). Nur dann wird aus der Ermächtigungsgrundlage eine Anspruchsgrundlage für die Wettbewerber. Nur dann hat der Wettbewerber bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen einen Anspruch gegen die BNetzA darauf, dass diese bei gebundenen Entscheidungen die im Gesetz vorgesehene Rechtsfolge anordnet und bei Ermessensentscheidungen unter Berücksichtigung seiner Interessen ermessensfehlerfrei entscheidet.³
- Verfahrensrechtlich ist notwendige Bedingung, dass ein Wettbewerber, der dergestalt materiellrechtlich geschützt ist, diese Rechte in den Regulierungs- und Gerichtsverfahren, in denen die Regulierungsverpflichtungen auferlegt, ausgestaltet und ggf. aufgehoben werden, auch geltend machen kann. Für das behördliche Regulierungsverfahren wirft dies die Frage nach einem Antrags- oder zumindest Beteiligungsrecht auf. Im Gerichtsverfahren zählen die Befugnis, eigene Regulierungsansprüche gegen die BNetzA in einem Verpflichtungsklageverfahren geltend zu machen, 4 sowie das Recht, in Klageverfahren des regulierten SMP-Unternehmens gegen eine zugunsten des Wettbewerbers ergangene Regulierungsentscheidung förmlich beteiligt zu werden (s. unter III.).

Genügt die Rechtslage diesen Bedingungen?

#### II. Drittschutz der marktregulatorischen Ermächtigungsgrundlagen

Zur Erinnerung: Drittschützend ist eine Norm, wenn sich aus individualisierten Tatbestandsmerkmalen ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich hinreichend von der Allgemeinheit unterscheidet. Selbstverständlich ist eine solche drittschützende Dimension zentraler marktregulatorischer Ermächtigungsgrundlagen der BNetzA nicht. Exemplarisch sei hier der Stand zu den drei zentralen Regelungskomplexen des Zugangsregimes, der Entgeltregulierung und der Missbrauchsaufsicht gezeigt.

- **3** S. zur Problematik früher etwa Windthorst WiVerw 2011, 196; Attendorn MMR 2009, 444.
- **4** Daneben besteht unbestritten das Recht, sich gegen eigene Belastungen durch Regulierungsentscheidungen im Wege der Anfechtungsklage zu wehren.
- **5** S. etwa BVerwG Urt. v. 28.11.2007 6 C 42.06 Rn. 11.
- **6** BVerwG Urt. v. 28.11.2007 6 C 42.06 Rn. 13 ff.; BVerwG Urt. v. 11.12.2013 6 C 23.12 Rn. 16; BVerwG Urt. v. 16.12.2019 6 B 36.19 Rn. 11.
- **7** BVerwG Urt. v. 28.11.2007 6 C 42.06 Rn. 14.
- **8** Diese Auffassung scheint die BNetzA zu vertreten, die in ihrer Regulierungsverfügung über den Widerruf bestimmter SDH-Zugangsverpflichtungen der Telekom von einer Änderung der Rechtslage spricht, Beschl. v. 31.7.2023 BK2b-21/004 Rn. 263
- **9** BT-Drs. 19/26108, 262.
- **10** BT-Drs. 15/2316, 63, hierauf weist BVerwG Urt. v. 28.11.2007 6 C 42.06
- **11** BT-Drs. 19/26108, 246.
- **12** RL (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABI. 2018 L
- **13** RL 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABI. 2002 L 108, 7.
- **14** Im Ergebnis ebenso zu § 26 TKG Säcker/Körber, TKG TTDSG/Neumann, 4. Aufl. 2023, TKG § 26 Rn. 14 ff. mwN; Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Komm./ Geppert, 5. Aufl. 2023, § 26 Rn. 224 f.; kritisch Scheurle/Mayen, TKG/Mayen, 3. Aufl. 2018, § 21 Rn. 129, 131 f.

#### 1. Zugangsverpflichtungen

§ 26 Abs. 1 TKG ermächtigt die BNetzA, ein SMP-Unternehmen zu verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, wenn andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endkundenmarkts behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden.

Zu der Vorgängernorm, § 21 TKG 2004, hat das BVerwG in stRspr entschieden, dass die Ermächtigungsgrundlage für die Regulierungsbehörde, dem regulierten Unternehmen Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen, zugunsten der möglichen Zugangspetenten drittschützend ist. <sup>6</sup> Diese Rechtsprechung ist auf den aktuellen Zugangstatbestand übertragbar. Hierfür spricht maßgebend, dass die Norm ausdrücklich "andere Unternehmen" als Zugangsberechtigte in ihren Schutzzweck einbezieht. Dieser Kreis der "anderen Unternehmen" wird durch den Zugangsbegriff weiter eingeengt. "Zugang" umfasst nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 74 TKG die Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten für ein anderes Unternehmen "zum Zweck der Erbringung von Telekommunikationsdiensten". Damit wird ein Personenkreis konkretisiert, der sich hinreichend deutlich von der Allgemeinheit unterscheidet.<sup>7</sup> Dagegen spricht nicht, dass der Gesetzgeber in § 26 TKG das noch in § 21 TKG 2004 enthaltene Antragsrecht der "anderen Unternehmen" gestrichen hat. 8 Die Gesetzesmaterialien geben für eine solche Änderungsabsicht nichts her. Danach erfolgte die Streichung des Einschubs "auf Antrag oder von Amts wegen" aus Konsistenzgründen; die Möglichkeit, eine Verpflichtung zu beantragen, bestehe unbenommen.<sup>9</sup> Dies weist darauf hin, dass auch die Motive zu § 21 TKG 2004 fortgelten. In der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 21 TKG 2004 (§ 19 TKG-E) wurden Unternehmen, die Zugangsleistungen zur Erbringung von TK-Diensten nachfragen, als "Berechtigte" bezeichnet. Auch in der Entwurfsbegründung zu der allgemeinen Ermächtigungsgrundlage über die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen durch Regulierungsverfügung (§ 13 TKG 2004) wurden die Anspruchsberechtigten erwähnt, denen im Fall unterbliebener Verpflichtungen der Verwaltungsrechtsweg offenstehe, soweit sie in eigenen Rechten verletzt seien. 10 § 13 TKG (aktuelle Fassung) führt diese Regelung fort; die Entwurfsbegründung betont allgemein die Kontinuität mit der Vorgängernorm.<sup>11</sup>

Dies alles gilt erst recht mit Blick darauf, dass die unionsrechtliche Vorgabe unverändert auf "angemessene Anträge auf Zugang" Bezug nimmt, Art. 73 Abs. 1 RL (EU) 2018/1972 (EKEK), 12 ebenso wie die Vorgängernorm in Art. 12 Zugangsrichtlinie<sup>13</sup>. § 26 Abs. 1 TKG kann daher richtlinienkonform nur mit einem Antragsrecht der Zugangsinteressierten ausgelegt werden. Dies bestätigt die drittschützende Dimension der Norm. 14

Daraus folgt: Die Normlage spricht dafür, dass ein Zugangsnachfrager von der BNetzA verlangen kann, dass sie bei der Entscheidung über Zugangsverpflichtungen eines SMP-Unternehmens ermessensfehlerfrei auch über seine Zugangsinteressen entscheidet. Wäre jede andere Entscheidung ermessensfehlerhaft, kann der Wettbewerber von der BNetzA verlangen, dass diese dem SMP-Unternehmen die gewünschte Zugangsverpflichtung auferlegt. Höchstrichterlich bestätigt ist dieser Drittschutz zum TKG 2021 freilich noch nicht.

## 2. Entgelte: Genehmigungspflicht und Genehmigungsmaßstabswahl

Die Zugangsentgelte, die die zugangsnachfragenden Wettbewerber des regulierten SMP-Unternehmens für die von ihnen bezogenen Zugangsleistungen zahlen, bestimmen maßgeblich über ihre Wettbewerbschancen. Liegen diese Zugangsentgelte über den Entgelten, die sich bei funktionierendem Wettbewerb ergäben, beschränkt dies die Chancen der Zugangsnachfrager,

Endkunden TK-Produkte anzubieten, die mit den Angeboten des SMP-Unternehmens preislich konkurrieren können.

Nach dem TKG hat die BNetzA die Möglichkeit, diese Vorleistungsentgelte des SMP-Unternehmens auf zwei Ebenen einzustellen: Zunächst entscheidet die Behörde, ob sie die Entgelte einer Genehmigungs- oder Anzeigepflicht unterwirft (§ 38 Abs. 1 TKG). Nur wenn sie die Genehmigungspflicht anordnet, kann sie in einem zweiten Schritt bestimmen, dass die Entgelte auf der Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) gebildet werden (§ 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG). Damit ist dann das Entgeltniveau maßgeblich, dass sich bei funktionierendem Wettbewerb einstellen würde: Ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen könnte im Markt nur solche Entgelte durchsetzen, die diese Kosten (einschließlich eines angemessenen Gewinns) decken. Entscheidet sich die BNetzA gegen eine Genehmigungspflicht oder gegen den KeL-Maßstab, gelten für die Entgelte regelmäßig lediglich die Entgeltmissbrauchsverbote. Auch wenn das dazu zählende Preisüberhöhungsverbot (§ 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG) auf dem KeL-Niveau ansetzt, 15 so wird doch ein Entgeltmissbrauch regelmäßig erst dann angenommen, wenn dieses Niveau erheblich überschritten wird. Der regulatorische Erheblichkeitszuschlag variiert, zuletzt hat die BNetzA einen Zuschlag von 5% anerkannt. 16 Daraus folgt, dass die beiden genannten Stellschrauben, die Entscheidungen über die Genehmigungspflicht und den Genehmigungsmaßstab, maßgeblich über die Höhe der von den zugangsnachfragenden Wettbewerbern an das SMP-Unternehmen zu zahlenden Zugangsentgelte und damit deren Wettbewerbschancen bestim-

Angesichts der erheblichen Relevanz dieser beiden Entscheidungen für die Marktchancen der Wettbewerber möchte man annehmen, dass ihre drittschützende Wirkung zugunsten der zugangsnachfragenden Wettbewerber als den Entgeltpflichtigen von der Rechtsprechung anerkannt ist. Für die Auferlegung der Genehmigungspflicht nach der Vorgängernorm des § 38 TKG – § 30 TKG 2004 – war dies jedoch nicht der Fall (zum TKG 2021 gibt es noch keine Rechtsprechung).<sup>17</sup> So lehnte das VG Köln eine drittschützende Wirkung der Entscheidung über die Genehmigungspflicht mit dem Hinweis ab, der Norm könne neben dem Regulierungsadressaten kein weiterer individualisierbarer Personenkreis, der von der Allgemeinheit abgrenzbar ist, entnommen werden. 18 Hierfür sprach in der Tat der damalige Normtext des § 30 Abs. 1 TKG 2004. Danach unterlagen Entgelte für auferlegte Zugangsleistungen automatisch der Entgeltgenehmigungspflicht, wenn nicht die BNetzA die Entgelte einer nachträglichen Regulierung unterworfen hatte. Das konnte sie, wenn die nachträgliche Regulierung ausreichte, um die Regulierungsziele zu erreichen. Individualisiert als geschützte Unternehmen wurden dort die Zugangsnachfrager nicht adressiert. Auch der Wortlaut des § 38 Abs. 1 TKG 2021 erwähnt die zugangsnachfragenden Wettbewerber als geschützten Personenkreis nicht ausdrücklich. Allerdings ist die Folgenorm stärker programmiert. Danach kann die BNetzA die Entgelte des SMP-Unternehmens der Genehmigungspflicht unterwerfen, wenn andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Endnutzermarkts durch missbräuchliche entgeltbezogene Maßnahmen des Unternehmens behindert würde und die Interessen der Endnutzer beeinträchtigt würden. Jedenfalls soll danach der Wettbewerb auf dem Endnutzermarkt befördert werden - ohne Wettbewerber des SMP-Unternehmens geht dies nicht. Derartige Programmierungen der Regulierungsentscheidung sieht die Rechtsprechung indes nicht als ausreichend an. Zum Verweis auf die Regulierungsziele in § 30 Abs. 1 TKG 2004 urteilte das VG Köln, hier sei der Wettbewerb als Institution gemeint, nicht die Interessen einzelner Wettbewerber. 19

Gegen dieses Ergebnis spricht maßgeblich ein systematisches und teleologisches Argument: Wenn die Entscheidung über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen drittschützend ist, würde dieser Drittschutz unterlaufen, wenn die zugangsnachfragenden Wettbewerber bei der Entscheidung über die Maßstäbe für die Prüfung der Zugangsentgelte rechtlos blieben. Was bringt ein Anspruch auf eine bestimmte Zugangsregulierung, wenn bei der wirtschaftlich entscheidenden Frage, wie dieser Zugang zu vergüten ist, die Zugangsnachfrager – als Entgeltpflichtige – ohne Rechtsposition sind? Ein derartiger systematischer Bruch kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

Dieses Ergebnis ist unionsrechtlich geboten. Art. 74 Abs. 1 UAbs. 3 EKEK gibt den nationalen Regulierungsbehörden auf, von Verpflichtungen zur Preiskontrolle abzusehen, wenn sie feststellen, dass bereits auferlegte SMP-Verpflichtungen ausreichen, um einen effektiven und diskriminierungsfreien Zugang zu gewähren. Durch dieses Merkmal des diskriminierungsfreien Zugangs werden die Zugangsnachfrager in den Schutzbereich der Norm aufgenommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn man den Begriff systematisch einheitlich mit der Ermächtigungsgrundlage für die Auferlegung von Nichtdiskriminierungsverpflichtungen (Art. 70 EKEK) auslegt. Letzteres umfasst die Gleichbehandlung externer Zugangsnachfrager mit konzerninternen Nachfragern ebenso wie die Gleichbehandlung aller externen Nachfrager.<sup>20</sup> Sind derart externe Zugangsnachfrager ausdrücklich in den Schutzbereich der Norm einbezogen, kann für den bei der Entscheidung über Preiskontrollen zu berücksichtigenden diskriminierungsfreien Zugang nichts anderes gelten. "Zugang" erhält nicht die Allgemeinheit, "Zugang" erhalten nur die TK-Unternehmen, die die Vorleistung, die Gegenstand der Zugangsverpflichtung ist, benötigen. Würden also die bereits auferlegten SMP-Verpflichtungen allein, ohne eine Verpflichtung zur Preiskontrolle, keinen diskriminierungsfreien Zugang gewährleisten, berücksichtigte die Regulierungsbehörde dies aber bei ihrer Entscheidung gegen die Auferlegung einer Preiskontrollverpflichtung nicht, verletzte dies die Zugangsrechte der durch die SMP-Zugangsverpflichtungen begünstigten Wettbewerber und Zugangsnachfrager. Verstärkt wird dieses Argument durch die unionsrechtliche Rechtsschutzgarantie. Art. 31 Abs. 1 EKEK verlangt, dass jeder Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, eine Rechtsschutzmöglichkeit hat. "Betroffen" sind nach der Rechtsprechung des EuGH auch Wettbewerber des von der Entscheidung adressierten SMP-Unternehmens, wenn die Regulierungsbehörde in einem Verfahren entscheidet, das dem Schutz des Wettbewerbs dient und die fragliche Entscheidung geeignet ist, sich auf die Marktstellung des Wettbewerbers auszuwirken.<sup>21</sup> Dies ist bei der Entscheidung über die Preiskontrollen der Fall: Die Regulierungsbehörden müssen bei dieser Entscheidung die Notwendigkeit der Förderung des Wettbewerbs berücksichtigen (Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK, s.a. Art. 3 Abs. 2 lit. a EKEK); die Entscheidung, ob und nach welchen Maßstäben Zugangs-

**<sup>15</sup>** Streitig, dafür Säcker/Körber, TKG – TTDSG/Groebel, 4. Aufl. 2023, TKG § 37, Rn. 31; dagegen offenbar VG Köln Urt. v. 1.8.2007 – 21 K 4013/06 Rn. 65.

**<sup>16</sup>** BNetzA Beschl. v. 31.5.2022 – BK2b-22/004 Rn. 132 ff. – VPN 2.0; BNetzA Beschl. v. 17.8.2022 – BK2b-22/007 Rn. 35 – VPN 2.0.

**<sup>17</sup>** Die zweite Norm über die Wahl des Genehmigungsmaßstabs hatte so im TKG 2004 keine Entsprechung.

**<sup>18</sup>** VG Köln Urt. v. 1.8.2007 – 21 K 4013/06 Rn. 68 ff.; das BVerwG hatte die Frage offengelassen, s. BVerwG Beschl. v. 13.6.2007 – 6 VR 2.07 Rn. 8.

**<sup>19</sup>** VG Kö**l**n Urt. v. 1.8.2007 – 21 K 4013/06 Rn. 71.

**<sup>20</sup>** Art. 70 Abs. 2 S. 1, S. 2 EKEK.

**<sup>21</sup>** EuGH MMR 2015, 197 Rn. 36, 39 – T-Mobile Austria; s. zuvor EuGH MMR 2008, 588 Rn. 43, 48 – Tele 2, beide zu Art. 4 Rahmenrichtlinie (RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABI. 2002 L 108, 33), dem Art. 31 EKEK folgt.

entgelte des SMP-Unternehmens regulatorisch geprüft werden, bestimmt maßgeblich das Entgeltniveau dieser Vorleistungen und entscheidet damit über die Chancen der Zugangskunden, mit dem SMP-Unternehmen auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt in wirksamen Wettbewerb zu treten. Daraus folgt: Unionsrechtlich sind die individuellen Unternehmensinteressen der Wettbewerber bei der Entscheidung über die Entgeltregulierungsmaßnahmen zu berücksichtigen.

Sowohl die nationale systematische und teleologische Auslegung als auch die unionsrechtlichen Vorgaben sprechen also, entgegen der nationalen Rechtsprechung, dafür, dass die zugangsnachfragenden Wettbewerber von der Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über das "Ob" und "Wie" der Entgeltregulierung des regulierten Unternehmens die Berücksichtigung ihrer Interessen verlangen können und damit die BNetzA-Entscheidung über die Genehmigungs- oder Anzeigepflicht von Zugangsentgelten des SMP-Unternehmens nach § 38 Abs. 1 TKG zugunsten der Zugangspetenten drittschützend ist.<sup>22</sup>

Entsprechendes gilt dann auch für die Entscheidung über den Genehmigungsmaßstab nach § 39 TKG, die so im TKG 2004 keine Entsprechung hatte. Diese Entscheidung wirkt sich unmittelbar auf die Höhe der zu zahlenden Zugangsentgelte aus; ohne eine drittschützende Wirkung dieser Norm wäre der durch die Ermächtigungsgrundlage zur Auferlegung von Zugangsverpflichtungen vermittelte Drittschutz imperfekt.

## 3. Entgelte: Genehmigungsmaßstab und Missbrauchsverbote

Mittlerweile ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass jedenfalls die aus dem Beeinträchtigungs- und Diskriminierungsverbot folgenden Entgeltmissbrauchsverbote drittschützend sind. Die Rechtsprechung ist zu § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Nr. 3 TKG 2004 ergangen. Nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG 2004 lag ein Missbrauch vor, wenn das regulierte SMP-Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem TK-Markt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, wenn nicht das Unternehmen hierfür eine sachliche Rechtfertigung nachweist. Ausgefüllt wurde dieser Beispielstatbestand durch drei Vermutungsregelungen. Vermutet wurde ein Missbrauch danach bei einem Endkundenentgeltdumping, einer Preis-Kosten-Scheren-Praxis und bei einer für effiziente Wettbewerber nicht replizierbaren Produktbündelung des SMP-Unternehmens (§ 28 Abs. 2 TKG 2004). Maßgeblich für die die zugangsnachfragenden Wettbewerber schützende Wirkung dieser Missbrauchstatbestände war, dass das Gesetz in § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG 2004 ausdrücklich den Schutz der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in den Blick nahm.<sup>23</sup> Nichts anderes gilt für das Verbot, einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher TK-Dienste einzuräumen (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG 2004).<sup>24</sup> Auch hier wurden einzelne benachteiligte Nachfrager schon nach dem Wortlaut des Verbotstatbestands explizit geschützt.

Dass sich an dieser subjektiv-rechtlichen Dimension des Beeinträchtigungsverbots durch die Novelle des TKG 2021 etwas geändert haben sollte, ist nicht ersichtlich. § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG verbietet es weiter dem SMP-Unternehmen, Entgelte zu fordern, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem TK-Markt auf erhebliche Weise beeinträchtigen. Die Rechtsprechung zum TKG 2004 ist daher auf diesen Beispielstatbestand und die ihn ausfüllenden Vermutungstatbestände uneingeschränkt übertragbar.

Die Neufassung der Missbrauchsnorm spricht zudem maßgeblich dafür, dass alle Entgeltmissbrauchsverbote drittschützend sind. So war zu dem Tatbestand des Preishöhenmissbrauchs nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG 2004 umstritten, ob dieser auch die entgeltpflichtigen Zugangsnachfrager schützt; die Rechtsprechung des BVerwG ließ dies offen. 25 Zweifel konnten sich daraus ergeben, dass in dem Missbrauchstatbestand, anders als beim Beeinträchtigungsverbot, nicht ausdrücklich andere Unternehmen als geschützte Unternehmen erwähnt wurden. Unter dem TKG 2021 ist für diese Zweifel kein Raum mehr. Schon das allgemeine Entgeltmissbrauchsverbot in § 37 Abs. 1 S. 1 TKG stellt ausdrücklich auf geschützte andere Unternehmen ab ("Ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht darf diese Stellung ... gegenüber anderen Unternehmen nicht missbrauchen"). Auch der Tatbestand des Preishöhenmissbrauchs in § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG nimmt nun die "anderen Unternehmen" ausdrücklich in den Blick.

Daraus folgt, dass ein entgeltpflichtiger Wettbewerber von der BNetzA die Durchsetzung dieser Entgeltmaßstäbe gegenüber dem regulierten Unternehmen verlangen kann, konkret also etwa die Beendigung eines Preishöhen- oder Diskriminierungsmissbrauchs bei den Zugangsprodukten, von Dumping-Praktiken bei den korrespondierenden Endkundenprodukten, von Preis-Kosten-Scheren, etc. Höchstrichterlich bestätigt ist diese umfassende drittschützende Dimension des Entgeltmissbrauchstatbestands im TKG 2021 freilich noch nicht.

Relevant ist die Frage einer drittschützenden Wirkung des Tatbestands des Preishöhenmissbrauchs, wenn die Entgelte des SMP-Unternehmens nicht der Genehmigungspflicht, sondern nur der Missbrauchsaufsicht (ggf. ergänzt durch eine Anzeigepflicht) unterliegen.<sup>26</sup> Sind die Entgelte genehmigungspflichtig, versteht es sich von selbst, dass die Entgeltschuldner durch den Genehmigungstatbestand geschützt sind.<sup>27</sup> Die Entgeltgenehmigung greift jedenfalls in die Berufsfreiheit und die allgemeine Handlungsfreiheit des Entgeltschuldners ein. Ihm ist versagt, mit dem regulierten Unternehmen Entgelte frei zu vereinbaren. Dem SMP-Unternehmen ist es untersagt, andere Entgelte als die genehmigten zu verlangen (§ 44 Abs. 1 TKG). Das genehmigte Entgelt tritt an die Stelle des vertraglich vereinbarten Entgelts (§ 44 Abs. 2 TKG). Damit hat die Entgeltgenehmigung privatrechtsgestaltende Wirkung.<sup>28</sup> Dies betrifft nicht nur das "Ob" der Genehmigungspflicht, sondern auch das Entgelt selbst, die Tarifgestaltung und -höhe. Verletzt daher eine dem SMP-Unternehmen erteilte Entgeltgenehmigung das KeL-Gebot, indem sie überhöhte Entgelte erlaubt, verletzt dies die entgeltpflichtigen Unternehmen in ihren Rechten; sie können die Aufhebung der Genehmigung verlangen.

## 23 BVerwG Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18.09 Rn. 15; BVerwG Urt. v. 25.9.2013 – 6 C 13.12 Rn. 76; BVerwG Urt. v. 16.12.2015 – 6 C 27.14 Rn. 21. 24 BVerwG Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18.09 Rn. 15; s. zijvor bereits BVerwG Urt. v.

22 Ebenso Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Komm./Kühling, 5. Aufl. 2023, § 38

Rn. 81; den Drittschutz zugunsten der entgeltpflichtigen Zugangsnachfrager wohl

bejahend: BVerwG Urt. v. 11.12.2013 - 6 C 24.12 Rn. 36.

**24** BVerwG Urt. v. 20.10.2010 – 6 C 18.09 Rn. 15; s. zuvor bereits BVerwG Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 8.01 Rn. 16. 52.

#### 4. Allgemeine Missbrauchsverbote

Klar ist die Rechtslage bei den allgemeinen Missbrauchsverboten des § 50 TKG. Sie verbieten es einem SMP-Unternehmen,

<sup>25</sup> BVerwG Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 8.01 (in der Entscheidung lehnte das Gericht zugleich einen Drittschutz des Aufschlagsverbots zugunsten der Nutzer der TK-Dienstleistungen ab; Drittschutz offen gelassen in VG Köln Urt. v. 14.5.2014 – 21 K 309409 Rn. 79; für Drittschutz: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG/Fetzer, 3. Aufl. 2021,

**<sup>26</sup>** Nach BVerwG Urt. v. 16.12.2015 – 6 C 27.14 Rn. 21, gibt es keinen eigenständigen Anwendungsbereich für den Preishöhenmissbrauch, wenn das Entgelt genehmigungspflichtig ist, wohl weil dann (nach dem TKG 2004) für die Preishöhe der KeL-Maßstab galt.

**<sup>27</sup>** BVerwG Urt. v. 25.9.2013 – 6 C 13.12 Rn. 76; aA offenbar Scheurle/Mayen, TKG/Mayen/Lüneburger, 3. Aufl. 2018, § 35 Rn. 115.

**<sup>28</sup>** BVerwG Urt. v. 17.8.2016 – 6 C 24.15 Rn. 17; zur dogmatischen Einordnung s. Schaub-Englert, Rechtsschutz gegen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Regulierungsrecht, 2020, S. 90 f., 62 ff.

seine Marktstellung gegenüber anderen Unternehmen zu missbrauchen. Ein solcher Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn das marktstarke Unternehmen andere Unternehmen unbillig behindert oder die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem TK-Markt erheblich beeinträchtigt (§ 50 Abs. 1 TKG). Die durch den Marktmachtmissbrauch betroffenen Unternehmen werden in den Missbrauchstatbeständen ausdrücklich als geschützte, von der Allgemeinheit abgegrenzte Dritte genannt. Die drittschützende Wirkung der Missbrauchsverbote ist denn auch anerkannt.<sup>29</sup>

#### 5. Zwischenergebnis

Aus Wettbewerbersicht ist die materielle Rechtslage ungenügend: Auch wenn ein drittschützender Charakter der Kernnormen der Zugangs- und Entgeltregulierung rechtlich gut begründbar ist, ist er doch in der Anwendungspraxis nicht durchweg anerkannt. Wortlautänderungen der TKG-Novelle 2021 bringen zusätzliche Rechtsunsicherheit. Für die Unternehmen, deren Markttätigkeit vom Gesetzgeber gewünscht ist, um nachhaltig wettbewerbsorientierte TK-Märkte zu schaffen, ist dieser Befund unbefriedigend.

#### III. Prozedurale Optionen der Wettbewerber

Für die Wettbewerber des regulierten Unternehmens ist materiellrechtlicher Drittschutz nichts wert, wenn sie ihn in den Regulierungsverfahren der BNetzA und in nachfolgenden Gerichtsverfahren nicht geltend machen können. Prozedural sind drei Dimensionen zu unterscheiden:

- die klageweise Durchsetzung von Wettbewerberpositionen,
- die Initiierung von behördlichen Regulierungsverfahren gegen das SMP-Unternehmen und
- die Beteiligung der Wettbewerber an behördlichen und gerichtlichen Regulierungsverfahren, in denen über ihre Wettbewerbschancen befunden wird.

## 1. Klageweise Durchsetzung von Wettbewerberpositionen

Eine bestimmte Regulierungsverpflichtung des SMP-Unternehmens kann ein Wettbewerber gerichtlich nur erstreiten, wenn das materielle TK-Recht ihm einen Anspruch gegen die BNetzA auf Erlass der gewünschten Regulierungsverpflichtung gegenüber dem regulierten Unternehmen vermittelt. Dann ist die zu erhebende Verpflichtungsklage begründet. Schon für die Zulässigkeit der Klage ist entscheidend, ob der Wettbewerber sich auf einen solchen Anspruch berufen kann; die Klage ist mangels Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO unzulässig, wenn ein solcher Anspruch des Wettbewerbers nicht zumindest in Betracht kommt. <sup>30</sup> Für die Zulässigkeit und Begründetheit der Verpflichtungsklage kommt es damit auf den drittschützenden Charakter der maßgeblichen Norm an. Soweit die tk-rechtliche Norm Rechte des Wettbewerbers begründet, kann dieser sie auch gerichtlich geltend machen.

Zweifel am drittschützenden Charakter einer Marktregulierungsnorm reduzieren damit unmittelbar die Chancen des Wettbewerbers, seine Position gerichtlich geltend zu machen. Nach dem dargelegten Diskussionsstand zum materiellrechtlichen Drittschutz ist die Möglichkeit eines Wettbewerbers, seine Forderungen nach einer bestimmten Zugangsregulierung klageweise durchzusetzen, nicht unumstritten. Dies gilt erst recht für die Frage, wie die Zugangsentgelte reguliert werden (Genehmigungspflicht? Genehmigungsmaßstab?).

Anders ist die Situation, wenn sich ein zugangsberechtigter Wettbewerber gegen die Genehmigung zu hoher Zugangsentgelte wendet. Als Entgeltschuldner wird der Zugangsnachfrager durch die Entgeltgenehmigung unmittelbar belastet, er muss

die genehmigten Entgelte zahlen (§ 44 Abs. 1, Abs. 2 TKG). Ist die Genehmigung rechtswidrig, verletzt sie ihn in seiner Berufs-, jedenfalls in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit. Hieraus folgt seine Befugnis, die Entgeltgenehmigung anzugreifen, soweit sie die von ihm zu zahlenden Zugangsentgelte betrifft.<sup>31</sup>

#### 2. Initiierung von behördlichen Regulierungsverfahren gegen das SMP-Unternehmen

Für die Wettbewerber des regulierten SMP-Unternehmens ist weiter entscheidend, dass sie ihre Anforderungen an eine wettbewerbsfördernde Regulierung des SMP-Unternehmens in Regulierungsverfahren der BNetzA artikulieren können. Hierzu gehört insbesondere, dass sie benötigte Regulierungsentscheidungen beantragen und so die Behandlung der Regulierungsbehörde mit ihren Forderungen erreichen können. Auch insoweit ist der Befund ernüchternd.

Förmliche Antragsrechte der Wettbewerber des regulierten Unternehmens sieht das TKG nicht vor. Insoweit hat sich die Rechtslage mit der Novelle 2021 noch verschlechtert, weil das Recht der Zugangsnachfrager, bestimmte Zugangsverpflichtungen des SMP-Unternehmens zu beantragen, gestrichen wurde. Auch wenn es nach der Entwurfsbegründung diesen Unternehmen weiterhin unbenommen sein soll, Zugangsverpflichtungen des SMP-Unternehmens bei der BNetzA zu beantragen, so löst doch die Streichung des Antragsrechts im Wortlaut des § 26 Abs., 1 TKG Rechtsunsicherheit aus.<sup>32</sup>

Lediglich in den Missbrauchsnormen ist vorgesehen, dass der BNetzA Missbrauchssachverhalte "bekannt gemacht werden" können. Durch eine solche Bekanntmachung kann eine nachträgliche Entgeltmissbrauchsprüfung oder auch ein Verfahren der allgemeinen Missbrauchsaufsicht initiiert werden (§§ 46 Abs. 1, 50 Abs. 3 TKG). Damit wird anerkannt, dass sich Wettbewerber und Zugangsnachfrager über missbräuchliche Verhaltensweisen des regulierten SMP-Unternehmens bei der Regulierungsbehörde "beschweren" können. Eine solche "Beschwerde" ist jedoch nichts anderes als die Anzeige eines Sachverhalts, sie ist schwächer als ein förmliches Antragsrecht: Nicht die Bekanntmachung von Missbrauchssachverhalten leitet das behördliche Verfahren ein, eingeleitet wird das Verfahren von der BNetzA, von Amts wegen, wenn die mitgeteilten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein Missbrauch vorliegt. Dies bewertet die BNetzA. Der beschwerdeführende Wettbewerber hat es also nicht der Hand, das Verfahren durch seinen Antrag unmittelbar einzuleiten.33

Das Fehlen eines förmlichen Antragsrechts des durch die Regulierung potenziell begünstigten Wettbewerbers hat für ihn formelle Nachteile:

■ Kann der Wettbewerber kein Regulierungsverfahren initileren, kann er auch nicht etwaige mit der Verfahrenseinleitung beginnende Verfahrensfristen auslösen. So sieht § 46 Abs. 2 TKG für die erste Entscheidung in der Entgeltmissbrauchsaufsicht eine Verfahrensdauer von 2 Monaten vor, für die allgemei-

 $<sup>\</sup>bf 29$  BVerwG Urt. v. 18.4.2007 – 6 C 21.06 Rn. 10; VG Köln Urt. v. 23.5.2012 – 21 K 6642/10 Rn. 56, 59; Fetzer/Scherer/Graulich, TKG/Kredel, 3. Aufl. 2021, § 42 Rn. 59; Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien/Neitzel/Hofmann, 4. Aufl. 2019, § 42 Rn. 3.

**<sup>30</sup>** An der Klagebefugnis fehlt es, wenn, so die von der Rspr. verwandte Formel, offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kl. behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können, s. Nachweise und Kritik bei Sodan/Ziekow, VwGO/Sodan, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 380.

 $<sup>\</sup>bf 31$  Vorausgesetzt wird freilich eine vertragliche Anspruchsgrundlage oder eine vertragsersetzende Anordnung, auf die Entgeltgenehmigung einwirkt, vgl. BVerwG Urt. v. 17.8.2016 – 6 C 24.15 Rn. 24.

<sup>32</sup> S. unter II. 1.

**<sup>33</sup>** Vgl. § 22 S. 2 Nr. 1 VwVfG.

ne Missbrauchsaufsicht gilt eine Regelfrist von 4 Monaten (§ 50 Abs. 3 S. 2 TKG). Die Vorgabe des Gesetzgebers, das Verfahren sei "unverzüglich" nach der Bekanntmachung der Tatsachen, die die Annahme eines Missbrauchs rechtfertigen, einzuleiten, hilft hier nicht weiter. Wann liegen sämtliche relevanten Tatsachen vor? Was bedeutet "unverzüglich"?

- Hat ein zugangsnachfragender Wettbewerber kein Antragsrecht, ist er auch nicht geborener Verfahrensbeteiligter. Dies ist nach § 213 Abs. 2 Nr. 1 TKG sicher nur derjenige Antragsteller, der eine gesetzlich eingeräumte Antragsberechtigung durch Stellung eines Antrags auf Einleitung eines Verfahrens ausnutzt. Fehlt also ein förmliches Antragsrecht, muss der Wettbewerber, will er sämtliche Verfahrensrechte haben, seine Beiladung zu dem Regulierungsverfahren beantragen, die – von den Fällen der notwendigen Beiladung abgesehen – im Ermessen der Regulierungsbehörde liegt.<sup>34</sup> Etwas anderes würde dann gelten, wenn allein die Stellung eines Sachantrags in einem Regulierungsverfahren dazu führen würde, dass der antragstellende Wettbewerber nach § 213 Abs. 2 Nr. 1 TKG Verfahrensbeteiligter wird, 35 Insbesondere die teleologische Normauslegung spricht dagegen:<sup>36</sup> Würde der Begriff "Antragsteller" sämtliche Unternehmen, die im Verfahren Sachanträge stellen, meinen, so hätte es ein jedes Unternehmen in der Hand, sich durch die Stellung eines Sachantrags die Stellung des geborenen Verfahrensbeteiligten zu verschaffen. Der Kreis der Verfahrensbeteiligten wäre so nicht mehr begrenzbar. Letztlich würde auch die Beiladungsregelung in Nr. 3 überflüssig.
- Mangels Antragsrechts ist die BNetzA bei rein formaler Betrachtung auch nicht verpflichtet, über Anträge des Wettbewerbers auf eine bestimmte Regulierung des SMP-Unternehmens zu entscheiden. Sie kann das Verfahren von Amts wegen einleiten und auch von Amts wegen entscheiden. Dies hat gravierende Folgen, macht doch die Rechtsprechung die notwendige Beiladung davon abhängig, dass die BNetzA über einen Antrag des Beiladungspetenten entschieden hat.<sup>37</sup>

Es bleibt dann nur die materiellrechtliche Argumentation: Geht man vom drittschützenden Charakter etwa der BNetzA-Entscheidung über die Zugangsverpflichtungen des SMP-Unternehmens aus, gestaltet die BNetzA mit ihrer Regulierungsverfügung notwendig auch die gesetzlichen Zugangsrechte der zugangsnachfragenden Wettbewerber. Diese materiellrechtliche

- 34 Dazu s. unter III. 3.
- **35** Hierfür spricht BVerwG Beschl. v. 31.3.2008 6 C 14.07 Rn. 5.
- **36** Im Ergebnis wohl ebenso Säcker/Körber, TKG TTDSG/Gurlit, 4. Aufl. 2023, TKG § 213 Rn. 21, die zwar nicht auf die Antragsberechtigung abstellt, sondern wohl jede formelle Stellung eines Antrags auf Verfahrenseinleitung ausreichen lässt, aber damit reine Sachanträge ebenfalls ausschließt; Scheurle/Mayen, TKG/Mayen, 3. Aufl. 2018, § 134, Rn. 27.
- **37** S. unter III. 3. a).
- **38** Ob dies auch aus der unionsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 31 EKEK folgt, kann offenbleiben; dafür spricht der effet utile-Grundsatz, s. hierzu nur Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union/Mayer, 81. EL Januar 2024, EUV Art. 19 Rn. 57 f. mwN.
- **39** S. § 12 Abs. 1 TKG für die Ergebnisse der Marktprüfungen, § 14 Abs. 2 TKG iVm § 12 Abs. 1 TKG für die Regulierungsverfügung; für die Entgeltgenehmigung ergibt sich die Notwendigkeit der Durchführung eines Konsultationsverfahrens aus der Rspr.: BVerwG Urt, v. 30.1.2017 6 C 2.16 Rn. 22 ff.
- **40** Die BNetzA gewährt regelmäßig allerdings nur Einsichtnahme in die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten. Die Korrespondenz etwa mit dem regulierten Unternehmen (etwa zur Sachverhaltserforschung) wird den beteiligten Wettbewerbern nicht zugänglich gemacht.
- **41** Hinzu kommen die anderen Beteiligtenrechte in dem durch die Verfahrensbeteiligung begründeten Verfahrensrechtsverhältnis zu der BNetzA als der verfahrensführenden Behörde, s. etwa die Vertretungsrechte (§§ 14 bis 16, 18 VwVfG), Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung (§ 26 VwVfG), Anhörungsrecht (§ 28 VwVfG), Bekanntgaberecht (§ 41 VwVfG), Berichtigungsrecht (§ 42 VwVfG), Vorteile bei Rüge der Verletzung von Verfahrensfehlern (§ 45 VwVfG), Statusrechte im förmlichen Verwaltungsverfahren, soweit nicht vom TKG geregelt (§§ 66 bis 69 VwVfG); vgl. zu allem Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG/Schmitz, 10. Aufl. 2023, § 13 Rn. 2 f.

Rechtsposition schließt das Recht, zu einem konkreten Sachverhalt von der Regulierungsbehörde eine Entscheidung über die Konkretisierung des gesetzlichen Zugangsrechts zu verlangen, ein. Ohne ein solches verfahrensrechtliches Pendant wäre das materielle Zugangsrecht nicht effektiv. Dies ist auch notwendige Folge der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie. Wenn ein Wettbewerber ein subjektiv-öffentliches Recht im Wege der Verpflichtungsklage nur dann geltend machen kann, wenn er zuvor bei der BNetzA mit seinem Begehren gescheitert ist, muss er die Möglichkeit haben, sein Begehren bei der BNetzA geltend zu machen. Ansonsten könnte er sein materielles Recht überhaupt nicht durchsetzen; auf die Verletzung seines Rechts durch die BNetzA könnte er nicht reagieren. Die grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie wäre dann verletzt.<sup>38</sup> All dies spricht dafür, dass aus der gesetzlichen Zuweisung eines subjektiv-öffentlichen Rechts an einen Wettbewerber notwendig dessen Befugnis folgt, dieses Recht auch bei der BNetzA geltend zu machen, durch Beantragung einer Entscheidung über dieses Recht in einem bestimmten konkreten Sachverhalt.

Dann ist der Wettbewerber, der unter Berufung auf ein eigenes subjektiv-öffentliches Recht die Einleitung eines Regulierungsverfahrens beantragt, als Antragsteller Verfahrensbeteiligter nach § 213 Abs. 2 Nr. 1 TKG. Die BNetzA ist dann auch verpflichtet, über diesen Antrag wie über etwaige Sachanträge des Wettbewerbers zu entscheiden.

## 3. Beiladungsanspruch im Behörden- und Gerichtsverfahren

Sieht man einmal von den Antragsrechten der zugangsberechtigten Wettbewerber im Behördenverfahren ab, müssen sie in den Regulierungsverfahren zumindest gehört werden und Gelegenheit haben, sich in vollständiger Kenntnis der Aktenlage zu äußern. Ansonsten liefe der materielle Drittschutz der Zugangsund Entgeltnormen gänzlich leer.

In vollem Umfang hat ein Wettbewerber diese Verfahrensrechte in den Regulierungsverfahren der BNetzA nur nach erfolgter Beiladung. Zwar sieht das TKG für die Verfahren zur Festlegung der Ergebnisse der Marktprüfungen, zum Erlass einer Regulierungsverfügung und einer Entgeltgenehmigung ein Konsultationsverfahren vor.<sup>39</sup> Interessierte Parteien können zu den Entscheidungsentwürfen Stellung nehmen. Dieses Stellungnahmerecht ist jedoch nicht ebenso effektiv wie die sich aus dem TKG und dem VwVfG ergebenden Beteiligtenrechte. Es umfasst keine Akteneinsicht, sondern nur die Einsichtnahme in den fertigen Entscheidungsentwurf; die Stellungnahmen des regulierten Unternehmens im vorangegangenen Verwaltungsverfahren sind ebenso wenig Gegenstand der Konsultation wie die Korrespondenz der BNetzA mit dem regulierten Unternehmen. Angesichts des fortgeschrittenen Verfahrensstadiums ist es denn auch höchst selten, dass das Konsultationsverfahren zu Änderungen des Entscheidungsentwurfs führt.

Wirksamere Einflussmöglichkeiten haben die Wettbewerber daher nur als förmlich Verfahrensbeteiligte. Dann greift jedenfalls theoretisch das Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG;<sup>40</sup> dann haben die Wettbewerber auch schon ab dem Beiladungszeitpunkt Gelegenheit, sich zum Verfahrensgegenstand und den Eingaben des regulierten Unternehmens zu äußern und damit zur Meinungsbildung der Regulierungsbehörde beizutragen.<sup>41</sup>

Beteiligt sind die Wettbewerber am Regulierungsverfahren, wenn ihre Interessen durch die Entscheidung berührt werden und die BNetzA sie auf ihren Antrag zum Verfahren beigeladen hat (§ 213 Abs. 2 Nr. 3 TKG). Danach steht die Beiladung grundsätzlich im Ermessen der BNetzA. Einen Beiladungsanspruch haben die Wettbewerber nur dann, wenn der Ausgang des Verfahrens für sie rechtsgestaltende Wirkung hat. In diesem Fall ist das

nach § 213 Abs. 2 TKG grundsätzlich bestehende Beiladungsermessen in entsprechender Anwendung des § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG auf null reduziert. <sup>42</sup> Rechtsgestaltende Wirkung hat der Ausgang des Verfahrens, wenn durch die behördliche Entscheidung zumindest auch Rechte des Beiladungspetenten unmittelbar begründet, aufgehoben oder abgeändert werden. <sup>43</sup>

Damit greift für die Verfahrensbeteiligung im Regulierungsverfahren die gleiche Beteiligungsvoraussetzung wie im nachfolgenden Gerichtsverfahren: Klagt das regulierte Unternehmen gegen eine Regulierungsentscheidung, sind die durch die Regulierungsentscheidung begünstigten Wettbewerber an diesem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht automatisch beteiligt. Über ihre Rechte wird also entschieden, ohne dass sie sich hierzu äußern können. Eine Verfahrensbeteiligung setzt auch im Gerichtsverfahren eine Beiladung voraus. Maßgeblich sind dann die beiden Beiladungsformen der einfachen Beiladung und der notwendigen Beiladung. Erste setzt voraus, dass die rechtlichen Interessen des Beiladungspetenten durch die Entscheidung berührt werden (§ 65 Abs. 1 VwGO). Solche Interessen sind berührt, wenn im Klageverfahren die Möglichkeit der Verbesserung oder Verschlechterung der Rechtslage besteht.44 Dies wird ein zugangsberechtigter Wettbewerber regelmäßig dartun können; die Beiladung steht dann aber auf der Rechtsfolgenseite im Ermessen des Gerichts. Das für Klagen gegen Regulierungsentscheidungen der BNetzA zuständige VG Köln lehnt solche Beiladungen regelmäßig ab, vermutlich, weil es den Kreis der Verfahrensbeteiligten klein halten will. Es kommt daher auf den Beiladungsanspruch im Fall der notwendigen Beiladung an. Ein Wettbewerber hat einen solchen Anspruch nur, wenn er an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt ist, dass die Entscheidung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann (§ 65 Abs. 2 VwGO).

Diese Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn die begehrte Sachentscheidung nicht wirksam getroffen werden kann, ohne dass dadurch gleichzeitig und unmittelbar in Rechte des Beiladungspetenten eingegriffen wird, dh seine Rechte gestaltet, bestätigt, festgestellt, verändert oder aufgehoben werden. Dies muss, so die Forderung, zur Folge haben, dass ein Erfolg der Klage zu einem rechtlich relevanten Nachteil für den Beiladungspetenten führt.

Danach hat ein Wettbewerber im Regulierungs- wie auch im Gerichtsverfahren einen Beiladungsanspruch, wenn es in dem Verfahren um die Begründung, Änderung, Gestaltung oder Aufhebung seiner Rechte geht, und der Klageerfolg für ihn zu einem rechtlichen Nachteil führte. Der materiellrechtliche Drittschutz der Ermächtigungsgrundlage, auf der die angestrebte oder angegriffene Regulierungsentscheidung beruht, entscheidet damit maßgeblich über die Beiladung des Dritten.

Bei der Auslegung und Anwendung des Beiladungstatbestands ist zudem immer seine verfassungsrechtliche Vorprägung zu berücksichtigen. Die notwendige Beiladung ist zwingende Folge der grundrechtlichen Verbürgung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs in Art. 103 Abs. 1 GG. Das BVerfG hat betont, dass der durch eine Entscheidung Begünstigte Gelegenheit erhalten muss, sich in Kenntnis der dem Gericht vorliegenden Stellungnahme der Gegenseite zumindest einmal umfassend zur Sachund Rechtslage zu äußern, wenn das Gericht eine Entscheidung abändern will und dadurch in seine Rechtsstellung eingreift. 47 Unterbleibt eine notwendige Beiladung, verletzt dies den Beiladungspetenten in seinem Grundrecht auf rechtliches Gehör. Der Gehörsanspruch steht nicht nur demjenigen zu, der bereits als Partei oder in ähnlicher Stellung an einem gerichtlichen Verfahren beteiligt ist. Anzuhören ist auch derjenige, dem gegenüber die gerichtliche Entscheidung materiellrechtlich wirkt und der deshalb von dem Verfahren unmittelbar rechtlich betroffen wird.<sup>48</sup>

Die Beiladungspraxis der BNetzA wie auch des erstinstanzlich maßgeblichen VG Köln spiegelt dies nur teilweise wider, wie am Beispiel einzelner Fallgruppen gezeigt werden kann:

#### a) Zugangsregulierung

Mit einer Regulierungsverfügung, in der sie das regulierte Unternehmen zur Zugangsgewährung nach § 26 TKG verpflichtet, entscheidet die BNetzA zugleich über den gesetzlichen Anspruch der Zugangsnachfrager und Wettbewerber auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ihren Zugang zum Netz dieses marktbeherrschenden regulierten Unternehmens.

Trotzdem lehnt die BNetzA in solchen Verfahren über Regulierungsverfügungen die Beiladung von Zugangsnachfragern, die ihren Anspruch im Verfahren geltend machen wollen, ab. Sie begründet dies mit der fehlenden rechtsgestaltenden Wirkung ihrer Entscheidung für die Wettbewerber. <sup>49</sup> Dies überzeugt nicht, wenn man davon ausgeht, dass die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zugunsten der (potenziell) zugangsberechtigten Unternehmen drittschützende Wirkung hat. 50 Die BNetzA entscheidet dann immer auch über diese subjektiven Rechte der Wettbewerber, konkret das Recht der Zugangsnachfrager auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der BNetzA über die Auferlegung einer bestimmten Zugangsverpflichtung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die zugangsnachfragenden Wettbewerber dieses Recht im Regulierungsverfahren durch die Stellung von Sachanträgen geltend machen (wollen). Wenn die BNetzA in solchen Konstellationen die Beiladung versagt, läuft der materiellrechtliche Drittschutz leer. Wie anders als iRe förmlichen Verfahrensbeteiligung, mit allen daran geknüpften Verfahrensrechten, soll ein materiellrechtlich begünstigter Dritter sonst seine Rechte wirksam geltend machen können?

Die Ablehnung der Beiladung zum Verwaltungsverfahren hat gravierende Auswirkungen auf die Beteiligung der zugangsnachfragenden Wettbewerber in einem Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens gegen eine die Dritten begünstigende Zugangsverpflichtung. Folgt man der Annahme einer drittschützenden Wirkung des § 26 TKG, so spräche alles für eine Beiladung der zugangsnachfragenden Wettbewerber zu dem Klageverfahren: Die Entscheidung der BNetzA begründet für sie konkrete Zugangsrechte gegenüber dem regulierten Unternehmen (etwa dessen Verpflichtung, den Zugangsnachfragern den in der Zugangsverpflichtung definierten Zugang anzubieten, § 28 Abs. 1 TKG); die Klage des regulierten Unternehmens zielt auf Aufhebung der Zugangsrechte. Im Erfolgsfall würden sie entfallen.

Die Rechtsprechung des BVerwG ist freilich enger. Danach sind Wettbewerber zu einem Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens gegen eine Regulierungsverfügung dann notwendig beizuladen, wenn die BNetzA die angefochtene Regulierungsverfügung zugleich ihnen gegenüber als eine sie begünstigende Regelung erlassen hat. Denn nur dann würde im Klage-

- **42** VG Köln Urt. v. 10.6.2015 21 K 5400/14 Rn. 24 f.; vgl. auch BVerwG Beschl. v. 22.7.2014 6 B 50.13 Rn. 6.
- ${\bf 43}~{\rm Vgl.}~{\rm Nw.}$  bei Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG/Schmitz, 10. Aufl. 2022, § 13 Rn. 40.
- 44 Vgl. nur Eyermann, VwGO/Hoppe, 16. Aufl. 2022, § 65 Rn. 10.
- **45** Vgl. nur BVerwG Beschl. v. 7.2.2011 6 C 11.10 Rn. 2; BVerwG Beschl. v. 13.6. 2007 6 VR 5.07 Rn. 6.
- **46** Etwa Schoch/Schneider, VwGO/Bier/Steinbeiß-Winkelmann, 43. EL August 2022, § 65 Rn. 18; Sodan/Ziekow, VwGO/Czybulka/Kluckert, 5. Aufl. 2018, § 65 Rn. 113.
- **47** BVerfGE 65, 227, 233, 234.
- ${\bf 48}\;$  BVerfG Beschl. v. 9.11.2006 1 BvR 675/06, 1 BvR 2699/06 Rn. 18, zur Beiladung im TK-Recht.
- **49** Beispiel: BNetzA, Ablehnung eines Beiladungsantrags v. 16.4.2021 BK2b-21/004 unter Hinweis auf VG Köln Urt. v. 26.10.2006 1 K 9/06, in dem das Gericht eine drittschützende Wirkung des § 21 TKG 2004 verneinte; diese Rspr. ist mittlerweile überholt, s. unter II. 1.
- **50** S. unter II. 1.

verfahren über die gesetzlichen subjektiven Rechte der Wettbewerber unmittelbar mitentschieden, falls das Gericht der Klage stattgibt.<sup>51</sup> Anders gewendet: Nur wenn ein Wettbewerber in einem Regulierungsverfahren ein subjektives Recht mittels eines Antrags geltend macht und dieser Antrag von der BNetzA positiv beschieden wird, ist der Wettbewerber in einem Anfechtungsprozess gegen den Beschluss notwendig beizuladen, da dann mit der gerichtlichen Entscheidung über den streitigen Beschluss unmittelbar in seine subjektiven Rechte eingegriffen wird.<sup>52</sup>

Zu eng ist diese Rechtsprechung aus zwei Gründen:

- Zum einen entfiele bei einem Klageerfolg des regulierten Unternehmens das durch die Zugangsverpflichtung begründete subjektive Zugangsrecht des Zugangsnachfragers – dies wird unabhängig davon begründet, ob die BNetzA im Regulierungsverfahren förmlich einem Antrag des Dritten stattgibt. Mit dem drohenden Wegfall dieses Rechts ist die Tatbestandsvoraussetzung der notwendigen Beiladung gegeben. Die formelle Adressatenstellung des Begünstigten, auf die das BVerwG abstellt, ist nicht Selbstzweck. Das Kriterium ist in anderen Materien, etwa dem Baurecht und dem Immissionsschutzrecht, aus dem prozessökonomischen Bedürfnis geboren, dem Gericht die Beiladung eines unüberschaubaren Kreises potenziell Betroffener zu ersparen.<sup>53</sup> Sofern sich jedoch dem Gericht die durch den angefochtenen Verwaltungsakt rechtlich Betroffenen aufdrängen – so wie hier: die ohne Weiteres identifizierbaren, zugangsnachfragenden Unternehmen –, bedarf es einer Adressatenstellung nicht. Maßgeblich ist materiell, ob die rechtsgestaltende Wirkung der erstrebten Gerichtsentscheidung über den angefochtenen Verwaltungsakt den Dritten unmittelbar in seiner Rechtsposition betrifft.<sup>54</sup>
- Hinzu kommt, zum anderen, dass es nach dieser restriktiven Rechtsprechung von der BNetzA abhängt, ob ein zugangsbegehrender Wettbewerber in einem nachfolgenden Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens beteiligt wird und daher auch Gehör findet. Entscheidet sich die BNetzA, ausschließlich und ungeachtet von Sachanträgen der Zugangsnachfrager von Amts wegen tätig zu werden, haben diese Nachfrager nach der Rechtsprechung keine Chance auf Gehör in einem Klageverfahren des regulierten Unternehmens, auch wenn bei dessen Klageerfolg die durch die Zugangsverpflichtung begründeten Zugangsrechte der Zugangsnachfrager wegfielen.

Ein materiellrechtlicher Drittschutz muss erst recht zu einem Beiladungsanspruch im Regulierungsverfahren führen, wenn der Widerruf von Zugangsrechten Dritter, die ihnen eine Regulierungsverfügung eingeräumt hat, verfahrensgegenständlich ist.

- **51** Vgl. BVerwG Beschl. v. 13.6.2007 6 VR 5.07 Rn. 8; VG Köln Beschl. v. 23.1. 2023 21 K 5241/22.
- **52** BVerwG Beschl. v. 31.3.2008 6 C 14.07 Rn. 5.
- **53** Kopp/Schenke, VwGO/W.-R. Schenke, 29. Aufl. 2023, § 65 Rn. 18.
- **54** Das BVerwG Beschl. v. 29.7.2013 4 C 1.13 Rn. 8, sieht bei einer Verpflichtungsklage (!) eine unmittelbare Betroffenheit des Dritten in seiner Rechtsposition, wenn er Adressat des angestrebten Verwaltungsaktes sein soll in einer Anfechtungssituation kann die rechtsgestaltende Wirkung des Verwaltungsakts und seiner Aufhebung für den Dritten aber auch ohne Adressatenstellung bestehen.
- **55** Entscheidende Tatbestandsvoraussetzung für beide Rechte ist die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung. Wird sie etwa der Telekom auferlegt, so ist diese nach § 28 Abs. 1 TKG iVm der Zugangsverpflichtung unmittelbar verpflichtet, Nachfragern den Zugang anzubieten. Scheitern Verhandlungen, muss die BNetzA den Zugang anordnen, § 35 Abs. 1 TKG.
- **56** BNetzA Regulierungsverfügung v. 31.7.2023 BK2b-21/004, s. Ziff. 1 und der neuen Anlage zum Tenor.
- **57** Säcker/Körber, TKG TTDSG/Baumgart, 4. Aufl. 2023, TKG § 69 Rn. 2.
- **58** BNetzA Ablehnung eines Beiladungsantrags v. 16.4.2021 BK2b-21/004.
- **59** S. unter III. 3. a).
- **60** S. nochmals als Beispiel: BNetzA Regulierungsverfügung v. 31.7.2023 BK2b-21/004.
- **61** Das BVerwG ließ in einer entsprechenden Konstellation die Drittschutzfrage offen und lehnte die notwendige Beiladung mit dem Hinweis ab, die BNetzA habe die angefochtene Regulierungsverfügung nicht zugleich ggü. den Wettbewerbern als eine sie begünstigende Regelung erlassen, Beschl. v. 13.6.2007 6 VR 5/07 Rn. 8.

So räumte etwa die Regulierungsverfügung 2018 für den Mietleitungsmarkt den Zugangsnachfragern unmittelbar das Recht gegenüber der Telekom ein, bei dieser den im Tenor näher ausgestalteten Zugang nachzufragen. Hieran knüpft das Recht der Zugangsnachfrager an, von der Telekom die Abgabe eines Zugangsangebots gem. § 28 Abs. 1 TKG zu verlangen, und, im Fall einer Weigerung der Telekom, bei der BNetzA den Erlass einer Zugangsanordnung nach § 35 TKG zu beantragen.55 Mit der Widerrufsentscheidung erhielt die Telekom das Recht, diesen Zugang unter bestimmten Bedingungen zu verweigern.<sup>56</sup> Damit wurde das durch die Regulierungsverfügung 2018 den nachfragenden Wettbewerbern eingeräumte konkrete Recht auf Zugang zu Telekom-Mietleitungen (im Zusammenspiel mit § 28 Abs. 1 TKG: Angebotspflicht der Telekom) aufgehoben, zumindest aber erheblich anders ausgestaltet. Mit den zugangsbegründenden Vorgaben der Regulierungsverfügung entfielen zudem auch die korrespondierenden Abwehr- und Schadensersatzansprüche der Zugangsnachfrager gegen die Telekom bei Verstößen gegen die Regulierungsverfügung nach § 69 Abs. 1 TKG. Auch diese Norm bezweckt u.a. den Schutz der Wettbewerber und ermöglicht den Betroffenen eine eigene Durchsetzung der auf Grundlage des TKG auferlegten Pflichten.<sup>57</sup> Das subjektive Recht zur Durchsetzung tk-rechtlicher Pflichten und damit einhergehende Ansprüche gegen die Telekom auf Schadensersatz, Unterlassung und Beseitigung entfallen also im Umfang des Widerrufs der Regulierungsverfügung. Trotzdem vertrat die BNetzA – unverständlich – die Auffassung, die bislang zugangsberechtigten Unternehmen seien an dem Verfahren über einen solchen Widerruf grundsätzlich nicht förmlich zu beteiligen, mangels rechtsgestaltender Wirkung der angestrebten Behördenentscheidung.58

#### b) Entgeltregulierung

#### Entscheidung über Entgeltgenehmigungspflicht

Bei der Entgeltregulierung gilt Entsprechendes: Wenn die Entscheidung über die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht zugunsten der betroffenen Zugangsnachfrager drittschützend ist, dann folgt hieraus die Notwendigkeit der Beiladung zu einem Regulierungsverfahren, in dem die BNetzA über die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht entscheidet. Dies würde dann auch für ein nachfolgendes Gerichtsverfahren gelten, in dem das regulierte Unternehmen die Genehmigungspflicht angreift, jedenfalls dann, wenn die Zugangsnachfrager, die durch den Zugangstatbestand geschützt sind, in dem zum Erlass der Regulierungsverfügung führenden Verfahren beantragt haben, dem SMP-Unternehmen die Entgeltgenehmigungspflicht aufzuerlegen, und damit ihre subjektiven Rechte geltend gemacht haben. 59 Ganz anders ist jedoch die Praxis der BNetzA: Sie lehnt die Beiladung zu Verfahren über Regulierungsverfügungen wegen der aus ihrer Sicht fehlenden rechtsgestaltenden Wirkung ihrer Entscheidung gegenüber den zugangsnachfragenden Wettbewerbern ab. 60 Das Unterbleiben der Beiladung durch die BNetzA ist für diese Unternehmen besonders schmerzhaft, können sie so doch noch nicht einmal – rechtssicher als Verfahrensbeteiligte – die Auferlegung der Genehmigungspflicht beantragen, die aus Sicht des BVerwG – eine drittschützende Wirkung der Norm unterstellt – erste Voraussetzung für die Beiladung in einem nachfolgenden Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens wäre (zweite Voraussetzung wäre die positive Antragsbescheidung durch die BNetzA). 61

#### Entgeltgenehmigung

Zur Entgeltgenehmigung selbst: Klagt das regulierte Unternehmen auf Genehmigung höherer Entgelte, so lehnt die Rechtsprechung eine notwendige Beiladung der entgeltpflichtigen Zugangskunden mit dem Argument ab, der Zugangsnachfrager sei grundsätzlich deshalb nicht unmittelbar betroffen, weil er bei Erfolg des Klägers gegen die dann neu zu erlassende Entgeltge-

nehmigung gerichtlich im Wege der Anfechtungsklage vorgehen könne. Der Ausgang des Anfechtungsprozesses werde nicht durch die vorherige Verpflichtungsentscheidung präjudiziert, da diese Entscheidung keine Rechtskraftwirkung gegenüber dem Beiladungspetenten entfalte. Daher führe die Verkürzung der Beiladung nicht zur Verkürzung subjektiver Rechte des Zugangsnachfragers, ohne dass er Gelegenheit zur Stellungnahme erhielte. 62

Dies überzeugt nicht. Die Rechtsprechung ist praxisfern und lässt im Ergebnis den Rechtsschutz des Entgeltschuldners leerlaufen. Rein formal betrachtet ist es richtig, dass der entgeltpflichtige Zugangskunde durch ein vom zugangsverpflichteten Unternehmen erstrittenes Urteil, das die BNetzA zu einer Genehmigung höherer Entgelte verpflichtet oder auch nur zur Neubescheidung eines Entgeltantrags unter Berücksichtigung von für das regulierte Unternehmen günstigen Gesichtspunkten verpflichtet, nicht gebunden wird. Allerdings hat das Verpflichtungs- oder Bescheidungsurteil auch einen kassatorischen Teil, mit dem die der Neugenehmigung entgegenstehende bisherige Entgeltgenehmigung, die die vom Zugangsnachfrager zu zahlenden Entgelte festlegt, aufgehoben wird. Allein die Aufhebung dieser privatrechtsgestaltenden<sup>63</sup> Entgeltgenehmigung wirkt schon – materiellrechtlich – zu Lasten des Zugangskunden. Zur Neugenehmigung: Richtig ist, dass der Entgeltschuldner gegen eine Neugenehmigung Anfechtungsklage erheben kann. Über diese Anfechtungsklage entscheiden aber dieselben Gerichte, die bereits der Verpflichtungsklage des regulierten Unternehmens stattgegeben haben. Wenn sich die BNetzA bei ihrer Neuentscheidung innerhalb der Vorgaben des VG oder BVerwG in der Verpflichtungsentscheidung hält, ist es doch äußerst unwahrscheinlich, dass dieselben Gerichte auf die folgende Anfechtungsklage eines Entgeltschuldners ihre Position ändern. Hinzu kommen die Zeitabläufe: Muss nach einer erfolgreichen Verpflichtungsklage der Entgeltschuldner eine Anfechtungsklage gegen die (vom regulierten Unternehmen erzwungene) Neugenehmigung führen, um sich gegen die geforderten, aus seiner Sicht zu hohen Entgelte zu wehren, bedeutet dies in der Praxis, dass bis zu 10 Jahre vergehen können, bis Klarheit über die zu zahlenden Entgelte herrscht.<sup>64</sup> Wirksam ist eine solche Rechtsschutzgestaltung in der schnelllebigen TK-Branche sicher nicht. Beides führt zum Punkt: Faktisch entscheiden die Gerichte in dem Verpflichtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens über die Entgelte, ohne dass der Entgeltschuldner vor Gericht gehört wurde. Mit dem grundgesetzlichen Gehörsanspruch ist dies nicht vereinbar. Effektiver Rechtsschutz kann den Entgeltschuldnern und Zugangskunden nur gewährt werden, wenn sie zu dem Verpflichtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens beigeladen werden.

Allein dieses Verständnis einer notwendigen Beiladung entspricht auch § 41 Abs. 3 S. 10 TKG, der gerade für Entgeltgenehmigungen, die nach dem 31.7.2018 erfolgen, das Instrument der Beiladung zugangsberechtigter Unternehmen, die das streitgegenständliche Entgelt zahlen müssen, im Hauptsacheverfahren stärken will. <sup>65</sup> Mit der Möglichkeit des Gerichts, bei einer Klage des regulierten Unternehmens auf Genehmigung höherer Entgelte die Beiladung von einer vorherigen fristgebundenen Antragstellung abhängig zu machen, geht der Gesetzgeber davon aus, dass die entgeltpflichtigen Zugangsnachfrager beiladungsfähig sind und auch beigeladen werden müssen, wenn sie dies beantragen. Ansonsten machte die Ausgestaltung des Beiladungsverfahrens in § 41 Abs. 3 TKG keinen Sinn.

#### Entgeltmissbrauchsaufsicht

Ebenso unbefriedigend ist aus Wettbewerbersicht die Situation bei der Entgeltmissbrauchsaufsicht. Beklagt das regulierte Unternehmen Entgeltmissbrauchsentscheidungen der BNetzA, so lehnt die Rechtsprechung eine Beiladung der begünstigten Zugangskunden zu den Klageverfahren des regulierten Unternehmens jedenfalls dann ab, wenn die BNetzA ihre Entscheidung von Amts wegen getroffen hat.<sup>66</sup>

Indes spricht allein schon der drittschützende Charakter der Entgeltmissbrauchsverbote für die Notwendigkeit einer Beiladung der entgeltpflichtigen Zugangskunden zu einem Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens gegen Missbrauchsentscheidungen der BNetzA. Zunächst zu den Entscheidungen der 1. Stufe, mit denen ein bestimmtes Entgelt für unwirksam erklärt wird (§ 46 Abs. 3 TKG): Die Missbrauchsentscheidung der BNetzA setzt die aus den Missbrauchsverboten folgenden gesetzlichen Schutzrechte der Entgeltschuldner durch.<sup>67</sup> Wenn die BNetzA mit einer Unwirksamkeitserklärung zugleich über die subjektiven Rechte der Entgeltschuldner auf Schutz vor missbräuchlichen Marktpraktiken des regulierten Unternehmens befunden hat, kann dessen Anfechtungsklage nicht stattgegeben werden, ohne dass dadurch gleichzeitig und unmittelbar in die Rechte der begünstigten Entgeltschuldner eingegriffen wird.<sup>68</sup>

Hinzu kommt, dass die BNetzA mit der Unwirksamkeitserklärung die vertraglichen Beziehungen zwischen reguliertem Unternehmen und Zugangskunden unmittelbar gestaltet. Wird die Unwirksamkeitserklärung auf die Klage des regulierten Unternehmens aufgehoben, müssen die Zugangskunden die Entgelte nachzahlen. Auch wenn damit die Vertragsfreiheit wieder hergestellt wird,<sup>69</sup> liegt doch der entscheidende Nachteil für den entgeltpflichtigen Zugangskunden darin, dass seine vertragliche Pflicht zur vollständigen Zahlung des zuvor als unwirksam aufgehobenen Entgelts wieder auflebt. Trotzdem sollen durch die gerichtliche Sachentscheidung seine Rechte nicht gestaltet, bestätigt, festgestellt oder verändert werden? Die Sachentscheidung kann nicht wirksam getroffen werden, ohne dass das Gericht zugleich über die Rechte der Beiladungspetentin entscheidet.<sup>70</sup> Dies alles gilt erst recht, wenn man der Rechtsprechung folgt, nach der die Entgeltmissbrauchsverbote gesetzliche Verbote iSd § 134 BGB sind, mit der Folge, dass eine Entgeltvereinbarung, die gegen ein solches Verbot verstößt, unwirksam ist.<sup>71</sup> Gibt die Sachentscheidung des Gerichts der Klage statt, wird die Wirksamkeit der Entgeltvereinbarung und damit die Zahlungspflicht der Beiladungspetentinnen bestätigt. Weist das Gericht die Klage ab, ist die Entgeltvereinbarung unwirksam, eine Zahlungsverpflichtung des Entgeltschuldners besteht nicht. Dies spricht, entgegen der Rechtsprechung, für die Notwendigkeit der Beiladung der Entgeltschuldner und Zugangskunden.

Gleiches gilt für die auf der 2. Stufe der Missbrauchsaufsicht angesiedelte Entgeltanordnung der BNetzA (§ 46 Abs. 5 TKG). Die

- **62** BVerfG Beschl. v. 9.11.2006 1 BvR 675/06, 1 BvR 2699/06 Rn. 19 ff.; ebenso Scheurle/Mayen, TKG/Mayen, 3. Aufl. 2018, § 137 Rn. 50.
- **63** § 44 Abs. 1, Abs. 2 TKG.
- **64** Fünf Jahre für das Verpflichtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens (VG- und BVerwG-Instanz), dann Zeit für das erneute Genehmigungsverfahren der BNetzA und anschließend nochmals 5 Jahre für das Anfechtungsklageverfahren des Entgeltschuldners.
- **65** S. BR-Drs. 391/18, 9 zur Vorgängernorm des § 35 Abs. 6 S. 10 TKG.
- **66** S. etwa VG Köln Beschl. v. 23.1.2023 21 K 3853/22 Unwirksamkeitserklärung VPN 2.0-Entgelte; VG Köln Beschl. v. 23.1.2023 21 K 5241/22 Entgeltanordnung VPN 2.0-Entgelte.
- 67 S. unter II. 3.
- **68** Vgl, für die Parallelkonstellation der Regulierungsverfügung BVerwG Beschl. v. 31.3.2008-6 C 14.07 Rn. 5.
- **69** So BVerwG Beschl. v. 30.10.2007 6 C 2.07 Rn. 3 f. zur Vorgängernorm; VG Köln Beschl. v. 23.1.2023 21 K 3853/22 Unwirksamkeitserklärung VPN 2.0-Entgelte.
- **70** Für die privatrechtsgestaltende Wirkung der Unwirksamkeitserklärung BVerwG Beschl. v. 30.10.2007 6 C 2.07 Rn. 3, ebenso Scheurle/Mayen, TKG/Stamm, 3. Aufl. 2018, § 38 Rn. 42; Säcker/Körber, TKG TTDSG/Lichtenberg, 4. Aufl. 2023, § 46 Rn. 32; Schaub-Englert, Rechtsschutz gegen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Regulierungsrecht, 2020, S. 93.
- **71** OLG Düsseldorf Urt. v. 11.9.2013 VI-U (Kart) 20/12 Rn. 196.

Anordnung bestimmter Entgelte durch die BNetzA führt dazu, dass das regulierte Unternehmen keine anderen Entgelte verlangen darf. In den Zugangsverträgen tritt das angeordnete Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts. Wird die Entgeltanordnung gerichtlich aufgehoben, entfällt diese Entgeltregelung. Trotzdem sollen Rechte des Zugangskunden nicht gestaltet oder aufgehoben werden? Der Einwand der Rechtsprechung, mit der Aufhebung würde lediglich der in der Entgeltanordnung liegende Eingriff rückgängig gemacht, die zuvor vereinbarten Entgelte lebten wieder auf, 73 ist nicht geeignet, einen rechtlichen Nachteil zu verneinen – er liegt wiederum darin, dass die vertragliche Pflicht des Zugangskunden zur Zahlung des angeordneten, für ihn günstigeren Entgelts entfällt und er das höhere Entgelt, das Gegenstand der Missbrauchsaufsicht war, zahlen muss. 74

Wenn die Rechtsprechung weiter darauf verweist, dass der entgeltpflichtige Schuldner die dann wieder unregulierten Entgelte zivilgerichtlich auf ihre Angemessenheit prüfen lassen könne, <sup>75</sup> so führt dies zur Ineffektivität der tk-rechtlichen Entgeltregulierung. Was hilft die Entgeltmissbrauchsaufsicht zum Schutze der Wettbewerber und Zugangskunden, wenn diese letztlich doch auf zivilgerichtlichen Rechtsschutz angewiesen sein sollen, um angemessene Entgelte durchzusetzen?

Es bleibt dann ggf. der Einwand des VG, die BNetzA habe von Amts wegen entschieden und daher die angegriffene Sachentscheidung nicht (auch) als eine den Beiladungspetenten begünstigende Regelung erlassen. 76 Das trifft einen wunden Punkt - Stichwort: Adressatenstellung des Zugangskunden. In der Tat behält sich die BNetzA vor, Sachanträge der beigeladenen Unternehmen nicht zu bescheiden, sondern die Missbrauchsentscheidung allein von Amts wegen zu treffen. Die Ablehnung der Beiladung in Gerichtsverfahren tragen kann der Hinweis auf eine Entscheidung der BNetzA von Amts wegen aber schon deshalb nicht, weil es dann die BNetzA in der Hand hätte, durch ihre Entscheidung von Amts wegen (unter Übergehung der Sachanträge der beigeladenen Entgeltschuldner) deren Rechtsschutz zu beschneiden. Der materiellrechtlich gewollte Drittschutz liefe dann leer. Maßgebend muss daher sein, dass die Behörde, auch wenn sie von Amts wegen handelt, materiell über die drittschützenden Missbrauchsverbote entscheidet und im Fall einer Missbrauchsentscheidung den gesetzlichen Missbrauchsschutz durch ein Entgeltverbot zugunsten der Zugangskunden konkretisiert. Erklärt sie ein konkretes Entgelt für unwirksam und ersetzt sie dieses durch ein angeordnetes Entgelt, so sind automatisch diejenigen Zugangskunden, die die betroffene entgeltpflichtige Zugangsleistung in Anspruch nehmen, hierdurch begünstigt. Die gerichtliche Aufhebung dieser Entscheidungen hebt diese Begünstigungen der Zugangskunden auf, auch wenn die BNetzA nur von Amts wegen entschieden hat.

- **72** Zur privatrechtsgestaltenden Wirkung der Entgeltanordnung: s. nur Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Komm./Jochum, 5. Aufl. 2023, § 47 Rn. 40; Scheurle/Mayen, TKG/Stamm, 3. Aufl. 2018, § 38 Rn. 44; ebenso Schaub-Englert, Rechtsschutz gegen privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte im Regulierungsrecht, 2020, S. 93; vgl. zu dieser Konstellation für die genehmigten Entgelte zur Vorgängernorm des § 37 TKG 2004 BVerwG Urt. v. 9.5.2012 6 C 3.11 Rn. 16: "unmittelbare Gestaltung privatrechtlicher Vertragsverhältnisse", vgl. auch BVerwG Urt. v. 17.8.2016 6 C 24 15 Rn. 24
- **73** BVerwG Beschl. v. 30.10.2007 6 C 2.07 Rn. 3; VG Köln Beschl. v. 23.1.2023 21 K 3853/22.
- **74** Wenn zugleich die Unwirksamkeitserklärung aufgehoben wird; hat diese Bestand, entfällt mit der Aufhebung der Entgeltanordnung jedenfalls das darin liegende Recht der Zugangskunden auf die für ihn günstigeren Entgelte.
- **75** Jüngst VG Köln Beschl. v. 23.1.2023 21 K 3853/22 unter Hinweis auf BVerwG Beschl. v. 30.10.2007 6 C 2.07 Rn. 4.
- **76** VG Köln Beschl. v. 23.1.2023 21 K 3853/22 Unwirksamkeitserklärung VPN 2.0-Entgelte; VG Köln Beschl. v. 23.1.2023 21 K 5241/22 Entgeltanordnung VPN 2.0-Entgelte.
- **77** So in einem Beiladungsbeschluss das VG Köln Beschl. v. 8.3.2021-21 K 5249/20 unter Hinweis auf BVerwG Beschl. v. 30.10.2007-6 C 2.07.
- **78** VG Köln Beschl. v. 26.10.2021 21 K 2629/21.

#### c) Allgemeine Missbrauchsbekämpfung

Durchwachsen ist der Befund bei der allgemeinen Missbrauchsaufsicht (§ 50 TKG). Obwohl die drittschützende Dimension der allgemeinen Missbrauchsverbote anerkannt ist und jedenfalls die BNetzA Beiladungen der betroffenen Marktteilnehmer zu Missbrauchsverfahren ausspricht, ist die Beiladungspraxis des VG Köln restriktiv. Auch hier kommt die Rechtsprechung des BVerwG zum Tragen, die BNetzA müsse die angefochtene Verfügung auch gegenüber den Beiladungspetenten als sie begünstigende Regelung erlassen haben.<sup>77</sup>

Dabei bleibt es freilich nicht. So hat das VG Köln selbst in einem Fall, in dem die BNetzA in Anwendung und damit Konkretisierung des Missbrauchsverbots Vertragskündigungen durch das regulierte SMP-Unternehmen für unwirksam erklärt hatte, die Beiladung des betroffenen Vertragspartners in einem Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens gegen die Unwirksamkeitserklärung abgelehnt. Auch wenn diese Unwirksamkeitserklärung evident unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung hat, würde eine erfolgreiche Klage des regulierten Unternehmens lediglich die Wirkung der angegriffenen Missbrauchsentscheidung rückgängig machen. Die Kündigungsregelungen würden dann wieder aufleben, der privatautonome Spielraum, der durch die Missbrauchsentscheidung beschränkt worden sei, werde durch ein stattgebendes Urteil wieder hergestellt. Die Kündigungen wären dann einer Überprüfung im zivilgerichtlichen Verfahren zugänglich.<sup>78</sup>

Diese Argumentation verkennt insbesondere die drei zentralen privatrechtsgestaltenden Rechtsfolgen, die im privatrechtlichen Verhältnis zwischen dem regulierten Unternehmen und jedem betroffenen Zugangskunden unmittelbar als Folge eines Aufhebungsurteils eintreten würden: die Beendigung des Vertragsverhältnisses, die damit einhergehende Aufhebung des Leistungsanspruchs des Zugangskunden und die Begründung von Kondiktionsansprüchen. Die Unwirksamkeitserklärung der Missbrauchsverfügung hat die Zugangsrechte der zugangsnachfragenden Wettbewerber wiederhergestellt; auch diese würden durch ein Aufhebungsurteil rückwirkend beendet.

Der Verweis des VG auf die Wiederherstellung privatautonomer Spielräume durch eine die Unwirksamkeitserklärung aufhebende Gerichtsentscheidung verkennt den Schutzzweck der tkrechtlichen Missbrauchsaufsicht in ihrem Kern: Sie soll doch gerade die Zugangsnachfrager davor schützen, dass das regulierte Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Privatautonomie kann nicht funktionieren, wenn eine Vertragsseite dem missbräuchlich handelnden Marktbeherrscher ausgeliefert ist. Eine stattgebende Gerichtsentscheidung beseitigt also gerade den regulatorischen Schutz der Wettbewerber und die damit verbundenen Rechtspositionen. Wenn das VG dann den zugangsnachfragenden Wettbewerber auf die Möglichkeit zivilgerichtlichen Rechtsschutzes verweist, führt dies letztlich die gesamte tk-rechtliche Marktregulierung ad absurdum.

Der Verweis auf die Zivilgerichte ist schon systematisch nicht überzeugend. Aufgrund der drittschützenden Wirkung der Missbrauchsverbote könnten die geschützten Wettbewerber gegen die BNetzA Verpflichtungsklage auf Erlass einer Missbrauchsverfügung erheben, wenn sich die Behörde weigerte, eine solche Verfügung zu erlassen. Umgekehrt sollen diese Unternehmen aber nicht die Möglichkeit haben, eine zu ihren Gunsten ergangene Missbrauchsverfügung in einem Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens zu verteidigen? Die drittschützende Dimension liefe dann verfahrensrechtlich auseinander – in einer Verpflichtungssituation wäre sie effektiv, in einer Anfechtungssituation jedoch nicht. Ein sachlicher Grund für die Schlechterstellung in der Anfechtungssituation ist

nicht erkennbar, zumal gerade hier die Schutzbedürftigkeit der Dritten größer ist, hat doch die BNetzA einen Missbrauch und damit eine Verletzung der Dritten in ihren Rechten bereits festgestellt. Griffe der Verweis des Gerichts auf den möglichen zivilgerichtlichen Rechtsschutz durch, liefe der Drittschutz der Ermächtigungsgrundlage für den BNetzA-Beschluss, § 50 TKG, leer. Könnten die durch eine Missbrauchsentscheidung begünstigten Unternehmen eine sie begünstigende Missbrauchsentscheidung nicht vor Gericht verteidigen, wäre der Drittschutz in einer zentralen Dimension, der verfahrensrechtlichen Absicherung, ineffektiv. Dritte, deren Rechte durch eine Behördenentscheidung begünstigend gestaltet werden, hätten dann keine Möglichkeit, diese Rechtsposition vor Gericht zu verteidigen. Sie fänden dort kein rechtliches Gehör.<sup>79</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Die Praxis in den wichtigsten marktregulatorischen Fallgruppen zeigt, dass die Wettbewerber des regulierten Unternehmens nur sehr beschränkte Möglichkeiten haben, ihre Rechtspositionen in den Kernfragen der Zugangs- und Entgeltregulierung geltend zu machen.

Für die Regulierungsverfahren der BNetzA fehlen insbesondere Antragsrechte. Die Ablehnung von Beiladungen in Verfahren über Regulierungsverfügungen lässt sich nicht überzeugend begründen. Wenn die BNetzA selbst in Verfahren der Entgeltmissbrauchsaufsicht nur von Amts wegen entscheidet und dabei Sachanträge der beigeladenen Entgeltschuldner unberücksichtigt lässt, nimmt sie ihnen die Möglichkeit, zu nachfolgenden Anfechtungsklageverfahren des regulierten Unternehmens beigeladen zu werden. Abhilfe kann hier letztlich nur der Gesetzgeber schaffen, durch die Normierung klarer Beiladungsansprüche der durch die Regulierungsnormen materiellrechtlich geschützten Wettbewerber des regulierten Unternehmens und durch die Normierung einer Pflicht der BNetzA, Sachanträge der Wettbewerber auch zu bescheiden.

Im gerichtlichen Verfahren ist der Schutz der durch Regulierungsentscheidungen begünstigten Wettbewerber erheblich defizitär. Bedenklich ist, dass der materiellrechtlich begründete Drittschutz von den Gerichten nicht als ausreichend angesehen wird, um eine notwendige Beiladung zu rechtfertigen. Die von den Gerichten erwünschte Begrenzung des Beteiligtenkreises kann schon dadurch erreicht werden, dass für die notwendige Beiladung verlangt wird, dass der Beiladungspetent seine Rechte im Regulierungsverfahren durch Sachanträge geltend gemacht hat, ohne dass die BNetzA hierüber auch entschieden haben muss; die Stellung von Sachanträgen muss ihm freilich durch die Beiladung zum Regulierungsverfahren auch ermöglicht werden. In der Verpflichtungsklagesituation (Beispiel: Genehmigung höherer Entgelte) führt die Ablehnung der Beiladung mit dem Verweis der zugangsnachfragenden Wettbewerber auf die Möglichkeit der Anfechtung der vom regulierten Unternehmen erstrittenen nachfolgenden Regulierungsentscheidung zur völligen Ineffektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes. Dies gilt auch, wenn die Gerichte die Ablehnung der Beiladung in Anfechtungsklageverfahren gegen Missbrauchsentscheidungen der BNetzA damit begründen, dass bei Klageerfolg die Vertragsfreiheit zwischen reguliertem Unternehmen und zugangsnachfragendem Wettbewerber wieder hergestellt werde und dann die vertraglichen Regelungen einer zivilgerichtlichen Angemessenheitskontrolle unterworfen werden könnten. Damit läuft der vom Gesetzgeber doch gerade intendierte sektorspezifische Regulierungsschutz der mit einem marktmächtigen Unternehmen konkurrierenden Marktteilnehmer gänzlich leer. Angesichts der überwiegend verfestigten Rechtsprechung kann auch hier Abhilfe nur der Gesetzgeber schaffen, durch Schaffung von Beiladungstatbeständen, die es den Wettbewerbern

ermöglichen, ihre Positionen effizient und effektiv in den Gerichtsverfahren zu Gehör zu bringen, in denen in der Sache zuerst und faktisch die Folgeentscheidungen präjudizierend entschieden wird.

#### IV. Ergebnis

Der Gesamtbefund ist in großem Umfang ernüchternd. Für die Schlüsselnormen der Marktregulierung sind auch bald 30 Jahre nach der Marktöffnung subjektive Rechte der Wettbewerber von der Regulierungsbehörde und der Rechtsprechung nicht durchgängig anerkannt. Noch größer ist das subjektiv-rechtliche Defizit auf der Verfahrensseite. Die TKG-Novelle 2021 hat Antragsrechte der Wettbewerber sogar reduziert. Die BNetzA erkennt in ihren Regulierungsverfahren Beteiligungsrechte und nachfolgende Beteiligtenrechte (Akteneinsicht!) nur teilweise an. Für das nachfolgende gerichtliche Verfahren reicht als Beiladungsvoraussetzung noch nicht einmal der durch die maßgebliche Ermächtigungsgrundlage vermittelte Drittschutz aus. Mit dem zusätzlichen Beiladungserfordernis einer BNetzA-Entscheidung über geltend gemachte Drittrechte, dem Verweis auf sinnlose nachfolgende Klagemöglichkeiten in weiteren verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ja sogar dem Verweis auf die Möglichkeit zivilgerichtlichen Rechtsschutzes entwertet die Rechtsprechung die sektorspezifische Regulierung.

Rechtspolitisch ist nicht nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber nicht längst die zur Effektuierung des Drittschutzes erforderlichen Weichenstellungen im TKG vorgenommen hat. Die durch die Marktregulierung bezweckte Wettbewerbsförderung setzt notwendig auch eine materiell- und verfahrensrechtliche Einbeziehung der Wettbewerber voraus. Sie müssen die Möglichkeit haben, ihre Interessen in den Regulierungs- und Gerichtsverfahren zu artikulieren und ggf. auch durchzusetzen. Wettbewerb ohne Wettbewerber kann es nicht geben.

#### Schnell gelesen ...

- Auch bald 30 Jahre nach der Marktöffnung sind die Schlüsselnormen der Marktregulierung vom Gesetzgeber nicht klar und konsequent drittschützend ausgestaltet.
- Subjektive Rechte der Wettbewerber sind von der Regulierungsbehörde und der Rechtsprechung auch bei solchen Normen nicht durchgängig anerkannt, bei denen die Anwendung der gängigen Auslegungsmethoden solche Rechte fordert.
- Die Regulierungsverfahren weisen subjektive-rechtliche Defizite auf. Die TKG-Novelle 2021 hat Antragsrechte der Wettbewerber sogar reduziert. Die BNetzA erkennt in ihren Regulierungsverfahren Beteiligungsrechte und nachfolgende Beteiligtenrechte (Akteneinsicht!) nur teilweise an.
- Für das nachfolgende gerichtliche Verfahren reicht als Beiladungsvoraussetzung der durch die maßgebliche Ermächtigungsgrundlage vermittelte Drittschutz nicht aus. Mit dem zusätzlichen Beiladungserfordernis einer BNetzA-Entscheidung über geltend gemachte Drittrechte, dem Verweis auf nachfolgende Klagemöglichkeiten in weiteren verwaltungsgerichtlichen Verfahren und, weiter, dem Verweis auf die Möglichkeit zivilgerichtlichen Rechtsschutzes entwertet die Rechtsprechung die sektorspezifische Regulierung.



RA Dr. Raimund Schütz ist Partner der Sozietät LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE Partnerschaftsgesellschaft mbB in Köln und Mitherausgeber der MMR.

**79** Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde gegen die VG-Köln-Entscheidung (nach Durchführung der Anhörungsrüge) nicht zur Entscheidung angenommen.