

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

2
K&R

- Editorial: Das doppelte Versagen der BRAK beim bea
Matthias Bergt
- 73 Gefährdungen der Pressefreiheit durch öffentlich-rechtliche presseähnliche Angebote · *Prof. Dr. Sebastian Müller-Franken*
- 79 Softwareverletzung – Missverständnisse bei der Feststellung der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen
Prof. Dr. Thomas Hoeren und Prof. Dr. Gottfried Vossen
- 85 Smart Contracts – einige klarstellende Bemerkungen
Dr. Dimitrios Linardatos
- 92 Regulierungsferien für Koinvestitionen?
Prof. Dr. Jörn Sickmann und Andreas Neumann
- 99 BGH: Wiederbegründung einer Kaufpreisforderung trotz PayPal-Käuferschutzes
mit Kommentar von *Dr. Oliver Habel*
- 106 BGH: 19 % MwSt. GESCHENKT: Informationspflicht zu Preisnachlässen im jeweiligen Kommunikationsmedium
- 110 BGH: Vorschaubilder III: Keine Urheberrechtsverletzung durch Suchmaschinen-Trefferliste
- 115 BGH: Benutzerkennung: Auskunftsanspruch bei Auseinanderfallen von Netzbetreiber und Endkundenanbieter
- 119 OLG Frankfurt a. M.: Kein Unterlassungsanspruch gegen presserechtliche Informationsschreiben
- 126 Brandenburgisches OLG: Keine Informationspflichten zum Fernabsatzrecht bei eBay-Kleinanzeigen
- 132 AG Frankfurt a. M.: Keine unerlaubte E-Mail-Werbung durch Firmenlogo in Signatur
- 134 BVerwG: Zusätzlicher Rundfunkbeitrag für Hotel- und Gästezimmer teilweise verfassungswidrig

21. Jahrgang

Februar 2018

Seiten 73 – 144

rungen vereinbar und ob das Transparenzgebot des § 307 BGB oder die Voraussetzungen der §§ 23 ff. VVG erfüllt sind.⁷⁷ Es ist vielmehr auch zu sehen, dass ein solcher Ansatz die Externalisierung von Kosten verhindert, indem Versicherungsprämien streng nach dem Veranlassergedanken bestimmt werden können. Eine entsprechende gesellschaftliche Wohlfahrtserhöhung kann kaum allein daran scheitern, dass die aktuelle Gesetzeslage mit kategorischen Bemerkungen⁷⁸ verbunden wird und wünschenswerte Gesetzesüberarbeitungen unterbleiben. Freilich sind der Technik dort Grenzen gesetzt, wo wesentliche Ord-

nungs- und Rechtsprinzipien ausgehebelt werden (z. B. der Schutz höchstpersönlicher Daten).

77 Instrukтив Klimke, r+s 2015, 217 ff.

78 Kilian, NJW 2017, 3043, 3050: „Zentrales Element der Technologie ist freilich der Gedanke der Unveränderlichkeit, der mit Grundprinzipien des Vertragsrechts nicht vereinbar ist, kennt doch das Zivilrecht wertungsbasierte Nichtigkeitsgründe, Vertragslösungsmechanismen und Rechtsausübungshindernisse, die auch nicht kautelarjuristisch abbedungen werden können.“ Kilian unterliegt einem wesentlichen Irrtum: Die technische Unveränderlichkeit ändert nichts daran, dass es den Parteien unbenommen ist, eine abändernde Abrede zu treffen (s. auch Fn. 25).

Prof. Dr. Jörn Sickmann, Kleve und Andreas Neumann, Bonn*

Regulierungsferien für Koinvestitionen?

Die Diskussion um Art. 74 eines künftigen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

Der Beitrag befasst sich mit den Legislativvorschlägen für eine Deregulierung marktmächtiger Unternehmen bei gemeinsamen Ausbauprojekten, sog. Koinvestitionen, mit denen der Übergang in die „Gigabit-Gesellschaft“ beschleunigt werden soll und um die aktuell in den Verhandlungen um eine Reform des europäischen Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation gerungen wird.

I. Einleitung

Mit den im Herbst 2016 vorgelegten Legislativvorschlägen für eine umfassende Novellierung des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation (Kodex) möchte die Kommission den Weg für einen Übergang zur „Gigabit-Gesellschaft“ ebnen.¹ Zur Förderung des hierfür infrastrukturseitig notwendigen Netzausbaus sieht der Kodexvorschlag der Kommission (Kodex-E-KOM) in Art. 74 unter bestimmten Voraussetzungen eine Freistellung von der marktmachtabhängigen Vorabregulierung für Koinvestitionsvorhaben vor. Hierbei handelt es sich um solche Netzausbauprojekte, bei denen sich (grundsätzlich) mehrere Unternehmen das Investitionsrisiko teilen. Im weiteren Verlauf des Rechtssetzungsverfahrens hat sich dieser Regelungsvorschlag zu einem der zentralen Streitpunkte entwickelt. Das kommt deutlich in den hierzu seit Oktober 2017 vorliegenden Vorschlägen des Rats (Kodex-E-Rat)² und des zuständigen Parlamentsausschusses (Kodex-E-EP)³ zum Ausdruck, die sich in wesentlichen Punkten sowohl vom Kommissionsvorschlag als auch voneinander unterscheiden. Auch die Marktteilnehmer,⁴ Verbraucherschutzorganisationen,⁵ die Monopolkommission⁶ und Vertreter der Bundesregierung⁷ haben sich öffentlich positioniert.⁸

Dabei ist die Debatte um die regulatorische Förderung von Koinvestitionen nicht neu. Sie wurde bereits bei der letzten Reform des europäischen Rechtsrahmens 2009 geführt. Seinerzeit mündete sie jedoch nur in eine vergleichsweise offene Vorgabe im Rahmen eines Regulierungsgrundsatzes, wonach die nationalen Regulierungsbehörden „verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung

des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern zulassen“ sollten (Art. 8 Abs. 5 lit. d der Rahmenrichtlinie⁹). Damals und in der Folgezeit standen Aspekte der Investitionsförderung im Vordergrund,¹⁰ während mittlerweile in der Diskussion auch Argumente bezüglich möglicher (in aller Regel negativer) Wirkungen auf den Wettbewerb an Bedeutung gewinnen.¹¹

Die legislatorischen Entwicklungen im Zusammenhang mit Art. 74 Kodex-E geben daher Anlass, die grundlegenden Wirkungsweisen von Koinvestitionen insbesondere in Verbund mit einem Regulierungsverzicht zu analysieren,¹²

* Die Autoren haben für den Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) e. V. eine Studie zur Sinnhaftigkeit einer Deregulierung von Glasfaseranschlüssen verfasst. Der Beitrag greift zwar auf im dortigen Rahmen angestellte Erwägungen zurück, basiert aber auf Entwicklungen im Nachgang der Studie und gibt ausschließlich die Auffassung der Verfasser wieder. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 Kommission, COM (2016) 590 final/2.

2 Rat, Vorschlag v. 9. 10. 2017 – 12797/1/17 REV 1 (Verhandlungsmandat für Trilogverhandlungen). Die Ratstexte liegen bei Manuskriptschluss nur in englischer Sprache vor. Diesbezügliche Übersetzungen sind daher allein solche der Verfasser.

3 Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Bericht v. 19. 10. 2017 – A8-0318/2017.

4 Kopf, Blog/Telekom-Beitrag „Breitbandausbau: EU-Reformen vernachlässigen Investitionen in neue Netze“ v. 2. 6. 2017.

5 vzbv, Mitteilung „Deregulierung im Breitband-Ausbau würde Verbrauchern schaden“ v. 23. 11. 2017.

6 Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 78, 2017, S. 60 ff. Rn. 133 ff.

7 Siehe etwa Machnig, Handelsblatt v. 29. 11. 2017, S. 13.

8 Zum Gesamtkomplex auch Neuerer, Handelsblatt v. 9. 11. 2017, S. 11.

9 RL 2002/21/EG i. d. F. der RL 2009/140/EG.

10 Exemplarisch Nitsche/Wiethaus, International Journal of Industrial Organization, 29 (2) (2011), 263, aktuell auch etwa Briglauer/Cambini, The Role of Regulation in Incentivizing Investment in New Communications Infrastructure, 2017.

11 Vgl. z. B. Krämer/Vogelsang, Review of Network Economics 15 (1) (2016), 35; Feasey/Cave, Policy towards competition in high-speed broadband in Europe, in an age of vertical and horizontal integration and oligopolies, 2017, sowie Monopolkommission (Fn. 6), S. 62 f. Rn. 138 ff. Sehr früh bereits BKartA, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland, 2010.

12 Die nachfolgende Analyse (unter II.) stützt sich in Teilen auf Sickmann/Neumann, Deregulierung und Verbraucherwohlfaht auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, 2017; siehe auch Neumann/Sickmann/Alkas/Koch, Reformbedarf des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation, 2017, S. 203 ff.

um darauf aufbauend die divergierenden Regelungsvorschläge zu bewerten.

II. Chancen und Risiken von Koinvestitionen

1. Funktionsweise und mögliche Zielkonflikte

Ansatzpunkt sämtlicher Ausprägungen von Koinvestitions-, Risikoteilungs- bzw. Kooperationsmodellen¹³ ist der kausale Zusammenhang zwischen dem Ausmaß des Risikos einer Investition und der Investitionsbereitschaft der Unternehmen. Demnach werden mit steigendem Risiko ein höherer Risikoaufschlag erforderlich und Investitionen zunehmend unrentabler. Da Investitionsrisiken sich zwar reduzieren, aber nicht vollkommen beseitigen lassen, werden diese bei Koinvestitionen (symmetrischer) auf mehrere Marktakteure verteilt.¹⁴ Ferner soll durch eine Bündelung von Ressourcen (Kapital, Kundenbasis usw.) ein Ausbau von Glasfasernetzen auch kleineren potentiellen Investoren ermöglicht werden. Die resultierenden grundsätzlich positiven Anreize auf die Investitionen werden in der Literatur weitgehend anerkannt, während gleichzeitig aber auch auf die Begrenztheit des Ausmaßes der Anreizsetzung hingewiesen wird.¹⁵ Deshalb können Koinvestitionen auch nicht als der alleinige, einen beschleunigten Netzausbau bewirkende „Spielveränderer“ angesehen werden.

Insbesondere sind in einer Gesamtwürdigung auch negative Wirkungen von Koinvestitionen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund könnte ein Zielkonflikt („Trade-off“) zwischen investitionsfördernden und wettbewerbsmindernden Wirkungsweisen bestehen, der eine differenzierte Folgenanalyse in Bezug auf die Anbieterkonzentration, das Marktverhalten und die Marktergebnisse erforderlich macht.

2. Auswirkungen auf die Anbieterkonzentration

Die Auswirkungen auf die Anbieterkonzentration sind gekennzeichnet durch einen hohen Grad an Komplexität, da Koinvestitionen grundsätzlich sowohl konzentrationsmindernd als auch konzentrationserhöhend und zudem sowohl auf der Infrastruktur- als auch auf der Diensteebene wirken können.¹⁶ Eine Bewertung wird zudem stark vom anzulegenden Vergleichsmaßstab („counterfactual“) abhängen.¹⁷ Insgesamt werden die konzentrationserhöhenden Wirkungen von Koinvestitionen sowohl auf der Infrastruktur- als auch auf der Diensteebene aber überwiegen. Eine gemeinsame Investition ermöglicht Kostensenkungen, wodurch auch unabhängig von etwaigen strategischen Aspekten Anreize zur Kooperation entstehen. Auf der Infrastrukturebene wirken Koinvestitionen somit einer Duplizierung von Netzen entgegen¹⁸ und können zur Schaffung monopolistischer Engpassinfrastrukturen („Bottle-necks“) beitragen.

Die konzentrationserhöhende Wirkung von Koinvestitionen stellt sich mit Bezug auf die Diensteebene noch deutlicher dar. Unternehmen ohne eigene Infrastruktur und ohne Beteiligung an einer Koinvestition (sog. „Outsider“) wären bei einem Regulierungsverzicht auf einen freiwilligen Zugang zur Engpassinfrastruktur angewiesen. Im Fall einer Zugangsverweigerung könnten diese Anbieter aufgrund des komplementären Charakters von Infrastruktur- und Diensteebene keine (Endkunden-) Angebote mehr bereitstellen.¹⁹ Ein ähnlicher Effekt ließe sich auch durch eine diskriminierende Gestaltung der Zugangskonditionen erzielen.

Konzentrationserhöhende Wirkungen, die eine weitergehende Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen erforderlich machen, sind insbesondere bei einer Beteiligung des Altsassen und bei einer Berücksichtigung aktiver Infrastruktur zu erwarten. Lediglich Koinvestitionen zum Ausbau grundlegender Infrastruktur (Leerrohre, Kabelschächte usw.)²⁰ und mit Bezug auf Regionen, in denen ohne Koinvestitionen kein Ausbau stattfinden würde (sog. „weiße“ Gebiete),²¹ erscheinen aus wettbewerblicher Sicht a priori grundsätzlich unkritisch.

3. Auswirkungen auf Marktverhalten und Marktergebnisse

Da Koinvestitionen wettbewerbsbeschränkend strategisch eingesetzt werden können, ist eine Analyse des zu erwartenden Marktverhaltens unerlässlich.

Hierbei kann sich insbesondere dann sogar eine Einzelmarktbeherrschung ergeben, wenn Koinvestitionen vom marktbeherrschenden Unternehmen taktisch genutzt werden, um eine Zugangsregulierung zu umgehen.²² Denkbar sind drei strategische Verhaltensweisen:²³ Erstens könnten die Vereinbarungen aufgrund asymmetrischer Verhandlungsmacht diskriminierend ausgestaltet werden, so dass

- 13 Die begriffliche Abgrenzung bleibt in der Literatur etwas unscharf. So betrachtet die Monopolkommission (Fn. 6), S. 61 Rn. 135, alle drei Begriffe als synonym. Alternativ kann der Begriff der Koinvestition auch enger ausgelegt werden, vgl. etwa (ablehnend für den Fall einer lediglich reziproken Zugangsgewährung) *Feasey/Cave* (Fn. 11), S. 48. Für eine Kategorisierung siehe im Überblick *Sickmann/Neumann* (Fn. 12), S. 117 ff., sowie *Balmer/Unver*, Cooperative investment in next generation broadband networks: A review of recent practical cases and literature, 2016.
- 14 *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 344, 2010, S. 6 ff. Für Marktrisiken bezüglich Zahlungsbereitschaft und Penetration könnte auch durch Risikoprämien aufgrund möglicher „Hold-up“-Situationen nur unzureichend kompensiert werden. So z. B. *Forgó/Götz/Otto*, MR-Beilage 5/2010, 16, 20; *Kühling/Heimeshoff/Schall*, K&R-Beih. 1/2010, 1, 11.
- 15 Vgl. z. B. *Kirchner*, Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrechtlicher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum, 2009, S. 6 ff.; *Kühling/Heimeshoff/Schall*, K&R-Beih. 1/2010, 1, 11 ff., sowie insbesondere, auch mit Bezug auf die Begrenztheit der investitionsfördernden Wirkungen *Inderst/Peitz*, ZEW Discussion Paper No. 11-025; *Bourreau/Cambini/Hoernig*, Telecommunications Policy 36 (5) (2012), 399, und *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 344, 2010. Zurückhaltend auch *Gerpott*, K&R 2016, 801, 804 f.
- 16 Da die derzeit (mit Ausnahme des „Layer 3“-Bitstromzugangs) bundesweiten Marktdefinitionen im Breitband(anschluss)bereich zukünftig nicht notwendigerweise Bestand haben müssen, soll an dieser Stelle und im Folgenden vereinfachend die in der Regulierungsökonomik geläufige Unterscheidung zwischen Dienst- und Infrastrukturebene herangezogen werden.
- 17 *Feasey/Cave* (Fn. 11), S. 51.
- 18 Monopolkommission (Fn. 6), S. 62 f. Rn. 138 u. 144. Hierauf deuten auch modelltheoretische Analysen von *Inderst/Peitz*, ZEW Discussion Paper No. 11-025, zu Risikoteilungsmechanismen auf Basis eines einfachen Duopolmodells („Hotelling“) hin.
- 19 Ein Zugang zu Kabel Breitbandzugangsnetzen ist aufgrund des Fehlens eines entsprechenden Vorleistungsmarktes derzeit nicht möglich.
- 20 Unterstützt *Feasey/Cave* (Fn. 11), S. 51; Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 56, BT-Drs. 17/285, 157, 210 Rn. 208. Generell wird mit einem sinkenden Anteil gemeinsam genutzter passiver und/oder aktiver Infrastruktur die wettbewerbliche Beurteilung immer positiver ausfallen. Siehe hierzu GEREK, BoR (12) 41, S. 40.
- 21 Aus wettbewerblicher Sicht mit Bezug auf solche Konstellationen grundsätzlich positiv daher BKartA (Fn. 11), S. 19 f. Rn. 56; Monopolkommission (Fn. 6), S. 61 f. Rn. 137; *Inderst/Peitz*, ZEW Discussion Paper No. 11-025, S. 27 f.
- 22 GEREK, BoR (17) 87, spricht von einem „taktischen Spiel“ („tactical gaming“). Eine „Marktbeherrschung“ schließt einen gewissen Grad an Wettbewerb nicht aus, solange ein in beträchtlichem Umfang von einer Kontrolle durch den Wettbewerb unabhängiges Verhalten möglich ist, siehe etwa EuGH, 13. 2. 1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 520 – Hoffmann-La Roche/Kommission; vgl. auch die an diese Rechtsprechung angelehnte Definition beträchtlicher Marktmacht in Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 der Rahmenrichtlinie und § 11 Abs. 1 S. 3 TKG.
- 23 GEREK, BoR (17) 87, S. 4; BoR (12) 41, S. 30.

sich das marktmächtige Unternehmen trotz formal bestehender Zugangsansprüche für (kleine) Wettbewerber weitgehend unabhängig verhalten und Marktmacht von der Infrastruktur- auf die Diensteebene übertragen könnte. Zweitens ist es denkbar, dass Koinvestitionsvereinbarungen so unvorteilhaft ausgestaltet werden, dass von keiner Beteiligung auszugehen ist. Drittens könnte ein Kommunikationsanbieter als hauptsächlicher Investor einen keinerlei unternehmerischen Einfluss ausübenden Finanzinvestor beteiligen und sich so Freiräume für monopolistisches Verhalten verschaffen.

Ob die beschriebenen Strategien erfolgsversprechend sind, wird allerdings stark von der konkreten Ausgestaltung der regulatorischen Vorgaben abhängen. Die Konstellation einer Einzelmarktbeherrschung bei gleichzeitigem Verzicht auf regulatorisch garantierte Zugangsansprüche wäre aus wettbewerbsökonomischer Sicht jedenfalls sehr kritisch zu beurteilen und würde mit erheblichen statischen (vor allem allokativen) und auch dynamischen Lenkungsineffizienzen durch eine Beeinträchtigung des marktlichen Koordinierungssystems einhergehen.²⁴

Ineffizienzen können darüber hinaus im (engen) Oligopol aus koordinierten und nicht koordinierten Effekten resultieren. Mit Bezug auf nicht koordinierte Verhaltensweisen wird auf Basis des sog. Bertrand-Modells eines oligopolistischen Preiswettbewerbs gelegentlich argumentiert, dass auch im engen Oligopol allokativ effiziente Ergebnisse zu erwarten seien (sog. „Bertrand-Paradoxon“). Allerdings sind mit Bezug auf den deutschen Telekommunikationsmarkt die strengen Modellannahmen verletzt und daher Abweichungen von effizienten Ergebnissen zu erwarten.²⁵ Zu berücksichtigen sind Wechselkosten (lange Vertragslaufzeiten, Geräteinkompatibilität, administrativer Wechsellaufwand, Kundenloyalität), asymmetrische Wettbewerber (u. a. signifikante Marktanteilsabstände),²⁶ keine Bedienbarkeit der gesamten Marktnachfrage (weniger relevant, aber über die Netzkapazität hinausgehende Ressourcenengpässe) sowie ein gewisser Grad an Produktdifferenzierung (z. B. unterschiedliche Geschwindigkeiten, unterschiedliche Umfänge von sog. „Multiplay“-Angeboten, Markenimage) und Intransparenz bezüglich der Angebote (Suchkosten durch Vielzahl von Einzel- und Bündelangeboten, einzelfallabhängige Rabattierungen, Zu- und Abbuchbarkeit bestimmter Leistungsmerkmale)²⁷.

Eine komplementäre Analyse anhand der von GEREK im Kontext der Diskussion um eine symmetrische Regulierung vorgestellten Kriterien zur Abschätzung der Wahrscheinlichkeit ineffizienter Marktergebnisse im engen Oligopol deutet ebenso auf ökonomische Ineffizienzen im Fall von Regulierungsfreistellungen für Koinvestitionen hin.²⁸ Die Stärke der unilateralen Effekte wird allerdings von Region zu Region und in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung der Vereinbarungen unterschiedlich ausfallen.

Auch zu koordiniertem Verhalten, welches selbst ohne explizite Absprachen implizit erfolgen kann („tacit collusion“), bestehen aufgrund der Möglichkeit höherer Unternehmensgewinne grundsätzlich ökonomische Anreize. Zur Abschätzung des Risikos solcher Verhaltensweisen können die geläufigen ökonomischen, spieltheoretisch hergeleiteten Kriterien zur Kartellformierung²⁹ Anwendung finden, die auch im Wettbewerbsrecht Eingang gefunden haben³⁰ und sich überdies weitgehend mit dem von GEREK vorgeschlagenen Analyserahmen zur Beurteilung

gemeinsamer Marktbeherrschung³¹ decken. Wenn auch das Ausmaß wiederum stark von der konkreten Ausgestaltung sowie von der Art und der Anzahl der an den Koinvestitionsvereinbarungen beteiligten Unternehmen abhängen wird, deuten ökonomische Analysen anhand dieser Kriterien zumindest in Fällen einer geringen Anzahl an „Insidern“ und in Abwesenheit einer parallelen Infrastruktur auf ein stark erhöhtes Risiko zur Kollusion hin.³² Begünstigend wirken eine hohe Anbieterkonzentration und eine geringe Konzentration auf der Nachfrageseite im Massenmarkt für Breitbandanschlüsse, sehr stabile Markteintrittsbarrieren in Form von Größen-, Verbund- und Dichtevorteilen in Kombination mit versunkenen Kosten, ein umfassender Informationsaustausch im Rahmen von Koinvestitionsvereinbarungen sowie sehr lange Amortisationszeiträume. Die theoretischen Arbeiten finden mittlerweile auch in der experimentellen ökonomischen Literatur Bestätigung.³³

III. Ausgestaltungsvorschläge (Art. 74 Kodex-E)

1. Regelungsansatz

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen gilt es nachfolgend zu analysieren, ob die im laufenden Reformprozess vorgeschlagenen Regelungen die Gefahr negativer wettbewerblicher Auswirkungen hinreichend adressieren und gleichzeitig die positiven Auswirkungen im Sinne einer Beförderung privatwirtschaftlicher Investitionen zu tragen lassen kommen. Ausgangspunkt der europäischen Rechtssetzungsinitiative und Blaupause für die hieran anknüpfenden Vorschläge von Rat und Parlament (sausschuss)³⁴ ist der Kommissionsentwurf aus dem Herbst 2016. Er sieht die Schaffung einer neuen Vorschrift zur Behandlung neuer Netzbestandteile vor. Sein grundsätzlicher Regelungsansatz wurde im Folgenden beibehalten, auch wenn es zu durchaus weitreichenden Änderungsvorschlägen gekommen ist, auf die sogleich eingegangen wird. Im insoweit unveränderten Kern geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Komponenten, die im Zusammenhang mit dem Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität neu errichtet werden, von regulatorischen Vorabverpflichtungen ausgenommen wer-

24 Vgl. auch *Inderst/Kühling/Neumann/Peitz*, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 344, 2010, denen zufolge Kooperationsmodelle nicht zu einer Remopolisierung führen dürfen, weshalb eine Prüfung hinsichtlich möglicher Diskriminierung und Marktverschließung erforderlich sei.

25 Ausführlich *Sickmann/Neumann* (Fn. 12), S. 172 ff., und insbesondere am Beispiel des niederländischen Marktes OPTA, Economic Policy Note Nr. 6, 2006, S. 9 ff. u. 26 ff. Siehe ferner GEREK, BoR (15) 195, S. 14 ff., sowie Bundesnetzagentur, Festlegung v. 9. 7. 2015 – BK1-14-001, S. 76.

26 Zu mit Bezug auf den deutschen Markt bestehenden Asymmetrien ausführlich *Sickmann/Neumann* (Fn. 12), S. 103 ff. m. w. N.

27 Die Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28. 10. 2015 – BK 3h-14/114, S. 68, spricht mit Bezug auf die Preise von „letztlich undurchdringbarer Intransparenz“.

28 GEREK, BoR (15) 195. Zur Anwendung der Kriterien zur Analyse unilateraler Effekte im Rahmen von Koinvestitionen *Sickmann/Neumann* (Fn. 12), S. 173 ff.

29 Vgl. exemplarisch *Carlton/Perloff*, *Modern Industrial Organization*, 4. globale Aufl. 2015, S. 151 ff.; *Motta*, *Competition Policy*, 12. Aufl. 2009, S. 142 ff. m. w. N.

30 Vgl. etwa Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 der Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004.

31 GEREK, BoR (15) 195, S. 43 ff.

32 Unterstützend GEREK, BoR (12) 41, S. 14 f., sowie Monopolkommission (Fn. 6), S. 62 Rn. 138.

33 *Krämer/Vogelsang*, *Review of Network Economics* 15 (1) (2016), 35. Siehe auch zu der umfangreicheren experimentellen Literatur zum generellen Risiko der Kollusion in Oligopolmärkten *Sickmann/Neumann* (Fn. 12), S. 156 f. m. w. N.

34 Im Folgenden soll der Einfachheit halber immer vom Entwurf des Parlaments die Rede sein.

den, obwohl sie einem an sich regulierungsbedürftigen Markt zugehören, auf dem (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, das somit grundsätzlich als Adressat entsprechender Verpflichtungen³⁵ in Betracht käme. Es geht also um eine Regulierungsfreistellung für solche neuen Netzbestandteile bzw. um eine insoweit „differenzierte regulatorische Behandlung“,³⁶ da der marktmächtige Betreiber hinsichtlich der anderen Netzbestandteile, die dem relevanten Markt zugehören, auch weiterhin regulatorischen Vorabverpflichtungen unterworfen bleiben kann.

Nach dem Regelungsansatz von Art. 74 Kodex-E müssen aber bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, damit es überhaupt zu den genannten Regulierungserleichterungen kommen kann.

Vor allem muss der Aufbau der neuen Netzbestandteile Angeboten für Koinvestitionen nach einem transparenten Verfahren und zu Bedingungen offenstehen, die langfristig einen nachhaltigen Wettbewerb fördern bzw. (im Vorschlag des Rates) sicherstellen.³⁷ Hierfür werden bereits im Text der Vorschrift bestimmte Anforderungen formuliert, denen zufolge es sich u. a. um „gerechte, angemessene und nicht diskriminierende Bedingungen für potenzielle Ko-Investoren“ handeln muss. Daneben werden in Anhang IV zum Kodex-E umfassende „Kriterien für die Bewertung von Ko-Investitionsangeboten“ vorgegeben. Mit diesen werden insbesondere die ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale der (vorgeschlagenen) Richtlinienvorschrift näher konkretisiert. Die in Frage kommenden Angebote müssen auch diesen detailreichen Anforderungen genügen.³⁸

Darüber hinaus muss auch solchen Zugangsinteressenten, die sich nicht an der Koinvestition beteiligen, ein Zugang zum Netz des marktmächtigen Betreibers möglich bleiben. Dieser kann entweder auf gewerblichen Vereinbarungen zu fairen und angemessenen Bedingungen oder auf regulatorischen Vorgaben beruhen.³⁹

Die vorgeschlagenen Bestimmungen sollen „gewerbliche Ko-Investitionen in neue Infrastrukturen erleichtern und die dadurch notwendig werdende Regulierung vereinfachen“.⁴⁰ Hintergrund ist die Erwägung, dass Koinvestitionsvereinbarungen angesichts einer ungewissen Nachfrageentwicklung sowie der allgemeinen Größen- und Dichtevorteile die Bündelung von Kosten und Risiken sowie Investitionen kleinerer Betreiber ermöglichen oder – so der parlamentarische Entwurf – zumindest ermöglichen können.⁴¹ Hierdurch soll ein nachhaltiger, langfristig angelegter Wettbewerb gefördert werden, und zwar auch in Gebieten, in denen ein Infrastrukturwettbewerb möglicherweise nicht effizient ist.

2. Obligatorische oder fakultative Regulierungsfreistellung?

Der grundlegendste Unterschied zwischen den drei Vorschlägen liegt in der vorgesehenen Rechtsfolge. Während der Kommissionsentwurf eine obligatorische Regulierungsfreistellung für neue Netzbestandteile vorsieht,⁴² beschränkt sich der Vorschlag des Parlaments auf eine bloße Deregulierungsbefugnis.

Eine Zwischenstellung nimmt der Ratsentwurf ein: Hier ist im Grundsatz zwar ebenfalls eine obligatorische Regulierungsfreistellung vorgesehen. Nach Art. 74 Abs. 3 Kodex-E-Rat können die nationalen Regulierungsbehörden aber

unter besonders begründeten Umständen mit Erlaubnis der Kommission ausnahmsweise auch dann Vorabverpflichtungen auferlegen, wenn eigentlich eine Regulierungsfreistellung nach Abs. 1 erfolgen müsste.

Für eine obligatorische Regulierungsfreistellung spricht der Aspekt der Rechts- und Planungssicherheit. Das mit Art. 74 Kodex-E intendierte Instrument würde in seiner Wirkungskraft beeinträchtigt, müssten marktmächtige Unternehmen fürchten, dass der mit der Planung, Erstellung und Kommunikation eines Koinvestitionsangebots verbundene Aufwand letzten Endes vergeblich ist, obwohl das Angebot die Voraussetzungen für eine Deregulierung eigentlich erfüllt.

Für eine bloß fakultative Regulierungsfreistellung spricht demgegenüber, dass auf diese Weise immer noch eine Prüfung an den Regulierungszielen und der Schutz des Wettbewerbs möglich bleibt, sollten sich die richtlinienrechtlich vorgegebenen Sicherheitsnetze nicht als ausreichend erweisen.⁴³ Insoweit zielt der Vorschlag des Rates auf eine Kompromisslösung ab, die grundsätzlich Rechts- und Planungssicherheit verspricht, Eingriffe zum Schutz des Wettbewerbs aber zulässt.

3. Einschätzungsprärogative der nationalen Regulierungsbehörden?

Wichtige Unterschiede bestehen zwischen den Entwurfsfassungen auch auf tatbestandlicher Ebene. Während es im Kommissionsentwurf allein darauf ankommt, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung gegeben sind, nimmt der Ratsvorschlag ausdrücklich auf die Einschätzung der nationalen Regulierungsbehörden Bezug.⁴⁴ Auch Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 Kodex-E-EP stellt für die Bewertung etwaiger Koinvestitionsangebote explizit auf die behördliche Einschätzung ab.

Hierdurch soll offensichtlich eine behördliche Einschätzungsprärogative ausdrücklich festgeschrieben werden. Auf die Frage, ob sich solche Letztentscheidungsbefugnisse, die in der Terminologie des deutschen Verwaltungsrechts als Beurteilungsspielräume einzustufen wären, bereits nach allgemeinen Grundsätzen⁴⁵ ergeben, käme es dann nicht mehr an. In der Sache spricht mit Blick auf die Schaffung frühestmöglicher Rechts- und Planungssicherheit in der Tat einiges für solche Spielräume und ihre ausdrückliche Normierung. Zwar unterliegt auch die Einhaltung behördlicher Letztentscheidungsfreiräume –

35 Insbesondere zur Gewährung des Zugangs, zur Preiskontrolle und zur Gleichbehandlung.

36 Zu dieser relativierenden Bezeichnung siehe Rat, Vorschlag v. 22. 9. 2017 – 12290/1/17 REV 1, S. 9 Rn. 61.

37 Art. 74 UAbs. 1 lit. a Kodex-E-KOM, Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a Kodex-E-Rat/EP.

38 Art. 74 UAbs. 2 Kodex-E-KOM, Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 Kodex-E-Rat, Art. 74 Abs. 1 UAbs. 3 Kodex-E-EP.

39 Art. 74 UAbs. 1 lit. c Kodex-E-KOM, Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Kodex-E-Rat/EP.

40 Kommission (Fn. 1), COM (2016) 590 final/2, S. 19.

41 Hierzu und zum Folgenden Erwägungsgrund 184 S. 1 Kodex-E.

42 Neumann, N&R 2016, 262, 270; Scherer/Heinickel, MMR 2017, 71, 75.

43 Vgl. auch GEREK, BoR (17) 87, S. 3; Wernick u. a., Gigabitnetze für Deutschland, 2016, S. 102 f.

44 So geht es nicht mehr darum, ob die einzelnen Deregulierungsvoraussetzungen tatsächlich erfüllt sind, sondern darum, ob die Regulierungsbehörde dies feststellt („if it determines that“). Und auch für die Frage, ob die Bedingungen eines Angebotes ausreichen, soll es ausdrücklich auf die behördliche Einschätzung ankommen („which the national regulatory authority considers capable of“).

45 Hierzu etwa BVerfG, 31. 5. 2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1, 21 ff.; BVerwG, 17. 8. 2016 – 6 C 50.15, N&R 2017, 44, 47 Rn. 32.

selbstverständlich – einer gerichtlichen Überprüfung,⁴⁶ so dass abschließende Sicherheit auch in diesen Fällen erst nach Abschluss etwaiger Gerichtsverfahren besteht. Die Wahrscheinlichkeit, dass die behördliche Einschätzung im Einzelnen gerichtlich korrigiert wird, nimmt jedoch im Vergleich zu einer vollumfänglichen gerichtlichen Überprüfung ab – und damit erhöht sich spiegelbildlich der Grad der Rechts- und Planungssicherheit, der mit der behördlichen Entscheidung erreicht wird.

4. Notwendigkeit eines Vertragsschlusses?

Während es auf Grundlage der Vorschläge von Kommission und Rat ausreicht, dass der marktmächtige Betreiber gegenüber allen potentiellen Nachfragern ein „Angebot für Ko-Investitionen“ unterbreitet, fordert Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 lit. aa Kodex-E-EP in Reaktion auf entsprechende Kritik am Kommissionsentwurf,⁴⁷ dass das Angebot auch tatsächlich zum Abschluss mindestens einer entsprechenden Vereinbarung geführt hat. Der Rat hatte eine solche Einschränkung ebenfalls erwogen, dann aber verworfen, weil die Notwendigkeit eines tatsächlichen Vertragsschlusses eine ziemlich hohe Hürde für die (marktmächtigen) Netzbetreiber errichten würde, die auf diese Weise vom Verhalten anderer Marktteilnehmer abhingen.⁴⁸

Dahinter dürfte die Sorge stehen, dass die Zugangsnachfrager einen Anreiz haben, sich der Beteiligung an einer Koinvestition allein deshalb zu verweigern, um eine Regulierungsfreistellung des marktmächtigen Betreibers zu verhindern. Dies mag insbesondere in der Erwartung geschehen, dass der zugangsverpflichtete Betreiber die Investition daraufhin alleine tätigt, so dass die Zugangsnachfrager auch ohne Beteiligung an dem Investitionsrisiko an der verbesserten Netzinfrastruktur partizipieren können.

Allerdings erhalten Koinvestoren nicht lediglich Zugang. Sie partizipieren vielmehr an der diesbezüglichen Wertschöpfung, jedenfalls durch bessere Nutzungskonditionen, die ihnen gegenüber externen Zugangsnachfragern einen wettbewerblichen Vorteil ermöglichen, sollte sich die Investition als erfolgreich erweisen. Dieser Vorteil ist mit dem Anreiz zur Sicherstellung eines regulierten Zugangs abzuwägen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich hierfür alle Zugangsnachfrager einem Vertragsabschluss verweigern müssten, worauf wiederum der einzelne Nachfrager (im Gegensatz zur Entscheidung über die Annahme eines Koinvestitionsangebots) keinen Einfluss hat.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass es um Angebote marktmächtiger Betreiber geht. Diese haben in erheblichem Umfang die Möglichkeit, ihren Vertragspartnern solche Konditionen aufzuerlegen, die sich bei wirksamem Wettbewerb nicht ergeben würden.⁴⁹ Wenn ein Koinvestitionsangebot nicht angenommen wird, ist das somit ein starkes Indiz dafür, dass die Bedingungen des Angebots potentielle Vertragspartner selbst über diesen nicht wettbewerbskonformen Ausgestaltungsspielraum hinaus benachteiligen würden. Dies gilt jedenfalls, wenn ein als Auffangnetz bestehender Zugang auf den Status vor Errichtung der neuen Netzbestandteile beschränkt ist. Das lässt es sinnvoll erscheinen, dieses Indiz durch die Notwendigkeit eines Vertragsschlusses zu entkräften. Auch der Rat hat die Gefahr entsprechenden strategischen Verhaltens („gaming“) des marktmächtigen Betreibers gesehen, will ihm aber mit anderen Schutzmechanismen begegnen.⁵⁰ Das bezieht sich insbesondere auf eine deutlich aufgewertete Prüfungscompetenz der nationalen Regulierungsbehörden: Art. 74 Abs. 1 UAbs. 2 Kodex-E-Rat sieht

hierfür in nicht abschließender Aufzählung verschiedene Eingriffsbefugnisse vor. Insbesondere sollen die Behörden bestimmte Verpflichtungszusagen des marktmächtigen Betreibers fordern können, auch in Bezug auf Änderungen des Koinvestitionsangebots, die sie sogar verbindlich machen können. Solche Schutzmechanismen sind sicherlich sinnvoll, um die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Ausgestaltung zu mindern. Dennoch wäre nicht sichergestellt, dass es zum Abschluss einer Koinvestitionsvereinbarung kommt. Selbst wenn man das im Lichte der zusätzlichen regulatorischen Einhegung der Angebotsbedingungen nicht mehr als Indiz für die Unzulänglichkeit des Angebotes sehen wollte, bliebe es doch dabei, dass sich das marktmächtige Unternehmen so der Regulierung mit einer „Koinvestition ohne Koinvestor“ entziehen könnte. Das stünde im Widerspruch zu dem Regelungsansatz von Art. 74 Kodex-E, dem zufolge gerade die Koinvestitionsbedingungen den Wettbewerb schützen sollen. Ohne Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung läuft eine derartige Wettbewerbssicherung ins Leere.⁵¹

Schließlich können weitere wettbewerbssichernde Vorkehrungen nur dann getroffen werden, wenn der Abschluss zumindest einer Koinvestitionsvereinbarung Voraussetzung für eine Regulierungsfreistellung ist.⁵² Genau das sieht Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 lit. aa Kodex-E-EP dann auch vor, wonach die betreffenden Koinvestoren nämlich im Endkundenmarkt als Diensteanbieter agieren, dies zumindest beabsichtigen oder solchen Anbietern Netzzugang ermöglichen müssen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die bloße Koinvestition durch einen Finanzinvestor nicht ausreicht.⁵³

5. Relevante Netzbestandteile

Ein weiterer Diskussionspunkt betrifft die Frage, welche Netzbestandteile von einer etwaigen Regulierungsfreistellung betroffen sein sollen. Die Vorschläge von Rat und Kommission beziehen sich auf „neue Netzbestandteile“, deren Aufbau „wesentlich zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität bei[trägt]“.⁵⁴ Diese Formulierung lässt es zumindest möglich erscheinen, dass auch technologische Zwischenschritte (etwa „Vectoring“) erfasst werden.

Nach diesbezüglicher Kritik⁵⁵ hat der Rat versucht, den Begriff der „neuen Netzbestandteile“ in den Erwägungsgründen präziser zu definieren. Danach soll es sich hierbei um Elemente eines elektronischen Netzes oder seiner zugehörigen Einrichtungen handeln, die der marktmächtige Betreiber erst nach Unterbreitung eines Koinvestitionsan-

46 Vgl. namentlich für Beurteilungsspielräume etwa BVerfG, 22. 11. 2016 – 1 BvL 6/14 u. a., N&R 2017, 107, 110 Rn. 41; BVerwG, 17. 8. 2016 – 6 C 50.15, N&R 2017, 44, 46 Rn. 24.

47 GEREK, BoR (17) 87, S. 3; BoR (16) 213, S. 7; Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer, CR 2017, 197, 201.

48 Rat, Vorschlag v. 22. 9. 2017 – 12290/1/17 REV 1, S. 9 Rn. 61.

49 Vgl. die Definition der beträchtlichen Marktmacht in Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 der Rahmenrichtlinie.

50 Rat, Vorschlag v. 22. 9. 2017 – 12290/1/17 REV 1, S. 9 Rn. 60.

51 Im Ergebnis auch Wernick u. a. (Fn. 43), S. 103.

52 Entsprechend zu freiwilligen Angeboten i. S. v. § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG Neumann/Thomaschki, in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 21 Rn. 118.

53 Siehe bereits oben, unter II. 3., sowie GEREK, BoR (17) 87, S. 4. Und selbst wenn eine (zumindest mittelbare) Beteiligung eines Diensteanbieters sichergestellt ist, fordert die Regelung des Weiteren, dass die Koinvestoren berechnete Aussichten haben müssen, sich im Wettbewerb zu behaupten. Damit soll verhindert werden, dass die wettbewerbliche Wirkung gering bzw. rein vorübergehender Natur bleibt.

54 Art. 74 UAbs. 1 lit. b Kodex-E-KOM, Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Kodex-E-Rat.

55 GEREK, BoR (17) 87, S. 3; siehe auch Neumann, N&R 2016, 262, 270.

gebots und unter dessen Bedingungen aufgebaut hat.⁵⁶ Sie bleiben dann während der Lebensdauer der Anlage in diesem Sinne „neu“.⁵⁷ Der Definitionsversuch besagt aber nichts zu der Frage, wann der Aufbau solcher Netzbestandteile zum Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität beiträgt. Darüber hinaus steht er in einem Spannungsverhältnis zu der im Ratsentwurf ebenfalls vorgesehenen Regelung zu kommerziellen Vereinbarungen (dazu noch sogleich, unter 8.). Denn diese bezieht sich auch auf „neue Netzbestandteile“, betrifft aber gerade den Fall, in dem kein Koinvestitionsangebot (jedenfalls gemäß Abs. 1) vorliegt, obwohl ein solches für „neue Netzbestandteile“ im vorgenannten Sinne erforderlich wäre.

Als insgesamt konsequenter erweist sich insoweit Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 Kodex-E-EP. Danach ist die Möglichkeit einer Regulierungsfreistellung nur noch „in Bezug auf neue Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität, die im Fall von Festnetzanschlüssen zum Grundstück bzw. im Fall von mobilen Verbindungen zur Basisstation führen“, vorgesehen. Damit wird klargestellt, dass es ausschließlich um solche Einrichtungen geht, die nach ihrem Aufbau selbst Bestandteile von Netzen mit sehr hoher Kapazität sind. Diese Eingrenzungswirkung wird durch die räumlichen Anforderungen (Erstreckung bis zum Grundstück) noch verstärkt, die etwa Glasfasernetze ausschließen dürften, welche lediglich bis zu Kabelverzweigungen (FTTC) reichen. Ob man diese beiden Engführungen allerdings regulierungspolitisch für sinnvoll hält, sei hier dahingestellt, da durchaus auch die regulatorische Förderung von Zwischenlösungen dazu beitragen kann, den Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität als eigentliches Ziel zu fördern.

6. Rechte für Außenstehende

Ein weiterer wichtiger Punkt betrifft die Zugangsrechte für nicht an der Koinvestition beteiligte Unternehmen („Outsider“). Diese müssen nach den Vorstellungen der Kommission und des Rates einen in Ausgestaltung und Reichweite identischen Zugang erhalten wie vor dem Aufbau der neuen Netzbestandteile. Demgegenüber sind im Einklang mit einem entsprechenden Vorschlag von GEREK⁵⁸ nach Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Kodex-E-EP „faire, angemessene und diskriminierungsfreie Zugangsbedingungen“ erforderlich, bei denen lediglich „dem durch Ko-Investoren bedingten Risiko entsprechend Rechnung getragen wird“. Auch Außenstehenden soll danach also die Nutzung der neuen Netzbestandteile ermöglicht werden, wenngleich zu Bedingungen, die ihrem geringeren Risiko angepasst sind. Eine solche Regelung mindert den Anreiz zum Angebot und Abschluss von Koinvestitionsvereinbarungen.⁵⁹ Sie stellt zugleich aber auch sicher, dass Außenstehende vom technologischen Fortschritt nicht abgeschnitten werden, was bei einer Beschränkung des Zugangs auf den Status quo ante drohen würde.⁶⁰ Insoweit erscheint die Möglichkeit, einerseits durch eine differenzierte Ausgestaltung der Zugangsbedingungen den Anreiz für Koinvestitionen als solchen zu bewahren,⁶¹ andererseits durch die Erstreckung der Zugangsrechte Außenstehender auf die neuen technischen Möglichkeiten den Wettbewerb insoweit auch langfristiger abzusichern, als tragfähiger Kompromiss.

7. Möglichkeit gesetzlicher Vorgaben für die Freistellungsdauer?

Während das in Art. 74 Kodex-E vorgesehene Instrument der Regulierungsfreistellung in den Entwurfsfassungen der

Kommission und des Parlaments letzten Endes in das übliche System der Marktregulierung eingebunden ist, sollen nach Art. 74 Abs. 2 a Kodex-E-Rat die Mitgliedstaaten eine Mindestdauer von höchstens sieben Jahren vorgeben können, innerhalb derer die nationalen Regulierungsbehörden nach einer Freistellung i. S. v. Abs. 1 keine Vorabverpflichtungen auferlegen dürfen. Die ausdrückliche Bezugnahme auf die Mitgliedstaaten lässt sich nur so verstehen, dass gerade auch der mitgliedstaatliche Gesetzgeber ermächtigt werden soll, Vorgaben für die Dauer der Deregulierung zu machen.

Das steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu dem Regelungsansatz im Bereich der wettbewerbsfördernden Marktregulierung, der grundsätzlich auf den Vollzug durch die nationalen Regulierungsbehörden setzt.⁶² Zwar kann eine gesetzliche Vorgabe zur Dauer der Regulierungsfreistellung für zusätzliche Rechtssicherheit sorgen, da eine vorzeitige Beendigung der „Regulierungsferien“ durch die Regulierungsbehörde zumindest erheblich erschwert wird.⁶³ Es ist aber schon diskutabel, ob eine solche Erhöhung der Rechtssicherheit gegenüber der turnusmäßigen Überprüfung des regulatorischen Rahmens überhaupt sachlich gerechtfertigt wäre. Jedenfalls widerspricht es dem Ziel, den Binnenmarkt auch durch die Schaffung konvergierender Netzzugangsregelungen zu fördern,⁶⁴ wenn man hier den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern einen nicht weiter konditionierten Ausgestaltungsspielraum einräumt, der dem gerade mit Blick auf das Konvergenzziel etablierten europäischen Regulierungsverbund entzogen ist. Es spricht daher einiges dafür, auf eine entsprechende Regelung zu verzichten bzw. Vorgaben zur Dauer einer Regulierungsfreistellung unmittelbar auf Richtlinienebene selbst zu treffen oder die Kommission zum Erlass einer derartigen Bestimmung zu ermächtigen.

8. Berücksichtigung kommerzieller Vereinbarungen?

Eine weitere Besonderheit des Ratsentwurfs findet sich in Art. 74 Abs. 1 a Kodex-E-Rat: In den Fällen, in denen kein Koinvestitionsangebot vorliegt, der marktmächtige Betreiber aber auf kommerzieller Basis dauerhaft Zugang gewährt, kann die nationale Regulierungsbehörde von der Auferlegung regulatorischer Vorabverpflichtungen in Bezug auf neue Netzelemente absehen. Dabei muss sie nach öffentlicher Anhörung der Marktteilnehmer und interessierten Parteien verschiedene Aspekte berücksichtigen. Diese Beurteilungsaspekte sind im Wesentlichen den in Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a bis c Kodex-E-Rat ausformulierten Anforderungen an ein Koinvestitionsangebot nachempfunden, dabei allerdings auf die Zugangsgewährung bezogen. Ergänzend tritt die Frage hinzu, ob die fragliche

⁵⁶ Erwägungsgrund 183 a S. 1 Kodex-E-Rat.

⁵⁷ Siehe Erwägungsgrund 183 a S. 2 Kodex-E-Rat, wonach dies unbeschadet der Möglichkeit gilt, regulatorische Verpflichtungen auf diese Netzbestandteile zu erstrecken.

⁵⁸ GEREK, BoR (17) 87, S. 4 f.

⁵⁹ Vgl. *Fetzer/Scherer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. Aufl. 2015, § 15 a Rn. 20.

⁶⁰ GEREK, BoR (17) 87, S. 4; *Wernick* u. a. (Fn. 43), S. 103.

⁶¹ Im TKG – insbesondere in § 28 Abs. 1 S. 3 – hat dieser Gedanke bereits 2012 Ausdruck gefunden, siehe *Cornils*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 62; *Fetzer*, in: *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich* (Fn. 59), § 28 Rn. 75; *Kühling*, in: *Säcker* (Fn. 52), § 15 a Rn. 31.

⁶² EuGH, 3. 12. 2009 – C-424/07, K&R 2010, 30, 31 ff. Rn. 53 ff. – Kommission/Deutschland.

⁶³ Völlig ausgeschlossen erscheint sie schon mit Blick auf die nachgelagert vorgesehene Möglichkeit regulatorischer Eingriffe nach Art. 74 Abs. 3 Kodex-E-Rat selbst innerhalb der Systematik des Ratsvorschlages nicht von vornherein.

⁶⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c Kodex-E.

Zugangsvereinbarung von Marktteilnehmern, welche die Mehrheit des Marktes repräsentieren,⁶⁵ akzeptiert wird und zugleich nachhaltiger Dienstewettbewerb sichergestellt ist.

Im Ausgangspunkt trifft es zu, dass es Einfluss auf den Regulierungsbedarf haben kann, inwieweit ein marktmächtiger Betreiber bereits auf Grundlage freiwilliger Vereinbarungen Zugang zu seinem Netz gewährt. Es ist also richtig, wenn nationale Regulierungsbehörden solche Vereinbarungen bei der Entscheidung über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen berücksichtigen können oder ggf. sogar müssen, insbesondere wenn es sich um im Markt akzeptierte⁶⁶ Vereinbarungen handelt. Fraglich ist jedoch, ob es hierfür der Schaffung einer neuen Richtlinienbestimmung bedarf. Insbesondere ist dort anders als bei der strikten Formulierung von Freistellungsvoraussetzungen für Koinvestitionsangebote in Abs. 1 lediglich eine Berücksichtigung der im Einzelnen angeführten Aspekte vorgesehen. Deren Vorliegen oder Nichtvorliegen determiniert die Entscheidung damit gerade nicht zwingend in die eine oder die andere Richtung. Verbunden mit der weichen Rechtsfolge einer bloß fakultativen Regulierungsfreistellung in Bezug auf neue Netzelemente hält sich der Nutzen der vorgesehenen Regelung in erheblichen Grenzen, deren Einführung aber mit einer erheblichen Zunahme der Regelungskomplexität verbunden wäre.

IV. Fazit

Mit dem Vorschlag für eine Regulierungsfreistellung von neuen Netzbestandteilen im Zusammenhang mit dem Aufbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität versuchen die europäischen Rechtssetzungsorgane angesichts der regulierungsökonomischen Chancen und Risiken von Koinvestitionen, eine anspruchsvolle Aufgabe zu meistern. Dabei trägt Art. 74 Abs. 1 Kodex-E in allen derzeit vorliegenden Entwurfsfassungen dem unvermeidlichen Spagat zwischen Investitionsförderung und Wettbewerbssicherung grundsätzlich Rechnung, indem zahlreiche Sicherheitsnetze vorgesehen werden, die einer Entstehung vermachteter Endnutzermärkte entgegenwirken sollen. Die lebhaft diskutierte genaue Ausgestaltung dieser Regelungen sollte aber nicht über die viel grundsätzlichere Frage hinwegtäuschen, ob es einer entsprechenden Vorschrift überhaupt bedarf. Denn schon im geltenden System des Rechtsrahmens können die nationalen Regulierungsbehörden Koinvestitionsangebote und -vereinbarungen auf allen Ebenen der Marktregulierung berücksichtigen und auf dieser Grundlage die Reichweite und Ausgestaltung der Vorabregulierung verringern,⁶⁷ sofern dies im konkreten Fall sachlich gerechtfertigt ist.

Der primäre Mehrwert einer ausdrücklichen Regelung dürfte somit – neben der Verdeutlichung einer entsprechenden politischen Richtungsentscheidung des europäischen Gesetzgebers – in der Schaffung eines klaren Beurteilungsrahmens für entsprechende Entscheidungen liegen, mit der damit einhergehenden Erhöhung von Planungs- und Rechtssicherheit für den marktmächtigen Betreiber, potentielle Koinvestoren und andere Marktteilnehmer. Aus diesem Bemühen lässt sich insbesondere die Formulierung umfassender Anforderungen im Text der Vorschrift selbst und im begleitenden Anhang IV erklären.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass es trotz einer beeindruckenden Detailfreude nicht gelungen ist (und wohl auch nicht gelingen kann), die entscheidende Frage auch

nur annähernd abschließend zu klären, wann die Bedingungen eines Koinvestitionsangebots „langfristig einen nachhaltigen Wettbewerb“ fördern oder gar sicherstellen. Diesbezüglich wird es also auch weiterhin auf eine Bewertung des Einzelfalls durch die nationalen Regulierungsbehörden ankommen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Koinvestitionen im Anwendungsbereich von Art. 74 Kodex-E notwendigerweise unter Beteiligung gerade des marktmächtigen Betreibers erfolgen und überdies insbesondere auch Netzelemente auf einer höheren Wertschöpfungsstufe erfassen können, so dass es um wettbewerblich besonders sensible Konstellationen geht.⁶⁸ Der Gewinn für die Rechts- und Planungssicherheit und damit für die erhoffte Investitionsförderung erweist sich somit von vornherein als beschränkt.⁶⁹

Das gilt in noch gesteigertem Maße, wenn eine bloß fakultative Regulierungsfreistellung vorgesehen würde oder Ausnahmemöglichkeiten bestünden, wohingegen auch der Verzicht auf entsprechende Einschränkungen seinerseits mit Blick auf die wettbewerblichen Gefahren risikobehaftet ist. Noch weiter beschränkt wird der Nutzen einer spezifischen Vorschrift zur Regulierungsfreistellung, wenn diese nur für einen Teil der in Betracht kommenden Vorabverpflichtungen gilt, wie das in Art. 74 Abs. 1 UAbs. 1 Kodex-E-EP vorgesehen ist.⁷⁰

Erkauft würde dieser vergleichsweise geringe Mehrwert mit einer Vielzahl von Streitpunkten und Anwendungsproblemen sowie mit einem wort- und detailreichen Normtext⁷¹ und damit einhergehend mit einer erheblichen Zunahme der Regelungskomplexität bereits auf Ebene des maßgeblichen Sekundärrechts.⁷² Das steht nicht zuletzt im Widerspruch zu der eigentlichen Zielsetzung einer Vereinfachung der Regulierung.⁷³

Zu guter Letzt deuten auch aktuelle Entwicklungen darauf hin, dass es letztlich selbst aus der Sicht marktmächtiger Betreiber keiner spezifischen Deregulierungsvorschrift bedarf.⁷⁴ So hat die Deutsche Telekom AG Mitte Dezember 2017 als Rahmenbedingung für geplante Koinvestitionen zur Errichtung von über einer Million Glasfaseranschlüssen den Verzicht auf eine diesbezügliche Regulierung gefordert, wofür man in Kontakt mit der Bundesnetzagentur stehe.⁷⁵ Das ergäbe nur begrenzten Sinn, bedürfte es erst des Inkrafttretens und der Umsetzung einer Vorschrift wie Art. 74 Kodex-E.

65 Siehe zur entsprechenden Problematik in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 bzw. Abs. 2 Nr. 7 S. 1 *Geppert/Attendorff*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 61), § 21 Rn. 174 ff.; *Neumann/Thomaschki* (Fn. 52), § 21 Rn. 119 bzw. 179.

66 Diese tatsächliche Akzeptanz darf aber nicht über die diesbezüglichen Verhaltensspielräume eines marktmächtigen Betreibers hinwegtäuschen, siehe oben, in und bei Fn. 49.

67 Siehe hierzu GEREK, BoR (17) 87, S. 2; *Sickmann/Neumann* (Fn. 12), S. 196; spezifisch zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht auch Ziff. 28 der NGA-Empfehlung 2010/572/EG, zur potentiellen Regulierungsbedürftigkeit Art. 65 Abs. 2 lit. a Kodex-E-KOM und auch zur Auswahl der Vorabverpflichtungen Art. 66 Abs. 6 Kodex-E-KOM/Rat.

68 Siehe oben, unter II. 2.

69 *Neumann*, N&R 2016, 262, 270.

70 Danach geht es von vornherein nur um Verpflichtungen nach Art. 71 bis 73 Kodex-E. Insbesondere Gleichbehandlungs- und Transparenzverpflichtungen sowie Verpflichtungen zur getrennten Rechnungsführung wären damit von einer Regulierungsfreistellung nicht erfasst.

71 Der Umfang von Art. 74 und Anhang IV Kodex-E-Rat entspricht mit rund 12 000 Zeichen beinahe dem Umfang der zwölf(!) Artikel der ONP-RL 90/387/EWG mit rund 15 000 Zeichen.

72 Vgl. auch GEREK, BoR (17) 87, S. 2.

73 Siehe dazu oben, in Fn. 40.

74 Entsprechend GEREK, BoR (17) 87, S. 1, mit Blick auf Erfahrungen in Frankreich, Spanien und Portugal.

75 *Blank*, Blog.Telekom-Beitrag „EWE und Telekom kooperieren beim Glasfaserausbau“ v. 13. 12. 2017.

Angesichts des bisher investierten politischen Aufwands ist es dennoch kaum zu erwarten, dass der Richtliniengesetzgeber sein Regelungsvorhaben grundsätzlich überdenkt.⁷⁶ Eine Kompromisslinie könnte darin bestehen, den potentiellen Nutzen von Koinvestitionsangeboten in allgemeinen Vorschriften etwa zu den Regulierungszielen (Art. 3 Kodex-E), zur Marktanalyse (Art. 65 Kodex-E) oder zur Auferlegung von Vorabverpflichtungen (Art. 66 Kodex-E) noch einmal ausdrücklich hervorzuheben.⁷⁷ Entsprechend wurde, wie eingangs (unter I.) dargestellt, bei der letzten Reform des Rechtsrahmens im Jahr 2009 mit Bezug auf Risikoteilungsmodelle verfahren und ähnliche Anklänge finden sich auch im Kommissionsentwurf.⁷⁸ Diese könnten im Sinne einer Berücksichtigungsvorgabe zugunsten bestimmter Koinvestitionsangebote systemgerecht ausgebaut⁷⁹ und später ggf. durch eine Kommissionsempfehlung oder Leitlinien von GEREK ergänzt werden,⁸⁰ ohne den Richtlinienrahmen mit einem überdimensionierten Fremdkörper wie Art. 74 Kodex-E zu belasten.

- 76 Für einen Verzicht auf die Regelung auch GEREK, BoR (17) 87, S. 3.
 77 Ähnlich schon Neumann, N&R 2016, 262, 270; Scherer/Heckmann/Heinickel/Kiparski/Ufer, CR 2017, 197, 201.
 78 Siehe dazu Fn. 67.
 79 Denkbar wäre etwa folgende Regelung: „Bei der Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes und bei der Auswahl der ggf. aufzuerlegenden Vorabverpflichtungen berücksichtigen die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere auch solche Koinvestitionsangebote, die auf den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität gerichtet sind, allen interessierten Unternehmen offenstehen und deren Ausgestaltung sowohl langfristig einen nachhaltigen Wettbewerb durch die beteiligten Unternehmen sicherstellt als auch nicht beteiligten Unternehmen einen Zugang zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen, die den unterschiedlichen Risiken Rechnung tragen, ermöglicht.“
 80 Mit Blick auf Anhang IV im letztgenannten Sinne GEREK, BoR (17) 87, S. 6.

Rechtsprechung

Einordnung eines Vermittlungsdienstes für private Fahrer via Smartphone-App

EuGH, Urteil vom 20. 12. 2017 – C-434/15

Volltext-ID: KuRL2018-99, www.kommunikationundrecht.de

Asociación Profesional Elite Taxi ./ Uber Systems SpainSL

ECLI:EU:C:2017:981

Verfahrensgang: Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Barcelona (Handelsgericht Nr. 3 Barcelona, Spanien), 16. 7. 2015

Art. 56, Art. 58 Abs. 1 AEUV

Art. 56 AEUV i.V.m. Art. 58 Abs. 1 AEUV sowie Art. 2 Abs. 2 lit. d der RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt und Art. 1 Nr. 2 der RL 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 6. 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informations-

gesellschaft in der Fassung der RL 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 7. 1998, auf den Art. 2 lit. a der RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) verweist, sind dahin auszulegen, dass ein Vermittlungsdienst wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende, der es mittels einer Smartphone-Applikation ermöglichen soll, gegen Entgelt eine Verbindung zwischen nicht berufsmäßigen Fahrern, die das eigene Fahrzeug benutzen, und Personen herzustellen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, als mit einer Verkehrsdienstleistung untrennbar verbunden anzusehen und daher als Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 AEUV einzustufen ist. Eine solche Dienstleistung ist daher vom Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV, der RL 2006/123 und der RL 2000/31 auszuschließen. (Tenor des Gerichts)

Wiederbegründung einer Kaufpreisforderung trotz PayPal-Käuferschutzes

BGH, Urteil vom 22. 11. 2017 – VIII ZR 83/16

ECLI:DE:BGH:2017:221117UVIII ZR83.16.0

Verfahrensgang: LG Essen, 10. 3. 2016 – 10 S 246/15; AG Essen, 6. 10. 2015 – 134 C 53/15

§§ 133, 157, 311, 362 ff. BGB

[1.] Wird der Kaufpreis vereinbarungsgemäß unter Verwendung des Online-Zahlungsdienstes PayPal entrichtet, ist die geschuldete Leistung bewirkt, wenn der vom Käufer geschuldete Betrag dem PayPal-Konto des Verkäufers vorhaltlos gutgeschrieben wird, so dass dieser den Zahlbetrag endgültig zur freien Verfügung erhält.

[2.] Eine – gegebenenfalls stillschweigende – Wiederbegründung einer getilgten Forderung kann bei entsprechendem Willen der Parteien, die frei darin sind, unter bestimmten Voraussetzungen das Wiederaufleben der ursprünglichen Schuld zu vereinbaren, bei einem nicht formgebundenen Vertrag bereits mit Vertragsabschluss und für den Fall getroffen werden, dass zukünftig eine Rückgabe oder Rückbuchung des bereits gezahlten Schuldbetrags erfolgt.

a) Der Erklärungsgehalt der mit Abschluss des Kaufvertrags als Nebenabrede getroffenen Vereinbarung, zur Tilgung der Kaufpreisschuld den Zahlungsdienst PayPal zu verwenden, richtet sich neben den Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB grundsätzlich nach den Bestimmungen der von PayPal verwendeten AGB, unter anderem der PayPal-Käuferschutzrichtlinie, denen die Kaufvertragsparteien vor der Inanspruchnahme des Zahlungsdienstes zugestimmt haben (Fortführung der Senatsurteile vom 24. 8. 2016 – VIII ZR 100/15, [K&R 2017, 119 ff. =] BGHZ 211, 331 Rn. 19; vom 15. 2. 2017 – VIII ZR 59/16, [K&R 2017, 278 ff. =] NJW 2017, 1660 Rn. 12; jeweils m. w. N.).