

# N&R

## Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,  
Verkehr und andere Netzwirtschaften

5/2020

S. 193–256

17. Jahrgang

Herausgegeben von  
Achim Berg  
Wilhelm Eschweiler  
Peter Franke  
Andrees Gentzsch  
Martin Henke  
Jochen Homann  
Alexander Kirschall  
Wolfgang Kopf  
Stephan Korehnke  
Matthias Kurth  
Barbara Minderjahn  
Jochen Mohr  
Andreas Mundt  
Birgit Ortlieb  
Stefan Richter  
Franz Jürgen Säcker  
Geschäftsführender  
Herausgeber  
Christian Koenig  
Schriftleitung  
Institut für das Recht  
der Netzwirtschaften,  
Informations- und  
Kommunikations-  
technologie (IRNIK)  
www.nundr.net

- |   |     |
|---|-----|
| ■ <i>Alois Rainer</i><br>Ein Takt für die Schiene   | 193 |
| ■ <i>Konstantina Bourazeri</i><br>Rechtliche und ökonomische Grundlagen<br>des generellen sektoralen<br>Produktivitätsfaktors gemäß § 9 ARegV             | 194 |
| ■ <i>Bernhard Kreße</i><br>Die beihilferechtliche Bewertung von<br>umlagebasierten Maßnahmen zur<br>Förderung erneuerbarer Energien                       | 202 |
| ■ <i>Andreas Neumann/Jörn Sickmann</i><br>Erweiterte marktmachtunabhängige<br>(„symmetrische“) Zugangsverpflichtungen<br>im neuen Telekommunikationsrecht | 208 |
| ■ <i>Lothar H. Fiedler/Lorenz Wachinger</i><br>Das Recht des straßengebundenen<br>Verkehrs in den Jahren 2019/2020  | 220 |
| ■ <i>Urs Kramer</i><br>Die Entwicklung des Eisenbahnrechts<br>in den Jahren 2019/2020   | 226 |

Insgesamt ist ein Paradigmenwechsel hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit von umlagebasierten Maßnahmen zur Förderung erneuerbarer Energien auch bei Unanwendbarkeit der Beihilferegeln daher nicht ersichtlich. Freilich sind Fördermaßnahmen im Bereich erneuerbarer Energien nicht aufgrund der Richtlinie genehmigungsbedürftig und entfällt

jedenfalls das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV; allerdings ist gemäß Rn. 20 der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen auch bei Anwendung der Leitlinien eine Anmeldung von Beihilfen, die bestimmte Schwellenwerte nicht überschreiten, nicht erforderlich, sofern die Beihilfe auf Grundlage einer Ausschreibung gewährt wird.

Andreas Neumann und Prof. Dr. Jörn Sickmann\*

## Erweiterte marktmachtunabhängige („symmetrische“) Zugangsverpflichtungen im neuen Telekommunikationsrecht

*Mit der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) wurde das Regulierungsinstrumentarium der Marktregulierung auch jenseits der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung ausgebaut. Angesprochen sind damit insbesondere die erweiterten Zugangsverpflichtungen, die nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex künftig Betreibern unabhängig von deren Marktmacht – aber auf Grundlage ihrer Verfügungsmacht über schwer zu replizierende Infrastrukturelemente – auferlegt werden können. Der folgende Beitrag führt in die richtlinienrechtlichen Vorgaben für diese neue Form der marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung ein, die auch Gegenstand des novellierten TKG werden wird.*

### I. Einleitung

Die telekommunikationsrechtliche Marktregulierung zielt in erster Linie auf die Identifikation regulierungsbedürftiger Märkte (durch den sog. „Drei-Kriterien-Test“ und die Feststellung beträchtlicher Marktmacht), um das hierin zum Ausdruck kommende Wettbewerbsproblem durch die Auferlegung geeigneter Vorabverpflichtungen zu kompensieren, mit denen das Verhalten des marktmächtigen Unternehmens ex ante in wettbewerbskonformer Weise gesteuert wird. Diese marktmachtabhängige bzw. „asymmetrische“ (weil allein das marktmächtige Unternehmen belastende) Regulierung, die auf dem komplexen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren beruht, steht auch im Kommunikationskodex weiterhin im Fokus der Marktregulierung und wird dort gegenüber der bisherigen Rechtslage noch zusätzlich ausdifferenziert.<sup>1</sup>

Schon bisher griff die Marktregulierung aber über diesen Bereich hinaus und hielt die Möglichkeit vor, auch außerhalb des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens bestimmten Unternehmen unabhängig von deren Marktmacht spezifische („symmetrische“<sup>2</sup>) Verpflichtungen aufzuerlegen, um hierüber Gemeinwohlinteressen im volkswirtschaftlich besonders bedeutsamen Telekommunikationssektor wahren zu können. Dies betraf vor allem die in § 18 TKG vorgesehenen Verpflichtungen gegenüber Teilnehmernetzbetreibern, mit denen der sog. Ende-zu-Ende-Verbund gewährleistet werden sollte. Nicht zuletzt durch die Definition netzbezogener Anrufzustellungsmärkte mit der Folge beträchtlicher Marktmacht aller Teilnehmernetzbetreiber für die betreffenden Terminierungsleistungen und der diesbezüglichen Anwendbarkeit der marktmachtabhängigen Regulierung blieb diese Vorschrift allerdings bislang ohne nennenswerte praktische Relevanz.

Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex sieht nun jedoch die Möglichkeit der Auferlegung weitergehender Zugangsverpflichtungen unabhängig vom System der Marktdefinition und -analyse vor.

Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex bezieht sich dabei auf den Zugang zu Verkabelungen und zugehörigen Einrichtungen in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt,<sup>3</sup> sofern dieser außerhalb des Gebäudes liegt. Wäre eine Replizierung dieser Netzbestandteile wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich, können die nationalen Regulierungsbehörden Betreibern elektronischer Kommunikationsnetze oder den Eigentümern der betreffenden Einrichtungen diesbezügliche Zugangsverpflichtungen auferlegen.<sup>4</sup> Diese Befugnis knüpft an die Regelung an, die bisher außerhalb des Systems der (zugangsbezogenen) Marktregulierung durch die „Bessere Regulierung“-Richtlinie 2009/140/EG in Art. 12 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG geschaffen worden war.<sup>5</sup> Jene Vorschrift war in Deutschland zunächst in § 77a

\* Der Beitrag geht auf eine Kurzstudie zurück, die von den Verfassern als Teil eines interdisziplinären Teams im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) angefertigt wurde, und gibt allein die persönliche Auffassung der Verfasser wieder. Dank gilt Herrn Dr. André Wiegand von Goldmedia für die Zusammenarbeit und den Gedankenaustausch in diesem Projekt.

1 Siehe hierzu überblicksartig Neumann, N&R 2018, 204; 2016, 262.

2 Die gängige Differenzierung zwischen „symmetrischen“ und „asymmetrischen“ Zugangsverpflichtungen ist bei Lichte betrachtet irreführend, da auch eine „symmetrische“ Zugangsverpflichtung asymmetrisch nur zulasten eines Teils der Marktteilnehmer – im Falle von § 18 TKG etwa zulasten der Teilnehmernetzbetreiber – wirkt, siehe Neumann/Sickmann/Alkas/Koch, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 160 ff. Dementsprechend bezeichnet „symmetrisch“ in diesem Zusammenhang nichts anderes als den Umstand, dass die Regulierung unabhängig von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht ist, siehe Holdampf-Wendel/Elkettani, in: Säcker, TKG, 3. A., 2013, Vor § 9 Rn. 32.

3 Dieser Punkt ist von der betreffenden nationalen Regulierungsbehörde festzulegen, auf der Grundlage entsprechender Kriterien, die vom Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) in Form von Leitlinien bis zum 21.12.2020 zu veröffentlichen sind (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 5 lit. a des Kommunikationskodex).

4 Während der Wortlaut der Vorschrift insoweit nicht völlig eindeutig ist, ergibt sich aus Sinn und Zweck der Vorschrift sowie aus Erwägungsgrund 152 des Kommunikationskodex und dem historischen Regelungsvorbild in Art. 12 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, dass Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex nicht zwei voneinander unabhängige Verpflichtungsmöglichkeiten, sondern einen einheitlichen Befugnisatbestand enthält.

5 Nach der Entsprechungstabelle in Anhang XIII des Kommunikationskodex soll Art. 12 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG zwar Art. 61 Abs. 2 des Kodex entsprechen. Diese – auch in anderen Sprachfassungen enthaltene – Zuschreibung ist jedoch offensichtlich fehlerhaft, zumal Art. 61 Abs. 2 des Kodex die bisher in Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG enthaltene Regelung fort-schreibt, so dass hier von einem Redaktionsfehler auszugehen ist.

TKG<sup>6</sup> und später dann im Kontext der kostensenkungsrechtlichen (DigiNetzG-) Vorschriften in § 77k Abs. 2 und 3 TKG<sup>7</sup> mitumgesetzt worden. Hieran soll ausweislich einer öffentlich bekanntgewordenen inoffiziellen Entwurfsfassung für das neue TKG (TKMoG-TKG-RefE)<sup>8</sup> auch nach Überführung der richtlinienrechtlichen Grundlage in den Kontext der Marktregulierung wegen der Überschneidungen mit der fortbestehenden Kostensenkungsregulierung festgehalten werden (§ 138 Abs. 2 und 3 TKMoG-TKG-RefE). Hierzu soll die in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex vorgesehene Verpflichtungsermächtigung in § 141 Abs. 7 TKMoG-TKG-RefE anknüpfend an die bisher schon gegebene Streitbeilegungsbefugnis (§ 77n Abs. 6 TKG, § 141 Abs. 6 TKMoG-TKG-RefE) umgesetzt werden.

Handelt es sich bei Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex um eine Vorschrift, mit welcher letzten Endes der Zugang zu gebäudeinternen Anlagen ermöglicht werden soll,<sup>9</sup> führt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kodex demgegenüber zu einer bisher im Richtlinienrecht so nicht angelegten Ergänzung des regulatorischen Instrumentenkastens. Der Kodex bezeichnet die hierüber möglichen Eingriffe als „erweiterte Zugangsverpflichtungen“.<sup>10</sup> Ihre Voraussetzungen und Grenzen sowie einige zentrale Auslegungsfragen sollen im Folgenden näher diskutiert werden.

## II. Tatbestand und Rechtsfolgen der erweiterten Zugangsverpflichtungen im Überblick

### 1. Tatbestand

Als Voraussetzung für die Auferlegung einer erweiterten Zugangsverpflichtung muss die nationale Regulierungsbehörde „gegebenenfalls unter Berücksichtigung der sich aus einschlägigen Marktanalysen ergebenden Verpflichtungen zu dem Schluss [gelangen], dass die gemäß Unterabsatz 1 auferlegten Verpflichtungen nicht ausreichen, um die beträchtlichen und anhaltenden wirtschaftlichen oder physischen Hindernisse für eine Replizierung zu beseitigen, die einer bestehenden oder sich abzeichnenden Marktsituation, bei der die Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer erheblich beeinträchtigt werden, zugrunde liegen“ (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex). Es muss also um die Beseitigung oder Vermeidung von „erheblichen Wettbewerbsproblemen oder Marktversagen auf Endkundenebene zum Nachteil der Endnutzer“ gehen.<sup>11</sup> Insoweit kann zwischen zwei Aspekten unterschieden werden, die kumulativ erfüllt sein müssen:

Zum einen muss aus wirtschaftlichen oder physischen Gründen zu erwarten sein, dass weitere Anbieter bestimmte Teilnehmer nicht durch die Errichtung eigener Netzinfrastruktur erschließen werden. Die betreffenden Teilnehmer müssen also faktisch auf eine Versorgung über die vorhandene Netzinfrastruktur angewiesen sein. Deren Betreiber erlangen durch diese Replizierbarkeitshindernisse damit eine marktmachtähnliche Verfügungsgewalt über den Netzanschluss, die potentiell mit entsprechenden Verhaltensspielräumen einhergeht. Diese Verhaltensspielräume dürfen auch weder durch die marktmachtabhängige Regulierung noch durch gebäudebezogene Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex in ausreichendem Maße beschränkt werden können.

Das allein reicht aber noch nicht aus, um eine erweiterte Zugangsverpflichtung aufzuerlegen. Vielmehr muss sich zum anderen eine Marktsituation auch zumindest abzeichnen, bei der sich tatsächlich erhebliche Nachteile für die Endnutzer gegenüber einer wettbewerblichen Situation ergeben, in welcher die Verhaltensspielräume der Netzbetreiber also durch den Wettbewerb hinreichend kontrolliert würden. Hierfür wird

es gewisser Anhaltspunkte bedürfen, etwa in Form erfolgter oder angekündigter Anschlusspreiserhöhungen entgegen der allgemeinen Preisentwicklung für entsprechende Anschlussprodukte (oder durch eine entgegen der allgemeinen Entwicklung unterbleibende oder im Vergleich hierzu zumindest deutlich gedämpfte Preissenkung).

Ob diese beiden Voraussetzungen gegeben sind, hängt von einer Vielzahl komplexer wirtschaftlicher Einschätzungen und vor allem Prognosen ab. Dementsprechend weist bereits der Wortlaut von Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex auf eine diesbezügliche Einschätzungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörde hin, die nämlich zu einem entsprechenden „Schluss“ gelangen muss. Ein solcher behördlicher Letztentscheidungsspielraum, der sich auf die Voraussetzungen für eine behördliche Handlungsermächtigung bezieht, ist in den Kategorien des deutschen Verwaltungsrechts der Sache nach ein Beurteilungsspielraum.

### 2. Rechtsfolge

Kommt die nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss, dass unter Berücksichtigung der marktmachtabhängigen Regulierung einfache (gebäudebezogene) Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex nicht ausreichen, kommt ihr ein (Regulierungs-) Ermessen zu, eine erweiterte Zugangsverpflichtung i. S. v. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kodex aufzuerlegen (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 und 3 des Kommunikationskodex: „kann“ und „können“).

Solche erweiterten Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex zeichnen sich dadurch aus, dass sie „sich über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt hinaus bis zu einem Punkt erstrecken, den [die nationale Regulierungsbehörde] als den den Endnutzern am nächsten gelegenen Punkt bestimmt, bei dem es möglich ist, effizienten Zugangsnachfragern auf wirtschaftlich tragfähige Weise eine ausreichende Anzahl an Endnutzeranschlüssen bereitzustellen“ (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex). Zugangsnachfrager müssen ihr Netz also nicht bis in die unmittelbare Nähe der Gebäude oder sogar bis in die Gebäude hinein ausrollen, um den Bewohnern eigene Anschlussprodukte anbieten zu können. Angesichts des Umstands, dass gerade mit der Erschließung der „letzten Meile“ erhebliche Netzausbaukosten verbunden sind, kann es diese Erweiterung anderen Netzbetreibern erheblich erleichtern, den potentiellen neuen Teilnehmern (zugangsbasierte) Anschlussangebote zu unterbreiten. Aus umgekehrter Perspektive führen die erweiterten Zugangsverpflichtungen zu entsprechend stärkerem Wettbewerbsdruck zulasten derjenigen Betreiber, welche die betreffenden Gebäude mit ihrer eigenen Netzinfrastruktur erschlossen haben.

Die erweiterten Zugangsverpflichtungen müssen dabei nicht auf eine Bereitstellung des „blanken Drahts“, also auf eine exklusive Vermietung der physischen (Glasfaser-) Anbindung der einzelnen Teilnehmeranschlüsse, zielen. Vielmehr können

6 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/5707, 43, 78.

7 Zum insoweit über die Vorgaben der Kostensenkungsrichtlinie 2014/61/EU hinausgehenden Regelungsgehalt siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8332, 28, 54.

8 Dieser inoffizielle Referentenentwurf für ein Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKMoG) ist abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2020/so-soll-das-recht-auf-schnelle-internetanschluesse-aussehen/> (zuletzt abgerufen am 4.7.2020).

9 Diese Verpflichtungsmöglichkeit reicht nur ausnahmsweise über das Gebäude hinaus, sofern dies erforderlich ist, um über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt Zugriff auf die gebäudeinterne Verkabelung zu erlangen.

10 Erwägungsgrund 154 S. 7 des Kommunikationskodex.

11 Erwägungsgrund 154 S. 4 des Kommunikationskodex.

auch aktive oder virtuelle Zugangsverpflichtungen auferlegt werden, falls „dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist“ (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 3 des Kommunikationskodex). Damit ist insbesondere auch ein Bitstromzugang möglich, der Übertragungsleistungen des verpflichteten Betreibers (und entsprechend höhere Wertschöpfungsmöglichkeiten) umfasst. Das wird insbesondere in den (praktisch wohl bedeutsamen) Fällen anzunehmen sein, in denen der Zugang zu passiven Netzkomponenten wirtschaftlich unrentabel wäre,<sup>12</sup> weil hiermit ein deutlich höherer Investitionsaufwand des Zugangsnachfragers verbunden wäre, der dann nämlich selbst entsprechende Übertragungstechnik errichten müsste.

Potentielle Zugangsverpflichtete dürften ausschließlich Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze sein, wie sich aus Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 des Kommunikationskodex ergibt. Anders als die gebäudebezogenen Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex können erweiterte Zugangsverpflichtungen also nicht den Eigentümern zugehöriger Einrichtungen (wie Leerrohre, Masten usw.) auferlegt werden, wenn diese nicht auch Netzbetreiber sind.<sup>13</sup>

Die erweiterten Zugangsverpflichtungen sind nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex zu „fairen und angemessenen Bedingungen“ aufzuerlegen. Sowohl die erweiterten Zugangsverpflichtungen als auch die hierfür vorgesehenen Bedingungen müssen überdies „objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sein“ (Art. 61 Abs. 5 S. 1 des Kommunikationskodex), was freilich letzten Endes mit Blick auf hoheitlich auferlegte Verpflichtungen rechtsstaatliche Selbstverständlichkeiten sind.

### 3. Ausnahmen

Die Befugnis zur Auferlegung von erweiterten Zugangsverpflichtungen wird durch Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 des Kommunikationskodex für zwei bedeutsame Konstellationen beschränkt.

Zum einen dürfen derartige Verpflichtungen solchen Betreibern nicht auferlegt werden, die reine Vorleistungsanbieter i. S. v. Art. 80 Abs. 1 des Kommunikationskodex<sup>14</sup> sind (oder für die von der nationalen Regulierungsbehörde eine entsprechende Ausnahmemöglichkeit vorgesehen wird). Dies gilt jedoch nur, wenn diese Betreiber durch die Gewährung von Zugang zu einem Netz mit sehr hoher Kapazität zu fairen, nicht diskriminierenden und angemessenen Bedingungen einen tragfähigen und vergleichbaren alternativen Zugangsweg zu den Endnutzern zur Verfügung stellen (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 lit. a des Kommunikationskodex). Im Wege einer Rückausnahme erlaubt Art. 61 Abs. 3 UAbs. 4 des Kommunikationskodex allerdings auch gegenüber solchen Betreibern die Auferlegung erweiterter Zugangsverpflichtungen, wenn das betreffende Netz mit öffentlichen Mitteln finanziert wird. Stellen Betreiber potentiellen Zugangsnachfragern von sich aus einen tragfähigen alternativen Zugang zu den Endnutzern zu fairen, nicht diskriminierenden und angemessenen Bedingungen zur Verfügung, wird die Auferlegung entsprechender Zugangsverpflichtungen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten indes ohnehin zumindest einer spezifischen Begründung bedürfen.

Ausgeschlossen ist die Auferlegung erweiterter Zugangsverpflichtungen zum anderen aber auch, wenn sie „die wirtschaftliche oder finanzielle Tragfähigkeit des Aufbaus neuer Netze insbesondere im Rahmen kleiner lokaler Projekte<sup>15</sup> gefährden würde“ (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 lit. b des Kommunikationskodex). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass solche Netzausbauprojekte oftmals auf einer Kalkulation beruhen, die bestimmte Einnahmen durch Endkundenentgelte

umfasst, welche gefährdet wären, wenn (erst) durch die Auferlegung erweiterter Zugangsverpflichtungen nunmehr andere Anbieter die Endkunden des ausbauenden Betreibers abwerben könnten. Insoweit besteht freilich eine starke Wechselwirkung zwischen den Bedingungen der erweiterten Zugangsverpflichtungen und der drohenden Entwertung der Investitionen des (potentiellen) Zugangsverpflichteten: Je höher die Zugangsentgelte bemessen sind, desto leichter wird es dem Netzbetreiber fallen, seine Investitionen auch allein durch Einnahmen aus Vorleistungsentgelten zu refinanzieren, zumal so etwaige Vertriebskosten (Kundenservice usw.) entfallen.

### 4. Verfahren

Die einfachen (gebäudebezogenen) Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex werden nur „auf angemessenen Antrag“ auferlegt. Jedenfalls dem Wortlaut nach betrifft dieses Antragsrecht – anders als bei Zugangsverpflichtungen nach Art. 73 des Kodex – nicht erst die nachgelagerte Ebene der Zugangsgewährung, sondern bereits die grundlegende Ebene der Entscheidung über die Auferlegung der Verpflichtung zur Zugangsgewährung selbst. Ein solches Antragsersfordernis wäre eine systematische Besonderheit, die für die anderen marktmachtunabhängigen Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 2 und 4 des Kommunikationskodex nicht vorgesehen ist. Es würde auch von dem historischen Regelungsvorbild für Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex abweichen, da Art. 12 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG nicht antragsabhängig war. Ob dies der Regelungsabsicht des Richtliniensetzgebers entspricht, ist zweifelhaft, da die einschlägigen Erwägungsgründe (152, 154 und 155) kein Antragsrecht erwähnen und auch keinen diesbezüglichen Paradigmenwechsel erkennen lassen. Ob ein Antrag Voraussetzung für eine Zugangsverpflichtung ist, erscheint dann bei Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex noch fragwürdiger: Die Vorschrift knüpft zwar inhaltlich an die einfachen Zugangsverpflichtungen nach UAbs. 1 an,<sup>16</sup> enthält selbst aber noch nicht einmal im Wortlaut ein solches Antragsersfordernis.

Die Auferlegung der erweiterten Zugangsverpflichtungen selbst erfolgt gemäß Art. 61 Abs. 5 S. 1 des Kommunikationskodex in den Verfahren nach Art. 23, 32 und 33 des Kodex. Es sind also grundsätzlich ein nationales Konsultationsverfahren und ein unionsweites Konsolidierungsverfahren durchzuführen. Im Rahmen des damit eröffneten Regulierungsverbands steht der Kommission dabei sogar ein Vetorecht zu (Art. 33 Abs. 5 lit. c des Kodex).<sup>17</sup> Kommt es nach Auferlegung einer erweiterten Zugangsverpflichtung zu Streitigkeiten zwischen

12 Erwägungsgrund 154 S. 10 des Kommunikationskodex.

13 Eine gewisse interpretatorische Restunsicherheit verbleibt insoweit, als Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex keine ausdrückliche Regelung des Adressatenkreises enthält und Erwägungsgrund 155 S. 1 des Kodex hinsichtlich der Ausnahmen von den erweiterten Zugangsverpflichtungen auf „Kategorien von Eigentümern oder Unternehmen“ Bezug nimmt. Da sich der insoweit maßgebliche operative Richtlinienentwurf in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 3 des Kommunikationskodex gerade für letztgenannten Fall aber ausschließlich auf „Betreibe[r] elektronischer Kommunikationsnetze“ bezieht, dürften gerade auch angesichts der in Rede stehenden Grundrechtseingriffe die besseren Argumente für einen entsprechend begrenzten Verpflichtetenkreis sprechen.

14 Siehe hierzu *Sörries*, N&R 2020, 161.

15 Zu der Frage, welcher Aufbau von Netzen als neu angesehen werden kann, und zu der Frage, welches Projekt als klein angesehen werden kann, werden die Leitlinien von GEREK spezifische Kriterien vorsehen (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 5 lit. c und d des Kommunikationskodex).

16 Siehe oben, unter 1.

17 Wenn sich dieses Vetorecht in der deutschen Sprachfassung sogar auf *alle* Maßnahmentwürfe nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex erstreckt, dürfte es sich mit Blick auf die anderen, ebenfalls verbindlichen Sprachfassungen der Richtlinie um ein Redaktionsversehen handeln, siehe etwa die englische („for draft measures

dem zugangsverpflichteten Betreiber und einem Zugangsberechtigten, können diese in einem verbindlichen Streitbeilegungsverfahren nach Art. 26 des Kommunikationskodex geklärt werden. Gemäß Art. 61 Abs. 5 S. 2 des Kodex prüfen die nationalen Regulierungsbehörden schließlich innerhalb von fünf Jahren nach Auferlegung von erweiterten Zugangsverpflichtungen, zu welchen Ergebnissen diese Maßnahme geführt hat und ob deren Änderung oder Aufhebung angesichts der sich wandelnden Umstände angemessen wäre. Diese Überprüfung, die der Regelüberprüfung von Marktdefinition und -analyse nachgebildet ist, erfolgt wiederum im Rahmen eines Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens (Art. 61 Abs. 4 S. 3 des Kommunikationskodex).

### III. Prüfung der (Nicht-) Replizierbarkeit

Zugangsverpflichtungen in Bezug auf Verkabelungen und zugehörige Einrichtungen sind nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex in Gebäuden oder bis zum ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt möglich, wenn „eine Replizierung dieser Netzbestandteile wirtschaftlich ineffizient oder praktisch unmöglich wäre“. Bei der entsprechenden Prüfung sollen die nationalen Regulierungsbehörden gemäß Erwägungsgrund 152 S. 2 des Kommunikationskodex „alle technischen und wirtschaftlichen Hindernisse für eine künftige Replizierung von Netzen berücksichtigen“. Und über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt hinausgehende (erweiterte) Zugangsverpflichtungen setzen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kodex voraus, dass die Verpflichtungen nach UAbs. 1 nicht ausreichen, die „beträchtlichen und anhaltenden wirtschaftlichen oder physischen Hindernisse für eine Replizierung zu beseitigen“. Es stellt sich deshalb die Frage nach den bei einer technischen und wirtschaftlichen Prüfung konkret anzulegenden Kriterien. Letztlich geht es damit auch um die Vermeidung von Unsicherheiten bezüglich der Ausgestaltung der Zugangsregulierung und von investitionshemmenden Wirkungen, die mit möglichen Unsicherheiten einhergehen.<sup>18</sup>

Erkenntnisse bezüglich der konkreten Ausgestaltung einer Prüfung der Replizierbarkeit lassen sich gewinnen aus Anhaltspunkten im Richtlinientext selbst (dazu sogleich, unter 1.), Erfahrungen nationaler Regulierungsbehörden bei der Analyse der wirtschaftlichen und technischen Replizierbarkeit im Rahmen von Art. 12 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (dazu unten, unter 2.), der Marktanalyse (Drei-Kriterien-Test) (dazu unten, unter 3.) und der wettbewerbsrechtlichen Doktrin der wesentlichen Einrichtungen sowie dem regulierungsökonomischen Konzept des monopolistischen Flaschenhalses („Bottleneck“) (dazu unten, unter 4.).

#### 1. Anhaltspunkte im Richtlinientext

Eine umfassende Spezifizierung der bei der Prüfung der Replizierbarkeit anzulegenden Kriterien beinhaltet der Kommunikationskodex selbst nicht. Vielmehr wird GEREK aufgetragen, bis zum 21. Dezember 2020 Leitlinien mit einschlägigen Kriterien zur Prüfung zu entwickeln, „welche wirtschaftlichen oder physischen Hindernisse für eine Replizierung beträchtlich und anhaltend sind“ (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 5 lit. e des Kommunikationskodex). Wohl finden sich aber in den Erwägungsgründen einige Anhaltspunkte. Dies betrifft vor allem:

- das Vorhandensein paralleler Infrastrukturen. Da eine Prüfung auf Replizierbarkeit ökonomisch letztlich insbesondere auch auf die Prüfung einer natürlichen Monopolsituation hinausläuft, könnte die Tatsache, dass mehrere vorhandene Infrastrukturen parallel bestehen, für eine Replizierbarkeit sprechen. Hier erfolgt in Erwägungsgrund 152 S. 4 des Kommunikationskodex die Klarstellung, dass dies „allein nicht unbedingt als Beweis“ reicht.

- das Erfordernis einer wirtschaftlichen Bewertung der Marktbedingungen und die Bedeutung von Dichtevorteilen („Economies of Density“). So erscheinen gemäß Erwägungsgrund 154 S. 7 f. des Kommunikationskodex erweiterte Zugangsverpflichtungen in Regionen mit geringer Bevölkerungsdichte oder der begrenzten Anzahl an Mehrfamilienhäusern wahrscheinlicher als in Regionen mit einer hohen Konzentration an Haushalten.

Bedeutung kommt ferner insbesondere den Auswirkungen der Zugangsgewährung auf den Wettbewerb zu. So soll gemäß Erwägungsgrund 152 S. 1 des Kommunikationskodex die marktmachtunabhängige Zugangsgewährung erfolgen „zur Förderung von durch Wettbewerb entstehenden Vorteilen im Interesse der Endnutzer“. In dem Erwägungsgrund wird ferner erläutert, dass marktmachtunabhängige Zugangsverpflichtungen schwerwiegende Eingriffe darstellen, Anreize für Investitionen mindern und dominante Unternehmen stärken könnten. Es müsse daher geprüft werden, ob ein Eingriff „gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, um auf den relevanten Märkten einen dauerhaften Wettbewerb zu bewirken“. Das Erfordernis einer Analyse des Wettbewerbs wird auch in Erwägungspunkt 154 S. 4 des Kodex im Zusammenhang mit der Zugangsgewährung über den ersten Konzentrations- oder Verteilerpunkt hinaus formuliert: „wenn nachgewiesen ist, dass einer Replizierung beträchtliche und anhaltende physische oder wirtschaftliche Hindernisse im Wege stehen, die zu erheblichen Wettbewerbsproblemen oder Marktversagen auf Endkundenebene zum Nachteil der Endnutzer führen“. Die Aufnahme einer Prüfung der Auswirkungen einer Zugangsverweigerung auf den Endkundenmarkt war im Zuge der Kodexdiskussionen auch von wissenschaftlicher Seite gefordert worden.<sup>19</sup>

#### 2. Erfahrungen nationaler Regulierungsbehörden

Die Erfahrungen nationaler Regulierungsbehörden mit der Beurteilung der wirtschaftlichen und technischen Replizierbarkeit mit Bezug auf marktmachtunabhängige Verpflichtungen nach (bisher) Art. 12 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex sind in einem Bericht von GEREK zusammengefasst.<sup>20</sup> Eine strukturierte Analyse der wirtschaftlichen und technischen Replizierbarkeit wurde dem Bericht zufolge bisher allerdings in gerade einmal drei Mitgliedstaaten (Frankreich, Italien und Kroatien) durchgeführt,<sup>21</sup> so dass die Erfahrungsbasis insgesamt recht beschränkt ist.

GEREK folgend weisen die verwendeten Prüfungsansätze in diesen drei Mitgliedstaaten große Übereinstimmungen auf. So nahmen alle nationalen Regulierungsbehörden eine gemeinsame Prüfung von technischen und wirtschaftlichen Kriterien vor.<sup>22</sup> Konkret beinhalteten die Analysen der Regulierungsbehörden u. a. die folgenden Parameter:<sup>23</sup>

falling under the second subparagraph of Article 61(3)“, die französische („pour les projets de mesures relevant de l'article 61, paragraphe 3, deuxième alinéa“) oder die niederländische Sprachfassung („voor ontwerpmaatregelen die onder artikel 61, lid 3, tweede alinea, ...vallen“).

18 Vgl. zu der in der Tendenz investitionshemmenden Wirkung von Unklarheiten bezüglich der Ausgestaltung marktmachtunabhängiger Regulierungsverpflichtungen z. B. *Henseler-Unger/Wernick/Tenbrock*, Die Zukunft der Marktregulierung, 2017, S. 22.

19 *Fetzer*, ZEW Discussion Paper No. 18-012, 2017, S. 27.

20 GEREK, Technical and economic replicability assessment in the context of symmetric access, BoR (18) 214.

21 GEREK (Fn. 20), BoR (18) 214, S. 26.

22 GEREK (Fn. 20), BoR (18) 214, S. 26.

23 GEREK (Fn. 20), BoR (18) 214, S. 27; nachfolgende Übersetzungen durch die Verfasser.

- angebotsseitige Parameter wie die Bereitstellungs-/Aufrüstungskosten in Abhängigkeit von dem geographischen Dichtegrad;<sup>24</sup>
- nachfrageseitige Parameter wie Nutzungsraten bei Diensten mit hoher Kapazität und die (inkrementellen) Preise, die Verbraucher zu zahlen bereit sind;<sup>25</sup>
- Marktstrukturparameter wie die Nachfrage von Endkundenanbietern nach bestimmten Arten von Vorleistungsprodukten (wie z. B. passiver Zugang für Glasernetze bis zu den Haushalten [„Fiber To The Home“, FTTH] in Frankreich) und eine allgemeine Bewertung der möglichen Entwicklung des Wettbewerbs auf dem nationalen Markt;<sup>26</sup>
- bei einem neuen Netz sind neue Dienste, die darauf entstehen werden, wichtige Faktoren bei der Bestimmung der Replizierbarkeit von Netzen wie auch von Zugangspreisen, die nicht die Investitionen unterlaufen;<sup>27</sup>
- die Verfügbarkeit von räumlicher Kapazität zur Verlegung von Glasfasern in bestehenden Gebäuden und der Platzmangel in vorhandenen Kanälen;<sup>28</sup>
- die Verweigerung von Zugang und administrative Verzögerungen durch die Vermieter sowie Schwierigkeiten beim Zugang zu privatem und öffentlichem Grund für den lokalen Zugang;<sup>29</sup>
- planungsrechtliche Beschränkungen, die kostengünstige Bereitstellungsmöglichkeiten wie die Verlegung von Kabeln und Leitungen an der Gebäudeaußenseite verhindern;<sup>30</sup>
- die erreichbaren Geschwindigkeiten alternativer Technologien für Anschlussnetze der nächsten Generation („Next Generation Access“, NGA) im Vergleich zu FTTH/B.<sup>31</sup>

Es finden also sowohl eine Prüfung technischer und praktischer Hindernisse als auch, im Rahmen der wirtschaftlichen Analyse, eine Betrachtung von angebots- und nachfrageseitigen Faktoren sowie eine Analyse der Marktstruktur statt.

### 3. Marktanalyse (Drei-Kriterien-Test)

Im Richtlinientext wird in Erwägungsgrund 154 S. 5 des Kommunikationskodex explizit auf das Verhältnis von Replizierbarkeitstest und dem Marktanalyseverfahren nach Art. 67 des Kodex eingegangen. Danach erfordert die „Bewertung der Replizierbarkeit von Netzbestandteilen ... eine Marktprüfung, die sich von einer Analyse zur Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht unterscheidet, und es ist daher nicht erforderlich, dass die nationale Regulierungsbehörde eine beträchtliche Marktmacht feststellt, um diese Verpflichtungen aufzuerlegen“.

Eine Prüfung der Replizierbarkeit dürfte allerdings trotz Unterschieden auch erhebliche Berührungspunkte zur Marktanalyse nach Art. 67 des Kommunikationskodex aufweisen. Voraussetzung für eine marktmachtabhängige („asymmetrische“) Regulierung ist „beträchtliche Marktmacht“ eines Unternehmens. Bei der Prüfung ist der nun in Art. 67 Abs. 1 des Kommunikationskodex normierte sog. Drei-Kriterien-Test anzuwenden.

Die Nähe der Bedingungen für eine marktmachtunabhängige („symmetrische“) Zugangsregulierung nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex zu den im Fall einer marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung anzuwendenden Kriterien spiegelt sich in Kriterium 1 des Drei-Kriterien-Tests wider, wonach „beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Marktzutrittschranken“ bestehen müssen (Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a des Kommunikationskodex). Strukturelle Zugangshindernisse können gemäß Erwägungsgrund 12 der bisher maßgeblichen Märkteempfehlung 2014/710/EU (u. a.) auch vorliegen, „wenn die

Bereitstellung eines Dienstes eine Netzkomponente erfordert, die sich technisch nicht oder nur zu so hohen Kosten duplizieren lässt, dass der Dienst für Mitbewerber unrentabel wird“. Während der Nachweis einer fehlenden Duplizierbarkeit im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests demzufolge zwar nicht zwingend erforderlich ist, um von beträchtlichen Marktzutrittschranken auszugehen und in der Folge beträchtliche Marktmacht nachzuweisen,<sup>32</sup> kann hiermit aber ein strukturelles Zugangshindernis nachgewiesen werden.

Der Drei-Kriterien-Test erfordert dann ferner die Erfüllung der zwei weiteren Kriterien,<sup>33</sup> die erst einmal nicht Bestandteil einer (ausschließlichen) Prüfung der technischen und ökonomischen Replizierbarkeit nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex sind. Allerdings ist im Rahmen der Prüfung der Auferlegung von marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Zugangsverpflichtungen gemäß den Erwägungsgründen 152 und 154 des Kodex, wie oben (unter 1.) dargestellt, auch eine Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse vorgesehen.

Auch GEREK sieht eine gewisse Nähe zwischen der Marktanalyse nach Art. 67 des Kommunikationskodex und einer Prüfung der fehlenden technischen und wirtschaftlichen Replizierbarkeit als Voraussetzung für die Auferlegung marktmachtunabhängiger („symmetrischer“) Zugangsverpflichtungen: „In dieser Hinsicht ist dieser Ansatz demjenigen für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung zu physischer Infrastruktur unter dem Marktmachtregime nicht unähnlich, obwohl die politischen Ziele und Regulierungsgrundsätze weniger verbindlich sind.“<sup>34</sup>

24 Im englischsprachigen Original: „supply side parameters such as deployment/upgrade costs depending on the density of the geotype“.

25 Im englischsprachigen Original: „demand side parameters such as take-up rates of high capacity services and the (incremental) prices that consumers would be prepared to pay“.

26 Im englischsprachigen Original: „market structure parameters such as retail operators' eagerness for certain types of wholesale access products (e. g. in France, passive access for FTTH) and a general assessment of potential competition development on the national market“.

27 Im englischsprachigen Original: „for a new network, new services that would emerge to run on top of it were important factors in determining the replicability of networks as well as determining access prices that did not undermine investment“.

28 Im englischsprachigen Original: „the availability of space to deploy fibre in existing buildings and the lack of space in existing ducts“.

29 Im englischsprachigen Original: „denial of access and administrative delays by landlords as well as difficulties to access private and public land for local access“.

30 Im englischsprachigen Original: „planning rule restrictions that prohibit low cost deployment options such as deploying cable/wiring to the outside of buildings“.

31 Im englischsprachigen Original: „the attainable speeds of alternative NGA technologies when compared to FTTH/B“.

32 Kirchner/Mayen/Käseberg, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. A., 2018, § 10 Rn. 44; siehe entsprechend in Abgrenzung des Konzepts der beträchtlichen Marktmacht zur Lehre von den wesentlichen Einrichtungen („Essential Facilities“-Doktrin) Ziff. 81 der Marktanalyseleitlinien 2002, ABl. EG 2002 C 165, 6, 16 f.; Heun, in: Heun, Handbuch zum Telekommunikationsrecht, 2. A., 2007, Teil G Rn. 103 (S. 623). Vgl. außerdem Erwägungsgrund 12 S. 4 der Märkteempfehlung 2014/710/EU, wonach strukturelle Zutrittschranken (lediglich) „auch“ bei Nichtreplizierbarkeit einer zur Dienstleistung erforderlichen Netzkomponente vorliegen können.

33 Dies sind gemäß Art. 67 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b und c des Kommunikationskodex: „der Markt tendiert angesichts des Standes des infrastrukturasierten und sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittschranken strukturell innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu einem wirksamen Wettbewerb“ und „das Wettbewerbsrecht allein reicht nicht aus, um dem festgestellten Marktversagen angemessen entgegenzuwirken“.

34 GEREK (Fn. 20), BoR (18) 214, S. 26. Übersetzung durch die Verfasser; im englischsprachigen Original: „In this respect, the approach is not dissimilar to that for imposing access to physical infrastructure under the SMP framework although the policy objectives and regulatory principles are less prescriptive.“

Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal wird daher weniger in den benannten Prüfkriterien und vielmehr in der für die Feststellung beträchtlicher Marktmacht zentralen Definition der relevanten Märkte liegen. Dies betrifft zum einen die sachliche Marktabgrenzung und hier insbesondere die Frage des Einschlusses der Kabelnetze auf der Vorleistungsebene in den Teilnehmeranschlussmarkt.<sup>35</sup>

Vor allem betrifft dies aber zum anderen auch die räumliche Marktabgrenzung. Mit Bezug auf die geographische Dimension könnten zumindest unter der Annahme einer Definition nationaler Märkte<sup>36</sup> zukünftig vermehrt Regelungslücken entstehen, wenn (regionale) Anbieter lokal die Kontrolle über eine nicht replizierbare (wesentliche) Einrichtung ausüben. Eine stärker regionalisierte Zugangsregulierung wird daher in der Literatur und der Regulierungspraxis regelmäßig als Alternative zu einer marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Zugangsregulierung diskutiert.<sup>37</sup> Allerdings kann auch im Fall einer perspektivisch stärker regional differenzierten räumlichen Marktdefinition eine Zugangsgewährung ohne Feststellung beträchtlicher Marktmacht relevant sein. So könnte aufgrund eines teils sehr lokal erfolgenden, fragmentarischen Ausbaus von Glasfasernetzen eine sehr granulare räumliche Marktabgrenzung erforderlich sein. Eine solche lokale Marktdefinition ist zwar theoretisch möglich, könnte aber in der Praxis zumindest zu ganz erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten führen. So lassen sich etwa in Neubaugebieten perspektivisch entstehende lokale Monopole nur schwerlich mit dem Instrumentarium der marktmachtunabhängigen („asymmetrischen“) Marktregulierung adressieren. Zwar liegen mit Bezug auf den Zugang zu Glasfaserzugangsnetzen Bekundungen wesentlicher (alternativer) Marktteilnehmer zum offenen Netzzugang („Open Access“) vor; allerdings besteht noch relativ große Unklarheit bezüglich der konkreten Ausgestaltung eines möglichen freiwilligen „Open Access“-Modells. Auch besitzen solche Willensbekundungen grundsätzlich nicht die gleiche Qualität wie ein rechtlich abgesicherter Zugangsanspruch.<sup>38</sup>

#### 4. Wettbewerbsrechtliche Doktrin der wesentlichen Einrichtungen sowie regulierungsökonomisches Konzept des monopolistischen Flaschenhalses

Die Nähe des Prüftests einer fehlenden Replizierbarkeit zur wettbewerbsrechtlichen Doktrin der wesentlichen Einrichtungen („Essential Facilities“) ist offenkundig. Gemäß dieser (etwas vage umrissenen) Doktrin liegt eine wesentliche Einrichtung vor, wenn sie unabdingbar ist, um auf dem nachgelagerten Markt tätig zu sein, diese am Markt nicht anderweitig vorhanden ist und auch nicht mit wirtschaftlich zumutbaren Mitteln dupliziert werden kann.<sup>39</sup>

Der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung wird also als eigenständiger (Vorleistungs-) Markt definiert. Da eine Einrichtung zugleich nur dann wesentlich ist, wenn Zugang für die Betätigung auf dem nachgelagerten Markt unerlässlich ist, besitzt der Inhaber dieser Einrichtung sodann auch (in der Regel zwingend) eine marktbeherrschende Stellung.<sup>40</sup> Die Kontrolle über eine wesentliche Einrichtung spricht daher stark für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht.

Wenn Marktmacht bei einzelnen Stufen von Netzen auftritt, die notwendige Vorleistungen für Anbieter auf nachgelagerten Märkten bereitstellen, werden diese in der ökonomischen Literatur auch als monopolistische „Bottlenecks“ bzw. monopolistische Engpassbereiche bezeichnet.<sup>41</sup> Das Konzept der wesentlichen Einrichtung ist damit auch Ausgangspunkt des in der Regulierungsökonomik geläufigen disaggregierten Regulierungsansatzes. Dieser auf der Theorie bestreitbarer Märkte basierende Ansatz wurde vor dem Hintergrund der in

Netzindustrien beobachtbaren Wettbewerbsprobleme natürlicher Monopole entwickelt.<sup>42</sup> Dem Ansatz folgend soll die Regulierung in liberalisierten Netzsektoren auf die Teilbereiche beschränkt sein, in denen stabile netzspezifische Marktmacht vorliegt (Postulat einer minimalen Regulierungsbasis).<sup>43</sup> Monopolistische Engpässe resultieren aus Bündelungsvorteilen in Form von Größen- und Verbundvorteilen in Kombination mit irreversiblen Kosten. Dabei führen Größen- und Verbundvorteile bei Engpassinfrastrukturen zu einer natürlichen Monopolsituation, welche aufgrund von irreversiblen Kosten auch nicht bestreitbar ist. Eine Einrichtung ist gemäß den Vertretern dieses Regulierungsansatzes daher genau dann wesentlich, wenn die Bedingungen eines monopolistischen Flaschenhalses erfüllt sind.<sup>44</sup> Die Theorie des monopolistischen Flaschenhalses kann daher auch als regulierungsökonomische Ausgestaltung des Konzeptes der wesentlichen Einrichtung mit Bezug auf Netzindustrien interpretiert werden.

Mit Bezug auf die ökonomischen Kriterien der Größen- und Verbundvorteile ist eine große Nähe des Konzepts des monopolistischen Engpasses zum Drei-Kriterien-Test für beträchtliche Marktmacht und zur Replizierbarkeitsprüfung gemäß Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex unübersehbar. Dies betrifft insbesondere die in Erwägungsgrund 154 S. 7 des Kodex genannten (und letztlich aus Größen- und Verbundvorteilen resultierenden) Dichtevorteile. Der größte Unterschied des Konzepts des „monopolistischen Engpasses“ im Rahmen des disaggregierten Regulierungsansatzes zum Prüfschema der Marktanalyse mit dem Drei-Kriterien-Test nach Art. 67 Abs. 1 des Kommunikationskodex dürfte in dem

35 Nach dem von der Kommission nicht mit einem Veto unterbundenen Notifizierungsentwurf der Bundesnetzagentur für Markt Nr. 3a umfasst der sachliche Vorleistungsmarkt die gängigen Anschlusstechnologien Kupfer, Glasfaser und Kabel sowie sämtliche Bandbreiten, siehe Bundesnetzagentur, Notifizierungsentwurf v. 5.9.2019 – Az. BK1-19/001, S. 182. Die Berücksichtigung von Kabelnetzen in der sachlichen Marktdefinition wird etwa von der Monopolkommission ausdrücklich positiv hervorgehoben, siehe Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation, BT-Drs. 19/15851, 297, 343 Tz. 100. Vgl. für eine Diskussion der sachlichen Marktabgrenzung und möglicher DOCSIS-Vorleistungsprodukte auch *Plückebaum/Eltges/Ockenfels*, Potenziell anzunehmende Vorleistungsprodukte in Kabelnetzen auf der Basis von DOCSIS, 2019.

36 So umfasst dem Notifizierungsentwurf der Bundesnetzagentur für Markt Nr. 3a zufolge der räumlich relevante Vorleistungsmarkt das gesamte Bundesgebiet, siehe Bundesnetzagentur, Notifizierungsentwurf v. 5.9.2019 – Az. BK1-19/001, S. 213.

37 Vgl. z. B. *Eckhardt/Baran/Van Roosebeke*, *cep* Analyse Nr. 3/2017; *Neumann*, Regionalisierung der Regulierung, 2014.

38 In einem etwas anderen Kontext (der marktmachtunabhängigen [„asymmetrischen“] Regulierung von Glasfaseranschlussnetzen) wird im Eckpunktepapier der Bundesnetzagentur ein Absehen von Zugangsverpflichtungen erwogen, „solange alternativen Betreibern ein effektiver Zugang zum Glasfaseranschluss auf Grundlage einer freiwilligen Vereinbarung gewährt wird und diese einen neutralen Schiedsrichter für Konfliktfälle vorsieht“, Bundesnetzagentur, Eck- und Diskussionspunkte für eine zukünftige Regulierung des Zugangs zum Kupfer- und Glasfaseranschlussnetz, 2019, S. 5. Eine weitergehende Diskussion kann in diesem Rahmen nicht erfolgen, siehe hierfür etwa Monopolkommission (Fn. 35), BT-Drs. 19/15851, 297, 345 f. Tz. 108 ff.

39 Siehe im Überblick *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. A., 2008, S. 103 m. w. N. Ferner etwa *Laffont/Tirole*, Competition in Telecommunications, 2001, S. 97 ff.; aus der Rechtsprechung etwa EuGH, Slg. 1998, I-7817, 7831 = ECLI:EU:C:1998:569, Rn. 41, 44 (Urt. v. 26.11.1998 – Rs. C-7/97) – *Bronner*.

40 Siehe *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2013, Kap. 3 Rn. 88 (S. 127).

41 Die Ausführungen folgen *Sickmann/Neumann*, Deregulierung und Verbraucherwohlfahrt auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, 2017, S. 143 f.

42 Siehe grundsätzlich etwa *Kruse*, in: Berg, Deregulierung und Privatisierung, 2002, S. 71; *Knieps*, ebd., S. 59; ders. (Fn. 39), S. 95 ff.

43 Siehe *Knieps* (Fn. 39), S. 96.

44 Siehe *Knieps* (Fn. 39), S. 102 f.

Verständnis der Konzepte der Bestreitbarkeit und der Markteintrittsbarrieren liegen. So beruht der disaggregierte Regulierungsansatz auf der Literatur zu bestreitbaren Märkten („Contestable Markets“) und der sehr engen Definition von Markteintrittsbarrieren von *Stigler*.<sup>45</sup> Einem solchen engen Verständnis folgend stellten einige der in Erwägungsgrund 12 der Märkteempfehlung 2014/710/EU genannten Kriterien beispielsweise keine Markteintrittsbarrieren dar.<sup>46</sup> Fraglich ist, ob angesichts der engeren, auf Nichtreplizierbarkeit (und nicht lediglich beträchtliche Marktzutrittsschranken) fokussierenden Wortwahl auch mit Bezug auf die Prüfkriterien des Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex dem in der Regulierungspraxis zur marktmachtunabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung geläufigen breiteren Verständnis von Markteintrittsbarrieren gefolgt werden wird oder ob bei Anwendung der marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung die Grundsätze des disaggregierten Regulierungsansatzes stärkere Bedeutung erlangen werden.

#### IV. Verhältnis zu anderen Zugangsverpflichtungen

Die erweiterten Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex stehen in komplexen Beziehungen zu anderen Zugangsverpflichtungen, namentlich zu den einfachen (gebäudebezogenen) Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex und zu den marktmachtunabhängigen Zugangsverpflichtungen nach Art. 72 und 73 des Kommunikationskodex. Zu den entsprechenden Auslegungsfragen sollen nachfolgend erste Einschätzungen skizziert werden.

##### 1. Verhältnis zu den einfachen (gebäudebezogenen) Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex

Ein Rückgriff auf die Möglichkeit, erweiterte Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex aufzuerlegen, kommt nach S. 1 der Vorschrift, wie gezeigt, nur in Betracht, wenn die nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss gelangt, „dass die gemäß Unterabsatz 1 auferlegten Verpflichtungen nicht ausreichen“. Der Wortlaut („die ... auferlegten Verpflichtungen“) legt damit ein Verständnis der formellen Nachrangigkeit nahe, dem zufolge erweiterte Zugangsverpflichtungen erst dann auferlegt werden dürfen, wenn zuvor einfache Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex tatsächlich auferlegt wurden.

Dagegen spricht jedoch der Regelungszweck der Vorschrift, einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer entgegenzuwirken, und zwar auch wenn diese erst absehbar („sich abzeichnenden“) ist (vgl. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex). Ist mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, dass die Auferlegung von einfachen Zugangsverpflichtungen i. S. v. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex nicht ausreichen wird, um einer solchen Entwicklung entgegenzuwirken, wäre die Notwendigkeit, dennoch solche – von vornherein als unzureichend erkannten – Verpflichtungen aufzuerlegen, bloße Förmerei und unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Eignung auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht unbedenklich. Das spricht für ein Verständnis im Sinne einer bloß materiellen Nachrangigkeit, dem zufolge erweiterte Zugangsverpflichtungen u. U. auch dann auferlegt werden können, wenn zuvor keine Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex auferlegt wurden, da diese mit hinreichender Sicherheit nicht ausreichen werden. Hierauf deutet auch Erwägungsgrund 154 S. 3 des Kommunikationskodex hin, wonach die nationale Regulierungsbehörde die

Auferlegung einer Zugangspflicht bis zu einem Punkt im Gebäude oder außerhalb in unmittelbarer Nähe zum Gebäude lediglich „zunächst in Betracht ziehen“ sollte, bevor sie eine erweiterte Zugangsverpflichtung auferlegt.

##### 2. Verhältnis zu den marktmachtunabhängigen Zugangsverpflichtungen

Die Vorschriften über die marktmachtunabhängige („asymmetrische“) Zugangsregulierung enthalten selbst ausdrückliche Querverbindungen zu Art. 61 des Kommunikationskodex und damit auch zu der neu geschaffenen Bestimmung über die erweiterten Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex.

So berücksichtigen die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 67 Abs. 2 lit. c des Kodex bereits auf Ebene der Marktanalyse „andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt wurden und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, einschließlich der nach [u. a. Art.] 61 auferlegten Verpflichtungen“. Da hier nur auf etwaige Auswirkungen abgestellt wird, können sich die nach Art. 61 des Kodex auferlegten Verpflichtungen, die im Rahmen der Marktanalyse zu berücksichtigen sind, auch auf andere Märkte als den konkret analysierten Markt beziehen. Aus der Bezugnahme auf Art. 61 des Kommunikationskodex in Art. 67 Abs. 2 lit. c des Kodex kann daher nicht zwingend darauf geschlossen werden, der Rechtsrahmen gehe hier von der Möglichkeit aus, dass Maßnahmen der marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung auch auf einem Markt möglich sind, welcher der marktmachtunabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung unterliegt.

Darüber hinaus sieht der Kodex bei der Prüfung der Angemessenheit von Zugangsverpflichtungen nach Art. 73 des Kommunikationskodex in dessen Abs. 2 S. 2 vor, dass u. a. „ein regulierter Zugang gemäß Artikel 61“ als möglicherweise ausreichendes Mittel zur Behebung des festgestellten Problems im Hinblick auf das Endnutzerinteresse in Betracht zu ziehen ist. Hier dürfte der Rechtsrahmen tatsächlich von der Möglichkeit ausgehen, dass Maßnahmen der marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung auf einem Markt ergriffen werden, welcher der marktmachtunabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung unterliegt. Das wird insbesondere durch die weitere Erläuterung in Erwägungsgrund 172 S. 2 des Kodex bestätigt, der auf die Relevanz „anderer Umstände auf dem Vorleistungsmarkt“<sup>47</sup> abstellt. Zwar ist damit noch nicht gesagt, Art. 73 Abs. 2 S. 2 des Kommunikationskodex impliziere auch, dass solche Maßnahmen gerade gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen möglich sein müssen. Dafür spricht jedoch zum einen die systematische Einhegung: Gerade „kommerzielle Zugangsangebote“ und insbesondere

45 Die enge Definition einer Markteintrittsbarriere von *Stigler* und die im Vergleich hierzu weite Definition von *Bain* stellen die bekanntesten Definitionen in einem Spektrum unterschiedlicher Vorschläge dar. Siehe grundlegend *Stigler*, in: *Stigler, The Organization of Industry*, 1968, S. 67 ff., sowie *Bain, Barriers to New Competition*, 1956. Für eine vergleichende Diskussion siehe etwa *Schmalensee, The American Economic Review*, 94 (2) (2004), 471. Zur Fundierung des disaggregierten Regulierungsansatzes auf der Theorie bestreitbarer Märkte siehe etwa *Knieps*, in: FS Oberender, 2006, S. 141.

46 Siehe auch *Van Roosebeke/Baran/Eckhardt*, Regionalisierung der Regulierung im Bereich der Telekommunikation, 2011, S. 18. Allgemein kritisch zur Relevanz des Konzepts bestreitbarer Märkte für den Telekommunikationssektor auch *Armstrong/Vickers*, in: Bishop/Kay/Meyers, *The Regulatory Challenge*, 1995, S. 141. Allgemein kritisch zur Relevanz des Konzepts bestreitbarer Märkte für den Telekommunikationssektor auch *Armstrong/Vickers*, in: Bishop/Kay/Meyers, *The Regulatory Challenge*, 1995, S. 191, 193; zum Ganzen auch *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 25 f.

47 Hervorhebung hinzugefügt.

ein „regulierter Zugang zu anderen Vorleistungen gemäß dem vorliegenden Artikel“ (73), die nach dieser Vorschrift ebenfalls zu berücksichtigen sind, betreffen zumindest in allererster Linie auch das marktmächtige Unternehmen. Und zum anderen bezieht sich Erwägungsgrund 172 S. 2 des Kodex auf „*allgemeine Zugangsverpflichtungen für nicht replizierbare Anlagen*“,<sup>48</sup> was dafür spricht, dass sich diese Verpflichtungen jedenfalls *auch* gegen das marktmächtige Unternehmen richten können.

Keine solche ausdrückliche Querverbindung enthält der Kodex jedoch in Bezug auf die neu geschaffene Regelung in Art. 72 des Kommunikationskodex, die den Zugang zu baulichen Anlagen zum Gegenstand hat. Dieser war bisher von der allgemeinen Vorschrift über Zugangsgewährungspflichten (früher: Art. 12 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, jetzt: Art. 73 des Kodex) erfasst.<sup>49</sup> Sie betrifft mit dem Zugang u. a. zu „Gebäude[n] oder Gebäudezugänge[n], Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme[n] und andere Trägerstrukturen, Pfähle[n], Masten, Leitungsrohre[n], Leerrohre[n], Kontrollkammern, Einstiegsschächte[n] und Verteilerkästen“ (Art. 72 Abs. 1 des Kommunikationskodex) Infrastrukturelemente, die zumindest sehr weitgehend auch Art. 61 Abs. 3 (und hier insbesondere UAbs. 1) des Kodex unterfallen. Eine Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu diesen Infrastrukturelementen kann daher sowohl auf Grundlage von Art. 72 des Kommunikationskodex (dann nur gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht) als auch auf Grundlage von Art. 61 Abs. 3 des Kodex (und dann unabhängig vom Bestehen beträchtlicher Marktmacht) auferlegt werden. Dennoch verzichtet der Kommunikationskodex hier – anders als bei Art. 67 und Art. 73 des Kodex – auf eine ausdrückliche Querverbindung zwischen beiden Zugangsregimen.

Eine solche findet sich jedoch in Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex, dort allerdings nur bezogen auf die erweiterten Zugangsverpflichtungen nach UAbs. 2: Die Entscheidung über die Auferlegung solcher Zugangsverpflichtungen ist danach „gegebenenfalls unter Berücksichtigung der sich aus einschlägigen Marktanalysen ergebenden Verpflichtungen“ zu treffen (Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kodex). Dieser weichen Formulierung, die auf eine bloße Pflicht zur Berücksichtigung – und das auch noch nur „gegebenenfalls“ – beschränkt ist, lässt sich jedoch ebenfalls keine klare Abgrenzungsregelung entnehmen. Das gilt zumal vor dem Hintergrund, dass sie sich jedenfalls *expressis verbis* nur auf die erweiterten Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex, nicht aber auf die einfachen Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex bezieht.

In der Sache ist Voraussetzung für die Auferlegung von Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex die Nichtreplizierbarkeit der betreffenden Netzbestandteile. Art. 72 des Kodex enthält für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu baulichen Anlagen demgegenüber keine vergleichbaren Anforderungen; die baulichen Anlagen müssen nach Abs. 2 der Vorschrift noch nicht einmal Teil des definierten (und von erheblichen Marktzutrittsschranken gekennzeichneten) Marktes sein.<sup>50</sup> Erwägungsgrund 187 S. 1 des Kommunikationskodex nennt als Grund für die Schaffung der Vorschrift allerdings die „hohen Kosten einer Replizierung und [die] erheblichen Einsparungen bei [einer] Wiederverwendung“ der baulichen Anlagen. S. 4 des Erwägungsgrunds enthält überdies Vorgaben zur Bewertung baulicher Anlagen.

#### a) Abgrenzung der Anwendungsbereiche?

Erweist sich der Zugang zu Infrastruktureinrichtungen, die sowohl unter Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex als auch unter Art. 72, 73 des Kodex fallen, als regulierungsbedürftig, stellt sich für die nationale Regulierungsbehörde die Frage, auf welcher Grundlage sie tätig werden soll.<sup>51</sup> Keine der

Vorschriften trifft, wie gezeigt, eine explizite Aussage zu einem etwaigen Rang- oder Stufenverhältnis zwischen beiden Zugangsregimen. Es bleibt damit zum einen bei der weichen Berücksichtigungsvorgabe in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex und zum anderen bei der generellen Vorgabe aus Art. 68 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a des Kodex, der zufolge die Beschränkung etwaiger Vorabverpflichtungen auf marktmächtige Unternehmen u. a. „unbeschadet“ der Regelung in Art. 61 des Kommunikationskodex gilt. Daraus folgt nicht nur, dass Verpflichtungen nach Art. 61 des Kodex, die der Sache nach Vorabverpflichtungen i. S. v. Art. 68 ff. des Kommunikationskodex entsprechen, auch gegenüber nicht marktmächtigen Unternehmen möglich sind. Vielmehr wird die Regelung darüber hinaus dahingehend verstanden, dass Verpflichtungen nach Art. 61 des Kodex *unabhängig* von der Marktmacht des betreffenden Unternehmens auferlegt werden können, also auch marktmächtigen Unternehmen.<sup>52</sup>

#### aa) Abgrenzung anhand des unmittelbar adressierten Problems?

Vor dem Hintergrund der damit potentiell überlappenden Anwendungsbereiche könnte daran gedacht werden, die Entscheidung zwischen beiden regulatorischen Handlungsmöglichkeiten an der Art des (Wettbewerbs-) Problems auszurichten, dem mit dem staatlichen Eingriff begegnet werden soll. Das macht es zunächst erforderlich, die Funktion beider Regulierungsinstrumente genauer zu bestimmen.

#### aaa) Funktion der marktmachtunabhängigen Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex

Maßnahmen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex sollen die fehlende Replizierbarkeit von Infrastrukturelementen auf dem Weg zu den Endkunden kompensieren und so durch Wettbewerb entstehende Vorteile im Interesse der Endnutzer fördern<sup>53</sup> sowie einen dauerhaften Wettbewerb bewirken.<sup>54</sup> Wie sich darüber hinaus aus Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kodex ergibt, soll jedenfalls mit erweiterten Zugangsverpflichtungen im Sinne dieser Vorschrift auf eine bestehende oder sich abzeichnende Marktsituation reagiert werden, bei der aufgrund der Nichtreplizierbarkeit der betreffenden

48 Hervorhebung hinzugefügt.

49 Neumann, N&R 2018, 204, 207; 2016, 262, 268.

50 Das entspricht nach der Rechtsprechung des BVerwG schon der Rechtslage unter dem bisherigen Rechtsrahmen, siehe BVerwG, MMR 2013, 677, 679 Rn. 26 (Urt. v. 12.6.2013 – Az. 6 C 10.12); Buchholz 442.066 § 21 TKG Nr. 1 Rn. 30 u. 46 (Urt. v. 27.1.2010 – Az. 6 C 22.08); Neumann, N&R 2016, 262, 268 f.; Neumann/Thomashchki, in: Säcker (Fn. 2), § 21 Rn. 128; a. A. Möschel, MMR 2007, 547, 548.

51 Nicht diskutiert wird vorliegend die Frage, inwieweit durch einen Rückgriff auf Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex ein etwaiger marktmachtabhängiger Regulierungsbedarf nach Art. 63 ff. des Kodex entfallen kann. Die Kommission hat das im Verhältnis zwischen dem bisherigen Art. 5 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG und Art. 15, 16 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG i. V. m. Art. 8 ff. der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sehr kritisch gesehen, vgl. etwa Kommission, Schreiben v. 16.5.2011 – SG-Greffe (2011) D/7730 – Sachen PL/2011/1206 u. a., S. 5, sowie die weiteren Nachweise bei Holdampf-Wendel/Elkettani (Fn. 2), Vor § 9 Rn. 33.

52 Zur Vorgängerregelung in Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG bzw. zu der Art. 5 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG umsetzenden Vorschrift des § 18 TKG ebenso die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/5707, 43, 58 (zu Nr. 14); Nolte, in: Säcker (Fn. 2), § 18 Rn. 18 ff.; Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 18 Rn. 22. Siehe allerdings Holdampf-Wendel/Elkettani (Fn. 2), Vor § 9 Rn. 32, die aus Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG schließen wollen, dass die marktmachtunabhängige („symmetrische“) Regulierung nach dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs nur angewandt werden dürfe, wo die marktmachtabhängige („asymmetrische“) Regulierung nicht möglich sei.

53 Erwägungsgrund 152 S. 1 des Kommunikationskodex.

54 Erwägungsgrund 152 S. 3 des Kommunikationskodex.

Infrastruktur die Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer erheblich beeinträchtigt werden. Das wird in Erwägungsgrund 154 S. 4 des Kodex dahingehend weiter konkretisiert, dass es – ohne das regulatorische Einschreiten – zu erheblichen Wettbewerbsproblemen oder Marktversagen auf Endkundenebene zum Nachteil der Endnutzer kommen muss.

Die Formulierung des Erwägungsgrunds, die sich auf die Voraussetzung für eine Ausdehnung der Zugangsverpflichtungen über das in Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex vorgesehene Maß bezieht, spricht dabei für die Annahme, dass die so konturierte *erhebliche* Beeinträchtigung der Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer ausschließlich die Auferlegung von erweiterten Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kodex betrifft. Dann hätten einfache Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex einen auch diesbezüglich weiteren Anwendungsbereich, wären also gerade nicht nur Reaktion auf derart schwerwiegende Wettbewerbsprobleme zulasten der Endnutzer. Gegen eine solche Lesart spricht jedoch, dass Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex die erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsergebnisse für die Verbraucher ausdrücklich auf die Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex bezieht. Die Vorschrift fragt nämlich, ob solche Verpflichtungen (nicht) ausreichen, um die Hindernisse für eine Replizierung der Infrastruktur zu beseitigen,<sup>55</sup> die Grundlage der Marktsituation sind, in der es zu der genannten Beeinträchtigung kommt. Das deutet darauf hin, dass bereits die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex nicht viel weitergehend dazu dient, die Interessen der Endnutzer zu fördern, sondern dass es auch insoweit nur darum geht, *erhebliche* Beeinträchtigungen dieser Interessen abzuwehren. Das stünde auch im Einklang mit Erwägungsgrund 152 S. 3 des Kommunikationskodex, der an die potentiell nachteiligen Folgen einer marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Zugangsverpflichtung erinnert und insoweit zu einem zurückhaltenden Rückgriff auf dieses Instrument anhält. Es dürften daher die besseren Gründe für die Annahme sprechen, dass die marktmachtunabhängige („symmetrische“) Zugangsregulierung nach Art. 61 Abs. 3 des Kodex *in Gänze* dazu dient, die fehlende Replizierbarkeit von Infrastrukturelementen auf dem Weg zu den Endkunden in den Fällen zu kompensieren, in denen sonst aktuell oder absehbar die Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer *erheblich* beeinträchtigt würden. Da der Kodex insoweit nicht eindeutig ist und in Ermangelung einer Klärung durch die Rechtsprechung der Unionsgerichte ist aber auch denkbar, dass damit nur der Regelungszweck der erweiterten Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex umschrieben ist. Die einfachen Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kodex würden dann dazu dienen, die fehlende Replizierbarkeit von Infrastrukturelementen auf dem Weg zu den Endkunden zu kompensieren, um so die wettbewerblichen Vorteile für Endnutzer durch die Schaffung dauerhaften Wettbewerbs zu sichern.

#### bbb) Funktion der marktmachtabhängigen Zugangsverpflichtungen nach Art. 68 ff. des Kommunikationskodex

Die Funktion der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Zugangsverpflichtungen wird ausdrücklich in Art. 68 Abs. 2 S. 2 des Kommunikationskodex benannt: Sie sollen das im Rahmen der Marktanalyse ermittelte Problem lösen.<sup>56</sup> Dementsprechend müssen die auferlegten Vorabverpflichtungen „der Art des von einer nationalen Regulierungsbehörde in ihrer Marktanalyse festgestellten Problems entsprechen“ (Art. 68 Abs. 4 lit. a des Kommunikationskodex). Damit stellt sich die Frage, welche Art von Problemen in der Marktanalyse festgestellt wird.

Aufschluss gibt hier Erwägungsgrund 163 S. 1 des Kommunikationskodex, dem zufolge Vorabverpflichtungen „nur auf Vorleistungsmärkten auferlegt werden [sollten], auf denen es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt,<sup>57</sup> und die Instrumente des Wettbewerbsrechts der Union und des nationalen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen, wobei das Ziel darin besteht, einen nachhaltigen Wettbewerb zu gewährleisten“.<sup>58</sup> Das mit dem System der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Zugangsregulierung zu lösende Problem erscheint danach als das in der Marktanalyse identifizierte Hindernis für die Gewährleistung eines nachhaltigen Wettbewerbs. Dies wird durch Erwägungsgrund 161 S. 1 des Kommunikationskodex bestätigt, dem zufolge unter bestimmten Umständen Vorabverpflichtungen aufzuerlegen sind, „um die Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Marktes zu gewährleisten“.

Die Vorabregulierung dient dabei „letztlich dazu, im Interesse der Endnutzer in Bezug auf Preise, Qualität und Auswahl einen nachhaltigen und wirksamen Wettbewerb auf den Endkundenmärkten sicherzustellen“.<sup>59</sup> Die „Prüfung der Regulierung von Vorleistungsmärkten“ erfolgt daher „zur Lösung von Problemen auf der Endkundenebene“.<sup>60</sup> Deshalb sollten die nationalen Regulierungsbehörden „die für eine Vorabregulierung in Betracht kommenden Vorleistungsmärkte nach der Reihenfolge des Grades ihrer Geeignetheit zur Lösung der festgestellten Wettbewerbsprobleme auf der Endkundenebene analysieren“.<sup>61</sup> Und auch bei der Wahl der jeweiligen Abhilfemaßnahme ist zu berücksichtigen, „wie geeignet die Maßnahme zur Behebung der festgestellten Probleme auf Endkundenebene ist“.<sup>62</sup> Auch Erwägungsgrund 173 S. 1 des Kodex betont, dass die Vorleistungsregulierung dazu dient, „um potenzielle Wettbewerbsprobleme auf dem bzw. den entsprechenden verbundenen nachgelagerten Endkundenmarkt bzw. Endkundenmärkten zu beheben“.

Das bedeutet jedoch nicht, dass das Problem, zu dessen Lösung einem marktmächtigen Unternehmen Zugangsverpflichtungen auferlegt werden, *ausschließlich* die Endkundenebene betrifft. Vielmehr zeigt die oben dargestellte Anknüpfung an das in der Marktanalyse festgestellte Problem, dass sich dieses Problem auch auf die Vorleistungsebene beziehen muss – und sich über die Verbindung mit dem nachgelagerten Endkundenmarkt auch dort auswirkt. In diesem Sinne bezieht sich Erwägungsgrund 178 des Kommunikationskodex ausdrücklich auf das „auf dem betreffenden Markt und auf dem verbundenen Endkundenmarkt festgestellte Problem“. Das in der Marktanalyse festgestellte Problem sind somit die in der Marktanalyse identifizierten Hindernisse für die Gewährleistung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf dem betreffenden Vorleistungsmarkt, vor deren Hintergrund ohne regulatorischen Eingriff auch auf den Endkundenmärkten kein nachhaltiger und wirksamer Wettbewerb gewährleistet wäre.<sup>63</sup> Angesichts des Umstands, dass Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 des Kommunikationskodex die Kriterien nennt, bei deren Vorliegen ein Markt diejenigen Merkmale aufweist, die eine Auferlegung

55 Gemeint sein dürfte wohl eher „kompensieren“, da Zugangsverpflichtungen die Mitnutzung der bestehenden Infrastruktur ermöglichen und gerade nicht auf ihre Replizierung gerichtet sind.

56 Siehe auch Art. 73 Abs. 2 S. 1 des Kommunikationskodex („um das festgestellte Problem ... zu beheben“) sowie Erwägungsgrund 205 S. 1 des Kodex („mit denen die von der nationalen Regulierungsbehörde aufgezeigten Wettbewerbsprobleme behoben werden sollen“).

57 Das Komma ist hier grammatikalisch falsch, da der um den eingeschobenen Nebensatz bereinigte Erwägungsgrund sonst „Vorabverpflichtungen sollten nur auf Vorleistungsmärkten auferlegt werden und die Instrumente des Wettbewerbsrechts der Union und des nationalen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen“ lauten würde, was sprachlich keinen Sinn ergibt. Richtigerweise müsste es wohl „und wo die Instrumente des Wettbewerbsrechts nicht ausreichen“ heißen.

58 In anderen Sprachfassungen der Richtlinie ist die Begründungserwägung anders formuliert, vgl. etwa die englische oder französische Sprachfassung. Dort lautet sie sinngemäß: „Vorabverpflichtungen sollten nur auf Vorleistungsmärkten auferlegt werden, auf denen es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, wobei das Ziel darin besteht, einen nachhaltigen Wettbewerb zu gewährleisten, und wenn die Instrumente des Wettbewerbsrechts der Union und des nationalen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen“.

59 Erwägungsgrund 168 S. 1 des Kommunikationskodex.

60 Erwägungsgrund 171 S. 1 des Kommunikationskodex.

61 Erwägungsgrund 171 S. 3 Hs. 2 des Kommunikationskodex.

62 Erwägungsgrund 171 S. 4 des Kommunikationskodex.

63 Anders ohne weitere Problematisierung BVerwG, N&R 2011, 218, 219 Rn. 4 (Beschl. v. 8.4.2011 – Az. 6 B 48.10), dem zufolge „mit dem ‚Problem‘ die beträchtliche Marktmacht gemeint“ sein soll; kritisch hierzu Neumann/Koch (Fn. 40), Kap. 3 Fn. 29 (S. 90). Denkbar ist freilich, die ersten beiden Kriterien des mittlerweile in Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 des Kommunikationskodex enthaltenen Drei-Kriterien-Tests als eine abstrakte Vorprüfung beträchtlicher Marktmacht zu verstehen, so etwa Holdampf-Wendel/Elkettani (Fn. 2), Vor § 9 Rn. 17.

von Vorabverpflichtungen rechtfertigen, spricht einiges dafür, dass sich solche Hindernisse aus dem Zusammentreffen beträchtlicher und anhaltender Marktzutrittsschranken mit fehlender Wettbewerbsintensität innerhalb dieser Schranken ergeben, wenn das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um vor dem Hintergrund dieses „Marktversagens“ einen nachhaltigen Wettbewerb zu gewährleisten.<sup>64</sup> Zusammen- und kurz gefasst soll die marktmachtabhängige Regulierung also die – wohl im Drei-Kriterien-Test vertypen – Hindernisse für die Gewährleistung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf dem Vorleistungs- und dem nachgelagerten Endnutzermarkt kompensieren bzw. beseitigen.

Ergänzt werden diese allgemeinen Vorgaben für alle Zugangsverpflichtungen durch spezifische Vorgaben für die Zugangsgewährungsverpflichtungen nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex. Diese sind nach Art. 72 Abs. 1, Art. 73 1 UAbs. 1 des Kodex nämlich nur dann aufzuerlegen, wenn die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes – bei Art. 73 des Kommunikationskodex: auf Endkundenebene – behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden. Diese Zielsetzungen sind weitgehend deckungsgleich mit der soeben herausgearbeiteten Funktion der marktmachtabhängigen Regulierung insgesamt. Sie gehen evtl. etwas weiter als im Rahmen dieser allgemeinen Funktion, da sie nicht nur auf die Gewährleistung des Wettbewerbs beschränkt sind, sondern auch allgemeiner die „Interessen der Endnutzer“ adressieren.<sup>65</sup> Damit können Verhältnisse auf den Endnutzermärkten ggf. auch dann schon Anlass für Zugangsgewährungsverpflichtungen nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex sein, wenn sie nicht den Interessen der Endnutzer entsprechen.

### ccc) Zwischenergebnis

Mit erweiterten Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex soll spezifisch auf bestehende oder sich abzeichnende Marktsituationen reagiert werden, in denen aufgrund der Nichtreplizierbarkeit der Infrastrukturelemente auf dem Weg zu den Endkunden die Wettbewerbsergebnisse für die Endnutzer *erheblich* beeinträchtigt werden.

Die marktmachtabhängige („asymmetrische“) Regulierung soll demgegenüber die – wohl im Drei-Kriterien-Test vertypen – strukturellen Hindernisse für die Gewährleistung eines nachhaltigen Wettbewerbs auf dem Vorleistungs- und dem nachgelagerten Endnutzermarkt kompensieren bzw. beseitigen. Namentlich die Zugangsgewährungsverpflichtungen nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex sollen darüber hinaus die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes – bei Art. 73 des Kodex: auf Endkundenebene – ermöglichen und die Interessen der Endnutzer wahren.

Auch wenn sich das im Einzelfall abweichend darstellen kann, lässt sich damit doch zumindest tendenziell sagen, dass die marktmachtabhängige („asymmetrische“) Regulierung zum einen grundsätzlich eine geringere Aufgreifschwelle als die marktmachtunabhängige („symmetrische“) Regulierung hat, da sie keine vollständige Nichtreplizierbarkeit der Netzinfrastruktur erfordert. Ausreichend sind vielmehr „beträchtliche“ Marktzutrittschranken (sowie eine mangelnde Wettbewerbsdynamik innerhalb dieser Marktzutrittsschranken und die Ineffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts, die zu einer marktmächtigen Stellung geführt haben müssen). Solche Zutrittschranken können sich zwar aus einer technischen oder wirtschaftlichen Nichtreplizierbarkeit von Infrastruktur ergeben, sind aber auch schon unterhalb dieser Schwelle möglich.<sup>66</sup> Und zum anderen dürfte das Wettbewerbsproblem, das mit der marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung unmittelbar adressiert wird, jedenfalls im Regelfall von

der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Zugangsregulierung nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex mitumfasst sein. Denn diesbezügliche Verpflichtungen können gerade auch dazu dienen, die Interessen der Endnutzer zu wahren. Demgegenüber setzt die Auferlegung von Zugangsgewährungsverpflichtungen nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex anders als jedenfalls Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kodex gerade nicht voraus, dass die Interessen der Endnutzer *erheblich* beeinträchtigt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Abgrenzung der beiden Regelungsregime anhand des unmittelbar adressierten Problems nicht ohne weiteres möglich. Vielmehr bestehen hier erhebliche Parallelen, die für einen sachlich vorgegebenen grundsätzlichen Vorrang der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung sprechen, soweit deren Anwendungsbereich eröffnet ist, also der Zugang zur Infrastruktur eines marktmächtigen Unternehmens im Raume steht.

### bb) Abgrenzung anhand der geographischen Reichweite der betroffenen Marktbereiche („Lokalität“)?

Eine weitere Möglichkeit, die beiden Zugangsregime voneinander abzugrenzen, könnte an die Reichweite der jeweils betroffenen Marktbereiche anknüpfen. Bei der räumlichen Marktabgrenzung im Bereich der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung sollen die nationalen Regulierungsbehörden geographische Einheiten zugrunde legen, die eine angemessene Größe haben, d. h. klein genug sind, damit es innerhalb einer Einheit keine erheblichen Schwankungen der Wettbewerbsbedingungen gibt, aber groß genug, um eine aufwendige und umständliche Mikroanalyse, die zur Marktzersplitterung führen könnte, zu vermeiden.<sup>67</sup> Angesichts des Umstands, dass Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex die gebäudeinterne Infrastruktur (sowie ggf. Teile der darüber hinausreichenden Netzanbindung) in den Blick nimmt, könnte evtl. davon ausgegangen werden, dass die marktmachtunabhängige („symmetrische“) Regulierung eine solche kleinteilige Perspektive einnimmt, die eine aufwendige und umständliche Mikroanalyse erforderlich machen würde. Abgrenzungskriterium wäre dann die Lokalität des Wettbewerbsproblems.

Fraglich ist aber, ob Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex eine Betrachtung einzelner Gebäude erforderlich macht oder ob die Vorschrift nicht allgemeine Schwierigkeiten auf dem letzten Teil des Zugangswegs zu den Endnutzern adressiert. Für letztgenannte Sichtweise könnte die Einbindung in den europäischen Regulierungsverbund sprechen, die bei Maßnahmen in Bezug auf konkrete einzelne Gebäude kaum gerechtfertigt erscheinen dürfte. Bei einem solchen Verständnis würde Art. 61 Abs. 3 des Kodex jedenfalls nicht zwingend auf Konstellationen reagieren, deren Berücksichtigung im Rahmen der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung zu einer nicht mehr handhabbaren Marktzersplitterung führen würden. Vielmehr wäre die marktmachtunabhängige („symmetrische“) Regulierung insoweit eher Reaktion auf eine unterschiedliche Intensität des Infrastrukturwettbewerbs innerhalb bestimmter, wenn auch nicht zwingend zusammenhängender Gebiete des nationalen Hoheitsgebiets. Hierauf

64 So *Kirchner/Mayen/Käseberg* (Fn. 32), § 10 Rn. 50; *Neumann/Koch* (Fn. 40), Kap. 3 Rn. 67 (S. 114); ähnlich auf die „strukturellen Wettbewerbshindernisse“ als das durch die Vorabregulierung zu lösende Problem abstellend *Schütz* (Fn. 52), § 9 Rn. 22.

65 Zu einem denkbaren Beispiel (Weitergabe von überhöhten Terminierungsentgelten in an sich wettbewerblich strukturierten Endnutzermärkten) *Neumann/Thomaschki* (Fn. 50), § 21 Rn. 52.

66 Siehe oben, unter III. 3.

67 Siehe Kommission, Mitteilung „Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, ABl. EU 2018 C 159, 1, 8 Ziff. 49; Commission Staff Working Document – Explanatory Note, SWD (2014) 298, S. 14.

könnte auch durch eine entsprechende Marktabgrenzung reagiert werden, wie Art. 64 Abs. 3 S. 1 des Kommunikationskodex ausdrücklich hervorhebt, bzw. durch differenzierte Vorabverpflichtungen auf Maßnahmenebene im Rahmen der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Marktregulierung.<sup>68</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob der Anwendungsbereich der beiden Zugangsregime sinnvoll anhand der Reichweite der betroffenen Marktbereiche abgegrenzt werden kann.

#### cc) Ergebnis

Soweit der Anwendungsbereich beider Zugangsregime eröffnet ist, lässt sich keine klare Abgrenzung zwischen der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Zugangsregulierung nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex und der marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Zugangsregulierung nach Art. 61 Abs. 3 des Kodex erkennen. Angesichts der Anwendungshürde der Nichtreplizierbarkeit für Zugangsverpflichtungen nach letztgenannter Vorschrift und der weitergehenden Zielsetzungen der Zugangsgewährungsverpflichtungen nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex spricht lediglich in der Tendenz einiges für einen sachlich vorgegebenen grundsätzlichen Vorrang der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Zugangsregulierung: Wettbewerbsprobleme, die ein Eingreifen nach Art. 61 Abs. 3 des Kodex rechtfertigen könnten, werden in den der Vorabregulierung nach Art. 63 ff. des Kommunikationskodex unterliegenden Märkten in aller Regel bereits durch Maßnahmen nach Art. 72, 73 des Kodex adressiert, so dass es keines Rückgriffs mehr auf Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex bedarf.

Für die marktmachtunabhängige („symmetrische“) Regulierung verbleibt somit ein Anwendungsbereich insbesondere, soweit es um Maßnahmen gegenüber Unternehmen geht, die nicht über beträchtliche Marktmacht auf Grundlage eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens verfügen.

Das kann zunächst „Inselnetze“ innerhalb eines der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung unterliegenden Gebiets betreffen. Zu denken ist etwa an Neubaugebiete, die ausschließlich von einem Glasfasernetzbetreiber erschlossen wurden. Wenn die nationale Regulierungsbehörde eine solche Fragmentierung nicht zum Anlass genommen hat, subnationale Märkte mit beträchtlicher Marktmacht des jeweiligen Netzbetreibers abzugrenzen, kann sie zwar auf Maßnahmenebene insoweit differenzieren, als dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem national abgegrenzten Markt für die betreffenden „Inselnetze“ keine Zugangsverpflichtungen auferlegt werden (können). Den Betreibern der Inselnetze können bei einer solchen Marktabgrenzung aber keine Zugangsgewährungsverpflichtungen nach Art. 72, 73 des Kommunikationskodex auferlegt werden, so dass der Rückgriff auf Art. 61 Abs. 3 des Kodex möglich bleibt. Ein solcher käme dann etwa in Frage, wenn der Netzbetreiber sein lokales Monopol dazu nutzt, die Entgelte über das wettbewerbliche Niveau anzuheben oder Leistungsparameter unter einen solchen Standard abzusenken.

Gerade im Falle solcher „Inselnetze“ darf jedoch nicht vergessen werden, dass die bloße Verpflichtung der Netzbetreiber zur Gewährung des Zugangs noch nicht zur Belebung des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Endkundenmärkten führt. Erforderlich ist vielmehr, dass sich Unternehmen finden, die von den damit eröffneten Möglichkeiten der Kundenakquise auch Gebrauch machen. Das ist bei kleinen (und insbesondere abgelegenen) „Inselgebieten“ nicht zwingend der Fall, wenn aufgrund des technischen und administrativen Aufwands, der erforderlich ist, um hier auf Grundlage des Zugangs zu dem (in aller Regel: Glasfaser-) Netz eines Dritten unternehmerisch tätig zu werden, eine solche Betätigung aus der einzelunternehmerischen Perspektive der potentiellen Anbieter nicht hinreichend profitabel ist. Das Instrumentarium der Vorleistungsregulierung stößt in einer solchen Konstellation auf inhärente Grenzen. Sofern auch insoweit staatlicher Interventionsbedarf gesehen werden sollte, bedürfte es

ggf. anderer Instrumente. Denkbar wäre es beispielsweise, durch eine Standardisierung der Zugangsbedingungen die Transaktionskosten zu senken, die einer Nachfrage nach Zugang durch Wettbewerbsunternehmen entgegenstehen. Sollten auch solche Maßnahmen nicht ausreichen, um für eine wettbewerbliche Belebung zu sorgen, müssten die Interessen der Endnutzer ggf. auf andere Weise gewahrt werden, wie etwa durch eine unmittelbare Regulierung des Endnutzerbereichs, sofern diesbezüglicher Handlungsbedarf gesehen werden sollte.

Denkbar ist des Weiteren, dass sich Maßnahmen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex an die Betreiber einer parallelen Infrastruktur (namentlich Kabelfernsehnetze) richten können, wenn auf Grundlage der erfolgten Marktdefinition und -analyse nur der Betreiber einer anderen Infrastruktur (namentlich des etablierten Kupferkabelnetzes) über beträchtliche Marktmacht verfügt.<sup>69</sup> Dass der Richtliniengesetzgeber solche Konstellationen im Blick gehabt haben dürfte, zeigt sich daran, dass nach Erwägungsgrund 152 S. 4 des Kodex die Existenz einer parallelen Infrastruktur für sich genommen gerade nicht ausreichen soll, um von einer Replizierbarkeit auszugehen. Es bleibt allerdings die Frage, ob hier nicht der regulatorisch gewährleistete Zugang gegenüber der anderen Infrastruktur (Kupfer) ausreichen müsste, um sicherzustellen, dass keine (gar erhebliche) Beeinträchtigung der Wettbewerbsergebnisse zulasten der Endnutzer droht. Das könnte evtl. zu verneinen sein, wenn die marktmachtabhängig („asymmetrisch“) regulierte Infrastruktur (Kupfer) in manchen Bereichen der parallelen Infrastruktur (Kabelnetz) technisch so unterlegen ist, dass sie nicht ausreicht, um nachfragegemäße Dienste zu erbringen. Hier könnte beispielsweise an marktmachtunabhängige („symmetrische“) Zugangsverpflichtungen gegenüber dem nicht marktmächtigen Betreiber der parallelen Infrastruktur zu denken sein.<sup>70</sup>

#### b) Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von Maßnahmen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex

Sowohl im Rahmen der Marktanalyse als auch bei der Entscheidung über die Auferlegung von Zugangsgewährungsverpflichtungen nach Art. 73 des Kommunikationskodex ist nach ausdrücklicher Vorgabe im Richtlinienentwurf eine Regulierung nach Art. 61 (und damit auch dessen Abs. 3) des Kodex zu berücksichtigen. In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob bereits die Möglichkeit zu berücksichtigen ist, marktmachtunabhängige („symmetrische“) Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen, oder ob das explizite Berücksichtigungsgebot nur in Bezug auf bereits auferlegte Zugangsverpflichtungen gilt.

#### aa) Marktanalyse

Nach Art. 67 Abs. 2 lit. c des Kommunikationskodex sind „andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die *aufgelegt wurden* und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, einschließlich der nach ... Artike[l] 61 *aufgelegten* Verpflichtungen“,<sup>71</sup> zu berücksichtigen. Der Wortlaut spricht mit der gewählten Vergangenheitsform<sup>72</sup> für ein Verständnis, wonach nur bereits auferlegte Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

68 Siehe hierzu Kommission, Explanatory Note (Fn. 67), SWD (2014) 298, S. 14.

69 Diese Fragen stellen sich dementsprechend nicht, wenn die nationale Regulierungsbehörde von gemeinsamer Marktmacht der beiden Betreiber ausgehen sollte; zu den diesbezüglichen Prüfungsmaßstäben siehe Kommission, Marktanalyseleitlinien 2018 (Fn. 67), ABl. EU 2018 C 159, 1, 11 ff. Rn. 65 ff.

70 Etwa im Sinne eines Zugangs zur Kabelfernsehnetzinfrastuktur in Bereichen, in denen über das Kupferkabel nur noch bestimmte Bandbreiten erzeugt werden können, die nicht mehr ausreichen, um die Endkundennachfrage zu befriedigen.

71 Hervorhebungen hinzugefügt.

72 Auch in anderen Sprachfassungen wird die Vergangenheitsform verwendet, vgl. etwa die englische („imposed“) und die französische („imposées“) Sprachfassung.

Gegen eine solche Sichtweise könnte demgegenüber in systematischer Hinsicht sprechen, dass nach Art. 67 Abs. 2 des Kommunikationskodex allgemein „in der Vorausschau Entwicklungen“ zu berücksichtigen sind, „die ... in dem betreffenden Markt zu erwarten wären“. <sup>73</sup> Eine Regulierung nach Art. 61 des Kodex ist (nur) in diesem Rahmen einer perspektivischen Betrachtung zu berücksichtigen. <sup>74</sup>

In teleologischer Hinsicht ist zu bedenken, dass die Berücksichtigung von nur möglichen regulatorischen Verpflichtungen zu einem erheblichen Komplexitätszuwachs der ohnehin schon anspruchsvollen Marktanalyse führen würde. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich Art. 67 Abs. 2 lit. c des Kommunikationskodex nicht lediglich auf solche Regulierungsmaßnahmen bezieht, die auf dem konkret analysierten Markt ergriffen wurden, sondern alle Regulierungsmaßnahmen umfasst, die sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte auswirken. Würde man insoweit auch noch die bloße Möglichkeit entsprechender Regulierungsmaßnahmen ausreichen lassen, wäre das mit dem Auswirkungsansatz ohnehin schon sehr breit gefächerte Berücksichtigungsprogramm praktisch kaum noch handhabbar. Das wiederum würde die Erreichung der Regulierungsziele nach Art. 3 des Kodex erschweren und die praktische Wirksamkeit der marktmachtabhängigen („asymmetrischen“) Regulierung erheblich beeinträchtigen. Vor diesem Hintergrund dürften die besseren Gründe für ein am Wortlaut orientiertes Verständnis sprechen, dem zufolge sich die Berücksichtigungspflicht in Bezug auf Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex nur auf solche Verpflichtungen bezieht, die bereits auferlegt wurden. Ein so beschränktes Verständnis der obligatorischen Berücksichtigungspflicht würde es zugleich nicht ausschließen, dass die nationalen Regulierungsbehörden auch die bloße Möglichkeit der Auferlegung entsprechender Verpflichtungen berücksichtigen können (und u. U. sogar müssen), wenn es denn im konkreten Einzelfall sinnvoll (oder ggf. sogar geboten) ist.

#### bb) Zugangsgewährungspflicht

In die Angemessenheitsprüfung nach Art. 73 Abs. 2 (S. 2) des Kommunikationskodex ist u. a. „ein regulierter Zugang gemäß Artikel 61“ einzubeziehen. <sup>75</sup> Der Wortlaut lässt somit offen, ob lediglich bestehende oder auch nur mögliche Verpflichtungen nach Art. 61 (Abs. 3) des Kodex zu berücksichtigen sind. Abweichend hiervon spricht die Vorschrift in Bezug auf die ebenfalls einzubeziehende marktmachtabhängige („asymmetrische“) Regulierung ausdrücklich von dem „bestehende[n] oder geplante[n] regulierte[n] Zugang zu anderen Vorleistungen gemäß dem vorliegenden Artikel“. Das scheint im Umkehrschluss eher dafür zu sprechen, dass Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex nur berücksichtigt werden müssen, wenn sie bereits auferlegt sind. Ein abweichendes Verständnis wird aber auch nicht ausgeschlossen, zumal es insoweit an dem eingrenzenden Adjektiv „bestehend“ fehlt.

Eine solche Eingrenzung findet sich allerdings in Erwägungsgrund 172 S. 2 des Kommunikationskodex, der allgemein hinsichtlich der zu berücksichtigenden Umstände auf „bereits bestehende andere Regulierung, wie beispielsweise allgemeine Zugangsverpflichtungen für nicht replizierbare Anlagen“, <sup>76</sup> verweist. <sup>77</sup> Für ein entsprechendes Verständnis spricht schließlich das systematische Argument, dass selbst in Bezug auf den „regulierten Zugang zu anderen Vorleistungen gemäß dem vorliegenden Artikel“ nicht auf einen „möglichen“ oder „in Betracht kommenden“ Zugang verwiesen wird, sondern auf einen bestehenden oder einen „geplanten“. Schlussendlich greift auch das für die Ebene der Marktanalyse relevante Argument einer ansonsten drohenden Überkomplexität jedenfalls ansatzweise, da die

Angemessenheitsprüfung nach Art. 73 Abs. 2 des Kommunikationskodex nicht nur den konkret betrachteten Vorleistungsmarkt, sondern auch die mit ihm „verbundenen“ Vorleistungsmärkte umfasst.

Im Ergebnis sprechen auch mit Blick auf Art. 73 Abs. 2 S. 2 des Kommunikationskodex die besseren Gründe für ein Verständnis, dem zufolge die ausdrückliche Berücksichtigungspflicht im Verhältnis zur marktmachtunabhängigen („symmetrischen“) Regulierung auf solche Zugangsverpflichtungen beschränkt ist, die bereits auferlegt wurden. Eine fakultative Berücksichtigung auch nur möglicher Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex im Einzelfall, die sich ggf. nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einer Berücksichtigungspflicht verdichten kann, <sup>78</sup> wäre damit aber genauso wenig ausgeschlossen wie auf Ebene der Marktanalyse.

#### cc) Ergebnis

Es sprechen überwiegende Gründe für die Annahme, dass sowohl bei der Marktanalyse nach Art. 67 Abs. 2 lit. c des Kommunikationskodex als auch bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Zugangsgewährungsverpflichtung nach Art. 73 Abs. 2 S. 2 des Kodex marktmachtunabhängige („symmetrische“) Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex nur berücksichtigt werden müssen, wenn sie bereits auferlegt sind. Nicht zwingend unabhängig von den Umständen des Einzelfalls zu berücksichtigen wäre damit die bloße Möglichkeit, solche Zugangsverpflichtungen unabhängig von der Feststellung beträchtlicher Marktmacht aufzuerlegen.

## V. Fazit

Mit den erweiterten marktmachtunabhängigen – „symmetrischen“ – Zugangsverpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex wird der regulatorische Instrumentenkasten der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung um eine komplexe Eingriffsermächtigung ergänzt. Die Vorschrift wirft sowohl hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs als auch in ihrem Verhältnis zu anderen (marktmachtabhängigen und -unabhängigen) Zugangsverpflichtungen einigen Klärungsbedarf auf, der z. T. grundlegende Aspekte der sektorspezifischen Vorabregulierung berührt. Art. 61 Abs. 3 UAbs. 2 des Kommunikationskodex hat daher das Potential, zu einem Kristallisationspunkt der wissenschaftlichen Durchdringung des sektorspezifischen Regulierungsrahmens insgesamt zu werden.

<sup>73</sup> Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>74</sup> Nicht ganz eindeutig ist die Situation im geltenden Rechtsrahmen. Erwägungsgrund 8 S. 2 der Märkteempfehlung 2014/710/EU spricht in der deutschen Sprachfassung von „Vorschriften, die ... auf die relevanten [Märkte] anwendbar sind“, was tendenziell eher für eine Berücksichtigung auch nur möglicher Verpflichtungen sprechen dürfte, während in der englischen Sprachfassung von „regulation applicable to the relevant ... market(s)“ die Rede ist, was eher auf tatsächlich bereits geltende Regulierung hindeuten könnte.

<sup>75</sup> Nicht weiter betrachtet wird hier die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Maßnahmen nach Art. 61 Abs. 3 des Kommunikationskodex auch im Rahmen von Art. 72 des Kodex zu berücksichtigen sind, da dies in allererster Linie die einfachen (gebäudebezogenen) Verpflichtungen nach Art. 61 Abs. 3 UAbs. 1 des Kommunikationskodex betrifft, die als solche nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sind.

<sup>76</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>77</sup> In Bezug auf die marktmachtabhängige („asymmetrische“) Regulierung wird in der Begründungserwägung demgegenüber auf „eine Regulierung, die von der nationalen Regulierungsbehörde in Bezug auf ein Unternehmen, das als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurde, als angemessen angesehen wird“, verwiesen, was ohne weiteres auch nur eine geplante Regulierung einschließt.

<sup>78</sup> Siehe entsprechend für § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG Neumann/Thomashki (Fn. 50), § 21 Rn. 113.