

Kapitel 5: Kooperationen im Glasfaserausbau

Die Unternehmen des Telekommunikationssektors kündigen fortlaufend neue und vielseitige Kooperationsformen zur Beschleunigung des Ausbaus von Glasfaserinfrastrukturen an.⁶⁴⁷ Auch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur begrüßt solche Kooperationen grundsätzlich.⁶⁴⁸ So variabel wie die von den Unternehmen verfolgten Interessen sind auch die Möglichkeiten für die Ausgestaltung der Zusammenarbeit. Aus diesem Grund müssen im Vorfeld der juristischen Diskussion einige begriffliche und ökonomische Vorfragen zur Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes geklärt werden (dazu A.).

Kooperationen sind zwar grundsätzlich dazu geeignet, Investitionsszenarien für Unternehmen attraktiver zu gestalten, stellen aber zugleich eine Gefahr für den Wettbewerb in den Kooperationsgebieten dar. Das sektorspezifische Regulierungsrecht, das Recht der Fusionskontrolle und das Kartellverbot finden nebeneinander Anwendung, um diese Gefahren für den Wettbewerb möglichst gering zu halten (dazu B.).⁶⁴⁹ Dabei stellen sich die Fragen, ob jedes Instrument für sich genommen sinnvoll funktioniert und ob eine parallele Anwendbarkeit der verschiedenen Regelungsmaterien sinnvoll ist oder ob sie zu Rechtsunsicherheiten und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den jeweils zuständigen Behörden führt.

Alle Regelungsmaterien knüpfen an eine Untersuchung der Auswirkungen des Kooperationsvorhabens auf den Wettbewerb in bestimmten Märkten an. Hierzu müssen die Märkte zunächst abgegrenzt werden (dazu C.). Im Anschluss sollen die regulatorischen (dazu D.) und die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen (dazu E.) für die Ausgestaltung von Kooperationsvorhaben erläutert werden. Der Fokus soll auf der Frage liegen, ob der

647 Siehe hierzu etwa die Kooperationsprojekte zwischen der Deutschen Telekom und der Deutschen Glasfaser, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/FTTH-Pilotprojekt-Telekom-und-Deutsche-Glasfaser-kooperieren-4643866.html> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020) oder das Kooperationsprojekt zwischen Vodafone und der Deutschen Glasfaser, abrufbar unter: <https://presse.deutsche-glasfaser.de/pressreleases/vodafone-und-deutsche-glasfaser-kooperieren-bei-glasfaserausbau-fuer-privatkunden-2951095> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

648 BMVI, Eckpunkte Zukunftsoffensive Gigabit-Deutschland, S. 3.

649 Zur parallelen Anwendbarkeit der Regelungsmaterien aus dem TKG und dem GWB bereits Kapitel 3, C. IV. 2. a.

Rechtsrahmen und die behördliche Beschlusspraxis die Balance zwischen der Förderung von Kooperationsvorhaben auf der einen Seite und dem Schutz des Wettbewerbs auf der anderen Seite sicherstellen. Es wird zu erörtern sein, inwieweit diesbezüglich Optimierungen erforderlich sind.

A. Grundlegende Erwägungen zur ökonomischen Bewertung von Kooperationen

Eine strukturierte Analyse rechtlicher Zusammenhänge setzt die Klärung einiger grundlegender Fragestellungen voraus, die im Rahmen der Betrachtung aller Ausgestaltungsoptionen für den kooperativen Breitbandausbau relevant sind. Es stellt sich die Frage, welche Kriterien den Begriff der „Kooperation“ bestimmen und somit zur Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes herangezogen werden können (dazu I.). Für die ökonomische Bewertung von Kooperationen ist von Interesse, wie sie sich auf den Breitbandausbau in der Fläche auswirken und welche Motive die Unternehmen zu einem Engagement im Rahmen des kooperativen Breitbandausbaus veranlassen (dazu II.). Die Erkenntnisse sollen für die juristischen Überlegungen in diesem Kapitel fruchtbar gemacht werden (dazu III.).

I. Abgrenzung des Kooperationsbegriffes

Eine wissenschaftliche Untersuchung verschiedener Kooperationsmodelle erfordert eine Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes. Eine besondere Herausforderung resultiert aus den vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten einer kooperativen Zusammenarbeit.⁶⁵⁰ In der Rechtswissenschaft wird der Begriff der Kooperation untechnisch verwendet, um eine mehr oder minder institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Akteuren zu illustrieren.

Einige Charakteristika sind für die Zusammenarbeit zwischen Unternehmen im Glasfaserausbau, die in diesem Kapitel dargestellt werden soll, prägend, während andere Aspekte die spezifische Ausgestaltung des konkreten Kooperationsvorhabens betreffen.⁶⁵¹ Allgemein soll nachfolgend

650 Hierzu umfassend *Baum*, Morphologie der Kooperation als Grundlage für das Konzept der Zwei-Ebenen-Kooperation, S. 11 ff.

651 Weiterführend hierzu *Zentes/Swoboda/Morschett*, in: *Zentes/Swoboda/Morschett* (Hrsg.), *Kooperationen, Allianzen und Netzwerke*, S. 3, 5.

unter einer Kooperation eine „nicht auf einmalige Transaktionen angelegte, meist vertraglich abgesicherte, freiwillige Verbindung [...] mit anderen rechtlich selbstständig bleibenden Unternehmen [verstanden werden], die einzelne Unternehmensaktivitäten [betrifft], um einzelwirtschaftliche Ziele besser zu erreichen als in den alternativen marktwirtschaftlichen Koordinationsformen Markt und Unternehmen.“⁶⁵² Die sogleich detailliert zu untersuchenden Kooperationen weisen zudem die Gemeinsamkeit auf, dass das Ziel des Ausbaus von Glasfaserinfrastruktur durch die Zusammenarbeit schneller und effizienter eigenwirtschaftlich erreicht werden soll.⁶⁵³

Abzugrenzen sind Kooperationen von einer Unternehmensintegration und solchen Transaktionen, die dem Investitionsvorhaben nachgelagert sind. Integrationen sind dadurch geprägt, dass die beteiligten Unternehmen ihre gesellschaftsrechtliche Selbstständigkeit verlieren.⁶⁵⁴ Transaktionen finden hingegen statt, wenn eine finanzielle Beteiligung zur Amortisation von Investitionen erst zeitlich nach dem Ausbauvorhaben, etwa in der Gestalt der Zahlung von Zugangsentgelten, erfolgt.⁶⁵⁵

652 *Theurl/Schweinsberg*, Neue kooperative Ökonomie, S. 4; hierauf Bezug nehmend *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 30; so im Ergebnis auch *Carter/Elixmann/Marcus*, Unternehmensstrategische und regulatorische Aspekte von Kooperationen beim NGA-Breitbandausbau, S. 4 f.; *Gerpott*, in: Zentes/Swoboda/Morschett (Hrsg.), Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, S. 1205, 1211; *Gerpott*, MedienWirtschaft 4/2010, S. 10, 12; Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 135; *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 112; *Tenbrock*, Systematisierung und Regulierungsnotwendigkeit von Glasfaserausbaukooperationen, S. 2; in der Ökonomie wird der Begriff der „Allianz“ als Synonym genutzt, siehe etwa *Zentes/Swoboda/Morschett*, in: Zentes/Swoboda/Morschett (Hrsg.), Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, S. 3, 5.

653 *Carter/Elixmann/Marcus*, Unternehmensstrategische und regulatorische Aspekte von Kooperationen beim NGA-Breitbandausbau, S. 19 f.

654 Zur Abgrenzung weiterführend *Carter/Elixmann/Marcus*, Unternehmensstrategische und regulatorische Aspekte von Kooperationen beim NGA-Breitbandausbau, S. 5.

655 *Gerpott*, MedienWirtschaft 4/2010, S. 10, 13 f.; *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 113.

II. Ökonomische Grundlagen

Kooperationen können auf vielfältige Weise ausgestaltet werden.⁶⁵⁶ Einen großen Stellenwert nimmt in der ökonomischen Literatur folglich die Systematisierung von Kooperationsmöglichkeiten auf Basis ihrer Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität ein. Abgegrenzt wird zwischen der Reichweite der Kooperation,⁶⁵⁷ ihrer technischen Ausgestaltung,⁶⁵⁸ den beteiligten Kooperationspartnern⁶⁵⁹ und ihren Beiträgen im Vorhaben. Für die juristische Untersuchung ist auch die vertragliche Grundlage einer Kooperation von entscheidender Bedeutung.⁶⁶⁰

656 Hierzu grundlegend mit umfassenden Überblick über die ökonomische Literatur, *Baum*, Morphologie der Kooperation als Grundlage für das Konzept der Zwei-Ebenen-Kooperation, S. 11 ff.

657 Im Überblick *Gerpott*, MedienWirtschaft 4/2010, S. 10, 14 ff.; zur Auswirkung der gemeinsamen Wertschöpfungsintensität *Gerpott*, MedienWirtschaft 4/2010, S. 10, 15; weiterführend zu den Anknüpfungspunkten auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen auch etwa *Elixmann/Ilic/Neumann/Plückebaum*, The Economics of Next Generation Access, S. 10 f., 25, 38, 40 f., 87; siehe auch BRG, Co-Investment and Commercial Offers, S. 13 f.; OECD, Developments in Fibre Technologies and Investment, S. 27; zu den Auswirkungen der Größe des Kooperationsgebietes *Gerpott*, MedienWirtschaft 4/2010, S. 10, 16; *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 31 f.; BRG, Co-Investment and Commercial Offers, S. 14.

658 Weiterführend zur Frage des komplementären oder parallelen Aufbaus von Infrastruktur und den Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität, differenzierend *Tenbrock*, Systematisierung und Regulierungsnotwendigkeit von Glasfaserausbaukooperationen, S. 9 f.; kritisch im Hinblick auf die Wettbewerbsintensität bei einem komplementären Ausbau BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, S. 20 ff.; ähnlich *Kühling/Heimeshoff/Schall*, K&R Beihefter 1/2010, S. 1, 21; a. A. *Gerpott*, MedienWirtschaft 4/2010, S. 10, 19.

659 Eine Differenzierung zwischen vertikaler, horizontaler und diagonaler Kooperationsrichtung nehmen vor *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 31; *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 114 f.; *Morschett*, in: Zentes/Swoboda/Morschett (Hrsg.), Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, S. 377, 392 f., differenziert lediglich zwischen vertikaler und horizontaler Kooperation. Dies lässt sich jedoch darauf zurückführen, dass der Beitrag die Spezifika von Kooperationen im Glasfaserausbau nicht berücksichtigt und allgemeiner gefasst ist.

660 Hierzu im Überblick *Gerpott*, MedienWirtschaft 4/2010, S. 10, 21; *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 31; *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 115 f.

Die nachfolgende Untersuchung soll den allgemeinen Rechtsrahmen für Kooperationsvorhaben darstellen und sich nicht auf bestimmte Ausgestaltungsoptionen beschränken. Aus diesem Grund soll auf die einzelnen Systematisierungskriterien nicht vertieft eingegangen werden. Es bleibt jedoch festzuhalten, dass Kooperationen, die eine hohe Wettbewerbsintensität belassen, auch einer geringeren wettbewerbsrechtlichen Flankierung bedürfen. Aus dem weiten Spektrum der ökonomischen Fragestellungen sind für die vorliegende Untersuchung die Effekte kooperativer Ausbauvorhaben auf den Breitbandausbau (dazu 1.) und die Motive der Unternehmen für ein Engagement in kooperativen Ausbauvorhaben relevant (dazu 2.).

1. Ökonomische Auswirkungen von Kooperationsvorhaben auf den Breitbandausbau

Die Auswirkungen kooperativer Investitionen in den Glasfaserausbau, insbesondere im Hinblick auf die Beschleunigung des Breitbandausbaus in der Fläche, waren bereits Gegenstand verschiedener ökonomischer Studien.⁶⁶¹ Hierzu wurden Modelluntersuchungen mit unterschiedlichen Schwerpunkten durchgeführt.⁶⁶² Besonders hervorzuheben sind diejenigen Studien, die sich mit den volkswirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen vermehrter kooperativer Ausbauvorhaben beschäftigt haben.⁶⁶³

661 Einen Überblick bieten insoweit *Abrardi/Cambini*, Telecommunications Policy 2019, S. 183, 195 f.; *Briglauer/Cambini/Fetzer u.a.*, Telecommunications Policy 2017, S. 948, 949 ff.; zum Effekt der Beschleunigung des Breitbandausbaus in der Fläche statt vieler *Bourreau/Cambini/Hoernig*, Cooperative Investment, Access, and Uncertainty, S. 6 ff.; *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, Implementing co-investment and network sharing, S. 18 ff.; *Wernick/Queder/Strube Martins u.a.*, Gigabitnetze für Deutschland, S. 87 ff.

662 Einen Überblick über die durchgeführten Studien bieten *Abrardi/Cambini*, Telecommunications Policy 2019, S. 183, 196 ff.; *Briglauer/Cambini/Fetzer u.a.*, Telecommunications Policy 2017, S. 948, 949 ff.

663 Weiterführend zu den Auswirkungen auf Investitionsverhalten und Verbraucherwohlfahrt *Nitsche/Wiethaus*, Industrial Organization 2010, S. 263, 266 ff.; bestätigend und ergänzend um Fragen der Auswirkungen auf soziale Aspekte und eine Analyse hinsichtlich spezifischer Kooperationsausgestaltungen *Cambini/Silvestri*, Information Economics and Policy 24 (2012), S. 212, 214 ff.; mit einem ähnlichen Ansatz *Cambini/Silvestri*, Telecommunications Policy 37 (2013), S. 861 ff.

Nach diesen weist jede Ausgestaltungsoption Vor- und Nachteile auf,⁶⁶⁴ die im Rahmen der konkreten Umsetzung in einen schonenden Ausgleich gebracht werden müssen. So verbessere etwa die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch die Beteiligten der Kooperation die Investitionsbedingungen, bringe aber zugleich ein erhöhtes Gefahrenpotential für den Wettbewerb mit sich.⁶⁶⁵ Diesen Risiken wird mithilfe des Rechtsrahmens begegnet. Vermehrte kooperative Ausbauvorhaben könnten jedoch diesen Studien zufolge im Ergebnis zu einer Beschleunigung des Breitbandausbaus in der Fläche beitragen.⁶⁶⁶ Neuralgisch sei jedoch die Belastung der errichteten Infrastruktur mit regulatorischen Verpflichtungen, die insbesondere bei der Zahlung geringer Zugangsentgelte die Vorteile der Kooperation wieder neutralisieren könne.⁶⁶⁷ Kritisch wird gegen den kooperativen Breitbandausbau vorgebracht, dass die hiermit einhergehende vermehrte Kommunikation zwischen den Wettbewerbern die Grundvoraussetzungen für ein kollusives Zusammenwirken schaffen und damit mittelbar zu Wohlfahrtsverlusten beitragen könnte.⁶⁶⁸

Bislang existieren allerdings nur wenige empirische Untersuchungen, die nicht nur theoretische Modellkonstellationen beleuchten, sondern die tatsächlichen Auswirkungen kooperativer Ausbauvorhaben auf den Glasfaserausbau in der Fläche.⁶⁶⁹ Eine dieser Untersuchungen hat für den französischen Markt am Beispiel von 3573 Gemeinden in einem dreijährigen Beobachtungszeitraum nachgewiesen, dass sich die auf theoretischer Grundlage modellierbaren Erkenntnisse auch in realen Ausbauszenarien zeigen.⁶⁷⁰

664 *Cambini/Silvestri*, *Information Economics and Policy* 24 (2012), S. 212, 225 f.; umfassend hierzu mit Auswertung der ökonomischen Literatur *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, *Implementing co-investment and network sharing*, S. 18 ff.

665 Umfassend zu den unterschiedlichen Ausgestaltungsoptionen *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, *Implementing co-investment and network sharing*, S. 29 ff.

666 *Bourreau/Cambini/Hoernig*, *Cooperative Investment, Access, and Uncertainty*, S. 6 ff.

667 *Bourreau/Cambini/Hoernig*, *Cooperative Investment, Access, and Uncertainty*, S. 22.

668 *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, *Implementing co-investment and network sharing*, S. 24 f.; *Krämer/Vogelsang*, *Review of Network Economics* 2016, S. 35, 47 ff.; *Neumann/Sickmann/Alkas/Koch*, *Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation*, S. 238; Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 138.

669 Hierzu umfassend *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, *Implementing co-investment and network sharing*, S. 46 ff.

670 *Lebourges/Liang*, *Estimating the impact of co-investment in fiber to the home coverage*, S. 20 ff.

An dieser Stelle müssen die Erkenntnisse der einzelnen Studien jedoch nicht im Detail nachgezeichnet werden. Festzuhalten ist jedoch, dass kooperative Investitionen den Infrastrukturausbau unter bestimmten Voraussetzungen beschleunigen können. Zugleich resultiert aus der verstärkten Zusammenarbeit auch ein Missbrauchsrisiko, dem präventiv begegnet und durch die Konstruktion der rechtlichen Vorgaben Rechnung getragen werden muss.⁶⁷¹ Zugleich darf der Rechtsrahmen jedoch nicht dazu führen, dass die positiven Effekte von Kooperationsvorhaben vollständig aufgehoben werden.

2. Anreize für einen kooperativen Glasfaserausbau

Für Unternehmen können unterschiedliche Motive eine Beteiligung an Kooperationsvorhaben im Glasfaserausbau sinnvoll erscheinen lassen.⁶⁷² So können die Kosten und Risiken des Ausbaus unter den Kooperationspartnern aufgeteilt werden.⁶⁷³ Hierdurch wird mittelbar die Finanzierung mithilfe von Eigen- oder Fremdkapital erleichtert.⁶⁷⁴ Darüber hinaus kann es für die Unternehmen attraktiv sein, die Ausbauprojekte zu bündeln, hierdurch Synergieeffekte zu erzielen⁶⁷⁵ und einen parallelen Ausbau von Netzen zu vermeiden.⁶⁷⁶ Für die Unternehmen spricht auch die zu erwar-

671 Zu den Optionen der Missbrauchsprävention durch Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen, *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, Implementing co-investment and network sharing, S. 37 f.

672 Übersichtliche grafische Darstellung bei *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 42, Abbildung 4-2; spezifisch für den Telekommunikationssektor *Carter/Elixmann/Marcus*, Unternehmensstrategische und regulatorische Aspekte von Kooperationen beim NGA-Breitbandausbau, S. 19 f.; weiterführend mit Experteninterviews *Limbach/Kübel/Zarnekow*, Kooperativer Breitbandausbau in Deutschland.

673 *Abrardi/Cambini*, Telecommunications Policy 2019, S. 183, 195; Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Rn. 137; *Tenbrock*, Der Glasfaserausbau in Deutschland, S. 116; *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 40.

674 *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 40.

675 *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 40.

676 Weiterführend hierzu *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 559; *Tenbrock/Strube Martins/Wernick u.a.*, Co-Invest Modelle zum Aufbau von neuen FTTB/H-Netzinfrastrukturen, S. 41.

tende höhere Netzauslastung dafür, unter Umständen in einem kooperativen Ausbauvorhaben aktiv zu werden. Hinsichtlich der unmittelbaren und mittelbaren regulatorischen Anreize zur Beteiligung an einem Kooperationsvorhaben, ist zwischen Unternehmen mit und ohne beträchtliche Marktmacht zu differenzieren. Für marktmächtige Unternehmen könnte eine Kooperation attraktiv sein, sofern die Regulierungsbehörde sie durch regulatorische Privilegierungen belohnt (D. II. 3. b.). Solche Kooperationspartner, die nicht durch marktmachtabhängige regulatorische Verpflichtungen belastet werden, kann die Aussicht auf einen erleichterten Zugang zur Infrastruktur zur Beteiligung an kooperativen Ausbauvorhaben motivieren.

III. Schlussfolgerungen für die juristische Analyse

Kooperationen zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus basieren auf langfristigen, meist vertraglich abgesicherten Vereinbarungen, die Unternehmen freiwillig eingehen, um die Bedingungen gegenüber einer Investition im freien Wettbewerb nachhaltig zu verbessern. Sie sind von nachgelagerten finanziellen Transaktionen und Unternehmensintegrationen abzugrenzen. Kooperationsvorhaben lassen sich in schier unbegrenzter Vielfalt ausgestalten und wirken sich unterschiedlich auf den Wettbewerb aus.

Dabei divergieren die betriebswirtschaftlichen Motive der Unternehmen für eine Beteiligung an Kooperationen. Durch Kooperationen lassen sich unter bestimmten Voraussetzungen Investitionsrisiken senken und Vorteile für das Allgemeinwohl erzielen. Zugleich stellt jedoch die Möglichkeit eines kollusiven Zusammenwirkens verschiedener Unternehmen, die durch Kooperationen gesteigert wird, auch eine Gefahr für die Volkswirtschaft dar. Prägendes Ziel von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht im Umgang mit Kooperationsvorhaben ist daher die Konservierung oder gar die Steigerung der Wettbewerbsintensität in den Kooperationsgebieten sowie die Vermeidung eines solchen kollusiven Zusammenwirkens der Kooperationspartner.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für kooperative Glasfaserausbauvorhaben ergeben sich aus dem allgemeinen und dem sektorspezifischen Wettbewerbsrecht. Das Regulierungsrecht enthält ausschließlich Steuerungsvorgaben für Kooperationsvorhaben, an denen sich mindestens ein marktmächtiges Unternehmen beteiligt oder durch die ein marktmächtiges Unternehmen entsteht. Das allgemeine Wettbewerbsrecht erfasst hingegen auch andere Kooperationsvorhaben. Differenziert werden kann hier

zwischen den Vorgaben zur Fusionskontrolle, die wiederum das Überschreiten spezifischer Schwellenwerte und Ausgestaltungen der Kooperation voraussetzen, und denen des allgemeinen Kartellverbots, die bei jeder Ausgestaltungsvariante auf Grundlage einer Vereinbarung zu beachten sind. Nachfolgend steht das Zusammenspiel der verschiedenen Regelungen im Vordergrund. Etwaige Detailfragen für spezifische Kooperationsausgestaltungen sollen dabei nur eine untergeordnete Rolle spielen.

B. Der Anwendungsbereich wettbewerbsrechtlicher Regelungsregime

Neben den telekommunikationsrechtlichen Vorgaben, auf die erst später eingegangen werden soll (D.), kann das allgemeine Wettbewerbsrecht Steuerungswirkungen für die Ausgestaltung von Kooperationen entfalten. Hervorzuheben sind das Recht der Fusionskontrolle (dazu II.) und das Kartellverbot (dazu III.). Veranschaulicht werden soll das Ineinandergreifen der verschiedenen Regelungsmaterien am Beispiel der Glasfaser Nordwest GmbH & Co. KG, eines Kooperationsvorhabens, auf das alle Regelungsmaterien anwendbar sind. Die wesentlichen Eckpunkte dieses Kooperationsvorhabens sollen eingangs skizziert werden (dazu I.). Hieran anknüpfend sollen die Rahmenbedingungen für Kooperationen mit hohem Institutionalisierungsgrad untersucht werden. Dabei muss insoweit zwischen Kooperationsvorhaben, die einen hohen Institutionalisierungsgrad durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens aufweisen, und solchen mit ein geringerem Institutionalisierungsgrad differenziert werden, denen aber zumindest eine Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB⁶⁷⁷ zu Grunde liegt.

I. Die Gründung der Glasfaser Nordwest als Fallbeispiel

Die Glasfaser Nordwest GmbH & Co. KG (Glasfaser Nordwest) ist ein Unternehmen, das von der Telekom Deutschland GmbH (Deutsche Telekom) und der EWE AG (EWE) am 8.1.2020 als Gemeinschaftsunternehmen gegründet wurde. Vor der Gründung des Unternehmens hatten sich die Bun-

⁶⁷⁷ Der Vereinbarungsbegriff wird später ausführlich thematisiert, hierzu E. II. 1.

desnetzagentur⁶⁷⁸ und das Bundeskartellamt⁶⁷⁹ im Rahmen ihrer Kompetenzen mit den jeweiligen Fragen des regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Umganges mit dem Gemeinschaftsunternehmen beschäftigt. Dies macht das Unternehmen als Fallbeispiel für die nachfolgende Untersuchung besonders interessant.⁶⁸⁰ Es handelt sich um das erste Unternehmen, für das die Auswirkungen des Kooperationsvorhaben im Glasfaserausbau aus fusionskontrollrechtlicher, kartellrechtlicher und regulatorischer Perspektive durch die zuständigen Behörden beleuchtet wurden.

Die beiden Muttergesellschaften sind an der Glasfaser Nordwest paritätisch beteiligt. Das Kooperationsgebiet umfasst weite Teile des Nordwesten Deutschlands und verfügt über 460 Ortsnetze, 663 Anschlussbereiche sowie ein Ausbaupotential von 3,4 Millionen Haus- und Unternehmensstandorten.⁶⁸¹ Das Unternehmen errichtet in diesem Gebiet als Wholesale-Only-Anbieter (Kapitel 4, A. I. 1.) aktive und passive Glasfaserinfrastruktur und vertreibt die Vorleistungsprodukte an die Muttergesellschaften und andere Telekommunikationsunternehmen.⁶⁸² Unmittelbar nach seiner Gründung war das Gemeinschaftsunternehmen noch nicht Eigentümer einer eigenen Infrastruktur. Aus diesem Grund wird in der Startphase auf die Infrastruktur und Dienstleistungen der beiden Muttergesellschaften zurückgegriffen.⁶⁸³ Herauszustellen ist bereits an dieser Stelle, dass es sich bei der Deutschen Telekom um ein Unternehmen handelt, das auf den anschlussbezogenen Märkten im gesamten Bundesgebiet über eine beträchtliche Marktmacht verfügt (C. II. 1.). EWE hat zwar keine marktbeherrschende Stellung bei der nationalen Marktabgrenzung, ist jedoch im Kooperationsgebiet der Hauptkonkurrent der Deutschen Telekom.⁶⁸⁴ Durch die Gründung der Glasfaser Nordwest schließen sich also die beiden

678 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18; BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18.

679 BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002; BNetzA, Beschl. v. 13.7.2018, Az. BK 3–17/071.

680 Zu Fallbeispielen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union umfassend *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, Implementing co-investment and network sharing, S. 45 ff.

681 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 46, Abbildung 1.

682 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 45 mit Zitat aus dem Gesellschaftsvertrag, der allerdings unter die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse fällt und deswegen nicht frei verfügbar ist.

683 Weiterführend insbesondere im Hinblick auf die Zuständigkeit zum Betrieb von aktiver oder passiver Technik BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 48.

684 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 40 f.

Hauptakteure des Infrastrukturwettbewerbes im Kooperationsgebiet zusammen.

II. Eröffnung des Anwendungsbereiches der nationalen Vorgaben zur Fusionskontrolle

Die nationalen Vorgaben zur Fusionskontrolle können angewandt werden, wenn das Kooperationsvorhaben einen der Zusammenschlusstatbestände des GWB erfüllt (dazu 1.), die Umsatzschwellen des § 35 GWB überschritten werden (dazu 2.) und die unionalen Regelungen zur Fusionskontrolle keine Anwendung finden (dazu 3.). Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Eröffnung des Fusionskontrollrechts sind aufgrund von Verweisungen auch für das Regulierungsrecht von Relevanz, sodass sie an dieser Stelle vertieft untersucht werden sollen.⁶⁸⁵

1. Zusammenschluss im Sinne des GWB

Damit ein Kooperationsvorhaben als Zusammenschluss im Sinne des GWB gilt, muss einer der in § 37 Abs. 1 GWB normierten Zusammenschlusstatbestände erfüllt sein (dazu a.). Wenn zudem ein Beherrschungsverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen besteht, werden sie im Wettbewerbsrecht als einheitliches Unternehmen behandelt (dazu b.).

a) Erfüllung eines Zusammenschlusstatbestandes

Das Kartellrecht differenziert in dieser Hinsicht gemäß § 37 Abs. 1 GWB zwischen verschiedenen Zusammenschlusstatbeständen, die auch im Rahmen des kooperativen Glasfaserausbau erfüllt sein müssten, um den Anwendungsbereich der Regelungsmaterie zu eröffnen. Ein Zusammenschluss kann durch Vermögens- (Nr. 1), Kontroll- (Nr. 2) oder Anteilserwerb (Nr. 3) an einem anderen Unternehmen erfolgen oder auch dadurch, dass ein erheblicher wettbewerblcher Einfluss (Nr. 4) auf ein Unternehmen gewonnen wird.

685 Zu den Auswirkungen auf das Regulierungsrecht, D. II. 1.

Relevant ist das Recht der Fusionskontrolle nur für solche Konstellationen, in denen die Kooperation einen hohen Institutionalisierungsgrad aufweist. Dies ist etwa bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens der Fall. Sofern jedoch lediglich eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Kooperationspartnern geschlossen wird, die zwar zu einer verstärkten Zusammenarbeit, nicht jedoch zu einer gemeinsamen Unternehmensgründung führt, entfalten die Vorgaben keine Steuerungswirkung. Besonders interessant ist die Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens – wie der Glasfaser Nordwest–, das zugleich mehrere Zusammenschlusstatbestände erfüllt. Je nach konkreter Ausgestaltung ist es möglich, dass die Muttergesellschaften gemeinsam die Kontrolle an dem Gemeinschaftsunternehmen erwerben (Nr. 2).⁶⁸⁶ Hierauf ist noch detaillierter einzugehen (B. II. 1. b.). Darüber hinaus wird bei einer paritätischen Anteilsaufteilung zwischen zwei Gesellschaftern auch die Anteilsschwelle im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 3 GWB überschritten.⁶⁸⁷ Danach liegt ein Zusammenschluss vor, wenn ein Unternehmen entweder 50 (lit. a) oder 25 Prozent (lit. b) der Anteile an einem anderen Unternehmen erwirbt. Bei einem paritätischen Gemeinschaftsunternehmen zweier Muttergesellschaften ist dieses Kriterium stets erfüllt, da beide Unternehmen jeweils 50 Prozent der Anteile am Gemeinschaftsunternehmen erhalten.⁶⁸⁸ Sofern sich mehr als vier Unternehmen paritätisch an der Kooperation beteiligen, sind die Voraussetzungen dieses Kriteriums aber möglicherweise nicht erfüllt. Dies hat aufgrund der Einschlägigkeit mehrere Tatbestände jedoch letztlich keine Auswirkungen.

b) Behandlung als einheitliches Unternehmen

Aus § 36 Abs. 2 GWB ergibt sich die Rechtsfolge, die an das Vorliegen eines Zusammenschlusses geknüpft wird. Verbundene Unternehmen, von

686 Spezifisch für die Glasfaser Nordwest ohne weitergehende Ausführungen festgestellt vom BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 86; weiterführend hierzu *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 771 f.

687 Weiterführend hierzu *Crede/Franz/Peter u.a.*, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch der Fusionskontrolle, Rn. 177 ff.

688 Spezifisch für die Glasfaser Nordwest festgestellt von der BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 6; im Ergebnis auch, aber ohne weiterführende Untersuchung BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 86; weiterführend *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 775; kritisch *Säcker*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 3, Rn. 86.

denen ein Unternehmen als abhängiges oder herrschendes Unternehmen zu klassifizieren ist, sind als einheitliches Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts zu behandeln. Das Abhängigkeits- und Beherrschungsverhältnis wird auf Basis der gesellschaftsrechtlichen Begriffsbestimmungen aus §§ 17 und 18 AktG festgestellt.⁶⁸⁹ Ein enger Konnex besteht zum Zusammenschluss im Wege des Kontrollerwerbs gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Gibt es mehrere Mutterunternehmen, muss nicht jedes für sich genommen als herrschendes Unternehmen klassifiziert werden können.⁶⁹⁰ Vielmehr sieht § 36 Abs. 2 S. 2 GWB a. E. vor, dass es ausreicht, wenn die Mutterunternehmen *gemeinsam* einen beherrschenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen ausüben können.⁶⁹¹ Diese Entscheidung des Gesetzgebers kann überzeugen. Anderenfalls könnte bei der Gründung paritätischer Gemeinschaftsunternehmen kein Abhängigkeits- und Beherrschungsverhältnis angenommen werden, weil jedem Unternehmen für sich genommen der beherrschende Einfluss fehlt. In diesem Fall würde ein substantieller Bereich der Kooperationspraxis nicht von der speziell hierauf ausgerichteten Regelungsmaterie erfasst und könnte lediglich mithilfe des Kartellverbotes reguliert werden (E. II.).

Für ein gemeinsames Beherrschungsverhältnis ist zwischen den Mutterunternehmen ein „bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mit einer gewissen Planmäßigkeit“ erforderlich.⁶⁹² Vorausgesetzt wird hierfür ein „gemeinsamer Beherrschungswille“⁶⁹³, der sich auch in einem bloß faktischen Zusammenwirken manifestieren kann. Ob diese Kriterien erfüllt sind, muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Aus der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann jedenfalls nicht pauschal auf einen gemeinsamen Beherrschungswillen geschlossen werden. Dies gilt auch dann,

689 *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer u.a. (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 3, Rn. 112; *Lünenbürger/Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 3, Rn. 85; *Säcker*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 3, Rn. 86; *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 3, Rn. 90.

690 A. A. EWE/Telekom, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018*, Az. BK 1–18/002, S. 23.

691 *Paschke*, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann u.a. (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, § 36 GWB, Rn. 103.

692 *Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft v. 13.6.1973*, BT-Drs 7/765, S. 7.

693 *Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft v. 13.6.1973*, BT-Drs 7/765, S. 7.

wenn die Anteile paritätisch verteilt sind.⁶⁹⁴ Die Erweiterung des Anwendungsbereiches des Fusionskontrollrechts durch die Möglichkeit der gemeinsamen Beherrschung wird durch die Kontrolle im Einzelfall überzeugend eingeschränkt. Aufgrund der umfassenden Kasuistik entsteht so ein ausbalanciertes System, das Rechtssicherheit gewährleistet und einzelfallgerechte Lösungen ermöglicht. Ein gewichtiges Indiz für einen gemeinsamen Beherrschungswillen kann es sein, dass „gleichgerichtete Interessen eine gemeinsame Unternehmenspolitik gewährleisten“.⁶⁹⁵ Auch von der paritätischen Entsendung von Geschäftsführern kann eine Indizwirkung ausgehen.⁶⁹⁶ Regelmäßig werden die Mutterunternehmen, die ein Gemeinschaftsunternehmen zum kooperativen Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen gründen, gleichgerichtete Interessen verfolgen. Hierdurch ist eine einheitliche Unternehmenspolitik gewährleistet. Daraus folgt ein gemeinsamer Beherrschungswille der Mutterunternehmen, sodass sie das Gemeinschaftsunternehmen gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 GWB gemeinsam beherrschen. Die auf diese Weise verbundenen Unternehmen werden als ein einheitliches Unternehmen behandelt.⁶⁹⁷ Ansonsten würde mithilfe der Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens eine umfassende Umgehung der kartellrechtlichen Vorgaben ermöglicht.

c) Zwischenergebnis

Damit der Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle eröffnet ist, muss die Kooperation durch einen hohen Institutionalisierungsgrad in Form der Gründung eines Unternehmens geprägt sein. Bei Gesellschaften zum kooperativen Glasfaserausbau sind insbesondere die Zusammen-

694 Dies ergibt sich aus der ständigen Rspr., namentlich BGH, Beschl. v. 8.5.1979, Az. KVR 1/78, GRUR 1979, S. 796, 798 f.; BGH, Beschl. v. 18.11.1986, Az. KVR 9/85, NJW 1987, S. 1700, 1701 f.; BGH, Beschl. v. 30.9.1986, Az. KVR 8/85, GRUR 1987, S. 307, 309; in Bezug auf § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB *Crede/Franz/Peter u.a.*, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch der Fusionskontrolle, Rn. 175.

695 BGH, Beschl. v. 8.5.1979, Az. KVR 1/78, NJW 1979, S. 2401, 2403; BGH, Beschl. v. 18.11.1986, Az. KVR 9/85, NJW 1987, S. 1700, 1701; *Paschke*, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 36 GWB, Rn. 107.

696 Weiterführend hierzu *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 36 GWB, Rn. 777.

697 *Kahlenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Hrsg.), Kartellrecht, § 36 GWB, Rn. 215 m. w. N.; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 765; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 36 GWB, Rn. 781.

schlussstatbestände des Kontroll- und Anteilerwerbs, die sich aus § 37 Abs. 1 GWB ergeben, von entscheidender Bedeutung. Darüber hinaus muss auch ein Beherrschungsverhältnis im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB vorliegen. Die Beherrschung kann bei Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam durch die Muttergesellschaften ausgeübt werden. Ob ein Kooperationsprojekt diese Anforderungen erfüllt, ist in jedem Einzelfall separat zu überprüfen. Ein gewichtiges Indiz für einen gemeinsamen Beherrschungswillen ist die Verfolgung gleichgerichteter Interessen, die bei Unternehmensgründungen zum kooperativen Glasfaserausbau in der Regel erfüllt sein wird. Liegt ein Beherrschungsverhältnis vor, ist das Unternehmen als einheitliches Unternehmen im Sinne des gesamten GWB zu behandeln. Auf diese Weise wird effektiv eine Umgehung der speziellen kartellrechtlichen Vorgaben mithilfe der Gründung paritätischer Gemeinschaftsunternehmen unterbunden.

2. Weitere Anwendungsvoraussetzungen der Vorgaben zur Fusionskontrolle

Nicht jeder Zusammenschluss setzt eine Kontrolle der Fusion durch die Kartellbehörde voraus. Vielmehr müssen hierfür weitere Kriterien, wie das Überschreiten bestimmter Schwellenwerte, vorliegen (dazu a.). Sofern dies der Fall ist, darf keine Ausnahme erfüllt sein, die ein Absehen von einer Fusionskontrolle rechtfertigt (dazu b.).

a) Umsatzschwellenwerte

Die nationalen Vorgaben der Fusionskontrolle finden nur dann Anwendung, wenn die Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 und Abs. 1a GWB überschritten werden. Anderenfalls müsste sich das Gemeinschaftsunternehmen lediglich an den Vorgaben des Kartellverbotes aus § 1 GWB messen lassen (E. II.).

Die Schwellenwerte sind regelmäßiger Gegenstand von GWB-Novellen. Im Rahmen der 9. GWB-Novelle wurden Systematik und Höhe der Schwellenwerte umfassend angepasst.⁶⁹⁸ Auch im Rahmen der 10. GWB-

⁶⁹⁸ BT-Drs. 18/10207, S. 70 ff.; weiterführend hierzu *Jungbluth*, in: Körper/Immenga (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik, S. 9, 15 f.

Novelle sind Modifikationen dieser Vorgaben geplant.⁶⁹⁹ Maßgeblicher Referenzzeitpunkt für die Überprüfung der Schwellenwerte ist das letzte Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss. Gemäß § 35 Abs. 1 GWB müssen die beteiligten Unternehmen insgesamt einen Jahresumsatz von mindestens 500 Millionen Euro gemacht haben (Nr. 1). Im Inland muss eines der beteiligten Unternehmen mindestens 25 und ein anderes mindestens fünf Millionen Euro Umsatz erwirtschaftet haben (Nr. 2). Dieser Wert soll im Rahmen der 10. GWB-Novelle auf zehn Millionen Euro angehoben werden.⁷⁰⁰ § 35 Abs. 1a GWB flexibilisiert die Schwellen, indem auch der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss (Nr. 3) Berücksichtigung findet.⁷⁰¹ Die Schwellenwerte stellen sicher, dass die Fusionskontrolle nur dann erfolgt, wenn von dem Zusammenschluss tatsächlich erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb ausgehen können, und tragen zur Entlastung des Bundeskartellamts bei.⁷⁰²

Während es folgerichtig ist, dass nur tatsächlich wettbewerbsrelevante Fusionen auch kontrolliert werden sollen, ist eine Überlastung der Behörde ein untergeordnetes Argument. Wenn mehr Fusionskontrollen für einen effektiven Wettbewerbsschutz unerlässlich sind, sollte eher eine Aufstockung des Personals als ein kontinuierliches Anheben der Schwellenwerte erwogen werden. Hierdurch entsteht nämlich die Gefahr, dass regional ausgerichtete Kooperationsvorhaben nicht mehr vom Fusionskontroll-

699 Referentenentwurf des BMWi eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) v. 24.1.2020, S. 94 ff., abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

700 Referentenentwurf des BMWi eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) v. 24.1.2020, S. 12, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (zuletzt abgerufen am 1.7.2020); hierzu *Füllung*, in: Körper/Immenga (Hrsg.), *Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts*, S. 49, 52; *Kredel/Kresken*, *NZKart* 2020, S. 2, 5; *Podszun/Brauckmann*, *GWR* 2019, S. 436.

701 *BT-Drs. 18/10207*, S. 72 ff.; *Krueger*, in: Körper/Immenga (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik*, S. 79, 83; *Monopolkommission*, *Policy Brief zur 10. GWB-Novelle*, S. 6; *Podszun/Brauckmann*, *GWR* 2019, S. 436.

702 *Jungbluth*, in: Körper/Immenga (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen in der Fusionskontrolle zwischen Recht, Wirtschaft und Politik*, S. 9, 15.

recht erfasst werden.⁷⁰³ Dies wäre insbesondere für Glasfaserausbaukooperationen bedenklich, die – wie die Glasfaser Nordwest illustriert – regelmäßig regional ausgerichtet sind. Natürlich hat nicht jedes lokal ausgerichtete kooperative Glasfaserausbauvorhaben so gravierende Auswirkungen auf den Wettbewerb wie die Gründung der Glasfaser Nordwest, sodass nicht in jedem Fall ein Fusionskontrollverfahren erforderlich ist. Hier übernimmt das Kartellverbot eine effektive Lückenschlussfunktion (E. II.). Zu begrüßen wäre es allerdings, wenn als Reaktion auf eine Anhebung der Schwellenwerte Ausgleichsmechanismen geschaffen würden, um dem Bundeskartellamt die Möglichkeit zu geben, auch weiterhin lokale Kooperationsvorhaben einer Fusionskontrolle zu unterziehen. Hier muss die Balance zwischen effektivem Wettbewerbsschutz und der Optimierung der Rahmenbedingungen für einen kooperativen Glasfaserausbau gefunden werden.

b) Ausnahmen

Zudem darf keine der in § 35 Abs. 2 GWB aufgelisteten Ausnahmen greifen. Derzeit findet keine Fusionskontrolle statt, wenn sich gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 GWB kleinere Kooperationspartner, die einen Jahresumsatz von unter zehn Millionen Euro erwirtschaften, zusammenschließen. Diese Ausnahme soll im Rahmen der 10. GWB-Novelle jedoch ersatzlos gestrichen werden.⁷⁰⁴ Dieser Ausnahmetatbestand war deshalb besonders, da vollständig von einer Fusionskontrolle im Sinne des § 35 Abs. 1 GWB abgesehen wurde, wenn er einschlägig war.⁷⁰⁵ Nunmehr müssen sich auch solche Kooperationen an der Fusionskontrolle messen lassen. Aufgrund des parallelen Anhebens der Schwellenwerte werden die praktischen Auswirkungen seines Wegfalls im Ergebnis wohl überschaubar sein.

703 Ebenfalls kritisch und mit Optimierungsvorschlägen Monopolkommission, Policy Brief zur 10. GWB-Novelle, S. 7; positiver *Kredel/Kresken*, NZKart 2020, S. 2, 5.

704 Referentenentwurf des BMWi eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) v. 24.1.2020, S. 12, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

705 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 35 GWB, Rn. 87.

Zudem werden gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 und 3 GWB öffentliche Unternehmen und Unternehmen der Kreditwirtschaft privilegiert. Bei Kooperationen unter Beteiligung der öffentlichen Hand können diese Ausnahmetatbestände eine wichtige Rolle spielen. Diese Untersuchung beschränkt sich jedoch auf Kooperationen zwischen Telekommunikationsunternehmen, sodass sie keiner näheren Erörterung bedürfen.

3. Verhältnis von unionaler oder nationaler Fusionskontrolle

Die nationale und unionale Fusionskontrolle stehen in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander. Das Zusammenspiel der Regelungsmaterien wird durch das sogenannte „One-Stop-Shop“-Prinzip geprägt (dazu a.). Entscheidend ist dabei die Frage, ob durch die Fusion ein sogenanntes „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“ entsteht (dazu b.). Relevant ist die Abgrenzung insbesondere zur Ermittlung der behördlichen Zuständigkeiten.

a) Exklusivität der Anwendungsbereiche durch das „One-Stop-Shop“-Prinzip

Das „One-Stop-Shop“-Prinzip führt zur Exklusivität der Anwendungsbereiche der nationalen und unionalen Vorgaben zur Fusionskontrolle.⁷⁰⁶ Sobald der Anwendungsbereich der unionalen Fusionskontrolle eröffnet ist, sind die nationalen Regelungen nicht anwendbar.⁷⁰⁷ Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 23 Abs. 3 UAbs. 1 Fusionskontrollverordnung (FKVO)⁷⁰⁸ und spiegelbildlich aus § 35 Abs. 3 GWB.⁷⁰⁹ Im Anwendungsbereich der FKVO ist gemäß Art. 23 Abs. 2 FKVO in der Regel die Kommission zuständig, während für den Vollzug des nationalen Kartellrechts die na-

706 Hierzu statt vieler *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 35 GWB, Rn. 112; *Kühn*, Nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen in der EU-Fusionskontrolle, S. 243; im Ergebnis auch Erwägungsgrund 8 der FKVO.

707 *Kühn*, Nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligungen in der EU-Fusionskontrolle, S. 243.

708 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 24.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. L 24/1 v. 29.1.2004.

709 Hierzu weiterführend *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 35 GWB, Rn. 112 ff.

tionalen Behörden zuständig sind. Ausnahmen von der vorgenannten Regel bestehen lediglich in Form der Verweisungsmöglichkeiten in Art. 4, 9 und 22 FKVO, in deren Rahmen trotz der Anwendbarkeit des unionalen Fusionskontrollrechts eine nationale Kartellbehörde zuständig sein kann.

Eine Exklusivität der Anwendungsbereiche und behördlichen Zuständigkeiten ist vor dem Hintergrund der hiermit einhergehenden erhöhten Rechtssicherheit zu begrüßen. Auf diese Weise lässt sich für die Unternehmen bereits im Vorfeld ermitteln, welche Behörde für eine Fusionskontrolle zuständig ist und bei welcher Behörde die Fusion – unter Beachtung der Fristen – anzumelden ist. Eine parallele Behördenzuständigkeit mit entsprechendem Konfliktpotential und die Gefahr einer widersprechenden behördlichen Entscheidung, lassen sich auf diese Weise effektiv bekämpfen.

b) Abgrenzungskriterium des „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens“ im Sinne des Art. 3 Abs. 4 FKVO

Der Dreh- und Angelpunkt für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Fusionskontrollregime für den kooperativen Glasfaserbau ist die Frage, ob es sich bei dem betreffenden Gemeinschaftsunternehmen um ein „Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen“⁷¹⁰ im Sinne des Art. 3 Abs. 4 FKVO handelt. Die FKVO erfasst nur die Gründung solcher Gemeinschaftsunternehmen, die auf Dauer „alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüll[en]“.⁷¹¹

Relevant ist, ob die neu gegründete Entität selbstständig am Markt auftritt und über die hierzu erforderlichen Ressourcen verfügt.⁷¹² Dafür ist das jeweilige Kooperationsprojekt umfassend zu untersuchen. Keine selbstständige wirtschaftliche Einheit ist gegeben, wenn das Gemeinschaftsunternehmen über kein eigenes Personal und keine eigenen Vermögenswerte

710 Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, 2008/C 95/01 i. d. F. durch die Berichtigung der besagten Mitteilung 2009/C 43/09, Abl. C 43/10 v. 21.2.2009 (Mitteilung 2009/C 43/09), Ziff. 92; weiterführend zu den Abgrenzungskriterien auch *Wilson*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. I. § 4 Fusionskontrolle, Rn. 29 ff.

711 Mitteilung 2009/C 43/09, Ziff. 92.

712 Mitteilung 2009/C 43/09, Ziff. 94.

verfügt und es sich um eine bloße Holding-Gesellschaft handelt.⁷¹³ Anders ist eine Situation zu bewerten, in der das Gemeinschaftsunternehmen neben dem Aufbau auch die Vermarktung der realisierten Infrastruktur übernimmt, sodass es am Markt aktiv präsent ist. Weitere Anhaltspunkte für eine selbstständige wirtschaftliche Einheit können aus dem Verkaufsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens gewonnen werden. Entscheidend ist, ob ausschließlich Verkäufe an das Mutterunternehmen oder auch an Dritte erfolgen.⁷¹⁴ Als „Dritte“ sind alle Unternehmen zu verstehen, die sich nicht an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligen. Die Kommission nimmt eine eigene Zuständigkeit an, wenn „wenigstens 20 % des voraussichtlichen Umsatzes des Gemeinschaftsunternehmens mit Dritten erzielt werden.“⁷¹⁵ Das Verkaufsverhalten ist für jedes Kooperationsprojekt im Einzelfall zu prüfen. Regelmäßig ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen ein großes Interesse daran hat, seine Dienstleistungen insbesondere den Muttergesellschaften feilzubieten. Die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte wird demgegenüber nach Möglichkeit eine untergeordnete Rolle spielen. Ansonsten hätte der kooperative Glasfaserausbau keine Vorteile für die beteiligten Unternehmen, die selbst von der errichteten Infrastruktur profitieren wollen. Das Regulierungsrecht hat in dieser Hinsicht eine herausragende Bedeutung. Je umfangreicher die regulatorischen Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs gegenüber Dritten sind, desto eher überschreiten die Umsätze durch die Erhebung von Zugangsentgelten die 20-Prozent-Schwelle, die das Gemeinschaftsunternehmen zu einem Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen werden lässt.

Maßgeblicher Stichtag für die Bestimmung der Zuständigkeit ist das Datum, an dem das Kooperationsvorhaben angemeldet wird.⁷¹⁶ Es soll davon ausgegangen werden, dass die kooperativen Gemeinschaftsunternehmen im Fokus, also zumindest zu 80 Prozent, ihre Dienstleistungen gegenüber den beteiligten Mutterunternehmen erbringen. Sollte dies nicht der Fall sein, kann im Einzelfall ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen vorliegen. Dann wären die Vorgaben der FKVO zu beachten und die Kommission wäre die zuständige Behörde. Die praktischen Auswirkungen sind jedoch gering. Die nationale Rechtsprechung orientiert sich weitgehend

713 Mitteilung 2009/C 43/09, Ziff. 94.

714 Mitteilung 2009/C 43/09, Ziff. 98.

715 Mitteilung 2009/C 43/09, Ziff. 98.

716 Mitteilung 2009/C 43/09, Ziff. 154.

an der unionalen Rechtsprechung und Behördenpraxis.⁷¹⁷ Im Folgenden sollen die Regelungen der nationalen Fusionskontrolle erörtert werden, die für den überwiegenden Anteil der Vorhaben von Relevanz sein werden.

Bei der Abgrenzung der behördlichen Zuständigkeiten ist das Kriterium der Marktpräsenz problematisch, das eine herausgehobene Bedeutung für den kooperativen Glasfaserausbau hat. Selbstverständlich werden die direkten Auswirkungen auf den Wettbewerb besonders offensichtlich, wenn ein Unternehmen aktiv am Markt auftritt. Eine zentrale Gefahr des kooperativen Glasfaserausbaus wird hierdurch jedoch nicht adressiert, nämlich das kollusive Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen (A. II. 1.). Hierbei ist letztlich unerheblich, ob das Gemeinschaftsunternehmen am Markt eigenständig in großem Umfang aktiv auftritt oder nicht. Das Kooperationsunternehmen bietet in beiden Fällen die Plattform für den Informationsaustausch zwischen den beteiligten Unternehmen. Je größer die Marktmacht, der Umsatz der beteiligten Unternehmen und das Kooperationsgebiet sind, desto eher beschränken sich die hieraus resultierenden Gefahren nicht nur auf den lokalen Infrastrukturwettbewerb, sondern haben auch Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Das unionale Fusionskontrollrecht könnte aber, wenn es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handelt, keine Anwendung finden. Daher bedarf es einer Optimierung der Abgrenzungskriterien. Die FKVO sollte auch dann Anwendung finden können, wenn kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gegründet wird. Zugleich sollte aber auch das „One-Stop-Shop“-Prinzip nicht aufgegeben werden. Eine Lösung könnte die Anwendung der FKVO auf Gemeinschaftsunternehmen mit Relevanz für den Wettbewerb im Binnenmarkt sein. Dies könnte etwa mithilfe von Schwellenwerten bestimmt werden. Die Regelung müsste jedoch hinreichend flexibel sein, um atypische Fälle weiterhin lediglich dem nationalen Fusionskontrollrecht zu unterwerfen. Hier ist eine genaue Analyse erforderlich, welche Vorgaben und welche Behörde die Wettbewerbsgefahr am effizientesten bekämpfen könnten.

c) Ergebnis

Die Anwendung der unionalen und nationalen Vorgaben zur Fusionskontrolle schließt sich gegenseitig aus. Durch die klare Abgrenzung der gesetz-

⁷¹⁷ Kling/Thomas, Kartellrecht, S. 763 m. w. N.

lichen Anwendungsbereiche und behördlichen Zuständigkeiten wird eine umfassende Rechtssicherheit gewährleistet. Entscheidend ist, ob im Rahmen des Kooperationsvorhabens ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gegründet wird. Dieses Abgrenzungskriterium lässt allerdings unberücksichtigt, dass von dem Gemeinschaftsunternehmen auch Gefahren für den Wettbewerb ausgehen können, wenn das Unternehmen nicht aktiv am Markt tätig ist. Insoweit sollte das Abgrenzungskriterium optimiert werden, ohne das „One-Stop-Shop“-Prinzip aufzugeben. In der Regel ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen zwar so ausgestattet wird, dass es eine eigenständige Marktpräsenz entfalten kann. Zugleich wird die Marktpräsenz jedoch maßgeblich darauf ausgerichtet sein, die Tätigkeiten gegenüber den Muttergesellschaften zu erbringen, sodass in der Regel jedenfalls nicht mehr als 20 Prozent hiervon zur Erbringung von Tätigkeiten für Drittunternehmen aufgebracht werden. Demnach ist regelmäßig kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen gegeben, sodass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen aus den nationalen Vorgaben zur Fusionskontrolle ergeben.

4. Ergebnis

Entschließen sich die Partner dazu, ihre Kooperation umfassend zu institutionalisieren, und gründen ein Gemeinschaftsunternehmen, kann der Anwendungsbereich des Fusionskontrollrechts eröffnet sein, wenn es sich beim Gemeinschaftsunternehmen um einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 GWB handelt. Besonders häufig ist dies in Form des Kontroll- oder Anteilerwerbs durch die Muttergesellschaften der Fall. Zudem ist zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ein Beherrschungsverhältnis erforderlich. Es ist möglich, dass dieses auch durch mehrere Muttergesellschaften gemeinschaftlich ausgeübt wird. Dies ist anhand verschiedener Indizien zu prüfen, die einen gemeinschaftlichen Beherrschungswillen manifestieren. Eine Fusionskontrolle findet nur bei einer ernstlichen Gefahr für den Wettbewerb statt, die anhand von Umsatzschwellenwerten bestimmt wird. Sowohl das unionale als auch das nationale Wettbewerbsrecht kennen eine Fusionskontrolle, die zueinander in einem Exklusivitätsverhältnis stehen. Für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche ist es maßgeblich, ob das Gemeinschaftsunternehmen als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu klassifizieren ist. Insoweit bedarf der unionale Rechtsrahmen noch der Optimierung. Regelmäßig kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die hierfür erforderliche Verkaufsquote von zumindest 20 Pro-

zent gegenüber Drittunternehmen nicht überschritten wird. Liegt somit kein Vollgemeinschaftsunternehmen vor, findet eine nationale Fusionskontrolle statt.

III. Anwendbarkeit des Kartellverbotes aus § 1 GWB

Das nationale Kartellverbot bildet für Kooperationsvereinbarungen, die nicht dem Fusionskontroll- und Regulierungsrecht unterfallen, die einzige Steuerungsvorgabe (E. II.). Als Vorfrage hierzu ist zu klären, in welchen Konstellationen die nationalen Vorgaben zur Fusionskontrolle aus § 36 GWB (dazu 1.) und das unionale Kartellverbot aus Art. 101 AEUV (dazu 2.) eine Sperrwirkung entfalten. Auf die Tatbestands- und Freistellungsvoraussetzungen soll jedoch erst im Kontext der wettbewerbsrechtlichen Steuerungsvorgaben für die Ausgestaltung von Kooperationsvorhaben eingegangen werden (E. II.). Relevant sind die vorgenannten Fragen insbesondere für die Ermittlung der behördlichen Zuständigkeit.

1. Sperrwirkung der Vorgaben zur Fusionskontrolle?

Eine parallele Anwendbarkeit von Fusionskontrolle und kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle ist nicht pauschal ausgeschlossen.⁷¹⁸ In der Beschlusspraxis des Bundeskartellamts und der Rechtsprechung wurden Abgrenzungskriterien für die Identifikation von Fusionen verwendet, die nicht zusätzlich in den Anwendungsbereich des Kartellverbotes fallen.⁷¹⁹ In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Fusion vorliegt, die den Ausnahmetatbestand erfüllt.⁷²⁰

Als „kartellrechtsneutral gilt [demnach ...] ein rein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen, das sämtliche Funktionen eines selbstständigen Unternehmens wahrnimmt, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten

718 Ständige Rspr. seit BGH, Beschl. v. 1.10.1985, Az. KVR 6/84, NJW 1986, S. 1874, 1875; BGH, Beschl. v. 17.7.2018, Az. KVR 64/17, NZKart 2018, S. 541, 543, Rn. 28; a. A. *Wiedemann*, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, S. 173 ff. u. 212 ff.

719 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 23; mit Verweis auf BGH, Beschl. v. 8.5.2001, Az. KVR 12/99, BGHZ 147, S. 325, 337 f.

720 BGH, Beschl. v. 4.3.2008, Az. KVZ 55/07, Rn. 14 (zit. nach juris); BGH, Beschl. v. 8.5.2001, Az. KVR 12/99, BGHZ 147, S. 325, 336 m. w. N.

Stufe für die Muttergesellschaft sowie nicht auf demselben Markt wie die Mütter tätig ist.“⁷²¹ Die Voraussetzungen sind denen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens sehr ähnlich (B. II. 3. b.). Wesentlicher Unterschied hierzu ist jedoch, dass keine prozentualen Schwellen definiert werden, bei deren Überschreiten die Kartellrechtsneutralität eintritt. Die Tätigkeit muss ausschließlich gegenüber den Muttergesellschaften ausgeübt werden.

Die allgemeine kartellrechtliche Definition ist nun auf das Telekommunikationsrecht zu übertragen. Dieses ist, wie bereits dargestellt, durch eine Untergliederung der Wertschöpfung in die Erbringung von Vorleistungen und Endkundendiensten geprägt (Kapitel 4, A. I. 1.). Sobald Vorleistungen auch dritten Unternehmen, die nicht an der Kooperation beteiligt sind, zur Verfügung gestellt werden, kommt eine Kartellrechtsneutralität nicht in Betracht, da die Tätigkeit nicht ausschließlich gegenüber den Mutterunternehmen ausgeübt wird. Zu den zentralen regulatorischen Verpflichtungen des Telekommunikationsrechts gehören die Zugangs- und die Entgeltverpflichtung, die einen Wettbewerb trotz der Existenz eines natürlichen Monopols ermöglichen. Grundsätzlich knüpfen die Zugangsverpflichtungen gemäß § 21 TKG an die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens an. Dies wird auch im künftigen Rechtsrahmen (vgl. § 26 TKG-RefE) nicht anders sein.⁷²² Dieses Kriterium ist nicht für jedes Gemeinschaftsunternehmen erfüllt, das im Zuge einer Kooperation zum Glasfaserausbau gegründet wird. Es existieren allerdings auch marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen, die allen Telekommunikationsunternehmen mit Endnutzerkontrolle gemäß § 18 TKG (§§ 21 f. TKG-RefE)⁷²³ auferlegt werden können. Weitere Zugangsverpflichtungen können aus der Inanspruchnahme von Fördermitteln resultieren, die an Open-Access-Verpflichtungen geknüpft werden. Ausbauvorhaben, die vollständig auf die Gewährung des Zuganges von Dritten verzichten können,

721 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 23; hierzu auch BGH, Beschl. v. 8.5.2001, Az. KVR 12/99, BGHZ 147, S. 325, 336 ff. m. w. N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.5.2019, Az. VI-W (Kart) 4/19, NZKart 2019, S. 386, 387.

722 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&cv=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

723 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&cv=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

sind eher unwahrscheinlich. Im Ergebnis sind das Recht der Fusionskontrolle und das Kartellverbot in der Regel nebeneinander anwendbar.

Die weitgehend parallele Anwendbarkeit überzeugt, ebenso wie die sehr strengen Anforderungen an eine Kartellrechtsneutralität. Das Fusionskontrollrecht ist spezifisch auf die Gefahren von Unternehmenszusammenschlüssen und der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen ausgerichtet, während das Kartellverbot allgemein die Gefahren adressiert, die durch eine Zusammenarbeit von Unternehmen entstehen. Insoweit besteht eine Schnittmenge, die nicht problematisch ist, da sich die Vorgaben nicht widersprechen, sondern weitgehend gleichlaufen (C. II.). Ist das Unternehmen überhaupt nicht am Markt aktiv, ist es kartellrechtlich nicht relevant. Das Fusionskontrollrecht ist insoweit dazu geeignet, Gefahren eines kollusiven Zusammenwirkens überzeugend zu bannen. Würden die Vorgaben auch im Übrigen in einem strikten Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen, könnte dies dann zu Schutzlücken führen, wenn der Anwendungsbe- reich des Fusionskontrollrechts grundsätzlich eröffnet ist, aber Ausnahmetatbestände eingreifen. Durch die 10. GWB-Novelle und die mit ihrer einhergehenden Streichung des § 35 Abs. 2 S. 1 GWB (B. II. 2.) ist diese Gefahr zwar vergleichsweise gering, aber dennoch existent. Im Interesse eines möglichst umfassenden und lückenlosen Schutzes des Wettbewerbs ist die bestehende Normierung mithin vorzugswürdig und sollte beibehalten werden.

2. Sperrwirkung des unionalen Kartellverbotes aus Art. 101 AEUV?

Sowohl das unionale (Art. 101 AEUV) als auch das nationale (§ 1 GWB) Recht enthalten ein Kartellverbot. Auch in dieser Hinsicht stellt sich wie bereits im Rahmen der Fusionskontrolle (B. II. 3. a.) die Frage, ob die unionalen oder die nationalen Vorgaben den maßgeblichen Rechtsrahmen bilden. Im Ergebnis betrifft die Frage der Abgrenzung insbesondere die behördliche Zuständigkeit, da sich Art. 101 AEUV und § 1 GWB inhaltlich in weiten Teilen decken.⁷²⁴ Dennoch soll an dieser Stelle eine kurze Darstellung der Abgrenzungskriterien erfolgen, um die maßgebliche behördliche Spruchpraxis zu identifizieren. Das Unionsrecht findet nur in denjenigen Fällen Anwendung, in denen spürbare Beeinträchtigungen des Han-

724 So auch *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u.a. (Hrsg.), Kartellrecht, § 1 GWB, Rn. 2.

dels zwischen den Mitgliedstaaten durch das Vorhaben zu erwarten sind.⁷²⁵

Die hohen Anforderungen, die an dieses Kriterium gestellt werden, lassen sich anhand der Entscheidung des Bundeskartellamtes zur Gründung der Glasfaser Nordwest exemplifizieren. So verfüge das Kooperationsvorhaben lediglich über eine regionale Bedeutung und etwa betroffene Märkte über einen umfassenden Ortsbezug.⁷²⁶ Das Kooperationsgebiet umfasse zudem weniger als zehn Prozent des Bundesgebietes.⁷²⁷ Die Entscheidung des Bundeskartellamtes lässt sich freilich nicht pauschal auf alle Sachverhalte übertragen. Sie kann aber insgesamt überzeugen. Auch wenn der unionale Gesetzgeber das Ziel eines digitalen Binnenmarktes verfolgt,⁷²⁸ existiert dieser im Kontext des festnetzbasieren Infrastrukturwettbewerbs nur rudimentär. Lokal ausgerichtete Kooperationsvorhaben tangieren den Wettbewerb vor Ort und haben keine Binnenmarktrelevanz. Je größer das Kooperationsgebiet jedoch ist, desto eher kann eine solche Binnenmarktrelevanz vorliegen. Solange nicht das gesamte Bundesgebiet oder große Teile davon als Kooperationsgebiet vorgesehen wird, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch das jeweilige Kooperationsvorhaben nicht oder nur marginal tangiert wird. Diese Prämisse soll in der nachfolgenden Untersuchung zu Grunde gelegt werden, sodass sich die Steuerungsvorgaben ausschließlich aus dem nationalen Kartellverbot gemäß § 1 GWB ergeben. Die strenge Abgrenzung der Anwendungsbereiche und behördlichen Zuständigkeiten führt auch in diesem Kontext zu Rechtssicherheit, sodass sie sich auch positiv auf das Investitionsklima auswirkt.

3. Ergebnis

Für Vorhaben zum kooperativen Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen findet in der Regel das Kartellrecht neben dem Fusionskontrollrecht Anwendung. Dies ist nur in solchen Konstellationen nicht der Fall, in denen das Vorhaben kartellrechtsneutral ist. Hierbei handelt es sich um Gemein-

725 Weiterführend hierzu Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages (2004/C 101/07), Abl. C 101/81 v. 27.4.2004.

726 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 27.

727 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 27.

728 Erwägungsgrund 3 des EKEK.

schaftsunternehmen, die ausschließlich für ihre Muttergesellschaften tätig sind. Schon aufgrund der Existenz marktmachtunabhängiger Zugangsverpflichtungen gegen Entgelt ist davon auszugehen, dass dieses Kriterium im Bereich des kooperativen Glasfaserausbau in der Regel nicht erfüllt wird. Das Kartellverbot ergibt sich aufgrund der regionalen Ausrichtung der meisten Kooperationsvorhaben aus § 1 GWB. Sofern das Vorhaben ausnahmsweise dazu geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, können sich die Vorgaben auch aus Art. 101 AEUV ergeben. Die daraus folgenden materiellen Unterschiede sind zwar gering, eröffnen aber die Zuständigkeit unterschiedlicher Behörden.

C. Abgrenzung der relevanten Märkte

Die Untersuchung der Auswirkungen von Kooperationsvorhaben auf den Wettbewerb knüpft an die Abgrenzung von Märkten an. Nur auf diese Weise lassen sich Wettbewerbskräfte und -beschränkungen zielgenau ermitteln. Sie dient als Grundlage für wettbewerbsrechtliche Konsequenzen, die von der jeweils zuständigen Vollzugsbehörde gezogen werden können. Die Marktabgrenzung folgt im gesamten Wettbewerbsrecht einer einheitlichen Systematik (dazu I.). Potentiell von kooperativen Glasfaserausbauvorhaben tangierte Märkte sollen am Beispiel der Glasfaser Nordwest veranschaulicht werden. Sowohl die zuständige Kartell- als auch die zuständige Regulierungsbehörde haben Marktabgrenzungen für die Breitbandzugangsmärkte durchgeführt. Die sachlichen Marktabgrenzungen stimmen weitgehend überein, weichen jedoch in räumlicher Hinsicht entscheidend voneinander ab (dazu II.). Die Kartellbehörden grenzen darüber hinaus weitere Märkte ab, die durch kooperative Glasfaserausbauvorhaben tangiert werden können, aber nicht in den Anwendungsbereich des Regulierungsrechts fallen (dazu III.). Anhand der Marktabgrenzungen lassen sich das Zusammenspiel der verschiedenen Regelungsregime des Wettbewerbsrechts illustrieren sowie Vor- und Nachteile der behördlichen Beschlusspraxis veranschaulichen.

I. Grundlagen zur Marktabgrenzung im Wettbewerbsrecht

Ausgangspunkt wettbewerbsrechtlicher Analysen ist stets die Frage nach der Auswirkung eines bestimmten Umstandes auf den Markt. Der Markt ist insbesondere in sachlicher (dazu 1.) und räumlicher Hinsicht (dazu 2.)

abzugrenzen. Dabei wird sowohl auf unionaler als auch auf nationaler Ebene auf eine einheitliche Methodik zurückgegriffen, die im gesamten Wettbewerbsrecht genutzt wird und damit der Rechtssicherheit dient. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die Marktabgrenzungen der Wettbewerbsbehörden unterscheiden (dazu 3.).

1. Sachliche Marktabgrenzung

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erfolgt nach dem sogenannten „Bedarfsmarktkonzept.“⁷²⁹ Nach Definition der Kommission, die sich mit der Rechtsprechung, der Beschlusspraxis der Behörden und der Literatur deckt, erstreckt sich der sachlich relevante Markt auf „sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“⁷³⁰ Bei der sachlichen Marktabgrenzung steht also die funktionelle Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite im Vordergrund.

Besonders eindrücklich lassen sich diese Wettbewerbskräfte anhand der Reaktion auf eine Preiserhöhung simulieren.⁷³¹ Dabei stellt sich die Frage, ob diese profitabel durchgeführt werden kann.⁷³² Hierzu wird ermittelt, ob bei einer kleinen, aber spürbaren dauerhaften Erhöhung des Preises der Kunde zu einem Alternativprodukt wechselt.⁷³³ Dies wird mithilfe des „hypothetischen Monopolistentests“ simuliert, der sinnbildlich für seine Funktionsweise als SSNIP-Test⁷³⁴ abgekürzt wird. Im Rahmen des soge-

729 Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung, namentlich BGH, Urt. v. 8.10.2019, Az. KZR 73/17, NJW 2020, S. 64, 66 f., Rn. 23; BGH, Urt. v. 30.3.2011, Az. KZR 6/09, GRUR 2011, S. 943, 944, Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2009, Az. VI-Kart 14/08 (V), Rn. 37 (zit. nach juris).

730 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (Bekanntmachung 97/C 372/03), Abl. C 372/5 v. 9.12.1997 über die Marktdefinition, Rn. 7; Mitteilung der Kommission über die Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Mitteilung 2018/C 159/01), Abl. C 159/1 v. 7.5.2018, Rn. 33.

731 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 17.

732 *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, S. 106.

733 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 17.

734 SSNIP steht für „small but significant non transitory increase of price“, also eine kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung.

nannten „Bedarfsmarktkonzeptes“⁷³⁵ steht zwar die funktionale Austauschbarkeit im Vordergrund, wird jedoch durch weitere Aspekte im Rahmen der Untersuchung ergänzt.⁷³⁶ Die Substituierbarkeit des Angebotes wird bei einer vergleichbaren Auswirkung berücksichtigt.⁷³⁷ Von ihr ist auszugehen, wenn alternative Anbieter ihr Angebot in Reaktion auf die Preiserhöhung kurzfristig umstellen und auf dem Markt aktiv werden können.⁷³⁸ Eine Berücksichtigung scheidet in solchen Fällen aus, in denen eine Angebotsumstellung zwar theoretisch möglich ist, jedoch an hohe Investitionsvolumina gekoppelt wäre oder einen größeren Zeitraum in Anspruch nähme.⁷³⁹ Der potentielle Wettbewerb spielt im Rahmen der sachlichen Markt- abgrenzung regelmäßig keine Rolle, sondern wird vielmehr im Rahmen der nachgeordneten Prüfung der Auswirkungen der Kooperation auf den Wettbewerb in die Prüfung einbezogen.⁷⁴⁰ Für die Untersuchung der Auswirkungen schreibt die Kommission keine spezifische empirische Methodik vor.⁷⁴¹

2. Räumliche Markt- abgrenzung

Bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes ist zu untersuchen, über welchen geographischen Bereich sich der spezifische Markt erstreckt.⁷⁴² Nach Definition der Kommission, die auch die Rechtsprechung, die Beschlusspraxis der Behörden und die Literatur zu Grunde legen, erstreckt sich der räumlich relevante Markt über „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbs-

735 Grundlegend zum Bedarfsmarktkonzept statt vieler *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, S. 185 ff.

736 Umfangreiche Vorgaben enthält hierzu die Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 36 ff.

737 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 20.

738 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 20.

739 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 23.

740 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 24.

741 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 25 ff.; einen Überblick über empirische Untersuchungsmethoden bieten etwa *Peeperkorn/Verouden*, in: Faull/Nikpay (Hrsg.), *The EU law of competition*, S. 3, 43 ff.

742 Mitteilung 2018/C 159/01, Rn. 46.

bedingungen unterscheidet.⁷⁴³ Als Abgrenzungskriterien fungieren wiederum die Wettbewerbskräfte der Substituierbarkeit von Angebot und Nachfrage sowie des potentiellen Wettbewerbs, die bereits dargestellt worden sind (C. II. 2.).⁷⁴⁴

3. Möglichkeit der divergierenden Marktabgrenzung durch unterschiedliche Behörden

Die Marktabgrenzung findet mithin im gesamten Wettbewerbsrecht auf Basis derselben Kriterien statt. Dabei kommen die Behörden und Gerichte jedoch nicht zwangsläufig zu denselben Ergebnissen. Die Kommission ist bestrebt, eine weitgehend einheitliche Spruchpraxis der Wettbewerbsbehörden sicherzustellen. Hierzu hat sie Bekanntmachungen, Leitlinien und Kriterien erlassen. So sollen die Behörden, „wenn sie ähnliche Fälle unter ähnlichen Umständen mit den gleichen übergeordneten Zielen untersuchen [, ...] grundsätzlich zu ähnlichen Schlussfolgerungen kommen.“⁷⁴⁵

Bei diesen Regelungen handelt es sich um sogenanntes „soft law“,⁷⁴⁶ das keine verbindliche Rechtsnorm, aber auch nicht ohne Bedeutung ist.⁷⁴⁷ Die Leitlinien stellen nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte „eine Verhaltensnorm dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind.“⁷⁴⁸ Sie stellen faktisch ein Kompendium des

743 Bekanntmachung 97/C 372/03, Rn. 8; *Stumpf*, Die Abgrenzung subnationaler Märkte als regulatorischer Ansatz, S. 5.

744 Mitteilung 2018/C 159/01, Rn. 47.

745 Mitteilung 2018/C 159/01, Rn. 10.

746 Weiterführend zum Begriff des „soft law“ statt vieler *Kübling*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, § 4, Rn. 89; *Müller-Graff*, EuR 2012, S. 18, 18 ff.; umfassend zur Funktion des „soft law“ im Telekommunikationsrecht *Bulowski*, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, S. 224 ff.

747 Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH, besonders eindrücklich EuGH, Urt. v. 18.3.2010, verb. Rs. C-317/08, C-319/08 und C-320/08 (Alassini u. a.), ECLI:EU:C:2010:146, Rn. 40; EuGH, Urt. v. 24.8.2008, Rs. C-55/06 (Arcor/Deutschland), ECLI:EU:C:2008:244, Rn. 94; *Schwarze*, EuR 2011, S. 3, 5; *von Graevenitz*, EuZW 2013, S. 169; *von Graevenitz*, ZRP 2019, S. 75, 76.

748 EuG, Urt. v. 8.10.2008, Rs. T-73/04 (Carbone-Lorraine/Kommission), ECLI:EU:T:2008: 416, Rn. 70; mit einer vergleichbaren Aussage auch EuGH, Urt. v. 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und

unionalen Wettbewerbsrechts dar.⁷⁴⁹ Mit der Verwaltung in diesem Sinne ist die Kommission gemeint. Nun sind jedoch, korrespondierend mit dem normativen Anwendungsbereich, im Zusammenhang mit Kooperationen zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus zumeist die nationalen Behörden, also die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt, zuständig.

Die Bundesnetzagentur ist dazu verpflichtet, im Rahmen der Marktdefinition die Marktanalyseleitlinien gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 TKG weitestgehend zu berücksichtigen. Dabei stellt Art. 15 Abs. 3 S. 1 RRL, auf dem die nationalen Vorgaben derzeit beruhen, klar, dass die nationalen Gegebenheiten bei der Marktanalyse zu berücksichtigen sind. Diese Berücksichtigungspflicht wird durch Art. 64 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK beibehalten und wird sich mithin auch im Rahmen der erforderlichen TKG-Novelle nicht ändern.⁷⁵⁰ Diese faktische Bindungswirkung wird dadurch verstärkt, dass für die Marktdefinition gemäß § 12 Abs. 2 TKG ein unionales Konsultations- und Konsolidierungsverfahren durchgeführt werden muss. Dabei spielt insbesondere die Märkteempfehlung⁷⁵¹ eine herausragende Rolle, in der die Kommission in Anhang I festlegt, welche sachlich relevanten Produktmärkte existieren. Weicht die Bundesnetzagentur von der Märkteempfehlung ab, resultiert hieraus gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 TKG ein Vetorecht der Kommission. Das nationale Recht erklärt die Marktanalyseleitlinien und die Märkteempfehlung damit zwar nicht explizit für verbindlich, allerdings wird eine faktische Verbindlichkeit durch die Hintertür konstruiert.⁷⁵² An diesen Grundstrukturen werden im künftigen nationalen

C-213/02 P (Dansk Rørindustri u. a./Kommission), ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 209; EuGH, Urt. v. 15.1.2002, Rs. C-171/00 P (Libéros/Kommission), ECLI:EU:C:2002:17, Rn. 35; weiterführend hierzu *Schwarze*, EuR 2011, S. 3, 8.

749 So auch BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 67.

750 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

751 Empfehlung der Kommission v. 9.10.2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2014/710/EU), Abl. L 295/79 v. 11.10.2014.

752 Zur systematischen und verfassungsrechtlichen Problematik eines solchen Vorgehens *Thomas*, EuR 2009, S. 423, 432 f.

Rechtsrahmen keine Veränderungen vorgenommen.⁷⁵³ Das GWB enthält hingegen keine vergleichbare Regelungssystematik. *Torsten Körber* konstatiert jedoch auch hier „eine erhebliche faktische Autorität sowie eine Leitbildfunktion“ der Kommission.⁷⁵⁴ Dies schließt jedoch unterschiedliche Marktabgrenzungen hinsichtlich vergleichbarer Produkte durch das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur nicht aus. Eine solche Abweichung ist insbesondere bei der räumlichen Marktabgrenzung hinsichtlich der tangierten Märkte im kooperativen Glasfaserausbau zu beobachten (C. II. 2.).

Solange die Abweichungen lediglich in Detailfragen bestehen, ist dies im Ergebnis ohne Belang. Die Behörden sind voneinander unabhängig und sollten die Möglichkeit haben, abweichende Entscheidungen zu treffen. Problematisch wäre es hingegen, wenn die Marktabgrenzungen eklatant voneinander abwichen. Eine solche Entwicklung trüge zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei und würde die Investitionsbedingungen verschlechtern. Durch die umfassend institutionalisierte gegenseitige Konsultation von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur in Querschnittsmaterien wird diese Gefahr jedoch ausreichend adressiert, sodass im Ergebnis kein weitergehender Handlungsbedarf besteht.

4. Fazit

Im Ergebnis führen die unionalen und die nationalen Wettbewerbsbehörden die Marktabgrenzung in sachlicher und räumlicher Hinsicht auf Basis derselben Kriterien durch. Dies bringt eine umfassende Rechtssicherheit mit sich. Die Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur ist durch das Unionsrecht weitgehend determiniert. Zwar orientiert sich die nationale kartellrechtliche Beschlusspraxis auch an den Vorgaben des Unionsrechts, der Determinierungsgrad ist jedoch nicht so hoch. Deswegen können die Marktabgrenzungen von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt trotz der einheitlichen Methodik und der unionsrechtlichen Determinierung voneinander abweichen. Dies betrifft regelmäßig lediglich Detailfragen.

753 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

754 *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1, Einleitung FKVO, Rn. 77.

Umfassenden Abweichungen wird durch gegenseitige Konsultationen in Querschnittsmaterien effektiv begegnet.

II. Breitbandinternetzugangs- und Endkundenmärkte des Telekommunikationssektors

Die Wertschöpfung im Telekommunikationssektor kann grob in die Erbringung von Vorleistungen und die Erbringung von Endkundendiensten untergliedert werden (Kapitel 4, A. I. 1.). In sachlicher Hinsicht grenzen die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt die Vorleistungs- und Endkundenmärkte für den Breitbandinternetzugang (bis auf Detailfragen) einheitlich ab (dazu 1.). Während die Bundesnetzagentur jedoch räumlich von einem deutschlandweiten Markt ausgeht, nahm das Bundeskartellamt im Rahmen der Fusionskontrolle zur Gründung der Glasfaser Nordwest eine regionale Marktabgrenzung vor (dazu 2.). Fraglich ist, ob eine solche Regionalisierung auch für die regulatorische Spruchpraxis sinnvoll wäre.

1. Sachliche Marktabgrenzung

Bei der sachlichen Abgrenzung der Breitbandinternetzugangsmärkte ist zwischen den Endkunden- (dazu a.) und den Vorleistungsmärkten zu differenzieren. Diese sind wiederum in den lokalen (dazu b.) und den zentralen (dazu c.) Vorleistungsmarkt für den Teilnehmeranschluss zu untergliedern. Aufgrund der umfassenden Parallelen zwischen den sachlichen Marktabgrenzungen von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt sollen die Grundzüge der sachlichen Marktabgrenzung, die für das Verständnis der Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung erforderlich sind, für beide einheitlich dargelegt werden.

a) Endkundenmarkt für festnetzbasierter Internetzugang

Der Endkundenmarkt für den festnetzbasierter Internetzugang wird von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt technologieunabhängig und unabhängig von der Übertragungskapazität abgegrenzt. Derzeit ist eine Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2015 in Kraft. Im Jahr 2019 wurde ein Konsultationsverfahren für eine aktualisierte Marktabgrenzung

zung und -analyse durchgeführt.⁷⁵⁵ Derzeit findet ein Notifizierungsverfahren durch die Kommission statt.⁷⁵⁶ Die neue Marktabgrenzung entfaltet erst dann ihre Bindungswirkung, wenn das Marktregulierungsverfahren vollständig abgeschlossen ist. Aus diesem Grund soll die folgende Analyse anhand der Marktabgrenzung aus dem Jahr 2015 und des Konsultationsdokuments aus dem Jahr 2019 erfolgen. Das Bundeskartellamt bezeichnet den Markt in seiner Entscheidung zur Gründung der Glasfaser Nordwest als „Massenmarkt für den festnetzbasierten Internetzugang“.⁷⁵⁷

Aus Endkundensicht ist es unerheblich, ob die Teilnehmeranschlussleitung aus Kupfer- oder aus Glasfaser besteht.⁷⁵⁸ Dies gilt sowohl für Unternehmen als auch für Privatkunden.⁷⁵⁹ Derzeit kann der Bedarf des durchschnittlichen Nachfragers mithilfe beider Technologien befriedigt werden (Kapitel 2, C. I. 3.).⁷⁶⁰ Des Weiteren findet keine Subdifferenzierung im Hinblick auf Anschlusstechnologie, Bandbreite oder Bündelprodukte statt.⁷⁶¹ Aus diesem Grund werden beide Technologien demselben sachlichen Markt zugeordnet.⁷⁶² Dies gilt jedoch nicht für die Realisierung des Anschlusses einzelner Teilnehmer mithilfe von Kabelnetzen⁷⁶³ oder auch nicht festnetzbasierende Möglichkeiten des Teilnehmeranschlusses.⁷⁶⁴ Hier sind die Übertragungstechnologien aus Sicht der Nachfrager, aufgrund ihrer technischen Spezifika nicht austauschbar. Die Bundesnetzagentur orientiert sich bei der Marktabgrenzung für die Vorleistungsmärkte an der

755 BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001; umfassend hierzu Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), Rn. 71 ff.

756 Der aktuelle Verfahrensstand ist abrufbar unter: https://circabc.europa.eu/ui/group/2328c58f-1fed-4402-a6cc-0f0237699dc3/library/a9ce6dbc-6dad-413d-ad5f-8b0fadf3a537?p=1&n=10&sort=modified_DESC (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

757 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 118.

758 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 95.

759 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 122; BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 55 f.

760 BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 74.

761 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 125; BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 63 ff.

762 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 81 ff.; BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 72 ff.; Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), Rn. 72 f.; *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, S. 63.

763 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 99 ff.; BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 75 ff.

764 BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 78 ff.

Nachfrage auf der Endkundenebene. Die Marktabgrenzung hat demnach nur einen mittelbaren Zweck. Der Endkundenmarkt wird jedoch nicht reguliert. Endkundenmärkte sollen nämlich gemäß Nr. 2 der Märkteempfehlung 2014 nur dann reguliert werden, wenn „beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Zutrittsschranken“ (lit. a) bestehen, die Marktstruktur durch Zutrittsschranken geprägt ist, die dazu beitragen, dass langfristig kein Wettbewerb bestehen wird (lit. b), und das Wettbewerbsrecht allein nicht ausreicht, „um dem festgestellten Marktversagen angemessen entgegenzuwirken“ (lit. c). Für die Endkundenmärkte wird davon ausgegangen, dass das letztgenannte Kriterium nicht erfüllt ist. Das Kartellrecht, das auf den Vorleistungsmärkten als nicht hinreichend suffizient angesehen wird, wird im Hinblick auf die Endkundenmärkte für ausreichend erachtet. Dies kann aufgrund der umfassenden wettbewerblichen Durchdringung des Endkundenmarktes überzeugen. Hierzu tragen insbesondere die Zugangsverpflichtungen bei, die eine Tätigkeit auf dem Endkundenmarkt, auch ohne eigene Infrastruktur ermöglichen.

b) Markt für den lokal bereitgestellten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung

Auf der Vorleistungsebene werden ebenfalls die Anschlusstechnologien Kupfer und Glasfaser demselben Markt zugeordnet. Hinzu treten virtuelle Ersatzprodukte, die insbesondere für die Übertragungstechnologie Vectoring von Bedeutung sind (Kapitel 3, B. III.).⁷⁶⁵ Aufgrund des verstärkten indirekten Wettbewerbsdrucks ist im Konsultationsentwurf der Märkteempfehlung der Bundesnetzagentur eine Erweiterung des Marktes 3a, der den lokal bereitgestellten Teilnehmeranschluss erfasst, um virtuell entbundelte Kabelanschlüsse geplant.⁷⁶⁶ Die Zuordnung der Anschlusstechnologien Glasfaser und Kupfer in den sachlich einheitlichen Markt ist zwar aktuell möglich, muss allerdings fortlaufend überprüft werden. Je höher der Bandbreitenbedarf in Zukunft steigt und je weniger die Bedürfnisse mithilfe eines Teilnehmeranschlusses aus Kupfer befriedigt werden können, desto eher ist von zwei separaten sachlichen Märkten für die unterschiedli-

765 Hierzu im Ergebnis BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 162; BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 193 f.

766 BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 149 ff.

chen Anschlusstechnologien auszugehen.⁷⁶⁷ Derzeit findet jedoch noch keine bandbreitenbezogene Abgrenzung von Sub-Märkten statt.⁷⁶⁸ Diesbezüglich ist eine kontinuierliche Überprüfung der Nachfrage und der Zahlungsbereitschaft der Endkunden erforderlich,⁷⁶⁹ die sich an der Regulierungsperiode orientieren kann. Danach ist gemäß Art. 67 Abs. 5 lit. a EKEK in der Regel alle fünf Jahre eine Marktanalyse vorzunehmen.

c) Markt für den zentral bereitgestellten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung

Dem zentralen Zugangsmarkt zur physischen Teilnehmeranschlussleitung sind die unterschiedlichen Bitstromzugangsprodukte zuzuordnen.⁷⁷⁰ Hierbei handelt es sich um Vorleistungsprodukte, die eine geringere eigene Infrastruktur voraussetzen als eine eigene lokale Teilnehmeranschlussleitung. Die Unternehmen müssen nicht jeden einzelnen Endkunden, sondern lediglich die Zugangspunkte erschließen. Eine differenzierte Unterscheidung zwischen Layer-2- und Layer-3-Bitstromzugang ist an dieser Stelle erforderlich, um die nachfolgenden Unterschiede bei der räumlichen Abgrenzung der Submärkte zu verstehen.

Die beiden Bitstromzugangsprodukte unterscheiden sich insbesondere durch den Übergabepunkt des Datenverkehrs und die Spezifika des vom Kunden begehrten Produktes.⁷⁷¹ Der Layer-2-Bitstromzugang ist dadurch geprägt, dass die Übergabe bereits im Konzentratornetz des Unternehmens erfolgt, das den Zugang gewährt. Hierdurch rückt der Zugang in die Nähe des Endkunden, was den Aufbau einer umfassenden eigenen Infrastruktur durch den Zugangspetenten erfordert. Dieser muss die etwa 900 Zugangspunkte mit eigener Infrastruktur erschließen, um in ganz Deutschland Endkundenprodukte anbieten zu können.⁷⁷² Er begehrt zudem ein Produkt, das durch eine hohe Qualität und eine geringe Beschaltung im Sinne einer rudimentären Vorkonfiguration geprägt ist. Das Bundeskartellamt

767 So im Ergebnis auch Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), Rn. 102.

768 BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 87 ff.

769 Zur aktuellen Datenlage bereits Kapitel 2, C. II. 2.

770 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 104 ff., 118.

771 Einen guten Überblick hierzu bei BNetzA, Beschl. v. 9.7.2015, Az. BK 1–14–00, S. 98, Abb. 10; *Kühling/Schall/Biendl*, Telekommunikationsrecht, Rn. 205, Abbildung 27.

772 BNetzA, Beschl. v. 9.7.2015, Az. BK 1–14–00, S. 97.

rechnet den Layer-2-Bitstromzugang dem Vorleistungsmarkt für den lokalen Breitbandzugangsmarkt zu.⁷⁷³ Dies wird auf eine gegenseitige Substituierbarkeit mit den anderen Formen des lokalen Teilnehmeranschlusses begründet, die sich auf die hohe Anzahl der zu erschließenden Zugangspunkte zurückführen lässt. Die Bundesnetzagentur hingegen zählt den Layer-2-Bitstromzugang weiterhin zum zentral bereitgestellten Teilnehmeranschlussmarkt. Für die weitergehende Untersuchung in diesem Abschnitt kann es letztlich offenbleiben, ob eine Zuordnung zum lokalen oder zentralen Teilnehmeranschlussmarkt erfolgt. Es ist letztlich nur erheblich, dass sich der Layer-2-Bitstromzugang erheblich von seinem Pendant unterscheidet.

Beim Layer-3-Bitstromzugang erfolgt die Übergabe nämlich erst im IP-Kernnetz, sodass der Zugangspetent über weniger eigene Infrastruktur verfügen muss.⁷⁷⁴ Er muss lediglich 73 Übergabepunkte erschließen.⁷⁷⁵ Die Infrastruktur ist umfassend vorkonfiguriert, sodass eine individuelle Konfiguration seltener möglich ist. Die Qualitätsanforderungen des Petenten sind geringer, da der Layer-3-Bitstromzugang vornehmlich zur Erbringung von Massenprodukten genutzt wird. Entscheidend ist, dass sowohl das Bundeskartellamt als auch die Bundesnetzagentur davon ausgehen, dass sich Layer-2- und Layer-3-Bitstromzugang voneinander unterscheiden und eine sachliche Differenzierung erforderlich ist.

2. Räumliche Marktabgrenzung

Während die zuständigen Wettbewerbsbehörden die Märkte (bis auf Detailfragen) sachlich identisch abgrenzen, weichen sie in deren räumlichen Abgrenzung erheblich voneinander ab. Dies soll anhand der Entscheidungen der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur zur Abgrenzung der Anschlussmärkte und der Entscheidungen des Bundeskartellamts im Rahmen der Gründung der Glasfaser Nordwest beurteilt werden. So grenzt die Bundesnetzagentur die Zugangsmärkte in der Regel national ab (dazu a.), während das Bundeskartellamt die räumlich relevanten Märkte regional

773 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 192 ff.

774 Zu der Frage der Zuordnung von HFC-Infrastrukturen zum zentralen Teilnehmeranschlussmarkt BNetzA, Beschl. v. 9.7.2015, Az. BK 1–14–00, S. 101 ff.; weiterführend hierzu *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, S. 64 f.

775 BNetzA, Beschl. v. 9.7.2015, Az. BK 1–14–00, S. 99.

auf das Kooperationsgebiet beschränkt (dazu b.). Dabei ist insbesondere darauf einzugehen, ob auch die Bundesnetzagentur ihre Marktabgrenzung stärker regional ausrichten sollte, um die Auswirkungen eines Kooperationsvorhabens auf den Wettbewerb besser bewerten zu können (dazu c.).

a) Beschlusspraxis der Bundesnetzagentur zur räumlichen Abgrenzung der Anschlussmärkte

Im Rahmen der räumlichen Abgrenzung der Anschlussmärkte ist die Bundesnetzagentur damit konfrontiert, dass der Bedarf an einem Teilnehmeranschluss außerhalb eines bestimmten, räumlich sehr eng gefassten Gebietes nicht alternativ befriedigt werden kann. Es liegt eine sehr starke lokale Bindung vor. Soll ein bestimmter Endkunde erreicht werden, ist dies im lokalen Teilnehmeranschlussmarkt nur über die spezifische Teilnehmeranschlussleitung und im zentralen Teilnehmeranschlussmarkt nur über den jeweiligen Zugangspunkt möglich.⁷⁷⁶ Es kann nicht auf einen alternativen Standort zurückgegriffen werden. Das Bedarfsmarktkonzept stößt in dieser Hinsicht an seine Grenzen.⁷⁷⁷ Bei seiner konsequenten Anwendung müsste jeder Teilnehmeranschluss beziehungsweise Zugangspunkt als einzelner Markt abgegrenzt werden. Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Auswirkungen einer Kooperation auf den Wettbewerb nicht mehr eindeutig beurteilt werden könnten.⁷⁷⁸ Eine starke Segmentierung wäre im Ergebnis unübersichtlich.

Aus diesem Grund wird auf Basis alternativer Konzepte untersucht,⁷⁷⁹ in welchen Gebieten die Wettbewerbsverhältnisse hinreichend homogen sind.⁷⁸⁰ Für den lokalen Zugangsmarkt geht die Bundesnetzagentur von einem bundesweit einheitlichen Markt aus. Dies begründet sie damit, dass die Deutsche Telekom der einzige Anbieter mit einer flächendeckenden Infrastruktur lokaler Teilnehmeranschlüsse sei⁷⁸¹ und eine bundesweit einheitliche Preispolitik verfolge.⁷⁸² Zwar setzt sich die Bundesnetzagentur

776 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 124.

777 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 124.

778 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 124.

779 Ausführlich zum Untersuchungsansatz der BNetzA Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), Rn. 82 ff.

780 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 124.

781 BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 191.

782 BNetzA, Beschl. v. 27.8.2015, Az. BK 1–12/003, S. 124 ff.; BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 187 ff.

auch in der neuen Märktedefinition aus dem Jahr 2019 umfassend mit Möglichkeiten zur Bildung regionaler Cluster auseinander, nimmt hiervon im Ergebnis jedoch Abstand.⁷⁸³ Im zentralen Zugangsmarkt differenziert die Bundesnetzagentur zwischen den beiden Submärkten für den Layer-2- und den Layer-3-Bitstromzugang (C. II. 1. b.). In beiden Fällen setzt sich die Bundesnetzagentur intensiv mit der Frage auseinander, ob regionale Teilmärkte sinnvoll voneinander abgegrenzt werden können. Für den Layer-2-Bitstromzugang verneint sie dies aufgrund der homogenen Wettbewerbsverhältnisse im gesamten Bundesgebiet. Dabei stellt die Bundesnetzagentur dar, dass zwar in 20 Städten ein erhöhter Wettbewerbsdruck von lokal tätigen Infrastrukturausbauunternehmen ausgehe; dieser führe allerdings nicht zu einer solch erheblichen Heterogenität der Wettbewerbsbedingungen, dass die Märkte für den Layer-2-Bitstromzugang regional differenziert abgegrenzt werden müssten.⁷⁸⁴ Anders sei es im Layer-3-Bitstromzugangsmarkt. Dort sei von einem bundesweit einheitlichen Markt auszugehen, von dem jedoch die 20 Kommunen⁷⁸⁵ mit alternativen Netzbetreibern als sub-nationale Teilmärkte ausgenommen seien. In diesen sei der Wettbewerbsdruck so groß und eine hinreichende regionale Preisdifferenzierung festzustellen, dass regionale Märkte abgegrenzt werden könnten.⁷⁸⁶

Grundsätzlich werden die Märkte also national abgegrenzt. Eine regionale Marktabgrenzung erfolgt nur dort, wo die Deutsche Telekom mit einem erheblichen Wettbewerbsdruck konfrontiert wird. Aus juristischer Sicht lässt sich demnach festhalten, dass eine sub-nationale Marktabgrenzung im geltenden Rechtsrahmen möglich ist und bei erheblich divergierenden Wettbewerbsverhältnissen auch vorgenommen wird.

783 BNetzA, Konsultationsentwurf Markt 3a, Az. BK 1–19/001, S. 178 ff.

784 BNetzA, Beschl. v. 9.7.2015, Az. BK 1–14–00, S. 119 ff.; weiterführend zum sogenannten Patchwork-Szenario *Fetzer*, in: Spiecker genannt Döhmann/Krämer (Hrsg.), *Network Neutrality and Open Access*, S. 177, 187; *Körber*, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, S. 1043, 1051 f.

785 Hierbei handelt es sich um Bochum, Bottrop, Bremerhaven, Flensburg, Gelsenkirchen, Gladbeck, Herne, Karlsruhe, Kiel, Köln, Leipzig, Leverkusen, Mannheim, Osnabrück, Pforzheim, Recklinghausen, Reutlingen, Troisdorf, Tübingen und Zwickau; BNetzA, Beschl. v. 9.7.2015, Az. BK 1–14–00, S. 127, Übersicht 1.

786 BNetzA, Beschl. v. 9.7.2015, Az. BK 1–14–00, S. 127 ff.

b) Beschlusspraxis des Bundeskartellamts zur räumlichen Abgrenzung der Anschlussmärkte

Das Bundeskartellamt hingegen begrenzt die Anschlussmärkte in ihren Entscheidungen zur Gründung der Glasfaser Nordwest räumlich auf das Kooperationsgebiet.⁷⁸⁷ Für den lokalen Zugangsmarkt wird von der Bundesnetzagentur erwogen, ob jeder Teilnehmeranschluss einen separaten Markt darstellt (C. II. 2. b.). Hiervon nimmt das Bundeskartellamt jedoch mit dem Argument Abstand, dass dies zu einer „Atomisierung“ der Märkte führe und die Auswirkungen des Kooperationsvorhabens in seiner Gesamtheit nicht mehr realistisch dargestellt werden könnten.⁷⁸⁸ Auch das Bundeskartellamt nutzt das Kriterium der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen, um den räumlich relevanten Markt abzugrenzen. Außerhalb des Kooperationsgebietes bestehen im Fall der Glasfaser Nordwest allein mangels einer Marktpräsenz der EWE unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen. Demnach sei es legitim, den Markt regional abzugrenzen und räumlich auf das Kooperationsgebiet zu beschränken.⁷⁸⁹

c) Abgrenzung regionaler Teilmärkte oder Auferlegung regional differenzierter Abhilfemaßnahmen auch im Regulierungsrecht?

Auch im Regulierungsrecht könnte es sinnvoll sein, die Märkte räumlich auf das Kooperationsgebiet zu begrenzen, um die Auswirkungen des Kooperationsvorhabens auf den Wettbewerb besser bewerten zu können. Hierzu besteht die Möglichkeit, einen regionalen Teilmarkt für das Kooperationsgebiet abzugrenzen (dazu aa.). Alternativ besteht die Möglichkeit regional differenzierte, regulatorische Verpflichtungen aufzuerlegen (dazu bb.). Aus Gründen der Übersichtlichkeit soll diese Option bereits an dieser Stelle beleuchtet werden.

787 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 215; in der Entscheidung des BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, werden die Märkte identisch abgegrenzt, sodass auf einen Nachweis verzichtet werden kann.

788 Grundlegend hierzu BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 152 ff., 215.

789 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 214.

aa) Begrenzung des räumlich-relevanten Marktes auf das Kooperationsgebiet

Die Abgrenzung subnationaler Märkte wird in der Literatur kritisch diskutiert. Gegen sie wurde in der Frühphase der Entwicklung neuer Netze hervorgebracht, dass sie den bürokratischen Aufwand für die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsbehörde erheblich erhöhe und letztlich ineffizient sei.⁷⁹⁰ Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Bundesnetzagentur im Energiebereich hunderte kleinteilige Märkte beobachtet.⁷⁹¹ Expertise im Umgang mit einer Vielzahl von Marktabgrenzungen ist in der Behörde mithin vorhanden. Auch einer regional differenzierten regulatorischen Gebietsabgrenzung könnte mit vertretbarem bürokratischem Mehraufwand begegnet werden. Mithilfe der behördenintern bereits verfügbaren Erfahrung könnte sie dann effizient umgesetzt werden.

Für die Abgrenzung regional differenzierter Gebiete lässt sich das Regulierungsziel des § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG anführen, das eine regional differenzierte Beobachtung des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor erfordert.⁷⁹² Diese Vorgabe soll insoweit unverändert auch im künftigen nationalen Rechtsrahmen existieren.⁷⁹³ Die Bundesnetzagentur setzt sich im aktuellen Konsultationsentwurf für den lokalen Teilnehmeranschlussmarkt zwar mit diesem Regulierungsziel auseinander, nimmt jedoch von einer regionalen Marktabgrenzung weiterhin Abstand.⁷⁹⁴

Subnationale Teilmärkte werden im Layer-3-Bitstrommarkt derzeit für solche Regionen abgegrenzt, in denen die Deutsche Telekom von alternativen Infrastrukturanbietern unter erheblichen Wettbewerbsdruck gesetzt wird (C. II. 2. a.).⁷⁹⁵ Dieser manifestiert sich insbesondere in den Preisen,

790 Hierzu im Rahmen der damaligen Diskussion *Berger-Kögler*, MMR 2008, Heft 9, S. VI, VIII; *Berger-Kögler*, MMR 2010, S. 303 ff.; *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, in: *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz* (Hrsg.), *Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation*, S. 293, 304; mit dem Hinweis, dass der regulatorische Aufwand auch die Unternehmen betreffe, *Neumann*, *Regionalisierung der Regulierung*, S. 50; *Ufer*, N&R 2008, S. 173, 176 f.

791 *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, in: *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz* (Hrsg.), *Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation*, S. 293, 304.

792 Weiterführend hierzu *Götz/Zenhäusern*, *Wirtschaftsdienst* 2013, S. 260, 263.

793 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

794 BNetzA, *Konsultationsentwurf Markt 3a*, Az. BK 1–19/001, S. 198.

795 ERG, *Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis*, S. 9.

die für bestimmte Leistungen erhoben werden, und den Charakteristika der angebotenen Produkte.⁷⁹⁶ Aus auffälligen regionalen Abweichungen kann ein Wettbewerbsdruck und damit das Erfordernis einer subnationalen Marktabgrenzung gefolgert werden (C. II. 2. a.).

Beim Umgang mit kooperativen Ausbauvorhaben zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus stellt sich jedoch die Situation gegenteilig dar. Zu untersuchen ist, ob sich in den betreffenden Gebieten der Wettbewerbsdruck signifikant reduziert.⁷⁹⁷ Während die Erhöhung des Wettbewerbsdrucks anhand der Preissetzungspolitik und abweichender Produktspezifika untersucht werden kann (C. II. 2. a.), sind diese Kriterien nur von eingeschränkter Aussagekraft für die Untersuchung eines gesunkenen Wettbewerbsdrucks. Gegebenenfalls ließe sich feststellen, dass im Kooperationsgebiet aufgrund des zuvor existierenden Wettbewerbsdrucks differenzierte Preise oder Produktspezifika wieder zurückgenommen werden. Eine solche Tendenz ist in Gebieten mit geringem Wettbewerbsdruck derzeit insgesamt nicht zu beobachten. Sie wird sich deswegen wohl auch nicht in solchen Konstellationen zeigen, in denen der verminderte Wettbewerbsdruck auf Kooperationsvorhaben zurückzuführen ist. Aus diesem Grund ist ein Rückgriff auf andere ökonomische Abgrenzungskriterien erforderlich. Hierzu zählen etwa die Marktzutrittsschranken und die Anzahl der Anbieter sowie ihre Marktanteile, auf deren Basis die Wettbewerbskräfte im Kooperationsgebiet überprüft werden können.⁷⁹⁸ Um eine regionale Marktabgrenzung zu ermöglichen, muss sich das betreffende Gebiet von angrenzenden Regionen unterscheiden, sinnvoll mit dem Erschließungsradius der Infrastruktur in Einklang zu bringen sein und weniger als das gesamte Bundesgebiet erfassen.⁷⁹⁹ Die Homogenität der Wettbewerbsbedin-

796 Weiterführend hierzu ERG, Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis, S. 9 ff.

797 Weiterführend hierzu *Heuermann/Meinen/Ekango u.a.*, Konzepte zur Förderung von Breitbandinvestitionen im internationalen Vergleich, S. 25; *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, in: *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz* (Hrsg.), *Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation*, S. 293, 316 ff.

798 *Berger-Kögler*, MMR 2008, Heft 9, S. VI, VII; komplex ist die Abgrenzung der regionalen Gebiete zur Beobachtung der Wettbewerbskräfte hingegen ohne die Existenz eines klar abgegrenzten Kooperationsgebietes, weiterführend hierzu ERG, Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis, S. 10.

799 ERG, Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis, S. 10 f.; ausführlich hierzu *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, in: *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz* (Hrsg.), *Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation*, S. 293, 314 f.

gungen in diesem Gebiet kann auf Basis der Marktanalyseleitlinien bewertet werden.⁸⁰⁰

Exemplifizieren lassen sich die vorgenannten abstrakten Aussagen am Beispiel der Glasfaser Nordwest. Dort kooperieren mit der Deutschen Telekom und der EWE zwei Unternehmen, die im Kooperationsgebiet bislang direkte Wettbewerber im Infrastrukturausbau waren. Die EWE verfügte über eine umfassende Infrastrukturabdeckung⁸⁰¹ und übte einen nicht unerheblichen Wettbewerbsdruck auf die Deutsche Telekom aus, auch wenn dieser bislang nicht für die Abgrenzung eines räumlichen Marktes im Kooperationsgebiet ausreichte. Durch die Bündelung der Aktivitäten zum Glasfaserausbau in der Glasfaser Nordwest reduzieren die beiden Unternehmen den bisherigen gegenseitigen Wettbewerbsdruck. Das Kooperationsgebiet ist klar definiert und abgegrenzt. Es deckt sich mit dem Gebiet, in dem die EWE und die Deutsche Telekom im Vorfeld miteinander in Konkurrenz standen. Außerhalb des Kooperationsgebietes sind keine Aktivitäten der EWE zu verzeichnen.⁸⁰² Demnach wäre eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes im Einklang mit dem Kooperationsgebiet überzeugend.

Für große, besonders wettbewerbssensitive Kooperationsprojekte bietet sich in Zukunft eine subnationale Marktangrenzung an. Auf diese Weise können die Auswirkungen eines Kooperationsvorhabens auf den Wettbewerb auch aus regulatorischer Sicht effektiver bewertet werden.⁸⁰³ Auf dem nationalen Breitbandinternetzugangsmarkt wird ein regional ausgerichtetes Kooperationsvorhaben den Wettbewerb wohl nicht spürbar beeinträchtigen, während dies lokal anders aussehen kann. Mit einer regionalen Beobachtung der Auswirkungen könnte die Bundesnetzagentur punktgenaue und effektive Einzelfallentscheidungen treffen.

bb) Möglichkeit der Auferlegung regional differenzierter regulatorischer Verpflichtungen

Alternativ oder gar zusätzlich hierzu können regulatorische Verpflichtungen regional differenziert auferlegt werden. Diesen Schritt haben verschie-

800 ERG, Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis, S. 13 ff.

801 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 40 f.

802 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 214.

803 *Heuermann/Meinen/Ekango u.a.*, Konzepte zur Förderung von Breitbandinvestitionen im internationalen Vergleich, S. 22.

dene Mitgliedstaaten der Europäischen Union bereits gewagt.⁸⁰⁴ Auf diese Weise könnte eine regional angepasste Zugangs- oder Entgeltregulierung erfolgen. Dies ist deswegen erforderlich, weil eine Zugangsregulierung stets im Zusammenhang mit der korrespondierenden Entgeltregulierung diskutiert werden muss. Gegen die Regionalisierung der Letzteren wird eingewandt, dass dies zur Folge habe, dass die bundesweit einheitliche Preispolitik nicht aufrecht erhalten bleiben könne.⁸⁰⁵ Vielmehr sei damit zu rechnen, dass eine Differenzierung bei den Vorleistungsentgelten auch eine Differenzierung der Endkundenpreise zur Folge haben würde. Über eine gestaffelte Intensität von Zugangsverpflichtungen, Begleitverpflichtungen und die Höhe der Entgelte könnte jedoch die Attraktivität für Ausbaugebiete oder Kooperationsgebiete beträchtlich gesteigert werden.⁸⁰⁶ Dabei müssten jedoch auch die vorgenannten Auswirkungen für die Tarifeinheit beachtet werden.⁸⁰⁷

Es ist zu berücksichtigen, dass derzeit noch keine ökonomischen Studien vorliegen, die untersuchen, welche Effekte die Auferlegung regionaler Abhilfemaßnahmen auf Kooperationsvorhaben haben könnte. Es handelt sich hauptsächlich um eine ökonomische Fragestellung, ob es sinnvoll ist, die Beschlusspraxis anzupassen. Eine regionale Differenzierung ist im geltenden Rechtsrahmen möglich.⁸⁰⁸ Letztlich steht in Frage, ob die Bereitschaft besteht, die nationale Preiseinheit zu Gunsten der Beschleunigung

804 Weiterführend zu konkreten Beispielen aus Großbritannien und Österreich von Weizsäcker, Regionalisierung der Regulierung im Bitstrom-Zugangsmarkt, S. 6 ff.; weiterführend auch Ehrler/Ruble/Berger, CR 2008, S. 703, 704 ff.; im Hinblick auf regionale Marktabgrenzungen in Großbritannien und Portugal Stumpf, Die Abgrenzung subnationaler Märkte als regulatorischer Ansatz, S. 13 ff.; weiterführend zur subnationalen Marktabgrenzung in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten Heuermann/Meinen/Ekango u.a., Konzepte zur Förderung von Breitbandinvestitionen im internationalen Vergleich, S. 23 f.; Neumann, Regionalisierung der Regulierung, S. 10 ff.; Ufer, N&R 2008, S. 173, 174 f.

805 Ehrler/Ruble/Berger, CR 2008, S. 703, 707; mit Argumenten für die Vorteile regionaler Preisdifferenzierungen Reents, Ausbau und Finanzierung einer flächendeckenden Breitbandversorgung in Deutschland, S. 132 f.; Ufer, N&R 2008, S. 173, 176.

806 A. A. Ufer, N&R 2008, S. 173, 176, der davon ausgeht, dass die gestaffelten Entgelte negative Auswirkungen auf den Infrastrukturausbau in der Fläche haben könnten.

807 Ehrler/Ruble/Berger, CR 2008, S. 703, 707.

808 Inderst/Kühling/Neumann/Peitz, in: Inderst/Kühling/Neumann/Peitz (Hrsg.), Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation, S. 293, 321; umfassend hierzu Schöfthaler, Rechtliche Rahmenbedingungen des Breitbandausbaus, S. 157 ff.

eines flächendeckenden Glasfaserausbaus aufzugeben.⁸⁰⁹ Dies könnte jedoch durch eine reine Anpassung der Beschlusspraxis ohne Modifikationen im Rechtsrahmen erfolgen.

cc) Zwischenergebnis

Eine Regionalisierung der Regulierung für Kooperationsvorhaben unter Beteiligung eines marktmächtigen Unternehmens bietet sich in Gebieten an, in denen der Wettbewerbsdruck für das marktmächtige Unternehmen durch die Beteiligung am Kooperationsvorhaben erheblich sinkt. Diese Feststellung kann auf Basis einer subnationalen Marktabgrenzung erfolgen, die sich mit vertretbarem bürokratischem Aufwand sicherstellen ließe.

Zudem könnten, um einzelgerechte Lösungen zu erzielen, regional differenzierte regulatorische Verpflichtungen auferlegt werden. Auf diese Weise könnte parallel ein Wettbewerbsschutz erfolgen, ohne die wirtschaftlichen Vorteile einer Kooperation durch die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen vollständig zu unterminieren. Mit diesem Weg wäre jedoch eine Abkehr von einer national einheitlichen Preispolitik verbunden. Dies müsste gewollt sein. Zudem lassen sich die ökonomischen Folgen der Auferlegung regional differenzierte Abhilfemaßnahmen an dieser Stelle nicht zweifelsfrei abschätzen.

3. Ergebnis und Ausblick

Die Endkunden- und Vorleistungsmärkte für den Breitbandinternetzugang werden durch das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur in sachlicher Hinsicht (bis auf Detailfragen) einheitlich abgegrenzt. Erhebliche Unterschiede bestehen jedoch im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung. Während das Bundeskartellamt den Markt räumlich auf das Kooperationsgebiet beschränkt, geht die Bundesnetzagentur in weiten Teilen von einem nationalen Markt aus. Lediglich für den Layer-3-Bitstromzugangsmarkt grenzt sie regionale Teilmärkte ab. Bei diesen Gebieten handelt es sich um Regionen, in denen die Deutsche Telekom mit einem er-

809 *Berger-Kögler*, MMR 2008, Heft 9, S. VI, VIII; *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, in: *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz* (Hrsg.), *Der Ausbau neuer Netze in der Telekommunikation*, S. 293, 305.

heblichen Wettbewerbsdruck durch alternative Anbieter konfrontiert wird. Dies ist im Rahmen der regulatorischen Behandlung von Kooperationsvorhaben anders. Sofern sich das marktmächtige Unternehmen an einem solchen Vorhaben beteiligt, stellt sich die Frage, ob dies den Wettbewerbsdruck in der betreffenden Region erheblich reduziert. Neben regionalen Märkten mit erhöhtem Wettbewerbsdruck für die Deutsche Telekom, sollten zukünftig auch solche mit erheblich geringerem Wettbewerbsdruck regional abgegrenzt werden. Während regionale Kooperationsvorhaben auf dem nationalen Markt vermutlich keine spürbaren Veränderungen mit sich bringen, ist dies im betreffenden Kooperationsgebiet anders. Dies kann sich negativ auf den Infrastrukturausbau auswirken. Eine auch regional differenzierte regulatorische Betrachtung eines Kooperationsvorhabens wäre aus diesem Grund zu begrüßen. Zudem könnten durch regional differenzierte Abhilfemaßnahmen einzelfallgerechte Ergebnisse erzielt werden.

III. Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau

Neben den Breitbandinternetzugangsmärkten, die sowohl vom Regulierungsrecht als auch von der Fusionskontrolle und dem Kartellverbot erfasst sind, grenzt das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung zur Glasfaser Nordwest zusätzlich den Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau ab.⁸¹⁰ Dabei stellt sich die Frage, ob die Abgrenzung des zusätzlichen Marktes den Wettbewerbsschutz bei Kooperationsvorhaben im Glasfaserausbau sinnvoll erweitert.

Betrachtet man die Abgrenzung von Märkten durch die Regulierungsbehörden für den Telekommunikationssektor, so fällt auf, dass das Telekommunikationsrecht monothematisch auf den Schutz des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor ausgerichtet ist. Geschützt wird also der Wettbewerb zwischen den Telekommunikationsunternehmen in den Telekommunikationsmärkten. Das allgemeine Wettbewerbsrecht verfolgt einen breiteren Ansatz und ist auf den Schutz des Wettbewerbs in allen Märkten ausgerichtet. Dies manifestiert sich im Kontext des wettbewerbsrechtlichen Schutzes des Ausschreibungsmarktes für den geförderten Breitbandausbau. Der Schutz dieses Marktes führt letztlich zu der Frage, ob in den Fördergebieten der Schutz des Wettbewerbs der Infrastrukturanbieter (den die Bundesnetzagentur gewährleistet) durch den Wettbewerb um den In-

810 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 235 ff.

frastrukturmarkt (den das Bundeskartellamt gewährleistet) erweitert wird.⁸¹¹ Eine vergleichbare Frage hat sich bereits bei der Diskussion um die Einführung eines Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte gestellt (Kapitel 3, C. I.). In diesem Kontext wird diskutiert, ob ein Wettbewerb im Konzessionsgebiet durch einen Wettbewerb um die Konzession ersetzt werden soll.

Nach der Idealvorstellung des Gesetzgebers belebt der Infrastrukturwettbewerb den Wettbewerb zwischen den Diensteanbietern (Kapitel 3, C. III. 2.). Vorzugswürdig wäre demnach ein möglichst umfassender Schutz des Wettbewerbs der Infrastrukturanbieter anstelle eines Wettbewerbs um den Infrastrukturmarkt. In den Fördergebieten ist bereits der Aufbau einer einzigen Infrastruktur in sogenannten „weißen Flecken“ und zumindest einer weiteren Konkurrenzinfrastruktur in sogenannten „grauen Flecken“ im Sinne der Förderterminologie nicht finanzierbar.⁸¹² Damit fehlt eine wesentliche Voraussetzung für den Wettbewerb der Infrastrukturanbieter im Fördergebiet. Ein solcher wäre nur bei einem parallelen Infrastrukturausbau mithilfe von Fördergeldern möglich. Dies wäre nicht nur ökonomisch fragwürdig, sondern darüber hinaus nicht mit dem EU-Beihilfenrecht und dem Haushaltsrecht vereinbar. Beide Rechtsmaterien fordern einen effizienten und sparsamen Einsatz von Fördergeldern. Fördergelder sollten in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben werden. Die errichtete Infrastruktur sollte zudem möglichst vielen Diensteanbietern zur Verfügung gestellt werden, um – trotz des eingeschränkten Infrastrukturwettbewerbs – einen funktionsfähigen Wettbewerb der Diensteanbieter zu ermöglichen. Insoweit ist zu begrüßen, dass die Förderrichtlinien in der Regel eine umfassende Zugangsverpflichtung für die geförderten Infrastrukturen statuieren.

Da ein Wettbewerb der Infrastrukturanbieter in den Fördergebieten demnach in der Regel nicht stattfindet, ist ein Schutz des Wettbewerbs um die Fördergelder im Fördergebiet, also des Wettbewerbs um den betreffenden Infrastrukturmarkt, sinnvoll. Was im Kontext des Konzessionsmodells auf Basis der Vergabe exklusiver Wegerechte nicht institutionalisiert werden darf (Kapitel 3, C.), ist die logische Konsequenz des Förderrahmens.

Das Bundeskartellamt grenzt einen einheitlichen sachlichen Markt ab, in den alle Programme zur Förderung des Breitbandausbaus integriert

811 Hierzu auch *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 556.

812 Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (Mitteilung 2013/C 25/01), Abl. C 25/1 v. 26.1.2013, Rn. 61 ff.

werden.⁸¹³ Die Förderprogramme sind hinreichend homogen, sodass sie in einen einheitlichen Markt zusammengefasst werden können.⁸¹⁴ Dies lässt sich darauf zurückführen, dass bundesweit einheitliche Rahmenregelungen für die Ausgestaltung von Förderprogrammen gelten.⁸¹⁵ Unerheblich sind deswegen letztlich auch die angestrebten Zielbandbreiten und die geförderten Anslussttechnologien, da im Förderrecht der Grundsatz der Technologieneutralität gelte.⁸¹⁶

Bei einer konsequenten Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes könnte freilich jede Ausschreibung im Rahmen eines Förderverfahrens als separater Markt abgegrenzt werden. Eine solche Marktabgrenzung lehnt das Bundeskartellamt auch im Kontext der Ausschreibungsmärkte für den geförderten Breitbandausbau mit dem Argument der drohenden „Atomisierung“ der Märkte und der damit einhergehenden Unübersichtlichkeit der Marktabgrenzung ab.⁸¹⁷ Das Bundeskartellamt orientiert sich vielmehr daran, in welchen Gebieten sich in der Vergangenheit immer wieder dieselben Unternehmen in Ausschreibungen beworben haben und sich vermutlich auch in Zukunft bewerben werden.⁸¹⁸ Bis auf wenige lokale Ausnahmen sei im Kooperationsgebiet insoweit eine für eine Gebietsabgrenzung hinreichende Homogenität festzustellen.

Ein fehlender Schutz für diesen angrenzenden Markt würde dazu führen, dass die Marktmacht der Deutschen Telekom im Vorleistungsbereich zunimmt, und damit auch dem Wettbewerb in den nachgelagerten Märkten schaden. Das Kartellrecht nimmt auch in dieser Hinsicht eine wichtige Rolle ein und unterstützt die Suffizienz des Rechtsrahmens im Hinblick auf den Wettbewerbsschutz beim kooperativen Glasfaserausbau. Es verhindert präventiv, dass eine Situation entsteht, die ausschließlich mithilfe des Regulierungsrechts bewältigt werden kann (E. I. 1.).

IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Die sachlich relevanten Endkunden- und Vorleistungsmärkte für den Breitbandinternetzugang werden von der Bundesnetzagentur und dem

813 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 245.

814 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 249.

815 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 249.

816 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 250.

817 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 248 und 260.

818 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 261.

Bundeskartellamt im Wesentlichen gleichlaufend abgegrenzt. Dies verwundert nicht, da im gesamten Wettbewerbsrecht auf eine einheitliche Methodik zur Marktabgrenzung zurückgegriffen wird. Räumlich weichen die abgegrenzten Märkte hingegen voneinander ab. Das Bundeskartellamt betrachtet die Auswirkungen eines Kooperationsvorhabens auf den Wettbewerb im Kooperationsgebiet. Die Bundesnetzagentur hingegen grenzt die Vorleistungsmärkte grundsätzlich national ab. Subnationale Marktabgrenzungen gibt es nur für Gebiete, in denen das national marktmächtige Unternehmen, die Deutsche Telekom, von alternativen Anbietern unter erheblichen Wettbewerbsdruck gesetzt wird. In Zukunft sollten auch solche Gebiete subnational abgegrenzt werden, in denen der Wettbewerbsdruck erheblich geringer ist als in anderen Regionen. In Frage kommt dies insbesondere für Kooperationsgebiete. Zudem sollte, unter dem Vorbehalt einer ökonomischen Folgeabwägung, über die Auferlegung regionaler Abhilfemaßnahmen nachgedacht werden.

Letztlich kommen die Behörden auch im Fall paralleler Zuständigkeiten zu weitgehend einheitlichen Ergebnissen. In Fällen, in denen sie voneinander abweichen, erhöht sich der Schutzstandard. Im Ergebnis ist die Beschlusspraxis konsistent und trägt zur Rechtssicherheit bei.

Das allgemeine Wettbewerbsrecht erfasst auch solche Märkte, die nicht direkt dem Regulierungsrecht unterfallen. Hierzu ist etwa der Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau zu zählen. In den Fördergebieten ist ein Wettbewerb der Infrastrukturanbieter nur sehr eingeschränkt möglich. Daher ist ein Wettbewerb um den Infrastrukturmarkt sinnvoll, der mithilfe des erweiterten Schutzes durch das Wettbewerbsrecht gewährleistet wird. Des Weiteren trägt auch das EU-Beihilfenrecht – etwa in Form von „Open-Access-Verpflichtungen“ – dazu bei, dass trotz des rudimentären Wettbewerbs der Infrastrukturanbieter ein funktionsfähiger Wettbewerb in den nachgelagerten Märkten sichergestellt wird. (E. I.). Das Zusammenspiel der verschiedenen Regelungsmaterien führt zu einem umfassenden Schutz aller durch das Kooperationsvorhaben betroffenen Märkte.

D. Regulatorische Rahmenbedingungen zum Schutz des Wettbewerbs bei Kooperationsvorhaben

Die Analyse regulatorischer Rahmenbedingungen für Kooperationsvereinbarungen zum Ausbau kooperativer Glasfaserinfrastrukturen soll auf Ausgestaltungsvarianten mit hohem Institutionalisierungsgrad durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens beschränkt werden. Relevant sind hierfür zwei Optionen. Das Gemeinschaftsunternehmen selbst kann über beträchtliche Marktmacht verfügen und folglich direkter Adressat regulatorischer Verpflichtungen werden (dazu I.). Alternativ besteht die Möglichkeit der Beteiligung eines marktmächtigen Unternehmens an der Kooperation. In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen von den regulatorischen Verpflichtungen, die dem marktmächtigen Unternehmen auferlegt wurden und in Zukunft auferlegt werden, erfasst wird (dazu II.).

I. Entstehung eines Gemeinschaftsunternehmens mit beträchtlicher Marktmacht

Das Marktregulierungsverfahren des Telekommunikationsrechts ist in drei Schritte unterteilt. Regulatorische Verpflichtungen werden solchen Unternehmen auferlegt, die auf einem definierten Markt (§ 10 TKG) über beträchtliche Marktmacht (§ 11 TKG) verfügen. Die Rechtsfolgen der Marktanalyse ergeben sich aus § 13 TKG, in dem alle potentiellen regulatorischen Verpflichtungen enumeriert sind. Im Zuge der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes wird sich zwar voraussichtlich die Nummerierung, nicht jedoch die skizzierte Grundsystematik der Vorgaben ändern.⁸¹⁹ Insofern unterscheidet sich das Marktregulierungsverfahren für Gemeinschaftsunternehmen zum kooperativen Aufbau von Glasfaserinfrastrukturen nicht von dem üblichen Verfahren für andere Unternehmen des Telekommunikationssektors. Entsteht durch eine Kooperation ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, werden ihm regulatorische Verpflichtungen auferlegt, die das Ausnutzen dieser Stellung verhindern.

819 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&cv=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

II. Beteiligung eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht am Gemeinschaftsunternehmen

Eine andere Situation ergibt sich, wenn das Gemeinschaftsunternehmen selbst nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt, sich allerdings ein Unternehmen an der Kooperation beteiligt, das als marktmächtig auf einem der definierten Märkte des Telekommunikationssektors zu klassifizieren ist.⁸²⁰ Dreh- und Angelpunkt ist hierbei die Rechtsfolge der Legaldefinition des Unternehmens aus § 3 Nr. 29 TKG (dazu 1.). Es stellt sich insbesondere die Frage, ob es für die Erstreckung der regulatorischen Verpflichtungen auf verbundene Unternehmen auf den Gründungszeitpunkt ankommt (dazu 2.). Mit dem EKEK wurde die Möglichkeit einer regulatorischen Privilegierung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingeführt, die eingeordnet und skizziert werden soll (dazu 3.). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein weiterer Novellierungsbedarf für den regulatorischen Rechtsrahmen besteht (dazu 4.).

1. Unternehmensbegriff des § 3 Nr. 29 TKG

Der Unternehmensbegriff des Telekommunikationsrechts wird in § 3 Nr. 29 TKG (und mit identischem Wortlaut in § 3 Nr. 69 TKG-RefE)⁸²¹ legaldefiniert. Die Vorgabe ist von herausragender Bedeutung für die regulatorische Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen zum kooperativen Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, an denen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beteiligt sind. Der Wortlaut der Norm ist zwar eindeutig (dazu a.), zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit wird jedoch stellenweise eine teleologische Reduktion der Definition gefordert (dazu b.).

820 Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), Rn. 122.

821 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

a) Wortlaut des § 3 Nr. 29 TKG

Das Telekommunikationsrecht verzichtet auf einen vollständig autonomen Unternehmensbegriff und verweist in der Legaldefinition des § 3 Nr. 29 TKG umfassend auf die kartellrechtlichen Vorgaben zur Fusionskontrolle (B. II. 1. a.). Danach ist unter einem Unternehmen im Sinne des Telekommunikationsrechts „das Unternehmen selbst oder [die] mit ihm im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbundenen Unternehmen“ zu verstehen. Durch die Gründung eines paritätischen Gemeinschaftsunternehmens zum kooperativen Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen können, wie bereits dargelegt, gleich mehrere der Tatbestände des § 37 Abs. 1 GWB erfüllt werden (B. II. 1. a.). So handelt es sich regelmäßig um einen Zusammenschluss im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB (B. II. 1. a.). Das Kartellrecht behandelt die zusammengeschlossenen Unternehmen als Einheit. Diese Fiktion wird gemäß § 3 Nr. 29 TKG auch auf das Telekommunikationsrecht übertragen.⁸²² Das Gemeinschaftsunternehmen gilt als Teil der Mutterunternehmen. In der Folge wird etwa auch die Glasfaser Nordwest als Teil der Deutschen Telekom behandelt.⁸²³ Das Gemeinschaftsunternehmen ist deswegen auch von allen regulatorischen Verpflichtungen erfasst, die das Mutterunternehmen adressieren.

b) Teleologische und unionsrechtskonforme Reduktion des § 3 Nr. 29 TKG?

Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens, das im Vorfeld der Gründung der Glasfaser Nordwest durch die Bundesnetzagentur durchgeführt wurde und die Frage zum Gegenstand hatte, ob das Gemeinschaftsunternehmen von den regulatorischen Verpflichtungen der Deutschen Telekom erfasst ist, wurde dieses Ergebnis des § 3 Nr. 29 TKG von den Muttergesellschaften freilich kritisiert. Die insoweit angeführten Argumente können allerdings allesamt entkräftet werden.

822 *Lünenbürger/Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 3, Rn. 87; *Säcker*, in: Säcker (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 3 TKG, Rn. 86.

823 EWE/Telekom, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018*, Az. BK 1–18/002, S. 21 ff.

Für eine teleologische Reduktion des § 3 Nr. 29 TKG wird vorgebracht, dass die Rechtsfolge der Legaldefinition im Einzelfall unbillig sei.⁸²⁴ Zweck des § 3 Nr. 29 TKG sei es zu gewährleisten, dass die regulatorischen Verpflichtungen nicht mithilfe gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen umgangen werden können.⁸²⁵ Man kann insoweit von der Verhinderung einer „Flucht in die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung“ sprechen. Eine Missbrauchsgefahr bestehe aber nur in denjenigen Fällen, in denen das marktmächtige Unternehmen auf das Gemeinschaftsunternehmen einen bestimmenden Einfluss ausüben könne, der sich in einer „alleinigen Leitungsmacht“⁸²⁶ manifestiere und eine Abgrenzung anhand der Kriterien der §§ 16, 17 Aktiengesetz (AktG) und Art. 2 Abs. 1 lit. f der Richtlinie 2004/109/EG⁸²⁷ erfordere. Insoweit wird auf die *Fraport*-Entscheidung⁸²⁸ des Bundesverfassungsgerichts rekurriert. In dieser wurde eine Beherrschung erst bei einer Inhaberschaft von mehr als 50 Prozent der Geschäftsanteile angenommen. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob ein Privatrechtssubjekt unmittelbar an Grundrechte gebunden ist, wenn der Staat Miteigentümer an der Gesellschaft ist.

Auch das Unionsrecht gebiete eine teleologische Reduktion.⁸²⁹ Das Sekundärrecht verfüge über keine entsprechende Definition und nehme im Rahmen des Marktregulierungsverfahrens stets ein konkretes Unternehmen in den Blick.⁸³⁰ Insoweit sei eine Vereinbarkeit des Unternehmensbegriffs mit dem Primärrecht erforderlich. Dieses lege in den Art. 101 und Art. 102 AEUV und den insoweit konkretisierenden Regelungen der Fusionskontrollverordnung (FKVO) den bereits dargestellten, wirtschaftlich-funktionalen Unternehmensbegriff zu Grunde (Kapitel 3, C. IV. 2. b.).

824 EWE/Telekom, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018*, Az. BK 1–18/002, S. 21 ff.

825 BVerfG, *Urt. v. 11.12.2013*, Az. 6 C 24/12, NVwZ 2014, S. 942, 945, Rn. 23; EWE/Telekom, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018*, Az. BK 1–18/002, S. 22; *Lünenbürger/Stamm*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), *Telekommunikationsgesetz*, § 3, Rn. 86; *Schütz*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), *Beck'scher TKG-Kommentar*, § 3, Rn. 89.

826 EWE/Telekom, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018*, Az. BK 1–18/002, S. 23.

827 Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, *Abl. L 390 v. 31.12.2004*, S. 38; in der Fassung der Änderung durch die Richtlinie 2013/50/EU v. 22.10.2013, *Abl. L 294 v. 6.11.2013*, S. 13.

828 BVerfG, *Urt. v. 22.2.2011*, Az. 1 BvR 699/06 (*Fraport*), BVerfGE 128, 226, 247.

829 EWE/Telekom, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018*, Az. BK 1–18/002, S. 25.

830 EWE/Telekom, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018*, Az. BK 1–18/002, S. 25.

Dieser stellt strenge Anforderungen an den Einfluss des Mutterunternehmens auf strategische Geschäftsentscheidungen, die auch gemeinschaftlich durch zwei Muttergesellschaften ausgeübt werden können.⁸³¹

Diese Argumente können jedoch nicht überzeugen. Der Befund, dass das unionale Telekommunikationsrecht keine eigene Legaldefinition des Unternehmensbegriffes enthält, ändert sich auch durch den EKEK nicht. Das Telekommunikationsrecht stellt ein sektorspezifisches, also ein spezielles Wettbewerbsrecht dar. Sofern dort keine speziellen Regelungen vorhanden sind, muss auf die allgemeinen Regelungen des Wettbewerbsrechts zurückgegriffen werden. § 3 Nr. 29 TKG lässt sich mit dem allgemeinen unionalen Wettbewerbsrecht, das sich aus Art. 101 und 102 AEUV ableitet und in der FKVO spezifiziert wird, in Einklang bringen.⁸³² Insoweit überzeugt auch die Systematik des TKG, die den Unternehmensbegriff nicht eigenständig abgrenzt, sondern auf das GWB verweist, das das deutsche allgemeine Wettbewerbsrecht enthält. Der Befund, dass die unionsrechtlichen Vorgaben jeweils ein konkretes Unternehmen in den Mittelpunkt der Marktanalyse und -definition sowie der Regulierungsverfügung stellen, entspricht der Systematik des nationalen Telekommunikationsrechts und ist auch zwingend geboten. Die Adressaten des belastenden Verwaltungsaktes sind explizit zu benennen. Diesem Erfordernis wird durch die Bezeichnung des marktmächtigen Unternehmens Genüge getan, da das Gemeinschaftsunternehmen als dessen Teil gilt. Der Gesetzgeber hat sich in § 3 Nr. 29 TKG dazu entschlossen, auf den gesamten § 36 Abs. 2 GWB zu verweisen. Danach ist es, wie bereits dargelegt, nicht erforderlich, dass ein einzelnes Unternehmen eine „alleinige Leitungsmacht“⁸³³ über das Gemeinschaftsunternehmen hat. Vielmehr enthält § 36 Abs. 2 S. 2 GWB einen eigenen Zurechnungstatbestand, nach dem mehrere Mutterunternehmen gemeinsam das Tochterunternehmen beherrschen können.⁸³⁴ Dies kann insbesondere vor dem Hintergrund der mannigfaltigen Diskriminierungspotentiale überzeugen, die nicht zwingend eine alleinige Beherrschung des Gemeinschaftsunternehmens durch das marktmächtige

831 EuGH, Urt. v. 24.6.2015, verb. Rs. C-293/13 P und C-294/13 P (Fresh Del Monte Produce Inc./Kommission), ECLI:EU:C:2015:416, Rn. 78; EuGH, Urt. v. 19.7.2012, verb. Rs. C-628/10 P und C-14/11 P (Alliance One International und Standard Commercial Tobacco/Kommission), ECLI:EU:C:2012:479, Rn. 101; BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 4.

832 So auch BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 3.

833 EWE/Telekom, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 23.

834 BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 4.

Unternehmen voraussetzen. Es besteht im Ergebnis kein Bedürfnis danach, § 3 Nr. 29 TKG teleologisch zu reduzieren.

c) Ergebnis

Ein Gemeinschaftsunternehmen, das zum Zweck des kooperativen Glasfaserausbaus gegründet wird, ist in der Regel mit seinen Mutterunternehmen gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbunden. Dies bedeutet, dass die regulatorischen Verpflichtungen, die dem Mutterunternehmen auferlegt werden, auch das Gemeinschaftsunternehmen treffen. Es besteht kein Bedürfnis danach, dieses Ergebnis durch eine teleologische oder unionsrechtsrechtskonforme Reduktion des § 3 Nr. 29 TKG davon abhängig zu machen, dass das marktmächtige Unternehmen eine „alleinige Leitungsmacht“ über das Gemeinschaftsunternehmen hat. Vielmehr lässt es § 36 Abs. 2 S. 2 GWB ausreichen, dass die Mutterunternehmen gemeinsam eine Beherrschungsmacht ausüben (B. II. 1. b.). Dies überzeugt deshalb, da eine Diskriminierung nicht nur dann erfolgen kann, wenn das marktmächtige Unternehmen über die alleinige Leitungsmacht über das Gemeinschaftsunternehmen verfügt. Vielmehr ist gleichermaßen ein kollusives Zusammenwirken der Mutterunternehmen möglich.

2. Erstreckung der telekommunikationsrechtlichen
Regulierungsverfügungen auf paritätische Gemeinschaftsunternehmen

In ihrer Entscheidung vom 10.7.2018 hat die Bundesnetzagentur entschieden, dass die Glasfaser Nordwest nicht mit den Regulierungsverfügungen erfasst wird, die gegenüber der Deutschen Telekom erlassen wurden.⁸³⁵ Zwar handele es sich bei den beiden Gesellschaften um ein Unternehmen im Sinne des § 3 Nr. 29 TKG, allerdings sei die Glasfaser Nordwest zum Zeitpunkt des Marktregulierungsverfahrens, in dessen Rahmen die regulatorischen Verpflichtungen gegenüber der Deutschen Telekom erlassen worden seien, noch nicht gegründet gewesen und demnach nicht von diesen erfasst.⁸³⁶ Gegen dieses Ergebnis lassen sich jedoch zahlreiche Argumente anführen, sodass eine dezidierte Auseinandersetzung mit der Frage der Erheblichkeit des Gründungszeitpunktes eines Unternehmens im Hin-

835 BNetzA, Beschl. v. 13.7.2018, Az. BK 3–17/071, S. 2.

836 BNetzA, Beschl. v. 13.7.2018, Az. BK 3–17/071, S. 2.

blick auf die Rechtsfolge des § 3 Nr. 29 TKG erforderlich ist. Bereits an dieser Stelle ist festzustellen, dass die hierdurch entstehende Lücke der regulatorischen Verpflichtungen durch eine kartellrechtliche Verpflichtungszusage geschlossen wurde (E. I. 2.).

Die Bundesnetzagentur vertritt die Auffassung, dass sich die regulatorischen Verpflichtungen nur dann auf das Tochterunternehmen erstrecken können, wenn es zum Zeitpunkt des Marktregulierungsverfahrens bereits gegründet war oder zumindest in das Verfahren einbezogen werden konnte. Aus dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 37 Abs. 1 VwVfG folge, dass sich das Marktanalyseverfahren explizit auf das Gemeinschaftsunternehmen erstrecken müsse.⁸³⁷ Anderenfalls würde das Mutterunternehmen ohne beträchtliche Marktmacht verschiedene Verfahrensrechte, beispielsweise des Rechtes auf Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG, beraubt.⁸³⁸ Der Entscheidungspraxis der Kommission sei zudem zu entnehmen, dass sich eine Marktanalyse stets auf ein konkretes Unternehmen beziehen müsse, das in der Entscheidung explizit zu nennen sei.⁸³⁹ Hieraus wird gefolgert, dass sich die Feststellung der Marktanalyse und die Regulierungsverfügungen im Ergebnis nicht auf das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen erstrecken würden.

Gegen eine Erheblichkeit des Gründungszeitpunkts im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 3 Nr. 29 TKG lassen sich jedoch vielfältige Argumente anführen. Eine Erheblichkeit des Gründungszeitpunktes ist nicht mit dem Zweck des § 3 Nr. 29 TKG zu vereinbaren.⁸⁴⁰ Die Vorgabe soll eine Flucht des marktmächtigen Unternehmens in die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung verhindern (D. II. 1. b.). Eine Umgehung wird allerdings erst ermöglicht, wenn die Ergebnisse des Marktregulierungsverfahrens nicht auf das neu gegründete Gemeinschaftsunternehmen erstreckt werden.⁸⁴¹ In diesem Fall kann durch eine Auslagerung regulierter Tätigkeiten auf ein Gemeinschaftsunternehmen, das erst im Anschluss an das Marktregulierungsverfahrens mit einem dritten Unternehmen gegründet wird, die

837 BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 10.

838 BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 10.

839 Komm., Beschl. v. 4.8.2014, C(2014) 5698 final, S. 5; BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, S. 10 f.

840 So auch Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 2.

841 Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 2.

Regulierung umgangen werden.⁸⁴² Auf diese Weise können Unternehmen kollusiv zusammenwirken (A. II. 1.).

Die Maßgeblichkeit des Gründungszeitpunktes für das Eintreten der Rechtsfolge des § 3 Nr. 29 TKG ist nicht in dessen Wortlaut angelegt. Nimmt man dies an, wird ein neuer ungeschriebener Ausnahmebestand des § 3 Nr. 29 TKG etabliert und damit Rechtsunsicherheit geschaffen.⁸⁴³ Dies ist für Legaldefinitionen besonders fragwürdig, deren Funktion im Gesetzesaufbau gerade darin besteht, begriffliche Vorfragen verbindlich für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes zu klären und hierdurch die Rechtssicherheit zu erhöhen. Zuzugeben ist insoweit, dass eine gefestigte Rechtsprechung und Entscheidungspraxis *praeter legem* nicht stets Rechtsunsicherheit begründen. Rechtssicherheit entsteht jedoch erst dann, wenn die Rechtsprechung und Entscheidungspraxis fortgeführt werden. Damit wäre zumindest temporär die Funktion der Begriffsbestimmung nicht mehr vollständig erfüllt.

Es kann zudem nicht überzeugen, dass mit einer anderslautenden Entscheidung die Verfahrensrechte des Unternehmens ohne beträchtliche Marktmacht beschnitten würden.⁸⁴⁴ Jeder Kooperationspartner ist bei Eingang des Kooperationsverhältnisses über die marktmächtige Stellung des Kooperationspartners informiert und nimmt diese bewusst im Kauf.⁸⁴⁵ Die Situation ist mit derjenigen vergleichbar, dass Anteile eines regulierten Unternehmens erworben werden. Auch dann werden die regulatorischen Verpflichtungen auf das Unternehmen erstreckt, ohne dessen Verfahrensrechte zu verletzen.⁸⁴⁶ Zudem gilt das Recht auf Anhörung aus § 28 Abs. 1 VwVfG nicht absolut. Zwar handelt es sich um eine verfassungsrechtlich fundierte Verfahrensgarantie,⁸⁴⁷ von der jedoch in bestimmten Konstellationen abgewichen werden kann. In spezifischen Fallkonstellationen er-

842 Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 2; 1&1, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 4.

843 So auch Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 3.

844 So auch Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 4.

845 1&1, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 4; BKartA, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Stellungnahme BKartA, S. 2.

846 Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 4.

847 Weiterführend zur verfassungsrechtlichen Fundierung *Kallerhoff/Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 28, Rn. 2.

möglicht § 28 Abs. 3 VwVfG die Möglichkeit von einer Anhörung abzusehen.⁸⁴⁸ Selbst wenn diese Fallkonstellationen nicht erfüllt seien, kann eine Anhörung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG nachgeholt werden oder der Verfahrensfehler sogar gemäß § 46 VwVfG unbeachtlich sein.⁸⁴⁹ Zuzugeben ist, dass für eine Unbeachtlichkeit des in einer unterbliebenen Anhörung liegenden Verfahrensfehlers bei einer so komplexen Entscheidung wie der Auferlegung einer Regulierungsverpflichtung in der Praxis wohl kaum Raum bleibt. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Ausnahmen in der Praxis zunehmend restriktiv gehandhabt werden und gegen ihre extensive Handhabung verfassungsrechtliche Bedenken bestehen.⁸⁵⁰ Festzuhalten bleibt, dass der Gesetzgeber Ausnahmen von dem üblichen Verfahrenslauf gestattet. Demnach reicht ein pauschaler Rückgriff auf § 28 Abs. 1 VwVfG nicht für eine Ausnahme von der Regel des § 3 Nr. 29 TKG aus.⁸⁵¹ Es ist vielmehr eine dezidierte Auseinandersetzung mit der Möglichkeit der Unbeachtlichkeit oder Heilung des Verfahrensfehlers in jedem konkreten Einzelfall erforderlich. Falls aber angenommen wird, dass eine pauschale Argumentation mit dem Verstoß gegen das Anhörungsrecht aus § 28 Abs. 1 VwVfG ausreicht, werden vergleichbare Konstellationen, die § 3 Nr. 29 TKG unterfallen, unterschiedlich behandelt, obwohl sich dafür kein normativer Anknüpfungspunkt findet.⁸⁵²

Bei der Gründung der Glasfaser Nordwest konnte das Argument, dass die Anhörungsrechte der EWE aus § 28 Abs. 1 VwVfG durch eine Anwendung des § 3 Nr. 29 TKG umgangen würden, aus einem weiteren Grund nicht überzeugen. Konkret wurde in diesem Verfahren der Bundesnetzagentur die Erstreckung von drei Regulierungsverfügungen auf das Tochterunternehmen überprüft.⁸⁵³ In zwei der Verfahren war die EWE als An-

848 Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 5.

849 Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 5.

850 *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 45 VwVfG, Rn. 103 ff.

851 So auch Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 5.

852 BVerwG, Urt. v. 11.12.2013, Az. 6 C 24/12, NVwZ 2014, S. 942, 943, Ls. 3; Vodafone, in: BNetzA, Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument, S. 5.

853 Hierbei handelt es sich BNetzA, Entsch. v. 1.9.2016, Az. BK 3g-15/004; BNetzA, Entsch. v. 29.8.2013, Az. BK 3d-12/131, und BNetzA, Entsch. v. 28.10.2015, Az. BK 3h-14/114.

tragstellerin aktiv.⁸⁵⁴ Also wurde sie in beiden Verfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG angehört.⁸⁵⁵ Das spezielle Anhörungsrecht für Beteiligte von Verfahren vor der Bundesnetzagentur verdrängt in seinem Anwendungsbereich die allgemeinen Vorgaben des § 28 Abs. 1 VwVfG.⁸⁵⁶ § 135 Abs. 1 TKG ermöglicht auch die Anhörung Beteiligter, die nicht Adressat des belastenden Verwaltungsaktes sind. Dies wird gemäß § 214 Abs. 1 TKG-RefE auch künftig so sein.⁸⁵⁷ Die Anhörung der Beteiligten erfolgt nach einem einheitlichen Ablauf, sodass sich die Anhörung der Adressaten des Verwaltungsaktes und die der Antragsteller nicht unterscheiden. Aus diesem Grund kann es im konkreten Fall nicht überzeugen, wenn gerügt wird, dass keine Anhörung erfolgt sei. Diese hat stattgefunden, auch wenn die EWE vermutlich andere Argumente vortrug als bei einer neuerlichen Anhörung nach Gründung der Glasfaser Nordwest.

Auch das Bestimmtheitsgebot gebietet keine abweichende Handhabung des § 3 Nr. 29 TKG. Natürlich muss ein Verwaltungsakt im Sinne des § 37 Abs. 1 VwVfG bestimmt sein. Es erfordert eine Benennung des Adressaten. Infolge des § 3 Nr. 29 TKG reicht jedoch die Benennung des marktmächtigen Mutterunternehmens aus, um dem Bestimmtheitsgebot Genüge zu tun. Das Tochterunternehmen wird nämlich als Bestandteil des Mutterunternehmens betrachtet. Wird das Mutterunternehmen benannt, ist auch das Tochterunternehmen erfasst.

Die Entscheidungspraxis der Kommission⁸⁵⁸ steht einer einheitlichen Anwendung des § 3 Nr. 29 TKG nicht entgegen, sondern gebietet vielmehr lediglich, dass das Marktanalyseverfahren sich auf ein spezifisches Unternehmen bezieht, das auch benannt werden muss.⁸⁵⁹ Insbesondere der unionale Grundsatz des *effet utile* spricht für eine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht. Die stringente Anwendung des § 3 Nr. 29 TKG stellt sicher, dass die Regulierungsverpflichtung der nationalen Regulierungsbehörde,

854 Hierbei handelt es sich um BNetzA, Entsch. v. 1.9.2016, Az. BK 3g-15/004, S. 28 und BNetzA, Entsch. v. 29.8.2013, Az. BK 3d-12/131, S. 30.

855 BNetzA, Entsch. v. 1.9.2016, Az. BK 3g-15/004; BNetzA, Entsch. v. 29.8.2013, Az. BK 3d-12/131.

856 *Attendorn/Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, § 135, Rn. 3; *Bergmann*, in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, § 135, Rn. 2.

857 Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

858 Komm., Beschl. v. 4.8.2014, C(2014) 5698 final, S. 5.

859 Komm., Beschl. v. 4.8.2014, C(2014) 5698 final, S. 5.

die in § 13 Abs. 1 S. 1 TKG national ausgestaltet und unionsrechtlich überformt ist, auch effektiv umgesetzt werden kann.⁸⁶⁰ Eine anderweitige Regulierungspraxis weicht von der Marktanalyse ab, die im Komitologieverfahren von der Kommission bestätigt wurde, und macht aus diesem Grund einen neuerlichen Verfahrensdurchlauf erforderlich.⁸⁶¹ Deswegen erstrecken sich die Feststellung der Marktanalyse und die Regulierungsverfügungen auch auf ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen, das zum Zeitpunkt des Marktregulierungsverfahrens noch nicht gegründet war. Die Spruchpraxis der BNetzA ist vor diesem Hintergrund kritisch zu hinterfragen und kann im Ergebnis nicht überzeugen.

3. Novellierung der regulatorischen Rahmenbedingungen durch den EKEK

Eine umfassende Aktualisierung haben die regulatorischen Rahmenbedingungen für den Umgang mit Kooperationen zur Beschleunigung des Glasfaserausbaus durch den EKEK erfahren. Dessen zentrales Element ist insoweit die Verpflichtungszusage, die vollständig neu in den Rechtsrahmen integriert worden ist (dazu a.). Hierbei handelt es sich um ein prägendes Instrument für verschiedene normativ vorstrukturierte Privilegierungstatbestände (dazu b.). Herauszuarbeiten ist, welche Auswirkungen der neue Rechtsrahmen auf die Kooperationspraxis haben wird (dazu c.).

a) Regulatorische Verpflichtungszusage gemäß Art. 79 EKEK

Erst im Rahmen des Trilogs zwischen Kommission, Rat und Europäischem Parlament wurde das Instrument der Verpflichtungszusage in den regulatorischen Rechtsrahmen integriert. Entlehnt ist es dem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren (dazu aa.). In der deutschen Regulierungspraxis wurde im Vorfeld auf das Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages zurückgegriffen, das eine ähnliche Funktion erfüllte (dazu bb.). Die Vorgaben zur Einbindung der Verpflichtungszusage in das regulatorische

860 Vodafone, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument*, S. 5.

861 Vodafone, in: BNetzA, *Entsch. v. 10.7.2018, Az. BK 1–18/002, Konsultationsdokument*, S. 8 f.

Verwaltungsverfahren ergeben sich aus Art. 79 EKEK (dazu cc.), die noch vollständig in nationales Recht umzusetzen sind (dazu dd.).

aa) Verpflichtungszusage im Kartellrecht

Von dem Instrument der Verpflichtungszusage wird sowohl im unionalen als auch im nationalen Kartellrecht umfassender Gebrauch gemacht. Eine zentrale Rolle spielt es sowohl im Marktmissbrauchs- als auch im Fusionskontrollverfahren (E. I. bis II.). Normative Vorgaben für die Verpflichtungszusage im Kartellrecht finden sich in Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003⁸⁶² und in § 32b GWB.⁸⁶³ Die Verpflichtungszusage ermöglicht eine vielfältige Flexibilisierung des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens. Unternehmen können sich dadurch freiwillig zu bestimmten Verhaltensweisen verpflichten. Diese Selbstverpflichtungen können dann als Abwägungstopos in das Ermessen der Behörde einfließen. Die Verpflichtungszusagen können von den Behörden für verbindlich erklärt werden. Dabei sind sie jedoch nicht an den normierten Maßnahmenbestand oder maximale Bindungsfristen gebunden, sodass die Nutzung dieses Instrumentes das Verfahren weitgehend flexibilisiert. Auf diese Weise wird der Dialog zwischen Unternehmen und Behörde gefördert und werden einzelfallgerechte Lösungen erleichtert. Unternehmen erhalten einen Einfluss auf den Ausgang des Verwaltungsverfahrens und können den Inhalt der Verpflichtung selbst mitbestimmen.

bb) Öffentlich-rechtliche Verträge im Rahmen des Marktregulierungsverfahrens

Bereits im Vorfeld der Integration der Verpflichtungszusage in den Rechtsrahmen wurde in der deutschen Regulierungspraxis mithilfe des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein vergleichbares Instrument genutzt. Im Rahmen der Rückführung der Regulierung zur Ermöglichung der Nutzung der Übertragungstechnologie Vectoring, die einen Zugriff auf alle Teilneh-

862 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4.1.2003, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 487/2009 des Rates v. 25.5.2009, ABl. L 148 v. 11.6.2009, S. 1; *Lettl*, Kartellrecht, S. 162.

863 Weiterführend hierzu *Lettl*, Kartellrecht, S. 384.

meranschlussleitungen in einem Kabelverzweiger erforderlich macht (Kapitel 3, B. III.), stellte sich die Frage, inwieweit öffentlich-rechtliche Verträge als Abwägungstopos in die Ermessenserwägungen der Regulierungsbehörde im Rahmen des Marktregulierungsverfahrens einbezogen werden können.⁸⁶⁴ Letztlich gab die Deutsche Telekom ein unwiderrufliches Angebot zum Ausbau der Infrastruktur ab, das von der Bundesnetzagentur bis zum Ablauf des Ausbauezeitraumes angenommen werden kann.⁸⁶⁵ Das Unternehmen verpflichtet sich hierdurch freiwillig zum Infrastrukturausbau. Eine tatsächlich einklagbare Verpflichtung hierzu entsteht erst mit Annahme des Angebotes.⁸⁶⁶ Das Angebot wurde im Rahmen des Regulierungsermessens der Behörde berücksichtigt und führte letztlich zu einer Abänderung der Regulierungsverfügung hinsichtlich des Zuganges zur Teilnehmeranschlussleitung.⁸⁶⁷ Letztlich ist die Funktion mit der kartellrechtlichen Verpflichtungszusage vergleichbar. Der zu Grunde liegende Rechtsgedanke wird mit dem neuen Instrument der Verpflichtungszusage nunmehr kodifiziert.

cc) Verpflichtungszusage im unionalen Telekommunikationsrecht

Die zentrale Vorschrift zur Einbindung der Verpflichtungszusage in das regulatorische Verwaltungsverfahren ist Art. 79 EKEK. Dieser muss noch in nationales Recht umgesetzt werden (hierzu sogleich in dd.). Verpflichtungszusagen können gemäß Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gegenüber der nationalen Regulierungsbehörde abgegeben werden und Zugangsbedingungen oder Bedingungen für kooperative Investitionen beinhalten. Eine nicht abschließende Auflistung potentieller Inhalte von Verpflichtungszusagen enthält Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a bis c EKEK. Allgemeine Anforderungen an Form und Inhalt der Verpflichtungszusage enthält Art. 79 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass das Angebot eine ausreichende Grundlage für die Bewertung im Sinne des Art. 79 Abs. 2 EKEK darstellt.

864 *Kühling/Bulowski*, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Rahmen des TKG; hieran anknüpfend *Kühling/Bulowski*, N&R 2015, S. 262 ff.

865 *Offenbacher*, Die Regulierung des Vectoring, S. 319 m. w. N.

866 *Offenbacher*, Die Regulierung des Vectoring, S. 316.

867 BVerwG, Urt. v. 21.9.2018, Az. 6 C 8.17, BVerwGE 163, S. 136, Rn. 6; BNetzA, Beschl. v. 1.9.2016, Az. BK 3g-15/004, S. 217, 224.

Der Maßstab für die behördliche Überprüfung der Verpflichtungszusagen ergibt sich aus Art. 79 Abs. 2 EKEK. In der Regel erfolgt gemäß Art. 79 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 EKEK eine Marktprüfung inklusive einer Konsultation interessierter Dritter. Hiervon kann abgewichen werden, sofern evident eine oder mehrere Bedingungen, die an die Verpflichtungszusage gestellt werden, nicht erfüllt sind. Spezielle Äußerungsmöglichkeiten bestehen zudem gemäß Art. 79 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 EKEK für Ko-Investoren und Zugangsnachfrager. Diese können Änderungen an den Verpflichtungszusagen vorschlagen, welche die marktmächtigen Unternehmen berücksichtigen können, aber nicht müssen. Eine regulatorische Entlastung kann nur dann erfolgen, wenn das Angebot für eine kooperative Investition von zumindest einem Telekommunikationsunternehmen angenommen wird (D. II. 3. a. cc.). Insoweit kann die frühzeitige Konsultation der potentiellen Ko-Investoren sicherstellen, dass das marktmächtige Unternehmen gegebenenfalls Anpassungen an der Verpflichtungszusage vornehmen kann. Positiv ist zu bewerten, dass die Vorgabe auf diese Weise dialogorientiert ausgerichtet wird und dazu beiträgt, Instrumente der Selbstregulierung zu erüchtigen.

Die speziellen Bewertungskriterien, an denen sich die Verpflichtungszusagen messen lassen müssen, sind regelmäßig im jeweiligen Regelungszusammenhang normiert. Eine Ausnahme hiervon besteht für Verpflichtungszusagen im Sinne des Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK, deren spezielle Bewertungskriterien mangels eigenständiger normativer Grundlage in Art. 79 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK normiert sind.⁸⁶⁸

Die Ausrichtung des Instrumentes auf die Förderung des Dialoges zwischen Regulierungsbehörde und Unternehmen wird insbesondere in Art. 79 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK offenbar. In einem zwischengeschalteten Verfahrensschritt äußert sich die nationale Regulierungsbehörde dazu, ob die Verpflichtungszusage den jeweiligen Anforderungen entspricht (S. 1). Das Unternehmen kann sein Angebot anpassen (S. 2). Dieser Zwischenschritt ist insbesondere deswegen vorteilhaft, weil das Instrument darauf ausgerichtet ist, die Regulierung zu flexibilisieren. Dieses Ziel kann nur mithilfe eines umfassenden Dialoges der Beteiligten erreicht werden.

Die Rechtsfolge der Verpflichtungszusage ergibt sich aus Art. 79 Abs. 3 EKEK. Danach kann die nationale Regulierungsbehörde die Verpflichtungszusage ganz oder teilweise für bindend erklären (UAbs. 1). Hiervon nicht berührt werden die speziellen Regelungen des Art. 76 Abs. 2 EKEK, auf die noch ausführlich eingegangen werden soll (D. II. 3. b. aa.).

868 Hierzu weiterführend D. II. 3. b. bb.

Die Regulierungsbehörde muss nicht die in Art. 67 Abs. 5 EKEK vorgesehenen Bindungsfristen beachten. Verpflichtungszusagen über die regulatorische Privilegierung von Ko-Investitionen entfalten gemäß Art. 79 Abs. 3 UAbs. 2 Hs. 2 EKEK eine Bindungswirkung für mindestens sieben Jahre. Hierdurch wird das Instrument noch weiter flexibilisiert. Die Ausdehnung der möglichen Bindungsfristen kann überzeugen, weil die Unternehmen sich selbst zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Je länger durch die Verpflichtungszusagen ein verlässlicher Regulierungsrahmen gewährleistet ist, desto stärker nimmt die Regulierungsunsicherheit ab.

Üblicherweise bleiben gemäß Art. 79 Abs. 3 UAbs. 3 EKEK die Durchführung einer Marktanalyse (Art. 67 EKEK) und die Auferlegung zusätzlicher regulatorischer Verpflichtungen (Art. 68 EKEK) unbenommen. Hierdurch wird sichergestellt, dass der regulatorische Rechtsrahmen trotz seiner Flexibilisierung nicht seine Schlagkraft einbüßt und suffizient bleibt. Von dieser Regel existiert wiederum für die regulatorische Behandlung von Ko-Investitionen gemäß Art. 76 EKEK eine Ausnahme. Für die Berücksichtigung von Verpflichtungszusagen im Rahmen der Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen enthält Art. 79 Abs. 3 UAbs. 4 EKEK spezielle Vorgaben, aus denen offenbar wird, dass die Verpflichtungszusagen umfassend in das Regulierungsermessen der nationalen Regulierungsbehörde einfließen und insbesondere in der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind.

Die Abgabe einer Verpflichtungserklärung, also die regulatorische Selbstverpflichtung, entbindet nicht von einer Aufsicht durch die nationalen Regulierungsbehörden. Danach erfolgt gemäß Art. 79 Abs. 4 S. 1 EKEK ein umfassendes Monitoring durch die nationale Regulierungsbehörde. Falls die Verpflichtungszusage nicht eingehalten wird, kann die Regulierungsbehörde im Verfahren, das in Art. 29 EKEK vorgesehen ist, Sanktionen erlassen. Darüber hinaus kann sie unter den Voraussetzungen des Art. 79 Abs. 4 S. 3 EKEK die Situation neu bewerten.

dd) Umsetzung im Telekommunikationsgesetz

Die Vorgabe soll in § 18 TKG-RefE umgesetzt werden.⁸⁶⁹ Dabei werden jedoch verschiedene Vorgaben vorgenommen, die im unionalen Rechtsrah-

⁸⁶⁹ Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/>

men jeweils separat normiert sind (dazu auch D. II. 3. a. cc.), in fragwürdiger Weise verzahnt.

Auch in weiteren Detailfragen existieren Abweichungen. So sieht etwa § 18 Abs. 1 TKG-RefE anders als Art. 79 EKEK vor, dass die Verpflichtungszusage im Internet zu veröffentlichen ist. Aus Gründen der Transparenz ist die weitergehende Vorgabe des Referentenentwurfes positiv zu bewerten.

Auch wenn die Vorgaben des EKEK weitaus detaillierter sind als die des Kartellrechts, zeigen sich in der Ausgestaltung im Ergebnis umfassende Parallelen.

b) Privilegierungstatbestände für Kooperationsvorhaben im EKEK

Verfügt ein Unternehmen auf einem definierten Markt über eine beträchtliche Marktmacht, sieht der Rechtsrahmen die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen vor. Die nationalen Regulierungsbehörden verfügen nicht über ein Entschließungsermessen, ob sie regulieren, sondern lediglich über ein Auswahlermessen hinsichtlich der regulatorischen Verpflichtung. Privilegierungstatbestände finden sich in Art. 76 EKEK (dazu aa.) und Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK (dazu bb.). Diese sollen in den §§ 16 und 17 TKG-RefE umgesetzt werden (dazu cc.).

aa) Regulatorische Behandlung neuer Bestandteile von Netzen mit sehr hoher Kapazität gemäß Art. 76 EKEK

Eine Ausnahme von der zuvor beschriebenen Systematik bildet Art. 76 EKEK. Die Vorschrift sieht eine privilegierte regulatorische Behandlung von Glasfaserinfrastrukturen vor, die im Rahmen kooperativer Investitionsvorhaben unter Beteiligung eines marktmächtigen Unternehmens neu errichtet wurden. Ein unkoordiniertes Absehen von Regulierung könnte im Telekommunikationssektor, der umfassend von natürlichen Monopolen geprägt ist (Kapitel 3, B. IV.), zu erheblichen Wettbewerbsdefiziten und Beeinträchtigungen der Verbraucherinteressen führen.⁸⁷⁰ Vor diesem Hintergrund ist die normative Konstruktion zu betrachten, die erst im Tri-

telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

⁸⁷⁰ Weiterführend hierzu *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohl auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, S. 96 ff.; konkret zu

log zwischen der Kommission, dem Parlament und dem Rat der Europäischen Union ihre endgültige Gestalt erhalten hat. So war die Norm zwischen Kommission,⁸⁷¹ Europäischem Parlament⁸⁷² und Rat⁸⁶⁹ so umstritten,⁸⁷⁰ dass sie im Rahmen des Trilogverfahrens vollständig neu konzipiert wurde.⁸⁷¹

Privilegiert⁸⁷³ sind⁸⁷⁴ gemäß⁸⁷⁵ Art. 76 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK solche Unternehmen, deren beträchtliche Marktmacht im Marktanalyseverfahren gemäß Art. 67 EKEK festgestellt wurde. Um von der Privilegierung profitieren zu können, müssen sie Verpflichtungszusagen im Sinne des Art. 79 EKEK abgeben, die anhand der Kriterien des Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK zu prüfen sind. Das Ziel der Norm ist die Beschleunigung des Aufbaus von Netzen mit sehr hoher Kapazität im Sinne des Art. 2 Nr. 2 EKEK (Kapitel 3, C. III. 1. a.), wobei Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK davon insoweit abweicht, dass die regulatorische Privilegierung ausschließlich auf die Übertragungstechnologie Glasfaser beschränkt wird.⁸⁷⁶ Dies ist im Hinblick auf die Technologieneutralität fragwürdig, da auch alternative Infrastrukturen mit einer vergleichbaren Qualität einbezogen werden sollten. Zu denken wäre in dieser Hinsicht etwa an Koaxialkabel, die mit der Übertragungstechnologie DOCSIS 3.1 ausgestattet sind (Kapitel 2, B. II. 2. b.).

Für eine Privilegierung müssen die marktmächtigen Unternehmen den Aufbau des neuen Netzes für kooperative Investitionen öffnen. Hier ist zu klären, was unter einem „neuen Netz“ zu verstehen ist. So ist es entweder möglich, nur solche Netze zu erfassen, die nach Umsetzung des EKEK in nationales Recht errichtet werden, oder auch solche, die zwar zuvor errich-

den Auswirkungen von Kooperationsvorhaben auf die Anbieterkonzentration *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, S. 92, 92 f.

871 Kommission, COM (2016) 590 final/2, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-590-DE-F1-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020); hierzu weiterführend *Neumann*, N&R 2016, S. 262, 270; *Scherer/Heintzel*, MMR 2017, S. 71, 75.

872 Europäisches Parlament, Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19.10.2017 – A8-0318/2017, abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0318_DE.html#title1 (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

873 Rat, Vorschlag v. 9.10.2017 – 12797/1/17 REV 1, abrufbar unter: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12797-2017-REV-1/en/pdf> (zuletzt abgerufen am 1.7.2020).

874 Umfassende Darstellung der Abweichungen bei *Sickmann/Neumann*, K&R 2018, S. 92, 94 ff.

875 *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 208 f.

876 Kritisch hinsichtlich dieser Beschränkung *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 208.

tet wurden, aber erst nach Inkrafttreten des Art. 76 EKEK für Endkundendienste in Netzen mit sehr hoher Kapazität genutzt werden können.⁸⁷⁷ Eine extensive Auslegung ist vor dem Hintergrund kritisch zu bewerten, dass die kooperative Investition von einer bloßen Zahlung für die Gewährung eines Zuganges abgegrenzt werden muss (A. I.). Daher kann jedenfalls kein bereits vollständig errichtetes Netz in den Anwendungsbereich des Art. 76 EKEK fallen. Sofern vorhandene Netze erweitert werden, stellt Art. 76 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK zudem klar, dass lediglich die neuen Netzbestandteile von der regulatorischen Privilegierung erfasst werden. Im Ergebnis ist somit eine restriktive Interpretation des Begriffes „neues Netz“ zu favorisieren. Hinsichtlich der Kooperationsformen nennt das Gesetz zwar Beispiele wie das Miteigentum oder die Teilung des Risikos, ohne sich jedoch auf einen numerus clausus zulässiger Kooperationsformen festzulegen.⁸⁷⁸

Dass kooperative Investitionen in Glasfaserinfrastrukturen dadurch honoriert werden, dass die Regulierung partiell verringert wird, bringt verschiedene Missbrauchspotentiale mit sich,⁸⁷⁹ deren Ausnutzung mithilfe differenzierter Mechanismen verhindert wird. So werden etwaige Verpflichtungszusagen am Maßstab der Beurteilungskriterien des Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK und des Anhangs IV des EKEK gemessen.⁸⁸⁰ Die wichtigste regulatorische Verpflichtung ist die Zugangsverpflichtung, die den Wettbewerb bei der Erbringung von Endkundendiensten trotz natürlicher Monopole ermöglicht. Bei der Kontrolle der Verpflichtungszusage wird sichergestellt, dass sowohl die Kooperationsteilnehmer als auch nicht an der Kooperation beteiligte Unternehmen (lit. a)⁸⁸¹ einen diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur erhalten (lit. b, ii.). Auf diese Weise wird eine Remonopolisierung oder Oligopolisierung verhindert.⁸⁸² Um trotz der Gewährleistung des offenen Zuganges (lit. a) die Beteiligung an

877 Weiterführend zur Auslegung des Begriffes des „neuen Netzes“ *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 724.

878 Erwägungsgrund 198; hierzu *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 209; *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 724.

879 Umfassend hierzu *Sickmann/Neumann*, *Deregulierung und Verbraucherwohl-fahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt*, S. 185 ff.

880 Weiterführend hierzu *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 209; *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 724.

881 Zur Frage der Dauer der Zugangsberechtigung *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 724.

882 Zu dieser Gefahr *Sickmann/Neumann*, *Deregulierung und Verbraucherwohl-fahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt*, S. 170.

der Kooperation zu motivieren, wird der Zugang zur vollen neuen Kapazität des Netzes nur stufenweise gewährt (lit. d).⁸⁸³

Eine weitere Gefahr liegt in der Ausnutzung der Verhandlungsmacht durch das marktmächtige Unternehmen bei der Ausgestaltung des Kooperationsvorhabens.⁸⁸⁴ Diese Gefahr wird in mehreren Stufen eingedämmt. So existieren hinsichtlich des Angebotes für kooperative Investitionen durch das marktmächtige Unternehmen zunächst umfassende Transparenzverpflichtungen (lit. c).⁸⁸⁵ Zudem stellen bestimmte Kriterien sicher, dass die Verhandlungsasymmetrie ausgeglichen wird (lit. d). Weitere Kriterien enthält Anhang IV des EKEK (lit. e).⁸⁸⁶

Ein zusätzliches Missbrauchspotential wird dadurch begründet, dass das Unternehmen die Angebote für kooperative Investitionen bewusst so konstruiert, dass sie nicht angenommen werden, und die regulatorische Privilegierung auf diese Weise strategisch missbraucht.⁸⁸⁷ Verhindert wird dies dadurch, dass gemäß Art. 76 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK zumindest ein Unternehmen das Kooperationsangebot annehmen muss, bevor eine regulatorische Privilegierung erfolgt.⁸⁸⁸ Dieses Unternehmen muss ein Anbieter von Telekommunikationsnetzen oder -diensten sein. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass das vorgenannte Kriterium durch die Wahl eines Finanzinvestors als Kooperationspartner missbraucht wird.⁸⁸⁹ Im Ergebnis wird über die Verpflichtungszusage somit sichergestellt, dass die regulatorische Privilegierung nicht als Mittel zur Umgehung regulatorischer Verpflichtungen genutzt wird. Damit das Recht unional einheitlich angewendet wird, verleiht Art. 76 Abs. 4 EKEK dem Gremium der europäischen Regulierungsbehörden (GEREK) die Kompetenz zum Erlass von Leitlinien zur einheitlichen Anwendung der Vorgaben.

Die Rechtsfolge der regulatorischen Privilegierung ergibt sich aus Art. 76 Abs. 2 EKEK. In der Regel erklärt die nationale Regulierungsbehö-

883 Weiterführend hierzu *Bourreau/Hoernig/Maxwell*, Implementing co-investment and network sharing, S. 42 ff.; *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 209; *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 724 f.

884 *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, S. 170.

885 *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 725.

886 Hierzu weiterführend *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 725.

887 *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, S. 171.

888 *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 209.

889 Zu dieser Gefahr *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, S. 171.

de die Verpflichtungszusage gemäß Art. 79 Abs. 3 EKEK für bindend und erlegt keine zusätzlichen regulatorischen Verpflichtungen auf, sofern sie davon ausgeht, dass die Verpflichtungszusage die Kriterien des Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK erfüllt, und ein Ko-Investor das Angebot des markt-mächtigen Unternehmens annimmt. Die regulatorische Privilegierung erfasst ausweislich des systematischen Zusammenhanges ausschließlich Regulierungsverfügungen, die an die beträchtliche Marktmacht anknüpfen.⁸⁹⁰ Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 und 3 EKEK sieht hiervon jedoch Ausnahmen vor.⁸⁹¹ Dies gilt zum einen dann, wenn bei Marktprüfungen gemäß Art. 79 Abs. 2 EKEK festgestellt wird, dass die Bedingungen des Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK nicht erfüllt sind und die Ko-Investition für den Wettbewerb relevant ist (UAbs. 2). Als ultima ratio kann die nationale Regulierungsbehörde gemäß Art. 76 Abs. 2 UAbs. 3 EKEK auch weitere regulatorische Verpflichtungen auferlegen, sofern dies aufgrund erheblicher Wettbewerbsprobleme erforderlich ist, denen nicht auf andere Weise abgeholfen werden kann. Hieraus resultiert eine gesteigerte Darlegungslast der nationalen Regulierungsbehörden. Zuweilen wird zusätzlich die Einschränkung gemacht, dass regulatorische Verpflichtungen lediglich aufgrund solcher Aspekte auferlegt werden dürften, die zum Zeitpunkt der Verbindlichkeitserklärung der Verpflichtungszusage nicht bekannt gewesen seien.⁸⁹² Damit tatsächlich sichergestellt ist, dass die Voraussetzungen der regulatorischen Privilegierung fortbestehen, sieht Art. 76 Abs. 3 UAbs. 1 EKEK umfassende Überwachungsmöglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörde vor. Darüber hinaus kann diese gemäß Art. 76 Abs. 3 UAbs. 2 EKEK im Rahmen des Verfahrens gemäß Art. 26 Abs. 1 EKEK Entscheidungen in solchen Streitigkeiten treffen, die sich auf Aspekte der Kooperationsvereinbarung beziehen, die an die Bedingungen des Art. 76 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK anknüpfen.

Entscheidender Unterschied zu den „Regulierungsferien“, die gemäß § 9a TKG a. F.⁸⁹³ für „neue Märkte“ im Sinne des § 3 Nr. 12b TKG gewährt

890 A. A. *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 724, die auch symmetrische Zugangsverpflichtungen für erfasst halten.

891 Zu dieser Konzeption äußern sich auch *Neumann*, N&R 2018, S. 204, 209; *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 725.

892 *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 724.

893 § 9a TKG wurde eingeführt m. W. v. 24.2.2007 durch Gesetz v. 18.2.2007, BGBl. I S. 106.

wurden ist,⁸⁹⁴ dass mithilfe der Norm vollständig von einer Regulierung abgesehen wurde. Hiervon weicht die normative Konstruktion des Art. 76 EKEK in Verbindung mit Art. 79 EKEK deutlich ab. Es wird nicht vollständig auf regulatorische Verpflichtungen verzichtet. Vielmehr wird den marktmächtigen Unternehmen lediglich offeriert, sich freiwillig zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten. Die Selbstverpflichtung dient als Substitut der zwangsweisen Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen mittels eines Verwaltungsaktes. Die Verpflichtungszusagen binden die Behörde nicht, sondern dienen als zusätzlicher Abwägungstopos im Rahmen der Ermessensausübung. Denkwürdig ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, in der die deutsche Regelung als unionsrechtswidrig klassifiziert wurde,⁸⁹⁵ jedoch die Vorsteuerung der behördlichen Ermessensausübung, beispielsweise hinsichtlich des Grades der Wettbewerbsbeschränkungen, die erforderlich sind, um zusätzliche regulatorische Verpflichtungen auferlegen zu können. Diese schränken das behördliche Ermessen jedoch nicht über Gebühr ein und ermöglichen die Konstruktion eines verlässlichen Rechtsrahmens, der die Investitionsbedingungen verbessert. Aufgrund dieser Unterschiede lässt sich der neue unionale Privilegierungstatbestand nicht als eine Reinkarnation der „Regulierungsferien“ bezeichnen.

bb) Kooperationsvereinbarungen im Sinne des Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK

Von der regulatorischen Privilegierung kooperativer Investitionen in neue Glasfaserinfrastrukturen, die unter den Tatbestand des Art. 76 EKEK zu subsumieren sind, sind Kooperationsvereinbarungen im Sinne des Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK abzugrenzen.

Dessen missverständlicher deutscher Wortlaut spricht dabei von „Kooperationsvereinbarungen in Bezug auf die Bewertung geeigneter und angemessener Verpflichtungen gemäß Artikel 68“. Dies legt nahe, dass es sich um Kooperationsvereinbarungen zwischen Behörden und Unterneh-

894 Umfassend zu der Vorgabe BT-Drs. 16/2581, S. 23; *Kübling/Elbracht*, Telekommunikationsrecht, Rn. 124; *Dablke/Theis*, CR 2007, S. 227, 227 ff.; *Kübling*, K&R 2006, S. 263, 269.

895 EuGH, Urt. v. 3.12.2009, Rs. C-424/07 (Europäische Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 108; weiterführend hierzu *Reents*, Ausbau und Finanzierung einer flächendeckenden Breitbandversorgung in Deutschland, S. 130 ff.; *Schöfthaler*, Rechtliche Rahmenbedingungen des Breitbandausbaus, S. 90 ff..

men handele, welche die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen betreffen. Gemeint sind jedoch Kooperationsvereinbarungen zwischen Unternehmen, die sich auf die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen gemäß Art. 68 EKEK auswirken.⁸⁹⁶ Hierunter fallen etwa kommerzielle Zugangs- oder Kooperationsvereinbarungen, die keine Ko-Investitionen im Sinne des Art. 76 EKEK darstellen. Diese können im Rahmen des Regulierungsermessens im Verfahren gemäß Art. 68 EKEK berücksichtigt werden. Eindeutiger sind in dieser Hinsicht der französische und der englische Wortlaut, die diese Einbindung deutlicher herausstellen. So heißt es in der französischen Fassung „relatifs à l'évaluation d'obligation“ und in der englischen Fassung „relevant to the assessment of (...) obligations“. Es handelt sich um einen Abwägungstopos, den die Behörde im Rahmen des Regulierungsermessens berücksichtigen kann. Sofern sich das Unternehmen zu einer Verhaltensweise verpflichtet, die zusätzliche regulatorische Verpflichtungen entbehrlich macht, kann die Behörde hiervon Abstand nehmen. Das Unternehmen kann mithin darauf hinwirken, die Last regulatorischer Zwangsmaßnahmen durch eine Selbstverpflichtung zu reduzieren.

cc) Novellierung des Telekommunikationsgesetzes

Die Art. 76 und 79 EKEK sollen in § 18 TKG-RefE gebündelt in nationales Recht umgesetzt und über § 19 TKG-RefE in das Marktregulierungsverfahren eingebunden werden.⁸⁹⁷ Dies verkennt jedoch die Systematik des EKEK. Art. 79 EKEK regelt allgemeine Aspekte der Verpflichtungszusage, während die speziellen Vorgaben in der Regel separat im jeweiligen Kontext (etwa in Art. 76 EKEK) geregelt werden. Überzeugender und aufgrund der umfassenden Neusystematisierung des betreffenden Abschnittes auch praktikabler wären separate Vorschriften gewesen.

⁸⁹⁶ *Nigge/Horstmann*, MMR 2018, S. 721, 725.

⁸⁹⁷ Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TK-MoG), abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/telekommunikationsmodernisierungsgesetz-referentenentwurf-20201612.pdf?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 12.1.2021).

c) Auswirkungen des neuen Rechtsrahmens auf Kooperationsvorhaben

Betrachtet man die Auswirkungen des novellierten unionalen Rechtsrahmens auf die regulatorischen Rahmenbedingungen für Kooperationen zum Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, lässt sich feststellen, dass die grundsätzlichen Steuerungsvorgaben unverändert fortbestehen und durch spezielle Privilegierungstatbestände ergänzt werden.

Der Unternehmensbegriff, der sich in § 3 Nr. 29 TKG manifestiert und dazu beiträgt, dass auch verbundene Unternehmen als Teil eines marktmächtigen Unternehmens verstanden werden, besteht unverändert fort. Auch weiterhin enthält das Unionsrecht keine Regelung hierzu, steht der Legaldefinition des nationalen Rechts jedoch auch nicht entgegen. Grundsätzlich erfassen folglich alle Regulierungsverfügungen, die sich an das marktmächtige Unternehmen richten, zugleich auch deren als paritätische Gemeinschaftsunternehmen gegründete Tochterunternehmen.

Durch die Umsetzung des EKEK wird der Rechtsrahmen jedoch durch spezielle Privilegierungstatbestände für kooperative Investitionen (Art. 76 EKEK) und Kooperationsvereinbarungen (Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK) erweitert. Art. 76 Abs. 1 UAbs. 1 EKEK erfasst explizit auch die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen unter Beteiligung eines marktmächtigen Unternehmens. Bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens handelt es sich letztlich um eine spezielle organisatorische Ausgestaltung des Erwerbes von Miteigentum durch die Kooperationspartner und einer langfristigen Risikoteilung. Diese spezielle Norm verdrängt in ihrem Anwendungsbereich die Möglichkeit von Kooperationsvereinbarungen im Sinne des Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK. Wäre dies nicht der Fall, könnten die speziellen Voraussetzungen für kooperative Investitionen einfach umgangen werden. Demnach ist der Anwendungsbereich des Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK auf alle Kooperationen beschränkt, welche die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen zum Gegenstand haben.

Es nicht davon auszugehen, dass von der Möglichkeit der Privilegierung umfassende Anreize für kooperative Investitionsvorhaben ausgehen. So wäre ein Kooperationsvorhaben nach dem Vorbild der Glasfaser Nordwest auch unter dem novellierten Rechtsrahmen nicht privilegierungsfähig. Dies lässt sich auf die strengen Anforderungen zurückführen, die der Rechtsrahmen an Verpflichtungszusagen stellt. Die Initiative zur kooperativen Investition in Glasfasernetze muss stets vom marktmächtigen Unternehmen in Form eines öffentlichen Angebots kooperativer Investitionen ausgehen. Dabei kann sich das Unternehmen keinen Wunschkooperati-

onspartner auszusuchen. Vielmehr müssen sich alle Telekommunikationsunternehmen während der gesamten Laufzeit an dem Vorhaben beteiligen können. Hiermit wird einem Missbrauchspotential und der Gefahr von Monopolen und Oligopolen vorgebeugt, ohne die Attraktivität einer Kooperation vollständig zu beseitigen. Allerdings wird diese durch die strenge regulatorische Einhegung auch nicht über Gebühr gesteigert.

d) Ergebnis

Der regulatorische Rechtsrahmen für Kooperationen im Glasfaserausbau wird durch den EKEK in Detailfragen erheblich modifiziert. Die Grundstrukturen bleiben davon jedoch unberührt. So werden paritätische Gemeinschaftsunternehmen unter Beteiligung eines marktmächtigen Unternehmens auch in Zukunft reguliert. Allerdings werden ergänzend spezielle regulatorische Privilegierungstatbestände auf Basis von Verpflichtungszusagen geschaffen. Solange diese keine kooperativen Investitionsvorhaben zum Gegenstand haben, richtet sich der regulatorische Umgang mit ihnen nach Art. 79 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a EKEK. Hierdurch wird ein neuer Abwägungstopos für die nationale Regulierungsbehörde etabliert, welche die Selbstverpflichtung der Unternehmen in ihrem Regulierungsermessen zu berücksichtigen hat. Einen speziellen Privilegierungstatbestand für kooperative Investitionen enthält Art. 76 EKEK. Allerdings sind die regulatorischen Erleichterungen an umfassende Anforderungen geknüpft, die einen Missbrauch weitgehend ausschließen sollen. Hieraus resultiert jedoch lediglich eine geringe zusätzliche Anreizwirkung.

4. Optimierungsbedarf der regulatorischen Rahmenbedingungen

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit die regulatorischen Rahmenbedingungen weiter angepasst werden müssen und können, um die Attraktivität des kooperativen Glasfaserausbau zu steigern. Entweder könnte das Regulierungsrecht novelliert (dazu a.) oder die Regulierungspraxis der Behörde optimiert werden (dazu b.).

a) Weitergehender normativer Anpassungsbedarf *de lege ferenda*

Ein weitergehender Anpassungsbedarf *de lege ferenda* könnte vor allen Dingen aus den geringen regulatorischen Anreizen zum kooperativen Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen folgen. In dieser Hinsicht ist jedoch eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Die regulatorischen Rahmenbedingungen betreffen insbesondere solche Kooperationsvorhaben, an denen sich ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beteiligt. Nur diese Unternehmen, die schon alleine die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor gefährden, müssen die Verpflichtungszusagen mit ihren hohen inhaltlichen Anforderungen abgeben. Ein partielles Entlassen aus der Regulierung soll nicht den Dienstewettbewerb gefährden. Kollusives Handeln soll unabhängig davon, ob es eigenständig oder mit anderen Unternehmen gemeinsam erfolgt, verhindert werden. Die Funktion der Regulierungsverfügungen übernehmen Selbstverpflichtungen. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass in Folge der regulatorischen Privilegierung Monopole oder Oligopole entstehen. Im Kern adressiert das regulatorische Rechtsregime ausschließlich solche Kooperationsvorhaben, die ein zusätzliches Missbrauchspotential entfachen können. Je umfassender die regulatorischen Anreize ausfallen, desto stärker steigt das Missbrauchspotential. Dementsprechend empfehlen sich keine zusätzlichen regulatorischen Entlastungen.⁸⁹⁸

Kooperationen ohne Beteiligung marktmächtiger Unternehmen sind nicht Gegenstand des Regulierungsrechts, solange dadurch kein marktmächtiges Unternehmen entsteht. Es bietet sich zwar an, die Rahmenbedingungen für Kooperationen zu optimieren. Hierbei spielt jedoch der regulatorische Rechtsrahmen eine untergeordnete Rolle. Vielmehr liegt es in der Verantwortung der Unternehmen, auch vor dem Hintergrund der immer weitergehenden Open-Access-Verpflichtungen, die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Kooperation zu schaffen. Hierzu sollten Schnittstellen optimiert und technische Hemmnisse überwunden werden, damit eine Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen erleichtert wird. Dies sind jedoch vor allem Aspekte der Standardisierung, auf die der Rechtsrahmen nur eingeschränkt einwirken kann und soll (hierzu bereits Kapitel 4, E.). Im Ergebnis besteht somit zunächst kein weitergehender normativer Anpassungsbedarf *de lege ferenda*.

898 Ähnlich positiv im Hinblick auf das strikte Regelungsregime Monopolkommission, 11. Sektortgutachten Telekommunikation (2019), Rn. 125.

b) Änderungsbedarf im Hinblick auf die Spruchpraxis der
Regulierungsbehörden

Auch die Spruchpraxis der Regulierungsbehörden ist ein integraler Bestandteil der regulatorischen Rahmenbedingungen. Wie bereits dargestellt, besteht durch eine Regionalisierung der Regulierung die Möglichkeit, einzelfallgerechte Lösungen für Kooperationsvorhaben zu schaffen (C. II. 2. c.). Dies könnte jedoch durch eine reine Anpassung der Beschlusspraxis ohne Modifikationen im Rechtsrahmen erfolgen. Im Vorfeld sollte jedoch, wie bereits dargestellt, eine ökonomische Folgenabwägung vorgenommen werden (C. II. 2. c. bb.).

c) Zwischenergebnis

Bei der Debatte um eine weitergehende Optimierung der regulatorischen Rahmenbedingungen für Kooperationsvorhaben ist zwischen dem Normenbestand und der behördlichen Spruchpraxis zu differenzieren. Das Rechtsregime ist konsistent und weist eine ausgewogene Balance zwischen Möglichkeiten der regulatorischen Privilegierung und Verhinderung eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Kooperationspartnern auf. Spielräume bestehen im Hinblick auf die Spruchpraxis der Bundesnetzagentur. Sofern regional differenzierte regulatorische Verpflichtungen auferlegt werden, kann dies die Attraktivität von Ausbau- und Kooperationsvorhaben in den betreffenden Gebieten steigern. Erkauft wird diese Attraktivitätssteigerung allerdings mit einer Aufgabe der bundesweit einheitlichen Preisstruktur (C. II. 2. c. bb.). Hierzu bedürfte es insbesondere einer umfassenden ökonomischen Folgenabwägung, die an dieser Stelle nicht erfolgen kann.

5. Ergebnis

Regulatorische Rahmenbedingungen sind für Kooperationsvorhaben insbesondere in denjenigen Fällen relevant, in denen einer der Partner ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ist. In diesem Fall erstrecken sich die regulatorischen Verpflichtungen gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen, sofern ein Zusammenschlusstatbestand im Sinne des § 37 GWB erfüllt ist, auch auf das Gemeinschaftsunternehmen. Dieses Ergebnis kann überzeugen und muss nicht durch eine teleologische Reduktion im

Hinblick auf den Gründungszeitpunkt des Unternehmens korrigiert werden. Anderenfalls würden die Flucht in die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung und ein kollusives Zusammenwirken verschiedener Kooperationsunternehmen ermöglicht. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die im Rahmen der Gründung der Glasfaser Nordwest dem Gründungszeitpunkt einen hohen Stellenwert eingeräumt hat und eine Erstreckung regulatorischer Verpflichtungen auf das Gemeinschaftsunternehmen nur dann annimmt, wenn dieses vor Abschluss des Marktanalyseverfahrens gegründet wurde, ist vor diesem Hintergrund abzulehnen. Die regulatorischen Rahmenbedingungen werden in Folge der Umsetzung des EKEK in nationales Recht optimiert werden. So wird die Möglichkeit zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung geschaffen, wodurch die Unternehmen von regulatorischen Privilegierungen profitieren können. Allerdings geht von dem Instrument nur eine geringe Attraktivitätssteigerung für Kooperationsvorhaben aus. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass der Rechtsrahmen Möglichkeiten zum Missbrauch der Privilegierung ausschließt. Die regulatorische Entlastung wird nur unter strengen Voraussetzungen gebilligt. Ein weitergehender Optimierungsbedarf des ausbalancierten Rechtsrahmens besteht nicht. Allerdings könnte die behördliche Beschlusspraxis angepasst werden. Durch eine Regionalisierung der Regulierung könnte die Attraktivität für Ausbauvorhaben insgesamt gesteigert werden. Allerdings müsste dieser Schritt ökonomisch wohlüberlegt sein. Mit einer regional ausdifferenzierten Regulierungspraxis ginge auch die national einheitliche Preisstruktur verloren. Darüber hinaus wurden die Auswirkungen einer Regionalisierung der Regulierung von Kooperationsvorhaben noch nicht ökonomisch untersucht.

III. Ergebnis

Im Ergebnis entfaltet das Regulierungsrecht ausschließlich in solchen Konstellationen Steuerungswirkung, in denen sich ein marktmächtiges Unternehmen an der Kooperation beteiligt oder durch die Kooperation ein marktmächtiges Unternehmen entsteht. Der Rechtsrahmen wird durch den EKEK und die dort vorgesehene Möglichkeit der regulatorischen Privilegierung von Kooperationsvorhaben optimiert. Dem dadurch ausbalancierten Rechtsregime gelingt es, Missbrauchspotentiale gering zu halten, ohne völlig auf eine Attraktivitätssteigerung zu verzichten. Die Steuerungsvorgaben können auch durch eine regional ausdifferenzierte Regulierung weiter optimiert werden. Der Rechtsrahmen würde ein solches Vorgehen

ermöglichen. Allerdings müssten für diesen Schritt die national einheitliche Preisstruktur aufgegeben werden und eine ökonomische Folgenabwägung erfolgen.

E. *Kartellrechtliche Rahmenbedingungen zum Schutz des Wettbewerbs bei Kooperationsvorhaben*

Weitere rechtliche Rahmenbedingungen, die dem Schutz des Wettbewerbs bei Kooperationsvorhaben dienen, ergeben sich aus dem Kartellrecht. Der Anwendungsbereich der Regeln wurde bereits erörtert (B. II.). Nachfolgend ist zu untersuchen, welche zusätzlichen Steuerungsvorgaben sich für die Ausgestaltung von Kooperationsvorhaben aus dem Recht der Fusionskontrolle (dazu I.) und dem Kartellverbot (dazu II.) ergeben und auf welche Weise sie den regulatorischen Wettbewerbsschutz ergänzen.

I. Steuerungsvorgaben aus dem Recht der Fusionskontrolle

Eine Fusionskontrolle findet in solchen Konstellationen statt, in denen umsatzstarke Unternehmen mit einem hohen Institutionalierungsgrad kooperieren (B. II. 1. bis 2.). Ist das deutsche Recht der Fusionskontrolle einschlägig, hat das Bundeskartellamt gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GWB die Kompetenz, einen Zusammenschluss zu untersagen, „durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde.“ Die Frage, ob der Wettbewerb erheblich behindert wird, wird mithilfe des SIEC-Tests⁸⁹⁹ beantwortet, der im Rahmen der 8. GWB-Novelle in den Rechtsrahmen integriert wurde.⁹⁰⁰ In der Regel sind die Voraussetzungen für eine Untersagung bei einem Zusammenschluss gegeben, durch den gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GWB „eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt“ wird. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass der Wortlaut des Gesetzes eine „zweifelsfreie, flexible und damit optimale Erfassung aller potentiell wettbewerblich kritischen Fälle“⁹⁰¹ ermöglicht.⁹⁰² Bei der Analyse der Auswirkungen

899 Bei SIEC handelt es sich um die Abkürzung der englischen Formulierung „significant impediment to effective competition“, die sich als „erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs“ übersetzen lässt.

900 BT-Drs. 17/9852, S. 28.

901 BT-Drs. 17/9852, S. 28.

902 Weiterführend hierzu statt vieler *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 36 GWB, Rn. 382 ff.

des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb sind auch die Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB zu berücksichtigen (E. I. 2.). Diese können erheblich dazu beitragen, dass ein eventuell zu untersagender Zusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse nicht etwa verschlechtert, sondern unter Umständen sogar verbessert. Ausnahmsweise kann von einer Untersagung abgesehen werden, wenn der Zusammenschluss auch eine Verbesserung des Wettbewerbs mit sich bringt und diese die Nachteile überwiegt (§ 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB) oder ein Bagatellmarkt vorliegt, bei dem die Umsatzschwellen des § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht überschritten werden. Im Rahmen der folgenden Überlegungen soll davon ausgegangen werden, dass die Ausnahmetatbestände nicht erfüllt sind.⁹⁰³

Betrachtet man die spezifischen Anforderungen des Rechtsrahmens an Zusammenschlüsse zum kooperativen Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen, muss sich die Behörde mit der Frage beschäftigen, wie sich der Zusammenschluss auf den Wettbewerb in den zuvor abgegrenzten Märkten auswirken wird.⁹⁰⁴ Hierbei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, in deren Rahmen die Entwicklung des Marktes mit und ohne den jeweiligen Zusammenschluss untersucht werden muss.⁹⁰⁵ Die Wettbewerbsanalyse soll hier nicht umfassend dargelegt werden. Vielmehr soll eine Beschränkung der Untersuchung darauf erfolgen, wie sich die regulatorischen Verpflichtungen auf die fusionskontrollrechtliche Wettbewerbsanalyse auswirken (dazu 1.) und welche Rolle die Verpflichtungszusage gemäß § 32b GWB im Fusionskontrollrecht spielt (dazu 2.).

1. Zusammenspiel von regulatorischen Verpflichtungen und fusionskontrollrechtlicher Wettbewerbsanalyse

Aus fusionskontrollrechtlicher Sicht sind für die Bewertung eines Kooperationsvorhabens zur Beschleunigung des Ausbaus von Glasfaserinfrastrukturen insbesondere seine Auswirkungen auf die Vorleistungsmärkte zum zentralen und lokalen Zugang zu Breitbandinfrastrukturen, die korrespondierenden Endkundenmärkte sowie den Ausschreibungsmarkt für den ge-

903 Ein zusätzlicher Ausnahmetatbestand für Zeitungs- und Zeitschriftenmärkte ergibt sich aus § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GWB. Da die Ausnahme evident keinen Bezug zum Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen aufweist, soll auf ihre Erörterung verzichtet werden.

904 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 280.

905 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 280.

förderten Breitbandausbau von Relevanz (C. III.). Regulatorische Verpflichtungen bestehen lediglich für die Vorleistungsmärkte. Diese beseitigen jedoch nicht die marktbeherrschende Stellung des jeweiligen Unternehmens. Vielmehr tragen sie lediglich dazu bei, dass der hiermit einhergehende, umfassende Verhaltensspielraum, der missbraucht werden kann, aus regulatorischer Sicht eingeschränkt wird.⁹⁰⁶ Dies führt jedoch nicht zwangsläufig dazu, dass der Verhaltensspielraum auch aus fusionskontrollrechtlicher Perspektive hinreichend eingeschränkt wird.⁹⁰⁷ Die regulatorischen Verpflichtungen sind sehr spezifisch auf bestimmte Verhaltensweisen ausgerichtet, die durch ein natürliches Monopol im Telekommunikationssektor geprägt sind. Hierbei handelt es sich um die Zugangs- und die korrespondierende Entgeltverpflichtung, die durch weitere Verpflichtungen flankiert werden können. Die regulatorischen Verpflichtungen betreffen mithin bereits existierende Telekommunikationsnetze. Kein Einfluss kann jedoch auf erst in Zukunft zu errichtende Telekommunikationsnetze genommen werden.⁹⁰⁸ Den Glasfaserausbau betrifft aber insbesondere das koordinierende Verhalten der Kooperationspartner im Vorfeld eines Infrastrukturausbauvorhabens. Durch das gemeinsame Vorgehen, die schnelle Verlagerung von Ausbauaktivitäten oder die geschickte Bewerbung auf Ausschreibungen für Fördermittel können Konkurrenten nachhaltig verdrängt werden. Auf diese Gefahren hat das Telekommunikationsrecht mit seinem *numerus clausus* möglicher Regulierungsmaßnahmen keine hinreichenden Antworten. Vielmehr schließt das Fusionskontrollrecht hier eine signifikante Lücke. Dieser Befund erhärtet sich vor dem Hintergrund des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens zur Gründung der Glasfaser Nordwest. Wie bereits dargelegt, kam die Bundesnetzagentur zur Schlussfolgerung, dass das Kooperationsunternehmen nicht von den Verpflichtungen gegenüber der Deutschen Telekom erfasst sei (D. II. 2.). Das Bundeskartellamt schließt diese Lücke, die durch die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur entstanden ist, mithilfe einer Verpflichtungszusage, auf die noch einzugehen ist (E. I. 2.). Hierdurch entsteht die skurrile Situation, dass das Bundeskartellamt die Regulierung eines Marktes übernimmt, für den die Bundesnetzagentur davon ausgeht, dass das Kartellrecht zur Bewältigung des Marktversagens nicht ausreicht (C. II. 1. a.). Für

906 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 343; weiterführend zum Zusammenspiel zwischen sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht, *Neumann*, N&R 2020, S. 148, 151 ff.

907 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 345.

908 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 349.

den regulatorischen Umgang mit dem kooperativen Breitbandausbau stellt sich die Situation gegenteilig dar. Wäre das Kartellrecht nicht anwendbar, würde das Gemeinschaftsunternehmen – zumindest temporär – nicht reguliert.

2. Verpflichtungszusage im Fusionskontrollrecht

Nachdem bereits umfassend auf allgemeine Aspekte der kartellrechtlichen Verpflichtungszusagen eingegangen wurde, sollen nachfolgend die konkrete Einbettung des Instrumentes in das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren illustriert und der Inhalt der Verpflichtungszusage kritisch reflektiert werden (D. II. 3. a.). Verpflichtungszusagen können genutzt werden, um die wettbewerblichen Rahmenbedingungen in den durch die Fusion betroffenen Märkten zu verändern. Die Funktionsweise soll nachfolgend durch die Rolle der Verpflichtungszusage im Rahmen der Gründung der Glasfaser Nordwest exemplifiziert werden. In einem parallel eingeleitetem Kartellverwaltungsverfahren erklärte das Bundeskartellamt Verpflichtungszusagen gemäß § 32b Abs. 1 GWB für verbindlich.⁹⁰⁹

In dem Kartellverwaltungsverfahren wurden eine Ausbau-, eine Zugangs- und eine Förderzusage abgegeben.⁹¹⁰ Diese Einzelzusagen sind nachfolgend zunächst jeweils isoliert und anschließend in ihrem Zusammenspiel mit den übrigen Verpflichtungszusagen zu bewerten. Vor Abgabe der Verpflichtungszusagen hatte das Bundeskartellamt Bedenken gegen die Fusion angemeldet und hätte, sofern die entsprechenden Verpflichtungszusagen nicht abgegeben worden wären, das Zusammenschlussvorhaben wohl gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GWB untersagt.⁹¹¹ Die Bedenken erstreckten sich auf alle Märkte, die vom Bundeskartellamt abgegrenzt wurden und durch das Kooperationsvorhaben tangiert werden. Das Bundeskartellamt stellte in seinem Beschluss klar, dass „die im Kartellverwaltungsverfahren für bindend erklärten Verpflichtungszusagen [...] als rechtliche Rahmenbedingungen des Wettbewerbs [...] zu berücksichtigen“⁹¹² sind. Dies bedeutet, dass die Verpflichtungszusagen genutzt werden, um die Wettbewerbskräfte im Markt so zu justieren, dass die Fusion in den betref-

909 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18.

910 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Anhang Verpflichtungszusage.

911 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 5.

912 BKartA, Beschl. v. 30.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 5.

fenden Märkten keinen negativen, sondern vielmehr einen positiven Effekt auf den Wettbewerb hat.

Konkret erfasst die Ausbauzusage etwa Mechanismen, mit denen verhindert werden soll, dass durch geschickte Verlagerung der Ausbauaktivitäten die Investitionen alternativer Anbieter vereitelt werden können. So verpflichtete sich die Glasfaser Nordwest dazu, eine initiale Ausbauliste und eine „Shortlist“ anzufertigen, auf der Ausbaugebiete genannt werden.⁹¹³ Nur wenn ein Ausbauvorhaben auf der initialen Ausbauliste oder für neun Monate auf der Shortlist stand, darf mit dem Ausbau begonnen werden. Eine Ausnahme gilt lediglich für Neubaugebiete und neu ausgewiesene Gebiete. Ein weiteres Element der Ausbauzusage ist eine Pflicht zur Erschließung ländlicher und dünn besiedelter Gebiete.⁹¹⁴

Der erste Teil der Verpflichtungszusage, der das Ausbauverhalten des Kooperationsunternehmens transparenter macht, führt nicht zu mehr Wettbewerb zwischen den Infrastrukturunternehmen im Kooperationsgebiet. Vielmehr werden lediglich das kollusive Zusammenwirken und der Missbrauch des externen Marktmachtzuwachses der Mutterunternehmen und des Tochterunternehmens verhindert. Hiermit ist ein positiver volkswirtschaftlicher Effekt verbunden, der die Bedingungen des Wettbewerbs der Infrastrukturanbieter im Kooperationsgebiet verbessert, allerdings die Marktmacht der Kooperationsunternehmen nicht substantiell verändert und insbesondere nicht deren externen Marktmachtzuwachs tangiert.

Die Ausbaupflichtung als zweites Element der Verpflichtungszusage wirkt in diesem Kontext systemfremd. Natürlich ist eine flächendeckende Verfügbarkeit hochleistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen volkswirtschaftlich positiv zu bewerten.⁹¹⁵ Allerdings verbessert eine Ausbaupflichtung, die auf „weiße Flecken“ konzentriert wird, in denen bis dato kein Wettbewerb der Infrastrukturanbieter vorliegt, den Wettbewerb im Kooperationsgebiet nicht. Im Zusammenspiel mit einer Zugangsverpflichtung können sich jedoch auf den nachgelagerten Dienstmärkten die Wettbewerbsbedingungen verbessern. Verpflichtungszusagen sollten jedoch nicht instrumentalisiert werden, um solche Interessen durchzusetzen, die nicht zum Zielekanon des Wettbewerbsrechts gehören.

913 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Anhang Verpflichtungszusage, S. 10 ff.

914 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Anhang Verpflichtungszusage, S. 13 f.

915 Hierzu statt vieler *Heuermann/Meinen/Ekango u.a.*, Konzepte zur Förderung von Breitbandinvestitionen im internationalen Vergleich, S. 6 ff.; umfassend *Wernick/Gries/Bender u.a.*, Regionale TK-Akteure im globalen Wettbewerb, S. 17 ff.

Mithilfe der Zugangszusage wurden die Lücken geschlossen, die durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur (D. II. 2.) entstanden waren. Neben einer Selbstverpflichtung zur Zugangsgewährung für Layer-2- und Layer-3-Bitstromprodukte⁹¹⁶ enthielt die Zusage auch ein Vermarktungsziel für diese Produkte.⁹¹⁷ Hierdurch wird sichergestellt, dass die Vorleistungsprodukte tatsächlich zu attraktiven Konditionen für Drittanbieter angeboten werden. Die Zugangsverpflichtung führt für sich genommen ebenfalls nicht zu einem Wettbewerb der Infrastrukturanbieter, sondern ermöglicht lediglich einen Wettbewerb auf der nachgelagerten Diensteebene. Einen weiteren positiven Effekt bringt insoweit die verpflichtende Vermarktungsquote mit sich, die dazu beiträgt, dass die Zugangsverpflichtung nicht durch die Verknüpfung des Zuganges mit prohibitiven Entgelten konterkariert wird.

Mit der Förderzusage verpflichtete sich die Glasfaser Nordwest, nicht an Ausschreibungen für den geförderten Breitbandausbau teilzunehmen.⁹¹⁸ Diese Verpflichtungszusage ist insgesamt kritisch zu bewerten. Sofern man von einem Ausschreibungsmarkt um den geförderten Glasfaserausbau und einer wettbewerblichen Strukturierung dieses Marktes ausgeht, fördert die Selbstverpflichtung der Glasfaser Nordwest diesen Wettbewerb nicht, sondern beeinträchtigt ihn. Im Rahmen der Fördergebiete ist, wie bereits dargelegt, nicht von einem umfassenden Wettbewerb der Infrastrukturanbieter auszugehen (C. III.). Scheidet nun die Glasfaser Nordwest von Beginn an als Wettbewerber aus, führt dies zum Verlust eines entscheidenden Marktteilnehmers. Fraglich ist darüber hinaus auch, ob sich die Deutsche Telekom und EWE an den Ausschreibungen beteiligen würden. Wäre dies nicht der Fall, schieden mehrere Unternehmen aus dem Wettbewerb im Ausschreibungsmarkt für den geförderten Glasfaserausbau im Kooperationsgebiet aus. Vorzugswürdig wäre die Verpflichtungszusage dahingehend zu modifizieren, dass die Glasfaser Nordwest zwar auch am geförderten Breitbandausbau partizipieren kann, aber durch die Konstruktion der Zusage daran gehindert wird, die eigene Marktmacht wettbewerbsschädigend auszunutzen. Hauptanknüpfungspunkt ist in dieser Hinsicht zwar die Konzeption des Förderprogrammes. Verbleibende Restrisiken, könnten al-

916 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Anhang Verpflichtungszusage, S. 17 ff.

917 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Anhang Verpflichtungszusage, S. 19 f.

918 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Anhang Verpflichtungszusage, S. 24 f.

lerdings mithilfe spezifischer Verpflichtungszusagen beseitigt werden. Als Vorbild könnte insoweit die Ausbauzusage dienen, die ein kollusives Zusammenwirken effektiv ausschließt.

Die Verpflichtungszusage illustriert, wie vielseitig sich das Instrument im Wettbewerbsrecht einsetzen lässt. Das behördliche Handlungsinstrumentarium beschränkt sich auf die Möglichkeit der Untersagung des Zusammenschlusses gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GWB. Durch die Verpflichtungszusagen wird es erheblich flexibilisiert. Die Möglichkeit der Untersagung des Zusammenschlusses fungiert dann gewissermaßen als Drohkulisse. Hätten die Deutsche Telekom und EWE sich nicht zu diesen weitreichenden Handlungen selbst verpflichtet, hätte das Bundeskartellamt die Fusion untersagt. Die Wirksamkeit der Handlungspflichten für den Schutz des Wettbewerbs ist differenziert zu betrachten. Wesentliche Teile der Ausbau- und Zugangszusage beseitigen nicht den Zuwachs an Marktmacht der Kooperationsunternehmen im Sinne einer Förderung des Wettbewerbs der Infrastrukturanbieter. Vielmehr wird sichergestellt, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht ausgenutzt wird und ein suffizienter Wettbewerb auf der nachgelagerten Ebene besteht. Darüber hinaus wird mit der Selbstverpflichtung zum Infrastrukturausbau ein zusätzliches Ziel verfolgt. Dieses kann zwar im Zusammenspiel mit der korrespondierenden Zugangsverpflichtung positive volkswirtschaftliche Effekte generieren. Allerdings gehört es nicht zum Kernbereich des Aufgabenspektrums der Kartellbehörden. Kritisch ist zu hinterfragen, ob sich die Abgabe von Verpflichtungszusagen im Kartellverwaltungsverfahren dazu eignet, Druck auf Unternehmen aufzubauen und Ziele zu erreichen, die nur entfernt dem eigentlichen Ziel des Verfahrens – nämlich dem Schutz des Wettbewerbs – zuzuordnen sind. Fragwürdig ist es zudem, wenn mithilfe der Verpflichtungszusagen Wettbewerber aus dem Markt gedrängt werden. Dies stärkt im Endeffekt den Wettbewerb nicht, sondern schwächt ihn signifikant. Hier wäre ein differenzierteres Vorgehen wünschenswert. Auch wenn die Grundtendenz des Bundeskartellamtes im Umgang mit der Glasfaser Nordwest positiv zu bewerten ist, bleibt im Kontext der abgegebenen Verpflichtungszusagen ein erhebliches Optimierungspotential.

3. Zwischenergebnis und Schlussfolgerungen

Während das Regulierungsrecht mit einem *numerus clausus* möglicher Maßnahmen auf spezifische Wettbewerbsprobleme zugeschnitten ist, die in Folge natürlicher Monopole entstehen, ist das Recht der Fusionskon-

trolle flexibler. Durch dieses werden auch solche Märkte geschützt, die nicht vom Regulierungsrecht erfasst werden. Das Recht der Fusionskontrolle schützt auch angrenzende Märkte und gewährleistet dort einen Wettbewerb, wo kein funktionsfähiger Wettbewerb der Infrastrukturanbieter möglich ist. Ein flexibles Mittel hierfür sind die kartellrechtlichen Verpflichtungszusagen, durch die wettbewerbliche Rahmenbedingungen verändert werden können. Sie eignen sich nicht nur dazu, Wettbewerbsdefizite zu reduzieren, sondern können sogar so ausgestaltet werden, dass mit ihnen eine Förderung des Wettbewerbs – insbesondere in den nachgelagerten Märkten – einhergeht. In der konkreten Situation der Gründung der Glasfaser Nordwest konnten mithilfe der Verpflichtungszusagen Defizite ausgeglichen werden, die durch die behördliche Regulierungspraxis geschaffen wurden. Allerdings ist kritisch zu hinterfragen, ob es sinnvoll ist, mithilfe dieses Instrumentes Ziele zu verfolgen, die nicht zum Kernbereich des kartellrechtlichen Zielspektrums gehören. Zudem sollten keine Zusagen abgegeben werden, die zum Ausstieg von Infrastrukturunternehmen aus dem Markt führen. Vielmehr sollte – trotz der Partizipation marktmächtiger Unternehmen – ein suffizienter und funktionsfähiger Wettbewerb ermöglicht werden.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Recht der Fusionskontrolle das Regulierungsrecht sinnvoll ergänzt und bestimmte Wettbewerbsdefizite differenziert und effizient adressiert. Die Beschlusspraxis des Bundeskartellamtes und die konkrete Ausgestaltung der Verpflichtungszusagen weisen jedoch Optimierungsbedarf auf.

II. Steuerungsvorgaben des Kartellverbots gemäß § 1 GWB

Das Kartellverbot findet auf alle Kooperationsvorhaben – unabhängig von ihrem Institutionalisierungsgrad – Anwendung, denen eine Vereinbarung zu Grunde liegt. Es ist insbesondere für solche Konstellationen von Relevanz, in denen der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle, beispielsweise aufgrund der Unterschreitung der Schwellenwerte, nicht eröffnet ist (B. II. 2. a.). Damit das Kartellverbot Steuerungswirkungen entfaltet, müssen im Übrigen seine Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein (dazu 1.). Sofern dies der Fall ist, besteht die Möglichkeit einer Freistellung durch die Kartellbehörden (dazu 2.). Letztlich kann die Rechtsfolge des Verbots der Vereinbarung auch mithilfe von Verpflichtungserklärungen gemäß § 32b GWB verhindert werden (dazu 3.).

1. Tatbestand des Kartellverbotes des § 1 GWB

Damit das Kartellverbot des § 1 GWB überhaupt eine Wirkung entfaltet, muss eine Vereinbarung im Sinne des Tatbestandes vorliegen.⁹¹⁹ Hiervon ist jedenfalls bei Abschluss eines Vertrages auszugehen,⁹²⁰ wobei sich aus dem Gesetz keine formalen Anforderungen hieran ergeben.⁹²¹ Es ist sogar unbeachtlich, wenn die Parteien die Vereinbarung ohne Bindungswirkung abschließen, was für einen zivilrechtlichen Vertrag jedoch zwingend erforderlich wäre.⁹²² Beim kooperativen Glasfaserausbau ist aufgrund der hohen Investitionsvolumina davon auszugehen, dass die Parteien einen ordnungsgemäßen Vertrag abschließen, in dem sie die Rahmenbedingungen des Kooperationsvorhabens umfassend vereinbaren, oder zumindest eine wie auch immer geartete Vereinbarung treffen. Für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens muss sogar ein Joint-Venture-Vertrag geschlossen werden, der in jedem Fall eine Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB darstellt.⁹²³

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob mit der Vereinbarung eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung einhergeht.⁹²⁴ Die hierfür erforderliche Marktabgrenzung, wird durch das Bundeskartellamt einheitlich wie bei der Fusionskontrolle durchgeführt (C. II.). Die identifizierbaren Wettbewerbsbeschränkungen entsprechen ebenfalls der Untersuchung im Rahmen der Fusionskontrolle. Die Tatbestandsvoraussetzungen decken sich insoweit (E. I.).

919 BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, S. 14.

920 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 1 GWB, Rn. 31.

921 Weiterführend hierzu *Kühling*, in: Leupold/Glossner (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 7, Rn. 253.

922 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, § 1 GWB, Rn. 31.

923 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 28.

924 Weiterführend hierzu *Kühling*, in: Leupold/Glossner (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 7, Rn. 255 ff.; vgl. auch BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, S. 22 f.

2. Freistellung vom Kartellverbot gemäß § 2 GWB

Gemäß § 2 GWB können bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vom Kartellverbot freigestellt werden.⁹²⁵ Das Gesetz knüpft die Freistellung an „zwei positive und zwei negative Voraussetzungen.“⁹²⁶ So ist es gemäß § 2 GWB auf der einen Seite erforderlich, dass die Vereinbarung „zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“ beiträgt (dazu a.) und das Vorhaben „unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“ erfolgt (dazu b.). Auf der anderen Seite dürfen „den beteiligten Unternehmen [keine] Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GWB, dazu c.). Zudem darf mit der Vereinbarung keine Ausschaltung des Wettbewerbs ermöglicht werden (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 GWB, dazu ebenfalls c.). Sind die Anforderungen kumulativ erfüllt,⁹²⁷ werden die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb durch positive Effekte für die Verbraucher ausgeglichen.⁹²⁸ Dabei ist jeweils jeder Markt für sich genommen zu überprüfen.⁹²⁹

a) Ausbaukooperation und Effizienzgewinn

Die erste positive Voraussetzung, die für eine kartellrechtliche Freistellung erforderlich ist, ist ein Effizienzgewinn. Auf Basis dieses Kriteriums sollen „die durch die Vereinbarung geschaffenen objektiven Vorteile und die wirtschaftliche Bedeutung der Effizienzgewinne ermittelt werden.“⁹³⁰ Insbesondere muss zwischen den objektiv nachprüfbaren Effizienzgewinnen und der Vereinbarung ein Kausalzusammenhang bestehen.⁹³¹

925 Weiterführend hierzu Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (Bekanntmachung 2004/C 101/08), Abl. C 101/97 v. 27.4.2004. Die Freistellung ist nur dann erforderlich, wenn die Vereinbarung zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, Leitlinien Freistellung Kartellverbot, Rn. 40. Die Leitlinien können an dieser Stelle als Quelle genutzt werden, da das Kartellverbot des unionalen und nationalen Wettbewerbsrechts insoweit übereinstimmen. Dies gilt auch für die folgenden Nachweise.

926 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 34.

927 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 42.

928 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 34.

929 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 43.

930 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 50.

931 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 53.

Die Komplexität des Nachweises der vorgenannten Kriterien, lässt sich anhand des Beispiels der Glasfaser Nordwest exemplifizieren. Die Muttergesellschaften des Unternehmens führten verschiedene Argumente für Effizienzgewinne an. So komme es zu Einsparungen von Kosten,⁹³² einer Teilung des Investitionsrisikos⁹³³ und einer Senkung des Auslastungsrisikos.⁹³⁴ Alle potentiellen Effizienzgewinne konnten jedoch nicht substantiiert nachgewiesen werden.⁹³⁵ Das Bundeskartellamt führte aus, dass gerade die Risiken zu einem großen Teil auf die Unsicherheiten hinsichtlich der Entwicklung der Nachfrage zurückzuführen seien. Dies könne nicht positiv durch die Kooperation beeinflusst werden.⁹³⁶ Auch die bloße Existenz einer Arbeitsgemeinschaft reiche für einen Effizienzgewinn noch nicht aus.⁹³⁷

Alternativ könnten sich die Effizienzgewinne auch aus der Vermeidung eines Überbaus ergeben.⁹³⁸ In der Literatur wird angeführt, dass sich Konstellationen ergeben könnten, in denen der Ausbau erst durch das Eingehen eines Kooperationsvorhabens wirtschaftlich tragfähig werde.⁹³⁹ Ein diesbezüglicher Kausalzusammenhang müsste jedoch hinreichend substantiiert nachgewiesen werden. Dies ist eher bei punktuellen Ausbauvorhaben als bei Kooperationsvorhaben in einem umfassenden Kooperationsgebiet denkbar. Je größer das Kooperationsgebiet ist, desto eher ist davon auszugehen, dass auch ein paralleler Ausbau durch konkurrierende Anbieter wirtschaftlich tragfähig wäre. Ein substantiiertes Nachweis des Kausalzusammenhangs wird jedenfalls bei zunehmender Größe des Kooperationsgebietes schwieriger.

932 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 98 ff.

933 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 101 ff.

934 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 104 ff.

935 Zu den diesbezüglichen Anforderungen BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, S. 25.

936 BKartA, Beschl. v. 4.12.2019, Az. B 7–21/18, Rn. 102.

937 BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, S. 19.

938 *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 559; *Kübling/Heimeshoff/Schall*, K&R Beihefter 1/2010, S. 1, 23 f.

939 *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 559.

b) Verbraucherwohlfahrt

Nur wenn kausal auf die Vereinbarung rückführbare Effizienzgewinne substantiiert durch die Beteiligten dargelegt werden, kommt es überhaupt auf eine Förderung der Verbraucherwohlfahrt durch das Kooperationsvorhaben an. Insoweit enthält die Entscheidung zur Gründung der Glasfaser Nordwest keine Ausführungen. Würde man einen Effizienzgewinn jedoch nachweisen, wäre eine vertiefte Auseinandersetzung mit der korrespondierenden Verbraucherwohlfahrt erforderlich.⁹⁴⁰ Der Begriff des „Verbrauchers“ ist in diesem Kontext so weit zu verstehen, dass er im Sinne der „Gesamtwohlfahrt“ zu interpretieren ist.⁹⁴¹ Von einer „angemessenen Beteiligung“ ist auszugehen, wenn jedenfalls die Nachteile durch die Verminderung des Wettbewerbs ausgeglichen werden.⁹⁴² Sofern Effizienzgewinne durch die Vermeidung von Überbau dargelegt werden, müssen diese an die Verbraucher weitergegeben werden, etwa durch die Senkung der Preise für Vorleistungs- oder Endkundenprodukte.⁹⁴³ Sofern ein komplementärer Ausbau, also ein Ausbau der Unternehmen jeweils in unterschiedlichen Regionen mit wechselseitigen Zugangsgewährungen, erfolgen würde, könnte auch die Auswahl der Kunden erweitert werden.⁹⁴⁴ Es ist in dieser Hinsicht jedoch darauf hinzuweisen, dass mit dieser Ausweitung mannigfaltige weitere Gefahren für den Wettbewerb einhergehen.⁹⁴⁵

c) Negative Freistellungsvoraussetzungen

Die Vereinbarung in ihrer Gesamtheit und alle ihre Einzelbestandteile müssen für die Effizienzgewinne unbedingt erforderlich sein.⁹⁴⁶ Insoweit besteht ein enger Zusammenhang mit ihnen (E. II. 2. a.). Ist es schon schwierig, diese substantiiert darzulegen, so ist es umso schwieriger, die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung für deren Generierung darzutun.

940 Umfassend hierzu BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, S. 26; *Kübling/Heimeshoff/Schall*, K&R Beihefter 1/2010, S. 1, 24.

941 So *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 559.

942 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 85.

943 Hierzu weiterführend *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 559.

944 *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 559.

945 *Kübling*, WuW 2019, S. 555, 559.

946 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 73.

Der Wettbewerb in wesentlichen Teilen des Marktes darf zu guter Letzt nicht vollständig ausgeschlossen werden.⁹⁴⁷ Der Gesetzgeber stellt insoweit klar, dass die Freistellung nicht dazu führen darf, dass der Wettbewerb im jeweiligen Markt vollständig zum Erliegen kommt.

d) Zwischenergebnis

Unter strengen Voraussetzungen können Kooperationsvorhaben, die den Wettbewerb in den jeweiligen Märkten beeinträchtigen, vom Kartellverbot freigestellt sein. Die Anforderungen an die Freistellung sind jedoch nicht einfach zu erfüllen. Bereits die substantiierte Darlegung von Effizienzvorteilen, für welche die Vereinbarung unerlässlich ist, stellt die betroffenen Unternehmen vor große Herausforderungen. Im Rahmen der Gründung der Glasfaser Nordwest haben die Argumente der Senkung der Ausbaurkosten sowie der Reduktion der Risiken für Investitionen und Auslastung der Infrastruktur, die in der Regel zur Rechtfertigung von Kooperationsvorhaben herangezogen werden, aus Sicht des Bundeskartellamts nicht ausgereicht. Es bleibt zu beobachten, ob die Verhinderung des Überbaus in künftigen Verfahren als Effizienzgewinn ausreicht und hinreichend substantiiert dargelegt werden kann. Dies wird eher für punktuelle Ausbaurvorhaben als für große Kooperationsgebiete gelingen. Eine regionale Marktabgrenzung erhöht ebenfalls die Komplexität.

3. Verpflichtungszusage

Sofern es den Unternehmen nicht gelingt, die Freistellungsvoraussetzungen substantiiert darzulegen, können sie auf Verpflichtungszusagen gemäß § 32b GWB zurückgreifen (E. I. 2.). Auf diese Weise können die drohenden Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Selbstverpflichtungen beseitigt werden. Die Kartellbehörde hat die Möglichkeit dazu, die Verpflichtungszusage gemäß § 32b Abs. 1 S. 1 GWB für bindend zu erklären und damit die Wettbewerbsbedingungen zu verändern. Hierdurch entfallen die Voraussetzungen und es muss nicht das Verbot der Vereinbarung auf Grundlage des § 1 GWB ausgesprochen werden (E. I. 2.).

947 Bekanntmachung 2004/C 101/08, Rn. 105; *Kühling*, WuW 2019, S. 555, 560; *Kühling/Heimeshoff/Schall*, K&R Beihefter 1/2010, S. 1, 24.

4. Ergebnis und Schlussfolgerungen

Neben den Voraussetzungen der Fusionskontrolle der §§ 36 ff. GWB muss sich das Kooperationsvorhaben auch mit § 1 GWB vereinbaren lassen, sofern die Vereinbarung nicht kartellrechtsneutral ist. Die Schutzstandards entsprechen sich weitgehend. Die Prüfung des Kartellverbots ist insbesondere für solche Konstellationen von Relevanz, in denen keine Fusion im Sinne der §§ 36 ff. GWB vorliegt. Sofern die Anwendungsvoraussetzungen beider Regelungsregime zugleich eröffnet sind, laufen die Regelungen in weiten Teilen auf dieselben Schlussfolgerungen hinaus. Wenn jedoch Fusionskontrollrecht und Regulierungsrecht keine Anwendung finden, können alle Funktionen vollständig durch das Kartellverbot ausgeglichen werden. Durch die parallele Anwendbarkeit aller Regelungsregime wird mithin sichergestellt, dass der Wettbewerb in jeder potentiellen Ausgestaltungs-konstellation hinreichend geschützt wird.

F. Fazit und Ausblick

Kooperationen können den Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen auch in solchen Gebieten ermöglichen, in denen unter normalen wirtschaftlichen Bedingungen keine Ausbauvorhaben erfolgen würden. Verschiedene Risikofaktoren von Investitionen werden durch eine Zusammenarbeit erheblich reduziert, sodass der Ausbau betriebswirtschaftlich sinnvoll werden kann. Die Motivlage für Unternehmen, um sich am Ausbau zu beteiligen, ist entsprechend gemischt und unterschiedlich. Hieraus folgt, dass sich Kooperationsvorhaben sehr vielfältig ausgestalten lassen.

Das resultierende Missbrauchsrisiko wird durch das Wettbewerbsrecht adressiert. Zu beachten sind in dieser Hinsicht das Regulierungsrecht, das Recht der Fusionskontrolle und das Kartellverbot. Die Regelungsregime sind dann parallel anwendbar, wenn das Vorhaben einen hohen Institutionalisierungsgrad in Form der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens aufweist, sich ein marktmächtiges Unternehmen an dem Vorhaben beteiligt und eine bestimmte Umsatzschwelle überschritten wird. Entfallen einzelne dieser Voraussetzungen, sind die betreffenden Vorgaben nicht anwendbar. Aufgrund der umfassenden Parallelen der Regelungsmaterien folgt aus der Unanwendbarkeit jedoch kein Schutzdefizit. Basis für die unterschiedlichen Maßnahmen bildet eine Abgrenzung der tangierten Märkte, die jeweils nach demselben Prinzip erfolgt. Während durch das Regulierungsrecht allerdings nur Märkte aus dem Telekommunikationssektor

geschützt werden, verfolgt das Kartellrecht einen breiteren Ansatz. So werden etwa auch Märkte beobachtet, die nur indirekt dem Telekommunikationssektor zuzuordnen sind, für den Ausbau von Glasfaserinfrastrukturen allerdings eine wichtige Rolle spielen. Hervorzuheben ist in dieser Hinsicht der Ausschreibungsmarkt für den geförderten Breitbandausbau. Die räumliche Abgrenzung der Märkte weist hingegen Unterschiede auf. Während die Bundesnetzagentur Märkte in der Regel national abgrenzt, verfolgt das Kartellrecht einen regionalen Ansatz. Wird die Kooperation auf ein bestimmtes Gebiet begrenzt, lassen sich die Auswirkungen des Vorhabens auf den Wettbewerb am besten lokal begrenzt untersuchen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, auch im Regulierungsrecht lokale Submärkte abzugrenzen.

Das Regulierungsrecht für Kooperationsvorhaben wurde durch den EKEK umfassend aktualisiert. Grundsätzlich gilt, dass Gemeinschaftsunternehmen, die einen Zusammenschlusstatbestand des GWB erfüllen und an denen ein marktmächtiges Unternehmen beteiligt ist, gemäß § 3 Nr. 29 TKG von dessen regulatorischen Verpflichtungen erfasst werden. Hierbei kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens an; § 3 Nr. 29 TKG ist dementsprechend nicht teleologisch zu reduzieren. Reguliert werden auch solche Vorhaben, bei denen ein marktmächtiges Unternehmen entsteht. Privilegierungsmöglichkeiten sieht Art. 76 EKEK in Verbindung mit Art. 79 EKEK durch die Abgabe von Verpflichtungszusagen vor. Der Rechtsrahmen bedarf keiner weitergehenden Aktualisierung. Er steigert die Attraktivität von Kooperationsvorhaben zumindest ein wenig, ohne die Missbrauchsrisiken zu ignorieren. Eine Optimierung könnte durch die Regionalisierung der Regulierung erfolgen, die jedoch ökonomisch sinnvoll sein müsste. Ein entscheidendes Manko ist, dass das Regulierungsrecht erst dann eingreift, wenn bereits ein Netz besteht. Nur dann können Zugangs- und Entgeltverpflichtungen ihre Wirkung entfalten. Hierdurch wird jedoch nicht der Infrastrukturausbauwettbewerb geschützt. Diese Lücke wird durch das Recht der Fusionskontrolle und das Kartellverbot geschlossen, die auch diesen Wettbewerb in den Blick nehmen. Durch die Drohkulisse, die durch die Möglichkeit der Untersagung der Kooperation entsteht, werden die Unternehmen dazu motiviert, umfassende Verpflichtungszusagen abzugeben. Diese können so eingesetzt werden, dass der Wettbewerb durch das Kooperationsvorhaben nicht gefährdet, sondern sogar gefördert wird. Dabei dürfen diese jedoch nicht für solche Ziele instrumentalisiert werden, die nicht zum Telos des Wettbewerbsrechts gehören. Sollten sowohl das Regulierungsrecht als auch das

Fusionskontrollrecht keine Anwendung finden, kann das Kartellverbot die Funktion der beiden Rechtsregime übernehmen.

Die Regelungsmaterien greifen also wie Zahnräder ineinander und schützen den Wettbewerb auf diese Weise umfassend. Wird normalerweise davon ausgegangen, dass das Regulierungsrecht dann Anwendung findet, wenn das Kartellrecht keinen ausreichenden Schutz bietet, liegt die Situation beim Umgang mit Kooperationsvorhaben anders. Das Regulierungsrecht für sich genommen ist keine suffiziente Antwort auf die Wettbewerbsgefahren, die aus Kooperationsvorhaben erwachsen. Nur durch die Kombination der einzelnen Rechtsbereiche wird ein umfassender Schutz des Wettbewerbs sichergestellt.